



**REKABET KURUMU**

Lisansüstü Tez Serisi No: 5

# **REKABETİN YATAY KISITLANMASI**

*Dr. Ateş AKINCI*

**MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN  
AMERİKAN VE AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKUNDA  
REKABETİN YATAY KISITLANMASI**

**Dr. Ateş AKINCI**

ANKARA 2001

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2001

İlk Baskı, Temmuz 2001  
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;  
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

Bu tez, 24 Haziran 1988 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk  
Fakültesinde, Başkan Prof. Dr. Aytekin ATAAY,  
Prof. Dr. Mustafa DURAL ve Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'ndan  
kurulu Jüri önünde savunulmuştur.

ISBN 975-8301-20-9

YAYIN NO

0062

*Eşim Füsun SOKULLU'ya...*

## İÇİNDEKİLER

### Sayfa No

KISALTMALAR .....	xi
ÖNSÖZ .....	xiii
YAZARIN ÖNSÖZÜ .....	xv
SUNUŞ .....	xvii

### Birinci Bölüm

#### REKABET HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

BİRİNCİ AYIRIM: GİRİŞ .....	3
<b>I. REKABET KAVRAMI .....</b>	<b>3</b>
<b>II. REKABETTEN BEKLENEN YARAR .....</b>	<b>6</b>
A. Genel Olarak .....	6
B. Tüketicilerin Korunması .....	7
C. Rekabet Hukukunun Sosyal Amacı .....	8
D. Rekabetten Beklenen Ekonomik Yarar .....	11
1. Genel Olarak .....	11
2. Üretimde Verimlilik .....	12
3. Kaynak Dağılımında Verimlilik .....	13
<b>III. REKABET HUKUKUNUN</b>	
<b>    DİĞER SOSYAL BİLİMLERLE OLAN İLİŞKİSİ .....</b>	<b>16</b>
A. Rekabet Hukukunun Hukuk Bilimi İçindeki Yeri .....	16
1. Genel Olarak .....	16
2. Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet	
Hükümlerinin Karşılaştırılması .....	17
3. Rekabet Hukuku ile Ticaret Hukuku Arasındaki İlişki .....	18
4. Rekabet Hukuku ile Medeni Hukuk ve	
Borçlar Hukuku İlişkisi .....	20
B. Rekabet Hukuku ile Ekonomi Bilimi Arasındaki İlişki .....	21
1. Genel Olarak .....	21
2. Tam Rekabet Piyasasında Fiyatın Oluşumu .....	22
3. Tekel Piyasasında Fiyatın ve Arz Miktarının Belirlenmesi .....	23
4. Oligopol Piyasasında Fiyatın Belirlenmesi .....	25
a. Genel Olarak .....	25
b. Oligopol Piyasasında Fiyatın Oluşması	
Konusundaki Görüşler .....	26

<b>ARA SONUÇ</b> .....	31
<b>İKİNCİ AYIRIM: REKABET HUKUKUNUN DÜZENLENİŞİ</b> .....	32
<b>I. REKABET HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ</b> .....	32
<b>II. REKABETİN YATAY KISITLANMASI KONUSUNDAKİ AMERİKAN VE AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKLARINDAKİ TEMEL METİNLER</b> .....	34
<b>III. REKABETİ KISITLAYICI FAALİYETLERİN SINIFLANDIRILMASI</b> .....	36
<b>ARA SONUÇ</b> .....	38

İkinci Bölüm  
REKABETİN YATAY KISITLANMASI

<b>BİRİNCİ AYIRIM: REKABET HUKUKUNUN KONU BAKIMINDAN KAPSAMI</b> .....	41
<b>I. GENEL OLARAK</b> .....	41
<b>II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR</b> .....	42
A. Genel Olarak .....	42
B. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayırımında İleri Sürülen Görüşler .....	44
1. Genel Olarak .....	44
2. Avrupa Topluluğu Komisyonu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarına Göre Anlaşma Kavramı .....	45
3. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayırımının Önemi .....	45
4. Rekabet Hukukunun Kapsamına Giren Anlaşmaların Amaçlarına Göre Ayırımı .....	46
C. Patent Hakkı ve Lisans Anlaşmaları .....	47
1. Genel Olarak .....	47
2. Patent Hukukunun Amacı Olarak Toplumsal Yarar .....	48
a. Genel Olarak .....	48
b. Yeni Buluşları Teşvik .....	49
c. Patent Hukuku ile Kaynak Kullanımında Etkinlik İlkesinin İlişkisi .....	50
3. Lisans Bedelinin Belirlenmesi (Oluşması) .....	51
a. Genel Olarak .....	51
b. Patent Hakkı ile Korunan Bir Piyasada Fiyatın Oluşması ....	52
c. Lisans Bedelinin Saptanması .....	53
4. Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan	

Rekabet Hukuku ile Çelişkili Şartlar .....	55
a. Rekabeti Kısıtlamanın Gerekçesi ve Nedenleri .....	55
b. Lisans Sözleşmelerinde Yer alan Fiyata İlişkin Şartlar .....	57
5. Hakkın Tüketimi Doktrini .....	63
a. Genel Olarak .....	63
b. Hakkın Tüketimi Doktrininin Patent Lisans Sözleşmelerine Uygulanması .....	64
D. Kartel Anlaşmaları .....	66
1. Genel Olarak .....	66
2. Kartel Anlaşmalarının İktisadi Hayata Etkileri .....	69
3. Kartel Anlaşmalarına İlişkin Düzenlemeler .....	76
a. Fiyat ve Satış Şartlarına İlişkin Anlaşmalar .....	77
b. Fiyat Tespit Anlaşmalarının Haricindeki Diğer Kartel Anlaşmaları .....	83
aa. Genel Olarak .....	83
bb. Piyasa Paylaşmayı Amaçlayan Anlaşmalar .....	84
aaa. Genel Olarak .....	84
bbb. Piyasa Paylaşma Anlaşmalarının Rekabete Katkısı Sorunu .....	86
ccc. Münhasır Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Hukuku Bakımından Durumu .....	90
i. Genel Olarak .....	90
ii. Münhasır Satıcılık Sözleşmeleri ile Üçüncü Kişilerin Faaliyetlerinin Kısıtlanmasında Komisyonun Yaklaşımı .....	94
iii. Münhasır Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Hukuku İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi .....	95
cc. Dışlayıcı Anlaşmalar .....	97
aaa. Genel Olarak .....	97
bbb. Farklı Seviyede Faaliyet Gösteren Firmalar Arasındaki Dışlayıcı Faaliyetler .....	99
ccc. Piyasadaki Temel Girdileri Elinde Tutan Teşebbüsler Arasındaki Dışlayıcı Anlaşmalar ....	101
ddd. Boykot Anlaşmaları .....	105
E. Ortak Girişim (Joint Venture) Anlaşmaları.....	109
1. Genel Olarak .....	109
2. Ortak Girişim Şirketi .....	110
3. Piyasa Yapısının Belirlenmesi .....	111
a. Pay Sahipliği Bakımından Piyasa Yapısı .....	111
aa. Genel Ayırım .....	111
bb. Tek Sahipli Tabi Şirket .....	112

cc. Tabi Şirketin Paylarının Birden Fazla Kişi Elinde Toplanması Durumu .....	112
dd. Ortak Girişim (Joint Venture) Şirketi .....	114
b. Kontrol ve Yönetim Bakımından Piyasa Yapısı .....	115
aa. Merkezi Yönetim .....	115
bb. Çok Bölümlü Yönetim .....	116
4. Ortak Girişim Anlaşmalarının Ticari Hayattaki Etkileri .....	116
a. Genel Olarak .....	116
b. Ortak Girişim Anlaşmalarının Olumlu Yönleri .....	117
aa. Genel Olumlu Etki .....	117
bb. Ortak Girişim Anlaşmalarının Özel Yararı .....	119
c. Ortak Girişim Anlaşmalarının Olumsuz Etkileri .....	120
aa. Gizli Anlaşma Tehlikesi .....	120
bb. Muhtemel Rekabetin Ortadan Kalkması .....	121
cc. Piyasadan Dışlama-Piyasaya Girişi Zorlaştırma .....	123
5. Ortak Girişim Anlaşmalarına Uygulanacak Hukuk .....	124
a. Genel Olarak .....	124
b. Olumlu ve Olumsuz Yönleri Değerlendiren Görüş .....	125
c. Rekabeti Kısıtlama Karinesi .....	128
d. Penn-Olin Doktrini .....	130
e. Ulusal Ortaklaşa Araştırma Kanunu (National Cooperation Research Act) .....	133
f. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Bakımından Ortak Girişim Anlaşmaları .....	134
<b>III. İŞBİRLİĞİ ve UYUMLU EYLEM .....</b>	<b>141</b>
A. Genel Olarak .....	141
B. Uyumlu Eylemin Tanımı .....	142
C. Uyumlu Eylemin (İşbirliğinin) Unsurları .....	146
1. Uyumlu Eylemin Subjektif Unsuru .....	146
a. Genel Olarak .....	146
b. Bilinçli Paralellik .....	149
2. İşbirliğinin Objektif Unsuru.....	157
a. Birden Fazla Taraf Şartı .....	157
b. Eylem Unsuru .....	158
D. Uyumlu Eylemi (İşbirliğini) Kolaylaştıran Piyasa Koşulları .....	160
1. Genel Olarak .....	160
2. Uyumlu Eylemin Varlığına Karine Teşkil Eden Davranışlar ..	162
E. Amerikan ve Avrupa Topluluğu Mahkeme Kararlarına Göre Uyumlu Eylem .....	165
1. Genel Olarak .....	165
2. Rakip Firmalar Arasında Görüşme Durumu .....	165
3. Bilinçli Paralellik .....	170



4. Belirli Merkezden Teslim Satışlar .....	173
<b>IV. BİRLEŞME .....</b>	<b>174</b>
<b>V. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARI .....</b>	<b>177</b>
A. Genel Olarak .....	177
B. Teşebbüs Birlikleri .....	178
C. Teşebbüs Birliklerinin Rekabeti Kısıtlayıcı Davranışları .....	180
1. Genel Olarak .....	180
2. Birlik Kararları .....	180
3. Birlik Tavsiyeleri .....	181
<b>ARA SONUÇ .....</b>	<b>184</b>
<b>İKİNCİ AYIRIM: REKABET HUKUKUNU DÜZENLEYEN KURALLARIN YATAY REKABET YÖNÜNDEN UYGULANMA ŞARTLARI .....</b>	<b>185</b>
<b>I. GENEL OLARAK .....</b>	<b>185</b>
<b>II. UYGULAMA ŞARTLARI .....</b>	<b>186</b>
A. Rekabetin Etkilenmesi .....	186
1. Genel Olarak .....	186
2. Roma Antlaşmasının 85. Maddesine Göre Etkilemek Kavramı .....	188
B. De Minimis Doktrini .....	193
1. Genel Olarak .....	193
2. Farkedilebilirliğin Belirlenmesinde Subjektif Görüş .....	196
3. Farkedilebilirliğin Belirlenmesinde Objektif Görüş .....	197
C. İlgili Piyasanın Belirlenmesi .....	199
1. Genel Olarak .....	199
2. İlgili Piyasanın Tanımı .....	200
3. Piyasanın Coğrafi Ölçülere Göre Belirlenmesi .....	201
4. İlgili Piyasanın Mal Esasına Göre Belirlenmesi .....	203
a. Genel Olarak .....	203
b. Tüketici Bakımından Aynı Kullanma Amacı Kriteri .....	204
c. İlgili Piyasanın Üretim Çapraz Esnekliğine Göre Belirlenmesi-Muhtemel Rekabet Doktrini .....	207
<b>III. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARIN ve UYUMLU EYLEMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>212</b>
A. Genel Olarak .....	212
B. Amerikan Hukukunda Rekabetin Kısıtlanmasının Belirlenmesi .....	214
1. <i>Per se</i> ve <i>Rule of Reason</i> Yargısal Doktrinlerinin Ortaya Çıkışı .....	215
2. <i>Rule of Reason</i> Yargısal Doktrini .....	217

3. <i>Per se</i> Yargısal Doktrini .....	221
4. <i>Rule of Reason</i> ve <i>Per se</i> Yargısal Doktrinlerinin Günümüzde Gösterdiği Gelişmeler .....	224
a. Genel Olarak .....	224
b. Amerika Birleşik Devletleri Hukukundaki Gelişmeler .....	225
C. Roma Antlaşmasının 85. Maddesinin 3. Paragrafına Göre Rekabet Hukukunun Uygulanma Koşulları .....	231
1. Genel Olarak .....	231
2. Yarar Koşulu .....	232
a. Genel Olarak .....	232
b. Ekonomik Yarar .....	233
c. Teknik Gelişmeye Katkı .....	234
aa. Genel Olarak .....	234
bb. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları .....	235
cc. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Hukuki Düzenlemeler .....	237
dd. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Kararları .....	238
d. İhtisaslaşma Anlaşmaları .....	240
3. Tüketicinin Doğacak Menfaatlerden Uygun Bir Ölçüde Yararlanması Koşulu .....	242
4. Gereğinden Fazla Sınırlamama Koşulu .....	246
5. Rekabetin Ortadan Kalkmasına Neden Olma Koşulu .....	248
a. Genel Olarak .....	248
b. İlgili Piyasanın Belirlenmesi .....	248
c. Rekabetin Ortadan Kalkması .....	249
aa. Genel Olarak .....	249
bb. Teşebbüslerin Piyasa Paylarının Tespiti .....	249
<b>ARA SONUÇ .....</b>	<b>254</b>
<b>ÜÇÜNCÜ AYIRIM: REKABET HUKUKU DAVALARINDA TARAFLAR .....</b>	<b>259</b>
<b>I. GENEL OLARAK .....</b>	<b>259</b>
<b>II. DAVALILAR .....</b>	<b>260</b>
A. Genel Olarak .....	260
B. Teşebbüs Kavramı .....	260
C. Grup İçi İşbirliği .....	263
1. Genel Bilgiler .....	263
2. Tarihsel Sorun: Tüzel Kişilik, Ekonomik Birlik İkilemi .....	264

3. Günümüzde Ortaya Çıkan Sorunlar:	
Kontrol ve Aidiyet Kriterlerinin Karşılaştırılması .....	267
a. Sorunun Genel Yapısı .....	267
b. Kontrol Kriteri .....	268
c. Aidiyet Kriteri .....	270
d. Görünür Rekabet Kriteri .....	271
e. Güvenli Bölge Kriteri .....	272
f. Kişisel Görüşümüz: Yönetimsel Devamlılık .....	274
D. Teşebbüs Birlikleri .....	281
1. Genel Olarak .....	282
2. Teşebbüs Birliklerinin Sorumluluğu .....	285
<b>III. DAVACILAR</b> .....	286
A. Genel Olarak .....	286
B. Devletin Rekabet Hukuku Davalarında Taraf Olması .....	288
1. Genel Olarak .....	288
2. Devlete Davacı Sifatının Tanınmasındaki Etkenler .....	289
C. Özel Hukuk Kişilerinin Dava Hakkı .....	291
1. Genel Olarak .....	291
2. Özel Kişilerin Rekabet Hukuku Davalarından Yararlanmaları .....	292
a. Topluluk Yargı Organlarına Başvurma .....	292
b. Özel Hukuk Kişilerinin Adalet Divanına Başvuru Hakkı ...	293
c. Komisyonun Şikayet Üzerine Araştırma Yapması .....	294
d. Avrupa Topluluğu ve Ulusal Hukukların Birlikte Bulunması .....	296
aa. Genel Olarak .....	296
bb. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ile Ulusal Hukuklar Arasındaki Farklı Düzenlemeler .....	297
cc. Komisyon Kararlarının İç Hukuka Etkisi .....	298
dd. Ulusal Rekabet Hukukunu İhlal Edici Anlaşmalar .....	300
3. Özel Hukuk Kişilerinin Ulusal Mahkemelere Başvurması .....	301
a. Genel Olarak .....	301
b. Davacı Sifatının Kazanılması .....	302
aa. Genel Olarak .....	302
bb. Doğrudan Zarar Kriteri .....	303
cc. Hedeflenen Amaç Kriteri .....	305
c. Rekabetin Kısıtlanmasından Zarar Gören Gruplar .....	307
aa. Vergi Yükümleri, Alacaklılar ve Pay Sahipleri .....	307
aaa. Müşterek Sorunlar .....	307
bbb. Vergi Yükümlülükleri .....	308
ccc. Doğrudan Zarar Görmüş Olan Teşebbüslerin Alacaklıları .....	309

ddd. Zarar Gören Teşebbüslerin Paydaşlarının Dava Hakkı .....	309
bb. Tüketiciler ve Ara Teşebbüsler .....	310
aaa. Genel Olarak .....	310
bbb. Nihai Kullanıcıların (Tüketicilerin) Davacı Sifatını Kazanmaları .....	312
i. Genel Olarak .....	312
ii. Hukuka Aykırı Şekilde Artırılmış Fiyatın Tüketicilere Yansıması Sorunu .....	315
iii. Hannover Shoe ve Illinois Brick Kararlarından Sonraki Gelişmeler .....	317
cc. Rakip Teşebbüsler .....	318
dd. Lisans Verenin Davacı Sifatını Kazanması .....	323
<b>ARA SONUÇ</b> .....	<b>324</b>
<b>DÖRDÜNCÜ AYIRIM: REKABET HUKUKU KURALLARININ İHLALİNİN SONUÇLARI</b> .....	<b>328</b>
<b>I. GENEL OLARAK</b> .....	<b>328</b>
<b>II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARIN SÖZLEŞME HUKUKUNDAKİ SONUÇLARI</b> .....	<b>329</b>
A. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma ve Kararların Geçerliliğine İlişkin Düzenlemeler .....	329
B. Rekabeti Kısıtlayan Anlaşmaların Tabi Olduğu Hükümsüzlük ....	330
1. Genel Kural .....	330
2. Kısmi Butlan .....	332
a. Genel Olarak .....	332
b. Avrupa Topluluğuna Üye Bazı Devletlerin Ulusal Hukuklarında Kısmi Butlanın Düzenlenişi .....	335
c. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmaların Kısmi Butlan Bakımından İncelenmesi .....	337
aa. Kartel Sözleşmelerine Kısmi Butlan Hükümlerinin Uygulanması .....	337
bb. Patent Lisans Sözleşmelerine Kısmi Butlan Hükümlerinin Uygulanması .....	337
cc. Ortak Girişim Anlaşmalarına Kısmi Butlan Hükümlerinin Uygulanması .....	339
C. Rekabet Hukuku Kurallarını İhlal Eden Anlaşmaların Hükümsüzlüğünün Sonuçları .....	340
1. Genel Sorun .....	340
2. Borcunu Henüz Yerine Getirmemiş Tarafın	

Aynen İfaya Zorlanması Sorunu .....	340
3. Geçersiz Bir Anlaşmaya Göre Yapılan Kazandırmaların Geri İstenmesi Sorunu .....	342
a. Genel Olarak .....	342
b. Verilenin Geri İstenmesinin Kısmi Butlan Sebebi ile Sınırlanması .....	343
c. Verilenin Geri İsteme Hakkının Tarafların Amacına Göre Sınırlandırılması .....	345
d. Geçersiz Rekabet Hukuku Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sebepsiz Zenginleşmeye İlişkin Talepler .....	346
aa. Müşterek Sorunlar .....	346
bb. Kartel Sözleşmesine Göre Kazandırmada Bulunanın Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Göre Geri İsteme Hakkı .....	347
cc. Rekabeti İkinci Dereceden Kısıtlayan ve Özellikle Patent-Lisans Anlaşması Bakımından Sebepsiz Zenginleşme Kurallarından Doğan Talepler .....	348
dd. Ortak Girişim Anlaşmaları ile Sebepsiz Zenginleşme Kurallarının Bağdaştırılması .....	350
4. Butlan ile Sakatlığın Diğer Anlaşmalara Etkisi .....	352
<b>III. REKABET HUKUKUNA AYKIRI EYLEMLERDEN</b>	
<b>DOĞAN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK .....</b>	<b>355</b>
A. Genel Olarak .....	355
B. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüslerin Üçüncü Kişilerin Zararından Sorumluluğunun Niteliği .....	358
C. Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Kısıtlanmasından Dolayı Sözleşme Dışı Sorumluluğun Düzenlenmesi .....	360
D. Üçüncü Kişilerin Zararlarından Sorumluluk .....	365
1. Genel Olarak .....	365
2. Rekabeti Kısıtlayıcı Eylemlerde Hukuka Aykırılık Unsuru ....	366
3. Rekabeti Kısıtlayıcı Faaliyetlerde Kusur Unsuru .....	367
a. Genel Olarak .....	367
b. Kartel Anlaşmalarında Kusur .....	368
c. Rekabeti İkinci Dereceden Kısıtlayan Anlaşmalarda Kusurun Belirlenmesi .....	369
4. Nedensellik Bağı .....	372
5. Zarar .....	373
a. Genel Olarak .....	373

b. Rekabetin Kısıtlanmasının Neden Olduğu Zarar Türleri ....	376
aa. Fiili Zarar ve Yoksun Kalınan Kar .....	376
bb. Nesnenin Kullanımından Yoksun Kalma Zararı .....	377
cc. Yansıma Yolu ile Uğranılan Zarar .....	380
c. Zararın Hesaplanması .....	381
aa. Genel Olarak .....	381
bb. Tüketicilerin Zarar Miktarının Belirlenmesi .....	381
cc. Rakip Teşebbüslerin Zarar Miktarlarının Belirlenmesi .....	382
dd. Piyasaya Yeni Giren Teşebbüslerin Zarar Miktarlarının Tespiti .....	383

#### **IV. REKABETİN KISITLANMASINDAN ZARAR GÖRENE**

<b>TANINAN HAKLAR</b> .....	383
A. Genel Olarak .....	383
B. Tazminat Davası .....	384
1. Genel Olarak .....	384
2. Amerikan Hukukunda Zarar Gören Üçüncü Kişilere Tanınan Tazminat Davası .....	385
3. Manevi Tazminata İlişkin Talepler .....	389
C. Önleme ve Durdurma Davaları .....	390

### Üçüncü Bölüm GENEL SONUÇ

<b>GENEL SONUÇ</b> .....	393
<b>BİBLİYOGRAFYA</b> .....	401

## KISALTMALAR

A.B.D./ ABD .....	Amerika Birleşik Devletleri
All. E.R. ....	All England Reporter
App.....	Court of Appeal
A.T. /AT.....	Avrupa Topluluğu
b. ....	bent
BK.....	Borçlar Kanunu
bkz.....	bakınız
c.....	cilt
CIF .....	Cost, Insurance, Freight
Co.....	Company
CMLR.....	Common Market Law Reporter
CMLRev. ....	Common Market Law Review
Corp. ....	Corporation
D .....	Digesta
2d. ....	Second Series ( İkinci seri )
D.C. ....	District of Columbia
EC. ....	European Community
ECLR .....	European Competition Law Review
ECR.....	European Community Reporter
Ed.....	edition
et al.....	ve diğerleri
F .....	Federal
F.Supp.....	Federal Reporter Supplement
HLR .....	Harvard Law Review
ibid .....	ib idem
ICLQ .....	International and Comparative Law Quarterly
İHFM .....	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İst .....	İstanbul
JO.....	Journal Officiel
m/md .....	madde
Miss.....	Missourri State Reporter
MK.....	Medeni Kanun

NCRA .....	National Cooperative Research Act
N.E .....	Northeastern Reporter
No.....	numara
N.W .....	Northwestern Reporter
N.Y.....	New York
N.Y.S .....	New York Reporter Supplement
P .....	Pacific Reporter
para.....	paragraf
Pub.L. ....	Public Law
OJ.....	Official Journal
Re./R.P. ....	Restrictive Practice
s.....	sayı
S.Ct .....	Supreme Court
Spec.....	Special
Stat .....	Statute
Supp .....	Supplement
TTK.....	Türk Ticaret Kanunu
UCC Rep.....	Uniform Commercial Code Reporter
US .....	United States Reporter
U.S.C.A.....	United States Code Annotated
v .....	versus
V.....	Volume ( cilt )
vd .....	ve devamı
vs.....	vesaire
YLJ.....	Yale Law Journal
zik.....	zikreden



## ÖNSÖZ

Ferit Develioğlu'nun 1962 yapımı "Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat"ına göre **rakip** "Herhangi bir işte birbirlerinden üstün olmaya çalışanlardan her biri" şeklinde tarif edilmiştir. Aynı eserde rekabet de "Rakip olma hali..... benzerleriyle yarışa çıkma hali" olarak izah edilmiştir.

İnsanın önemli niteliklerinden biri olan rekabet, geniş manada insanların, milletlerin hatta kıt'aların daha iyiyi başarma, daha iyiye gitme çaba ve yarışı olarak tarif edilebilir. İnsanın yaratılışında var olan egoizmden kaynaklanan rekabet duygusu, önce aile içinde fizikman daha güçlü babanın, ana ve çocukları mal edinmesinden, milletlerin sömürgeciliğine kadar çeşitli şekillerde oluşmuş, insanlığın ilmi, teknik, ekonomik ve sosyal gelişmesine etken olmuştur.

Ancak, temelde insanların daha iyi şartlarda yaşamasını sağlayan rekabet, kötüye kullanıldığı hallerde, haksızlıklara neden olduğundan, önce örf ve adetlerle, sonra genel kanunlarla, daha da ileri safhalarda özel kanunlar ve milletlerarası antlaşmalarla düzenlenmiş ve rekabetin en verimli şartlarda yapılması amaçlanmıştır.

Medeni Kanununun 48. maddesi, Borçlar Kanununun 41, 48. maddeleri ile Ticaret Kanununun 56-62. maddesi de, Haksız Rekabeti düzenleyen genel kurallardır. Büyük ölçüde haksız rekabetle ilgili milletlerarası antlaşmaları da değerlendiren 27.06.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde kararname de, haksız rekabetin özel bir türünü engelleme amacındadır.

Haksız rekabetin yaratmış olduğu kötülöklere karşılık rekabetin olmaması da insanlığın ilmi, teknik ve ekonomik gelişmesine engel oluşturur. İnsanın kendini meslek sanatında geliştirme hakkını temel hak ve özgürlükler içinde kabul eden modern toplumlarda rekabetin korunması ve geliştirilmesi temel hak ve özgürlüklerin en doğal uzantısıdır. Fertlerin ve halkın ekonomik haklarını düzenleyen 1982 Anayasası'nın 166-168. maddeleri de geniş manada rekabetin tesisi bakımından devlete görev vermiş ve rekabetin korunarak fertlerin ekonomik hayatta kendilerini geliştirmek özgürlüklerini güvenceye almıştır.

Bu manada kabul edilen 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ateş Akıncı'nın daha altı yıl önce kaleme aldığı

tezi kapsamakta olup, genel anlamda rekabeti özel olarak düzenlemektedir. Ateş Akıncı'nın Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması adlı tezinde yer alan pek çok görüşünün kanunda da yer almış olması ise, bu esere önemli bir kaynak eser niteliği vermektedir.

1990 tarihli olup, "Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şart" adını taşıyan milletlerarası antlaşmada yer alan ve:

"Ekonomik özgürlük, sosyal adalet ve çevreden sorumluluk, refah için kesinlikle gereklidir.

Bireyin demokrasi içinde kullandığı ve hukukun üstünlüğü ile korunmuş bulunan hür iradesi başarılı bir ekonomik ve sosyal kalkınma için gerekli temeli oluşturur. İnsanın onuruna saygılı ve onu ayakta tutan faaliyetini geliştireceğiz. Devamlı ekonomik büyüme, refah, sosyal adalet, artan istihdam ve ekonomik kaynakların verimli kullanılmasına yönelik piyasa ekonomilerini geliştirmek ortak amacımız olup, özgürlük ve siyasal çoğulculuk bu ortak amaç için gerekli öğelerdir."

şeklinde bulunan kural da rekabet şartlarını kapsamaktadır.

Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)'nce imzalanan Gümrük Birliği Antlaşması da rekabet şartlarını düzenleyen uluslararası kurallardandır.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde asistanlık-profesörlük devrelerimde arkadaşım merhum Prof. Dr. Sami Akıncı ile emekli öğretmen sayın Huriser Akıncı'nın sevgili oğlu yadigar Dr. Ateş Akıncı'nın REKABETİN YATAY KISITLANMASI adlı tezi de, bunca milli ve milletlerarası kurallarla düzenlenen Rekabet konusunda önemli bir katkı sağlamıştır.

Babası rahmetli Sami Akıncı'nın Deniz Ticaret Hukukunda NAVLUN mukavelelerine odaklanması gibi Ateş Akıncı da Rekabet Hukukuna ağırlık vermiş, tezine ilaveten, aynı konularda oniki makale daha yazmıştır.

Rekabet ve haksız rekabet konusunda çoğu yabancı kaynaklı olmak üzere 200'den fazla ilmi esere de yollama yaparak önemli eserler veren Dr. Ateş Akıncı'nın Özel Hukukun başka dallarında da incelemeler yapmasını ve başarılı olmasını dilerim.

Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ

## YAZARIN ÖNSÖZÜ

Harvard Üniversitesinde bulunduğumuz yıllarda bu seçkin kurumun bize sağladığı en önemli kazanç 20. yüzyılın en büyük Rekabet Hukukçularından Prof. Phillip E. Areeda ile tanışma ve öğrencisi olma fırsatını vermesi dolayısı ile Rekabet Hukuku konusuna duyduğumuz ilgidir. Rekabetin Yatay Kısıtlanması adını taşıyan çalışmamız ülkemizde bu kavramın hiç bilinmediği yıllarda yazılmıştır.

Amerikan ve Avrupa Hukuklarında uzun zamandır bulunan "rekabet" kavramını hukuk sistemimize takdim etmek amacıyla güden bu çalışma İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde doktora tezi olarak savunulmuş ve pekiyi derece ile kabul edilmiştir. Ancak bu çalışmamız Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu hazırlayan komisyonda görevlendirilmemizle daha somut bir görünüm kazanmış ve yasanın 1994 yılında yürürlüğe girmesiyle Türkiye'de de çağdaş batı ülkeleri düzeyinde bir sisteme kavuşmuştur. Çalışmamız bu açıdan amacına ulaşmakla beraber, yasanın uygulanmasında bu alanda daha tecrübeli olan Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulamanın ve yasaların yorumlanması biçimlerinin ülkemiz açısından önemini dikkate alarak Rekabet Kurumu bu çalışmayı yayınlama kararını vermiştir. Gerçekten de "Amerika'yı tekrar keşfetmeye" gerek yoktur. Rekabet Hukuku alanında yıllarca önce oluşmuş ilke kararları ve uygulamalarına geniş olarak yer verilmiş olan bu çalışmanın Türk Rekabet Hukukuna ışık tutacağını umuyoruz.

Çalışmalarımızı, rahmetle andığım değerli hocam Prof. Dr. Aytekin Ataay devamlı desteklemiş, hocam Prof. Dr. Mustafa Dural ve sevgili arkadaşım Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu okumuş ve yaptıkları eleştirilerle katkıda bulunmuşlardır. Sevgili eşim Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya, hiç zevk almadığı halde, fakat büyük bir sabırla el yazısı müsveddeleri defalarca okuyup, tashih ettiği için minnettarım. Kendilerine sonsuz şükranlarımı sunarım.

Bu çalışmamızın basımında önayak olan aziz dostumuz Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Sayın İsmail Hakkı Karakelle'ye teşekkür etmeyi vazife biliriz.

Dr. Ateş AKINCI

## SUNUŞ

Rekabet Hukuku, bütün dünyada hızla önem kazanan bir hukuk dalıdır. Kişiler arasındaki ticari ilişkilerin artması ile beraber, liberal ekonomik sistem içinde rekabet olgusu daha da önem kazanmıştır. Artık bugün, rekabetin toplumsal hayattaki geliştirici gücü ve genel refahı temindeki etkin rolü herkesçe kabul edilmektedir.

Araştırma konumuz, Amerikan ve Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuklarında rekabetin yatay kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelerin mukayeseli olarak incelenmesidir. İnceleme konumuzun Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Topluluğu Hukuku olarak sınırlandırılması, Rekabet Hukukunun ticari hayatla olan bağlantısının sonucudur. Rekabet Hukukunun, teşebbüslerin piyasada uymaları gereken kuralları düzenlemesi sebebi ile, rekabette belirli bir büyüklükteki piyasanın var olması şarttır. Benzer ticari iş hacmi ve coğrafi büyüklüğe sahip olmaları sebebi ile Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukları örnek olarak seçilmiştir. Ayrıca farklı hukuki geleneklere sahip olmalarına rağmen her iki hukuk düzeninde de, çoğu konularda benzer çözüme ulaşılmıştır. Bu da, Rekabet Hukukunda ortaya çıkan sorunların anlaşılmasına ve kavranılmasına katkısı bakımından bu seçim ve sınırlandırmanın yararlı ve yerinde olduğunu ortaya çıkarır.

Araştırmamız iki ana bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. Birinci bölümde, rekabete günümüzde verilen özel anlam üzerinde durulmuş ve Rekabet Hukukunun diğer hukuk dalları ve genel sosyal bilimlerle ve özellikle ekonomi bilimi ile ilişkisi üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde ise, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Topluluğunda Rekabet Hukukundaki, rekabetin yatay kısıtlanmasına ilişkin hükümler incelenecektir. İkinci bölümde önce Rekabet Hukukunun konu bakımından kapsamına giren anlaşma ve uyumlu davranışlar, pozitif hukuk metinlerindeki sistematige uygun olarak ele alınacaktır. İkinci bölümün ikinci ayırımında ele alınacak esas sorun, Rekabet Hukuku kurallarının yatay rekabet yönünden uygulanması şartlarıdır. Rekabeti yatay kısıtlayan eylemlerin Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesinde, teşebbüslere, piyasaya ve bu eylemlerin ticari hayattaki etkilerine ilişkin sorunlar incelenecektir. Bu bölümün üçüncü ayırımında ise, kimlerin davranışlarının rekabeti yatay kısıtlamak olarak nitelendirileceği ve kimlerin Rekabet Hukuku davalarından yararlanabileceği sorunu, yani Rekabet Hukukundaki yatay kısıtlamaya ilişkin uygulama ve düzenlemeler, taraflar bakımından ele alınacaktır. Bu bölümde son olarak,

Rekabet Hukuku kurallarının ihlallerinin sonuçları pozitif hukuk metinlerine göre belirlendikten sonra, Rekabet Hukukunun konu bakımından kapsamına giren eylemler ve anlaşmalar, özellikle tüketicilerin korunması ve rakip teşebbüslere fırsat eşitliğinin sağlanması açısından incelenecektir. Bu sebepten de, araştırmamızda, rekabetin yatay kısıtlanması sorununa, temel ekonomik bilgiler ve ekonomik verimlilik ilkesi ön plana alınarak yaklaşılacaktır.

**Birinci Bölüm**

**REKABET HUKUKUNUN  
TEMEL KAVRAMLARI**

## Birinci Ayırım

### GİRİŞ

#### I. REKABET KAVRAMI

Rekabet Hukukunun temelini, rekabet kavramı oluşturur. Bu da, rekabet ile neyin ifade edilmek istendiğini ve Rekabet Hukukunun esas aldığı rekabet kavramının, genel rekabet olgusu içindeki yerinin belirlenmesini gerektirir.

Rekabet, sosyal hayatta kimin daha iyi olduğunun bilinmediği durumlarda, bunu belirleme yoludur. Ekonomik yaşamda olduğu gibi, sosyal yaşamın diğer bölümlerinde de, rekabet bize belirli bir durumda kimin başarılı olduğunu gösterirken, kişiler üzerinde de, en iyi ikinci olandan da başarılı olmak için daha çok gayret göstermek gibi bir etki yapar<sup>1</sup>. Rekabet kişileri, bilgi ve becerelerinin tümünü kullanmaya teşvikte, bilinen en etkin yoldur<sup>2</sup>. Kişilerin, diğerlerinden daha başarılı olmak için tüm faydalı bilgi ve becerilerinden yararlanması da toplumsal bir kazançtır ve en iyinin tesbiti usulü olan rekabet, en fazla yeni toplumsal değer de ortaya çıkmasını sağlar.

Rekabet Hukukunun temelini oluşturan ekonomik rekabet olgusu da, sosyal yaşamda karşılaşılan rekabetten, genelde nitelik bakımından farklı değilse de, ekonomik rekabetin daha dar bir sahaya ilişkin olması, içerik bakımından farklılaşmayı neden olmuştur.

Ekonomi biliminde, rekabetin biri alıcı ve satıcıların davranışları, diğeri de alıcı ve satıcıların faaliyet gösterdikleri piyasa yapısı ile ilgili iki farklı anlamı vardır<sup>3</sup>. Rekabet kavramı, klasik ekonomi teorisi bakımından çok önemli ise de, klasik ekonomi teorisi içinde rekabet kavramı üzerinde durulmamış ve bunun sonucu olarak da rekabet, varlığı sezgi yolu ile algılanan bir kavram olarak kalmıştır<sup>4</sup>. Başlangıçta, ekonomi biliminde de bu kavram, günlük dilde kullanıldığı şekli ile yer almış ve iki ve daha fazla kişi arasındaki hasım olma durumunu ifade etmek için kullanılmıştır.

---

<sup>1</sup> HAYEK, Law, Legislation and Liberty, Political Order of Free People, c.III, London, 1982, 68.

<sup>2</sup> Ibid 69.

<sup>3</sup> SCHERER, Industrial Market Structure and Economic Performances, Boston, 1980,4.

<sup>4</sup> STIGLER, Perfect Competition, Historically Contemplated, Chicago, 1965, 234.

Liberal ekonominin kurucularından Adam Smith, rekabeti bir yarışmadaki hasımların davranışlarına benzetmiş ve bunun mal miktarının sınırlı olmasından kaynaklandığını ileri sürmüştür<sup>5</sup>. Smith rekabeti, firmaların piyasadaki değişikliğe uyum sağlama faaliyeti olarak görür. Smith'e göre rekabet, teşebbüslerin kâr elde etmek için, diğerlerinin faaliyetlerini zorlaştırma<sup>6</sup> olarak tanımlanabilir. Smith'in rekabet için yaptığı kendi çıkarları uğruna ve diğerlerinin aleyhine davranmak şeklindeki tanımı, günümüzde terkedilmiş olmakla beraber, Smith'in bazı gözlemleri modern ekonomi biliminin gelişmesine önemli katkıda bulunmuştur. Smith, rekabetin piyasaya ilişkin bilgilerin herkese açık olduğu<sup>7</sup> ve piyasaya girişin serbest olduğu bir ortamda, gerçekleşebileceğini<sup>8</sup> ifade etmektedir.

Ekonomi biliminde, XIX. yüzyıldan bu yana, matematiksel düşüncenin uygulanmaya başlaması, rekabet sözcüğüne farklı bir içerik kazandırmıştır<sup>9</sup>. Modern ekonomi teorisinde rekabet ile kastedilen, malın fiyatının arz ve talebe göre belirlendiği ve faaliyet gösterenlerin kişiliklerinden bağımsız bir piyasa şeklidir<sup>10</sup>. Stigler rekabeti, "her bir alıcının sonsuz miktarda talep ile karşılaştığı piyasa", şeklinde tanımlamıştır<sup>11</sup>. Stigler'e göre, rekabet piyasasından ya da sadece rekabetten söz edebilmek için, çok sayıda alıcı ve satıcıların bulunması, ilgili herkesin piyasa hakkında bilgi sahibi olması ve malın bölünebilir ve homojen olması gerekir<sup>12</sup>. Modern ekonomi teorilerinin rekabete verdiği bu anlam, rekabetin günlük yaşamda kullanıldığı şekilden daha sınırlıdır.

Her ne kadar Hayek, Stigler'in bu görüşünü, gerçekleşmesi mümkün olamayacak faraziyelere dayandığı gerekçesi ile eleştirmiş<sup>13</sup> ve rekabeti en iyinin tesbiti usulü olarak tanımlamış<sup>14</sup> ise de, liberal ekonomistler arasındaki baskın görüş, rekabetin, piyasa yapısına ilişkin bir niteleme olduğu yönündedir<sup>15</sup>.

---

<sup>5</sup> SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations, New York, 1973, 56-57.

<sup>6</sup> ibid 126,342.

<sup>7</sup> ibid 60.

<sup>8</sup> ibid 115.

<sup>9</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 10.

<sup>10</sup> AGNEW, Competition Law, London, 1985, 38 ; BORK, Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself, New York, 1978, 61

<sup>11</sup> STIGLER, The Theory of Price, New York, 1966, 87.

<sup>12</sup> ibid. 88.

<sup>13</sup> HAYEK, Individualism and Economic Order, London, 1949, 92-98.

<sup>14</sup> HAYEK, The Political Order of Free People, 68.

<sup>15</sup> MANSFIELD, Microeconomics, Theory and Application, New York, 1979,196; REYNOLD, Microeconomics, Illinois, 1982, 121-123; LIPSEY- STEINER, Economics, New York, 1981, 223; SCHERER, Industrial Market Structure, 11,12.



Rekabet sözcüğü, günlük hayatta hala, kendi amacı doğrultusunda, diğer firmaların çıkarlarının aksine davranmak olarak, Smith'in tanımladığı şekilde kullanılmakta ise de, günümüzde ekonomi bilimi bakımından, farklı bir durumu ifade etmektedir<sup>16</sup>. Kanımızca, günlük dilde rekabet olarak nitelendirilen durumu, "rakip olmak" şeklinde ifade ederek, rekabet kavramından farklılaştırmakta yarar bulunmaktadır<sup>17</sup>. Örneğin, iki bağ sahibi arasında rekabet vardır, ancak birinin kendi çıkarı için diğerinin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik herhangi bir davranışı yoktur, hatta birbirlerine yardım ederler<sup>18</sup>. Her ikisinin üretim miktarları, piyasadaki arza göre o kadar azdır ki, birinin davranışından diğerinin zarar görmesi söz konusu olmadığı için, birbirini rakip olarak kabul etmezler. Ancak çok sayıda bağcının yer aldığı üzüm piyasası rekabet şartlarını yerine getirmekte, her iki bağcı arasında, hasım durumu olmadan da, rekabet gerçekleşmektedir. Yani rekabet kavramı, sadece çok sayıda alıcı ve satıcının bulunduğu ve hiçbirinin tek başına piyasayı etkilemek gücüne sahip olmaması durumu ile ilgilidir<sup>19</sup>. Modern ekonomi teorisine göre, bu şartın gerçekleşmediği durumlarda, örneğin Amerikan otomobil endüstrisinde Ford, General Motors ve Chrysler şirketleri hasım olmakla beraber, bunlar arasında rekabetten söz edilemez<sup>20</sup>. Bu, aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, örneğin satış fiyatını belirlemeleri, ya da üretim kotaları tesbit etmeleri durumları için de geçerlidir. Teşebbüsler anlaşarak rekabeti ortadan kaldırmışlardır, ancak rakip teşebbüs olma durumları değişmemiştir. Kendi çıkarlarını korumak için, diğerlerinin davranışlarını kontrol etmek zorunda olmalarının yanı sıra, aralarındaki sözleşme hükümlerine, fark edilmedikçe uymayarak daha fazla kazanç elde etmeye çalışacaklardır. Aralarında herhangi bir anlaşmanın olmadığı hallerde de<sup>21</sup> durumun farklı olmadığı ve aralarındaki ekonomik bağımlılığın rekabeti ortadan kaldırdığı ileri sürülmüştür<sup>22</sup>.

Ekonomi teorileri bakımından piyasa yapısı ile sınırlandırılmış olan rekabet kavramı, hasım olmak durumunu içermemekte ve firmaların hasım olmaları tam rekabet kavramının<sup>23</sup> içinde yer almamaktadır. Ekonomi bilimine göre rekabet, bilgi akışının tam, malın homojen ve hiçbir alıcı ve satıcının kendi

<sup>16</sup> MANSFIELD, 197; REYNOLD, 121; AGNEW, 28.

<sup>17</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure*, 10; STIGLER, *The Theory of Price*, 86.

<sup>18</sup> Bu, üniversitelerarası seçme sınavına giren öğrenciler arasında da açıkça gözlenir. Her bir öğrenci, gerçekte rakip olmakla beraber, birbirlerini hasım olarak kabul etmezler. Mümkün olsa, sınav sırasında yardımlaşma yoluna dahi başvururlar. Bu davranış, günlük hayattaki rekabet kavramı ile modern rekabet kavramı arasındaki farktan kaynaklanır.

<sup>19</sup> STIGLER, *The Price Theory*, 88; REYNOLD, 121,122.

<sup>20</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure*, 10.

<sup>21</sup> *Theater Enterprises, Inc. v. Paramount Films Distribution Corp.*, 346 US. 537 (1954)

<sup>22</sup> CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, 1946,47; STIGLER, *Monopolistic Competition in Retrospect, The Organisation of Industry*, Chicago, 1983, 310,311

<sup>23</sup> AGNEW, 28; MANSFIELD, 196.

başına fiyatı ve toplam arz miktarını etkilemek gücüne sahip olmadığı bir piyasa şekli olarak tanımlanabilir<sup>24</sup>. Rekabet Hukukunun konusu da, rekabet koşullarının gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması ile bu koşulların gerçekleşmediği piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, rekabet piyasasında faaliyet gösteriyormuş gibi davranmalarını sağlamaktır.

Bu sebepten de, teşebbüslerin rekabet şartlarını bozmağa yönelik faaliyetleri kadar rekabet şartlarının gerçekleşmediği piyasalarda, piyasayı kontrole yönelik faaliyetler de Rekabet Hukukunun kapsamına girer. Örneğin, oligopol piyasasında rakip teşebbüslerin birbirlerine üretime ve fiyata ilişkin bilgiler vermesini, Amerika Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi<sup>25</sup>, rakip teşebbüslerin anlaşarak rekabeti ortadan kaldırması ve Rekabet Hukuku kurallarının ihlali olarak nitelendirmiştir<sup>26</sup>. Oysa, saf ekonomi teorisi bakımından ele alındığında, oligopol piyasasında ekonomik bağımlılık sebebi ile rekabetin yok olduğu ve mevcut olmayan rekabetin kısıtlanmasının da mümkün olmayacağı şeklinde bir düşünce akla gelmekte<sup>27</sup> ise de, hukuk politikası bakımından rekabet için gerekli olan sayıda alıcı ve satıcının bulunmadığı durumlarda da, rakip olan teşebbüslerin rekabet piyasasında faaliyet gösteriyormuş gibi davranmaları ve karar vermeleri beklenmektedir. Bu da bizi, Kanunkoyucuların rekabet sistemini hangi sebeplerden dolayı vazgeçilmez kabul ettiklerini araştırmağa sevk eder.

## II. REKABETTEN BEKLENEN YARAR

### A. Genel Olarak

Ekonomik hayatın düzenlenmesinde rekabetin önemli bir yeri vardır. Rekabeti ihlal eden davranışları yasaklayıcı düzenlemelere tarihin her devrinde rastlanmıştır. Rekabetin ekonomik bir olay olması nedeniyle Rekabet Hukuku da öncelikle rekabetin ekonomik sonuçlarını düzenli bir şekilde elde etmeğe yöneliktir. Ancak, Rekabet Hukuku ile elde edilmek istenen yarar, rekabetin ekonomik sonuçları ile sınırlı değildir. Rekabetin ekonomik sonuçları XX. yüzyılda anlaşılmaya başlanmışsa da, Rekabet Hukuku daha uzun bir geçmişe sahiptir. Bunun doğal sonucu da, Rekabet Hukukunun kabulünde ekonomik gerçeklerin yanı sıra, sosyal ve ahlaki değerlerin etkili olduğunu, hatta Rekabet Hukukunun kabulünde bunların ekonomik gerekçelerden de daha etkili olmak da görülür. Ahlaki ve sosyal ihtiyaçları karşılamak için kabul edilmiş olan Rekabet

<sup>24</sup> SAMUELSON, İktisat, Ankara, 1965, 42,43 (Çeviren Demirgil)

<sup>25</sup> Bundan sonra Yüksek Mahkeme olarak ifade edilecektir.

<sup>26</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US. 377, 42 S.Ct. 114 (1921); Mapple Flooring Manufacturers Association v. United States, 268 US. 563, 45 S.Ct. 578 (1925).

<sup>27</sup> HAYEK, The Political Order of a Free People, 70.

Hukuku kuralları, ancak XX. yüzyılda ekonomi bilimindeki gelişmelerle yeni bir boyut kazanmıştır<sup>28</sup>.

Rekabet Hukukunun kabulünde ve gelişmesinde etkili olan düşünceler üç genel başlık altında toplanabilir: Hakkaniyet düşüncesinden kaynaklanan ve toplumun ve özellikle tüketicinin korunmasına ilişkin düşünceler<sup>29</sup>, ekonomik yararı temine yönelik düşünceler<sup>30</sup> ve rekabetten beklenen sosyal yarardır<sup>31</sup>.

## B. Tüketicilerin Korunması

Rekabeti gerçekleştirmeğe ve korumağa yönelik her Rekabet Hukuku kuralının temelinde tüketicinin korunması düşüncesi vardır. Rekabetin, üretim verimliliği ve teknik gelişmeleri teşvik ederek ve kâr hadlerine sınırlamalar getirerek, tüketicilerin daha az para ödemelerini temine yönelik olduğu ileri sürülmektedir<sup>32</sup>. Kaynak kullanımında etkinlik de dahil olmak üzere rekabetin ekonomik sonuçlarının tüketiciler üzerindeki bütün etkileri, tüketiciler yararınadır. Bu sebepten, günlük hayatta Rekabet Hukukundan söz edildiğinde, bununla tüketicileri korumağa yönelik bir dizi kurallar kast edilmektedir. Tarih boyunca da, tüketicilerin korunmaları ile rekabet şartlarına uyulma bir bütün olarak, birlikte düşünülmüştür. Bunun en belirgin kanıtı da, kanunkoyucuların Rekabet Hukukuna ilişkin ilk düzenlemelerinde, yiyecek<sup>33</sup>, giyecek gibi, tüketicilerin temel ihtiyaç maddeleri<sup>34</sup> piyasalarında rekabetin teminini sağlamağa yönelmiş olmalarıdır. Bütün bu düzenlemeler de hedeflenen amaç, tüketiciye belli bir mal için piyasa fiyatı üzerinde bir bedel ödetirilerek zarar verilmesine engel olmaktır. Tüketicilerin korunmasına ilişkin düşünceler günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.

Ancak, XIX. yüzyılın ikinci yarısından sonra, ekonomi biliminde gözlenen gelişmeler, Rekabet Hukukuna farklı bir nitelik kazandırmıştır. Ekonomi bilimine göre, her ne kadar, rekabetten yararlanacak olanlar tüketiciler ise de, bunların korunması Rekabet Hukukunun konusu değildir. Çünkü, rekabetle elde edilmek istenen, iktisadi verimlilik; yoksa tüketicilerin korunması değil. Ekonomi bilimine göre rekabet, tüketicinin ödemesi gerekenin üzerinde

---

<sup>28</sup> AGNEW, 25.

<sup>29</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, London, 1979, 20; WHISH, Competition Law, London, 1985, 20.

<sup>30</sup> Bakınız Bölüm I, Kısım I,III.

<sup>31</sup> PITOFSKY, The Political Content of Antitrust, 127 University of Pennsylvania Law Review 1051 (1979); SCHERER, Industrial Market Structure,12,13.

<sup>32</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 265.

<sup>33</sup> Lex Julia de annona, D48, 12, 1, 2.

<sup>34</sup> PIOTROWSKI, Cartels and Trusts, London, 1933,104.

ödeme de bulunması, yani rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin normal kârlarının üzerinde tek el kârları elde etmesi ile ilgili de ğildir<sup>35</sup>. Tüketicilerin malvarlıklarının bir kısmı karşılıksız olarak, tek el kârı şeklinde, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin malvarlığına katılmıştır; ancak bu sadece toplumdaki servet dağılımına ilişkin bir sorundur<sup>36</sup>. Bu iddialar şüphesiz, modern ekonomi biliminin rekabete sınırlı bir anlam vermesinden doğmaktadır.

Rekabet Hukukunun, tüketicileri de koruma ğa yönelik kurallarını, genel hukuk ilkelerinden ve hakkaniyet düşüncesinden kaynaklanmakta ve sosyal politika gere ğince rekabetle tüketicilerin de korunması amaçlanmaktadır<sup>37</sup>. Kanımızca da, rekabet ekonomik bir olay olmakla beraber, Rekabet Hukukunun koruma alanı, ekonomik yararın elde edilmesinden daha geniştir. Tüketicilerin, hakkaniyet gere ği de olsa korunması, Rekabet Hukuku uygulamasının vazgeçilmez bir yanını oluşturur.

### C. Rekabet Hukukunun Sosyal Amacı

Rekabetin sosyal yaşamdaki gelişmeleri teşvik edici rol oynadığı ve bütün gelişmelerde önemli rolü olduğu şüphesiz bir gerçektir<sup>38</sup>. Rekabet, Adam Smith'in anladığı şekilde basit bir hasımlık durumu olarak kabul edilse bile, bunun her zaman sosyal bir yanı mevcuttur. Tekelci firmalara karşı ileri sürülen eleştirilerin başında, bu firmaların gelişmeye olumsuz katkıları konusu gelmektedir<sup>39</sup>. Piyasada tek satıcı durumunda olan tek elci firma, fiyat ve arz miktarını tesbit edebilece ği gibi, arz edilen malın kalitesini de kontrol eder. Kârını maksimize etmek isteyen tek elci firmanın, yeni araştırmalara para harcaması rasyonel bir davranış değildir, çünkü herhangi bir yenilik olmadan da<sup>40</sup>, tek el kârını elde etmek olanlığına sahiptir. Böyle bir firmanın yapacağı her harcama kendi kârının azalması anlamına gelece ğinden, rekabetin kısıtlanmış olduğu piyasalarda, firmaların yeni buluşlara ve daha iyi mal arzına yönelik faaliyette bulunmayacağı açıktır. Tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmalar açısından ise, başarılı olmak yani diğerlerinden fazla kazanç elde etmek, farklılaşmaya, yani yeni bir buluşa, daha iyi ürüne, ya da diğerlerinden daha verimli faaliyet gösterme ğe bağlıdır<sup>41</sup>. Bütün bunlar da tam rekabet piyasasında

<sup>35</sup> BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978, 112.

<sup>36</sup> BORK, *Resale Price Maintenance and Consumer Welfare*, 77 YLJ 950 (1958); Aksi görüş için, GOULD-YAMEY, *Professor Bork on Vertical Price Fixing: A Rejoinder*, 77 YLJ 947 (1958).

<sup>37</sup> DHAeyer- THILMANY, *La Protection du Consommateur et le Droit Antitrust Europeen*, *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, c. 14, 1978, 222,223.

<sup>38</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure*, 10; HAYEK, *The Political Order of a Free People*, 68.

<sup>39</sup> AREEDA- TURNER, *Antitrust Law*, c. II, Boston, 1978, 284.

<sup>40</sup> POSNER, *Antitrust Law, An Economic Perspective*, Chicago, 1976, 12,13; AGNEW,29 ; AREEDA- TURNER, *Antitrust Law*, c. II, 272.

<sup>41</sup> SWANN, *Competition and Consumer Protection*,19.

faaliyet gösteren teşebbüslerin araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmaları sonucunda ortaya çıkar. Yenilikler, daha kaliteli ve ucuz mal tam rekabet piyasasının doğal sonucudur. Firmaları yeniliğe yöneltici gücün rekabet olduğu kabul edilmektedir.

Şüphesiz ki, tekелci firmaların da, topluma yenilikler getirerek katkıda bulunmaları mümkün olabilir<sup>42</sup>, ancak buna tam rekabet piyasasında ki kadar sık rastlanmaz ve tekелci firmanın yenilikler için harcamada bulunması, tekelin gücü ile doğru orantılıdır. Kanımızca, tekелci firmanın faaliyet gösterdiği piyasaya yeni teşebbüslerin kolayca girmesi mümkün ise<sup>43</sup>, tekелci firma durumunu korumak amacıyla, ya piyasaya girişi zorlaştırmak için yeni araştırmalara yönelecek, ya da fiyatını tekел fiyatının altında tesbit ederek<sup>44</sup>, diğerlerinin piyasaya olan ilgilerini azaltmağa çalışacaktır.

Rekabet piyasasının diğer bir önemli sonucu da, ekonomik gücün tek bir elde toplanmasını önleyerek, bu gücün toplumda yaygınlaştırılmasını temin etmesidir<sup>45</sup>. Liberal devlet felsefesinin en eski ve temel düşüncelerinden biri, toplumda yaşayan kişilerin kendilerine ilişkin kararlarda yetkili olmaları, bu konuda devlet organlarının ve diğer kişilerin yetkilerinin sınırlandırılmasıdır<sup>46</sup>. Rekabet, ekonomik konulardaki tercihlerin tüketiciler tarafından yapılmasını sağlar. Rekabetin kısıtlandığı piyasalarda ise, üretim miktarı ve fiyatın tesbitinde arzedilen malın tüketiciler bakımından ne şekilde değerlendirildiği önemli değildir. Ekonomik tercihlerin tüketiciler yerine, tekелci firma ya da rekabeti kısıtlayan teşebbüsler tarafından yapılması, ekonomik güce sahip olanların siyasi hayatta egemen olmasını da sağlar. Özellikle bu husus, Amerikan Rekabet Hukuku Kanunları kabulü sırasında ileriye sürülmüş, ve Senatör Shearman, ilk Rekabet Hukuku Kanununu teklif ederken, bunun bir özgürlük bildirgesi olduğunu ifade etmiştir<sup>47</sup>. Yüksek Mahkeme de rekabetin "demokratik, politik ve sosyal müesseselerin korunmasında" önemli bir rol oynadığını açıkça kabul etmektedir<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> POSNER, Antitrust Law, 15.

<sup>43</sup> SULLIVAN, Economics and More Humanistic Disciplines: What are the Sources of Wisdom for Antitrust ? 125 University of Pennsylvania Law Review 1277 (1977)

<sup>44</sup> AREEDA- TURNER, Antitrust Law, c.II, 288,289,317.

<sup>45</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 12; SULLIVAN, Economics and More Humanistic Disciplines, 1223.

<sup>46</sup> TEW, Attempt to Monopolize, 31 Vanderbilt Law Review, 309,315 (1978).

<sup>47</sup> THORELLI, The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition, Baltimore, 1955, 166-167.

<sup>48</sup> Northern Pacific Railways Co. v. United States, 356 US. 1,4 (1958); SCHWARTZ, Justice and Other Non-Economic Goals of Antitrust, 127 University of Pennsylvania Law Review 1079 (1979).

Tekel piyasasının, ekonomik diktatörlüğe<sup>49</sup> yol açacak olmasına karşılık, rekabet ekonomik etkinliği topluma yaygınlaştırarak adil bir toplumun oluşmasına katkıda bulunur. Karar vermede ve sorumluluğun tek elde toplanmasına engel olmada en etkili yöntem tekellerin ve kartellerin faaliyetlerine son verilmesidir. Robert Pitofsky, ekonomik hayatın birkaç firmanın kontrolüne geçmesi durumunda, tüketiciler gibi devletin de ekonomik hayattaki etkinliğinin ortadan kalkacağını ileri sürmektedir<sup>50</sup>.

Pitofsky, rekabet sistemi ile demokrasinin ayrılmaz iki kavram olduğunu, totaliter sistemlerde ise ekonomik hayatın tek elden yönetildiğini ve rekabet dışında bir sistemin liberal (özgürlükçü) demokratik sistem ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir<sup>51</sup>. Rekabetin, liberal demokratik sistemin vazgeçilmez bir şartı olduğunda şüphe yoktur<sup>52</sup>. Yüksek Mahkeme de, Rekabet Hukuku kanunlarını, "Magna Carta" ve "Bill of Rights" ile karşılaştırmakta ve hiçbirinden vazgeçmenin mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>53</sup>.

Rekabetin, sosyal bakımdan diğer bir etkisi de, seçme ve fırsat özgürlüğünü tam olarak karşılamasıdır. Rekabetin kısıtlandığı piyasalar ile tekel piyasasında, tüketicilerin seçme özgürlükleri fiilen sınırlanır. Rekabet piyasasında, rakip firmaların arz ettiği mallar arasından dilediğini seçme ve dilediği firma ile sözleşme yapmak durumunda olan tüketiciler, tekel piyasasında bu olanaktan yoksundurlar. Rekabetin kısıtlanması, tüketicilerin seçme hakkını ortadan kaldırır.

Rekabet, piyasaya girişte hiç bir engelin bulunmadığı bir sistem öngörür<sup>54</sup>. Yani, rekabet piyasasında, yeni teşebbüslerin piyasaya girmelerinde hiçbir sınır yoktur ve kişiler, kendi yetenek, beceri ve bilgileri çerçevesinde diledikleri faaliyeti yapabilirler<sup>55</sup>. Rekabetin kısıtlandığı piyasalarda ise, piyasayı kontrol etmekte olan teşebbüsler, kendi ayrıcalıklı durumlarını başkaları ile paylaşmamak için reklam, mal farklılaştırması<sup>56</sup> gibi yöntemler ile piyasaya giriş engellerini artırıp piyasaya girişi zorlaştırabilirler<sup>57</sup>. Bu da, ticari hayatta fırsat

<sup>49</sup> WATKINS, The Economic Philosophy of Anti-trust Legislation, The Annals of the American Academy of Political Science, c. XLVII, 1930, 17.

<sup>50</sup> PITOFSKY, The Political Content of Antitrust, 1051.

<sup>51</sup> ibid. 1055.

<sup>52</sup> FRIEDMAN, Capitalism and Freedom, Chicago, 1962, 11-12.

<sup>53</sup> United States v. Topco Associates, 405 US. 610 (1972).

<sup>54</sup> AREEDA- TURNER, Antitrust Law, c. II. 298.

<sup>55</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 13; FRIEDMAN, 9.

<sup>56</sup> AREEDA- TURNER, Antitrust Law, c.II, 306,307; STIGLER, Barriers to Entry, Economics of Scale and Firm Size, The Organization of Industry, Chicago, 1983, 70.

<sup>57</sup> GELLHORN, Antitrust Law and Economics, St. Paul, 1981,82.

eşitliğinin<sup>58</sup> bozulmasına yol açarak, toplumun kişilerdeki teşebbüs ruhundan yoksun kalmasına neden olur. Rekabet, toplumdaki kişilerin faaliyetlerine serbestlik getirirken, toplumun bundan azami ölçüde yararlanmasını temin eder<sup>59</sup>.

## **D. Rekabetten Beklenen Ekonomik Yarar**

### **1. Genel Olarak**

Rekabet Hukukunun konusu ekonomik hayattaki rekabettir. Bundan dolayı da, Rekabet Hukuku politikası bakımından ekonomi bilimine göre rekabetin ne olduğu kadar, rekabetin ekonomik sonuçlarının belirlenmesi de gereklidir. Bu da, rekabetin düzenlenmesine neden olan etkenler ile, modern Rekabet Hukukunun gelişmesinde önemli katkıları olan ekonomi teorilerinin önemini artırır. Günümüz Rekabet Hukukunu, öncekilerden ayıran en önemli fark, ekonomi bilimi bulgularından ve kanunlarından daha fazla yararlanılmakta olmasıdır.

Ekonomi biliminin, Rekabet Hukukundaki etkilerinin artması ile birlikte, rekabetin ekonomik sonuçlarının tesbiti daha da önem kazanmıştır. Adam Smith'den beri bütün liberal ekonomistler, rekabetin ekonomik verimliliğin temininde en etkili yöntem olduğunu kabul etmektedirler<sup>60</sup>. Doğal olarak da, Rekabet Hukuku ile elde edilmesi hedeflenen amaçlar arasında ekonomik verimliliğin gerçekleştirilmesi yer alır. Ancak, ekonomik verimlilik, fen ve mühendislik bilimlerindeki verimlilik kavramından farklıdır<sup>61</sup>. İkinci grup bilimlerde verimlilik sadece en az kaynak kullanımı ile üretime ilişkin iken, ekonomi biliminde bu, ayrıca neyin üretileceği sorununu da ilgilendirir.

Acaba, Rekabet Hukukunun amacı olarak tesbit ettiğimiz verimlilikten ne anlaşılmalı gerekir? Bu sorunun cevabı, modern Rekabet Hukukunda iki karşıt kavram olarak kullanılmakta olan, rekabet ve tekel piyasaları olgularının birlikte değerlendirilmesini gerektirir.

Rekabetin yararlarından, ya da tekellerin zararlarından söz edildiği zaman, gerçekte kast edilen, rekabetin sosyal yaşama olumlu etkisinden çok tekellerin sebep olduğu ekonomik değer kayıplarıdır. Rekabet piyasası gibi, tekellerde ekonomik olgulardır. Her ne kadar, Rekabet Hukuku kurallarının

---

<sup>58</sup> TEW, 315.

<sup>59</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 19.

<sup>60</sup> REYNOLD, 137.

<sup>61</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 18; GALBRAITH, American Capitalism, Boston, 1956, 17-18.

kabulünde, sosyal yönlerin, rekabetin ekonomik yanından daha etkili olduğu iddia edilmekteyse de<sup>62</sup>, ekonomi bilgilerin Rekabet Hukuku ile elde edilmek istenen ekonomik sonuçlar bakımından önemi yadsınamaz<sup>63</sup>.

## 2. Üretimde Verimlilik

Rekabetin en önemli ekonomik yararlarından biri de, üretimde verimliliğin teminidir. Rekabet, teşebbüsleri daha ucuza üretim yapmağa, yani daha az kaynak kullanımı ile üretim yapmağa zorlar. Rekabet piyasasında, fiyatın piyasadaki toplam arz ve talebe göre belirlenmesi ve bu piyasada faaliyet gösteren firmaların piyasada oluşan fiyatı etkilemek gücünden yoksun olması sebebi ile teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri ya da daha fazla kazanç elde edebilmeleri, daha düşük ortalama toplam maliyete sahip olmalarına bağlıdır<sup>64</sup>. Ekonomik verimliliğin elde edilmesinde, rekabet tekeller piyasasına göre üstünlük arz eder. Teşebbüslerin daha az kaynak tüketimine yönelmeleri, rekabetin sonucudur<sup>65</sup>.

Kaynak kullanımında verimlilik ile üretimde verimliliğin sağlanmasında tekellerci firma, rekabetin yokluğu sebebi ile herhangi bir gayret göstermez. Oysa, tam rekabet piyasasında, maliyetini piyasa fiyatının altına düşüremeyen firmalar, piyasadan çekilmek zorunda kalırlar. Üretimde verimlilik ticari faaliyete devam edebilmek için şarttır.

Tekellerci firma bakımından da, üretimde verimlilik ilkesi geçerli olmakla beraber, bu aynı derecede önemli değildir. Tekellerci firmanın piyasadaki fiyatı kendi marjinal giderinin üzerinde tesbit etmesi sebebi ile üretimde az kaynak tüketimi tekellerci firma bakımından bir var olmak sorunu değildir. Bu sebepten de, tekeller piyasasında üretimde verimlilik ilkesi nadiren gözetilir<sup>66</sup>.

Üretimde verimlilik ilkesi, Rekabet Hukuku ile Patent Hukuku çatışmasında daha da önem kazanır ve belirleyici rol oynar. Patent hakkı sahibi ve lisans alanın, aynı buluştan ayrı ayrı yararlandığı durumlarda, üretim verimliliğini gerçekleştiren lisans alanın ekonomiye olumlu katkısı özellikle korunmuştur<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> PITOFESKY, The Political Content of Antitrust, 1057.

<sup>63</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II,272.

<sup>64</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 13; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 271; HAYEK, The Political Order of a Free People, 65.

<sup>65</sup> REYNOLDS, 138; SCHERER, Industrial Market Structure, 14,15.

<sup>66</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 302,303.

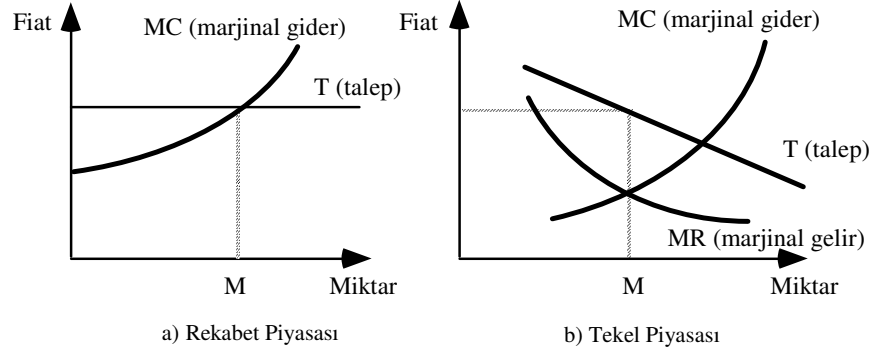
<sup>67</sup> Bakınız sayfa 51.



### 3. Kaynak Dağılımında Verimlilik

Kaynak dağılımında verimlilik ilkesi, belirli bir malın ne miktar üretilceği, toplumsal değerlerin ne şekilde tahsis edileceği ile ilgilidir<sup>68</sup>. Toplumdaki ekonomik kaynaklar sınırlıdır. Örneğin, toplumda bütün kaynaklar kullanıldığı zaman, her bir maldan ancak belirli bir miktar üretilir. Herhangi bir malın üretimi artırıldığı zaman, başka bir malın üretiminin düşürülmesi gerekir, çünkü hammadde, işgücü, sermaye gibi toplumsal kaynaklar sonsuz miktarlarda değildirler<sup>69</sup>. Rekabet, kaynak dağılımında verimliliğin temininde en etkili yöntemdir ve kaynakların, tüketicilerin herbir malı elde etmek arzusu ve o mala verdiği ekonomik değere göre dağılımını sağlayarak, genel mutluluk ve refahın artmasını gerçekleştirir<sup>70</sup>.

Kaynak dağılımında verimlilik, bütün piyasalarda fiyatın marjinal gidere eşit olması ile gerçekleşir<sup>71</sup>. Herbir firmanın üretim miktarı, piyasanın tümünü etkileyecek kadar küçüktür ve her bir firma üretim miktarını piyasa fiyatı ile son ürettiği malın marjinal gidere eşit olacak şekilde belirler<sup>72</sup>. Bu, rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmaların marjinal gelirlerinin fiyata eşit olmasının sonucudur. Oysa, tekelci firma bakımından durum farklıdır. Tekelci firmanın bir fazla mal satması halinde elde edeceği marjinal gelir satış fiyatına eşit değildir, çünkü fazladan arz edilen her bir mal, fiyatın düşmesine yol açar.



<sup>68</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 17; AGNEW, 20.

<sup>69</sup> SAMUELSON, 17; STIGLER, The Theory of Price, 14,15.

<sup>70</sup> WHISH, Competition Law, London, 1983, 12-13; BORK, Antitrust Paradox,7.

<sup>71</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II,271; AGNEW,24.

<sup>72</sup> MANSFIELD, 202,203 ; SINGER, Antitrust Economics, New Jersey, 1968,15; SCHERER, Industrial Market Structure, 14.

Tekelci firma üretim miktarını talebe göre değil, marjinal giderini, marjinal gelirine eşit olacak şekilde belirler ki, bu da üretim miktarının azalmasına ve toplumsal kaynakların tahsisinde tüketicilerin etkilerinin ortadan kalkmasına yol açar<sup>73</sup>. Bu oportünite gideri kavramının yardımı ile açıklanabilir<sup>74</sup>.

Her bir malın üretimi için hammadde, işgücü gibi çeşitli piyasa giderlerine ihtiyaç vardır. Mantıken, bunlardan herhangi birinin belirli bir iş için kullanılması, başka bir malın üretiminde bunların kullanılmayacağı sonucunu ortaya çıkarır. Örneğin, ayakkabı imalatında çalışan bir işçi, o işte çalışmasa idi çanta ya da başka bir şeyin imalatında çalışıyor olacaktı. Ayakkabı imalatında çalıştığı süre boyunca, çanta imalatında çalışmaması ekonomik bir kayıptır. Diğer taraftan, ürettiği ayakkabılar da iş gücünün yarattığı yeni bir değerdir ve amaç ekonomik kayıp ve kazançların dengelenmesidir. Bu sebepten, üretilen ayakkabının gerçek bedeli, üretilmeyen çantanın bedeline eşittir. Aynı mantık çerçevesinde, bir fabrikanın üretimi ile o fabrikanın üzerinde bulunduğu araziden elde edilebilecek tarımsal ürünler ya da çamaşır makinası ile kurutma makinasında üretiminde kullanılacak hammadde harcamaları karşılaştırılarak ekonomik bir kaybın mı, yoksa kazancın mı olduğu araştırılabilir. Bir şeyin üretilmemesinden doğan kayba ekonomi biliminde oportünite gideri denilmektedir. Bir malın marjinal gideri oportünite giderine eşittir<sup>75</sup>.

Endüstri bir bütün olarak ele alındığında, üretilen son maldan elde edilen marjinal faydayı, fiyat gösterir. Son malı satın alan tüketici bakımından o mal yerine bir başka şey satın almak arasında fark kalmamıştır ve bu tüketici açısından fiyat marjinal faydaya eşittir<sup>76</sup>. Fiyatın daha yüksek olması halinde ise, tüketici tercihini başka bir mal satın alarak gösterir. Kaynak dağılımında verimliliğin gözetildiği bir sistemde, marjinal gider fiyata eşittir ve genel ekonomi içinde değişik malların üretim miktarını, oportünite gider, marjinal fayda, marjinal gider ve fiyat arasındaki dengenin kurulması belirleyecektir.

Rekabet Hukuku ile elde edilmek istenen fiyat ve marjinal gider arasındaki dengenin korunması, arz miktarının tüketicilerin değişik mallara verdikleri değere göre belirlenmesidir. Rekabet piyasasında faaliyet gösteren tek bir firma ele alındığında, fiyatın marjinal gidere eşit olduğu görülür<sup>77</sup>.

---

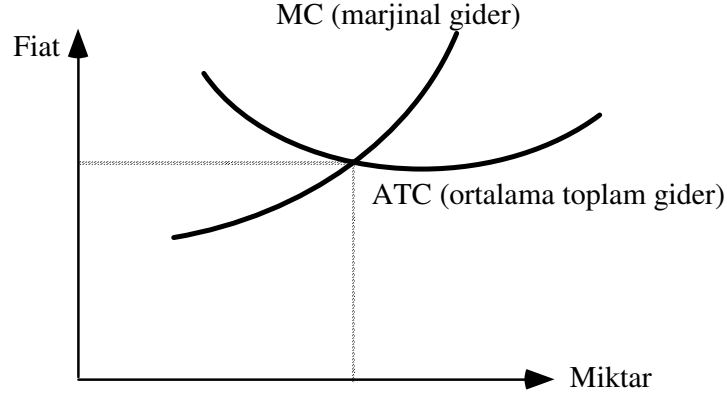
<sup>73</sup> REYNOLD, 137; SCHERER, Industrial Market Structure, 15,43.

<sup>74</sup> LIPSEY - STEINER, 421.

<sup>75</sup> REYNOLD, 137.

<sup>76</sup> REYNOLD, 137; SCHERER, Industrial Market Structure, 17.

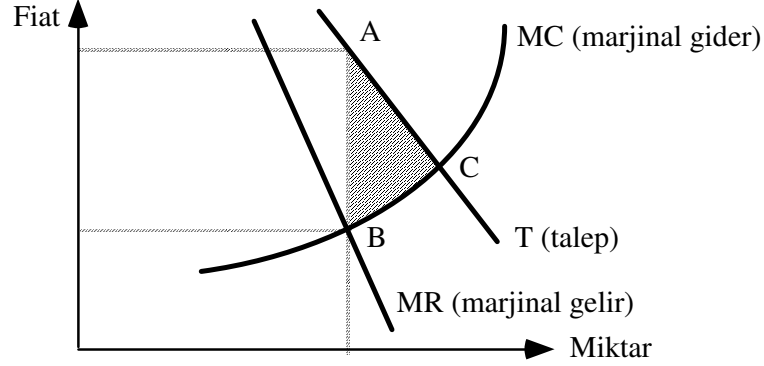
<sup>77</sup> AGNEW, 24.



Firmanın satış fiyatını, firmanın ortalama toplam giderinin minimum olduğu nokta belirler<sup>78</sup>. Eğer bu F1'in üzerinde ise, piyasa fiyatının üzerinde fiyattan mal satamıyacağı için piyasayı terk edecek, F1'in altında ise, piyasadaki yüksek kârlılık, yeni firmaları piyasaya girmeye sevk edecek ve arzın artması sonucunda da F1 azalarak denge noktasına ulaşılmış olacaktır. Görüldüğü gibi, kaynak kullanımında verimlilik, alıcıların elde edecekleri marjinal faydaya göre gerçekleşmektedir.

Rekabetin kısıtlanması durumunda ise, üretim miktarı tüketicilerin talebine ve tekelleri firmanın kârını maksimize etmek durumuna göre ayarlanmakta ve arz miktarı düşerken, fiyat artmaktadır. Bunun doğal sonucu da, bazı tüketicilerin taleplerinin karşılanamaması, diğerlerinin ise daha yüksek bir bedel ödemek zorunda kalmalarıdır. Tüketicilerden bazılarının fazla bedel ödemek zorunda kalmaları, bu fazlalık kadar kısmın piyasadan çekilmesine ve başka değerlerin yaratılmasına katkıda bulunmamasına yol açar ve kaynak dağılımında verimliliğin bozulması, tüketicilerin arzularının daha az tatmin edilmesi ile sonuçlanır. Bu rekabetin kısıtlanmasının toplumsal bedeli ya da başka bir ifade ile, rekabetin kısıtlanmasından toplumun görmüş olduğu zarardır. Rekabetin kısıtlanması sonucunda fiyat tekel fiyatına yükselir.

<sup>78</sup> Bunların kısa dönem ya da uzun döneme ilişkin olmaları önemli değildir, yeter ki firmalar optimum büyüklükte olsunlar ya da bu büyüklüğe kolaylıkla ulaşabilsinler.



ABC noktaları arasında kalan alan toplumsal zararı göstermektedir<sup>79</sup>.

Kaynak dağılımında verimlilik ilkesi, matematiğin ekonomi bilimine uygulanmaya başlanması ile ortaya çıkmıştır. Bu sebepten, XX. yüzyıl öncesi gözlenen rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri düzenleyen kanun ve emirnamelerde bu ilkenin etkilerine rastlanmaz. Örneğin, Roma Hukukunda rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri yasaklayan *Lex Julia de Annona*<sup>80</sup> ve Kral Zeno Emirnamesinde<sup>81</sup> kaynak dağılımında verimliliğin korunması amaçlanmamış ve rekabet sadece belirli piyasalar bakımından düzenlenmiştir. Verimlilik ilkesinin ortaya çıkışı ve rekabetin bunu gerçekleştirmede en etkili yöntem olarak kabulü XX. yüzyıldaki bilimsel faaliyetler sonucudur<sup>82</sup>. Günümüzde ise, rekabetin en önemli ekonomik sonucunun kaynak kullanım verimliliğinin gerçekleştirilmesi olduğunda görüş birliği vardır<sup>83</sup>.

### III. REKABET HUKUKUNUN DİĞER SOSYAL BİLİMLERLE OLAN İLİŞKİSİ

#### A. Rekabet Hukukunun Hukuk Bilimi İçindeki Yeri

##### 1. Genel Olarak

Rekabet Hukuku XX. yüzyılda bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmiştir. Rekabetin ticari hayatta öneminin bilimsel olarak kanıtlanmasından

<sup>79</sup> STIGLER, *Industrial Market Structure*, 197.

<sup>80</sup> D 48,12,1,2.

<sup>81</sup> PIOTROWSKI, 112.

<sup>82</sup> STIGLER, *Perfect Competition, Historically Contemplated, Essays in the History of Economics*, Chicago, 1965, 250-251.

<sup>83</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure*, 17 ; LIPSEY - STEINER, 421,422 ; AGNEW, 28.

sonradır ki, Rekabet Hukuku bağımsız bir içerik kazanmıştır. Gerçekten de Rekabet Hukukunun bağımsız bir konusu ve amacı vardır<sup>84</sup>. Tüketicilerin korunması faaliyetlerinin artması sonucunda da günümüzde sosyal içerikli bir özel hukuk dalı görünümü kazanmasına rağmen, Rekabet Hukukunun liberal ekonomik sistemin temeline ilişkin olması özelliği değişmemiştir<sup>85</sup>.

Liberal ekonomi sistemini benimsemiş devletler ve düzenler bakımından Rekabet Hukuku, değişmez özellikler gösterir. Ekonomik faaliyetlerde rekabet koşullarının gözetilmesinin teminine yönelik olan Rekabet Hukuku kurallarını, devletlerin mensup buldukları hukuk ailelerine göre sınıflandırmak mümkün değildir, çünkü ekonomi biliminin kuralları ve teorileri hukuk ailelerine göre farklılık göstermez. Bu bakımdan da farklı ülkelerdeki Rekabet Hukuku, hangi hukuk ailesi içinde düzenlenmiş olursa olsun, amaç ve konudaki bu birlik nedeni ile benzer kurallara sahip olmuştur<sup>86</sup>.

Kişilerin ekonomik hayattaki davranış biçimlerini düzenleyerek, tüketicilerin bundan azami ölçüde yararlanmasını temine yönelik olan Rekabet Hukuku<sup>87</sup>, kendisi gibi özel hukuk sistemi içinde yer alan Medeni ve Borçlar Hukuku ile yakından ilgilidir. Zarar gören tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin korunması ve zararlarının giderimi konusu Amerikan Hukukunda Rekabet Hukuku Kanunları içinde düzenlenirken<sup>88</sup>, Avrupa Topluluğu Hukukunda üye devletlerin ulusal Borçlar Hukuku genel hükümlerine tabi kılınmıştır<sup>89</sup>.

## **2. Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hükümlerinin Karşılaştırılması**

Rekabet Hukuku ve haksız rekabet hükümleri, ticari hayattaki faaliyetleri düzenlemekle beraber amaç bakımından birbirinden ayrılırlar. Haksız rekabet hükümleri, ticari hayatta faaliyet gösteren tacirlerin hangi davranışlarının rekabet hakkının kötüye kullanma oluşturacağını göstererek rekabet hakkının sınırlarını belirler<sup>90</sup>. Aldatıcı ve hüsniyet kaidelerine aykırı davranarak, rekabet hakkının kötüye kullanılması şeklinde tanımlanabilen haksız rekabetin temelini, rekabet hakkının sınırlarının aşılması, rakiplere zarar vermek görüşü oluşturur.

<sup>84</sup> MERKIN - WILLIAMS, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London, 1984,1; WHISH, 12.

<sup>85</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 265, 266.

<sup>86</sup> WHISH, 12.

<sup>87</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 19.

<sup>88</sup> Clayton Act, md. 4.

<sup>89</sup> HOUIN, Les Conséquences Civiles d'une Infraction aux Regles de Concurrence, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 9. sene 1963,35.

<sup>90</sup> ÖRS, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Ankara, 1958, 15,16.

Kendi ya da rakipleri hakkında yanıltıcı bilgilerle üçüncü kişilerin aldatılması<sup>91</sup> ya da hüsniyet kaidelerine aykırı davranışlarla çıkar temini hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Haksız rekabet hükümleri ile, genel olarak, rakip teşebbüslerin çıkarları korunmaktadır. Bu da, haksız rekabet kurallarının Adam Smith'in klasik kapitalist ekonomik görüşü ile Spencer'in Sosyal Darwinizm görüşlerinin<sup>92</sup> sentezi olmasından kaynaklanmaktadır. Haksız rekabetin temelinde, bazı tacirlerin kazançlarını artırırken, diğerlerinin bundan zarar göreceği düşüncesi yatmaktadır. Haksız rekabet kurallarına esas teşkil eden rekabet kavramı, Smith'in rekabet kavramından<sup>93</sup> farksızdır. Haksız rekabet kuralları ile de kendi çıkarları uğruna hareket eden tacirlerin, korunmaya değer görülmeyen davranışlarına sınırlamalar getirilmiştir<sup>94</sup>.

Rekabet Hukuku ile haksız rekabet kuralları arasındaki esaslı fark ise, her iki düzenlemeye temel teşkil eden farklı ekonomik görüşlerden kaynaklanmaktadır. Rekabet Hukuku, piyasada faaliyet gösteren teşebbüsleri rekabete teşvik ederken<sup>95</sup>, hatta rekabet etmeye zorlarken, haksız rekabet kuralları böyle bir amaç taşımamakta, sadece teşebbüslerin, rekabet etmeleri halinde, bunun ne şekilde gerçekleştirileceğini düzenlemektedir. Rekabet Hukukunun amacı ise rakipler değil, ekonomik verimliliği temin için rekabeti korumaktır<sup>96</sup>.

### 3. Rekabet Hukuku ile Ticaret Hukuku Arasındaki İlişki

Ticaret Hukuku gibi, ticari hayatı düzenleyen Rekabet Hukuku, Ticaret Hukukundan bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmiştir. Her iki hukuk arasında bazı ortak konular vardır. Rekabet Hukukunu ihlal edebilecek sülhler arasında, gerçek ve tüzel kişi tacirlerin önemli bir yeri vardır. Ancak, Rekabet Hukuku bakımından, rekabeti ihlal edebilecek kişiler, gerçek ve tüzel kişi tacirler ile sınırlı değildir. Amerikan Rekabet Hukukunda, herkesin rekabeti kısıtlayabileceği açıkça belirtilmiştir<sup>97</sup>. Avrupa Topluluğu Hukukunda teşebbüs kavramı esas alınmış ise de, serbest meslek sahibi kişilerin<sup>98</sup> ve dernek

<sup>91</sup> FLEMING, The Law of Torts, London, 1983, 672; PROSSER, Law of Torts, St.Paul, 1982, 956.

<sup>92</sup> SPENCER, The Study of Sociology, Ann Arbor, 1969, 316.

<sup>93</sup> SMITH, 56; ROBINSON, Economics After "Laissez-Faire", Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1967, 40-43.

<sup>94</sup> BORK, Antitrust Paradox, 134,135.

<sup>95</sup> KAHN, Standards for Antitrust Policy, 67 HLR. 42, 1953.

<sup>96</sup> BORK, Antitrust Paradox, 90; WOOD, Antitrust 1984: Five Decisions in Search of a Theory, 2 Supreme Court Review, 139, 1984.

<sup>97</sup> Shearman Act, md. 8.

<sup>98</sup> AOIP v. Beyrard, OJ(1976) L 6/8, (1976) 1 CMLR D14, patent hakkı sahibi buluş sahibinin de Rekabet Hukuku kapsamına gireceği belirtilmiştir; RAI v. UNITEL, OJ(1978) L 157/39, (1978) 3

statüsündeki mesleki teşekküllerin<sup>99</sup> de rekabeti kısıtlayabilecekleri açıkca kabul edilmiştir. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan, teşebbüs gibi davranmadır<sup>100</sup>.

Rekabet Hukuku ile Ticaret Hukuku arasındaki bir diğer ortak husus da, bazı hukuklarda, haksız rekabet hükümlerinin Ticaret Hukuku içinde düzenlenmesidir<sup>101</sup>. Örneğin, Türk Hukukunda, haksız rekabet hükümleri Türk Ticaret Kanununun 56-65. maddeleri arasında yer almaktadır. Haksız rekabeti, aldatıcı harekete ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı davranışlar ile ekonomik rekabetin kötüye kullanılması olarak tanımlandığı Ticaret Kanunumuzun 56. maddesinde, neo-klasik ekonomik görüşün etkileri görülür. Bu maddedeki tanımda rekabet, tacirler arasındaki yarışma olarak kabul edilmiş ve aldatıcı davranış ve hüsnüniyet kaidelerini ihlalin, rekabet hakkını kötüye kullanma sayılacağı belirtilmiştir. Hüsnüniyet kaidelerine aykırı davranış, müşterileri aldatıcı ve yanıltıcı faaliyetleri kapsayacak kadar geniştir<sup>102</sup>. Türk Ticaret Kanununun 57. maddesi, hüsnüniyet kurallarına aykırılık oluşturacak halleri tahdidi olarak sayma yoluna gitmiştir. Türk Ticaret Kanununun 57. maddesinde hüsnüniyet kurallarına aykırılık olarak sayılan hallerin ilk beş bendi, aldatıcı davranışlara örnek oluşturur.

Türk Ticaret Kanununun 57. maddesinde, bir tarafın, diğer tarafın kişiliğini, faaliyetlerini veya ürettiği malı kamuoyuna kötülemesi (bent 1), gerçeğe aykırı bilgi vermesi (bent 2), aldatıcı reklam yapması (bent 3), aldatıcı ünvan kullanması (bent 4), arzedilen mallar arasında karışıklık yaratması (bent 5), bir işletmenin bünyesinde çalışan yardımcılarını kandırması (bent 6), yardımcılarını kandırarak rakiplerin imalat sırlarını ele geçirmesi (bent 7), gerçeğe aykırı belge vermesi (bent 9) ve rakiplerin uyduğu iş ve çalışma koşullarına uymamasını (bent 10) hüsnüniyet kurallarına aykırı davranış olarak belirlemiştir<sup>103</sup>.

Türk Ticaret Kanununun 57. maddesi hükmünde de görüldüğü gibi haksız rekabet kuralları, rakip teşebbüsler arasındaki yarışma şartlarını düzenlemekte ve hangi davranışların hukuken korunmayacağını belirtmektedir. Oysa, Rekabet Hukukunun konusu, rekabeti engelleyici, bozucu ve ortadan kaldırııcı davranışlara son verilmesidir. Rekabet Hukuku, rekabet ile elde edilmek istenen

---

CMLR 306, opera şarkıcısının da Roma Andlaşmasının 85. maddesi kapsamına gireceği kabul edilmiştir.

<sup>99</sup> Case 71/74, FRUBO v. EC Commission, (1975) ECR 563, (1975) 2 CMLR 123.

<sup>100</sup> Bakınız sayfa 260.

<sup>101</sup> İngiliz ve Amerikan Hukuklarında haksız rekabet, Haksız Fiil Hukuku içinde düzenlenmiştir. FLEMING, 649; PROSSER, 954; HEYDON, Economic Torts, London, 1978, 81. vd.

<sup>102</sup> ATAAY, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1986, 310,320.

<sup>103</sup> DOMANIÇ, Türk Ticaret Hukuku Şerhi, c. I, İstanbul, 1988, 206,207.

sosyal ve ekonomik yararın gerçekleşmesine yöneliktir. Bu sebepten, Rekabet Hukuku konu ve amaç bakımından, haksız rekabet kurallarından ayrılır.

#### **4. Rekabet Hukuku ile Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku İlişkisi**

Rekabet Hukuku ile Borçlar Hukuku arasında yakın bir ilişki vardır. Rekabet Hukukunun temel sorunlarından biri, kişilerin sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Rekabetin kısıtlanması sonucu, tüketicilerin istediği kişi ile sözleşme yapmak özgürlüğü kısıtlanmakta ve tüketicilerin seçim hakkı fiilen ortadan kalkmış olmaktadır. Bu gibi durumlarda Borçlar Hukuku hükümlerine göre, sözleşmenin kurulmasında gerekli olan serbest iradelerin varlığı şüphelidir. Rekabet Hukuku, teşebbüslerin anlaşarak tüketicilerin seçim hakkını kısıtlamalarını hukuka aykırı olarak nitelendirmekte ve Sözleşmeler Hukukundaki bir boşluğu doldurmaktadır.

Rekabet Hukukuna göre, hukuka aykırı olarak belirlenen fiillerden sorumluluk, Borçlar Hukukunun haksız fiil hükümlerine tabidir<sup>104</sup>. Ayrıca hukuka aykırı böyle bir sözleşmenin tarafları arasındaki borç ilişkisi de, aynı şekilde Borçlar Hukukunun genel hükümlerine göre çözüme bağlanır<sup>105</sup>. Gerek böyle bir sözleşmenin ifası ve gerekse hukuka aykırı bir sözleşmeye göre yapılmış olan ödemelerin iadesine ilişkin sorunlar, Borçlar Hukuku genel hükümlerine tabidir ve Borçlar Hukuku, Rekabet Hukukunu tamamlayarak<sup>106</sup> her iki hukuk arasındaki bütünleşmeyi sağlamaktadır.

Rekabet Hukuku, Medeni Hukuk tüzel kişilik teorileri ile de yakından ilgilidir. Rekabetin yatay kısıtlanması için birden çok tarafın varlığı gereklidir. Kimlerin bağımsız taraf sayılacağı örneğin, ortak girişim şirketleri, ana teşebbüstabı teşebbüslerin tüzel kişiliğe sahip olmakla beraber, aynı ekonomik birliğe dahil olan tüzel kişiler arasındaki ortak davranışların Rekabet Hukuku kapsamına girip girmeyeceği, kabul edilecek tüzel kişilik teorileri ile de ilgilidir. Modern ekonomik yaşamda ortaya çıkan yeni ticaret biçimleri, tüzel kişilik teorilerinde bazı değişikliklere neden olmuş ve tüzel kişilik perdesi kal-

<sup>104</sup> FONTAINE - DESTEXHE - UNIKOWSKY - MARLIER, Consequences Civiles de l'Application des Régles de Concurrence, Annales de la Faculté de Droit te Liège, 8. Yıl, 1962, 44; HOUIN, 49.

<sup>105</sup> HOUIN, 46,47.

<sup>106</sup> ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, İstanbul, 1985, 207.



dırılarak<sup>107</sup>, tüzel kişiliğin arkasındaki kişilerin ve ilişkilerin tesbitini gerekli kılmıştır.

Rekabet Hukuku ile Medeni Hukuk arasındaki, diğer bir ilişki de kişilik haklarının korunmasında ortaya çıkar. Rekabeti kısıtlayıcı davranışlar ile rakip teşebbüslerin ekonomik gelişmeleri engellenmiş olabilir. Medeni Hukuk kurallarına göre kişinin ekonomik gelişmesinin engellenmesi kişilik haklarına tecavüz teşkil etmesi<sup>108</sup> ve rekabeti kısıtlayıcı bu davranışların Rekabet Hukukunca yasaklanmış olması, Rekabet Hukuku ile Medeni Hukuk arasında yakın bir ilişkinin var olduğunu gösterir.

## **B. Rekabet Hukuku ile Ekonomi Bilimi Arasındaki İlişki**

### **1. Genel Olarak**

Rekabet Hukuku, teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerinin tüketiciler üzerindeki etkileri ile ilgilidir<sup>109</sup>. Rekabet Hukukunun amacı, rekabet ekonomisinin gerçekleştirmektir ki, sonuçta tüketicilerin ihtiyaçları en az kaynak tüketimi ile gerçekleşmiş olur<sup>110</sup>. Bu, ekonomi bilimi sözcükleri ile şu şekilde ifade edilebilir: rekabet, kaynak kullanımında ve tüketiminde verimliliği temin<sup>111</sup> ve gelişmeleri teşvik ederek<sup>112</sup> tüketicilerin refahını azamiye çıkarır. Rekabetin, ekonomik sistemin temel taşlarından birisi olması ve teşebbüslerin faaliyetlerinin tüketiciler üzerindeki etkilerinin belirlenmesinde ekonomik verilerin önemi sebebi ile Rekabet Hukuku ile ekonomi bilimi arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesinde<sup>113</sup> olduğu gibi Rekabet Hukuku ile elde edilmek istenenin belirlenmesi<sup>114</sup> bazı temel ekonomi teorilerinin gözden geçirilmesini gerektirir. Bununla beraber, Rekabet Hukukunu ilgilendiren bu teorilerin temel nitelikte olduğunu da belirtmek gerekir.

---

<sup>107</sup> BARACK, The Application of the Competition Rules ( Anti-Trust Laws ) of the European Economic Community, Deventer, 1981, 41; DOUGLAS - SHANKS, Insulation From Liability Through Subsidiary Corporations, 39 YLJ. 194-195 (1929).

<sup>108</sup> DURAL, Gerçek Kişiler, İstanbul, 1987, 152-153; KORAH, An Introduction Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford, 1986, 6; ÖZSUNAY, 207.

<sup>109</sup> BORK, Antitrust Paradox, 90.

<sup>110</sup> GELLHORN, 41.

<sup>111</sup> GELLHORN, 41; AGNEW, 18,19; POSNER, Antitrust Law, 4.

<sup>112</sup> KAYSEN - TURNER, Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge,1959, 13.

<sup>113</sup> BORK, Antitrust Paradox, 90.

<sup>114</sup> POSNER, Antitrust Law, 4; HUNTER, Competition and the Law, London, 1966,23; AGNEW, 19.

Rekabet Hukuku ile ekonomi bilimi arasındaki bağ iki nedenden kaynaklanır. Bunlardan ilki, Rekabet Hukuku ile, rekabetin ekonomik sonuçlarının da elde edilmesinin amaçlanmış olması, ikincisi ise piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesinde ekonomik bilgilerin gerekli olmasıdır. Bu ikinci tür araştırma, rekabet koşullarının tesbitine, ele alınan olayların hayat tecrübelerine ve piyasa şartlarına göre değerlendirilmesine, ekonomi biliminde kabul edilen piyasa türlerine ve fiyat teorilerine bağlıdır.

Belirli bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadıkları ya da belirli bir malın fiyatının bir anlaşma ya da uyumlu eylem sonucu ortaya çıktığının ileri sürülebilmesi için, sözkonusu piyasada teşebbüsler bağımsız davransaydılar, fiyatın nasıl oluşacağını tesbitini gerekli kılar<sup>115</sup>. Araştırma konumuz olan rekabetin yatay kısıtlanması meselesinde önceden tesbiti gereken temel husus, oligopol ve rekabet piyasalarında teşebbüslerin nasıl davrandığı ve piyasa fiyatının oluşmasında etkili olan unsurların belirlenmesidir<sup>116</sup>.

Rekabetin yatay kısıtlanması sorunundan söz edebilmek için herşeyden önce birden fazla tarafın varlığı şarttır. Ancak, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin ortak davranmalarının, tekel kârını elde etmeğe yönelik olduğu<sup>117</sup> gözönüne alınacak olursa, tekel piyasasında fiyat teorisinin de konumuz açısından önemli olduğu sonucuna varırız. Bu sebepten, oligopol piyasasında fiyat oluşumuna ilişkin görüşleri incelemeyen önce, birbirine zıt iki piyasa şekli olan rekabet ve tekel piyasalarında fiyat teorisini inceleyecek ve oligopol piyasasını, bu bilgiler ışığı altında açıklamaya çalışacağız.

## 2. Tam Rekabet Piyasasında Fiyatın Oluşumu

Tam rekabet piyasasında mal homojendir ve çok sayıda alıcılar ve satıcılardan herbiri, fiyat ve arz miktarı üzerinde tam bilgiye sahiptir, ancak hiçbirisi kendi başına piyasa koşullarını değiştirecek etkinliğe sahip değildir. Piyasaya giriş ve çıkışlar serbesttir ve üretim faktörlerinde tam akıcılık (mobilité) vardır<sup>118</sup>. Bu şartların gerçekleştiği bir piyasada fiyat, mala olan arz ve talebe göre belirlenir. Alıcılar, diledikleri kadar malı piyasa fiyatı ile bulabilmekte, herhangi

---

<sup>115</sup> HUNTER, 23,24.

<sup>116</sup> POSNER, Antitrust Law, 55; STIGLER, A Theory of Oligopoly, The Organization of Industry, Chicago, 1983,43.

<sup>117</sup> AREEDA -TURNER, Antitrust Law,c.II, 274; GELLHORN, 75.

<sup>118</sup> ÜLKEN, Fiat Teorisi, Mal Piyasası, c. I, İstanbul, 1971,26; MANSFIELD, Microeconomics, New York, 1979, 196,197; STIGLER, The Theory of Price, 176,177; LIPSEY - STEIN, 223.

bir satıcının, fiyatı yükseltmesi karşısında, aynı malı daha düşük fiyattan, başka bir satıcıdan satın alabilmektedirler<sup>119</sup>.

Marjinal gelir fiyata eşit olduğundan, her bir firma ne miktarda mal üreteceğini, marjinal giderin fiyata eşite olduğu miktarla belirler<sup>120</sup>. Firmaların, üretim miktarını, marjinal gider ve fiyata göre tesbit etmesi, toplam endüstri arzına göre çok küçüktür. Eğer piyasadaki kârlılık diğer piyasalardan yüksek ise, bu diğer firmaların bu piyasaya girmesine ve fiyatın aşağıya düşmesine yol açar<sup>121</sup>. Firmaların, kârlarını maksimize etmeleri, marjinal giderin piyasa ortalama giderin altında gerçekleşmesinin sonucu olarak arz miktarını artırbilmelerine bağlıdır<sup>122</sup>.

### 3. Tekel Piyasasında Fiyatın ve Arz Miktarının Belirlenmesi

Tekel piyasasında tek bir firmanın faaliyet göstermesi sebebi ile, piyasadaki mal miktarını belirlemede tekeli firma tek başına hareket eder<sup>123</sup>. Tekelci firma fiyatı tesbit ederse, arzını o fiyattaki talebe bağlı olarak oluşacaktır, yani başka bir ifade ile tekeli firma belirlediği fiyattan dilediği miktarda mal satamaz. Fiyat ve arz miktarının tesbitinde talep gene de belirleyici unsurdur<sup>124</sup>. Ancak, tekeli firma da kârını maksimize etmek için üretim miktarını ayarlamak zorundadır. Kârın maksimize olduğu üretim miktarı, marjinal gider ile gelirin eşit olduğu noktadadır. Fakat tekeli firmanın talep eğrisi, tam rekabet piyasasındaki firmanın talep eğrisi gibi yatay eksene paralel değil, sağa doğru azalan lineer bir doğrudur. Dolayısı ile, tekeli firmanın marjinal geliri, tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmanın marjinal gelirine eşit değildir<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> LIPSEY - STEIN, 244; REYNOLD, 126-127.

<sup>120</sup> REYNOLD, 97. Marjinal gider teşebbüsün sabit ve işletme giderleri ile normal ölçüdeki karını da kapsar.

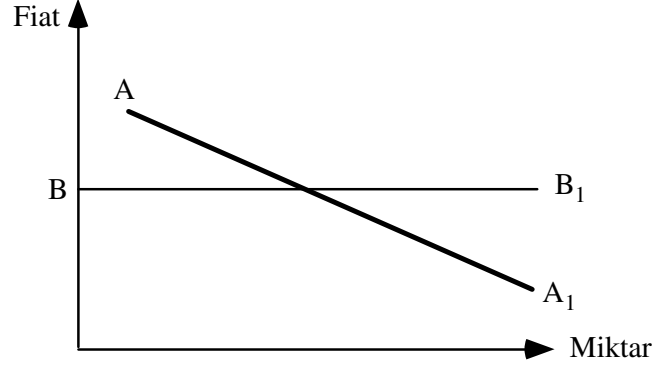
<sup>121</sup> AGNEW, 27.

<sup>122</sup> LIPSEY - STEIN, 229; REYNOLD, 122,132,146.

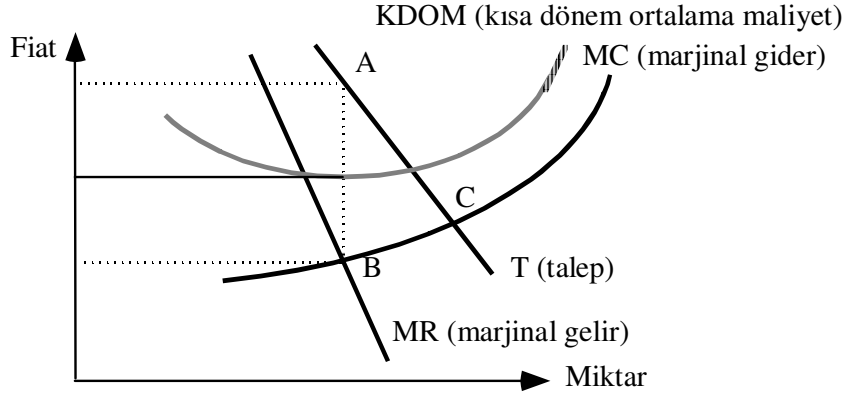
<sup>123</sup> REYNOLD, 143; MANSFIELD, 229,230; STIGLER, The Theory of Price, 195.

<sup>124</sup> MANSFIELD, 236.

<sup>125</sup> REYNOLD, 144; STIGLER, The Theory of Price, 202,203.



Tekelci firma, marjinal giderin, marjinal gelire eşit olduğu miktardan fazla ürettiği her bir birim maldan zarar eder. Bu da onu, üretim miktarını piyasadan bağımsız olarak belirlemeye iter<sup>126</sup>.



Tekelci firma M miktarda mal ürettiği zaman maksimum kârı elde eder. ABCD dikdörtgeni içindeki bölge, tekel olmak sebebi ile elde ettiği kârdır<sup>127</sup>. Tekelci firmanın üretim miktarı, rekabet piyasasındaki toplam arzdan azdır; dolayısı ile fiyat daha yüksek seviyede oluşur. BDK noktaları arasında kalan bölge ise, tekelin sosyal bedeli olduğu ya da tekelin sebep olduğu toplumsal zararı gösterdiği ileri sürülmektedir<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Arz miktarından (x+1)e çıktığında, bağlı olarak, fiyat F'den (F-1)e inecektir. Tekelci firmanın marjinal geliri ((x+1)(F-1)-F.x)e eşittir. Bu da (x+1)nci malın satış fiyatından farklıdır.

<sup>127</sup> REYNOLD, 145.

<sup>128</sup> STIGLER, The Theory of Price, 197; LIPSEY - STEIN, 247.

## 4. Oligopol Piyasasında Fiyatın Belirlenmesi

### a. Genel Olarak

Oligopol piyasasında fiyatın belirlenmesi, konumuz açısından önemlidir. Çok sayıda teşebbüsün yer aldığı tam rekabet piyasasında, teşebbüslerin anlaşarak rekabeti kısıtlamalarında çeşitli fiili zorluklarla karşılaşılır. Rekabeti kısıtlamaya yönelik anlaşmaya uyumun temini, tarafların çokluğu sebebi ile güçtür. Buna karşılık, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği oligopol piyasasında, anlaşma şartlarına uyumun temini nisbeten daha kolaydır<sup>129</sup>.

Oligopol piyasası, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği piyasa olarak tanımlanabilirse<sup>130</sup> de, daha doğru ve amaca uygun bir tanım, piyasayı kontrol gücünün az sayıda teşebbüsün elinde toplandığı piyasa şeklindedir. Örneğin, yüz teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada, bunlardan dördünün piyasa paylarının piyasanın yüzde doksanına eşit olması durumunda, rekabet piyasası yerine oligopol piyasasından söz etmek daha doğru olur, çünkü dört firmanın herbiri piyasadaki fiyat ve arz miktarını etkileyecek güce sahiptir. Diğer yandan eşit büyüklükte elli firmadan oluşan bir piyasa, rekabet piyasası özellikleri gösterir<sup>131</sup>.

Tam rekabet ve tekel piyasalarının gerçek hayat modelleri olmak çok, teorik modeller olması<sup>132</sup> ve gerçek hayatta en yaygın piyasa tipinin oligopol piyasası olması sebebi ile<sup>133</sup> oligopol piyasasında fiyatın belirlenmesi, rekabet hukukçuları kadar ekonomistlerin de ilgisini çekmiştir. Ancak, oligopol piyasasında fiyatın belirlenmesi konusunda, tam rekabet ve tekel piyasalarında olduğu gibi genelgeçer bir teori geliştirilememiştir.

Tekel piyasasında fiyatın belirlenmesinde tekeli firma tek başına karar verirken, tam rekabet piyasasında fiyat, arz ve talebe göre belirlenmektedir. Buna karşılık, oligopol piyasasında faaliyet gösteren firma, diğerlerinin de nasıl davranacağını dikkate almak zorundadır<sup>134</sup>. Bu da, oligopol piyasasında fiyatın ve üretim miktarının belirlenmesi konusunda yaygın bir teorinin oluşmasında karşılaşılan önemli bir engeldir. Oligopol piyasasında teşebbüsler arasındaki bu fiili bağımlılık, hemen hemen, geliştirilen her teoride yer almış olmakla beraber,

---

<sup>129</sup> POSNER, Antitrust Law, 39.

<sup>130</sup> ÜLKEN, 237.

<sup>131</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, Boston, 1981, 270.

<sup>132</sup> SINGER, Antitrust Economics, Selected Legal Cases and Economic Models, Englewood Cliffs, 1965, 74; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II,318.

<sup>133</sup> SINGER, 74; STIGLER, A Theory of Oligopoly, 58.

<sup>134</sup> CHAMBERLIN, 47.

gene de yaygın bir teorinin geliştirilmesi mümkün olmamıştır. Oligopol özellikleri gösteren bir piyasada faaliyet gösteren firmalar, anlaşarak rekabeti kısıtlayabilecekleri gibi, kendi başlarına hareket ederek, kendileri için en uygun fiyat ve üretim miktarını belirleyebilirler. Teşebbüslerin anlaşmış olmaları halinde, fiyatın tekel piyasasındaki gibi oluşacağından hiç bir kuşku yoktur. Bu sebepten, bizi asıl ilgilendiren sorun, teşebbüslerin bağımsız davrandığı bir oligopol piyasasında fiyatın nasıl oluştuğudur.

## **b. Oligopol Piyasasında Fiyatın Oluşması Konusundaki Görüşler**

Oligopol piyasasında fiyat teorisine ilişkin ilk inceleme XIX. yüzyılın ilk yarısında Fransız ekonomisti Augustin Cournot tarafından yapılmıştır<sup>135</sup>. Cournot, eşit büyüklükte iki firmanın yer aldığı bir piyasayı model almış ve herbir firmanın üretim miktarını değiştirirken, diğerinin buna tepki göstermeyeceğini varsaymıştır<sup>136</sup>. Birinci firma, diğerinin üretim miktarını sabit tutacağı ümidiyle, kendisine en yüksek kazancı getirecek üretim miktarını belirler, bu da matematiksel olarak endüstri toplam arzının yarısına eşittir. İkinci firma da, aynı şekilde davranarak kendisine yeni bir üretim miktarı belirler ki, bu da, birinci firmanın yeni üretim miktarı ile ortaya çıkan toplam üretimin yarısına eşittir. Her iki firmanın ayarlamaları sürekli bir işlemdir ve bu, toplam üretim kapasitesinin  $(n/(n+1))$  ine eşit oluncaya kadar devam eder<sup>137</sup>. Cournot modeli, oligopol piyasasında fiyat oluşumunu tam olarak açıklayamamış<sup>138</sup> ise de, oligopol piyasasının basitleştirilmiş bir modeli olan düopol piyasasını ele almak bakımından önem kazanmıştır<sup>139</sup>.

Cournot'nun firmaların sadece üretim miktarını değiştirdiği varsayımı üzerine kurmuş olduğu teori, firmaların üretim miktarının düşmesi ve dolayısı ile fiyatın artması üzerine alıcıların malların tümünü diğer satıcıdan satın almaları ihtimalini dikkate almamıştır. Bertrand ve Edgeworth'ün<sup>140</sup> ayrı ayrı geliştirdikleri teoriler, düopol piyasasındaki teşebbüslerin kazançlarını artırmak için fiyatlarını ayarlayacağını öngörmüştür<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> STIGLER, Perfect Competition, Historically Contemplated, 243; SINGER, 75; SCHERER, Industrial Market Structure, 52.

<sup>136</sup> ASH, Industrial Organization and Antitrust Policy, New York, 1983, 44-45.

<sup>137</sup> (n) piyasadaki toplam firma sayısını gösterir. Bu marjinal giderin sıfıra eşit kabul edildiği bir faraziyede elde edilen bir sonuçtur. ASH, ibid. 44 dipnotu 6.

<sup>138</sup> FELLNER, Competition Among the Few, New York, 1949,57.

<sup>139</sup> STIGLER, Perfect Competition, Historically Contemplated,244.

<sup>140</sup> EDGEWORTH, The Pure Theory of Monopoly, Papers Relating to Political Economy, c.I, London, 1925, 112-142.

<sup>141</sup> ASH, 47.

Cournot'nun modeli gibi, Bertrand modelinde de, marjinal gider hiç dikkate alınmaz<sup>142</sup> ve firmalar rekabet piyasası fiyatına ulaşmaya kadar karşılıklı fiyat indirimlerini sürdürür. Edgeworth'ün düopol modeli, Bertrand modelinin biraz geliştirilmiş şeklidir. Edgeworth, piyasadaki iki firmanın bütün talebi karşılayamayacağı faraziyesinden hareket etmiş ve birinci firmanın karşılamadığı talep miktarı için, ikinci firmanın, fiyatı kendisine en yüksek kazanç sağlayacak şekilde ayarlayacağını ileri sürmüştür. Piyasada aynı mal için farklı fiyatın oluşması üzerine alıcıların daha ucuza mal satan satıcıya yönelmeleri sonucunda fiyat, rekabet piyasası ve tekel piyasası fiyatları arasında değişimler gösterecektir<sup>143</sup>. Cournot ve Bertrand gibi Edgeworth'ün de, firmaların marjinal giderlerini dikkate almamış olması, oligopol piyasasında fiyatın oluşumunu açıklamada yetersiz kalmasına sebep olmuştur<sup>144</sup>.

Gerçek hayat tecrübelerine en yaklaşan teorilerden biri, Harvard Rekabet Hukuku ekolü üzerinde önemli etki yapan<sup>145</sup> Chamberlin'in ekonomik bağımlılık teorisidir<sup>146</sup>. Bu görüş, Cournot'nun, üretim miktarını değiştiren firmanın diğerinin üretimini sabit tutacağı varsayımı ile karar verdiğini açıkça reddeder ve her bir firmanın kararını verirken, diğer firmaların nasıl davranacağını da dikkate alacağını ileri sürer<sup>147</sup>. Bu da, oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmalar arasında ekonomik bağımlılığın var olduğunun belirtisidir<sup>148</sup>. Piyasadaki firma sayısı azaldıkça, tekeli firma gibi davranma ihtimali artar ve her bir firma kendi kârını maksimize etmek yerine grubun en yüksek kârı elde etmesini amaçlar<sup>149</sup>. Taraflar arasındaki ekonomik bağımlılık, herhangi bir anlaşma ve uyumlu eylem olmadan da, birlikte davranmaya yol açacaktır<sup>150</sup>. Tarafların, ortak çıkar için ne şekilde davranılacağını bilmeleri yeterlidir.

Chamberlin'in ekonomik bağımlılık teorisinde, Edgeworth ve Cournot modellerinin aksine fiyat oldukça karardır. Gerçek hayat tecrübeleri ile de uyum halinde olması sebebi ile, ekonomik bağımlılık teorisi, hukukçuların da

---

<sup>142</sup> SINGER, 78,79.

<sup>143</sup> ibid. 81; ASH, 47,48.

<sup>144</sup> EDGEWORTH, 116; ASH, 49.

<sup>145</sup> POSNER, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 University of Pennsylvania Law Review 929.

<sup>146</sup> CHAMBERLIN, 30-53.

<sup>147</sup> ibid. 31.

<sup>148</sup> ibid. 47.

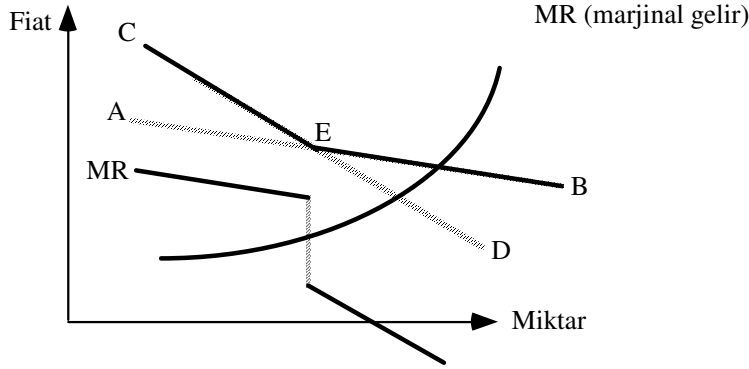
<sup>149</sup> ibid. 49.

<sup>150</sup> TURNER, The Definition of Agreement Under The Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 HLR. 661 (1962); Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, Washington D.C., 1955, 36-42; SCHERER, Industrial Market Structure, 156-157.

ilgisini çekmiş ve oligopol piyasasındaki faaliyetlerin açıklanmasında bu teoriye oldukça sık başvurulmuştur<sup>151</sup>.

Chamberlin'in oligopol teorisine en önemli katkısı, oligopol piyasasını tek ve rekabet piyasalarından bağımsız bir piyasa türü olarak ele almasıdır<sup>152</sup>. Ancak kendinden öncekiler gibi, firmaların marjinal giderlerini yok ya da eşit farz etmesi eleştirilere neden olmuştur<sup>153</sup>. Chamberlin'in ekonomik bağımlılık görüşünden sonra ileri sürülen iki önemli teoriden birincisi Paul Sweezy'nin dirsekli talep eğrisi görüşü<sup>154</sup>, ikinci ise von Newmark'ın oyun teorisi görüşleridir. Ancak, her iki teori de oligopol piyasasında fiyatın nasıl oluştuğunu değil<sup>155</sup>, belirli bir denge durumuna ulaşan fiyatın nasıl bir değişim göstereceği ile ilgilidir<sup>156</sup>.

Sweezy'ye göre, oligopol piyasasında faaliyet gösteren bir teşebbüsün talep eğrisi lineer değil, dirsekli bir görünüm arz eder<sup>157</sup>. Oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerden biri fiyatı yükselttiği takdirde, diğerlerinin bunu takip etmemekte çıkarları vardır. Fiyat aksi yönde değiştirildiği takdirde, diğerleri de fiyatı azaltarak piyasa paylarını korumağa çalışacaklardır<sup>158</sup>. Yani, fiyat bir kez dengelendikten sonra, oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmanın talep eğrisi bu fiyatın üzerinde ise esnek, altında ise serttir.



<sup>151</sup> KAYSSEN - TURNER, 157.

<sup>152</sup> BAIN, Chamberlin's Impact on Microeconomics Theory, Price Theory, Townsend Edition, London, 1973, 258.

<sup>153</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 156; FELLNER, 23-24.

<sup>154</sup> REYNOLD, 151,152.

<sup>155</sup> ÜLKEN, 239; REYNOLD, 151.

<sup>156</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 168; STIGLER, The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Price, The Organization of Industry, Chicago, 1963, 215.

<sup>157</sup> REYNOLD, 152; LIPSEY - STEIN, 270; ÜLKEN, 238.

<sup>158</sup> STIGLER, The Kinky Oligopoly Demand Curve, 209.



Oligopol piyasasındaki firmanın talep eğrisi AED şeklindedir. Fiyatın (E)'nin üzerine çıkması halinde, talep azalır, (E)'nin altına düşmesi halinde toplam endüstri talep eğrisi ile aynı olur. Bu sebepten, fiyatın denge durumuna eriştikten sonra, değişiklik göstermesi beklenmez. Fiyatın değişiklikleri firmaların kazancını artırıcı unsur olmaktan çıkmıştır<sup>159</sup>.

Sweezy'nin dirsekli talep eğrisi görüşü gibi, von Neumann ve Morgenstern'in oyun teorisi<sup>160</sup> de, fiyatın, belirli bir seviyede dengeye ulaşmasından sonraki değişimi ile ilgilidir<sup>161</sup>. Geniş bir uygulama alanı olan oyun teorisi sadece ekonomik davranışlarla ilgili değildir. Çıkar çatışmalarının bulunduğu durumlarda kişilerin kararlarını etkileyen unsurları tesbite yöneliktir. Oyun teorisine göre, herkesin önünde belirli seçenekler vardır ve oyunun kuralları ve değişik şartlar kişilerin davranışlarını belirler<sup>162</sup>. Örneğin, firmalardan birinin fiyatı artırması durumunda diğerlerinin izleyebileceği iki olasılık vardır: Ya fiyat artışını takip etmek ya da fiyatı sabit tutmak. Ancak, piyasa koşulları bu kadar basit değildir. Gerçek hayat koşullarına yaklaşıldıkça önemli sorunların ortaya çıktığı görülür. Örnek olarak, iki firmanın yer aldığı bir piyasada, mevcut durumda her iki firma da yılda ellişer milyon kâr etmekte olduğunu, bunlardan birinin gizlice fiyatı indirilse, o firmanın kârının seksen milyona çıkarken diğer firmanın kârının on milyona düşeceğini, her ikisinin de fiyat indirdiği zaman kârlarının beşer milyon olacağını farz edelim.

Oyunun optimal sonucu, fiyatın değiştirilmemesi durumudur. Ancak, her iki firma da, seksen milyon kâr etmek için fiyat azaltmağa çalışacak, sonunda beşer milyon kâr etmek durumuna düşeceklerdir. Optimal durum kararsız bir durumdur, çünkü her iki firmanın da fiyatı düşürerek daha fazla kâr elde etmek olasılıkları vardır. Bu sebepten de optimal durum kararsız bir haldir<sup>163</sup>.

Oyun teorisinin de uygulanmasında önemli sınırlar vardır. Piyasada faaliyet gösteren firmaların ikiden fazla olduğu durumlarda, herbir firmanın davranışını tahminin yanısıra değişik kombinasyonların ortaya çıkacak olması, oyun teorisinin uygulanabilirliğini azaltmaktadır<sup>164</sup>. Piyasadaki firma sayısını (n) olarak kabul edecek olursak, (n!)<sup>165</sup> kadar durum ihtimali ortaya çıkar. Gene de,

---

<sup>159</sup> REYNOLD, 152.

<sup>160</sup> von NEUMANN - MORGENSTERN, Theory of Games and Economic Behavior, New York, 1944

<sup>161</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 160; ASH, 53.

<sup>162</sup> ASH, 53.

<sup>163</sup> SINGER, 90.

<sup>164</sup> ASH, 59; SCHERER, Industrial Market Structure, 164.

<sup>165</sup> (2!)=4, (3!)=6, (4!)=24,....

oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların davranışlarının incelenmesine oyun teorisinin önemli katkıları olmuştur<sup>166</sup>.

Fellner de, Chamberlin'in ekonomik bağımlılık görüşünün esas olarak, bu görüşü geliştirmeğe çalışmıştır. Fellner, oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin her zaman ortak çıkara uygun davranmayacaklarını ileri sürmüştür<sup>167</sup>. Ortak çıkar uğruna davranmayı engelleyen etkenler farklı maliyet, piyasadaki belirsizlik durumları, firmalar arasındaki bilgi alışverişini yasaklayan hukuki düzenlemeler ve hepsinden önemlisi firmaların bağımsızlıklarını korumak istekleridir. Teşebbüslerin faaliyetlerinde, ortak çıkarın ön plana çıkması, bağımsızlığı zedeleyen bir olaydır ve bu da oligopol piyasasında, ekonomik bağımlılık görüşünün yaygın bir uygulama alanı kazanmasını engeller<sup>168</sup>. Ortak çıkar uğruna davranmak, teşebbüsün kendi çıkarına dahi olsa sırf bu sebepten bağımsızlığından vazgeçmesi düşünülemez.

Oligopol piyasasında fiyatın oluşumuna ilişkin çeşitli ekonomi teorileri ileri sürülmüş ise de, bunlardan hiçbiri tekeli ve tam rekabet piyasalarındaki fiyat teorileri gibi yaygın bir kabul görmemiştir<sup>169</sup>. Bunda en önemli etken oligopol piyasasında az sayıda firmanın yer alması sebebi ile, herbir teşebbüsün kararının diğerlerinin durumunu etkileyecek olmasıdır<sup>170</sup>. Her bir firmaya göre en uygun yol, diğerlerinin zarar görmesine neden olacağı için, diğer firmaların nasıl davranacağını sistematik bir şekilde incelenmesi bir kehanetten ileri gitmemiştir<sup>171</sup>. Kanımızca, oligopol piyasasında genel bir fiyat teorisinin geliştirilebilmesi, firmaların davranış biçimlerinin sistematize edilmesine bağlıdır. Dirsekli talep eğrisi görüşü ve özellikle oyun teorisi bu konudaki önemli aşamalardır.

Kanımızca, oyun teorisinin uygulanmasında, ikiden fazla firmanın yer aldığı piyasalarda ortaya çıkan ihtimallerin çokluğunun olumsuz etkisi, ekonomist ve işletme bilimcilerinin akıllıca ve tecrübelerine dayalı, gerçekçi varsayımları ile azaltılabilir. Oligopol piyasasında fiyatın oluşumuna ilişkin ileri sürülmüş olan çeşitli görüşlerin, basitleştirilmiş modeller için mantıken tutarlı çözümler getirdiği inkâr edilemez. Ancak, bu basitleştirilmiş modellerin uygulanabilir bir oligopol teorisinin ortaya çıkması için yeterli olmadığı da açıktır. Uygulanabilir bir oligopol teorisinin yaratılabilmesi, hayat gerçeklerine yakın bir

---

<sup>166</sup> STIGLER, The Kinky Oligopoly Demand Curve, 217-219.

<sup>167</sup> FELLNER, 57-58.

<sup>168</sup> BAIN, 275.

<sup>169</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 151.

<sup>170</sup> BORK, Antitrust Paradox, 103.

<sup>171</sup> ASH, 71.

oligopol piyasa modelinin geliştirilebilmesine bağlıdır<sup>172</sup>. Bugüne kadar da, bunu tam olarak gerçekleştiren bir teori ileri sürülmemiştir<sup>173</sup>.

## ARA SONUÇ

Rekabet Hukukunun temilini oluşturan, rekabet kavramı çeşitli anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Klasik liberal sistem içinde, ticari faaliyet gösterenler arasındaki yarışma durumunu ifade etmek için kullanılan rekabet sözcüğü, matematiksel ekonominin gelişmeye başlaması ile beraber farklı bir anlam kazanmıştır. Çalışmamıza da esas teşkil eden bu anlama göre rekabet, çok sayıda alıcı ve satıcının yer aldığı ve bunlardan hiçbirinin tek başına fiyatı etkilemek gücüne sahip olmadığı ve malın homojen, bilgi akışının tam ve piyasaya giriş engellerinin bulunmadığı bir piyasayı belirler.

Rekabetin sosyal ve ekonomik yararlarının elde edilmesine yönelik olan Rekabet Hukukunun, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku ile sıkı bir ilişkisi vardır. Ayrıca, ekonomik yaşamda rekabetin gerçekleştirilmesini temine yönelik olan Rekabet Hukuku, ekonomi biliminden de önemli ölçüde yararlanır. Hangi durumlarda rekabetin kısıtlanmış olduğunun belirlenmesi, ekonomi bilimi verilerine göre yapılır. Bu sebepten de, Rekabet Hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmesinde, ekonomi biliminin önemli katkısı olduğu kabul edilmektedir.

---

<sup>172</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 152.

<sup>173</sup> ASH, 71.

## İkinci Ayırım

### REKABET HUKUKUNUN DÜZENLENİŞİ

#### I. REKABET HUKUKUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Rekabetin insanlık tarihinde önemli bir yeri vardır. Toplumsal yaşama geçişle beraber, bireylerin üstünlük kanıtlayma yollarından biri olarak ortaya çıkan ve medeniyetin gelişmesine olumlu katkıda bulunan rekabet olgusu, toplumda geliştirici ve itici bir rol oynamıştır. Rekabetin sosyal yaşamdaki bu olumlu etkisi, teknolojik ve ekonomik alanlarda da kendisini göstermiştir.

Rekabetin ticari hayattaki etkileri uzun yıllardan beri bilinmektedir. Tarihin ilk tacirleri olan Fenikelilerin mısır, tabii boya ve kıymetli metaller piyasasında rekabeti kısıtladıkları bilinmektedir<sup>1</sup>. Eski Mısır'da<sup>2</sup> ve Babil'de<sup>3</sup> de rekabet piyasasına ilişkin düzenlemelere rastlanır. Milattan önce 3. yüzyılda Hint Hukukunda da tacirlerin ve zanaatkarların piyasa fiyatını etkilemek için birlikte davranışları yasaklanmıştı<sup>4</sup>. Eski Yunan'da da rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere başvurulduğu Aristoteles'in yazılarından anlaşılmaktadır<sup>5</sup>. Hatta, Aristoteles, Miletos'lu Thales'e ilişkin verdiği bir örnekte, rekabeti kısıtlayarak bir filezofun nasıl kolaylıkla para kazandığını anlatır. Thales'in felsefe alanındaki çalışmaları kendisine maddi kazanç sağlamamaktadır. O da, yıldızlara bakarak zeytin mahsulünün hangi yılda çok olacağını belirler ve Mileto ve Khios'daki bütün zeytinyağı presçileri ile öncelikli kiralama anlaşması yapar. O sene mahsul iyi olunca da, bütün zeytinyağı presçilerinin Thales ile sözleşmesi olması sebebi ile zeytin üreticilerin mahsulleri ellerinde kalır. Thales'de sözleşmeden doğan haklarını devrederek çok para kazanmış olur<sup>6</sup>. Aristoteles, ticarete para kazanma

---

<sup>1</sup> PIOTROWSKI, Cartels and Trusts, London, 1933, 87.

<sup>2</sup> PIOTROWSKI, 88; FONTAINE, L'Evolution du Droit de la Concurrence, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1967,135

<sup>3</sup> HANDCOCK, The Code of Hammurabi, London, 1920,16, zikreden PIOTROWSKI. 51. tablet piyasa fiyatından söz etmektedir. Bulunmamış olan 66 dan 99. tabletlere kadar olan kısımda, piyasanın işleyiş kurallarının bulunduğu tahmin edilmektedir.

<sup>4</sup> PIOTROWSKI, 89.

<sup>5</sup> ARISTOTALES, Politika, Kitap I Bölüm 11, İstanbul, 1975,25. (Çeviren Mete Tuncay)

<sup>6</sup> ARISTOTALES, Politika, 25.

yolunun, elden geldiği ölçüde rekabeti ortadan kaldırmak olduğunu, devletlerin de bazı durumlarda aynı yöntemi uyguladığını belirtmektedir<sup>7</sup>.

Rekabetin kısıtlanmasının ekonomik hayata ve piyasa fiyatına olumsuz etkisini Romalılar da fark etmişlerdir. Jules Caesar'ın imparatorluğu döneminde çıkarılan *Lex Julia de Annona* ile o günün koşullarında en önemli mal olan mısır piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri düzenlemiştir<sup>8</sup>. Rekabeti kısıtlamak için birden fazla kişinin birleşerek *societas* kurmalarının birlikte sorumlu tutulmalarına yol açması, bu kanunun en önemli özelliğidir. Aynı gerekçe ile, kanunun kapsamına sadece tacirler değil, mısır fiyatının artmasına sebep olan herkes girmektedir<sup>9</sup>. Roma Hukukunda, *Lex Julia de Annona*'dan sonra gelen ikinci düzenlemeye Diocletian devrinde rastlanır. Ülkede ekonomik düzenin bozulduğu ve enflasyonun çok arttığı III. yüzyılın sonlarına doğru<sup>10</sup> tacirler arasında, anlaşma faaliyetlerinin artması üzerine, bütün malların, piyasa fiyatının üzerinde satılmaması kuralı getirilmiştir<sup>11</sup>.

483 tarihli Kral Zeno Emirnamesi'nde de, rekabetin kısıtlanmasını yasaklayıcı hükümler bulunmaktadır<sup>12</sup>. Bu kanunda da, önceki Roma kanunlarında olduğu gibi, tüketicilerin zarar görmesini önlemek temel amaçtır<sup>13</sup>. Kral Zeno Emirnamesinde, rekabetin kısıtlanmasına sebep olanlarla beraber, bu hukuka aykırı sonucun elde edilmesi için oluşturulan grup da sonuçtan sorumlu tutulmaktadır.

Orta ve Yeni çağda da, kartel ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara sıkça rastlanır. Örneğin, 1466 da İtalya'da Papalık Devleti ile Medici Bankası bir kartel anlaşması yaparak, Osmanlı İmparatorluğu topraklarından çıkan boraks cevherinin satışını engellemeye çalışmışlardır<sup>14</sup>. XVIII. yüzyılda başlayan teknolojik gelişme, üretim ve ticaret şekillerinde değişikliklere neden olmuş ve ekonomik hayattaki sermaye birikimi, piyasa konsantrasyonuna yol açmış ve dolayısı ile rekabeti kısıtlayıcı uygulamaları hızlandırmıştır. XVIII. ve XIX. yüzyıllarda, gerek Avrupa ve gerek Amerikadaki milliyetçilik akımlarının ortaya çıkardığı himayecilik felsefesi, kartel anlaşmalarının yaygınlaşmasını teşvik etmiştir. XVIII. yüzyılda rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin artmağa başlaması,

<sup>7</sup> ibid 28.

<sup>8</sup> D 48,12,1,2.

<sup>9</sup> PIOTROWSKI, 100.

<sup>10</sup> TAHİROĞLU, Roma Devletinin İktisadi Krizleri, İHFM c. XLV-XLVII, İstanbul, 1982, 691,693.

<sup>11</sup> PIOTROWSKI, 108-109.

<sup>12</sup> FONTAINE, 136; ELZINGA-BREIT, The Antitrust Penalties: A Study in Law and Economics, New Haven, 1976,20.

<sup>13</sup> PIOTROWSKI, 112; FONTAINE,136.

<sup>14</sup> PIOTROWSKI, 153.

Adam Smith'in ortaya çıkışını da kolaylaştırmıştır. Rekabetin önemine değinen Smith, Ulusların Zenginliği adlı eserinde şöyle demektedir:

“Her kişinin emeğinin, toplumun toplam zenginliğini arttırması doğal bir sonuçtur. O ne genel yararı düşünür, ne de ne kadar katkıda bulunduğunu bilebilir. O sadece, kendi çıkarını düşünmekte ve hiç düşünmediği sonuç, görülmez bir el, tarafından gerçekleştirilmektedir.”<sup>15</sup>

Smith'in görünmez bir el olarak ifade ettiği, rekabetin sonucu ortaya çıkan piyasa fiyatıdır. Buna karşılık, rekabeti kısıtlayıcı güçler sürekli olarak, toplumun çıkarlarına uygun bir kaynak dağılımını engellemek için etkili olmak uğraşısı içindedir<sup>16</sup>. Ekonomi bilimi, Smith'ten günümüze gelinceye kadar, önemli gelişmeler göstermiş ve Smith'in ekonomik analizleri, geçerliliklerini kaybetmiş iseler de, koyduğu genel prensipler hala güncelliklerini korumaktadır<sup>17</sup>.

## **II. REKABETİN YATAY KISITLANMASI KONUSUNDAKİ AMERİKAN VE AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKLARINDAKİ TEMEL METİNLER**

Rekabet Hukuku Amerika Birleşik Devletlerinde ilk kez 1890 tarihli Shearman Kanunu<sup>18</sup> ile düzenlenmiştir. Shearman Kanununun 1. maddesi rekabetin kısıtlanması durumunu, yatay ve dikey kısıtlama ayırımı yapmadan düzenlemiştir. Araştırmamıza esas teşkil eden birinci madde ile 8. maddede rekabetin kısıtlanmasına neden olan kişilerin tanımlanması önemlidir. Shearman Kanununun 1. maddesi,

"Eyaletlerarası veya yabancı ülkeler ile yapılan ticareti veya alışverişi kısıtlayan her sözleşme, tröst veya başka şekildeki birleşme ve işbirliği, hukuka aykırıdır. Burada hukuka aykırı olduğu belirtilen herhangi bir sözleşmeyi yapan ya da böyle bir birleşmeye veya işbirliğine angaje olan herkes bir cürüm işlemiş sayılacak ve mahkemenin bu kanaate varması halinde, takdirine göre, fail eğer bir şirket ise bir milyon dolara ve diğer herhangi bir kişi ise yüzbin dolara kadar para cezasına veya üç yılı geçmemek koşulu ile hapis cezasına veya bu cezalardan her ikisine de mahkum edilecektir."

<sup>15</sup> SMITH, Inquiry in to the Nature and Causes of Wealth Nations, New York, 1973,423.

<sup>16</sup> ibid. 594-595.

<sup>17</sup> SCHERER, Industrial Market Structure and Economic Performances, Boston,1980,9.

<sup>18</sup> Shearman Act, 26 Stat. 209(1890), düzeltilerek tekrar yürürlüğe girişi 15 U.S.C.A. paragraf 1-7, (1980).

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, topluluğun kuruluş anlaşması olan Roma Andlaşmasının 85-90. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Birden fazla taraf arasındaki anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararları ile rekabetin kısıtlanmasına ilişkin hükümler 85. maddede yer alır<sup>20</sup>. Bu maddeye göre,

I. Üye Devletler arasındaki ticarete zarar vermeğe müsait olan ve Ortak Pazar içerisinde rekabeti önleyici, kısıtlayıcı veya bozucu gayeli veya tesirli her türlü işletmeler arasındaki anlaşmalar, işletme birlikleri kararları ve uyumlu eylemler ve özellikle,

- a) Alış ve satış fiyatlarının veya diğer mukavele şartlarının dolaylı veya dolaysız tesbiti;
- b) İstihsalin, pazarlanmanın, teknik gelişmenin veya yatırımların kısıtlanması veya kontrol altına alınması;
- c) Pazar ve tedarik kaynaklarının paylaşılması;
- d) Rekabete zarar verecek şekilde, taraflara aynı kıymetteki edimlerde farklı şartların tatbiki;
- e) Akit taraflardan birinin, akit konusu ile ne mahiyeti bakımından ve ne de ticari teammüller bakımından ilişkisi bulunmayan edimler, kabul etmesini gerektiren akitlerin in'ikadına bağlı şartlar,

Ortak Pazar ile kabili telif değildir ve yasaktır.

II. Bu maddede yasaklanan anlaşma ve kararlar yasaktır.

III. Bununla beraber, müstehlikin doğacak menfaaten uygun bir ölçüde istifade etmesi şartıyla, malların istihsal veya pazarlanmasının düzeltilmesine veya teknik ve ekonomik gelişmeyi teşvike yardımcı olan,

- İşletmeler arasındaki anlaşmalara veya anlaşma gruplarına,
- İşletme birliklerinin kararlarına veya karar gruplarına,
- Uyumlu eylemlere veya bu nevi uygulama gruplarına, ilgili işletmeler

a) bu gayelerin tahakkuku için gerekli olmayan sınırlamalar tahmil edilmemesi,

veya

<sup>19</sup> Bakınız NOMER- ESKİYURT, Avrupa Sözleşmeleri, İstanbul, 1975, 547-550.

<sup>20</sup> Roma Andlaşmasının 85. maddesinin iç ayırımlarına, Avrupa Topluluğunun Resmi Yayın Organlarında paragraf adı verilmektedir. Türk Hukukunda bu tür iç ayırımlara fıkra adı verilmekte ise de, orijinal metinlere sadık kalmak ve bütünlük sağlamak amacı ile bizde paragraf olarak adlandırmayı uygun bulduk.

b) söz konusu malların önemli bir kısmı için rekabeti bertaraf edici imkanların açılmaması şartıyla,

1. paragraf hükümlerinin uygulanmaması kararlaştırılabilir".<sup>21</sup>

Amerikan Rekabet Hukukunda, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören kişilere tanınan haklar ise, başlangıçta Shearman Kanununun 7. maddesinde düzenlenmişken, 1914 yılında yürürlüğe giren Clayton Kanununun 4. maddesinde bu yeniden düzenlenmiş ve Shearman Kanununun bu maddesi<sup>22</sup> yürürlükten kaldırılmıştır. Federal Ticaret Komisyonunun (Federal Trade Commission) yetkilerini ve Rekabet Hukukundaki usul sorunlarını düzenleyen Federal Trade Commission Act<sup>23</sup> de, rekabetin yatay kısıtlanması ile ilgili kanunların başında yer alır. 1984 tarihli National Cooperative Act<sup>24</sup> de aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasında ortak geliştirme faaliyetlerini düzenlemesi sebebi ile konumuzla yakından ilgili metinlerdir.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, temel metin Roma Andlaşmasının 85. maddesi olmakla beraber, uygulamaya açıklık getirmek üzere çeşitli tüzükler vardır. Bunlardan en önemlileri 17/62 sayılı tüzük<sup>25</sup> ile 27/62 sayılı tüzüktür<sup>26</sup>.

### **III. REKABETİ KISITLAYICI FAALİYETLERİN SINIFLANDIRILMASI**

Rekabetin ekonomik ve sosyal hayattaki olumlu etkilerinden herkes eşit şekilde faydalanırken, rekabetin kısıtlanmasından yararlananlar sadece rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan fayda bekleyen küçük bir gruptur. Belirli bir piyasada, rekabetin kısıtlanmasından fayda beklentisi içinde olanlar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların taraflarıdır. Bu piyasalarda faaliyet gösteren, ancak rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da davranış birliği içinde olmayan diğer teşebbüsler de, tüketiciler gibi rekabetin kısıtlanmasından zarar görürler. Rekabeti kısıtlayan tarafların amacı, piyasadaki arz ve fiyatı kontrol ederek, teknelci firma gibi,

<sup>21</sup> Roma Andlaşmasının 85. maddesinin türkçe tercümesi Nomer- Eskiuyurt'tan alınmıştır. Yalnız önceden mutabık kalınmış uygulama yerine uyumlu eylem sözcüğü kullanılmıştır.

<sup>22</sup> Clayton Act, 38. Stat. 730(1914) ; düzeltilerek tekrar yürürlüğe girişi, 15 U.S.C.A. paragraf 41-58(1980).

<sup>23</sup> Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 717 (1914); düzeltilerek tekrar yürürlüğe girişi, 15 U.S.C.A. paragraf 12-27 (1980).

<sup>24</sup> National Cooperative Research Act, 98 Stat. 1815

<sup>25</sup> General Provisions Regulation No. 17/62, (1962) OJ. 204.

<sup>26</sup> Regulation No. 27/62, (1962) OJ. 1118.



normal kâr üzerinde bir kazanç elde etmektir<sup>27</sup>. Rekabetin kısıtlanması üç şekilde gerçekleşebilir.

Bunlardan birincisi, piyasaya egemen güç haline gelerek, diğer firmaları piyasadaki tekel durumunu korur<sup>28</sup> ya da fiili tekel haline gelerek<sup>29</sup>, fiyatı kendi marjinal gelirine ve giderine göre belirler<sup>30</sup>. Tekel ve tekelleşme önemli bir rekabeti kısıtlama yöntemidir.

Rekabeti kısıtlayıcı diğer bir yol da, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında anlaşarak rekabeti kısıtlamalarıdır. Bu durumda, piyasada faaliyet gösteren firmalar birlikte tekel gibi davranırken, bağımsızlıklarını da sürdürürler. Rekabeti kısıtlamaya yönelik faaliyetler, bu faaliyetlerin taraflarına göre rekabetin yatay ve dikey kısıtlanması şeklinde ikiye ayrılır. Bu ayrımı ilk kez bir Yüksek Mahkeme kararında ileriye sürülmüştür<sup>31</sup>. Bu ayrıma göre, piyasada farklı seviyede faaliyet gösteren, örneğin, üretici, toptancı, perakendeci gibi, teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, rekabeti dikey kısıtlayıcı anlaşmalar olarak adlandırılır. Buna karşılık, aynı seviyede faaliyet gösteren firmalar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, yatay kısıtlama olarak adlandırılır<sup>32</sup>. Her iki kısıtlama türünde de, anlaşmanın tarafı olanlar ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarını korumağa devam ederler.

Rekabetin kısıtlanmasına yönelik üçüncü bir uygulama da, aynı ya da farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerin tek bir kişilik altında birleşmeleri (merger) durumudur. Birleşme, tekel ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların arasında yer alır. Bunlar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar gibi iradi olmalarına karşılık, tekel durumunda olduğu gibi, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayılarında azalmaya yol açarlar. Ancak, birleşme (merger) Rekabet Hukukunda tekeller ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan farklı düzenlemeye tabidirler. Birleşme (merger) yolu ile optimum büyüklüğe erişme ve dolayısıyla

<sup>27</sup> Albrecht v. Herald Co., 390 US. 145 (1968); Kiefer-Steward Co.v. Joseph E. Seagram B Sons, 340 US. 211, 71 S.Ct. 259(1951).

<sup>28</sup> United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d.416( Second Circiut) 1945; United States v. United Shoe Machinery, 110 Ill. Supp. 295 (1945).

<sup>29</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Boston, 1981,291; GELLHORN, Antitrust Law and Economics, St. Paul, 1981,113.

<sup>30</sup> POSNER, Antitrust Law: An Economic Perspective, Chicago, 1976, 9.

<sup>31</sup> United States v. Topco Associates, 405 US. 596 (1972).

<sup>32</sup> United States v. Topco Associates, 405 US. 605 (1972), MERKIN-WILLIAMS, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London, 1984, 39; WHISH, Competition Law, London, 1985, 25.

verimliliğin artırılması hedeflenmiş olabileceği için, bunlar farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulmuşlardır<sup>33</sup>.

Araştırmamızın konusu, aynı piyasada faaliyet gösteren firmalar arasındaki rekabeti yatay kısıtlayan anlaşmalardır. Rekabetin yatay kısıtlanması olgusu, Rekabet Hukuku kurallarının ihlalinde önemli bir yere sahiptir. Rekabetin dikey kısıtlanmasına ilişkin yapısal eleştiriler, araştırma konumuza giren faaliyetler bakımından söz konusu değildir<sup>34</sup>.

Rekabetin dikey kısıtlanması, rasyonel bir davranış türü değildir. Böyle bir kısıtlamaya yol açan anlaşmanın taraflarının, bundan çıkar sağlıyor olması şüphelidir. Teşebbüslerin, kendi alıcısı durumunda olan başka teşebbüsler ile anlaşarak fiyat tesbiti, ya da bölge belirlemesi şeklinde rekabeti kısıtlamalarında çıkarları yoktur. Örneğin, üretici teşebbüsün kazancının artması, kendi ürettiği mala olan talebin artmasına bağlıdır, ki bu da, alt seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet etmeleri sonucu satış fiyatının düşmesine bağlıdır. Üretici firmanın, kendi alıcılarının satış fiyatını tesbit etmesi kendi ürettiği mala olan talebi olumsuz yönde etkiler<sup>35</sup> ve bu sebepten de rekabetin dikey kısıtlandığı izlenimini veren durumlarda, alt seviyede gerçekleşen bir yatay kısıtlamanın varlığı araştırılır<sup>36</sup>.

## ARA SONUÇ

Ticari hayat üzerindeki etkileri uzun süreden beri bilinmekte olan ekonomik rekabete ilişkin ilk önemli hukuki düzenlemeye Amerika Birleşik Devletlerinde ki, 1890 tarihli Shearman Kanununda rastlanır. Rekabetin yatay kısıtlanması, rekabetin dikey kısıtlanması ve piyasaya egemen güç olma faaliyetleri şeklinde üç genel başlık altında toplanabilecek olan rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri yasaklayan Shearman Kanunu, daha sonra kanunlaşmış bir çok Rekabet Kanununa temel oluşturmuştur. Avrupa Ekonomik Topluluğunun kurucu Roma Andlaşmasının 85-90. maddeleri arasında düzenlenmiş olan Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Amerikan Rekabet Hukukunun etkilerini taşır. Avrupa Topluluğunda, rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen Roma Andlaşmasının 85. maddesi ile Shearman Kanununun 1. maddesi arasında önemli benzerlikler bulunmaktadır.

<sup>33</sup> POSNER-EASTERBROOK, Antitrust, Cases, Economic Notes and Other Materials, St.Paul, 1980, 394.

<sup>34</sup> NEALE-GOYDER, The Antitrust Laws of the U.S.A., Cambridge, 1982, 249-250.

<sup>35</sup> United States v. Addyston Pipe and Steel Co. et. al., 85 F.2d. 287 (1898).

<sup>36</sup> BORK, Antitrust Paradox, New York, 1978, 291-293; POSNER, Antitrust Law, 68.

## **İkinci Bölüm**

### **REKABETİN YATAY KISITLANMASI**

## Birinci Ayırım

### REKABET HUKUKUNUN KONU BAKIMINDAN KAPSAMI

#### I. GENEL OLARAK

Rekabetin yatay kısıtlanmasına yol açacak durumlar Amerikan Hukukunda Shearman Kanununun 1. maddesinde, sözleşme, işbirliği, tröst ve diğer şekillerdeki birleşmeler olarak belirlenirken, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, bu husus, Roma Andlaşmasınının 85. maddesinde anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları olarak ifade edilmiştir. Her iki hukuk sisteminde de teşebbüslerin rekabeti yatay kısıtlamaları<sup>1</sup> benzer şekilde düzenlenmiştir. Rekabet Hukukunun konu bakımından kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem, işbirliği, teşebbüs birlikleri kararı ve birleşmelerin, ortak yanı, birden fazla tarafın varlığını<sup>2</sup> gerektirmesi ve bunlar arasındaki irade uyuşmasıdır<sup>3</sup>.

Shearman Kanununun kabulünden önce de rekabetin kısıtlanması olgusu Amerika Birleşik Devletleri ve Common Law ülkelerine yabancı değildir<sup>4</sup>. XIX. yüzyılın sonunda kabul edilen Shearman Kanunu, rekabet sorunlarını bir bütünlük içinde düzenlemiştir<sup>5</sup>. Ekonomik gelişmenin rekabet koşullarının var olduğu bir ortamda oluşabileceğini öngören Amerika Birleşik Devletler kanunkoyucusu, rekabetin yatay kısıtlanmasında başvurulabilecek yöntemleri sayarken, geçmişteki tecrübeleri de gözönüne almış<sup>6</sup> ve herhangi bir boşluk bırakmadan, rekabetin kısıtlanmasına yol açacak durumları bir bütünlük içinde ele alarak, sayma yoluna gitmiştir<sup>7</sup>.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda da, Roma Andlaşmasınının 85. maddesi düzenlenirken benzer bir yaklaşım ile rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin

---

<sup>1</sup> Bakınız sayfa 35

<sup>2</sup> RAHL, Conspiracy and the Anti-trust Laws, 44 Illinois Law Review 745 (1950).

<sup>3</sup> TURNER, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 HLR 655-656 (1962).

<sup>4</sup> Mitchell v. Reynold 24 Eng. Rep. 347(1711), zikreden POSNER- EASTERBROOK, Antitrust, Cases, Economic Notes and Other Materials, St. Paul, 1980, 13.

<sup>5</sup> FONTAINE, L'Evolution du Droit de la Concurrence, Annales de la Faculté de Droit de Liège, c.12, 1967,139.

<sup>6</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

<sup>7</sup> NEALE-GOYDER, The Antitrust Laws of the U.S.A., Cambridge, 1982, 21.

bir süreklilik içinre sayıldığı gözlenir<sup>8</sup>. Amerikan doktrinde ortaya çıkan görüşler de dikkate alınarak<sup>9</sup>, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde daha kapsamlı bir sınırlama getirilmiş ve sözleşme yerine anlaşma kavramına yer verilmiş ise de, aradaki bu fark Amerikan Yüksek Mahkemesinin<sup>10</sup> kararlı tutumu ile ortadan kalkmıştır<sup>11</sup>.

Biz, bu bölümde, rekabetin yatay kısıtlanmasına yol açan faaliyetleri sırasıyla, anlaşma (sözleşme), uyumlu eylem ve işbirliği, teşebbüs birlikleri kararları ve birleşme başlıkları altında karşılaştırmalı olarak inceleyeceğiz.

## II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR

### A. Genel Olarak

Rekabeti kısıtlayan faaliyetlerin başında, rakip teşebbüsler arasındaki sözleşmeler yer alır. Her ne kadar, Shearman Kanununun 1. maddesi ile Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı arasında bir fark bulunmakta ve ilkinde sözleşmeden bahsedilmesine karşılık ikincisi de daha geniş bir kavram olan anlaşmaya yer verilmiş ise de, arada önemli sayılacak bir fark yoktur. Amerikan Hukukunda da, sözleşme ve anlaşma sözcükleri birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır<sup>12</sup>. Genel olarak, Shearman Kanununda, sözleşme ile anlaşmanın kastedildiği, Rekabet Hukuku uygulamasının sözleşmeler ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Amerikan Hukukunda, sözleşme sözcüğünün genişletici yorum ile anlaşmaları da kapsayacak şekilde yorumlanması eğilimine karşılık, Avrupa Topluluğu Hukukunda bazı yazarların, tamamen aksi bir düşünce ile anlaşma sözcüğünü sözleşme ile sınırlandırma çabaları gözlenir<sup>14</sup>. Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bunlardan azınlık görüşünü savunan Gleiss ve Hirsh, anlaşmadan söz edebilmek için, sözleşme durumunda olduğu gibi, en az bir tarafın yapma veya yapmama şeklinde borç altına girmesi gerektiğini ileri sürerek, anlaşma sözcüğü

<sup>8</sup> GLEISS-HIRSCH, Common Market Cartel Law, Washington D.C., 1978, 3rd edition, 52.

<sup>9</sup> CHERRY, The Substantive Rules of Antitrust in the Common Market: Analysis and Approach, 17 Stanford Law Review 257 (1965)

<sup>10</sup> Bundan sonra Yüksek Mahkeme olarak anılacaktır.

<sup>11</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 US 150, 244 not 59 (1940). Hakim Douglas, Shearman Kanununda sadece sözleşmeden bahsedilmesine karşılık 59 numaralı dipnotunda 6 kere anlaşma kelimesini kullanmıştır.

<sup>12</sup> RAHL, Conspiracy, 750; TURNER, Definition of Agreements, 656.

<sup>13</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Boston, 1981, 351.

<sup>14</sup> GLEISS-HIRSCH, 50; DERINGER, The Competition Law of the European Economic Community, Chicago, 1968, 11; MATHIJSEN, A Guide to European Community Law, London, 1985,169.

ile hukuken korunan sözleşmelerin kast edilmiş olduğunu ifade etmektedirler<sup>15</sup>. Mathijsen'de, hukuken korunmayan ve tarafları hiçbir şekilde borç altına sokmayan centilmenlik anlaşmalarının 85/1 deki anlaşma kapsamına girmeyeceğini ileri sürerek, bu görüşe katılmıştır<sup>16</sup>. Anlaşma ile, sadece taraflara borç yükleyen muamelelerin öngörüldüğünü savunanlar, gerekçe olarak, 85/2 de bu anlaşmaların hükümsüz olduğunun belirtilmiş olmasını göstermektedirler. Hukuken bağlayıcı nitelikte olmayan durumların hükümsüzlüğünden söz edilemeyeceğini ve anlaşma ile hukuken borç doğuran muamelelerin kast edildiğini ileri sürmektedirler<sup>17</sup>.

Baskın görüşe göre ise, anlaşma kavramı centilmenlik anlaşmaları gibi durumları kapsayacak kadar geniştir<sup>18</sup>. Hukuken herhangi bir borç doğur-mamakla beraber, tarafların, davranışlarının sınırlandırıldığı durumların da anlaşma kavramı içinde olduğu kabul edilebilir<sup>19</sup>. Centilmenlik anlaşmaları gibi hukuki bir kalıp içine sokulamayan durumlarda da<sup>20</sup>, taraflara ahlaki bir borç söz konusudur<sup>21</sup>. Bellamy-Child'a göre de, taraflara ahlaki bir borç yükleyen anlaşmalar da 85/1 anlamında anlaşma kapsamına girer<sup>22</sup>. Ancak, anlaşma ve sözleşme sözcükleri arasındaki fark semantik bakımdandır. Rekabet Hukuku uygulaması açısından ise bu ayırımın önemi yoktur<sup>23</sup>.

Rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeler şekil bakımından ele alındığında, Rekabet Hukuku bakımından herhangi bir şekle bağlı olmadığı görülür. Bunlar, yazılı şekilde olabileceği gibi sözlü de yapılabilir. Rekabet Hukuku bakımından sözleşmelerin yapılış şekli önemsizdir. Rekabetin kısıtlanması patent lisans sözleşmesi, ortak girişim sözleşmesi gibi özel bir konuya ilişkin anlaşma sonunda meydana gelmekte ise, bu anlaşmalar bakımından aranan şekil şartlarının gerçekleşmesi gerekebilir. Ancak, gene de, bu anlaşmaların aranan

---

<sup>15</sup> GLEISS-HIRSCH, 49.

<sup>16</sup> ibid. 59,60

<sup>17</sup> MATHIJSSEN, 169.

<sup>18</sup> BELLAMY-CHILD, Common Market Law of Competition, London, 1978, 25; KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford, 1986, 18; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, Le Droit de la Communauté Economique Européenne, Bruxelles, 1972, c.IV, 6,7; WHISH, Competition Law, London, 1985, 168; SMITH-HERZOG, The Law of the European Economic Community, New York, 1984, c.II, 3.84; ALEXANDRE, The EEC Rules of Competition, Deventer, 1973, 7-8.

<sup>19</sup> SMITH-HERZOG, 3.84; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 6.

<sup>20</sup> FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, Droit Européen de la Concurrence, Paris, 1978, 35.

<sup>21</sup> DERINGER, 11; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, Introduction to the Law of European Communities, London, 1973, 253 dipnotu 2; BELLAMY-CHILD, 25.

<sup>22</sup> BELLAMY-CHILD, 25.

<sup>23</sup> Bundan sonra bölümlerde anlaşma ve sözleşme sözcüklerini birbirleri yerine geçecek şekilde aynı anlamda kullanacağız.

şekil şartlarını yerine getirilip getirilmediği, Rekabet Hukuku bakımından önemli değildir

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların şekle bağlı olmamasının anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki sınırın belirlenmesini zorlaştırır<sup>24</sup>. Bu sorun, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku doktrininde, anlaşma sözcüğünün kapsamının belirlenmesi sorunu ile beraber ele alınmıştır.

## **B. Anlaşma ve Uyumlu Eylem<sup>25</sup> Ayırımında İleri Sürülen Görüşler**

### **1. Genel Olarak**

Anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki sınırın belirlenmesi, anlaşmanın kapsamı ile yakından ilgilidir. Anlaşmanın kapsamını belirlemede ileri sürülen görüşler, bu sınırın tesbiti bakımından da önem kazanmıştır.

Roma Andlaşmasının 85. maddesindeki anlaşma sözcüğü ile sözleşme durumlarının kasd edildiğini ileri sürenlerin özellikle üzerinde durdukları, anlaşma ve uyumlu eylem sınırının belirlenmesi sorununda, hukuken bağlayıcı olmak kriteri, ileri sürülen en belli başlı ölçüttür.

En az bir tarafın borç altına girdiği durumların anlaşma olarak nitelendirilebileceğini iddia eden Gleiss ve Hirsh, hukuken borçlandırıcı nitelikten yoksun durumların da, bunlara uyulması halinde, uyumlu eylem olacağını ileri sürmektedirler. Ancak, bu yazarlara göre, anlaşma, sözleşme ve uyumlu eylem ayırımı sadece teorik açıdan önemlidir, çünkü Roma Andlaşmasının 85. maddesinde bunlara bağlanacak hukuki sonuç bakımından bir ayırım yapılmamıştır<sup>26</sup>. Diğer taraftan, centilmenlik anlaşmaları gibi hukuken bağlayıcı olmayan durumları anlaşma olarak niteleyen Whish de, ayırımın sadece teorik bakımdan önemli olduğu görüşüne katılmaktadır<sup>27</sup>. Rekabeti önleyici anlaşmalar gibi uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birlikleri kararlarının da yasaklanmış olmasını gerekçe olarak ileri süren bu görüş taraftarlarına göre, belirli bir davranışın anlaşma veya uyumlu eylem olarak nitelendirilmesinin uygulama bakımından önemi yoktur. Çünkü her iki hal de aynı hükümlere tabi olacaktır<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> WHISH, 168-169.

<sup>25</sup> Tanım için bakınız 142

<sup>26</sup> GLEISS-HIRSCH, 50; DERINGER, 12.

<sup>27</sup> WHISH, 168.

<sup>28</sup> WHISH, 170; GLEISS-HIRSCH, 50,51.

## 2. Avrupa Topluluğu Komisyonu<sup>29</sup> ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı<sup>30</sup> Kararlarına Göre Anlaşma Kavramı

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında da anlaşma kavramının kapsamının belirlenmesine özel bir çaba gösterilmiştir. Franco-Japoneze Ball-Bearing kararında<sup>31</sup>, Komisyon'a göre anlaşma hükümlerinin uygulanmasında özel hukuka göre bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan bütün unsurların varlığı gerekmez. Bir tarafın kendi iradesi ile hareketlerini sınırlayacağını beyanı da anlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterlidir. Kinin karteli kararında<sup>32</sup> ise, centilmenlik anlaşması diye adlandırılan durumun 85. maddenin 1. paragrafında belirtilen anlaşma kapsamına gireceği belirtilmektedir. National Panasonic davasında<sup>33</sup> da, Panasonic firması ile yetkili satıcılar arasında hukuken geçerli bir sözleşme bulunmamasına rağmen, Panasonic firması ile satıcıları arasındaki rekabetin kısıtlanması hususundaki görüş birliğinin davalıların uyumlu eylem şeklindeki savunmaları reddedilerek anlaşma olduğuna karar verilmiştir.

## 3. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayırımının Önemi

Doktrinde, anlaşma ve uyumlu eylem ayırımının teorik önem taşıdığı ve sonuç bakımından aynı kurallara tabi olacağı ileri sürülmüş ise de, bu iddiadaki gerçek payı mutlak değildir. Eğer uygulama bakımından aralarında herhangi bir fark yok ise, komisyon ve yüksek mahkemenin, anlaşma kavramının tamamını vermek için gösterdiği uğraşının sebebi ne olabilir?

Kanımızca, anlaşma ve uyumlu eylem ayırımı sadece teorik bakımdan değil, uygulama açısından da önemlidir. Şöyle ki, taraflar arasında rekabeti önleme amacına yönelik bir anlaşmanın yapılması ile birlikte Roma Andlaşmasının 85. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Anlaşmanın fiilen yürürlüğe konması 85. maddenin uygulanması için şart değildir. Örneğin, ortak pazarda, piyasanın %80 ini elinde bulunduran 4 boya hammaddesi üreticisi fiyatları belirlemek üzere bir anlaşma yaptıklarını varsayalım. Burada, anlaşma yürürlüğe konmadan önce veya hiç yürürlüğe konmamış dahi olsa 85. madde hükümleri uygulanacaktır. Anlaşma durumunda, 85. madde doğrudan uygulama alanı bulacaktır, yeter ki, anlaşma rekabeti kısıtlama amacına yönelmiş olsun<sup>34</sup>. Buna karşılık, uyumlu eylemde 85. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için,

<sup>29</sup> Bundan sonra komisyon olarak anılacaktır.

<sup>30</sup> Bundan sonra Adalet Divanı olarak anılacaktır.

<sup>31</sup> Re Franco-Japanese Ballbearing Agreement, □OJ (1974) L 343/19; (1975) C.M.L.R. D\_.

<sup>32</sup> Re Cartel Quinine, OJ (1969) L 192/5; (1969) C.M.L.R. D42, D59.

<sup>33</sup> Community v. National Panasonic (UK) Ltd., OJ (1982) L 354/28; (1983) 1 C.M.L.R. 497.

<sup>34</sup> MATHIJSEN, 169; STEIN-HAY- WAELEBROECK, European Community Law and Institutions in Perspective, New York, 1976,805.



tarafların uyum hali yetmemekte, uyumun eyleme dönüşmesi gerekmektedir<sup>35</sup>. Bu sebepten anlaşma ve uyumlu eylem ayırımı, teorik olduğu kadar pratik öneme de sahiptir. Centilmenlik anlaşması veya basit bir hemfikir olma durumunun<sup>36</sup> anlaşma kavramının kapsamı içinde kabulü halinde, teşebbüslerin anlaşmayı yürürlüğe koymaları beklenmeden 85. maddenin uygulanması mümkün olacaktır<sup>37</sup>.

Anlaşma ile uyumlu eylem sınırındaki tartışmalı bölgede yer alan faaliyetlerin hemen hemen tümü uygulamaya geçildikten sonra tesbit edilmiş ve bu da doktrinde yanlışlara sebep olmuştur. Roma Andlaşmasının 85. maddesi ve Shearman Kanununun 1. maddesinde hukuk dışı olarak belirlenen rekabeti engelleyici anlaşmaların, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olmaları şart değildir<sup>38</sup>. Rakip teşebbüsler arasındaki anlaşma, rekabeti kısıtlama amacından başka nedenle yapılmış bile olsa, anlaşma sonucu rekabetin kısıtlanmış olması 85/1 in uygulanması için yeterlidir<sup>39</sup>. Teşebbüsler arası rekabeti kısıtlama amacı ile yapılan anlaşmalar ise farklılık gösterir. İlk durumda rekabetin kısıtlanmış olduğunun tesbiti gerekli iken, rekabeti kısıtlama amacı ile yapılan anlaşmalarda, tarafların, rekabeti piyasayı kontrol gücüne sahip olmamaları veya anlaşma hükümlerinin hiç uygulamaya konulmaması sebebi ile, engellenmemiş olmasına bağlı olmaksızın, 85/1 in uygulama alanı içine girerler<sup>40</sup>.

#### **4. Rekabet Hukukunun Kapsamına Giren Anlaşmaların Amaçlarına Göre Ayırımı**

Rekabet Hukukunun kapsamına giren anlaşmalar, rekabeti kısıtlamak amacıyla yönelik olan anlaşmalar ve rekabetin kısıtlanmasına neden olan anlaşmalar şeklinde ikiye ayrılır. Birinci tür anlaşmalarda, taraflar rekabetin kısıtlanmasını istemekte, anlaşma bu amacın elde edilmesinde vasıta olmaktadır. İkinci tür anlaşmalarda ise, amaç rekabetin kısıtlanması dışındaki herhangi bir konudur. Ancak, piyasa şartları ve tarafların özellikleri nedeni ile anlaşma, rekabetin kısıtlanmasına yol açmaktadır. Amerikan Hukukunda, Rekabet Hukuku kapsamına giren anlaşmaların amaca göre sınıflandırılması ilk kez, Hakim Taft, Addystone Steel and Co. kararında<sup>41</sup> yapmıştır. Hakim Taft'ın getir-

<sup>35</sup> Bakınız sayfa 158.

<sup>36</sup> Re Sticking Sigaretten Industri Agreements, OJ (1982) L 232/1, (1982) 3 C.M.L.R. 702; GIDE-LOYRETTE- NOUEL, Le Droit de la Concurrence des Communautés Européennes, Paris, 1972, 20-21.

<sup>37</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) E.C.R. 235, 249.

<sup>38</sup> GLEISS-HIRSCH, 50; AREEDA, Antitrust Analysis, 351; BELLAMY- CHILD, 38-39.

<sup>39</sup> MATHIJSSEN, 169.

<sup>40</sup> GLEISS-HIRSCH, 63 (Gleiss ve arkadaşlarının da bunu kabul etmesine rağmen, anlaşma kavramının sınırının tayinini akademik bir uğraş olarak görmesi büyük hatadır.)

<sup>41</sup> United States v. Addystone Steel and Pipe Co., 85 F. 276 (1898).

diği, rekabeti doğrudan kısıtlayan<sup>42</sup> ve rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan<sup>43</sup> anlaşmalar ayırımı Rekabet Hukukunun gelişmesine önemli katkıda bulunmuştur.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında da bu ayırimdan yararlanılmıştır. "Rekabeti kısıtlamak amaç ve etkisi" şeklinde ifade edilen bu ayırım, Rekabet Hukukunun konu bakımından kapsamını tayinde belirleyici rol oynamıştır.

Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Gerçekte her anlaşma belirli ölçüde rekabeti kısıtlar. Bu sebepten de, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmaları, sistematik bir şekilde ayırmak imkansızdır. Doktrindeki, Rekabet Hukukunun uygulama alanı incelemelerinin de, rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik anlaşmalar ile sınırlı olduğu görülür<sup>44</sup>. Biz de, doktrindeki bu gelişmeler doğrultusunda, Rekabet Hukuku kapsamına giren rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik kartel sözleşmeleri ile patent lisans sözleşmeleri ve ortak girişim anlaşmalarını incelemeyi uygun bulduk.

## **C. Patent Hakkı ve Lisans Anlaşmaları**

### **1. Genel Olarak**

Patent hakkı, buluş sahibine buluşu üzerinde belirli bir süre için mutlak ve inhisari yetki sağlar<sup>45</sup>. Bu hak buluş sahibine, izinsiz kullanmalara engel olmak yetkisi ile beraber, hakkını üçüncü kişilere devretmek ya da belirli bir süre için üçüncü kişilerin buluştan yararlanmasına izin vermeği de kapsar<sup>46</sup>.

Liberal ekonomik sistemlerin temelinde rekabet olgusu yatmasına karşılık, patent hakkının kabulü rekabet olgusunun belirli bir süre askıya alınmasına neden olur. Devlet politikaları, patent hukukundan beklenen yararı, rekabet olgusundan beklenen yarara üstün kılmıştır<sup>47</sup>. Ancak, gerek Patent Hukuku ve gerekse Rekabet Hukuku aynı nihai amaca, yani gelişmelerin teşviki ve kaynakların verimli kullanılması amaçlarına yönelik oldukları için, aynı hukuki ve ekonomik sistem içinde yer almaları mümkündür. Nitekim, ticari hayatta

---

<sup>42</sup> Bakınız sayfa 186.

<sup>43</sup> Bakınız sayfa 186.

<sup>44</sup> GLEISS-HIRSCH, 92-93; BELLAMY -CHILD, 71; WHISH, 280.

<sup>45</sup> ORTAN, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 1979,16; MERKIN-WILLIAMS, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London, 1984, 294.

<sup>46</sup> SCHERER, Industrial Market Structure and Economic Performances, Boston, 1980, 439.

<sup>47</sup> ibid. 454.

patent hakkı, sahibinin buluştan yararlanmak açısından tekel durumuna girmesi hukuk düzenlerince kabul edilmiştir.

Gerek Amerikan ve gerekse Avrupa Topluluğu Hukuklarında, buluş sahibinin patent hukukundan doğan yetkilerinin Rekabet Hukuku kuralları ile çatışmadığı kabul edilmekle beraber, patent hakkı sahibine tanınan yetkilerin nelerden ibaret olduğu veya başka bir ifade ile bu yetkilerin sınırının tesbiti sorunu ortaya çıkmıştır<sup>48</sup>. Amerikan Hukukunda, patent hakkı sahibine tanınan yetkilerin çok kapsamlı olmasına karşılık, Avrupa Topluluğu Hukukundaki gelişmeler aksi yönde olmuştur. Amerikan Hukukunda, patent hakkı sahibinin lisans sözleşmesi ile lisans alanın faaliyetlerini kısıtlayabileceğinin kabul edilmesine karşılık<sup>49</sup>, Avrupa Topluluğu Hukukunda, patent hakkı sahibine tanınan yetkinin sınırlı olduğu<sup>50</sup> ve lisans sözleşmeleri ile de Rekabet Hukuku kurallarının ihlal edilebileceğinin kabul edildiği görülür.

Patent hakkına dayanılarak rekabetin hangi sınıra kadar kısıtlanabileceği sorununun da, Patent Hukukunun amaçları ve patent hakkı sahibine tanınan lisans sözleşmesi yapmak hakkının içeriği belirleyici rol oynar. Lisans sözleşmelerindeki karşılık edimlerin niteliği ve gerçek hayatta bunların belirlenmesindeki esas teşkil eden kriterler, Patent Hukuku ile Rekabet Hukuku kuralları arasındaki sınırın tesbitinde temel oluşturur<sup>51</sup>.

## **2. Patent Hukukunun Amacı Olarak Toplumsal Yarar**

### **a. Genel Olarak**

Patent hakkının korunması çeşitli nedenlere dayanır. Ancak, konumuz bakımından önemli olan, patent hakkı ile elde edilmek istenen toplumsal yararadır. Patent Hukukunun amaçlarından biri, kişilerin yeni buluşlara yönelmelerini teşvik ile ekonomik ve teknolojik gelişmeye katkıdır<sup>52</sup>. Yeni buluşların insanların refah düzeylerinin yükselmesine olumlu etkisi, buluş sahibine bazı hakların tanınmasının başlıca nedenlerindedir<sup>53</sup>. Ancak toplumsal yarar, sadece yeni buluşların teşvik edilmesinden ibaret değildir. Eğer böyle olsa idi, buluş

---

<sup>48</sup> POSNER- EASTERBROOK, 262.

<sup>49</sup> NEALE - GOYDER, 288, 289; POSNER- EASTERBROOK, 265; United States v. General Electric Co., 276 US 476 (1926)

<sup>50</sup> MERKIN- WILLIAMS, 339; WHISH, 357; LANG, Patent Rights and Patent Licensing in EEC Law, Contribution to Community Law, Uppsala, 1978, 60.

<sup>51</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, Boston, 1978,118; GELLHORN, Antitrust Law and Economics, St. Paul, 1981, 349.

<sup>52</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 440; POSNER- EASTERBROOK,264.

<sup>53</sup> SCHERER, ibid. 442

sahibinin maddi ve manevi yollarla ödüllendirilmesi ile de yeni buluşların teşviki gerçekleştirilebilirdi<sup>54</sup>. Toplumsal yarar, yeni buluşların en az kaynak kullanımı ile ticari mal haline getirilmesini de içerir. Yeni bir buluş, topluma olan katkısının üstünde harcamalar ile, yararlanılabilir hale gelmekte ise, toplumun kaynakları boşa kullanılmış demektir. Patent Hukukunun amacı, yeniliklerin kaynak kullanımında verimlilik ilkeleri içinde insanların kullanımına arz edilmesini temindir. Patent Hukukunun toplumsal yarar yönü iki unsurdan oluşur: Yeni buluşları teşvik ve kaynak kullanımında verimliliğin teminidir.

### **b. Yeni Buluşları Teşvik**

Her yeni buluş uzun süreli araştırma ve geliştirme çalışmalarını gerektirir. Araştırma ve geliştirme çok büyük harcamalar gerektiren bir faaliyettir ve zamana, emeğe ve sermayeye bağlıdır. Sarfedilen emek, deney ve geliştirme masrafları, buluş sahibi bakımından sabit sermaye türü giderlerdir.

Patent hakkı sahibi, üçüncü kişilerin buluştan kendi izni olmadan, yararlanmalarına engel olarak, buluş üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahiptir. Hak sahibi, buluştan sadece kendisinin, ya da başkalarının yararlanmalarına karar vermekte tek yetkilidir<sup>55</sup>. Patent hakkı sahibi, lisans sözleşmesi ile, buluştan üçüncü kişilerin bir bedel karşılığı yararlanmalarına rıza gösterebilir. Lisans bedelini tayinde de, herhangi bir hukuki sınırlama söz konusu değildir. Bedelin serbestçe tayininin iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki, buluş sahibine yaptığı harcamaların ve çalışmalarının tam karşılığını temin, ikincisi de ödüllendirilmedir<sup>56</sup>. Böylece de kişiler yeni buluşlara yönlendirilmiş olurlar<sup>57</sup>. Buluştan, üçüncü kişilerin ivazsız yararlanmaları, yenilik sahibinin buluş için yaptığı harcamaları karşılamamasına yol açar. Örneğin, buluş sahibinin araştırma ve geliştirme safhalarında yüzer milyon lira harcama yapmış olduğunu varsayarsak, bu malın patent hakkı sahibi tarafından üretilip satışa arz edilmesi durumunda, maaliyet birim, malın marjinal maaliyetinin, araştırma ve geliştirme gideri olan ikiyüz milyon lira sabit giderin birim mala isabet eden miktarının ve o günü kadar yapılan yatırım harcamalarında başarısız olmak riskinin toplanması ile bulunur. Patent hakkının tanınmadığı bir sistemde, buluşu taklid eden ikinci bir üreticinin, maaliyet fiyatı, marjinal maliyete, geliştirme bedeli olan yüz milyon liranın, birim mala isabet eden miktarlarının toplanması ile bulunacaktır. İkinci firmanın araştırma gideri olmadığı gibi, yatırımın başarısızlık ile sonuçlanmasından doğabilecek bir risk gideri de yoktur. Böyle bir sistemde, buluş sahibi araştırma giderlerinin ve yatırımın başarısız olma riskinin karşılığını

<sup>54</sup> STIGLER, A Note on Patents, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 124.

<sup>55</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 442; NEALE -GOYDER, 290.

<sup>56</sup> STIGLER, A Note on Patents, 124; POSNER- EASTERBROOK, 264.

<sup>57</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 561, 563.

da alamayacaktır<sup>58</sup>. Bunun sonucu olarak da, kişilerin araştırma ve geliştirme faaliyetlerine katılma istekleri ortadan kalkar<sup>59</sup>.

Patent hakkı sahibine, bir bedel karşılığı lisans sözleşmesi ile üçüncü kişilere buluştan yararlanma ve buluşu ticari amaçla kullanma izni verebilmesi, o güne kadar giderlerini geri alabilme imkanı sağlar. Buluşlarının hukuken korunması, kişileri yeni şeyler araştırmaya iter.

Patent hakkı sahibinin, lisans bedeli olarak talep edebileceği o buluş için yaptığı harcamalardan ibaret değildir. Patent hakkı sahibi, buluş üzerinde tek yetkili durumdadır. Buluşun sağlayacağı artık değerden, hukuken korunan tekeli gibi yararlanma hakkına sahiptir. Patent hakkı sahibine, masraflarının<sup>60</sup> üzerinde bedel talep olanağının tanınması, hak sahibinin buluşu ile topluma katkıda bulunmasını, ödüllendirme niteliğindedir<sup>61</sup>. Buluş sahibine mutlak bir hak sağlayan patent hukuku, kişileri yeni konularda araştırma yapmağa sevk eder. Lisans bedelinin, buluş sahibinin giderleri ile sınırlandırıldığı bir sistemde, araştırmaları teşvik edici unsur eksiktir<sup>62</sup>.

### **c. Patent Hukuku ile Kaynak Kullanımında Etkinlik İlkesinin İlişkisi**

Patent Hukuku sistemi, ayrıca yeniliklerden yararlanmada gereksiz kaynak tüketimini en düşük seviyeye indirerek, toplumun yeniliklerden en yüksek düzeyde yararlanmasını sağlar<sup>63</sup>. Toplumsal değerlerin gereksiz kullanımı, yeniliğin topluma katkısının azalmasına yol açar.

Her buluş, ticari bir değer taşımadığı gibi, buluşların ticari bir mal haline dönüştürülmesi ve satışa arz edilebilecek hale gelmesi, araştırma masraflarının yanı sıra geliştirme masrafları da gerektirir. Patent Hukuku ile, sadece patent hakkı sahibine buluştan yararlanma hakkı tanınması, patent hakkı sahibini, buluşunu geliştirme ve ticari bir mal haline dönüştürmek için gerekli çalışmaları yapmağa teşvik eder. Buluştan yararlanmak hakkına tek başına sahip olan patent hakkı sahibi geliştirme faaliyetlerine girişmekten çekinmeyecektir. Buluştan yararlanmak hakkının münhasıran buluş sahibine tanınmadığı durumlarda, ya hiç kimse geliştirmenin masraflı ve riskli olması nedeni ile buna kalkışmayacak, ya

<sup>58</sup> POSNER- EASTERBROOK, 264; STIGLER, A Note on Patents, 123, 124.

<sup>59</sup> POSNER- EASTERBROOK, 264; AREEDA, Antitrust Analysis, 564; GELLHORN, 354.

<sup>60</sup> Masraf kavramı içine yapılan bütün giderler, sarfedilen emek ve normal piyasa karı da girer.

<sup>61</sup> POSNER- EASTERBROOK, 265.

<sup>62</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 563; STIGLER, A Note on Patents, 124.

<sup>63</sup> POSNER- EASTERBROOK, 264-265; AREEDA, Antitrust Analysis, 564; STIGLER, A Note on Patents, 124.

da buluşdan yüksek kâr beklentisi birden çok firmayı aynı geliştirme masraflarını yapmaya itecektir<sup>64</sup>. Patent hakkı sahibi, geliştirme giderlerinin tekrarını önleyerek, en alt düzeyde tutacak şekilde koordinatörlük görevini de yapar ve yeniliklerin topluma en az kaynak harcaması ile dönmesini sağlar<sup>65</sup>. Buluşun geliştirilerek ticari bir mal haline dönüştürülmesi patent hakkı sahibi ya da lisans alan firma tarafından gerçekleştirilmesi aynı giderlerin diğer firmalarca tekrarlanmasını önler<sup>66</sup>. Buluş sahibine tanınan patent hakkı kaynak kullanımında verimlilik ilkesinin gerçekleşmesine, toplumsal yararın optimize edilmesini sağlar.

### **3. Lisans Bedelinin Belirlenmesi (Oluşması)**

#### **a. Genel Olarak**

Buluş sahibine tanınan patent hakkı, buluşdan yararlanmak, bu hakkı bir bedel karşılığı, başkalarına devretmek ya da belirli bir süre için buluşdan başkasının yararlanmasına izin vermek yetkisi sağlar. Patent hakkı ile buluş sahibine tanınan yetkilerin sınırlarını Patent Hukuku ilkeleri çerçevesinde incelemesine geçmeden önce, patent hakkı sahibinin önündeki olasılıkları belirlemede yarar vardır. Bunlar, ya buluştan sadece kendisinin yararlanması, ya lisans sözleşmesi ile yararlanma hakkını bir üçüncü kişiye devretmesi<sup>67</sup>, ya lisans alan ile beraber kendisinin de buluştan yararlanması, ya da buluşun ekonomik değeri olmaması sebebi ile buluştan kimsenin yararlanmamasıdır. Buluştan yalnız kendisinin yararlanması durumu ile bu hakkı bir başkasına devri arasındaki en önemli fark, ikinci durumda maliyetin lisans bedeli kadar artmış olmasıdır<sup>68</sup>. Üçüncü olasılıkta ise, lisans alan ile lisans veren, lisansa konu olan buluştan yararlanmak açısından rakip firmalar durumuna girmektedir. Bu da

---

<sup>64</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure*, 445.

<sup>65</sup> Patent hakkı sahibinin malı kendi üretilip sattığı zaman, araştırma ve geliştirme giderlerini hiç dikkate almadan, malın fiyatını belirlemesi ve tekeli firması gibi davranarak kaynak kullanımında verimliliği bozması, patent sistemine yöneltilen eleştirilerdendir. Ancak, patent hakkı sahibi tekel durumundaki firması gibi, fiyatı belirlerken o malın yerini aldığı malların ve yakın benzerlerinin fiyatını da gözönüne almak zorundadır. Örneğin, patates soyma aletinin patent hakkı sahibinin, malın fiyatını çok yüksek tutması durumunda, patates soyma aleti bir yenilik olmasına rağmen, malın tüketicinin bu buluşa vermiş olduğu değer üstünde bir fiyattan arz edilmesi, tüketicileri bıcağı kullanmağa itecektir. Bu durumda patent hakkı sahibi malını satılabilmek için, fiyatı tüketicinin mala vermiş olduğu değere kadar indirmek zorundadır. Aksi takdirde, tüketicinin ikame mala ödediği bedel ile yeniliğin tüketicisi bakımından değeri arasındaki fark, kayıp değeri olarak ortaya çıkar ve ülke çapında kaynak kullanımında verimliliğin bozulmasına neden olur.

<sup>66</sup> POSNER- EASTERBROOK, 264.

<sup>67</sup> NEALE - GOYDER, 288.

<sup>68</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure*, 452; POSNER- EASTERBROOK, 268.

lisans bedelinin tesbitinin Rekabet Hukuku bakımından önem kazanmasına neden olur<sup>69</sup>.

### **b. Patent Hakkı ile Korunan Bir Piyasada Fiyatın Oluşması**

Patent hakkı sahibinin, buluştan yararlanma hakkını tek başına elinde tutması, onu, malın geliştirilmesinde, üretiminde ve satımında tekel haline getirir ve piyasadaki arz miktarını kontrol ederek fiyatı istediği seviyede oluşmasını sağlar. Patent hakkı sahibi, satışa arz ettiği buluşu ile ilgili malın fiyatını tekel gibi tesbit edebilir<sup>70</sup>, çünkü patent hakkı sahibi, tekelci firmadan farklı olarak, Patent Hukukunca korunan bir statüye sahiptir<sup>71</sup>.

Patent hakkı ile korunan mal piyasasında, fiyat, tekel kanunlarına uygun olarak oluşur ve fiyat, mala olan talep ve arza göre değil, marjinal gider ile marjinal gelire göre belirlenir<sup>72</sup>. Yani, malın fiyatına ve arz edilecek miktarına ilişkin kararı sadece patent hakkı sahibi verecektir. Ancak, fiyatın belirlenmesinde, patent hakkı sahibinin marjinal gideri ve geliri ile beraber gözönüne alınması gereken başka unsurlar da vardır<sup>73</sup>. Patent hakkı ile korunan malın yerine geçtiği ikame malın fiyatı, patent hakkı sahibinin, fiyatı serbestçe tayinini sınırlar<sup>74</sup>. Buluşun yeni bir şeye ya da farklı bir üretim sürecine ilişkin olmasının önemi yoktur. Her yenilik sonuçta, bir şeyin marjinal giderinde düşmeye yol açar. Yeniliğin, üretim sürecine ilişkin olması halinde, marjinal giderdeki fark daha görünür niteliktedir. Patent hakkının yeni bir mala ilişkin olması durumunda da ekonomik bir yarar elde edilmiş olmalıdır<sup>75</sup>. Bu yararın doğrudan olması gerekmez. Örneğin, maden izabesine ilişkin buluş, aynı şeyin gerçekleştirilmesinde uygulanan diğer yöntemlerden daha az harcamayı gerektiriyorsa, kullanım alanı bulur. Aynı şekilde jet motoru veya yeni bir yakıt türünün bulunması, nakliye ücretlerinde, veya ısınma giderlerinde düşmeğe neden olduğu takdirde, ticari mal haline gelecektir. Jet motorunun yıldız motordan (güç başına maliyet esasına göre de olsa) daha ucuza üretilmesi şart değildir. Görünen tercih sebebi sadece kullanım alanında, büyüklük, verimlilik gibi diğer unsurlar da olabilir. Ancak, sonuçta ekonomik bir yararın ortaya çıkması şarttır. Aksi takdirde, yenilik ekonomik değeri olmamak sebebi ile ticari bir değer taşımaz. Bundan çıkan sonuç da, patent hakkı sahibinin talep edebileceği

<sup>69</sup> GELLHORN, 350,351; BELLAMY - CHILD, 253.

<sup>70</sup> STIGLER, A Note on Patents, 124; United States v. General Electric Co., 276 US 479 (1926)

<sup>71</sup> DERINGER, Brevets et Libre Concurrence en Droit National, Brevets et Marques au Regard du Droit de la Concurrence, Bruxelles, 1968, 8.

<sup>72</sup> POSNER- EASTERBROOK, 268; GELLHORN, 350, 351.

<sup>73</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 444-445.

<sup>74</sup> POSNER- EASTERBROOK, 268.

<sup>75</sup> Brenner v. Manson, 383 US 519 (1966).

en yüksek fiyatın, ikame mal veya hizmete ödenen miktar ile doğrudan bağlantılı olduğudur. Tüketicilerin, patent hakkı sahibinin tesbit ettiği fiyattan yenilik ürünü malı satın almak zorunluluğu yoktur. Fiyatın daha uygun olması, eski mal veya sürecin tercih edilmesine neden olur. Bu da, patent hakkı sahibini fiyatı belirlerken tamamen serbest olmadığı ve buluşun üstünlüklerinin ve ikame malın fiyatını gözönüne almak zorunda olduğu sonucunu çıkarır.

Patent hakkı sahibinin, tekel piyasasında faaliyet gösteren firmaya göre daha avantajlı bir konumda olduğunu da belirtmek gerekir<sup>76</sup>. Piyasada tekel durumunda olan firmanın fiyatı yükselterek tekel kârına yakın bir kazanç elde etmesi, diğer firmaları piyasaya girmeğe teşvik eder<sup>77</sup>. Belirli bir piyasada serbest rekabet piyasası kârının üzerinde kazançlar elde edilmesi, o piyasaya girişleri hızlandırır ve teknelci firmanın piyasa payının ve kârının azalmasına yol açar. Buna karşılık, patent hakkı sahibinin durumu hem fiilen hem de hukuken korunmaktadır. Piyasaya yeni girişleri kendi kontrolü altında tutarak tekel olma durumundan yararlanır<sup>78</sup>.

### c. Lisans Bedelinin Saptanması

Patent hakkı sahibi, buluşundan tek başına yararlanabileceği gibi, buluşundan, belirli süreler için, yararlanmak yetkisini bir üçüncü kişiyede tanıyabilir<sup>79</sup>. Patent hakkı ile üçüncü kişiler arasında kurulan lisans sözleşmesi tam iki taraflı bir sözleşmedir. Patent sahibinin, buluştan, diğer kişilerin yararlanmalarına izin vermesine karşılık, lisans alan, bir bedel ödeme borcu altına girer. Lisans alana, lisans bedeli ödeme borcundan başka borçların yüklenip yüklenemeyeceği ve özellikle, ek edimler ile rekabetin kısıtlanmasına yol açılması durumunda, bunların patent hukukunun himayesinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>80</sup>.

Kanımızca, Patent Hukuku ile yeni buluşların teşvik edilmesi, sadece yenilik uğruna değildir. Yeniliklerin topluma en az kaynak tüketimi ile kazandırılması da patent hukukunun amacı içindedir<sup>81</sup>. Lisans sözleşmeleri toplumun yeniliklerden faydalanmasını yaygınlaştırır. Buluş sahibinin de ko-

<sup>76</sup> POSNER- EASTERBROOK, 268; AREEDA, Antitrust Analysis, 566.

<sup>77</sup> STIGLER, Monopoly and Oligopoly by Merger, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 98.

<sup>78</sup> MERKIN - WILLIAMS, 318; WISH, 372.

<sup>79</sup> BELLAMY - CHILD, 353, 254.

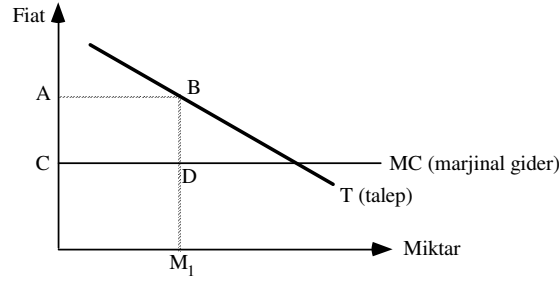
<sup>80</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 589; WHISH, 357; WRIGHT, Patent and Know-How Licensing, EEC Competition Law, Oxford, 1968, 2.

<sup>81</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 444; POSNER- EASTERBROOK, 264-265; STIGLER, A Note on Patents, 123, 124;



runması bu nedenlerden kaynaklanmaktadır. Lisans sözleşmesi ile lisans alanın faaliyetine getirilecek kısıtlamalar, yeniliklerin yaygınlaştırılması ilkesine ters düşer. Ayrıca lisans sözleşmeleri ile, Patent Hukukunca buluş sahibine tanınan haklardan, fazlasının verilmesi mümkün değildir. Patent Hukuku, toplumsal yararın gerçekleşmesi için, patent hakkı sahibine, buluşlardan tek başına yararlanma ya da bir bedel karşılığı, üçüncü kişilerin buluştan yararlanmasına izin verme yetkisi vermektedir. Buluş sahibine sağlanan menfaat lisans bedeli ile sınırlıdır. Patent hakkı sahibinin, lisans alanın faaliyetlerini kısıtlayıcı şartlar ileri sürmesi, patent hukuku ilkeleri kadar, Rekabet Hukuku kuralları ile de çatışır, çünkü yararlanma hakkına karşılık lisans alanın karşı edimi, bir bedel ödemektir.

Buluş sahibi ya buluştan kendi yararlanır ve piyasada tekelci firma gibi davranır, ya da lisans sözleşmesi ile başka firmaların da bir bedel karşılığı buluştan yararlanmalarına izin verir. Patent hakkı sahibinin elde edeceği tekel kârından az bir bedeli lisans bedeli olarak kabul etmesi beklenemez<sup>82</sup>. Elde etmeği beklediği en düşük bedel tekel kârına eşit olacaktır. Bunu aşağıdaki şekil yardımı ile açıklayabiliriz.



ABCD noktaları arasında kalan alan, patent hakkı sahibinin patent hakkının sonucu ortaya çıkan tekel kârıdır. Eğer, lisans bedeli ABCD noktaları arasında kalan alana eşit olursa, lisans alanla piyasayı paylaşmasının sonucunda, patent hakkı sahibinin kazancında bir değişiklik olmaz<sup>83</sup>. Lisans alanın giderleri ise malın üretimi için yapılan masraflar ve lisans bedelidir. Malın üretim maliyetinin lisans vereninkine eşit olması durumunda malın fiyatı, patent hakkı

<sup>82</sup> POSNER- EASTERBROOK, 268; GELLHORN, 550.

<sup>83</sup> Patent hakkı sahibinin, optimum üretim miktarına ulaştığı ve malın fiyatının esnekliğinin sert olduğu durumlarda örneğin, optimum üretim miktarı 50000 ünedir fakat, mala talep F1 fiyatında 100000 ünedir. F1 fiyatı üzerinde mala talep yoktur (ikame mal veya ikame yöntem nedeni ile fiyatın üst sınırı F1 dir). Patent hakkı sahibi 50000 ünite ürettikten sonra, üçüncü bir kişiye lisans sözleşmesi ile buluştan yararlanma yetkisi vermesi ile karına ilave olarak lisans bedeline de hak kazanacaktır. Bu sebepten, faraziyemize uygun piyasa koşullarının varlığı halinde patent hakkı sahibinin lisans sözleşmesi yapmakta yararı vardır.

sahibinin tesbit ettiği F1 fiyatı ile aynı olacaktır. Lisans alanın ödediği miktar, fiyata yansıtılarak tüketici tarafından lisans alana geri verilecektir. Patent hakkı sahibinin buluşundan elde ettiği tekel kârı hem kendi üretim sattığı mallar, hem de lisans alanın ödediği lisans bedeli ile değişmemiş olur. Lisans alanın durumu, tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmanınkine benzerdir. Rekabet piyasasında, normal piyasa kâr sınırları içinde bir kâr elde etmeğe çalışacaktır.

Her ne kadar, patent hakkı sahibi, hukuken lisans bedelini serbestçe tayine yetkili ise de, lisans bedelini tesbit edilirken, piyasa koşullarının da göz önüne alınması gerekmektedir. Lisans bedeli olarak, elde etmeği umduğu tekel kârının üzerinde bir bedel talep etmesi halinde, lisans alanın fiyatı, patent hakkı sahibinin fiyatının üzerinde oluşur. Bunun da, lisans alanın malını satabilmesini etkileyecek olması, bir bedel karşılığı lisans almak isteyenlerin bundan vazgeçmelerine neden olacaktır.

#### **4. Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Rekabet Hukuku İle Çelişkili Şartlar**

##### **a. Rekabeti Kısıtlamanın Gerekçesi ve Nedenleri**

Patent hakkı sahibi, hukuken kendisine tanınmış yetkiden yararlanarak, lisans alana bir bedel karşılığı buluştan yararlanmak yetkisi tanımakla, onun piyasada faaliyet gösteren tek firma olmasına izin vermiş olur<sup>84</sup>. Lisans alanın, faaliyette bulunması, lisans verenin iznine bağlı ise de, lisans sözleşmesi ile her iki firma rakip teşebbüsler haline gelirler<sup>85</sup>.

Lisans verenin, kendi rızası ile lisans alana faaliyet göstermek hakkını tanımış olmasının, kendi tekel durumunu tehlikeye sokmak anlamına gelmiyeceği ileri sürülerek, lisans verenin kendi çıkarları doğrultusunda lisans alanın faaliyetlerini kontrol edebileceği iddia edilmiştir<sup>86</sup>. Lisans verene kendi çıkarları doğrultusunda kısıtlama yapmak yetkisinin verilmesini, patent hakkı sahibini lisans sözleşmesi yapmaktan çekinmeğe itecektir. Patent hakkı sahiplerinin kendi çıkarlarını tehlikeye sokmamak gerekçesi ile, lisans sözleşmelerinde rekabeti kısıtlayıcı şartlar ileri sürmesine oldukça sık rastlanır<sup>87</sup>.

Şüphesiz ki, lisans sözleşmelerinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı koşullar, patent hakkı sahibinin çıkarlarını korumağa yöneliktir. Lisans alanın, patent

<sup>84</sup> NEALE - GOYDER, 289.

<sup>85</sup> POSNER- EASTERBROOK, 269; AREEDA, Antitrust Analysis, 582; WHISH, 361.

<sup>86</sup> OPPENHEIM, Cases on Federal Anti-trust Law, St. Paul, 1948, 469, 482; United States v. General Electric Co., 276 US 479 (1926)

<sup>87</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 173; WHISH, 359.

hakkı sahibi ile rekabet etmesi patent hakkı sahibinin elde etmekte olduğu tekel kârında düşmeye neden olabilir. Lisans sözleşmelerinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı şartlar, lisans alanın patent hakkı sahibine rakip olmasını önlemeğe yöneliktir<sup>88</sup>.

Ancak, kanımızca, Patent Hukuku, patent hakkı sahibine tekel kârına eşit bir kazancı temin bakımından, gerekli olanakları tanımaktadır. Lisans bedelinin serbestçe tayin edilmesi, patent hakkı sahibinin buluştan elde edeceği menfaatin sınırlanmadığını göstermektedir. Lisans bedelinin serbestçe tayini, lisans alanın sabit giderini arttırarak, patent hakkı sahibi ile rekabet etme ihtimalini azaltır. Patent hakkı sahibinin çıkarları, lisans bedelini serbestçe tayin ilkesi ile yeterli derecede korunmaktadır. Lisans alanın belirleyeceği satış fiyatının teorik olarak, lisans vereninkinden aşağı olması mümkün değildir. Bu sebepten de, Patent Hukukunun, serbestçe tayin edilmiş lisans sözleşmesi ile rekabeti kısıtlayıcı koşullar ileri sürmesi, hangi gerekçe ile olursa olsun kabul edilemez. Patent Hukuku, buluş sahibinin çıkarlarının lisans bedelini serbestçe tayini ilkesi ile güvence altına almıştır<sup>89</sup>. Patent hakkı sahibinin, ayrıca, lisans alanın faaliyetlerini kısıtlayarak, rekabet etmek ihtimalini ortadan kaldırmaya çalışması iki nedenden kaynaklanmaktadır.

Lisans bedelinin tekel kârına eşit tutulması durumunda, gerçek bir rekabetin varlığından söz etmek mümkün değildir<sup>90</sup>. Buna karşılık, patent hakkı sahibinin marjinal gideri hesaplamada hata yapması, elde ettiği tekel kârını gerçek fiyatın altında hesaplamasına yol açar ve bu da lisans alanın rekabet etmek imkanını ortaya çıkarır<sup>91</sup>. Lisans bedelinin tekel kârından düşük hesaplanması, lisans alanın satış fiyatını etkiler ve piyasa fiyatının tekel fiyatının altında gerçekleşmesine yol açarak patent hakkı sahibinin kârını düşürür. Lisans sözleşmeleri ile lisans alanın faaliyetlerini kısıtlama, lisans verenin kendi ticari hatalarından doğabilecek riski azaltmak fonksiyonu görür.

Lisans verenin, tekel kârı elde etmesine engel teşkil edebilecek ikinci bir durum da, lisans alanın marjinal giderinin lisans vereninkinden daha düşük olma durumudur<sup>92</sup>. Lisans alanın marjinal giderinin patent hakkı sahibinkinden düşük olması durumunda, lisans alanın satış fiyatı, tekel fiyatının altına düşecektir<sup>93</sup>. Tüketici açısından bakıldığında, malı kimin ürettiğinin önemli olmaması nedeni ile patent hakkı sahibi, lisans alan firma ile rekabet edebilmek için fiyatı tekel

<sup>88</sup> POSNER- EASTERBROOK, 269; AREEDA, Antitrust Analysis, 582, 585.

<sup>89</sup> Bement v. National Harrow Co., 186 US 76 (1902).

<sup>90</sup> POSNER- EASTERBROOK, 270.

<sup>91</sup> POSNER- EASTERBROOK, 269-270

<sup>92</sup> ibid 269.

<sup>93</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 443.

fiyatının altına düşürmek zorunda kalacak, dolayısı ile tekel kârının altında bir kâr elde edecektir. Lisans sözleşmesine konulacak rekabeti kısıtlayıcı şartların, ikinci etkisi de, verimli teşebbüslerin rekabet imkanlarının azaltılması şeklinde ortaya çıkar.

Patent Hukukunun, buluş sahibine tanıdığı hak, onun çıkarlarının korunması için yeterlidir<sup>94</sup>. Patent hakkı sahibinin, çıkarlarını güvence altına almak için, lisans sözleşmesi ile rekabeti kısıtlayıcı koşullar öne sürmesine gerek yoktur. Patent hakkı sahibinin bu konulardaki talepleri, ya kendi hatalı davranışının riskini lisans alana ve tüketicilere yüklemek ya da daha verimli olan lisans alanların rekabet olanaklarını ortadan kaldırmak görevi yapar.

### **b. Lisans Sözleşmesinde Yer Alan Fiyata İlişkin Şartlar**

Patent hakkı sahibi bir bedel karşılığında diğer üçüncü kişilere patent konusu şeyin üretim ve satış yetkisini verirken, bu kişilerin kendisi için, lisans sözleşmeleri ile en düşük satış fiyatını belirleme yoluna başvurabilir<sup>95</sup>. Böylece, lisans alanın, patent hakkı sahibi ile rekabet etme imkanı elinden alınmakta, patent hakkı sahibinin tesbit edeceği fiyattan mal satmak zorunda bırakılmaktadır. Patent hakkı sahibinin, buluşu üzerindeki tekel ve haksız kullanıcılara engel olma hakkı kanundan doğmakta ise de, lisans sözleşmeleri ile rakiplerinin faaliyetlerini kısıtlama yetkisine sahip olup olmadığı, özellikle fiyata ilişkin sınırlamalar getirilip getirilemeyeceği tartışmalara açık bir konudur.

Avrupa Topluluğu Hukuku ile Amerikan Hukuklarında, lisans sözleşmeleri ile rekabeti kısıtlayıcı şartların getirilip getirilemeyeceği hususunda farklı çözümler kabul edilmiştir. Amerikan Hukukunda, Yüksek Mahkeme, patent hakkı sahibine daha geniş bir serbestlik alanı tanımıştır. Yüksek Mahkemenin bu konuda verdiği ilk kararlarından itibaren, patent hakkı sahibinin, lisans sözleşmesinde en düşük satış fiyatının belirlenmesinin Shearman Kanunu kapsamına girmeyeceğine hükmedilmiştir<sup>96</sup>. Bement kararında, Yüksek Mahkeme, patent hakkı sahibinin, lisans sözleşmesi yapmayarak diğerlerinin buluştan yararlanmasına engel olmasının, en düşük satış fiyatı şartından daha geniş bir kısıtlama teşkil edeceğini bildirmiştir. Lisans sözleşmesi yapmamanın hukuka aykırı kabul edilmediği bir hukuk sisteminde, lisans sözleşmesi ile fiyat tesbit etmenin evleviyetle hukuka aykırı olmayacağı gerekçesi ile Yüksek Mahkeme,

---

<sup>94</sup> STIGLER, A Note on Patents, 125.

<sup>95</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 590; OPPENHEIM, Cases on Federal Anti-trust Law, 517

<sup>96</sup> Bement v. National Harrow Co., 186 US 70 (1902).

fiyat tesbit şartının rekabet hukukunun uygulama alanı dışında kalacağına karar vermiştir<sup>97</sup>.

Daha sonraki yıllarda, United States v. General Electric Co. davasında<sup>98</sup> sorun bir kez daha Yüksek Mahkemenin önüne gelmiş ve Mahkeme, Bement kararındaki görüşlerinde ısrar ederek, patent hakkı sahibinin kendi kârını ve kanundan doğan tekel durumunu korumak için, lisans alana en düşük satış fiyatı belirlemesini, hukuka aykırı bulmamıştır. Patent hakkı sahibinin, tekel durumunun kendisine sağladığı menfaatleri korumak için, satış fiyatı ve şartlarına ilişkin sınırlamalar getirebileceğini belirten General Electric Co. kararı, bugün de, geçerliliğini bazı değişiklikler ile korumaktadır<sup>99</sup>. Bu değişiklikler esas olarak, lisans sözleşmeleri ile üçüncü kişi durumunda olan, tüketicilere<sup>100</sup> ve ara satıcılara<sup>101</sup> mükellefiyetler getirilemeyeceği ve lisans alana, kendi alıcılarından fiyata ilişkin taleplerde bulunma borcu yükleyen lisans sözleşmelerinin Shearman Kanununun uygulama alanına gireceği hususlarındadır<sup>102</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukundaki gelişme, Amerikan hukukundaki gelişmeden farklı şekilde olmuştur. Roma Andlaşmasının 222. maddesi ile üye devletlerin ulusal hukuklarıncı tanınan patent haklarının varlığı kabul edilmiş<sup>103</sup> ise de, Komisyon patent hukukundan kaynaklanan rekabeti engelleyici davranışlara karşı daha müdahaleci bir tutum izlemiştir<sup>104</sup>. Komisyon, patent hakkı ve lisans sözleşmelerinin yarattığı durumların rekabet hukukunun kapsamına girmeyeceğini kabul etmekle beraber, geliştirdiği "hakkın tüketimi" doktrini<sup>105</sup> ile Patent Hukukunun tanıdığı sınırların dışında kalan uygulamaları 85/1 in kapsamında olduğuna karar vermiştir<sup>106</sup>.

Patent hakkı sahibinin lisans sözleşmesi ile, en düşük satış fiyatını belirlediği bir olay, bugüne kadar komisyon kararlarına konu olmamıştır. Patent hakkı sahibine ve lisans alana, faaliyette buldukları ülkelerin ulusal patent hukuklarıncı sağlanan himaye, lisans alanın faaliyet bölgesini sınırlandırıcı

---

<sup>97</sup> ibid. 77.

<sup>98</sup> United States v. General Electric Co., 276 US 479 (1926)

<sup>99</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 491; GELLHORN, 361; NEALE - GOYDER, 292.

<sup>100</sup> General Talking Pictures Corp. v. Western Electric Co., 305 US 124 (1938); International Business Machines Corp. v. United States, 298 US 131 (1936).

<sup>101</sup> Morton Salt Co. v. Suppiger, 314 US 488, 62 S.Ct. 402 (1942)

<sup>102</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 585.

<sup>103</sup> RAHL, Common Market, 229.

<sup>104</sup> WHISH, 346; WRIGHT, 3.

<sup>105</sup> WHISH, 374; BELLAMY -CHILD, 269.

<sup>106</sup> Areeda, Yüksek Mahkemenin General Electric Co. kararındaki aşırı formalist yaklaşımının yumuşatılmasında hakkın tüketimi doktrininin etkili olduğunu ileri sürmektedir.

şartların, fiyat belirlemelerine tercih edilmesine sebep olmuştur. Bununla beraber, Adalet Divanı sınai haklar ile ilgili bir kararında, bu hakların da kötüye kullanılmalarının söz konusu olabileceğine ve sınai hakların kötüye kullanılmaları sonucu Rekabet Hukuku kurallarının ihlali durumunda, Roma Andlaşmasının 85. ve 86. maddelerinin uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir<sup>107</sup>. Hiç şüphesiz ki, mahkemenin bu kararı patent hakkı uygulamaları bakımından da geçerlidir<sup>108</sup>.

Adalet Divanı, ilk kez, mısır tohumları davasında<sup>109</sup>, lisans sözleşmeleri ile en düşük satış fiyatının belirlenmesi sorununa değinmiş ve lisans alana, lisans sözleşmeleri ile en düşük satış fiyatına uyma borcunun yüklenmesinin, rekabeti engelleyici etkisi sebebi ile, 85/1 in hükümlerinin uygulanmasına yol açacağına karar vermiştir<sup>110</sup>.

Satış fiyatına ilişkin kayıtlar, Rekabet Hukuku kapsamına girerler. Patent Hukuku ile buluş sahibine tanınan hak ve yetkiler, başkalarını buluştan yararlanmalarına engel olmak ve buluşu ile ilgili patent hakkını bir bedel karşılığında, üçüncü kişilere devir ya da üçüncü kişilerin belirli sürelerle yararlanmasına izin vermektir. Patent Hukukunun, hak sahibine sağladığı yetkiler sınırlıdır. Bu yetkilerin aşılması, kendi başına hukuka aykırılık sebebidir. Kendine tanınan yetkileri aşan buluş sahibi başka hukuk kuralını ihlal ediyor olmasa bile, kendisine Patent Hukukunca tanınmış olan hak ve yetkileri kullanmakta olduğunu ileri süremez. Buluş sahibinin, tekel gibi davranmasının, Rekabet Hukuku uygulamasından istisna tutulmasına rağmen, Patent Hukukunca korunan bölge dışına çıkan hak sahibi, Rekabet Hukukunun yaptırımları ile karşılaşır<sup>111</sup>.

Patent hakkı sahibinin, lisans sözleşmesi ile, lisans alanın satış bedelini tesbit etmekteki amacı, ya kendi ürettiği malın marjinal giderini hesaplamada, hata yapmak riskini lisans alana aktarmak, ya da lisans alana göre, kendi verimsiz üretim sisteminin tüketici tarafından karşılanmasını sağlamaktır<sup>112</sup>. Her iki gerekçe de, Patent ve Rekabet Hukuku ilkeleri bağdaşmamaktadır. Patent hakkı sahibi kendi ticari hata riskini, lisans alanın rekabet olanaklarını kısıtlayarak azaltması, kendi yararına olsa bile, Patent Hukukunca öngörülmemiş bir durum olması nedeni ile, hukuki himayeden yararlanamaz.

<sup>107</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299,346.

<sup>108</sup> GLEISS-HIRSCH, 230; WHISH, 362; BELLAMY -CHILD, 30; MERKIN- WILLIAMS, 339.

<sup>109</sup> Case 258/78, Nungesser and Eisele v. Commission, 1982 ECR 2015.

<sup>110</sup> ibid. Dava konusu, lisans sözleşmesi ile lisans alanın faaliyet bölgesinin sınırlandırılmasına ilişkin olmasına rağmen, mahkeme fiyat belirlemeleri durumunun açıklığa kavuşması için, kararında buna ilişkin görüşlerini de açıklamıştır.

<sup>111</sup> Case 26/67, S.A. Brasserie de Hacht v. Wilkin and Wilkin, (1967) ECR 407.

<sup>112</sup> Bakınız yukarıda sayfa 55-56.

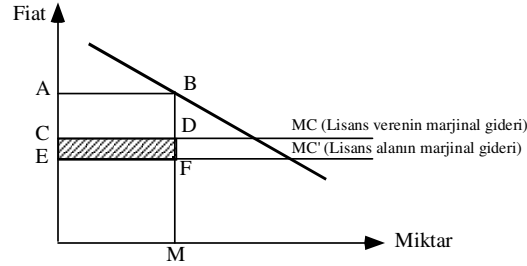
Patent hakkı sahibine tanınan, tekel firma gibi faaliyet gösterme ya da lisans bedelini serbestçe tayin yetkileri<sup>113</sup>, buluş sahibinin çıkarlarını korumak için yeterli kabul edilmelidir. Lisans verenin çıkarları, lisans alanın, üretimi daha rasyonel metodlar ile, daha düşük fiyata gerçekleştirmesi halinde tehlikeye düşmekte ise de, yani lisans alanın marjinal giderinin lisans verenin marjinal giderinden daha düşük olması, kaynak tüketiminde, daha akılcı davranan tarafın rekabet etmek olanağını ortadan kaldırmak için yeterli sebep değildir<sup>114</sup>.

Lisans sözleşmeleri ile lisans alanın faaliyet bölgesinin sınırlandırılması suretiyle rekabetin ortadan kaldırılması oldukça yaygın bir uygulamadır<sup>115</sup>. Lisans alanın satış fiyatını tesbit gibi, faaliyet bölgesinin sınırlandırılması da, patent hakkı sahibine lisans alanın rakip olmasını engellemeye yöneliktir. Patent hakkı sahibi çeşitli kişiler ile lisans sözleşmesi yaparak, kendisine hukuken tanınan tekel firma gibi davranma hakkını diğerleri ile paylaşırken, kendisine tanınan tekel durumunu güvence altına almak için, lisans alanların faaliyet bölgelerini sınırlar. Bu, kendisine tanınan tekel durumunu güvence altına almak içindir. Her bir lisans alanın faaliyet bölgesini coğrafi esaslara göre ayırması, piyasa paylaşmaya benzer bir durum yaratır. Patent hakkı sahibinin, lisans alana getireceği diğer bir sınırlama da müşteriler bakımındandır. Patent hakkına konu olan buluşun ancak belirli amaçlar ile kullanılması<sup>116</sup> ya da lisans alanın belirli

<sup>113</sup> United States v. General Electric Co., 276 US 476 (1926).

<sup>114</sup> Bu durumda, lisans alanın önünde iki seçenek vardır. Lisans alan ya fiyatı düşürerek lisans verenle fiyat rekabetine girecek ya da lisans verenin fiyatından satışa devam ederek şekildeki taraflı bölgedeki karı elde edecektir. Kanımızca, lisans alanın fiyat rekabetine girme yolunu seçmesi zayıf bir olasılıktır. Ödemiş olduğu lisans bedeli sebebi ile toplam gideri lisans vereninkinden daha yüksektir.

<sup>115</sup>



Acaba bu durumda, tartışmalara yeni bir boyut getirmek mümkün değil midir? Lisans sözleşmesi ile fiyat tesbit edilmesi sadece patent hakkı sahibinin lehine mi bir kayıttır, yoksa lisans alanların çıkarına olan bir fiyat karteli midir? Kaldı ki, buluş sahibinin, buluştan kendisinin doğrudan yararlanmadığı, yani buluş sahibinin, lisans alan ile birlikte üretim yapmadığı durumlarda, lisans alanın faaliyetlerinin kısıtlanmasında, patent hakkı sahibinin hiç bir yararı yoktur.

<sup>116</sup> General Talking Pictures Corp. v. Western Electric Co., 305 US 175 (1938); Automatic Radio Manufacturing Co. v. Hazeltine Research, 339US 827 (1950).

kişilere satış yapmasının yasaklanması, patent hakkı sahibinin tekel durumunu korumaya yönelik tedbirler görüntüsü verir<sup>117</sup>.

Amerikan Hukukunda, Yüksek Mahkeme patent hakkı sahibinin lisans alanın satış fiyatını tesbit etmesinin Rekabet Hukuku kapsamının dışında kaldığı görüşündedir<sup>118</sup>. Lisans sözleşmeleri ile faaliyet bölgesini sınırlandırılması sorunu da aynı ilkelere tabi tutulmuştur<sup>119</sup>. Patent Kanunu<sup>120</sup>, lisans verene lisans alanın faaliyet alanını sınırlama yetkisi tanıyarak, sorunu Shearman Kanunu dışında tutmuştur. Patent Kanununun 261. maddesine göre

"Patent hakkı sahibi, buluştan yararlanma hakkını Amerika Birleşik Devletlerinin tümü veya bir kısmı için devredebilir. ..."

Patent Kanununda, buluştan yararlanma hakkının ülkenin bir kısmı için de devredilebileceğinin açıkça belirtilmiştir. Patent hakkı sahibi, kendi ilgili olduğu piyasada lisans alanın rekabetine engel olabileceği gibi, yaptığı lisans sözleşmeleri ile her bir lisans alanın faaliyet bölgesini sınırlayabilir. Amerikan Patent Hukukunun, patent hakkı sahibine lisans alanın faaliyet bölgesini sınırlama yetkisini açıkça kabul etmiş olması nedeni ile bu gibi durumlarda Rekabet Hukuku kurallarının uygulanması mümkün görülmemektedir<sup>121</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, lisans sözleşmeleri ile rekabetin kısıtlanması daha sıkı denetime tabidir. Patent Hukukuna ilişkin sorunlarda üye devletlerin ulusal patent hukuku kuralları geçerli olmakla beraber, Adalet Divanı, Roma Andlaşmasının 222. maddesi ile güvence altına alınan patent hakkına ilişkin ulusal düzenlemelerin de Rekabet Hukuku ve topluluğun genel hukuk ilkelerine tabi olduğu görüşündedir<sup>122</sup>. Adalet Divanına göre, Roma Andlaşması ulusal Patent Hukuklarının varlığını kabul etmekte, ancak patent hakkı sahibine, topluluk içinde mal hareketlerine engel olmak yetkisi vermemektedir<sup>123</sup>.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı rekabeti kısıtlayarak ticareti etkileyen anlaşmaların hukuka aykırı olduğunu belirtirken, patent lisans

<sup>117</sup> BELLAMY - CHILD, 302; French State v. Suralmo, Ninth Report on Competition Policy, Brussels, 1980, 72.

<sup>118</sup> United States v. General Electric Co., 276 US 480(1926); GELLHORN, 356.

<sup>119</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 604.

<sup>120</sup> Patent Code, 35 U.S.C. (1976 and Supplement III 1979)

<sup>121</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 604.

<sup>122</sup> BELLAMY - CHILD, 259.

<sup>123</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299; Park Davies v. Probel and Centrafarm (1968) ECR 44; Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH. v. Metro-SB- Grossmarkte GmbH und Co. KG.(1971) ECR 481.



sözleşmeleri için özel bir uygulama öngörmemiştir<sup>124</sup>. 17/62 sayılı tüzüğün<sup>125</sup> gerekçe bölümünde, patent lisans sözleşmelerinin özelliklerinden dolayı 85. maddenin 1. paragrafı uygulaması dışında tutulabileceğinin belirtilmiş olması ve 24 Aralık 1962 tarihli Patent Lisans sözleşmelerine ilişkin Duyuru<sup>126</sup> da, patent lisans sözleşmelerinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı bazı uygulamaların Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı hükümlerine tabi olmadığını bildirmiş olması, patent lisans sözleşmelerinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin daha müsamahalı bir uygulamaya tabi olacağı izlenimini yaratmıştır<sup>127</sup>. Ancak, Duyuru'dan dört yıl gibi kısa bir süre sonra verilen Consten/Grundig kararı<sup>128</sup>, Patent Hukukundaki gelişmelerin farklı yönde olduğunu göstermektedir.

Patent lisans sözleşmelerinde yer alan, lisans alanın faaliyet bölgesini sınırlayıcı maddelerin, sadece patent hakkı sahibinin lehine olmadığı görüşünün destek kazanması, Avrupa Topluluğu Hukukunda, patent lisans sözleşmelerine eleştirel bir yaklaşımın doğmasına öncülük etmiştir<sup>129</sup>. Patent lisans sözleşmeleri ile lisans alanların faaliyet bölgelerinin belirlenmesi, lisans alanın patent hakkı sahibine rakip olmasını engellediği kadar, lisans alanlar arasındaki rekabeti de olumsuz yönde etkiler. Patent hakkı sahibinin, farklı bölgeler için yaptığı münhasır lisans sözleşmeleri, patent hakkı sahibine kendi faaliyet bölgesinde tekel durumunu korumaya yardım ettiği gibi, bu tür bir uygulama, lisans alanın da kendi faaliyet bölgesinde, patent hakkı sahibi gibi tekel durumuna gelmesine yol açar. Lisans alanın faaliyet bölgesini belirlemeye yönelik şartların iki yönlü etkisi sebebiyle, Adalet Divanı, patent sözleşmelerinde yer alan Rekabet Hukuku kurallarına aykırı şartların hakkın tüketimi doktrinine göre değerlendirmiş<sup>130</sup> ve Patent Hukuku ile Rekabet Hukuku arasında dengenin kurulmasını sağlamıştır.

---

<sup>124</sup> LANG, Patent Rights and Patent Licensing in the EEC Law, 60; WRIGHT, 2.

<sup>125</sup> Regulation No. 17/62 (1962) JO 204.

<sup>126</sup> Announcement on Patent License Agreements (1962) JO 2922

<sup>127</sup> WRIGHT, 2.

<sup>128</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299,345, 346.

<sup>129</sup> WHISH, 357.

<sup>130</sup> BELLAMY - CHILD; WHISH

## 5. Hakkın Tüketimi Doktrini

### a. Genel Olarak

Adalet Divanı, Consten/Grundig davasında<sup>131</sup>, sınai hakların varlığı ile bu haklardan doğan yetkinin kullanılması ayırımı yapmıştır. Roma Andlaşmasının 222. maddesinde, ulusal hukuklarca tanınan sınai hakların, Topluluk Hukukunca da tanınmasını düzenlemekte ise de, Adalet Divanı kararına göre,

"Ulusal hukuklarca tanınan hakların kullanımı, Topluluğun kartellere ilişkin hükümlerini bertaraf edecek şekilde olamaz".<sup>132</sup>

Böylece, Adalet Divanı ilk kez, hakkın varlığını tanıma ile bundan doğacak yetkilerin kullanılmasının farklı olduğunu ve ulusal hukuklarca tanınan haklardan doğan yetkilerin kullanımının Topluluk Rekabet Hukuku kuralları ile sınırlandırılmışı kabul etmiştir.

Consten/Grundig davası gibi, markalara ilişkin olan Sirena davasında<sup>133</sup> da, aynı görüş tekrarlanmıştır. Hakkın varlığı ve bundan doğan yetkilerin kullanımı ayırımı, hakların tüketimi doktrininin gelişmesinde önemli rol oynamıştır.<sup>134</sup> Hakkın tüketimi doktrinine göre, patent hakkı sahibinin hak ve yetkileri, buluşa konu olan malın, kendisi tarafından veya kendi rızası ile bir başkası tarafından piyasaya arz edilmesi ile sona erer. Bundan sonra, patent hakkı sahibinin ve lisans alanın, malın dolaşımını kontrol üzerinde hiç bir hakkı yoktur. Malın piyasaya, patent hakkı sahibinin rızası ile sürülmesi, Patent Hukukundan doğan haklarının tüketilmesi anlamına gelir.<sup>135</sup>

Adalet Divanı, hakkın tüketimi doktrinini, Centrafarm B.V. v. Sterling Drug Inc. kararında şu şekilde açıklamıştır.

"Patent hakkı ile ilgili olarak, sınai hakkın özü, patent hakkı sahibinin çalışmalarını ödüllendirmek ve buluşunu ticari bir mal olarak piyasaya kendisinin ya da kendi rızası ile bir başkasının arz etmesini garanti altına almaktır. ..

<sup>131</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299.

<sup>132</sup> ibid. 346

<sup>133</sup> Case 40/70 Sirena v. Eda, (1971) ECR 69.

<sup>134</sup> BELLAMY - CHILD, 265; WHISH, 375.

<sup>135</sup> BELLAMY - CHILD, 270; WRIGHT, 4.

Bazen bu, malların serbest dolaşımına engel olmakta ise de, bu yetki ulusal hukuklardaki sınai haklardan doğmaktadır ve patent hakkı sahibinin bu şekil bir sınırlamaya yetkisi vardır....

Ancak, patent hakkı sahibinin ya da lisans alanın, buluş ile ilgili malı bir kez piyasaya sürdükten sonra, o malın nerede ve hangi şartlar ile satılacağını belirlemesi, üye devletler arasındaki ticareti kısıtlama oluşturur, çünkü o mal üzerinde patent hakkı sahibinin ya da lisans alanın yetkileri tükenmiştir. ..<sup>136</sup>

## **b. Hakkın Tüketimi Doktrininin Patent Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**

Adalet Divanı, ilk kez Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH ile Metro-SB-Grossmärkte GmbH und Co KG arasındaki davada, hakkın tüketimi doktrininin uygulamıştır<sup>137</sup>. Bu karara kadar olan gelişmeler, hakkın varlığının tanınması ile uygulanması seviyesinde kalmıştı.

Deutsche Grammophon (DG) davasında, DG'un ürettiği plakları Fransa'da DG'nin yavru şirketi olan Pollydor SA, Pollydor markası ile satmaktadır. Pollydor SA'nın Fransa'da ucuzluk yaptığı bir sırada, bu plaklardan satın alan Metro şirketi bu plakları Batı Almanya'da satışa arz eder. Deutsche Grammophon şirketi, Batı Almanya'da Pollydor marka plakların satımın engellenmesini Alman Telif Hakları Kanununa göre talep etmesi üzerine, Batı Almanya ulusal mahkemesi de davayı Adalet Divanına göndermiştir.

Deutsche Grammophon ile Pollydor SA'nın aynı ekonomik gruba dahil olmaları<sup>138</sup> ve ortada bir sözleşmenin bulunmaması nedeni ile davada, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin uygulanması mümkün değildi. Adalet Divanı, olayı Roma Andlaşmasının 36. maddesinde yer alan malların serbest dolaşımı prensibi çerçevesinde ele almış ve Deutsche Grammophon'un Pollydor marka plakları yabancı bir ülkede (Fransa'da) satışına izin vermekle, bunlar üzerindeki telif haklarından feragat ettiğine karar vermiştir. Deutsche Grammophon'a tanınan yetki, diğerlerinin izinsiz kullanımına engel olmaya yöneliktir<sup>139</sup>. 36. maddeye göre, malların topluluk içindeki dolaşımına, sınai ve ticari hakları korumak nedeni ile engel olmak mümkün ise de, hak sahibi veya onunla lisans

<sup>136</sup> Case 15/74 Centrafarm B.V. v. Sterling Drug Inc., (1974) ECR 1147, 1162-1163.

<sup>137</sup> Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH. v. Metro-SB- Grossmärkte GmbH und Co. KG.(1971) ECR 481.

<sup>138</sup> ibid.500

<sup>139</sup> AGNEW, Competition Law, London, 1985, 163; GIDE- LOYRETTE- NOUEL,125

sözleşmesi yapan kişinin piyasaya malı arz etmesi üzerine hukuka uygun kullananlara karşı, artık bu hakkı ileri sürmek mümkün değildir<sup>140</sup>.

Deutsche Grammophon davasında telif haklarına uygulanan hakkın tüketimi doktrininin patent hakkına uygulanışı Centrafarm BV. v. Sterling Drug Inc. davası<sup>141</sup> ile olmuştur. Sterling Drug şirketler grubu, gruba dahil iki şirketle patent lisans sözleşmesi yapmıştır. Şirketlerden biri İngiltere'de diğeri ise Hollanda'da Negram ticari adı ile satılan bir ilacı üretim ve satışını yapmaktadır. İlaç fiyatlarının İngiltere'de Hollanda'ya göre yüzde elli olması sebebi ile Centrafarm BV, İngiltere'de satın aldığı Negram adlı ilacı Hollanda'da satmağa başlaması üzerine, Sterling Drug şirketler grubu, Centrafarm BV aleyhine, Hollanda'daki patent hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile açtığı davaya bakan Hollanda Yüksek Mahkemesi davayı Adalet Divanına gönderir. Adalet Divanı da, ilk kez bu davada, hakların tüketimi doktrininin, patent hakkına ilişkin bir olaya uygulamıştır<sup>142</sup>. Adalet Divanı, patent hakkının buluş sahibine sağladığı yetkileri, sadece, buluştan lisans sözleşmesi ile, üçüncü kişilerin yararlanmasına, bir bedel karşılığı izin vermek ve izinsiz kullanımlara engel olmak olarak belirtmiştir<sup>143</sup>. Dolayısı ile topluluk üyesi devletlerin Patent Hukukları patent lisans sözleşmesi ile, üretilmiş mallarını patent hakkı sahibinin faaliyet gösterdiği ülkeye ithal edilmesine engel olucu hükümler taşıması, Rekabet Hukuku kuralları ile, çelişkili bir durum yaratır. Topluluk üyesi devletler patent hukuklarının, patent sözleşmesine göre, ülke dışında üretilen malların ülkeye ithaline engel teşkil etmesi sadece iki halde mümkündür. Bunlar, buluştan izinsiz yararlanılmış olması ve üretimin gerçekleştirildiği ülkede buluşun patent hakkına konu olmamasıdır<sup>144</sup>. Ancak, bu iki durumda, patent hakkı sahibinin Patent Hukukundan doğan korunmaya değer menfaatleri vardır. Buna karşılık, bu malların patent hakkı sahibinin rızası ile üretilip, piyasaya arz edilmiş olması, bunlar üzerindeki kontrol ve denetleme yetkilerini sona erdirir<sup>145</sup>.

Adalet Divanı, patent hakkı sahibinin çıkarlarını izinsiz kullanımlar ile ihlal edildiğini, ulusal patent hukuklarının uygulama alanının bu gibi durumlar ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. Yukarıda belirtilen durumların ulusal patent hukuku kurallarına tabi olması, patent hakkı sahibinin rızasının bulunmama-

---

<sup>140</sup> Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH. v. Metro-SB- Grossmarkte GmbH und Co. KG.(1971) ECR 500.

<sup>141</sup> Case 15/74 Centrafarm B.V. v. Sterling Drug Inc., (1974) ECR 1147.

<sup>142</sup> BELLAMY - CHILD, 268; WHISH, 376.

<sup>143</sup> BELLAMY - CHILD, 284; WRIGHT, 4; WHISH,376.

<sup>144</sup> Örneğin, İtalya'da ilaç formüllerinin patente konu olması uzun süre tartışılmış ve sınırlı olarak kabul edilmiştir.

<sup>145</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 585; LANG, Patent Rights, 62.

sındandır. Hak sahibinin rızası dahilindeki kullanımlar bakımından korunacak menfaat kalmamıştır.

Patent lisans sözleşmesinin, lisans alanın faaliyet sahasını belirlemesi, Patent Hukukunun buluş sahibine tanıdığı patent hakkının vazgeçilmez bir unsuru olmakla beraber, bu sınırlama yetkisi hak sahibinin rızasının bulunduğu kullanımlarda kendiliğinden sona ermektedir<sup>146</sup>. Bunun sonucu olarak da, patent hakkı sahibinin ya da lisans alanın üçüncü kişiler ile yaptıkları sözleşmelerde, malların serbest dolaşımını engelleyici şartlar ileri sürmeleri rekabetin kısıtlanmasını oluşturur. Bu da, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafına aykırıdır<sup>147</sup>.

Patent hakkı sahibinin, lisans alanın faaliyet bölgesini belirleyerek, piyasayı coğrafi esaslara göre bölmesinin kendi çıkarlarına olduğu kadar lisans alanın çıkarlarına da olmasına karşılık, patent hakkı sahibinin, aynı bölge için lisans alandan başkası ile patent lisans sözleşmesi yapmamak taahhüdü altına girmesi, sadece lisans alan lehine bir durum yaratır<sup>148</sup>. Bu sebepten de, lisans alanın çıkarlarını korumak için, patent hakkı sahibinin, aynı bölge için üçüncü kişiler ile lisans sözleşmesi yapmamayı taahhüt etmesi, 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerine göre hukuka aykırıdır<sup>149</sup>.

## **D. Kartel Anlaşmaları**

### **1. Genel Olarak**

Birden çok teşebbüsün, piyasayı kontrol etmek<sup>150</sup> ve rekabeti kısıtlamak amacı ile yaptıkları sözleşmelere kartel sözleşmeleri denilir<sup>151</sup>. Her ne kadar, kartel sözcüğü, günlük konuşma dilinde, rekabeti kısıtlayıcı tüm faaliyetleri kapsayacak şekilde kullanılmakta ise de, kartel anlaşmaları firmaların rekabeti kısıtlamak amacı ile yaptıkları sözleşmeler ile sınırlıdır. Rekabeti kısıtlama amacına yönelik olan kartel sözleşmeleri, Rekabet Hukukunun kapsamına giren anlaşmalar arasında, özel bir öneme sahiptir. Kartel sözleşmelerini, Rekabet Hukuku kapsamına giren diğer sözleşmelerden ayıran en önemli husus, kartel

<sup>146</sup> GLEISS-HIRSCH, 201; WHISH,376.

<sup>147</sup> AGNEW,164-165.

<sup>148</sup> GLEISS-HIRSCH, 237.

<sup>149</sup> Re Burroughs AG/Déplangue et Fils Agreements, OJ (1972) L 13/50, (1972) C.M.L.R. D67, D70.

<sup>150</sup> ELEANOR, The New American Competition Policy- From Anti-Trust to Pro-Efficiency, (1981) ECLRev. 443; BORK, The Rule of Reason and Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, 74 YLJ 781 (1965).

<sup>151</sup> POSNER, Antitrust Law, An Economic Perspective, Chicago, 1976, 39; AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 280 ; GELLHORN, 141.

sözleşmelerinin, rekabetin engellenmesi amacına yönelmesine karşılık, diğer sözleşme tiplerinde, rekabetin kısıtlanmasının anlaşma hükümleri kadar, piyasa koşullarına da bağlı olmasıdır<sup>152</sup>.

Rekabet Hukuku yasalarının kabulünden önce, piyasada faaliyet gösteren firmaların rekabeti kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak için kartel sözleşmeleri yapmaları ticari hayatın olağan faaliyetlerinden kabul edilmekteydi<sup>153</sup>. Bu sözleşmelerdeki ortak amaç, rekabetin kısıtlanarak piyasanın kontrolünün ele geçirilmesiydi.

Aynı piyasada faaliyet gösteren firmalar arasında çeşitli konularda anlaşma yapılabilir ve bunların büyük bir çoğunluğu olağan ticari faaliyet olarak kabul edilmektedir. Ancak, piyasa yapısı ve koşullarına bağlı olarak, normal ticari faaliyet olarak kabul edilen bazı sözleşmeler, rekabetin fiilen kısıtlanmasına sebep olduğu gerekçesi ile Rekabet Hukuku kurallarının uygulama alanına girmektedir. Soyut olarak değerlendirildiğinde, Rekabet Hukukunu doğrudan ilgilendirdiği sonucuna varılmayan bu gibi hallerde bir kartel sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Kartel sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için, sözleşmenin amacının rekabeti engellemek ya da rekabetin engellenmesinin sözleşmenin doğal sonucu olması gerekir. Bundan dolayı, piyasa koşullarına bağlı olmaksızın, rekabeti kısıtlamayı amaçlayan kartel sözleşmeleri, rekabet kavramını savunanların baş hedefleri olmuştur<sup>154</sup>.

Bununla beraber, kartel anlaşmaları ile rekabetin sınırlanmasına yol açan diğer anlaşmalara bağlanan hukuki sonuç bakımından bir ayırım gözetilmemiştir<sup>155</sup>. Gerek Shearman Kanunu, gerekse Roma Andlaşmasına göre, her iki türdeki sözleşmelerin hukuka aykırı açıkça belirtilmiştir. Ancak, kartel sözleşmelerinden farklı olarak rekabeti engellemek amacı taşımayan sözleşmelerin, hukuka aykırı olduğunun belirlenebilmesi için, sözleşmenin uygulamaya konulmuş olması ve rekabetin fiilen kısıtlanmış olduğunun tesbiti gereklidir.

Rekabeti kısıtlama amacı taşımayan anlaşmaların rekabetin fiilen kısıtlanmasına neden olmasının, piyasa koşulları, ülkenin genel iktisadi konjonktürü<sup>156</sup> ile yakından ilgili olmasına karşılık rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan kartel anlaşmaları *ipso facto* hukuka aykırıdır. Bu nedenle kartel anlaşmalarının,

<sup>152</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271, 283-284 (1898).

<sup>153</sup> POSNER, Antitrust Law, 23; NEALE - GOYDER, 15-17.

<sup>154</sup> NEALE - GOYDER, 18.

<sup>155</sup> Sixth Report on Competition Policy, Brussels, 1977, 38.

<sup>156</sup> American Tobacco Co. et al. v. United States, 328 US 781; 66 S.Ct. 1125 (1946); Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933).

fiilen rekabeti kısıtladığının tesbiti gerekli değildir<sup>157</sup>. Hatta, kartel anlaşmasının uygulamaya hiç konulmamış olmasının da önemi yoktur<sup>158</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihatları ve Amerikan Rekabet Hukuku doktrininde, kartel anlaşmaları ile rekabetin kısıtlanmasına yol açan ancak böyle bir sonucun amaçlanmadığı anlaşmalar ayırımı ikinci derecede sınırlama doktrini ile açıklanmıştır. Kartel anlaşmaları durumunda rekabetin kısıtlanmasının, anlaşmanın doğal sonucu olduğu, diğer hallerde ise, anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlama olmadığı, ancak piyasa koşulları ve diğer etkenler sonucu rekabetin fiilen kısıtlandığının gözlemlendiği ileri sürülmüştür<sup>159</sup>.

Rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan kartel anlaşmalarını, rekabetin dolaylı kısıtlanmasına neden olan anlaşmalardan ayırma çalışmaları, Rekabet Hukukunda önemli gelişmelere ön ayak olmuştur<sup>160</sup>. Kartel sözleşmeleri *per se* hukuka aykırı kabul edilirken, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar, piyasa koşullarının zaman içinde gelişimi, taraflar arasındaki anlaşmanın ticarete etkileri ve Rekabet Hukukunun amaç ve ilkeleri de göz önüne alınarak değerlendirilecektir<sup>161</sup>. İlkinde, anlaşmanın kendisi hukuka aykırıdır ve hukuka aykırılığın belirlenmesi için daha başkaca bir bulguya gerek yoktur. Diğer durumda ise, rekabetin kısıtlanması, taraflar arasındaki bir anlaşmanın tabii sonucu olmaması sebebi ile rekabetin kısıtlanmasına yol açan piyasa koşullarının, anlaşmanın hükümlerinin ve tarafların üçüncü kişilere açıklamamış oldukları gizli iradelerinin araştırılması gerekmektedir.

Örneğin, her satış sözleşmesinde rekabetin daralması sözkonusu olmakla beraber, ticari hayatın önemli bir bölümünü oluşturan satış sözleşmelerinin Rekabet Hukukunun uygulama alanına girmesi çok özel şartların varlığına bağlıdır. Piyasadaki tüketimin büyük bir kısmını gerçekleştiren bir alıcı ile satıcılardan biri arasında, o malın 20-30 yıl gibi uzun bir süre için tedarikine ilişkin bir satış sözleşmesi yapılması halinde, bu sözleşmenin, rekabeti önemli ölçüde etkilediğini ileri sürülebilir<sup>162</sup>.

Çok sayıda firmanın faaliyette bulunduğu bir piyasada olağan bir ticari faaliyet olarak beliren bir satış sözleşmesi, ya da rakip firmalar arasında fiyat ve

---

<sup>157</sup> NEALE - GOYDER, 37

<sup>158</sup> BELLAMY - CHILD, 39; United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 392, 47 S.Ct. 377 (1926); United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940).

<sup>159</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898); GELLHORN, 152.

<sup>160</sup> BORK, The Antitrust Paradox, New York, 1978, 49.

<sup>161</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

<sup>162</sup> Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 US 320 (1961).

üretim miktarları konusunda bilgi alışverişi konusundaki bir anlaşma<sup>163</sup>, piyasa şartlarına bağlı olarak, rekabeti engellemeye neden olabilir.

Kartel sözleşmelerinde ise durum farklıdır. Kartel anlaşmalarında rekabetin engellenmesi, olaya ilişkin koşullardan değil, sözleşme hükümleri ve amacından doğmaktadır<sup>164</sup>. Kartel sözleşmesi bakımından, anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olması nedeni ile, piyasa koşullarının değerlendirilmesi ve rekabetin kısıtlandığının tesbitine gerek yoktur. Bunun sonucu olarak da, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar, Rekabet Hukukunun amacı ve mantık kuralları (*rule of reason*) içinde değerlendirilirken, kartel sözleşmeleri, *per se* hukuka aykırı kabul edilmiştir.

## 2. Kartel Anlaşmalarının İktisadi Hayata Etkileri

Birden çok teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada, teşebbüslerin elde etmekte oldukları kârlarını artırmaları, anlaşarak piyasayı kontrol edebilmelerine bağlıdır. Aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların, kartel anlaşmaları olarak adlandırılan anlaşmalar ile, fiyat tesbit, üretim miktarını kontrol ya da piyasayı belirli coğrafi bölgelere ayırmaları piyasayı kontrol ve kârlarını maksimize etmekte de en etkili yöntemdir<sup>165</sup>.

Her ticari teşebbüs uzun dönemde kârını maksimize etmek ve tekeli firma gibi fiyatını, rekabet piyasası fiyatı üzerinde belirlemek gücüne ulaşmayı ister. Rekabet piyasası koşullarının geçerli olduğu bir piyasada bunu tek başına gerçekleştirmesi mümkün değildir. Birden çok teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada, fiyatın rekabet piyasası fiyatının üzerinde oluşabilmesi, teşebbüslerin anlaşmış olmaları koşuluna bağlıdır. Teşebbüslerin bir kartel oluşturarak, satış fiyatını tesbit etmeleri ve fiyat rekabetini ortadan kaldırmaları, teşebbüslerin kazançlarının artmasına yarayacaktır<sup>166</sup>. Ancak, kartel anlaşmaları da uygulanma bakımından çeşitli zorluklar gösterir<sup>167</sup>.

Kartel anlaşmalarının uygulanmasında karşılaşılan ilk zorluk, kartelee üye sayısına ilişkindir<sup>168</sup>. Çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada, birkaç teşebbüsün anlaşmış olmaları piyasanın kontrolüne yeterli olmayabilir.

<sup>163</sup> POSNER- EASTERBROOK, 375.

<sup>164</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 280.

<sup>165</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 280; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul, 1977, 154.

<sup>166</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 154, 162.

<sup>167</sup> POSNER, Antitrust Law, 52-53; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 162-163; GELLHORN, 142,143.

<sup>168</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 200; AREEDA, Antitrust Analysis, 276; POSNER, Antitrust Law, 55.



Diğer yandan, çok sayıda, örneğin, 30-40 üyeli bir kartelin oluşması da, pratik olarak güçtür ve karteğe üye her bir teşebbüsün gizli fiyat kırmalar ile satış miktarını arttırmak da çıkarı olması kartelin kurallarına uymayı zorlaştırır<sup>169</sup>. Kartel anlaşmalarının, elde edilmek amaç bakımından başarılı olması piyasanın oligopol piyasası özellikleri göstermesi ile yakından ilgilidir<sup>170</sup>.

İkinci sorun ise, kartel fiyatının ya da arz miktarının tesbitine ilişkindir<sup>171</sup>. Bir kartel oluşturarak satış fiyatlarını tesbit etmeleri ve fiyat rekabetini ortadan kaldırmaları, firmaların kazançlarının artmalarına yol açacaktır. Ancak, fiyatın bu şekilde tesbiti de, karteğe dahil firmaların kârlarını maksimize etmeleri için yeterli değildir. Fiyatın hangi seviyeye kadar artırılacağına da belirlenmesi gereklidir. Çünkü, belirlenen fiyatın biraz daha artırılması, firmaların kazançlarında yeni artışlara yol açacaktır. Karteğe dahil firmaların kârlarının maksimize edilebilmeleri için, kartel fiyatının, her bir firmanın karlılık durumunun en yüksek olduğu fiyata göre belirlenmesi gerekir. Fiyat rekabeti olmadığı zaman, ya da başka bir ifade ile, satış fiyatını artırma veya azaltmanın satış miktarına etkisinin sadece firmanın kendi talep eğrisine bağlı olduğu bir faraziyyede, firmanın kârını maksimize olduğu nokta, tek el firma durumunda olduğu gibidir. Firma, bu durumda, en yüksek kârı, marjinal gideri ile marjinal gelirin eşit olduğu noktada elde etmekte ve bu miktardan bir fazla ünitenin üretimi, kârda azalmağa sebep olur.

Kartelin (n) sayıda, eşit büyüklükte firmadan oluştuğu ve her bir firmanın aynı miktarda mal üretmek veya satmak için anlaştuğunu varsaydığımızda, kısa dönemde, her bir firmanın üretimi, toplam talebin (1/n) i kadardır<sup>172</sup>. Firma üretiminin, toplam üretimin (1/n) i kadar olduğu ve firmanın arz ettiği mala olan talebin diğer firmaların taleplerinden bağımsız olduğu varsayımında, firma, tek el firma gibi fiyatı ve üretimi belirlemiş olacaktır<sup>173</sup>. Her bir firmanın kârını maksimize etmesi, karteğe dahil firmaların toplam kârlarının maksimize olması ile gerçekleşmiş olur<sup>174</sup>. Karteğe dahil herhangi bir firmanın kârını maksimize etmesi fiyatını, marjinal gelire ve gidere göre tesbit etmesini gerektirir. Kartel anlaşmasının en önemli özelliği, marjinal giderlerdeki

---

<sup>169</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 348,349; STIGLER, The Theory of Oligopoly, The Organisation of Industry, Chicago, 1983,44.

<sup>170</sup> POSNER, Antitrust Law, 55.

<sup>171</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 260-261; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 163; POSNER -EASTERBROOK, 37.

<sup>172</sup> STIGLER, The Theory of Price, New York, 1966, 232.

<sup>173</sup> POSNER, Antitrust Law, 39.

<sup>174</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 164.

farklılıkları ortadan kaldırmasında gözükür. Kartel anlaşması, kartel üyelerinin birlikte tekel firma gibi davranmalarını sağlar<sup>175</sup>.

Firmalardan her birinin, toplam piyasa talep eğrisinden bağımsız olarak, kârın maksimize etme faaliyetini açıklarken, firmaların eşit büyüklükte olduğunu ve bunun sonucu olarak da her bir firmanın kârını maksimize edeceği marjinal gelir/gider noktasının aynı olacağını varsaymıştık. Eşit büyüklükteki firmalardan oluşan bir piyasa, gerçek hayatta gerçekleşmesi mümkün olmayan bir varsayımdır. Firmaların eşit büyüklükte olması sadece üretim miktarı ve kapasiteye ilişkin değildir. Sabit giderlerde eşitliğin yanısıra işçilik, yönetim gibi insan faktörlerinde de eşitliğin gerçekleşmesi gereklidir ki, bu da imkansızdır. Firmalar arasındaki farklılıklar her bir firmanın marjinal giderinin ve dolayısı ile kârını maksimize ettiği üretim miktarı ve satış fiyatının farklı olmasına yol açar<sup>176</sup>.

Kartel anlaşmasının ikinci önemli fonksiyonu, kartele dahil firmaların ortalama marjinal maliyetlerini belirleyerek, kartele bağlı firmaların marjinal maliyet farklılıklarını telafi etmek ve kartel anlaşmasının tarafları olan firmaların herbirinin kârını kabul edecekleri seviyeye çıkarmaktır<sup>177</sup>. Bu da, oligopol piyasasındaki ekonomik bağımlılık görüşü doğrultusunda, ancak rekabeti kısıtlayarak gerçekleşebilir<sup>178</sup>. Kartel anlaşması, firmaların ekonomik bağımlılıklarını artırarak, kartel anlaşmasına taraf olan firmaları tekel gibi davranmalarını kolaylaştırır<sup>179</sup>. Bunun sonucu da fiyatın tekel piyasası kurallarına göre belirlenmesi olarak gözükür. Kartele dahil herbir firmanın, piyasa payının belirlenmesi ise karteldeki iç ilişkiyi oluştururken, piyasanın kontrol altında tutularak rekabetin kısıtlanması kadar, firmaların kartel anlaşmasına uymalarına temin fonksiyonu da görür.

Kartelin başarıya ulaşması, kartele dahil firmaların ve özellikle düşük marjinal giderlere sahip olanların<sup>180</sup> kartel anlaşmasına uymasına bağlıdır, çünkü düşük marjinal gidere sahip firmalar açısından, kartel fiyatının altında gizli satışlarla maksimum kâr elde etmek ve bu yöntemle piyasadaki paylarını artırmak yolu her zaman açıktır<sup>181</sup>. Gizli satışların ortaya çıkması üzerine di-

<sup>175</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 276; STIGLER, The Theory of Price, 233, 234.

<sup>176</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 205; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 163; GELLHORN, 146.

<sup>177</sup> STIGLER, The Theory of Price, 233; GELLHORN, 144.

<sup>178</sup> POSNER, Antitrust Law, 40; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 163.

<sup>179</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 281.

<sup>180</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 206.

<sup>181</sup> GELLHORN, 144; AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 280.

ğerlerinin de aynı yolu seçmeleri, kartelin sona ermesine ve anlaşmayı ihlal eden firmaların kârlarının çok kısa sürmesine neden olur<sup>182</sup>.

Kartel anlaşmalarının, rekabeti ortadan kaldırmaları gibi olumsuz etkileri olmakla beraber, ekonomik hayattaki belirsizlikleri ve konsantrasyonu önlediği, gelişmeleri ve daha kaliteli mal üretimini teşvik ettiği ileri sürülmüş<sup>183</sup> ise de, bunlar bir iddia olmaktan ileri gidememiştir.

Ekonomik hayatta belirsizliklerin hüküm sürdüğü ve belirli bir piyasada faaliyet gösteren firmaların talepteki azalma karşısında korunmalarını sağlamak için, firmaların yeni piyasa koşullarına uyum sağlayıncaya kadar, fiyat ve üretim miktarını belirlemek şeklinde kartel anlaşmaları<sup>184</sup> yapmalarının kaçınılmaz olduğu ileri sürülmüştür. Ortak pazar hukukunda ilk defa 1972 yılında poliyester elyaf üreticileri, piyasada gözlenen talepteki azalmaya karşı fiyat ve üretim miktarını kontrol etmek amacı ile anlaşma yapmak istemişlerse de, Komisyon kartelin kurulmasına izin vermemiştir<sup>185</sup>. Amerikan Hukukunda ise benzer bir savunma, Trans-Missouri Freight Association davasında<sup>186</sup> yapılmıştır. Rakip iki demiryolu firması fiyatta birlik sağlayarak, rekabeti ortadan kaldırmağa çalışmışlardır. Davada, rekabetin devamı halinde, iktisadi hayattaki belirsizlikler ve talebin arzın çok altında olması gibi sebepler ileri sürülerek, rekabet ortamının devamının her iki demiryolu şirketinin iflasına sebep olacağı ve rekabetin sınırlanmasında menfaatin olduğu ileri sürülmüştür<sup>187</sup>.

Kriz kartelleri veya kıyasıya rekabeti önleme anlaşmaları<sup>188</sup> olarak adlandırılan bu durumlarda rekabetin askıya alınmasını ele almadan önce, buna yol açan olguların saptanmasında yarar vardır.

Kriz kartellerinin ortak yanı, piyasada faaliyet gösteren firmaların kapasitelerinin talebe göre çok yüksek olmasıdır<sup>189</sup>. Arzın talebe göre yüksek olması durumu, sürekli olabileceği gibi geçici de olabilir. Piyasada mevcut ya da ilk malın yerine geçecek daha üstün nitelikte bir malın ya da üretim sürecin arz edilmiş olması veya olağanüstü dönemlerdeki yüksek talebi karşılamak için kapasitenin arttırılması, olağanüstü dönem sonrası sürekli bir kapasite fazlalığına

---

<sup>182</sup> GELLHORN, 144

<sup>183</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 679 (1978).

<sup>184</sup> ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, İstanbul, 1984, 59; SHARPE, The Commission Proposals on Crisis Cartels, 17 CMLRev. 76, (1980).

<sup>185</sup> SHARPE, 76, 79.

<sup>186</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290 (1897).

<sup>187</sup> ibid 293-294.

<sup>188</sup> POSNER- EASTERBROOK, 101; AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 313; SCHERER, Industrial Market Structure, 212.

<sup>189</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, ibid 314-315.

yol açar. Gelişmiş ülkelerdeki, pamuklu kumaş endüstrilerinin, sentetik elyafın bulunuşundan sonraki veya ikinci dünya savaşı sonrası çelik endüstrilerindeki atıl kapasite buna örnektir.

Çeşitli piyasalarda gözlenen dönemsel ekonomik sorunlar, piyasa den-  
gesinde dönemsel bozulmalara yol açar. Toplam endüstri kapasitesi, talebin  
üzerinde gerçekleşir ve geçici bir süre için, arz edilen mal ile talep arasında  
büyük farklar ortaya çıkar. Sorun, endüstrinin içinde bulunduğu konjonktürel bir  
dengesizliğin, piyasa mekanizmasının işleyişini engelleyici faaliyetleri haklı  
kılıp kılmayacağıdır.

Kapasitenin, talebe göre sürekli fazla olması, ekonomik ve teknolojik  
gelişmeler ile yakından ilgilidir ve oldukça sık rastlanan bir olaydır. İngiliz ve  
Belçika çelik endüstrilerinin durumu, Amerikan ve Avrupa Topluluğu ülke-  
lerindeki tekstil endüstrileri buna verilebilecek örneklerdir<sup>190</sup>. Kapasitenin tale-  
bin üzerinde olması, sağlıksız ve plansız bir gelişme gösterilmesi sonucu  
olabileceği gibi, bu zorunlu bir şartta değildir. Örneğin, piyasada gözlenen sü-  
rekli arz fazlalığı teknolojik gelişme, yeni bir buluş sonucu da olabilir. Arz  
kapasitesinin bu gibi piyasalarda yarattığı sorunları gidermek için rekabetin  
ortadan kaldırılması oldukça sık başvurulmuş uygulamalardan biridir<sup>191</sup>.

Pozitif hukuk metinlerinde bu gibi anlaşmaların açıkça yasaklanmış ol-  
masına rağmen, rekabetin kısıtlanmasında toplumsal menfaatin olduğu ileri  
sürülerek, kapasite ve talep dengesizliğinin, rekabetin ortadan kaldırılarak gi-  
derilmesi gerektiği ileri savunulmuştur<sup>192</sup>. Bu iddiaların ileri sürüldüğü piya-  
salara ilişkin koşullar incelendiğinde, bu piyasalar arasındaki ortak yanın, en-  
düstrideki talebin, toplam kapasitenin altında oluşu ve yüksek sabit yatırım  
gerektilen endüstriler olduğu görülür<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 213.

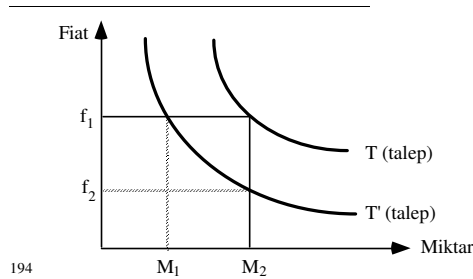
<sup>191</sup> ibid. 209-210, 214.

<sup>192</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290 (1897); Appalachian Coal  
Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933).

<sup>193</sup> POSNER- EASTERBROOK, 101-102; AREEDA, Antitrust Analysis, 323.

Kanımızca, yüksek sabit yatırım gerektiren endüstrilerde, talep eğrisindeki sola kaymalar<sup>194</sup>, piyasa fiyatının firmaların marjinal giderlerinin altında oluşmasına neden olmakta ve sabit yatırım giderlerinin geri dönüşümü yavaşlamaktadır. Sermaye geri dönüşümünün teşebbüslerin iflasına yol açması beklenmediği gibi, toplumun da bundan zarar görmesi söz konusu olamaz<sup>195</sup>. Talepteki azalma, herşeyden önce, piyasada, fiyat rekabetinin artmasına ve fiyat dışındaki konularda da rekabetin<sup>196</sup> ortaya çıkmasına yol açar. Bundan da, şüphesizki, en fazla yararlananlar tüketicilerdir.

Örneğin, maliyeti 1 lira olan (x) malını üretmek için bir milyon lira sabit yatırım yapan ve 10 yılda yüzbin adet (x) üretmeyi planlayan bir teşebbüsün, herbir (x) i 10 liraya satması halinde, on yıl sonunda sabit yatırımının tümü geri dönmüş olur. Talep eğrisindeki sola kaymalar yani talebin daralması, teşebbüsün sabit yatırımının geri dönüşü yavaşlamasına yol açar. Bu firma ürettiği malı onbir liradan satmağa devam etmek isterse, arz miktarını düşürmek zorundadır. Eski üretim miktarını korumak istediği zaman ise, fiyatı daha düşük bir seviyeye (f<sub>2</sub>) indirir. Görüldüğü gibi, her iki halde de sabit yatırımın geri dönme hızı ve süresi yavaşlamaktadır. Bu gibi piyasalarda, toplam gideri en düşük olan en avantajlı durumdadır. Diğerleri ise hatalı yatırım yapmış olmanın sonuçlarına katlanır. Talebin miktar ile sınırlı olduğu durumlarda, örneğin iki şehir arasındaki yolcu sayısının sabit olması gibi, yapılan sabit yatırımın bir kısmının geri dönmemesi durumu ortaya çıkabilir. Sabit yatırımın geri dönmeyen kısmı, hatalı yatırım yapılmasının ya da sabit yatırımın gerçek değerinin üzerinde harcama ile gerçekleştirilmesinden doğan zarardır<sup>197</sup>. Şüphesiz ki, talepte daralmaya karşı alınacak önlemler kartel sözleşmeleri değil, rekabetin teşvik edilerek, piyasanın arz ve fiyatı kendiliğinden belirlenmesidir ki, böylece toplumsal kaynaklar en verimli şekilde kullanılmış olur.



194

<sup>195</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 305 (1897).

<sup>196</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 281; STIGLER, Price and Non-Price Competition, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 26.

<sup>197</sup> Sabit yatırımın gerçek değeri, gerçekleşen fiili harcama ile harcanan miktardan geri dönmesi tehlikeye giren kısım çıktıktan sonra geriye kalana eşittir. Bu sabit yatırımın gerçek piyasa değerini belirler.

Piyasada gözlenen talepteki dönemsel daralmalar, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir ve bunları sistematik biçimde açıklayan bir teori de geliştirilememiştir. Ayrıca, bu konudaki ampirik bilgiler de oldukça azdır. Gene de, talepte azalmanın gözleendiği bu dönemlerde de, rekabet sonucu zayıf firmaların iflas durumuna düşmemeleri için, fiyat anlaşmaları yaparak rekabeti kısıtlamalarının gerektiği ileri sürülmüştür<sup>198</sup>. Dönemsel talep daralmalarının sebepleri belirlenmeden, bu tür tedbirlere başvurmanın, ticari ve ekonomik düzenin bozulmasından başka bir etkisi olmadığına inanıyoruz. Kriz kartellerini savunanlar, dönemsel talep daralmalarının, ticari hayatı çökertip, iflaslara yol açacaklarını iddia etmişlerse de<sup>199</sup>, kanımızca, bunda gerçek payı azdır. Çünkü, önerilen fiyat kartellerinin, üretim üzerindeki etkileri geliştirici olmaktan çok, fiyatı tam rekabet piyasası fiyatı üzerinde oluşturmağa yönelik olması nedeni ile üretimi azaltıcıdır. Bundan da, yarar görecekle, tüketiciler değil, tekel kârına yaklaşan kârlar edecek olan üreticilerdir. Böylece, talep azalmalarının yol açacağı ticari kayıplar, tüketiciler tarafından karşılanmış olacaktır ki, bu da kabul edilmesi mümkün olamayacak bir çözüm yoludur.

Hukuk politikası bakımından, üzerinde en fazla durulması gereken husus, bazı firmaların iflas etmesi değil, ancak, talebin arttığı dönemler için, bunu karşılayacak kapasitenin kaybolmamasıdır. Ancak, bu da gerçekleştirilirken, tüketicinin azami zarar görmesine önem vermek gerekecektir.

Piyasa araştırmaları ve işletmecilik bilimi verilerine göre teşebbüsler hiçbir zaman tam kapasite ile faaliyetlerini sürdürmezler<sup>200</sup>. Ekonomik konjoktüre bağlı olarak talebin azalmasının sebep olduğu kapasite fazlalığı ile normal dönemlerde gözlenen kullanılmayan kapasite arasında nitelik bakımından fark yoktur. Dönemsel daralmalar, belki, bazı firmaların piyasayı terk etmelerine sebep olacak ise de, bunun sonucu, firmaların normal dönemlerde tam kapasite ile faaliyet göstermeleri olabilir.

Diğer yandan, kriz dönemlerinde rekabetin fiyatlar üzerinde düşürücü ve yeni buluşları ve verimlilik bakımından hızlandırıcı etkisinin varlığı bilinen bir gerçektir. Örneğin, 1970'lerde gözlenen dünya petrol krizinin, otomotiv endüstrisinde, daha verimli benzin motorlarının, daha rasyonel dizaynların, yeni

---

<sup>198</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 214-215.

<sup>199</sup> A.B.D.'de 1975 yılındaki kriz sırasında imalat sektöründe faaliyet gösteren kayıtlı 450000 işyerinden sadece 1465'i iflas durumuna yaklaşmıştır. 1965-66 yıllarında Japonya'da gözlenen ekonomik gerileme döneminde ise, bu oran daha da düşüktür. SCHERER, Industrial Market Structure, 214-215.

<sup>200</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 102-103; STIGLER, The Economies of Scale, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 81-85.

enerji şekillerinin araştırılmasına öncülük ettiği bilinmektedir. Olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan rekabet, gelişmeye önemli boyutlarda katkıda bulunur.

Kanımızca, talepte dönemsel daralmaların gözlenmesi halinde, rekabet ilkesinden vazgeçmeği haklı kılabilecek hiçbir neden ileri sürülebilmiş değildir. Firmaların, rekabet nedeni ile iflase sürükleneyeceği ve bunun, toplumun çıkarlarına aykırı olduğu iddialarının gerçekler ile ilgisi yoktur. Kriz kartelleri ile toplam üretimde artış zaten öngörülmemekte, sadece, firmaların, tam rekabet piyasasındaki kazançlarının üzerinde kârlar elde edilmesi amaçlanmaktadır. Kaldı ki, borçlarını ödeyemez durumda olan firmaların piyasadandan çekilmesi her zaman sözkonusu olmayabilir. Dönemsel talep daralmalarının gözlemlendiği piyasalarda da, fiyat tesbiti yerine, rekabeti koruyucu uygulamalar, verimliliği ve etkinliği ödüllendirecek ve tüketicilere daha iyi mal ve hizmet sunulmasına yardımcı olacaktır.

### 3. Kartel Anlaşmalarına İlişkin Düzenlemeler

Rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan kartel anlaşmaları, Amerikan Hukukunda olduğu gibi Avrupa Topluluğu Hukukunda da hukuka aykırıdır. Ancak, gerek Amerikan ve gerekse Avrupa Topluluğu Rekabet Kanunlarında kartel sözcüğüne yer verilmemiştir. Amerikan Hukukunda, Hakim Taft'ın da önemli katkısı ile, rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan anlaşmalar ile rekabetin ikinci dereceden kısıtlanmasına neden olan anlaşmalar ayırımı<sup>201</sup>, kartel anlaşmalarına uygulanacak kuralları belirlemek bakımından önem kazanmıştır.

Avrupa Topluluğunda ise, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında, rekabeti önlemek, kaldırmak ve bozmak amacı ile yapılan anlaşmaların hukuka aykırı olduğunun belirlenmesinin yanı sıra, örnek olmak üzere bu amaca yönelik anlaşma konuları beş bend halinde sayılmıştır<sup>202</sup>. Amerikan Hukukunda, rekabeti doğrudan kısıtlamak olarak kabul edilen fiyat tesbit, piyasa paylaşma<sup>203</sup>, üretim miktarını sınırlama ile, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında beş bend halinde sayılan durumlar arasında büyük benzerlik vardır. 85. maddenin 1. paragrafında beş bend olarak sayılan durumlar şunlardır:

- a) Alış ve satış fiyatlarının veya diğer mukavele şartlarının dolaylı veya dolaysız tesbiti,
- b) İstihsalin, pazarlamanın, teknik gelişmenin veya yatırımların kısıtlanması veya kontrol altına alınması,

<sup>201</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

<sup>202</sup> GLEISS-HIRSCH, 93; MERKIN- WILLIAMS, 50; KORAH, Introduction,59.

<sup>203</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 54.

- c) Pazar veya tedarik kaynaklarının paylaşılması,
- d) Rekabete zarar verecek şekilde, taraflara aynı kıymetteki edimlerde farklı şartların tatbiki,
- e) Akit taraflardan birinin, akit konusu ile ne mahiyeti bakımından ve ne de ticari teammüller bakımından ilişkisi bulunmayan munzam edimler kabul etmesini gerektiren akitlerin inikadına bağlı şartlar.

### **a. Fiyat ve Satış Şartlarına İlişkin Anlaşmalar**

Fiyat ve satış şartlarına ilişkin anlaşmalar, rekabeti kısıtlama amacı ile yapılan anlaşmaların en belirgin örneğidir. Aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların yaptıkları, fiyat rekabetini kısıtlayıcı anlaşmalar, gerek Avrupa Topluluğu, gerekse Amerikan Hukuklarında, rekabetin açıkça ihlali olarak kabul edilmiştir<sup>204</sup>. Fiyat anlaşmaları ile piyasayı kontrol etmek çabaları önlemekte, Rekabet Hukukuna önemli görevler düşmektedir<sup>205</sup>.

Fiyat, rekabet ortamındaki en önemli değişken unsurdur. Aynı piyasada faaliyette bulunan firmaların, satışa arz ettikleri malların fiyatları birlikte tesbit etmeleri, rekabet ortamının kaldırılması anlamına gelir. Tesbit edilen fiyatın piyasa fiyatının üzerinde olması şart değildir. Tarafların fiyatı, tam rekabet piyasasında oluşacak miktarda<sup>206</sup> veya piyasadaki cari fiyatı etkilemeyecek şekilde piyasa fiyatının altında<sup>207</sup> belirlemeleri de, fiyat tesbit kavramı içine girer<sup>208</sup>.

Amerika Birleşik Devletler Hukukunda, Rekabet Hukukuna ilişkin ilk kararlardan itibaren, aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların, mallarının fiyatlarını birlikte tesbit etmelerinin, Shearman Kanununun 1. maddesini ihlal oluşturduğu yaygın şekilde kabul edilmektedir<sup>209</sup>. Örneğin, United States v. Addyston Pipe and Steel Co. davasında<sup>210</sup>, 6. bölge temyiz mahkemesi güney ve batı eyaletlerde faaliyet gösteren altı demir üreticisinin, faaliyet bölgelerini belirlemek için yaptıkları anlaşmaları, rekabetin kısıtlanması olarak nitelendirmiştir. Yapılan anlaşmaya göre, her bir firmanın kendisine tahsis edilmiş olan faaliyet bölgesinde serbestçe faaliyetlerine devam edecek, bu bölge dışındaki bölgelerde yaptığı satışlar için diğerlerine ton başına 2 dolar ödeyecektir. Planın başarılı olmaması üzerine yeni bir anlaşma yapılmış ve açılacak her ihaleden önce, altı firma temsilcileri bir araya gelerek, teklif edilecek fiyatı ve

<sup>204</sup> WHISH,281; NEALE - GOYDER, 444, 445.

<sup>205</sup> WHISH, ibid.; SCHERER, Industrial Market Structure, 497; POSNER, Antitrust Law, 39-40.

<sup>206</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 377 (1926).

<sup>207</sup> Kiefer-Steward Co. v. Joseph E. Seagram and Sons, Inc., 340 US 211, 21 S.Ct. 259(1950).

<sup>208</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al, 273 US 392 (1926); DERINGER, 27.

<sup>209</sup> NEALE - GOYDER, 36.

<sup>210</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).



ihaleyi alacak firmanın diğerlerine ödeyeceği primi kararlaştırmışlardır. Davalı taraf savunmasında, belirlenen fiyatın makul olduğu ve her bir firmanın, anlaşma dışında kalan bölgelerde serbestçe rekabet edebileceği sebebi ile rekabetin kabul edilebilir derecede kısıtlanmış olduğunu ileri sürmüştür. Davalıların savunmalarını reddeden Hakim Taft, fiyat tesbit konusundaki ilk prensipleri aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

"Bazı davalarda, mahkemeler, rekabetin kısıtlandırılmasını derecelendirme gayreti içinde, şüpheler denizine yelken açarak<sup>211</sup>, hataya düşmektedirler. Tarafların rekabeti kısıtlamak amacından başka hiçbir amaç olmadan yaptıkları sözleşmelerde, ne kadar kısıtlamanın toplumun yararına, ne kadarın zararına olduğunu bulmaya çalıştıklarını gözliyoruz..."<sup>212</sup>

Hakim Taft, yukarıdaki bu ifadesi ile, rekabeti doğrudan kısıtlama amacına yönelik anlaşmalarda, rekabetin ne derece kısıtlandığının tesbitinin yapılmasına gerek olmadığı kuralını getirmektedir. Taft'a göre, fiyat tesbit anlaşmaları, taraflara dilerlerse, makul olmayan fiyatları talep gücü de verir. Bu sebepten de fiyatların makul olduğu iddialarının dinlenmesi mümkün değildir<sup>213</sup>. Kaldı ki, Taft'a göre, fiyatın makul olduğu iddialarını değerlendirme yetkisi de mahkemelere verilmemiştir<sup>214</sup>.

Taft'ın bu sözleri, Yüksek Mahkemenin başkanı Hakim Stone'un, ünlü *United States v. Trenton Potteries Company* davasındaki<sup>215</sup> kararının habercileridir<sup>216</sup>. Burada, banyo ve lavabo malzemeleri üreticileri, fiyat tesbit anlaşması yapmışlardır. Davalılar, fiyatları tesbit ettiklerini kabul etmişler, ancak tesbit edilen fiyatın rekabet koşullarında zaten oluşacak fiyat olduğunu ve topluma herhangi bir zararın verilmediğini ileri sürmüşlerdir. Yüksek Mahkemenin kararını bildiren başkan, Hakim Stone, Rekabet Hukukunun temel kurallarından birini, şöyle açıklamıştır.

"Endüstrinin bir kısmını elinde tutan firmaların, satış fiyatlarını tesbit etmeleri halinde, bu fiyat tesbit durumunun kendisinin, ticareti haksız ve kabul edilemeyecek şekilde kısıtladığı konusunda hukuk kuralları açıktır. Her fiyat tesbitinin amacı ve sonucu, bir rekabet şeklinin ortadan kaldırılmasıdır. Bugünün makul olan fiyatları, iktisadi ve ticari değişimler sonucu, yarın normal olmaktan

---

<sup>211</sup> Setting sail on to the sea of doubts.

<sup>212</sup> ibid. 284

<sup>213</sup> BORK, *The Rule of Reason and Per Se Concept*, 799.

<sup>214</sup> *United States v. Addyston Steel and Pipe Co.*, 85 F. 293 (1898).

<sup>215</sup> *United States v. Trenton Potteries Co. et al.*, 273 US 392, 47 S.Ct. 377(1926).

<sup>216</sup> JAFFE - TOBRINER, *The Legality of Price-Fixing Agreements*, 45 HLR 1177 (1931)

çıkabilir. Bir kez kabul edildikten sonra, rekabetin ortadan kaldırılmış olması sonucu, olduğu yerde sabit tutulabilir..."<sup>217</sup>

Hakim Stone'un kararında, fiyat tesbitinin rekabet üzerindeki etkisi meselesine özel önem verilmiştir. Anlaşma ile rekabet ortamını ortadan kaldırmak, taraflara piyasada keyfi davranmak gücü verecektir. Piyasa üzerinde elde edilen bu etkinliğin kullanılmış olmasına bağlı olmaksızın, firmaların, anlaşma ile böyle bir hakimiyete sahip olma çabası da hukuka aykırıdır. Tesbit edilen fiyatın makul olduğu ve fiyat tesbiti ile talepteki düşüş ve ülkedeki ekonomik konjonktürdeki değişmelere karşı firmaların kendilerini korudukları iddiaları<sup>218</sup>, Socony-Vacuum Oil Co. davası ile son bulmuş<sup>219</sup> ve fiyat tesbit anlaşmalarına uygulanacak Rekabet Hukuku kuralları nihai şekline kavuşmuştur<sup>220</sup>.

Socony-Vacuum Co. davasındaki olaylar şöyle gelişmiştir: 1930 ların başında, Teksas'da bolca miktarda petrol yatakları bulunmuş ve çok sayıda teşebbüs petrol çıkarıp, bunları depolama imkanlarından yoksun küçük rafinerilerinde benzin haline getirdikten sonra, piyasaya düşük fiyatla sürmüşlerdir. Benzin fiyatının çok düşmesi üzerine, piyasayı kontrol altında tutmak amacı ile, 1933'te Ulusal Endüstriyi İyileştirme Kanunu çıkarılmıştır. Panama Refining Co. v. Ryan davasında, bu kanunun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş, Yüksek Mahkeme da bu kanunu iptal etmiştir<sup>221</sup>. Kanunun iptali üzerine, piyasada benzin arzı tekrar artmış, bunun üzerine de altı büyük rafineri anlaşarak, küçük rafinerilerin benzinlerini satın alarak stoklamışlar ve piyasadaki benzin fiyatını kontrol etmeğe başlamışlardır. Anlaşma sonucunda, altı büyük firmanın kendi üretimleri düşmüş ise de, piyasa kontrol altına alınmıştır.

Hakim Douglas'a göre, altı rafinerinin piyasadan benzin satın alırken, rekabet fiyatından satın almaları önemli değildir, çünkü altı büyük rafineri piyasaya kendi benzinlerini sürmeyerek, kendi ürünleri ile ufak rafinericiler arasında olması gereken rekabet ortamını engellemişlerdir. Altı rafineri anlaşarak, kendi ürünlerini azaltmak pahasına da olsa, küçük rafineri sahipleri ile toptancılar arasına girmişler ve piyasadaki bütün benzini toplayarak, tüketicilerin ve toptancıların ödeyeceği bedelin artmasına neden olmuşlardır<sup>222</sup>. Hakim Douglas, rekabetin kısıtlanmasının piyasa kurallarından ve rekabetin olumsuz tarafları olduğu tartışmalarını aşağıdaki gibi sonuca bağlamıştır.

<sup>217</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 392, 397, 47 S.Ct. 377,380 (1926).

<sup>218</sup> BORK, The Rule of Reason and Per Se Concept, 822; Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933)

<sup>219</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940)

<sup>220</sup> NEALE - GOYDER, 447; AREEDA, Antitrust Analysis, 345; GELLHORN, 166.

<sup>221</sup> Panama Refining Co. v. Ryan, 293 US 388 (1935).

<sup>222</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940)

"Mahvedici rekabet, finansman dünyasındaki felaketler, fiyat kırmalarının kötülüğü ve benzeri iddialar, fiyat tesbitini haklı göstermek için, geçmişte ileri sürülen şeylerdir. Eğer,... rekabetin kötüye kullanılması burada değerlendirilmeğe kalkılırsa, tesbit edilen fiyatın uygunluğu, her fiyat tesbit davasında bir sorun olarak karşımıza çıkar.... Fiyatın yapısını etkileyen bütün anlaşmalar hukuka aykırıdır. Tarafların fiyatları düşürmeye, yükseltmeye ve sabit tutmaya gücü yetmese veya piyasayı kontrol edemese bile, piyasadaki serbest fiyatı doğrudan etkilemeye yöneliktir. Kanun bu davranışlardan hiçbirini tasvip etmez.... Herhangi bir fiyat tesbitinin iyi mi, kötü mü, sağlıklı mı yoksa yıkıcı mı olduğuna karar verme yetkisi meclis tarafından bize verilmemiştir."<sup>223</sup>

Hakim Douglas'a göre, fiyat tesbiti için tarafların anlaşmış olmaları, Shearman Kanununun uygulanması için yeterlidir. Fiyat tesbitin rekabete etkisini<sup>224</sup> ve tesbit edilen fiyatın makul olup olmadığını araştırmaya gerek olmadığı gibi, mahkemeye bunları düzenleme yetkisi de verilmemiştir<sup>225</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, fiyat tesbit anlaşmaları, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin kapsamına girer. Rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan anlaşmaların, hukuka aykırı olduğu belirtilmiş ve bu anlaşmalara örnek olarak da, 1. paragrafın (a) bendinde piyasa fiyatını tesbit ve kontrol için yapılan anlaşmalar gösterilmiştir. Avrupa Topluluğunun, çeşitli milli piyasalardan oluşması sebebi ile, fiyat tesbit anlaşmaları, milli piyasaların korunması amacını da taşımaktadır. Bu sebepten de Avrupa Topluluğunda, fiyat kontrol ve piyasayı bölüşme anlaşmaları birlikte düşünülmüştür<sup>226</sup>. Topluluğa dahil ülkeler arasında, fiyat birliğinin sağlanması ile, anlaşmaya taraf teşebbüslerin kendi milli piyasalar dışında faaliyet gösterme istekleri de sona erer<sup>227</sup>.

Avrupa Topluluğunda, kartel anlaşmaları, uluslararası anlaşmalar ve işbirliği şeklidir<sup>228</sup>. Örneğin, Kinin Karteli olayında<sup>229</sup>, davalılardan, N.V. Nederlandse Combinatie voor Chemische Industrie, Hollanda; Boehringer-Manheim GmbH ve Buchler und Co., Batı Almanya; Societe Chimique Pointet-Girard S.A., Societe Nogentaise de Produits Chimiques ve Pharmacie Centrale de France, Fransız firmalarıdır. İkinci Dünya Savaşı sırasında Endonezya'nın Japonya tarafından işgali üzerine, kinin piyasasında düzensizlikler çıkmış ve

<sup>223</sup> ibid. 310 US 221, 222, 60 S.Ct. 843 (1940).

<sup>224</sup> Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933) Bu dava, taraflar arasındaki anlaşma uygulamaya başlanmadan önce açılmıştır.

<sup>225</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 224, 60 S.Ct. 844, 845 (1940)

<sup>226</sup> BELLAMY - CHILD, 74; WHISH, 287.

<sup>227</sup> Re Cartel in Quinine (1969) CMLR (RP Supplement) D41.

<sup>228</sup> BELLAMY - CHILD, 73.

<sup>229</sup> Re Cartel in Quinine (1969) CMLR (RP Supplement) D59.

Hollandalı firmaların önderliğini yaptığı, 1913 te kurulmuş olan kinin karteli dağılmak zorunda kalmıştır. 1950 lerden sonra Endonezya'da siyasi istikrarın kurulması ve Kongo'da açılan yeni sinçona plantasyonları, kinin hammaddesinde arz fazlalığına neden olmuştur. 1958 yılında Avrupalı ilaç ve kimya endüstrisi kuruluşları tekrar biraraya gelerek, kinin ve kininli bileşikler piyasasını paylaşmışlardır. Kartel anlaşması ile Avrupa Topluluğu dışında kalan bölgelerdeki satış fiyatı tesbit edilmiştir. Her ne kadar, anlaşma Avrupa Topluluğu piyasası dışındaki bölgelerde satış fiyatını tesbite yönelik ise de, Avrupa Topluluğu içindeki fiyatların diğer bölgeler için belirlenen fiyatı takip ettiği gözlenmiştir<sup>230</sup>. Komisyon kararında, Kinin Kartelinin anlaşmalar ile Avrupa Topluluğu içindeki fiyat rekabetini ortadan kaldırdığına ve oluşan fiyatın, serbest rekabet piyasası fiyatının üzerinde gerçekleştiğine karar vermiştir.

Dyestuff olayında<sup>231</sup> ise, fiyat tesbit yöntemi olarak daha basit bir yol izlenmiştir. Avrupa Topluluğu ülkelerinde faaliyet gösteren dört Batı Almanya, üç İsviçre, bir Fransa, bir İtalya ve bir İngiltere firması, Vietnam savaşı sırasında Amerikan ordusuna boya sağlamak için Amerikan üreticilerinin piyasadan çekilmeleri üzerine, anilin boya hammaddesi piyasasını kontrol etmek üzere harekete geçmişlerdir. Nasıl gerçekleştiği bilinmemekle beraber, bu firmalar, fiyatlarını aynı gün ve aynı saatte artırmışlardır. Komisyona göre, fiyat tesbitinin, rekabet üzerindeki olumsuz etkileri açıktır ve bunun bir anlaşma sonucu gerçekleşmesine de gerek yoktur<sup>232</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında, fiyat kontrol etmeğe yönelik anlaşmaların sonuçları ve tabi oldukları hukuk kuralları arasında büyük paralellik vardır<sup>233</sup>. Fiyat tesbit anlaşmalarının ticarete herhangi bir olumlu katkısının olmadığı, her iki hukuk düzeninde de kabul edilmektedir<sup>234</sup>. Fiyatı kontrole ilişkin anlaşmalar, Hakim Taft'ın rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik anlaşmalar ile, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar ayırımı<sup>235</sup> içinde, ilk grupta yer alır.

Fiyata ilişkin anlaşmalar, sadece fiyatı tesbite yönelik olanlarla sınırlı değildir. Fiyatı doğrudan tesbit gibi, fiyatın dolaylı şekilde de kontrol edilmesi

<sup>230</sup> Case 41/69 *Chemifarma v. Commission* (1970) ECR 661.

<sup>231</sup> *Re Cartel in Aniline Dyes* (1969) CMLR (R.P. Supplement) D23.

<sup>232</sup> *ibid.* D28.

<sup>233</sup> WHISH, 281.

<sup>234</sup> WHISH, 289; Tenth Annual Report on Competition Policy, Brussels, 1981, § 115, 77-78; *Re Franco- Japanese Ballbearing Agreement*, OJ (1974) L 343/19, (1975) 1 CMLR D8; *Re French and Taiwanese Mushroom Pickers*, OJ (1974) L 29/26, (1975) 1 CMLR D83; *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* 310 US 224.

<sup>235</sup> *United States v. Addyston Steel and Pipe Co.*, 85 F. 271 (1898).

mümkündür. Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafının (a) bendi, fiyatı doğrudan etkileyen anlaşmalar gibi, dolaylı etkileyenlerin de hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>236</sup>.

Teşebbüsler bakımından rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, serbest rekabet piyasasında elde edilecek kârın üzerinde kazanç sağlamak için yapılır. Bu da satış fiyatının yükseltilmesi sonucu gerçekleşebilir. Yani her anlaşmanın dolaylı olarak fiyatı kontrol etmeğe yönelik olduğu söylenebilir. Örneğin, piyasanın bölüşülmesine yönelik anlaşmalarda, teşebbüslerin belirli bölgelerde tek başlarına faaliyet göstermelerini sağlamaya ve bu bölgede fiyatı istedikleri gibi tesbit etmeğe yarayabilir. Ancak (a) bendinin bu kadar geniş yorumlanması kanımızca yerinde olmaz. Fiyatı dolaylı etkilemek olgusunun sınırını, 85. maddenin 1. paragrafının diğer bendlerinde sayılan haller belirler. Bununla beraber, rakip firmalar arasında piyasa ve fiyata ilişkin bilgi alışverişini öngören anlaşmalar<sup>237</sup>, satış şartlarını belirleyen anlaşmalar<sup>238</sup>, ödeme koşullarına ilişkin anlaşmalar<sup>239</sup> (a) bendinin kapsamı içinde yer alır.

Satış fiyatını etkilemeye yönelik anlaşmalar gibi, birden fazla teşebbüsün, alış fiyatını etkilemek için yaptıkları anlaşmalar da (a) bendinin içine girmektedir<sup>240</sup>. Kuşkusuz, Kinin Karteli davasında olduğu gibi, piyasadaki teşebbüslerin birleşerek ortak satın alma programları da fiyatı doğrudan etkilemeğe yöneliktir<sup>241</sup>. Avrupa Topluluğu Hukukunda, bu konudaki örnek olay, Belgian Industrial Timber davasında görülmüştür<sup>242</sup>. Belçika'da sanayi kerestesi tüketicileri, sanayi kerestesine ödenecek en yüksek fiyatı belirlemişlerdir. Komisyonun, olaya el koyması üzerine, anlaşma yürürlükten kaldırılmıştır.

Hammadde fiyatlarını kontrol etmek için en ilginç uygulama Makarnacılar Davasında görülmüştür. Hava koşullarından dolayı, 1935 yılı durum tipi buğday<sup>243</sup> mahsulünün az olacağını tahmin eden makarnacılar, makarna yapımında kullanılan bu tür buğdayın kullanım oranını yüzde yüzden, yüzde elliye indirmeğe karar vermişlerdir. Üretimde yapılan bu yüzde elli oranındaki azalma tüketime de yansiyacak ve durum buğdayı fiyatının rekoltenin az olmasından dolayı artması engellenmiş olacaktır. 7. Bölge Temyiz

<sup>236</sup> BELLAMY - CHILD, ; WHISH, ; GLEISS-HIRSCH, 95; DERINGER, 25, 26.

<sup>237</sup> Re Cimbel OJ (1972) L 303/24, (1973) CMLR D167.

<sup>238</sup> Re Groupement des Fabricants de Papiers Peints de Belgique, OJ (1974) L 234/3, (1974) 2 CMLR D102.

<sup>239</sup> BELLAMY - CHILD, 79; CUNNINGHAM, The Competition of the EEC, London, 1973, 55.

<sup>240</sup> WHISH, 289.

<sup>241</sup> Re Cartel in Quinine (1969) CMLR (RP Supplement) D41, D50-51, D68-69.

<sup>242</sup> Belgian Industrial Timber, Bull. E.C. 10/75, § 2104, (1976) 1 CMLR D11.

<sup>243</sup> Makarna, ekmeçlik buğdaydan da yapılabilirse de, makarna kalitesi kullanılan durum buğdayı miktarı ile orantılıdır.

Mahkemesi, makarnacıların anlaşarak mamullerinin yapısında değişiklik yapmalarını, dolaylı olarak piyasadaki durum buğdayının fiyatını tesbite yönelik olduğuna karar vermiştir<sup>244</sup>. Alıcıların sayılarının az ve satıcılara oranla mali yönden daha güçlü olduğu durumlarda, alıcı kartellerine de rastlanabilir<sup>245</sup>. Rekabetin alıcıların yaptıkları anlaşmalar ile kısıtlanması, satıcı kartellerinden farklı değildir ve aynı kuralları tabidir<sup>246</sup>.

## **b. Fiyat Tespit Anlaşmalarının Haricindeki Diğer Kartel Anlaşmaları**

### **aa. Genel Olarak**

Teşebbüslerin, anlaşarak satış fiyatını tesbit etmeleri kârlarını arttırmada en etkin yöntemdir, çünkü fiyat ile kâr arasında doğrusal bir ilişki vardır. Rekabeti kısıtlamaya yönelik bütün anlaşmaların, sonuçta fiyat birliğini gerçekleştirmek için yapıldığı kabul edilebilir. Ancak, rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan her anlaşma ile fiyatın etkilenmesi arasındaki illiyet aynı oranda değildir. Fiyatı doğrudan veya dolaylı etkilemeye yönelik anlaşmalar, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında birlikte düzenlenmiştir. Buna karşılık, 85. maddede üretim miktarını kontrol, piyasa bölüşmesi gibi konularda yapılan anlaşmaların ayrıca belirtilmesi fiyatı dolaylı etkilemenin sınırlandırılmasına yardım etmiştir<sup>247</sup>. Üretim kotaları konusundaki anlaşmalar, arz miktarı ile fiyat arasındaki sıkı ilişki nedeni ile, fiyatı dolaylı etkilemeye yönelik anlaşmalar olarak kabul edilir<sup>248</sup>. Örneğin, Yüksek Mahkeme, piyasaya arz edilen mal miktarını kontrol etmek için, piyasadan benzin toplayan benzin üreticilerinin davranışlarının konu edildiği Socony-Vacuum Co. davasında<sup>249</sup>, davalıların fiyatı kontrole çalıştıklarına karar vermiştir.

Diğer yandan, piyasanın paylaşılması ya da bazı teşebbüslerin piyasa dışında tutulmasını amaçlayan boykot anlaşmaları ile, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin piyasada hakimiyet sağlaması beklenmektedir. Bu tür anlaşmaların ortak yönü, rekabeti kısıtlayarak, teşebbüslerin piyasa etkinliklerini artırmak, belirli bölgelerde piyasaya egemen güc haline gelmesini sağlamaktır<sup>250</sup>.

---

<sup>244</sup> National Macaroni Manufacturers Association v. Federal Trade Commission, 345 F 2d. 421 (7th Circuit) 1965.

<sup>245</sup> POSNER - EASTERBROOK, 150.

<sup>246</sup> Mandeville Island Farmers, Inc. v. American Crystal Sugar Co. 68 S.Ct. 996, 1000-1006, 334 US 219, 235 (1948).

<sup>247</sup> MERKIN- WILLIAMS, 81; WHISH, 283; NEALE - GOYDER, 59.

<sup>248</sup> WHISH, 283.

<sup>249</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940)

<sup>250</sup> POSNER, Antitrust Law, 49; NEALE - GOYDER, 72; BORK, Antitrust Paradox, 275.

Piyasanın coğrafi<sup>251</sup>, müşteri<sup>252</sup> veya arz edilen malların nitelik<sup>253</sup> esasına göre bölünmesi, firmaların anlaşarak belirli bölgelerde faaliyette bulunması ya da üretim ve satışlarını sadece belirli mallara ayırması, belirli bir bölge veya mala piyasasında egemen güc haline gelmesine hizmet eder.

Teşebbüsler arasında, piyasanın mal veya bölge esasına göre bölüşülmesi, fiyat tesbit anlaşmaları gibi, Rekabet Hukuku kurallarının ihlal sayılır<sup>254</sup>. Piyasanın paylaşılmasına ilişkin anlaşmalar da, diğer fiyat tesbit anlaşmaları gibi, rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik anlaşmalardır. Piyasa paylaşma ve dışlayıcı anlaşmalara, rekabetin kısıtlanmasına yönelik faaliyetler olarak sıkça rastlanır.

## **bb. Piyasa Paylaşmayı Amaçlayan Anlaşmalar**

### **aaa. Genel Olarak**

Aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, anlaşarak faaliyet bölge ve konularını belirlemeleri ve her bir teşebbüse serbestçe faaliyet göstereceği bir bölgenin veya konunun tahsis edilmesi, piyasa paylaşma anlaşmaları olarak adlandırılır<sup>255</sup>. Piyasa paylaşma anlaşmaları, teşebbüslerin sınırlı alanlarda tekeli firma gibi davranmalarını temin için yapılan, rekabetin kısıtlanması amacıyla yönelik anlaşmalardır. Oldukça sık rastlanan bu anlaşmalarda piyasayı bölüşmeye yönelik açık hükümler bulunması da şart değildir. Aynı etkiyi yapacak düzenlemeler de, piyasa paylaşma olarak nitelendirilebilir. Örneğin, Henkel-Colgate davasında<sup>256</sup>, her bir teşebbüsün kendi piyasası dışında faaliyet göstermesi durumunda lisans hakkı veren ortak girişim şirketine royalti ödemesi, piyasanın paylaşılması olayını meydana getirir.

Teşebbüslerin rekabeti kısıtlamak için piyasa paylaşma yoluna sıkça başvurmalarının iki nedeni vardır. Bunlardan biri, üçüncü kişilerin, yatay piyasa paylaşma anlaşmalarının tesbitinde karşılaştıkları fiili zorluklar, diğeri ise,

---

<sup>251</sup> BELLAMY - CHILD, 84; AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 358; GLEISS-HIRSCH, 105.

<sup>252</sup> WHISH, 293; GLEISS-HIRSCH, 108; DERINGER, 28.

<sup>253</sup> GLEISS-HIRSCH, 108.

<sup>254</sup> RAHL, Common Market and American Antitrust, New York, 1970, 153.

<sup>255</sup> BELLAMY - CHILD, 83; NEALE - GOYDER, 71; WHISH, 290.

<sup>256</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898); Re Henkel-Colgate, (1972) OJ L 14/14.

anlaşmanın taraflarının, piyasa paylaşma anlaşmasına aykırı davranışları kolayca tesbit edebilmeleridir<sup>257</sup>.

Firmalar yeryüzünün bütün bölgelerinde değil sadece belirli piyasalarda faaliyet gösterirler ve belirli mallar üretirler<sup>258</sup>. Bunun aksi hiç bir firmadan beklenmez. Teşebbüslerin belirli bölgelerde veya konularda faaliyet göstermesi, ekonomik nedenlerden ve piyasa özelliklerinden olabileceği gibi, teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar sonucu da olabilir. Firmaların davranışlarının aralarındaki belirli bir anlaşmadan mı, yoksa ekonomik sebeplerden mi kaynaklandığı, Rekabet Hukukunun en önemli sorunlarından biridir. Bu da, piyasayı paylaşmayı amaçlayan anlaşmaların tesbitinin önemini ortaya koyar. Fark edilmekteki zorlukların bilincinde olan teşebbüsler bakımından, piyasa paylaşma anlaşmaları çok caziptir.

Kartel sözleşmeleri içinde, piyasa paylaşma anlaşmaları kartel üyelerinin, anlaşma şartlarına uymayanları denetlemesini en fazla kolaylaştıranıdır. Farklı marjinal gider eğrilerine sahip firmalar, kartelin kurallarını gizli olarak ihlal ederek, tesbit edilen fiyatın altında mal satarak, ya da tahsis edilenin üzerinde üretim yaparak, kartele üye diğer teşebbüslerin zararına olmak üzere, ek kazançlar elde etmeğe çalışabilir. Tesbit edilen fiyata ya da üretim miktarına uymayanların denetlenmesi zor ve masraflıdır<sup>259</sup>. Buna karşılık, faaliyet bölgelerini ve konularını içeren anlaşmalara uymayanların tesbiti daha kolaydır. Kendine tahsis edilmiş bölgelerde faaliyet gösteren diğer firmaları, piyasa şartlarını ve muhtemel alıcıları daha iyi tanımaları nedeniyle, anlaşmaya uymayan firmaları kolayca belirleyebilir<sup>260</sup>.

Kanımızca, piyasa paylaşma anlaşmalarına uyumun, kartelce denetlenmesinin kolay olması, bu anlaşmalara gösterilen ilginin, ikinci önemli nedenidir.

Amerikan Rekabet Hukukunda, piyasa paylaşma anlaşmaları, diğer kartel anlaşmaları gibi, rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik anlaşmalar olarak kabul edilmeleri sebebi ile, Shearman Kanununun 1. maddesinin kapsamı içinde değerlendirilmektedir<sup>261</sup>. Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafının (b) ve (c) bentleri de, "yatırım, piyasa ve pazar ve tedarik kaynaklarının paylaşılması", şeklinde ifade ile, piyasanın bölüşülmesinin hukuka aykırı

---

<sup>257</sup> WHISH, 290.

<sup>258</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 355.

<sup>259</sup> POSNER, Antitrust Law, 41.

<sup>260</sup> WHISH, 282.

<sup>261</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 225, 244.



olduğunu belirtmektedir<sup>262</sup>. Piyasanın rakip teşebbüsler arasında bölüşülmesi çeşitli kıstaslara göre yapılabilir. En yaygın piyasa paylaşma, coğrafi esaslara göre gerçekleştirilen ise de arz edilecek malın niteliğine<sup>263</sup>, teknik özelliklerine ya da alıcılara<sup>264</sup> göre olabilir. Toptan ya da perakende satıcı ayırımı, alıcılara göre bölünmeyi, profesyonel ve amatör kullanıcıların gereksinmelerine göre ayırım da, teknik özelliklere göre piyasa paylaşmaya örnek oluşturur. Avrupa Topluluğu Hukuku bakımından, piyasanın bölgelere göre bölünerek paylaşılması özel önem arzeder. Roma Andlaşmasının 2.maddesinde hedeflenen, ekonomik hayatın birleştirilerek, ortak bir pazarın kurulması ile, piyasanın coğrafi bölgeler esas alınarak paylaşılması, birbirine zıt kavramlardır. Bu sebepten, piyasayı bölge esasına göre bölmeyi amaçlayan anlaşmalar, Avrupa Topluluğunun amaç ve hedeflerine ters düşmektedir<sup>265</sup>. Diğer yandan, Avrupa Topluluğunun çeşitli uluslardan meydana gelmesi, sosyal ve kültürel farklılıklar, piyasanın bölgelere ya da ulusal piyasalara bölünmesini kolaylaştırmaktadır<sup>266</sup>.

### **bbb. Piyasa Paylaşma Anlaşmalarının Rekabete Katkısı Sorunu**

Rekabeti doğrudan kısıtlamak amacı ile yapılan piyasa paylaşma anlaşmalarının dağıtım ve satış sonrası hizmette verimliliği sağladığı düşünülebilir<sup>267</sup> ve piyasanın belirli bölgelere ayrılarak teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin tesbiti tüketiciye daha iyi hizmet götürülmesinde gerekli olduğu ileri sürülebilir<sup>268</sup>. Benzer gerekçelerin, piyasanın mal ve üretim esaslarına göre bölüşülmesi bakımından da geçerli olduğu iddia edilebilir.

Satış sonrası hizmet, verimlilik, ihtisaslaşma sonucu daha kaliteli mal üretimi, Rekabet Hukukunun amaçladığı hedeflerdir. Bunları gerçekleştirmeğe yönelik anlaşmaların ticareti kısıtladığından da söz etmek mümkün değildir. Sorun piyasa paylaşma anlaşmalarının ticareti olumlu etkileme sayılabilecek bu durumları gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tesbitidir.

Piyasanın coğrafi veya mal esasına göre bölünmesi, ilk bakışta, ticareti olumlu bir şekilde etkileyen sonuçlar doğuruyor izlenimini vermekte ise de, piyasa paylaşma anlaşmasına taraf olanların, böyle bir sonucu elde etmeği

<sup>262</sup> BELLAMY - CHILD, 83; GLEISS-HIRSCH, 105-106; KORAH, Introduction, 65; DERINGER, 28.

<sup>263</sup> Re Bayer AG and Gist-brocades NV., (1976) CMLR D98.

<sup>264</sup> French State v. Société Suralmo, Ninth Report on Competition Policy, Brussels, 1980, 72-73.

<sup>265</sup> ALEXANDER, The EEC Rules of Competition, Deventer, 1973, 67.

<sup>266</sup> BELLAMY - CHILD, 83; GLEISS-HIRSCH, 105.

<sup>267</sup> BORK, Antitrust Paradox, 263.

<sup>268</sup> POSNER- EASTERBROOK, 732.

beklemedikleri ve amaçlarının sadece piyasada egemen güç olmak olduğundan şüphe yoktur. Piyasa paylaşmanın amacı, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasalarda, tek başlarına faaliyet göstermeleri, yani belirli bir bölge veya konuda tekelci firma gibi davranabilmeyi temindir, ki bu da, tüketicinin seçim hakkını ortadan kaldırılmasına yol açar<sup>269</sup>. Piyasa paylaşma anlaşmalarının ticarete etkileri ile tekelci firmanın ticarete etkisi arasında paralellik vardır. Bu sebepten, piyasa paylaşma anlaşmasının ticarete olumlu etkisi, tekelci firmanın etkisinden farklı değildir. Piyasada tekel durumundaki teşebbüslerin, dış baskı ve rekabetin yokluğundan yararlanmaları yoluna başvurmaları doğaldır. Bu da, üretimin düşürülerek fiyatların artırılması ve rakipsiz olmak nedeni ile de yeniliklere yönelmeye gerek duymamak gibi sonuçlar ortaya çıkarır. Fiyatın kontrolünün, firmaların eline geçmesi, verimlilik ilkesinin geri planda kalmasına yol açar. Bundan çıkan sonuçta, bu anlaşmaların ticarete olumlu etkisinin bulunmadığıdır<sup>270</sup>.

Diğer yandan, ticareti olumlu etkileme olan ihtisaslaşma, satış sonrası hizmet, verimliliğin gerçekleşmesi ancak piyasa ve ekonomik koşulların uygunluğuna bağlıdır. Piyasa paylaşma anlaşmaları ile ihtisaslaşmaya yol açma değil, ihtisaslaşma sonucu teşebbüslerin piyasalarında farklılaşmadan söz etmek daha doğru olabilir<sup>271</sup>. Teşebbüslerin farklı piyasalarda faaliyet göstermelerinin bir anlaşma sonucu mu, yoksa piyasa ve ekonomik şartlardan mı kaynaklandığının tesbiti hayli zor bir konudur. Belirli bir piyasada faaliyet gösterme, bir anlaşma sonucu ise, piyasa ve ekonomik şartlardan kaynaklanmayan bir durum söz konusu demektir. Bunun da, verimliliği artırması, nihai kullanıcının yararına olması mümkün değildir, çünkü bu piyasanın doğal gelişmesi sonucu ortaya çıkmamıştır. Halbuki, ihtisaslaşma, verimlilik, satış sonrası hizmet, rekabetin ortaya çıkardığı olgulardır. Rekabetin ortadan kaldırıldığı bir ortamda bunların gerçekleşmesi mümkün değildir. Diğer kartel anlaşmaları gibi, piyasa paylaşma anlaşmaları da, uzun dönemde ticareti olumsuz yönde etkiler<sup>272</sup>.

Amerikan Rekabet Hukukunda, piyasanın teşebbüsler arasında bölüşülmesini sağlayan anlaşmalar da, fiyatı kontrol ve tesbit anlaşmaları gibi değerlendirilir<sup>273</sup>. Rakip firmaların piyasayı bölüşmek için yaptıkları anlaşmaların hukuka aykırı olduğu Addyston Steel and Pipe kararına<sup>274</sup> dayanmaktadır. Firmaların herbirinin faaliyet bölgesinin belirlenmesi ve tarafların bu bölgelerde

---

<sup>269</sup> WHISH, 290.

<sup>270</sup> Aksi görüş için BORK, Antitrust Paradox, 264.

<sup>271</sup> BELLAMY - CHILD, 317; WHISH, 335-336; CUNNINGHAM, 55, 56.

<sup>272</sup> Re Solnhofer Natursteinplatten, OJ L 318, Tenth Report on Competition Policy, Brussels, 1980, 77.

<sup>273</sup> GELLHORN, 183.

<sup>274</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

rekabet etmemek hususunda anlaşmalarını, Yüksek Mahkeme, ticareti olumsuz yönde etkilenmesi olarak nitelendirmiştir. Taraflar arasındaki anlaşmanın fiyat kontrolüne ilişkin hükümler içermesi, Yüksek Mahkemenin, bu kararında önemli rol oynamıştır. Mahkeme, anlaşmanın tümünü değerlendirmiş ve sonuçta anlaşmanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Ancak, anlaşmanın sadece faaliyet bölgelerinin belirlenmesine dair hükümler içermesi halinde dahi, karar farklı olmayacaktır.

Timken Roller Bearing Co. kararı<sup>275</sup> da, bir Amerikan, iki Fransız ve bir İngiliz şirketinin uluslararası sürtünmesiz rulman piyasasını paylaşmaları ile ilgilidir. Amerikan şirketinin, diğerlerinin faaliyet bölgesine girmeme taahhüdüne karşılık, onlar da Amerika'da satış yapmayacaklardır. Ancak, aradaki anlaşmanın, üretim miktarına ve fiyat kontrolüne de ilişkin hükümler içerdiğinden, karar piyasa bölüşme anlaşmaları bakımından kesinlik getirmemiştir<sup>276</sup>.

Sealy, Inc. olayında<sup>277</sup> ise, çok sayıda yatak imalatçısı, Sealy ticari adı ile kurdukları şirketten bu adı kullanma hakkını almışlar ve Sealy adını kullanma hakkına karşılık olarak, her bir yatak imalatçısı belirli bir bölge dışında ve belirlenen fiyatın altında satış yapmamağı taahhüt etmiştir. Bidayet mahkemesi, davalıların fiyatı kontrol ettiklerini ve anlaşmanın Rekabet Hukukunu ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararı düzelterek onaylayan Yüksek Mahkeme, anlaşmanın piyasa paylaşmasını da düzenlediğini ve rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik anlaşmaların hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Sealy kararı da, piyasa bölüşme konusuna açıklık getirmek bakımından, öncekilerden farksızdır<sup>278</sup>.

Yatay bölgesel kısıtlamalara açıklık getirilerek, tereddütlerin ortadan kalkması, United States v. Topco Associates, Inc. davası<sup>279</sup> ile olmuştur. Yüksek Mahkeme, herhangi bir rekabeti kısıtlayıcı faaliyetin, fiyat tesbit ile birlikte olsun ya da olmasın, piyasanın paylaşılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Topco davasındaki olaylar, fiyat tesbit durumu dışında, Sealy davasına benzemektedir. Piyasadaki etkinlik oranı yüzde 6 civarında olan küçük bakkallar, Topco şirketini kurmuşlardır. Topco şirketi, Safeway, A & P gibi büyük mağazalar zinciri ile rekabet edebilmek için, kendi ürünlerini Topco markası ile ortakları aracılığı ile satmaya başlamışlardır. Topco şirketinin ortaklarının küçük bakkallar olması ve bunların kendi özel markalarını piyasada tanıtılmalarının ve mal satmalarının mümkün olmaması sebebi ile, Topco şirketi,

<sup>275</sup> Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 US 593, 71 S.Ct. 971 (1951).

<sup>276</sup> BORK, Antitrust Paradox, 271.

<sup>277</sup> United States v. Sealy, Inc., 388 US 350 (1967).

<sup>278</sup> NEALE - GOYDER, 72.

<sup>279</sup> United States v. Topco Associates Inc., 405 US 596 (1972).

malların tanıtma işini yüklenmiş ve mamullerinin sadece ortakları tarafından satılmasını sağlamıştır.

İlk derece mahkemesi, ortaklar dışındaki bakkallara, Topco ürünlerinin satılmamasının rekabeti kısıtlamak olmakla beraber, Topco ürünlerinin diğer markalar ile rekabetini geliştirici olduğuna ve anlaşmanın Rekabet Hukuku kurallarını ihlal etmediğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ise, ilk derece mahkemesinin kararını, anlaşmanın piyasayı bölüşmeyi amaçladığını ve rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan anlaşmaların olumlu yanlarının bulunmayacağı gerekçesi ile bozmuştur.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, piyasa paylaşma anlaşmaları, Topluluğun kuruluş amacına ters düşmeleri sebebi ile, daha sıkı denetime tabidir<sup>280</sup>. Topluluk üyesi devletler arasında, mal dolaşımını engelleyici sınırlamaların kaldırılması<sup>281</sup>, hizmet ve sermaye dolaşımının serbest bırakılmasından sonra<sup>282</sup>, Topluluk içinde serbest bir piyasanın gerçekleştirilmesi için, 85. maddede getirilen düzenlemeler, piyasa şartlarını bozucu faaliyetleri yasaklarken, 1. paragrafın (b) ve (c) bentlerinde, "piyasayı ve piyasa kaynaklarının bölüşülmesini", açıkça yasaklamıştır.

Avrupa Topluluğunun, farklı ülkelerden meydana gelmiş olması, piyasanın coğrafi esaslara ya da ülkelere göre bölünerek paylaşılmasını kolaylaştırmaktadır<sup>283</sup>. Ortak bir piyasanın gerçekleşmesini amaçlayan Roma Andlaşmasında, piyasa paylaşma anlaşmalarının, yasaklanmış olan anlaşmalar arasında sayılması, piyasanın bütünlüğünün korunmasına gösterilen özenin belirtisidir<sup>284</sup>.

Avrupa Topluluğunda, topluluğun yapısal özelliklerinin piyasa paylaşmasına uygun olması nedeni ile, iki tür uygulamaya oldukça sık rastlanır. Bunlardan ilki, her üye devlette faaliyet gösteren firmaların anlaşarak kendi ulusal piyasalarına başkalarının girmesini önlemeye yönelik anlaşmalardır. İkinci tür uygulamalar ise, teşebbüslerin diğer ülkelerdeki satıcılar ile yaptıkları, münhasır satıcılık sözleşmeleri ile, faaliyet bölgelerinin kısıtlanmasıdır.

---

<sup>280</sup> WHISH, 292.

<sup>281</sup> Roma Andlaşması madde 3(a).

<sup>282</sup> Roma Andlaşması madde 3(c).

<sup>283</sup> CUNNINGHAM, 55; ALEXANDER, 67.

<sup>284</sup> KERSE, EEC Antitrust Procedure, London, 1981, (Cumulative Supplement, London, 1984),§ 7.27.

Kinin karteli<sup>285</sup>, şeker karteli<sup>286</sup> olaylarında, üye devletlerde faaliyet gösteren şirketler, kendi ulusal piyasalarında diğer ülke şirketlerinin faaliyette bulunmalarını önlemek için anlaşmalar yapmışlardır. Her iki davanın olayları birbirine çok benzemektedir. Aradaki fark, kinin karteli olayında, sentetik kinin imalatının, sadece bir Fransız firmasınınca yapılacağı hususunda anlaşarak, piyasanın mal esasına göre de paylaşmalarında anlaşmaları, şeker karteli davasında ise, piyasayı bölgelere göre bölüşme anlaşmasının taraflarının, topluluk üyesi devletlerdeki ulusal şeker üreticileri birliklerinin oluşudur. Her bir ülkedeki üreticiler, kurdukları birlik tarafından temsil edilmişlerdir<sup>287</sup>. Bunun dışındaki hususlarda her iki olay, satış konusu mal haricinde aynıdır. Komisyon, gerek kinin kartelinin gerekse şeker kartelinin, piyasayı paylaşmak yolu ile ticareti etkilediğine ve uygulamaların hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

### **ccc. Münhasır Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Hukuku Bakımından Durumu**

#### **i. Genel Olarak**

Komisyon ve mahkeme kararları incelendiğinde, piyasayı yatay bölüşmeyi amaçlayan anlaşmaların, daha kapsamlı bir anlaşmanın bir bölümünü oluşturduğu gözlenir<sup>288</sup>. Bunlardan, münhasır satıcılık sözleşmeleri en tipik özellikler taşıyanıdır. Münhasır satıcılık sözleşmelerinde, piyasayı paylaşmaya yönelik hükümlerinde yer almalarına oldukça sık rastlanır. Münhasır satıcılık sözleşmeleri ile ilgili ilk husus, bu sözleşmeler ile en düşük satış fiyatının belirlenmesi halinde, bunun rekabeti kısıtlamak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Üretici ya da satıcı firma, toptancı ya da perakendeci olan alıcıya, satın aldığı malı, belirli bir fiyatın altında satmamak borcu yükleyebilir mi? Sorun, rekabetin dikey kısıtlanması izlenimini vermekte<sup>289</sup> ise de, Yüksek Mahkeme bu konuda önüne gelen ilk olayda<sup>290</sup>, üretici firmanın, sözleşme ile en düşük toptan satış fiyatını belirlemesini, toptancılar arasındaki rekabetin kısıtlanması olduğunu ve alt seviyede faaliyet gösteren satıcı firmanın satış

<sup>285</sup> Re Quinine Cartel, (1969) CMLR D67.

<sup>286</sup> Re The European Sugar Cartel, (1973) CMLR D76.

<sup>287</sup> Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663.

<sup>288</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898); Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663.

<sup>289</sup> EASTERBROOK, Maximum Price Fixing, 48 The University of Chicago Law Review 887 (1981).

<sup>290</sup> Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons Co., 270 US 373 (1911).

sözleşmesini dilediği fiyattan ve dilediği kişi ile yapma özgürlüğünün, münhasır satış sözleşmeleri ile kısıtlanamayacağına karar vermiştir<sup>291</sup>.

Albrecht kararında<sup>292</sup> ise, aynı görüş, en yüksek satış bedelini belirleyen bir gazete ile, belirlenen fiyatın üzerinde bedelle satış yapan gazete satıcısı arasındaki davada, tekrarlanmıştır.

Piyananın, üretici ile toptancılar arasında yapılan münhasır satıcılık sözleşmeleri ile bölüşülmesi meselesi ilk kez<sup>293</sup>, 1963 yılındaki White Motor Co. davası<sup>294</sup> ile ortaya çıkmıştır. White Motor firması, münhasır satıcılık sözleşmeleri ile, ürettiği kamyonların satışını yapan toptancıların faaliyet bölgelerini belirlemiş ve devlet ihalelerine toptancıların katılmaması şartını getirmiştir. White Motor Co. davasında esasa girmeden karar vermek zorunda kalan Yüksek Mahkeme, Schwinn davasında<sup>295</sup> aynı konuyu tekrar ele almıştır. Davalı olan Schwinn şirketi, büyük bir bisiklet üreticisidir. Toptancı ve perakendeciler ile yaptığı satış sözleşmelerinde, Schwinn marka bisiklet satıcılarının satış bölgelerini belirlemiştir. Yüksek Mahkeme, perakendeci ve toptancılar arasında piyananın bölgelere ayrılmasının ve marka içi rekabetin kaldırılmasının Shearman Kanununun 1. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

White Motor ve Schwinn davaları, Yüksek Mahkemenin kararından çok, davalıların savunmada ileri sürdükleri gerekçeler bakımından önemlidir. Davalılar, savunmalarında, münhasır satıcılık sözleşmeleri ile piyananın paylaşılmasının rekabeti kısıtlamaktan çok, rekabeti artırıcı olduğunu iddia etmişlerdir<sup>296</sup>. Davalılara göre, münhasır satıcılık sözleşmeleri ile, her bir satıcının faaliyet bölgesinin belirlenmiş olması, satıcıları belirli bölgelerde korumaya yöneliktir. Belirli bir bölgede sadece kendisinin satış yetkisine sahip olduğunu bilen satıcı, malların tanıtım, sergileme ve satış sonrası hizmet faaliyetlerini artıracaktır<sup>297</sup>. Bütün bu faaliyetler, belirli bir gider gerektirir. Piyananın bölgelere ayrılması, bu masraflar nedeni ile maliyeti artan satıcıların sergileme giderlerinden kaçınan satıcılara karşı korunmasını temin içindir<sup>298</sup>. Aksi takdirde,

---

<sup>291</sup> BECKER - PERRY - RHEINSTEIN, Resale Price Maintenance and the Anti-Trust Laws, 18 The University of Chicago Law Review 370 (1950).

<sup>292</sup> Albrecht v. Herald Co., 390 US 145 (1968).

<sup>293</sup> POSNER, The Rule of Reason and the Economic Approach on the Sylvania Case, 45 The University of Chicago Law Review 12 (1977).

<sup>294</sup> White Motor Co. v. United States, 372 US 252, 83 S.Ct.696 (1967).

<sup>295</sup> United States v. Arnold, Schwinn and Co. 388 US 365, 85 S.Ct. 1856 (1967).

<sup>296</sup> BORK, Antitrust Paradox, 271.

<sup>297</sup> EASTERBROOK, 8791, 892.

<sup>298</sup> BORK, Antitrust Paradox, 266; GYSELEN, Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider, Rationale Under EEC Competition, 21 CMLRev. 648 (1984).

tüketiciler, yetkili satıcıların sergiledikleri mallar arasından seçtikleri malları, bu harcamalardan kaçınan başka bir satıcıdan alarak, rekabet ortamını bozacaklardır. Piyasaya yeni giren teşebbüsler ile küçük firmaların, piyasada rekabet edebilmeleri için, münhasır faaliyet bölgelerinin tanınmasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür<sup>299</sup>.

Her ne kadar Schwinn davasında, davalılar görüşlerini kabul ettirememişler ise de, Yüksek Mahkemenin, Continental TV. Inc. v. GTE Sylvania Inc. davasında<sup>300</sup> görüş değiştirmesine ve Avrupa Topluluğu Hukukundaki gelişmelere önyak olmuştur<sup>301</sup>. Continental TV. Inc. davasında mahkeme, üretici ve toptancılar arasındaki münhasır satıcılık anlaşmalarının rekabete olumlu etkisinin de bulunabileceğini kabul etmiş ve sadece rekabeti engelleyici anlaşmaların hukuka aykırı olacağına karar vermiştir. Continental TV. Inc. kararında, Schwinn kararından dönüldüğü bildirilerek, münhasır satıcılık sözleşmelerinin hukuka aykırı olmasının, rekabeti fiilen engellemiş olmasına bağlı olduğuna karar verilmiştir<sup>302</sup>.

Schwinn ve White Motor davalarındaki savunmalar ile, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukundaki 1967 tarihli 67/67 sayılı tüzüğün<sup>303</sup> gerekçe bölümü arasında benzerlik vardır. 67/67 sayılı tüzüğün gerekçe bölümünde, münhasır satıcılık yetkisinin kabulü ile, malların pazarlanması ve dağıtımında daha rasyonelleşmenin sağlanacağı ve firmalar arasında arzulan rekabetin artacağı, satış sonrası hizmetlerde gelişmelerin kaydedileceği bildirilmektedir. Komisyon'a göre, münhasır satıcılık sözleşmesi, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin piyasada rekabet edebilmelerinin tek yoludur<sup>304</sup>. Küçük ve orta büyüklükteki firmaların rekabet gücünü artırma ve yeni mamullerin tanıtılması için satıcıların tanıtım faaliyetlerine yapacakları harcamaların belirli oranda güvence altına alınması görüşü, Schwinn şirketinin savunmasında olduğu gibi<sup>305</sup>, Komisyon'un yayınladığı, 67/67 sayılı tüzük ile bu tüzüğün yerine geçen 1983/83 sayılı<sup>306</sup> ve 1984/83 sayılı<sup>307</sup> tüzüklerin gerekçe bölümlerinde de tekrar edilmiştir<sup>308</sup>. 1983/83 ve 1984/83 sayılı tüzükler, yenilik olarak, küçük ve orta boy işletme kavramına objektif bir kriter getirmekte ve bunu yıllık ciroya göre

---

<sup>299</sup> POSNER - EASTERBROOK, 249.

<sup>300</sup> Continental TV. Inc. v. Sylvania Inc., 433 US 36, 97 S.Ct. 2549 (1977).

<sup>301</sup> GYSELEN, 6589.

<sup>302</sup> Continental TV. Inc. v. Sylvania Inc., 433 US 51, 97 S.Ct. 2562 (1977).

<sup>303</sup> 1967 JO 849 Special Edition 10.

<sup>304</sup> Regulation 67/67, Gerekçe Bölümü paragraf 6.

<sup>305</sup> United States v. Arnold, Schwinn and Co. 388 US 365, 85 S.Ct. 1856 (1967).

<sup>306</sup> Exclusive Distribution Regulations, No. 1983/83, (1983) OJ L 173/1.

<sup>307</sup> Exclusive Purchasing Regulations, No. 1984/83, (1983) OJ L 173/5.

<sup>308</sup> KORAH, Exclusive Dealing Agreements in the EEC., London, 1984, 3.

belirlemektedir<sup>309</sup>. Yıllık cirosu 100 milyon ECU'yü aşan firmalar, tüzüğün getirdiği ayrıcalıktan yararlanamayacaklardır.

Münhasır satıcılık sözleşmeleri ile piyasa paylaşmanın, Rekabet Hukuku bakımından eleştirisini yapmadan önce, eğer münhasır alım ve satım sözleşmeleri bir ayrıcalık yaratacak ise, bunun ciro esasına göre yapılmasının sakıncalı olduğunu belirtmekte yarar görmekteyiz. Sadece ciro esasına göre yapılacak bir ayırımın, yönetmeliklerin gerekçelerinde yer alan hususları tam olarak karşıladığı söylenemez. Amacın, satış sonrası hizmeti ve mal tanıtımını teşvik olarak belirtilmesine karşılık, sadece ciro kıstasının getirilmesi yeterli değildir. Ciro kıstasını karşılamamakla beraber, belirlenen amaçlar doğrultusundaki anlaşmaların ayrıcalıktan yararlanması mümkün olmayacaktır. Oysa, Sylvania davasından<sup>310</sup> çıkan genel ilkeler bu amacı gerçekleştirmeğe daha uygundur. Yüksek Mahkeme, üreticilerin piyasayı belirli bölgeler halinde, toptancı firmalar arasında bölüştürmesinin, rekabeti olumsuz etkilemesi halinde, hukuka aykırı olacağını kabul etmiştir. Mahkemeler, her olayda, piyasa koşullarını<sup>311</sup> ve anlaşmanın rekabete etkisini araştırmakla yükümlü olmalı<sup>312</sup>, sadece yıllık ciroyu tesbit ile yetinmemelidirler.

Kanımızca, 67/67 ve onun yerine geçen 1983/83 ve 1984/83 sayılı tüzüklerin gerekçe bölümlerine daha uygun somut kriterler önerilebilir. Biz bu amaç doğrultusundaki uygulamaların araştırılmasının daha uygun olduğuna inanmaktayız<sup>313</sup>. Münhasır satıcılık sözleşmelerinin, rekabetin yatay kısıtlanması amaç ve etkisinin belirlenmesinde, aşağıda belirteceğimiz üç olgunun araştırılması gerekmektedir.

- Bağımsız münhasır satıcılık sözleşmeleri ile piyasanın kontrol altına alınan kısmı, genel piyasa içinde önemli sayılacak miktarda mıdır, yoksa piyasanın küçük bir kısmını mı etkilemiştir?
- Münhasır satıcılık sözleşmesi ile faaliyet bölgeleri belirlenenler, tanıtım ve satış sonrası hizmet vermek faaliyetlerini üstlenmekte midirler, ve bunu fiilen yerine getirmekte midirler?
- Münhasır satıcılık sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra, üretim ya da piyasaya arz edilen mal miktarında artış gözlenmiş midir?

Bu üç husustan birine olumsuz cevap verilmesi durumunda, yani münhasır satıcılık sözleşmesi ile piyasanın büyük bir kısmının kontrol altına alındığı

<sup>309</sup> Regulation No. 1983/83 madde 3(b), Regulation No. 1984/83 madde 3(b).

<sup>310</sup> Continental TV. Inc. v. Sylvania Inc., 433 US 44, 97 S.Ct. 2552 (1977).

<sup>311</sup> POSNER, Antitrust Law, 165-166

<sup>312</sup> BORK, The Rule of Reason and Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, 834.

<sup>313</sup> POSNER, Sylvania Decision, 16; EASTERBROOK, Maximum Price Fixing, 890 dipnotu 20.



veya satıcıların tanıtma ve satış sonrası hizmet vermediği veya üretim miktarında düşüşün gözlemlendiği durumlarda, münhasır satıcılık sözleşmesi ile piyasanın paylaşılmasının ve rekabetin yatay kısıtlanmasının amaçlandığı sonucuna varmak gerekecektir.

## **ii. Münhasır Satıcılık Sözleşmeleri ile Üçüncü Kişilerin Faaliyetlerinin Kısıtlanmasında Komisyonun Yaklaşımı**

Münhasır satış sözleşmeleri ile üçüncü kişilerin faaliyetlerinin de kısıtlanması konusunda Komisyon'un tutumu ile, münhasır satıcılık bölgelerinin tahsisi konusundaki tutumu farklı olmuştur<sup>314</sup>. Münhasır satıcılık sözleşmeleri ile, satıcının alıcıya, belirli bölgelerde faaliyet göstermemek gibi mükellefiyetler yükleyebileceğini kabul eden Komisyon<sup>315</sup>, üçüncü kişilerin faaliyetlerinin kısıtlanması durumunu farklı şekilde değerlendirmektedir. Komisyon'a göre, satıcının alıcıya, üçüncü kişilere borç yükleme mükellefiyeti getirerek, mutlak korunan bölgeler yaratması anlaşmaya taraf olmayan kişilerin rekabet olanaklarını kısıtlamak teşkil eder<sup>316</sup>.

Komisyon'un, Wea-Filipacchi Music SA. kararı<sup>317</sup> bu konuda emsal teşkil etmektedir. Karara esas olan olay, Kinney grubuna ait Wea-Filipacchi Music SA. 'nın aynı gruba ait Warner Bross firmasının ürettiği plakları, Fransa'ya ithal etmesi ile başlar. Warner Bross şirketi ile yaptıkları anlaşma uyarınca, Wea-Filipacchi Music SA., müşterilerine gönderdiği mektupta, satın alacakları plakların Fransa dışına, özellikle Batı Almanya'ya ihraç edilmeme şartını bildirir. Batı Almanya'da, Warner Bross şirketinin plaklarını, Wea GmbH ithal etmektedir. Kendilerine icapta bulunulan perakende plak satıcılarının çoğu, Wea-Filipacchi SA. ile sözleşme imzalarlar. Bunlardan üç tanesi, Wea-Filipacchi şirketine, anlaşmanın 85. maddeyi ihlal ettiğini bildirirler. Olaya el koyan Komisyon, Fransız perakende plak satıcılarının, Fransa dışına plak satışının kısıtlanmasının, 85. maddenin 1. paragrafına aykırı bulmuş ve üçüncü kişilerin sözleşme yapmak özgürlüğünün sınırlanarak rekabetin kısıtlanmış olduğuna karar verir<sup>318</sup>.

Münhasır satıcılar ile borç ilişkisine giren üçüncü kişilerin faaliyetlerini kısıtlayan anlaşmaların, Rekabet Hukuku kapsamına alınması, ekonomik yararın kalkması düşüncesi ile açıklanabilir. Bu durumda, artık satış öncesi ve sonrası

<sup>314</sup> BELLAMY - CHILD, 226.

<sup>315</sup> GLEISS-HIRSCH, 163; MERKIN- WILLIAMS, 184.

<sup>316</sup> BELLAMY - CHILD, 234; GLEISS-HIRSCH, 164, 165; Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299,322, 342.

<sup>317</sup> Re Wea-Filippachi Music SA., (1972) CMLR D43.

<sup>318</sup> ibid. D47.

hizmetten söz etmek mümkün değildir. Üçüncü kişi durumundaki yeni alıcının, malı tekrar aynı ülkede veya Avrupa Topluluğu içinde başka bir ülkede<sup>319</sup> satmak veya kullanmak hakkı kısıtlanamaz.

### iii. Münhasır Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Hukuku İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

Münhasır satıcılık sözleşmelerini Rekabet Hukuku açısından değerlendirirken, kanımızca, ele alınması gereken ilk husus, üreticinin münhasır satıcılık sözleşmeleri ile, piyasayı toptancı ve perakendeci satıcılar arasında bölüştürmesi ile, toptancı ve perakendeci satıcıların piyasayı kendi aralarında paylaşmak üzere yaptıkları kartel anlaşmaları arasındaki farkın belirlenmesidir<sup>320</sup>. İlkinde, üretici ile satıcılar arasında, belirli bölgeler dışında satış yapmamak kaydı ile yapılan satış sözleşmeleri, ikincisinde ise, Rekabet Hukukunca yasaklanan piyasa paylaşma anlaşması vardır. Münhasır satıcılık sözleşmesi, satıcının birden çok kişi ile, ayrı ayrı yaptığı anlaşmalar olmakla birlikte, tek bir planın uygulanmasından başka bir şey değildir. Üreticinin birden çok kişi ile yaptığı bağımsız satış sözleşmeleri, bir bütün olarak ele alındığında, ortaya çıkan durum, kartel sözleşmelerinden farklı değildir. Her ne kadar, ilk satıcının istediği kişi ile dilediği fiyattan satış sözleşmesi yapmak hakkı varsa da, kişiye tanınan bu hak sözleşmenin karşı tarafının sözleşme özgürlüğünü kısıtlamak için kullanılabilir mi?

Eğer piyasanın rakip firmalar arasında paylaşılması hukuka aykırı ise, ki bu konuda ne bir tereddüt ne de bir tartışma mevcuttur, hukuka aykırı sonuca yönelmiş hükümlerin yok sayılması, sözleşme serbestisinin dışında kalır. Münhasır satıcılık sözleşmelerinin olumlu yanları olduğunu savunanlar, bunların olumsuz taraflarının da olduğunu kabul etmekle beraber, etkin bir pazarlama sisteminin geliştirilebilmesi ve tüketicilere daha iyi hizmet sunulabilmesi için münhasır satıcılık sözleşmelerinin gerekli olduğunu iddia etmişlerdir<sup>321</sup>. Ancak, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü münhasır satıcılık sözleşmeleri ile elde edilmek istenen, piyasanın toptancılar ya da perakendeciler arasında bölüşülmesini temindir. Ancak aynı sonuç, yani piyasanın paylaşılması, rakip teşebbüsler arasındaki bir anlaşma ile de gerçekleşebilir ve durum kartel sözleşmesi olarak nitelendirilir. Kartel sözleşmelerinin olumlu yanının olmadığı, tartışmasız kabul edilen gerçeklerden biridir<sup>322</sup>. Piyasanın rakip firmalar arasında paylaşılmasının, ticarete hiçbir olumlu katkısı olmadığı sebebi ile *per se* hukuka

<sup>319</sup> GLEISS-HIRSCH, 172.

<sup>320</sup> Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons Co., 270 US 373 (1911).

<sup>321</sup> POSNER, Antitrust Law, 154; MERKIN- WILLIAMS, 181.

<sup>322</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898); Tenth Report on Competition Policy, Brussels, 1981, 77.

aykırı olduğunu kabul etmek, aynı sonucun üretici ile yapılan münhasır satıcılık sözleşmesi ile gerçekleştirilmesine izin verilmesine engel oluşturur. Piyasanın, münhasır satıcılık sözleşmeleri ile paylaşılmasında tüketicinin yararı vardır, ancak bu kısıtlama kartel anlaşması sonucu olmuş ise zararlıdır şeklinde bir görüşün kabul edilemeyeceği açıktır.

Münhasır satış sözleşmelerindeki ikinci önemli sorun, korunan menfaat bakımındandır. Münhasır satıcılık sözleşmeleri ile kimlerin çıkarlarının korunduğunun belirlenmesi gereklidir. Üreticinin, toptancının en düşük satış fiyatını ya da faaliyet bölgesini tesbit etmesi, rasyonel bir davranış türü değildir. Üreticinin en fazla kazanç elde edeceği durum, marjinal giderin fiyata eşit oluncaya kadar üretimi artırması ve optimum verim elde edeceği noktaya ulaşmasıdır. Üretici, tüketiciye çok ender durumlarda, doğrudan mal satar. Satışının büyük bir bölümünü aracı firmalar yolu ile gerçekleştiren üreticinin üreteceği ve arz edeceği mal miktarı ile aracının, tüketiciye sattığı mal miktarı arasında doğrudan bağlantı vardır. Bu da bizi, araçlar arasındaki fiyat birliğini oluşturmağa yönelik her sözleşmenin, optimum miktarda mal üretmek de çıkarı olan üreticilerin aleyhine olduğu sonucuna götürür. Üreticinin çıkarı toptancıların ve perakendicilerin marka içi rekabet sonucu, satış miktarını artırmaktadır. Bunun da gerçekleşmesi, aracı firmaların rekabet sonucunda kâr oranlarını düşürmeleri ve dolayısı ile talebin artmasına bağlıdır.

Piyasa bölüşmeye yönelik ya da bu sonuc veren anlaşmalar bakımından durum farklı değildir. Her bir tüketiciye birden çok aracının mal satmağa çalışması, araçlar piyasasındaki rekabetin ortaya çıkışına neden olur. Bunun sonucunda da fiyat düşer ve talep artar. Kârını artırmayı amaçlayan rasyonel bir üreticinin, münhasır satıcılık sözleşmeleri ile piyasanın belirli bölgelerini kendi alıcısı durumundaki aracı firmalara tahsis etmesinde menfaati yoktur. Ancak bu tür satış sözleşmelerine de ticari hayatta sıkça rastlanır. Modern hayatta, üretim teknolojisinin hızla gelişmesi, üretimi ikinci plana itmiş ve pazarlama ve satış olgusunu ön plana çıkarmıştır. Üreticinin malı satabilmesi, toptancı ve perakendeci gibi araçlara bağlıdır. Münhasır satış sözleşmeleri, mal pazarlama faaliyeti gösteren toptancılar lehine bir sözleşme tipidir. Rekabetin ortadan kalkması ile, belirli bir bölgede tekel durumuna giren toptancı veya perakendeci, o sınırlı bölgede tekel gibi davranacak, tam rekabet piyasası kârı üzerinde kazançlar elde edecektir. Üreticinin, münhasır satış sözleşmesi hükümlerini kabulü, malını satmak için toptancıya olan bağımlılığında ve içinde bulunduğu zor ekonomik koşullardan kaynaklanmaktadır. Toptancılar, üreticiden, kendilerine tek yetkili satıcı oldukları bölgelerin tahsis edilmesi halinde, sözkonusu malın tüketicilere satılmasını işini üstleneceklerini, ya aralarında anlaşarak ya da diğerlerinin de aynı şekilde davranacağı bilinci ile talep ederler. İlkinde, toptancı karteli, ikincisinde ise, toptancılar arasında uyumlu eylemden

söz edilir. Münhasır satıcılık sözleşmeleri de, bu sonuca ulaşmada başvurulan yöntemlerden biridir.

Münhasır satıcılık sözleşmelerinin, dağıtım ve pazarlama şirketlerinin çıkarına olduğu, Komisyon'un 1983/83<sup>323</sup> ve 1984/23<sup>324</sup> sayılı tüzüklerinin gerekçe bölümünde de kabul edilmektedir. Üreticinin, kendi aleyhine hükümleri olan bir sözleşmeyi, hiç bir baskı olmadan, serbest iradesi ile kabul ettiği düşünülemez. Bu sebepten, üreticinin aleyhine olan bu gibi hükümlerin hukuka aykırılık nedeni ile yok sayılması<sup>325</sup> ve üreticinin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması engellenmesi gerekir.

Münhasır satıcılık sözleşmelerinin Rekabet Hukuku kurallarının dışında tutulması, Rekabet Hukukunun amaçlarına ters düşmektedir. Tüzüklerde de açıkça belirtildiği gibi, münhasır satış sözleşmeleri ile, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler korunmaktadır. Ancak Modern Rekabet Hukukunda amaç, 19.yüzyıl Jeffersonian felsefesinden farklı olarak, küçük ve verimsiz işletmelerin korunması değildir. Rekabet Hukukunun amacı, üretimin azalmasına yol açacak uygulamaları ortadan kaldırarak, tüketicilere daha fazla mal arz edilmesini sağlamaktır. Ancak, Avrupa Topluluğu Hukukunda, Tüzükler ile getirilen düzenlemelerde ve Amerikan Hukukundaki Sylvania kararında, işte bu olgu gözden kaçırılmıştır. Verimlilik esasına dayanan bir rekabet politikasında, "küçük ve orta büyüklükteki işletme" kavramına yer yoktur. Tüketicinin korunması ve toplumsal refahın gerçekleştirilmesi, verimlilik esasına göre çalışan işletmeler ile olur. Avrupa Topluluğu Hukukunda karşılaştığımız tüzükler Rekabet Hukukunun amacına ters düşen düzenlemeler getirmiştir.

## **cc. Dışlayıcı Anlaşmalar**

### **aaa. Genel Olarak**

Piyasada faaliyet gösteren firmaların, aralarındaki mevcut rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetlerinin yanı sıra, piyasaya yeni teşebbüslerin girmelerini önlemeleri de rekabetin yatay sınırlandırılmasını oluşturur<sup>326</sup>. Firmalar gerek fiyat anlaşmaları gerekse piyasa bölüşme anlaşmaları ile rekabeti ortadan kaldırarak piyasayı kontrol etmeği amaçlarlar. Rekabetin kısıtlanması ile beraber, fiyat, piyasadaki firmaların arzularına uygun olarak oluşacak ve firmalar rekabet piyasasında elde edebilecekleri kârın üzerinde kazançlar elde edeceklerdir. Ancak firmaların elde edeceği yüksek kâr, yeni firmaların piya-

<sup>323</sup> Exclusive Distribution Regulations, No. 1983/83, (1983) OJ L 173/1.

<sup>324</sup> Exclusive Purchasing Regulations, No. 1984/83, (1983) OJ L 173/5

<sup>325</sup> Roma Andlaşması madde 85 paragraf 2.

<sup>326</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 231, 233; NEALE-GOYDER, 58, 59.

saya çekebilir. Belirli bir piyasadaki yüksek kârlılık, o piyasaya yeni girişlere neden olacak ve aynı piyasada daha önceden faaliyet gösteren firmaların anlaşma ile elde etmek istedikleri avantajların kaybolmasına yol açacaktır. Piyasaya yeni firmaların girmesi, rekabetin tekrar ortaya çıkması anlamına geleceği için, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın etkisi uzun süreli olmayabilir. Rekabetin uzun dönemde kısıtlanması, piyasadaki firmaların yeni girişleri önlemeğe yönelik davranışları ile gerçekleşebilir<sup>327</sup>. Firmalar, tesbit edecekleri fiyatı, tekel fiyatının altında, daha başka bir ifade ile, yeni girişleri teşvik edecek miktarın biraz altında tutarak yeni firmalar bakımından piyasanın çekiciliğini ortadan kaldırırlar<sup>328</sup>, ya da, aralarında anlaşarak piyasaya yeni girmeğe çalışan firmalara karşı birlik halinde davranıp, onların rakip olmalarına engel olurlar<sup>329</sup>.

Firmaların bu ikinci türden davranışları da Rekabet Hukukunun kapsamına girer<sup>330</sup>. Rekabet Hukukunda, dışlayıcı uygulamalar olarak nitelendirilen faaliyetlerin içine sokulan grup boykotu ve ticari ilişkide bulunmama anlaşmaları, fiyat tesbit ve piyasa bölüşme anlaşmalarının doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Rekabeti dikey kısıtlaması sebebi ile, konumuzla doğrudan ilgili olmayan farklı fiyat uygulamaları<sup>331</sup> ve bağlantılı anlaşmalar<sup>332</sup> da dışlayıcı faaliyetler arasındadır. Rekabetin yatay kısıtlanmasına yol açan dışlayıcı faaliyetler genel olarak belirli bir piyasada faaliyet gösteren birden çok firmanın anlaşarak, teşebbüslere karşı birlikte davranarak, onların faaliyetlerini zorlaştırmaktadır.

Kanımızca, dışlayıcı anlaşmalar rekabetin kısıtlanmasını kolaylaştırdığı<sup>333</sup> ve ticari hayattaki fırsat eşitliğini engel teşkil ettiği için Rekabet Hukuku kapsamına alınmıştır. Rekabeti yatay kısıtlayan anlaşmaların en belirgin özelliği, bunların rekabeti kısıtlayıcı diğer anlaşmaları tamamlar nitelikte olmasıdır. Dışlayıcı anlaşmalar, çeşitli şekillerde ve konularda yapılabilir ve Rekabet Hukuku kurallarının kapsamına giren dışlayıcı anlaşmalar, rekabeti kısıtlamak

---

<sup>327</sup> POSNER, Antitrust Law, 210; SWANN, Competition and Consumer Protection, Middlesex, 1979, 42.

<sup>328</sup> SULLIVAN, Economics and More Humanistic Disciplines: What are the Sources of Wisdom for Antitrust, 125 University of Pennsylvania Law Review 1228, 1229 (1977).

<sup>329</sup> SWANN, Competition and Consumer, 106; AREEDA, Antitrust Analysis, 539, 540.

<sup>330</sup> POSNER, Antitrust Law, 207; AREEDA, ibid 527-541; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 256; BORK, Antitrust Paradox, 334.

<sup>331</sup> Farklı fiyat tekelleşme veya tekel gücünü kullanılmada başvuru, fiili tekel durumunda olan firmanın piyasadaki etkinliğinden yararlanarak, alıcı durumundakilere malını farklı fiyatlardan arz etmesidir.

<sup>332</sup> Bağlantılı anlaşmalarda satıcı firma, satış sözleşmesi ile ilgili olmayan şartları alıcı firmaya yükler. Örneğin, A malının B malından da (x) miktarda almak kaydı ile satılması gibi. Bağlantılı anlaşmalar rekabetin dikey sınırlanması halini oluşturur. POSNER, Antitrust Analysis, 171.

<sup>333</sup> POSNER, Antitrust Law, 207; SWANN, Competition and Consumer, 44.

ya da kısıtlama durumunu devam ettirmeğe yönelik olanlardır<sup>334</sup>. Rekabeti kısıtlamak amacına yönelik anlaşmaların yanı sıra, piyasa koşullarını geliştirmeğe yönelik dışlayıcı anlaşmalarında yapılması mümkündür. Örneğin, belirli bir piyasada faaliyet gösteren firmalar, yanıltıcı ve doğru olmayan reklamlar yapan firmaların ticari birliklere alınmaması konusunda anlaşabilirler<sup>335</sup> veya bu gibi firmaların faaliyetlerinden üçüncü kişilerin, ki genelde bunlar tüketicilerdir, haberdar edilmesine karar verebilirler. Böyle bir durumda, rekabetin kısıtlanmasından çok, genel yararın korunması söz konusudur<sup>336</sup>. Rekabet Hukukuna konu olan dışlayıcı faaliyetler çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilirler.

### **bbb. Farklı Seviyede Faaliyet Gösteren Firmalar Arasındaki Dışlayıcı Faaliyetler**

Piyasanın kontrol altına alınması, ya da yeni teşebbüslerin piyasaya girişine engel olmak için, farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüs gruplarının, anlaşmış olması gerekebilir<sup>337</sup>. Belirli bir teşebbüs grubunun, piyasa payının büyük bir kısmını elinde tutmasına rağmen, piyasaya yeni girişleri engelleyememe durumu, malın homojen, marka bağımlılığının bulunmadığı ve piyasa giriş engellerinin düşük olduğu piyasalarda gözlenir. Bu durumda, piyasaya yeni teşebbüslerin girmesine mani olarak rekabetin kısıtlanması, farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında yapacakları anlaşmalara bağlıdır<sup>338</sup>.

Örnek ile açıklarsak, yüz üretici ve bin toptancı firmanın yer aldığı bir piyasa varsayımında, toptancıların tümünün katılacağı bir ticari teşekkül kurulmuş olsa dahi, toptancıların yeni ortaya çıkacak, binbirinci toptancının toptan mal satış piyasasına girmesini önlemeleri mümkün değildir. Eğer toptancılar, tam rekabet piyasası kârı üzerinde bir kazanç elde etmek isterlerse, toptancı olarak piyasaya girmeğe çalışacak yeni firmalar bulunacaktır. Aynı şekilde benzer bir durum, yüz üreticinin bulunduğu bir piyasada da görülür. Bu durumda, üreticiler birliği ile toptancılar birliği anlaşarak, üreticilerin binbirinci toptancıya mal satmamasına ve toptancılarında yüzbirinci üreticiden mal satın almamalarını kararlaştırabilirler. Anlaşma, her iki piyasaya da yeni teşebbüslerin girmelerini önlemeye yönelik olduğundan, fiyat tesbit anlaşmaları kadar

<sup>334</sup> POSNER, Antitrust Law, 208.

<sup>335</sup> SWANN, Competition and Consumer, 45; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 246.

<sup>336</sup> BORK, Antitrust Paradox, 333; GELLHORN, 191.

<sup>337</sup> NEALE - GOYDER, 59; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 232; TURNER, Cooperation Among Competitors, 61 Northwestern University Law Review 870, 871 (1967); WHISH, 465.

<sup>338</sup> POSNER, Antitrust Law, 202; NEALE - GOYDER, 59.

etkilidir<sup>339</sup>. Rekabeti kısıtlamaya yönelik gruplararası karşılıklı sözleşmeler, Rekabet Hukuku kurallarının yürürlüğe girdiği tarihten beri hukuk dışı kabul edilmiştir<sup>340</sup>.

1903 tarihli Montagne and Co. davasında, Los Angeles şehri ve civarında faaliyet gösteren toptan seramik yer döşemesi ve şömine toptancıları bir ticari birlik kurmuşlar ve seramik yer döşemesi üreticileri birliği ile anlaşarak, toptancılar birliğine üye olmayan toptancılara satış yapılmasını önlemişlerdir. Davacı, Los Angeles şehrinde seramik toptancısı idi ve toptancılar birliğine üye değildi. Her iki birlik ve üyeleri aleyhine açtığı davada, birlikler arası anlaşmanın kendisinin piyasada rekabet etmesini engellediğini iddia etmiştir. Yüksek Mahkemenin kararını açıklayan Hakim Peckham'a göre, üreticilerin davacıya mal satmayı reddetmesi, davalılar arasında yapılan anlaşma sonucudur. Rekabet hayatını doğrudan etkilemeye yönelik bu tip anlaşmalar, Shearman Kanununa açıkça aykırıdır<sup>341</sup>.

Standart Sanitary Manufacturing Co. davası<sup>342</sup> da, Montagne and Co. davası gibi değerlendirilmiştir. Her ne kadar Standart Sanitary Manufacturing Co. davasında patent hakkı da işin içine girmiş ise de, diğer bulguların benzerdi, şöyle ki, ilk davadaki seramik döşeme malzemesi yerine bu davada emaye sıhhi tesisat malzemesi söz konusu olmuştur. Mahkeme, "ticari birlikler arasında yapılan, üçüncü kişileri piyasadan uzak tutmayı amaçlayan anlaşmaların hukuka aykırı olduğunu daha önceki (Montagne and Co. v. Lowry) kararımızda belirtmiştik"<sup>343</sup> ifadesi ile, bugüne kadar geçerliliğini koruyan kurallar getirmiştir<sup>344</sup>.

Teşebbüs birliği veya farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerin aracılığı ile, gruba dahil olmayanların piyasadaki faaliyetlerine engel olucu anlaşmalar yapmalarına Avrupa Topluluğunda da rastlanmıştır. Frubo v. Commission davasında<sup>345</sup>, Hollanda Meyve İthalatçılar Birliği ile Hollanda Meyve Toptancılar Birliği, narenciye satışlarının sadece Rotterdam borsasından yapılacağı hususunda anlaşmışlardır. Böylece, ithal ettiği narenciyeyi Rotterdam borsasında satmayan ithalatçıların mallarının toptancılar tarafından pazarlanması engellenilmek istenmiştir. Adalet Divanı, bu anlaşmanın rekabeti engellediğini

---

<sup>339</sup> GELLHORN, 192.

<sup>340</sup> BORK, Antitrust Paradox, 334 ; GELLHORN, 193, 194.

<sup>341</sup> W.W. Montague and Co. et al. v. E.S. Lowry et al., 193 US 45, 48, 24 S.Ct. 309, 310 (1903).

<sup>342</sup> Standart Sanitary Manufacturers Co. v. United States, 226 US 20, 33 S.Ct.9 (1912).

<sup>343</sup> ibid. 226 US 48, 33 S.Ct.15 (1912).

<sup>344</sup> NEALE - GOYDER, 60, 61.

<sup>345</sup> Case 71/74 FRUBO v. Commission, (1975) ECR 563.

ve topluluk içinde mal dolaşımını kısıtladığı gerekçesi ile anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına girdiğine karar vermiştir<sup>346</sup>.

Dışlayıcı anlaşmalar, farklı seviyelerde<sup>347</sup> ya da farklı piyasalarda<sup>348</sup> faaliyet gösteren teşebbüslerin üyesi oldukları teşebbüs birlikleri arasında da yapılabilir. Van Katwijk olayında Belçika Boru İmalatçıları Birliği ile Hollanda Boru İmalatçıları Birliği üyelerinin diğer ulusal piyasalarda faaliyet göstermeyeceklerine dair yaptıkları anlaşma, piyasanın yatay bölüşülmesini gerçekleştirirken, farklı seviyede faaliyet gösteren toptancı ve perakendeci gibi teşebbüslerin rekabet olanaklarını kısıtlamıştır. Piyasa bölüşülmesi ve grup dışındakileri dışlama için yapılan daha geliştirilmiş bir anlaşma modeline Şeker Karteli davasında<sup>349</sup> rastlanır. Şeker üreticileri birlikleri, anlaşarak piyasayı bölüşmek ile kalmamışlar, kendi ülkelerindeki toptancı ve ihracatçı birlikleri ile anlaşarak başka ülkelerdeki ithalatçı ve toptancılara şeker satılmasını engellemişlerdir.

### **ccc. Piyasadaki Temel Girdileri Elinde Tutan Teşebbüsler Arasındaki Dışlayıcı Anlaşmalar**

Piyasa şartlarının uygun olması halinde, aynı seviyede faaliyet gösteren teşebbüsler anlaşarak, piyasaya yeni gireceklere engel olabilirler ya da grup kurallarına uymayanların<sup>350</sup> piyasadaki faaliyetlerini engelleyebilirler<sup>351</sup>. Teşebbüslerin, rakiplerinin faaliyetlerini engelleme gücüne sahip olmamaları halinde, bunların farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerle anlaşarak bu sonucu elde edebileceklerini belirtmiştik. Piyasaya giriş engellerinin yüksek olduğu piyasalarda, teşebbüsler arasındaki dışlayıcı anlaşmaların başarılı olma ihtimali yüksektir. Endüstrinin ve ticari hayatın temel girdilerini elinde tutan teşebbüsler arasındaki dışlayıcı anlaşmaların etkili olma için farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin de buna katılmış olması gerekmektedir<sup>352</sup>.

Örneğin, şehrin tek havaalanı veya tren terminalinden<sup>353</sup> yararlanma durumunda, piyasaya yeni girme hazırlığında olacaklar ya kabul ya da red edile-

<sup>346</sup> ibid. (1975) ECR 573-574.

<sup>347</sup> Belgian Central Heating, OJ (1972) L 264/22, (1972) CMLR D130. Şehir şebeke suyu satıcıları birliği, çamaşır makineleri üreticileri ve montajcılar birliği arasında yapılan ve üreticiler birliğine birliğine üye olmayan üreticilerin mallarının şehir şebeke suyuna bağlanmaması konusunda yaptıkları anlaşma.

<sup>348</sup> Re Van Katwijk NV. OJ (1970) L 242/18, (1970) CMLR D43.

<sup>349</sup> Case 40/73 Suiker et al. v. Commission, (1976) ECR 1663.

<sup>350</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 245.

<sup>351</sup> BORK, Antitrust Paradox, 333.

<sup>352</sup> NEALE - GOYDER, 61; POSNER, Antitrust Law, 208.

<sup>353</sup> United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 US 383 (1912).



ceklerdir. Bu şekil dış etkinliklere sahip teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin fiili tekelden hiçbir farkı yoktur, hatta bazen fiili tekeldirler<sup>354</sup>. Bazı durumlarda, yeni teşebbüslerin piyasaya girişini kontrol yetkisi teşebbüs birliklerine kanunen verilmiş olabilir. Örneğin, eczane açacakların mesleki teşekküllere kayıtlı olması gibi. Bu durumda rekabet kısıtlanmakta ise de, kamu yararı bakımından böyle bir sınırlama haklı görülmüştür<sup>355</sup>. Ancak, mesleki teşekküle kabul işleminde, takdir hakkının söz konusu olması halinde, yani objektif şartların yanı sıra sübjektif durumların da kabulde etkili olması, sübjektif şartların kamu yararından kaynaklanmamakta olması sebebi ile, bu uygulamanın Rekabet Hukuku uygulamasından kurtulması mümkün değildir<sup>356</sup>. Objektif şartları yerine getirenlerin piyasaya sokulmaması, haklı bir nedene dayanmadığından, rekabetin kısıtlanması şeklinde, hukuka aykırı<sup>357</sup> bir durumun ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Rekabet Hukuku kurallarına göre, piyasadaki sınırlı kaynakları ellinde bulunduran teşebbüslerin, rakip olmaya aday teşebbüslerin, bu kaynaklardan makul bir karşılıkla yararlanmasına izin vermesi gerekmektedir. Bu konudaki *Associated Press v. United States* kararı<sup>358</sup> emsal niteliğindedir. *Associated Press* (AP), 1200 gazetenin üye olduğu bir haber ajansıdır. Kuruluş sözleşmesine göre, kuruluşa üye hiçbir gazete bölgelerindeki haberleri başka bir haber ajansına satmayacak ve AP 'den aldığı haberleri de yayından önce kuruluşa üye olmayan hiçbir gazeteye vermeyecektir. Yeni üyeliğe kabul için ise, üyelere herhangi biri ile rekabet etmemekte olma şartı aranmakta ve yeni girenler, giriş aidatı olarak da, *Associated Press* kurulduğu tarihten, 1900 yılından, o güne kadar aidatların toplamını ödemek zorundadırlar.

*Associated Press*, savunmasında, piyasaya yeni girenlerin başvurabilecekleri başka haber ajanslarının bulunduğunu ve yıllardır, kuruluşa üye olmadan faaliyetlerini sürdüren gazetelerin bulunduğunu ileri sürmüştü de, Yüksek Mahkeme, A.B.D.'de yayımlanmakta olan sabah gazetelerinin yüzde doksanaltısının kuruluşa üye olduğunu tesbit etmiştir. Yüksek Mahkeme kararda, *Shearman* Kanununun benzer faaliyetlerde bulunan bağımsız teşebbüslerin, ortak bir planın tarafları olarak ticari rekabet olanaklarının azaltılmasını yasakladığını ve böyle bir plana dahil teşebbüslerin başarılarının kişisel tecrübe ve bilgiden kaynaklanmadığını ve bu şekilde piyasada gerçekleştirilen etkinliğin,

---

<sup>354</sup> NEALE - GOYDER, 61.

<sup>355</sup> *Nankin Hospital v. Michigan Hospital Service*, 361 F. Supp. 1199, 1207 (1973).

<sup>356</sup> BODNER, *Antitrust Restrictions on Trade Association Membership and Participation: Recent Developments*, 24 *New York Law School Review* 907, 913 (1979).

<sup>357</sup> *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 US 341, 83 S.Ct. 1246 (1963).

<sup>358</sup> *Associated Press v. United States*, 326 US 1 (1945).

kanunsuz bir birleşmenin yarattığı güçten kaynaklandığını belirtmiştir<sup>359</sup>. Mahkemeye göre, firmaların tecrübe ve bilgi dışında, anlaşarak etkinlik elde etmeleri Rekabet Hukuku kurallarına aykırıdır. Shearman Kanununun öngördüğü piyasa kavramı, teşebbüslerin rekabet koşulları içinde üstünlüklerini bilgi ve tecrübeye dayandırmalarını gerektirmektedir.

Kuruluşa kabul edilmeyen firmaların, kuruluş dışı kaynaklardan haber satın alma olanağının bulunmasının, rekabetin kısıtlanması olgusunu ortadan kaldırmayacağını ileri süren Yüksek Mahkeme, patent hakkı sahibi gibi hukuken korunan tekel hakkı sahiplerinin de, piyasadaki belirli bir şey üzerinde kontrole sahip olmalarına rağmen, ikame malların bulunması sebebi ile, ancak kısmi kontrole sahip olduklarını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, Associated Press'in kuruluşu, üyeler arasındaki rekabeti kısıtlaması nedeni ile hukuka aykırıdır<sup>360</sup>. Böylece, teşebbüs birliklerine kabulde, rakipleri dışlamaya yönelik, rekabeti etkileyici şartların yer alamıyacağı ilkesi kabul edilmiştir<sup>361</sup>.

Ticari kuruluş üyeliğine kabul edilmemenin, hukuka aykırı bir karar olması için, kuruluşun fiili tekel olmasına gerek yoktur<sup>362</sup>. Kuruluşun üyelerine, üye olmıyanlara sağlanmayan belirli avantajları sağlamakta olması yeterlidir<sup>363</sup>. Kuruluşun üyelerine böyle bir ayrıcalık sağlayabilmesi de piyasadaki kaynakların kısıtlı olmasına bağlıdır. Ancak, sağlanan bu avantajın kuruluş dışındakilerin faaliyetlerinin devamına engel olacak miktarda olması da şart değildir<sup>364</sup>. Birliğin, üyelik başvurularını reddetmesinin, Rekabet Hukuku kapsamına giren bir dışlayıcı faaliyet olabilmesi için, rekabet olanaklarının az da olsa etkilenmiş olması yeterlidir. Diğer yandan, kuruluş faaliyetlerinin herkese açık olduğu durumlarda da, kuruluşun herkes için geçerli düzenlemeler getirmesi rekabet ortamının kısıtlanması olmayacağından Rekabet Hukuku kaidelerinin dışında kalır<sup>365</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerinde, teşebbüslerin kartelin hükümlerine uyulmasını teminde, dışlayıcı davranışlar bir yöntem olarak gelişirken, Avrupa Topluluğunda bu, aynı oranda bir gereksinme olarak ortaya çıkmamıştır. Avrupa Topluluğunda, üyelerin farklı unsurlardan oluşmasının getirdiği dil, kültür ayrılıkları, etkileri asgariye indirilmeye çalışılan fakat hala var olan bürokratik

<sup>359</sup> ibid 16-17.

<sup>360</sup> AREEDA, Antitrust Law, c.VII, 346.

<sup>361</sup> BORK, Antitrust Paradox, 342. Bork, bu kararı, Rekabet Hukukunun amaçları ile ilgili olmadığı gerekçesi ile eleştirmekte ve Rekabet Hukukunun eşitliği sağlamak gibi bir amacı olmadığını ileri sürmektedir.

<sup>362</sup> Associated Press v. United States, 326 US 21 (1945);

<sup>363</sup> BODNER, Antitrust Restriction, 910, 911.

<sup>364</sup> NEALE - GOYDER, 63.

<sup>365</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

engeller, mahalli teşebbüslerin kendi piyasalarındaki etkinlikleri, piyasa hakimiyetlerini sürdürmelerine yardımcı olmakta ve yeni gelebilecek rakipleri piyasa dışında tutabilmek için dışlayıcı anlaşmalara başvurmayı gereksiz kılmaktadır. Gene de, mahalli piyasaların, yabancı firmaların rekabetinden korunabilmesi için, dışlayıcı anlaşma yoluna başvurulduğu görülür<sup>366</sup>. Nitekim, yabancı teşebbüslerin faaliyetlerini engelleme veya zorlaştırmak için çeşitli yollar denenmiştir. Örneğin, Belgian Central Heating davasında<sup>367</sup>, yabancı firmaların faaliyetlerine engel olmak için Belçika Standartlar Enstitüsü onayını almamış olan yabancı firmaların mamullerinin piyasadan dışlanması öngörülmüştü.

German Ceramic Tiles Discount anlaşmasında<sup>368</sup> ise, Batı Alman seramik üreticilerini, yabancı menşeli malların Batı Almanya 'daki rekabetinden korunmak istemişlerdi. Anlaşmanın konusu, satış miktarı ile orantılı olarak fiyat indirimleri yapılması idi. Firmaların sipariş miktarı ile ilgili olarak, ayırma, paketleme ve nakliye giderlerindeki azalmadan dolayı, satış miktarı ile orantılı olarak fiyatta indirim yapmaları sıkça rastlanan bir uygulamadır<sup>369</sup>. Ancak German Ceramic anlaşmasında, Batı Alman seramik üreticileri, Alman üreticilerinden yılda belirli bir miktarın üzerinde seramik satın alan Batı Alman toptancı ve perakendecilerine, inşaat müteahhidlerine fiyat indirimini yapacağını ilan etmiş ve İtalyan menşeli seramik mamullerin, Batı Almanya piyasası dışında tutmağa çalışmıştır. Firmaların birbirlerinden bağımsız olarak fiyat indirmeleri rekabetin gelişmesine yardımcı ise de, kolektif olarak fiyat indirme oligopolistik piyasada fiyat rekabetini engellemek ve Batı Alman teşebbüslerini yabancı üreticilere karşı korumak için yapılmıştır<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> SWANN, Competition and Consumer, 42, 178.

<sup>367</sup> Re Belgian Central Heating Agreement, OJ (1972) L 264/22, (1972) CMLR D42.

<sup>368</sup> Re German Tiles Discount Agreement, OJ (1971) L 10/15, (1971) CMLR D6.

<sup>369</sup> GOLD - McGRATH, Functional Discounts Under the Robinson Pactman Act: The Standard Oil Decision, 67 HLR 294 (1953).

<sup>370</sup> KORAH, Introduction, 67; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, 252.

### ddd. Boykot Anlaşmaları<sup>371</sup>

Dışlayıcı faaliyetlerden en önemlisi ve en çok dikkat çeken, şüphesizki, kolektif boykotlardır<sup>372</sup>. Buraya kadar incelenen dışlayıcı anlaşmalarda teşebbüslerin oluşturdukları ticari kuruluşlara, grup dışındakilerin kabul edilmemesi ve kuruluşun sağladığı ayrıcalıklar ile üyelerin haksız bir avantaj elde etmesi söz konusu edilmiştir. Rakip firmaların piyasalardaki faaliyetlerinin kısıtlanması, ya yukarıdaki gibi, kuruluşların olanaklarından yararlanacak kişiler listeleri (üyeler listesi) ya da kendileri ile ticari ilişkiye girilmesi yasaklanan kişiler listesi (kara listeler) ile yapılabilir<sup>373</sup>. Rekabeti kısıtlamakta hangi yöntemin uygulanacağı, rekabeti kısıtlamayı amaçlayanların, şartlara göre yapacağı seçim sonucu belirlenir. Piyasadaki firmaların belirli oldukları durumlarda, yeni firmaların girişini kontrol etmek için, üye listelerinin yayınlanması ve grup faaliyetlerinden sadece üyelerin yararlanmasının sağlanması daha uygun bir yöntem olarak belirirken, grup kararlarına uymayanların rekabet olanaklarını kısıtlamak için, kara listelerin yayınlanması ve kara listelerdeki firmaların boykot edilmesi grubun amaçlarına daha uygundur<sup>374</sup>.

Rekabetin, üye listeleri veya kara listelerle yolu ile kısıtlanması arasında hiçbir fark yoktur. Bunlar bir madalyonun iki yüzü gibidir. Rekabetin kolektif boykotlarla kısıtlanması da, Rekabet Hukuku kurallarının uygulama alanı içine girer<sup>375</sup>. Boykot durumunda, diğer dışlayıcı anlaşmalarda olduğu gibi, boykot edenlerin bunu hangi nedenlerden veya gerekçelerden dolayı yaptıkları önemli değildir. Hatta, boykot edenleri buna iten nedenler, haklı dahi olsa, örneğin,

---

<sup>371</sup> Rekabetin boykot anlaşmaları ile yatay ya da dikey kısıtlanması farklı kurallara tabidir. Teşebbüsler arasında dikey bir ilişkinin, yani alıcı satıcı gibi bir ilişkinin söz konusu olduğu durumlarda, boykotun rekabeti kısıtlanmasından başka, örneğin satıcının, borcunu yerine getirmemekte direnen ya da ödeme gücü içindeki alıcılara karşı korunması gibi bir fonksiyonu da bulunabilir. Böyle durumların, rekabetin yatay kısıtlanmasına yol açan boykot anlaşmaları ile aynı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebepten, rekabetin yatay ve dikey kısıtlanmasına yol açan boykot anlaşmalarının birbirlerinden ayrılması gerekir. Rekabetin dikey kısıtlanması etkisi veren boykot anlaşmaları konumuz dışında kalır. Burada incelenecek olan sadece yatay kısıtlamaya yol açan boykot anlaşmalarıdır.

<sup>372</sup> BORK, Antitrust Paradox, 334; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 229; POSNER, Antitrust Law, 207.

<sup>373</sup> NEALE - GOYDER, 65.

<sup>374</sup> ibid 66.

<sup>375</sup> WHISH, 88, 168; GLEISS-HIRSCH, 113-114; BORK, Antitrust Paradox, 331-334; AREEDA, Antitrust Analysis, 496.

boykot edilenlerin mesleki adaba aykırı veya haksız davranışları şeklinde de olsa, bu boykotu haklı hale getirmez<sup>376</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, Eastern State Lumber Dealer's Association davasında<sup>377</sup>, tüketiciye doğrudan satış yapan toptancıların isimlerinin, kuruluşca tesbit edilip, üyeleri olan kereste imalatçılarına bildirmesini grup boykotu olarak nitelendirmiştir. Paramount Lasky Corporation v. United States davasında<sup>378</sup>, film prodüktörleri ve dağıtıcıları, film satış sözleşmesindeki genel işlem şartlarını standart hale gelmesi için anlaşmışlardır. Sözleşme şartlarının ihlal edilmesi halinde, çekişmenin hakem aracılığı ile halledilmesi ve hakem kararına uymayanların da, boykot edilmesi konusunda anlaşmışlardır. Mahkeme, davalıların, sözleşme şartlarının makul olduğu ve film endüstrisinin korunması için gerekli olduğu iddialarını reddetmiş ve:

"Hakem yolu, film endüstrisinin gereksinimlerini karşılamak için uygun bir usul olabilir, ancak tarafların rekabeti kısıtlamak için olağan olmayan anlaşmalar ile hakem yolunu teminat altına almaya çalışmaları hukuka aykırıdır. ... Kanun neyin iyi, neyin kötü olduğunu, hangi faaliyetin serbest bırakıldığını, hangisinin yasaklandığını belirlemiştir ve taraflar iyi niyetli veya haklı dahi olsalar anlaşmalar yapılarak bunlar değiştirilemez"<sup>379</sup> demiştir.

1941 yılında karara bağlanan Fashion Originators Guild of America (FOGA) v. Federal Trade Commission davasında<sup>380</sup> da, bu görüş tekrar edilmiştir. Tarafların kötü ve haksız uygulamalara karşı müşterek davranmakta haklı nedenleri olsa dahi, bu grup boykotunu haklı kılmaz. FOGA davasında, kumaş üreticileri birliği ile elbise üreticileri birliğinin yaptıkları anlaşmaya göre, elbise üreticileri, kumaş üreticileri birliği üyelerinin, kendi desenlerini kopya eden kumaş üreticilerinden kumaş satın almayacaklar ve kopya desenli kumaştan yapılmış mal satan perakendecilere de mal satmayacaklardır. FOGA'ya göre, desen korsanlığı hukuka aykırı bir fiildir ve toplumun, endüstrinin zarar görmesine yol açar. FOGA, kopya desenli kumaştan yapılmış elbiseleri satan firmaları tesbit etmek için bir sistem geliştirmiş ve bu firmaları listeler halinde yayınlamıştır. Mahkemenin kararını bildiren Hakim Black, boykotun hukuka

---

<sup>376</sup> Paramount Famous Lasky Co. v. United States, 282 US 30, 51 S.Ct. 42 (1930); Fashion Originator's Guild of America (FOGA) v. Federal Trade Commission, 312 US 457, 61 S.Ct. 703 (1941)

<sup>377</sup> Eastern States Lumber Dealers Association v. United States, 234 US 600 (1914).

<sup>378</sup> Paramount Famous Lasky Co. v. United States, 282 US 43, 51 S.Ct. 45 (1930)

<sup>379</sup> ibid.

<sup>380</sup> Fashion Originator's Guild of America (FOGA) v. Federal Trade Commission, 312 US 463, 61 S.Ct. 706 (1941)

aykırı bir fiil olduğu ve bunu haklı gösterecek hiçbir sebebin bulunamayacağını bildirmiştir. Hakim Black'e göre,

"Desen hırsızlığını haksız fiil (haksız rekabet) teşkil etmesi, davalıların biraraya gelerek, ticareti kontrol etmek için anlaşmaları ve rekabeti kısıtlamalarına gerekçe teşkil etmez."<sup>381</sup>

FOGA, bir yandan desen kopyasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmekte, diğer yandan ise kuruluş üyesi olmayan teşekküllerin, rekabet olanaklarını kısıtlayarak, hakkını hukuka aykırı bir şekilde korumaya çalışmaktadır. FOGA'nın, ya da deseni kopya edilen hak sahibinin, haksız rekabet davalarından yararlanmak yerine, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması, Rekabet Hukuku kurallarını harekete geçmesine neden olmuştur<sup>382</sup>. FOGA kararı ile birlikte, A.B.D. hukukunda, grup boykotu durumuna uygulanacak hukuk kuralları belirgenleşmiştir<sup>383</sup>. Daha sonraki kararlarda da, aynı yönde gelişmiştir<sup>384</sup>.

Fiyat tesbit anlaşmaları gibi, rekabeti doğrudan kısıtlamak amacı ile yapıla kolektif boykotun, ekonomiye hiçbir katkısı yoktur<sup>385</sup> ve bunlar, genel bir planın parçası olarak, grup içindeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları uymayan teşebbüslere baskı unsuru olarak ortaya çıkabileceği gibi<sup>386</sup>, FOGA olayında olduğu gibi, tek başına ve diğer rekabeti kısıtlayıcı uygulamalardan bağımsız da olabilir.

Kolektif boykotun, fiyat tesbit anlaşmalarından ayrıldığı en önemli husus, fiyat tesbit anlaşmalarında doğrudan zarar görenin nihai tüketiciler olmasına karşılık, kolektif boykot durumunda doğrudan zarar görenler arasında grup dışındaki teşebbüslerde katılır. Bu sebepten, boykotun farkedilmesi, diğer rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara göre daha kolaydır. Boykot anlaşmasının taraflarının boykot edilene, kendisiyle mal satılmama sebeplerini bildirmeleri, ya da

---

<sup>381</sup> ibid. 312 US 468, 61 S.Ct. 708 W(1941).

<sup>382</sup> POSNER, Antitrust Law, 208.

<sup>383</sup> NEALE - GOYDER, 68.

<sup>384</sup> Klor's v. Broadway Hale Stores, 359 US 207 (1959); United States v. General Motor Corporation, 384 US 127 (1966).

<sup>385</sup> POSNER - EASTERBROOK, 719-720; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 241.

<sup>386</sup> BELLAMY - CHILD, 91; POSNER, Antitrust Law, 207; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 233-234.

boykot edilenin boykot anlaşmasına ilişkin belgeleri ele geçirmesi ihtimal dahilindedir<sup>387</sup>.

Roma Andlaşması da, kişilerin kendisi ile sözleşme yapacağı kişiyi seçme hakkı istisnai iki durum haricinde kısıtlamamaktadır. İstisnalardan ilki, belirli bir kişi ile sözleşme yapmaktan kaçınan tarafın, fiili tekel olması<sup>388</sup> ki bu durumda, Roma Andlaşmasının 86. maddesinde düzenlenen piyasada egemen olma durumunu kötüye kullanması sözkonusu olmakta, ikinci ise, sözleşme yapmayı reddeden tarafın bunu rekabeti kısıtlamaya yönelik bir anlaşmanın hükümlerine uymak için yapmış olmasıdır<sup>389</sup>. Aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya yeni girişleri kontrol etmek ya da çeşitli konulardaki anlaşma şartlarına uymayanları cezalandırmak amacı ile aralarında yaptıkları kolektif boykot anlaşmaları 85. maddenin 1. paragrafında düzenlenen rekabetin kısıtlanması durumunu oluşturur<sup>390</sup>.

Avrupa Topluluğunda gözlenen, kolektif boykot anlaşmaları ile Topluluğun çeşitli devletlerden oluşma durumundan yararlanılarak topluluğu ulusal piyasalar şeklinde bölüşülmesine çalışılmıştır. Örneğin, Vereeniging van Cementhandelaren v. EC Commission davasında<sup>391</sup> gözlemlendiği gibi, ulusal piyasalar, ülke dışında üretilen malların rekabetinden korunmak istemişlerdir. Korumacı devlet politikaları şemsiyesi altında faaliyetlerini sürdüren ulusal teşebbüsler, hukuki korumanın kalkmasından sonra aynı durumun devamını kolektif boykot anlaşmaları ile gerçekleştirme çabasına girmişlerdir. Bu sebepten Avrupa Topluluğunda uygulanan dışlayıcı anlaşmalar ile piyasanın bölüşülmesi amaçlayan anlaşmalar gibi, kolektif boykot anlaşmalarının, 85. maddenin 1. fıkrasının ihlali olduğu konusunda<sup>392</sup> da tereddüt yok ise de, Topluluğa üye ülkelerden birinin sınırları içindeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, "üye devletler arasındaki ticareti etkilenmesinden" söz edilmiş olması sebebi ile, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku kapsamına girmeyeceği düşünülebilir. Ancak Adalet Divanı, Vereeniging van Cementhandelaren davasında<sup>393</sup>, aynı ülke içinde de olsalar

---

<sup>387</sup> Eastern States Lumber Dealers Association v. United States, 234 US 600 (1914); Oregon Restaurant and Beverage Association v. United States, (1970) zikreden AREEDA, Antitrust Analysis, 500 dipnotu 5.

<sup>388</sup> BELLAMY - CHILD, 190.

<sup>389</sup> ibid. 91.

<sup>390</sup> WHISH, 308; GLEISS-HIRSCH, 113.

<sup>391</sup> Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission, (1972) ECR 972, (1973) CMLR D7.

<sup>392</sup> Frubo v. Commission, (1975) ECR 563; Re German Ceramic Tiles Discount Agreement, OJ(1971) L 10/15, (1971) CMLR D6.

<sup>393</sup> Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission, (1972) ECR 977, (1973) CMLR D16.

teşebbüslerin Avrupa Topluluğu üye devletler arasındaki ticareti etkilemelerinin mümkün olduğunu ve böyle bir anlaşmanın da 85. madde kapsamına gireceğine karar vermiştir. Bu davada, Hollanda Çimento Toptancıları Birliği, Hollanda çimento piyasasını kontrol için anlaşmışlardır. Kartel anlaşmasının, hiçbir yabancı unsuru içermediği ve Hollanda çimento piyasasındaki faaliyetlere ilişkin olduğu iddiaları Adalet Divanı yerinde görmemiş ve şöyle demiştir.

"Bir üye devletin topraklarının tümü üzerinde, piyasanın ulusal sınırlar esas alınarak bölüşülmesinin sağlanması ve ulusal üretimin korunması, Roma Andlaşmasının gerçekleştirmeye amaçladığı iktisadi bütünleşmeyi engellemez."<sup>394</sup>

Buna göre, her ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, ulusal piyasalar şeklindeki bölüşmeler, Roma Andlaşmasının kapsamına girer. Adalet Divanı, yerinde olarak da ulusal çimento karteli ile, kendilerinden çimento satın alınacak teşebbüslerin belirlenmesini, liste dışında kalan firmaların ve diğer üye devletlerdeki toptancıların, üreticilerin ve ihracatçıların Hollanda piyasasında faaliyetlerini zorlaştıracığına karar vererek<sup>395</sup>, davalının 85. maddenin uygulama alanına ilişkin itirazlarını reddetmiştir.

## **E. Ortak Girişim (Joint Venture) Anlaşmaları**

### **1. Genel Olarak**

Ortak girişim anlaşmaları Rekabet Hukukunun en problemlili konularından biridir. Ortak girişim anlaşmaları kavram olarak çok geniş bir alanı kapsar. Ortak girişim sözcüğünün, teşebbüsler arasındaki ortak faaliyete yönelik her türlü anlaşmadan, birleşmelere (merger) kadar geniş bir kullanım alanı vardır<sup>396</sup>. Ancak, Rekabet Hukuku bakımından ortak girişim anlaşmaları ile ifade edilen kavram daha sınırlıdır. Rekabet Hukukunda, ortak girişim anlaşmaları rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ile birleşmeler arasında kalan bölgeyi belirlemekte kullanılmaktadır. Ortak girişim anlaşmalarını, rekabeti kısıtlayıcı diğer anlaşmalardan ayıran özellik, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların konularının sınırlı ve anlaşmaların süreli olmasına karşılık, ortak girişim anlaşmaları çok çeşitli konularda ve uzun süreli yapılabilmesidir.

---

<sup>394</sup> Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission, (1972) ECR 991, (1973) CMLR D23.

<sup>395</sup> Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission, (1972) ECR 993, (1973) CMLR D26.

<sup>396</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 471.



Birden fazla tarafın, hukuka uygun bir amaç için, biraraya gelerek, olanaklarını bağımsız bir tüzel kişilik altında birleştirmeleri, ortak girişim anlaşmalarının temelini oluşturur. Bu anlaşmaların, ekonomik verimlilik ve yeniliklere katkısının yanı sıra, taraflar arasındaki rekabeti engelleyici özelliği, bunların Rekabet Hukuku içinde ele alınmasının temel sebebidir<sup>397</sup>. Ortak girişim anlaşmaları ile taraflar, ortak çıkar ve amaçlarını ortak girişim şirketi şeklinde nitelenen ve hukuken bağımsız bir tüzel kişilik altında gerçekleştirmektedirler<sup>398</sup>.

Ortak girişim şirketinin, ticaret hukuku sistemi içinde incelendiğinde, herhangi bir şirket türünde olabilen, üçüncü kişiler bakımından hukuken herhangi bir özellik göstermeyen bir tüzel kişileğe sahip olduğu görülür. Rekabet Hukuku bakımından ise, paydaşların kimliği ve şirketin kontrol ve karar mekanizmasının işleyişi ortak girişim şirketinin en ayırıcı özellikleridir.

Ortak girişim şirketlerinin yapısal özellikleri bakımından en basit şekli, iki bağımsız firmanın anlaşarak üçüncü bir tüzel kişilik kurmalarıdır. Daha karmaşık ortak girişim şirketlerine çok uluslu şirketler ve holding (çok şirketli) şirketler grupları içinde rastlanır. Ancak ister çok uluslu şirketler şeklinde, isterse en basit şekli ile olsun, ortak girişim şirketlerinde karşılaşılan esas sorunlardan biri ortaklaşa yaratılan yeni tüzel kişilik ile ana şirketler arasındaki bağdır. Hukuki görünüm açısından, diğer ticaret hukuku şirketlerinden farksız olması nedeni ile ortak girişim şirketi, ancak ampirik bir şekilde, şirket peçesi kaldırılarak algılanabilir<sup>399</sup>. Bu sebepten, Rekabet Hukuku alanına girmeden önce, ortak girişim şirketinin yapısının, mülkiyet ve kontrol kriterleri bakımından topografik bir incelemesinin yapılmasında yarar vardır.

## 2. Ortak Girişim Şirketi

Ortak girişim şirketlerinin değişik açılardan, tabiyet, malvarlığı, faaliyetlerinin dereceleri açısından incelemek mümkünse de<sup>400</sup>, gerek ulusal gerekse uluslararası piyasalardaki kendine özgü niteliklerinin belirlenmesi, şirketlerin kuruluş yapısını esas alan inceleme sonucu ortaya çıkar. Bu tür bir inceleme, mülkiyet ve kontrol temel kavramsal ikilemine de uygundur<sup>401</sup>. Burada mülkiyet ile kast edilen de Amerikan ve Avrupa Topluluğu üye devletlerinin ulusal kanunlarında her bir pay sahibine tanınan, pay üzerinde tasarruf etmek hakkı ile

<sup>397</sup> BRODLEY, Joint Ventures and Antitrust Policy, 95 HLR 1523 (1982).

<sup>398</sup> LANG, Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules of Competition, The Irish Jurist, c. XI, yeni seri, 1977, 23-24.

<sup>399</sup> BARACK, The Application of the Competition Rules (Antitrust Laws) of the European Economic Community, Deventer, 1981, 41.

<sup>400</sup> TINDALL, Multinational Enterprises, Leiden, 1975, 14-106.

<sup>401</sup> BERLE - MEANS, The Modern Corporation and Private Property, New York, 1937, 75.

payın kendisine sağladığı, şirket üzerindeki kontrol hakkıdır<sup>402</sup>. Bu mülkiyete bağlı kontrol hakkı, klasik "kapitalist müteşebbis" kavramı kapsamında, şirketleşme olgusundaki tek ve gerçek yetkidir. Ancak, XIX. yüzyılın ortalarından sonraki, demiryolları işletmeciliği ile beraber, şirket yönetimindeki kontrol yetkisi, onu doğuran haktan kopmaya başlamıştır<sup>403</sup>. İşletme sahibi ya da ortağının, işletmedeki kontrol ve karar fonksiyonu, günümüz modern işletmelerinde, üst seviye yöneticilerinden mavi ve beyaz yakalı işçilere kadar geniş bir idari bürokrasi tarafından üstlenilmiştir<sup>404</sup>. Bundan dolayı, ortak girişim şirketlerinin piyasa faaliyetlerinin ve etkinliklerinin tesbitinde, mülkiyet ve kontrol ayırımının belirleyici bir nitelik kazanmasına yol açmıştır<sup>405</sup>.

Ortak girişim şirketi ile ana şirketler arasındaki bağın tesbitinde, mülkiyeti esas alan yaklaşımın hukuki olmasına karşılık, kontrol kriteri ortak girişim şirketinin gerçek hayatta gözlenen yapısal ve işlevsel özelliklerini açıklama esasına dayanır.

Ortak girişim şirketlerinin, Rekabet Hukukuna konu olan faaliyetlerinin incelenmesinde, mülkiyet ve kontrol kriterleri acılarından piyasa yapısının da tesbiti önemlidir.

### **3. Piyasa Yapısının Belirlenmesi**

#### **a. Pay Sahipliği Bakımından Piyasa Yapısı**

##### **aa. Genel Ayırım**

Ana şirket ve tabi şirket ilişkisinde, tabi şirketin yönetiminde söz sahibi olmak için gerekli olan pay sayısı ile bunu fiilen elinde bulunduran ortak sayısının önemi büyüktür. Ana şirketin ve tabi şirketin, piyasadaki durumlarının, mülkiyet kriteri bakımından incelenmesi, tabi şirketin yönetim ve denetimini elinde bulunduranların tesbitini gerekli hale getirir<sup>406</sup>. Tabi şirketin, piyasadaki durumu, tabi şirketin paydaşlarının özellikleri ile yakından ilgilidir ve pay sahipliği bakımından tabi şirket, payları tek elde toplanmış tabi şirket, müştereken sahip olunan tabi şirket ve ortak girişim şirketi olarak üçe ayrılır<sup>407</sup>.

<sup>402</sup> BALLANTINE, Ballantine on Corporations, Chicago, 1946, 375.

<sup>403</sup> SAMUELSON, İktisat, Ankara, 1977, 102, Çeviren DEMİRGİL.

<sup>404</sup> GALBRAITH, The New Industrial State, New York, 1967, 168.

<sup>405</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, Boston, 1985, 269.

<sup>406</sup> SWANN, Competition and Consumer, 263

<sup>407</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 224.

## **bb. Tek Sahipli Tabi Şirket**

Tabi şirketin, bütün paylarının ana şirkete ait olması durumunda, tabi şirketin kontrol ve denetimi ana şirketin elindedir<sup>408</sup>. Bu yetkiyi kısıtlayacak ne fiili, ne de hukuki bir engel vardır. Tabi şirketin, ana şirketi ile bağı, ana merkez ile herhangi bir bürosundan farklı değildir. Uluslararası ticari hayatta oldukça sık karşılaşılan ana şirket, tabi şirket uygulaması, milli sınırlar ulusal hukuk gibi etkenlerin zorlaması ile ortaya çıkmaktadır<sup>409</sup>. Payları tek elde toplanmış tabi şirket de hukuken bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen sermaye bakımından aynı ekonomik birime dahil olması sebebi ile ana şirketin mutlak denetim ve kontrolündedir<sup>410</sup>.

## **cc. Tabi Şirketin Paylarının Birden Fazla Kişi Elinde Toplanması Durumu**

Şirketin paylarının birden fazla kişi elinde toplanması halinde çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilir. Şirket paylarının kişiler arasında dağılımı, yönetimi elinde tutacak kişiyi ya da kişileri belirler.

i) İlk varsayımda, ana şirket, tabi şirketin paylarının yarısından azına sahiptir. Ancak, diğer paylar da farklı kişiler arasında dağılmıştır. Hiç kimse tek başına yönetimi kontrol edecek pay sayısına sahip değildir. Payların blok halinde oylanması engellenemediği oranda, şirketin kontrolü ana şirketin elindedir<sup>411</sup>. Oyların gruplaşmasının önlenemediği veya önlenemediği durumlarda, tabi şirketi kontrole yönelik faaliyetler, ana şirketin kontrolü ele geçirmesini zorlaştırır<sup>412</sup>. Dağınık halde bulunan payların birleşmesi sonucu, çoğunluk payı haline gelmesi, kontrolün yapısında nitelik değişimine ve ana şirket ile tabi şirket arasındaki bağımsızlığın azalmasına neden olabilir.

ii) Ana şirketin, payların çoğunluğuna sahip olması ve diğer payların da halka açık olması durumunda ise, ara şirket açısından güvenli bir durum söz konusudur. Bu varsayımda, tabi şirketin kontrolü ele geçirme faaliyetlerine, çoğunluk paylarının tabi şirket elinde bulunması sebebi ile rastlanmaz<sup>413</sup>.

---

<sup>408</sup> HAYEK, The Corporation in a Democratic Society: In Whose Interest Ought It and Will It Be Run? Business Strategy, Ansoff edition, Middlesex, 1973, 235.

<sup>409</sup> TOWNSEND, Extraterritorial Antitrust: The Shearman Act and American Business Abroad, Boulder, 1980, 269.

<sup>410</sup> SWANN, Competition and Consumer, 264.

<sup>411</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 269.

<sup>412</sup> HERMANN, Corporate Control, Corporate Power, Cambridge, 1982, 17, 18.

<sup>413</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, Boston, 1986, 268.

Payların yarısından fazlasına sahip olma ile tabi şirketin kontrol ve yönetimi ana şirketin eline geçmiştir. Ancak, ana şirketin de aynı şekilde bir başka şirketin yönetiminde olması mümkündür. Bu süreç defalarca tekrarlanarak, piramitleşme yolu ile şirketlerin yüzde ellibirine sahip olunarak şirketler arası kontrol imkanına sahip olunabilir. Ana şirketin oydan yoksun paylar çıkarması, imtiyazlı paylar yaratması ile bu süreç hızlandırılabilir<sup>414</sup>. Bu olaya, çok uluslu şirketler hukuku alanında oldukça sık rastlanır<sup>415</sup>. Piyasada egemen güç haline gelmeye yönelik olması ve yerel pay sahiplerinin haklarını tehlikeye sokması, ülkelerin genel azınlık pay sahiplerini korumak için çok uluslu şirketlerin kontrol haklarını sınırlamaya itebilir. Bu tehlikeye örnek olarak, Freuhauf davası<sup>416</sup> gösterilebilir. Bu davada, çok uluslu bir Amerikan şirketinin, tabi şirket üzerindeki kontrol yetkisi, Fransız mahkemelerinin kararı ile, yönetim kurulundaki Fransız azınlık pay sahipleri tarafından bloke edilmişti.

iii) Payların az sayıda gerçek veya tüzel kişi elinde toplandığı durumlarda, değişik çıkarlar söz konusudur. Bazıları, birlikte sahip olunan tabi şirketin kontrolünde daha etkin olmakla beraber, diğerlerinde, tabi şirketin faaliyet gösterdiği piyasa ile ilgileri oranında, nitelik bakımından benzer ve aynı yönde karara katılma yetkileri vardır. Bütün ortakların, tabi şirketin faaliyet gösterdiği piyasa ile ilgili olmaları halinde, ortak girişim şirketine benzer bir durum ortaya çıkar. Ancak, tabi şirketin kontrolü ve amaçlarına ilişkin uyuşma mevcut olmadığı için, birlikte sahip olunan tabi şirket ortak girişim şirketinden ayrılır. Bu duruma iyi bir örnek Avrupa Topluluğundaki kahverengi mallar piyasasında gözlenmiştir<sup>417</sup>. Thompson-Brand olayında, Fransız kamu iktisadi kuruluşu niteliğindeki Thompson-Brand elektronik aletler üreticisi, zor durumda bulunan Batı Alman Grundig şirketinin paylarının çoğunu satın alması durumudur. Ancak, Grundig pay senetlerinin yüzde yirmidörtbuçüğü aynı piyasada faaliyet gösteren çok uluslu başka bir şirketin, Philips'in elindedir. Philips ve Thompson arasında anlaşma gerçekleşmediği takdirde, Grundig fiilen Thompson'un tabi şirketi durumuna girmesine rağmen Philips'in Grundig'in elektronik piyasasındaki gücü ve Grundig'in önemli pay sahiplerinden biri olması, Thompson'un tabi şirketi üzerindeki kontrolünü hukuken olmasa bile, fiilen kısıtlayacaktır. Philips, pay sahibi durumunda olduğu Grundig ile rekabet ederek, Thompson'un amaçlarını elde etmesini engelleyebilir. Thompson'un Grundig'in kontrolünde takip edebileceği bir diğer yol ise, Philips ile tabi şirketin kontrol ve amaçları konusunda anlaşmaktır. Bu durumda da ortaya bir ortak girişim şirketi çıkar.

<sup>414</sup> BERLE - MEANS, 69; SAMUELSON, 101.

<sup>415</sup> KABAALIOĞLU, Çok Uluslu İşletmeler Hukuku, İstanbul, 1982, 80-85.

<sup>416</sup> Freuhauf v. Massardi, 22/5/1965, JCP 1965 II 1427.

<sup>417</sup> The Economist, c. 285 No. 7264, 11/10/1982, 73. Alman Kartel Bürosu anlaşmaya izin vermemiştir. Gene de biz bu olaya farazi örnek olarak kullanacağız.

## dd. Ortak Girişim (Joint Venture) Şirketi

Ortak girişim şirketi ile birlikte sahip oluna tabi şirket arasındaki temel fark, ilkinde ana şirketler arasında ortak girişim şirketinin amacı, idaresi ve kontrolü hususunda bir anlaşmanın bulunmasına karşılık, ikincisinde ana şirketler arasındaki ilişkinin sadece pay sahibi olmaktan ibaret olmasıdır<sup>418</sup>. Ana şirketler arasındaki bu anlaşma, ortak girişim şirketinin amacını belirlediği gibi bu amacın ana şirketlerin amacından farklı, ancak her iki şirketin amacının toplamı şeklinde oluşmasını sağlar<sup>419</sup>.

Ortak girişim şirketi, iki anlaşmadan oluşur. Bunlardan ilki ana şirketler arasındaki ortak girişim sözleşmesidir. Bu ana şirketlerin, belirlenen bir amacı gerçekleştirmek için olanaklarını birleştirmeğe yönelik bir anlaşmadır<sup>420</sup>. İkinci anlaşma ise, birincisi ile beraber, aynı sözleşme içinde yer alabileceği gibi, ayrı bir sözleşme şeklinde de yapılabilir. Bu ikinci sözleşmenin konusu, ortak girişim şirketinin kontrolü ve idaresine ilişkindir. İkinci hususta anlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda ortak girişim şirketinden söz edilmez.

Ortak girişim şirketinde kontrol ve idare yetkisi, pay sahipliğinden değil, pay sahipleri arasındaki anlaşmadan doğmaktadır. Ortak girişim şirketlerinin gerek Amerikan<sup>421</sup> ve gerekse Avrupa Topluluğu<sup>422</sup> Rekabet Hukuklarının ilgi alanına girmesinde taraflar arasındaki amaca ve kontrole yönelik bu anlaşmanın etkisi büyüktür. Grundig, Philips varsayımında, her iki firmanın rakip olma ihtimalleri her zaman mevcut ise de, ortak girişim şirketi ile ana şirketler arasında yapılan anlaşma ile bu olasılık çok zayıflar. Şirketin amacı ile ana şirketlerin amaçlarının çatışması amaca ve yönetime ilişkin anlaşma ile bertaraf edilmiştir<sup>423</sup>. Amaç ve yönetim ilkelerinin anlaşma ile belirlenmesi, fiilen yönetimi elinde tutmayı önemsiz hale getirmiştir. Bu durumda, fiili yönetimin, azınlık paya sahip şirkete bırakılmış olması dahi mümkündür<sup>424</sup>.

---

<sup>418</sup> LANG, Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules on Competition, 16; RITTER - OVERBERRY, An Attempt at a Practical Approach to Joint Ventures Under the EEC Rules on Competition, 14 CMLRev. 607 (1977).

<sup>419</sup> RITTER - OVERBERRY, Joint Ventures, 607.

<sup>420</sup> RAHL, Common Market and American Antitrust, 181.

<sup>421</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 471.

<sup>422</sup> Re De Laval-Stork Vof (1973) 2 CMLR D69; Re Vacuum Interrupters Ltd., (1977) 1 CMLR D67; GLAIS -LAURENT, La Filiale Commune et l'Art du Traité de Rome, 231 R vue de Marché Commune 497 (1979); RITTER - OVERBERRY, Joint Ventures, 601.

<sup>423</sup> KABAALIOĞLU, 129-130; CAVES, Multinational Enterprises and Economic Analysis, Cambridge, 1983, 90,91.

<sup>424</sup> CAVES, 126; SAMUELSON, 102.

Ana şirketlerin, yeni bir piyasada başarısız olma riski azaltıldığı<sup>425</sup> ya da yeni bir yatırımın giderlerinin tek bir şirket tarafından karşılanmasının zor olduğu durumlarda<sup>426</sup>, ortak girişim şirketinin, ticarete olumlu katkıda bulunduğu kabul edilebilir. Ancak, ana şirketler ile ortak girişim şirketinin arasında pay sahipliğinden doğan tabiyet ilişkisi, diğer tabi şirket uygulamalarındaki kadar güçlü olmamakla beraber, gene de mevcuttur. Bu da, ana şirketler ile ortak girişim şirketi arasında rekabetin oluşmasını önler. Ayrıca ortak çıkar uğruna, ana şirketler arasındaki rekabetin azalması da her zaman söz konusudur<sup>427</sup>.

## **b. Kontrol ve Yönetim Bakımından Piyasa Yapısı**

Piyasa yapısının firmaların kontrol ve yönetimi bakımından incelenmesinde, pay sahipliği ikinci planda kalmakta ve ana şirket ve tabi şirket arasındaki ilişki tesbit edilmeğe çalışılmaktadır. Kontrol ve yönetim kriterleri, ortak girişim şirketi için olduğu kadar tabi şirketler, hatta çok uluslu şirketler ve holding şirketler için de geçerlidir. Ticari hayatta iki tür şirket organizasyonunun varlığından söz edebiliriz. Bunlar, merkezi yönetim ve bölümlü (multidivisional) yönetim şekilleridir<sup>428</sup>.

### **aa. Merkezi Yönetim**

Merkezi yönetim şekli, klasik yönetim şeklidir ve diğerine göre daha eskidir. Şirket yönetimi, fonksiyon üniteleri (üretim, pazarlama, dağıtım, vs.) esasına dayanır<sup>429</sup>. Bütün üniteler birbirlerine bağımlıdır. Yönetme ve karar verme hakkı pay sahibi olmanın doğal sonucu olarak kabul edilir. Fonksiyon birimleri hiyerarşik düzen içinde kendi görevlerini yerine getirirken, şirketin yönetiminde ve geleceğe ilişkin karar almakta tek yetkili, merkez idari kadrodur<sup>430</sup>. Ufak ve orta büyüklükte ticari işletmelerin yönetiminde gözlenen merkezileşmiş idare sistemi, fonksiyon birimleri çok çeşitli olan, ortak girişim şirketi ve tabi şirket yönetimlerinde yetersiz kalır<sup>431</sup>.

---

<sup>425</sup> HALVERSON, Transnational Joint Ventures and Mergers Under U.S. Antitrust Law, Fordham Corporate Law Institute, Hawk edition, 1985, 174.

<sup>426</sup> KAYSEN - TURNER, Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge, 1959, 136.

<sup>427</sup> RITTER - OVERBERRY, Joint Ventures, 607; EDWARDS, The World of Antitrust, International Marketing Strategy, Thorelli edition, Middlesex, 1973, 94.

<sup>428</sup> CAVES, 74; VAGTS, The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law, 83 HLR 751 (1970). Bu yazar, üçlü bir ayırım yapmaktadır. Ancak, bu üçlü ayırım da merkezi idare şeklinin basit ve gelişmiş olarak ayırılmasından başka bir şey değildir.

<sup>429</sup> CAVES, 74.

<sup>430</sup> ibid 76.

<sup>431</sup> VAGTS, 751, 752.

## bb. Çok Bölümlü Yönetim

İkinci tür yönetim şekli ise, önce Amerika'daki daha sonra endüstrileşmiş Avrupa ülkelerindeki büyük endüstri kuruluşlarında görülen, çok bölümlü (multidivisional) yapılaşmadır. Merkezi yönetim sistemindeki fonksiyon esasına göre ayrılan birimler yetki ve görev ile donatılarak bağımsız teşebbüsler haline getirilmişlerdir<sup>432</sup>. Bu yönetim biçiminde merkezi idare bütün grup için genel plan yapmak durumunda ise de, genel ilkeler çerçevesinde yönetim ve karar vermek yetkisi bağımsız bölümlere verilmiştir. Bağımsız bölümlere verilen yönetmek ve karar almak yetkileri ile merkez yönetime karşı başarısızlıktan sorumlu olmak olgusu tabi şirketi ana şirketten bağımsız davranmaya iter. Grup içindeki bağımsız bölümler, tabi şirket, ortak girişim şirketi, bir holdinge bağlı şirketler ya da tüzel kişiliği olmayan ekonomik bakımdan bağımsız bölümler olabilir. Ancak, şirket veya şirketler grubu içindeki her bağımsız bölüm, faaliyetleri konusunda karar vermek, bilgi kaynaklarına sahip olmak ve piyasa durumlarını belirlemede tam yetkilidir. Pay sahipliği ile karar vermek yetkisi arasındaki ilişki tamamen ortadan kalkmış<sup>433</sup>, yönetim ve karar mekanizması, şirket idaresini meslek edinmiş bir grup eline geçmiştir<sup>434</sup>.

Çok bölümlü (multidivisional) iş bölümü, şirketlerin ulusal piyasaları dışındaki pazarlarda faaliyet göstermesi, çok bölümlü iş bölümünün benimsenmesini kaçınılmaz kılar<sup>435</sup>. Ekonomik hayattaki gelişmeler ve özellikle Avrupa Topluluğunun yapısından kaynaklanan koşullar, uluslararası ticaretin çok şirketlilik ve tabi şirket olguları çerçevesinde yürütülmesine zemin hazırlayan etkenlerdendir. Merkezi yönetim sisteminden, çok bölümlü iş idaresine geçiş kontrol ağırlıklı kriterlerin önemini artırmıştır. Bu da, ortak girişim şirketlerinin rekabet ortamına etkisini belirlemede mülkiyet/kontrol ikileminden yararlanmayı gerekli kılmıştır.

## 4. Ortak Girişim Anlaşmalarının Ticari Hayattaki Etkileri

### a. Genel Olarak

Ortak girişim anlaşmalarının piyasa üzerinde çok yönlü etkisi vardır. Ekonomik bir düzenleme olan girişim anlaşmaları, rekabeti ortadan kaldıracakları gibi teknolojik ve ekonomik gelişmeyi kolaylaştırarak ekonomik verimliliğin gerçekleştirilmesine olumlu katkıda bulunabilir. Ortak girişim an-

<sup>432</sup> CAVES, 74.

<sup>433</sup> HAYEK, The Corporation in a Democratic Society, 233, 235; GALBRAITH, The New Industrial State, 167-168.

<sup>434</sup> GALBRAITH, ibid 170.

<sup>435</sup> VAGTS, 752.

laşmalarının Rekabet Hukuku kurallarına göre değerlendirilmesinde de, her iki tür etkinin gözönüne alınması gerekir<sup>436</sup>. Bu sebepten de, ortak girişim anlaşmalarının rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik kartel anlaşmaları gibi *per se* hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez<sup>437</sup>. Buna karşılık, ortak girişim anlaşmalarının rekabetin kısıtlanmasına yol açması, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar gibi, piyasaya ilişkin şartların neticesinde değil, anlaşmanın kendisinden kaynaklanmaktadır. Fiyat tesbiti, faaliyet bölgelerinin bölüşülmesi gibi kartel sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı olumsuz etkisinin yanı sıra herhangi bir yararlı yanının bulunmadığı görüşü<sup>438</sup>, ortak girişim anlaşmaları için geçerli değildir. Rekabeti kısıtlamakla beraber, ortak girişim anlaşmalarının ekonomik verimlilik ve teknolojik gelişmeyi teşvik gibi olumlu yönleri de vardır. Bu da ortak girişim anlaşmalarının, kartel anlaşmalarından farklı değerlendirilmesini gerektirmiştir.

Bu anlaşmanın Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesi, her bir anlaşmanın piyasa koşulları ve anlaşma hükümleri çerçevesinde, olumlu ve olumsuz yönlerinin araştırılması ile yapılabilir. Ticareti olumlu ve olumsuz etkilemeye ve bunların birbirlerini dengelemesi, varılacak sonucu belirler<sup>439</sup>.

## **b. Ortak Girişim Anlaşmalarının Olumlu Yönleri**

Ortak girişim anlaşmalarının ticari ve ekonomik yaşama iki tür olumlu katkısı vardır. Bunlardan ilki, anlaşmanın şartlarından çıkar ve ortak girişim şirketinin amacı ile ilgilidir ve dolayısı ile de her anlaşmaya göre değişir. Amaç ortak araştırma, geliştirme, pazarlama, satın alma gibi çeşitli olabilir ve bundan da değişik yararlar ortaya çıkar<sup>440</sup>. İkinci tür olumlu etki ise, ortak girişim anlaşmasının kendisinden doğar. Genel nitelikteki bu olumlu etki, ortak girişim anlaşmalarına uygulanacak farklı kriterler arama çabalarına<sup>441</sup> da öncülük etmiştir.

### **aa. Genel Olumlu Etki**

Karmaşık ekonomik ve teknolojik sorunların halledilmesi için, teşebbüslerin birbirlerinin olanaklarından yararlanmasının gerekli olduğu durumlardan, teşebbüslerin başvuracakları seçenekler arasından en önemlileri, ortak girişim

<sup>436</sup> BRODLEY, 1523; EDWARDS, *The World of Antitrust*, 95.

<sup>437</sup> KAYSEN - TURNER, 136.

<sup>438</sup> Tenth Report on Competition Policy.

<sup>439</sup> AREEDA, *Antitrust Law*, c. VII, 350; *Board of Trade of City of Chicago v. United States*, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

<sup>440</sup> RITTER - OVERBERRY, *Joint Ventures*, 606; KAYSEN - TURNER, 138.

<sup>441</sup> BRODLEY, 1525.



anlaşmaları, birleşmeler (merger) ve belirli bir amaca yönelik, uzun süreli anlaşmalardır<sup>442</sup>.

Ekonomik ve teknolojik sorunların halledilmesi için, teşebbüsler arasında ortaklaşa hareketin gerekli olduğu durumlarda çıkacak sorunların önceden tesbit edilmesi ve sözleşme hükümlerinin bunlara göre düzenlenmesi şarttır. Bu da, sözleşmenin süresi ile yakından ilgili olarak, çok sayıda ihtimalin gözönüne alınmasını ve her bir konuda taraflar arasında uyuşmayı gerekli kılar. Bütün ihtimallerin gözönüne alınarak değerlendirilmesi, sözleşmenin herbir tarafınca ayrı ayrı yapılacağından, çeşitli giderlerin tekrarlanmasına ve kaynakların verimsiz kullanımına neden olacaktır. Ortaya çıkabilecek sorunların önceden tesbit edilmemesi ve sözleşme ile sadece genel ilkelerin belirlenmesi durumunda, taraflar herbir olayda, kendi lehlerine çıkar sağlamak için sürekli bir uğraşı içine gireceklerdir. Bu da, anlaşmanın amacına ulaşamama riskinin artması ile üst düzey yönetici işgücünün boşa harcanmasına yol açar. Uzun süreli sözleşmeler bakımından sözkonusu olan bu tür sakıncalar, ortak girişim anlaşmaları bakımından söz konusu değildir, çünkü amaç ve kontrol, ana şirketlerinkinden farklı olarak belirlenmiştir<sup>443</sup>.

Yatay birleşmede (horizontal merger) durumu ise, aynı piyasada faaliyet gösteren iki veya daha çok teşebbüsün tek tüzel kişilik altında birleşerek, piyasada faaliyet gösteren teşebbüs sayısında azalmaya neden olur. Piyasada faaliyet gösteren bağımsız teşebbüs sayısında azalmaya neden olma, piyasada teşebbüs konsantrasyonunu artırarak, rekabetin kısıtlanması için daha uygun bir ortama yol açabilir<sup>444</sup>. Birleşme, piyasaya hakim bir şirketin ortaya çıkmasına ya da tam rekabet koşullarının bozularak, oligopol piyasasının yaratılmasına neden olacağı için, Rekabet Hukuku kurallarınca, çok sınırlı durumlar için kabul edilmiştir. Birleşmelerin yarattığı konsantrasyon sorunları ortak girişim anlaşmaları bakımından geçerli değildir.

Ortak girişim anlaşmalarının genel nitelikteki olumlu yanlarından bir diğeri de, teşebbüslerin araştırma ve geliştirme konularında ortak harcamalarda bulunmasının sonucu olarak, başarısızlık riskinin yaygınlaştırılmasıdır<sup>445</sup>. Yeni araştırma ve geliştirmelerin büyük harcamalar gerektirmesi, teşebbüslerin bağımsız araştırma ve geliştirme faaliyetlerine girmelerini engeller. Ortak girişim anlaşmaları gerekli kaynakların teminine olanak sağladığı gibi, başarısızlık riskinin yaygınlaştırılma fonksiyonunu da yerine getirir. Ortak girişim

<sup>442</sup> BELLAMY - CHILD, 345; BRODLEY, 1525; LANG, Joint Ventures, 22.

<sup>443</sup> BRODLEY, 1527.

<sup>444</sup> POSNER, Antitrust Law, 55, 56, 97; RITTER - OVERBURY, Joint Ventures, 604, 605.

<sup>445</sup> RITTER - OVERBURY, Joint Ventures, 608; BRODLEY, 1528; LANG, Joint Ventures, 23; KAYSEN -TURNER, 138; HALVERSON, Transnational Joint Ventures, 177.

şirketinin paylarına müştereken sahip olmanın yanı sıra, yönetim ve karar mekanizmasına katılmanın da düzenlenmiş olması, şirket ortaklarının risklerinin dağılımında en uygun ve kabul edilebilir düzenlemelerin gerçekleşmesini de sağlar. Piyasa payı küçük firmaların yeni piyasalarda güçlü firmalar ile rekabet edebilmesi çoğu kez ortak girişim şirketleri ile olmaktadır. Teşebbüslerin, dağıtım, pazarlama, tanıtım giderlerini azaltmak için ortak girişim şirketleri kurmaları, maliyetlerin rekabet piyasası fiyat seviyesine inmesini sağlar ki, bu da küçük teşebbüslerin yeni piyasalara girişlerini kolaylaştırır<sup>446</sup>.

### **bb. Ortak Girişim Anlaşmalarının Özel Yararı**

Teşebbüslerin ortak girişim anlaşmaları ile elde etmeği hedefledikleri amaçlar çok değişiktir. Her bir anlaşmadan beklenen yarar aynı olmayıp, anlaşmanın konu ve amacına göre değişir. Optimum kapasitesine ulaşma<sup>447</sup>, ortak pazarlama ve reklam giderleri ile maliyetin düşürülmesi gibi oldukça değişik konuları kapsar<sup>448</sup>.

Farklı olanaklara sahip şirketlerin, bu olanaklarını birleştirerek yeni bir piyasaya girmeleri, ticaretin gelişmesini olumlu yönde etkileyebilir<sup>449</sup>. Örneğin, bir buluşu ticari bir mal haline getirmek için gerekli finansman imkanından yoksun olan bir şirket ile bu yeniliğin geliştirilmesini finanse edebilecek diğer bir firma arasındaki ortak girişim anlaşmasının böyle olumlu bir etkisi bulunabilir.

Her anlaşmanın konusu ve amacının farklı olması, beklenen yararın çok değişik tür ve nitelikte olmasına yol açar. Bu sebepten ortak girişim anlaşmalarından beklenen yararın belirli bir sistem içinde incelenmesi zordur. Ayrıca, ortak girişim anlaşmalarının ticarete olumlu etkisi, anlaşmanın konusu ile ilgili olduğu kadar piyasa paylarına da bağlıdır. İki küçük firmanın taraf olduğu bir ortak girişim anlaşması, piyasa payları büyük olan iki firma tarafından gerçekleştirildiğinde farklı sonuç verebilir<sup>450</sup>.

---

<sup>446</sup> WHISH, 318; SWANN, Competition and Industrial Policy in the European Community, London, 1983, 101; Re Vacuum Interrupters, OJ (1977) L 48/32, (1977) 1 CMLR D67.

<sup>447</sup> CAVES, 88.

<sup>448</sup> LANG, Joint Ventures, 23, AREEDA, Antitrust Law, c.VII, 349; National Cooperative and Research Act, madde 1(6), Pub. L. 98-642 (October 1, 1984).

<sup>449</sup> GM- Toyota Joint Ventures, zikreden HALVERSON, Transnational Joint Ventures, 179; CAVES, 86, 87.

<sup>450</sup> POSNER, Antitrust Law, 55, 56; KAYSEN - TURNER, 139.

### c. Ortak Girişim Anlaşmalarının Olumsuz Etkileri

Ortak girişim anlaşmasının rekabeti kısıtlayıcı üç tip olumsuz etkisi vardır: Gizli anlaşma, muhtemel rekabetin ortadan kalkması ve rakip teşebbüslerin piyasadan dışlanmasıdır<sup>451</sup>. Bu üç durumdan en etkili gizli anlaşma tehlikesidir.

#### aa. Gizli Anlaşma Tehlikesi

Ana şirketlerin rakip ya da muhtemel rakip<sup>452</sup> olması durumunda, ortak girişim anlaşması bunlar arasında rekabeti kısıtlamak için gizli anlaşma olasılığını artırır. Ortak girişim şirketinin, ana şirketlerin arz miktarını düzenlediği, örneğin, ortak girişim şirketinin ana şirketlerin tek yetkili satış şirketi oldukları durumlarda, rekabetin kısıtlanması ortak girişim anlaşmasının doğal sonucudur. Ortak girişim şirketinin faaliyetlerine ana şirketlerin katılması süreklilik arz ediyorsa, daha yaygın bir işbirliğinden söz edilebilir. Etkili bir kartel için gerekli olan denetim sistemi, ortak girişim şirketinin idare ve kontrolü sistemi içinde kolayca gerçekleştirilebilir<sup>453</sup>. Bu da kartelleşme amacı ile yapılan ortak girişim anlaşmalarına sıkça rastlanmasının sebeplerindedir<sup>454</sup>.

Kartelin kurallarının uygulanıp, denetlenmesinin oldukça masraflı<sup>455</sup> olmasına karşılık, ortak girişim şirketi ile taraflar, birbirlerinin davranışlarını yakından ve kolayca izlemek olanağına sahip olurlar<sup>456</sup>. Denetimin kolay ve masrafsız olması ortak girişim anlaşmalarının karteli gizlemek için başvurulan yollardan biri haline getirmiştir. Aynı faaliyet ve piyasa stratejisine sahip şirketlerin tedarik, dağıtım, pazarlama, reklam ve üretim gibi benzer sorunlar ile karşılaştıkları durumda, ortak girişim şirketi gizli bir anlaşma için zemin oluşturur. Ortak girişim şirketleri, rakip firma yöneticilerinin birbirleri ile teması kolaylaştırıp, bunu artırması, taraflar arasında gizli anlaşmalar ve işbirliği ile rekabeti kısıtlamak için gerekli ortamın yaratılmasına yol açabilir<sup>457</sup>.

<sup>451</sup> BRODLEY, 1530; HALVERSON, *Transnational Joint Ventures*, 175.

<sup>452</sup> Bakınız sayfa 207-208.

<sup>453</sup> STIGLER, *The Theory of Oligopoly*, 41.

<sup>454</sup> BRODLEY, 1530; PITOFSKY, *The Political Content of Antitrust*, 127 *University of Pennsylvania Law Review* 1008 (1979).

<sup>455</sup> POSNER- EASTERBROOK, 307; STIGLER, *The Theory of Oligopoly*, 44.

<sup>456</sup> AREEDA, *Antitrust Analysis*, 472.

<sup>457</sup> GELLHORN, 227.

## bb. Muhtemel Rekabetin Ortadan Kalkması

Ortak girişim şirketi, kendisi ile ana şirketler ve ana şirketlerin kendi aralarındaki rekabet etme olasılığının ortadan kalkmasına neden olur<sup>458</sup>. Ortak girişim şirketi ile piyasadaki firma konsantrasyonu artar ve rekabetin kısıtlanmasına daha elverişli bir ortamın hazırlanmasını sağlar. Ana şirketler ile ortak girişim şirketi arasındaki bağın, ana şirketleri ortak girişim şirketi ile rekabet etmekten alıkoyacağı, bunun da rekabetin kısıtlanmasını oluşturacağı düşünülebilir<sup>459</sup>. Şirketler arasındaki ortak çıkar birliği, şirketlerin rekabet etmekle elde edeceği çikardan daha güçlüdür. Bu da, ana şirketler arasında işbirliğinin doğumuna yol açacaktır. Ortak girişim şirketinin ilgili piyasasında ana şirketlerin faaliyette bulunması, ortak çıkara ve dolayısı ile ana şirketlerin herbirinin münferit çıkarına aykırı olacağından<sup>460</sup>, bu piyasalar ana şirketler bakımından kapanmıştır<sup>461</sup>.

Ortak girişim anlaşması sonucu, ana şirketlerin yanı sıra üçüncü bir tüzel kişiliğin ortaya çıkması rekabet ortamına katkı olarak görülebilir ise de, şirketler arasındaki çıkar bağı, bu görüşün desteklenmesine engeldir. Buna karşılık, ana şirketler faaliyet göstermedikleri piyasalar bakımından, piyasaya girmesi muhtemel rakip durumundadır<sup>462</sup>. Ortak girişim anlaşması ile de, bu piyasalara girdikleri gözönüne alındığında, ana şirketlerin yeni piyasaya girmek bakımından ne kadar istekli oldukları ortaya çıkar<sup>463</sup>. Ortak girişim anlaşması yapılmamış olsa idi, ana şirketlerin faaliyet bölgelerini genişletme sonucu, yeni piyasada, iki rakip firma halinde faaliyet göstermeleri sadece birisinin piyasaya girmesi varsayımında, bir rakip ve bir muhtemel rakip olarak bulunmaları söz konusu olacaktı. Ana şirketlerin, ortak girişim şirketinin piyasasında faaliyet göstermelerinin kendi çıkarlarına ters düşmesi, ortak girişim anlaşması sonucu rekabet ortamının kısıtlanması sonucunu doğurur.

Ortak girişim anlaşmalarının muhtemel rekabeti kısıtladığı görüşü eleştirilmiş ve iki muhtemel rakibin, piyasada fiilen faaliyet gösteren bir teşebbüs durumuna tercih edilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>464</sup>. Posner, ana şirketlerin, ilgili piyasaları dışında muhtemel rakip olarak kabul edilmelerinin ve ana şirketlerin,

<sup>458</sup> BRODLEY, 1531; PITOFSKY, 1008; GELLHORN, 227.

<sup>459</sup> PITOFSKY, 1009; GROMLEY, Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC, Amsterdam, 1985, 230.

<sup>460</sup> RITTER - OVERBERRY, Joint Ventures, 613; KORAH, Joint Ventures and Other Forms of Collaboration, EEC Competition Law, Oxford, 1978, 85.

<sup>461</sup> United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 US 158 (1964).

<sup>462</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. V, Boston, 1980, 69.

<sup>463</sup> PITOFSKY, 1020.

<sup>464</sup> POSNER, Antitrust Law, 116-117; BRODLEY, 1532.

ortak girişim şirketinin faaliyet gösterdiği piyasaya girmelerinin sadece bir olasılık olduğunu ve herhangi bir firmanın muhtemel rakip sayıldığı bir piyasada, ortak girişim şirketi yolu ile faaliyet göstermesinden, şirketin kendi başına muhtemel rakip olmadığı sonucunun çıktığını ileri sürmüştür<sup>465</sup>. Posner'ın, firmaların piyasayı ortak girişim anlaşmaları ile girmelerinin, tek başlarına piyasaya girmeği düşünmediği şeklindeki değerlendirmesi reddedilse de<sup>466</sup>, ortak girişim anlaşması sonunda arz miktarının önceki duruma göre artmış olduğu da bir gerçektir.

Kanımızca, ortak girişim anlaşmalarının muhtemel rekabeti kaldırarak, rekabeti kısıtladığı görüşünün, günümüzdeki yaygın şirket yönetim ve kontrol teknikleri dikkate alınarak değerlendirilmesinde yarar vardır; çünkü, muhtemel rekabet teorisi ana şirketler ile ortak girişim şirketi arasında sıkı bir bağın varlığını karine olarak kabul etmektedir. Son elli yıldır, modern şirket yönetiminde, merkeziyetçi sistemin terkedilip, çok bölümlü (multidivisional) sistemin benimsenmiş olması, ana şirketler ile ortak girişim şirketi arasındaki bağın azalmasına yol açmıştır. Şirket yönetim ve organizasyonunda günümüzdeki baskın eğilim, şirketlerin gerek hukuken ve gerekse iktisaden bağımsız birimler halinde faaliyet göstermeleri ve her birinin kendi faaliyetleri çerçevesinde bağımsız karar ve kontrol yetkilerine sahip olmalarıdır. Her birim kendi plan ve stratejisini tesbit ederek, optimum verimliliğe ulaşmak için gayret gösterecektir. Birimler arasında çıkar çatışması söz konusu olduğunda, birbirleri ile üstünlük yarışmasına girerek verimsizlerin belirlenmesinde etkin rol oynayacaklardır. Verimlilik ilkesinin ön plana çıkarıldığı modern organizasyon sisteminde, birim ünitelere ya da yavru şirketlere, kimin paydaş olduğu artık önemini yitirmiştir. Ana şirketler, ortak girişim şirketinin sahibi durumunda iseler, ortak girişim şirketi ile aralarındaki bağ oldukça zayıftır, çünkü ortak girişim şirketi farklı bir grup tarafından yönetilmektedir. Piyasanın yapısını belirlemede yöneticilerin çıkarları, pay sahiplerinin önüne geçmekte ya da pay sahiplerinin çıkarları yönetici gruplar arasındaki rekabet ile en iyi korunur hale gelmiştir<sup>467</sup>.

Ana şirketler ile ortak girişim şirketi arasındaki rekabet ana şirketlerin çıkarlarına aykırı olmakla beraber, bu pay sahibinin yatırımının en etkili ve verimli kullanılması için şirket içi rekabeti teşvik durumlarından farklı değildir. Kanımızca, Posner'ın, muhtemel rekabet teorisinin çok miktarda olasılıklara dayandığı görüşünde<sup>468</sup> önemli bir gerçek payı vardır. Ortak girişim anlaş-

---

<sup>465</sup> POSNER, ibid, 116.

<sup>466</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. V, 101.

<sup>467</sup> HAYEK, The Corporation in a Democratic Society, 235, 236; GALBRAITH, The New Industrial State, 169.

<sup>468</sup> POSNER, Antitrust Law, 116.

masının muhtemel rekabeti ortadan kaldırdığından değil, kaldırabileceğinden söz etmek daha doğru olur.

### **cc. Piyasadan Dışlama- Piyasaya Girişi Zorlaştırma**

Ortak girişim şirketinin rekabet ortamına üçüncü olumsuz etkisi, ana şirketlerin piyasa payları, piyasanın yapısı ve anlaşmanın hükümleri ile ilgilidir. Ortak girişim anlaşması ile başka firmaların piyasaya yeni girişleri zorlaşır<sup>469</sup>. Ana şirketlerin faaliyet gösterdikleri piyasalarda büyük pay sahibi olmaları, ortak girişim şirketinin ana şirketlerin tanıtım, marka, dağıtım olanaklarından yararlanmalarının planlanmış olduğu durumlarda, diğer firmaların piyasaya girişleri kısıtlanmıştır<sup>470</sup>.

Kaynakların kısıtlı olduğu sahalarda, ortak girişim şirketinin faaliyetleri ile, diğer firmalar piyasa dışında tutulmuş ve bu özellikten, fiyat tesbit ve piyasa bölüşme anlaşmalarının başarılı olabilmesinde yararlanılmıştır<sup>471</sup>. Kartel kurallarını ihlal eden şirketleri, ortak girişim şirketinin boykot etmesi, kartelin kurallarına uymamanın bir yaptırımı olarak ortaya çıkar. Ortak girişim şirketinin, pay sahibi ana şirketlerin, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak için onları grup dışında bırakmaları, grup dışında bırakılanlar bakımından rekabetin engellenmesini oluşturur. Fırsatlardan eşit şekilde yararlanmanın engellenmesi, eşitlik ilkesini<sup>472</sup> etkilediği kadar verimlilik ilkesini de etkiler. Piyasadaki bazı firmaların, diğerlerinin eşit koşullarda faaliyetlerinin devamına engel olması Rekabet Hukuku kurallarına aykırıdır<sup>473</sup>.

Ortak girişim şirketinin, ana şirketlerin arz ettiği mala benzer, ya da tamamlayıcı nitelikte mal arz etmesi veya aynı dağıtım veya satış yollarını kullanması halinde, diğerlerine göre daha avantajlı bir durum sağlanmış olur. Örneğin, iki çamaşır tozu üreticisi firmanın kurdukları ortak girişim şirketinin çamaşır suyu üretmesi<sup>474</sup>, ya da iki buzdolabı üreticisinin, çamaşır makinesi üretmesi gibi. Her iki halde de, ortak girişim şirketinin tanıtım ve dağıtım ve satış masrafları, diğer firmalara göre daha düşük olacaktır. Bu durum, normal

---

<sup>469</sup> LANG, Joint Ventures, 28.

<sup>470</sup> Berkey Photo v. Eastman Kodak Co., 444 US 1093 (1980).

<sup>471</sup> BRODLEY, 1532.

<sup>472</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 342. Bork, fırsatlardan eşit yararlanma ilkesini, küçük üreticileri korumaktan başka bir amacı olmadığı gerekçesi ile reddetmektedir.

<sup>473</sup> Official Airline Guides, Inc. v. Federal Trade Commission, 630 F.2d. 920 (2nd Circuit) 1980; Berkey Photo v. Eastman Kodak Co. 603 F.2d. 263 (2nd Circuit) 1979.

<sup>474</sup> Federal Trade Commission v. Proctor and Gamble Co., 386 US 568 (1967).

piyasa faaliyetleri sonucu ortaya çıkmamış olduğu için rekabeti kısıtlamak olarak nitelendirilebilir<sup>475</sup>.

## 5. Ortak Girişim Anlaşmalarına Uygulanacak Hukuk

### a. Genel Olarak

Ortak girişim anlaşmalarının, rekabeti kısıtlamakla beraber ticari hayat-taki olumlu katkısı, bunların Rekabet Hukuku ilkelerine göre değerlendirilmesinde çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>476</sup>. Bu anlaşmalar, rekabeti anlaşma yolu ile kısıtladıkları için Shearman Kanununun 1. maddesi<sup>477</sup> ile Roma Andlaşmasının 85. maddesi<sup>478</sup> hükümlerine tabi iseler de, bunların olumlu ve olumsuz etkilerinin birlikte ele alınarak değerlendirileceği açıktır. Aksi halde bütün ortak girişim anlaşmalarının hukuka aykırı olduğu şeklinde bir durum ortaya çıkar ki, bu da olumlu yanların hiç dikkate alınmaması sakıncasını yaratır<sup>479</sup>.

Ortak girişim anlaşmaları, genel olarak, amaç bakımından rekabeti doğrudan kısıtlamak amacına yönelik ortak girişim anlaşmaları ve hukuka uygun bir amaca yönelik ortak girişim anlaşmaları olarak ikiye ayrılabilir. Rekabeti doğrudan kısıtlayan, örneğin, fiyat tesbitinin ya da piyasanın paylaşılmasını temine yönelik ortak girişim anlaşmaları, etki bakımından kartel sözleşmelerinden farksızdır ve bunlara uygulanacak olan hukuki rejim, bu tür ortak girişim anlaşmalarına da uygulanır<sup>480</sup>.

Ortak girişim anlaşmalarının hukuka aykırı olup olmadığını tesbitte, genel nitelikte, olumlu ve olumsuz etkilerinden çok, anlaşmanın özelliklerinden doğan yönleri, belirleyici rol oynar. Diğer yandan, bu anlaşmalar rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar grubundan da farklıdır. Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalarda, rekabetin kısıtlanması yalnız kendisinden

---

<sup>475</sup> Posner ve Chicago ekolü rekabet hukukçuları, reklam ve dağıtım giderlerinin piyasaya giriş engeli olmadığını ve bunların yatırım olarak değerlendirilmesini savunmaktadırlar. POSNER - EASTERBROOK, 514-515; POSNER, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 University of Pennsylvania Law Review 930, 931 (1979).

<sup>476</sup> KAYSER - TURNER, 136; PITOFKY, 1007; BRODLEY, 1523; POSNER, Antitrust Policy and Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions, 75 Columbia Law Review 282, 313 vd.; BORK, The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II, 75 YLJ 461 (1966).

<sup>477</sup> BRODLEY, 1534; NEALE - GOYDER, 169, 170; RAHL, Common Market, 182.

<sup>478</sup> BELLAMY - CHILD, 345; KORAH, Joint Ventures and Other Forms of Collaboration, 85.

<sup>479</sup> POSNER, Antitrust Policy and Supreme Court, 318, 319.

<sup>480</sup> PITOFKY, 1045; ROBERTS, Antitrust Problems in the Newspaper Industry, 82 HLR 343 (1968).

değil, piyasa koşullarının rekabeti kısıtlamaya uygun olmasından da kaynaklanmaktadır. Oysa, ortak girişim anlaşmalarının, piyasaya giriş engeli yarattığı ve muhtemel rekabeti önlediği, anlaşmanın kendinden doğmaktadır. Bu da, ortak girişim anlaşmalarına uygulanacak hukuku belirlemede çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur<sup>481</sup>.

### **b. Olumlu ve Olumsuz Yönleri Değerlendiren Görüş**

Ortak girişim anlaşmalarının değerlendirilmesinde, piyasa payları, anlaşmanın amaçları ve ticaret üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin birlikte dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>482</sup>. Genel olumlu etkisi nedeni ile her ortak girişim anlaşmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Piyasa koşulları<sup>483</sup>, anlaşmanın hükümleri ve tarafların özellikleri<sup>484</sup> birlikte değerlendirilerek, herbir ortak girişim anlaşmasının rekabet ortamına genel ve özel etkileri belirlenmelidir. Ayrıca, rekabeti kısıtlamayı kolaylaştıran, elverişli hale sokan koşullar ile rekabetin fiilen ne oranda kısıtlandığının tesbiti de gereklidir.

Dikkate alınacak ve incelenecek hususlara örnek olarak, faaliyet konusunun büyük yatırım<sup>485</sup>, ileri teknik ve bilgi gerektirmesi<sup>486</sup>, giriş engellerinin yüksek olması, piyasa başarısızlık riskinin büyüklüğü, firmaların nitelikleri ve piyasa payları gösterilebilir. Piyasaya giriş engellerinin yüksek olmaması, ya da ortak girişim faaliyetlerinin herhangi bir özellik göstermemesi, ortak girişim anlaşmasının olumsuz etkilerinin daha ağır basacağını belirtirlerdir.

Ortak girişim anlaşmalarının çok değişik konularda yapılabilmesi, piyasa koşullarının farklı özellikler göstermesi ve bu anlaşmaların değerlendirilmesinde, çeşitli unsurların gözönüne alınacak olması, araştırmaların uzun ve usul ekonomisi bakımından pahalı olmasına yol açar. Ancak, ortak girişim anlaşmalarının, Rekabet Hukuku kuralları bakımından değerlendirilmesinde karşılaşılabilecek bu zorluklar, yarattığı izlenim kadar önemli değildir<sup>487</sup>. Bazı durumlarda, ortak girişim anlaşmasının olumsuz etkisinin dengeyi bozduğu o kadar açıktır ki, olumlu ve olumsuz yönlerin birlikte değerlendirilmesi, gereksiz bir faaliyet haline dönüşür. Rekabet Hukuku

---

<sup>481</sup> KAYSEN - TURNER, 136; BRODLEY, 1535; PITOFKY, 1011.

<sup>482</sup> BRODLEY, 1535.

<sup>483</sup> HALE, G.E. - HALE, R.D., Potential Competition Under Section 7 : The Supreme Court's Crystal Ball, 1964, The Supreme Court Review 173.

<sup>484</sup> GLEISS-HIRSCH, 130, 131.

<sup>485</sup> Re Vacuum Interrupters Ltd., Dj (1977) L48/32; (1978) 1 CMLR D67.

<sup>486</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15.

<sup>487</sup> BRODLEY, 1538, 1539.



kurallarının ihlalinin hiç bir tartışmaya yer vermeyecek kadar açık olduğu durumlar, üç ana başlık altında toplanabilir:

i) Piyasa fiyatını etkilemek, ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerini belirlemek amacıyla yönelik ortak girişim anlaşmalarının sonuçları, kartel anlaşmalarınıninkine benzemesi sebebi ile, *per se* hukuka aykırıdır<sup>488</sup>. Örneğin, fiyatı kontrol etmeğe yönelik bir ortak girişim anlaşması ile kartel sözleşmesi arasında, sonuç bakımından bir fark yoktur<sup>489</sup>. Kartel anlaşmalarının, ticari hayatı sadece olumsuz etkilediği kabul edilirken, ortak girişim anlaşmaları bakımından farklı bir sonuç kabul edilemez. Bu gibi durumlarda, ortak girişim anlaşmalarının olumlu yönlerinin olumsuz yönlerini dengeleyemediğinden bahsetmek daha doğru olur.

Ortak girişim anlaşmalarının, gizli kartel riskini artırması ve kartel kurallarına uymayanların denetlenmesinde etkili bir yöntem olması, kartel anlaşması sonucu benzer sonuç doğuran, ortak girişim anlaşmalarının, olumlu yönlerinin ihmal edilmesi gerektiği düşüncesine kaynaklık etmiştir.

ii) Ortak girişim şirketi ile ana şirketler arasında münhasır satıcılık ilişkisinin varlığı durumunda, ortak girişim şirketinin fonksiyonunun, ana şirketlerin üretimini ve fiyatı kontrol ederek<sup>490</sup> rekabeti kısıtlamak olduğu ve ortak girişim anlaşması ile taraflar arasındaki bir kartel sözleşmesini gizlemekte olduğu ihtimalini artırır. Ortak girişim şirketinin, ana şirketlere mal tedarik faaliyetini üstlenmesi ve ana şirketlerin başka bir kişiden mal satın almayacaklarını taahhüd etmeleri halinde de, üretimi kontrole yönelik bir anlaşma söz konusudur. Üretimin kontrolünün ortak girişim şirketi ile yapılmış olması, faaliyetin hukuka aykırılığını etkilemez.

iii) Mahkeme kararlarına göre, piyasa payları büyük teşebbüsler arasındaki ortak girişim anlaşmalarının rekabete olumsuz katkısı olumlu yönlerinden daha etkilidir ve bunlar daha sıkı kontrol edilmelidir<sup>491</sup>. Piyasa paylarının yüksek ana şirketler arasındaki olması ortak girişim anlaşmaları, rekabet piyasasını iki şekilde etkiler. Bunlardan ilki, piyasada büyük pay sahibi teşebbüsler arasındaki ortak girişim anlaşmalarının, piyasadaki firma konsantrasyonunu artırmak, piyasaya giriş engellerini yükseltmekte çok etkili olmak gibi yarattığı tehlikedir. Piyasa payları büyük şirketler arasındaki ortak girişim anlaşmalarının sıkı bir denetime tutulmalarının ikinci nedeni, optimum büyüklük, verimlilik gibi olumlu yanların amaçlar arasında yer alma ihtimalinin düşük olmasıdır. Piyasada

<sup>488</sup> Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 US 593 (1951).

<sup>489</sup> PITOFKY, 1045, 1046.

<sup>490</sup> BORK, Antitrust Paradox, 438.

<sup>491</sup> United States V. Minnesota Mining and Manufacturing Co., 92 F. Supp. 947.

etkin, yani iktisaden güçlü ve büyük şirketlerin, ortak girişim şirketi ile elde edilmek amacı tek başına gerçekleştirmeleri mümkündür. Ancak, büyüklüğün izafi bir kavram olduğu, bazen çok büyük firmaların da, tek başlarına, ortak girişim şirketinin konusuna giren faaliyetleri gerçekleştirmeğe mali ve teknik olanaklarının yeterli olmayacağını belirtmekte yarar vardır<sup>492</sup>. Büyüklük ve piyasa payı, ortak girişim şirketinin mali yapısı ile oranlı olarak tesbit edilecek bir durumdur<sup>493</sup>.

Diğer yandan, rekabeti kısıtlayıcı durumların, ortak girişim anlaşmasının kuruluşu safhasında da bulunması şart değildir. Bunlar zaman süreci içinde, değişen piyasa şartları ve firmaların ulaştıkları durumlar sonucu da ortaya çıkabilir ve ortak girişim anlaşmasının değerlendirilmesi, geçmiş duruma göre değil, halen bulunan ve gelecekte olması muhtemel etkiye göre yapılır<sup>494</sup>. Örneğin, Pan American World Airways olayında dava konusu<sup>495</sup>, 1929 yılında, Pan American Havacılık Şirketi ile W.R. Grace gemicilik şirketinin, Güney Amerika'da da hava taşımacılığı için kurdukları Panagra ortak girişim şirketinin, rekabeti etkileyip etkilemediğidir. Mahkeme, şirketin kurulduğu yıllarda Güney Amerika'da hava taşımacılığı faaliyetine başlamasının, hiçbir alt yapının bulunmaması nedeni ile, riskli olduğunu ve Panagra'nın kuruluşunun hukuka aykırı olmadığını, ancak Panagra yeterli büyüklüğe ve teknolojik bilgiye sahip olduktan sonra, Güney Amerika'dan Miami'ye uçak seferi yapmak istediğinin, şirketin yüzde elli payına sahip bulunan, Pan American şirketi tarafından engellenmesinin, rekabetin piyasa bölüşme yolu ile kısıtlanması teşkil edeceğini bildirmiştir. İlk kuruluş yıllarında, Panagra'nın faaliyetlerinin ticareti olumlu yönde etkilemekte olduğu kabul edildiği için, ortak girişim anlaşması başlangıçta hukuka aykırı değilse de, daha sonra Pan American World Airways'in şirket ortağı olarak engelleme faaliyetleri, rekabeti kısıtlamaktır.

Ortak girişim anlaşmalarının çok değişik piyasa koşullarında ve çok değişik konularında yapılması, olumlu ve olumsuz yönlerin ve piyasa koşullarının gözönüne alınması görüşü ve bu görüşün ortaya çıkardığı güçlükleri azaltmağa yönelik ilkelerin yeterli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Her bir olayda, hatta zaman içinde, olumlu ve olumsuz yönlerin birlikte değerlendirilmesi görüşü,

---

<sup>492</sup> Re United Processors Ltd., OJ(1974) L 51/7, (1976) 2 CMLR D1; Re Kernbrennstoff-Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15. British Nuclear Fuel Limited, French Commissariat à l'Énergie Atomique ve dört Alman şirketinin ortak girişim şirketi olan KEWA arasında, nükleer yakıtı tekrar işleme araştırması için kurulan, ortak girişim anlaşması.

<sup>493</sup> KORAH, Joint Ventures and Other Forms of Collaboration, 89.

<sup>494</sup> BRODLEY, 1535.

<sup>495</sup> United States v. Pan American World Airways Co., 371 US 296 (1963).

rekabete etkiyi en doğruya yakın tesbit etkili bir görüş olmakla beraber, uygulama açısından çeşitli zorluklar taşımaktadır<sup>496</sup>.

### c. Rekabeti Kısıtlama Karinesi

Ortak girişim anlaşmasının olumlu ve olumsuz yönlerini birlikte değerlendirmek şeklindeki kuralın, yoruma açık olmasının ve uygulamada sonu gelmez tartışmalara yol açmasının neden olacağı sorunlarını azaltmak için, olumlu yönlerin etkisini ortadan kaldıracak oranda rekabetin kısıtlanmasına yol açacak piyasaların, yapısal özelliklerinin belirlenmesi ve bu özelliklere sahip piyasalardaki ortak girişim anlaşmalarının Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiği karinesinin kabul edilmesi teklif edilmiştir<sup>497</sup>. Kaysen ve Turner'ın Rekabet Hukuku politikası konusunda yazdıkları eserde, uygulanabilir bir Rekabet Hukukunun yaratılması için, Rekabet Hukuku kurallarının ihlalini kolaylaştıran durumların önceden belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>498</sup>. Kaysen ve Turner'a göre, hukuka aykırılık karinesinin işlemesine yol açacak durumlar:

- Ortak girişim şirketinin piyasanın önemli bir bölümünü elinde tutması ya da tutabilecek olması,
- Ana şirketlerden birinin veya toplam piyasa paylarının piyasayı kontrol etmeğe yetecek kadar olması,
- Ana şirketlerin aynı piyasada faaliyet gösteriyor, yani rakip teşebbüsler olması,
- Ortak girişim şirketi ile ana şirketlerin faaliyetleri arasında benzerlik bulunması<sup>499</sup>.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, ortak girişim anlaşmasının Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiği karinesi ortaya çıkacaktır. Karine ıspat yükünün yer değiştirmesine yol açacak ve davalılar, anlaşmanın olumlu etkilerinin rekabetin kısıtlanmasından daha fazla olduğunu ıspatla yükümlü olacaklardır<sup>500</sup>.

Davalıların hukuka aykırılık karinesini çürütmesi için çeşitli hususları ıspatlamaları gerekir. Bunlardan ilki ortak girişim anlaşması ile önemli teknolojik ve ekonomik yararın elde edileceğidir. İkinci husus ise, ortak girişim şirketinin faaliyet alanında başarılı riskinin yüksek olduğu ve anlaşmanın bu riski ana

---

<sup>496</sup> BRODLEY, 1536.

<sup>497</sup> ibid

<sup>498</sup> KAYSEN - TURNER, 136-137.

<sup>499</sup> ibid 138.

<sup>500</sup> KAYSEN - TURNER, 139.

şirketler arasında yaygınlaştırdığıdır. Davalıların kanıtlayacakları son husus ise, ortak girişim ile bu yararın elde edilmesinin amaçlandığıdır<sup>501</sup>.

Ancak, davalının son olarak ortak girişimin bu yararı elde edilmesini amaçladığını kanıtlaması yeterli midir? yoksa her bir ana şirketin tek başına bu amacı gerçekleştiremeyeceğini, ya da ortak girişim şirketinin bu amacı gerçekleştirmede başka seçeneğinin olmadığını da ispatlaması gerekir mi?<sup>502</sup> Her bir ana şirketin tek başına bu amacı gerçekleştirememesi, ana şirketlerin muhtemel rakip olma durumu ile ilgilidir. Bu amacı, sadece ortak girişim şirketi gerçekleştirebilecek ise, rekabetin en az etkilenmesinin, söz konusu ortak girişim anlaşması ile olduğu anlamına gelir. Kaysen ve Turner, ortak girişim şirketi ile ekonomik ve teknolojik yararın amaçlanmasının yeterli görmekte ve taraflardan daha başka bir hususu kanıtlamalarını beklemenin doğru olmayacağına ileri sürmektedirler<sup>503</sup>.

Kanımızca, tarafların amaçlarının yanısıra ana şirketlerin tek başına piyasaya girmeyeceğinin kanıtlanmasında da yarar vardır. Her ne kadar, muhtemel rekabet teorisi eleştirilmiş ve ana şirketlerin piyasaya girmelerinin bir ihtimale dayandığı ifade edilmiş<sup>504</sup> ise de, muhtemel rakip durumundaki firmaların piyasada fiilen faaliyet gösteren firmalar üzerindeki etkisi rekabet piyasasında fiyat teorisinin sonucudur<sup>505</sup>. Muhtemel rakip durumundaki ana şirketlerin piyasaya girmeleri bir ihtimal olmakla beraber, girmeme kararı üçüncü kişilere açıklanmadığı sürece, o piyasada faaliyet gösteren firmalar, ana şirketleri piyasaya girebilecek rakip olarak kabul ederek, onları piyasa dışında tutabilmek için satış fiyatlarını düşük tutup, piyasanın çekiciliğini azaltmağa çalışacaklardır<sup>506</sup>. Bu sebepten, ana şirketlerin piyasaya tek başına girmeyeceklerinin tesbitinde yarar vardır. Ana şirketlerin kapasiteleri, geçmişte gösterdikleri büyüme, gerekli teknolojiye sahip olmadıklarının tesbitinde de yararlanılabilir.

Muhtemel rekabet teorisinin sağlam gerekçelere dayanmadığı ileri sürülerek, ana şirketlerin piyasaya tek başlarına girmek durumunun incelenmesini reddedilecek olursa, mevcut alternatifler arasında rekabeti en az olumsuz etkileyecek olan bir anlaşma türü olan ortak girişim anlaşmaları üzerindeki tartışmaların büyümesine yol açılmış olur. Oysa, rekabet ortamını daha az etkileyecek bir seçenek varken, ortak girişim anlaşması ile aynı yararın

<sup>501</sup> ibid 139-140.

<sup>502</sup> BELLAMY - CHILD, 357.

<sup>503</sup> KAYSEN - TURNER, 139-140.

<sup>504</sup> POSNER, Antitrust Policy and Supreme Court, 317.

<sup>505</sup> STIGLER, Competition, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 19.

<sup>506</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. V, 89, 90.

elde edilmeğe çalışılması halinde, hukuka aykırılık karinesinin çürütülemediği olduğu yargısına varmak daha uygun bir çözüm olur.

#### **d. Penn-Olin Doktrini**

Penn-Olin Chemical Co. kararı<sup>507</sup>, Yüksek Mahkemenin ortak girişim anlaşmalarına ilişkin ilk kararıdır. Çeşitli davalarda ortak girişim anlaşmasının niteliğine değinilmemiş<sup>508</sup>, sadece rekabete olan etki değerlendirilme konusu yapılmıştır. Penn-Olin davasında, Pennsalt Chemicals Corporation ile Olin-Mathieson Corporation faaliyet göstermedikleri Amerika Birleşik Devletlerinin güney doğu eyaletlerinde ortak girişim şirketi kurarak, bu bölgede sodyum klorür imal etmeğe başlanmıştır. Güney doğu eyaletlerinde, talebin artması üzerine herbir ana şirket daha önceki tarihlerde piyasaya tek başına girmeği düşünmüş ise de, ortak girişim anlaşması ile piyasaya girmek yolunu seçmişlerdir. Ortak girişim şirketinin rekabete etkisi sorununu, ilk kez bu davada ele alan Yüksek Mahkeme, ortak girişim anlaşmasını muhtemel rakip teorisi çerçevesinde değerlendirmiştir<sup>509</sup>.

Yüksek Mahkeme, ortak girişim anlaşmaları için iki dereceli bir araştırmanın gerekli olduğunu belirtmiştir. İlk önce, ortak girişim anlaşmasının tarafları olan ana şirketlerin ilgili piyasadaki durumları araştırılacak ve her bir ana şirketin ilgili piyasada muhtemel rakip olması halinde, araştırmanın ikinci safhasını oluşturan, ortak girişim anlaşmasının rekabete olumsuz etkisinin incelenmesine geçilecektir<sup>510</sup>. Yüksek Mahkeme, ortak girişim anlaşmalarının iki tür olumsuz etkisinin olabileceğini kabul etmektedir. Bunlardan ilki muhtemel rekabetin ortadan kaldırılması, ikincisi de ortak girişim anlaşması ile rakip teşebbüsler arasında rekabeti etkilemeye yönelik bir anlaşmanın gizlenmesidir. Her iki şirketin de piyasada muhtemel rakip olmadığı durumda, rekabete olan etkinin araştırılmasına gerek yoktur. Bu durum, muhtemel rakip durumunda olan bir şirketle, piyasa ile ilgili olmayan bir şirket arasında yapılan bir ortaklık anlaşmasından farksızdır. Ortada, Rekabet Hukukunun konusu dışında kalan bir ortak girişim şirketi vardır.

Yüksek Mahkemenin görüşünü açıklayan Hakim Clarke'a göre, ana şirketler ile ortak girişim şirketinin paylarının piyasayı kontrol edecek kadar büyük olması, ana şirketler ile ortak girişim şirketinin aynı piyasada faaliyet göstermesi, piyasadaki faaliyet miktarı ve bunların piyasa etkinlikleri rekabeti

<sup>507</sup> United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 US 158 (1964).

<sup>508</sup> Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 US 593 (1951); United States v. Pan American World Airways Co., 371 US 296 (1963).

<sup>509</sup> United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 US 173 (1964).

<sup>510</sup> ibid 174.

kısıtlamak riskini artıran faktörlerdir. Ayrıca, muhtemel rekabetin piyasadaki etkisi, ortak girişim anlaşmasının amacı, şirketler arasındaki denetim sistemi ve ana şirketlerin ortak girişim anlaşması olmadan piyasaya girmeleri halinde piyasanın yapısında meydana gelmesi beklenen değişiklikler de göz önüne alınmalıdır<sup>511</sup>.

Ortak girişim anlaşmalarına uygulanacak Rekabet Hukuku kurallarını belirleyen Penn-Olinn yargısal doktrini, kesin kurallar getirmediği gerekçesi ile eleştirilmiş, ana şirketlerin piyasaya tek başına girmesi halinde meydana gelecek değişiklikleri belirlemenin sadece bir tahmin olacağı iddia edilmiştir<sup>512</sup>. Doktrindeki eleştiriler aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

Ana şirketlerin ortak girişim anlaşması olmasaydı piyasaya girme ihtimali belirlenirken, şirket yöneticilerinin bunu planlamış olup olmadıklarının araştırılması oldukça güçtür. Bütün fiili zorlukların aşıldığı ve buna ilişkin somut delillerin var olduğu farz edilse bile, elde edilecek bulgular, ortak girişim anlaşması olmasa idi, şirketlerin kendi başlarına piyasaya girecek olduklarını göstermez. Her anlaşma öncesi, şirketlerin ortak girişim anlaşması ile alternatiflerini ve özellikle iç büyüme ile piyasaya girme olanaklarını araştırmaları olağandır<sup>513</sup>. Bundan, ana şirketin piyasaya tek başına gireceği sonucunun çıkarılması hatalı olur. Kaldı ki, bütün seçeneklerin değerlendirilmesi ve bu değerlendirmelerin ışığı altında ortak girişim anlaşmasının seçilmiş olması, Penn-Olinn yargısal doktrininin, varsayımlara dayandığı iddiaları, muhtemel rekabetin tesbitinde somut ve ölçülebilir kriterlerin araştırılmasını zorunlu hale getirmiştir. Ana şirketlerin, piyasaya tek başına girme ihtimallerinin araştırılmasında sübjektif ya da objektif bulguların esas alınması, ortak girişim anlaşmasının Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesinde önemli rol oynayacaktır<sup>514</sup>. Ana şirketlerin muhtemel rakip olarak kabul edilmeleri, şirket yöneticilerinin tek başına piyasaya girme konusundaki düşüncelerinin gözönüne alınması ile yapılabileceği gibi, objektif ölçüler çerçevesinde ana şirketin piyasaya, ortak girişim şirketi olmadan girebilme imkanlarına sahip olup olmadığının tesbitine göre de yapılabilir<sup>515</sup>. Şirketin, piyasaya kendi başına girebileceğini değil, tam tersine piyasaya ancak ortak girişim anlaşması ile gireceğini ve diğer seçeneklerin söz konusu olmadığını gösterir<sup>516</sup>.

---

<sup>511</sup> ibid 176.

<sup>512</sup> BRODLEY, 1537; PITOFSKY, 1030; POSNER, Antitrust Policy and Supreme Court, 313.

<sup>513</sup> PITOFSKY, 1025.

<sup>514</sup> LANG, Joint Ventures, 26.

<sup>515</sup> PITOFSKY, 1020.

<sup>516</sup> POSNER, Antitrust Law, 113.

Ana şirketlerin, ortak girişim anlaşması olmasa idi, piyasaya girme ihtimalini objektif esaslara bağlanması, kararın doğruluk derecesini etkiler. Ana şirketlerin ortak girişim anlaşması yoluna başvurmadan, iç büyüme ile piyasaya girip girmeyeceği sorunu, şirket yöneticilerinin düşüncelerinden bağımsızdır. Ana şirketin yeni bir piyasaya girme olasılığına ilişkin objektif unsurlar üç genel kategori halinde incelenebilir. Bunlar piyasaya iç büyüme ile girebilme kapasitesi, böyle bir büyümedeki yarar ve kârdır<sup>517</sup>.

Ana şirketin iç büyüme ile piyasaya girebilmesi çeşitli koşulların varlığına bağlıdır. Bunlardan gerekli patent hakkı, teknolojik ve ticari bilgiye sahip olmak, tek başına piyasaya girebilme kapasitesini gösterir. Ayrıca, şirketin benzer veya tamamlayıcı ürün piyasalarında faaliyet göstermesi<sup>518</sup>, aynı müşteri grubuna hizmet vermesi ya da aynı reklam, pazarlama ve dağıtım yollarından yararlanması, kapasitenin varlığının göstergesidir. Görüldüğü gibi, kapasitenin belirlenmesinde tesbiti kolay ve somut unsurlardan yararlanılmaktadır. Şirketin geçmişteki faaliyetleri ve halihazır kapasitesinin objektif kriterlere göre değerlendirilmesi, şirketin yeni piyasa bakımından muhtemel rakip olarak kabul edilmesini belirler.

Ana şirketin ortak girişim anlaşması ile piyasaya girmiş olması, yarar şartının gerçekleşmesi bakımından yeterli kabul edilebilir. Belirli bir piyasaya ortak girişim anlaşması ile girmekte yarar gören bir şirketin, kendi başına aynı piyasaya girmesinde yarar görmemesi düşünülemez.

Şirketlerin yeni bir piyasaya girme kararlarındaki diğer önemli bir etkende kârdır. Bu unsurun gözönüne alınmadığı bir durumun varlığı dahi düşünülemez<sup>519</sup>. Ana şirketin kendi faaliyet gösterdiği piyasa dışına çıkması, kâr beklentisi ile doğrudan ilgilidir. Ancak, her yeni piyasaya girişte başarısızlık faktöründe mevcut olduğunu dikkate almakta fayda vardır. Bir teşebbüsün muhtemel rakip olarak kabul edilmesi kâr ve risk arasında dengenin kurulmasına bağlıdır. Ortak girişim şirketinin faaliyet gösterdiği piyasadaki teşebbüslerin kâr oranları ya da faaliyet göstermekte olan ortak girişim şirketinin kâr oranı, ana şirketlerin muhtemel rakip olarak kabul edilip edilmeyeceğini belirleyecektir<sup>520</sup>. Ancak, piyasada gözlenen bu kâr oranı tek başına muhtemel rekabet durumunu belirlemeye yetmez. Başarısız olma riskinin de gözönüne alınması gerekir. Örneğin, başarısızlık riskinin, markaya bağlılık, müşteri sadakati gibi, hukuken korunan patent hakkının varlığı gibi nedenlerle yüksek olduğu bir piyasada, kâr

<sup>517</sup> PITOFISKY, 1025-1028.

<sup>518</sup> Federal Trade Commission v. Procter and Gamble Co., 368 US 568 (1967).

<sup>519</sup> HAYEK, The Political Order of a Free People, Law, Legislation and Liberty, c.III, Chicago, 1982, 70.

<sup>520</sup> PITOFISKY, 1028.

oranları yüksek olsa bile, ana şirketlerin tek başına piyasaya gireceklerini varsaymak doğru olmaz. Buna karşılık, kâr oranı çok yüksek olmamakla beraber, başarısızlık riskinin yok denecek kadar az olması halinde, ana şirketlerin tek başına piyasaya girmesi her zaman beklenir. Başarısızlık olasılığının yüksek olduğu bir piyasada faaliyet gösteren ortak girişim şirketinin riski, ana şirketler arasında, yaygınlaştırma fonksiyonu gördüğünü söyleyebiliriz.

Penn-Olin davasında, Yüksek Mahkeme, Pennsalt ve Mathiesen Olin şirketlerinin muhtemel rakip olma durumlarını, şirket yöneticilerinin piyasaya tek başına girmek konusundaki düşüncelerini ve her iki firmanın piyasaya tek başına girme planlarını, ortak girişim anlaşmasından önce yapmış olduklarını değerlendirmiş ve sübjektif kriterler ağırlıklı bir uygulama yapmıştır<sup>521</sup>. Yüksek Mahkemenin bu kararını eleştiren Pitofsky, şirket yöneticilerinin düşüncelerine göre yapılacak uygulamanın tahminlere dayalı olduğunu ve değerlendirmelerin daha objektif esaslara dayanması gerektiğini söylemiştir<sup>522</sup>.

Bork ise, Yüksek Mahkemenin Penn-Olin kararını öngördüğü iki dereceli uygulamadan yana olduğunu ifade etmekle beraber, daha basit kriterlerden yana olduğunu belirtmektedir<sup>523</sup>. Ana şirketlerin her ikisinin de muhtemel rakip olduğunu tesbit ettikten sonra, ortak girişim şirketinin piyasadaki etkinliğinin, rekabeti ortadan kaldırmağa yeterli olması araştırılacaktır. Bunları gerçekleştirmeyen ortak girişim anlaşmalarının Rekabet Hukukuna aykırı olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bork'a göre, Yüksek Mahkeme'nin geliştirdiği uygulama ilke olarak doğru olmakla beraber, uygulanabilirlik açısından çok karışıktır<sup>524</sup>.

#### e. Ulusal Ortaklaşa Araştırma Kanunu (National Cooperation Research Act)<sup>525</sup>

Araştırma ve geliştirme faaliyetlerini teşvik amacı, Amerika Birleşik Devletlerinde çıkarılan Ulusal Ortaklaşa Araştırma Kanunu, araştırma ve geliştirme konusunda, teşebbüslerin ortak girişimlerini desteklemektedir. Ortak girişim anlaşmalarına uygulanacak kurallar üzerindeki tartışmaların, araştırma ve geliştirme faaliyetleri üzerindeki olumsuz etkisine son vermek için, ortak araştırma ve geliştirme girişimlerinin tabi olacağı hukuk kurallarına kesin düzenlemeler getirilmiştir<sup>526</sup>. Araştırma ve geliştirmeye yönelik ortak girişimlerin,

<sup>521</sup> United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 US 165 (1964).

<sup>522</sup> PITOFSKY, 1024.

<sup>523</sup> BORK, Antitrust Paradox, 278.

<sup>524</sup> BORK, ibid 279;

<sup>525</sup> National Cooperation Research Act, 1.11.1984, Pub. L. 98-642.

<sup>526</sup> HALVERSON, Transnational Joint Ventures, 1024.



ortak girişim anlaşmalarının rekabeti kısıtlayıcı olumsuz etkisinden daha önemli olduğu görüşünden hareket eden Kanunkoyucu, araştırma ve geliştirmeye yönelik ortak girişim anlaşmalarının tabi oldukları hukuki rejimi düzenlerken, olumlu yönlere ağırlık verilmesi ilkesini benimsemiştir<sup>527</sup>. Ortak girişim anlaşmasının, araştırmaya ve geliştirmeye yönelik olması durumunda, rekabeti kısıtlayıcı etkisi ihmal edilebilecektir. Böylece, ortak girişim anlaşmaları yeni bir hukuki boyut kazanmış ve uygulanacak kuralın ortaya çıkışı anlaşmanın amacına bağlanmış olmaktadır.

Bu kanunun 3. maddesi anlaşmaları, kanunun konusu bakımından, araştırma ve geliştirme anlaşmaları ile bunlar dışında kalan anlaşmalar şeklinde ikiye ayrılmıştır. 1. maddenin 6. bendi ise araştırma ve geliştirme anlaşması sayılacak durumlar ile araştırma ve geliştirme olgusu ile bağdaşmayan ve rekabetin kısıtlanmasına yönelik durumları saymıştır. 1. maddenin 6. bendine göre, ortak girişim anlaşmaları, rekabeti kısıtlamak amacına yönelik ve dolayısı ile araştırma ve geliştirme kavramları ile hiç bağdaşmayan anlaşmalar, araştırma ve geliştirme anlaşmaları ve araştırma ve geliştirme anlaşması olarak kabul edilmemekle beraber, rekabeti kısıtlamak amacı taşımayan anlaşmalar olarak üçe ayrılır. 1. maddenin 6b. bendinde belirtilen fiyat tesbit, üretim kontrol, karşılıklı patent değişimi amacına yönelik anlaşmalar rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan anlaşmalar kategorisinde yer alır ve bu anlaşmaların Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesinde olumlu yönlerin dikkate alınması düşünülemez<sup>528</sup>. 1. maddenin 6a bendine göre ortak araştırma ve geliştirme anlaşması kabul edilecek anlaşmalar ise kanunun getirdiği ayrıcalıktan yararlanacak ve olumlu yönleri, rekabeti kısıtlamak olumsuz yönünden daha ağır bastığı farz edilecektir. Ancak, herhangi bir ortak araştırma ve geliştirme anlaşmasının, rekabeti olumsuz yönde etkileyecek hükümler içermesi durumunda ortaya çıkacak çekişmenin *rule of reason* yargısal doktrinine<sup>529</sup> göre değerlendirileceği hükmü getirilmiştir<sup>530</sup>.

#### **f. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Bakımından Ortak Girişim Anlaşmaları**

Avrupa Topluluğu Hukukunda, ortak girişim anlaşmaları da, Rekabet Hukuku kapsamına girer ve Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. ve 3. paragrafında belirtilen kurullara tabidir. Komisyon 1966 tarihinde yayınladığı,

---

<sup>527</sup> ibid 1083.

<sup>528</sup> ibid 1089.

<sup>529</sup> Bakınız sayfa 217 vd.

<sup>530</sup> National Cooperation Research Act, madde 3.

Ortak Pazarda Firma Konsantrasyonu Hakkında Memorandum<sup>531</sup> ile rekabeti yatay kısıtlayan durumları karteller, birleşmeler (merger) ve ortak girişim anlaşmaları şeklinde üçe ayırmıştır. Her üç durumda da bir sözleşmenin sözkonusu olmasına rağmen, birleşme durumunda, birleşen şirketlerin tek tüzel kişilik altında toplanmaları sebebi ile, bu durum diğerlerinden ayrılmış<sup>532</sup> ve 85. maddenin 1. paragrafına, sadece kartel sözleşmelerinin ve ortak girişim anlaşmalarının gireceği belirtilmiştir. Komisyonun 1966 tarihli Memorandumunda belirlenen bu ilkeler, bugün de hala geçerliliğini korumaktadır.

Komisyon'un kararları incelendiğinde, ortak girişim anlaşmalarının rekabeti kısıtlayarak Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiği görüşünün hakim olduğu gözlenir<sup>533</sup>. Ortak girişim anlaşmasının tarafları olan ana şirketlerin, piyasa ile ilgili olma durumlarında, piyasa konsantrasyonunun artırması<sup>534</sup> ve muhtemel rekabetin ortadan kalkması, 85. maddesinin 1. paragrafını ihlal için yeterli görülmüştür<sup>535</sup>.

Komisyonun, 1966 tarihli Memorandumundan sonraki ortak girişim anlaşmaları ile ilgili ilk önemli kararı, ortak araştırma ve geliştirme anlaşmalarına ilişkindir<sup>536</sup>. Davanın konusu, Henkel ve Colgate şirketlerinin, ortak girişim anlaşması ile piyasayı paylaşmalarıdır. Henkel ve Colgate birlikte, araştırma ve geliştirme faaliyetlerini yürütmek için anlaşarak, bir ortak girişim şirketi kurmuşlardır. Bu şirket, buluşlardan yararlanmak hakkını lisans sözleşmesi ile bedelsiz olarak ana şirketlere verecektir. Lisans sözleşmesinden bedelsiz yararlanmak hakkı ana şirketlere, sadece ilgili piyasaları bakımından tanınmış ve kendi piyasaları dışındaki faaliyetleri için, ana şirketler yüzde iki royalti bedeli ödemeyi kabul etmişlerdir. Komisyon, royalti bedeli ödeme şartını, piyasayı paylaşma amacına yönelik olduğu gerekçesi<sup>537</sup> ile reddetmiş ve bu şart haricinde, anlaşmanın 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanabileceğine karar vermiştir.

<sup>531</sup> Commission Memorandum, The Problem of Concentration of Enterprises, Competition Series, No.3, Brussels, 1966.

<sup>532</sup> AGNEW, 101; GLEISS-HIRSCH, 151.

<sup>533</sup> Re Vacuum Interrupters Ltd., Dj (1977) L48/32; (1978) 1 CMLR D67.

<sup>534</sup> UYTVANCK, Filiales Communes, Cahiers de Droit Européen, 1979, 30; DEFALQUE, Réflexions sur le Groupe Horizontal de Société et son Traitement en Droit de la Concurrence, Cahiers de Droit Européen, 1979, 450.

<sup>535</sup> RITTER - OVERBERRY, Joint Ventures, 613; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 260.

<sup>536</sup> Re Henkel- Colgate, OJ51974) L14/14.

<sup>537</sup> LANG, Joint Ventures, 15.

S.H.V. -Chevron olayı<sup>538</sup> ise, Komisyonun, Memorandum'daki ilkeleri uygulama fırsatı bulduğu ilk davadır. Bir Hollanda şirketi olan Steenhoven Handels Vereniging şirketi ile Standart Oil of California şirketinin yavru şirketi olan Chevron Oil Europe adlı Amerikan şirketi, petrol ürünlerinin dağıtım ve pazarlanması için bir ortak girişim şirketi kurmuşlardır. Ortak girişim şirketinin faaliyete başlaması üzerine, ana şirketler, ortak girişim şirketinin faaliyet konusu ile çatışan faaliyetlerine son vermişlerdir. Komisyonun ilk değerlendirmesi, ortak girişim şirketinin niteliği üzerine olmuştur. Ana şirketlerin tüzel kişiliklerinin devam etmesini önemli bulmayan Komisyon, ana şirketlerin ortak girişim şirketinin faaliyet gösterdiği piyasadan çekilmesini, birleşme (merger) olarak nitelendirmiştir. Ortak girişim şirketi ile ana şirketlerin rekabet etmemelerini, Amiaud'nun<sup>539</sup> 1914 de ileri sürdüğü, dolaylı grup etkisi görüşü ile açıklamaya çalışan Komisyon, birleşme olarak nitelendirdiği ortak girişim şirketinin 85. madde kapsamı dışında kaldığına karar vermiştir. Komisyonun, ana şirketlere anlaşma ile rekabet yasağının getirilmesini de, aynı görüş çerçevesinde değerlendirmesi, eleştirilere yol açmıştır<sup>540</sup>.

1966 tarihli Memorandum ve Chevron Oil kararından çıkan sonuç, kısmi veya tam birleşmeye yol açan anlaşmaların, 85. madde kapsamı dışında kalacağı ve bu etkileri doğurmeyen anlaşmaların ise, 85. madde hükümlerine tabi olacaktır.

Avrupa Topluluğu Hukukunda da, ortak girişim anlaşmaları ile ilgili temel sorunun, ortak girişim anlaşmalarının ana şirketlerin kendi aralarındaki ve ana şirketler ile ortak girişim şirketi arasındaki rekabetin ortadan kalkması durumunun, ticaret üzerindeki olumsuz etkisinin tesbitidir<sup>541</sup> ve ortak girişim anlaşmalarının ticaret üzerindeki etkisini tesbit ederken, anlaşmaların olumlu yönlerinin değerlendirilmesidir. Anlaşmanın amacının, rekabeti doğrudan kısıtlamak olduğu durumlarda, kartel sözleşmeleri için olduğu gibi, olumlu yönlerin araştırılmasına gerek yoktur<sup>542</sup>. Komisyon, 11. Rekabet Politikası Raporunda, rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan anlaşmaların değerlendirilmesinde dikkate alınacak hiçbir olumlu yönün bulunmadığını belirtmektedir. Bu gibi anlaşmalar, 85. maddenin 3. paragrafında öngörülen istisna şartlarından

<sup>538</sup> Re Steenkolen-Handelsvereniging NV and Chevron Oil Europe, (1975) 1 CMLR D68.

<sup>539</sup> AMIAUD, Les Nouvelles Formes d'ententes entre Producteurs Devant La Loi Penale, Paris, 1914, zikreden RITTER - OVERBURY, Joint Ventures, 613-614.

<sup>540</sup> LINSSEN, Joint Subsidiaries, The S.H.V.- Chevron case, 13 CMLRev. 114(1976); KORAH, Joint Ventures and Other Forms of Collaboration, 88; WALKER, Mergers and Concentrations, EEC Competition Law, Oxford, 1976, 99.

<sup>541</sup> Sixth Report on Competition Policy, Luxembourg, 1977, § 55.

<sup>542</sup> GLEISS-HIRSCH, 149.

yararlanamaz<sup>543</sup>. Kanımızca, bu gibi anlaşmaların, 85. maddenin 3. paragrafına göre değerlendirilmesi durumunda da, farklı bir sonuç ortaya çıkmaz, çünkü rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan anlaşmaların 3. paragrafdaki şartları karşılaması mümkün değildir.

Rekabetin ikinci dereceden kısıtlanmasına yol açan, ortak girişim anlaşmaları ise, anlaşmanın yapısından doğan olumsuz etkiler ile, anlaşmanın amacının topluma katkısının mukayesesi ile değerlendirilir. Ortak girişim anlaşmasının ticarete olumsuz etkilerinin başında, muhtemel rekabeti kısıtlamak gelir. Bir Komisyon kararına göre, anlaşmada ana şirketlerin ortak girişim şirketi ile rekabet etmeyeceğine dair bir şartın bulunması gerekli değildir<sup>544</sup>. Doktrinde de bu karar desteklenmekte ve açık bir hüküm bulunmasa bile, ortak girişim anlaşmasının, muhtemel rekabeti kısıtlamasının kaçınılmaz sonuç olduğu kabul edilmektedir<sup>545</sup>.

Komisyon da, GEC-Weir Sodium Circulator kararında<sup>546</sup>, aynı görüşü desteklediğini, aşağıdaki sözlerle açıklamıştır.

"Genel olarak, ana şirketler, sözleşmede herhangi bir hüküm olmasa da, paydaşı oldukları ortak girişim şirketi ile rekabet etmezler."<sup>547</sup>

Ana şirketler ve ortak girişim şirketi arasında rekabetin ortadan kalkmasının, ortak girişim anlaşmasının doğal sonucu olmasına karşılık, Adalet Divanı, mevcut ekonomik koşullar da dikkate alınarak, muhtemel rekabetin kısıtlanmasının, piyasadaki etkisinin belirlenmesinin gerektiğini belirtmektedir<sup>548</sup>. Ortak girişim anlaşmalarının çok çeşitli konular ve piyasalarda yapılması, genel bir teorinin geliştirilmesini güçleştirmiştir<sup>549</sup>. Örneğin, dört Batı Alman şirketinin nükleer yakıtı tekrar işlemek (reprocess) ve pazarlamak için kurdukları KERN-BRENNSTOFF-WIEDERAUFARBEITUNGSGESELLSCHAFT mbH (KEWA) şirketinin, rekabeti kısıtladığına ve yapılan bu anlaşmanın, 85. maddenin 1. paragrafının uygulama alanına giren bir durum yarattığına karar verirken, ana şirketlerin nükleer yakıtı tekrar işlemek için gerekli tesislere sahip olmamasına rağmen, gerekli teknolojiye sahip olmasını, ana şirketlerin nükleer yakıt piyasasında muhtemel rakip olarak kabul edilmeleri için yeterli

<sup>543</sup> Re Henkel- Colgate, OJ (1974) L14/14.

<sup>544</sup> Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98.

<sup>545</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 260; LANG, Joint Ventures, 21.

<sup>546</sup> Re GEC -Weir Sodium Circulator, OJ(1977) L 327/26.

<sup>547</sup> ibid L327/31.

<sup>548</sup> Case 5/69 Völk v. Verweacke, 1969 ECR 295; Case 23/67 Brasserie de Haecht v. Wilkin, 1967 ECR 407.

<sup>549</sup> LANG, Joint Ventures, 15.

görmüştür<sup>550</sup>. Aynı kriter, KEWA, British Nuclear Fuels Limited ve Fransız Atom Enerjisi Komisyonunun kurdukları United Processors Şirketi kararında da uygulanmıştır<sup>551</sup>. Ancak Komisyon, her iki olayda nükleer yakıtın tekrar işlenmesi için çok büyük yatırımların gerekli olması ve başarısızlık riskinin yaygınlaştırılması gerekçeleri ile, her iki anlaşmanın 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanmasına karar vermiştir<sup>552</sup>. Komisyon, her iki olayda da, ortak girişim şirketlerini, özel koşullarına göre değerlendirmiş<sup>553</sup> ve kararların özel durumlara ilişkin olduğunu belirterek, örnek teşkil etmeyeceğini açıklamıştır<sup>554</sup>.

Vacuum Interrupters Ltd. kararı<sup>555</sup> Komisyonun, ortak girişim anlaşmalarının Rekabet Hukukuna olumsuz etkileri konusundaki görüşünü yansıtır. 1968 yılında, Associated Electrical Industries (A.E.I.) ve A. Reyrolle Parsons şirketlerinin on yıl süre ile kurdukları Vacuum Interrupters ortak girişim şirketi, basınçlı devre kesicileri geliştirip, imal edecektir. Basınçlı devre kesicileri hakkında teknik bilgilerin var olmasına karşılık imalat safhasında çeşitli zorluklar ile karşılaşılması, her iki şirketi ortak girişim anlaşmasına iten sebep olmuştur. A.E.I. ve Reyrolle Parsons şirketleri, ağır elektrik makinaları ve devre kesicileri piyasasında rakip durumdadırlar. Komisyon, ortak girişim anlaşmasının, 85. maddenin 1. paragrafını ihlal ettiğini belirtirken, ortak girişim anlaşmasının Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesi, aşağıdaki şekilde yapılmıştır.

"İki muhtemel rakip teşebbüsün, olanaklarını belirli bir malın araştırılması, geliştirilmesi, imalatı ve satışı için, ortak girişim anlaşması ile biraraya getirmeleri, o malı kendilerinin tek başına geliştirip, üretme ve satma ihtimalini ortadan kaldırdığı için, rekabetin kısıtlanmasıdır."<sup>556</sup>

Komisyon, A.E.I. ve Reyrolle Parsons şirketleri arasındaki ortak girişim anlaşmasının rekabeti kısıtladığını, ancak anlaşmanın olumlu yönlerini de

---

<sup>550</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15.

<sup>551</sup> Re United Processors, OJ51976) L 51/7, (1976) 2 CMLR D1.

<sup>552</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D22.

<sup>553</sup> BELLAMY - CHILD, 353.

<sup>554</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D23-24; Fifth Report on Competition Policy, Luxembourg, 1976, § 45.

<sup>555</sup> Re Vacuum Interrupters Ltd., Dj (1977) L48/32; (1978) 1 CMLR D67.

<sup>556</sup> Re Vacuum Interrupters Ltd., Dj (1977) L48/32; (1978) 1 CMLR D67, D77. Kararda birleşme (merger) sözcüğü kullanılmış ise de, burada ifade edilen, firma konsantrasyonu değil, biraraya gelmedir. Birleşme (merger) 'de, süreklilik söz konudur. Olayda on yıllık bir süre öngörülmüştür.

dikkate alarak, 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanmasına, sadece ortak girişim anlaşmasının konusu ile sınırlı olarak izin vermiştir<sup>557</sup>.

Ortak girişim anlaşmasının taraflarının, ortak girişim şirketinin faaliyet konusu ile doğrudan ilgili olmaları durumunda, muhtemel rakip olarak kabul edilecekleri hususunda hiç bir tereddüt yoktur. Ancak, ortak araştırma ve geliştirme anlaşmaları bakımından ise, ortak girişim şirketinin faaliyet konusunun bir yeniliğe yönelik olması, muhtemel rekabetin ilişkin olduğu piyasa bakımından tereddütlere yol açabilir. Ana şirketlerin, yeniliğe ilişkin piyasada muhtemel rakip olarak kabul edilebilmeleri için, dikkate alınacak unsurların belirlenmesi sorunu ortaya çıkar.

Komisyon kararlarında, teşebbüslerin geçmişteki faaliyetlerine, tecrübelerine<sup>558</sup>, teknik<sup>559</sup> ve ekonomik<sup>560</sup> olanaklarına bakılarak karar verildiği gözlenir. Komisyon, muhtemel rekabetin belirlenmesini, objektif unsurlara göre yapmaktadır. KEWA ve United Processor kararlarında gerekli teknik bilgiye sahip olmak kriterlerinden yararlanılmıştır. Bayer-Gist kararında<sup>561</sup> ise, ana şirketlerin tek başlarına elde edilmek amacı gerçekleştiremeyecek olmalarını, ortak girişim anlaşmasının 85 maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanmak için yeterli bulmamış, aynı amacın rekabeti daha az kısıtlayan bir yolla, örneğin, daha kısa süreli bir anlaşma ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin araştırılması gerektiğini bildirmiştir.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 3. paragrafına göre, 1. paragrafı ihlal eden anlaşmaların, teknik ve ekonomik yarar sağlaması ve bundan tüketicinin makul ölçüde faydalanması halinde, bu anlaşmalar 1. paragraf uygulanması dışında kalabilmektedir. 3. paragrafta, teknik ve ekonomik gelişmeye katkıdan söz edilmiş olması, bu paragraf hükümlerinden faydalanacak ortak girişim anlaşmalarını önemli ölçüde sınırlamıştır. Kanımızca bu da, Avrupa

---

<sup>557</sup> Re Vacuum Interrupters Ltd., Dj (1977) L48/32; (1978) 1 CMLR D67, D80. Vacuum Interrupters on yıl içinde üretim sorunlarını halledememiş ve Komisyon 11.12.1980 tarihli kararı ile ortak girişim şirketinin süresini on yıl daha uzatılmasına izin vermiştir. Eleventh Report on Competition Policy, Brussels, 1980, 97.

<sup>558</sup> Re Rank/Sopelem, OJ(1975) L 28/20, (1975) 1 CMLR D72.

<sup>559</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15; Re Vacuum Interrupters Ltd., Dj (1977) L48/32; (1978) 1 CMLR D67

<sup>560</sup> Re Continantal Can Co. Inc., OJ(1972) L 7/25, (1972) CMLR D11; Case 27/76 United Brands v. Commission, (1978) ECR 207

<sup>561</sup> Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98.

Topluluğunda araştırma ve geliştirme amaçlı ortak girişim anlaşmalarını en yaygın anlaşma türü haline getirmiştir<sup>562</sup>.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, ortak girişim anlaşmaları bakımından genel yaklaşım, bu anlaşmaların rekabeti kısıtlayarak, 85. maddenin 1. paragrafını ihlal ettiği, ancak 3. paragraf hükümlerinden yararlanarak, belirli bir süre için Rekabet Hukukunun uygulama alanı dışında tutulabileceği yönündedir. Elde edilen yararın, rekabeti daha az kısıtlayan başka bir yoldan elde edilemeyecek olması halinde, 3. paragraf hükümlerinden yararlanılabilecektir<sup>563</sup>. Komisyon'a göre, kısmi veya tam birleşme (merger) olarak değerlendirilen durumlar hariç, bütün ortak girişim anlaşmaları ticarete ne denli olumlu katkıda bulunursa bulunsun, muhtemel rekabeti ortadan kaldırması sebebi ile, 85. maddenin 1. paragrafını ihlal etmektedir<sup>564</sup>.

Örneğin, Soplelem/Vickers<sup>565</sup>, Vacuum Interrupters kararlarında<sup>566</sup>, piyasa şartları incelendiğinde, ortak girişim anlaşmasının piyasaya olumsuz etkisinin ihmal edilebilecek seviyede olduğu görülür. İlk olayda, ana şirketlerin optik piyasasındaki payları çok küçüktür. İkinci olayda ise, basınçlı devre kesici piyasasında, sadece Amerikan ve Japon firmaları faaliyet göstermektedir. Avrupa Topluluğu ülkelerinde, Vacuum Interrupters şirketinden başka, basınçlı devre kesicisi üreten firma yoktur ve ortak girişim şirketi de dahil olmak üzere hiç bir firma bu süre içinde piyasaya girememiştir. Komisyon her iki olayda da, 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerinden istisna tutulma sürelerini on yıl daha uzatmıştır. Oysa, her iki olayda, ticarete olan olumsuz etkinin, farkedilebilecek ölçülerin<sup>567</sup> altında olduğu açıktır. Bu durumda, 85. maddenin 1. paragrafına göre bir ihlalin olmadığı kararının verilmesi düşünülebilir.

Ancak Komisyon, bütün ortak girişim anlaşmalarının, Rekabet Hukukunu ihlal ettiği görüşünde direnmekte ve rekabeti kısıtlaması mümkün olmayan durumlarda da, 85. maddenin 1. paragrafını ihlal edici unsurlar bul-

---

<sup>562</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15; Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98; Re Henkel- Colgate, OJ51974) L14/14. National Coal Board, Central Electricity Generating Board, National Smokeless Fuel Ltd., 15 ième Rapport sur la Politique de Concurrence, 1985, Luxembourg, 83.

<sup>563</sup> Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D107.

<sup>564</sup> KORAH, Joint Ventures and Other Forms of Collaboration, 93.

<sup>565</sup> Re Soplelem, Vickers Ltd. and Microscope Nacet SA. Agreement, OJ (1978) L 70/47, (1978) 2 CMLR 146.

<sup>566</sup> Re Vacuum Interrupters Ltd., Dj (1977) L48/32; (1978) 1 CMLR D67;

<sup>567</sup> Bakınız sayfa 196 vd.

duğunu ileri sürerek, ihlalin mevcut olmadığı kararını vermek yerine, 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerini uygulama yolunu seçmektedir<sup>568</sup>.

### III. İŞBİRLİĞİ ve UYUMLU EYLEM

#### A. Genel Olarak

Amerikan Hukukunda, Shearman Kanununun 1. maddesinde olduğu gibi, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunu düzenleyen Roma Andlaşmasının 85. maddesinde de, rekabetin yatay kısıtlanmasının sadece sözleşmeler ile sınırlı olmadığı açıkça öngörülmüştür. Shearman Kanununun 1. maddesinde rekabeti kısıtlayıcı sözleşmelerin yanı sıra "işbirliği" durumundan söz edilirken, benzer durumlar Roma Andlaşmasının 85. maddesinde "uyumlu eylem" kavramı ile ifade edilmiştir. Gerek işbirliği, gerekse uyumlu eylem, sözleşmeden daha geniş kapsama sahiptir ve sözleşmeler bakımından gerekli olan hukuken bağlayıcı olma niteliği bunlar bakımından söz konusu değildir<sup>569</sup>. İşbirliği ve uyumlu eylem için de, sözleşme durumunda olduğu gibi birden çok tarafın varlığı şarttır<sup>570</sup>. Rekabet Hukuku kurallarının, rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeleri yasaklaması ve bu tür sözleşmelerin kolayca belirlenebilir olması nedeni ile, XX. yüzyılın başına kadar sıkça görülen bu sözleşmelerin, yerini işbirliği şeklindeki uygulamalar almıştır<sup>571</sup>. Bu sebepten, işbirliği kavramı, Rekabet Hukukunun, konu bakımından uygulanabilmesi hususundaki temel kavramlarından biridir<sup>572</sup>.

Ancak işbirliği kavramının neyi kapsadığı, sözleşme sözcüğünde olduğu kadar belirgin değildir. Mahkeme kararlarında da işbirliğinden söz edildiği zaman, firmaların davranış biçimleri tanımlanmakta ve işbirliğinin fiili bir durumu karşıladığı ileri sürülmektedir<sup>573</sup>. Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yanısıra, işbirliği kavramına karşılık olarak, uyumlu davranıştan söz edilmektedir. Amerikan tecrübesi ve Amerikan Rekabet Hukukunun geçirdiği gelişmenin etkisi<sup>574</sup> ile, Roma Andlaşmasının 85. maddesine giren uyumlu davranış kavramı, fiili bir durumu gösterir.

<sup>568</sup> UYTVANCK, *Filiales Communes*, 53.

<sup>569</sup> GLEISS-HIRSCH, 5; AREEDA, *Antitrust Analysis*, 351.

<sup>570</sup> TURNER, *The Definition of Agreement*, 655; RAHL, *Conspiracy*, 744-745.

<sup>571</sup> POSNER, *Antitrust Law*, 39.

<sup>572</sup> OPPENHEIM- WESTON- RICHARD, *Federal Antitrust Law*, St. Paul, 1968, 178.

<sup>573</sup> SULLIVAN, *Handbook of the Law of Antitrust*, 311.

<sup>574</sup> GLEISS-HIRSCH, 52.



İşbirliği ve uyumlu eylem, eş anlamlı kavramlardır<sup>575</sup> ve fiili duruma ilişkin olmaları sebebi ile, her ikisinin de tanımlanmasında benzer güçlüklerle karşılaşılır. Avrupa Topluluğu Hukukunda, uyumlu eylemin içeriğini tesbit faaliyetlerinde iki farklı görüş vardır.

Birinci görüşe göre, anlaşmalar, sadece, hukuken korunan sözleşme durumlarını kapsar. 85. maddenin 2. paragrafında, yalnız teşebbüsler arasındaki anlaşmaların hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre, hükümsüz kılınan bu anlaşmalar, hükümsüz oluncaya kadar hukuken korunmaktadır. Bunun sonucu olarak da, anlaşma ile kast edilen hukuken geçerli sözleşmelerdir. Uyumlu eylemlerin hükümsüzlüğünden sözedilmesi hukuken mevcut olmamalarından kaynaklanmaktadır. Uyumlu eylem ile ifade edilmek istenen, hukuken korunan sözleşme özelliklerinden yoksun irade uyuşmalarıdır<sup>576</sup>.

İkinci görüşe göre ise, anlaşma ile ifade edilmek istenen, hukuken geçerli olup olmadığına bakılmaksızın, taraflar arasında yapılan bütün irade uyuşmalarıdır. Bunun dışında kalan ve ekonomik olarak açıklanamayan bütün yeknesak (uniform) davranışlar, uyumlu eylem kavramına girer<sup>577</sup>. 85. maddenin 2. paragrafındaki hükümsüzlüğe ilişkin düzenleme ise, Roma Andlaşmasının 85. maddesini ihlal eden bir sözleşmeyi ifadan kaçınan tarafı, borçlu durumuna düşmekten kurtarmak içindir.

Shearman Kanununda, işbirliği ve Roma Andlaşmasında uyumlu eylem olarak belirtilen durumların neleri kapsadığı, doktrinini olduğu kadar mahkemeleri de oldukça meşgul etmiş ve bu kavramların tanım ve koşullarının belirlenmesinde mahkemelerin faaliyetlerinin önemli katkısı olmuştur.

## **B. Uyumlu Eylemin Tanımı**

Rekabet Hukuku kanunları, taraflar arasındaki uyumlu eylem ile rekabetin kısıtlanması durumunu da öngörmüşlerdir. Amerikan Hukukunda 1890 tarihinde yürürlüğe giren Shearman Kanununun 1. maddesinde bu "işbirliği" sözcüğü ile ifade edilmiştir. Shearman Kanununda kullanılan bu sözcük, karşımıza ilk kez Ceza Hukuku metinlerinde çıkar<sup>578</sup>. İşbirliğinin klasik tanımı, "kanuna aykırı bir hareketi veya hukuka uygun bir sonucu, hukuk dışı yollarla

<sup>575</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 316. Bundan sonra uyumlu eylem ya da işbirliği ifade etmek üzere, sadece uyumlu eylem sözcükleri kullanılacaktır.

<sup>576</sup> MATHIJSEN, 169.

<sup>577</sup> KORAH, Introduction, 22; SMITH- HERZOG, § 3.84.

<sup>578</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. VI, Boston, 1986, 9.

gerçekleştirmek için birleşmek ve anlaşmak" şeklindedir<sup>579</sup>. Ancak, bu tanımın Rekabet Hukuku bakımından yeterli olmadığı açıktır.

Rekabet Hukuku ile beraber işbirliği kendine özgü bir içerik kazanmış ve değişen teknolojik ve iktisadi şartlara paralel olarak, daha karmaşık hale gelmiştir. İşbirliği, piyasada faaliyet gösteren firmaların belirli bir davranış biçimini belirler. Yani, işbirliği, fiili bir duruma ilişkin bir nitelendirmedir. Bir piyasada faaliyet gösteren firmalar, rekabet halinde olabilecekleri gibi, işbirliği içinde olabilirler<sup>580</sup>. Buna göre, işbirliği rekabet etmeme durumunu ifade etmektedir. Değişen teknolojik ve ekonomik şartlar sonucunda ortaya çıkan değişik davranış biçimleri ile beraber, yeni görünümde de kazanabilir.

Birden fazla teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada teşebbüslerin, kendi çıkarlarına en uygun şekilde davranması, Rekabet Hukukuna aykırı değilse de, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin çok değişik türden faaliyetleri vardır. Kendi çıkarına uygun davranmak, fiyatı kendi kârını optimize edecek seviyede belirlemek, hukuka aykırı değilse de<sup>581</sup>, bunun rekabeti kısıtlama hali oluşturması ya da teşebbüsler arası bir uyuşma sonucu olması durumunda, nitelendirme değişecektir.

Rekabet Hukuku bakımından işbirliği, teşebbüslerin davranışlarının sonucu ortaya çıkan duruma ilişkindir. Klasik işbirliğindeki, hukuka aykırı yöntem, Rekabet Hukukunda, rekabetin kısıtlanması şekline dönüşmüştür<sup>582</sup>. Ayrıca, Rekabet Hukuku bakımından taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı ya da tarafların birlikte davranmaları hususunda anlaşmış olmaları, işbirliğinin varlığı için gerekli değildir<sup>583</sup>. Kendi çıkarlarına aykırı davranmış olmaları<sup>584</sup>, rakip firma yöneticilerinin belirli aralıklarla bir araya gelerek, kendi üretim miktarlarını<sup>585</sup>, piyasa koşullarını tartışmaları<sup>586</sup>, işbirliği durumunun ortaya çıkması için yeterli olabilir. Rakip firmaların, birbirlerine son satış fiyatlarını bildirmeleri ya da piyasadaki talep durumunu gösteren bildirimleri değiş tokuş etmeleri<sup>587</sup>, bir sözleşmenin varlığını göstermez ise de, bütün bu durumlar rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuruyorsa, işbirliği olarak nitelendirilir.

---

<sup>579</sup> AGNEW, 6.

<sup>580</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 311.

<sup>581</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. VI, 9; HAYEK, The Political Order of a Free People, 72.

<sup>582</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 312.

<sup>583</sup> Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 US 208, 59 S.Ct. 467 (1939).

<sup>584</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 375, 376; POSNER- Antitrust Law, 46.

<sup>585</sup> Mapping Flooring Manufacturers Association v. United States, 268 US 563 (1925).

<sup>586</sup> United States v. Socony Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811(1940).

<sup>587</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 377 (1921).

Areeda, işbirliği durumunun, kapsam bakımından dar bir tanımını yapmakta ve paralel davranış ve üçüncü kişilerin, özellikle rakip firmaların dahil oldukları ticaret birliklerinin faaliyetlerinin ortaya çıkardığı sonuçları dikkate almamaktadır.

Avrupa Hukukunda ise, Amerikan Hukukundaki gelişmeler de gözönüne alınarak<sup>588</sup> yapılan düzenlemelerde, işbirliği kavramına yer verilmemiş ve bunun yerine geçmek üzere uyumlu eylemden söz edilmiştir. Amerikan Hukukunda, işbirliği durumu olarak belirlenen halin, Roma Andlaşmasının 85. maddesindeki uyumlu eyleme tekabül ettiğinde hiç kuşku yoktur<sup>589</sup>. Avrupa Hukukunda da, uyumlu eylemin tanımı konusunda, Amerikan Hukukundaki görüşlere benzer görüşler ileri sürülmüştür. Gleiss-Hirsch uyumlu davranış kavramının Amerikan Hukukundan aktarıldığını ve bir sözleşme veya kararın sahip olması gereken unsurlardan yoksun davranışların uyumlu davranış sayılacağını iddia etmişlerdir<sup>590</sup>. Mathisjen'de, benzer bir görüşle, hukuken bağlayıcılıktan yoksun uyuşmaların anlaşma olarak kabul edilemeyeceğini ve bu tür uyuşmaların uyumlu eylem olarak nitelendirilebileceğini iddia etmiştir<sup>591</sup>.

Amerikan doktrininde, işbirliği çeşitli şekillerde tanımlanmağa çalışılmıştır. Posner, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yazılı olmasına karşılık, Rekabet Hukuku kanunlarının kabulü ile bunların sözlü uyuşmalara dönüştüğünü ileri sürmektedir<sup>592</sup>. Areeda ise, işbirliği durumunda, sözleşme kurmak iradesinin yokluğundan bahsetmektedir<sup>593</sup>. Bu yazara göre, işbirliğinde, hukuken sözleşme olarak nitelendirilemeyen bir irade uyuşması vardır.

Özsunay ise, Shearman Kanununun 1. maddesini tercüme ederken, işbirliğini gizli anlaşma olarak ifade ederek, Posner'in görüşüne yaklaşmıştır<sup>594</sup>.

Doktrinindeki bu tanımlar çeşitli bakımlardan eleştirilebilir. İşbirliğinin sözlü anlaşmalar olduğu görüşü, rekabeti kısıtlayıcı sözleşmelerin yazılı olması noktasından hareketle böyle bir sonuca ulaşmaktadır. Oysa, rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeler bakımından herhangi bir şekil öngörülmesi değildir. Bu sebepten, sadece sözlü yapılmış anlaşmaların işbirliği olarak nitelendirilmesi yanlıştır.

---

<sup>588</sup> GLEISS-HIRSCH, 52.

<sup>589</sup> DERINGER, 120; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 20.

<sup>590</sup> GLEISS-HIRSCH, 52; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 21.

<sup>591</sup> MATHIJSSEN, 169.

<sup>592</sup> POSNER- EASTERBROOK, 307; BERNINI, Les Règles de Concurrence, Trente Ans de Droit Communautaire, Brussels, 1981, 367. Bernini de, Avrupa Topluluğu Hukukunda sözleşme ve uyumlu eylem ayırımını şekil şartına bağlı olarak açıklamaktadır.

<sup>593</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 351

<sup>594</sup> ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, İstanbul, 1985, 16.

Lazerow'a göre, uyumlu eylem, ekonomik bakımdan açıklanamayan ya da herhangi bir ekonomik gerekçeye dayanmayan piyasadaki bütün yeknesak davranışları kapsar<sup>595</sup>. Lazerow açıkça belirtmemiş olmakla beraber, bu tanımı bilinçli paralellik durumlarını<sup>596</sup> kapsayacak kadar genişler.

Amerikan Hukukunda, mahkemelerin işbirliğinin tanımını vermekten kaçındıkları gözlenir. Buna karşılık, Avrupa Topluluğu Hukukunda, Adalet Divanı, uyumlu eyleme ilişkin ilk davalardan itibaren, uyumlu eylemin tanımını yapmak gayretine girmiştir. Dyestuffs davasında<sup>597</sup>, Adalet Divanı Rekabet Hukuku bakımından, uyumlu eylemi,

"Bir sözleşmenin varlığının iddia edilemediği, teşebbüslerin aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmağa yönelik davranışlar. .... ve aralarında bir sözleşmenin varlığı iddia edilmeyen teşebbüslerin, rekabeti ortadan kaldırmağa yönelik birlikte davranışları"<sup>598</sup>.

olarak tanımlamıştır. Aynı görüşü, Şeker Karteli davasında<sup>599</sup> da tekrarlayan Adalet Divanına göre, uyumlu eylem, teşebbüslerin rekabet etme yerine, birlikte davranmalarıdır. Ancak, birlikte davranma iradesinin açıklanmış olması da gerekli değildir<sup>600</sup>. Adalet Divanı kararlarına göre, uyumlu eylemin çok geniş bir uygulama alanı vardır<sup>601</sup>.

Kanımızca, uyumlu eylem, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek karlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmağa yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlarıdır. Vermiş olduğumuz bu tanım, piyasa koşulları ve ekonomik sebepler, unsurlarına yer verdiği ve herbir teşebbüsü, kârını maksimize etmeğe yönelik bağımsız üniteler olarak ele alması sebebi ile, Rekabet Hukuku ilkelerine ve hayat gerçeklerine en uygun olanıdır.

---

<sup>595</sup> LAZEROW, Price Discrimination and the Treaty of Rome: The Jurisdictional Element, 23 Federal Bar Journal 154 (1963); Aynı görüşte WHISH, 170, 171; SMITH- HERZOG, § 3.84; BELLAMY - CHILD, 28.

<sup>596</sup> Bakınız sayfa 170.

<sup>597</sup> Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission, (1972) ECR 557.

<sup>598</sup> ibid 619.

<sup>599</sup> Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663, 1942.

<sup>600</sup> WHISH, 171; KORAH, Introduction, 22.

<sup>601</sup> FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, 38; MERKIN- WILLIAMS, 45.

## C. Uyumlu Eylemin (İşbirliğinin) Unsurları

Rekabet Hukuku kanunlarınca yasaklanmış olan uyumlu eylem, biri subjektif<sup>602</sup>, diğer ikisi objektif esaslı üç belirleyici unsurun varlığını gerektirir. Uyum subjektif unsur, birden çok tarafın bulunması<sup>603</sup> ve eylem objektif unsurlardır<sup>604</sup>. Sözleşmenin kuruluşunda aranan karşılıklı irade beyanlarında uyuşma, işbirliği ve uyumlu eylem bakımından hafifletilmiştir.

### 1. Uyumlu Eylemin Subjektif Unsuru

#### a. Genel Olarak

Uyumlu eylemle rekabetin kısıtlanmasındaki ilk sorun uyumun tesbitidir<sup>605</sup>. Gerek Shearman Kanununda, gerekse Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, tarafların sözleşme, uyumlu eylem ile rekabeti kısıtlamaları yasaklanmıştır. Pozitif hukuk metinlerinde yasaklanan sözleşme ve uyumlu eylem durumlarının ortak unsuru anlaşmadır. Ancak, işbirliği (uyumlu eylem) durumunda, aranan iradelerin uyuşması, sözleşme durumuna göre hafifletilmiştir. Uyumlu eylem, sözleşmeden iki noktada ayrılır. Bunlardan birincisi, sözleşme durumunda, irade beyanlarında uyuşmak hukuki sonuç iradesini de kapsarken, işbirliği durumunda, uyuşmaya herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamıştır. Tarafların iradeleri hukuken bağlanmaya yönelik olsa dahi, işbirliği anlamında uyumdan bahsedildiği zaman kast edilen, tarafların hukuken bağlanmak konusunda uyuşmadıklarıdır. Yani, uyumlu eylemde uyum hukuki sonuç doğurmak açısından mevcut değildir. İkinci fark ise uyumun, eylem ile ortaya çıkmasıdır. Uyum açık veya kapalı olabilir. Hukuken bağlayıcı nitelikten yoksun olması nedeni ile, uyumun varlığını ortaya çıkan sonuç belirler

Uyumlu eylemde uyumun, hukuki sonuç iradesinde uyuşmayı içermemesi, mahkeme kararlarında müşterek amaç, ortak plan, gizli uyuşma gibi sözcüklere sıkça rastlanmasına yol açmaktadır<sup>606</sup>. Uyumlu eylemde, tarafların ortak çıkar ya da istek doğrultusunda davranmaları istemseldir. Bu da, teşebbüslerin davranışlarının bir uyumlu eylem mi, yoksa bütün etkilerden uzak akılcı bir karar sonucu mu olduğunun tesbitini güçleştirir.

Rekabeti kısıtlamak amacına yönelmemiş olsa bile, rekabetin kısıtlanması durumunu ortaya çıkaran bütün faaliyetlerin bir işbirliği sonucu olabilme

<sup>602</sup> GLEISS-HIRSCH, 52; RAHL, Conspiracy, 752.

<sup>603</sup> RAHL, ibid.

<sup>604</sup> GLEISS-HIRSCH, 52; RAHL, ibid.; TURNER, The Definition of Agreement, 656.

<sup>605</sup> GLEISS-HIRSCH, 53;

<sup>606</sup> RAHL, Conspiracy, 752; TURNER, The Definition of Agreement, 656.

ihtimali, mahkemeleri, uyumun belirtisi olarak kabul edilebilecek durumlarda oldukça geniş davranmağa sevk etmiştir<sup>607</sup>.

Hangi davranışların taraflar arasında uyuşma durumunun varlığını göstereceği hususunda pozitif hukuk metinleri yardımcı olmaktan uzaktır. Shearman Kanununun 1. maddesinde olduğu gibi, Roma Andlaşmasının 85. maddesi de, rekabetin sözleşme veya uyumlu eylemle kısıtlanabileceğini öngörmekte, ancak uyumlu eylemin tesbiti ya da hangi durumların uyumlu eylem olarak kabul edileceği konusunda herhangi bir kural getirmemektedir. Hangi durumda taraflar arasında işbirliğinden sözedilebileceği ya da tarafların uyumlu davranmakta olduğunun her olayın kendine özgü koşulları içinde belirlenecektir.

Taraflar arasında uyuşmanın varlığı, şüphesizki ilk önce, tarafların geleceğe yönelik istek ve arzularının varlığını gerektirir. Tarafların herşeyden 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 arzular da 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 biraraya gelmeleri, üretim giderleri ve mal talebine ilişkin sorunları tartıştıktan sonra, fiyatın "x" olarak belirlenmesinin herkes için en uygun olacağını belirtmeleri<sup>608</sup> durumunda her üç safhanın gerçekleştiğinden söz edilebilir. Buna karşılık, rakip firma yöneticilerinin, karşılıklı görüşmek amacı dışında, herhangi bir nedenle hazır buldukları bir toplantıda karşı karşıya gelmelerinde her birinin satış fiyatları veya piyasaya ilişkin firma politikasından söz etmeleri halinde, firmaların ortak eyleme yönelmiş bir davranışından söz etmek ve uyumun bütün unsurlarının gerçekleştiğini iddia etmek zordur<sup>609</sup>. Buna benzer başka bir durum, firmalardan birinin veya birkaçının basın ya da başka bir vasıta ile fiyatların, örneğin, yüzde on artıracığını ilan etmesi üzerine diğer

---

<sup>607</sup> GLEISS-HIRSCH, 54.

<sup>608</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 377 (1921).

<sup>609</sup> BELLAMY - CHILD, 33, 34; POSNER, Antitrust Law, 40.

firmalarında aynı oranda artış yapmalarıdır<sup>610</sup>. Acaba, son iki örnekte, uyumun gerçekleştiği, birinci örneğimizde olduğu kadar kesin midir? İlk örnekte, her üç safhanın gerçekleşmesine karşılık, diğerlerinde, hiç olmaz ise bazı firmalar bakımından, mevcut düşünce ve tasavvurun varlığından bahsedilemeyeceği gibi, ortada yapılmış bir açıklama da yoktur<sup>611</sup>.

Mahkeme kararları incelendiğinde, uyumun varlığının tesbitinde oldukça farklı bulgulardan yararlanıldığı gözlenir. Rakip firma yöneticilerinin aynı mesleki veya bilimsel toplantılara katılmış ya da herhangi bir nedenden aynı otelde bulunmuş olmaları uyumun varlığına karine olarak kabul edilmiştir<sup>612</sup>. Mahkeme kararlarında, uyumun hazırlık safhalarından herhangi birinin, rekabetin fiilen kısıtlanmış olduğu olgusu ile aynı anda bulunması, uyumun varlığını tesbit için yeterli görülmektedir. Uyumun bu kadar geniş ölçülerde değerlendirilmesinde, uyumlu eylem ile rekabeti kısıtlayan firmaların kendi hukuk dışı faaliyetlerini gizlemek için tüm delilleri ortaya çıkarmadan yok etmek ihtimalinin yüksekliğinden kaynaklanmaktadır<sup>613</sup>. Üçüncü safhanın kanıtlanmasındaki zorluklar, rekabetin kısıtlanmış olduğu durumlarda, mahkemeleri bu safhaya ilişkin araştırmaları ihmale sevk etmiştir. American Column and Lumber Co. davasında<sup>614</sup>, "rakip firmaların (ki yöneticiler kast edilmektedir) bir araya gelerek, görüşmeler yapmaları"<sup>615</sup>, şeklindeki ifade, açıklama safhasının uyumun varlığını kanıt için yeterli kabul edileceğine bir göstergedir.

Hakim Clarke'a göre rakip firmaların biraraya gelmesi, işbirliğini gerçekleştirilebilmek içindir. Ancak biraraya geldikten sonra gizlilik içinde toplantılarda neye karar verildiğini veya ne konuşulduğunu tesbit zordur. Biraraya gelmeyi takiben rekabetin sınırlanmış olması toplantı da uyumun gerçekleştiğini gösteren kuvvetli bir kanıttır. Yani kararda, uyumun varlığının önemsizliği değil sadece uyumun varlığının ispatının güçlüğü üzerinde durulmuş ve bu gibi durumlarda uyumun karine olarak varlığı kabul edileceği belirtilmiştir<sup>616</sup>.

Rekabetin kısıtlanmış olması ile beraber, sadece üçüncü safhanın oluştuğu durumlarda da uyumlu eylemden söz edilebilir. Şeker Karteli davasında<sup>617</sup>, görüş bildirmenin veya karar almanın gerekli olmadığı, karşı tarafın genel çıkara

<sup>610</sup> Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission, (1972) ECR 557.

<sup>611</sup> Düşünce ve tasavvurun bulunmadığı bir durumda, açıklama safhasından söz etmek mantık kurallarına aykırıdır.

<sup>612</sup> POSNER- EASTERBROOK, 307, 308; Cases 100-103/80, Musique Diffusion Française SA v. Commission, (1983) ECR 1825.

<sup>613</sup> WHISH, 170

<sup>614</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 377 (1921).

<sup>615</sup> Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663.

<sup>616</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 410 (1921).

<sup>617</sup> Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663.

uygun hareket edileceğinin ümit edilmesi ve bunu gösteren belirtiler uyumun varlığını ıspat için yeterli kabul edilmiştir.

Hukuken bağlayıcı bir sözleşme olmamasına rağmen, benzer bir durumda karşı tarafın da aynı şekilde davranacağı ümidi ile gerçekleştirilen hareketler de uyumun varlığı için yeterlidir. Örneğin, bir teşebbüsün teklif vermeden önce, rakip firmaya başvurarak onların satış fiyatını sorması, benzer durumda kendisine yöneltilecek benzer taleplere olumlu cevap vereceği anlamına gelir<sup>618</sup>.

Klasik işbirliği tanımından, uyuma ilişkin iki sorun ortaya çıkar. Bunlar, hangi davranışların uyum olarak nitelendirileceği ve hukuka aykırı sonuca yönelmezdir. Ancak, Rekabet Hukuku bakımından, rekabetin kısıtlanmış olması Shearman Kanununun 1. maddesi ve Roma Andlaşmasının 85. maddesinin uygulanması bakımından yeterli kabul edildiğinden, hukuk dışı amaca yönelme şartı önemini kaybetmiştir. Klasik işbirliği kavramına göre, uyum piyasadaki rakip firmaların bir takım ortak faaliyetlerini gerektirir. Mahkemeler uzun bir süre otel odaları toplantıları, sokak telefonlarından yapılan görüşmelerin mahiyetini tesbit ile vakit geçirmişlerdir<sup>619</sup>. Ancak, değişen ekonomik koşullar ve ticaret şekilleri sonucu, rekabeti kısıtlayıcı yeni tür davranışların ortaya çıkışı, uyumlu eylem kavramının yeniden gözden geçirilmesini gerekli kılmıştır. Piyasada gözlenen rekabeti kısıtlayıcı davranışların, ekonomi bilimindeki gelişmeler doğrultusunda yeniden değerlendirilmesi, klasik işbirliği tanımının yetersizliğini ortaya çıkarmıştır<sup>620</sup>.

## **b. Bilinçli Paralellik<sup>621</sup>**

Klasik işbirliği durumu olarak nitelendirilen durumlarda, teşebbüsler arasında aşgari seviyede de olsa bir haberleşme veya temas vardır. Rekabetin engellenmesi de bu görüşmeler sırasında ortaya çıkan uyumun sonucudur. Analitik bir örnek ile açıklarsak, üç firmanın faaliyet gösterdiği bir piyasada, firmalardan biri, öbürleri ile herhangi bir görüşme yapmadan, fakat diğerlerinin de aynı şekilde ortak çıkarlar doğrultusunda davranacağı beklentisi ile fiyatını artırır veya talebin arttığı bir dönemde üretim miktarında değişiklik yapmaz veya diğer firmaların davranışına paralel davranışlar ile fiyatı artırır veya üretim miktarında değişiklik yapmayarak fiyatın artmasına sebep olduğu takdirde, klasik işbirliği doktrinine göre uyumun varlığından söz edilemez.

<sup>618</sup> United States v. Continental Can Co. et al., 378 US 441, 84 S.Ct. 1738 (1964).

<sup>619</sup> POSNER- EASTERBROOK, 307, 308.

<sup>620</sup> POSNER, Antitrust Law, 42; AGNEW, 143.

<sup>621</sup> Conscious parallelism. Posner bunu, gizli uyum olarak ifade etmektedir. POSNER, Antitrust Law, 40.



Ancak, rekabetin kısıtlanmasına yol açan bu durum, hukukçular kadar iktisatçıların da önemle üzerinde durdukları bir konudur. Hukukçuların bilinçli paralellik<sup>622</sup>, iktisatçıların oligopolist bağımlılık diye adlandırdıkları bu gibi durumların uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bilinçli paralellığın en yalın şekli, firmalardan birinin kararlarının diğerlerince benimsenerek taklit edilmesidir. Oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların fiyat ve üretim miktarını belirlerken, piyasa koşullarını da gözönüne alması gerektiği, iktisatçılar tarafından ileri sürülmüştür<sup>623</sup>. Bu da bilinçli paralellik durumuna yol açan piyasa etkenlerinin tesbitini Rekabet Hukuku bakımından önemli hale getirmiştir.

Firmalar arasındaki benzer davranışların rekabeti kısıtlanması, bazı özel piyasa koşullarının varlığını gerektirir. Tam rekabet piyasasına ilişkin fiyat teorisine göre, fiyatın belirli bir noktada dengelenmesi doğaldır. Bu sebepten, rakip firmaların her benzer davranışı bilinçli paralellik olarak nitelendirilemez. Bilinçli paralellik ile tam rekabet piyasasındaki firma davranışları açısından büyük fark yoktur. Ancak bilinçli paralellik, tam rekabet piyasasında gözlenen davranışlardan farklı etkenlerden kaynaklanır. Tam rekabet piyasasında fiyatın oluşumunu mala arz ve talep durumları belirlerken, bilinçli paralellik durumunda fiyatın belirlenmesinde, firmaların marjinal gelir ve giderleri etkin rol oynar. Teşebbüsler arasında, piyasadaki arz ve talepten doğan benzer davranma Rekabet Hukukunun kapsamı dışındadır. Bu gibi durumlara, Rekabet Hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, piyasanın oligopol ya da tekel piyasası özellikleri göstermesi durumunda ortaya çıkmaktadır.

Bilinçli paralellik, oligopolcü piyasa yapısı ile yakından ilgilidir. Az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği piyasalarda, bilinçli paralellik firmaların piyasa paylarını önemli ölçüde etkiler ve bunların karşı tedbirler almasına neden olur<sup>624</sup>. Bu da, firmaların karar verirken, diğerlerinin muhtemel davranışlarını gözönüne almaya iter. Oligopolcü piyasada, firmalar aralarında bağımsız görünümündedirler. Bilinçli paralellik, firmaların ekonomik bağımsızlıklarının kalktığı piyasalarda gözlenen ve oligopol piyasasında fiyat teorisi ile yakından ilgili olan bir davranış biçimidir<sup>625</sup>. Örneğin, eşit büyüklükte yüz adet firmanın yer aldığı bir piyasada, firmalardan birinin üretimini iki misline çıkarması diğer firmaların satışlarında yüzde birlik bir azalmaya sebep olur. Üretimi artırmaya karar veren teşebbüs, kendini diğerlerinin davranış ve reaksiyonları ile sınırlı

<sup>622</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. VI, 105;

<sup>623</sup> CHAMBERLIN, Monopolistic Competition, Cambridge, 1946, 47,48; STIGLER, The Theory of Price, 216.

<sup>624</sup> POSNER, Antitrust Law, 46.

<sup>625</sup> The Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, Washington, D.C., 1955, 36.

hissetmez, çünkü diğerlerinin yüzde birlik bir düşüşe karşı tedbir alma ihtimali düşüktür. Buna karşılık, piyasada az sayıda, örneğin üç eşit büyüklükte firmadan oluşan bir piyasada durum farklıdır. Böyle bir durumda, firmalardan birinin üretimini iki misline çıkarması, diğerlerinin piyasa paylarına etkisi ilk faraziyedekinden çok fazladır. Diğer iki firmanın piyasa payında, görülecek yüzde ellilik bir azalma, bunları eski piyasalarını korumaya iter. Üretimini artırarak, satış fiyatının düşürülmesi ilk firmanın umduğu kârı elde etmesine engeller ve bu sebepten de, oligopol piyasasında firmalar, diğerlerinin davranışını yakından takip ederler.

Tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmaların anlaşarak ya da işbirliği yolu ile rekabeti kısıtlamaları az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği piyasalara göre daha zordur. Çok sayıda firmanın arasındaki bir kartel anlaşmasına tarafların uymasını sağlamak zordur. Buna karşılık, oligopol piyasasında anlaşmaya az sayıda firmanın taraf olması nedeni ile kartel kurallarına uyumu sağlamak nisbeten daha kolaydır<sup>626</sup>. Oligopol piyasasında rekabetin uyumlu eylem ile kısıtlanması için de aynı sebepler geçerlidir. Ayrıca, oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların, birbirlerine bağımlı durumda olması, rekabetin kısıtlanmasını kolaylaştırmaktadır. Oligopol piyasasında, firmaların herhangi bir ilişki içine girmeden de bilinçli paralellikle rekabeti kısıtlamaları mümkündür. Hatta, bazı iktisatçılara göre, paralel davranışın aksini düşünmek dahi imkansızdır<sup>627</sup>.

Rekabetin kısıtlanmasına yol açan ekonomik bağımlılık, oligopolcü piyasa teorisine göre, oligopolcü piyasa yapısının doğal sonucudur. Tekel piyasası gibi tam rekabet piyasası da teorik bir model olup, gerçek hayatı yansıtmaması<sup>628</sup> sebebiyle, çok sayıdaki mal piyasasında ekonomik bağımlılık ya da başka bir ifade ile bilinçli paralellik en yaygın uygulamadır<sup>629</sup>.

Bazı yazarlar, bilinçli paralellik durumunu Rekabet Hukuku kapsamı dışında tutmaktadırlar<sup>630</sup>. Bleecham'a göre, bilinçli paralellik durumunun, Shearman Kanununun 1. maddesinin uygulama alanı dışında tutulması, 1. maddede esas unsurun karşılıklı anlaşma olmasına karşılık, bilinçli paralellik durumunda taraflar arasında bir anlaşmadan söz edilmemesinden doğmakta-

<sup>626</sup> POSNER, Antitrust Law, 52; STIGLER, The Theory of Oligopoly, 41-42.

<sup>627</sup> CHAMBERLIN, 48

<sup>628</sup> FULLERTON, Antitrust Liability for an Exchange of Price Information- What Happened to Container Corporation, 63 Virginia Law Review 642, 1977.

<sup>629</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 66. Ayrıca, 3. Bölüm. KAYSEN- TURNER, 26. Kaysen ve Turner, 1953 yılında imalat sektörünün %59'unun oligopolist yapıda olduğunu tesbit ettiklerini bildirmektedirler.

<sup>630</sup> BORK, Antitrust Paradox, 103, 104; TURNER, The Definition of Agreement, 681.

dır<sup>631</sup>. Mahkemelerin anlaşma, uyumlu eylem (işbirliği), iradelerin birleşmesi sözcüklerini aynı anlama gelecek şekilde kullanmaları, bu kavramlara verilen anlamların kesin olmamasındandır. Ancak gene de ortak unsur, taraflar arasındaki uyumdur ve bilinçli paralellik durumu uyum unsuru eksik olduğundan, bu kavramlardan hiçbirine dahil edilemez<sup>632</sup>. Standart Oil Co. davasında, işbirliği için taraflarda ortak bir plana bağlanma arzusunun bulunmasının gerekli olduğu belirtilmiştir<sup>633</sup>. Bleecham da, rekabetin uyumlu eylem yolu ile kısıtlanması durumlarında, açıklanmamış bir uyma arzusunun varlığına dikkati çekerek, bilinçli paralelliğin uyumlu eylemden, bağlanma arzusunun bulunmaması nedeni ile ayrıldığını ileri sürmüştür<sup>634</sup>.

Neale ve Goyder de, Bleecham gibi uyumlu eylemde, belirli bir plana uygun davranmak düşüncesinin varolduğunu kabul etmektedirler<sup>635</sup>. Örneğin, firmaların satış fiyatlarını tek tek ilan etmeleri durumunda, açıklanan fiyata uyulacağı güvencesi de yaratılmakta ise, uyumlu eylemden söz edilebilir<sup>636</sup>. Bu güvencenin bulunmadığı durumlarda taraflar arasında bir uyumdan söz edilemez. Neale ve Goyder de Bleecham'ın uyumun varlığına ve Rekabet Hukukunun uygulama alanı dışında kalması gerektiği görüşüne bir gerekçe olarak, bilinçli paralelliğin oligopol piyasasında fiyatın oluşması ile yakından ilgili olmasını göstermekte ve piyasa şartları nedeni ile birbirlerine ekonomik olarak bağımlı olan teşebbüslerin, bağımsız karar almalarının mümkün olmadığını ve bilinçli paralelliğin Rekabet Hukuku kapsamına alınmasının, teşebbüslerden irrasyonel davranmalarını istemek anlamına geleceğini ileri sürmektedirler<sup>637</sup>.

Bork ise, ekonomik bağımlılık görüşünü iktisatçıların ileri sürdüğü bir fantazi olarak nitelendirmektedir<sup>638</sup>. Az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği bir piyasada, firmaların davranışlarını önceden belirlemenin mümkün olamayacağını ve bu özelliği gösteren piyasalarda, rekabetin gerçekleşmeyeceğini iddia etmenin hata olduğunu ileri sürmektedir. Az sayıda firmanın bulunduğu bir piyasada, firmaların rekabete etmelerini engelleyen ne hukuki ne de fiili bir

---

<sup>631</sup> BLEECHAM, Conscious Parallelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Shearman Laws, 24 New York Law School Law Review 895 (1979).

<sup>632</sup> ibid.

<sup>633</sup> United States v. Standart Oil Co., 316 F 2d. 8834, 890 (1963).

<sup>634</sup> BLEECHAM, Conscious Parallelism, 896

<sup>635</sup> NEALE - GOYDER, 85.

<sup>636</sup> BLEECHAM, Conscious Parallelism, 897.

<sup>637</sup> NEALE - GOYDER, 178.

<sup>638</sup> BORK, Antitrust Paradox, 104.

engel vardır. Oligopol piyasasında da firmaların rekabet ederek, üretimini ve piyasa payını artırmağa çalışması rasyonel bir davranıştır<sup>639</sup>.

Bork, rekabeti kısıtlamaya yönelik anlaşmaların uygulanmasındaki zorluklar bakımından, piyasanın oligopolist ya da tam rekabet piyasası niteliğinde olmasının öneminin bulunmadığını ve her iki piyasa türünde de benzer sorunlarla karşılaşıldığını iddia ederek, bilinçli paralellik diye adlandırılan durumun aşırıya kaçmış bir varsayım olduğunu ileri sürer<sup>640</sup>. Görünürde fiyat birliği kurulmuş olsa bile, firmaların gizli fiyat kırmaları kaçınılmazdır. Bu da bilinçli paralellik sonucu, rekabetin kısıtlanmasının mümkün olmadığını ortaya koyar<sup>641</sup>. Rekabetin kısıtlanabilmesi için, bir anlaşmanın varolmasını gerektiğini iddia eden Bork, paralel bilinç diye nitelendirilen durumun fiilen rekabeti kısıtlamaya yeterli olamayacağını ileri sürerken, taraflar arasında uyum sorununa hiç değinmemiştir.

Turner de, bilinçli paralellik sorununun 1962 tarihli bir makalesinde<sup>642</sup> ele almış ve Yüksek Mahkemenin Theatre Enterprise v. Federal Trade Commission kararını<sup>643</sup> eleştirmiştir. Bu karara konu teşkil eden olayda, ikinci vizyon film gösteren sinema sahiplerinden biri, sinema dağıtım şirketlerine ilk vizyon film satın almak için talepte bulunur. Dağıtım şirketleri ise, semt sinemalarında birinci vizyon film gösterilmesinin, birinci vizyon film gösteren şehir merkezi sinemalarının hasılatını etkileyeceğini ve bunların filmde beklenen kazancı elde edemeyecekleri gerekçesi ile ikinci vizyon sinema sahibinin talebini reddeder. Yüksek Mahkemeye göre, dağıtım şirketlerinden herbirinin ikinci vizyon sinemasına film satmakta çıkarı olduğu halde, birbirinden habersiz ancak diğerlerinin de aynı şekilde davranacağı umudu ile sinema sahibinin talebini reddetmesi, uyumlu eylemde olduklarını göstermektedir<sup>644</sup>.

Turner, Bork ve Bleecham'dan farklı gerekçeler ile bilinçli paralellik durumunun Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamı dışında kalacağını savunmaktadır<sup>645</sup>. Turner'a göre, sözleşme, işbirliği ve birleşme kavramlarının temelinde, iradelerin uyuşması düşüncesi vardır. Dilbilim açısından incelendiğinde, bilinçli paralellik durumu da, benzer iradelerin varlığını gerektirir. Uyuşma açık veya kapalı olabileceği gibi, şekil yönünden de sınırlanmamıştır.

---

<sup>639</sup> ibid 103-104.

<sup>640</sup> ibid. Aynı görüş için NEALE - GOYDER, 183.

<sup>641</sup> BORK, Antitrust Paradox, 104, 105.

<sup>642</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 655.

<sup>643</sup> Theatre Enterprise, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp. et al. 346 US 537, 74 S.Ct. 257 (1954).

<sup>644</sup> ibid, 346 US 543, 74 S.Ct. 261 (1954).

<sup>645</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 665-666.

Chamberlin'in oligopolistik bağımlılık teorisini<sup>646</sup> sınırlı olarak benimseyen Turner, oligopol piyasasındaki teşebbüsler arasındaki bağımlılığın bilinçli paralellik durumuna neden olduğunu kabul etmektedir. Ancak, teşebbüslerin farklı marjinal maliyet eğrilerine sahip olması, paralel davranmayı mecburiyet olmaktan çıkarmaktadır. Paralel davranma, teşebbüslerin piyasa koşullarını gözönüne alarak kendi çıkarları için seçtikleri en rasyonel yoldur. Seçimin serbest irade sonucu olması, firmaların işbirliği içinde oldukları iddialarını destekler. Ancak gene de Turner, bilinçli paralellik durumunun Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamı dışında kalacağını iddia etmektedir. Turner'a göre, oligopolistik piyasada faaliyet gösteren firmalar, tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmalar gibi, kârlarını maksimize etmeğe çalışırlar<sup>647</sup>. Piyasanın niteleğinden bağımsız olarak, her firmanın en rasyonel yöntem ve stratejiyi seçmesi doğaldır. Oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler fiyatı ve üretim miktarını belirlerken piyasa koşullarının yanı sıra, oligopol piyasada faaliyet gösteren firmaların sayısını ve bu firmaların davranışlarını da dikkate alırlar<sup>648</sup>. Teşebbüslerden birinin fiyatı düşürmesi halinde, diğerleri de piyasa paylarını koruyabilmek için kendi üretim miktarını ve arz ettiği malın fiyatını ayarlar.

Oligopol piyasasında, teşebbüslerin kârlarını maksimize etme çabaları, piyasa koşullarının da etkisi ile rekabetin kısıtlanmasına yol açabilir. Turner'a göre, firmaların başka türlü davranmalarını beklemek, rasyonel davranmanın hukuka aykırı olduğu sonucunu ortaya çıkarır. Tam rekabet piyasasında kârını maksimize etmeğe çalışan firmadan farklı bir isteği olmayan oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmanın davranışını, işbirliği teşkil etse bile, bunu hukuka aykırı olarak nitelendirmek mümkün değildir<sup>649</sup>. Kaysen-Turner, rekabetin bilinçli paralellik ile kısıtlandığı durumların, Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamına dahil edilmemesinin, oligopol piyasasında faaliyet göstermenin hukuka aykırı olduğunu iddia etmek ile aynı anlama geleceğini ve Kanunkoyucunun da, böyle bir sonucu öngörmüş olamayacağını ve bu sebepten de bilinçli paralelliğin Rekabet Hukukunun kapsamı dışında kalacağını söylemişlerdir<sup>650</sup>.

Posner, Turner'ın aksine, paralel bilincin Shearman Kanununun kapsamına girdiğini iddia etmektedir<sup>651</sup>. Posner'a göre, Turner'ın yanlış sonuca

---

<sup>646</sup> CHAMBERLIN, 46-51.

<sup>647</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 666.

<sup>648</sup> ibid.

<sup>649</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 671.

<sup>650</sup> KAYSEN - TURNER, 113-115.

<sup>651</sup> POSNER, Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach, 21 Stanford Law Review 1562 (1969).

ulaşmasındaki baş etken, Turner'ın görüşlerini tamamen ekonomik bağımlılık teorisinden kaynaklanmasından doğmaktadır. Bork gibi, ekonomik bağımlılık teorisine şüphe ile yaklaşan Posner'a göre, hatalı varsayımlara dayanan bu te-  
orinin de cevapsız bıraktığı çeşitli hususlar vardır<sup>652</sup>.

Bağımlılık teorisine göre, oligopol piyasasında faaliyet gösteren firma-  
lar, birbirlerinin davranışını kontrol ederler ve içlerinden birinin fiyat değişik-  
liğini takip ederek, onun fiyat değişikliklerinden özel bir yarar sağlamasına engel  
olurlar. Firmalardan birinin fiyatı düşürmesi, diğerlerinin de, benzer davranış  
içine girmesine yol açar ve ilk fiyatı düşüren firmanın bundan çıkar sağlamasını  
öner. Ancak, bağımlılık teorisi, rakip firmaların fiyat düşüşlerine tepki  
gösterilinceye kadar ilk firmanın sağlayacağı yararı göz ardı etmektedir. Belki  
sonunda, fiyat düşük seviyede dengelenecekse de, ilk davranan firma bu arada  
kâr etmiş olacaktır. Yani firmaların ilk fiyatı düşüren firma olmakta hiç kazancı  
yok değildir. Fiyat artışı bakımından da durum farklı değildir. Firmalar, ilk fiyat  
artıran firmayı takipte yavaş davranarak yarar sağlayabilirler. Fiyat artışını  
geriden takip eden firmanın piyasa payı, bu süre içinde diğerlerinin aleyhine  
olacak şekilde artar<sup>653</sup>. Bu arada, gözden kaçırılmaması gereken husus, fiyattaki  
azalmanın talebi artıracığı ve fiyat artışını geriden takip etmekte olan firmanın  
arz miktarını, kısa dönemde, bu değişikliğe göre ayarlama imkanına sahip  
olmasının gerekli olduğudur.

Ekonomik bağımlılık teorisine göre, örneğin, eşit büyüklükte üç firma-  
nın bulunduğu bir piyasada firmalardan birinin fiyat kırması ile satışını iki mis-  
line çıkardığı varsayıldığında, diğerlerinin satışlarının yarıya düşeceği iddia  
edilerek, bu firmaların ilkinin davranışını takip etmek zorunda oldukları iddia  
edilir. Oysa, ilk firmanın satışının iki misline çıkması sadece diğerlerinin sa-  
tışının azalması değil, fiyatın düşmesi sebebi ile, mala talebin de artacağından ve  
piyasaya yeni alıcıların gireceğindedir<sup>654</sup>. İlk firmanın, diğer firmaların satışını  
etkilemesinin sözkonusu olduğu durumlarda da, rakip firmaların birincinin  
fiyatını kabul etmek zorunluluğu yoktur. Stigler'in oligopol teorisini<sup>655</sup>  
benimseyen Posner, bilinçli paralelliğin, oligopol piyasasının doğal sonucu  
olduğunu reddeder<sup>656</sup>.

Posner'a göre bilinçli paralellik durumunda da, teşebbüslerin özgürce bir  
seçimi söz konusudur. Firmalar, rakiplerinin davranışlarını takip etmek konu-

<sup>652</sup> POSNER, Oligopoly and the Antitrust Laws, 1568.

<sup>653</sup> STIGLER, Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size, The Organisation of Industry,  
Chicago, 1983, 70.

<sup>654</sup> POSNER, Oligopoly and the Antitrust Laws, 1567.

<sup>655</sup> STIGLER, The Theory of Oligopoly, 38.

<sup>656</sup> POSNER, Oligopoly and the Antitrust Laws, 1571.

sudaki kararı bağımsız ve herhangi bir baskı olmadan vermektedirler. Oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmalar bakımından da, rekabet etmek akıl dışı değildir<sup>657</sup>. Bu sebeplerden dolayı, Posner, oligopol piyasasında bilinçli paralellik durumunu oluşturan davranışların, klasik işbirliğinin unsurlarına sahip olmasalar bile, Rekabet Hukukunun kapsamına girdiğini iddia etmektedir<sup>658</sup>. Bork gibi Posner da, oligopol piyasasında fiyatın oluşmasında, ekonomik bağımlılık teorisini eleştirmiş, fakat Bork'dan farklı olarak, bilinçli paralellik şeklinde nitelendirilen durumun, rekabeti kısıtlama olduğunu, hukukçuların bilinçli paralellik, ekonomistlerin ekonomik bağımlılık teorisi şeklinde adlandırdıkları durumun, "gizli uyum"<sup>659</sup>dan farklı bir şey olmadığını söylemiştir. Turner da, bilinçli paralellik durumunda, uyum şartını gerçekleştirdiğini kabul etmekte, ancak bu durumun, bağımlılık teorisine uygun olarak, piyasa şartlarından doğduğunu, bağımsız teşebbüslerin başka şekilde davranmalarının mümkün olmadığını ve bu sebepten, bu gibi durumların Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamı dışında kalacağını ifade etmektedir<sup>660</sup>.

Posner ise Turner'ın uyuma ilişkin görüşlerini kabul etmekte, ancak bağımlılık görüşüne katılmadığı için, Turner'dan farklı sonuca ulaşmaktadır<sup>661</sup>. Posner'a göre, firmaların gizli uyum ile rekabeti kısıtlamaları da, serbest bir seçim sonucudur, çünkü oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların da, diğerlerinin fiyatını takip etmek yerine, marjinal maliyete yakın bir fiyat tesbit ederek, daha fazla mal satmağa çalışması da rasyonel bir davranıştır<sup>662</sup>.

Posner'in görüşleri de çeşitli bakımlardan eleştirilmiştir. Federal Ticaret Komisyonu Ekonomi Şubesi başkanı Scherer, sadece ekonomik bulgulardan yola çıkmanın, sorunu çözemeyeceğini ve elde edilecek neticenin spekülasyona açık olacağını iddia etmektedir<sup>663</sup>. Ekonomi biliminde, hala bazı kavramların tam olarak açıklığa kavuşmamış olduğunu belirten Scherer, piyasa bulgularının değerlendirilmesinde de, ekonomistler arasında görüş birliğinin sağlanmamış olduğuna dikkati çekmiştir<sup>664</sup>.

Kanımızca, sonuçları itibarı ile, rekabeti kısıtlama anlaşmalarından çok farklı olmayan bilinçli paralellik durumları da, Rekabet Hukuku kanunlarının uygulama alanı içine girerler. Oligopol piyasasında fiyatın oluşumunu ve firma-

---

<sup>657</sup> ibid. 1571-1572.

<sup>658</sup> POSNER, Antitrust Law, 42.

<sup>659</sup> POSNER, The Chicago School of Antitrust Analysis, 945.

<sup>660</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 666.

<sup>661</sup> POSNER, Antitrust Law, 55-62.

<sup>662</sup> POSNER, Oligopoly and the Antitrust Laws, 1571.

<sup>663</sup> SCHERER, Book Review, 86 YLJ 982 (1977).

<sup>664</sup> ibid 983.

ların davranışlarını açıklayan oligopolistik bağımlılık teorisi, mutlak bir kural getirmemekte, sadece hayatta gözlenen belirli davranışları açıklamaya çalışmaktadır. Bilinçli paralellik de, grup için en rasyonel yoldur ve tarafların iradeleri sonucu ortaya çıkar. Bu da uyum şartının gerçekleşmesi için yeterli sayılmalıdır. Teşebbüslerin piyasadaki bazı davranış ve faaliyetleri, uyumlu eylemin varlığına karine teşkil eder. Örneğin, firmaların sabit piyasa payları<sup>665</sup>, fiyat farklılaştırılması<sup>666</sup>, fiyat konusunda bilgi değişimi<sup>667</sup>, bölgeler arasında farklı fiyat uygulamaları<sup>668</sup>, benzer teklifler<sup>669</sup>, lider firmanın payında düşme<sup>670</sup>, belirli merkezlerden teslim fiyatlı satışlar<sup>671</sup>, teşebbüsler arasında gizli uyumun varlığının belirtisidir.

Diğer yandan, bilinçli paralellik durumunun Rekabet Hukukunun kapsamına alınması, iddia edildiği gibi, oligopol piyasasında faaliyet göstermeyi yasaklamak anlamına da gelmez<sup>672</sup>. Az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği piyasalarda da, verimliliğin ve rasyonel yönetim sonucu ortaya çıkacak rekabetten, firmaların kazanacakları çok şeyler vardır.

## 2. İşbirliğinin Objektif Unsuru

### a. Birden Fazla Taraf Şartı

İşbirliği için birden fazla taraf gereklidir. Shearman Kanununun 1. maddesi ile Roma Andlaşmasının 85. maddesinin uygulanabilmesi, birden fazla tarafın varlığına bağlıdır. İşbirliğinin subjektif unsuru olan uyum, iki veya daha fazla taraf arasında gerçekleştirilen duruma ilişkindir. Birden fazla tarafın bulunması, işbirliğinin objektif unsurunu oluşturur<sup>673</sup>.

İşbirliğinin objektif unsuru olan birden fazla tarafın varlığı, Shearman Kanununun 1. maddesi ile Roma Andlaşmasının 85. maddesinin kişi bakımından uygulanma alanı ile yakından ilgilidir. İşbirliği, ancak birden fazla kişi arasında gerçekleşebilir. Bu kişilerin gerçek ya da tüzel kişi olması önemli değilse de, aralarındaki hukuki bağımlılığın olmaması gerekmektedir. Bir şirket ile

---

<sup>665</sup> POSNER, Antitrust Law, 62.

<sup>666</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 352, 353.

<sup>667</sup> Mapping Flooring Manufacturers Association v. United States, 286 US 563 (1925).

<sup>668</sup> POSNER, Antitrust Law, 66; Federal Trade Commission v. National Lead Co., 352 US 419 (1957).

<sup>669</sup> POSNER, Antitrust Law, 66.

<sup>670</sup> United States v. United States Steel Co., 251 US 417 (1920).

<sup>671</sup> Triangle Conduit and Cable Co. v. Federal Trade Commission, 336 US 956 (1949).

<sup>672</sup> KAYSEN - TURNER, 224.

<sup>673</sup> RAHL, Conspiracy, 752.



yöneticileri ya da şirketi herhangi bir hukuki ilişkiye dayanarak temsil yetkisine sahip kişiler arasında işbirliğinden söz edilemez.

Birden fazla taraf şartına ilişkin sorunlar, Rekabet Hukukunun kişiler bakımından uygulanması bölümünde daha etraflıca incelenecektir<sup>674</sup>.

## **b. Eylem Unsuru**

İşbirliği durumuna ilişkin ikinci objektif unsur eylemdir. Rekabetin sözleşme ile kısıtlanması durumunda, rekabeti kısıtlamaya yönelik ya da rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuran bir sözleşmenin varlığı, Rekabet Hukuku kaidelerinin uygulanması için yeterlidir<sup>675</sup>. Yani, Rekabet Hukukunun uygulanabilmesi için sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi ve rekabetin fiilen kısıtlanmasının tesbit edilmiş olması gerekli değildir. Sözleşmeler bakımından Rekabet Hukuku kaidelerinin uygulanması için rekabeti kısıtlayıcı bir sözleşmenin varlığı yeterli ise de, işbirliği durumunda rakip firmalar arası uyum, eyleme dönüşmüş olmalıdır<sup>676</sup>.

İşbirliğinin tanımından çıkan eylem unsuru, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde de belirtilmiştir. Shearman Kanununun 1. maddesinde yasaklanan işbirliği, 85. maddede belirlenen uyumun eylemden farklı bir kavram değildir<sup>677</sup>. Eylem unsuru, taraflararası uyumun rekabeti önleyici faaliyete dönüşmesidir. Taraflararasında benzer irade veya sadece bilinçli paralellik şeklinde gerçekleşen uyumun eyleme dönüşmediği süre içinde rekabetin kısıtlanmış olduğu ileri sürülemez. Sözleşmeden farklı olarak, uyumun eylemin bağlayıcılık özelliğinin bulunmaması sebebi ile tarafların uyuştukları hususlara uygun davranmamaları kendi ihtiyarlarına kalmıştır. Bu nedenle, işbirliği iddiaları, uyumun eyleme dönüşmesini de kapsar. Firmaların eylemleri sonucu rekabeti kısıtlanmış olması halindedir ki, işbirliğinin objektif unsurunun gerçekleştiği kabul edilecektir. Aksi durumda, yani eylemin rekabeti kısıtlaması özelliği gözönüne alınmaz ise, firmaların rekabete ilişkin olmayan eylemlerinin, hatta rekabeti geliştirici, ekonomik hayata olumlu katkıları olan eylemlerinin de, işbirliği olarak nitelendirilmesi gibi çelişkili bir durum ortaya çıkar<sup>678</sup>. Her ne kadar Roma Andlaşmasında yasaklanan uyumlu eylem kavramında gözükmesi bile, Shearman Kanununun 1. maddesindeki işbirliği kavramı, hukuka aykırı sonuca yönelmeyi de içerir<sup>679</sup>. Shearman Kanununun 1. maddesinde rekabeti kısıtlamak

<sup>674</sup> Bakanız Bölüm II, Ayırım III.

<sup>675</sup> BELLAMY - CHILD, 27.

<sup>676</sup> RAHL, Conspiracy, 752.

<sup>677</sup> GLEISS-HIRSCH, 52; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 20.

<sup>678</sup> RAHL, Conspiracy, 744 dipnotu 5.

<sup>679</sup> BELLAMY - CHILD, 33.

ile işbirliği kavramlarının yanyana kullanılması işbirliği kavramındaki, hukuka aykırılık olgusuna verilen önemi azaltmış ise de, semantik bakımdan işbirliği kavramının küçültücü bir anlam taşıdığı söylenebilir.

İşbirliği iddiasındaki başarı, rekabetin kısıtlandığının belirlenmesi ile doğrudan ilgilidir. Bu da piyasa koşullarının ve firmaların davranışlarının tek tek incelenmesini gerektirir. Rekabetin kısıtlandığı ya da kalktığı sonucuna sadece firmaların davranışlarının incelenmesi ile ulaşılamaz. Örneğin, aynı cins malı üreten firmaların, aynı zamanda fiyat artışı yapmaları, ya da bir malın fiyatının belirli bir piyasanın her tarafında aynı olması, her zaman fiyat anlaşması yapıldığını göstermez. Piyasada gözlenen fiyat artışları, piyasa temel girdilerindeki artıştan kaynaklanabilir. Örneğin, Pevely Dairies Co. davasında<sup>680</sup>, süt satıcılarının satış fiyatını aynı anda artırmalarının, benzer mallar satanların benzer giderleri olacağı ve devlet kontrolündeki süt fiyatlarının, idari düzenleme ile belirleneceği gerekçeleri ile uyumlu eylem oluşturmayacağına karar verilmiştir. Fiyat teorileri incelendiğinde tam rekabet piyasasında malın fiyatının uzun dönemde belirli bir noktada dengeleneceği de zaten öngörülmektedir. Fiyatın belirli bir seviyede durması, denge fiyatına ulaşma nedeni ile olabileceği gibi, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği sonucu da olabilir<sup>681</sup>.

İşbirliğinin sübjektif unsuru olan uyumun tesbitindeki zorluklara karşılık eylem unsurunun belirlenmesi daha kolaydır. Piyasa koşullarının ve bu piyasada faaliyet gösteren firmaların davranışlarının incelenmesi ile eyleme ilişkin gerekli bütün bilgileri elde etmek mümkündür. Oysa uyum, belirli bir gizlilik, kapalılığı içerdiğinden, tesbitinde çeşitli zorluklarla karşılaşılır. XX. Yüzyılın ortalarından itibaren değişen piyasa şartları ve ticaret şekillerinin ortaya çıkardığı sorunları karşılamak amacı ile klasik işbirliği teorisi büyük değişikliklere uğramış ve modern işbirliği teorisi paralel bilinç durumlarını da kapsayacak şekilde gelişmeler göstermiştir. Bilinçli paralellik durumunda uyum şartının varlığına ilişkin tartışmalar, eylem unsurunun önemini artırmıştır. Rakip firmalararası herhangi bir ilişkinin varlığını kanıtlamadığı hallerde de, rekabetin bilinçli paralellik ile kısıtlandığı iddia edilmiş ve modern işbirliği doktrininde eylemin ön plana çıkartılması yoluna başvurulmuştur<sup>682</sup>.

---

<sup>680</sup> Pevely Dairies Co. v. United States, 339 US 942 (1950), zikreden AREEDA, Antitrust Analysis, 372 dipnotu 16.

<sup>681</sup> POSNER, Antitrust Law, 55; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 318.

<sup>682</sup> POSNER, Antitrust Law, 72.

Hangi davranışların işbirliğine delil olacağı ve bu işbirliğinin gerçekleşmesini kolaylaştırıcı piyasa koşullarının belirlenmesinde, fiyat ve oligopol teorilerinin önemli katkıları olmuştur<sup>683</sup>.

## **D. Uyumlu Eylemi (İşbirliğini) Kolaylaştıran Piyasa Koşulları**

### **1. Genel Olarak**

Rekabetin sözleşme ile kısıtlanması durumunda olduğu gibi, uyumlu eylem ile rekabetin kısıtlanması bazı şartların varlığını gerektirir. Sözleşmeler bakımından büyük önem taşımayan bu husus, firmaların davranışına ilişkin olan uyumlu eylem açısından önemlidir. Çünkü, rekabetin uyumlu eylem ile kısıtlanmasından söz edebilmek için rekabetin kısıtlanmış olduğunun tespiti gerekir. Doktrinde, rekabetin ancak belirli piyasa şartlarının bulunması halinde kısıtlanabileceği kabul edilmekte ise de, bu şartların neler olduğu konusunda görüş birliği yoktur. Turner'a göre, işbirliğini kolaylaştırıcı en önemli etken, piyasada firma konsantrasyonudur<sup>684</sup>. İşbirliği, oligopol piyasasının yapısından çıkan kaçınılmaz bir sonuçtur. İşbirliği durumundaki firmalar, fiyat birliği<sup>685</sup>, boykot<sup>686</sup> gibi sonuçları işbirliği ile gerçekleştirmesi piyasanın yapısı ile ilgilidir. Turner gibi Harvard Rekabet Hukuku ekolünün temsilcilerinden biri olan Areeda'ya göre, işbirliğini kolaylaştıran faktörlerin başında gelen piyasadaki firma konsantrasyonunun yanı sıra, mamul standartlaştırma<sup>687</sup>, piyasada baskın bir firmanın varlığı ve fiyat liderliği<sup>688</sup>, piyasa giriş engelleri<sup>689</sup> de işbirliğini kolaylaştırıcı faktörler arasında yer alır.

Areeda, Turner 'dan farklı olarak, bağımlılık teorisinin oligopol piyasasında fiyatın oluşmasını açıklayamadığını kabul etmektedir. Areeda'ya göre, bu konuda yerleşmiş bir görüş de bulunmamaktadır<sup>690</sup>. Rekabeti kısıtlama durumu ile beraber, piyasaya ve firma davranışlarına ilişkin bulguların birlikte bulunması halinde, firmaların işbirliği içinde olduğu yargısına varılabilir. Bir diğer koşul

---

<sup>683</sup> POSNER, Antitrust Law, 71; TURNER, The Definition of Agreement, 666.

<sup>684</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 656.

<sup>685</sup> ibid 673.

<sup>686</sup> ibid 678.

<sup>687</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 274.

<sup>688</sup> ibid 273.

<sup>689</sup> AREEDA, ibid 277; SCHERER, Industrial Market Structure, 520.

<sup>690</sup> AREEDA, ibid, 272.

ise, o piyasada faaliyette bulunan firmaların rekabeti kısıtlama konusundaki kötü geçmişleridir<sup>691</sup>.

İşbirliği teorisini Stigler'in ekonomik modeli<sup>692</sup> üzerine inşa eden ve Areeda gibi ekonomik bağımlılık teorisini reddeden Posner'a göre, eylem unsuru modern işbirliği doktrininde, ön plana geçmiştir. Piyasa koşulları ve firmaların bağımsız davranışlarının rekabeti kısıtlamak sonucunu ortaya çıkarmaları halinde, firmalar arası uyumun varolduğunu farz etmekte herhangi bir sakınca yoktur<sup>693</sup>. Rekabetin, işbirliği ile kısıtlanması sorununda ilk önce işbirliğini kolaylaştıran veya rekabetin engellenebileceği şartların tesbiti gerekir. Posner, belirlenecek bu şartların iktisat biliminin ışığı altında belirlenmesinden yanadır. Klasik işbirliği doktrinindeki, iradelerin birleşmesi, uyuşma, görüşme gibi kavramlar Rekabet Hukuku bakımından içi boş kavramlardır. İşbirliği doktrini, iktisadi veriler ve piyasa araştırmaları ile tamamlanmalıdır. Posner'a göre, uyumlu eylemle rekabetin kısıtlanabilmesinin ön şartı, piyasada faaliyet gösteren firma sayısıdır. Ancak, işbirliğini kolaylaştıran firma sayısı hakkında kesin denebilecek bir sayı henüz belirlenbilmiş durumda değildir<sup>694</sup>.

Günümüzde, Amerika Birleşik Devletlerinde, piyasa konsantrasyonu, Herfindahl-Hirschman piyasa endekslerine<sup>695</sup> göre belirlenmektedir<sup>696</sup>. Herfindahl-Hirschman piyasa konsantrasyon endeksleri, piyasaya hakim firmaların yanı sıra küçük firmaların piyasa paylarını da dikkate almaktadır<sup>697</sup>.

Piyasaya hakim firmaların yanı sıra, küçüklerin de varlığı işbirliğini güçleştiren faktörlerdendir<sup>698</sup>. Fiyatın tam rekabet piyasası fiyatının üstünde olması halinde küçük teşebbüsler de, üretimlerini artırarak, yüksek fiyattan yararlanma yoluna gidebilirler. Bunun sonucunda, mal arzı artacağından, fiyatlarda düşme meydana gelecek ve uyumlu eylem ile elde edilmek istenen gerçekleşmiş olacaktır. Küçük firmalar kadar, belirli bir mal piyasasında kârın yüksekliği, o piyasaya yeni firmaların girmesini teşvik eder. Ancak, girişin uzun süre alması, yeni fabrikaların ve sabit yatırım mallarının inşasının uzun zaman

<sup>691</sup> AREEDA, ibid, 375, 376.

<sup>692</sup> STIGLER, The Theory of Oligopoly, 39.

<sup>693</sup> POSNER, Antitrust Law, 71.

<sup>694</sup> STIGLER, The Measurements of Concentration, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 31-36; SCHERER, Industrial Market Structure, 203, 204.

<sup>695</sup> SINGER, 52-55.

<sup>696</sup> Justice Department Merger Guideline, 1982 Justice Department Special Supplement, s. 6 § III.

<sup>697</sup> SINGER, Antitrust Economics, Selected Legal Cases and Economic Models, Englewood Cliffs, 1968, 152, 153; STIGLER, The Economic Effects of the Antitrust Laws, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 259; POSNER, Oligopoly and Antitrust Laws, 1603.

<sup>698</sup> POSNER, Antitrust Law, 56.

gerektirmesi de işbirliğini kolaylaştırır<sup>699</sup>. İşbirliğini kolaylaştıran etkenlerden bir başkası da, malın talep esnekliğidir<sup>700</sup>. Fiyatın az miktarda artışı, satış miktarını büyük ölçüde azaltıyor ise, firmaların fiyatı artırmalarının bir yararı olmaz, çünkü bu toplam gelirlerinde bir düşüğe yol açar. Talep esnekliğinin yüksek olduğu piyasalarda, işbirliği ile rekabetin kısıtlanması mümkün değildir.

Piyasadaki mal standardizasyonu<sup>701</sup> da işbirliğini kolaylaştıran bir faktördür. Ancak bu faktörlerden herhangi birinin varlığı, işbirliğinin gerçekleştirilmesine yetmeyebilir. Belirlenen bu faktörler sadece yol gösterici niteliktedir. Sadece piyasadaki firma sayısını dikkate alarak bir sonuca varmak, ya da aynı şekilde, sadece talep esnekliğini tesbit ederek piyasanın işbirliğine elverişli olup olmadığını belirlemek mümkün değildir<sup>702</sup>. Firmaların, talep esnekliğinin arttığı noktaya ulaşıncaya kadar, fiyatı yükseltmiş olmaları da mümkündür. Piyasanın, rekabetin işbirliği ile kısıtlanmasına uygunluğun belirlenmesi birkaç faktörün birlikte değerlendirilmesi ile ortaya çıkabilir. Ancak, rekabetin kısıtlanmasına uygun olmak ile işbirliğinin varlığı farklı olgulardır. Yukarıdaki hallerde de, rekabetin gerçekleştirilmesinde firmaların çıkarları vardır. Üretim giderleri en düşük olan teşebbüsün satış fiyatını marjinal gidere yakın tesbit ederek piyasadan, daha büyük bir pay alma olasılığı her zaman mevcuttur. Yukarıda belirlenen şartlar ise, sadece, teşebbüsler arasındaki, işbirliğinin başarılı olma hali ile ilgilidir.

## **2. Uyumlu Eylemin Varlığına Karine Teşkil Eden Davranışlar**

Uyumlu eylemin başarılı olması için gerekli şartların birarada bulunduğu piyasalarda, taraflar arasında uyumlu eyleme ilişkin unsurların tesbiti her zaman mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda uyumlu eylemin varlığı firmaların davranışlarının ayrı ayrı incelenmesi sonucu kanıtlanabilir<sup>703</sup>. Uyumlu eylemin varlığına delil olabilecek olguları belirlemede, ekonomi bilimi ve piyasa araştırmaları önemli rol oynar. Uyumlu eylemin varlığına karine oluşturacak olgular aşağıdaki gibi özetlenebilir.

---

<sup>699</sup> STIGLER, The Theory of Oligopoly, 53.

<sup>700</sup> POSNER, Antitrust Law, 56.

<sup>701</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 203; KAYSEN- TURNER, 27-37.

<sup>702</sup> United States v. Aluminum Co. of America, 148 F 2d. 424.

<sup>703</sup> POSNER, Antitrust Law, 61.

i) Sabit Piyasa Payı: Piyasaya hakim teşebbüslerin piyasa paylarındaki durum uzun bir dönem sabit kalmış veya sabite yakın değişmeler göstermiş ise, rekabet etmeme konusunda bir uyuşmanın varlığından söz edilebilir<sup>704</sup>.

ii) Alıcılara Farklı Fiyat Uygulaması: Farklı fiyat uygulaması satıcıların bir malı belirli alıcılara düşük fiyattan satarken, aynı malı başka alıcılara daha yüksek fiyattan satmasıdır<sup>705</sup>. Başka bir ifade ile, satış fiyatının marjinal masrafa oranının her bir satışta farklı olmasıdır. Marjinal giderleri aynı olan malların farklı fiyatta satılması olduğu kadar, marjinal gideri farklı olan iki malın aynı fiyata satılması da farklı fiyat uygulamasıdır. Tam rekabet piyasasında firmalar fiyat belirleme durumunda değildirlir. Mala duyulan gereksinmeyi ve mala ödenebilecek en yüksek fiyatı belirleyip, her bir alıcıya farklı fiyattan satış yapılması, piyasadaki firmaların toplu tekel gibi davrandığını gösterir.

Ancak, açıklanmasında yarar gördüğümüz husus, her farklı satışın farklı fiyat uygulaması oluşturmayacağıdır. Örneğin, belirli miktarlar için ya da ödeme koşullarına bağlı olarak yapılan indirimler, marjinal gidere etkileri sebebi ile, farklı fiyat uygulaması değildir<sup>706</sup>.

Farklı fiyat uygulaması, rekabet piyasa şartları ile çelişki halindedir ve firmaların uyum içinde olduğunun önemli bir göstergesidir.

iii) Fiyat ile İlgili Bilgi Verme: Çok sayıda satıcı ve alıcının bulunduğu bir tam rekabet piyasasında, tam rekabetin şartlarından biri de fiyatın herkes tarafından bilinmesidir. Bundan dolayı, çok sayıda satıcının faaliyet gösterdiği bir piyasada, fiyata ve diğer hususlara ilişkin bilgi alışverişinin rekabeti geliştirici olduğu söylenebilirse de, az sayıda firmanın faaliyette bulunduğu bir piyasada durum farklıdır<sup>707</sup>. Konsantrasyonun yüksek olduğu piyasada faaliyet gösteren firmalar, diğerlerinin fiyatlarını sayının azlığı nedeni ile kolaylıkla öğrenebilir<sup>708</sup>. Böyle piyasalarda, fiyat ilanları, rekabeti geliştirmekten çok, fiyat ayarlamaları yapmaya yöneliktir<sup>709</sup>.

iv) Benzer Teklifler: İşbirliğinin varlığının diğer bir göstergesi de standart olmayan malların satışı için yapılan gizli tekliflerdeki benzerliklerdir<sup>710</sup>. Standart olmayan malların alım satım ihalelerinde, kapalı zarf usulü şeklinde

---

<sup>704</sup> ibid 62.

<sup>705</sup> Federal Trade Commission v. Morton Salt Co., 334 US 37 (1948).

<sup>706</sup> KURLAND, A Note on Block Booking, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 167.

<sup>707</sup> WHISH, 311; POSNER, Antitrust Law, 65, 66.

<sup>708</sup> Mappling Flooring Manufacturers Association v. United States, 286 US 563 (1925).

<sup>709</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 135, 136;

<sup>710</sup> POSNER, Antitrust Law, 66.

adlandırılan icaplarda, rakip firmaların aynı fiyatı teklif etmiş olmaları işbirliğinin varlığını gösterir. Standart mallar bakımından benzer teklif, rekabet sonucu ortaya çıkan denge fiyatı olabilirse de, standart olmayan mallarda, her bir satıcının marjinal gideri farklı olacağından, benzer fiyat, işbirliğine karine oluşturur<sup>711</sup>.

v) Fiyat, Üretim Miktarı ve Kapasite Değişiklikleri: Bir kartelin başarılı olması halinde, fiyatlar yükselir ve arz olunan mal miktarında düşme gözlenir. Bir malın fiyatında ve arz miktarındaki, gider artışı ile açıklanamayan, değişiklik uyumun varlığının göstergesidir<sup>712</sup>. Giderle bağlantılı olmayan fiyat artışları ve fiyattaki ani bir düşüş de, mevcut bir gizli uyuşmanın kanıtıdır<sup>713</sup>.

Piyasada görülen atıl kapasite ve artan stoklar da, uyumun belirtileridir. Firmalar, işbirliği durumunda da, kapasitelerini ve stoklarını elde tutup, bunları, karteğe karşı pazarlık konusu yapmak ya da rekabet ortamına dönmek korkusuna karşı güvence olarak kullanmak isterler. Kapasite ve stokta artış, firmaların işbirliği durumunda ortaya çıkar.

vi) Fiyat Değişiklikleri: Gerek tekel, gerekse tam rekabet piyasalarında firma giderlerindeki küçük artışlar dahi, fiyat artışlarına sebep olur. Malın maliyetindeki bütün artışları tekel ve tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmalar, satış fiyatına yansıtarak alıcıya geçirirler. Oligopol piyasasında fiyatın uzun dönemlerde sabit kaldığı gözlenmiş ve oligopol piyasasının bu özelliği iktisadi bakımdan açıklanmaya çalışılmıştır<sup>714</sup>. Az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği piyasalarda, fiyat hareketlerinin azlığı firmalararası işbirliğinin gerçekleştiğini gösterir. Maliyetlerdeki küçük artışları fiyata yansıtma, fiyat birliğinin bozulmasına sebep olabilir. Fiyat birliğinin tekrar kurulması ve belirsizlik durumunun yüksek bir maliyeti olduğundan, oligopol piyasasında işbirliği durumunda, önemli sayılmayan maliyet değişiklikleri fiyata yansıtılmaz<sup>715</sup>.

vii) Satışların alıcının ikametgahında teslim olarak yapılması ve satış fiyatı belirlenirken nakliye ücretinin satıcının bulunduğu yer yerine, belirli merkezler esas alınması, piyasada işbirliğinin varlığını gösterir<sup>716</sup>. Rekabet ile hiçbir

<sup>711</sup> Triangle Conduit and Cable Co. v. Federal Trade Commission, 336 US 956 (1949).

<sup>712</sup> LAZEROW, Price Discrimination and the Treaty of Rome, 154.

<sup>713</sup> POSNER, Antitrust Law, 67; United States v. American Tobacco, 221 US 106, 157 (1911).

<sup>714</sup> STIGLER, Kinky, Oligopoly Demand Curve and Rigid Price, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 229, 230; REYNOLDS, Microeconomics, Analysis and Policy, Illinois, 1982, 151, 152.

<sup>715</sup> Rekabeti kısıtlayıcı sözleşme ve işbirliği durumunun gerçekleştirilmesi yüksek idari masrafları gerektirir. Herbir tarafı tatmin edici bir sonuca ulaşmak zaman ve özel çabayı gerektirdiğinden, bu tip davranışları gerçekleştirmenin yüksek bir maliyetinden söz edilmektedir.

<sup>716</sup> POSNER- EASTERBROOK, 345, 346; OPPENHEIM- WESTON- RICHARD, 196.

ilgisi olmaşan bu uygulama, rakip firmalar arasında alıcıya olan uzaklığın etkisini kaldırma ve rakip firmaların birbirlerinin tekliflerini önceden tahmin edebilmesi için geliştirilmiştir<sup>717</sup>. Kanımızca, belirli bir merkez esaslı, ikametgahta teslim satışlar, sadece rekabeti kısıtlamaya ilişkin bir uyumun varlığı ile açıklanabilir.

## **E. Amerikan ve Avrupa Topluluğu Mahkeme Kararlarına Göre Uyumlu Eylem**

### **1. Genel Olarak**

Rekabetin kısıtlanması sorununda, mahkemelere önemli görevler düşmüştür. İşbirliği ya da uyumlu eylemin tanımlanmasında karşılaşılan zorluklar, işbirliği olarak nitelendirilecek durumların her olayın şartlarına göre belirlenmesini zorunlu hale getirmiştir.

Rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeler bakımından, sözleşmenin kurulması ile Rekabet Hukukunun ihlali gerçekteymiş sayılabilirse de, işbirliği ancak rekabeti kısıtlamak sonucuna neden olan eylem ile ortaya çıkar. İşbirliği ile rekabetin kısıtlanmasına yol açan durumlar incelendiğinde, ilk faaliyetin bilgi değişimi olduğu gözlenir.

Bilgi değişimi, bilinçli paralellik durumlarındaki gibi gizli olabileceği gibi, teşebbüs birlikleri faaliyetlerinde olduğu gibi açık da olabilir. Uyumlu eyleme yönelik diğer bir uygulama da, oligopolcü piyasalarda gözlenen bilinçli paralellikdir. Oldukça sık rastlana bir diğer uygulama da, belirli merkezlerden teslim fiyatlı satışlardır. Ancak, mahkemelerin önüne gelen her olayın özelliklerinin, piyasa koşullarının ve rekabete olan etkilerinin de değerlendirilmesi gereklidir. Çünkü, bütün bu belirlenen durumlar uyumlu eylem sonucu olabileceği gibi, piyasa koşullarından kaynaklanmış da olabilir.

### **2. Rakip Firmalar Arasında Görüşme Durumu**

Aynı piyasada faaliyet gösteren firmalar arasındaki, bilgi alışverişi, standartlaşma<sup>718</sup>, kalitenin yükseltilmesi<sup>719</sup> gibi, ticareti olumlu etkileyecek hususlarda olabileceğinden, her bilgi alışverişini ya da teşebbüs birliklerinin tüm faaliyetlerini işbirliği olarak nitelendirmek mümkün değildir. Örneğin, Mapple

<sup>717</sup> Federal Trade Commission v. Cement Institute, 333 US 683, 68 S.Ct. 793 (1948).

<sup>718</sup> WHISH, 315; CORONES, The Application of Article 85 of the Treaty of Rome to the Exchange of Market Information Between of Trade Association, (1982) ECLRev. 69.

<sup>719</sup> LANG, Trade Associations and Self-Regulation Under EEC Antitrust Law, 1984 Fordham Corporat Law Institute, Hawk edition, 630.



Flooring v. U.S.<sup>720</sup> davasında 22 tahta taban döşemesi imalatçısının, mallarda standartlaşma ve mamul kalitesinde gelişmeyi gerçekleştirmek için kurdukları ticaret birliğinin faaliyetlerini, Yüksek Mahkeme işbirliği olarak nitelendirmemiştir. Ancak, işbirliğinin her bir üyesinin son satış fiyatını, müşterilerinin adreslerini ve mevcut stok durumunu, yayımladığı broşürlerle bütün üyelere bildirmesinin, fiyat birliğini gerçekleştirerek, rekabeti kısıtlamak olduğu, doktrinde ileri sürülmüş ve Yüksek Mahkemenin bu kararı bu açılardan eleştirilmiştir<sup>721</sup>. Kanımızca da, Yüksek Mahkemenin, yirmi iki olan birliğe üye sayısını, Amerika Birleşik Devletlerindeki toplam satışın yüzde yetmiş dördünü gerçekleştiren üyelerin toplam piyasa paylarını ve birliğin üyelerinin çoğunun faaliyet gösterdiği Cadillac şehrinden Amerikanın beş, altı bin yerine kadar nakliye ücretlerini hesaplayarak yayınlamasını dikkate almayarak hataya düşmüştür. Piyasa konsantrasyonunun yüksek olduğu bir piyasada ve az sayıda firmanın dahil olduğu bir teşebbüsler birliğinin aracılığı ile satış fiyatları ve nakliye ücretlerinin düzenlenmesine ilişkin bilgi değişiminin, rekabeti kısıtlamaktan başka bir amacı olamaz. Mapple Flooring kararı, olaya ilişkin bulguları değerlendirmesindeki hatalara rağmen, birliklerin tüm faaliyetlerinin ticareti etkilemek olmadığını belirtmesi bakımından önemlidir.

Hardwood kararı<sup>722</sup> da, Yüksek Mahkemenin Mapple Flooring kararı gibi hatalı kararlarından biridir. Bu davada, 365 kereste üreticisinin kurduğu ticari birliğin faaliyetlerinin işbirliği oluşturduğuna karar verilmiştir. Üye firmaların, her hafta satış fiyatları, müşteri adreslerini ve stok durumlarını birliğe bildirmesi üzerine birlik sekreteri, bunları değerlendirmiş ve piyasa hakkında bilgileri üyelere haftalık bültenlere ulaştırmıştır ve birliğin düzenlediği toplantılarda da piyasanın durumunu tartışmıştır. Yüksek Mahkeme, birlik başkanının toplantılardan birinde yaptığı konuşmada, üretim miktarının sabit tutulmasının herkesin yararına olacağı ve kereste piyasasında talebin arttığı bir dönemde, üretimin artmamış olmasını rekabetin işbirliği ile kısıtlanması olarak nitelendirmiştir. 365 Üyeli bir ticari birlikte uyumun sağlanmasının fiilen mümkün olmadığını dikkate almayan Yüksek Mahkeme, talebin arttığı bir dönemde üretimde artışın olmamasını işbirliği için yeterli görürken, üretimin artmamış olmasının başka nedenlerden kaynaklanmış olabileceğini gözönüne almamıştır<sup>723</sup>. Yüksek Mahkemenin görüşünü açıklayan Hakim Clarke'a göre,

---

<sup>720</sup> *Mappling Flooring Manufacturers Association v. United States*, 286 US 563 (1925).

<sup>721</sup> POSNER, *Antitrust Law*, 143.

<sup>722</sup> *American Column and Lumber Co. v. United States*, 257 US 377 (1921).

<sup>723</sup> 1919-1920 yıllarında A.B.D. güney batı eyaletlerinde normal üzerinde yağmıştır.

"gerçek rakip firmalar, kendi ticari işleri ile bilgileri diğerlerine bildirmez ve böyle bir uygulamanın rekabeti kısıtlamaktan başka bir amacı olamaz".<sup>724</sup>

Yüksek Mahkemenin, rakip firmalar arasındaki satış fiyatı hakkında bilgi değişimini, işbirliği olarak kabul etmesini, Hakim Holmes karşı oy yazısında eleştirmiş ve orman içinde faaliyet gösteren küçük işletmelerin piyasa fiyatını öğrenmelerinin rekabeti kısıtlayıcı olmadığını savunurken, ekonomi bilimi bakımından daha tutarlı olmuştur. 1930 depresyonundan sonra, Yüksek Mahkemenin işbirliği konusundaki kararları da hep aynı yönde gelişmiştir.

Socony-Vacuum davasında<sup>725</sup>, petrol rafinerisi sahiplerinin, piyasadaki petrol arzını kontrole yönelik faaliyetlerini işbirliği olarak nitelendirilmiştir. Bu davada da, öncekilerde olduğu gibi, ticari birlik altında birleşme söz konusu olmamıştır. 1935 yılının başlarında rafineri sahipleri biraraya gelerek üretimi kontrol için alınması gereken tedbirleri tartışmışlar ve bu toplantılar sonucunda, hukuken bağlayıcı bir sözleşme ya da karar ortaya çıkmadığı gibi, rafineri sahipleri herhangi bir şeyi yapmayı taahhüd dahi etmemişlerdir. Ancak, rafineri sahipleri toplantıda ileri sürülen öneriler doğrultusunda hareket ederek, depolama imkanı bulunmayan 17 petrol üreticisinin bütün mallarını satın alarak piyasadaki benzin arzını kontrol etmişler ve piyasadaki fiyatın artmasına neden olmuşlardır.

Container davası<sup>726</sup> ise, Amerikanın güneydoğu eyaletlerinde teneke kutu imalatında faaliyet gösteren ve piyasa payları toplam yüzde doksana ulaşan 18 imalatçı firmanın faaliyetlerine ilişkindir. Her bir firmanın ürettiği mal aynı özelliktedir ve rekabet sadece fiyat bakımından söz konusudur. Her ne kadar davalı firmalar bir ticari birliğin üyesi iseler de, birliğin işbirliğinde hiçbir rolü olmamıştır. Firmalar, birbirlerine diğer firmaların talebi üzerine ve karşı tarafın da aynı şeyi yapacağı inancı ile son satış fiyatları hakkında bilgi vermişlerdir. Bu olayda Sugar Institute<sup>727</sup> ya da Socony-Vacuum davalarında<sup>728</sup> belirli bir programa uyma ve Mapple Flooring'deki<sup>729</sup> gibi ortalama maliyete ilişkin istatistikî bilgiler söz konusudur. Ancak, Mahkeme, piyasadaki firma konsantrasyonu, talebin elastik olmaması ve malların benzer olması ile beraber, piyasaya yeni girenlerin fazlalığını<sup>730</sup> da gözönüne alarak, bilgi alışverişini

<sup>724</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 410 (1921).

<sup>725</sup> United States v. Socony Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811(1940).

<sup>726</sup> United States v. Container Corporation of America, 393 US 333 (1969).

<sup>727</sup> Sugar Institute, Inc. v. United States, 297 US 553, 56 S.Ct. 629 (1936).

<sup>728</sup> United States v. Socony Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811(1940).

<sup>729</sup> Mapping Flooring Manufacturers Association v. United States, 286 US 563 (1925).

<sup>730</sup> Piyasaya yeni girenlerin fazlalığı, piyasadaki kar haddinin göstergesi olarak değerlendirilmiştir.

rekabeti kısıtlamaya yönelik işbirliği olarak nitelendirmiştir. Hakim Douglas, sadece fiyat rekabetinin söz konusu olduğu bir piyasada, satış fiyatına ilişkin bilgi değişiminin, rekabeti kısıtlamak amacından başka bir nedeni olmayacağına karar vermiştir.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında, rekabetin uyumlu eylem, ya da teşebbüs birlikleri kararı ile kısıtlanabileceğinin öngörülmüş olması, uyumlu eylemin kapsamının sınırlandırılmasına yol açmıştır<sup>731</sup>. Adalet Divanının, teşebbüs birliklerinin bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiyelerinin birlik kararı kapsamına girecek şekilde yorumlanması<sup>732</sup>, teşebbüs birliklerinin karışmış olduğu bütün rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin uyumlu eylem dışında ele alınmasına ve uyumlu eylemin, sadece, teşebbüslerin birlik kurmaksızın biraraya gelerek rekabeti kısıtlamaları durumlarında uygulanmasına neden olmuştur.

Komisyona, Dyestuff olayında, oligopolcü bir piyasada faaliyet gösteren onbir anilin boya imalatçısının Ocak 1964, Ocak 1965 ve Ekim 1967 tarihlerinde aynı anda fiyat arttırmalarının, ancak uyumlu eylem sonucu olabileceğine karar vermiştir<sup>733</sup>. İmalatçılar arasında Basel ve Londra şehirlerinde çok sayıda toplantılar düzenlendiğinin tesbit edilmesi üzerine, Komisyon, fiyatta gözlenen artışların bir anlaşma ya da karar sonucu olduğunun araştırılmasına gerek olmadığına ve uyumlu eylem şartlarının gerçekleşmiş olduğuna karar vermiştir<sup>734</sup>.

Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) 'in, Komisyonun kararını iptal ettirmek için başvurusu üzerine, Adalet Divanı'nın önüne gelmesinden sonra yapılan incelemede, Adalet Divanı, uyumlu eylemin tanımlamasını yapmıştır<sup>735</sup>. Adalet Divanı, sözleşme, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylem arasındaki sınırı tesbit ederken, uyumlu eylemin sözleşmeden, sözleşmenin kurucu unsurlarındaki eksiklik nedeni ile ayrıldığını belirtmiştir. Uyumlu eylemde, bir sözleşmede var olması gereken bütün unsurların bulunması gerekmektedir. Tarafların davranışlarının müşterek bir davranışın varlığını göstermesi, uyumlu eylem sonucuna varmak için yeterlidir. Tarafların yaptıkları toplantılarda neye karar verdikleri, eylem kararı için önemli değildir. Rakip firmaların piyasaya ilişkin konuları görüşmek üzere toplanmaları ve fiyat değişikliklerini önceden

<sup>731</sup> KERSE, EEC Antitrust Procedure, London, 1981, 6; KORAH, Introduction, 19, 20.

<sup>732</sup> Case Vereeniging von Cementhandelaren v. Commission, JO (1972) L 13/34, (1973) CMLR D16.

<sup>733</sup> Re Cartel in Aniline Dyes, (1969) CMLR (R.P. Supplement) D23.

<sup>734</sup> ibid D29.

<sup>735</sup> Case 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission, (1972) ECR 619.

açıklamalarına rağmen aynı anda yapmaları uyumlu eylem ile rekabetin kısıtlandığı sonucuna ulaşmak için yeterlidir.

Suiker Unie v. Commission (Şeker Karteli) kararında<sup>736</sup>, Adalet Divanı, uyumlu eylemin belirlenmesindeki kıstasları daha da geliştirmiştir. Komisyonun Hollandalı, Batı Alman, Belçikalı, İtalyan ve Fransız şeker üreticilerinden oluşan grubun piyasadaki etkinlikleri ile piyasayı fiilen paylaşmalarını yasaklayan kararının<sup>737</sup> iptali üzerine olay tekrar Adalet Divanı önüne gelmiştir. Olayda şeker üreticileri, piyasayı fiilen paylaşmışlar ve kendi mahalli piyasalarının dışındaki faaliyetlerini, rakiplerinin iznine bağlamışlardır. Örneğin, Hollanda şeker piyasası, mahalli iki şeker üreticisi, Suiker Unie ve Centrale Suiker Mij arasında paylaşılmış ve talep artışları sırasında, bu iki şirket Belçika ve Batı Almanya'dan şeker ithal ederek, Hollanda'da satmışlardır. Raffinerie Tirlemontoise adlı Belçikalı şeker üreticisi de, Hollandalı şirketlerin rızaları olmadan, Hollandaya şeker ihrac edemeyeceklerini ve etmemelerini kendi ihracatçı şirketlerine bildirmişlerdir.

Davalıların, aralarında herhangi bir haberleşmenin ve kararlaştırılmış planın bulunmaması nedeni ile uyumlu eylemden söz edilemeyeceği iddiaları üzerine, Adalet Divanı 85. maddenin 1. paragrafı bakımından bir planın varlığının araştırılmasının gerekli olmadığı kararını bildirmiştir<sup>738</sup>. Herkes ticari ilişkiye gireceği kişileri seçmekte özgürdür. Kişilerin piyasada faaliyet gösteren firmaların davranışlarını akıllıca değerlendirmesi ve faaliyetlerini gözönüne alması, bu özgürlüğün doğal uzantısı olmakla beraber, piyasayı etkilemek için rakipleri ile doğrudan uzantısı olmakla beraber, piyasayı etkilemek için rakipleri ile doğrudan ya da dolaylı temasa geçilmesi, kendisine tanınan yetkinin kötüye kullanılması teşkil edeceğinden yasaktır<sup>739</sup>.

Dyestuffs ve Şeker Karteli kararlarından çıkan sonuca göre, rakip firmaların davranışlarını önceden öğrenmek yolu ile rekabetin ortaya çıkaracağı riski azaltmak<sup>740</sup>, ya da piyasa şartlarını değiştirmek için, doğrudan ya da dolaylı görüşmeler yapması halinde işbirliğinin varlığına karar verilecektir.

Adalet Divanı, bu görüşlerini, AEG-Telefunken v. Commission kararında<sup>741</sup> da tekrarlamış ve AEG-Telefunken'in, mamullerine satış öncesi ve

<sup>736</sup> Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663.

<sup>737</sup> Re European Sugar Cartel, (1973) CMLR D65.

<sup>738</sup> Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663.

<sup>739</sup> ibid 1962.

<sup>740</sup> BELLAMY - CHILD, 33; Case 48/69, Imperial Chemica Industries Ltd. v. Commission, (1972) ECR 693.

<sup>741</sup> Case 107/82 AEG-Telefunken v. Commission, (1983) ECR 3151, (1984) 3 CMLR 325.

sonrası hizmet verebilecek ve AEG-Telefunken'in satıcılarında aradığı niteliklere sahip toptancı ve perakendicilerin 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına gireceğine karar vermiştir. AEG-Telefunken'in satmamak kararının tek taraflı olmadığını, bunun AEG-Telefunken ve yetkili satıcılarının ortak planı sonucu olduğuna karar vermiştir.

### 3. Bilinçli Paralellik

Bilinçli paralellik sorunu rekabetin uyumlu eylem ile kısıtlanmasındaki en kritik kavramlardan biridir<sup>742</sup>. Aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin benzer ve davranışları sonucu, rekabet kısıtlanmıştır. Ancak, tarafların önceden uyuştuklarını kanıtlayabilecek hiç bir bulgu ya da delil bulunmamaktadır. Çok sayıda firmanın faaliyet gösterdiği tam rekabet piyasası için normal olan bu davranış<sup>743</sup> ve fiyatın belirli bir seviyede dengelenmesi, oligopol piyasası bakımından işbirliği, rekabetin kısıtlanması kapsamında değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkarmıştır.

Tarafların önceden temas halinde bulunması durumunda, bunun işbirliği olarak nitelendirileceği konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Paralel bilinç durumu, taraflar arasında herhangi bir uyumun olmadığı halde, rekabet edilmemesi ya da varlığı kanıtlanamayan bir uyum halinde söz konusu olmaktadır<sup>744</sup>. Bilinçli paralellik oligopol piyasasında fiyat teorisi ile izah eden ekonomik görüş<sup>745</sup>, bilinçli paralellik durumunun rekabet hukuku kuralları bakımından değerlendirilmesinde de etkili rol oynamıştır.

Bilinçli paralellik ilk ele alınışı Usul Hukuku bakımından oluşmuştur. Eastern States Retail Lumber Dealers Association v. U.S. davasında<sup>746</sup>, iddia makamı davalıların, bazı toptancıları boykot etmek hususunda açık veya gizli baskı kurduğu iddialarını kanıtlayıcı deliller getirememiş ise de, Yüksek Mahkeme, davalıların işbirliği içinde rekabeti kısıtladıklarına karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre,

---

<sup>742</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 656; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 321.

<sup>743</sup> Attorney General's Report, 36.

<sup>744</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 514.

<sup>745</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 278-279.

<sup>746</sup> Eastern States Retail Lumber Dealers Association v. United States, 234 US 600 (1914).

"İşbirliğinin, kanuni deliller ile kanıtlanmasının çok zor olduğunu herkes bilmektedir. Bu sebepten, fiilen yapılan ve gerçekleştirilenlerden, işbirliği sonucuna varmak yeterli olabilir."<sup>747</sup>

Avrupa Topluluk Hukukunda da, Şeker Karteli kararında<sup>748</sup> uyumlu eylem için bir gizli ya da açık anlaşmanın varlığının kanıtlanmasının gerekli olmadığı belirtilerek benzer bir sonuca varmıştır. Her iki kararda, üzerinde durulan husus uyumun önemli olup olmadığı değil, kanıtlanmasındaki zorluklardır. İşbirliği durumunda uyumun kanıtlanmasındaki zorluklar, elde edilen sonuç, firmaları bu davranışlara iten etkenleri ön plana çıkarır.

Interstate Circuit davası<sup>749</sup> ile bilinçli paralellik sorunu tekrar güncellik kazanmıştır. Bu davada ilk dava gibi boykota ilişkindir. Sinema filmi üreticilerinin ikinci vizyon film sinemalarına yeni film vermeği reddetmesi ile grup boykotu gerçekleştirilmiştir. Yüksek Mahkeme uyumun kanıtlanmamasına rağmen, film şirketleri ile film dağıtıcıları arasındaki yazışmaları ve her bir film şirketinin teklifi reddetmesinin kendi çıkarlarına aykırı olduğunu da gözönüne almış ve film dağıtıcılarının, diğerlerinin de aynı şekilde davranacağı inancı ile hareket etmelerini işbirliği olarak nitelendirmiştir. Benzer şekilde, Raffineric Tirllemontoise'ında Hollanda piyasasında kendi adına faaliyette bulunmamasını kendi çıkarlarına aykırı olduğu<sup>750</sup>, Komisyon kararında açıklanmıştır<sup>751</sup>.

Taraflararasında herhangi bir uyum gösteren ya da uyumu kolaylaştıracak bir bulgunun olmadığına ilişkin ilk dava American Tobacco davasıdır<sup>752</sup>. Amerikan sigara endüstrisinin üç büyükleri olarak adlandırılan American Tobacco, Reynolds ve Liggett and Myers şirketleri, filtresiz sigara üretenlere (on centlik sigaralar) karşı uzun yıllar beraber hareket etmişlerdir. Üç büyükler arasında herhangi bir anlaşma, uyum ya da toplantı, hiçbir zaman gerçekleşmemiş, ancak otuz yıla yakın bir süre aynı şekilde davranmışlardır. Üçünün temsilcilerinin de hazır bulunduğu tütün ihalelerine katılmışlar, ancak birbirlerinin ilgilendiği ihalelere girmeyerek, her üçünün de satın alma fiyatının aynı olmasını gerçekleştirmişlerdir. Sigara fiyatlarındaki değişiklikleri, daima

---

<sup>747</sup> ibid 612.

<sup>748</sup> Re European Sugar Cartel, (1973) CMLR D67.

<sup>749</sup> Interstate Circuit, Inc. et al. v. United States, 306 US 208 (1939).

<sup>750</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. VI, 214.

<sup>751</sup> Re European Sugar Cartel, (1973) CMLR D67.

<sup>752</sup> American Tobacco Co. et al. v. United States, 328 US 781 (1946).

Reynolds yapmış, diğerleri onu kısa bir süre sonra takip etmiştir. Yüksek Mahkemenin görüşünü açıklayan Hakim Burton'a göre <sup>753</sup>:

"Olaydaki fiyat hareketleri, tarafların işbirliği ile rekabeti kısıtlamasının delilidir. Reynolds, 23 Haziran 1931 tarihinde, daha önce hiçbir açıklama yapmadan, Camel marka sigarasını 6.85 dolara yükseltmiştir. Aynı gün, American Tobacco Lucky Strike ve Liggett and Myers firması da Chesterfield marka sigarasını aynı fiyata yükseltmiştir. Bu artışlara hiçbir ekonomik gerekçe gösterilememiştir. ..." <sup>754</sup>

Mahkemenin, olayı işbirliği olarak nitelendirmesinin sebebi American Tobacco ve Liggett and Myers firmalarının Reynolds'un fiyat artışını hiçbir sebep yokken takip etmeleridir. American Tobacco'nun, reklam giderlerine finansman kaynağı yaratarak Reynolds ile rekabet edebilmek için fiyatı arttırdıkları iddialarını, Yüksek Mahkeme inandırıcı bulmamıştır.

Yüksek Mahkemenin, American Tobacco davası ile getirdiği ekonomik gerekçe testi, bilinçli paralellik durumlarını tam rekabet piyasasında gözlenen fiyat hareketlerinden ayırmaya yöneliktir. Tam rekabet piyasasında, fiyat değişimleri arz ve talepteki değişimler sonucu ortaya çıkmaktadır. Yüksek Mahkeme, oligopol piyasalarındaki fiyat değişiklikleri bakımından da benzer bir kriter geliştirerek, piyasa koşullarının etkisi ile meydana gelen fiyat değişikliklerinin Rekabet Hukuku kurallarının ihlali olmayacağını belirtmiştir.

American Tobacco davasından sonra, paralel bilinç sorunu belirli merkez esaslı fiyat uygulamalarında tekrar ortaya çıkmıştır. Cement Institute davasında <sup>755</sup>, mahkeme aşağıdaki sözler ile görüşünü belirtmiştir.

"Birçok firma, herbirinin aynı şekilde davranacağı inancı ile paralel davranış yolunu seçmiş ise, fiilen bir anlaşma kurmuş sayılır. .. Bilinçli paralellik ile açık bir anlaşma arasında sonuç bakımından fark yoktur." <sup>756</sup>

Amerikan Hukukunda olduğu gibi, Avrupa Topluluğu Hukukunda da firmaların benzer davranış içinde olması *ipso facto* hukuka aykırı değildir <sup>757</sup>. Adalet Divanı, Dyestuffs kararında <sup>758</sup> uyumlu eylemin, sözleşmenin bütün

<sup>753</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 176-178; REYNOLDS, 154; SINGER, 74; AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. VI, 180.

<sup>754</sup> American Tobacco Co. et al. v. United States, 328 US 803-804 (1946).

<sup>755</sup> Federal Trade Commission v. Cement Institute, 333 US 683, 68 S.Ct. 793 (1948).

<sup>756</sup> ibid 333 US 729, 68 S.Ct. 817 (1948).

<sup>757</sup> Attorney General's Report, 38.

<sup>758</sup> Case 48/69, Imperial Chemica Industries Ltd. v. Commission, (1972) ECR 619.

unsurlarına sahip olmasının gerekli olmadığını belirttikten sonra paralel bilinç ile uyumlu eylemin eş anlamlı olmadığını bildirmiştir. Paralel bilinç, normal piyasa koşullarından sapmalara, piyasa hacmine, faaliyet gösteren firma sayısında değişmelere sebep olması nedeni ile uyumlu eylemin varlığına karine teşkil eder. Yani paralel bilinç, kendi başına Rekabet Hukuku kaidelerinin ihlali olarak kabul edilmemekte, işbirliği olarak kabul edilmesi için bazı ek bulguların var olmasına bağlıdır<sup>759</sup>.

Kanımızca, tarafların haberleşmeleri, toplantılar düzenleyerek görüşmeleri şeklinde ortaya çıkan paralel davranışın, işbirliği sonucu olduğu ileri sürülebilir. Paralel davranışın ekonomik gerekçelere dayanması ya da paralel davranışın kişisel çıkarlarının çatışması halinde de işbirliğinden söz etmek mümkündür.

#### **4. Belirli Merkezden Teslim Satışlar**

İşbirliği olarak nitelendirilen rekabeti kısıtlayıcı bir başka uygulama da, belirli bir merkezden CIF satışlardır. Belirli bir piyasada faaliyet gösteren firmaların, satış fiyatlarını belirli merkezlerde teslim ya da belirli merkezlerden CIF olarak hesaplamak da, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler arasında yer alabilir. Aynı nitelikteki malların yer aldığı piyasalarda, satışların belirli merkezlerde teslim fiyatı üzerinden yapılması, satıcılar arasındaki mesafeden doğan avantajların kaldırılmasına yöneliktir. Örneğin, böyle bir satış merkezi noktasından üçyüz kilometre uzaktaki bir alıcı, çok yakınındaki bir üreticiden mal satın alırken, malın fiyatına, malın üretici ile belirlenen o merkez arasındaki taşıma ücreti de eklenecektir. Malların benzer nitelikte olması ve mesafeden doğan avantajların bertaraf edilmesi, piyasada dolaylı fiyat birliğinin sağlanmasına yardım eder. Gelişmiş ülkelerde, taşıma ücretinin satış ücretine oranla yüksek olduğu çimento, kömür ve demir piyasalarında da belirli merkezden CIF uygulamalarına oldukça sık rastlanır. Mahkeme kararları, belirli merkezden CIF satışların işbirliğine karine oluşturacağı yönündedir. Doktrindeki baskın görüş de, belirli merkez ya da merkezler esaslı fiyat sisteminin, fiyatı kontrol etmeğe yönelik olduğu merkezindedir<sup>760</sup>.

---

<sup>759</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. VI, 213, 221; BELLAMY - CHILD, 41;

<sup>760</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 516; STIGLER, A Theory of Delivered Price Systems, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 161; POSNER- EASTERBROOK, 346; MACLUP, The Basing-Point System, Philadelphia, 1949, 165-166.



Alman çimento ve çelik piyasalarında<sup>761</sup>, 1920'lerden sonra İngiliz çelik endüstrisinde<sup>762</sup>, Belçika kömür piyasalarında<sup>763</sup> belirli merkez fiyatı esaslı uygulamalara rastlanmıştır.

Federal Trade Commission v. Cement Institute davasında<sup>764</sup>, davalılar Amerika'da çimento üretimi ve satışı konularında faaliyet gösteren 74 tüzel ve 21 gerçek kişi tüccardır. Çimento satışları CIF olarak Amerika'daki birkaç şehir esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Çimento Üreticileri Birliği tarafından geliştirilen bu sisteme uyma zorunluluğu getirilmemiş ve davalılardan hiçbiri uyma taahhüdünde bulunmamış ise de, plana uyum yüzde yüz sağlanarak ülke çapında fiyat birliği gerçekleştirilmiştir. Yüksek Mahkeme, eldeki belgelerden New Mexico'daki bir çimento ihalesine katılan onbir firmanın tekliflerinin bir doların milyonda birine kadar aynı olduğunu saptamıştır. Yüksek Mahkeme, belirli merkezli satış sisteminin rekabeti kısıtlayarak fiyat birliğini sağladığını belirtmiştir. Firmaların, üretim maliyetleri aynı bile olsa, New Mexico şehrine yakın üreticilerin daha düşük fiyat teklif etmeleri beklenirken, teklif veren firmaların aynı fiyatı vermeleri, belirli merkezden satış sistemi sonucu olduğunu bildiren Yüksek Mahkeme, rekabetin işbirliği ile kısıtlandığı sonucuna varmıştır.

Triangle Conduit and Cable Co. v. Federal Trade Commission davasında<sup>765</sup> da olaylar Cement Institute davasının benzeridir. Demir esaslı iletken üreticileri Pittsburg ve Chicago şehirlerini esas alarak satış fiyatını hesaplamaktadırlar. Bu durumda, demir-çelik endüstrisinin merkezleri olan bu şehirlerdeki üreticiler ülkenin diğer bölgelerindeki üreticilere kıyasla belirli bir avantaj elde etmektedirler. Yüksek Mahkeme, Cement Institute davasında olduğu gibi, belirli merkezler esaslı satış sistemi uygulaması sonucu fiyat birliğinin sağlandığını tesbit ettikten sonra, "belirli bir malın, talep ve arzı ile ilgili olmaksızın, fiyatların sabitleşmesi, rekabetin kısıtlanması hususunda, rakip firmaların işbirliği yaptıklarının delilidir" sonucuna varmıştır<sup>766</sup>.

#### IV. BİRLEŞME

Shearman Kanununda birleşme sözcüğüne yer verilmesine karşılık, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde birleşme sözcüğü geçmemektedir. Shearman Kanununun 1. maddesinde yer alan birleşme sözcüğü ile ifade

<sup>761</sup> STIGLER, A Theory of Delivered Price Systems, 159.

<sup>762</sup> BURN, The Economic History of Steelmaking, 1867-1939, London, 1940, 377.

<sup>763</sup> JONES- CARTWRIGHT- GUENSULT, The Coal Mining Industry, London, 1939, 227-228.

<sup>764</sup> Federal Trade Commission v. Cement Institute, 333 US 683, 68 S.Ct. 793 (1948).

<sup>765</sup> Triangle Conduit and Cable Co. v. Federal Trade Commission, 168 F 2d. 174 (2nd Circuit) (1948).

<sup>766</sup> ibid 181.

edilmek istenen, teşebbüslerin tek bir tüzel kişilik altında birleşmesini belirten "merger" den farklı bir durumdur. 1. maddede yer alan bu kavramın Rekabet Hukuku dışında da bir anlamı yoktur<sup>767</sup>.

Kanunkoyucu, Shearman Kanunu çerçevesinde, tröst veya diğer şekillerdeki birleşmeler ile hisse senetlerinin tek elde toplanarak, rekabetin kısıtlanmana yol açacak bir durumun yaratılmasını engellemeye çalışmıştır. Shearman Kanununun 1. maddesinde yer alan birleşme kavramını işbirliğinden ayrıldığı noktaların belirlenmesi, doktrinde çeşitli görüşlerin çıkmasına neden olmuş ve uzun yıllar, gerek mahkeme kararlarında<sup>768</sup> ve gerekse doktrinde<sup>769</sup> birleşme ile işbirliği eş anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

Yüksek Mahkeme, 1904 yılında ilk kez Nothern Security davasında<sup>770</sup> tarafların birleşme yolu ile rekabeti kısıtladığına karar vermiştir. Great Nothern Railways ve Nothern Pacific Railways şirketleri, aynı şehirler arasında faaliyet gösteren iki demiryolu şirkettir. Her şirketin, birbirine paralel, 9000 mil uzunluğunda demiryolları ve istasyonları vardır. 1901 yılı başlarında, Nothern Pacific borçlarını ödeyemez durumuna girince, Morgan ve arkadaşlarına satılmıştır. Aynı yılın Kasım ayında, Morgan ve arkadaşları ile Great Nothern Railways şirketlerinin sahipleri Hill ve arkadaşları, ellerindeki hisseleri sermaye olarak, New Jersey kanunlarına göre iki holding şirket kurmuşlardır. Böylece rakip iki demiryolu şirketinin kontrolü, holding şirkete geçmiştir. Holding şirket de, hissedarlarının çıkarlarına uygun davranarak, iki demiryolu şirketi arasındaki rekabete son vermiştir.

Nothern Securities şirketi, kârları birleştirme çabası şeklindeki bir holding şirket olduğu için, gerçek anlamda bir birleşme olayı değilse<sup>771</sup> de, Yüksek Mahkeme, olayın Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamına girdiğine karar vermiştir<sup>772</sup>.

Nothern Security kararı, birleşmenin kapsamını tayini sorununa, rakip firmaların ortak yönetim için üçüncü bir bağımsız tüzel kişilik teşekkülünü, birleşme olarak nitelendirmekten başkaca bir katkıda bulunmamıştır. Uzun yıllar, birleşme, işbirliği ile eş anlama gelecek şekilde ve beraberce kullanıl-

<sup>767</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 352.

<sup>768</sup> Bogosian v. Gulf Oil Co., 434 US 1086 (1978).

<sup>769</sup> RAHL, Conspiracy, 744; TURNER, Definition of Agreement, 656; ROCKEFELLER, Antitrust, Questions and Answers, Washington D.C., 1974, 36.

<sup>770</sup> Nothern Securities Co. v. United States, 193 US 197, 24 S. Ct. 436 (1904).

<sup>771</sup> BORK, Antitrust Paradox, 31.

<sup>772</sup> Davanın görüldüğü tarihte, Amerika Birleşik Devletlerinde merger (birleşmeler)'i düzenleyen Clayton Kanunu yürürlükte değildi. Ayrıca, Clayton Kanunu yürürlükte olmuş olsa bile, holding şirketi uygulamasının merger olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

mıştır. Hatta, American Tobacco davasında, Bölge Federal Hakimi, jüriye verdiği talimatta, işbirliği ile birleşmenin, Shearman Kanunu bakımından aynı anlama geldiğini belirtmiştir<sup>773</sup>

Doktrinde, Oppenheim ve arkadaşları<sup>774</sup> da işbirliği ile birleşmenin herhangi bir ayırım gözetilmeden aynı anlamda kullanıldığını ifade etmektedirler. Kanımızca, işbirliği ve birleşmenin eşanlamda kullanılması, Turner'ın da belirttiği gibi her ikisinin aynı uyuşma unsurlarına dayanmasından gelmektedir<sup>775</sup>.

Yüksek Mahkemenin United States v. Parke, Davis and Co. kararında<sup>776</sup>, birleşmenin işbirliğinden farklı olup olmadığı sorunu tekrar çıkmıştır<sup>777</sup>. Parke, Davis and Co. davasında, üretici firma satış fiyatını kendisinin tesbit ettiğini belirterek, satış fiyatına uymayan perakende mal satıcılarına satış yapılmasına engel olmak için toptancılara, perakende satış fiyatına uymayanların adlarını bildirerek, bunlara mal satılmamasını temin etmişlerdir. Yüksek Mahkeme kararda, sadece birleşme sözcüğüne yer vererek, olayları işbirliği olarak nitelendirmekten kaçınmıştır. Parke, Davis and Co. şirketinin, kendisinden doğrudan mal satın almayan perakendecilerin, tesbit edilen satış fiyatına uymalarını sağlamak için, toptancılar ile beraber eylem içinde olmasının, birleşme olarak nitelendirilmesi yapay bir ayırından başka bir şey değildir. Mahkemenin yerleşik içtihatlarına uygun olarak, Parke, Davis and Co. olayının, işbirliği olarak nitelendirilmesi daha uygun düşerdi. Doktrinde de, Parke, Davis and Co. kararının, birleşme ve işbirliği ayırımına ışık tutmaktan uzak olduğu ifade edilmiştir<sup>778</sup>.

Albrecht v. The Herald Co. kararı<sup>779</sup> ile işbirliği, birleşme ayırımı bir kez daha Yüksek Mahkemenin gündemine gelmiştir. Albrecht, St.Louis bölgesinde gazete dağıtımını yapmaktadır. Albrecht'in gazete satış fiyatlarını yayıncı Herald şirketinin fiyatı üstüne çıkarması üzerine, yayıncı şirket Albrecht'in sözleşmesini feshetmiş ve başka bir dağıtıcı ile anlaşmıştır. George Kroner isimli bu kişi ile yaptığı yeni dağıtım sözleşmesini de, bütün müşterilere bildirilmesi sağlanmıştır. Albrecht bunların sonunda, müşterilerinin yüzde yirmibeşini kaybetmiştir. Mahkeme olayda, yayıncı şirketin, yeni seçilen dağıtım şirketinin, George Kroner ve Albrecht ile ilgisini kesen 300 müşterinin, birleşme yolu ile bir malın

---

<sup>773</sup> American Tobacco Co. et al. v. United States, 328 US 781, 809 (1946).

<sup>774</sup> OPPENHEIM- WESTON- RICHARD, 178.

<sup>775</sup> TURNER, The Definition of Agreement, 656.

<sup>776</sup> United States v. Parke Davis and Co., 364 US 29 (1968).

<sup>777</sup> ROCKEFELLER, 36.

<sup>778</sup> ibid 34-36.

<sup>779</sup> Albrecht v. The Herald Co., 390 US 29 (1968).

fiyatını sabitleştirdiklerine karar vererek, birleşme sözcüğüne çok geniş bir anlam kazandırmıştır<sup>780</sup>.

Doktrinde, birleşme ile işbirliği arasında fark olmadığı görüşünü, Yüksek Mahkeme kararları da desteklemektedir. Birleşme sözcüğü, Areeda'nın da belirttiği gibi, işbirliği olarak nitelendirilmekte güçlük çekilen bazı durumların, Rekabet Hukuku kapsamı dışında kalmasını önlemek için kullanılmıştır<sup>781</sup>. Yüksek Mahkeme, sadece Nothern Securities davasında birleşme sözcüğünü, işbirliği olarak nitelendirilemeyecek bir durum için kullanmıştır.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, birleşme olgusuna yer verilmemesine rağmen, Parke, Davis and Co. davasına benzer bir durum, uyumlu eylem olarak nitelendirilmiştir<sup>782</sup>.

## **V. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARI**

### **A. Genel Olarak**

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen Roma Andlaşmasının 85. maddesi, sözleşme ve uyumlu eylemin yanı sıra, rekabetin teşebbüs birliklerinin kararları ile de kısıtlanabileceğini öngörerek bu durumun da, hukuku ihlal oluşturacağını düzenlemiştir. Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, teşebbüs birlikleri kararlarından söz edilmesine karşılık, bu maddeye paralel olan Shearman Kanununun 1. maddesinde, benzer bir düzenlemeye rastlanmaz. Bununla beraber, Amerikan Hukukunda, rekabetin teşebbüs birlikleri kararları ile kısıtlanmasına izin verildiği de söylenemez. Amerikan Rekabet Hukukunda, ticaret birliği kararları ile, rekabetin kısıtlanmasını düzenleyen pozitif bir kural olmamakla beraber, bu faaliyetlerin Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamına gireceği konusunda tereddüt edilmemiştir.

Bu durum Amerikan Hukukunda, işbirliği olarak nitelendirilmektedir. Hatta, Amerikan Mahkeme kararları incelendiğinde, işbirliğine ilişkin kararların büyük bir çoğunluğunun ticaret birliği faaliyetlerinden kaynaklandığı görülür<sup>783</sup>.

---

<sup>780</sup> Olay rekabetin dikey kısıtlanması olmak ile beraber, birleşme kavramı bakımından özellik arz etmektedir.

<sup>781</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 352.

<sup>782</sup> MERKIN- WILLIAMS, 100; Case 73/74 Groupement des Fabricants de Papiers Peints de Belgique v. Commission, (1975) ECR 1491.

<sup>783</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 407; POSNER- EASTERBROOK, 172.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, 85. maddede teşebbüs birliği kararlarından bahsedilmesini gereksiz gören, bu gibi durumların uyumlu eylem çerçevesinde çözüme bağlanabileceğini ileri sürenler de vardır<sup>784</sup>. Teşebbüs birliği kararlarına uygun davranışta bulunan firmaların, uyumlu eylem ile rekabeti kısıtladığı söylenebilirse de<sup>785</sup>, kanımızca, 85. maddede teşebbüs birliği kararlarından açıkça söz edilmesi, Rekabet Hukukunun uygulama alanını genişletmiştir. Uyumlu eylem ile teşebbüs birliği kararı, farklı konulara ilişkindir. Uyumlu eylemin, objektif unsuru olan eylem unsuru, teşebbüs birliği kararları bakımından farklıdır. Uyumlu eylem ile teşebbüs birliği kararları, sonuç itibarı ile, benzer durumlara ilişkin ise de, teşebbüs birliği kararlarının, eylem seviyesine yükselmiş olması gerekli değildir.

## B. Teşebbüs Birlikleri

Roma Andlaşmasının 85. maddede, teşebbüs birliklerinin rekabetin kısıtlanmasındaki rolünü düzenlerken, teşebbüs birliği ile neyin kasedildiğini açıklamamıştır. Birlik ile nasıl ve tür bir gruplaşmanın ifade edilmek istendiğinin belirlilik kazanmamış olması, çok değişik şekil ve görünümlerdeki biraraya gelmelerin, Komisyon kararlarında ele alınmasına yol açmıştır<sup>786</sup>.

Tüzel kişiliğe sahip dernek, sendika, federasyon gibi grupların teşebbüs birliği olarak kabul edileceğinde hiç bir tereddüt yoktur<sup>787</sup>. Ancak, Roma Andlaşmasında, birlik ile kasedilen, sadece tüzel kişilik sahibi kuruluşlar mıdır, yoksa kendisine tüzel kişilik tanınmamış kuruluşları da birlik kapsamı içinde değerlendirilecek midir? Doktrinde, bu sorunun, geniş şekilde yorumlanacağı yolunda yanıt verilmiş ve tüzel kişiliği olmayan adi ortaklık benzeri birleşmelerin de, birlik olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir<sup>788</sup>.

Bir gruplaşmanın, Rekabet Hukuku bakımından, teşebbüs birliği olarak kabul edilmesi için, tüzel kişiliğe sahip olması gerekli değildir<sup>789</sup>. Fiili gruplaşmalar ve birlik gibi davranma da, teşebbüs birliği olarak kabul edilmek için yeterlidir<sup>790</sup>. Birlik ile ifade edilenin, tüzel kişiliğe sahip olmaktan daha kapsamlı olduğunda tereddüt yoktur. Tüzel kişilik gibi biraraya gelmenin da belirli bir amaç ile yapılması önemli değildir. Teşebbüslerin biraraya gelmesi, ticari

<sup>784</sup> WHISH, 168; GIDE-LOYRETTE-NOUEL, 19.

<sup>785</sup> BELLAMY - CHILD, 28

<sup>786</sup> ibid 28-34.

<sup>787</sup> FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, 36.

<sup>788</sup> DERINGER, 11.

<sup>789</sup> BELLAMY - CHILD, 28; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 8; DERINGER, 11; MATHIJSEN, 170.

<sup>790</sup> MATHIJSEN, 170.

amaçla olabileceği gibi, başka amaçlarla da olabilir<sup>791</sup>. Herhangibir biraraya gelmenin sürekli olması, biraraya gelenlerin 85. madde anlamında teşebbüs olmalarını da gerektirmez.

Teşebbüs birliğinden söz edebilmek için, teşebbüslerin biraraya gelmelerinin bir kereye mahsus veya çok kısa bir süre için olmaması gerekir. Rakip firmaların ortak sorunlarını veya piyasa koşullarını görüşmek ya da çok başka amaçla, hatta rekabeti kısıtlamak için ortak karar almak amacı ile bir kerelik biraraya gelmeler birlik olarak nitelendirilemez. Bu beraberliğin, uzunca sayılacak bir süre içinde, örneğin, birkaç haftalık bir süreye yayılmış olması halinde de, bu durum değişmez. Birlik durumunu bu şekil biraraya gelmelerden ayıran temel unsur sürekliliktir<sup>792</sup>. Birlik durumunda, sürekli biraraya gelmek sözkonusudur. Aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların, belirli bir dönemde, ortak sorunlarını görüşmek için yaptıkları toplantılar ne kadar uzun sürerse sürsün, teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez ise de, teşebbüslerin ortak sorunlarını görüşmek üzere, örneğin her iki yılda bir toplanmayı kararlaştırmaları, birlikten söz edebilmek için yeterlidir. Birliğin oluşması için önemli olan beraberliğin uzun dönem için planlanmış olması, süreklilik arz etmesidir. Aksi takdirde, bu uyumlu eyleme yönelik bir toplantıdan başka bir şekilde nitelendirilemez.

Teşebbüs birliğinin ikinci unsuru, birliğin Rekabet Hukukunda teşebbüs olarak kabul edilen kişilerden oluşturmasıdır<sup>793</sup>. Bu birliğin üyelerinin kimlerden olacağı sorunu, Rekabet Hukukunun kişi bakımından kapsamı ile yakından ilgilidir<sup>794</sup>. Birlik üyelerinin ticari faaliyette bulunan teşebbüsler olması şartını<sup>795</sup>, Komisyon, bağımsız teşebbüs birliklerinin de birlik kurabileceği yönündeki kararı ile genişletmiştir<sup>796</sup>. Cecimo kararının<sup>797</sup> ikinci önemli sonucu da, birlik üyelerin tüzel kişilik sahibi olmalarının şart olmadığı ve teşebbüs birliği üyelerinde de, teşebbüs birlikleri olması nedeni ile tüzel kişilik sahibi olmalarının gerekli olmadığıdır.

---

<sup>791</sup> GLEISS-HIRSCH, 48; LANG, Trade Associations, 605.

<sup>792</sup> CORONES, 70.

<sup>793</sup> GLEISS-HIRSCH, 48.

<sup>794</sup> Bakınız sayfa 281 vd.

<sup>795</sup> DERINGER, 8, 11.

<sup>796</sup> GLEISS-HIRSCH, 49;

<sup>797</sup> Cecimo, OJ (1969) L 69/13, (1969) CMLR D1; Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663; Case 71/74 FRUBO v. Commission, (1975) ECR 563.

## C. Teşebbüs Birliklerinin Rekabeti Kısıtlayıcı Davranışları

### 1. Genel Olarak

Roma Andlaşmasının 85. maddesi, rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık, Rekabet Hukuku, teşebbüs birliklerinin sadece karar niteliğindeki beyanları değil, rekabeti kısıtlayıcı bütün davranışları ile ilgilidir. Teşebbüs birliklerinin üç tür faaliyeti Rekabet Hukuku kapsamına girer. Bunlar, birlik kararları, bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiyeler<sup>798</sup> ve bilgi değişimini amaçlayan faaliyetlerdir<sup>799</sup>. Birinci türden beyanların Rekabet Hukuku kapsamına gireceği 85. maddede açıkça belirtilmiş ise de, diğerleri bakımından konu aynı açıklıkta değildir.

### 2. Birlik Kararları

Karar, çok taraflı bir hukuki muameledir ve birden fazla kimsenin içinde buldukları hukuki ilişkinin kendilerine tanıdığı oy hakkını kullanarak anlaşmaya varmalarını<sup>800</sup>. Karar, oluşması sırasında kendine tanınan oy hakkını kullanan kişinin değil, oy hakkına sahip herkesin birleşik iradesini gösterir. Roma Andlaşmasının 85 maddesinde yasaklanan, rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararları da, birliğe dahil her bir üyenin değil çoğunluğun iradesini gösterir. Ancak birliğin kararı, çoğunluğa katılmayan ya da kendisine tanınan oy hakkını kullanmamış olanları da bağlar, yeter ki karar usulüne uygun alınmış olsun<sup>801</sup>. Birlik kararının bağlayıcılık özelliği, ortaklık belgesi veya ana sözleşmeden doğar<sup>802</sup>.

Rekabetin kısıtlanması amacına yönelik ya da kısıtlamak sonucu veren birlik kararları, 85. maddenin 1. paragrafına göre hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için, karara, birliğe üye teşebbüslerin uymuş olmasının aranmasına gerek yoktur. Sözleşme durumunda olduğu gibi, kararın varlığı hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için yeterlidir.

<sup>798</sup> LANG, Trade Associations, 611; WHISH, 169.

<sup>799</sup> WHISH, 312.

<sup>800</sup> TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri, c.I, İstanbul, 1985, 56.

<sup>801</sup> BELLAMY - CHILD, 28; GLEISS-HIRSCH, 51; TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, 51.

<sup>802</sup> GLEISS-HIRSCH, 51.

### 3. Birlik Tavsiyeleri

Teşebbüs birliklerinin en önemli faaliyetlerinden biri de, üyelerine belirli davranış ve uygulama biçimleri öneren tavsiyelerde bulunmalarıdır. Bu tavsiyeler kararlardan üyeleri bağlayıcılık niteliğinden eksikliği ile ayrılır. Her ne kadar tavsiye durumunda, tavsiye kararı şeklinde bir karar sözkonusu ise, bu kararın bağlayıcılığı, tavsiyeyi gerçekleştirecek kişiler üzerinde sözkonusudur ve birlik tavsiyesinin üyelere bildirilmesi bakımındandır<sup>803</sup>.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birlikleri kararlarının hukuka aykırı olduğunun belirtilmiş olmasına karşılık, uyulması üyelerin seçime bırakılmış birlik tavsiyeleri konusunda, herhangi bir düzenleme yoktur. Rekabet Hukuku bakımından, tavsiye ile karar arasındaki temel fark, bağlayıcılık etkisi açısındandır. Kararda üyelerin uyma zorunluluğu bulunmasına karşılık, tavsiye durumunda bu sözkonusu değildir. Bağlayıcılık unsuruna ilişkin bu fark ve 85. maddenin sadece karar kavramına yer vermiş olması, teşebbüs birlikleri tavsiyelerinin farklı bir uygulamayı haklı gösterip göstermeyeceği sorununu ortaya çıkarmıştır.

Gleiss ve Hirsch, teşebbüs birlikleri kararı sözcüğünden, sadece teşebbüsleri bağlayıcı birlik kararlarının anlaşılması gerektiğini ve hukuken bağlayıcı niteliği olmayan teşebbüs birliklerinin teklif ve tavsiyeleri durumunda bir kararın varlığından söz edilemeyeceğini iddia etmektedirler<sup>804</sup>. Bu yazarlara göre teşebbüs birlikleri kararları, şekil bakımından sınırlanmamış olmamakla beraber, tavsiyelerin üyeleri bağlayıcı özellikten yoksun olması, bunların karar gibi değerlendirilmesini engeller<sup>805</sup>. Gleiss ve Hirsch, kendi görüşlerini desteklemek için 85. maddenin 2. paragrafındaki, 1. paragrafa göre hukuka aykırı olan sözleşme ve kararların yok sayılacağı hükmüne başvurarak, uyumlu eylem ilişkine görüşlerine benzer bir mantık içinde, bir şeyin yok sayılabilmesi için ilk önce hukuken var olması gerektiğini belirtmektedirler<sup>806</sup>. Hukuken bağlayıcı nitelikten yoksun olan tavsiye, teklif gibi beyanların hukuken var olmadığı için yokluk ile sakatlanmasının düşünülemeyeceğini ileri sürmektedirler. Deringer de, aynı görüşü savunmakta ve hukuken bağlayıcı olmayan tavsiyelerin, 85. maddenin 1. paragrafına göre karar olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>807</sup>.

---

<sup>803</sup> AGNEW, 143.

<sup>804</sup> GLEISS-HIRSCH, 51, 52.

<sup>805</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 20.

<sup>806</sup> GLEISS-HIRSCH, 51.

<sup>807</sup> DERINGER, 11. Deringer centilmenlik anlaşmalarının hukuken bağlayıcı olmadıklarını, fakat bunların sözleşme olarak nitelendirilebileceğini kabul etmesine karşılık, benzer bir durum olan



Diğer bir görüş ise, teşebbüs birliklerinin tavsiyelerinin, karardan farklı olmadığı ve karar kavramına dahil edileceği şeklindedir<sup>808</sup>. Komisyon'un ve Adalet Divanı'nın da görüşünü yansıtan günümüzdeki baskın görüş, bağlayıcılık unsurundaki farklılaşmalara rağmen teşebbüs birliklerinin karar ve tavsiyelerinin, aynı sonuca yönelmiş olmaları sebebi ile, Rekabet Hukuku bakımından, benzer şekilde değerlendirilmelerinin gerekli olduğunu kabul etmektedir<sup>809</sup>.

Megret ve arkadaşları da, bağlayıcılık unsurundaki farklılık iddialarını reddederek bu son görüşe katılmaktadırlar<sup>810</sup>. Bu yazarlar da, tavsiye beyanlarının karar gibi hukuken bağlayıcı olmadıklarını kabul etmekte, ancak teşebbüs birliğinin tavsiyelerine uymamanın hiç de sonuçsuz kalmadığını ve 85. maddenin 1. paragrafı bakımından hukuken bağlayıcı olmanın gerekmediğini ileri sürmektedirler. Birlik tavsiyelerine uymama halinde, birlik amacına ters düşme, ahlaki ve iktisadi düzeni bozma nedeni ile, grup içinde aşağılanma söz konusudur. Bu da tavsiye kararlarının psikolojik ve sosyal bağlayıcılık özelliğini ortaya çıkarmaktadır.

Kanımızca, Megret ve arkadaşlarının bu iddialarında gerçek payı vardır. Kaldı ki, karar ve tavsiye arasındaki farkın, bağlayıcılık unsurundan kaynaklanması iddia edildiği gibi, çok önemli değildir. Birlik kararlarına uyma borcunun ihlalinde de en önemli yaptırım, tavsiye beyanlarında olduğu gibi, birlikten dışlanmaktan başka birşey değildir. Karar sözcüğü ile ifade edilmek istenenin, teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlanmasına yol açan, her türlü beyanları şeklindeki genişletici yorum<sup>811</sup>, Rekabet Hukukunun amaçlarına daha uygun olduğu kadar, ticari hayat tecrübeleri ile de tutarlıdır. Amerikan Hukukunda da gözlendiği gibi, teşebbüs birlikleri tavsiyelerinin, gizli bağlayıcı etkisi kararlarınkinden daha az değildir<sup>812</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, Komisyon kararları incelendiğinde teşebbüs birliklerinin tavsiye ve tavsiye benzeri hukuken bağlayıcı olmayan diğer

---

birlik tavsiyelerinin karar olarak nitelendirilemeyeceğini söylemesi bir çelişkidir. Aynı mantıksal çelişki Gleiss ve Hirsch' de de mevcuttur. GLEISS-HIRSCH, 50.

<sup>808</sup> BELLAMY - CHILD, 28; MATHIJSSEN, 170; KORAH, Introduction, 18; FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, 37.

<sup>809</sup> Cases 209-215/78, 218/78, von Landewyck Sàrl et al. v. Commission, (1981) 3 CMLR 134, (1980) ECR 3250; LANG, Trade Associations, 609-610.

<sup>810</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 6

<sup>811</sup> WHISH, 168-169.

<sup>812</sup> *Mappling Flooring Manufacturers Association v. United States*, 286 US 563 (1925); *United States v. Socony Vacuum Oil Co.* 310 US 150, 60 S.Ct. 811(1940); *American Column and Lumber Co. v. United States*, 257 US 377 (1921).

beyanlarının karara ilişkin kuralara göre değerlendirdiği görülür<sup>813</sup>. Adalet Divanı, IAZ International Belgium N.V. kararında<sup>814</sup>, Belçika Şehir Şebeke Suyu İşletmecileri Birliği, Belçika Bulaşık Makinesi İmalatçılar Birliğinden uygunluk belgesi almamış bulaşık makinelerinin şehir suyuna bağlanmamasını tavsiye etmiştir. Adalet Divanı, Komisyonun görüşüne uyararak, bu tavsiyenin Avrupa Topluluğu üyesi ülkelerdeki bulaşık makinesi üreticilerinin rekabetini kısıtlamaya yönelik olduğuna karar vermiştir.

FEDETAB davasında<sup>815</sup>, Belçika ve Lüksemburg sigara üreticileri birliğinin üyelerine yaptıkları tavsiyelerin, teşebbüs birliği kararı nitelendirilmesi sorunu ortaya çıkmış ve davalı birliğin, tavsiyelerin hukuken bağlayıcı olmadığı ve bu sebepten karar olarak değerlendirilemeyeceği iddiasını Adalet Divanı, üyelerin tavsiyelere uyma sadakatinden söz ederek reddetmiştir<sup>816</sup>.

Tavsiye ve diğer benzer beyanların, birlik kararı olarak nitelendirilemeyeceğini ileri süren Deringer<sup>817</sup> ve Gleiss /Hirsch<sup>818</sup>, birliklerin yaptıkları tavsiyelerin Rekabet Hukukunun uygulama alanının tamamen dışında kalacağını, üyelerin yapılan tavsiyelere uygun davranmaları halinde, bu durumun uyumlu eylem oluşturacağını iddia etmektedirler.

Kanımızca, karar ve tavsiye arasındaki ayırım, 85. maddenin 1. paragrafının sonuçları bakımından önem taşır. Teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlayıcı kararları, sözleşme durumunda olduğu gibi, hukuka kendiliğinden aykırıdır<sup>819</sup>. Kararın hukuka aykırı olduğu sonucuna varmak için, üyelerin karara uygun davranmaları da gerekli değildir<sup>820</sup>. Kararın rekabetin kısıtlanmasına neden olacak olması, 85. maddenin 1. paragrafının uygulanabilmesi için yeterlidir. Oysa, uyumlu eylemde piyasa koşulları da gözönüne alınarak rekabetin fiilen kısıtlandığının tesbiti gerekecektir. Bu sebepten de, uyumlu eylemin tesbiti ve kanıtlanması, sözleşme ve karara göre zordur<sup>821</sup>. Teşebbüs birliklerinin tavsiyelerinin uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi, Rekabet Hukuku politikasına ters düşer. Teşebbüs birlikleri kararı ile aynı amaca yönelik ve aynı sonuçları veren tavsiyelerin, farklı uygulamaya tabi kılınması, hukuki

<sup>813</sup> Case Vereeniging von Cementhandelaren v. Commission, JO (1972) L 13/34, (1973) CMLR D16; Case 71/74 FRUBO v. Commission, (1975) ECR 563.

<sup>814</sup> Case 96/82, IAZ International Belgium v. Commission, (1984) 3 CMLR 276.

<sup>815</sup> Cases 209-215/78, 218/78, von Landewyck Sàrl et al. v. Commission, (1981) 3 CMLR 134, (1980) ECR 3250.

<sup>816</sup> ibid not 85,86.

<sup>817</sup> DERINGER, 11.

<sup>818</sup> GLEISS-HIRSCH, 51.

<sup>819</sup> BELLAMY - CHILD, 39.

<sup>820</sup> GLEISS-HIRSCH, 51.

<sup>821</sup> WHISH, 169.

güvenirliliği de zedeler. Kaldı ki, Deringer<sup>822</sup> ve Gleiss/Hirsch'in<sup>823</sup>, bağlayıcılık unsurundan yoksun olmaya ilişkin görüşleri de tamamen doğru değildir.

## ARA SONUÇ

Rekabetin yatay kısıtlanması, aynı seviyede faaliyet gösteren birden fazla teşebbüsün faaliyeti olarak ortaya çıkar. Amerikan Hukukunda, Shearman Kanununun 2. maddesinde ve Avrupa Topluluğunda Roma Andlaşmasının 86. maddesinde düzenlenen, tekel ve egemen güç olmaya yönelik faaliyetlerden farklı olarak, rekabetin yatay kısıtlanması için birden fazla teşebbüsün ortak faaliyeti gereklidir.

Rekabetin yatay kısıtlanması, teşebbüsler arasındaki anlaşmalar ve bu teşebbüslerin kurdukları birlikler aracılığı ile olabileceği gibi, sadece fiili bir duruma ilişkin eylemlerle de olabilir. Gerek Amerikan ve gerekse Avrupa Topluluğu Hukuklarında, Rekabet Hukukunu ihlal edebilecek durumlar, bir süreklilik olacak şekilde sayılma yoluna gidilmiştir.

Rekabet Hukuku kapsamına giren anlaşmalar, iki genel başlık altında yer alır. Bunlar, rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan anlaşmalar ve rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalardır. İlk grup anlaşmalar içine, kartel anlaşmaları, patent-lisans sözleşmeleri ve ortak girişim anlaşmaları girer. Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar ise, rekabeti kısıtlayan anlaşmanın geçerli olduğu piyasa koşullarının sonucudur. Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmaları çok çeşitli olmaları sebebi ve olayın özelliklerine göre belirlenecek olması sebebi ile sistematik bir ayırımı tabi tutmak mümkün değildir.

Rekabetin yatay kısıtlanması, teşebbüsler arasındaki benzer davranışlar sonucu da gerçekleşebilir ve bunlar da Rekabet Hukuku kapsamına girerler. Rekabetin, teşebbüsler arasındaki işbirliği ya da uyumlu eylem ile kısıtlanması olarak nitelendirilen bu durum, oligopol piyasasında, fiyatın belirlenmesine ilişkin fiyat teorileri ile yakından ilgilidir. Bilinçli paralellik durumlarında uyumlu eylemin varlığına karine olarak kabul edilmeğe başlanması ile birlikte, uyumlu eylem ya da işbirliği ile rekabetin kısıtlanması sorunu, daha da önem kazanmıştır.

Rekabet Hukuku kurallarının konu bakımından kapsamının düzenlenmesinde Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarına görülen en önemli fark, rekabetin teşebbüs birlikleri kararları ile kısıtlanması durumunun Roma Andlaşmasının 85. maddesinde düzenlenmiş olmasıdır. Amerikan Hukukunda ise, bu yolla gerçekleştirilen bir kısıtlama, işbirliği çerçevesinde ele alınmış olmasıdır.

---

<sup>822</sup> DERINGER, 11.

<sup>823</sup> GLEISS-HIRSCH, 51.

## İkinci Ayırım

### REKABET HUKUKUNU DÜZENLEYEN KURALLARIN YATAY REKABET YÖNÜNDEN UYGULANMA ŞARTLARI

#### I. GENEL OLARAK

Rekabet Hukukunun teşebbüsler arasındaki anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birlikleri kararlarına<sup>1</sup> uygulanabilmesi, bunların rekabet düzenini etkileyecek veya etkileyebilecek nitelikte olmalarına bağlıdır. Ticari hayatta faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalar çok değişik konularda olabilir. Bunlardan sadece rekabeti etkileyecek nitelikte olanlar Rekabet Hukukunun kapsamına girer. Aksi takdirde, yani rekabeti etkilemek koşulu dikkate alınmaksızın yapılacak bir uygulama, rekabet ile ilgili olmayan anlaşmaların da Rekabet Hukuku kurallarına tabi olması, *reductio ad absurdum* olacaktır<sup>2</sup>.

Herhangi bir anlaşmanın, Rekabet Hukuku kurallarını ihlalinden söz edebilmek için, herşeyden önce bu anlaşmanın ticareti rekabeti kısıtlamak, ortadan kaldırmak ya da bozmak yolu ile etkilediğinin belirlenmesi gerekmektedir<sup>3</sup>. Bunun için de, önce teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasa belirlenmeli, sonra da anlaşmanın bu piyasadaki rekabeti nasıl etkilemiş olduğu tesbit edilmelidir<sup>4</sup>.

Ticari hayatta faaliyet gösteren firmalar arasında yapılan anlaşmalar çok değişik türdendir. Bunlar, konuları bakımından rekabetle ilgili olmayan ve rekabeti etkileyen anlaşmalar şeklinde ikiye ayrılabilir. Rekabet ile ilgili olmayan anlaşmalar, Rekabet Hukukunun uygulama alanı dışında kalır.

Shearman Kanununun 1. maddesinde olduğu gibi Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında, rekabeti etkileyen anlaşmaların hukuka aykırı

---

<sup>1</sup> Bu bölümde sözleşme, uyumlu eylem veya birlik kararlarını belirtmek üzere sadece anlaşma sözcüğü kullanılacaktır.

<sup>2</sup> NEALE-GOYDER, The Antitrust Laws of the U.S.A., Cambridge, 1982, 25.

<sup>3</sup> GLEISS-HIRSCH, Common Market Cartel Law, Washington D.C., 1978, 3rd edition, 58; WISH, Competition Law, London, 1985, 175-177.

<sup>4</sup> WISH, 176.

olduğu belirtilerek, rakip firmalar arasında da olsa rekabet ile ilgili olmayan anlaşmalar Rekabet Hukuku kapsamı dışında tutulmuştur.

Rekabet ile ilgili anlaşmalar da, rekabet ortamını doğrudan etkilemeye yönelik anlaşmalar ve rekabetin etkilenmesi sonucunu doğuran anlaşmalar şeklinde iki alt gruba ayrılabilir. Rekabeti ikinci dereceden etkileyen anlaşmalar, rekabeti doğrudan etkileyen anlaşmalar ile rekabet ile ilgili olmayan anlaşmalar arasında bir ara grubu oluşturur. Rekabeti ikinci dereceden etkileyen anlaşmalar, içerik bakımından ise rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan anlaşmalara benzer<sup>5</sup>. Ekonomideki konjonktürel değişmelerin ve piyasa şartlarının etkisiyle, rekabet ile ilgili gibi gözükmeyen anlaşmaların da, rekabeti etkilemesine sık rastlanır<sup>6</sup>. Ancak, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri ilgili piyasaların tayini ve ticaretin etkilendiğinin tesbiti, her zaman Rekabet Hukuku kurallarının ihlali anlamına gelmez. Rekabeti etkilemek amacı taşımamasına rağmen, piyasa koşullarının da katkısı ile böyle bir sonucun ortaya çıkılabileceğini ilk kez farkedenden Hakim Taft, Addyston Pipe and Steel Co. kararında<sup>7</sup> bu durumu, rekabeti doğrudan etkilemek ve rekabeti ikinci dereceden etkilemek şeklinde nitelendirmiştir. Taft, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmaların olumlu ve olumsuz yönlerinin birlikte dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir<sup>8</sup>.

Rekabeti ikinci dereceden etkileyen anlaşmalar açısından ortaya çıkan olumlu ve olumsuz yönlerin dengelenmesi prensibi, zamanla Rekabet Hukuku uygulamasında genel kural niteliğini kazanmıştır<sup>9</sup>.

## **II. UYGULANMA ŞARTLARI**

### **A. Rekabetin Etkilenmesi**

#### **1. Genel Olarak**

Rekabetin kısıtlanması, Rekabet Hukukunun temel sorunlarından biridir. Bir anlaşmanın ticareti kısıtladığından ya da Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiğinden söz edildiğinde söylenmek istenen, anlaşmanın piyasa şartlarını

---

<sup>5</sup> FORRESTER- NORALL, The Laicization of Community Law: Self-Help and Rule of Reason, How Competition Law and Could Be Applied, CMLRev. 19-20 (1980); AGNEW, Competition Law, London, 1985, 145.

<sup>6</sup> Appalichian Coals, Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933).

<sup>7</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

<sup>8</sup> ibid 285.

<sup>9</sup> AREEDA, Antitrust Law, c.VII. Boston, 1986, 346, 347; OPPENHEIM, Cases on Federal Antitrust Laws, St. Paul, 1948, 47.

değiştirerek rekabet ortamını etkilediğidir. Rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik anlaşmalar ile rekabetin ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar arasında, bu açıdan hiç bir fark yoktur<sup>10</sup>. Ancak, belirtmek gerekir ki, teorik olarak rekabetin kısıtlanmış olduğu durumların belirlenmesi, Rekabet Hukukunun sadece bir yönüdür. Hayat tecrübeleri ile teorik bulgular arasında dengenin kurulması, çıkan olayları gerçeğe en yakın ve doğru şekilde değerlendirilmesini temin Rekabet Hukuku uygulamasının diğer bir yönüdür.

Rekabetin etkilenmesi iki farklı olgudan önem kazanır. Bunlardan ilki, etkilenmenin niteliğine<sup>11</sup>, ikinci ise, etkilenmenin farkedilebilir olmasına ilişkindir. Avrupa Topluluğu Hukukunda, Adalet Divanı, ticaretin farkedilebilir derecede etkilenmesi ile ilgili olarak de *minimis non curat lex* ilkesinin<sup>12</sup> Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda da gözönüne alınacağını belirterek<sup>13</sup>, ticaretin etkilenmesi sorununa yeni bir boyut kazandırmıştır.

Ticaretin etkilenmesinin tesbiti ile doğrudan bağlantılı bir konu da, rekabetin oluştuğu piyasanın belirlenmesidir. Ticaretin etkilendiğinden söz edildiği zaman, kastedilen belirli bir piyasadaki rekabettir<sup>14</sup>. Bu da, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasanın belirlenmesini gerekli hale getirir.

Shearman Kanununun 1. maddesi ve Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı ticareti etkileyen anlaşmaların hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Roma Andlaşmasında bununla da yetinilmemiş, ticaretin engellenmesinin, rekabeti engellemek, kısıtlamak veya bozmak şeklinde de olabileceği belirtilmiştir. Amerikan Hukukunda "ticareti kısıtlamak" ile rekabetin kısıtlanmasının kastedildiği hususunda görüş birliği vardır<sup>15</sup>. Rekabetin kısıtlanması ile kastedilen de, serbest rekabet sisteminin korunması, bunun devamının sağlanmasıdır. 85. maddenin 1. paragrafında, yer alan "rekabeti bozucu" sözcükleri bunun açık ifadesidir.

Ticari hayatın düzenlenmesinde, rekabetin oynadığı etkin rol, ticaret ile rekabet kavramlarının birbirlerini tamamlar şekilde gelişmelerine sebep olmuştur<sup>16</sup>. Bundan dolayı, rekabet ekonomik hayatın makro seviyede düzenlenmesi

<sup>10</sup> CUNNINGHAM, The Competition Law of the E.E.C., Deventer, 1973, 51.

<sup>11</sup> CABBELL, Restrictive Trading Agreements in the Common Market, London, 1964, 14.

<sup>12</sup> Bakınız sayfa 193.

<sup>13</sup> Case 5/69, Franz Völk v. Etablissement J. Vervaecke, (1969) ECR 295.

<sup>14</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, Le Droit de la Concurrence des Communautés Européennes, Paris, 1972, 27; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, Boston, 1978, 499,500.

<sup>15</sup> Bu konudaki tek farklı görüş, Northern Securities davasındaki muhalefet şerhinin yazarı Hakim Holmes' a aittir. Northern Securities Co. v. United States, 193 US. 197, 24 S.Ct. 436 (1904).

<sup>16</sup> NEALE-GOYDER, 22,23; BELLAMY-CHILD, Common Market Law of Competition, London, 1978, 46.

kadar teşebbüsleri birbirlerinin haksız eylemlerinden korumak görevini de üstlenmiştir.

Rekabetin kısıtlaması, teşebbüslerin anlaşarak fiyatın rekabet piyasası kurallarından farklı şekilde oluşmasını temin için, ticari hayatta faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin bağımsız ve rasyonel karar almalarını engellemesi olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>. Rekabetin bozulması ve rekabetin engellenmesi ile rekabetin kısıtlanması arasında sadece nicelik farkı vardır<sup>18</sup>. Kanunkoyucu, engelleme, bozma ve kısıtlama sözcüklerini birlikte kullanarak rekabetin her türlü etkiden uzak tutulmasını amaçlamıştır.

Rekabetin ya da daha genel anlamda ticaretin etkilenmesi olgusunun, Rekabet Hukukunun uygulanma alanını belirlemedeki önemi, gerek Amerikan ve gerekse Avrupa Topluluğu Hukuklarında çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Roma Andlaşmasının çeşitli lisanlarda kaleme alınmış olması da, tartışmalara değişik bir boyut kazandırmıştır. Toplumsal ve iktisadi yaşama katkısı sebebi ile Rekabet Hukukunun, ulusal kültürün bir parçası haline geldiği Amerika Birleşik Devletlerinde<sup>19</sup> rekabetin kısıtlanması olgusu, case law metodunun dinamizmi içinde gelişirken Avrupa Topluluğu Hukuku da, kendisinden 70 yıllık daha fazla geçmişi olan amerikan tecrübesinden önemli ölçüde yararlanmıştı. Amerikan Hukukundaki tarihsel gelişmeyi incelemeyen önce, Roma Andlaşmasının farklı dillerde kaleme alınmasından kaynaklanan tartışmaları değinmekte ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen piyasanın belirlenmesinde yarar vardır.

## **2. Roma Antlaşmasının 85. Maddesine Göre Etkilemek Kavramı**

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı, ticareti etkileyen anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarının hukuka aykırı olduğunu açıkça belirtmiştir. Ancak, Andlaşmanın kaleme alındığı resmi dillerde etkilemek kavramı için kullanılan sözcüklerin kullanıldıkları dillerde, farklı anlamlar taşıması etkilemek kavramının içeriğinde değişik görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> DERINGER, The Competition Law of the European Economic Community, Chicago, 1968, 15; AGNEW, 5.

<sup>18</sup> GLEISS-HIRSCH, 60; DERINGER, 13-14.

<sup>19</sup> FORTAS, The Antitrust Law of the United States, NEALE-GOYDER, iii.

<sup>20</sup> STEIN-HAY- WAELBROECK, European Community Law and Institutions in Perspective, New York, 1976, 773; CHERRY, The Substantive Rules of Antitrust in the Common Market: Analysis and Approach, 17 Stanford Law Review 265 (1965).

Andlaşmanın Fransızca metninde "affecter" sözcüğüne yer verilmesine karşılık, Almanca metinde "beinträchtigen", Hollandaca metinde "ongunstig ... beinvloeden" ve İtalyanca metinde "preguidicare" kelimeleri kullanılmış olması, 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına girecek anlaşmaların belirlenmesinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Herbir dilde kullanılan sözcükler genel olarak, birşey üzerinde etki yapmağı içermekle beraber, kullanıldıkları dillerde farklı nüanslara sahiptirler<sup>21</sup>. Fransızca metinde kullanılan "affecter" sözcüğü, olumlu veya olumsuz ayırımı yapmaksızın etkilemek anlamına gelmektedir. İtalyancada kullanılan "preguidicare" daha çok olumsuz etkileme durumlarını ifade etmektedir. Almanca ve Hollandaca metinlerde kullanılan sözcüklerde ise olumsuz yön daha ağır basmaktadır<sup>22</sup>. Herhangi bir anlaşmanın 85. maddenin kapsamına girmesi için, ticareti etkilemesinin yeterli olup olmadığı, Roma Andlaşmasının kaleme alındığı 4 ayrı resmi dildeki metne göre, farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>23</sup>. Metinler arasındaki farklılık, ilk kez Bosch davasında<sup>24</sup>, Başsavcı Lagrange tarafından ele alınmıştır. Lagrange'a göre, metinler arasındaki farklılığın ortaya çıkardığı belirsizlik ve etkilemek sözcüğüne verilecek anlam, Roma Andlaşmasının amaç ve ruhuna göre çözümlenmelidir. Roma Andlaşmasının amacı, topluluğa üye devletler arasındaki ticareti her türlü müdahalelerden korumaktır. Ticaretin normal ve doğal seyri içinde gelişmesini sağlamayı amaçlamış olması sebebiyle, etkilemenin olumsuz ya da olumlu olup olmadığıın araştırılması gereksizdir<sup>25</sup>.

Ticareti etkilemiş olmanın, 85. maddenin uygulanması için yeterli kabul edildiği çözüm tarzına göre, anlaşmanın ticareti nasıl etkilemiş olduğu araştırılmayacaktır. Buna karşılık, etkilemek sözcüğünün Roma Andlaşmasının ruhuna ve özüne göre yorumlanmasına karşı çıkanlar, Roma Andlaşmasının kaleme alındığı bazı dillerde, etkilemek sözcüğünün olumsuz bir anlamı olduğunu ileri sürerek, bu sözcük ile sadece olumsuz etkinin söz konusu olduğu durumların kastedilmiş olduğunu savunmaktadırlar<sup>26</sup>.

Etkilemek sözcüğü ile olumsuz bir halin öngörüldüğü ve Fransızcada kullanılan "affecter" kelimesinin böyle bir anlama sahip olmamasının yarattığı çelişkinin görünüşte olduğu ileri sürülmüştür<sup>27</sup>. Taraflar arasındaki anlaşma,

<sup>21</sup> STEIN-HAY- WAELBROECK, ibid; DERINGER, 22.

<sup>22</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, Le Droit de la Communauté Economique Européenne, Bruxelles, 1972, c.IV, 34; STEIN-HAY- WAELBROECK, 773-774; DERINGER, ibid.

<sup>23</sup> DERINGER, ibid; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 34.

<sup>24</sup> Case 13/61, Robert Bosch GmbH et al. v. Kleding-Verkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd, (1962) 1 CMLR 1.

<sup>25</sup> Case 13/61, Robert Bosch GmbH et al. v. Kleding-Verkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd, (1962) 1 CMLR 23-24

<sup>26</sup> GLEISS-HIRSCH, 65.

<sup>27</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 34.



uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarının ticareti geliştirici yönde etkilemesi halinde, Rekabet Hukuku kaidelerinin ihlal edilmediği savunulmuştur<sup>28</sup>.

Ticaret hacminde artışın, piyasaya arz edilen malların vasıflarında gelişmenin, ticareti olumlu etkileme olduğu ve anlaşmaların olumlu etkilerinin de gözönüne alınması gerektiği ifade edilerek, her bir anlaşmanın, geçerli olacağı ticari ve ekonomik koşullar içinde değerlendirilerek, rekabeti hangi yönde etkilediğinin tesbit edilmesinin, 85. maddenin 1. paragrafının uygulanması için gerekli olduğu ileri sürülmüştür<sup>29</sup>.

Belçikalı hukukçu Joliet'ye göre, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerin yasaklanmasının nedeni, rekabetin ticari yaşamı düzenlemekte en başarılı yöntem olarak kabul edilmesidir. Joliet, ticari faaliyetlerin, şekilci yaklaşımla düzenlenmesinin, iktisadi hayatın karmaşık yapısını bozacağını, böylece rekabet piyasasının gelişmesine engel olacağını ileri sürerek, her bir olayda piyasa koşullarının ticareti nasıl etkilediğinin belirlenmesinin 85. maddenin 1. paragrafı açısından mutlak bir kural olduğunu iddia etmektedir<sup>30</sup>. Joliet'ye göre, ticari hayatı yakından ilgilendiren Rekabet Hukuku, piyasa ve ekonomik gerçeklerden soyutlanamaz<sup>31</sup>. Ticareti olumlu etkileyen anlaşmaların 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına alınmasına karşı çıkanlar, Rekabet Hukuku ile ticari hayatın bütünleştiğini ve ticareti olumlu yönde etkileyen bir anlaşmanın Rekabet Hukuku kapsamı dışında tutulması gerektiğini savunmaktadırlar. Bazı yazarlar da aynı gerekçe ile, Roma Andlaşmasının 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına girdiği iddia edilen bütün anlaşmaların Amerikan Hukukunda mahkeme kararları ile geliştirilen ve olumlu yönlerin de gözönüne alınması ilkesine dayanan *rule of reason* yargısal doktrinine<sup>32</sup> göre değerlendirilmesini önererek, ticareti olumlu etkilemenin, kapsam dışında tutulması sonucunu verecek bir yol izlenmesinin gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>33</sup>.

Etkilemek sözcüğünü olumsuz bir içerik ile sınırlamak isteyenler de, aynen olumsuz bir anlam verilmesini savunanlar gibi, bunun Roma Andlaşması ile hedeflenen amaca daha uygun olacağını ileri sürmektedirler<sup>34</sup>. Üye devletlerin tümünü kapsayacak bir piyasa yaratılarak, ekonomik hayatın ahenkli

<sup>28</sup> KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, Introduction to the Law of European Communities, London, 1973, 254.

<sup>29</sup> ALEXANDER, The EEC Rules of Competition, Deventer, 1973,9.

<sup>30</sup> JOLIET, La Commission et la Cooperation Entre Entreprises, Cahiers de Droit Européen, c.5, 1969, 133.

<sup>31</sup> ibid. 133-134.

<sup>32</sup> Kuralın gerekçelerine göre uygulanması, Bakınız sayfa 217.

<sup>33</sup> FORRESTER- NORALL, 11; JOLIET, La Commission et la Cooperation Entre Entreprises, 133. STEINDORFF, Article 85 and the Rule of Reason, (1984) CMLRev.

<sup>34</sup> WISH, 183-184; BELLAMY-CHILD, 47.

bir şekilde gelişmesini temin, Roma Andlaşmasının ana hedeflerinden biridir<sup>35</sup>. Bunu gerçekleştirmek amacıyla da, Topluluk içinde mal<sup>36</sup>, insan ve sermaye dolaşımının<sup>37</sup> hiç bir kısıtlamaya tabi olmaması öngörülmüştür. 85. maddede ifade edilen etkilemek sözcüğüne verilecek anlamın da, Roma Andlaşmasının genel amaç ve ilkelerine uygun olması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>38</sup>.

Kanımızca, etkilemek olumlu ya da olumsuz bir duruma ilişkindir. Ticareti olumsuz etkileyen anlaşmaların 85. madde kapsamına girdiğinde şüphe yoktur. Ticareti olumlu etkileyen anlaşmaların 85. madde kapsamına girip girmeyeceği, Roma Andlaşmasının 2. maddesinde belirlenen amaçlara göre değerlendirilmelidir. 2. maddede, ekonomik hayatın geliştirilmesi ve üye devletler arasına ortak bir piyasanın kurulması hedeflenmiştir. Joliet'nin de belirttiği gibi, Rekabet Hukukuna şekilci bir yaklaşım, hem ekonomik gerçeklerle bağdaşmayacak, hem de 2. maddedeki bu amaca da ters düşecektir<sup>39</sup>. Ancak, sorun, belirttiğimiz gibi olumlu etkileme olarak nitelendirilebilecek durumların, Rekabet Hukuku kapsamına girip girmeyeceğidir. Yoksa iddia edildiği gibi, etkileme sözcüğüne olumlu ya da olumsuz bir anlam kazandırmaya çalışılması, ekonomik gerçeklerin hiç gözönüne alınmaması anlamına gelmez<sup>40</sup>. Herhangibir anlaşmanın ticareti etkilemesini, 85. maddenin uygulanması için yeterli sayan görüş de, ekonomi bilimi açısından savunabilir bir görüştür. Ekonomik hayat bir bütün olarak ele alındığında, ticareti olumlu veya olumsuz etkileme olarak gözlenecek bütün durumların piyasa dengesinin bozulmasına yol açacağı muhakkaktır<sup>41</sup>.

Buna karşılık, 85. maddenin 1. paragrafındaki, amacı ticareti etkilemek ve rekabeti kısıtlamak, önlemek veya bozmak olan veya bu sonucu verecek anlaşmaların hukuka aykırı olduğunun belirtilmiş olmasının ve bazı davranışlarında örnek olarak sayılmış olmasını, etkilemek ile olumsuz bir durumun öngörüldüğüne dair kanıt olarak ileri sürülebilir. Ayrıca kanunkoyucunun, olumlu etkilemeyi de kastedmiş olsa idi, bu durumları saymaya gerek görmeyeceği de iddia edilebilir.

Ancak, bu görüşün tamamen aksi bir düşünce de, aynı paragrafta dayanılarak savunulabilir. Örneğin, anlaşmanın rekabeti kısıtlaması, engellemesi

---

<sup>35</sup> Roma Andlaşması madde 2.

<sup>36</sup> Roma Andlaşması madde 3(a), 3(b).

<sup>37</sup> Roma Andlaşması madde 3(c).

<sup>38</sup> Case 13/61, Robert Bosch GmbH et al. v. Kleding-Verkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd, (1962) 1 CMLR 23.

<sup>39</sup> JOLIET, La Commission et la Cooperation Entre Entreprises, 134.

<sup>40</sup> BELLAMY-CHILD, 49.

<sup>41</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) E.C.R. 249.

veya bozması durumunda, ticaretin ne şekilde etkilendiğinin araştırılmasına gerek olmadığı, çünkü bu anlaşmanın, ticareti olumsuz yönde etkilediğinin herkesce kabul edildiği, anlaşmanın ticarete olan etkisinin ne yönde olduğunun araştırılmasına ve 85. maddenin 1. paragrafındaki düzenlemenin ticareti olumlu ya da olumsuz etkilemek ile beraber, rekabetin kısıtlama, engelleme ya da bozma gibi bir özelliği olmayan yani rekabet ile ilgili olmayan anlaşmaların Rekabet Hukuku kurallarının uygulaması dışında kaldığını belirtmek fonksiyonu gördüğü iddia edilebilir.

Kanımızca, ticarete etkinin niteliğinin araştırılması konusunda ortaya atılan görüşler arasında, Başsavcı Lagrange'ın Bosch davasındaki görüşü<sup>42</sup>, Roma Andlaşmasının ruhuna ve amacına daha uygun düştüğü gibi, ekonomi bilimi teorileri bakımından da, daha tutarlıdır. Herhangi bir anlaşmanın rekabeti kısıtlaması, engellemesi ya da bozması halinde, bunun ticareti olumlu etkilemeyeceği açıktır. Kanımızca, artık ticaretin nasıl etkilendiğinin araştırılmasına gerek yoktur.

Komisyon, Consten-Grundig kararında<sup>43</sup>, rekabetin kısıtlandığının tesbitini ve anlaşma olmasa idi, Avrupa Topluluğu üye devletler arasındaki ticaretin farklı olmasını 85. maddenin 1. paragrafının uygulanabilmesi için yeterli kabul etmiştir. Adalet Divanı da, Soci t  Technique Mini re v. Maschinenbau Ulm kararında, aynı doğrultuda karar verirken, bu durumu şöyle ifade etmiştir.

"... ye devletler arasındaki ticaret şeklini doğrudan ya da dolaylı etkileyecek anlaşmaların ..."<sup>44</sup>.

Burada dikkati çeken husus, Adalet Divanının sadece  ye devletler arasındaki normal ticaret akışının değiştirilmesinden söz etmesidir. Ekonomik hayatın normal işleyiş şeklini olumlu ya da olumsuz etkileyen bütün anlaşmalar, etkilemek şartını gerçekleştirmiş sayılır<sup>45</sup>.

Adalet Divanı daha sonraki yıllarda verdiği bir diğer kararda da, aynı görüşü tekrarlayarak, "rekabet piyasası yapısını değiştirebilecek" anlaşmalardan söz ederek<sup>46</sup>, aynı görüşü tekrarlamıştır.

<sup>42</sup> Case 13/61, Robert Bosch GmbH et al. v. Kleding-Verkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd, (1962) 1 CMLR 1

<sup>43</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 339.

<sup>44</sup> Case 56/65 Soci t  Technique Mini re v. Maschinenbau Ulm (1966) ECR. 249.

<sup>45</sup> BELLAMY-CHILD, 47.

<sup>46</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Boston, 1981, 39; WHISH, 11.

Kanımızca, Adalet Divanının, ticaretin normal seyrini değiştirmeğe yönelik bütün faaliyetlerin, Rekabet Hukuku kapsamına gireceği şeklindeki görüşünde isabet vardır. Zaten, ekonomi ülke ya da Avrupa Topluluğu seviyesinde ele alındığında, farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Belirli bir piyasadaki rekabeti, olumlu ya da olumsuz etkileyen davranışların, diğer piyasalarda ne tür bir etki yapacağı belli değildir<sup>47</sup>. Ancak, muhakkak olan şudur ki, anlaşma belirli bir piyasada ticareti olumlu etkiliyor olsa da, başka piyasalarda bu, olumsuz bir durum yaratacaktır ki, bu da Roma Andlaşmasının amacına ters düşer<sup>48</sup>.

## B. De Minimis Doktrini

### 1. Genel Olarak

Rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir anlaşmanın Rekabet Hukukunu ihlalin-den söz edebilmek, 85. maddenin 1. paragrafında belirtilen etkilemek şartının yerine getirilmesi koşuluna bağlıdır. Etkilemek sözcüğü ile ifade edilenin nötr veya olumsuz bir etkileme mi olduğu tartışmalarının yanı sıra, Adalet Divanı, bu tartışmalara farklı bir yön verme çabasına girmiş ve sonucunda da *de minimis* yargısal doktrininin doğmasına önayak olmuştur<sup>49</sup>.

*De minimis* yargısal doktrini, bizim iki bakkal örneğimiz ile ilgilidir. Hudut bölgesinde ve farklı ülkelerdeki iki köy bakkalının anlaşarak pirinç satış fiyatını belirlediklerini farz edelim. Bu teorik olarak rekabetin kısıtlanması olmakla beraber, bunun Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı anlamında ticareti etkilemek şartını gerçekteştirdiği tartışmaya açık bir husustur. Tarafların ilgili piyasalarının çok küçük ve piyasa etkinliklerinin yok denecek seviyede olması, bu anlaşmanın Avrupa Topluluğu içindeki ticarete olan etkisini yok denilecek seviyelere indirir<sup>50</sup>. Her ne kadar, teorik olarak anlaşmanın ticareti etkilediği ileri sürülebilirse de, teorik bir kısıtlama ve etkileme üzerine kurulan bir Rekabet Hukukunun, genel amaca ve ticaret hayatı gerçeklerine uygun düşeceği şüphelidir.

Adalet Divanı, Völk v. Vervaecke davasında *de minimis non curat lex* ilkesinin<sup>51</sup> Rekabet Hukukunda da geçerli olduğunu, 85. maddenin 1. paragrafının şartlarını teorik olarak gerekteştiren her anlaşmanın Rekabet Hukuku kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir<sup>52</sup>. Buna göre, rekabeti kısıtlayarak

<sup>47</sup> WISH, 11;

<sup>48</sup> BELLAMY-CHILD, 48.

<sup>49</sup> GIDE-LOYRETTE-NOUEL, 23

<sup>50</sup> NEALE-GOYDER, 25; WISH, 189.

<sup>51</sup> Case 5/69, Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke, (1969) ECR 295.

<sup>52</sup> GLEISS-HIRSCH, 88,89; AGNEW, 144.

ticareti etkileyen bir anlaşmanın 85. maddenin kapsamına girmesi için ticareti önemli ve fark edilebilir seviyede etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekir.

Anlaşmanın rekabeti kısıtlayarak, rekabeti ne ölçüde etkilediği, ekonomik koşullarının değerlendirilmesi ile belirlenecektir. Mahkemelerin, etki derecesini tesbit için yapacakları araştırmanın, etkinin niteliğine ilişkin olandan daha sınırlı olacağını belirtmek de gerekir<sup>53</sup>. 85. maddenin 1. paragrafında, "ticareti etkilemek" ile olumsuz etkinin kastedildiği kabul edildiğinde yapılacak araştırmada, piyasaya ilişkin bütün özel koşullar dikkate alınır da, Adalet Divanı, *de minimis* doktrinini uygularken, anlaşmanın taraflarının sadece piyasa paylarını gözönüne alarak, daha sınırlı bir araştırma ile yetinmiştir<sup>54</sup>.

Völk v. Vervaecke davasında<sup>55</sup>, bir alman çamaşır makinesi üreticisi olan Völk firması, Vervaecke firmasına, Lüksemburg ve Belçika devletleri için, münhasır satıcılık yetkisi vermiştir. Völk ve Vervaecke firmaları yapılan anlaşmaya göre, Völk başka firmaların Belçika ve Lüksemburg'da satış yapmalarına engel olacak, Vervaecke firması da buna karşılık olarak başka marka çamaşır makinesi satmayacaktır. 1963 de, Vervaecke, Völk'den ayda 80 çamaşır makinesi satın almayı taahhüt etmiştir. Taraflar arasındaki anlaşmazlık doğması üzerine, Vervaecke, anlaşmanın 85. maddenin 1.paragrafına göre hükümsüz olduğunu ileri sürmüştür. Çekişmenin doğduğu piyasaya ilişkin şartlar incelendiğinde, Völk'ün 1963 yılında 2361, 1966 yılında ise 866 adet çamaşır makinesi ürettiği görülür. Batı Almanya'da ilgili yıllarda yüzde 0.2 ve 0.5 lik üretim payına sahiptir. Gerek Völk'ün, gerekse Vervaecke'nin çamaşır makinesi üretim ve satış piyasalarındaki payları çok küçüktür. Adalet Divanına göre, bir anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına girmesi için, Avrupa Topluluğu ile hedeflenen gayeye, yani topluluk içinde ortak bir piyasanın oluşması amacının gerçekleşmesini, ticareti etkileyerek, engellemesi gerekir. Bu da, tarafların piyasada etkin olmalarına bağlıdır. Tarafların piyasada iktisaden zayıf durumda olmaları, bunlar arasında bir anlaşmanın, ülkelerarası ticareti farkedilir derecede etkilemesini önlemektedir<sup>56</sup>.

Adalet Divanının ilk kez Völk v. Vervaecke kararında uyguladığı *de minimis* doktrini, rekabeti önemli ölçüde etkilemeyen anlaşmaların 85. madde kapsamı dışında kalmasını sağlamıştır<sup>57</sup>. Bu doktrinin uygulanmasında karşılaşılan engellere geçmeden önce, kabulünde etkili olan etkenlere değinmekte yarar vardır.

<sup>53</sup> WISH, 189.

<sup>54</sup> BELLAMY-CHILD, 57.

<sup>55</sup> Case 5/69, Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke, (1969) ECR 295.

<sup>56</sup> Case 5/69, Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke, (1969) ECR 302.

<sup>57</sup> WISH, 188-189; BELLAMY-CHILD, 57.

*De minimis* yargısal doktrininin kabulünde, piyasayı etkilemek gücünden yoksun teşebbüslerin anlaşmalar ile rekabeti kısıtlayamayacağı görüşünün<sup>58</sup> önemli katkısı olmuştur. Teşebbüslerin anlaşarak rekabeti kısıtlayabilmeleri için, piyasa şartlarının buna uygun olması<sup>59</sup> ve özellikle de, anlaşmanın taraflarının piyasayı etkilemek gücüne sahip olmalarının gerektiği ileri sürülmüştür<sup>60</sup>. Piyasa payları ve etkinlikleri düşük teşebbüsler arasındaki anlaşmalar ile rekabetin kısıtlanması mümkün görülmemektedir. Rekabet piyasasında olduğu gibi oligopol piyasasında da, anlaşmanın başarıya ulaşması, tarafların piyasa payları ile doğrudan ilgilidir. Rekabet piyasasındaki alıcı ve satıcıların çokluğu ve bunlardan hiçbirisinin piyasa fiyatını ve toplam arzı etkileyemeyecek olması şartı da bunun değişik bir ifadesidir.

Adalet Divanının, 85. maddenin uygulanabilmesi için öngördüğü *de minimis* ilkesi, fiyat teorisi ve ekonomi bilimi ile uyumlu olması sebebi ile, Rekabet Hukukunun amaçları ve ekonomik gerçekler arasında bağlantı fonksiyonu görür<sup>61</sup>. Küçük teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, *de minimis* doktrininin kabulü sonucu, Rekabet Hukukunun kapsamı dışında kalırken, küçük teşebbüslerin rekabet gücünü arttırlar. Ancak, bu gibi anlaşmaların Rekabet Hukuku kapsamına alınması verimlilik ve tüketicilerin korunmaları bakımından sakıncalı olabilir. Avrupa Topluluğu Hukukunda, topluluğun bütünleşerek tek bir pazar haline gelmesinde, rekabetin etkin bir araç olarak kabulü<sup>62</sup>, *de minimis* ilkesinin benimsenmesinde önemli rol oynamıştır.

Adalet Divanı, Völk v. Vervaecke kararında, *de minimis* ilkesinin uygulanma yöntemini da belirlemiş ve ticareti etkilemek ile teşebbüslerin piyasa payları arasında bir bağ bulunduğunu belirtmiştir. Böylece, rekabeti kısıtlamak gücüne sahip olmayan küçük teşebbüsler arasındaki anlaşmalar 85. maddenin 1. paragrafı kapsamı dışında kalmıştır<sup>63</sup>. Bundan çıkan sonuç, rekabeti kısıtlamayı amaçlayan anlaşmaların da *de minimis* yargısal doktrininden yararlanabileceği şeklindedir<sup>64</sup>.

Adalet Divanının kabul ettiği *de minimis* doktrinine göre, bir anlaşmanın Rekabet Hukuku kapsamı dışında kalması ticarete olan etkisinin farkedilemez seviyede olması durumunda söz konusu olabilir. Etkilemenin farkedilecek

---

<sup>58</sup> JACQUEMIN, The Criterion of Economic Performance in the Anti-trust Policies of the United States and the European Economic Community, 7 CMLRev. 223 (1970).

<sup>59</sup> POSNER, Antitrust Law, An Economic Perspective, Chicago, 1976, 55.

<sup>60</sup> ibid 71-77.

<sup>61</sup> GRENDALL, The Antitrust Legislation of the United States, the European Economic Community, Germany and Japan, 29 International and Comparative Law Quarterly 74 (1980).

<sup>62</sup> Case 5/69, Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke, (1969) ECR 295.

<sup>63</sup> WISH, 190.

<sup>64</sup> GLEISS-HIRSCH, 91.

derecede olması kriteri, 85. maddenin uygulanmasında önemlidir. Ancak farkedilebilme nasıl ve neye göre tesbit edilecektir? Bu ortaya bir sorun olarak çıkmaktadır.

Bu sorun Consten-Grundig kararında, etkininin olumlu veya olumsuz olmasının farkedilebilirlik bakımından önemli olmadığı ve ticaretin olumlu etkilenmiş olmasının farkedilebilirliği ortadan kaldırmıyacağı görüşü<sup>65</sup> ile daha karmaşık bir görünüm kazanmıştır. Farkedilebilirliğin tesbiti için değişik kriterler ileri sürülmüştür. Völk kararına göre, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma, o olaya ilişkin özel piyasa şartları içinde değerlendirilecektir. Komisyon da, teşebbüslere yol göstermek açısından 1970 tarihinde yayınladığı Önemli Anlaşmalara İlişkin Duyuru (Announcement on Minor Agreements)<sup>66</sup> ile bazı objektif kısıtlar getirmiştir. Komisyonun 1970 tarihli duyurusu mahkemeleri bağlayıcı olmamakla beraber<sup>67</sup>, genel hukuk politikasını belirleme bakımından önemlidir. Etkinin hangi durumlarda fark edilebilir olduğu veya hangi anlaşmaların ticareti farkedilebilir şekilde etkileyebileceği konusunda çeşitli görüşler vardır. Bu konudaki görüşler iki genel başlık altında toplanabilir.

## 2. Farkedilebilirliğin Belirlenmesinde Subjektif Görüş

Taraflar arasındaki anlaşmaların ticareti etkileme oranının her olaya göre değişeceği görüşü Adalet Divanının çeşitli kararlarına esas teşkil etmiştir<sup>68</sup>.

Etkilemenin derecesini tesbitte uygulanan kriterlerden ilki Maschinenbau Ulm davasında<sup>69</sup> ortaya atılmıştır. Adalet Divanı, anlaşmanın gerçek piyasa koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, anlaşmanın olmadığı bir durumda rekabetin ne şekilde olacağını araştırılması gerektiğini de belirtmiştir<sup>70</sup>. Yani ticaretin ne derece etkinlendiği, anlaşmanın hic bulunmadığı varsayımında olabilecek durum ile mevcut durum mukayese edilerek tesbit edilecektir. Mevcut anlaşma yok farzedilerek piyasaya ilişkin tahminlerde bulunma oldukça zordur. Kanımızca, ticaret üzerindeki etkinin

<sup>65</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 339.

<sup>66</sup> Paragraph 1 of the Treaty Establishing European Economic Community, (1970) JO. C64/1. (Announcement on Minor Agreements).

<sup>67</sup> GLEISS-HIRSCH, 91; KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, London, 1986, 29.

<sup>68</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) ECR. 235; Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 295; Case 19/77, Miller International- Schnellplatten GmbH v. Commission, (1978) ECR 131.

<sup>69</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) ECR. 235, 248.

<sup>70</sup> AEG v. Riechermann (1972) OJ L 143/39,41.

tesbitinde, karşılaşılan bu engel, anlaşma öncesi ve sonrası piyasa yapısının, fiyat ve üretim miktarlarının karşılaştırılmasıyla kolaylıkla aşılabılır.

Adalet Divanının anlaşmanın ticarete etkisini tesbitte uyguladığı ikinci kriter ise tarafların piyasa payları ile beraber söz konusu anlaşmaların etkili olacağı piyasanın özelliklerinin değerlendirilmesidir. Piyasada nakliye gideri<sup>71</sup> gibi herkes için geçerli olan giderlerin çok yüksek olması, taraflararası anlaşmaların ticaret üzerindeki etkisini kaldırabilir<sup>72</sup>. Adalet Divanı, Şeker Karteli davasında, Hollanda şeker piyasasının büyüklüğü ile karteğe üye teşebbüslerin uyumlu eylem çerçevesinde yaptıkları satışları mukayese etmiş ve Hollanda şeker piyasasındaki ticaretin önemli ölçüde etkilendiğine karar vermiştir<sup>73</sup>.

Ticaretin farkedilebilecek derecede etkilenip etkilenmediğini tesbitte piyasa koşullarının da değerlendirilmesi en sağlıklı yöntem olmakla beraber bunun yarattığı olumsuz yönler de vardır<sup>74</sup>. Ticaretin farkedilebilir derecede etkilenmenin tesbiti her olayın özel koşullarına bağlı kılındığı takdirde, teşebbüslerin önceden davranışlarını hukuka uygun olacak şekilde düzenleme imkanları azalır<sup>75</sup>. Çünkü neyin hukuka uygun ya da aykırı olduğu, her bir olayın özelliklerine göre değişir ve piyasaya ilişkin bütün şartların da taraflarca bilindiğini farzetmek mümkün değildir. Komisyon, 1970 tarihli Önemli Anlaşmalara İlişkin Duyuru<sup>76</sup> ile bu soruna belirli bir açıklık getirmek için bazı objektif kısıtlamalar getirmiştir<sup>77</sup>.

### 3. Farkedilebilirliğin Belirlenmesinde Objektif Görüş

Bir anlaşmanın ticareti farkedilebilir derecede etkilediğinin tesbitinde önerilen her bir olaya özgü koşulların incelenmesi yöntemi, sonucun önceden belirlenebilir kriterler getirmemesi ve *de minimis* ilkesinin kabulünde etkili olan usul ekonomisi ile çatışması sebebi ile yaygın bir kabul görmemiştir. Farkedilebilirliğin belirlenmesini, objektif kriterlere dayandırma faaliyetlerine ilk kez Adalet Divanının, Völk v. Vervaecke kararında<sup>78</sup> rastlanır. Bu kararda Adalet Divanı, anlaşmanın ticareti farkedilebilir ölçüde kısıtlamasında, tarafların piyasa paylarının etkili olduğunu belirtirken, objektif bir kriter getirme yolunda

---

<sup>71</sup> Re Belgium Industrial Timber Agreements, (1976) I CMLR D11.

<sup>72</sup> WISH, 186.

<sup>73</sup> Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1663.

<sup>74</sup> ALEXANDRE, 12.

<sup>75</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 19; KORAH, Introduction, 29.

<sup>76</sup> Announcement on Minor Agreements, (1970) JO C64/1.

<sup>77</sup> GLEISS-HIRSCH, 90.

<sup>78</sup> Case 5/69, Franz Völk v. Etablissements J. Verveacke, (1969) ECR 295.



ilk adımları atmıştır<sup>79</sup>. Komisyon'un 1970 tarihli Önemli Anlaşmalara İlişkin Duyurusu da bu konudaki önemli bir gelişmeyi gösterir<sup>80</sup>.

1970 tarihli duyurunun I. bölümünün 1. paragrafında, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler arasındaki yardımlaşmaların ekonomik yararlarından söz edilmekte ve küçük ve orta büyüklükteki teşebbüsler arasındaki anlaşmaların, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1.paragrafına göre değerlendirilmesinde, yardımlaşmanın ekonomik yararlarının da dikkate alınacağı bildirilmektedir<sup>81</sup>.

Duyurunun I. bölümünün 3. paragrafında, Duyurunun amacının, 85. maddenin 1. paragrafında yer alan, "önemli derecede etkilemek" ibaresinin belirginleştirmek ve somut bir içerik kazandırmak olarak belirtilmiştir. Duyurunun II. bölümünde ise, ticaretin olumsuz derecede etkilendiği durumlara ilişkin, kantitatif ölçütler bulunmaktadır<sup>82</sup>. Bunlar,

a) Ortak Pazarın bir kısmında oluşan bir piyasadaki ticaret hacminin etkilenmesinin yüzde beşin altında olmasıdır. Ancak, malın piyasası belirlenirken, tüketici bakımından kullanma, fiyat ve özellikler bakımından, benzer ikame malların da piyasa hacimleri gözönüne alınacaktır.

b) Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin, toplam cirolarının, 15 milyon ECU'yu aşmamış olması gerekir. Ticari teşebbüsler<sup>83</sup> arası anlaşmalarda ise bu miktar 20 milyon ECU'dur.

Duyuru'da teşebbüslerin ciro ve piyasa payına ilişkin özelliklerin birlikte ele alınarak<sup>84</sup>, ekonomik kurallara uygun bir düzen getirilmeğe çalışılmıştır<sup>85</sup>. Duyuru, mutlak bağlayıcılık özelliği taşımamakta<sup>86</sup> ise da, uyulması halinde, teşebbüslerin savunmalarını dayandırabilecekleri bir hukuki dayanak olmakta ve teşebbüslerin cezai sorumluluktan kurtulmalarına imkan sağlamaktadır<sup>87</sup>. Teşebbüslerin toplam ciro ve piyasa paylarına ilişkin şartların birlikte bulunması halinde, anlaşmanın ticareti farkedilecek derecede kısıtlamadığı ve Roma

<sup>79</sup> GLEISS-HIRSCH, 91.

<sup>80</sup> BELLAMY-CHILD, 58; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 18.

<sup>81</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, ibid.

<sup>82</sup> DAMME, Régles de Concurrence et Accords d'Exclusivité, Cahiers de Droit Européen 73 (1970).

<sup>83</sup> Teşebbüs ile imalatçı, ticari teşebbüs ile satıcı firmalar kastedilmektedir.

<sup>84</sup> GLEISS-HIRSCH, 90.

<sup>85</sup> BERNINI, Les Régles de Concurrence, Trente Ans de Droit Communautaire, Bruxelles, 1981, 358.

<sup>86</sup> WISH, 190; FORRESTER-NORALL, 23 dipnotu 15.

<sup>87</sup> DAMME, 85; KORAH, Introduction, 29.

Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı kapsamı dışında kaldığına kabul edilecektir.

Böylece, farkedilebilirlik kavramı somut ölçülere bağlanırken<sup>88</sup>, Adalet Divanının, Völk v. Vervaecke kararı<sup>89</sup> ile kabul ettiği *de minimis* yargısal doktrini uygulanabilirlik kazanmıştır.

Amerikan Hukukunda da, *de minimis* doktrini kabul edilmemiş ise de, rekabetin kısıtlanması ile tarafların piyasa payları arasında yakın bir ilişkinin varlığı uzun süreden beri ileri sürülmektedir<sup>90</sup>.

### C. İlgili Piyasanın Belirlenmesi

#### 1. Genel Olarak

Rekabetin etkilenmesinden söz edildiğinde kastedilen, belirli bir piyasa-daki rekabettir<sup>91</sup>. Rekabet Hukuku kuralları, belirli bir piyasada etkili olan ve buradaki rekabet koşullarını değiştirmeye yönelik anlaşma ve eylemler ile ilgilidir. Bu sebepten de, hangi piyasadaki rekabetin kısıtlandığının<sup>92</sup> belirlenmesi kadar herbir teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasanın da tesbiti gerekir<sup>93</sup>.

Örneğin, Milano şehrindeki bir bakkalın, Londra'da şarap satan arkadaşına, Chianti şaraplarına talebin yükseldiğini ve fiyatı arttırlırsa daha çok kâr edebileceklerini bildirerek, her ikisinin de satış fiyatlarını arttırmaları, rekabetin kısıtlanması sayılmayacağı için Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasını gerektirmez<sup>94</sup>, çünkü her iki bakkalın ilgili oldukları piyasalar farklıdır. Her iki firma çelik üretimi ile uğraşan çok uluslu şirketler olsa idi, şüphesiz ki varılacak sonuç farklı olurdu<sup>95</sup>. İkinci örnekte, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasa Avrupa Topluluğunun tümü iken, bir bakkalın ilgili piyasası küçük bir kasaba ya da orta büyüklükte bir şehrin birkaç sokağıdır.

Yukarıdaki örneklerdeki ortak nokta, ilgili piyasanın herbir teşebbüsün faaliyet konusu ve faaliyet gösterdiği bölgeye göre belirlenmesidir. Teorik bir

<sup>88</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 36-37.

<sup>89</sup> Case 5/69, Franz Völk v. Etablissements J. Verveacke, (1969) ECR 295.

<sup>90</sup> POSNER, Antitrust Law, 9; GELLHORN, Antitrust Law and Economics, St.Paul, 1981, 90.

<sup>91</sup> GLEISS-HIRSCH, 76;

<sup>92</sup> MERKIN-WILLIAMS, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London, 1984, 135.

<sup>93</sup> NEALE-GOYDER, 31; POSNER, Antitrust Law, 57.

<sup>94</sup> NEALE-GOYDER, ibid.

<sup>95</sup> Re The European Sugar Cartel, (1973) CMLR (Restrictive Practices) D65.

piyasa kavramı, Rekabet Hukuku kurallarının harekete geçirilmesi için yeterli değildir.

İlgili piyasanın tanımının, tekelleşme ve birleşme (merger) olayları için olduğu kadar, rekabetin yatay kısıtlanması durumları için de önemli olmasına karşılık, ne Shearman Kanununda ne de Roma Andlaşmasında, ilgili piyasanın tanımı yapılmamıştır. Belirli bir hizmet veya mal arzeden bir teşebbüsün ilgili piyasanın belirlenmesinde gözönüne alınacak kriterlerin, pozitif hukuk metinlerinde yer almamış olması sonucu olarak da, farklı uygulamaların ortaya çıkmıştır. Tekelleşme, birleşme (merger), rekabetin yatay kısıtlanması ve özellikle ortak girişim anlaşmaları gibi rekabeti kısıtlayıcı çeşitli faaliyetlerde ortaya çıkan ilgili piyasanın tesbiti sorununda, yeknesak bir uygulamaya ulaşmak için genel ilkelerin tesbitinde yarar vardır<sup>96</sup>.

Piyasanın coğrafi esaslara göre tesbiti, teşebbüslerin piyasa paylarının hesaplanması için olduğu kadar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın tarafları olan teşebbüslerin rakip olup olmadığının belirlenmesi açısından da önemlidir<sup>97</sup>. Piyasanın çok dar sınırları içinde belirlenmesi, teşebbüslerin piyasa payları ile piyasa etkinlikleri arasında korelasyonun kalkması, çok geniş bir bölgeyi kapsadığının kabulü ise, farklı piyasalarda faaliyet gösteren, yani rakip olmayan firmalar arasında anlaşmanın Rekabet Hukuku kurallarının kapsamı içinde kabul edilmesine yol açar<sup>98</sup>.

## 2. İlgili Piyasanın Tanımı

Piyasa sözcüğü günlük yaşama o kadar girmiş ve aynı zamanda günlük konuşma diline o kadar yerleşmiştir ki, ayrıca tanımlanması gereksiz gibi görülebilir. Ancak, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasanın tayininin Rekabet Hukukunda karşılaşılan önemli sorunlarından biri olması ve iktisatçıların bu kavrama günlük yaşamda verileden farklı bir anlam kazandırmış olmaları, piyasanın tanımının yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Ekonomi bilimi ile uğraşanlara göre, "piyasa, alıcı ve satıcıların biraraya geldikleri, benzer malların fiyatlarında yeknesaklık görülen yerlerin tümüdür". Fransız iktisatçısı Cournot'un 19. yüzyılda yaptığı bu tanım az bir değişikliklerle bugün de kabul edilmektedir. Stigler'e göre piyasa nakliye giderleri de gözönüne

<sup>96</sup> POSNER, Antitrust Law, 124; GELLHORN, 90; The Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, Washington D.C. 1955, 40; United States v. United Shoe Machinery Corp., 347 US 521 (1954).

<sup>97</sup> BERNINI, 359.

<sup>98</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 302-303; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul, 1977, 605.

alınarak, malların fiyatlarında yeknesaklığın sağlandığı yerdir<sup>99</sup>. Stigler, Cournot'nun tanımına nakliye ücretini dahil ederek, piyasanın tanımını daha da genelleştirmiştir ve Rekabet Hukukundaki ilgili piyasa kavramına yeni bir boyut kazandırmıştır<sup>100</sup>.

Rekabet Hukuku bakımından ilgili piyasa, her bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasadır. Ancak, ekonomi bilimi ile uğraşanların piyasayı belirlerken, nakliye ücretlerini de gözönüne almaları sonucu, Rekabet Hukukundaki ilgili piyasa kavramı, herbir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği bölgeden daha geniş bir alanı içerecek şekilde genişlemiştir<sup>101</sup>. Buna göre, Rekabet Hukukunda ilgili piyasa, herbir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği bölge ile faaliyet göstermesi muhtemel, ekonomik bölge olarak tanımlanabilir<sup>102</sup>.

Ayrıca, teşebbüslerin ilgili piyasalarının belirlenmesinde, coğrafi bölge kadar, arz edilen mal ya da hizmetin yerini alabilecek ikame mallar da önemli rol oynar<sup>103</sup>, çünkü alıcının yapacağı seçimde ve o mala vereceği değeri belirlemede, ikame malın değeri de etkilidir<sup>104</sup>.

### 3. Piyasanın Coğrafi Ölçülere Göre Belirlenmesi

İlgili piyasanın bölge esasına dayanarak belirlenmesi arz edilen malın özelliklerine göre yapılacak belirlemeye kıyasla kolaydır<sup>105</sup>. Bölge esasına göre yapılan ayırmada malın dayanıklılığı, uzaklık, nakliye ücreti gibi unsurlar gözüne alınabilirse de, önemli olan nakliye bedelinin mal bedeline oranıdır. Kullanma alışkanlıkları, malın bozulabilir cinsten olması gibi unsurlar çok istisnai durumlarda söz konusu olur<sup>106</sup>.

Herhangi bir bölgedeki malın satış fiyatı ile bir başka yerde satılan benzer malların fiyatları arasındaki farkın o malın nakliye ücretini aşması durumunda, her iki bölgedeki alıcıların o malı diğer bölgeden temin etmeleri,

<sup>99</sup> REYNOLDS, Microeconomics, Illinois, 1982, 25.

<sup>100</sup> STIGLER, The Theory of Price, New York, 1966, 85.

<sup>101</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 346; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 41.

<sup>102</sup> STIGLER, The Theory of Price, 86; BAKER, Market Definition in Transnational Joint Ventures, Mergers and Monopolization, Fordham Corporate Law Institute, Hawk Edition, 1985, 119.

<sup>103</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 370; POSNER, Antitrust Law, 126; AGNEW, 85.

<sup>104</sup> STIGLER, The Theory of Price, 85-86; HANSEN, Principles of Economics, Boston, 1937, 82; SCHERER, Industrial Market Structure and Economic Performances, Boston, 1980, 60; REYNOLDS, 25.

<sup>105</sup> WISH, 219-220; GELLHORN, 101; BAKER, 119.

<sup>106</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, Middlesex, 1979, 79.

kendileri bakımından rasyonel bir davranış olur<sup>107</sup>. Bu durumda her iki bölge hem ekonomi bilimine hem de Rekabet Hukukuna göre tek bir piyasa olarak kabul edilir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Adalet Divanı kararları incelendiğinde, her iki hukuk düzeninde kabul edilen kriterlerin benzer olduğu görülür. Ancak Avrupa Topluluğunda, bu konuda, Adalet Divanı önüne gelmiş dava sayısı azdır<sup>108</sup>.

Genel olarak, ülkenin her tarafında satılan ve nakliye giderlerinin düşük olduğu durumlarda, piyasanın bütün ülkeyi kapsadığı kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Adalet Divanı, Hoffman-La Roche v. Commission davasında, davaya konu olan vitamin haplarının nakliye ücretinin fiyata göre çok düşük olması sebebiyle, piyasanın Avrupa Topluluğu ülkelerinin tümü olduğuna karar vermiştir<sup>110</sup>. Satıcıların faaliyet gösterdiği piyasanın tesbitinde, nakliye masrafları, şüphesiz ki karşılıklı ekonomik engellerin başında yer alır. Nakliye giderlerinin sebep olacağı farklı maliyet giderlerinin, teşebbüslerin faaliyet gösterdiği bölgeleri belirlemesi ilk kez United States v. Addyston Pipe and Steel Co. davasında<sup>111</sup> ele alınmıştır. Hakim Taft, malın satış bedelini belirlerken, nakliye giderlerini her bir bölge (şehir) için hesaplayarak, hangi bölgelerin davalıların faaliyet gösterdiği piyasanın kapsamına gireceğini belirtmiştir.

Genel prensip, herbir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği piyasanın en dar anlamda, ilgili piyasayı oluşturacağıdır<sup>112</sup>. Ancak, Komisyon'a göre, alıcı ve satıcının birbirine çok uzak olduğu ve nakliye giderlerinin maliyet gideri içindeki payının yüksek olduğu durumlarda, fiilen faaliyet göstermiş olma, önemini yitirir. Şeker Karteli olayında<sup>113</sup>, Komisyon güney Almanya şeker toptan satışının sadece, Südzucker Verkaufs GmbH tarafından yapıldığını, Almanya'nın diğer bölgelerindeki üreticilerin güney Almanya'da şeker satmalarına nadiren rastlandığını belirterek, Almanya'nın kuzey ve batı bölgelerindeki üreticiler bakımından güney bölgesinin ilgili piyasa olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>114</sup>. Şüphesiz ki, Komisyon bu sonuca ulaşırken, nakliye giderlerinin şeker fiyatına oranla yüksek olmasını da gözönüne almıştır.

<sup>107</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 359; POSNER, Antitrust Law, 57.

<sup>108</sup> GLEISS-HIRSCH, 325.

<sup>109</sup> United States v. Aluminum Co. of America, 148 F 2d. 416 (1945).

<sup>110</sup> Case 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission, (1979) 3 CMLR 211.

<sup>111</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

<sup>112</sup> WISH, 220; GELLHORN, 101.

<sup>113</sup> Re The European Sugar Cartel, (1973) CMLR (Restrictive Practices) D65.

<sup>114</sup> Re The European Sugar Cartel, (1973) CMLR (Restrictive Practices) D105-106.

Piyasanın coğrafi esaslara göre belirlenmesindeki en kritik sorunlardan biri, belirli bir bölgede hiçbir faaliyette bulunmamış bir teşebbüsün, o bölgenin piyasasına hangi şartlarda dahil edileceğidir<sup>115</sup>. Örneğin, iki ayrı şehirde faaliyet gösteren iki teşebbüsün aynı piyasada olduğu kabul edilebilir mi? Şeker Karteli kararı, fiilen faaliyette bulunmanın çok önemli olmadığı şeklinde yorumlanabileceği gibi, nadiren de olsa fiilen faaliyette bulunan firmanın dahi rakip kabul edilmemesi, evleiyetle hiçbir faaliyette bulunmamış firmayı piyasa dışında kabul etmeyi gerektirir şeklinde yorumlanabilir. Komisyon, güney Almanya'da başka bölgelerde üretilen şekerin satılmış olmasının istisna olduğunu ve piyasa belirlenmesinde bunun gözönüne alınmayacağını belirtmektedir. Yani, Komisyon kararından çıkan sonuç, fiili faaliyetin ikinci derecede önemli olduğu ve teşebbüslerin faaliyet alanlarının belirlenmesindeki en önemli ölçütün, ekonomik engel bulunup bulunmadığıdır. Adalet Divanının da belirttiği gibi, objektif olarak eşit iktisadi koşulların varlığı halinde teşebbüslerin aynı piyasada faaliyet gösterdiğinden söz edilebilir<sup>116</sup>.

Kanımızca, ilgili piyasanın belirlenmesi açısından, teşebbüslerin belirli bir bölgede faaliyet göstermeleri gerekli değildir. İki teşebbüsün aynı piyasada bulunduğu sonucuna varılabilmesi için rekabeti, dolayısı ile fiyat yeknesaklığını engelleyici iktisadi zorlukların bulunmaması yeterlidir. Bu durumda, ikinci firmanın rakip olması yerine muhtemel rakip olmaktan söz edilebilir<sup>117</sup>. Fiilen faaliyette bulunmamak ile beraber, her an piyasaya girebilecek teşebbüslerin rekabet ortamının gerçekleştirilmesindeki olumlu katkısı inkar edilemez<sup>118</sup>. Rekabet Hukukunun, fiyat ve üretimin miktarının rekabet piyasası kurallarına göre oluşmasını sağlamaya yönelik olduğu gözönüne alındığında, belirli bir bölgede, fiilen faaliyet göstermeyen, ancak varlığı ile diğerlerinin davranışlarını etkileyen teşebbüslerin de ilgili piyasaya dahil edilme nedenleri anlaşılır<sup>119</sup>.

#### **4. İlgili Piyasanın Mal Esasına Göre Belirlenmesi**

##### **a. Genel Olarak**

Teşebbüslerin ilgili piyasalarını belirlemede, arz edilen malın nitelikleri de önemlidir. Örneğin, ilaç üreten bir teşebbüs ile ayakkabı üreten başka bir teşebbüs aynı coğrafi bölgede faaliyetlerini sürdürüyor olsalar bile, satışa arz ettikleri malların farklı olması sebebi ile farklı piyasalarda yer alırlar. İlgili pi-

<sup>115</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 409; SCHERER, Industrial Market Structure, 60; POSNER, Antitrust Law, 133.

<sup>116</sup> Case 27/76 United Brands v. Commission, (1978) ECR 207.

<sup>117</sup> POSNER, Antitrust Law, 113; BAKER, 120.

<sup>118</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 60.

<sup>119</sup> United States v. Grinnell Corp., 384 US 563 (1966).

yasanın, mal esasına göre belirlenmesinin oldukça açık olduğu izlenimi uyandırabilirse de, arz edilen mallar arasındaki farklılıklar azaldıkça, bu konuda da çeşitli zorlukların bulunduğu görülür<sup>120</sup>. Arz edilen mallar arasında açık bir benzerliğin bulunduğu durumlarda, teşebbüslerin ilgili piyasalarının belirlenmesinde bir zorluk çıkmaz. Buna karşılık, görünür bir benzerliğin bulunmamasına karşılık, birbirinin yerine kullanılma söz konusu olmakta ise, mal esasına göre ilgili piyasanın belirlenmesi iki ana kritere göre yapılır. Bunlardan ilki, arz edilen malların alıcılar bakımından benzer ya da ikame mal olarak değerlendirilip değerlendirilmediği<sup>121</sup>, ikincisi ise, teşebbüslerin çapraz arz esnekliğinin<sup>122</sup>, yani, belirli bir malı üretmemekle beraber onu kolaylıkla üretebilecek olmasıdır.

### **b. Tüketici Bakımından Aynı Kullanma Amacı Kriteri**

Teşebbüslerin ilgili piyasalarını belirlemede başvuru tüketici bakımından aynı kullanma amacı kriterine göre, arz edilen mallar arasında görünüm, muhteviyat gibi çeşitli farklılıklar bulunsun bile, belirli bir alıcı grubu bakımından farksız olan malları üreten teşebbüslerin ilgili piyasaları arasında ayniyetin olduğu kabul edilir.

Teşebbüslerin ilgili piyasalarının, tüketicilerin kullanma amacına göre belirlenmesi görüşü ile ekonomi bilimindeki talep esnekliği ve marjinal yarar kavramları<sup>123</sup> arasında yakın bir ilişki vardır. Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığının Amerikan antitröst politikasını belirleyen 1968<sup>124</sup> ve 1982<sup>125</sup> tarihli tebliğlerde de kullanıcı bakımından aynı kullanma amacı kriterlerinden yararlanılmıştır.

Avrupa Topluluğunda ise, Komisyon Önemsiz Anlaşmalara İlişkin Duyurusunda<sup>126</sup> ilgili piyasanın arz edilen mal esasına göre belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar sayılmıştır. Komisyon'un, 1983/83<sup>127</sup> ve 1984/83<sup>128</sup>

<sup>120</sup> POSNER, Antitrust Law, 131, 132; WHISH, 214; GELLHORN, 91.

<sup>121</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 370; SINGER, Antitrust Economics, Selected Legal Cases and Economic Models, Englewood Cliffs. 1968, 56; WHISH, 214; United States v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., 351 US 377 (1956).

<sup>122</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, ibid 371; United States v. Aluminum Co. of America (Rome Cable), 377 US 271 (1964).

<sup>123</sup> MANNSFIELD, Microeconomics, Theory and Applications, New York, 1979, 48-50; STIGLER, The Theory of Price, 31-33.

<sup>124</sup> Department of Justice Merger Guidelines (1968).

<sup>125</sup> Department of Justice Merger Guidelines (1982).

<sup>126</sup> Announcement on Minor Agreements, (1970) JO C64/1.

<sup>127</sup> Exclusive Distribution Regulation 1983/83, (1983) OJ L 173/1.

<sup>128</sup> Exclusive Purchasing Regulation 1984/83, (1983) OJ L 173/5.

sayılı tüzükleri de, birbirine benzer olarak kabul edilecek mallar konusunda genel ilkeler getirmektedir. Bu düzenlemeler hukuken bağlayıcılık unsurundan yoksun olmakla beraber, bilimsel ve yargısal alandaki gelişmeleri yansıtması bakımından yol gösterici niteliktedir

Amerikan Hukukunda, 1968 tarihli Adalet Bakanlığı Tebliğine göre, alıcıların büyük çoğunluğu bakımından fiyat, kalite ve kullanma bakımından tam karşılığı olmamakla beraber, kabul edilebilir olan mallar ile, belirli bir alıcı grubu tarafından farksız olduğu kabul edilen mallar aynı piyasayı oluşturur. Avrupa Topluluğu Hukukunda da 1968 tarihli Önemsiz Anlaşmalara İlişkin Duyuru ve 1983/83 ve 1984/83 sayılı tüzüklerde de benimsenmiş ve kullanıcılar bakımından nitelik, fiyat ve kullanma bakımından denk kabul edilen malların aynı piyasa içinde olduğu ifade edilmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde 1982 tarihli Adalet Bakanlığı tebliğinde, ilgili piyasanın belirlenmesinde ilk kez ekonomi bilimi verilerinden yararlanma yolu seçilerek, önceki düzenlemelerden ayrılmıştır. Bu husus, tebliğin başlangıç kısmında da açıkça belirtilmiş ve ilgili piyasanın belirlenmesinde, ekonomi bilimindeki gelişmelerden yararlanılarak, yeni bir uygulamanın öngörüldüğü açıklanmıştır.

1982 tarihli Tebliğ'e göre, ilk önce belirli bir malın fiyat değişmelerinin diğer malların talep eğrisine etkisi tesbit edilmelidir. Eğer fiyat değişiklikleri, diğer benzer mallara olan talepte değişikliğe yol açıyorsa, her iki malın satıcısının aynı mal piyasasında yer aldığı kabul edilecektir. Böylece, ilgili piyasanın belirlenmesinde talepteki çapraz esneklik gözönüne alınmakta ve talep çapraz esnekliğinin yüksek olduğu malların ve hizmetlerin, aynı piyasaya dahil edilmelerine olanak sağlanmaktadır.

İlgili mal piyasasının belirlenmesinde ilk önemli dava, selofan davasıdır. Selofan davasında<sup>129</sup>, Amerika'daki selofan<sup>130</sup> üretiminin yüzde yetmişbeşini gerçekleştiren du Pont firmasının ilgili piyasasının belirlenmesi davanın önemli sorunlarından biri olmuştur. Selofanın yüksek fiyatı, bu madde ile paketlenen şeylerin farklı olması sebebiyle selofanın ayrı bir piyasa oluşturduğu iddiasını, Yüksek Mahkeme kabul etmemiş ve selofanın da diğer paketleme maddeleri ile karşılaştırılması gerektiğini bildirmiştir. Mahkeme, aynı kullanma amacı için üretilen malların, bir piyasayı oluşturacağına karar vermiştir<sup>131</sup>. Selofan kararı, 1968 tarihli Tebliğ'de tüketici bakımından aynı kullanma amacı kriterinin benimsenmesine gerekçe olmuş ise de, çeşitli bakımlardan eleştirilebilir. Yağ

<sup>129</sup> United States v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., 351 US 377 (1956).

<sup>130</sup> Selofan, şeffaf nem geçirmeyen, kolay yırtılan ancak basınca dayanıklı sentetik bir malzemedir. 1917 de Brandenberger'in keşfinden itibaren, paketleme endüstrisinde kullanımı hızla artan bir malzeme olmuştur.

<sup>131</sup> United States v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., 351 US 390 (1956).



paketlemek için imal edilmiş kağıt, ilaç kutusu olarak kullanılmaz. Oysa, bu durumlarda da, kullanma amacında birlik şartı gerçekleşmiştir<sup>132</sup>. Kullanma amacı kriterinin yetersizliği daha sonraki kararlarda Yüksek Mahkeme tarafından açıkça kabul edilmiştir<sup>133</sup>.

Adalet Divanı, Kali und Saltz and Kali Chemie davasında<sup>134</sup>, tüketicinin kullanma amacı kriterini uygulamıştır. Davalı firmalar, yapay gübre olarak kullanılan potasyumun Batı Almanya'daki üreticileridir ve ülke üretiminin tümünü gerçekleştirmektedirler. Kali und Saltz ve Kali Chemie (KC) firmaları arasında yapılan anlaşmaya göre KC ürettiği potasyumu Kali und Saltz'a satacaktır. Adalet Divanı bu davada, saf potasyum ile potasyum esaslı maddelerin oluşturdukları piyasaların belirlenmesi sorunu ile karşılaşmıştır. Eldeki delillere göre, potasyum ve potasyum esaslı gübreler bazı tüketiciler bakımından farksız kullanım sahasına sahiptir. Ancak, bazı durumlarda toprağın özelliklerine bağlı olarak sadece saf potasyumun kullanılması gerekmektedir. Adalet Divanı her iki madde arasındaki çapraz -esnekliğin, yani birindeki fiyat artışına diğerinin satış miktarını etkilemesinin yüksek olduğu gerekçesi ile her iki malın aynı piyasaya dahil olduğuna karar vermiştir<sup>135</sup>. Olayda, bazı tüketiciler bakımından, potasyum ile potasyum esaslı gübrelerin birbiri yerine kullanılamıyacağı gerçeği, istisnai bir durum oluşturduğu iddiası dikkate alınmamıştır. Benzer bir durum, United States v. Continental Can kararında<sup>136</sup> karşımıza çıkar. Yüksek Mahkeme de, Adalet Divanı gibi, bazı kişiler için malın niteliklerinin özellik taşınmasını önemsiz görerek, hafif teneke kutu ile cam şişe piyasalarının tek bir piyasayı oluşturduğuna karar vermiştir. Continental Can Co. firması, bu karardan birkaç yıl sonra, Avrupa Topluluğu içindeki faaliyetleri nedeni ile bir kez daha mahkeme önüne çıkarılmıştır<sup>137</sup>. Bu davada da ilgili piyasanın belirlenmesi davanın kritik konularından birini teşkil etmiştir. Ancak, bu davada, Adalet Divanı, ilgili piyasanın belirlenmesinde, ikame mal teorisi ile bağlı kalmamış ve Komisyonun iddialarını reddetmiştir<sup>138</sup>. Komisyon, konserve balık endüstrisinin kullandığı metal konserve kutusu, konserve et endüstrisinin kullandığı konserve kutusu ve konserve kutu kapağı şeklinde üç ayrı piyasanın varlığını, bunların

---

<sup>132</sup> POSNER, Antitrust Law, 127-128.

<sup>133</sup> Telex Corp. v. International Business Machine Corp., 510 F.2d. 894 (1975).

<sup>134</sup> Kali und Salz and Kali Chemie v. Commission, (1975) ECR 499.

<sup>135</sup> ibid.

<sup>136</sup> United States v. Continental Can Co. et al., 378 US 441, 84 S.Ct. 1738 (1964).

<sup>137</sup> Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can Inc. v. Commission, (1983) ECR 215.

<sup>138</sup> Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can Inc. v. Commission, (1983) ECR 248-249.

farklı ürünler olduğunu ileri sürmüş ise de, Adalet Divanı, Komisyon'un iddialarını aşağıdaki şekilde reddetmiştir<sup>139</sup>.

"Bu üç piyasanın, yani sebze ve meyveler için metal kutusu, konsantre süt kutusu, zeytinyağı ve kimyasal maddeler için metal kutu piyasalarının birbirinden nasıl ayrıldığı belirlenememiştir. Diğerlerinden ayrı bağımsız bir piyasa olarak kabul edilebilmek için, malın farklı şeyler için kullanılması yetmez; malın farklı amaçlı kullanımının kendi özgü imalat yöntemlerinden doğmuş olmalıdır..."<sup>140</sup>

Buna göre, Adalet Divanı, ilgili piyasanın belirlenmesinde alıcı için farklı kullanma amacının varlığı ile yetinmemekte, ayrıca malın üretim sürecindeki farklılıkların varlığını da aramaktadır. Et ve balık konserve kutularının farklı piyasalar oluşturabilmesi için her ikisinin üretiminde uygulanan sürecin ve teknolojinin de farklı olması gerekmektedir.

İlgili piyasanın belirlenmesinde, tüketici bakımından aynı kullanma amacının yanı sıra, her iki firmanın da aynı malı üretebilecek imkanlara sahip olması ilkesi, muhtemel rakip teorisi ile bağlantı noktasını oluşturur. Üretimde çapraz esnekliğinin önemine ilk kez Yüksek Mahkeme, Brown Shoe Co. v. United States kararında<sup>141</sup> değinmiş, ancak daha sonraki davalarda bu ilkeyi uygulamaktan kaçınmıştır<sup>142</sup>.

### **c. İlgili Piyasanın Üretim Çapraz Esnekliğine Göre Belirlenmesi - Muhtemel Rekabet Doktrini**

İlgili piyasanın, tüketici bakımından aynı kullanma amacı kriterine göre belirlenmesi, benzer ve birbiri yerine kullanılabilen malların üreticilerin ilgili piyasalarının tayini ile ilgilidir. Benzer ve birbiri yerine kullanılacak mallar üretmemekle beraber, aynı ya da yakın endüstri kolunda faaliyet gösteren teşebbüslerin ilgili piyasalarının belirlenmesinde, üretim çapraz esnekliği belirleyici rol oynar<sup>143</sup>. Üretim çapraz esnekliği kriterine göre, aynı mal üretmemekle beraber, benzer üretim yöntemleri ile faaliyet gösteren teşebbüslerin ilgili piyasalarının aynı olduğuna karar verilecektir<sup>144</sup>. Nitekim, üretim çapraz

<sup>139</sup> Re Continental Can Co. Inc., (1972) OJ L 7/25.

<sup>140</sup> Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can Inc. v. Commission, (1983) ECR 247-248.

<sup>141</sup> Brown Shoe Co. v. United States, 370 US 294 dipnotu 42 (1962).

<sup>142</sup> United States v. Aluminum Co. of America (Rome Cable), 377 US 271 (1964).

<sup>143</sup> WISH, 218; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 378-379; BELLAMY - CHILD, 164.

<sup>144</sup> United States v. Columbia Steel Co., 334 US 495, 510 (1948).

esnekliğinin yüksek olması sebebi ile aynı piyasada kabul edilen teŖebbüslerin durumu doktrinde, muhtemel rekabet teorisi olarak adlandırılmıŖtır<sup>145</sup>.

Bir malın fiyatının oluŖmasında, piyasada fiilen faaliyet gösteren teŖebbüsler gibi, her an piyasaya girme olasılığı olan teŖebbüslerin de önemli yeri vardır<sup>146</sup>. Muhtemel rakip durumundaki teŖebbüslerin piyasadaki etkinlikleri, ekonomi bilimine de kabul edilmektedir<sup>147</sup>. Fiyat teorise göre, piyasaya giriŖlerin serbest olması, yani piyasaya yeni gireceklerin fiili engelle karŖılaŖmama-ları, rekabetin gerçekleŖmesi için gerekli Ŗartlardandır<sup>148</sup>. Belirli bir piyasadaki fiyatın, tam rekabet piyasasında oluŖacak fiyatın üzerinde gerçekleŖmesi ve dolayısıyla, bu piyasadaki teŖebbüslerin normalin üzerinde kâr elde etmeleri durumunda, diğer teŖebbüslerin bu piyasaya giriŖi hızlanır ve fiyat tekrar piyasa fiyatı seviyesine gelir<sup>149</sup>. Bu da, fiyat teorisi ile muhtemel rekabet doktrinini arasında yakın bir iliŖkinin var olduğunu göstermektedir.

Ancak ekonomi bilimine göre, piyasaya girmesi muhtemel kiŖiler bakımından bir ayırım gözetilmemiŖtir. Bu Ŗekli ile de, ekonomi biliminde öngörülen muhtemel rekabet kavramının, gerçeک hayatta uygulanabilmesi mümkün değildir. Piyasaya girmesi muhtemel kabul edilecek kiŖilerin belirlenmesi ve uygulanabilir bir muhtemel doktrinin yaratılması görevini üstlenen Rekabet Hukuku, ekonomi bilimi ile gerçeک hayat tecrübeleri arasında uzlaŖtırıcı bir rol üstlenmiŖtir.

Muhtemel rekabet doktrinini gözönüne alarak ilgili piyasanın belirlenmesine iliŖkin düzenleme getiren tek pozitif hukuk metni, Amerikan BirleŖik Devletleri Adalet Bakanlığının 1982 tarihli tebliğidir. 1982 tarihli tebliğe göre, malın fiyatının yüzde beŖlik sürekli artıŖı üzerine, 6 ay içinde o malı üretmeğe baŖlıyacak firmalar da piyasaya dahil edilecektir<sup>150</sup>.

Üretim çapraz esnekliği kriteri ilk kez Brown Shoe davasında<sup>151</sup> uygulanmıŖtır<sup>152</sup>. Brown Shoe kararından kısa bir süre sonra, Yüksek Mahkeme ortak

---

<sup>145</sup> POSNER- EASTERBROOK, Antitrust, Cases, Economic Notes and Other Materials, St. Paul, 1980, 516.

<sup>146</sup> POSNER- EASTERBROOK, ibid; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul, 1977, 41.

<sup>147</sup> OPPENHEIM- WESTON- RICHARD, Federal Antitrust Law, St. Paul, 1968, 83-84; REYNOLDS, 157; LIPSEY- STEINER, Economics, New York, 1981, 223; SCHERER, Industrial Market Structure, 264.

<sup>148</sup> GELLHORN, 52; REYNOLDS, 122-123.

<sup>149</sup> LIPSEY- STEINER, 229-230; SAMUELSON, İktisat, (Çeviren DEMİRGİL), Ankara, 1965, 65-71.

<sup>150</sup> Department of Justice Merger Guidelines (1982), II, B, 1 paragraf 2

<sup>151</sup> Brown Shoe Co. v. United States, 370 US 294 (1962).

girişim şirketi yolu ile piyasaya yeni girmeği planlıyan iki teşebbüsün ilgili piyasalarını belirleme sorunu ile karşılaşmıştır<sup>153</sup>. Pennsalt Chemical Co. (Pennsalt) ve Olin Mathieson Co. (Olin), Amerika Birleşik Devletlerinin güneydoğu eyaletleri dışındaki bölgelerde kimyevi madde üreten iki şirkettir. Bunlar, güneydoğu eyaletlerinde faaliyet göstermek üzere, Penn-Olin Chemical Co. adı altında bir ortak girişim şirketi kurarlar. Her iki şirket, kurulan yeni şirkette eşit paya sahip olacaklardır. Bu anlaşma ile Pennsalt ve Olin Chemical şirketlerinin piyasaya tek başına girme olasılıkları ortadan kalkmıştır. Yüksek Mahkeme, Pennsalt ve Olin'in güneydoğu eyaletlerinde kendi başlarına faaliyete geçebilmek için gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olduklarını belirterek, her iki şirketin muhtemel rakip olduğuna karar vermiştir<sup>154</sup>.

Yüksek Mahkeme, bu firmaların her ikisinin de güneydoğu eyaletleri piyasasına girmek bakımından istek, kaynak ve know-how'a sahip olmalarını potansiyel rakip kabul edilmek için yeterli görmüştür. Her iki firmanın da kaynak ve gerekli patent haklarına sahip olmalarını, uzun yıllardan beri bu endüstri sahasında faaliyet göstermelerini, iyi bir şöhret ve gerekli ticari bağlantılara sahip olmalarını ve sodyum klorit üretimindeki ara maddeleri de üretmekte bulunmalarını her iki firmanın güneydoğu eyaletleri piyasasına girmesini kolaylaştıran unsurlar olarak değerlendirmiştir<sup>155</sup>.

Pennsalt kararı, muhtemel rekabet doktrinine esas teşkil edecek uygulama kriterleri geliştirmesinin yanı sıra, iki muhtemel rakip arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların da yasaklandığını belirtmesi bakımından önemlidir. İki muhtemel rakip arasındaki ortak girişim anlaşması, piyasadaki muhtemel rakip sayısında azalmaya yol açacağından, Rekabet Hukuku bakımından kabul edilemez bir durum yaratır.

Faillen mevcut rekabet kadar, muhtemel rekabetin de korunmasının gerekli olduğu Avrupa Topluluğunda da kabul edilmektedir. Avrupa Topluluğu Hukukunda, Amerikan Hukukunda olduğu gibi, muhtemel rekabetten söz edebilmek için, piyasaya girme olasılığının yüksek olması aranmaktadır<sup>156</sup>. Komisyon çeşitli olaylarda, piyasaya girme olasılığının yüksek olduğu durumları belirlemiştir. Örneğin, Interrupters Ltd. kararında<sup>157</sup>, ortak yatırım için anlaşan

---

<sup>152</sup> Brown Shoe davası, piyasada egemen güç olmak ile ilgilidir. Shearman Kanununun 2. maddesine göre değerlendirilmiştir. Bu sebepten, araştırmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>153</sup> POSNER, Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions, 75 Columbia Law Review 313 (1975).

<sup>154</sup> United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 US 158 (1964).

<sup>155</sup> United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 US 175-176 (1964).

<sup>156</sup> WISH, 185; BELLAMY- CHILD, 50.

<sup>157</sup> Re Vacuum Interrupters Limited (1977) 1 CMLR D67, D76.

Associated Electrical Instruments Ltd. ve Reyrolle Parsons Ltd. firmalarının büyük elektrik cihazları üretiminde tecrübeli olmalarını ve bu cihazları oluşturan parçaları imal edebilme, araştırma ve geliştirme olanaklarına sahip olduklarını da gözönüne almış ve her iki firmanın tabii büyüme sonucu, vakumlu elektrik kesicileri piyasasında muhtemel rakip olduklarına karar vermiştir. Komisyon, belirli bir teknik sahada faaliyet göstermemekle beraber, gerekli teknolojik seviyeye ulaşmış firmaların da muhtemel rakip olarak kabul edileceği görüşünü, De Laval-Stork Vof kararında<sup>158</sup> da tekrarlamıştır. De Laval International, Amerika Birleşik Devletlerinde, Koninklijke Machinefabriek Stork BV (Hollanda) Avrupa Topluluğu ülkelerinde faaliyet göstermekte ve her iki firma ortak girişim şirketinin konusu olan elektrik türbin jeneratörü imalatı için gerekli teknolojik bilgiye sahiptir. Komisyon, De Laval International'ın Avrupa Topluluğu üyesi ülkelerin piyasasında faaliyet göstermiş olmasına rağmen, kendi başına herhangi bir zorluk ile karşılaşmadan faaliyet gösterebilecek durumda olduğunu belirtmiş ve De Laval International şirketinin Avrupa Topluluğunun türbin piyasasında olduğuna ya da hiç olmazsa girmesi muhtemel rakip olduğuna karar vermiştir<sup>159</sup>.

Kernb-ennstoff-Wiederaufarbeitungsgesellschaft mbH (KEWA) kararında<sup>160</sup>, Komisyon aynı gerekçe ile 4 Batı Almanya firması ile ortak girişim şirketinin aynı piyasada faaliyet gösterdiğine karar vermiştir. Kararda, her bir firmanın gerekli teknolojiye sahip olmasını muhtemel rakip olarak kabul edilmek için yeterli saymıştır.

De Laval - Stork kararında, firmaların tek başlarına faaliyete geçebilmeleri için gerekli finansman kaynaklarına sahip olup olmadığını da değerlendiren Komisyon, muhtemel rekabet doktrinine yeni bir boyut getirmiştir<sup>161</sup>. Teknolojik seviye, belirli bir iş kolundaki tecrübe, teknik özellikler, piyasaya giriş engelleri olarak belirtilen yüksek finansman ihtiyacı, markaya bağlılık gibi unsurlar da hangi teşebbüslerin muhtemel rakip olduğunu belirler<sup>162</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesi ise Clorox davasında<sup>163</sup>, piyasaya giriş engelleri konusunu değişik bir yönden ele almıştır. Procter and Gamble, Amerika Birleşik Devletlerinde çamaşır suyu dışında temizlik malzemesi üretip, satan üç büyük şirketten biridir. Çamaşır suyu piyasası, nakliye ücretinin malın değerine oranla yüksek olması sebebi ile, küçük yerel firmaların faaliyet

<sup>158</sup> Re De Laval-Stork Vof (1977) 2 CMLR D69.

<sup>159</sup> Re De Laval-Stork Vof (1977) 2 CMLR D78.

<sup>160</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15.

<sup>161</sup> Re De Laval-Stork Vof (1977) 2 CMLR D78.

<sup>162</sup> Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can Inc. v. Commission, (1983) ECR 248.

<sup>163</sup> Federal Trade Commission v. Procter and Gamble Co., 368 US 568 (1967).

gösterdiği bir piyasadır. Çamaşır suyu piyasasında faaliyet gösteren firmalardan en büyüğü olan Clorox, yıllık cirosu 40 milyon dolar civarında olan küçük bir şirkettir. Procter and Gamble firmasının, Clorox şirketinin paylarının büyük çoğunluğunu satın alarak piyasada faaliyete başlaması üzerine, Procter and Gamble'in çamaşır suyu piyasasında muhtemel rakip olduğu ve pay senetlerinin büyük çoğunluğunu satın almasının, rekabetin kısıtlanmasına yol açacağı ileri sürülmüştür. Yüksek Mahkeme, çamaşır suyu piyasasının özgü koşulları ile, Procter and Gamble şirketinin parasal gücünü ve reklam harcamalarını da gözönüne alarak, bu şirketin muhtemel rakip olduğunu karar vermiştir<sup>164</sup>. Çamaşır suyu piyasasına girmek için özel teknik bilgi ve pahalı yatırım gerekmemekte ise de, marka tanıtımı için yüksek reklam giderleri gerekmektedir. Buna karşılık, Procter and Gamble, temizlik malzemesi piyasasında tanınan bir şirketler grubudur ve tüketiciler, çamaşır suyunu diğer temizlik malzemeleri ile birlikte kullanmaktadırlar. Yüksek Mahkemeye göre, Procter and Gamble'in çamaşır suyu piyasasına girmesi halinde, diğer temizlik malzemeleri için yaptığı reklam harcamalarına ilave yeni harcamalar yapmayacak olması nedeniyle, piyasadaki muhtemel rakiplerin başında yer alır<sup>165</sup>. Böylece Yüksek Mahkeme, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı gibi<sup>166</sup>, ilgili piyasayı belirlemede, üretim çapraz esnekliğinin yanı sıra, piyasa engellerini de, değerlendirmiştir.

Muhtemel rakip doktrinine, çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Muhtemel rakip durumunda olan bir firmanın, rekabet ortamına etkisinin piyasaya her ne şekilde girmiş olursa olsun fiilen faaliyet gösteren teşebbüslerden daha fazla olamayacağı ve muhtemel rakip olmaktan çıkan firmanın yerinin bir başkası tarafından alınacağı iddia edilmiştir<sup>167</sup>. İkinci önemli eleştiri ise kimlerin muhtemel rakip olarak kabul edileceğine ilişkin kesin kriterlerin getirilemeyeceği ve bunun ticari hayatı kararsızlığa iteceği hususundadır<sup>168</sup>. İlgili piyasanın belirlenmesi, hangi teşebbüslerin belirli bir piyasaya dahil edilip edilmeyeceğinin tesbiti kadar, bunların piyasa paylarının belirlenmesi bakımından da önemlidir. Bu bakımdan potansiyel rakip doktrininin uygulanmasında mutlak kuralların gerekliliği Rekabet Hukukunun gelişimi bakımından oldukça önemlidir. Muhtemel rekabet doktrinine getirilen eleştirilerin ekonomi teorilerini temel aldığı göze çarpmaktadır. Her iki eleştiri de, ekonomistlerin piyasaya giriş

<sup>164</sup> Federal Trade Commission v. Procter and Gamble Co., 368 US 573 (1967).

<sup>165</sup> Federal Trade Commission v. Procter and Gamble Co., 368 US 573-574 (1967).

<sup>166</sup> Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can Inc. v. Commission, (1983) ECR 274.

<sup>167</sup> POSNER, Antitrust Law, 123.

<sup>168</sup> ibid. 122.

engeli gibi kavramlara<sup>169</sup> fiyat teorilerinde yer vermemelerinden kaynaklanmaktadır<sup>170</sup>. Fiyat teorileri, muhtemel rakip kavramını tamamen reddetmemekte, hatta uygulanması mümkün olmayacak kadar sınırsız ele almaktadır.

Ancak bu kavramın, ekonomi teorilerince öngörüldüğü şekli ile uygulanması mümkün değildir. Bu sebepten de, muhtemel rekabet kavramı mahkeme kararları ile, Rekabet Hukukunun amacına uygun olarak geliştirilmiştir. Buna karşılık, muhtemel rakip kavramını sınırsız şekilde genişletme eğiliminde olanlara göre, bu kavram ekonomi politikası içinde yer alır. Rekabet Hukuku kuralları içinde muhtemel rekabete yer verilmesi hatadır<sup>171</sup>.

Kanımızca, muhtemel rakip kavramının Rekabet Hukuku bakımından önemi reddedilemez. Bunun önemi teorik bakımdan iktisat teorileri tarafından da kabul edilmekte, ancak uygulamada karşılaşılan zorluklar gözönüne alınarak, Rekabet Hukuku dışında değerlendirilmesi savunulmaktadır. Şüphesiz ki, fiyat teorilerinde de yer alan muhtemel rakip kavramının daha da geliştirilerek sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Kanımızca, bu sınırın en önemli kriteri her bir piyasanın kendine özgü koşullarından çıkmakla birlikte, bazı genel nitelikteki ilkelerin belirlenmesinde yarar vardır. Biz, piyasada faaliyet göstermemekle beraber, fiilen faaliyet gösterenleri, varlıkları ile tehdit eden ve bu teşebbüslerin kararlarında etkili olan teşebbüslerin, muhtemel rakip olarak kabulünden yanayız. Bu da çeşitli etkenlerin gözönüne alınmasını gerektirmekle beraber, bunlar sınırsız sayıda da değildir. Teknolojik üstünlük, bilgi, tecrübe ve piyasa giriş engelleri gibi unsurlar, teşebbüslerin ilgili piyasalarının belirlenmesinde ve kimlerin muhtemel rakip olarak kabul edileceğinin tayininde önemli rol oynar.

### **III. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARIN ve UYUMLU EYLEMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **A. Genel Olarak**

Rekabeti kısıtlayarak ticareti etkileyen anlaşmalardan Rekabet Hukukunun kurallarını da ihlal edenlerin belirlenmesi, gerek Amerikan ve gerekse Avrupa Topluluğu Hukuklarında karşılaşılan temel sorunlardan biridir. Rekabeti kısıtlayan her anlaşmanın aynı zamanda Rekabet Hukukunu da ihlal

<sup>169</sup> STIGLER, Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 67; POSNER, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 University of Pennsylvania Law Review 925, 945-947 (1979).

<sup>170</sup> STIGLER, The Theory of Price, 225.

<sup>171</sup> POSNER, Antitrust Law, 123.

etmiş sayılıp sayılmayacağı başlıca tartışma konularından biri olmuştur<sup>172</sup>. Amerika Birleşik Devletlerinde rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen Shearman Kanununun 1. maddesinde, rekabeti kısıtlayıcı "her" anlaşmanın hukuka aykırı olduğunun belirtilmiş olması da sorunun çözümünü daha da zorlaşmasında etkili olmuştur<sup>173</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, 85. maddenin 1. paragrafı, rekabeti kısıtlayıcı ya da rekabeti kısıtlamamak amacı ile yapılan anlaşmaların hukuka aykırı olduğunu belirtirken, aynı maddenin 3. paragrafında rekabeti kısıtlayıcı bazı anlaşmaların 1. paragraf kapsamı dışında tutulabileceğine değinmiş ve düzenleniş açısından Shearman Kanununda ifade edilenden farklı bir sistem öngörmüştür. Ancak, Amerikan Hukukunda uygulamada Shearman Kanununun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmamış ve Shearman Kanununun 1. maddesinin lafzı ile asıl ifade edilmek istenen arasında farklar olduğu ileri sürülerek, uygulamanın<sup>174</sup> Rekabet Hukukunun amaçları doğrultusunda gelişmesi sağlanmıştır.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların da Rekabet Hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunun önemli sorunlarından biridir. Rekabeti kısıtlayıcı sözleşmelerin Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafına göre hükümsüz sayılması, bu sözleşmenin Rekabet Hukukunu ihlaline, yani 1. paragraf hükümlerine göre hukuka aykırı kabul edilmesine bağlıdır<sup>175</sup>. 85. maddenin 1. paragrafı rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı olduğunu belirtirken, 3. paragraf ekonomik, teknolojik ve ticari hayata katkıda bulunan ve tüketicinin de makul ölçüde yararlandığı rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların Rekabet Hukukuna göre hukuka aykırı sayılmayabileceğini düzenlemektedir<sup>176</sup>.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. ve 3. paragrafları birlikte değerlendirildiğinde rekabeti kısıtlayıcı her sözleşmenin hukuka aykırı kabul edilmediği ve rekabeti kısıtlama ile Rekabet Hukukunu ihlal etmenin farklı olgular olduğu görülür.

Bir anlaşmanın, rekabeti kısıtlaması sebebi ile hukuka aykırı kabul edilmesi için herşeyden önce, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafındaki etkilemek şartı ile Adalet Divanının 85. maddenin uygulanmasında öngördüğü *de minimis* ilkesine ve 85. maddenin 3. paragrafına göre değer-

<sup>172</sup> NEALE-GOYDER, 22-23; JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, Liège, 1967, 17,18.

<sup>173</sup> AREEDA, Antitrust Law, c.VII, 362; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 165-166.

<sup>174</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 690 (1978).

<sup>175</sup> WISH, 195; JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 4-5, 8; BELLAMY- CHILD, 99.

<sup>176</sup> WISH, ibid; BELLAMY- CHILD, 137; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 58.



lendirilmesi sonucu, bu maddenin 1. paragrafı kapsamına girdiğinin kabul edilmesine bağlıdır<sup>177</sup>. Bu bakımdan, Avrupa Topluluğu Hukuku ile Amerikan Hukukunda geliştirilen *per se* ve *rule of reason* yargısal doktrinleri arasında bir paralelliğin varlığı gözlenir<sup>178</sup>. Aralarındaki en önemli fark, birinin mahkeme içtihatları ile gelişmesine karşılık<sup>179</sup>, diğerrinin kanunkoyucu tarafından düzenlenmiş olmasıdır.

Kanımızca, Amerika Birleşik Devletlerinin dinamik bir ekonomik yapıya sahip olması, buradaki gelişmelere önemli katkıda bulunmuştur. Amerikan Hukukundaki gelişmelerin, Roma Andlaşması üzerindeki etkilerini incelemeden önce, Amerikan Hukukuna yeni bir görünüm kazandıran *per se* ve *rule of reason* yargısal doktrinlerinin açıklanmasında fayda vardır.

## **B. Amerikan Hukukunda Rekabetin Kısıtlanmasının Belirlenmesi**

Shearman Kanununun 1. maddesinde rekabeti kısıtlayan her anlaşmanın hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık her anlaşmanın farklı şekil ve oranda rekabeti kısıtlaması<sup>180</sup>, 1. maddenin uygulanmasında tereddütlere yol açmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, hangi anlaşmaların hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi çeşitli görüşlerin doğumuna yol açmıştır. Hakim Harlan, rekabeti kısıtlayıcı her anlaşmanın hukuka aykırı olduğu ve kanunkoyucunun, mahkemelere bu konuda takdir hakkı vermediği görüşündedir<sup>181</sup>. Tamamen aksi görüşte olan Hakim White ise, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin sosyal yararının, rekabeti kısıtlama ile meydana gelen zarardan daha fazla olabileceğini ve bu gibi rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, rekabeti kısıtlamalarına rağmen Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamı dışında kalması gerektiğini iddia etmiştir<sup>182</sup>. Amerikan Rekabet Hukukunun bu iki uç görüş arasında gelişmesi sonucu olarak, bugün yaygın şekilde benimsenen *per se* ve *rule of reason* yargısal doktrinleri ortaya çıkmıştır<sup>183</sup>. İlk kararlardan itibaren,

---

<sup>177</sup> WISH, 205; KORAH, Introduction, 31.

<sup>178</sup> NEALE-GOYDER, 2; CHERRY, The Substantive Rules of Antitrust in the Common Market, 257;

<sup>179</sup> JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 22.

<sup>180</sup> NEALE-GOYDER, 25; Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 239, 38 S.Ct. 251 (1918).

<sup>181</sup> Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911).

<sup>182</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290, 343 (1897). Hakim White'ın muhalefet şerhi.

<sup>183</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 166.

bu iki yargısal doktrin hemen hemen her kararda birbirlerini tamamlayacak şekilde uygulama alanı bulmuşlardır<sup>184</sup>.

### 1. *Per se ve Rule of Reason* Yargısal Doktrinlerinin Ortaya Çıkışı

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin belirlenmesi sorunu ile ilgili tartışmalar, Shearman Kanununun 1. maddesine ilişkin ilk davalar olan, United States v. Trans-Missourri Freight Association<sup>185</sup> ve United States v. Joint Traffic Association davaları<sup>186</sup> ile başlamıştır. Her iki davada da, davalılar taşıma ücretlerinde fiyat birliğini gerçekleştirmek için biraraya gelmiş demiryolu şirketleridir. Yüksek Mahkeme, fiyat tesbit anlaşmalarının amacının rekabeti doğrudan kısıtlamak olduğunu belirterek, davalıların, endüstrinin içinde bulunduğu zor durumda rekabetin iflaslara yol açacağı ve tesbit edilen fiyatın makul olduğu<sup>187</sup> gerekçelerine dayanan savunmalarının dinlenemeyeceğine karar vermiştir.

Joint Traffic Association kararında, ilk kez rekabeti doğrudan ve hemen etkileyecek anlaşma ile rekabetin ikinci dereceden etkilenmesi ayırımdan söz edilmiş ve Common Law'da yer alan adi ortaklık sözleşmesi, işçinin rekabet etmeme yasağı ya da ticari işletmeyi devreden kimsenin aynı konuda faaliyet göstermesini engelleyici hükümlerin ticarete olumsuz etkilerine rağmen, Rekabet Hukukunun kapsamı dışında kalacağı belirtilmiştir<sup>188</sup>. Hakim Peckham'a göre, bu gibi durumlarda rekabetin kısıtlanması sözleşmenin tali sonuçlarındandır. Fiyatı tesbit ya da piyasayı paylaşmak için yapılan anlaşmaların amacı rekabetin doğrudan kısıtlamaktır. Anlaşmanın amacının rekabeti doğrudan kısıtlamak olduğu durumlarda, bunların Rekabet Hukukuna aykırı olduğuna karar verebilmek için daha başka bir şeyin araştırılmasına gerek yoktur. Rekabeti kısıtlamaktan başka bir amacı olmayan anlaşmalar *per se* hukuka aykırıdır<sup>189</sup>.

Joint Traffic Association kararı<sup>190</sup>, *per se* yargısal doktrininin ortaya çıkışı kadar, *rule of reason* yargısal doktrininin gelişmesine de öncülük etmiştir. Rekabeti kısıtlamaktan başka bir amacı olmayan anlaşmaların, *per se* hukuka aykırı kabul edilmesine karşılık, anlaşmanın amaçlarının rekabeti kısıtlamak

<sup>184</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 195-196; KOVAR, 239.

<sup>185</sup> United States v. Trans-Missourri Freight Association, 166 US 290 (1897).

<sup>186</sup> United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505 (1898).

<sup>187</sup> United States v. Trans-Missourri Freight Association, 166 US 305 (1897).

<sup>188</sup> United States v. Joint Traffic Association, 171 US 577(1898).

<sup>189</sup> NEALE-GOYDER, 37; AREEDA, Antitrust Law, c. VII,360; POSNER, Antitrust Law, 76.

<sup>190</sup> United States v. Joint Traffic Association, 171 US 577 (1898).

olmadığı, ancak rekabetin kısıtlanmasına yol açan anlaşmaların hukuken değerlendirilmesi, piyasa şartları, anlaşmanın amacı, ticarete olan etkisi ve elde edilen sosyal yarar dikkate alınarak yapılacaktır. *Per se* yargısal doktrininin benimsenmesindeki, temel düşünce kartel anlaşmalarının rekabeti kısıtlamaktan başkaca bir amacının olamayacağıdır. Joint Traffic Association kararı, *per se* yargısal doktrini ile ilgilidir. Ancak, kararın gerekçe bölümünden, *per se* doktrininin uygulaması dışında kalan durumlarda, piyasa şartlarının, ticarete etkinin ve sosyal yararın da tesbitinin gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Standart Oil kararı<sup>191</sup>, *rule of reason* yargısal doktrininin gelişmesinde, başlangıç noktasıdır. Daha önceki kararlarda açıkça ifade edilmemiş olan *rule of reason* yargısal doktrininin kabulünde Hakim White'ın katkısı büyüktür<sup>192</sup>. Trans-Missouri Freight kararında<sup>193</sup> karşıt görüş bildiren Hakim White, Standart Oil davasında, çoğunluğun kendi görüşlerini desteklemesini sağlayarak, Rekabet Hukukunda yeni bir devrin açılmasına öncülük etmiş ve Shearman Kanununa, uygulanabilir bir doktriner yapı verme çabasına girmiştir. Standart Oil kararından çıkan üç önemli sonuç vardır<sup>194</sup>.

Rekabeti kabul edilemez ölçüde kısıtlayan anlaşmaların değerlendirilmesi, Shearman Kanununun amacı ve kanunun uygulamasında benimsenecek yöntemde, White'a göre temel sorun, Rekabet Hukuku ile korunan menfaatin tesbitidir<sup>195</sup>. Shearman Kanununun amacı, üretimin artmasını sağlayarak tüketicinin refahını temindir. Rekabet de, üretimin artmasını sağlayacak en etkili yöntem olarak kabul edilmiştir. Shearman Kanununun, rekabet ortamının bozulmasını engelleyici hükümler öngörmesi, sosyal refahın temini içindir. Hakim White, uygulamada üç dereceli bir araştırmayı önermektedir. Önce, doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olan faaliyetler belirlenecek ve bunlar *per se* yargısal doktrinine tabi olacaktır. İkinci aşama ise, ilkinin sonucuna göre, doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmaların rekabete etkilerinin belirlenmesidir. Bu da, "belirgin amacın tesbiti" şeklinde yapılacaktır<sup>196</sup>.

Standart Oil kararı ve aynı günde karara bağlanan American Tobacco Company kararı<sup>197</sup>, Rekabet Hukukunu ekonomik temele dayandırmaları nedeni ile önem kazanmıştır. Rekabetin mal arz ve talebini etkileyecek olmasının kabulü, Rekabet Hukuku ile ekonomi ve fiyat teorileri arasında bir bağlantı ku-

<sup>191</sup> Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911).

<sup>192</sup> JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 24.

<sup>193</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290 (1897).

<sup>194</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 173.

<sup>195</sup> Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 58-60, 55 L.Ed. 660-662 (1911).

<sup>196</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 174.

<sup>197</sup> United States v. American Tobacco, 221 US 106 (1911).

rulmasını sağlamıştır<sup>198</sup>. *Rule of reason* yargısal doktrini ile beraber, piyasa koşullarındaki değişikliklerin araştırılmasına ağırlık verilmeğe başlanması, Rekabet Hukukunu şekilci yapıdan uzaklaştırmıştır. Standart Oil kararı, *per se* yargısal doktrinine de yer vermekte, ancak bunu tüketicinin refahı ve anlaşmanın doğal sonucu ilkeleri ile sınırlandırmaktadır<sup>199</sup>.

## 2. *Rule of Reason* Yargısal Doktrini

*Rule of reason* yargısal doktrininin ortaya çıkışında ve gelişmesinde Standart Oil<sup>200</sup> ve Board of Trade<sup>201</sup> kararlarının önemli katkıları vardır. Standart Oil kararında, *rule of reason* yargısal doktrininden ilk kez söz eden Hakim White, rekabetin kısıtlanması ile Rekabet Hukukunun ihlalinin ayrı şeyler olduğunu savunmaktadır. Rekabetin kısıtlandığı her durum, Rekabet Hukuku kurallarının ihlali anlamına gelmez. Genel olarak *rule of reason* yargısal doktrini, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesine ilişkindir. Shearman Kanununun rekabeti kısıtlayıcı her sözleşme, işbirliği ya da birleşmenin hukuka aykırı olduğunu belirten mutlak ifadesine karşı getirilen *rule of reason* yargısal doktrini, 1. maddedeki bu ifadeye, Rekabet Hukukunun amaçları ile uyumlu bir içerik kazandırmıştır.

Hakim White'ın da belirttiği gibi, Rekabet Hukukunun amacı, üretimin azalmasını önlemek ve genel refaha katkıda bulunmaktır<sup>202</sup>. *Rule of reason* yargısal doktrinine göre, 1. maddede yasaklanan rekabeti kısıtlayıcı her anlaşma değil, rekabeti kısıtlayarak genel refahta azalmalara yol açan anlaşmalardır. Bundan farklı bir uygulama, Rekabet Hukukunun amaçlarına ters düşen sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu sebepten de, rekabeti kısıtlayıcı her anlaşmanın *per se* hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek yanlıştır. White'ın ortaya attığı *rule of reason* yargısal doktrini, *per se* kavramına da yer vermekte ve bu amacın gerçekleşmesini engelleyici anlaşmalar, yani doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olanlar *per se* yargısal doktrinine tabidir. Bunlar dışındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar bakımından, hukuka aykırılık, ancak anlaşmanın piyasa koşulları, rekabete etkisi ve tarafların görünür amaçlarının incelenmesi sonucu belirebilir.

---

<sup>198</sup> BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978, 34; JOLIET, *The Rule of Reason in Antitrust*, 30.

<sup>199</sup> *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911).

<sup>200</sup> *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911).

<sup>201</sup> *Board of Trade of City of Chicago v. United States*, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

<sup>202</sup> *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911); SULLIVAN, *Handbook of the Law of Antitrust*, 175.

White'ın ortaya attığı *rule of reason* yargısal doktrini ile Joint Traffic Association kararının<sup>203</sup> gerekçe bölümünün karşıt anlamı da sonuç bakımından benzerdir. Aradaki fark, Standart Oil kararında, White'ın görüşlerinin ekonomik temele dayandırma çabasından doğmaktadır. Fiyatı kontrol etmek ile üretim arasındaki ilişkinin gözönüne alınması, Rekabet Hukukunun ile ekonomi bilimi verileri ağırlıklı bir hukuk dalı olarak gelişmesine yardımcı olmuştur.

Case Law sistemi içinde gelişen *rule of reason* yargısal doktrini başlangıçta *per se* yargısal doktrinine alternatif olarak ileri sürülmüştür<sup>204</sup>. Ancak, Standart Oil kararında da belirtildiği gibi, her iki doktrin arasında seçeneklik değil, birbirini tamamlama söz konusudur. *Rule of reason* yargısal doktrin, anlaşmaların rekabete etkilerinin piyasa koşullarının, ekonomik bulguların araştırılmasını öngörmüş olmasına karşılık *per se* yargısal doktrin, anlaşmanın varlığını hukuka aykırılık yargısına varmak için yeterli kabul etmesi, iki doktrin alternatif uygulamalar olduğu görüşünü desteklemez. Bu bakımdan, *per se* yargısal doktrini, diğerinden tamamen bağımsız bir görünüm vermekte ise de, uygulama ve kapsam bakımından *rule of reason* yargısal doktrininden ayrı düşünülemez<sup>205</sup>. Belki aradaki tek fark, *per se* doktrin uygulamadaki kesinliğine karşı, *rule of reason* yargısal doktrininin uygulanmasında, toplumun refahı ve anlaşmanın olumlu yönleri gibi kavramların, değerlendirmede gözönüne alınacak olması ve aynı derecede hukuki kesinlikten söz edilmemesidir.

Doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olmakla birlikte, rekabetin kısıtlanması sonucunu ortaya çıkaran anlaşmaların değerlendirilmesinde, anlaşmanın olumlu ve olumsuz yanlarının birlikte araştırılarak, değerlendirilmesi ve bu faaliyete temel teşkil edecek kriterlerin belirlenmesi, *rule of reason* yargısal doktrin uygulanmasında karşılaşılan en önemli sorundur<sup>206</sup>.

White, Standart Oil kararında genel prensipleri belirlemekle yetinmiş, *rule of reason* doktrin uygulanmasında, değerlendirmede dikkate alınacak unsurlar bakımından sessiz kalmıştır. Her ne kadar, White'ın Rekabet Hukukunun amacına ilişkin görüşlerinden, değerlendirmede gözönüne alınacak unsurların da belirlenen amaca uygun olmasının gerektiği sonucu çıkarsa da, bunun uygulanabilirlik açısından yeterli olmadığı açıktır.

---

<sup>203</sup> United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505 (1898).

<sup>204</sup> OPPENHEIM, Cases on Federal Antitrust Laws, St. Paul, 1948, 291,292.

<sup>205</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 195-196; KOVAR, 239.

<sup>206</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918); Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911); United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898); BREYER, Regulation and its Reform, Cambridge, 1982, 158.

*Rule of reason* yargısal doktrininin uygulanmasında karşılaşılan bu sorun ilk kez Board of Trade davasında<sup>207</sup> ele alınmıştır. Board of Trade of Chicago kararı *rule of reason* yargısal doktrininin gelişmesinde önemli bir yere sahiptir. Yüksek Mahkemenin bu davadaki görüşünü açıklayan Hakim Brandeis, ekonomik ağırlıklı bulguları bir kenara bırakarak *rule of reason* yargısal doktrinine daha kapsamlı bir içerik kazandırmaya ve bu doktrinin uygulanmasına esas teşkil edecek unsurları belirlemeğe çalışmıştır<sup>208</sup>. Davanın konusu, Şikago Ticaret Odasının, borsa çalışma saatleri dışında üyelerinin tahıl alım-satımı yapmalarını yasaklaması ve borsa çalışma saatleri dışında fiyatların borsa kapanış fiyatından farklı olamayacağı hususundaki kararının Rekabet Hukuku kuralları bakımından değerlendirilmesidir. Ancak, Hakim Brandeis kararda, dava konusu olan olayları bir yana bırakmış ve davayı *rule of reason* yargısal doktrininin geliştirilmesi için bir fırsat olarak görmüştür. Yüksek Mahkemenin görüşünü açıklayan Hakim Brandeis şöyle demiştir:

"Bir düzenlemenin ya da sözleşmenin hukuka aykırılığı, rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı kadar basit bir kıstasa bağlanmaz. Ticaret ile ilgili her sözleşme, her ticari düzenleme bir tür kısıtlamadır. Bağlayıcı olmak, kısıtlamak bunların özünde vardır. Hukuka uygunluğun doğru ölçüsü, kısıtlamanın rekabeti düzenlediği hatta geliştirdiği mi, yoksa sadece bastırıp yok ettiği midir? Bu soruyu cevaplandırmak için, piyasaya ilişkin bütün özellikler, kısıtlama öncesi ve sonrası ortaya çıkan koşullar ve kısıtlamanın türü ...(tarafaların) amaçları ve elde edilmek istenen sonuç ile ilgili olgular dikkate alınmalıdır."<sup>209</sup>

Hakim Brandeis'in *rule of reason* yargısal doktrini anlayışı ile Standart Oil kararında kabul edilen genel ilkeler arasında benzerlikler varsa da, doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olan anlaşmalar bakımından durum farklıdır. Hakim White'in doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olan anlaşmalar bakımından geçerliliğini koruyan *per se* doktrininin, Brandeis'in sisteminde yer yoktur. Bu da Brandeis'in ekonomi esaslı piyasa bulgularını bir kenara itmesinden ve Rekabet Hukukunu "küçük tacirler, değerli insanlar"<sup>210</sup> korumaya yönelik kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebepten, Brandeis'a göre rekabetin kısıtlayan anlaşmaların da muhakkak olumlu bir yanı vardır. Ancak belirttiğimiz gibi, bu olumlu etki, küçük ve dürüst tacirler bakımındandır. Piyasa teorileri ve

<sup>207</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

<sup>208</sup> JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 39.

<sup>209</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 228, 38 S.Ct. 239 (1918).

<sup>210</sup> "Küçük tacirler, değerli insanlar"ın korunmasını ilk kez Hakim Peckham United States v. Trans-Missourri Freight Association, 166 US 290 (1897) davasında ortaya atmış, daha sonra ki davalarda Rekabet Hukukunun dul ve yetimleri haline gelmiştir. Bakınız, Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918), United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d. 446 (1945).

ekonomik bulgular dikkate alındığında ise durum farklıdır. Dava konusu olan olayların ve maddi vakıaların değerlendirilmesinin ve kararın yerindeliliğinin tartışmalara açık olmasına rağmen<sup>211</sup>, Board of Trade kararı, anlaşmaların değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken unsurların belirlenmesi bakımından önem kazanmıştır. Trans-Missouri<sup>212</sup> ve Joint Traffic Association<sup>213</sup> kararlarına göre, rekabetin kısıtlandığının tesbit edilmesi üzerine daha başka hususların araştırılmasına gerek yoktur. Board of Trade davasında<sup>214</sup> ise, rekabetin farkedilebilir ya da belirli bir ölçünün üzerinde kısıtlanmış olmasının yanı sıra anlaşmanın veya düzenlemenin amacının, olumlu etkilerinin de dikkate alınmasının, olumlu ve olumsuz yönlerinin karşılaştırılmasının gerekli olduğu belirtilmektedir. Brandeis'a göre, hakim anlaşmanın bütün olumlu etkilerini gözönüne alarak söz konusu kısıtlamanın hukuka aykırı olup olmadığına karar verecektir.

Hakim Taft, Brandeis'in geliştirdiği uygulamanın belirsizliklere neden olacağına ve hakimleri "ne miktar rekabetin iyi, ne miktarının kötü" olduğu gibi, hukuki olmayan hususlarda karar vermeğe iteceğine, çok önceden, Addyston Pipe and Steel Co. kararında<sup>215</sup> açıkça belirtmişti. Taft, hangi oranda kısıtlamanın toplum yararına olduğuna karar vermeyi "şüpheler denizinde yelken açmak"<sup>216</sup> olarak nitelendirmektedir. Nitekim, *rule of reason* yargısal doktrini ile beraber, hakimlerin sübjektif değer yargıları da, Rekabet Hukukunda etkili olmağa başlamıştır<sup>217</sup>. Büyük depresyon döneminde karara bağlanan Appalachian Coal davasında da, Brandeis'in *rule of reason* yargısal doktrini uygulanmış, ülkenin genel durumu, ekonomide gözlenen gerileme ve kömür üreticilerinin sorunları dikkate alınarak davalıların faaliyetlerinin Rekabet Hukuku kurallarını ihlal etmediğine karar verilmiştir<sup>218</sup>. Appalachian Coal kararı da, Board of Trade kararı gibi vakıaları değerlendirmesi bakımından çok eleştirilmiştir<sup>219</sup>. Her iki kararda da göze çarpan ortak husus, Yüksek Mahkemenin olayları fiyat tesbit ve kartel anlaşması olarak vasıflandırmamaya gösterdiği özendir. Yüksek Mahkeme, her iki davada da fiyatı kontrole yönelik

---

<sup>211</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 178.

<sup>212</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290 (1897).

<sup>213</sup> United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505 (1898).

<sup>214</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

<sup>215</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 283 (1898).

<sup>216</sup> Set sail on a sea of doubt, United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 284 (1898).

<sup>217</sup> Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933).

<sup>218</sup> Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 378, 53 S.Ct. 480 (1933)

<sup>219</sup> Appalachian Coal kararında, 1930 depresyon yıllarının başındaki New Deal politikasının etkisi de vardır. Ekonomik depresyon'a neden olarak ilk yıllarda aşırı rekabet gösterilmiş ise de, daha sonraki yıllarda bu görüş tamamen değişmiş ve depresyonun temel nedeninin tek el ve karteller olduğu ileri sürülmüştür. SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 181; POSNER-EASTERBROOK, 127.

faaliyetleri farklı nitelendirerek, rekabeti doğrudan kısıtlamak amacı ile yapılan anlaşmaların tabi olacağı uygulama konusunu açık bırakmıştır. Her ne kadar, Hakim Brandeis Board of Trade kararında, rekabeti kısıtlayan her anlaşmanın *rule of reason* yargısal doktrininin kapsamında değerlendirilmeğe tabi tutulacağını ifade etmiş ise de, bunu rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik ya da başka bir ifade ile, doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olan anlaşmalara doğrudan uygulamaya kaçınmıştır. Bu da aksini açıkça belirtmesine rağmen, Brandeis'in Standart Oil kararının etkisinden tamamen kurtulamamış olduğu şeklinde yorumlanabilir.<sup>220</sup>

### 3. *Per Se* Yargısal Doktrini

*Per se* yargısal doktrinine temel teşkil eden görüşlere, ilk davalardan itibaren rastlanır.<sup>221</sup> Daha sonraları *rule of reason* görüşüne paralel olarak *per se* yargısal doktrini gelişmiş ve Rekabet Hukuku uygulamasında vazgeçilmez bir nitelik kazanmıştır.<sup>222</sup> Joint Traffic davası<sup>223</sup>, tarafların taşıma fiyatını kontrol etmek için yaptıkları anlaşmanın Rekabet Hukukuna göre değerlendirilmesine ilişkindir. Yüksek Mahkeme, bu olayda tarafların aralarında yaptıkları fiyatı kontrole yönelik anlaşmaların rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçladığı ve bu tür anlaşmaların varlığının rekabet sistemi ile bağdaşmayacağına karar vermiştir.<sup>224</sup> *Rule of reason* yargısal doktrininin ilk kez uygulanma olanağının ortaya çıktığı Standart Oil of New Jersey davasında, yapısı, mahiyeti ve kaçınılmaz sonucu rekabeti kısıtlamak olan anlaşmaların, *per se* hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.<sup>225</sup> Böylece, *rule of reason* ve *per se* yargısal doktrinleri, birbirlerini tamamlayan iki doktrin olarak gelişmeye başlamış ve rekabeti doğrudan kısıtlamak amacına yönelik anlaşmaların bizatihi hukuka aykırı kabul edilmesi, *per se* yargısal doktrini olarak hukuk literatürüne geçmiştir.

*Per se* yargısal doktrininin yer aldığı ikinci önemli dava sıhhi tesisat üreticilerinin kurdukları kartel ile satış fiyatını ve satış yapılacak toptancıları belirledikleri United States v. Trenton Potteries Co. davasıdır.<sup>226</sup> İlk derece mahkemesinin kararının temyiz mahkemesince bozulması üzerine, davaya bakan Yüksek Mahkemenin ilk derece mahkemesinin kararını destekleyen görüşünü açıklayan Hakim Stone'a göre,

<sup>220</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 188.

<sup>221</sup> AREEDA, Antitrust Law, c.VII, 366.

<sup>222</sup> GELLHORN, 178-180; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 195; KOVAR, 239.

<sup>223</sup> United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505 (1898).

<sup>224</sup> ibid.

<sup>225</sup> Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911)

<sup>226</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 392, 47 S.Ct. 377 (1926).



"Her fiyat tesbit anlaşmasının amacı ve sonucu, eğer etkili olursa, rekabeti bir şekilde kısıtlamaktır. ... Böyle bir güce sahip anlaşmaların hukuka aykırılığı ... kendiliğinden doğar."<sup>227</sup>

Sihhi tesisat üreticilerinin kartelinin ileri sürdüğü, tesbit edilen fiyatın makul olduğu, ticaretin etkilenmediği iddiaları da Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiş ve Hakim Stone, makul kısıtlama üzerindeki tartışmaları şu sözler ile sona erdirmiştir.

"Tesbit edilen makul fiyat, iktisadi ve ticari gelişmeler sonucu, yarının makul olmayan fiyatı haline gelebilir. Anlaşmanın rekabeti ortadan kaldırması sonucu, bir kez tesbit edildikten sonra değiştirilmeden de sabit tutulabilir."<sup>228</sup>

Trenton Potteries Co. kararı, karteller tarafından ileri sürülen, tesbit edilen fiyatın makul olduğu savunmalarına son vermiş<sup>229</sup> ise de, yeni bir sorunu ortaya çıkarmıştır. Kararda, her etkin fiyat anlaşmasının rekabeti kısıtladığı ileri sürülmekte ve anlaşma ile fiyatı kontrol edebilme gücüne sahip kişilerin, ticari ve iktisadi koşulların daha düşük bir fiyata yol açması halinde, fiyatı düşürmeyerek uzun süre sabit tutacakları ve bunun da ekonomik yaşama zarar vereceği belirtilmektedir. Acaba anlaşmanın tarafları kendi başlarına, fiyatı etkilemek gücüne sahip değillerse, yapılan anlaşma gene de aynı kurallara tabi olacak mıdır? Davalıların savunmalarını, fiyatın makul olduğuna<sup>230</sup> ve ticaretin olumsuz etkilenmediğine dayandırmalarına rağmen, mahkemenin firmaların piyasanın yüzde seksenikisine hakim olduklarını tesbit etmiş olması üzerine, bu soruna fazla bir önem verilmemiştir.

Benzer bir duruma, Addyston Pipe and Steel Co. davasında<sup>231</sup> da rastlanır. Davalıların fiyatı kontrol gücüne sahip olmadıkları savunmasını, Yüksek Mahkeme anlaşma sonrası fiyatların aşırı artmış olduğunu tesbit etmiş olduğu gerekçesi ile reddetmiş ve fiyatı kontrol etmek gücüne sahip olmama durumunda uygulanacak kuralı açıklama fırsatını kaçırmıştır.

Trenton Potteries davasında da cevapsız bırakılan bu sorun, United States v. Socony-Vacuum Oil Co. davası<sup>232</sup> ile nihai çözüme ulaşmıştır. *Rule of reason* yargısal doktrinine temel karar olarak gösterilen Standart Oil kararı gibi,

---

<sup>227</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 397, 47 S.Ct. 382 (1926);

<sup>228</sup> ibid.

<sup>229</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 396, 47 S.Ct. 381 (1926);

<sup>230</sup> AREEDA, Antitrust Law, c.VII, 364-365; The Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 14.

<sup>231</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

<sup>232</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940).

Socony-Vacuum Oil Co. kararı da *per se* doktrinine temel teşkil eder<sup>233</sup>. Petrol rafineri şirketleri, depresyon yılları sırasında çeşitli zorluklar ile karşılaşmışlardır. Büyük rafineriler, küçük üreticilerin fiyatı düşürmelerini önlemek için satın alma planları yapmışlar ve işbirliği ile fiyatları kontrol etmişlerdir. Ülkenin ekonomik koşulları, endüstrinin içinde bulunduğu durum, Appalachian Coals davasında<sup>234</sup> karşılaşılan koşullara oldukça benzemektedir. Yüksek Mahkeme davalıların, kendilerinin petrol üreticisi olmalarına rağmen, piyasada fiyatın düşmesine mani olmak için, işbirliği halinde piyasadaki küçük rafinerilerden petrol ürünleri satın alıp depolamalarını, fiyat tesbitine yönelik eylem olarak nitelendirmiştir. Davalıların, fiyatların serbest rekabet piyasasında oluşacak fiyatın üzerinde olmadığı iddiaları ise, Trenton Potteries kararı ilkeleri doğrultusunda sonuçlandırmış ve fiyatların makul olduğu savunmasının dikkate alınamayacağı belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, Trenton Potteries kararını bir adım daha ileri götürmüş ve aşırı rekabetin zararlı olduğu iddialarının da kabul edilemeyeceğini açıklamıştır. Appalachian Coals davasından altı yıl sonra verilen bu kararda, depresyonun aşırı rekabetten kaynaklandığını iddialarının gerçeği yansıtmadığı yargısına varan Yüksek Mahkeme, serbest rekabeti yeniden ulaştırılması gereken nihai amaç olarak kabul ettiğini aşağıdaki şekilde bildirmiştir.

"Fiyat tesbit anlaşmalarını haklı göstermek için, mahvedici rekabet veya rekabetin kötülükleri, tarafların iyiniyeti, rekabetin kötü sonuçlara yol açtığı veya aşmasının muhtemel olduğu savunmaları, kanunkoyucu tarafından kabul edilmemiştir. ... Shearman Kanununa göre, bir malın fiyatını düşürmek, arttırmak, sabit tutmak amacına yönelik birleşme ve anlaşmalar *per se* hukuka aykırıdır."<sup>235</sup>

Ayrıca, tarafların piyasa etkinlikleri elde etmeyi hedefledikleri amacı gerçekleştirmek için yeterli olmasa da, fiyat tesbit anlaşmaları *per se* hukuka aykırıdır. Socony-Vacuum kararında, bunu açıkça belirten Yüksek Mahkemeye göre,

"... Shearman Kanununun 1. maddesinin ihlali için, fiyat tesbit etmek gücünün ve amacının birlikte bulunması gerekli değildir."<sup>236</sup>

Bundan çıkan sonuca göre taraflar, amaçlarını elde etmek için gerekli olan etkinlikten yoksun dahi olsalar, işbirliği ile fiyatı tesbit etmeleri kanunun 1.

---

<sup>233</sup> JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 45.

<sup>234</sup> Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933).

<sup>235</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 221-223, 60 S.Ct. 811,843 (1940).

<sup>236</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 244, 60 S.Ct. 854 (1940).

maddesinin ihlalidir<sup>237</sup>. Rekabetin doğrudan kısıtlanması amaçlandığında ya da bu yönde bir etkinin tesbit edildiği durumlarda, hukuka aykırılığın belirlenmesi için diğer herhangi bir hususun kanıtlanması gerekmemektedir<sup>238</sup>. Hakim Stone'e göre fiyat tesbit anlaşması ile rekabetin ortadan kaldırılmasına ya da kısıtlanmasına çalışılmaktadır. Aynı iddia rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik bütün anlaşmalar için de geçerlidir<sup>239</sup>.

Socony-Vacuum kararı, bu tartışmalara son vermesi, yani kartel sözleşmeleri ve rekabet kavramının bağdaşmaz olduğunu belirlemesi bakımından önemlidir. Fiyat tesbit, piyasa bölüşme gibi kartel anlaşmalarının rekabete olan etkisinin sadece olumsuz yönde olduğunun tartışma konusu yapılması dahi sözkonusu olamaz<sup>240</sup>. Bu, rekabet kavramı ile bağdaşması mümkün olmayan kartel sözleşmelerinin *per se* hukuka kabul edilmelerine sebep olan ilk nedendir. Diğer başka bir sebep ise, *per se* yargısal doktrinin doğuş yıllarında ileri sürülen, kanunkoyucunun, böyle bir araştırma yapma yetkisini mahkemelere vermemiş olduğu düşüncesidir<sup>241</sup>.

#### **4. Rule of Reason ve Per Se Yargısal Doktrinlerinin Günümüzde Gösterdiği Gelişmeler**

##### **a. Genel Olarak**

1920'li yıllarda ileri sürülen *rule of reason* ile buna alternatif uygulama gibi ileri sürülen *per se* yargısal doktrini, günümüz Rekabet Hukukunda hala önemini korumaktadır. Ekonomi bilimindeki gelişmeler ile birlikte her iki uygulamaya ilişkin yerindelik tartışmaları artmış ise de, gerek *rule of reason* ve gerekse *per se* yargısal doktrinleri önemli sayılmayacak değişikliklerle günümüzde de hala geçerlidir.

Board of Trade kararından<sup>242</sup> sonra da, *rule of reason* yargısal doktrinine Yüksek Mahkemenin çeşitli kararlarında rastlanır. Günün geçerli ve baskın ekonomik görüşlerine paralel olarak *rule of reason* uygulaması değişik görünüşler arz etmiştir. *Per se* yargısal doktrini bakımından da durum pek farklı

<sup>237</sup> AREEDA, Antitrust Law, c.VII, 400-401; GELLHORN, 180.

<sup>238</sup> NEALE-GOYDER, 31-32; BREYER, 158.

<sup>239</sup> GELLHORN 180.

<sup>240</sup> United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505 (1898); United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940); United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505 (1898); Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933).

<sup>241</sup> Hakim Harlan'ın Standard Oil of New Jersey davasındaki muhalefet şerhinde ileri sürdüğü bu görüş ile Hakim Peckham'ın Addyston Steel and Pipe Co. davasında, hakim hukuki olmayan konularda karar vermeğe zorlanamayacağı görüşü arasında bağlantı vardır.

<sup>242</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

değildir. Trenton Potteries<sup>243</sup> ve Socony-Vacuum kararları<sup>244</sup> ile fiyat belirleme anlaşmalarının *per se* hukuka aykırı olarak kabulünden sonra, mahkemeler bu doktrinin uygulama alanına girecek sözleşme ve davranış türlerini kataloglama yoluna girmişlerdir. Ancak, belirli bir konudaki anlaşmanın *per se* hukuka aykırı olduğu türünden bir karar, aynı konunun *rule of reason* çerçevesinden çıktığı anlamına geleceğinden bu faaliyet her iki doktrinin kapsamının belirlenmesi bakımından da önem kazanmıştır.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukuna temel teşkil eden Roma Andlaşmasının 85. maddesinde de, doğrudan olmasa bile, *per se* ve *rule of reason* yargısal doktrinlerinin etkileri gözlenmekte ve her iki hukuk düzenindeki yapısal farklılıklara rağmen, varılan sonuçlar paralellik arz etmektedir.

## **b. Amerika Birleşik Devletleri Hukukundaki Gelişmeler**

Board of Trade<sup>245</sup> ve Appalachian Coal<sup>246</sup> kararlarından sonra da *rule of reason* yargısal doktrini, mahkemelerce çeşitli kararlarda uygulanmıştır. Board of Trade kararında, rekabetin kısıtlanmasına neden olan anlaşmaların hukuka aykırılığının ancak bunların olumlu ve olumsuz yönlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Daha sonraki kararlarda ise, *rule of reason* yargısal doktrinine ilişkin temel sorunlar, *rule of reason* yargısal doktrinine göre değerlendirilecek anlaşmaların belirlenmesi ve bu uygulamada gözönüne alınacak kriterlerin tesbiti olmuştur.

Board of Trade kararından önce de *rule of reason* yargısal doktrinine göre değerlendirilecek anlaşmaların tesbitine yönelik faaliyetlere rastlanır. Hakim Taft'ın rekabeti doğrudan ve ikinci dereceden kısıtlama<sup>247</sup> ile Hakim White'in doğal sonucu ve etkisi rekabeti kısıtlamak ayırımları<sup>248</sup>, dolaylı da olsa *rule of reason* doktrininin uygulama alanını tesbite yöneliktir. Hakim Brandeis'in Board of Trade kararındaki,

"Bir sözleşmenin hukuka aykırılığı, rekabeti kısıtlamış olup olmadığı gibi basit bir kritere, tabi olamaz"<sup>249</sup>

<sup>243</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 392, 47 S.Ct. 377 (1926).

<sup>244</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940).

<sup>245</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

<sup>246</sup> Appalachian Coal Inc. v. United States, 288 US 344, 53 S.Ct. 471 (1933).

<sup>247</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

<sup>248</sup> Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911).

<sup>249</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).

şeklindeki *per se* doktrininin tamamen reddeden sözleri, öncekilerin yaklaşımından farklı ise de, daha sonraki kararlarda bu görüş fazla rağbet görmemiştir. Trenton Potteries kararı<sup>250</sup> ile *per se* yargısal doktrini, Yüksek Mahkemenin yerleşik içtihadı haline gelmiş ve *rule of reason* yargısal doktrininin uygulama alanının belirlenmesini bir mecburiyet haline dönüştürmüştür. Board of Trade kararında getirilen, her anlaşmanın kendi içinde serbestce değerlendirilmesi kuralının yol gösterici olmaması, Pechkam - Taft- White görüşünün geçerliliğini korumasına yaramıştır.

*Rule of reason* yargısal doktrininin, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan ya da doğal sonucu rekabeti kısıtlamak olmamasına rağmen rekabetin kısıtlanmasına yol açan anlaşmalara uygulanması görüşü, günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Ancak, hangi anlaşmaların rekabeti doğrudan ya da ikinci derecede kısıtladığı ya da tarafların daha önceden denenmemiş bir türde anlaşma yapmaları halinde bu anlaşmanın hangi gruba gireceği sorununa, Peckham -Taft-White görüşü, çözüm getirememektedir. Hangi anlaşmaların rekabeti doğrudan kısıtladığı sorununda, ekonomik piyasa araştırmaları ve analizlerinden yararlanmak mümkün ise de, Rekabet Hukukunun ilk yıllarında bunlar hakkında yeterli bilginin bulunmaması sebebi ile Taft, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmaları, mantık kurallarına göre belirlemeğe çalışmış ve rekabetin kısıtlanması amacından başka bir gaye uğruna yapılmış ancak rekabetin kısıtlanması sonucuna da yol açmış anlaşmalar şeklinde tanımlamıştır<sup>251</sup>. Taft, rekabetin ikinci dereceden kısıtlanmış olması için, tarafların rekabeti kısıtlamaktan başka saik ile anlaşmalarını gerekli görmektedir. Ancak, Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasında tarafların amaçlarının ikinci planda görülmesi, Taft'ın rekabeti ikinci dereceden kısıtlanmasına ilişkin tanımının yeterliliğini tartışılır hale getirmiştir.

Socony-Vacuum kararında<sup>252</sup>, anlaşmanın değerlendirilmesinde tarafların amaçlarının dikkate alınamayacağı, açıkca ifade edilmişse de ve *per se* yargısal doktrininin uygulama alanını belirlemede, kazuistik metoda sadık kalınarak sistematik bir düzenleme getirilmemiştir. Bu karardan sonra uzun yıllar *per se* yargısal doktrininin uygulama alanı, fiyat tesbit, üretim miktarını kontrol<sup>253</sup> ve piyasa bölüşme<sup>254</sup> anlaşmaları ile sınırlı kalmıştır.

<sup>250</sup> United States v. Trenton Potteries Co. et al., 273 US 392, 47 S.Ct. 377 (1926).

<sup>251</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271, 282 (1898).

<sup>252</sup> United States v. Socony-Vacuum Oil Co. 310 US 150, 60 S.Ct. 811 (1940).

<sup>253</sup> United States v. Sealy, Inc., 388 US 150 (1940).

<sup>254</sup> GELLHORN, 179-180; BREYER, 158.

Tarafların amaçlarının Rekabet Hukukunda önemli olmadığı ilkesinin kabulünden sonra, United States v. Northern Pacific Railroad davasında<sup>255</sup>, Yüksek Mahkeme *per se* yargısal doktrininin kapsamını teorik olarak belirleme yolunu tutmuş ve daha önceki kararlarda reddedilmiş olan tarafların anlaşmadaki amaçlarını dikkate almak görüşünü, objektif bir kriterle doldurmaya çalışmıştır. Yüksek Mahkeme Northern Pacific kararında, rekabete zararlı etkisinin sabit olduğu ve olumlu yönü bulunmadığını kabul edilen anlaşma ve eylemlerin hangi amaç ve saik ile yapıldığını araştırmanın gereksiz ve faydasız olduğu sonucuna varmıştır<sup>256</sup>.

Böylece Northern Pacific kararı ile, *rule of reason* doktrininin yanı sıra, içtihat hukuku ile yaratılan *per se* doktrininin uygulama alanı, rekabete sadece olumsuz etkisi olduğu herkesce kabul edilen anlaşmalar olarak belirlenmiştir. Her iki koşulun, yani rekabete zararlı etkinin ve hiç bir olumlu yanın bulunmadığının herkesce kabul edilmesi halinde, böyle bir anlaşmanın varlığı tarafların hukuka aykırı davrandığının kanıtıdır. Hangi anlaşmaların bu kategoriye girdiği ise, içtihatlar ve ekonomik araştırmalar sonucu belirlenecektir<sup>257</sup>.

Böylece *per se* doktrini ile *rule of reason* arasında önemli bir farkın olmadığı ortaya çıkmaktadır<sup>258</sup>. *Per se* doktrini, *rule of reason* doktrininin öngördüğü, rekabete olan etkinin araştırılmasını gereksiz görmektedir ki, bu gibi durumlarda da belirli konudaki anlaşmaların rekabete olumsuz etkilerinin kanıtlanmış olduğu hallerdir. Bu konularda tekrar araştırma yapılmasında herhangi bir yararın olmadığı ileri sürülmüştür. *Per se* yargısal doktrininin rekabete zarardan başka etkisi bulunmadığı herkesce kabul edilen ve olumlu yönü bulunmayan anlaşmalar ile sınırlanması, *rule of reason* yargısal doktrininin uygulama alanının rekabete olan etkinin belirsiz ya da kesin olmayan anlaşmaları da kapsayacak şekilde genişlemesine yol açmıştır<sup>259</sup>. Hangi anlaşmaların rekabeti sadece olumsuz etkilendiğinin ve rekabeti doğrudan kısıtlamaya yöneldiğinin tesbitinin *rule of reason* yargısal doktrinince öngörülen kriterlere göre belirlenmesi, *per se* doktrinini diğer doktrininin özel bir hali durumuna getirmiştir. Anlaşmanın *per se* doktrininin şartlarını gerçekleştirip gerçekleştirmediği *rule of reason* doktrinine göre belirlenecek ve ancak anlaşmanın rekabeti kısıtlamaktan başka bir amaç taşımadığının saptanması halinde, *per se* yargısal doktrini uygulama olanağı bulacaktır. Örneğin, Hakim Douglas, White

<sup>255</sup> United States v. Northern Pacific Railroad, 365 US 1 (1958).

<sup>256</sup> ibid 5.

<sup>257</sup> ibid 13-14.

<sup>258</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 196.

<sup>259</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Boston, 1981, 431.

Motor davasında<sup>260</sup>, dikey piyasa bölüşmesi anlaşmasının ticarete ve rekabete etkileri konusunda kesin bilgilere sahip bulunulmadığını ileri sürerek, anlaşmanın *per se* hukuka aykırı kabul edilemeyeceğini söylemiştir.

İki doktrin arasındaki bu sıkı ilişki nedeniyle bazı yazarlar *per se* doktrininin tamamen reddedilmesinin, sonuç bakımından bir değişikliğe neden olmayacağını ileri sürmüşlerdir<sup>261</sup>. Gerçekten de, rekabeti doğrudan kısıtlayan anlaşmaların *rule of reason* çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, fiyat tesbiti, piyasa bölüşülmesi, üretimin kontrolü gibi konularda yapılmış olan anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin yanı sıra hiçbir olumlu etkisi bulunamayacağı için, sonuç *per se* uygulamasından farklı olmayacaktır.

National Society of Professional Engineers v. United States<sup>262</sup> ve Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, Inc.<sup>263</sup> davaları, *per se* ve *rule of reason* yargısal doktrinlerinin uygulanması bakımından önemlidir. National Society of Professional Engineers davasında, mühendisler birliğinin koyduğu mesleki kuralların, rekabeti kısıtlamaya yönelik olduğu iddia edilmiştir. Birliğin, dava konusu olan kuralları, fiyat rekabetini ortadan kaldırmaya yönelik olmakla beraber, mühendislik hizmetlerinin özel bir ihtisas gerektirmesi sebebi ile farklı bir uygulamaya tabi olacağı düşüncesi, Yüksek Mahkemeyi bunların rekabete etkisini araştırmağa itmiştir. Yüksek Mahkemenin görüşünü açıklayan Hakim Stevens'a göre, Shearman Kanununun birinci bölümünde "her sözleşme" şeklindeki ibare ile ifade edilenle ifade edilmek istenen arasında fark vardır. Çünkü kanunkoyucu "her" rekabeti kısıtlayıcı sözleşmenin hukuka aykırı olduğunu kastetmiş olması, her sözleşmede bir miktar kısıtlama olgusunun var olması nedeni ile mümkün değildir<sup>264</sup>.

Belirli bir konunun *rule of reason*'a tabi olması, tarafların sorumsuzluğunu ya da anlaşmanın hukuka uygunluğu anlamına gelmez. Örneğin National Society of Professional Engineers davasında *per se* doktrinini olaya uygulamayı reddeden Yüksek Mahkeme, mühendisler birliğinin yayınladığı meslek kurulları tüzüğünü *rule of reason* doktrini içinde değerlendirmiş ve sonuçta da bu tüzüğün hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, Inc. davası<sup>265</sup> da, *per se* ve *rule of reason* doktrinlerinin

<sup>260</sup> White Motor Co. v. United States, 372 US 252, 83 S.Ct.696 (1967); Note: Concept of Price Fixing and Market Division, 75 YLJ 371, 378 (1966).

<sup>261</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 196.

<sup>262</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 679 (1978).

<sup>263</sup> Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, 441 US 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed. 2d 1 (1979).

<sup>264</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 637, 679, 690,(1978).

<sup>265</sup> Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, 441 US 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed. 2d 1 (1979).

uygulanmasında Yüksek Mahkemenin genel yaklaşımını göstermesi bakımından önemlidir. Fiyat tesbit anlaşmalarının *per se* hukuka aykırı kabul edilmesine karşılık, telif haklarının kullanılması sırasında hak sahibine tanınan yetkilerin aşılmasının piyasa fiyatını etkilemesi halinde, Yüksek Mahkeme *rule of reason* doktrinine göre değerlendirileceğini belirterek fiyat belirlemeğe yönelik anlaşmaların *per se* hukuka aykırı olması kuralına, *rule of reason* kavramı içinde istisna getirmiştir. *Per se* yargısal doktrininin uygulanmasındaki gerekçenin, rekabete olumsuz etkisi yanında olumlu yönün de bulunmaması olduğu ancak, olayda telif hakkının kullanılmasının söz konusu olduğundan olumlu yönlerin de bulunabileceğini kabul eden Yüksek Mahkeme, bidayet mahkemesinin anlaşmayı *per se* hukuka aykırı kabul etmesini, eksik araştırma sebebi ile bozmuştur.

Amerikan Hukukunda Shearman Kanununun 1. maddesinde yer alan mutlak yasaklayıcı ifade, Yüksek Mahkemenin yarattığı *per se* ve *rule of reason* yargısal doktrinleri ile yeni bir içerik kazanmış ve anlaşmaların rekabete olumsuz etkileri ile beraber diğer etkilerinin de dikkate alınarak değerlendirilmesi şeklinde daha esnek bir yapıya kavuşmuş ise de, her iki doktrin kendilerine özgü sorunları da beraberinde getirmiştir. Sorunlardan ilki, doktrinlerin uygulanacakları durumları ya da başka bir ifade ile her iki doktrinin uygulama alanlarının tayinidir. Diğer sorun ise, doktrinlerin uygulanmasında dikkate alınacak kriterlerin belirlenmesidir.

İlk sorun, rekabeti doğrudan kısıtlamak amacı ile olan veya bu etkiyi yapacak anlaşmalar ile rekabeti kısıtlamaktan başka bir amaca sahip olmakla beraber rekabetin kısıtlanmasına yol açan anlaşmalar şeklinde bir ayırım esas alınarak çözümlenmiştir. Ancak, bu ayırımın da mutlak olmadığı, Broadcast Music<sup>266</sup> ve National Society of Professional Engineers<sup>267</sup> kararlarından anlaşılmaktadır.

Değerlendirmede dikkate alınacak unsurların tayini konusunda ise değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu da, Rekabet Hukukunun amaç ve fonksiyon konusundaki farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır. Hakim White, Rekabet Hukukunun amacının üretimin artırılması olduğunu iddia etmekte<sup>268</sup>, tüketicinin korunmasına yönelik bir Rekabet Hukuku politikasını desteklemektedir. Anlaşmanın olumlu veya olumsuz yönlerinin araştırılması, piyasa ve ekonomik koşullar gözönüne alınarak yapılacaktır. Buna karşı Hakim Bradeis, Board of Trade of Chicago kararında<sup>269</sup>, Hakim Peckham'ın<sup>270</sup> "small dealers, worthy

<sup>266</sup> ibid.

<sup>267</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 679 (1978).

<sup>268</sup> Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911).

<sup>269</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 231, 38 S.Ct. 242 (1918).



men"<sup>271</sup> kavramını yeniden ön plana çıkararak, tüketicilerin çıkarları ile küçük üretici ve aracılardan çıkarlarını dengelemeye çalışmıştır. Bunun sonucunda da Rekabet Hukuku'nun uygulanmasında, anlaşmaların sosyal yararlarının da değerlendirmeye alınması sağlanmıştır. Brandeis'in *rule of reason* yargısal doktrini, çeşitli eleştirilere hedef olmuş<sup>272</sup> ise de, Başkan Jefferson'un "ülkenin değerli küçük tacirleri" teması çeşitli davalarda tekrarlanmıştır<sup>273</sup>.

Rekabet Hukukunun amaçlarına yönelik tartışmalar, bu yargısal doktrinlerin uygulanmasında gözönüne alınacak unsurların belirlenmesinde önemli rol oynamıştır. Verimliliği esas alan görüş, tüketicinin korunmasını ön plana alarak, ticarete ve rekabete olan olumlu ve olumsuz etkiler arasında bir denge kurulmasını savunurken, Rekabet Hukukuna ekonomik ve sosyal yaşamı düzenlemek gibi fonksiyon veren karşıt görüş, anlaşmaların değerlendirilmesinde sadece ekonomik bulguların yeterli olmadığını savunmuştur.

Rekabet Hukuku ile rakiplerin mi yoksa rekabetin mi korunduğu tartışması rekabet olgusu lehine gelişme göstermiştir<sup>274</sup>. Ancak bu, verimlilik uğruna küçük teşebbüslerin tamamen hukuki korumadan yoksun bırakıldıkları anlamına gelmez. Diğer firmaların uyumlu eylem yoluyla, küçük ve piyasada etkinliği yok denecek kadar az olan bir işletmeyi piyasa dışında bırakma faaliyetlerinden doğan zararlar Shearman Kanununun 1. maddesi kapsamına girer<sup>275</sup>. Brown Shoe davasında<sup>276</sup> ise, Yüksek Mahkeme küçük mahalli üreticilerin çıkarları ile tüketicilerin çıkarları arasında tercih yapmak durumu ile karşılaştığında Rekabet Hukuku ile Sosyal Politikayı birleştirme çabasına girmiştir. Ancak, Yüksek Mahkeme her iki kararda Rekabet Hukukuna, yabancı unsurları dahil etme sebebi ile eleştirilebilir ve bu sebepten de bu kararlar emsal olmaktan uzaktırlar. Nitekim, Yüksek Mahkeme de, daha sonraki kararlarında, anlaşmaların hukuka aykırılığının tesbitinde ancak anlaşmaların rekabete olumlu ve olumsuz yönlerinin ele alınacağını bildirenerek<sup>277</sup>, iktisadi verimlilik ağırlıklı ve tüketiciyi korumaya yönelik bir Rekabet Hukuku uygulaması içine girmiştir.

---

<sup>270</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290 (1897).

<sup>271</sup> Küçük tacirler, Değerli insanlar!

<sup>272</sup> SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 188; BORK, The Antitrust Paradox, 44.

<sup>273</sup> White Motor Co. v. United States, 372 US 253, 83 S.Ct.697 (1967); United States v. Arnold, Schwinn and Co., 388 US 365, 87 S.Ct. 1856 (1967).

<sup>274</sup> SCHWARTZ, Justice and Other Non-Economic Goals of Antitrust, 127 University of Pennsylvania Law Review 1078 (1979).

<sup>275</sup> Klors Inc. v. Broadway-Hale Stores Inc., 359 US 207 (1959).

<sup>276</sup> Brown Shoe Co. v. United States, 370 US 294, 344 (1962).

<sup>277</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 679 (1978).

## C. Roma Antlaşmasının 85. Maddesinin 3. Paragrafına Göre Rekabet Hukukunun Uygulanma Koşulları

### 1. Genel Olarak

Avrupa Topluluğunda aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların, anlaşma ve uyumlu eylem ile, rekabeti yatay kısıtlanmalarını düzenleyen Roma Antlaşmasının 85. maddesinde iki kademeli bir uygulama öngörülmüştür. 85. maddenin 1. paragrafında ticareti, rekabeti kısıtlama yolu ile etkileyen anlaşmaların yasaklanmış olduğu belirtilirken, aynı maddenin 3. paragrafında rekabeti kısıtlayıcı bazı faaliyetlere izin verilebileceği hükmü getirilmiştir<sup>278</sup>. Shearman Kanununun "her anlaşma" şeklindeki ifadesine getirilen eleştirilerin ve yargısal faaliyetler ile yaratılan, *per se ve rule of reason* doktrinlerinin etkileri, 85. maddenin 3. paragrafında gözlenmiştir<sup>279</sup>.

Roma Antlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı kapsamına giren her anlaşma 2. paragrafda belirtildiği gibi hükümsüz değildir<sup>280</sup>. Rekabeti kısıtlamakla beraber, olumlu yanlarının bulunması halinde 85/3'e göre, bu anlaşmalar 1. paragraf dışında tutulabilecektir.

85. maddenin 3. paragrafı, rekabeti kısıtlayan anlaşma ve uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının,

- a) Malların üretim ve dağıtımını iyileştirmeğe veya teknik ve teknik gelişmeye yardımcı olması,
- b) Tüketicilerin doğacak yarardan uygun ölçüde faydalanması,
- c) Bu amaçları gerçekleştirmek için gerekli sınırlamalar dışında başka sınırlamalar getirilmemesi,
- d) Söz konusu malların, piyasanın önemli sayılabilecek bir bölümünde başka sınırlamalar getirilmemesi, durumunda 85. maddenin 1. paragrafı dışında tutulabileceğini belirtmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, rekabeti kısıtlayarak sebep oldukları zarar ile olumlu yönlerin dengelenmesi öngörülürken, sebep oldukları zarar ile olumlu etkilerin gözönüne alınacağı da belirtilmiştir<sup>281</sup>. Teşebbüsler arasındaki rekabeti etkileyen anlaşmaların, Roma Antlaşmasının 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerine tabi olması, *de minimis*

<sup>278</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 58; BELLAMY-CHILD, 137.

<sup>279</sup> KOVAR, 241; MERKIN-WILLIAMS, 62; Aksi görüş için bakınız JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 114, 115.

<sup>280</sup> WISH, 195; BERNINI, 370.

<sup>281</sup> MATHIJSEN, A Guide to European Community Law, London, 1985,176; ALEXANDER, 15.

doktrini<sup>282</sup> ile, 85. maddenin 1. paragrafındaki koşulların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlıdır<sup>283</sup>.

85. maddenin 3. paragrafının uygulanabilmesi için dört koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>284</sup>. 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları bu koşulların gerçekleşmesi halinde 85. maddenin 1. paragrafı uygulanmasının dışında tutulabilecektir.

## 2. Yarar Koşulu

### a. Genel Olarak

85. maddenin 3. paragrafında belirtilen olumlu etkilerden ilki yararadır<sup>285</sup>. Rekabeti kısıtlayarak, ticareti olumsuz yönde etkileyen anlaşmanın, 85. maddenin 1. paragrafına tabi olmaması ancak anlaşmanın belirli yararlarının olması halinde mümkündür. Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 3. paragrafında, hangi konulardaki yararların gözönüne alınacağı da belirtilmektedir. Malın üretimi ve dağıtımındaki gelişmeye katkı, teknik ve iktisadi ilerlemeyi desteklemek, olumlu yarar olarak nitelendirilmiştir<sup>286</sup>. Yarar olarak belirlenen konular arasında yakın bir ilişki vardır. Bu sebepten, rekabeti kısıtlayan anlaşmaların, bunlardan birini veya birkaçını içermesi oldukça sık rastlanan bir durumdur<sup>287</sup>. Üretimi geliştirmek ile teknik gelişmelere yardımcı olmak unsurları çoğunlukla aynı şeyleri ifade ederler. Malın dağıtım sistemine katkıda bulunmak ise, rekabetin dikey kısıtlanmasının kapsamına girmektedir. Buna karşılık, tekniği ve üretimi geliştirmeye veya teknik gelişmelere katkıda bulunma koşulu, rekabetin yatay kısıtlanması, yani piyasada aynı seviyede faaliyet gösteren firmalar arasındaki anlaşmalar ile yakından ilgilidir.

Aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların, ortak araştırma faaliyetlerine girmeleri, ya da teknik bilgilerini rakipleri ile paylaşmaları, rekabet ilkeleri ile bağdaşmaz ise de, 85. maddenin 3. paragrafı bu gibi durumların ticari ve ekonomik yaşama olumlu katkılarının olabileceğini öngörmüştür. 3. paragrafın aradığı yarar unsuru çeşitli bakımlardan incelenebilir<sup>288</sup>.

---

<sup>282</sup> Bakınız sayfa 193.

<sup>283</sup> WISH, 188, 195.

<sup>284</sup> BELLAMY-CHILD, 173; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 48; GLEISS-HIRSCH, 264; AGNEW, 149; CUNNINGHAM, 62.

<sup>285</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 51.

<sup>286</sup> BELLAMY-CHILD, 142; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, 257.

<sup>287</sup> WISH, 96.

<sup>288</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 63.

## b. Ekonomik Yarar

85. maddenin 3. paragrafında yer alan, ekonomik gelişmeye yardımcı olmak oldukça geniş ve sınırları belirsiz bir durumdur. Taraflar arasında yapılan ve 85. maddenin 1. paragrafına giren her anlaşma, tarafların kârını arttırmaya yöneliktir. Kıyasıya veya mahvedici rekabeti ortadan kaldırmanın da iktisaden yararlı olduğu, bir görüş olarak ileri sürülmüştür<sup>289</sup>. Yeni iş sahaları yaratma, ya da mevcutları koruma, ekonomik yarar olarak kabul edilse bile, 85. maddenin 3. paragrafında aranan yarar şartı, soyut ve toplumsal bir yarardan farklıdır. Burada belirli kişilerin yararlanması sözkonusudur ki bunun da, tüketicilerin olduğu 3. paragrafdaki diğer koşullardan çıkmaktadır<sup>290</sup>. Ekonomik yarar bu ölçütler içinde değerlendirildiğinde, tarafların kârını artırmak, ya da yeni iş alanları açmak gibi yararların, 85. maddenin 3. paragrafında öngörülen ekonomik yarar koşulunun dışında kaldığı açıktır. Kanımızca, Roma Andlaşması, yararlanması beklenen grubu tüketiciler şeklinde belirlemiş olduğundan geniş insan gruplarına iş bulma yolu ile yararlar sağlasa da, bu anlaşmalar 85. maddenin 3. paragrafının kapsamı dışında kalır.

Ekonomik yarar, tüketicilerin faydalanacağı yarar şeklinde belirlenince, 85. maddenin 3. paragrafı kapsamına girecek ekonomik yararın, arzın artırılması, maliyetlerin düşürülmesi, kalitenin düzeltilmesine katkıda bulunan anlaşmalar ile sınırlanmış olduğu sonucu çıkar<sup>291</sup>. Komisyon, maliyetin düşürülmesi, anlaşmanın olumlu yönünün olumsuz yönlerinden daha ağır bastığı bir durum olarak değerlendirme eğilimindedir<sup>292</sup>.

Maliyet ile tüketiciye arz edilen malın satış fiyatı arasında yakın bir ilgi vardır ve bunun düşürülmesi çok çeşitli konularda yapılacak faaliyetler sonucu olabilir. Ekonomik yarar şartı açısından maliyetin nasıl düşürüldüğü önemli değildir. Bunun sebebi de, sadece maliyet giderlerinin çok çeşitli olmasından ve her bir husus için kâr/maliyet analizinin yapılmasının zorluğundan değil, mahkemelerin, Komisyon'un yapacağı bu analiz ve araştırmaların, teşebbüslerin kendi iç düzenlerine ve iş idare yöntemlerine karışma olacağındandır. Kaldı ki, Komisyon ve mahkemelere böyle bir yetkinin tanınmış olduğu varsayılsa bile, bu konuda mahkemeler gibi Komisyon da, doğru karar verme olanaklarına sahip değildir<sup>293</sup>. Kapasitenin ve üretimin artırılması gibi konularda, tüketicinin

<sup>289</sup> SHARPE, The Commission Proposals on Crisis Cartels, 17 CMLRev. 80, (1980); SALZMAN, IATA Airline Rate-Fixing and the EEC Competition Rules, (1977) ELRev. 409-410.

<sup>290</sup> GLEISS-HIRSCH, 267; EVANS, European Competition Law and Consumers: The Article 85(3) Exemption, (1981) ECLRev. 426-427.

<sup>291</sup> MERKIN-WILLIAMS, 77.

<sup>292</sup> GLEISS-HIRSCH, 272.

<sup>293</sup> ibid 273.

doğrudan yararlanacağı hususlar olduğundan, bunlar bakımından da ekonomik yarar şartı gerçekleşmiş kabul edilebilir. Bu da, arz miktarına ilişkin geliştirici eylemlerin, fiyatı doğrudan etkilemesi ve teknolojik gelişme ile bağlantılı olmasındandır.

Ekonomik yarar, maliyet ve arz miktarındaki gelişmeler olarak kabul edilince, 85. maddenin 3. paragrafında öngörülen tüketicilerin yararlanması koşullunun kendiliğinden gerçekleştiği görülür. Her ne kadar aynı sonuca, ekonomik yarardan ayrıca söz etmeden ulaşmak mümkün idiyse de, bu paragrafta ekonomik yarardan ayrıca söz edilmiş olması, 85. maddenin uygulanmasında gözönüne alınacak ilkeleri belirlemek açısından önemlidir. Böylece, Amerikan Hukukunda başlangıç yıllarında tartışmalara yol açan, ticareti olumlu etkilemeye ilişkin görüşler<sup>294</sup> Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku bakımından söz konusu edilmemiştir<sup>295</sup>.

Teşebbüslerin masraflarda indirim yapmak için, müşterek araştırma ve geliştirme anlaşmaları yapmaları durumunda, 85. maddenin 3. paragrafı anlamında ekonomik yarardan bahsedilebilirse de, bu gibi haller, ekonomik gelişmeye katkı kapsamında da ele alınabilir<sup>296</sup>. Ekonomik yarar ölçütünün uygulama alanının kısıtlı olması nedeni ile, ekonomik yarar iddialarına ilişkin karar yok denecek kadar azdır<sup>297</sup>. Diğer yandan, Komisyon da, piyasayı bölüşme gibi durumların ekonomik yararının bulunmayacağını belirterek, bu konuda menfi bir çözüme ulaşmıştır<sup>298</sup>.

### **c. Teknik Gelişmeye Katkı**

#### **aa. Genel Olarak**

Ekonomik yarar sağlayanlar gibi, teknik gelişmelere yardımcı olan anlaşmalar da, 85. maddenin 1. paragrafı uygulaması dışında tutulabilecektir<sup>299</sup>. Teknik gelişmeye yardım, ortak araştırma ve geliştirme anlaşmaları, lisans sözleşmeleri, ihtisaslaşma anlaşmaları ile gerçekleştirilebilir. Teknolojinin geliştirilmesi ve araştırma ve geliştirme giderlerinde tekerrürün azaltılmasına katkıda bulunmak, tüketiciyi korumaya ağırlık veren 85. maddenin esas aldığı

---

<sup>294</sup> AREEDA, Antitrust Law, c.VII, 409; Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 60, 55 L.Ed. 679 (1911).

<sup>295</sup> JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 115.

<sup>296</sup> WISH, 196.

<sup>297</sup> BELLAMY-CHILD, 146; Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299.

<sup>298</sup> Re Advacaat Zuerte Kip (1975) OJ L 29/26.

<sup>299</sup> WISH, 196; MERKIN-WILLIAMS, 78; BELLAMY-CHILD, 143.

konulardan biri olmuştur<sup>300</sup>. Teknik gelişmedeki yarar unsuru, ekonomik yarırdaki "tüketicinin faydalanması" olgusundan farklı olmamakla birlikte, fiyat veya arz miktarı durumlarındaki gibi doğrudan olmayabilir. Dinamik ve başarılı bir ekonomik yapı, teknolojik gelişmelere ve arz edilen yeni ürün veya metodlara dayanır. Bunun sonucunda da, yaşam standardında artış, daha güvenli bir dünya ve daha sağlıklı çevre koşulları elde edileceği umulmaktadır<sup>301</sup>.

Teknolojik gelişme, belirli bir sermayeyi ve insan gücünü gerektirir. Teknolojinin gelişmesinin yanı sıra, faaliyette bulunan firmaların bu teknolojiyi kullanabilme olanağına sahip olmaları, sorunun diğer yönüdür. Teknolojik gelişmeye katkı şartı, teknolojinin yaygınlaştırılması ve teknolojik üstünlük yolu ile piyasaya egemen olmanın önüne geçilmesini de öngörmektedir<sup>302</sup>. En son teknolojik bilgilere sahip olmayan firmalar bakımından, bu bilgilere sahip olmanın diğer yolları lisans sözleşmesi ya da aynı araştırma ve geliştirme masraflarını yeniden yapmaktır<sup>303</sup>.

İlk yolun piyasada hukuken korunmasına rağmen, tekele benzer bir durum yarattığından kuşku yoktur. İkinci yöntem, yani aynı harcamaları tekrar yapmak ise tam anlamı ile ekonomik kayıptır. Toplumun kaynakları aynı amaç için tekrar sarf edilmekte ve bilinen tekrar bulunmaya çalışılmaktadır. 85. maddenin 3. paragrafı, teknolojik gelişmede işbirliğini teşvik amacı ile, rekabeti kısıtlamak uğruna, teknolojik gelişmeyi topluma en ucuz şekilde sağlamayı amaçlamıştır.

## **bb. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları**

Şirketler arasındaki müşterek araştırma ve geliştirme faaliyetleri, ticari hayata olumlu katkıları nedeni ile desteklenmiştir<sup>304</sup>. Araştırma ve geliştirmenin, pahalı ve uzun süren bir faaliyet olması ve çoğunlukla tek bir teşebbüsün mali kaynaklarının üstünde harcamalar gerektirmesi ve elde edilecek sonucun taşıdığı ticari riskin yüksekliği, teşebbüsleri ortak araştırma yapmağa zorlayan nedenlerdir. Teknolojik ve ticari bilgilerin yaygınlaştırılmasının<sup>305</sup>, yeniliklere ve gelişmeye katkıda bulunacağı ve maliyet giderlerinin düşmesine yol açacağı

---

<sup>300</sup> EVANS, 425-426.

<sup>301</sup> WISH, 318; EVANS, ibid.

<sup>302</sup> MERKIN-WILLIAMS, 78; SWANN, Competition and Consumer Protection, 120-121.

<sup>303</sup> WISH, 318.

<sup>304</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 320-321.

<sup>305</sup> Re S.A. Ateliers de Construction Electriques de Charleroi (A.C.E.C.) et Société des Automobiles Berliet (BERLIET) (1968) OJ L 201/7.

düşüncesi, rakip teşebbüsler arasındaki araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin daha serbestce değerlendirilmelerinde etkili olmuştur<sup>306</sup>.

Ancak bu, aynı piyasada faaliyet gösteren rakip firmalar arasındaki araştırma ve geliştirme anlaşmalarının hiç bir kısıtlamaya tabi olmadığı anlamına gelmez. Beklenen yarar ve amacın dışında kalan konulara yönelik araştırma ve geliştirme faaliyetleri, Rekabet Hukukunun uygulama alanı içine girer<sup>307</sup>. Araştırma ve geliştirme anlaşmalarından beklenen, araştırma ve geliştirmede artıştır. Bu artışı gerçekleştirilmeyen ve rekabetin kısıtlanmasına yol açan anlaşmalar Rekabet Hukuku yaptırımları ile karşılaşılabilecektir.

Ortak araştırma ve geliştirme, teşebbüslerin ürünleri ve üretim süreçleri hakkında bilgi alışverişinden<sup>308</sup>, ortak girişim şirketleri ile yürütülen ortak araştırma ve geliştirme çalışmalarına<sup>309</sup> kadar, çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Basit bilgi alışverişinin kısa süreli olmasına karşılık, ortak araştırma ve geliştirme anlaşmaları daha uzun sürelidir. Araştırma geliştirme faaliyetinin, ortak girişim şirketince yapılması oldukça sık rastlanan bir uygulamadır. Karşılıklı bilgi alışverişi seviyesinde yapılan ortak araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde, teşebbüsler arasındaki işbirliğinin asgari seviyede olmasına karşılık, ortak girişim şirketlerince yürütülen araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde, ortak çıkar uğruna daha sıkı bir beraberlik ve birlikte hareket söz konusu olur. Araştırma merkezleri ve üniversiteler gibi kuruluşlara, müştereken yaptırılacak araştırma ve geliştirme çalışmalarında ise, teşebbüsler arasındaki ilişki en düşük seviyededir<sup>310</sup>.

Araştırma ve geliştirme anlaşmalarının olumlu yönleri bulunmakla birlikte, rekabetin kısıtlanmasına da yol açabilirler. Bağımsız teşebbüsler arasında rekabetten söz edildiği zaman bu, fiyat rekabeti kadar, arz edilen malın nitelikleri ve kalitesi bakımından rekabeti de kapsar<sup>311</sup>. Müşterek araştırma ve geliştirme faaliyetlerinden elde edilen bilgilerden, tarafların herbirinin aynı oranda yararlanma olanağı sağlanması, oligopolcü piyasalarda rekabetin tamamen kalkması sonucu dahi doğurabilir<sup>312</sup>.

---

<sup>306</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 62; MERKIN-WILLIAMS, 84.

<sup>307</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 63; MERKIN-WILLIAMS, ibid 84-85.

<sup>308</sup> Re S.A. Ateliers de Construction Electriques de Charleroi (A.C.E.C.) et Société des Automobiles Berliet (BERLIET) (1968) OJ L 201/7.

<sup>309</sup> Re Henkel and Cie GmbH (HENKEL) and Colgate-Palmolive Co. (New York), (1972) OJ L 14(14).

<sup>310</sup> SWANN, Competition and Industrial Policy in the European Community, London, 1983, 7.

<sup>311</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.II, 306, 307; SWANN, Competition and Consumer Protection, 79.

<sup>312</sup> WISH, 319.

Araştırma ve geliştirme anlaşmaları, teşebbüsler arasında ortak çıkar doğrultusunda davranmak güdüsünü arttırır; teşebbüslerin diğer ürünlerinde rekabet etmemek isteğinin doğumuna ve şirket yöneticileri arasında rakip olmama duygusunun gelişmesine yol açar<sup>313</sup>. Rekabetin kısıtlanması ve ortak piyasa stratejisinin belirlenmesi, ortak girişim şirketleri ile gerçekleştirilen araştırma ve geliştirme anlaşmalarında daha belirginleşir.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, araştırma ve geliştirme anlaşmaları, rekabetin dolaylı kısıtlanmasına neden olan anlaşmalar olarak nitelendirilmektedir. Bu sebepten de, rakip teşebbüsler arasındaki araştırma ve geliştirme anlaşmaları, ticarete olumlu etkileri de gözönüne alınarak değerlendirilir. Ancak, 85. maddenin 3. paragrafındaki diğer şartların gerçekleşmesi halinde, rekabete olan olumsuz etkinin dikkate alınmaması düşünülebilir. Komisyon, araştırma ve geliştirme anlaşmalarını değişik gerekçelerle desteklemek eğilimindedir. Bu gerekçelerden ilki, Avrupa Topluluğu içindeki teşebbüslerin, çok uluslu şirketlerle ileri teknoloji gerektiren konularda rekabet edebilmesini sağlamaktır<sup>314</sup>. İkinci olarak da, nükleer endüstri ve enerji endüstrisi gibi endüstrilerdeki yeni buluşları teşvik etmektir<sup>315</sup>. Üçüncü neden ise, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin kendi başlarına araştırma ve geliştirme faaliyetlerini finanse edemeyecek olmaları<sup>316</sup> ve son olarak da, araştırma ve geliştirme anlaşmalarının, Topluluk üyesi ülkelerin bütünleşmesine katkıda bulacağı umidedir<sup>317</sup>.

### cc. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Amerika Birleşik Devletlerinde, araştırma ve geliştirme anlaşmalarını teşvik için çıkarılan 11 Ekim 1984 tarihli Ulusal Araştırma İşbirliği Kanunu<sup>318</sup>, temel mühendislik tekniklerinin geliştirilmesi ve denenmesi<sup>319</sup>, teorik bilgilerin uygulamaya dönüştürülmesi<sup>320</sup>, prototip imalatı, araştırma sonuçlarının değişimi<sup>321</sup> konularında yapılan anlaşmaların Rekabet Hukuku kurallarına tabi

<sup>313</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c.VI, Boston, 1980, 364-365.

<sup>314</sup> Re Vacuum Interrupters Ltd., (1977) 1 CMLR D67; Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98.

<sup>315</sup> Re GEC -Weir Sodium Circulator, OJ(1977) L 327/26; Re Carbon Gas Technology GmbH. (1983) OJ L 376/17.

<sup>316</sup> Eleventh Report on Competition Policy, Brussels, 1982, paragraf 29-33; Twelfth Report on Competition Policy, Brussels, 1983, paragraf 25-28; Trezième Rapport sur la Politique de Concurrence, Bruxelles, 1984, paragraf 23-24.

<sup>317</sup> Re Clima Chappée SA. Agreement (1969) OJ L 195/1, (1970) CMLR D7.

<sup>318</sup> National Cooperative Research Act. Pub. L 98-642.

<sup>319</sup> ibid section 2, 1(6B).

<sup>320</sup> ibid section 2, 1(6A).

<sup>321</sup> ibid section 2, 1(6C).



olmayacağını bildirmektedir. Tabiidir ki, araştırma ve geliştirme anlaşmalarının rekabeti doğrudan kısıtlayıcı hükümler ihtiva etmesi halinde, anlaşmalar bu kanunun sağladığı ayrıcalıklardan yararlanamayacaktır. Kanun, araştırma ve geliştirme kavramı ile bağdaşmayan ve rekabeti kısıtlamaya yönelik anlaşmaların konularını da belirlemiştir. Fiyat, satış, kâr, maliyet, pazarlama ve dağıtım gibi konuların, araştırma ve geliştirme kavramı ile bağdaşmayacağı kanunda açıkça belirtilmiştir.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, araştırma ve geliştirme anlaşmaları ile ilgili düzenlemeler daha dar kapsamlıdır. Komisyon, 1968 tarihinde yayınladığı, İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Duyuru'da<sup>322</sup>, sadece bilgi değişimi ve üçüncü kişilere yaptırılacak araştırma ve geliştirme anlaşmalarının 85. maddenin 1. paragrafı uygulaması dışında kalacağını belirtmiştir. 1968 tarihli Duyuru'da çok dar bir çerçevede düzenlenen araştırma ve geliştirme anlaşmaları, 1 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe giren 418/85 sayılı tüzük<sup>323</sup> ile genişletilmiştir. İzin verilebilecek araştırma ve geliştirme anlaşmaları, ilk önce anlaşmanın taraflarının piyasa payları ile ilgili bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin piyasa paylarının toplamının tüm piyasanın yüzde yirmisini geçmesi durumunda, teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, Duyuru hükümlerinden yararlanamayacaklardır<sup>324</sup>. İkinci sınırlama ise, anlaşma hükümlerine ile ilgilidir. Tarafların, araştırma faaliyeti ile ilgili olmayan, bağımsız araştırma yapmalarını engelleyen<sup>325</sup>, fiyat tesbitine<sup>326</sup> ve piyasa paylaşmaya<sup>327</sup> yönelik hükümler ihtiva eden anlaşmalar da Duyuru'dan yararlanamayacaklardır. 418/85 sayılı Tüzük genel bir muafiyet sistemi getirmiş ve tüzükte belirlenen şartları gerçekleştiren anlaşmaların Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı hükümlerine tabi olmayacağını belirtmiştir.

#### **dd. Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Kararları**

Rekabeti kısıtlayarak ticareti etkileyen, ya da rekabeti doğrudan kısıtlamak etkisi ya da amacına yönelik, ya da ortak araştırma ve geliştirme faaliyetlerinden beklenen yarara ters düşen hükümler taşıyan araştırma ve geliştirme anlaşmalarının Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiğinden söz edilebilir. Rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan hükümler ihtiva eden anlaşmaların, araştırma ve geliştirme faaliyetleri bağdaşmadığı, pozitif hukuk metinlerinde

<sup>322</sup> Announcement on Minor Agreements, (1970) JO C64/1.

<sup>323</sup> 418/85 Regulation on Research and Development Agreements (1985) OJ L 53/5.

<sup>324</sup> ibid madde 3(2).

<sup>325</sup> ibid madde 6(1).

<sup>326</sup> ibid madde 6(d).

<sup>327</sup> ibid madde 6(e).

açıkça yer almaktadır. Ulusal Araştırma İşbirliği Anlaşmaları Kanununun 1/b.6 maddesi<sup>328</sup>, rekabeti doğrudan kısıtlayan durumları saydıktan sonra, bu anlaşmaların kanunun getirdiği ayrıcalık hükümlerinden yararlanamayacağını belirtmiştir. Avrupa Topluluğu Hukukunda da, 418/85 sayılı tüzük<sup>329</sup> benzer bir düzenleme getirmiş ve fiyat, faaliyet bölgesi ve üretim miktarı konularda hükümler içeren anlaşmaların, tüzüğün kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir. Araştırma ve geliştirme anlaşmalarının rekabeti doğrudan kısıtlama sonucu içeren hükümler ihtiva etmesi halinde ticaret üzerindeki olumlu ve olumsuz etki dengesi bozulur ve anlaşmaların rekabeti kısıtlama yanı sıra ağırlık kazanır<sup>330</sup>.

Ortak araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin teşvik edilmesinde baş etken, araştırma çalışmalarının artırılmasıdır. Bu artışın, arz edilen malların çeşit, kalite ve fiyatlarında düzelmelere neden olacağı ve sonuçta, tüketicinin refah seviyesinin artacağı öngörülmektedir<sup>331</sup>.

Komisyon kararları incelendiğinde, araştırma faaliyetlerinde artış olgusu, belirleyici husustur. Komisyon, Henkel/Colgate kararında, araştırma ve geliştirme anlaşmasında açık hüküm olmamasına rağmen, anlaşmanın taraflarının bağımsız araştırma yapmasını etkiler nitelikte olduğu gerekçesi ile, 85 maddenin 3. paragrafının uygulanamayacağına karar vermiştir<sup>332</sup>. Anlaşmanın taraflara kendi başlarına araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmama borcu yüklemesi, anlaşmanın amacı ile bağdaşmaz. Tarafların kendi araştırma ve geliştirme faaliyetlerini fiilen kısıtladıklarının tesbiti halinde de, taraflar arasındaki anlaşmada bu hususda hiçbir kaydın bulunmamış olsa bile, 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerinin uygulanması yeterlidir<sup>333</sup>.

Rank/Sopelem kararında<sup>334</sup> ise, tarafların anlaşma öncesi araştırma ve geliştirme faaliyetleri de gözönüne alınmıştır. Komisyon, teşebbüslerin geçmişteki faaliyetlerini de dikkate alarak, anlaşma öncesi, her bir şirketin araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunduğunu ve taraflar arasındaki anlaşmanın bu faaliyetlerin durdurulmasına yol açacağını belirttikten sonra, anlaşmanın araştırma ve geliştirmede artışa yol açacak nitelikte olmadığına karar vermiştir.

---

<sup>328</sup> National Cooperative Research Act. (NCRA). Pub. L 98-642.

<sup>329</sup> 418/85 Regulation on Research and Development Agreements (1985) OJ L 53/5.

<sup>330</sup> National Cooperative Research Act. (NCRA). Pub. L 98-642, madde 3.

<sup>331</sup> MERKIN-WILLIAMS, 85; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, 257.

<sup>332</sup> Re Henkel- Colgate, OJ51974) L14/14.

<sup>333</sup> Re GEC -Weir Sodium Circulator, OJ(1977) L 327/26; Re Sopelem, Vickers Ltd. and Microscope Nacet SA. Agreement, OJ (1978) L 70/47, (1978) 2 CMLR 146; yenileme (1981) OJ L 391/1, (1982) 2 CMLR 443; Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98.

<sup>334</sup> Re Rank/ Sopelem (1975) OJ L 28/20, (1973) 1 CMLR D72.

Anlaşmanın, tarafların araştırma ve geliştirme faaliyetlerini durduracak olması, olumlu yönünün varlığını kabul etmeyi güçleştirir<sup>335</sup>.

Taraflar arasındaki anlaşmanın, araştırma ve geliştirmeden ileri safhaları, yani ortak üretimi de kapsamı halinde, araştırma ve geliştirme kavramlarının dışına taşınmış olur. Örneğin, ilaç sanayiinin önde gelen şirketlerinden olan Beecham grubu ile Parke and Davis şirketleri, yüksek tansiyon ve kalp hastalıklarının tedavisinde kullanılan bir ilaç için, ortak ilaç araştırma ve geliştirme faaliyetleri anlaşması yapmışlardır. Komisyon, anlaşma ile tarafların üretime başladıktan sonrada birbirlerine haber ve bilgi verme borcu altına girdikleri gerekçesi ile, bu anlaşmanın 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanamayacağına karar vermiştir<sup>336</sup>.

#### **d. İhtisaslaşma Anlaşmaları**

Aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasında, araştırma ve geliştirme ile ilgili olmamakla beraber, uzun dönemde teşebbüslerin optimum büyüklüğe erişerek, maliyetlerde azalmanın amaçlandığı anlaşmalar da yapılabilir<sup>337</sup>. Bu tip anlaşmaların en belirgin özelliklere sahip olanı ihtisaslaşma anlaşmalarıdır. Benzer iki ürünü üreten iki firma, anlaşarak herbir ürünün sadece bir firma tarafından üretilmesini kararlaştırabilirler. Ayrıca anlaşma ile, her bir firmanın ürettiği mal bakımından optimum seviyeye ulaşarak maliyetlerde düşme de gerçekleşebilir. Ayrıcı anlaşma ile, her bir firmanın üretmediği malı da alıcılarına arz edebilmesi için, tarafların birbirlerine ürettikleri satmak borcu da yüklenebilirler. İhtisaslaşma anlaşmalarının, piyasada faaliyet gösteren firma sayısında azalmalara yol açarak rekabeti olumsuz etkilemesine karşılık, küçük firmalara ihtisaslaşarak büyük firmalarla etkili rekabete girme imkanı sağladığı ileri sürülmüştür<sup>338</sup>.

Ortak girişim anlaşmaları da, ihtisaslaşma anlaşmaları içinde değerlendirilebilir<sup>339</sup>. Ortak girişim anlaşmasının, rekabete olumsuz etkilerinin yanısıra<sup>340</sup> sözü edilen olumlu yönleri ihtiva etmesi durumunda, bunun 85. maddenin 3. paragrafındaki teknik ve üretimdeki gelişme şartını gerçekleştirdiği

<sup>335</sup> Re Rank/ Sopelem (1975) OJ L 28/20, (1973) 1 CMLR D80.

<sup>336</sup> Re Beecham Group Ltd. and Parke, Davis and Co. Agreement, (1979) OJ L 70/11, (1979) 2 CMLR 157.

<sup>337</sup> WISH, 334; KORAH, Introduction, 107-108.

<sup>338</sup> WISH, ibid; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 63; AGNEW, 160.

<sup>339</sup> RITTER - OVERBERRY, An Attempt at a Practical Approach to Joint Ventures Under the EEC Rules on Competition, 14 CMLRev. 606 (1977); BELLAMY-CHILD, 316.

<sup>340</sup> Bakınız sayfa 117.

düşünülebilirse de, ihtisaslaşma anlaşmaları ile rekabet sisteminin bağdaşıp bağdaşmayacağı araştırılması gereken bir sorundur.

Rekabet piyasasında, her bir teşebbüsün kendi üretim ve pazarlama yöntemini bağımsızca planlaması doğaldır. Her ne amaç ve şekilde olursa olsun, teşebbüslerin müşterek planlar uygulamaya başlaması, üretimin kısıtlanması ve fiyatların yükseltilmesindeki ilk adımdır. Kaldı ki, ihtisaslaşma anlaşmaları ile elde edilmek istenen, piyasanın mal esasına göre bölüşülmesinden başka bir şey de değildir. Hakim Clarke'ın da belirttiği gibi,

".... normal ticari hayatta, rakiplerin bilgi alışverişinde bulunmaları ya da çeşitli konularda birbirlerine yardım etmeleri olağan değildir..."<sup>341</sup>

Ancak değişen iktisadi koşullar, bağımsız teşebbüsleri daha verimli bir üretim tarzı için müşterek davranışlara itebilir. İhtisaslaşma anlaşmalarının, rekabet sistemi içindeki yeri, çeşitli olasılıkların gözönüne alınması ile ortaya çıkacaktır<sup>342</sup>.

İki veya daha fazla firmanın anlaşarak üretecekleri veya üretimi durduracakları malları belirlemeleri, 85. maddenin 1. paragrafı anlamında rekabetin kısıtlanmasıdır. Komisyon, bu tür ihtisaslaşma anlaşmalarının rekabete olumlu katkısı iddialarına itibar etmemekle beraber, üretim verimliliğini ve optimum üretim miktarını<sup>343</sup> amaçlayan anlaşmalar konusunda 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması görüşündedir<sup>344</sup>. Bu eğilim, Komisyonun grup istisnalarını belirleyen 417/85 sayılı tüzüğün başlangıç bölümünde açıkça ifade edilmiştir. 417/85 sayılı tüzük<sup>345</sup> ile üretimin rasyonelleştirilmesine yönelik anlaşmaların, 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerine tabi olmadığı belirtilmiştir. Tüzüğün 1. maddesinde, anlaşarak üretilen malların teşebbüsler arasında paylaşılmasına, 85 maddenin 1. paragrafının uygulanmayacağını belirtirken, paylaşmanın karşılıklı olmasının, esaslı unsurlardan olduğu belirtilmiştir. Komisyon, Prym and Beka Agreement kararında<sup>346</sup>, taraflardan Prym Werke KG'nin üretimi durdurmasını ve tüm üretimin Beka tarafından gerçekleştirilmesini anlaşmanın, karşılıklılık unsurunda eksiklik olduğunu belirterek, 85. maddenin 3. paragrafından yararlanamayacağına karar vermiştir. Komisyon, İtalian Cast

<sup>341</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 377 (1921).

<sup>342</sup> WISH, 334; KORAH, Introduction, 107; BELLAMY-CHILD, 317.

<sup>343</sup> Re Italian Cast Glass, (1970) OJ L 383/19, (1982) 2 CMLR 61.

<sup>344</sup> WISH, 335; BELLAMY-CHILD, 322.

<sup>345</sup> Regulation 417/85, (1985) OJ L 53/1, 417/85 sayılı tüzük 3604/82 sayılı tüzüğün yerine geçmiştir.

<sup>346</sup> Re William Prym-Werke KG and Beka Agreement (1973) OJ L 296/24, (1973) CMLR D 250.

Glass anlaşmasında<sup>347</sup> ise, piyasanın bölüşülmesi ve üretim kotaları ile ihtisaslaşma anlaşmalarının zıt amaçlara yöneldiğini belirterek, grup istisnasının dışında kalacağına karar vermiştir. Tüzüğün 3. maddesi, toplam piyasa payı yüzde yirmi ve toplam yıllık cirosu 500 milyon ECU'nun üzerindeki teşebbüsler arasındaki anlaşmaların grup istisnası dışında tutulduğunu belirtmektedir. Piyasa payları ve toplam ciro, teşebbüslerin bütün faaliyet sahaları gözönüne alınarak hesaplanacaktır<sup>348</sup>.

Grup istisna şartlarını yerine getirmemesi sebebi ile, 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanamayan teşebbüsler arasındaki ihtisaslaşma anlaşmalarının da, Komisyon tarafından onaylanması söz konusu olabilir. Örneğin, topluluk ülkelerindeki sigara kağıdı piyasasında yüzde elli paya sahip olan Fransız ince kağıt üreticileri arasındaki anlaşmayı, Komisyon ortak pazar dışındaki üreticilerin, dünya piyasasında çok güçlü olmaları nedeni ile onaylamıştır<sup>349</sup>. Komisyon, grup istisnalarından yararlanamayan, ancak çok büyük yatırım gerektiren konulardaki ihtisaslaşma anlaşmalarının da, 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanmasından yanadır<sup>350</sup>.

Komisyon, Bayer AG and Gist Brocades kararında<sup>351</sup> ise, üretimde verimliliğin ortak girişim anlaşması yerine, ihtisaslaşma anlaşmaları ile gerçekleştirilmesinin tercih edileceğini belirtmiştir. İlkinde tarafların ortak girişim anlaşması sonucu fiili bağımsızlıklarını kaybetmelerine karşılık ihtisaslaşma anlaşmalarında bu hiç bir zaman söz konusu olmaz. Ortak girişim anlaşmalarının, 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanması, Komisyon'a göre, ancak nükleer yakıt<sup>352</sup>, elektrik türbinleri<sup>353</sup> gibi oldukça büyük yatırımlar gerektiren durumlar için kabul edilebilir.

### 3. Tüketicinin Doğacak Menfaatlerden Uygun Bir Ölçüde Yararlanması Koşulu

85. maddenin 1. paragrafına giren bir anlaşmanın 3. paragraf hükümlerinden yararlanabilmesi için, gerçekleşmesi gereken ikinci koşul, elde edilen

<sup>347</sup> Re Italian Cast Glass, (1970) OJ L 383/19, (1982) 2 CMLR 61.

<sup>348</sup> Bu karar, 417/85 sayılı tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce verilmiştir. Ancak, 417/85 sayılı tüzükte bu konuda aynı prensipler benimsenmiştir.

<sup>349</sup> Re Lightweight Paper, (1972) OJ L 182/84.

<sup>350</sup> Re United Processors Ltd., OJ(1974) L 51/7, (1976) 2 CMLR D1; Re Kernbrennstoff-Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15; Re De Laval-Stork Vof (1977) 2 CMLR D69.

<sup>351</sup> Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98.

<sup>352</sup> Re Kernbrennstoff- Wiederaufarbeitungsgesellschaft (KEWA) (1976) 2 CMLR D15.

<sup>353</sup> Re De Laval-Stork Vof (1977) 2 CMLR D69.

menfaatten tüketicilerin de uygun oranda yararlanmasıdır<sup>354</sup>. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, rakip firmaların hukuka aykırı davranışlarından koruma ve ortak bir rekabet piyasasının gerçekleştirilmesinin yanısıra, tüketicilerin çıkarlarını da, korumaya yönelmiştir<sup>355</sup>. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemlerin 85. maddenin 1. paragrafından ayırık tutulabileceği, 3. paragrafta belirtilirken, gerçekleştirilmesi gereken en önemli şart tüketicinin çıkarlarının gözetilmesidir<sup>356</sup>. 85. maddenin 3. paragrafında belirtilen diğer şartların yerine getirilmesi, 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerinin uygulanmasını engellemez<sup>357</sup>. Tüketicilerin anlaşmadan makul ölçüde yararlanması koşulu, yararın niteliğini de belirlemeğe yaramaktadır.

85. maddenin 3. paragrafında açıkça, "tüketiciler" in belirtilmesine rağmen, Roma Andlaşmasının resmi metinleri arasında bu konuda da, bir dil sorunu ortaya çıkmıştır. Hollandaca, Almanca ve İngilizce metinlerde sırasıyla "gebruikers", "verbraucher" ve "consumer" kelimeleri kullanılmıştır. Bu kelimeler kullanıldıkları dillerde, "nihai kullanıcı", "tüketici" anlamına gelmektedir<sup>358</sup>. Buna karşılık, Fransızca ve İtalyanca metinde, "utilisateurs" ve "utilizzatori" kelimeleri kullanılmıştır. Fransızca'da ve İtalyanca'da kullanılan kelimeler daha geniş bir anlama sahiptir ve ilgili malı kullanan herkesi kapsar, yani tüketiciler ile beraber, toptan ve perakende satıcıları, sözkonusu malları kendi üretiminde kullanan ara kullanıcıları da kapsar<sup>359</sup>.

85. maddenin 1. paragrafına giren anlaşmaların olumlu etkilerinden yararlanacak grubu belirlemede, Roma Andlaşmasının değişik resmi dillerdeki metinleri arasında farklılık olmasına rağmen, doktrinde bunun tüketicilerden daha geniş bir grubu kapsadığı hususunda görüş birliği vardır<sup>360</sup>. Komisyon, ticari faaliyetleri sırasında mal satın alan teşebbüslerin de, o mal bakımından tüketici olduğu görüşündedir<sup>361</sup>.

<sup>354</sup> GLEISS-HIRSCH, 282; WISH, 197; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 58-59; BELLAMY-CHILD, 148.

<sup>355</sup> BELLAMY-CHILD, ibid. 148-149; EVANS, 426-427.

<sup>356</sup> GLEISS-HIRSCH, 282; WISH, 197.

<sup>357</sup> GLEISS-HIRSCH, 285; BELLAMY-CHILD, 149.

<sup>358</sup> EVANS, 428.

<sup>359</sup> JOLIET, La Cooperation Entre Entreprises selon la Jurisprudence de la Commission des Communautés Européennes, Cahiers de Droit Européen, c.V., 1969, 140.

<sup>360</sup> GLEISS-HIRSCH, 282; WISH, 197; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 52; EVANS, 429; DERINGER, 137.

<sup>361</sup> Kabel und Metallwerke Neumeyer AG. and Etablissement la Chaire SA. Agreement, (1975) OJ L 222/34, (1975) 2 CMLR D 40.

Tüketicinin korunmasına yönelik bu koşul ile ilgili ikinci sorun, tüketiciye sağlanan menfaatin türüne ilişkindir<sup>362</sup>. Şüphesiz ki, menfaat olarak ilk düşünülebilecek tüketicinin malı daha ucuza satın almasıdır. Menfaat ile kasdedilen sadece fiyatın düşüklüğü değilse de, 85. maddenin 3. paragrafının ilk şartı olan ekonomik, teknolojik ve üretim metodlarına katkı unsuru büyük ölçüde fiyatın düşürülmesi ile ilgilidir. Üretimin artması, ya da teknolojik gelişmenin nihai sonucu arz edilen mal seviyesinde artıştır ki, bu da doğal olarak fiyat seviyesinde değişmelere yol açacaktır.

Araştırma ve geliştirme anlaşmalarının da üretim verimliliğine yönelik olacağı ve aynı harcamaların değişik firmalarca tekrarlanması önüne geçilerek, maliyetlerin düşeceği ileri sürülmüştür. Bunlar gözönüne alındığında, fiyat düşüşlerinin menfaatin belirlenmesi bakımından ne kadar önemli bir yeri olduğu ortaya çıkar. Komisyon, Consten/Grundig kararında, tüketicinin daha az bedel ödemesinin önemli olduğunu belirtmiştir<sup>363</sup>.

Fiyata ilişkin yararlar ile beraber, geliştirilmiş<sup>364</sup> veya yeni ürünler<sup>365</sup>, arz edilen malların çeşitlerinde artmalar<sup>366</sup> da, tüketicinin yararlanması olarak kabul edilir. Ancak, tüketicilerin yararına olan konular sınırlı değildir. 85. maddenin 3. paragrafının öngördüğü ilk koşul yararın niteliğinde belirleyici rol oynar. Örneğin, Rockwell-Iveco anlaşmasında<sup>367</sup>, iki firma anlaşarak kamyon diferansiyeli üretimi için araştırma ve geliştirme yapmak istemiştir. Kamyon diferansiyelinin sadece kamyon üreticileri tarafından yapıldığını ve kamyon üreticisi olmayan iki firmanın bunu gerçekleştirmeğe çalışmasını, Komisyon yeni bir piyasanın doğmasına neden olabilir gerekçesi ile onaylamıştır. Yeni bir piyasanın yaratılması sonucu, tüketiciye daha geniş bir seçim olanağı sağlanması, tüketicinin yararlanması koşulunun gerçekleşmesi olarak kabul edilmiştir.

Yararın tesbitinde, Adalet Divanı Consten/Grundig kararında<sup>368</sup> da belirttiği gibi, yalnız taraflar bakımından elde edilen subjektif menfaatler değil, anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişilerin objektif kazançları da rol oynayacaktır. Teknik ve ekonomik gelişmeye katkı nedeni ile, 85. maddenin 1. pa-

---

<sup>362</sup> BELLAMY-CHILD, 149.

<sup>363</sup> Re Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. (1964) OJ 25/45; Cecimo, (1969) OJ L 69/13, (1969) CMLR D 40.

<sup>364</sup> Re Vacuum Interrupters Limited (1977) 1 CMLR D67.

<sup>365</sup> Re S.A. Ateliers de Construction Electriques de Charleroi (A.C.E.C.) et Société des Automobiles Berliet (BERLIET) (1968) OJ L 201/7.

<sup>366</sup> Re Clima Chappée SA. Agreement (1969) OJ L 195/1, (1970) CMLR D7.

<sup>367</sup> Re Rockwell-Iveco Agreement, (1983) OJ L 224/19, (1983) 3 CMLR 709.

<sup>368</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299, 348.

ragrafının uygulanmasından kurtulan anlaşmanın olumlu etkileri, tüketici ve kullanıcılar açısından da mevcut olmalıdır. Ancak, her bir olayda anlaşmanın özellikleri, beklenen yararın niteliklerini belirleyecektir. Bu sebepten, örneğin teknik gelişmeye ilişkin anlaşmalar, fiyatın düşmesine ya da malın kalitesinde artışa neden olur şeklinde bir genelleme yapmak mümkün değildir<sup>369</sup>. Tüketicinin doğacak menfaatlerden yararlanması şartında, ne miktarda yararlanma olacağı, nitelik sorunundan daha önemlidir.

Anlaşmanın sonuçlarından, tüketicilerin uygun ölçüde yararlanması sorunu iki yönlüdür. Bunlardan biri, elde edilen menfaatle, tüketicinin yararlanması arasında makul bir oran olmalıdır<sup>370</sup>. Diğeri ise, tüketicinin yararlandığı menfaatle, rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı olumsuz durum arasında bir denge bulunmalıdır<sup>371</sup>. Anlaşmanın taraflarının elde ettiği menfaat ile, tüketicinin yararlanması arasında açık bir nisbetsizlik varsa, tüketicinin yararlanması ile rekabetin kısıtlanması arasında bir denge bulunmuş olması, 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması için yeterli değildir<sup>372</sup>. Bu iki şartın gerçekleşmesi halinde, tüketicinin makul oranda menfaatten yararlandığı kabul edilecek, rekabetin kısıtlanmış olması önemini kaybedecektir.

85. maddenin 3. paragrafı, rekabetin kısıtlayıcı anlaşmanın taraflarının menfaatlerinden hiçbir şekilde söz etmemiş, sadece tüketicinin rekabeti kısıtlayıcı anlaşmadan uygun menfaat elde etmiş olma koşulunu belirtmiştir. Sadece tarafların rekabeti kısıtlayarak menfaatler temin etmeleri, 85. maddenin 3. paragrafına göre mümkün değildir. 85. maddenin 3. paragrafından, bu gibi rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların hukuka aykırı ilan edildiği de gözönüne alındığında, sadece tarafların bundan menfaatler temin etmesinin kabul edilemez olduğu sonucu çıkar. Rekabetin kısıtlanmasına izin verilmesi tüketicinin bundan bir yarar sağlaması şartına bağlıdır ve korunan tüketicinin çıkarıdır.

85. maddenin 3. paragrafı, hukuka aykırı bir anlaşmayı, hukuka uygun hale getirmemekte, sadece tüketicilerin çıkarları gözönüne alınarak, bu anlaşmalara 85. maddenin 1. paragrafının uygulanmayacağını belirtmektedir. Eğer rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın, örneğin, malın kalitesinin yükselmesi ve mali-

<sup>369</sup> Re BMW (1975) OJ L 29/1, (1975) 1 CMLR D 44. Bu kararda teknik gelişmeye katkı, tüketici bakımından emniyet derecesinin yükselmesi şeklinde bir yarar sağlandığı kabul edilmiştir.

<sup>370</sup> GLEISS-HIRSCH, 283; BELLAMY-CHILD, 148.

<sup>371</sup> GLEISS-HIRSCH, 285; BELLAMY-CHILD, 149.

<sup>372</sup> GLEISS-HIRSCH, ibid 285-286.



yetin düşmesi gibi, birden fazla olumlu etkisi varsa, tüketicilerin bunların herbirinden yararlanması gerekir<sup>373</sup>.

Tüketicinin doğacak menfaatten uygun bir ölçüde yararlanmasına ilişkin ikinci koşul ise, rekabetin kısıtlanmasının yarattığı olumsuz etki ile, tüketicinin kazancının denk olmasıdır. Tüketici anlaşmadan sağlanan tüm menfaatlerden yararlanmış olsa bile, yararlanan bu menfaatler ile, rekabetin kısıtlanması olgusu arasında nicelik bakımından bir denkleğin var olması gerekir. Rekabetin kısıtlanması ancak, tüketici bakımından önemli yarar sağlar nitelikte ise, 85. maddenin 3. paragrafı uygulanabilecektir. Tüketicilere sağlanan menfaatin önemli olmadığı hallerde, anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafından ayrık tutulması imkan yoktur. Anlaşmanın olumsuz etkisi tüketicilerin üzerinde kalmamalıdır<sup>374</sup>.

Uygun ölçünün belirlenmesinde genel objektif kurallar ileri sürülebilirse de, bir anlaşmanın olumsuz yönlerine karşılık tüketiciye sağladığı yararın dengelenmesi, sübjektif değer yargılarına dayanır. Bu sebepten, tüketiciye sağlanan yararın, rekabetin kısıtlanması ile yaratılan olumsuz etkiyi bertaraf edecek düzeyde olup olmadığını belirlemede, Komisyon'a geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Anlaşmaların, yürürlüğe konulmadan önce, Komisyon denetimine tabi tutulması, 85. maddenin 3. paragrafını spekülatif bir uygulama haline sokmaktadır. Komisyon'a göre, yararın muhtemel olması, 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması için yeterlidir<sup>375</sup>.

#### 4. Gereğinden Fazla Sınırlamama Koşulu

İlk iki koşulun gerçekleşmiş olması anlaşmanın 85. maddenin 3. paragrafındaki hükümlerden yararlanmasına yetmemektedir. Ayrıca, anlaşmanın amaçlanan yararın elde edilmesine ters düşen ya da yararın gerçekleşmesi için zaruri olmayan hükümler içermemesi de gerekir<sup>376</sup>. Rekabetin kısıtlanmasına, tüketicinin yararı gözönüne alınarak izin verilmiş ise de, bu kısıtlamanın asgari düzeyde tutulmasına özel bir gayret gösterilmelidir. Anlaşma ile getirilen kısıtlamalar, yararın gerçekleştirmek için gerekli olan miktarı aşmayacaktır<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299; Re Sopelem/ Langen Agreement, (1972) OJ L 13/47, (1972) CMLR D 77.

<sup>374</sup> Re Glass Container Agreement, (1974) OJ L 160/1; Re Ball Bearing Agreement, (1974) OJ L 343/19.

<sup>375</sup> Re S.A. Ateliers de Construction Electriques de Charleroi (A.C.E.C.) et Société des Automobiles Berliet (BERLIET) (1968) OJ L 201/7,9; Re Rank/ Sopelem (1975) OJ L 28/20, (1973) I CMLR D72.

<sup>376</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 58; BELLAMY-CHILD, 151.

<sup>377</sup> Cecimo, (1969) OJ L 69/13, (1969) CMLR D 1.

Komisyon, gerekli olmayan kısıtlamayı tesbit ederken, elde edilmek istenilen yararı ve taraflar arasındaki anlaşmanın gereği olan şartları değerlendirecektir. Rekabeti gerekli olandan fazla kısıtlamak, tarafların elde etmek istedikleri amaç ve 85. maddenin 3. paragrafının ilk şartı ile ilgilidir. Ancak bu amacın gerçekleşmesi için getirilecek kısıtlamalar, gerekli olanın dışına çıkmamalıdır. Hangi kısıtlamaların amacın elde edilmesi için gerekli olmadığı, anlaşmanın hükümlerine ve elde edilmek istenen yarara göre belirlenecektir. Eğer elde edilmek istenen daha az bir kısıtlama ile gerçekleştirilebiliyorsa, gerekli olmayan kısıtlamadan söz edilir<sup>378</sup>.

Komisyon çeşitli kararlarında, gerekli olmayan kısıtlamaların belirlenmesine yardımcı olmuştur. Piyasa paylaşmalarının<sup>379</sup>, fiyat<sup>380</sup> ve üretim kotalarının<sup>381</sup>, düşük kaliteli malın satışını yasaklayan hükümlerin<sup>382</sup>, elde edilmek istenen amaçla bağlantılı olmadığına ve gerekli olmayan kısıtlama oluşturacağına karar vermiştir. Ancak her bir anlaşmanın amaçları ve firmaların faaliyet gösterdikleri piyasa ve ekonomik koşulların birbirinden farklı olması sebebi ile, Komisyon'un getirmiş olduğu bu kriterler mutlak bir bağlayıcılığa sahip değildir. Rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik veya bu etkiyi doğuracak hükümler dışındaki durumlar için, rekabetin gereğinden fazla kısıtlanıp kısıtlanmadığı, her bir anlaşmanın uygulanacağı piyasa koşullarına göre belirlenir. Bununla beraber, Komisyon'un bu faaliyetine ilave olarak çıkarılan, grup istisnalarına ilişkin tüzükler, yapılmalarına izin verilen anlaşma konularının yanı sıra, 85. maddenin 3. paragrafına göre gerekli olmayan kısıtlama durumlarını da belirlemiştir. 417/85 sayılı İhtisaslaşma, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Tüzük<sup>383</sup>, Münhasır Dağıtım<sup>384</sup> ve Satınalma<sup>385</sup> Anlaşmalarına İlişkin Tüzükler, izin verilen kısıtlamaların yanı sıra, hangi kısıtlamalara izin verilmeyeceğini de belirtmektedir. Tüzükler ile getirilen düzenlemeler de, genel olarak, piyasanın bölgelere ayırımının<sup>386</sup> ve fiyata ilişkin kısıtlamaların<sup>387</sup> kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.

Gerekli olan kısıtlamayı aşmama şartı, diğer şartlar ve 85. maddenin 1. paragrafı ile birlikte değerlendirildiğinde, rekabeti doğrudan kısıtlama amacına yönelik şartların, ekonomik, teknolojik ya da üretimi geliştirici konularda

<sup>378</sup> Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98.

<sup>379</sup> Re Transocean Marine Paint Association (1967) OJ L 163/10, (1967) CMLR D 9.

<sup>380</sup> Re Belgian Wallpaper Agreement, (1974) OJ L 237/9.

<sup>381</sup> Re Cementregeling voor Nederland (1972) OJ L 303/7, (1973) CMLR D 149

<sup>382</sup> Re Cimbel, (1972) OJ L 237/9, (1972) CMLR D 167.

<sup>383</sup> 418/85 Regulation on Research and Development Agreements (1985) OJ L 53/1.

<sup>384</sup> Exclusive Distribution Regulation 1983/83, (1983) OJ L 173/1.

<sup>385</sup> Exclusive Purchasing Regulation 1984/83, (1983) OJ L 173/5.

<sup>386</sup> Regulation madde 3(c), 3(d).

<sup>387</sup> Regulation madde 10(c).

yapılan anlaşmalara dahil edilemeyeceği sonucuna varılır. 85. maddenin 3. paragrafı, rekabeti kısıtlamaktan veya bu etkiyi yapmaktan başkaca bir amaç taşımayan anlaşmaları, Rekabet Hukuku kurallarından korumak için değil, ekonomik ve teknolojik gelişmeyi teşvik ve dolayısıyla, tüketicinin yararına bazı sonuçların elde edilmesi için konulmuştur<sup>388</sup>. Böyle bir anlaşmanın, rekabeti doğrudan kısıtlamaya yönelik hükümler ihtiva etmesi, anlaşmanın ekonomik ve teknolojik gelişmeye katkı amacının gerçekliğine ilişkin tereddütlerin doğmasına yol açar.

85. maddenin 3. paragrafının uygulanması, sadece 85. maddenin 1. paragrafına giren anlaşmalar bakımından olması sebebiyle, 1. paragraf kapsamına girmeyen kısıtlamaların bu koşulu gerçekleştirmesi ve gerekli olup olmadığının araştırılması yapılmaz<sup>389</sup>.

## **5. Rekabetin Ortadan Kalkmasına Neden Olma Koşulu**

### **a. Genel Olarak**

Bir anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafı uygulamasından ayrık tutulabilmesi için, ilgili olduğu piyasanın önemli sayılabilecek bir bölümündeki rekabetin ortadan kaldırılmış olması gerekir<sup>390</sup>. Rekabet Hukuku sistemini tamamlayıcı nitelikteki bu kural, Ortak pazar içinde rekabeti korumaya yönelik, istisnası olmayan bir kuraldır. Bundan dolayı rekabeti ortadan kaldırma tehlikesinin varlığı dahi, 3. paragraf hükümlerinin uygulanmasını engeller<sup>391</sup>. Piyasanın bir bölümünde, rekabetin ortadan kalkmaması şartının uygulanması, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasanın belirlenmesi ve rekabetin hangi durumlarda ortadan kalkmış sayılacağına belirlenmesine bağlıdır.

### **b. İlgili Piyasanın Belirlenmesi**

Rekabetin kısıtlanmasından sözedildiğinde kastedilen, soyut bir rekabet kavramı değildir. Rekabet Hukuku kuralları, belirli bir piyasada etkili olan ve piyasa koşullarını kısıtlayan davranışlar ile ilgilidir. Bu kısıtlayıcı davranış ve anlaşmaları tesbit ve değerlendirmek için de, anlaşmanın uygulandığı ilgili piyasanın belirlenmesi gerekmektedir<sup>392</sup>.

<sup>388</sup> WISH, 198; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 64.

<sup>389</sup> Re Transocean Marine Paint Association (1967) OJ L 163/10, (1967) CMLR D 9.

<sup>390</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 64.

<sup>391</sup> GLEISS-HIRSCH, 290; WISH, 198; BELLAMY-CHILD, 198.

<sup>392</sup> Bakınız sayfa 199.

### c. Rekabetin Ortadan Kalkması

#### aa. Genel Olarak

İlgili piyasanın belirlenmesinden sonra ele alınması gereken ikinci sorun rekabetin ne zaman ortadan kalkmış sayılacağıdır. 85. maddenin 3. paragrafı bakımından rekabetin fiilen ortadan kalkması şart değildir, çünkü anlaşmanın uygulanmaya konulmasından önce rekabetin ortadan kalkmasından değil, sadece kalkma ihtimalinden söz edilebilir. 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerinden muaf tutulma kararı için, bu ihtimalin kesin olması gerekli değildir<sup>393</sup>. Ancak anlaşmanın rekabetin ortadan kalkmasına yol açacak ise, anlaşmanın olumsuz yönleri ile sağladığı avantajların dengelendiği<sup>394</sup> ve tüketicilerin uygun ölçüde sağlanan menfaatlerden yararlandığı ileri sürülemez.

Komisyon, taraflar arasındaki anlaşmaların, diğer şartları dahi gerçekleştirilmemiş olduğunu tesbit etmiş olduğu için, kararlarında rekabetin ortadan kalkması koşulu ile ilgilenmemiştir<sup>395</sup>. Buna karşılık, 85. maddenin 3. paragrafında yer alan rekabete ilişkin bu koşul, 85. maddenin genel yapısını ortaya çıkarması bakımından önemlidir.

85. maddenin 3. paragrafındaki, rekabetin ortadan kalkması koşulunun, bir olasılığa ilişkin olması sebebi ile, hangi piyasa koşulları ve kimler arasındaki anlaşmaların böyle bir olasılığı artırdığının tesbit edilmesi gerekir. Rekabetin kısıtlanması olgusu, belirli bazı piyasa koşullarının varlığına bağlı olarak daha kuvvetli bir hal alabilir. Oligopol ve tekel piyasalarındaki fiyat teorilerinden çıkan piyasa koşullarının, Rekabet Hukuku uygulamasında önemli bir rolü vardır<sup>396</sup>.

#### bb. Teşebbüslerin Piyasa Paylarının Tespiti

85. maddenin 3. paragrafındaki belirli bir piyasadaki rekabetin ortadan kalkması şartı bakımından, teşebbüslerin piyasa etkinliklerinin belirlenmesi önemlidir, çünkü 3. paragrafta Avrupa Topluluğu içindeki genel bir piyasadan değil, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ilgili oldukları piyasadan söz edilmektedir. Bu da, teşebbüslerin ilgili piyasa bakımından pay oranlarının tesbitini gerektirir.

<sup>393</sup> Re Rank/ Soplelem (1975) OJ L 28/20, (1973) 1 CMLR D72.

<sup>394</sup> KORAH, Introduction, 245; DHAHEYER- THILMANY, La Protection du Consommateur et la Droit Antitrust Européen, Revue Trimestrielle de Droit Européen, c. 14, 1978, 228.

<sup>395</sup> WISH, 199.

<sup>396</sup> GLEISS-HIRSCH, 291; MERKIN-WILLIAMS, 79.

Rekabetin kısıtlanması ihtimalinin artması sadece faaliyet gösterilen piyasa koşullarına bağlı değildir. Anlaşmaya taraf olan firmaların ilgili piyasalardaki pay oranı da, anlaşmanın rekabete etkisini belirler. Örneğin, tarafların piyasanın yüzde yüzüne sahip olması, yani piyasada faaliyet gösteren bütün firmaların anlaşmanın tarafı olmaları halinde ise rekabetin varlığından bahsetmek mümkün değildir<sup>397</sup>. Adalet Divanı, piyasanın yüzde seksenini kontrol eden firmaların taraf olduğu bir anlaşmanın rekabeti ortadan kaldıracağına karar vermiştir<sup>398</sup>. Hatta piyasanın yüzde ellisini kontrol eden teşebbüsler arasındaki anlaşmaların da 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanması da mümkün gözükmemektedir<sup>399</sup>.

Ancak, teşebbüslerin toplam piyasa payı belirlenmeden önce, her bir teşebbüsün piyasa payının tesbiti gerekmektedir. Bu da piyasa payının belirlenmesinde gözönüne alınacak değerlerin neler olacağı sorununu ortaya çıkarır. Piyasa payı ve konsantrasyon endekslerinin hesaplanmasında, sermaye, istihdam edilen insan sayısı, ciro, satılan mal miktarı gibi çeşitli konulardan yararlanılmıştır<sup>400</sup>. Ancak değişik kriterlere göre, belirlenen konsantrasyon endekslerinin çoğu, konumuz bakımından önemli değildir. Rekabetin yatay kısıtlanması konusunda, teşebbüslerin ciroları ile piyasadaki faaliyetleri arasında yakın bir ilişki olması ve cironun, piyasadaki etkinliğin göstergesi olarak kabul edilmesi sebebiyle ciro ya da birim mal miktarına göre belirlenecek piyasa paylarının bir anlamı vardır.

Hakim Reed Columbia Steel kararında, teşebbüslerin ciro esaslarına göre bulunacak etkinlik derecelerinin de Rekabet Hukuku bakımından önemi olmadığını ve gözönüne alınması gerekenin tüketicinin talebi ve endüstrinin gelişimi olduğunu belirtirken<sup>401</sup>, Amerikan Hukukunda, satılan ya da arz edilen birim mal miktarının ölçüt olarak kabul edildiğini açıklamıştır. Hakim White'in Rekabet Hukukunun esas amacının üretim miktarının korunması olan görüşü, Hakim Reed'in piyasa payını belirlemede, satılan birim miktarının dikkate alınacağı kuralı ile desteklenmiştir. Gerçekten de, ciroyu belirleyen unsurlar arasında malın fiyatının da bulunması, bunu piyasa payını belirlemede güvenilir bir ölçüt olmaktan çıkarmaktadır. 1982 yılında yürürlüğe giren Amerika Birleşik Devletler Adalet Bakanlığının Birleşmelere İlişkin Tebliğin III. bölümünde,

<sup>397</sup> Re Potash II Agreement, (1974) OJ L 19/22,25.

<sup>398</sup> Cases 209-215/78, 218/78, von Landewyck Sàrl et al. v. Commission, (1981) 3 CMLR 10, (1980) ECR 3125.

<sup>399</sup> Re Gerofabriek, (1977) OJ L 16/8.

<sup>400</sup> SINGER, 136.

<sup>401</sup> United States v. Columbia Steel Co. et al., 334 US 495, 528, 68 S.Ct. 1107, 1124 (1948).

piyasa payının teşebbüslerin satışa arz ettikleri mal miktarına göre hesaplanacağı belirtilmektedir<sup>402</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukuku, Amerikan Hukukundan farklı şekilde gelişmiştir. 85. maddenin 3. paragrafında, tüketicilerin çıkarlarının ön plana alınmasına karşılık, Komisyon yayınladığı grup istisnalarına ilişkin tüzüklerde, piyasa payının teşebbüslerin toplam cirolarına<sup>403</sup> göre hesaplanacağı kuralını getirmiştir<sup>404</sup>. Buna karşılık Adalet Divanı Hoffman-La Roche kararında<sup>405</sup>, piyasa payının satılan mal miktarı, ciro ya da üretim kapasitesine göre hesaplanabileceğini ve bunlar arasında herhangi bir farkın olmadığına karar vermiştir. Doktrinde, Adalet Divanın Hoffman-La Roche kararını eleştiren Fuller<sup>406</sup>, satılan mal miktarına göre yapılacak piyasa payı tesbitinin, amaca ve piyasaya egemen güç teorilerine daha uygun olacağını ileri sürmüştür. Kanımızca da, 85. maddenin 3. paragrafında tüketicinin çıkarları ön plana çıkarıldığından, teşebbüslerin piyasa paylarının arz edilen mal miktarına göre hesaplanması her zaman doğru sonuç vermez. Adalet Divanının, "ciro veya üretim miktarına göre hesaplama arasında fark yoktur", şeklindeki kararı gerçeği yansıtmamaktadır. Örneğin, üç teşebbüsün bulunduğu bir piyasada, iki teşebbüsün toplam bir milyon kalemi adedi 30 liradan, üçüncü teşebbüsün de bir derneğin kendine özgü belirtisi ile farklılaştırdığı üç bin adet kalemi, tanesi 20000 liradan sattığını farz edelim. Eğer firmaların ciroları esas alınarak piyasa payları belirlenecek olursa, ilk iki firmanın piyasa paylarının toplamının üçüncü firmanın piyasa payına eşit olduğuna karar verilecektir. Piyasa payında birim mal esas alınır, ortaya binde üçlük gibi bir oran çıkacaktır. Ciro esası gözönüne alındığında, üçüncü firmanın piyasaya egemen olduğu kabul edilecektir ki, bunun da gerçekleri yansıtmayacağı açıktır, çünkü üçüncü firma, bir milyon üçbin kişiden sadece üçbinine mal satabilmektedir. Kanımızca, piyasa payının ciro esasına göre belirlenmesi, piyasa payı ile etkinlik arasındaki ilişkinin azalmasına yol açar.

85. maddenin 3. paragrafındaki, rekabetin ortadan kalkmamış olması şeklindeki menfi koşula ilişkin ikinci sorun ise, tarafların toplam piyasa payları ile rekabet arasındaki ilişkidir. Bu konuda, gerek Komisyon ve gerekse Adalet Divanı kararları yol gösterici olmaktan uzaktır. Konsantrasyon endeksleri ve bunların değerlendirilmesine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Piyasa

---

<sup>402</sup> Department of Justice Merger Guidelines (1982).

<sup>403</sup> Regulation 2988/74 'de, 150 milyon ECU olan üst sınır, 418/85 sayı ve 1.3.1985 tarihli Regulation ile 500 milyon ECU'ye artırılmıştır.

<sup>404</sup> Regulation 2988/74, madde 3(1a).

<sup>405</sup> Case 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission, (1979) 3 CMLR 211.

<sup>406</sup> FULLER, Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position, 4 ELRev. 423, 433 (1979).

konsantrasyonunu belirlemede en basit ancak gerçeği yansıttığında şüpheli gördüğümüz yöntem, Avrupa Topluluğunda kabul edilen ve piyasa paylarının alt alta konularak toplanması ile elde edilen, basit toplama usulüdür. Buna karşılık, ekonomistlerin geliştirdikleri oldukça karmaşık ve sofistike konsantrasyon eğrileri<sup>407</sup> ve katsayıları<sup>408</sup> da vardır.

Avrupa Topluluğu Hukukunda basit toplama sisteminin kabul edilmesine karşılık, Amerikan Hukukunda 1982 tarihli Adalet Bakanlığı tebliğinde, Herfindahl- Hirschman endeks metodu kabul edilmiştir<sup>409</sup>. Herfindahl-Hirschman endeksi, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasa paylarının karelerinin toplamının alınması ile elde edilmektedir<sup>410</sup>. Bu metoda göre, piyasa payı yüzde on olan iki teşebbüsün anlaşması sonrası Herfindahl-Hirschman endeks katsayısı 200 den 400 e çıkmaktadır<sup>411</sup>. Piyasa paylarını basit toplama sistemi, anlaşmanın piyasadaki etkisi olan (2ab) lik farkı gözönüne almamaktadır.

Uygulanmasındaki basitliğin yanı sıra, ampirik verilerle de, iyi uyum göstermekte olan<sup>412</sup> Herfindahl-Hirschman endeks metodu, basit toplama metodunun gözönüne almadığı diğer teşebbüslerin piyasa paylarının etkilerinin de hesaplamaya dahil etmesi sebebi ile piyasa hakkında daha doğruya yakın bilgi vermektedir<sup>413</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, İhtisaslaşma ve Araştırma Anlaşmalarına İlişkin Tüzüğü<sup>414</sup> 3/1 maddesi, anlaşmanın taraflarının toplam piyasa paylarının yüzde yirmiyi geçmesi halinde, bu anlaşmaların grup

<sup>407</sup> Lorenz eğrisi, konsantrasyon eğrilerinin en önemlilerindedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız GÜRAN,Sevgi, İktisadi Konsantrasyon, İstanbul, 1973,(yayınlanmamış doktora tezi); GÜRTAN, İstatistik ve Araştırma Metodları, İstanbul, 1971, 138; SINGER, 141-144.

<sup>408</sup> Gini katsayısı, Pareto katsayısı konsantrasyon katsayılarına örnek gösterilebilir. Bakınız SINGER, 144-149, GÜRAN, 161.

<sup>409</sup> SINGER, 152; Department of Justice Merger Guidelines (1982), 6.

<sup>410</sup> On eşit büyüklükte firmanın yer aldığı bir piyasada toplam Herfindahl-Hirschman endeks katsayısı 100'e eşittir.

<sup>411</sup> 200 katsayılık fark, (a) nin karesinin (b)nin karesinin toplamının (a)+(b) nin toplamının karelerinden farklı olmasından ve (a+b) nin karesinin (a)nın ve (b)nin karelerinin toplamı ile (a) ile (b) nin çarpımlarının iki katından olmasından kaynaklanmaktadır.

<sup>412</sup> SINGER, 152,153.

<sup>413</sup> Beş teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada,piyasa paylarının eşit ya da (%35, %5,%20,%20, %20) şeklinde dağılım göstermesi durumunda, Herfindahl-Hirschman endeks katsayısı ilk durumda 2000, ikinci durumda 2425 dir. Basit toplama metodu bakımından ise, arada hiçbir fark yoktur. Oysa ikinci dağılımda piyasadaki firma konsantrasyonun daha yüksek olduğu açıktır.

<sup>414</sup> 418/85 Regulation on Research and Development Agreements. 2779/92 sayılı tebliğ ile bu %10 olarak belirlenmiştir.

istisnasından yararlanamayacağını belirtmiştir. Amerikan Hukukunda 1982 tarihli Adalet Bakanlığı Tebliğinde ise, kademeli bir sınırlama sistemi öngörülmüştür. Anlaşma sonrası, Herfindahl- Hirschman endeksinin 1000 katsayının altında olduğu durumlarda, birleşmenin rekabeti kısıtlayıcı etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu katsayının 1000-1800 arası olması halinde, anlaşmanın 100 sayıdan az bir Herfindahl-Hirschman endeksi katsayısı artışına sebep olmaması gerekmektedir<sup>415</sup>. Endeks katsayısının 1800'ün üzerinde olması halinde ise bu artış 50 katsayısını geçmemelidir<sup>416</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda geliştirilen piyasa paylarına ve rekabeti kısıtlama noktasına ilişkin kabul edilen kriterlerin yetersizliği Komisyon kararlarında da açıkça kabul edilmektedir. Komisyon çeşitli kararlarında, anlaşmaya taraf olan teşebbüsleri piyasa paylarını araştırmak ile yetinmemiş ve Amerikan Hukukunda 1982 tarihli Tebliğde kabul edilen ilkeler paralelinde bir uygulama yolunu seçerek, anlaşma dışında kalan üçüncü kişilerin de piyasa paylarını gözönüne almıştır<sup>417</sup>.

Continental Can kararında ise, Adalet Divanı muhtemel rakip teorisinden de yararlanarak, rakip olması ihtimal dahilindeki teşebbüslerin, piyasaya olan etkilerini de değerlendirmiştir<sup>418</sup>. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, 85. maddenin 3. paragrafındaki istisna hükümlerinden yararlanabilmesi için gereken, rekabetin ortadan kalkmasına yol açmama şartı, diğer şartların gerçekleşmesine bağlıdır<sup>419</sup>. Ancak, diğer şartların yerine getirilmiş olmasına rağmen, piyasadaki firma konsantrasyonu ve anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin piyasa payları sonucu, bu anlaşmaların rekabeti ortadan kaldırmak etkisinden sözedilebilir. Gerek hukuki düzenlemeler ve gerekse Komisyon ve Adalet Divanı içtihatlarına göre, oligopolist piyasalar bakımından 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması mümkün görülmemektedir<sup>420</sup>.

---

<sup>415</sup> 100 Herfindahl-Hirschman endeksi sayısı artışa yol açan teşebbüslerin piyasa payları %25-%2, %16-%3, %12-%4, %10-%5, %8-%6 ve %7-%7 dir.

<sup>416</sup> 50 Herfindahl-Hirschman endeksi sayısı artışa yol açan teşebbüslerin piyasa payları %12-%2, %8-%3, %6-%4 ve %5-%5 dir.

<sup>417</sup> Re Davidson Rubber Co. Agreement, (1972) OJ L 143/43, (1972) CMLR D 52; Re Bayer AG and Gist-Brocates NV., (1976) CMLR D98; Case 26/76, Metro-SB- Grossmarkte GmbH und Co. KG. v. Commission, (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1.

<sup>418</sup> Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can Inc. v. Commission, (1983) ECR 215.

<sup>419</sup> BELLAMY-CHILD, 173; CUNNINGHAM, 62; AGNEW, 149.

<sup>420</sup> GLEISS-HIRSCH, 292-293.



## ARA SONUÇ

Teşebbüsler arasındaki anlaşmaların Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesinde ortaya çıkan sorunlardan ilki, anlaşmaların ticari hayata olan etkisinin belirlenmesi, ikincisi ise, teşebbüslerin ilgili piyasalarının tesbitidir.

Rekabet Hukukunun amacının, ticari hayatın ekonominin kanunlarına uygun olarak gelişmesini temin olduğu kabul edildiğinde, anlaşmaların ticari hayattaki etkilerinin niteliğinin ikinci planda kaldığı gözlenir. Etkinin niteliği kadar önemli olan diğer bir husus da, teşebbüslerin ilgili piyasalarının tesbiti ve hangi teşebbüslerin rakip olarak kabul edileceğidir. Teşebbüslerin ilgili piyasaları coğrafi bölge ve mal esaslı olmak üzere iki farklı şekilde belirlenir. İlgili piyasanın coğrafi bölgeye göre belirlenmesinde ekonomik faaliyet bölgesi görüşü önemli rol oynarken, mal esasına göre ayırimda, tüketici bakımından farksız kullanma ve üretim çapraz esnekliği kriterleri belirleyicidir.

Rekabeti kısıtlayan anlaşmaların değerlendirilmesinde, Avrupa Topluluğu ile Amerikan Rekabet Hukuklarının önemli farklılıklar gösterdiği ve Shearman Kanununun 1. maddesindeki rekabeti kısıtlayıcı "her sözleşmenin" hukuka aykırı olduğunun belirtilmesine karşılık, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. ve 3. paragraflarında, rekabeti kısıtlayıcı bazı anlaşmaların teknolojik ve ekonomik yararları nedeniyle, 85. maddenin 1. paragrafı uygulamasına tabi olmayacağı hükmünün getirildiği ve bunun da iki hukuk sistemi arasındaki farkı oluşturduğu iddia edilmiştir.

Doktrinde, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesinde üç sistemin mevcut olduğu ileri sürülmüştür<sup>421</sup>. Bunlar yasaklayıcı sistem, istisnalar tanıyan yasaklayıcı sistem ve kötüye kullanma sistemidir<sup>422</sup>. Amerikan Hukukunda, yasaklama ilkesinin benimsenmiş olduğu ileri sürülürken<sup>423</sup>, Batı Almanya, Fransa, İngiltere ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında istisnalar tanıyan yasaklama ilkesinin geçerli olduğu iddia

<sup>421</sup> BELLIS, National Antitrust Laws in the EEC(1974), zikreden STEIN-HAY- WAELEBROECK, 770-771; SWANN, Competition and Consumer Protection, 142.

<sup>422</sup> Yasaklama ilkesi, rekabeti kısıtlayıcı veya kısıtlamak amacı taşıyan bütün anlaşmaları hukuka aykırı kabul eder. İstisnalar tanıyan yasaklama ilkesi ise, rekabeti kısıtlayıcı veya kısıtlamak amacı taşıyan bütün anlaşmaları hukuka aykırı kabul etmekte, ancak bazı hallerde bu tür anlaşmalar yasaklamanın dışında bırakılmaktadır. Üçüncü ve son ilke olan, kötüye kullanma ilkesine göre ise, rekabeti kısıtlamak amacına yönelik anlaşmaların, Rekabet Hukuku kurallarını ihlali, anlaşmanın yürürlüğe koyulmasına ve rekabeti olumsuz etkilemesi şartına bağlanmıştır.

<sup>423</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 142; ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, İstanbul, 1985, 9.

edilmektedir<sup>424</sup>. Kötüye kullanma ilkesini kabul etmiş ülkeler ise Hollanda ve Belçikadır<sup>425</sup>.

Shearman Kanununun 1. maddesinde, ticareti kısıtlayan her sözleşmenin rekabete ayırıcı olduğunun belirtilmesi, Amerikan Hukukunda yasaklama ilkesinin benimsendiği görüşüne gerekçe olarak gösterilmektedir. Ancak, bu iddiaların doğruluğu tartışmaya açıktır. Rekabet Hukukunun ilk yıllarından itibaren, her sözleşmenin rekabeti bir şekilde kısıtladığı<sup>426</sup> ve her rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın Rekabet Hukuku kapsamına girmeyeceği<sup>427</sup> ifade edilmektedir. Gerçekten de, rekabeti kısıtlayan her anlaşmanın hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek, hukuki ve ticari gerçeklerin farkında olmamanın sonucudur. Kanımızca, herhangi bir hukuk sisteminde yasaklama ilkesinin kabulü, mantıksız ve uygulanması mümkün olmayan sonuçlara yol açacağından, böyle bir şeyin kabulü de imkansızdır. Shearman Kanununda ifade edilenle ifade edilmek istenenin farklı olduğu Rekabet Hukuku otoritelerince de ifade edilmektedir<sup>428</sup>. Amerikan Rekabet Hukuku, pozitif hukuk metinlerindeki bu kesin ifade tarzına rağmen, farklı gelişme göstermiş ve yasaklayıcı sistemden tamamen farklı ilkeleri benimsemiştir<sup>429</sup>. *Per se ve rule of reason* yargısal doktrinleri de, bu gelişmenin en belirgin delilidir.

Amerikan Rekabet Hukuku, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları, olumlu ve olumsuz yönlerini ve tarafların amaçlarını dikkate alarak değerlendirme prensibini kabul ederek, yasaklayıcı ilke özelliklerinden çok, istisnalar tanıyan yasaklayıcı sistem özelliklerini gösterir. *Per se* doktrini açısından bakıldığında dahi durum farklı değildir. Herhangi bir anlaşmanın rekabeti kısıtlaması durumunda, ilk önce piyasaya etki bakımından rekabetin kısıtlanmasının doğal sonuç olup olmadığı araştırılacaktır. Yani, anlaşma tarafları piyasa koşulları ve rekabete etkisi bakımından incelenecek ve rekabetin kısıtlanması anlaşmanın doğal sonucundan kaynaklanmakta ise, başka herhangi bir hususun araştırılmasına gerek duyulmadan, anlaşmanın *per se* hukuka aykırı olduğuna karar verilecektir<sup>430</sup>. Görüldüğü gibi, anlaşmanın hukuka aykırı oluşu, kendiliğinden olmamakta, amaç, etki ve diğer piyasa koşullarının birlikte değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

<sup>424</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, ibid 14, 171-172.

<sup>425</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, ibid 185-186; Özsunay'a göre İngiltere'de kötüye kullanma ilkesi benimsenmiştir. ÖZSUNAY, 4, 28.

<sup>426</sup> Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 US 239, 38 S.Ct. 251 (1918).

<sup>427</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

<sup>428</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 16-17; POSNER, Antitrust Law, 71.

<sup>429</sup> National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 679 (1978).

<sup>430</sup> GRENDLELL, 70.

Avrupa Topluluğu Hukukundaki düzenlemeler de, Amerikan Rekabet Hukukundakinden farklı değildir. Herhangi bir anlaşmanın değerlendirilmesinde gözönüne alınacak ilk kural, 85. maddenin 1. paragrafında belirtilen durumun, gerçekleşip gerçekleşmediğinin tesbitidir. 85. maddenin 1. paragrafına göre yapılacak araştırma ile, anlaşmanın rekabeti kısıtladığı, engellediği ya da ortadan kaldırdığı veya kaldırmak amacı veya etkisi tesbit edilecektir<sup>431</sup>.

Ticarete olan etkiyi belirlemede, 85. maddenin 1. paragrafında ne yöntem ne de kriterler bakımından açıklık vardır. Bu hususta yol gösterici nitelikteki hükümler, ancak 85. maddenin 3. paragrafından çıkarılabilir. Teşebbüsler arasındaki bir anlaşmanın, ticari hayat üzerinde olumsuz etkisi ancak 85. maddenin 3. paragrafındaki koşulların gerçekleşmesi ile dengelenebilir. Ticaretin olumsuz etkilendiğinin tesbiti halinde de, anlaşmanın rekabeti kısıtlamayı mı amaçladığı yoksa rekabeti etkilemek sonucunu mu verdiği tesbit edilecektir. Bu belirleme 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması bakımından önemlidir. Rekabeti kısıtlamayı amaçlayan anlaşmalar ile 3. paragrafta belirlenen şartların birlikte bulunması mümkün değildir. Anlaşmanın rekabeti kısıtlamak amacı taşımadığı, ancak rekabetin kısıtlamak etkisi yapması (ki bu durum Amerikan Hukukunda rekabetin ikinci dereceden kısıtlanması olarak adlandırılmaktadır) durumunda, 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması sözkonusu olacaktır.

Kanımızca, Avrupa Topluluğu ve Amerikan Rekabet Hukuklarında benimsenen ilkeler arasında önemli benzerlikler vardır. Her iki hukuk düzeni rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları, *per se* hukuka aykırı kabul ederken, diğerleri bakımından sosyal, ekonomik ve teknolojik yararlarını da dikkate alarak, olumlu ve olumsuz yönlerini dengeleme prensibini kabul etmiştir<sup>432</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukuku ile Amerikan Hukuku arasındaki en önemli fark, 85. maddenin 3. paragrafının uygulanmasında, 17/62 sayılı tüzükle Komisyon'a verilen yetkide görülür. 85. maddenin 3. paragrafının uygulanmasında iki farklı yöntem öngörülmüştür. Bunlar, bireysel muafiyet kararı ve grup muafiyetidir.

17/62 sayılı tüzüğün<sup>433</sup> 3. maddesi, taraflar arasındaki anlaşmaların yürürlüğe konulmadan önce, Komisyon'a bildirilmesini ve Komisyon'un, 85. maddenin 3. paragrafındaki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmesi sistemini getirmektedir. 85. maddenin 3. paragrafında belirtilen koşul-

<sup>431</sup> KOVAR, 251; JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 110; WAER, Common Market Antitrust, The Hague, 1963, 19.

<sup>432</sup> KOVAR, 252; JOLIET, The Rule of Reason in Antitrust, 112.

<sup>433</sup> Regulation 17/62 204, Special Edition 87.

ların karşılandığının taraflarca kanıtlanması<sup>434</sup> üzerine, Komisyon, anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerine tabi olmayacağına karar verecektir.

Ancak, bireysel muafiyet sisteminin yavaş işlemesi<sup>435</sup>, teşebbüsleri, aralarındaki anlaşmayı Komisyon'a bildirmemeğe ve 85. maddeyi ihlal riskini üzerlerine almağa itmiştir<sup>436</sup>. Gecikmelerin yarattığı bu olumsuz durumu hafifletmek için, Konsey, Komisyon'a grup muafiyetleri tanıma yetkisi vermiştir<sup>437</sup>. Konsey, 19/65 sayılı<sup>438</sup> ve 2871/71 sayılı<sup>439</sup> tüzükler ile, Komisyon'a, münhasır satıcılık, sınai hakların kullanımı, standartlaşma ve ihtisaslaşma anlaşmaları konularında grup muafiyeti tanımak yetkisi vermiştir. Komisyon, kendisine tanınan yetkilere dayanarak, araştırma, geliştirme ve ihtisaslaşma anlaşmaları<sup>440</sup>, münhasır dağıtıcılık<sup>441</sup> ve satınalma<sup>442</sup> anlaşmaları, patent lisans anlaşmaları<sup>443</sup> konularında grup muafiyeti tanıdığını açıklamıştır.

Avrupa Topluluğu Hukukunda, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 3. paragrafının uygulanmasında 17/62 sayılı tüzüğün<sup>444</sup> 9/b.1 maddesine göre, Komisyon bireysel muafiyet kararı verebilecek tek yetkili organ ise de, kanımızca, 85. maddenin 3. paragrafında belirtilmiş olan şartları gerçekleştirmek ile beraber, Komisyon'a bildirilmemiş olan anlaşmalar da, 85. maddenin 3. paragrafından dolayı olarak yararlanacaklardır.

Şöyle ki, grup istisnalarından yararlanan anlaşmalar bakımından, anlaşmanın Komisyon'a önceden bildirilmesi gerekli olmadığı için, 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerinden muaf olma durumu, kendiliğinden gerçekleşir. 85. maddenin 3. paragrafına göre, bireysel muafiyet tanınacak durumlarda, anlaşmanın önceden Komisyon'a bildirilmemiş olması, 17/62 sayılı tüzüğe göre, 85. maddenin 3. paragrafının doğrudan uygulanmasına engel ise de, böyle bir anlaşmanın ticarete etkisinin araştırılması safhasında, 85. maddenin 3. paragrafındaki şartların karşılanmış olduğu dikkate alınacaktır. Kanımızca,

<sup>434</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299, 347.

<sup>435</sup> KORAH, Comfort Letters, Reflections of the Perfume Cases, 6 ELRev. 15 (1981); VERSTRYNE, Current Antitrust Policy Issues in the EEC: Some Reflections on the Second Generation of Competition Policy, Fordham Corporate Law Institute, Hawk edition, v.11, New York, 1985, 694.

<sup>436</sup> WISH, 201; FORRESTER- NORALL, 20.

<sup>437</sup> Roma Andlaşması madde 87(2)(b).

<sup>438</sup> Regulation 19/65 (1965) OJ 533, Special Edition 35.

<sup>439</sup> Regulation 2821/71 (1971) OJ L 285/46.

<sup>440</sup> Regulation 3604/82, (1982) OJ L 376/33, Regulation 417/85, (1985) OJ L 53/1.

<sup>441</sup> Regulation 1983/83, (1983) OJ L 173/1.

<sup>442</sup> Regulation 1984/83, (1983) OJ L 173/5.

<sup>443</sup> Regulation 2349/84, (1984) OJ L 219/15.

<sup>444</sup> Regulation 17/62 204, Special Edition 87.

Komisyon'a bildirilme durumunda, 85. maddenin 1. paragrafı uygulanmasından muaf tutulacak bir anlaşmanın, ticarete olumlu etkisinin olumsuz yanını dengeleyecek nitelikte olması gerekir. Bu sebepten de, böyle bir anlaşmanın bu paragrafa göre, hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>445</sup>.

85. maddenin 1. paragrafına göre, hukuka aykırı olmak, 3. paragraf şartlarının gerçekleşmediği durumlarda söz konusu olabilir. Kanımızca, 85. maddenin 3. paragrafı şartlarının gerçekleştiği durumlarda, anlaşmanın Komisyon'a önceden bildirim ve Komisyon'un 85. maddenin 1. paragrafından istisna tutulma kararı, sadece anlaşmanın uygulanmasından önce, taraflar dışında bir kişi tarafından objektif değerlendirilmesine ve anlaşmanın taraflarının tereddütlerinin giderilmesine yaramaktadır.

Amerikan Hukuku bakımından da durum farksızdır. Anlaşmanın, piyasa etkileri, ticari ve ekonomik yaşama olumlu etkilerinin, olumsuz yönlerini dengelemesi durumunda, rekabeti kısıtlamış olması, önemini kaybeder ve Shearman Kanununun 1. maddesi uygulamasından kurtulur. Amerikan Rekabet Hukukundaki son gelişmeler ile de, her iki düzen arasındaki fark ortadan kalkmıştır. Ulusal Araştırma İşbirliği Kanunu da<sup>446</sup>, Avrupa Topluluğu Hukukundakine benzer bir uygulama ile, anlaşmaların Federal Ticaret Komisyonu ile Başsavcıya bildirilmesi sistemini getirmiştir.

Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tabi olduğu düzenlemeler, birbirine oldukça benzemekte ve bu anlaşmaların ticarete olumsuz etkisini önlemek için benimsenen ilkeler bakımından da önemli farklar görülmemektedir. Her iki hukuk düzeninde de farklı ilkelerin benimsendiği iddiaları da gerçeği yansıtmamaktadır<sup>447</sup>.

---

<sup>445</sup> WAER, 18, 19.

<sup>446</sup> National Cooperative Research Act. Pub. L 98-642.

<sup>447</sup> ÖZSUNAY,9, 269.

## Üçüncü Ayırım

### REKABET HUKUKU DAVALARINDA TARAFLAR

#### I. GENEL OLARAK

Rekabet Hukukunun kişi bakımından uygulanma alanı, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edebilecek kişileri olduğu kadar, Rekabet Hukukunun ihlal edildiğini ileri sürerek, davacı sıfatını kazanacak kişileri de kapsar. Rekabet Hukukunu ihlal edebilecek kişilerin belirlenmesi, rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı zarardan kimin ya da kimlerin sorumlu olacağıın tesbiti sorunu ile doğrudan ilgilidir. Rekabeti ihlal edebilecek kişilerin belirlenmesiyle ilgili diğer bir sorun da, birden fazla teşebbüsün bulunması koşulunun hangi durumlarda gerçekleşmiş olacağı yani kimlerin bağımsız olarak kabul edileceğidir<sup>1</sup>.

Rekabetin yatay kısıtlanmasının düzenlendiği Shearman Kanununun 1. maddesi ve Roma Andlaşmasının 85. maddesi, rekabetin sözleşme, uyumlu eylem ya da birlik kararı ile kısıtlanmasına ilişkin hükümler getirirken, uyuşma unsuruna ağırlık vermiş<sup>2</sup>, bu da rekabetin yatay kısıtlanmasında birden fazla tarafın varlığı şartını ortaya çıkarmıştır. Buna karşılık, tekelleşmeye veya piyasaya egemen olmaya yönelik faaliyetleri düzenleyen Shearman Kanununun 2. maddesi ile Roma Andlaşmasının 86. maddesi tek bir kişinin eylemi ile de bu durumların gerçekleşebileceği varsayımından hareket etmiştir<sup>3</sup>. Hangi durumlarda birden fazla tarafın var olduğu, kimlerin aynı taraf olarak kabul edileceği, rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen pozitif hukuk metinleri bakımından çözüm bekleyen en önemli sorundur<sup>4</sup>.

Rekabet Hukukunun kişi bakımından uygulanmasındaki ikinci sorun, kimlerin Rekabet Hukuku davasında davacı sıfatını kazanacağıdır. Usul Hukuku teorilerine göre, menfaati olan ya da zarar gördüğünü ileri süren herkes, Rekabet Hukuku davalarında davacı sıfatını kazanabilir mi? Ya da başka bir ifade ile,

<sup>1</sup> BELLAMY-CHILD, Common Market Law of Competition, London,1978, 22.

<sup>2</sup> GLEISS-HIRSCH, Common Market Cartel Law, Washington D.C., 1978, 3rd edition, 50.

<sup>3</sup> TURNER, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 HLR 655 (1962); FOCSANEAU, La Concurrence a l'Interieur des Groupes de Sociétés, Revue de la Marché Commune, c.13, 1969, 13.

<sup>4</sup> FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, Droit Européen de la Concurrence, Paris, 1978, 40.

davacı sıfatını sadece rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören rakip teşebbüsler mi kazanır, yoksa Rekabet Hukukunun amaçları doğrultusunda, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören tüketiciler de, Rekabet Hukuku davalarından yararlanabilirler mi? Rekabet Hukuku ile elde edilmek istenen amaçlar çerçevesinde çözümlenmesi gereken bu sorun, Avrupa Topluluğu Hukuku kadar, Amerikan Hukuku bakımından da önemlidir.

## II. DAVALILAR

### A. Genel Olarak

Shearman Kanununun, rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen 1. maddesi, ticareti kısıtlayan sözleşme ya da işbirliği ile herkesin hukuka aykırı davranmış olabileceğini belirtmektedir<sup>5</sup>. Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında da, teşebbüslerin anlaşma veya uyumlu eylem ile rekabetin kısıtlanmasının hukuka aykırı olacağını belirtmesinin yanı sıra, 85. madde Shearman Kanununun 1. maddesinden farklı olarak, teşebbüs birlikleri kararları<sup>6</sup> ile de, rekabetin kısıtlanabileceğini belirtmiştir. 1914 tarihinde Shearman Kanununa eklenen 8. madde ile, gerçek kişiler ile beraber Amerika Birleşik Devletleri ya da herhangi bir bölgenin ya da eyaletin veya yabancı ülke kanunlarınca tanınan tüzel kişiler ve kuruluşların, Rekabet Hukuku bakımından kişi olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Rekabetin kısıtlanmasına yol açabilecekler arasında yer alan kuruluş kavramı, gerçek ve tüzel kişi kavramlarından daha belirsiz bir kavramdır<sup>7</sup>. Kuruluş kavramı gibi, Roma Andlaşmasına esas alınan teşebbüs kavramının da içeriği kesin olarak belirlenmemiştir<sup>8</sup>.

### B. Teşebbüs Kavramı

Amerikan Hukukunda rekabeti kısıtlayabilecekler arasında kuruluşlara yer verilmesi, kişiliğe sahip olmanın, ikinci derece önemde olduğunu gösterir. Shearman Kanununun 8. maddesi, rekabeti kısıtlaması ihtimal dahilindeki herkesi, kişi sözcüğünün kapsamına dahil etmiştir. Bu maddeye göre, herhangi bir hukuk düzenince tanınan ya da herhangi bir hukuk düzeni kurallarına göre varlığı kabul edilen her çeşit topluluk, Rekabet Hukukunun kişi bakımından

<sup>5</sup> POSNER- EASTERBROOK, Antitrust, Cases, Economic Notes and Other Materials, St. Paul, 1980, 534; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, Boston, 1978, 534.

<sup>6</sup> WHISH, Competition Law, London, 1985, 1985.

<sup>7</sup> POSNER- EASTERBROOK, 535.

<sup>8</sup> KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford, 1986, 14; GRAUPER, The Rules of Competition in the European Community, The Hague, 1965, 11.

uygulama alanı içine girer. Herhangi bir kuruluşun ya da şirketin, Amerikan Federal Hukukunca tanınmamış olmasının, o kuruluşun ve üyelerinin rekabeti kısıtlamak konusunda ayrıcalıklı bir duruma geçmeleri önlenmiştir.

Amerikan Hukukunda, rekabetin yatay kısıtlanmasına neden olabilecekler, gerçek kişiler, tüzel kişiler ve kendilerine kişilik tanınmamakla beraber, kararları ile ticari hayatta etkili olabilen bütün fiili gruplaşmalardır<sup>9</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, teşebbüs kavramına yer verilmiş ve teşebbüsler arasındaki sözleşme ve uyumlu eylem ya da teşebbüs birlikleri kararı ile, rekabetin kısıtlanması yasaklanmıştır. Birlikler de, teşebbüslerin katılması ile oluştuklarından, Roma Andlaşmasında Avrupa Hukukuna esas alınan teşebbüs kavramının tanımının verilmemiş olması<sup>10</sup> nedeni ile, buna yorum yolu ile, içerik kazandırılması gerekmiştir<sup>11</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda teşebbüs kavramı, Avrupa Çelik ve Kömür Andlaşmasının<sup>12</sup> 80. maddesi ile Euratom Andlaşmasının<sup>13</sup> 196. maddesinde tanımlanmış ise de, bunlar Rekabet Hukuku bakımından yetersizdir.

Rekabet Hukukunun konusu ve amaçları gözönüne alındığında, teşebbüs kavramının iki unsurdan oluştuğu gözlenir<sup>14</sup>. Bunlardan ilki iktisadi faaliyet, ikincisi ise, hukuki veya fiili örgütlenmedir<sup>15</sup>. Bu iki unsur gözönüne alınarak Rekabet Hukuku bakımından teşebbüs kavramı, ekonomik kazanç amacı ile faaliyette bulunan hukuki veya fiili örgütlenmedir.

Federal Alman Kartel Bürosunun teşebbüs kavramı için verdiği tanım şöyledir:

<sup>9</sup> ROCKEFELLER, Antitrust, Questions and Answers, Washington D.C., 1974, 34.

<sup>10</sup> BELLAMY-CHILD, 23.

<sup>11</sup> Ancak, bu da sadece Rekabet Hukuku bakımından geçerli olacaktır, çünkü İş Hukuku, Sosyal Sigortalar Hukuku gibi çeşitli Kamu Hukuku dalları ile Ticaret Hukuku ve Özel Hukuk alanlarında da rastlanan teşebbüs kavramının kullanıldığı yere göre değişik anlamları vardır. DERINGER, The Competition Law of the European Economic Community, Chicago, 1968, 4; DUVEL, Signification du Mot "Enterpris" dans le Sens de l'Article 85 du Traité C.E.E., à Propos d'Accords Entre Sociétés Mères et Filiales et Filiales Entre Elles, Revue Trimestrielle de Droit Européen, c. 2, 1966, 408 bis.

<sup>12</sup> Treaty Establishing the European Coal and Steel Community, Treaty of Paris, 18 April 1951, STEIN-HAY- WAELEBROECK, European Community Law and Institutions in Perspective, New York, 1976, 24.

<sup>13</sup> Treaty Establishing the European Atomic Energy Community, 27 March 1957, STEIN-HAY- WAELEBROECK, ibid, 237.

<sup>14</sup> GLEISS-HIRSCH, 46.

<sup>15</sup> Federal Alman Kartel Bürosu, Yıllık Rapor, 1961, 61, zikreden DERINGER, 5.



"... Hukuki niteleği ve kâr etme amacı önemli olmamak kaydı ile, bir kişinin sırf kişisel amaçlarını tatmine yönelik olmayan, ekonomik değerlerin (mal veya hizmet) değişimini amaçlayan faaliyetleridir."<sup>16</sup>

Bu tanım, faaliyetin süjesi yerine, faaliyete önem vermesi sebebi ile yanıltıcıdır. 85. maddenin 1. paragrafı anlamında teşebbüs, bir faaliyet değil faaliyetin süjesidir, çünkü bir anlaşmaya taraf olabilen, hak ve borçlar altına girebilen ve faaliyetler sonucunda sorumluluğu söz konusu olabilen<sup>17</sup>, faaliyetin kendisi değil, faaliyetin süjesi durumunda olanlardır. Federal Alman Kartel bürosunun, faaliyeti esas alan tanımı, ancak bir hususu açıklığa kavuşturmaktadır. Bu da faaliyetin ticari olmasıdır. 85. madde, rekabeti kısıtlayarak ticaretin olumsuz etkilenmesini önlemeğe yöneliktir. Rekabetin kısıtlanmasına yol açağ davranışın süjesi durumunda olan teşebbüs, ticari faaliyette bulunuyor olmalıdır.

Rekabet Hukuku bakımından, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin süjesinin, hukuki statüsünün hiçbir önemi yoktur<sup>18</sup>. Roma Andlaşmasının 85. maddesine göre, teşebbüs, rekabeti kısıtlayıcı faaliyette bulunabilen ya da böyle bir faaliyetin kaynağını teşkil eden herkestir<sup>19</sup>. Roma Andlaşmasında, teşebbüs kavramının tanımlanmamış olmasına rağmen, uygulamada bu konuda herhangi bir sorunla karşılaşılmamıştır<sup>20</sup>.

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında, teşebbüs kavramına çok geniş bir içerik verildiği görülmektedir. Ekonomik nitelikte faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin tümü, 85. maddenin 1. paragrafı bakımından teşebbüs kavramı içine girer<sup>21</sup>. Komisyon, gerçek ve tüzel kişiler arasındaki patent-lisans sözleşmesi ile rekabetin kısıtlanmasını, 85. maddenin 1. paragrafı içinde değerlendirerek, buluş sahibi gerçek kişiyi de teşebbüs kavramı içinde kabul etmiştir<sup>22</sup>. Serbest meslek sahibi kişiler<sup>23</sup>, sanatçılar<sup>24</sup> ürünlerine ticari nitelik kazandırmaları şartı ile, 85. maddenin 1. paragrafı çerçevesinde, teşebbüs olarak kabul edilirler.

---

<sup>16</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, Le Droit de la Concurrence des Communautés Européennes, Paris, 1972, 14.

<sup>17</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, ibid 16; DERINGER, 5, 6.

<sup>18</sup> GLEISS-HIRSCH, 45; DERINGER, ibid.

<sup>19</sup> GLEISS-HIRSCH, 46.

<sup>20</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 14; WHISH, 166.

<sup>21</sup> BELLAMY-CHILD, 23; WHISH, 167.

<sup>22</sup> AIOP v. Beyrad, (1976) OJ L 6/8, (1976) 1 CMLR D14.

<sup>23</sup> GLEISS-HIRSCH, 45.

<sup>24</sup> RAI v. Unitel, (1978) OJ L 157/39, 40.

Hukuki şekli ne olursa olsun bütün Ticaret Hukuku tüzel kişileri Rekabet Hukuku bakımından teşebbüs niteliğindedir. Herhangi bir tüzel kişinin teşebbüs olarak kabulü için paydaşlarının kim olduğu önemli değildir. Bunun sonucu olarak da, üye devletlerin paydaş durumunda oldukları kamu iktisadi tüzel kişileri de teşebbüs olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Bunlar bakımından da yeterli ve gerekli şart, faaliyetlerinin ticari nitelikte olmasıdır. Kaldı ki, kâr elde etmek dışındaki bir amaç için kurulmuş olan dernek, vakıf gibi özel hukuk tüzel kişileri de, ticari nitelikte olmayan faaliyetleri ile ticari hayatı etkilemekte iseler, teşebbüs olarak kabul edilirler<sup>26</sup>.

Teşebbüs kavramının temel unsurlarından birinin ekonomik faaliyette bulunmak olduğunu belirtmiştik. Gerçekten de, kişisel ihtiyaçları karşılamak için yapılan faaliyetler, teşebbüs olarak nitelendirilmek için yeterli değildir. Faaliyetin ticari nitelik taşıması ve bunun süreklilik göstermesi gerekir<sup>27</sup>. Teşebbüs, fonksiyonel nitelikteki bir kavramdır ve teşebbüs gibi davranan herkes faaliyetlerinin sınırları çerçevesinde teşebbüs olarak kabul edilir. Ancak bir teşebbüse hizmet sözleşmesi ile bağlı kişilerin faaliyetleri, bağlı oldukları teşebbüsten farklı bir teşebbüsün varlığını göstermez. Bunların faaliyetleri, teşebbüsün faaliyetleri olarak kabul edilir<sup>28</sup>.

Teşebbüsün varlığı için hukuki bağımsızlık şart ise de, teşebbüs içi işbirliği ya da grup içi işbirliği<sup>29</sup>, olarak ifade edilen ekonomik bağımlılık durumu, çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olurken Rekabet Hukuku koşullarının kişi bakımından uygulanmasının, en çok üzerinde durulan konusu haline gelmiştir.

## **C. Grup İçi İşbirliği**

### **1. Genel Bilgiler**

Genel olarak, ekonomik faaliyete yönelik organize olmuş bir grubun, Rekabet Hukuku bakımından teşebbüs olarak kabulünde, ekonomik bağımsızlığı önemlidir. Tüzel kişilik sahibi, ancak aynı grup içinde yer alan ve ekonomik olarak bağımlı teşebbüsler arasındaki anlaşma ya da uyumlu eylem sonucu rekabetin kısıtlanması durumunda, bunun Rekabet Hukuku kapsamına girip

---

<sup>25</sup> MERKIN-WILLIAMS, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London, 1984, 47-49; BELLAMY-CHILD., 23-24.

<sup>26</sup> GLEISS-HIRSCH, 46

<sup>27</sup> GLEISS-HIRSCH, ibid; KORAH, Introduction, 15.

<sup>28</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, Boston, 1985, 284.

<sup>29</sup> AREEDA, ibid; BARACK, The Application of the Competition Rules ( Antitrust Laws) of the European Economic Community, Deventer, 1981, 43; POSNER- EASTERBROOK, 728.

girmeyeceği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>30</sup>. Farklı tüzel kişiliklere sahip iki teşebbüsün, anlaşma ya da uyumlu eylem ile rekabeti kısıtlamalarının Rekabet Hukuku kaidelerine tabi olması için teşebbüslerin pay sahipliği durumuna ilişkin ek bir şartın araştırılıp araştırılmayacağı<sup>31</sup>, grup içi rekabet doktrininin<sup>32</sup> ortaya atılmasına yol açmıştır.

Günümüzde, ana şirket - tabi şirket uygulamalarına, çok uluslu şirketlerin faaliyetlerine ve ortak girişim anlaşmalarına sıkça rastlanmağa başlaması, Rekabet Hukukuna aykırı davranış içindeki süjelerin, ekonomik bağımlılıklarının da gözönüne alınması sorununa değişik bir boyut getirmiştir<sup>33</sup>. Bunun sonucunda da, tüzel kişilik teorileri ile Rekabet Hukuku kurallarının çatışması ortaya çıkmıştır. Bu sebepten de, bağımsız tüzel kişilik kavramının, Rekabet Hukukunun amaçları doğrultusunda tekrar gözden geçirilmesi, rekabet ortamının gerçekleştirilmesi bakımından önemlidir. Rekabet Hukuku bakımından sorun, ana şirketle bağımlı şirketler ya da aynı gruba dahil şirketlerin rakip şirketler olarak kabul edilip edilmeyeceği ve bunlar aralarında yapılan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, Rekabet Hukukunu ihlal olarak nitelendirilmesinde ortaya çıkmaktadır<sup>34</sup>.

## 2. Tarihsel Sorun: Tüzel Kişilik, Ekonomik Birlik İkilemi

Tüzel kişiliğin bir kez kazanıldıktan sonra, onu yaratan iradelerden bağımsız nitelik kazandığı ve tüzel kişiliği sosyal bir gerçek olarak kabul eden görüşün, Rekabet Hukukunda önemli etkileri olmuştur<sup>35</sup>. Aynı gruba, ya da aynı kişiye ait teşebbüsler arasındaki işbirliğinin Rekabet Hukuku bakımından ele alınması ilk kez Amerika'da 1940'larda ortaya çıkmıştır. Yellow Cab davasında<sup>36</sup>, Checker Cab Manufacturing şirketinin çoğunluk payına sahip olan Morris Markin, büyük şehirlerde faaliyet gösteren Yellow Cab taksi şirketini satın almış ve Şikago şehrinde kendisine ait olan Checker Taxi Company ile rekabete girmesine engel olmuştur. İşbirliği yolu ile rekabetin kısıtlandığı iddiasına karşı, taksi şirketlerinin aynı kişiye ait olması nedeni ile, rakip olmadığı ileri süren davalıların savunmasını reddeden Yüksek Mahkemeye göre,

---

<sup>30</sup> ROCKEFELLER, 27.

<sup>31</sup> FOCSANEAU, La Concurrence a l'Interieur des Groupes de Sociétés, 35.

<sup>32</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 219, vd.

<sup>33</sup> RAHL, Conspiracy and the Anti-trust Laws, 44 Illinois Law Review 763 (1950); BARACK, 42; Note: Intra-Entreprise Conspiracy Under the Shearman Act, 63 YLJ 372 (1954).

<sup>34</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, Le Droit de la Communauté Economique Européenne, Bruxelles, 1972, c.IV, 11; The Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, Washington, D.C., 1955, 30-31.

<sup>35</sup> DUVEL, 408; BARACK, 41.

<sup>36</sup> United States v. Yellow Cab Co. et al., 332 US 218, 67 S.Ct. 1560 (1947).

"Davalı şirketlerin aynı kişiye ait olması ve birlikte idare edilmeleri, Shearman Kanununun birleşme ve işbirliği hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez."<sup>37</sup>

Yüksek Mahkeme, Yellow Cab şirketinin hisselerinin satın alınmasında, hukuka aykırı yöntemlerin uygulandığını ve rekabetin hukuka aykırı bir ortak girişim anlaşması ile kısıtlandığını tesbit etmiş ise de, kararını tamamen tüzel kişilik teorisine dayandırarak, ekonomik olarak bağımlı olsalar da farklı tüzel kişiliğe sahip teşebbüslerin rekabeti kısıtlamalarının kabul edilemeyeceğini bildirerek, hukuk biliminin gelişmesine önemli katkıda bulunmuştur<sup>38</sup>.

1968 yılında Yüksek Mahkeme, Yellow Cab kararındaki görüşünü, ana şirket ile ana şirketin kurucusu ve paylarının çoğunu elinde bulduran şirket arasındaki anlaşmaya da uygulamıştır<sup>39</sup>. Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin görüşünü, aşağıdaki gibi tekrar etmiştir.

"Taraflar, Midas ve International Şirketleri kurdukları bağımsız yavru şirketlerin sağladığı ticari avantajlardan yararlanarak, faaliyetlerini sürdürmüşlerdir. Aynı kişiye ait olmaları onları, kanunun bağımsız tüzel kişilere yüklediği borçlardan kurtarmaz."<sup>40</sup>

Yüksek Mahkemenin her iki kararında da, şirketlere kimin sahip olduğu ve nasıl yönetildiği sorunu hiç dikkate alınmamıştır. Timken kararı ise, kronolojik sıra bakımından, bu iki kararın arasında yer alır. Bu kararın ilginç tarafı, Bidayet Mahkemesinin Yüksek Mahkemenin Yellow Cab kararındaki dictum'una rağmen, davalı şirketlerin nasıl yönetildiğini araştırarak, her iki şirketin paylarının çoğunun aynı kişinin elinde bulunmasına rağmen, farklı yönetildiklerini tesbit etmesidir<sup>41</sup>. Ancak Yüksek Mahkeme, bu davada da, bidayet mahkemesinin, farklı yönetime ilişkin tesbitlerini dikkate almamış<sup>42</sup> ve kararını gene tüzel kişilik teorisine dayandırarak kolay olan yolu seçmiştir.

Yüksek Mahkemenin, Rekabet Hukuku uygulamasında da, tüzel kişilik teorisine bağlı kalması, aynı kişilerin çoğunluk pay senedine sahip oldukları şirketler arasında da, rekabet edilmesi beklentisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak böyle bir varsayımda, bağımsızlıkları görünüşte olan teşebbüslerin rekabet etmelerininin doğal olmadığı ve tek bir ekonomik grup içindeki

<sup>37</sup> United States v. Yellow Cab Co. et al., 332 US 227, 67 S.Ct. 1565 (1947).

<sup>38</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 226.

<sup>39</sup> Perma Mufflers Co. v. International Parts Co., 392 US 134 (1968).

<sup>40</sup> Perma Mufflers Co. v. International Parts Co., 392 US 141-142 (1968).

<sup>41</sup> United States v. Timken Roller Bearing Co., 83 F.Supp. 284, 311-312.

<sup>42</sup> Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 US 593, 598 (1951).

şirketlerden, rekabet etmelerini istemenin, toplumsal bakımdan yararı olmadığı gibi, kaosa neden olacağı iddiaları<sup>43</sup> grup içi işbirliği kavramını ortaya çıkarmıştır<sup>44</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda tüzel kişilik ile ekonomik bağımsızlık ayırımı, 1960'lardan sonra önem kazanmağa başlamıştır<sup>45</sup>. Christiani and Nielsen kararı<sup>46</sup> ile Komisyon, ilk kez tüzel kişilik tülünü kaldırmış ve tüzel kişilik örtüsünün arkasında saklı olan gerçek ilişkileri<sup>47</sup> tesbite yönelmiştir. Davanın konusu, bir Danimarka şirketi olan Christiani and Nielsen ile onun Hollanda'da yerel hukuka göre kurduğu ve paylarının tümüne sahip olduğu yavru şirketi Christiani and Nielsen (The Hague) arasında piyasayı paylaşmak için anlaştıkları iddiasıdır. Komisyon, iki farklı tüzel kişiliğin söz konusu olmasına rağmen, ana şirket ile yavru şirket arasında sürekli bir bağlılığın mevcut olduğunu, ana şirketin yavru şirketin yöneticilerinin tümünü seçme hakkına sahip olduğunu ve yavru şirketin tek bir ekonomik birlik içinde, görev dağılımı sonucu ortaya çıktığını belirtmiştir. Her iki şirketin farklı tüzel kişiliklere sahip olmalarına rağmen rekabet etmelerinin beklenemeyeceğini belirterek, rakip olmayanlar arasındaki anlaşmaların, rekabeti kısıtlama teşkil etmeyeceğini bildirmiştir<sup>48</sup>.

Christiani and Nielsen kararından kısa bir süre sonra da, Adalet Divanı, Beguelin kararında<sup>49</sup>, Komisyon'un bu görüşünü desteklemiştir. Bu davada, Belçika firması olan Beguelin Import Co. ile ona tam bağlı yavru Fransız şirketi aralarında anlaşarak faaliyet bölgelerini sınırlandırmışlardır. Adalet Divanı, yavru şirketin tüzel kişiliği olmasına karşılık, ekonomik bağımsızlığa sahip olmadığını ve ana şirketten ayrı düşünülemeyeceğini bildirerek, anlaşmanın Roma Andlaşmasının 85. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir.

Beguelin kararından sonraki Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında, şirketler arasındaki ilişkileri tesbitte, tüzel kişilik teorisinin belirleyici etkisinin zayıfladığı görülür<sup>50</sup>. Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukları arasında ortaya çıkan bu fark, Amerikan Hukukunda tüzel kişilik teorisine daha şekilci bir biçimde ele alınmasından doğmaktadır. Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, tüzel

<sup>43</sup> Attorney General's Report, 34, 36; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul, 1977, 326-327.

<sup>44</sup> Note: Intra-Enterprise Conspiracy Under the Shearman Act, 373.

<sup>45</sup> MACH, L'Entreprise et les Groupes de Sociétés en Droit Européen de la Concurrence, Genève, 1974, 184-185.

<sup>46</sup> Re Christiani and Nielsen NV. (1969) CMLR (R.P. Supplement) D 37.

<sup>47</sup> BARACK, 41.

<sup>48</sup> FOCSANEAU, La Concurrence a l'Interieur des Groupes de Sociétés, 36.

<sup>49</sup> Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, (1971) ECR 949.

<sup>50</sup> Case 15/74 Centrafarm B.V. v. Sterling Drug Inc., (1974) ECR 1147, 1147; Case 40/73 Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, (1976) ECR 1977-1978.

kişilik teorisinin daha şüphe ile bakılmış ve bunun sonucunda da tüzel kişilik sahibi olmanın yanı sıra, bağımsız karar verme yetkisinin de varlığı aranmıştır.

Gerek Amerikan ve gerekse Avrupa Hukuklarında, tüzel kişilik teorilerinin, günümüzde karşılaşılan karmaşık şirketleşme olgusuna ters düştüğü ve bu gelişmeleri açıklamakta yetersiz kaldığı kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Bazı Amerikan Federal Mahkeme kararlarında da, Avrupa Topluluğu Hukukundakine benzer bir yaklaşımla, şirketler arasındaki ekonomik bağımlılığın da gözönüne alındığı görülür<sup>52</sup>. Ancak bu olaylarda tüzel kişilik teorisinin uygulanması halinde de, sonucun aynı olacağı iddia edilmiştir<sup>53</sup>. Rekabet Hukukunda, grup içi işbirliği görüşünün tartışılmağa başlanması ile ekonomik birlik kavramı içerik kazanmağa başlamış ve tüzel kişilik teorisinden kaynaklanan Rekabet Hukuku sorunlarının hallinde yeni düşünce yöntemlerini geliştirilmiştir.

### **3. Günümüzde Ortaya Çıkan Sorunlar: Kontrol ve Aidiyet Kriterlerinin Karşılaştırılması**

#### **a. Sorunun Genel Yapısı**

Şirket yönetimi ve piyasa faaliyetlerine ilişkin gerçek hayat tecrübelerinin, pay sahipliğini esas alan kriterlerin yetersizliğini ortaya çıkarması, şirket örtüsünün kaldırılarak, teşebbüsler arasındaki ilişkilerin araştırılmasını gerekli hale getirmiştir<sup>54</sup>. Bu faaliyetler sonucu ortaya çıkan ve belirli bir gruba dahil olan teşebbüsler arasındaki ilişkinin belirlenmesinde ekonomik birliği temel alan görüş, bu ilişkiyi teşebbüsler arasındaki kontrol ve yönetim olgusu bakımından incelemektedir<sup>55</sup>. Bunun sonucu olarak da, pay sahipliğini esas alan kriterlere alternatif olarak kontrol kriteri ileri sürülmüştür.

Pay sahipliğini esas alan kriterler, her bir tüzel kişiyi bağımsız varlıklar olarak ele aldıkları için, aynı paydaşlara ait ya da aynı gruba dahil teşebbüsler arasındaki ilişkiyi ve ekonomik bağımlılığı açıklamakta yetersiz kalmaktadırlar. İki ayrı tüzel kişilik arasındaki bağın tesbiti, şirketlerin yönetimlerinin kimlerin elinde bulunduğu, ya da başka bir ifade ile, bağımsız tüzel kişilerin kararlarında

<sup>51</sup> BELLAMY-CHILD, 62; GLEISS-HIRSCH, 73; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 323-329;

<sup>52</sup> Harvey v. Fearless Farris Wholesale Inc., 589 F 2d. 451, 455-458; Photovest Corp. v. Fotomat Corp., 606 F 2d. 704, 725 (7th Circuit 1979), zikreden POSNER-EASTERBROOK, 729. United States v. Citizens and Southern National Bank, 442 UUS 86, 95 S.Ct. 2099 (1975).

<sup>53</sup> POSNER-EASTERBROOK, 729.

<sup>54</sup> BARACK, 41; DEMOT, Reweaving the Corporate Veil: Management Structure and the Control of Corporate Information, 41 Law and Contemporary Problems 180 (1977).

<sup>55</sup> STONE, Where the Law Ends, New York, 1975, 122-124.

etkili olan gücün belirlenmesi, Rekabet Hukuku uygulaması bakımından önemlidir<sup>56</sup>.

Pay sahipliğini esas alan kriterlerin, modern şirketleşme olgusunu ve teşebbüsler arasındaki bağımlılığı açıklamada yetersiz kalması, şirketleşme yapısını belirlemede kontrol kriterinin önemini artırmıştır. Pay sahipliği ve kontrol ikilemi, şirketleşme olgusunu açıklamada ve grup-içi rekabetin değerlendirilmesinde etkin ve belirleyici rol oynamaktadır<sup>57</sup>. Buna karşılık, kontrol kriterinin de sorunun çözümünde tek başına yeterli olduğu şüphelidir. Daha kapsamlı bir model yaratma faaliyetleri, iki kriter arasında ortak noktaların belirlenmesi kadar, şirket teorisi alanındaki sorunlar ile de ilgilidir<sup>58</sup>.

## **b. Kontrol Kriteri**

Ekonomik birlik görüşü, yönetimi bir metod açısından tanımlamakta<sup>59</sup> ve ekonomik birliğin belirlenmesi de, kontrol kavramının yardımı ile gerçekleştirilmektedir<sup>60</sup>. Ancak kontrol kriteri konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden, mutlak kontrol görüşü, pay sahipliğinin yönetim üzerindeki her türden etkisini tamamen reddeder<sup>61</sup>. Bu görüşe göre, ana şirket- tabi şirket, ya da aynı gruba dahil şirketler arasındaki ilişki, ekonomik birliğin araştırılması sonucu ortaya çıkar. Bağımsız birimlerin faaliyetlerindeki otonomi, günlük kararlarda izlenen yöntemler ve karar verme gücüne gerçekten sahip kişinin belirlenmesi ekonomik bütünlük içinde saptanmalıdır<sup>62</sup>. Grup içinde pay sahipliğinin dağılımı, ikinci derecede önemde hususlardandır. Bu görüşün sonucu olarak da, herhangi bir şirket ile bu şirketin mallarını satan teşebbüsler arasında, paydaşlık ya da payların aynı kişi elinde olması gibi ilişkiler bulunmasa bile, her bir teşebbüsün piyasadaki faaliyetlerine ilişkin kararın diğerini etkileyecek olması, ekonomik birliğin varlığı için yeterli kabul edilecektir. Buna karşılık, aynı tüzel kişilik içinde faaliyet gösteren birimlerin, bağımsız karar verme yetkisine sahip olduklarına ya da belirli bir otonomilerinin varlığına karine oluşturacak bulgulara rastlanması durumunda, Rekabet Hukuku kuralları bakımından, bunlar farklı teşebbüsler olarak değerlendirilecektir<sup>63</sup>.

---

<sup>56</sup> Attorney General's Report, 36.

<sup>57</sup> KOONTZ- O'DONNEL, Principles of Management, New York, 1959, 204, 208, 209.

<sup>58</sup> POSNER-SCOTT, Economics of Corporate Law and Securities, Boston, 1982, 2-4.

<sup>59</sup> DOUGLAS- SHANKS, Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations, 39 YLJ 194, 195 (1929). Bu tanım ile Federal Alman Kartel Bürosunun tanımları arasında önemli benzerlikler vardır.

<sup>60</sup> BARACK, 55.

<sup>61</sup> MACH, 160; STONE, 27

<sup>62</sup> LEIBENSTEIN, Beyond the Economic Man, Cambridge, 1980, 163.

<sup>63</sup> Hawaiian Oke v. Seagram Co., 272 F. Supp. 915 (1967).

Mutlak kontrol görüşü iki bakımdan eleştirilebilir: İlkin, fiyata ilişkin karar yetkisi ile ekonomik bağımsızlık arasında kurulmağa çalışılan bağlantı, hukuka güvenin sarsılmasına neden olur. Karar yetkisinin grup ya da şirket içinde yaygınlaştırılmasını esas alan yönetim modellerini<sup>64</sup> benimseyen büyük modern şirketler ile ortak girişim şirketleri, grup içindeki bağımlı birimlerin farazi otonomi sahibi oldukları iddiaları ile karşılaşmamak için aşırı dikkat göstermek zorunda kalacaklardır<sup>65</sup>. Ayrıca, mutlak kontrol görüşü, şirket teorisinde radikal değişimlere neden olacak niteliktedir. Sınırlı sorumluluk ilkesi, büyük ölçüde anlamını kaybedecek ve kapitalist ekonominin temel kavramı olan tüzel kişilik kavramı, yerini belirsiz ve uygulanması çeşitli güçlüklerle yol açacak olan etkin kontrol kavramına bırakacaktır.

İkinci olarak da, mutlak kontrol görüşü, merkezi yönetimin gizli gücünü büyük ölçüde ihmal etmesi sebebi ile eleştirilebilir<sup>66</sup>. Stratejik önemine rağmen, bağımlı ya da bağımsız birimlerin yöneticilerinin yetkilerinin, merkez yönetim tarafından kısıtlanması her zaman mümkündür. Bu, otonom birim yöneticilerinin her kararda gözönüne almak zorunda olduğu bir husustur. Grup içinde yetki sınırlandırma hakkı, çoğunluk paya sahip olmanın sağladığı bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. Fiyata ve piyasaya ilişkin konularda bağımsız karar vermek yetkisinin tanınmış olması, merkez yönetimin dilediği zaman, bu bölüm yöneticilerini değiştirmek ya da karar yetkisini kısıtlamak hakkını sınırlama oluşturmaz<sup>67</sup>.

Kontrol kriteri çerçevesinde ileri sürülen ve farklı sonuçlar doğuran diğer bir görüş de, temsil ilkesidir<sup>68</sup>. Şirket ile yöneticileri arasındaki işbirliği iddiaları ile ilgili olarak geliştirilen ve yöneticinin şirketi temsil ettiği görüşünden hareket eden tüzel kişi ile yöneticinin tek bir teşebbüs olduğu ve bu sebepten de, rekabeti anlaşma veya işbirliği ile kısıtlayamayacakları şeklinde ifade edilen, *single trader* (tek tacir) doktrini<sup>69</sup>, grup-içi işbirliği durumlarında da uygulanmıştır<sup>70</sup>. Bir kişi diğerinin temsilcisi olarak hareket etmekte ise, söz konusu davranış bakımından Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasına engel oluşturacak bir ekonomik birlik bulunmaktadır. Amerikan Hukukunda ilk kez Ballantine'in ortaya attığı, ana şirketin tabi şirket üzerindeki kontrol yetkisinin mutlak olduğu (yüzde yüz bağımlı şirketin bulunduğu) durumlarda, aradaki

---

<sup>64</sup> LIEBENSTEIN, 163-164.

<sup>65</sup> Attorney General's Report, 34.

<sup>66</sup> HERMAN, Corporate Control, Corporate Power, Cambridge, 1982, 20-22.

<sup>67</sup> Re Christiani and Nielsen NV. (1969) CMLR (R.P. Supplement) D 37; Re Zoja Sp. A. v. Commercial Solvents Corporation and Istituto Chemioterapico Italiano (1973) CMLR D67.

<sup>68</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 306; Albrecht v. Herald Co., 390 US 145 (1968).

<sup>69</sup> GROTTI, Trading Under EEC and US Antitrust Laws, London, 1977, 34-35.

<sup>70</sup> Note: Intra-Entreprise Conspiracy Under the Shearman Act, 388.



ilişkinin temsile benzemesi görüşünün<sup>71</sup> etkisi ile *single trader* doktrini, grup-içi işbirliği durumlarında da uygulanmıştır<sup>72</sup>.

Tabi şirket ile ana şirket arasındaki temsil ilişkisinin şirket sözleşmesinin kendinden doğduğu görüşü<sup>73</sup>, tabi şirketin piyasadaki bağımsız faaliyetlerini açıklayamamaktadır. Ayrıca bu görüş, hukuken bağımsız tüzel kişilik doktrininin ve sermaye ile sınırlı sorumluluk ilkesinin reddine yol açmaktadır<sup>74</sup>. Ballantine'ın, haksız fiil sorumluluğu konusunda ortaya attığı temsil ilişkisi görüşü, Rekabet Hukukunda sınırlı uygulama alanı bulmuştur<sup>75</sup>. Temsil görüşünün uygulanabilmesi, tabi şirketin ana şirketin temsilcisi olarak davranmış olmasının kanıtlanmasına bağlıdır.

### c. Aidiyet Kriteri

Mutlak kontrol kriterine karşılık, tabi şirketlerin, ana şirketin malvarlığı içinde olduğu ve bunların yönetilmesinin, çoğunluk paya sahip olmanın sağladığı haktan doğduğu ileri sürülmüştür<sup>76</sup>. Buna göre, şirketin içindeki bir grubun ya da tam bağımlı yavru şirketin otonomisinden söz etmek mümkün değildir. Mülkiyet hakkını esas alan bu görüşe göre, yavru şirketin paylarının yüzde kırkdokuzunun ana şirkete ait olması, diğer kısmının dağılık olması halinde de, yavru şirket, ana şirket grubu içinde kabul edilecektir. Hatta, ana şirketin yüzde ellibir paya sahip olduğu durumlarda, azınlık haklarının korunduğu ve önemli kararlarda azınlığın desteğine ihtiyaç duyulduğu durumlarda, yavru şirketin ana şirket grubu içinde kabul edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>77</sup>. Pay sahipliğini esas alan bu kriter, pay sahiplerinin çıkarını gözetmede ve pay sahipliği ile yönetim arasındaki ilişkiyi kurmada<sup>78</sup>, tüzel kişilik teorisi ve şirketler hukuku prensiplerinden yararlanmakta ise de, gerçek hayatta pay

<sup>71</sup> BALLANTINE, *Ballantine on Corporations*, Chicago, 1946, 312(dip notu 83) 313.

<sup>72</sup> WILLIS-PITOFKY, *Antitrust Consequences of Using Corporate Subsidiaries*, 43 *New York University Law Review* 42 (1968).

<sup>73</sup> JENSEN-MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*, Posner-Scott edition, Boston, 1982, 41.

<sup>74</sup> BALLANTINE, 311.

<sup>75</sup> *Hoffman Motors Corp. v. Alfa Romeo S.p.a.*, 244 F. Supp. 70 (1965).

<sup>76</sup> *Re Christiani and Nielsen NV.* (1969) CMLR (R.P. Supplement) D 37.

<sup>77</sup> FOCSANEAU, *Concurrence et Groupes de Sociétés*, *Refléxions sur l'Attestation Négative Kodak*, *Revue du Marché Commune*, v. 13, 1969, 517-519.

<sup>78</sup> VAGTS, *The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law*, 83 *HLR* 757 (1970).

sahiplerinin çıkarlarının korunması için, pay sahipliğinin sonucu ortaya çıkan oy hakkına dayalı sistemden daha gerçekçi bir sisteme ihtiyaç olduğu açıktır<sup>79</sup>.

Büyük şirketler içinde, yöneticinin takdir hakkının yarattığı bütün gerilimler, paydaşların bilgi edinmelerinin çok masraflı olması, sermaye piyasasından doğan sınırlamalar ve şirket yönetimini ele geçirme mücadeleleri, payın sahibine tanıdığı oy hakkının önemini kaybetmesine yol açmıştır. Bu da, aidiyet kriterine esas teşkil eden hukuki temeli, boş bir kavram haline dönüştürmüştür.

Şüphesiz ki, bu kriterin kabulü, Rekabet Hukuku uygulamalarına belirlilik ve kesinlik getirecektir<sup>80</sup>. Ancak günümüzde, ticari ilişkilerin çok gelişmesi ve klasik şirket organizasyonunun tamamen terkedilmiş olması ve bu kriterin şirketlerin yönetimini ele geçirme mücadelelerini ve teknostrüktürünü hiç dikkate almaması, hukuka olan güvenin sarsılmasına ve sorunların çözümsüz kalmasına yol açacaktır. Teşebbüsler arasındaki ilişkinin, sadece, pay sahipliğine ve bunun sağladığı yetkilere göre belirlenmesi, sınırları kesin ve önceden belirlenebilen bir düzen getirerek, hukukçuların faaliyetlerini kolaylaştırmaya yarayacaksa da, hukuki kriterler ve ticari hayat gereksinimleri arasında tercih yapmak zorunda kalan teşebbüsler, gereğinden fazla bir bedel ödemek zorunda kalacaklardır.

#### **d. Görünür Rekabet Kriteri**

Willis ve Pitofsky, 1968 yılında yazdıkları bir makalede<sup>81</sup>, grup-içi rekabet doktrinine bazı sınırlamalar getirilmesini önermişlerdir. Bu yazarlar, grup-içi rekabet doktrininin, sınırlı durumlarda uygulanmasını önermektedirler. Bunlar:

- Ana şirketin, kendisi ile açıkça rekabet etme durumunda olan bir tabi şirketle ticari ilişkiye girmesi ve
- Ana şirketin, kendisine bağımlı şirketleri rekabet şartlarını bozmak, hukuka aykırı sonuçlar elde etmek için kullanması, yani hukuka aykırı faaliyetlerin, tabi şirketler aracılığı ile gerçekleştirilmesidir<sup>82</sup>.

Bu iki varsayımda, Rekabet Hukuku bakımından ekonomik birliğin varlığının reddedilmesi önerilmiştir. Ancak her iki durum da, şirketlerin davranışlarına ilişkin olduğu için, aidiyet-kontrol ikilemine göre değerlendirilemez.

<sup>79</sup> SAMUELSON, İktisat, Ankara, 1977, 104, Çeviren DEMİRGİL.

<sup>80</sup> CRAIG, Application of the Trading with the Enemy Act- Reflections on the Fruehauf, 83 HLR 600 (1970).

<sup>81</sup> WILLIS-PITOFKY, 20.

<sup>82</sup> ibid 35.

Bununla beraber, Willis ve Pitofsky'nin varsayımlarının, pay sahipliği ya da kontrole ilişkin şartlar ile ilgili olduğu ve grubun pay sahipliği ve kontrol yapısına göre belirleneceğini söylemekte yarar vardır.

Willis ve Pitofsky'nin ileri sürdüğü görünürde rekabet kriterinin, Yüksek Mahkemenin Kiefer-Stewart kararından<sup>83</sup> etkilenmiş olduğu açıktır. Bu yazarlar, önerdikleri kriterlerin Yüksek Mahkeme kararlarından çıkan ilkelerle de uyum içinde olduğunu ifade ederek<sup>84</sup>, bu gerçeği kabul etmektedirler. Kiefer-Steward davasında, Seagram ve Calvert şirketleri, aynı gruba dahil olmakla beraber, aynı piyasada rakip olarak faaliyet göstermektedirler. Ancak, her ikisinin de, tesbit edilen fiyatın üstünde içki satan davacı Kiefer-Stewart Co. şirketine içki satmayı reddetmeleri üzerine, Yüksek Mahkeme her iki şirketin anlaşarak davacıyı piyasa dışında tuttuklarına karar vermiştir<sup>85</sup>.

Willis ve Pitofsky'nin davranış biçimlerine ilişkin önerilerinin en zayıf tarafı, sınırları belirlemede kesinlikten uzak olmasıdır. Örneğin, aynı grup içindeki iki tam bağımlı şirketin, farklı yönetim model ve stratejileri seçmeleri, grup içindeki sıkı kontrol ilişkisi ve yüzde yüzlük pay sahipliğinde aynılığa rağmen, Rekabet Hukukuna aykırılık olarak nitelendirilmeğe yol açacaktır<sup>86</sup>. Ayrıca, bir şirket içindeki bölümler arasında piyasa paylaşmasının, normal ticari faaliyet olarak nitelendirilmesine karşılık aynı durumun, yüzde yüz bağımlı iki şirket tarafından gerçekleştirilmesinin, rekabete aykırı olarak nitelendirilmesinin gerekçesi belirli değildir<sup>87</sup>.

#### e. Güvenli Bölge Kriteri

Willis ve Pitofsky'nin önerilerinden 10 yıl sonra, standart geliştirme faaliyetlerine yeniden başlanmış ve çok özel durumlar için grup-içi rekabet doktrininin uygulanmasına ilişkin yeni öneriler getirilmiştir. Bu önerilere, başvurulacak son çare anlamına gelmek üzere, güvenli bölge ya da güvenli liman (safe harbour) testi adı verilmiştir<sup>88</sup>. Yeni önerilere esas alınmak üzere de, günlük kontrol kavramı geliştirilmiştir. Öneri sahiplerine göre, günlük kontrol kriteri, sadece ana şirket ile tam bağımlı şirketler arasındaki ilişkiyi belirlemekte

---

<sup>83</sup> Kiefer-Steward Co. v. Joseph E. Seagram and Sons, Inc., 340 US 211, 21 S.Ct. 259(1950).

<sup>84</sup> WILLIS-PITOFKY, 35.

<sup>85</sup> Kiefer-Steward Co. v. Joseph E. Seagram and Sons, Inc., 340 US 215, 21 S.Ct. 261(1950).

<sup>86</sup> Note: Intra-Enterprise Conspiracy Under Article 1 of the Shearman Act, A Suggested Standart, 75 Michigan Law Review 719-720 (1977).

<sup>87</sup> POSNER- EASTERBROOK, 729.

<sup>88</sup> Note: Intra-Enterprise Conspiracy Under Article 1 of the Shearman Act, A Suggested Standart, 736.

yararlı olabilir<sup>89</sup>. Sadece belirtilen bu sınırlı durumlarda, günlük işlerde kontrolün sözkonusu olması halinde<sup>90</sup> şirketler arasındaki birliktelik ya da benzer davranış Rekabet Hukununun, kişi bakımından uygulama alanı dışında kalacaktır.

Güvenli bölge testi, görüldüğü gibi, tam bağımlı şirket ile ana şirket arasındaki ilişkiyi tesbit etmek için, mutlak kontrol testinden farklı bir şey değildir. Kanımızca, yüzde yüz pay sahipliğinin sözkonusu olduğu bir durumda, günlük işlerde kontrolün tesbitinin fazla bir yararı da yoktur. Günlük işlerin kontrolünün tesbitinin yaratacağı sorunlar, ihmal edilebilir olarak kabul edilse bile, güvenli bölge testinin ortaya çıkardığı başka sorunlar vardır. Yazarlar, güvenli bölge testinde, mutlak kontrol kriterine benzer bir öneri ile, yüzde yüz bağımlı şirket üzerinde pay sahipliğinden doğan kontrol etme hakkını gözardı ederek, günlük işlerde kontrol olgusunu ön plana çıkarmaktadırlar.

Bu görüş taraftarları da, Willis ve Pitofsky gibi<sup>91</sup>, Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararlarını sistematize ederek, bir ölçüt yaratma çabasına girmişlerdir. Ancak, Yüksek Mahkemenin teşebbüs içi rekabet konusunda kararlı ve tutarlı bir görüşünün olmayışı, bu çabalardan yararlı sonuçlar elde edilmesini engellemiştir.

Güvenli bölge testini öneren yazarlar, Kiefer-Seagram kararında<sup>92</sup>, günlük işlerde kontrol kriteri dikkate alınsaydı, sonucun farklı olmayacağını iddia ile, önerilerinin uygulanması açısından önemli bir sorun çıkmayacağını ileri sürmüşlerdir<sup>93</sup>. Kanımızca, aynı sonuca Willis ve Pitofsky'nin önerilerinden hareketle de ulaşmak mümkündür. Ayrıca, günlük işleri kontrol görüşü, Willis ve Pitofsky'nin modelinden daha sınırlı uygulama alanına sahiptir ve modern şirket yönetim metodları ile de uyumlanmaktadır. Ticari faaliyetlerin gereği olarak verimliliği arttırmak düşüncesi ile geliştirilen çok bölümlü şirket yönetim modelleri<sup>94</sup>, günlük işlerde kontrol testinde başarılı olamayacakları için, Rekabet Hukuku yaptırımları ile karşılaşacaktır. Oysa çoğu durumda, çok bölümlü yönetim modeli, yeni piyasalara girişi kolaylaştıran<sup>95</sup> ve dolayısıyla ticari hayata olumlu katkıları olan bir methoddur. Bu sebepten de, Willis ve Pitofsky'nin günlük işlerde grup-içi rekabet doktrinine ilişkin önerileri gibi,

---

<sup>89</sup> ibid 736 dipnotu 109.

<sup>90</sup> BARACK, 57.

<sup>91</sup> WILLIS-PITOFKY, 35.

<sup>92</sup> Kiefer-Steward Co. v. Joseph E. Seagram and Sons, Inc., 340 US 211, 21 S.Ct. 259(1950).

<sup>93</sup> Note: Intra-Enterprise Conspiracy Under Article 1 of the Sherman Act, A Suggested Standart, 752.

<sup>94</sup> VAGTS, 752.

<sup>95</sup> FOCSANEAU, Concurrence et Groupes de Sociétés, 518.

günlük işlerde kontrol kriteri de, modern ticari hayatın ortaya çıkardığı sorunların çözümünde yeterli olamaz.

#### **f. Kişisel Görüşümüz: Yönetimsel Devamlılık**

Amerikan Hukukunda, grup-içi rekabet konusunda, yerleşmiş bir görüşe rastlanmamaktadır. Mahkemeler hukuki bağımsızlık görüşünden<sup>96</sup>, Kiefer-Stewart kararında<sup>97</sup> olduğu gibi, açıkca ifade edilmeyen yumuşatılmış kontrol testine kadar, oldukça değişik kriterleri uygulamaktadırlar. Örneğin, Sunkist Growers davasında, Yüksek Mahkeme, aynı kişilere ait üç tüzel kişinin aynı kişilerce de yönetilmesinin tesbiti üzerine, tek bir ekonomik birim oluşturduğuna ve bu üç tüzel kişi arasında rekabetin kısıtlandığı iddialarının dinlenmeyeceğine karar vermiştir<sup>98</sup>.

Amerikan Federal Mahkemeleri, pay sahipliği ile yönetimin aynı elde toplandığı durumlarda, ekonomik birim görüşüne, Yüksek Mahkemeden daha çok yer vermekte ve tek bir ekonomik birim oluşturan tüzel kişilerin rekabet etmelerinin de beklenmeyeceğini bildirmektedirler<sup>99</sup>.

Avrupa Topululuğu Rekabet Hukukunda, Christiani and Nielsen<sup>100</sup> ve Beguelin<sup>101</sup> kararlarında ekonomik birim teorisi uygulanmıştır. Komisyon ve Adalet Divanı, grup-içi rekabet konusunda, kararlı bir tutum izlemiştir<sup>102</sup>. Komisyon ve Adalet Divanının önlerine gelen olayların, Commercial Solvent davası<sup>103</sup> hariç, tümünde ana şirketlerin, tabi yavru şirketlerin paylarının çoğunu elinde tutmakta, yani fiili kontrol ile hukuki kontrol yetkisi birlikte bulunmaktadır. Bu da, somut ve belirgin bir kriter araştırmaksızın, ekonomik birlik görüşünün uygulanabilmesine elverişli bir zemin oluşturmıştır<sup>104</sup>.

---

<sup>96</sup> Perma Mufflers Co. v. International Parts Co., 392 US 134 (1968); Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 US 593 (1951).

<sup>97</sup> Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram and Sons, Inc., 340 US 211, 21 S.Ct. 259(1950).

<sup>98</sup> Sunkist Growers v. Winkler and Smith Citrus Products Co., 370 US 19, 28-29; United States v. Citizens and Southern National Bank, 422 US 86, 116 (1975).

<sup>99</sup> Las Vegas Sun v. Summa Corp., 610 F 2d 614 (9th Circuit 1979); Harvey v. Fearless Farris Wholesale Inc., 589 F 2d. 451, 455-458; Photovest Corp. v. Fotomat Corp., 606 F 2d. 704, 725 (7th Circuit 1979), zikreden POSNER-EASTERBROOK, 729.

<sup>100</sup> Re Christiani and Nielsen NV. (1969) CMLR (R.P. Supplement) D 37.

<sup>101</sup> Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, (1971) ECR 949.

<sup>102</sup> Eleventh Report on Competition Policy, Brussels, 1982, 37-39.

<sup>103</sup> Cases 6/73, 7/73, Commercial Solvents Corporation and Istituto Chemioterapico Italiano v. Commission, (1974) ECR 223.

<sup>104</sup> Sixth Report on Competition Policy, Brussels, 1977, paragraf 53.

Commercial Solvent davası<sup>105</sup>, fiili kontrol ve hukuki kontrol yetkisinin birlikte bulunmadığı ender olaylardan biridir. Commercial Solvent Co. adlı Amerikan şirketi, Istituto Chemioterapico Italiano Spa. (ISTITUTO) şirketinin yüzde ellibir hissesini satın almıştır. Ancak, ISTITUTO 'nun on kişilik yönetim kurulundaki üyelerin yarısının, Commercial Solvent şirketi ve diğer beş üye ve belirleyici ikinci oy hakkına sahip yönetim kurulu başkanının, İtalyan ortaklar tarafından seçilmesi, yönetimde Amerikan şirketinin azınlıkta kalmasına yol açmıştır. Bu davada da, ekonomik birlik teorisini uygulayan Adalet Divanı, önceki kararlarında<sup>106</sup> gözönüne aldığı pay sahipliğinden doğan kontrol etmek yetkisinden hiç söz etmeyerek, her iki şirketin piyasa faaliyetlerine ağırlık vermiştir. Gerek Christiani and Nielsen ve gerekse Beguelin kararlarındaki mülkiyet esaslı yaklaşımı terkeden mahkeme, bu kararda, Willis ve Pitofsky'nin<sup>107</sup>, davranış şekillerine ilişkin önerilerine benzer bir kriterden yararlanmış ve Commercial Solvent şirketi ile ISTITUTO'nun bağımsız iki şirket görünümünde faaliyetlerini sürdürdüklerinden, tek bir ekonomik birlik olarak kabul edilemeyeceklerini bildirmiştir<sup>108</sup>.

Grup-İçi rekabet teorisi, ortak girişim anlaşmaları bakımından önemlidir. Her ne kadar, ortak girişim şirketi, amaç ve yönetim şekli bakımından bir anlaşmaya dayanması ile, ana şirket -tabi yavru şirket ilişkisinden farklı ise de, kabul edilecek aidiyet ya da kontrol kriterine göre, ortak girişim şirketi ile ana şirketler arasında ekonomik birlikten ya da grup-İçi rekabet teorisinin uygulanmasından söz etmek mümkündür. Ortak girişim şirketlerinin Rekabet Hukuku kurallarına göre değerlendirilmesi faaliyetlerinin sonucunda, gelişen muhtemel rekabet teorisi, ana şirketler ile ortak girişim şirketinin rekabet etmeyeceği<sup>109</sup> ya da ana şirketlerin paydaş olduğu ortak girişim şirketinin bulunduğu piyasada faaliyet göstermesinin rasyonel olmayacağı görüşü<sup>110</sup>, kontrol veya pay sahipliğini esas alan kriterlerden birinin seçiminin, grup-İçi rekabet teorisi bakımından önemini daha da artırır. Ancak, ortak girişim şirketine özgü bir sorun olan muhtemel rekabetin kısıtlanması ile, grup-İçi rekabet teorisi oldukça farklı sorunlardır. İlkinde sorun, ortak girişim anlaşmasının kendisinin rekabeti

<sup>105</sup> Cases 6/73, 7/73, Commercial Solvents Corporation and Istituto Chemioterapico Italiano v. Commission, (1974) ECR 253.

<sup>106</sup> Bakınız Re Christiani and Nielsen NV. (1969) CMLR (R.P. Supplement) D 37 ve Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, (1971) ECR 949.

<sup>107</sup> WILLIS-PITOFSKY, 35.

<sup>108</sup> Cases 6/73, 7/73, Commercial Solvents Corporation and Istituto Chemioterapico Italiano v. Commission, (1974) ECR 253.

<sup>109</sup> Re Wano Schwarzpulver GmbH. (1978) OJ L 332/26; RITTER - OVERBURY, An Attempt at a Practical Approach to Joint Ventures Under the EEC Rules on Competition, 14 CMLRev. 613 (1977).

<sup>110</sup> Attorney General's Report, 34.

kısıtlaması<sup>111</sup> iken, ikincisinde sorun, ana şirket ile ortak girişim şirketi arasındaki anlaşmadan doğan kısıtlamadır<sup>112</sup>.

Komisyon, ortak girişim şirketinin kuruluşu ve faaliyetlerinin rekabet üzerindeki etkilerini belirlemede kararlı bir tutum izlemiştir. Komisyon, bütün ortak girişim anlaşmalarının muhtemel rekabeti önlemesi<sup>113</sup> nedeni ile, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edeceğini kabul etmekte, ancak anlaşmaların olumlu yönlerini de değerlendirerek, 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerine göre, 85. maddenin 1. paragrafı hükümlerinden muaf tutulacağına karar vermektedir. Ortak girişim anlaşmasının, ana şirketlerin, ortak girişim şirketinin faaliyet gösterdiği piyasaya, ortak girişim şirketi ile aralarındaki bağdan dolayı giremeyeceğinin, yani muhtemel rekabeti kısıtladığının kabulü<sup>114</sup>, ana şirketler ile ortak girişim şirketinin tek bir ekonomik birlik şeklinde değerlendirilmesini kaçınılmaz kılar. Grup-içi rekabet sorununda, farklı bir çözüm, muhtemel rekabet teorisi ile çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına neden olur. Komisyonun, aynı ekonomik birime dahil olmaları nedeni ile, ana şirketler ile ortak girişim şirketinin rekabet etmelerinin beklenmediği görüşü<sup>115</sup>, modern ticari hayatın gereği olarak ortaya çıkan ortak girişim anlaşmalarına kesin ve güvenli bir alan sağlamakta ise de, pay sahipliği esasına dayalı ekonomik birlik teorisinin, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin artmasına yol açmasının engellenmesinde yarar vardır. Kaldı ki, üzerinde çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü, ortak girişim şirketi ile ana şirketler arasındaki bağımlılık, ana şirketin, bağımlı şirketin paylarının tümünü elinde bulundurduğu durumdan daha fazla değildir.

Kanımızca, grup-içi rekabet doktrini konusunda ileri sürülen kriterlerin ticari hayat gerçekleri doğrultusunda gözden geçirilmesinde yarar vardır. Bu da iki dereceli bir araştırma yapılmasını gerekli kılar. İlk önce, ticari hayatta neyin ekonomik birim olarak kabul edildiğinin tesbiti gereklidir<sup>116</sup>. Her ne kadar, tüzel kişilik teorisi klasik liberal sistemin temel taşı ise de, liberal sistemin korunması ve devamını amaçlayan Rekabet Hukuku öğretisi, tüzel kişilik teorisinin modern dünya gerçeklerini yansıtmakta yetersiz kaldığını göstermiş<sup>117</sup> ve Avrupa Topluluğu Hukukunda, tüzel kişilik perdesi arkasındaki gerçeklerin tesbitine,

---

<sup>111</sup> UYTVANCK, Filiales Communes, Cahiers de Droit Européen, 1979, 30

<sup>112</sup> LANG, Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules of Competition, The Irish Jurist, c. XI, yeni seri, 1977, 22.

<sup>113</sup> GLAIS -LAURENT, La Filiale Commune et l'Art du Traité de Rome, 231 *Révue de Marché Commune* 495 (1979).

<sup>114</sup> Bakınız sayfa 120.

<sup>115</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 16-17.

<sup>116</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 258.

<sup>117</sup> HINDLEY, Separation of Ownership and Control in the Modern Corporation, 13 *The Journal of Law and Economics* 221 (1970).

özel bir çaba gösterilmeğe başlanmıştır<sup>118</sup>. Bağımsız tüzel kişiliğin yanı sıra, ekonomik bağımsızlığın varlığının aranması, bizi, ticari hayatta nelerin bağımsız ekonomik birim olarak kabul edildiğini aramaya sevk etmiştir. İkinci olarak da, ekonomik birime ilişkin bulguların, Rekabet Hukuku terimleri ile ifadesi ve bunların uygulanmasında çıkacak sorunlara ışık tutacak bir yöntem tesbit edilmesi gerekmektedir.

Kanımızca, ekonomik birliğin tesbitinde, pay sahipliğini ya da kontrolü esas alan kriterlerin yetersizlikleri, modern iş idaresi ilkelerinin ön plana alınmasını gerekli kılmıştır. Bunun sonucu olarak da, teşebbüsler arasındaki, yönetim hiyerarşisinin<sup>119</sup> araştırılması gerekmektedir. Yirminci yüzyılın başından itibaren, hızla gelişen teknoloji, yeni şirket yönetim metodlarının oluşturulmasını gerektiren, sermaye ağırlıklı bir ekonominin doğumuna yol açmıştır<sup>120</sup>. Alfred Chandler, teknolojik gelişme ile beraber, ticari ve endüstriyel hayatın ihtiyaçlarını karşılamak üzere ortaya çıkan modern işletmelerin farklı bir yapıya sahip olduklarını ve modern işletmelerde yönetsel koordinasyon ilkelerinin benimsendiğini gözlemiştir<sup>121</sup>. Ticari hayatta karşılaşılan görev ve yetki dağılımı ile, yönetim koordinasyonunun sağlanması ilkesi belirli bir hiyerarşik düzen içinde, en üst yönetici kadrodan en alt seviyeye kadar görev ve sorumluluk paylaşılmasını sağlamak fonksiyonunu yerine getirir<sup>122</sup>. Bu da hiyerarşik bir düzen içinde yer alan birimler arasında, sürekli bilgi akışı ile gerçekleşir. Hiyerarşik yönetim düzeni içindeki her kademedede, karar yetkisinin sınırlarını, üstlenilen görev ve sorumluluk belirler. Şirket içi kontrol ve yönetim birliğinin gerçekleştirilmesinde önemli rol oynayan bu iki yanlı bilgi akışı, şirket dışı ilişkilerde, kesintisiz yetki hiyerarşisi ekonomik birliğin belirleyici unsurudur. Ekonomik birlik ve yönetim silsilesinin kesintisiz olması, iki şirket arasındaki yetki hiyerarşisinin varlığını göstermektedir<sup>123</sup>. Her bir şirketin karar yetkisinin, görev ve sorumluluk ile sınırlanması da, belirli bir hiyerarşinin ortaya çıkardığı bir durumdur. Bağımlılık, şirket içi yönetimde olduğu gibi mevcut bürokratik sistem içinde en üst seviyeden aşağıya doğru, görev ve yetkiyi belirleyen bilgi ve talimat akışı ile sağlanır. Bu tür bağımlılık, şirket üzerinde hak iddia eden, örneğin ortak girişim şirketinde olduğu gibi, güçler arasındaki uzlaştırıcı modeldeki bağımlılıktan farklıdır. İleri sürdüğümüz yönetim hiyerarşisi kriteri, ana şirketin (ya da şirketlerin) elinde tuttuğu pay miktarına göre, farklı sonuçlar verir.

---

<sup>118</sup> BARACK, 41.

<sup>119</sup> STONE, 190; DEMOOT, 184.

<sup>120</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure and Economic Performances*, Boston, 1980, 493.

<sup>121</sup> CHANDLER, *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Cambridge, 1977, 11.

<sup>122</sup> KOONTZ- O'DONNELL, 39.

<sup>123</sup> HINDLEY, 211.



Yavru şirketin paylarının, örneğin yüzde kırkının, ana şirketin diğer bölümünün ise dağıtık kişilerin elinde bulunması durumunda, yavru şirketten başka fiili etkin gücün bulunması nedeni ile, ana şirket hiyerarşik yönetim mekanizması içinde yer alır. Pay dağılımı yüzde altmış ve yüzde kırk olarak dağılmış ortak girişim şirketi durumunda ise, şirket her iki ana şirketin kontrol sınırı dışındadır. Yönetimdeki hiyerarşik düzen bozulmuş ve her bir ana şirketin çıkarları doğrultusunda, ortak girişim şirketinin yönetiminde, hak iddiaları ortaya çıkmıştır. Ortak girişim şirketindeki yönetim hakkı, kendinden üst durumdaki bir kişinin verdiği yetkiden değil, ana şirketler arasındaki uzlaşmadan, ortak girişim anlaşması ile açıklanan iradede doğmaktadır<sup>124</sup>. Hiyerarşik idari birlik, artık bu durumda sözkonusu değildir. Kanımızca teşebbüsler arasındaki pay sahipliği ilişkisi ile, yönetsel hiyerarşinin değerlendirilmesi, ekonomik birliğin tesbitinde en etkili kriter olacaktır.

Yönetimde devamlılık kriteri, günlük işlerde kontrol kriterinin başarısız olduğu çok bölümlü kuruluşları açıklığa kavuşturacak kadar soyut ve hukuki bağımsızlık, hatta pay sahipliği kriterlerine de yer verecek kadar ayrıntılıdır. Kontrol ve pay sahipliğini esas alan kriterin, önerdiğimiz, yönetimde devamlılık düşüncesi içinde uygulama alanı bulması da mümkündür.

Önerimizin uygulama metodunu geliştirirken de, kontrol ve pay sahipliği kavramlarından yararlanacağız. Uygulamada benimseyeceğimiz hukuki metoda ışık tutmak için, Başsavcı Warner'ın, Adalet Divanı önünde belirttiği, Commercial Solvent davasına ilişkin görüşlerine gözetmek gereklidir:

"1.- Genel tecrübelerden edinilen bilgilere göre, yavru şirketlerin, ana şirketlerin istekleri doğrultusunda hareket edeceği karinesi vardır ve genellikle de bu şekilde hareket ederler.

2.- .... bu karinenin aksi ispatlanmadığı sürece, Avrupa Topluluğu Andlaşmasınının 85. ve 86. maddeleri bakımından, ana şirket ile yavru şirketini, tek bir ekonomik birlik olarak kabul etmek gerekir.

3.- .... bu karine sadece, yavru şirketin, faaliyetlerini bağımsız (otonom) olarak yürüttüğünün kanıtlanması ile çürütülebilir. İtiraf ederim ki, bu çok ağır bir ispat yüküdür. Bir sigorta şirketinin ya da emekli sandığının, yatırım amacı ile bir ticaret şirketinin hisselerini satın aldığı durumlarda ya da ortak girişim şirketi durumlarında, bu karinenin çürütülebileceğini tahmin ediyorum. Ancak

---

<sup>124</sup> RITTER - OVERBURY, 606.

ana şirket ile yavru şirketin, birbirleri ile ilgili faaliyet konularının bulunması durumlarında, bu karinenin aksinin ıspatı, hemen hemen imkansızdır."<sup>125</sup>

Karinelere başvurmak, sadece grup-içi rekabet konusuna özgü olmadığı gibi, Rekabet Hukuku bakımından da yeni değildir<sup>126</sup>. Başsavcı Warner'ın Adalet Divanındaki sözlerine yer vermemizin başlıca sebebi de, Başsavcının gerekçelerini benimsediğimizden değil, önerdiğimiz kriterlerin uygulanmasında takip edeceğimiz metoda ışık tutması içindir. Warner'ın sözleri, önerilerimiz bakımından yönetsel devamlılığın varlığının ya da yokluğunun ıspatında, ıspat yükünün yer değiştirmesi bakımından önemlidir. Biz de, teşebbüsler arasında yönetsel devamlılığın araştırılmasında, bazı karinelere yararlanılmasının<sup>127</sup> faydalarına inanmaktayız. İleri sürdüğümüz, yönetsel devamlılık kriterinin, ilk önce sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Uygulamanın basite indirgenmesi, konuyu akademik bir uğraş olmaktan çıkarıp, ticari hayat gerçekleri ile bütünleşmeyi sağlayacaktır. Görüşlerimizin sınırlarını da liberal ekonomik sistemin temel taşlarından olan, tüzel kişilik ve pay sahipliği düşünceleri belirler. Her iki olgu da, gerçek hayat şartları ile ilgili olduğu kadar, hukuk alanının da bir parçasıdır.

Önerdiğimiz, yönetsel devamlılık kriterinin tüzel kişilik teorisi ile sınırlandırılmasından ve bu kriterin sadece farklı tüzel kişiler arasındaki bağımlılığın tesbitinde uygulanmasından yanayız. Böylece, tek bir tüzel kişilik altında toplanmış bölümler, Rekabet Hukukundan doğan işbirliği iddialarından kurtulmuş olacaklardır ki, bu da genel hukuk politikası bakımından gereklidir. Grup-içi rekabet teorisinin, çok bölümlü şirketlere uygulanmaması yolundaki görüşümüz, iki yüzyıldır süregelen hukuk gelenekleri ile, ortaya çıkabilecek çatışmayı en aza indirmeye hizmet edecektir. Kanunun bu şekilde sınırlandırılması, tüzel kişi ile ona tabi gerçek kişiler arasındaki faaliyetlerin işbirliği teşkil etmeyeceği görüşü<sup>128</sup> ile de uyumu sağlayacaktır.

Önerdiğimiz diğer sınırlama ise, pay sahibi olmanın verdiği yetkilere ilişkindir. İki tüzel kişilik arasında, çoğunluk paya sahip olmaya dayanan bir mülkiyet ilişkisinin varlığı, yani birinin diğerinin paylarını elinde bulundurması da ya da her iki şirketin paylarını elinde bulunduran üçüncü bir kişinin bulunması halinde, yönetsel devamlılığın araştırılmasına gerek yoktur.

---

<sup>125</sup> Cases 6/73, 7/73, Commercial Solvents Corporation and Istituto Chemioterapico Italiano v. Commission, (1974) ECR 264.

<sup>126</sup> KAYSEN - TURNER, Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge, 1959, 137.

<sup>127</sup> FOCSANEAU, Concurrence et Groupes de Sociétés, 519.

<sup>128</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Boston, 1981, 396-397; SULLIVAN, Handbook of the Law of Antitrust, 323.

Böylece, alıcı satıcı durumunda olan üretici teşebbüs-ticari teşebbüs ilişkisindeki ekonomik bağın varlığını reddetmekte ve mutlak kontrol kriteri uygulamasının ortaya çıkardığı sorunlara son vermeği düşünmekteyiz. Kanımızca, her ne kadar, üretici şirket ile arz ettiği malın alıcısı durumunda olan şirket arasında, hukuki bir ilişki ve üreticinin kararlarından alıcının etkilenmesi sözkonusu ise de, bunun hiç bir zaman kontrol seviyesine ulaşması mümkün değildir. Ekonomik birliğin gerçekleşmesi için, basit bir etkilenme yeterli değildir. Buna karşılık, pay sahipliği esasına dayanan bir karinenin kabulü, uygulama açısından da büyük kolaylıklar sağlayacaktır.

Ana şirket ile tabi yavru şirket arasındaki ilişkinin, ekonomik birlik olarak kabul edilip edilmemesi, ana şirketin, yavru şirkette sahip olduğu pay miktarına göre belirlenecektir. Ana şirketin, yavru şirketin paylarının yarısından büyük bir kısmını elinde tuttuğu durumlarda, çoğunluk paya sahip olmaktan doğan kontrol yetkisinin ortaya çıkması, her iki şirketin aynı ekonomik birime dahil olduğu görüşünü kuvvetlendirir. Bu gibi durumlarda, her iki şirket arasında yönetsel devamlılığın ve dolayısıyla tek bir ekonomik birimin oluştuğunun karine olarak kabul edilmesini teklif etmekteyiz. Yavru şirketin paylarının çoğunun, ana şirketin elinde bulunduğunun tesbiti, şirketlerin uyumlu eylem ya da anlaşma ile rekabeti kısıtladığı iddialarının kanıtlanmasına yeni bir boyut getirecek ve bu iddiayı ileri süren tarafa, yönetsel devamlılığın var olmadığını kanıtlama borcu yükleneyecektir. Yönetsel devamlılık içinde, günlük işlerde karar yetkisinin tanınmış olması, ya da rakip teşebbüs görünümü, ekonomik bağımsızlığı kanıtlamağa yeterli sayılamayacağı gibi, mutlak kontrol kriterine ilişkin bulgular da, pay sahipliğinden kaynaklanan, yönetmek ve kontrol hakkını bertaraf etmeğe yetmez. Tam bağımlı yavru şirket durumunda, bu karinenin çürütülmesi, imkansız denecek kadar zordur<sup>129</sup>.

Ana şirketin, yavru şirketin paylarının yarısından azına sahip olması, karinenin tersine işlemesine ve ıspat yükünün yer değiştirmesine yol açar. Ana şirketin, yavru şirketin yarı payından azına sahip olması, teorik olarak onun tek başına kontrolü elinde tutmak ihtimalini azaltacağından, yavru şirketin yönetiminde ana şirketin etkili olmadığı ve yönetsel devamlılığın bozulduğu karine olarak kabul edilecektir. Yavru şirkette en büyük paya ana şirketin sahip olması (örneğin yüzde kırka) ve geri kalan bölümün yaygın şekilde dağılmış olduğu bir faraziyede de, önerdiğimiz kriter, geçerliliğini koruyacaktır. Yavru şirket ile ana şirketin aynı ekonomik birliğe dahil olmadığı karinesinin ıspatı, bundan yararlanacak olan ana şirket ve yavru şirkete düşecektir. Bunların da karineyi çürütmek için, ana şirket ile yavru şirket arasında yönetsel hiyerarşinin varlığını ve ana şirketin, yavru şirket üzerindeki otoritesini

---

<sup>129</sup> LUTTER, A European Contractual Group Company, 9 CMLRev 59 (1972).

azaltacak fiilen etkin hiç bir gücün bulunmadığını kanıtlamaları gerekir. Bu, ekonomik birliğin varlığı karinesi kadar aksinin kanıtlanması güç değildir. Yöneticilerin tayininde etkin olduğunu ve genel kurulda ana şirketin egemenliğine son verecek bir gücün bulunmadığı kanıtlamak<sup>130</sup> sureti ile bu karinenin çürütülmesi mümkündür. Doğaldır ki, bu karinenin aksinin ıspatlanması, büyük ölçüde, yavru şirketin paylarının dağılma şekli ile, ana şirketin elinde bulundurduğu pay miktarına bağlıdır.

Daha önceki Thompson-Grundig-Philips varsayımına dönersek<sup>131</sup>, Thompson şirketinin, Grundig şirketinin paylarının yüzde ellibirini satın alması, bu iki şirket arasında ekonomik birliğin varlığı karinesini ortaya çıkaracaktır. Thompson ile Grundig şirketlerinin anlaşarak rekabeti kısıtladığını iddia eden kişinin, Thomson'un elinde bulundurduğu yarımından fazla paya rağmen, Grundig şirketinin kontrolünde tek başına etkili olmadığını ve Grundig şirketinin kararlarında, Philips şirketinin de etkili olduğunu kanıtlanması gerekecektir. Burada ekonomik birliği belirleyici nokta, Grundig şirketinin pay sahipliğinin yapısı ve Philips'in varlığının yarattığı özel durumlardır, çünkü Philips, herhangi bir pay sahibi değil, kahverengi mal piyasasında en etkin şirketlerden biridir. Philips'in, bu piyasadaki etkinliğinin, Thomson ve Grundig şirketleri arasındaki yönetsel devamlılığa engel olmaya yettiğinin ve Philips'in, Grundig şirketinin yönetimine katıldığına ispatı, şirketler arasındaki ekonomik birlik karinesinin sona ermesine neden olur. Buna karşılık, Philips ile Grundig arasında, ekonomik birliğin olmadığı kanıtlanıncaya kadar, Rekabet Hukuku ihlali olarak değerlendirme sürecektir. Ancak, bu durumda da, Thomson'un çıkarlarının önemli derecede zedelenmiş olması anlamına geleceğinden, çok zayıf bir ihtimal olduğu söylenebilir.

Kanımızca, Rekabet Hukuku kurallarının büyük, modern endüstri kuruluşları ve ticari işletmelerinin karmaşık yapısının ortaya çıkardığı sorunlara uygulanmasını gerçekleştirecek kadar esnek bir özelliğe sahip olan yönetsel devamlılık kriteri önerimiz, grup-içi rekabet doktrinine belirli ölçüde öngörülebilirlik getirmektedir.

#### **D. Teşebbüs Birlikleri**

Roma Andlaşmasınının 85. maddesinde, rekabetin teşebbüs birlikleri kararları ile de kısıtlanabileceği öngörülmüş ve bu kararların da hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>132</sup>. Buna göre, teşebbüslerin yanısıra, rekabetin kısıt-

<sup>130</sup> Re Christiani and Nielsen NV. (1969) CMLR (R.P. Supplement) D 37.

<sup>131</sup> Bakınız sayfa 112.

<sup>132</sup> AGNEW, Competition Law, London, 1985, ; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, Introduction to the Law of European Communities, London, 1973, 248; CORONES, The

lanmasına sebep olan kararlar nedeni ile, teşebbüs birliklerinin sorumlulukları da söz konusu olabilir<sup>133</sup>.

## 1. Genel Olarak

Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlanmasında rol almasını düzenlenirken, teşebbüs birliği ile neyin kastedildiği açıklanmamıştır<sup>134</sup>. Birlik ile nasıl ve ne tür bir gruplaşmanın ifade edilmek istendiğinin belirlilik kazanmamış olması, çok değişik şekil ve görünümlerdeki biraraya gelmelerin, Komisyon kararlarında ele alınmasına yol açmıştır<sup>135</sup>.

Tüzel kişiliğe sahip dernek, sendika, federasyon gibi grupların teşebbüs birliği olarak kabul edileceğinden hiç bir tereddüt yoktur<sup>136</sup> ve teşebbüs birliğinin faaliyetlerinin ticari nitelikte olması aranmaz<sup>137</sup>. Ancak Roma Andlaşmasında, birlik ile sadece tüzel kişilik sahibi kuruluşlar mı kastedilmiştir yoksa birlik kendisine tüzel kişilik tanınmamış kuruluşları da kapsayacak kadar geniş mi yorumlanmalıdır. Doktrinde, bu soruna olumlu yanıt verilmiş ve tüzel kişiliği olmayan adi ortaklık benzeri birleşmelerin de birlik olarak kabul edileceği belirtilmiştir<sup>138</sup>.

Bir gruplaşmanın Rekabet Hukuku bakımından, teşebbüs birliği olarak kabul edilmesi için, tüzel kişilik sahibi olması gerekli değildir<sup>139</sup>. Fiili gruplaşmalar ve birlik gibi davranma da, teşebbüs birliği olarak kabul edilmek için yeterlidir<sup>140</sup>. Birlik ile ifade edilenin, tüzel kişiliğe sahip olmaktan daha kapsamlı olduğunda tereddüt yoktur. Tüzel kişilik gibi biraraya gelmenin amacı önemli değildir. Teşebbüslerin biraraya gelmeleri, ticari amaçla olabileceği gibi, başka amaçlarla da olabilir<sup>141</sup>. Herhangi bir biraraya gelmenin sürekli olması, biraraya gelenlerin 85. madde çerçevesinde teşebbüs birliği olmaları anlamındadır.

---

Application of Article 85 of the Treaty of Rome to the Exchange of Market Information Between of Trade Association, (1982) ECLRev. 268.

<sup>133</sup> WHISH, 169; KORAH, Introduction, 18.

<sup>134</sup> GLEISS-HIRSCH, 48; LANG, Trade Associations and Self-Regulation Under EEC Antitrust Law, 1984 Fordham Corporat Law Institute, Hawk edition, 606-607.

<sup>135</sup> GLEISS-HIRSCH, 49; KORAH, Introduction, 18.

<sup>136</sup> FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, 36.

<sup>137</sup> GLEISS-HIRSCH, 48.

<sup>138</sup> DERINGER, 11; WHISH, 48.

<sup>139</sup> DERINGER, ibid; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 8; MATHIJSEN, A Guide to European Community Law, London, 1985, 170; BELLAMY-CHILD, 28.

<sup>140</sup> MATHIJSEN, 170; ALEXANDER, The EEC Rules of Competition, Deventer, 1973, 7.

<sup>141</sup> ALEXANDER, ibid; GLEISS-HIRSCH, 48.

Teşebbüs birliğinden söz edebilmek için, teşebbüslerin biraraya gelmelerinin bir kereye mahsus ya da çok kısa süre için olmaması gerekir. Rakip firmaların ortak sorunlarını veya piyasa koşullarını ya da çok değişik amaçla, hatta rekabeti kısıtlamak ve ortak karar almak amacı ile bir kerelik biraraya gelmeleri, birlik olarak nitelendirilemez. Bu beraberliğin uzunca sayılacak bir süre içinde,örneğin birkaç haftalık bir süreye yayılmış olması halinde de, durum değişmez. Birlik durumunu, bu şekil biraraya gelmelerden ayıran temel unsur, sürekliliktir. Birlik durumunda, sürekli biraraya gelmek sözkonusudur. Aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların belirli bir dönemde ortak sorunlarını görüşmek için yaptıkları toplantılar, ne kadar uzun sürerse sürsün, teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez ise de, teşebbüslerin ortak sorunlarını görüşmek üzere, örneğin her iki yılda bir toplanmayı kararlaştırmaları, birlikten söz edebilmek için yeterlidir. Birliğin oluşması için önemli olan, beraberliğin uzun dönem için planlanmış olması, süreklilik arz etmesidir, aksi takdirde bu, uyumlu eyleme yönelik bir toplantı olarak nitelendirilir.

Teşebbüs birliğinin ikinci özelliği, birliğin üyelerinin Rekabet Hukukunda teşebbüs olarak kabul edilen topluluklardan oluşmasıdır<sup>142</sup>. Birlik üyelerinin ticari faaliyette bulunan teşebbüsler olması şartını<sup>143</sup>, Komisyon bağımsız teşebbüs birliklerinin de birlik kurabileceği yönündeki kararı<sup>144</sup> ile genişletmiştir. Cecimo olayında<sup>145</sup>, 12 ulusal teşebbüs birliğinin, herhangi bir tüzel kişilik kurmadan oluşturdukları fiili birliği, 85. madde anlamında teşebbüs birliği olarak nitelendirmiştir. Bu da, birlik üyelerinin tüzel kişilik sahibi olmalarının şart olmadığını göstermektedir. Teşebbüs birlikleri birliğinin üyelerinin, teşebbüs birlikleri olması nedeni ile, birlik üyelerinin tüzel kişilik sahibi olmalarının aranmadığı sonucu çıkmıştır<sup>146</sup>.

Teşebbüs birlikleri, oldukça değişik görünümde olabilir<sup>147</sup>. Teşebbüs kavramındaki ticari faaliyet unsuru<sup>148</sup>, teşebbüs birlikleri bakımından hafifletilmiştir. Ticari faaliyet unsuruna verilen önem, teşebbüs ile teşebbüs birliği arasındaki en belirgin farktır. Teşebbüs birliklerinin, ticari faaliyette bulunuyor olması gerekli değildir<sup>149</sup>, hatta teşebbüs birliklerinin ticari faaliyet amacı ile kurulmaları mümkün dahi değildir. Gleiss ve Hirsch, teşebbüs birliklerini belirli

---

<sup>142</sup> GLEISS-HIRSCH, ibid.

<sup>143</sup> DERINGER, 8, 11.

<sup>144</sup> KORAH, Introduction, 18; GLEISS-HIRSCH, 49.

<sup>145</sup> Re Cecimo, (1969) (OJ) L 69/13, (1969) CMLR D1.

<sup>146</sup> BELLAMY-CHILD, 28.

<sup>147</sup> FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, 36; CUNNINGHAM, The Competition of the EEC, London, 1973, 43.

<sup>148</sup> WHISH, 166.

<sup>149</sup> GLEISS-HIRSCH, 48; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 8.

bir ticaret dalında faaliyet gösteren teşebbüslerin iradeleri ile, kâr amacı dışında bir amaç uğruna kurdukları organizasyonlar olarak tanımlamaktadırlar<sup>150</sup>. Oppenheim'in tanımı ise, teşebbüs birlikleri üzerinde yapılan araştırmalara dayanmakta ve araştırma bulgularının kâr amacı güdümediğini göstermekte olduğunu bildirmektedir<sup>151</sup>. Teşebbüs birlikleri, kâr amacı güden kuruluş oluşturmak için oluşturulmuş ise, ortaya çıkan tüzel kişilik, tabii şirket, ortak girişim şirketi şeklinde nitelendirilir<sup>152</sup>. Bunların teşebbüs birlikleri sınıfına girebilmeleri için, kârdan başka bir amaçla kurulmuş olmaları şarttır. Aksi takdirde, teşebbüs birliği ile teşebbüs arasında bir fark kalmaz ve bu gibi durumlarda, teşebbüs birliğinden değil, teşebbüsten söz edilmesi gerekir.

Kanımızca, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin düzenlenmesinde, aynı görüş benimsenmiş ve rekabetin kısıtlanmasına ilişkin teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Teşebbüs birliklerinin faaliyetlerinin, ticari nitelik taşımaması sebebi ile bu faaliyetler ile, rekabetin kısıtlanması sözkonusu değildir. Buna karşılık, ticarete olumsuz etki, birlik üyelerinin, birlik kararlarına uymak ve bu kararlar doğrultusunda faaliyetlerini sürdürmek ile gerçekleşir<sup>153</sup>. Teşebbüs birliklerinin kararları sonucunda rekabet kısıtlanmamakta, buna uygun davranışın üyeler tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Ancak kanunkoyucu, teşebbüsleri rekabete aykırı davranışlara sevk edici teşebbüs birlikleri kararlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiş, ayrıca teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlayıcı eylemini aramamıştır<sup>154</sup>. Teşebbüs birliklerinin kendi başlarına ticareti etkilemeyecek olması da, bu düzenlemenin yerindeliğini göstermektedir. Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, teşebbüs birliği kararlarının ayrıca düzenlenmesi, teşebbüs ve teşebbüs birliği ayırımına açıklık getirmiştir.

Ayrıca bunun diğer önemli bir katkısı da ıspat hukuku bakımındandır. Eğer Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, teşebbüs birliği kararlarına ilişkin bir hüküm hiç yer almamış olsa idi, teşebbüslerin kararlar doğrultusunda

---

<sup>150</sup> OPPENHEIM, Cases on Federal Anti-trust Law, St. Paul, 1948, 333.

<sup>151</sup> GLEISS-HIRSCH,49.

<sup>152</sup> OPPENHEIM, Cases on Federal Anti-trust Law, 334-335.

<sup>153</sup> WHISH, 169.

<sup>154</sup> FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, 37; MATHIJSEN, 170; MERKIN-WILLIAMS, 37-38.

davranarak, rekabeti kısıtlamaları, uyumlu eylem teşkil edecekti<sup>155</sup>. Ancak uyumlu eylemin ispatı da, kararın ispatından çok daha zor olacaktır<sup>156</sup>.

## 2. Teşebbüs Birliklerinin Sorumluluğu

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin rekabetin kısıtlanmasına neden olacak teşebbüs birlikleri kararlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiş olmasına karşılık, teşebbüs birlikleri ile nelerin kastedilmiş olduğunu belirtmemesi, teşebbüs birliği kavramının içeriğini yorum yolu ile tesbit faaliyetlerini artırmıştır. Doktrin ve Adalet Divanı, teşebbüs birliği kavramını, tüzel kişiliğe sahip olmayan fiili gruplaşmaları da kapsayacak kadar geniş yorumlamıştır<sup>157</sup>. Bu da, rekabetin kısıtlanmasından, dolayısıyla zarardan sorumlu tutulabilecek kişilerin belirlenmesi sorununu ortaya çıkarmıştır.

Tüzel kişiliğe sahip teşebbüs birliklerinin, Rekabet Hukukunu ihlal edici kararlarından sorumlu olmaları doğaldır. Bu gibi teşebbüs birliklerinin sorumlu tutulmalarında ne fiili ne de hukuki bir engelle karşılaşılmaz<sup>158</sup>. Hukuka aykırı kararlara uygun davranış içindeki teşebbüslerin de müteselsil sorumluluğu sözkonusu olurken<sup>159</sup>, teşebbüs birliğinin tüzel kişilikten yoksun olması durumunda, karardan sorumlu tutulacakların belirlenmesi meselesi ortaya çıkar. Tüzel kişilik sahibi olmamakla beraber, Rekabet Hukuku kurallarına göre teşebbüs birliği olarak kabul edilen teşebbüs gruplaşmalarının, rekabetin kısıtlanmasına neden olması halinde, husumetin teşebbüs birliğine yöneltilmesi, dava ehliyetinin bulunmaması nedeni ile mümkün değildir. Ancak, tüzel kişilikten yoksun teşebbüs birliklerinin dava edilememesi, bu gibi gruplaşmaların, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerinin, Rekabet Hukuku kuralları dışında tutulması için de yeterli bir sebep değildir.

Doktrinde, teşebbüs birliğinin tüzel kişiliği olmaması nedeni ile, sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı durumlarda, karara katılanların sorumlu olacağı belirtilmiştir<sup>160</sup>. Komisyon'a göre de, teşebbüs birliğinin tüzel kişiliği olmaması halinde de, hukuka aykırı kararın oluşmasına katkıda bulunan teşebbüsler müteselsilen sorumlu olacaklardır. Gleiss ve Hirsch de, teşebbüs birliği olarak nitelendirilen teşebbüs gruplaşmalarının, tüzel kişilikten yoksun olması durumunda, teşebbüslerin karar doğrultusunda davranmalarının, uyumlu

<sup>155</sup> GLEISS-HIRSCH, 51-52; WHISH, 168.

<sup>156</sup> WHISH, 169.

<sup>157</sup> BELLAMY-CHILD, 28; ALEXANDER, 7.

<sup>158</sup> LANG, Trade Associations and Self-Regulation Under EEC Antitrust Law, 610.

<sup>159</sup> KORAH, Introduction, 18.

<sup>160</sup> GLEISS-HIRSCH, 48.



eylem teşkil edeceğini, müteselsilen sorumluluğun sözkonusu olacağını ileri sürmektedirler<sup>161</sup>.

### III. DAVACILAR

#### A. Genel Olarak

Rekabet Hukukunun kişi bakımından uygulama alanı, rekabet sisteminin bozulmasına yol açabilecek kişilerin belirlenmesi kadar, Rekabet Hukuku davalarında davacı sıfatını kazanacak ve zarar gördüğü iddiası ile hukuki koruma isteyebilecek kişilerin belirlenmesiyle de ilgilidir.

Bu davalarda taraf olabilmek için, Rekabet Hukukunca korunması hedeflenen grup içinde yer almak ve hukuken korunan böyle bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Bu, Rekabet Hukukunun kişi bakımından kapsamı sorununun, rekabet ile elde edilmek istenen amaç ile doğrudan bağlantılı olmasının sonucudur. Genel refahın, toplumsal kaynakların verimli şekilde kullanılması ile gerçekleşecek olması ve kişilerin korunmadığı bir sistemde genel refahın gerçekleşmesinin mümkün olmaması nedeniyle, Rekabet Hukuku genel yararı olduğu kadar, toplumu oluşturan bireylerin çıkarlarını da korumaya yönelmiştir<sup>162</sup>. Bu, rekabetten beklenen sosyal ve ekonomik yarara ilişkin görüşlerin birlikte değerlendirilmesinin sonucudur. Rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu değişik türden zararlar, buna bağlı olarak farklı kişilere dava hakkının tanınmasına esas teşkil etmiştir<sup>163</sup>.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden bireysel düzeyde zarar görenlerin kendi haklarını korumada yeterli maddi olanaklara sahip olmamaları<sup>164</sup> nedeniyle devletin toplumsal yararın korunması görevinin önemini artırmıştır<sup>165</sup>. Modern devletin üstlendiği, ekonomik yaşamı korumak görevi iki yönlüdür<sup>166</sup>. Bunlardan ilki, ekonomik yaşama müdahale etmemek görevi, ikincisi ise rekabet sistemine yapılacak her tür tecavüzlere ve piyasa koşullarını bozucu bütün davranışlara son verilmesini sağlamaktır. Birbirine zıt gibi görünen bu iki fonksiyon gerçekte birbirini tamamlar niteliktedir. Devlet, piyasadaki ve

<sup>161</sup> KORAH, Introduction, 18; GLEISS-HIRSCH, ibid.

<sup>162</sup> POSNER, Antitrust Law, An Economic Perspective, Chicago, 1976, 224; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. I, Boston, 1978, 9-10.

<sup>163</sup> POSNER, Antitrust Law, 163.

<sup>164</sup> POSNER- EASTERBROOK, 544.

<sup>165</sup> WATKINS, The Economic Philosophy of Antitrust Legislation, The Annales of the American Academy of Political and Social Science, c.XLVII, 1930, 16; FRIEDMAN, Capitalism and Freedom, Chicago, New Haven, 1976, 14.

<sup>166</sup> BREZER, Regulation and its Reform, Cambridge, 1982, 159-161; ELZINGA-BREIT, The Antitrust Penalties, New Haven, 1976, 14.

ekonomik yaşamdaki bütün gelişmeleri ve faaliyetleri izlerken ve mevcut her türlü bozucu müdahaleyi ortadan kaldırırken, kendisi de aynı hatayı yapmamaya gayret gösterecektir. Bunun sonucu olarak da, Devletin üstlenmiş olduğu bu koruyuculuk rolü, devlete düzenleme yetkisini vermekten çok, genel hukuk ilkeleri çerçevesinde, kamu yararını temsilen savcının bağımsız yargı organları önünde taraf olması şeklinde belirir.

Ticari hayatın her tür etkiden uzak gelişmesi ve devam etmesi, ticari faaliyette başarının, piyasanın ve ekonominin kanunları içinde, akıl, bilgi ve tecrübeye dayanması teşebbüsler arasındaki fırsat eşitliğinin gerçekleştirilmesinde önemli rol oynar. Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici eylemler ticari başarıyı bu olgular dışındaki unsurların etkilemesine ve Rekabet Hukuku kurallarına uyan teşebbüslerin faaliyet koşullarını ağırlaştırarak fırsat eşitliğinin bozulmasına ve bunun sonucunda da bu teşebbüslerin zarar görmelerine neden olur<sup>167</sup>. Bu sebepten, rekabeti kısıtlayanların rakiplerinin bu ihlallerine son verilmesinde çıkarı vardır. Rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlerin fiili zarar, yoksun kalınan kâr ve nesnenin kullanımından yoksun kalma<sup>168</sup> gibi zararlarının giderimi kendilerine devletin yanı sıra davacı sıfatının tanınmasına neden olmuştur.

Rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören diğer bir grup da, nihai kullanıcılardır ve genel anlamda tüketicilerdir<sup>169</sup>. Rekabet şartlarının bozulması, kendilerine arz edilen hizmet ya da malın karşılığı olarak verecekleri karşı edim olan paranın artmasına sebep olur ve her bir tüketicinin, piyasanın rekabet koşullarına göre işleminde kişisel çıkarı vardır. Rekabet koşullarının ihlalinden zarar gören tüketicilerin de davacı sıfatını kazanabilmeleri hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin, zararının giderilmesini talep etmek hakkından kaynaklanmaktadır.

Rekabet Hukuku davalarında genel olarak üç farklı grubun davacı sıfatını kazanabilmesi sözkonusudur. Bunlar devlet, tüketiciler ve rekabetin kısıtlanmasından zarar gören diğer teşebbüslerdir. Rekabet Hukuku davalarında taraf olabilecek kişiler, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk kişileri şeklinde ikiye ayrılarak da incelenebilir. Rekabetin kısıtlanmasının kamu yararına aykırı olması sebebiyle, devlete tanınan müdahale yetkisini kullanacak kişiler ilk gruba girerler. Rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören teşebbüsler, ara teşebbüsler<sup>170</sup> ve tüketiciler gibi kişiler de ikinci grubu oluştururlar.

---

<sup>167</sup> WHISH, 13; 224; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. I, 22.

<sup>168</sup> Bakınız sayfa 377.

<sup>169</sup> WHISH, 12; SWANN, Competition and Consumer Protection, Middlesex, 1979, 265

<sup>170</sup> Bakınız sayfa 309.

## **B. Devletin Rekabet Hukuku Davalarında Taraf Olması**

### **1. Genel Olarak**

Rekabetin ekonomik hayatın temelini oluşturması sebebiyle, rekabet koşullarını ihlal edici davranışlar toplumun çıkarlarına aykırı kabul edilmiştir<sup>171</sup>. Bu da, ekonomik sistemin ve toplumun koruyucu olarak Devletin, Rekabet Hukuku davalarında taraf olmasına yol açmıştır.

Shearman Kanununun 4. maddesi, Amerika Birleşik Devletleri Başsavcısına Shearman Kanununun ihlal edildiği durumları tesbit ederek, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri almak ve gerekirse Federal Mahkemelerde dava açmak görevi vermiştir.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, Rekabet Hukuku kurallarına uyulmasını temin görevi, Avrupa Topluluğu Komisyonuna verilmiştir. Roma Andlaşmasının 85. ve 86. maddelerine ilişkin prosedürü düzenleyen 17/62 sayılı tüzüğün<sup>172</sup> 3. maddesi ile Komisyon'a 85. madde kapsamına giren durumlarda re'sen araştırma yapmak ve bir ihlal durumunda da, bunun durdurulması ve hukuki tedbirler alarak bu ihlalin olumsuz sonuçlarının giderilmesi görevi verilmiştir. 17/62 sayılı tüzüğün 19. ve 20. maddelerine göre, Komisyon'un para cezası vermek de dahil olmak üzere çeşitli tedbirler alma yetkisi vardır. Komisyon, kendi kararlarına itiraz edilmesi halinde, olaya Roma Andlaşmasının 173. maddesi hükmüne göre el koyan Adalet Divanı önünde, teşebbüslerin Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiği iddiasında bulunur. Amerikan Hukukunda, Avrupa Topluluğu Komisyon'un üstlendiği bu iki görev, Federal Ticaret Komisyonuna (Federal Trade Commission) verilmiştir<sup>173</sup>. 1914 tarihli Federal Ticaret Komisyonu Kanununun 5. maddesi Federal Ticaret Komisyonuna, teşebbüslerin faaliyetlerini Rekabet Hukuku kurallarına uygun yürütüp yürütmediklerini denetlemek ve gerekirse rekabeti kısıtlayıcı eylemlere son verilmesine karar vermek yetkisini tanımaktadır. 5. maddenin 2(L) fıkrasına göre, bu kararlar mahkeme kararı niteliğindedir<sup>174</sup> ve bu kararlar, Federal Mahkemeler'de 60 gün içinde temyiz edilmediği takdirde, kesin hüküm özelliğini kazanmaktadır. Tarafların bu süre içinde, Komisyon kararını temyiz etmesi üzerine Federal Mahkeme önünde görülecek davada Federal Ticaret Komisyonu iddia makamı sıfatı ile yer alacaktır<sup>175</sup>. Görüldüğü gibi, Amerikan

<sup>171</sup> ELZINGA-BREIT, 2, 5; SWANN, Competition and Consumer Protection, 22; LEIBENSTEIN, 208.

<sup>172</sup> Regulation 17/62, (1962) OJ 204 (Special Edition).

<sup>173</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 12.

<sup>174</sup> Federal Trade Commission Act, 1914, 38 Stat. 717.

<sup>175</sup> ibid madde 5/(2m).

Hukukundaki Federal Ticaret Komisyonu ile Avrupa Topluluğu Komisyonunun görev ve fonksiyonu arasında paralellik vardır. Amerikan Hukukunda, 1914 tarihli Federal Ticaret Komisyonu Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, rekabet kurallarını ihlal edenlere karşı kamu davası açma yetkisi sadece başsavcıya verilmişti.

1911 yılındaki Standart Oil kararında<sup>176</sup> ileri sürülen *rule of reason* yargısal doktrininin, Rekabet Hukuku davalarındaki iş hacmini çok artıracığı ve başsavcılığın da, bütün ihlalleri takip ederken zor durumda kalacağı endişesi ile, başsavcının yanısıra, Federal Ticaret Komisyonuna da bazı yetkiler tanınmıştır<sup>177</sup>. Ancak Federal Ticaret Komisyonu hiçbir zaman Avrupa Topluluğunda tek yetkili olan Komisyon kadar önem kazanmamış ve sürekli olarak ikinci planda yer almıştır.

## 2. Devlete Davacı Sifatının Tanınmasındaki Etkenler

Rekabet Hukuku kurallarının ihlalinin nihai sonucu, tüketicinin kendisine arz edilen hizmet ya da mala, ödemesi gerekenin üzerinde bedel ödemesidir<sup>178</sup>. Rekabetin kısıtlanmasının tüketiciler üzerindeki doğrudan etkisinin yanısıra, kaynak dağılımında verimliliğin bozulması sebebi ile, dolaylı bir etkisi de vardır<sup>179</sup>. Ancak bu dolaylı etki daha geniş bir kitleye, o malın kullanıcısı olmayan kişilere de yayılmıştır. Rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören üçüncü kişilerine tanınan dava hakkı, dolaylı zarar görenlerin çıkarlarını korumağa yeterli değildir. Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici anlaşma ve eylemlerin neden olduğu toplumsal zarar, devletin taraf olarak Rekabet Hukuku davalarına katılmasına yol açmıştır.

Rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu toplumsal zarar, toplumdaki herkesin belirli oranlarda zarar görmesine yol açar. Her bireyin ne miktarda zarar gördüğünün belirlenmemesi ve zararın toplumun tümüne yayılmış olması sebebi ile ortaya çıkan bu dolaylı zarar için kişilere dava hakkı tanınmamış olması, bunların tamamen korumasız bıakıldığı anlamına gelmez. Kanımızca devlete, Rekabet Hukuku davalarında tanınan davacılık sıfatı dolaylı zarar görenlerin çıkarlarının korunması ile yakından ilgilidir. Böylece, gerek Amerika Birleşik Devletlerinde ve gerek Avrupa Topluluğunda, kanunkoyucu rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı dolaylı zarar olgusunu kabul etmekte, ancak

<sup>176</sup> Standart Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1 (1911).

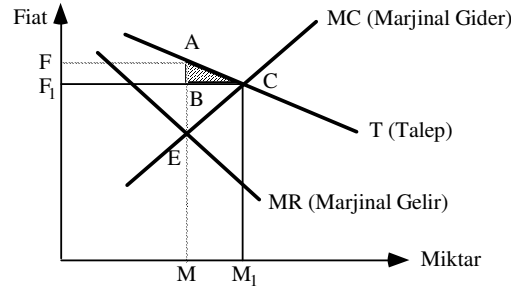
<sup>177</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. I, 9-10.

<sup>178</sup> MERKIN-WILLIAMS, 441.

<sup>179</sup> POSNER- EASTERBROOK, 550; GELLHORN, Antitrust Law and Economics, St. Paul, 1981, 41.

sosyal ve pratik düşünceler ile bu çıkarların korunması görevini devlet organlarına bırakmaktadır.

Rekabetin kısıtlanarak piyasa fiyatının kontrol edilmesi, tüketicinin mala daha fazla bedel ödemesine neden olmakla kalmaz, bazı kişilerin fiyatı yükselmiş olan malı satın almaktan vazgeçmelerine ve ellerindeki parayı daha düşük kalite<sup>180</sup> mallara sarfetmelerine neden olur. Rekabetin kısıtlanmasının, sosyal bedeli<sup>181</sup> olarak nitelendirilen değer kaybı da, aşağıdaki şekildeki taralı bölgeye eşittir ve hesaplanabilir bir değerdir.



FF1BA dikdörtgeni içindeki bölge, Rekabet Hukukuna aykırı davranış sonucu tüketicinin fazladan ödeyeceği miktardır. ABC üçgeni içindeki bölge, toplumsal değer kaybını oluşturur<sup>182</sup> ve devletin Rekabet Hukuku davalarında taraf olarak yer alma nedenidir. Ancak, devlete rekabetin kısıtlanmasının sebep olduğu toplumsal zarar nedeniyle dava yetkisinin tanınmasının devletin ekonomik yaşamdaki etkinliğini artırdığı gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>183</sup>. Liberal ekonomik sistem içinde, devletin ekonomi yaşama her ne şekilde olursa olsun karışmasının piyasa dengesinin bozulmasına yol açacağını, buna karşılık, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere ilişkin karşı tedbirlerin ekonomik sistemin kendi içinden çıkaracağını ileri süren liberal görüş yanlıları, devlete davacı sıfatının tanınmasını eleştirmektedirler. Rekabetin kısıtlanması sonucu, piyasadaki kârlılık oranının artması durumunda, o piyasaya yeni teşebbüslerin gireceği ileri sürülmüş ve arz-talep dengesinin, politik baskılardan bağımsız ve ekonomi kanunlarına uygun şekilde yeniden kurulacağı iddia edilmiştir<sup>184</sup>. Bu görüşte,

<sup>180</sup> İlk tercih ettikleri mal olmadığı için, kişisel olarak daha düşük değerlendirilme kastedilmektedir. Yoksa, malın kalitesinin düşüklüğünün söz konusu olması şart olmadığı gibi, kast edilen de bu değildir.

<sup>181</sup> POSNER, Antitrust Law, 11-13; GELLHORN, 65-66;

<sup>182</sup> POSNER, Antitrust Law, 243-244.

<sup>183</sup> BORK, The Antitrust Paradox, New York, 1978, 79.

<sup>184</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 409; KORAH, Exclusive Dealing Agreement in the EEC, London, 1984, 4.

Şikago ekolü ekonomistlerinin ve hukukçularının geliştirdikleri modellerde, piyasaya giriş engeli gibi kavramlara yer vermemelerinin etkileri büyüktür<sup>185</sup>.

## C. Özel Hukuk Kişilerinin Dava Hakkı

### 1. Genel Olarak

Özel kişilerin rekabetin kısıtlanmasından zarar gördüklerini ileri sürerek Rekabet Hukuku davalarında taraf olmaları sıkça rastlanan bir olay değildir. Gerek Amerikan ve gerekse Avrupa Topluluğunda, Rekabet Hukuku davalarının büyük harcamalar gerektirmesi, özel kişilerin davacı olmalarını önemli ölçüde engellemektedir. Bu tür davalar detaylı araştırma gerektirmesi<sup>186</sup> ve bu özelliklerinden dolayı da avukatlık ücretlerinin yüksek olması<sup>187</sup>, özel hukuk kişilerinin kendi maddi olanakları ile Rekabet Hukuku davalarında başarılı olma şansını azaltmaktadır. Özel kişilere tanınan dava hakkının kullanılmasına ilişkin bu sorunlar Amerikan ve Avrupa Topluluğu hukuklarında farklı şekillerde ele alınmıştır. Avrupa Topluluğu ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki yapısal farklılıkların etkisiyle de, özel kişilerin Rekabet Hukuku kurallarından yararlanmalarında takip edecekleri usulde, önemli farklar ortaya çıkmıştır. Ancak, kimlere dava hakkının tanınacağı her iki hukuk düzeninde de, ortak sorun olarak gözükür.

Amerikan Hukukunda 1914 tarihli Clayton Kanununun<sup>188</sup> 4. maddesi, Rekabet Hukuku kanunlarının<sup>189</sup> ihlali sonucunda zarar gören herkesin, mahkemelere başvurabileceğini belirtmektedir. Shearman Kanununun ihlalden zarar görenler de, zararlarının giderilmesine karar verilmesini Federal Mahkemelerden talep edebilecektir<sup>190</sup>. Diğer taraftan Avrupa Topluluğunun farklı bağımsız ülkelerden meydana gelmesi, Komisyon ve Adalet Divanının maddi imkanlarının sınırlı olması, topluluk üyesi ülkelerin ulusal mahkemelerine Rekabet Hukukundan doğan çekişmelerin halinde önemli görevler yüklemektedir.

---

<sup>185</sup> POSNER, Antitrust Law, 18-20; POSNER, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 University of Pennsylvania 932 (1979).

<sup>186</sup> POSNER, Antitrust Law, 232. A.T. and T. davasında, incelenmesi gereken evrak sayısı 7 milyar civarındadır. IBM davasında ise mahkeme tutanakları bir milyon sayfayı geçmektedir.

<sup>187</sup> OPPENHEIM, Cases on Federal Anti-trust Law, 280.

<sup>188</sup> Clayton Act, 38 Stat. 730 (1914).

<sup>189</sup> Clayton Kanununun 1. maddesi Shearman Kanununu Federal Rekabet Hukuku Kanunları arasında saymıştır.

<sup>190</sup> Federal Kanunlarda düzenlenmiş bir hususun Eyalet Mahkemelerinde dava konusu edilmesi mümkün değildir. AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. I, 57-58.

Avrupa Topluluğunda, Rekabet Hukuku kurallarının ihlalden zarar gören kişilerin önlerinde, biri Avrupa Topluluğu yargı organlarına diğeri de kendi ulusal mahkemelerine başvurma şeklinde iki seçenekleri bulunmaktadır.

## **2. Özel Kişilerin Rekabet Hukuku Davalarından Yararlanmaları**

### **a. Topluluk Yargı Organlarına Başvurma**

Teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerinden zarar gören kişilerin, bu faaliyetlere son verilmesini talepte, menfaatleri vardır. Zarar gördüğünü iddia eden herkes, bu faaliyetlere son verilmesi için Komisyon'a başvurabilir<sup>191</sup>. Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin durdurulmasında menfaati olan, zarar gören kişiler bakımından en rasyonel yol da, budur. Bu başvuru, zarar görenlere davacı sıfatını kazandırmaz ise de, Komisyon'un, özel kişilere tanınmamış olan çeşitli yetkiler ile donatılmış olması sebebi ile, istenen sonucun elde edilmesinde, etkili yoldur. 17/62 sayılı tüzüğün<sup>192</sup> 14. maddesi Komisyon'a, önceden habersiz araştırma yapmak, araştırmaya neden olan teşebbüslerin binalarına girmek<sup>193</sup>, her tür evrakını incelemek<sup>194</sup>, bunların suretini çıkarmak<sup>195</sup> ve araştırma mahallinde sözlü ifade almak<sup>196</sup> yetkisi tanımaktadır. Komisyonun arama kararı, arama emri niteliğinde olmamakla beraber buna karşı çıkanlara, doğru beyanda bulunmayanlara para cezası verilebilmektedir<sup>197</sup>. Rekabetin kısıtlandığının araştırılmasında Komisyon'a verilen geniş yetkiler bu gibi olanaklara sahip olmayan özel kişilerin, rakip teşebbüslerin Rekabet Hukuku kurallarına uyumu sağlamak için Komisyon'a şikayet yoluna daha sık başvurmalarına neden olmuştur<sup>198</sup>.

99/63 sayılı tüzüğün<sup>199</sup> 6. maddesine göre, şikayet üzerine Komisyon, şikayet edilen teşebbüslerin faaliyetlerini araştırmak ve araştırma sonuçlarını şikayet edene bildirmek zorundadır. Komisyon'un vardığı sonucun olumlu ya da olumsuz olması, şikayet edene bildirme borcunu etkilemez<sup>200</sup>. Teşebbüslerin faaliyetlerinin 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına girdiğinin tesbiti üzerine,

<sup>191</sup> 17/62 sayılı tüzüğün 3. maddesi, hiçbir başvuru olmadan da, Komisyon'un re'sen araştırma kararı verebileceğini belirtmektedir.

<sup>192</sup> Regulation 17/62, (1962) OJ 204 (Special Edition).

<sup>193</sup> madde 14 (1d).

<sup>194</sup> madde 14 (1a).

<sup>195</sup> madde 14 (1b).

<sup>196</sup> madde 14 (1c).

<sup>197</sup> BELLAMY- CHILD, 378; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 144.

<sup>198</sup> WHISH 243.

<sup>199</sup> Regulation 99/63, (1963) OJ 2268 ( 1963-1964 Special Edition 87).

<sup>200</sup> BELLAMY-CHILD, 374-375.

faaliyetlerin durdurulması kararı verilecektir. Komisyon'un, şikayet edilen teşebbüslerin faaliyetlerinin Rekabet Hukuku kapsamı dışında kaldığı sonucuna varması halinde, şikayette bulunana, iddiasını destekleyecek yeni deliller getirmesi için ek bir süre tanınır. Buna rağmen, Komisyon ilk kararında ısrar ederse, durumu gene de şikayet edene birdirmek zorundadır.

## **b. Özel Hukuk Kişilerinin Adalet Divanına Başvuru Hakkı**

Adalet Divanına, kimlerin hangi şartların gerçekleşmesi halinde başvurabileceği, Roma Andlaşmasının 173. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Adalet Divanına başvuru sadece Komisyon kararlarına karşı olabilir. 173. madde ile getirilen, kişi bakımından sınırlamaya göre, Komisyon kararında rekabeti kısıtladığı tesbit edilenler ile, bu karardan doğrudan etkilenen kişiler Adalet Divanını başvurabilirler<sup>201</sup>.

Komisyonun 17/62 sayılı tüzüğün 3. maddesine göre, ihbar üzerine yaptığı araştırma sonunda, Rekabet Hukukuna aykırı bir durumun mevcut olmadığı yönündeki görüşünü, ihbarı yapan tarafa bildirmesi üzerine, ihbarda bulunanın Adalet Divanına başvurmak yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır<sup>202</sup>. Komisyonun, şikayetçi tarafa yaptığı bildirim, karar niteliği taşımadığı, sadece Komisyonun görüşünü açıklayan bir belge olduğu ve bunun 173. madde anlamında bir karar olmadığı ileri sürülmüştür<sup>203</sup>.

Buna karşı ileri sürülen karşı görüşe göre, şikayetçiye gönderilen bildirim şekli ikinci derecede önem taşır. Komisyon'un rekabetin kısıtlanmadığı şeklindeki görüşü de, içerik bakımından karar niteliği taşır ve şikayetçiye, Adalet Divanına başvuru hakkını sağlar. Bu sorun ilk kez, National Carbonising Ltd. olayında<sup>204</sup> ortaya çıkmıştır. Davacı şirketin Komisyon'a yaptığı şikayet üzerine Komisyonun, şikayete konu olan eylemlerin araştırıldığını ve rekabete aykırı bir husus tesbit edilmediğini bildiren bir yazı göndermesi üzerine, National Carbonising Ltd. şirketi Adalet Divanını başvurmuştur. Komisyon, ortada bir karar olmadığını ileri sürerek, davacı şirketin Adalet Divanında dava açamayacağını ileri sürmüş ve Başsavcı Mayres da Komisyon'un kendisine şikayette bulunan şirkete göndermiş olduğu mektubun 173. maddede aranan karar şartını karşılamadığı yönünde görüş bildirmiş ise de<sup>205</sup>, Adalet Divanı bunlara hiç değinmeden, davanın esasına girerek, şikayet konusu hakkında karar vermiştir. Adalet Divanının, usule ilişkin tartışmalar üzerinde durmadan davanın

<sup>201</sup> WHISH, 260; BELLAMY-CHILD, ibid.

<sup>202</sup> MERKIN-WILLIAMS, 393.

<sup>203</sup> ibid 393.

<sup>204</sup> Case 109/75, National Carbonising GmbH und Co. KG v. Commission, (1975) ECR 1193.

<sup>205</sup> ibid 1197-1198.



esasına girmesi, doktrinde şikayetçi tarafa da dava hakkının zımnen tanındığı şeklinde değerlendirilmiştir<sup>206</sup>.

Özel kişilerin, Adalet Divanı'nda davacı olabilmelerine ilişkin tartışmalara Adalet Divanı, Metro kararı<sup>207</sup> ile açıklık getirilmiştir. Metro S.B. Grössmarkte GmbH und Co. KG (METRO), Schwarz-walder Apparate-Bau-Anstalt Schwer und Söhne GmbH (SABA)'nın uyguladığı tercihli dağıtım sisteminin rekabeti kısıtladığını ve kendisinin de zarar gördüğünü ileri sürerek, Komisyon'a şikayette bulunmuştur. Komisyon inceleme sonucu SABA'nın bazı uygulamalarının Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiğini, ancak METRO'nun bütün iddialarının kabul edilemeyeceğini kanısına varmış ve durumu METRO'ya bildirmiştir. METRO da, Komisyonun iddialarının bir kısmını reddettiği gerekçesi ile Adalet Divanını başvurmuştur. Adalet Divanı kararda şöyle demiştir:

"....gerçek ve tüzel kişilerin 17/62 sayılı tüzüğün 3(2)(b) maddesine göre yaptıkları başvuruların reddi ya da kısmi kabulü halinde, hukuken korunan kendi menfaatlerinin himayesi için, Adalet Divanında dava açabilir."<sup>208</sup>

Bu kararı ile Adalet Divanı, özel kişilerin Adalet Divanını başvurabilme şartlarını genişleterek, Komisyon'un şikayetçinin iddialarını kısmen ya da tamamen reddetmiş olmasını, Roma Andlaşmasının 173. maddesinin uygulanması için yeterli görmüştür. Adalet Divanının bu karar ile, Komisyonu şikayet üzerine karar vermek yükümü altına soktuğu ileri sürülerek eleştirilmiştir<sup>209</sup>.

### **c. Komisyonun Şikayet Üzerine Araştırma Yapması**

Komisyon, teşebbüslerin anlaşarak rekabeti kısıtladıkları şüphesi üzerine kendiliğinden ya da zarar gördüğünü iddia eden bir tarafın şikayeti üzerine araştırma yapabilir. 17/62 sayılı tüzüğün 3. maddesine göre şikayet üzerine yapılacak araştırma sonucunun şikayetçi tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Komisyonun araştırma yapmaktan kaçınması, ya da şikayetçi tarafa araştırma sonucunu bildirmekte ihmal göstermesi halinde, Roma Andlaşmasının 175. maddesine göre, şikayetçinin Adalet Divanına başvurma hakkı doğar. Bu durum şikayetçinin iddialarının tamamen reddedilmesi durumundan farksızdır. Özel kişilere tanınan, Adalet Divanına başvurma hakkının tek koşulu, rekabeti kısıtladığı ileri sürülen faaliyet ile, şikayetçi tarafın çıkarları arasında bir bağın,

<sup>206</sup> BELLAMY-CHILD, 374 dip notu 20.

<sup>207</sup> Metro-SB- Grossmarkte GmbH und Co. KG. v. Commission, (1977) ECR 1875, (1978) 2 CMLR 1.

<sup>208</sup> ibid 1901.

<sup>209</sup> LANG, Community Antitrust Law - Compliance and Enforcement, 18 CMLRev 348 (1981).

başka bir ifade ile Adalet Divanına başvuracak kişinin, bunda bir menfaatinin bulunmasıdır<sup>210</sup>.

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören özel kişilere, Komisyon'a şikayet yolunun yanı sıra tanınan ikinci bir imkan da, çekişme konusunu ulusal mahkemeler önüne getirebilme hakkıdır<sup>211</sup>. Özel kişilerin, Avrupa Topluluğu yargı organlarına başvurmaları durumunda, olayın özelliklerine göre verilecek karar, rekabete aykırı davranışa son verilmesi ve ihlalin ağırlığına göre, belirli bir miktar para cezasıdır<sup>212</sup>. Özel kişiler, zararlarının giderimini sadece ulusal mahkemelerde açacakları davalarda talep edebilirler. Ne Komisyon, ne de Adalet Divanı, belirli bir zararın giderilmesi konusunda karar vermeğe yetkili değildir<sup>213</sup>. 17/62 sayılı tüzüğün 2. maddesine göre, Komisyon ilgili üçüncü kişinin şikayeti üzerine başlayan araştırma sonunda, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetin sona erdirilmesine karar verebilir. Özel kişilerin, Adalet Divanına başvuruları da, Komisyon kararları ile sınırlı olduğundan, Adalet Divanının bu konudaki yetkileri Komisyona tanınanlar ile dolaylı olarak sınırlandırılmıştır.

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören kişilerin, Komisyon'a şikayet yoluna başvurmaları, faaliyete son verilmesini temin bakımından en etkili yol olmakla beraber, kişilerin zararlarının giderilmesinin bu yol ile temini mümkün değildir<sup>214</sup>. Üçüncü kişilerin zararlarının tazmini, sadece Avrupa Topluluğu üye devletlerin ulusal mahkemelerinde ulusal hukuklara göre açılacak davalar ile sağlanabilir. Bu da, başvuru mahkemelerin ulusal hukuklarında, zarar görene dava hakkının tanınmış olmasına bağlıdır. Bu durumda, ulusal hukuklardaki düzenlemeler önem kazanırken ve ortaya iki sorun çıkmaktadır. Bunlardan ilki, ulusal hukukta zarar gören kişiye dava hakkı tanınmamış ise, zarar görenin Avrupa Topluluğu Hukukundan doğan hakları nasıl korunacaktır? İkincisi ise, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da uyumlu eylem ulusal hukuklarda ayrıca düzenlenmiş ise, uygulanacak kurallar bakımından öncelik söz konusu olacak mıdır?

<sup>210</sup> Roma Andlaşması madde 173 paragraf 3.

<sup>211</sup> KERSE, EEC Antitrust Procedure, London, 1981, 256; WHISH, 205.

<sup>212</sup> Regulation 17/62, (1962) OJ 204 (Special Edition).

<sup>213</sup> HOUIN, Les Conséquences Civiles d'une Infraction aux Régles de Concurrence, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1963, 49.

<sup>214</sup> ibid 51.

## **d. Avrupa Topluluğu ve Ulusal Hukukların Birlikte Bulunması**

### **aa. Genel Olarak**

Belirli bir konunun hem Avrupa Topluluğu Hukukunda, hem de ulusal hukuklarda düzenlenmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda, mahkemelerin önelerine gelen olaylara her iki hukuku da uygulanamaları söz konusu olabilir<sup>215</sup>. Ancak, ulusal hukuklar ile, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku kuralları arasında, hedeflenen amaç bakımından, ulusal hukukların belirli bir ülkedeki piyasa faaliyetleri ve ekonomi politikasına ilişkin olmaları nedeni ile, bazı farklılıklar vardır<sup>216</sup>. Bununla beraber, uygulanabilecek birden fazla rekabet hukuklarının varlığının, her zaman farklı sonuçların doğumuna neden olmaz<sup>217</sup>.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ile ulusal kanunlar arasındaki çatışma sadece Topluluk Rekabet Hukuku ile ulusal Rekabet Hukukları arasında değil, Topluluk Rekabet Hukuku ile ulusal kanunlar arasında da olabilir<sup>218</sup>. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ile ulusal hukuklar arasındaki yeki sınırını belirleyen, "üye devletler arasındaki ticareti etkilemek" koşulunun geniş yorumlanması<sup>219</sup>, topluluk hukuku ile ulusal hukukları daha sık karşı karşıya getirmiştir<sup>220</sup>.

Adalet Divanına göre, Avrupa Topluluğu Hukuku, topluluğa üye devletlerin hukukları üzerinde yer alır. Van Gend en Loos davasında<sup>221</sup>, Avrupa Topluluğu Hukukunun, üye devletler kanunkoyucularının iradesi dışında yaratıldığı ve ulusal hukuklar ile Topluluk Hukuku arasındaki çatışmada, Topluluk Hukuku kurallarına üstünlük tanınacağı belirtilmiştir. Normlar hiyerarşisi içinde, Topluluk Hukukunun ulusal hukukların üzerinde yer alması<sup>222</sup> ve üye devletlerin bu bakımdan egemenlik haklarının sınırlanması<sup>223</sup>, bir Devletler Hukuku kuralıdır. Bu kural Rekabet Hukuku bakımından da geçerlidir ve Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukuna aykırı olan ulusal hukuk normları da bu prensibe

<sup>215</sup> BELLAMY-CHILD, 16.

<sup>216</sup> Eleventh Report on Competition Policy, Brussels, 1982, paragraf 119.

<sup>217</sup> Sixth Report on Competition Policy, Brussels, 1977, paragraf 110-111.

<sup>218</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299.

<sup>219</sup> Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission, (1972) ECR 977 (1973) CMLR D18.

<sup>220</sup> WHISH, 183.

<sup>221</sup> Case 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie de la Belastingen (1963) ECR I; Case 106/77, Italian Finance Administration v. Simeantal, (1978) ECR 629.

<sup>222</sup> GLEISS-HIRSCH, 24.

<sup>223</sup> Case 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie de la Belastingen (1963) ECR 24.

göre değerlendirilir. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ile ulusal hukuklar arasında normlar çatışması dört şekilde ortaya çıkabilir.

- Topluluk Hukukunda yasaklanan bir durumun, ulusal hukuka aykırı kabul edilmemesi,
- Komisyonun, teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın, 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanmasına ve 1. ve 2. paragraf hükümlerinden istisna tutulmasına karar vermesine karşılık, anlaşmanın aynı zamanda ulusal hukukları da ihlal ediyor olması,
- Grup muafiyeti hükümlerinden yararlanan bir anlaşmanın, ulusal hukukları ihlal etmekte olması,
- Topluluk Rekabet Hukukunda yasaklanmamış bir faaliyetin, ulusal hukukları ihlal etmesi.

### **bb. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ile Ulusal Hukuklar Arasındaki Farklı Düzenlemeler**

Rekabet Hukukunun hem Topluluk, hen de üye devletlerin ulusal hukukları seviyesinde düzenlenmesi, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere uygulanacak hukukun tesbiti sorunu ile beraber farklı görüşlerin de doğumuna sebep olmuştur. Bunlardan ilki, Topluluk ve ulusal Rekabet Hukuklarının farklı amaç ve uygulama alanı olduğu ve her iki hukuk düzeninden çıkan kuralların birlikte paralel olarak uygulanacağıdır<sup>224</sup>. Herhangi bir anlaşmanın, hukuka uygun olması her iki hukuk düzenine göre, hukuka uygun kabul edilmesine bağlıdır. İkinci görüş ise, Topluluk Hukukunun ulusal hukukların üstünde yer aldığı ve topluluk hukukunun uygulanmasına öncelik tanınacağıdır<sup>225</sup>.

Avrupa Topluluğuna üye devletlerin iç hukuklarında, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerinin düzenlenmiş olması halinde, uygulanacak hukuka ilişkin tartışmalar, Adalet Divanının, Wilhem kararı<sup>226</sup> ile sona ermiştir. Komisyon'un Anilin Boya Karteli ile ilgili başlattığı araştırmaların devam ettiği sırada, Federal Almanya Kartel Bürosu, Federal Almanya Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiği gerekçesi ile, Boya Karteli üyesi Alman şirketleri aleyhine Batı Berlin mahkemelerinde dava açmıştır. Bu olaya kadar, Topluluk Rekabet Hukuku kuralları ile ulusal hukuk kurallarının farklı amaca yönelik olduğu gerekçesi ile, birlikte ve paralel uygulanması görüşü<sup>227</sup>, Adalet Divanı tarafından bu kararda reddedilmiştir<sup>228</sup>. Adalet Divanına göre, ulusal hukuklar ile Topluluk

<sup>224</sup> BELLAMY-CHILD, 17; GLEISS-HIRSCH, 24; KERSE, 280.

<sup>225</sup> GLEISS-HIRSCH, 25; GIDE-LOYRETTE-NOUEL, 4.

<sup>226</sup> Case 14/68, Wilhem et al. v. Bundeskartellant, (1968) CMLR 100, (1969) ECR I.

<sup>227</sup> GLEISS-HIRSCH, 25.

<sup>228</sup> KORAH, Comfort Letters, Reflections of the Perfume Cases, 6 ELRev. 25 (1981).

Hukukunun birlikte uygulanması ancak ulusal hukuktaki düzenlemelerin, Topluluk Hukuku ile çelişkili olmaması şartına bağlıdır<sup>229</sup>. Böylece, Topluluk Hukukunun üstünlüğü ilke olarak kabul edilmiş ve ulusal hukukların uygulanabilmesi için Topluluk Hukukuna aykırı olmaması şartı getirilmiştir<sup>230</sup>. Adalet Divanı Simmenthal kararı<sup>231</sup>, bu görüşe açıklık ve kesinlik sağlamıştır. Adalet Divanı kararına göre,

"Ulusal mahkemeler, kendilerine tanınan yer bakımından yetki sınırları içinde, Topluluk Hukuku ile ters düşen ulusal hukuk kurallarının, kanunlarda ve anayasalarda öngörüldüğü şekilde yürürlükten kaldırılmasını beklemeden, uygulamayı reddederek, Topluluk kurallarını öncelikle uygulamak zorundadırlar."<sup>232</sup>

Kanımızca, Adalet Divanının kararlarına göre, ulusal hukukların uygulanması iki halde söz konusu olabilir. Birincisi Avrupa Topluluğu Hukukunda düzenlenmiş olan bir konuda, ulusal hukuklardaki düzenlemenin, bu düzenleme ile ters düşmemesi ve ulusal hukuklarda düzenlenmiş bir konuda, Topluluk Hukuku seviyesinde bir düzenlemeye rastlanmamasıdır. İkinci hal, birincisinin özel durumu niteliğindedir, çünkü topluluk seviyesinde ulusal hukukun ters düşeceği düzenleme olmaması sebebi ile ters düşmede bahis konusu olamaz.

### **cc. Komisyon Kararlarının İç Hukuka Etkisi**

Avrupa Topluluğu Hukuku ile üye devletler ulusal hukukları arasındaki diğer bir sorun, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 3. paragrafı hükmüne göre, Komisyon kararı ya da grup muafiyet tüzüklerinden yararlanan bir anlaşmanın, ulusal Rekabet Hukuklarında yasaklanmış olması durumlarında ortaya çıkabilir<sup>233</sup>. Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 3. paragrafında belirlenen şartları gerçekleştiren bir anlaşma, rekabeti kısıtlamasına rağmen Komisyon kararı ile belirlenen süre için, 1. ve 2. paragraf hükümlerine tabi olmaz<sup>234</sup>. Acaba böyle bir anlaşmanın, ulusal Rekabet Hukuklarını ihlal etmiş olması durumunda, anlaşmanın tarafları, Komisyon kararını savunma vasıtası olarak kullanabilirler mi? Bu konuda verilmiş herhangi bir karara henüz rastlanmamakla beraber, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

<sup>229</sup> Case 14/68, Wilhem et al. v. Bundeskartellamt, (1968) CMLR 112, (1969) ECR 14.

<sup>230</sup> BELLAMY-CHILD, 17; WHISH, 21.

<sup>231</sup> Case 106/77, Italian Finance Administration v. Simeantel, (1978) ECR 629.

<sup>232</sup> ibid 648.

<sup>233</sup> WHISH, 21, 22, 23.

<sup>234</sup> WHISH, 21.

Gleiss ve Hirsch, Komisyonun 85. maddesinin 3. paragrafına göre, anlaşmanın 1. paragraf uygulamasından muaf tutulması kararını, idari nitelikte bir karar olmadığını ve bu kararların da pozitif hukuk düzenlemelerine benzer bir rejime tabi olması gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>235</sup>. Buna karşılık, bazı yazarlar Komisyon kararını idari nitelikte olduğunu ileri sürerek, muafiyet kararının ulusal mahkemeler üzerinde bağlayıcı etkisinin bulunmadığını iddia etmişlerdir<sup>236</sup>. Bu görüşe göre, taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayan bir anlaşma, Komisyon kararı ile, Roma Andlaşmasının 85. maddenin 1. paragrafı uygulamasından muaf tutulmuş olsa bile, ulusal Rekabet Hukukunu ihlal etmesi halinde, ulusal Rekabet Hukukundan doğan yaptırımlar ile karşılaşacaktır.

Kanımızca, Komisyon kararlarının ulusal hukuklar açısından değerlendirilmesi sorununa, Roma Andlaşmasının 102. maddesi hükmü de gözönüne alınarak çözümlenmelidir. 102. maddede, Topluluk Hukuku ile üye devletlerin ulusal hukuklarının ahenkleştirilmesi ve Topluluk Hukukunun bütün topluluğa üye devletler için de yeknesak bir şekilde uygulanması öngörülmektedir. Komisyon'un rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın 85. maddenin 3. paragrafı hükümlerinden yararlanması kararı, idari bir karar olarak nitelendirilse bile, Topluluk Hukukunun bir parçasını oluşturduğu inkar edilemez. Komisyonun bu kararı sonucu, rekabeti kısıtlayan bir anlaşma, belirli bir süre için hukuka uygun bir anlaşma benzeri şekilde değerlendirilmektedir. 102. maddede benimsenen, hukukların birleştirilmesi, Rekabet Hukuku kuralları bakımından da geçerlidir<sup>237</sup>. Komisyonun 85. maddenin 3. paragrafının uygulanması ile ilgili kararlarının, üye devletlerin iç hukuklarında etkili olmayacağını iddia edilmesi, 102. madde yer alan hükümün hiç dikkate alınmaması anlamına gelir. Ancak gene de, bu konuda kesin ve yaygın uygulamanın var olmadığını tekrarlamakta yarar vardır. Komisyonun Dördüncü Rekabet Politikası Raporunda, Adalet Divanının, üye devletlerin ulusal hukuklarının Komisyon'un muaf tutma kararlarını dikkate almaları gerektiği görüşünün benimsenmiş olduğunun belirtilmesine karşılık<sup>238</sup> Münhasır Satın Alma Sözleşmelerine Grup İstisnası Yönetmeliğinin önsözünde, ulusal hukukların daha kısıtlayıcı kurallarının uygulama alanı bulabileceği bildirilmektedir<sup>239</sup>.

<sup>235</sup> GLEISS-HIRSCH, 26, 29; KORAH, Introduction, 3.

<sup>236</sup> KERSE, 281, 282; MARKERT, Some Legal and Administrative Problems of Co-existence of Community and National Competition Law in the EEC, 11 CMLRev 97-98, 1964.

<sup>237</sup> KERSE, 281.

<sup>238</sup> Fourth Report on Competition Policy, Brussels, 1975, paragraf 45.

<sup>239</sup> Exclusive Purchasing Regulations, (1983) OJ L 173/5 Recital 19.

## dd. Ulusal Rekabet Hukukunu İhlal Edici Anlaşmalar

Avrupa Topluluğu Hukuku ile ulusal Rekabet Hukuklarının farklı amaçlara yönelmiş olması ve Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunun düzenleyen Roma Andlaşmasının uygulanmasında, *de minimis* yargısal doktrininin Adalet Divanınca kabul edilmesi<sup>240</sup> ulusal Rekabet Hukuku kurallarına göre yasaklanmış olan bir anlaşmanın, Roma Andlaşmasının 85. maddesi kapsamı dışında kalmasına neden olabilir<sup>241</sup>.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ile, ulusal hukuklar arasında değişik ilke ve düzenlemelerin benimsenmesinden kaynaklanan bu sorun, iki farklı durumda ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, Roma Andlaşmasında hiç söz edilmeyen ve düzenlenmemiş olan bir halin, ulusal hukuklarda yasaklanmış olmakla beraber, uygulamanın ulusal hukuktan daha müsaadeci özellikler taşımasıdır. Bu ikinci hal, Avrupa Topluluğu Hukuku ile ulusal hukuklar arasında farklı düzenlemeler sorununa benzer bir durum yaratır. Bu da, üst hukuk niteliğinde olan Topluluk Hukukunca, kişilere tanınan hakların, ulusal hukuk düzenlerince sınırlandırılmayacağı görüşünün ileri sürülmesine neden olmuştur<sup>242</sup>. Ancak burada önemli olan husus, anlaşmaya her iki hukukun da uygulanabilecek olmasıdır. Anlaşmanın sadece üye devletteki ticari hayatı ilgilendirmesi sebebiyle, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin uygulanamayacağı durumlar bu varsayım içine girmezler. Ayrıca bu varsayım açısından da, ulusal hukuk ve Topluluk Hukuku düzenlemelerinin farklı amaca yönelik olduğu ve anlaşmanın ilgili her iki hukuk düzenince öngörülen şartları gerçekleştirmesi düşüncesi ile reddedilmiştir<sup>243</sup>.

Ulusal hukuklarca yasaklanan bir durumun, Avrupa Topluluğu Hukuku seviyesinde düzenlenmiş olduğu varsayımında ise, anlaşmanın değerlendirilmesi sadece ulusal Rekabet Hukukuna göre yapılacaktır. Topluluk Hukuku, üye devletler hukuklarının üzerinde yer alırsa da, uygulanabilecek bir Topluluk Hukuku kuralının bulunmaması sebebiyle bu durumda<sup>244</sup> olaylar ulusal hukuklara göre çözümlenecektir.

Adalet Divanı Parfüm davasında<sup>245</sup>, taraflar arasındaki anlaşmanın Topluluk Rekabet Hukuku kurallarını ihlal etmemiş olmasının, ulusal Rekabet Hukuku kurallarını da ihlal etmemiş olmak anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.

<sup>240</sup> Case 5/69 Völk v. Verwecke, 1969 ECR 295.

<sup>241</sup> WHISH, 22.

<sup>242</sup> GLEISS-HIRSCH, 29.

<sup>243</sup> KORAH, Comfort Letters, Reflections of the Perfume Cases, 25; GLEISS-HIRSCH, 29-30.

<sup>244</sup> GLEISS-HIRSCH, 29.

<sup>245</sup> Case 253/78, Procureur de la Republic v. Guerlain et al, (1980) ECR 2357, (1981) 2 CMLR 99.

Dava konusu olan olayda Komisyonun, parfüm imalatçısı olan davalılara gönderdiği bir yazıda, aralarındaki anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafına girmedeği görüşünde olduğunu bildirmiştir. Komisyonun bu beyanı, 85. maddenin 3. paragrafına göre, 1. paragraf hükümlerinden muaf tutulma kararı olarak nitelendirilemeyeceği için Adalet Divanı, Komisyonun anlaşmanın Topluluk Rekabet Hukuku kapsamına girmedeği şekildeki açıklamasının, ulusal hukukların uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir<sup>246</sup>.

### 3. Özel Hukuk Kişilerinin Ulusal Mahkemelere Başvurması

#### a. Genel Olarak

Rekabetin anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı ile kısıtlanması toplumda çeşitli kişilerin zarar görmelerine neden olur. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, menfaati zedelenen kişilerin, rekabeti kısıtlayan teşebbüsleri Komisyon'a şikayet edebilmeleri yolu düzenlenmiş olmasına karşılık bu kişilerin zararlarının giderilmesi hususunda herhangi bir hüküm yoktur<sup>247</sup>. Zarar gören üçüncü kişilerin, giderim taleplerini ileri sürecekleri yer, ulusal mahkemeler olup<sup>248</sup>, Roma Andlaşmasının bu konuda herhangi bir kural getirmemesi sebebi ile bunlara davacı sıfatının tanınması konusu üye devletlerin ulusal hukuk kurallarına tabi olacaktır<sup>249</sup>. Tabidir ki, bunun da Avrupa Topluluğu içinde istenmeyen, farklı uygulamalara yol açması kaçınılmazdır<sup>250</sup>. Örneğin, Fransız<sup>251</sup> ve İngiliz<sup>252</sup> Hukuklarında, rekabetin kısıtlanması sonucu zarar gören üçüncü kişilere haksız fiil davası açmak yetkisi tanınırken, İtalyan Hukukunda soruna olumsuz çözüm getirilerek, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin ihlalinin, üçüncü kişilerin zarar görmelerine sebep olması durumunda, üçüncü kişilerin davacı olamayacakları ileri sürülmüştür<sup>253</sup>.

Avrupa Topluluğu içinde, zarar gören üçüncü kişilere davacı sıfatının tanınmasında, Adalet Divanı önemli rol oynamıştır. Belgishe Radio en Televisé v. SV SABAM davasında<sup>254</sup>, Adalet Divanı Roma Andlaşmasının 85. ve 86.

<sup>246</sup> WHISH, 22; KORAH, Comfort Letters, Reflections of the Perfume Cases, 25; KERSE, 280.

<sup>247</sup> BELLAMY-CHILD, 106; WHISH, 206-207.

<sup>248</sup> HOUIN, 49.

<sup>249</sup> DERINGER, 11; HOUIN, 51; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, 263.

<sup>250</sup> WHISH, 208.

<sup>251</sup> DERINGER, 108, 109; FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, Consequences Civiles de l'Application des Régles de Concurrence, Annales de la Faculté de Droit de Liège, sene 88, 1962, 50.

<sup>252</sup> HEYDON, The Restraint of Trade Doctrine, London, 2972, 250; STREET, The Law of Torts, London, 1976, 354-355.

<sup>253</sup> DERINGER, 111, 115.

<sup>254</sup> Case 127/73, Belgishe Radio en Televisé v. SABAM, (1974) ECR 51, 1974 2 CMLR 238.



maddeleri ile kimlerin menfaatinin korunmakta olduğu sorununu cevaplamış ve rekabetin kısıtlanmış olmasının neden olduğu üçüncü kişilerin zararlarının, bu maddelerin koruma alanına girdiğini ve bu zararların giderilmesinin 85. maddenin doğal sonucu olduğunu belirtmiştir. Simmenthal kararı<sup>255</sup> ile de, kişilerin Avrupa Topluluğu Hukukundan doğan haklarının üye devletlerin ulusal hukuklarında da korunmasına karar verilerek, zarar gören üçüncü kişilerin davacı sıfatını kazanması, Avrupa Topluluğu içinde gerçekleştirilmiştir. Böylece normlar hiyerarşisi içinde Avrupa Topluluğu Hukukunun ulusal hukukların üzerinde yer alması sebebi ile, ulusal hukuklardaki özel kişilere dava hakkının tanınmasına ilişkin farklılıklar kaldırılmıştır.

Adalet Divanının bu iki önemli kararı ile, özel kişilerin dava hakkı ilke olarak kabul edilirken, kimlerin bundan yararlanacağı sorununa kesin bir cevap getirilmemiştir. Rekabetin kısıtlanmasının olumsuz etkilerinden en önemlisi malın ya da hizmetin fiyatının artması ve bunlardan yararlananların daha fazla bedel ödemek zorunda kalarak zarar uğramalarıdır<sup>256</sup>. Ancak rekabetin kısıtlanmasının daha geniş insan kitlelerini etkilemesi, örneğin, malın fiyatı arttığı için yüksek fiyattan mal almayan ya da alamayanlar ile kaynak dağılımında verimliliğin bozulması sebebi ile toplumdaki bütün fertlerin zarar görmeleri söz konusudur.<sup>257</sup> Kimlerin zararının giderileceği ya da hangi tür zararların gideriminin talep edilebileceği Adalet Divanı kararlarına rağmen belirsiz kalmıştır. Avrupa Topluluğu Hukukunda karşılaşılan bu sorun, zarar gören kişilerin dava hakkının Rekabet Hukuku kanunlarında düzenlediği Amerikan Hukukunda da mevcuttur.

## **b. Davacı Sıfatının Kazanılması**

### **aa. Genel Olarak**

Rekabet Hukuku davalarından yararlanacak özel kişilerin belirlenmesi de önemlidir. Zarar gören her kişinin, rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlarının giderimini talep etmesi kabul edilmemiş, davacı sıfatı sadece belirli gruplara tanınmıştır. Her ne kadar, zararın giderimi dava sonucu verilecek karara göre olacak ise de, davanın dinlenebilmesi, davacı sıfatını kazanacak kişinin uğradığı ileri sürdüğü zararın kendisine, Rekabet Hukuku davalarında giderim talep hakkı vermesine bağlıdır. Uğranılan zarar, giderim talep hakkı vermemekte

<sup>255</sup> Case 106/77, Italian Finance Administration v. Simeantal, (1978) ECR 629.

<sup>256</sup> NEALE-GOYDER, *The Antitrust Laws of the U.S.A.*, Cambridge, 1982, 425.

<sup>257</sup> POSNER, *Antitrust Law*, 13-14.

ise, davanın esasına girilmeden, sıfat yokluğundan davanın reddi gerekmektedir<sup>258</sup>.

Davacı sıfatını kazanacak kişilerin, rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu zararların niteliğine göre, sınırlandırılması pratik bir ihtiyaçtan doğmuştur. Teşebbüslerin anlaşarak rekabeti kısıtlamaları bütün toplum üzerinde olumsuz etki yapar ve her bir ferdin doğrudan ya da dolaylı zarar görmesine neden olur. Ortaya çıkacak her zararın, zarar görene giderim talep etme hakkı sağlaması, sonsuz sayıda talebin ve dava konusunun ortaya çıkmasına yol açar ki, bu da kanunkoyucunun arzu etmediği bir durumdur.

Amerikan Hukukunda rekabetin kısıtlanmasından zarar gören kişilerin giderim talep hakkının, Clayton Kanununun 4. maddesinde "zarar gören herkes" gibi genel bir ifade ile düzenlenmesine karşılık, mahkeme kararlarında bunun sınırlandırıldığı gözlenir<sup>259</sup>. Avrupa Topluluğunda Adalet Divanının, BRT v. SABAM davasındaki<sup>260</sup> zarar gören herkes şeklindeki ifadesi de aynı şekilde genel nitelikte olması sebebi ile, doğrudan uygulanma özelliğine sahip değildir<sup>261</sup>.

Davacı sıfatının kazanılmasına ilişkin sınırlamalar, rekabetin ortaya çıkardığı zararın niteliği esas alınarak yapılmıştır. Bunun gerçekleştirilmesinde yararlanılan ilk kriter, zararın rekabetin kısıtlanmasından doğması ve fail ile zarar gören arasında bir ilişkinin varlığıdır. Bunun, dava hakkı tanınacak kişilerin belirlenmesinde her zaman tatmin edici sonuç vermemesi üzerine, hedeflenen amaç kriteri geliştirilmiştir.

## **bb. Doğrudan Zarar Kriteri**

Doğrudan zarar kriteri ile ifade edilmek istenen, zarar gören ile zararı veren arasında belirli bir ilişkinin bulunmasıdır<sup>262</sup>. Bu, sözleşme şeklinde hukuki bir ilişki olabileceği gibi, aynı piyasada faaliyet göstermek gibi fiili bir ilişki şeklinde de olabilir. Doğrudan zarar kriterine göre, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının kurulması yeterli görülmemekte, ayrıca taraflar arasında hukuki veya fiili bir ilişkinin var olup olmadığı da araştırılmaktadır. Örneğin, iki teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerinin, üçüncü bir şirketin zarar görmesine sebep olması halinde, üçüncü şirketin paydaşlarının, rekabetin

<sup>258</sup> Perkins v. Standart Oil Co., 395 US 642, 648 (1969).

<sup>259</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 160.

<sup>260</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 51, 1974 2 CMLR 238.

<sup>261</sup> POSNER- EASTERBROOK, 568.

<sup>262</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 164; Comment: Standing to Sue for Treble Damages Under Section 4 of the Clayton Act, 64 Columbia Law Review 581 (1964).

kısıtlanması ile kendi paylarına düşen kârlarının azalması şeklindeki bir zarar arasında nedensellik bağının varlığını kanıtlayabilecek olsalar bile, rekabeti kısıtlayan şirketler ile aralarında hukuki ya da fiili bir ilişkinin bulunmaması nedeni ile giderim talep hakkına sahip olmaları mümkün olmayacak ve davacı sıfatını kazanamayacaklardır. Buna karşılık, zarar gören şirket ile, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arasında fiili bir ilişkinin olduğu kabul edildiğinden, zarar gören şirkete dava hakkı tanınacaktır<sup>263</sup>.

Pay sahiplerine tanınacak dava hakkının rekabeti kısıtlayan kişilerin, mükerrer tazminat ödemelerine yol açacak nitelikte olması sebebiyle, pay sahiplerinin davacı sıfatını kazanmaları arzu edilmemiş<sup>264</sup> ve bu da, paydaşların davacı sıfatını kazanmalarını engellemede başarılı olan, doğrudan zarar kriterinin kabulünde ve gelişmesinde önemli etken olmuştur. Rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören teşebbüsün pay sahipleri gibi, zarar gören teşebbüse mal satan teşebbüsler, o teşebbüse kredi veren ya da patent lisans sözleşmesine göre satılan mal miktarına bağlı olarak bir bedel alan ya da şirketin kârından prim alan yöneticilerin zarar gördüklerini ileri sürerek giderim talebinde bulunması aynı sebepten mümkün değildir.

Davalılar ile davacının aynı piyasada faaliyet gösteren firmalar olması durumunda rakip firmaların davacı sıfatını kazanmasına karşı itirazlara rastlanmaz<sup>265</sup>. Buna karşılık, oluşan zarar rakip teşebbüslerin ticari ilişkide bulunduğu üçüncü kişilerin zararından doğmakta ise örneğin, aynı malı üreten iki teşebbüsten birinin fiyat kırarak, diğerinin malını satmakta olan toptancı firmanın zarara uğramasına neden olması durumunda<sup>266</sup>, davacı sıfatını kimin kazanacağı sorununa, doğrudan zarar kriteri tatmin edici bir çözüm getirememektedir.

Doğrudan zarar kriterine aşırı önem vermek, yanlış kimselere ödeme yapılmasına yol açabilir. Örneğin, üreticilerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri sonucu artan fiyatın üzerinde normal kârını ilave ederek tüketiciye satan kusursuz aracı şirkete, doğrudan zarar kriterine göre dava hakkı tanınırken, zararın tümünü üstlenen nihai alıcıların giderim taleplerinin önüne geçilmiş olur.

---

<sup>263</sup> Loeb v. Eastman Kodak Co., 182 F 794, 709 (3rd Circuit 1910), zikreden AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 164 dip notu 10.

<sup>264</sup> William M. Fleitmann v. Welsbach Street Lighting Company of America, 240 US 27 (1916).

<sup>265</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 165.

<sup>266</sup> Toptancı firmanın kazancında azalma, malın tanıtma, pazarlama giderlerinde azalmağa yol açabilir. Bu da, üretici firma bakımından ticari bir engel oluşturabilir.

### cc. Hedeflenen Amaç Kriteri

Rekabet Hukuku davalarında davacı sıfatının kazanılmasında, zarar gören ile zarar veren arasında doğrudan bir ilişkinin varlığını arayan doğrudan zarar kriterinin, nedensellik bağına ağırlık vermesine karşılık daha sonra ileri sürülen "hedeflenen amaç kriteri", hukuka aykırılık unsurunu esas almıştır. Bu kriter, diğerine göre daha esnek bir yapıya sahiptir ve normun amacını ve korumayı hedeflediği menfaatleri tesbite yöneliktir<sup>267</sup>.

Rekabeti kısıtlayanların, kimlerin hangi zararlarından sorumlu olacağı ya da kimlerin zarar gördüğü iddiası ile rekabeti kısıtlayanlardan giderim talep hakkının bulunduğu sorununda, doğrudan zarar kriterinin tüketicileri, davacı sıfatı tanınacak kişiler dışında bırakması, sorunun çözümünün nedensellik bağı dışında aranmasına yol açmıştır. Hedeflenen amaç kriterinin uygulanmasında bazı uygulama zorlukları ile karşılaşıldığı ve mahkemelerin, bazı davalarda<sup>268</sup> hedeflenen amaç ile ifade edilenin ne olduğunda tereddüte düştükleri gözlenir<sup>269</sup>.

Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin, hukuka aykırı eylemi hangi amaç ve saiklerin etkisi ile gerçekleştirdikleri, zarar gördüğünü iddia edenlere davacı sıfatının tanınmasında önemli değilse de, Fields Production kararında<sup>270</sup>, failin istediği ve öngördüğü hukuka aykırı sonuçların ortaya çıkardığı zarardan etkilenen kişileri kapsaması durumunda, davacı sıfatının tanınacağı kabul edilmiştir<sup>271</sup>. Hedeflenen amaç kriterine, davalıların amaç ve istekleri de dikkate alınarak verilmek istenen bu anlam, önceden fark edilebilirlik unsurunun da eklenmesi ile<sup>272</sup> anlaşılabilir bir hale sokulmuştur.

Hedeflenen amaç kriteri ile ifade edilmek istenen, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin amaçları değil, hukuk normunun korumayı hedeflediği menfaat sahipleridir. Bunu Yüksek Mahkeme, aşağıdaki gibi ifade etmiştir.

---

<sup>267</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 165; HANDLER, The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits- The Twenty-Third Annual Antitrust Review, 71 Columbia Law Review 26 (1971).

<sup>268</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 165-166; POSNER- EASTERBROOK, 568.

<sup>269</sup> Mulvey v. Samuel Products, 402 US 923 (1971); Fields Production v. United Artists Corporation, 401 US 949 (1971).

<sup>270</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 165.

<sup>271</sup> Fields Production v. United Artists Corporation, 401 US 949 (1971).

<sup>272</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 166.

"Rekabet Hukuku kurallarına göre, dava hakkı olduğunu iddia eden, ilk önce kendisinin belirli bir piyasadaki rekabeti şartlarının bozulmasından etkilenecek ekonomik grup içinde olduğunu kanıtlamalıdır."<sup>273</sup>

Yüksek Mahkemenin belirttiği gibi hedeflenen amaçtan anlaşılması gereken, rekabeti kısıtlayanların amacı değil, norm ile korunmak istenen hukuki menfaat sahipleridir. Zarar, Rekabet Hukuku ile korunmak istenen hukuki menfaate ilişkin olmalıdır<sup>274</sup>. Dava hakkı, sadece normun korumayı amaçladığı menfaatlerin ihlali halinde bu menfaat sahiplerine tanınır.

Avrupa Topluluğu Hukukunda da, davacı sıfatı normun korumayı hedeflediği menfaat kriterine göre kazanılmaktadır. Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlerin giderim talep etme hakkına ilişkin hiçbir hüküm bulunmaması, zarar gören özel kişilere davacı sıfatının tanınması sorununu ortaya çıkarmıştır<sup>275</sup>.

Amerikan Hukukunda, Yüksek Mahkemenin Loew's kararında<sup>276</sup>, hedeflenen amaç kriterine sınırlı bir içerik kazandırılmış olduğu görülür. Bu kararda önerilen ölçüt, hedeflenen amacın belirli bir mal ya da hizmet piyasadaki etkisidir. Bunu göre, zarar görenin Rekabet Hukuku ile korunan ekonomik grup içinde bulunması yeterli değildir. Zarar görenin, olayın özelliklerine göre, rekabetin kısıtlandığı piyasada faaliyet gösteren kişilerden olması gerekmektedir<sup>277</sup>. Örneğin, Rekabet Hukuku ile tüketicilerin çıkarları korunmakta olmakla beraber, reçel piyasasında rekabetin kısıtlanmasından talepteki çapraz-esneklik nedeni ile zeytin tüketicileri zarar görmüş olsalar bile, kendilerine davacı sıfatı tanınmayacaktır.

Hedeflenen amaç kriterinin nedensellik bağı esasına dayanan doğrudan zarar kriterine üstün yanı, Rekabet Hukukunun amaçları ile dava teorisi arasında uyumu sağlamasındadır. Bununla beraber, bu kriterin, davacı sıfatını kazanacak kişileri önceden belirlemede mutlak bir başarı sağladığı iddia edilemez. Genel olarak, Rekabet Hukuku serbest piyasa ekonomisini gerçekleştirmeye ve herkesin rekabetin yaratacağı refahtan yararlanmasına yöneliktir. Rekabetin kısıtlanmasından kaynaklanan her zararın, Rekabet Hukuku kuralları ile korunması hedeflenen menfaat grubu içinde olduğu ileri sürülebilir<sup>278</sup>. Ancak,

<sup>273</sup> Conference of Studio Unions v. Loew's, 342 US 949 (1971).

<sup>274</sup> Billy Baxter v. Coca-Cola Co., 431 F 2d 183, 187 ( Second Circuit 1970), 401 US 923 (1971).

<sup>275</sup> DERINGER, 115;

<sup>276</sup> United States v. Loew's, 371 US 38 (1962).

<sup>277</sup> Bunun, teşebbüslerin ilgili piyasalarını belirlerken, yararlanılan ikame mal kavramı ile çeliştiği de açıktır.

<sup>278</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 167.

kendisine davacı sıfatı tanınacak kişileri tesbitte, hedeflenen amaç kriterine bu kadar geniş bir içerik tanımının, yarardan çok belirsizliğe yol açarak istenmeyen durumların ortaya çıkmasına neden olur<sup>279</sup>.

Bütün bu olumsuz yönlerine rağmen, hedeflenen amaç kriterinin davacı sıfatı tanınacak kişileri sınıflandırmada gene de belirli bir başarıya ulaştığı söylenebilir. Doğrudan zarar ve hedeflenen amaç kriterleri birlikte değerlendirildiğinde, rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlerin, genel olarak doğrudan zarar gören kişiler ile dolayısı ile zarar gören kişiler olarak iki genel başlık altında toplandığı görülür<sup>280</sup>. Lakin, bu kadar genel bir ayırımın da davacı sıfatının tanınacağı çıkar gruplarını belirlemede yararlı olması zordur. Bu sebepten, kendilerine davacı sıfatı tanınabilecek grupların daha sınırlı bir şekilde incelenmesi gereklidir.

### **c. Rekabetin Kısıtlanmasından Zarar Gören Gruplar**

#### **aa. Vergi Yükümleri, Alacaklılar ve Pay Sahipleri**

##### **aaa. Müşterek Sorunlar**

Vergi yükümlülükleri<sup>281</sup>, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin paydaşları<sup>282</sup> ve bu teşebbüslerin alacaklıları<sup>283</sup> rekabetin kısıtlanmasından zarar görenler arasında yer alırlar. Ancak bu kişilerin ortaya çıkan zararları rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerinkine göre dolaylıdır<sup>284</sup>.

Rekabetin kısıtlanmasından dolaylı zarar gören (yansıma yolu ile zarar gören)<sup>285</sup> bu kişiler arasında bazı ortak özellikler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Rekabet Hukukuna aykırı davranışlardan doğrudan zarar gören kişilerin bulunması ve dolayısı ile zarar görme, bu kişilerin zarar görmesi sonucu olmasıdır. İkincisi ise, dolayısıyla zarar gören kişilerin zararlarının spekülasyon nitelikte olmasıdır.

---

<sup>279</sup> POSNER- EASTERBROOK, 568.

<sup>280</sup> NEALE- GOYDER, 425; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 168, 169.

<sup>281</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 177-178; NEALE- GOYDER, ibid.

<sup>282</sup> Note: Procedure in Private Suits Under the Shearman and Clayton Acts, 12 Columbia Law Review 339 (1932).

<sup>283</sup> NEALE- GOYDER, 425.

<sup>284</sup> Note: Recovery of Treble Damages Under the Anti-Trust Act, 38 YLJ 506 (1929).

<sup>285</sup> TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, c.1, İstanbul, 506, 1985, 755.

### bbb. Vergi Yükümlüleri

Devlet, belediye gibi kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerinin en önemli finansman kaynağını, vatandaşların vergileri oluşturur<sup>286</sup>. Rekabetin kısıtlanmasına neden olan teşebbüslerle aralarında borç ilişkisi bulunan kamu tüzel kişileri bundan doğrudan zarar görürler<sup>287</sup>. Buna karşılık, doğrudan zarar gören kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerini vergileri ile finanse etmekte olan vergi yükümleri, dolayısı ile zarar görenler arasında yer alır.

Rekabetin kısıtlanması, vatandaşların daha fazla vergi vermelerini ya da kendilerine daha iyi hizmet verilmelerini engeller. Yansıma yolu ile zarar gören vergi yükümlülerine, uğradıkları bu zararlar için dava hakkının tanınması gerektiği, bazı olaylarda ileri sürülmüş<sup>288</sup> ise de, mahkemelerce bu talepler reddedilmiştir.

Cosentino davasında, 8. Bölge Federal Mahkemesi, vergi yükümlüsüne dava hakkı tanınması istemini, doğrudan zarar gören kamu tüzel kişinin, zarar gören sıfatı ile giderim talebinde bulunmasının, vergi yükümlülerinin çıkarlarını da koruyacak olması gerekçesi ile reddetmiştir<sup>289</sup>.

Kanımızca, 8. Bölge Federal Mahkemesi gerekçede hataya düşmüş ise de, sonuçta doğru bir karar vermiştir. Ancak vergi yükümlülerine, uğradıkları dolayısı ile zarar nedeni ile dava hakkının tanınmaması, bu kararda ileri sürülen gerekçeye dayandırılmaz. Eğer vergi yükümlülerine bu gerekçe ile dava hakkı tanınmamakta ise, doğrudan zarar gören kamu tüzel kişinin zararı sonradan giderilse bile, o mahalli bölge dışına taşınmış olan kişinin uğradığı dolayısı ile zarar devam edecektir. Bu durumda da, o mahalli bölge dışında yaşamını sürdüren eski vergi yükümlülerine dava hakkının tanınması gerekecektir. Kanımızca, vergi yükümlülerine dava hakkının tanınmamasının gerekçesini, Rekabet Hukuku ile korunması hedeflenen menfaat sahipleri görüşü<sup>290</sup> çerçevesinde aramak icap eder. Sorun bu görüş ışığında ele alındığında, Rekabet Hukuku normlarının vergi yükümlülerini korumak gibi bir amacı olmadığı ve bu sebepten de, bu kişilere dava hakkının tanınmayacağı sonucu ortaya çıkar.

<sup>286</sup> TURAN, Vergi Teorisi, İstanbul, 1977, 32.

<sup>287</sup> Bu kamu tüzel kişileri bakımından zararlarının giderilmesini talep hakkı, tüketiciler gibidir.

<sup>288</sup> Ragar v. J.T. Raney and Sons, 521 F 2d 795 (1975); Cosentino v. Carver-Greenfield, 433 F 2d 1274 (1970), zikreden AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 178.

<sup>289</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 178.

<sup>290</sup> ibid. 178-179

### **ccc. Doğrudan Zarar Görmüş Olan Teşebbüslerin Alacaklıları**

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören şirketin alacaklıları da vergi yükümlülükleri gibi yansıma yolu ile zarar görürler<sup>291</sup>. Zarar gören şirketin alacaklılarının, şirket üzerindeki çıkarları sınırlıdır. Borçlu şirketin, borçlarını ödeyemez hale gelmesi durumu hariç, alacaklıların haklarının tehlikede olduğu söylenemez. Borçlarını ödeyemez durumda olan şirketin iflasının istenmesi halinde, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören şirketin bütün hak ve borçlarını takip yetkisi iflas idaresine geçer. Alacaklıların kendi haklarının tehlikeye düşmesi halinde de, rekabetin kısıtlanmasından doğan zararları kendi adlarına takip etmeleri mümkün değildir<sup>292</sup>. Şirket alacaklılarının haklarının korunmasında iflas idaresi, bu kişilere göre daha avantajlıdır<sup>293</sup>. Kaldı ki, alacaklıların haklarının korunması, Rekabet Hukuku kurallarının hedeflediği amacın dışında kalmaktadır. Bu sebepten vergi yükümlülükleri gibi, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin alacaklılarının da dava hakkı yoktur<sup>294</sup>.

### **ddd. Zarar Gören Teşebbüslerin Paydaşlarının Dava Hakkı**

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin paydaşları da bu zarardan dolaylı olarak etkilenen grup içinde yer alırlar<sup>295</sup>. Paydaşların yansıma yolu ile uğradıkları zarar iki çeşittir. Bunlardan ilki, zarar gören şirketin zarar nedeni ile, bilanço kârlarının azalması ve dolayısı ile paydaşın elinde bulundurduğu pay senedinin değer kaybına uğraması, ikincisi ise şirketin kârının azalması nedeni ile paydaşın kâr payında meydana gelen azalmadır<sup>296</sup>.

Pay senetlerinin değerinin azalması şeklinde ortaya çıkan zarar, şirketin kârlılığı kadar, piyasa şartları ve ekonomik konjonktürle yakından ilgilidir. Paydaşların pay senetlerindeki değer kaybı sebebi ile uğradıkları zararları tek bir nedene dayandırmak ve ortaya çıkan zarardan rekabetin kısıtlanmasına neden olanların sorumlu olacağını iddia etmek mümkün değildir.

Diğer yandan, rekabetin kısıtlanması sonucu şirketin uğradığı zarar ile, herbir paydaşın kâr payındaki azalma arasında daha doğrudan ilişki vardır.

<sup>291</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 177; NEALE- GOYDER, 425.

<sup>292</sup> Note: Procedure in Private Suits Under the Shearman and Clayton Acts,340.

<sup>293</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 179.

<sup>294</sup> Loeb v. Eastman Kodak Co., 182 F 794, 709 (3rd Circuit 1910), zikreden AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 180 dip notu 6.

<sup>295</sup> Note: Procedure in Private Suits Under the Shearman and Clayton Acts, 339; NEALE- GOYDER, 425.

<sup>296</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 180.



Nedensellik ilişkisinin bu zarar bakımından kurulmasında daha az sorun ile karşılaşılmasına karşılık, Rekabet Hukukunun, paydaşların korunmasına yönelik olduğu şüphelidir<sup>297</sup>. Ayrıca, şirketin zarardan doğan haklarının korunmasında, şirketin kendisi paydaşlara göre, o zarar verici eyleme ilişkin bilgilere daha yakın olması nedeni ile daha avantajlı konumdadır. Paydaşların, dava hakkına sahip olmaları, sadece şirket yöneticilerinin, şirketin çıkarlarını gözetmekte kusurlu olarak yetersiz kaldığı durumlarda<sup>298</sup> söz konusu olabilir ve paydaşı oldukları şirketin, rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlarının giderilmesini talep edebilirler<sup>299</sup>. Ancak bu durumda da tazminat bedeline hak kazanan, şirketin paydaşları değil, zarar gören şirketin kendisi olacaktır<sup>300</sup>.

## **bb. Tüketiciler ve Ara Teşebbüsler**

### **aaa. Genel Olarak**

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören en önemli ve en geniş grup tüketicilerdir<sup>301</sup>. Rekabetin kısıtlanması sonucunda fiyatın artması, buna neden olan teşebbüslerin hukuka aykırı kazançlar elde etmesine yol açarken, bu hukuka aykırı kazanç, tüketicilerin fazladan ödemek zorunda kaldığı miktardan oluşmaktadır. Burada tüketici ile kast ettiğimiz, genel anlamda tüketiciler değil, nihai kullanıcılarıdır. Genel olarak tüketicilerden söz edildiğinde, kaynak dağılımında verimliliğin bozulmasından zarar gören toplumun tümü anlaşılmalıdır. Burada ele aldığımız tüketiciler, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören, belirli bir malın kullanıcılarıdır ve uzun dönemde rekabeti kısıtlayanların elde ettikleri haksız kazancın tümünü ödeyen gruptur. Rekabetin kısıtlanması ile daha fazla kazanç elde etmeğe çalışan teşebbüslerin, bu hukuka aykırı kazançlarının kaynağını dar anlamda tüketicilerin kendi malvarlıklarından yapmak zorunda kaldıkları ödemeler oluşturur<sup>302</sup>. Bu sebepten de, dar anlamda tüketiciler ya da nihai kullanıcılar rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören grup içinde yer alırlar.

<sup>297</sup> William M. Fleitmann v. Welsbach Street Lighting Company of America, 240 US 27 (1916); Comment: Standing to Sue for Treble Damages Under Section 4 of the Clayton Act, 582.

<sup>298</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 180; OPPENHEIM, Cases on Federal Anti-trust Law, 943.

<sup>299</sup> United Copper Securities Co. v. Amalgamated Copper Co., 244 US 261 (1917); Note: Procedure in Private Suits Under the Shearman and Clayton Acts, 340.

<sup>300</sup> Türk Ticaret Kanununun 309. maddesinde de benzer bir hüküm vardır.

<sup>301</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 265; DHAEYER- THILMANY, La Protection du Consommateur et la Droit Antitrust Européen, Revue Trimestrielle de Droit Européen, c. 14, 1978, 226.

<sup>302</sup> DHAEYER- THILMANY, 230; MARKOVITS, Tie-Ins Reciprocity and the Leverage Theory, 76 YLJ 1397, 1454-1456 (1967).

Rekabetin kısıtlanmasının, tüketicilere arz edilen malların ve hizmetlerin fiyatlarına etkisi piyasa şartları içinde incelendiğinde, fiyat mekanizmasının çalışmasının sanılandan daha karmaşık olduğu gözlenir<sup>303</sup>. Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler ile nihai kullanıcılar arasında değişik seviyelerde, başka kişilerin- ara teşebbüslerin - yer alması, büyük bir olasılık içindedir. Dağıtım zinciri içinde yer alan toptancı, perakendeci, dağıtım şirketleri gibi çeşitli seviyelerde faaliyet gösteren ara teşebbüslerin durumu, tüketicilere dava yetkisinin tanınması sorunu ile yakından ilgilidirler<sup>304</sup>. Rekabetin kısıtlanmasının nihai kullanıcılar üzerindeki olumsuz etkisi, malın nihai kullanıcıya ulaşınca kadar değiştirdiği el sayısına, yani rekabetin, dağıtım zincirinin kısıtlanmış olduğu seviyeye bağlıdır<sup>305</sup>. Bu sebepten, tüketicilerin davacı sıfatını kazanabilmeleri, rekabetin hangi seviyede kısıtlandığının ve ara teşebbüslerin dağıtım zinciri içindeki yerini belirlemeyi gerekli kılar.

Dağıtım zinciri içinde yer alan ve tüketicinin uğradığı zararı belirlemede yararlanacağımız ara teşebbüsler, dar anlamda ara teşebbüsler ve aracı teşebbüsler şeklinde ikiye ayrılabilir. Dar anlamda ara teşebbüsler<sup>306</sup>, rekabetin kısıtlandığı piyasadan mal satın alarak, bunlara yeni bir şekil ya da yapı vererek bir alt gruba satan teşebbüslerdir. Bunların satın aldıkları mal ile sattıkları mal arasında belirli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, yarı iletken piyasasındaki rekabetin kısıtlanması sorununda kahverengi mal üreticileri ara teşebbüs durumundadırlar. Satın aldıkları yarı iletkenleri kendi ürettikleri radyo, televizyon, v.s. gibi malların üretiminde kullanmakta ve nihai kullanıcılara ya da dağıtım zincirinde yer alan diğer seviyedeki teşebbüslere farklı bir mal olarak arz etmektedirler. Aracı teşebbüsler ise, satın aldıkları malı hiçbir işlem ya da değişikliğe tabi kılmadan, bir alt seviyedeki alıcıya satan teşebbüslerdir. Bizim ara teşebbüs olarak nitelendirdiğimiz grup, genel olarak literatürde imalatçı olarak adlandırılmakta ise de<sup>307</sup>, rekabetin kısıtlandığı piyasadan nihai kullanıcılara kadar olan dağıtım zinciri içinde yer alan bu teşebbüsler, rekabetin kısıtlanmasının tüketiciler üzerindeki etkilerinin belirlenmesi bakımından önemlidir<sup>308</sup>.

<sup>303</sup> POSNER- EASTERBROOK, 556; BORK, The Antitrust Paradox, 91.

<sup>304</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 183, 184.

<sup>305</sup> HOOD- YAMEY, Imperfect Competition in Retail Trade, Economics of Retailing, Tucker-Yamey edition, London, 1973, 115, 121.

<sup>306</sup> Bundan sonra ara teşebbüs ile sadece dar anlamda ara teşebbüs kast edilecektir.

<sup>307</sup> BUSKIRK, 129.

<sup>308</sup> POSNER- EASTERBROOK, 569.

### **bbb. Nihai Kullanıcıların (Tüketicilerin) Davacı Sifatını Kazanmaları**

#### **i. Genel Olarak**

Nihai kullanıcılara davacı sıfatının tanınması, genel anlamda ara şirketlerin giderim talep hakkı ile yakından ilgilidir. Rekabetin kısıtlanmasının doğrudan sonucu, fiyatların artmasıdır ve bunun ilk etkisi genel anlamda ara şirketler üzerinde görülür. Bunlar satın aldıkları mallara daha yüksek bir bedel ödemek zorunda kalırlar ve bu iki tür zararın doğumuna yol açar: malvarlığında fiili bir azalma ve fiyata bağlı olarak talebin düşmesi sonucu yoksun kaldıkları kâr nedeniyle uğradıkları zarardır<sup>309</sup>. Bu ikinci tür zarar tüketicilere davacı sıfatının tanınması ile ilgili olması sebebi ile burada ele alınmayacaktır. Genel anlamda ara şirketin de, rekabetin kısıtlanması olayına karışmış olması ya da rekabeti kısıtlayan şirketler ile işbirliği içinde olması durumunda, bunların zararından söz edilemeyeceği gibi<sup>310</sup>, bu durum rekabetin dikey kısıtlanmasını oluşturacağından konumuz dışında kalır. Konumuz bakımından önemli olan, genel anlamda ara teşebbüslerin de zarar gördüğü ve bunların ayrıca kusursuz da oldukları durumlarda, tüketicilere davacı sıfatının tanınmasıdır.

Rekabetin kısıtlanması sonucu fiyatın artması ve bunun sonucunda da fazla miktarda ödeme yapmak zorunda olan geniş anlamdaki ara teşebbüslere dava hakkının tanınması sorununda, fiyat artışının, tüketicilerin satın aldıkları malların fiyatını ilave edildiği ve bu yüzden zararın bulunmadığı itirazı ile karşılaşılmıştır<sup>311</sup>. Fiyat artışının ne oranda tüketicilerin satın aldıkları mala yansıtıldığı ve rekabetin kısıtlanmasından doğan zararın hangi oranlarda dağıtım zinciri içinde yer alan değişik seviyelerdeki ara teşebbüsler arasında paylaştırıldığıнын tesbiti oldukça zordur<sup>312</sup>. Diğer taraftan, sorun ihmal edilemeyecek kadar da önemlidir, çünkü yapılacak hata, değişik seviyelerde yer alan kişilerin aynı hukuki sebep ve aynı zarar için tekrarlanan giderim taleplerine yol açacak ve rekabetin kısıtlayan teşebbüsleri mükerrer tazminat ödeme durumuna sokacaktır. Kusur ne kadar fazla olursa olsun, mükerrer tazminat ödenmesine yol açabilecek bir uygulamanın, hukuken kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu bakımdan, dar anlamda ara teşebbüs ile aracı teşebbüs ayırımının, zararın tüketiciye yansıtılması savunmasında önemli bir yeri vardır. Bu savunma

<sup>309</sup> HOOD- YAMEY, 119.

<sup>310</sup> Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons Co., 220 US 373 (1911); WHISH, 412, 413.

<sup>311</sup> POSNER- EASTERBROOK, 558; Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

<sup>312</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 175.

ilk kez Hannover Shoe davasında ileri sürülmüştü<sup>313</sup>. Hannover Shoe şirketi, United Shoe şirketinin, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ederek, ayakkabı imalatında kullanılan makinelerin fiyatlarının artmasına neden olduğunu ve kendisinden de ayakkabı imalatında kullanılan makineler satın aldığı için zarar uğradığını iddia etmiştir. United Shoe şirketi ise, Hannover Shoe şirketinin ayakkabı imalatında kullanılan makinelere fazladan ödemiş olduğu miktarı, ayakkabı ücretlerine yansıttığını ve bu sebepten zararının bulunmadığını ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme zararın yansıtılması iddialarını üç farklı gerekçe ile reddetmiştir. Bunların ilki, zararın gerçekleştiği an ile ilgilidir. Diğeri ise, zarar fazla bedel ödeme ile gerçekleşmiştir. Son gerekçe ise, davacının uğradığı toplam zararı azaltmak için, zararın bir kısmını tüketicilere yansıtarak, toplam gelirinin artırması ya da hammadde, işçilik vs. gibi diğer masraflarında kısıntılar yaparak toplam giderini azaltması, rekabeti kısıtlayanların tazmin borcunu azaltmaz<sup>314</sup>. Ayrıca, Yüksek Mahkemeye göre, hukuka aykırı yollar ile haksız kazanç elde edenlerin bu kazançları kendilerine bırakılamaz<sup>315</sup>. Zararın ne oranda tüketiciye yansıdığıınin tesbiti ise zor ve spekülattiftir. Yüksek Mahkemenin bu gerekçelere dayanarak ulaştığı zona göre, haksız kazanç elde eden tarafın yaptığı, yanına kâr olarak kalamaz, ancak bu hiçbir şekilde aynı zarar için iki kere tazminat ödemesine de gerekçe olamaz. Bu sebepten, tüketicinin zararının tesbitinin zor ve spekülattif olması dolayısı ile dava hakkının ara şirkete tanınması Rekabet Hukuku politikası bakımından en uygun yol olacaktır. Yüksek Mahkeme bu sonuca, zararın fazla bedel ödeme anında oluşmuş kabul edileceğini ve davacının ortaya çıkan zararı azaltmak için yaptığı faaliyetlerin rekabetin kısıtlanmasına yol açanların sorumluluğunu azaltmayacağı düşüncesinden hareketle ulaşmıştır<sup>316</sup>.

Hannover Shoe olayı tipik bir ara teşebbüs olayıdır. Rekabetin kısıtlanması sonucu fiyatı artan mal ile ara teşebbüsün sattığı mal arasında büyük farklılıklar vardır. Bu sebepten de, fiyat artışının ne oranda tüketiciye yansımış olduğunu tesbit etmek imkansızdır. Ayakkabı fiyatları artmış ise, bunun rekabetin kısıtlanmasından doğan zarar ile ne oranda ilgili olduğunun tesbit etmek mümkün değildir. Davacı sadece bir aracı teşebbüs olsa idi, yansıtılan zarar miktarının belirlenmesi mümkün hale geleceğinden, Yüksek Mahkemenin aracı teşebbüs ile birlikte yansıtılma sonucu zarar gören tüketicilere ya da bir alt seviyedeki aracı teşebbüslere dava hakkı tanıyarak farklı bir sonuca oluşması beklenirdi<sup>317</sup>.

<sup>313</sup> Hannover Shoe v. United Shoe Machine Corp., 392 US 481 (1968).

<sup>314</sup> ibid 490.

<sup>315</sup> ibid 494.

<sup>316</sup> ibid 489, 490-491.

<sup>317</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 187.

Hannover Shoe kararında<sup>318</sup>, tüketiciye tanınacak dava hakkının genel anlamda ara şirketlerin faaliyetleri ile ilgili olduğu görüşünden hareket edilmiş, her ikisinin de birlikte dava hakkının tanınmasının, sonuçta aynı hukuki sebep ve zarar için, rekabeti kısıtlayıcı mükerrer ödemede bulunmak zorunda bırakacağı ve bunun da kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Aracı şirket varsayımında, tüketicilerin ödedikleri miktarın, rekabetin kısıtlanmasından doğan zararı da kapsadığı kabul edilmektedir<sup>319</sup>. Aracı teşebbüsün kendi satış fiyatını, mala ödediği fiyatın üzerinde belirli bir kâr oranı ilave ederek hesapladığı durumlarda mantıken fiyat artışından doğan zararın tüketicilere yansıtılmış olduğu sonucu çıkar. Tüketicilere davacı sıfatının tanınması için bunların uğradıkları zarara ilişkin somut belirtiler yeterlidir. Bu varsayımında, zarar miktarının hesaplanmasında güçlük ile karşılaşılacak olması, tüketicinin dava hakkını ortan kaldırmaz yeter ki, yansıtılan zarar miktarı hesaplanabilir olsun. Nitekim, Hannover Shoe kararından sonraki bir kararda<sup>320</sup>, fiyat artışının tüketiciye ne oranda yansımış olduğu, aracı firmanın işçilik ve diğer giderleri de dikkate alınarak hesaplanmıştır. Olayda, aracı teşebbüs olan benzin istasyonunun işletme giderleri de gözönüne alınmış ve tüketicinin zararının hesaplanabilir olması kendisine dava hakkı tanınması için yeterli görülmüştür.

Illinois Brick davası<sup>321</sup>, Hannover Shoe kararından<sup>322</sup> sonra, tüketicilere davacı sıfatının tanınması sorunun ele alındığı ikinci önemli olaydır. Ara teşebbüs, rekabetin kısıtlanmış olduğu bir piyasadan inşaat malzemesi satın almış ve bundan hazır beton duvarlar imal ederek tüketicilere satmıştır. Hannover Shoe davası, ara şirketin davacı sıfatına ilişkin olmasına karşılık, bu davada tüketicilerin zararın kendilerine yansıtıldığı iddiası ile giderim talebinde bulunmuşlardır. Her iki davada olayların oldukça benzer olmasına karşılık, zarar gördükleri iddiasındaki kişiler farklı gruplardandırlar. Illinois Brick davası, nihai kullanıcı olan, inşaat sahibinin davacı sıfatına ilişkindir. Her iki davada temel sorun, zararın tüketicilere geçirilip geçirilmediğinin belirlenmesidir. Yüksek Mahkeme, iki dava arasında paralellik kurmuş ve ilk davada zararın tüketicilere geçirildiği iddiasının reddedilmiş olduğunu ve benzer bir olayda, bu kez tüketicilerin, iddiasını aynı görüşe sadık kalarak açıklamıştır. Bu olayda rekabetin kısıtlanması sonucunda artan fiyatın, tüketiciye yansıtılmış olduğuna dair kesin bulgular yoktur ve bu sebepten tüketicinin fiyat artışının kendisine yansıtılmış olduğu iddiası dinlenmemiştir<sup>323</sup>. Böylece Yüksek Mahkeme tüketicinin dava hakkını, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler ile tüketiciler arasında

<sup>318</sup> Hannover Shoe v. United Shoe Machine Corp., 392 US 481 (1968).

<sup>319</sup> Freedman v. Philadelphia Terminals Auction, 371 US 829 (1962).

<sup>320</sup> Alaska v. Standard Oil Co. of California, 415 US 919 (1974).

<sup>321</sup> Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

<sup>322</sup> Hannover Shoe v. United Shoe Machine Corp., 392 US 481 (1968).

<sup>323</sup> Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 731, 97 S.Ct. 2065 (1977).

ara teşebbüs bulunması şartına bağlamıştır. Ancak bu durumda, tüketiciler giderim talebinde bulunabileceklerdir, çünkü aracı teşebbüslerin zararı tüketicilere yansıttığının tesbiti daha basittir ve mükerrer tazminat ödenmesine yol açmaz<sup>324</sup>. Ancak Yüksek Mahkemenin tüketicilere dava hakkının tanındığı durumlar için getirdiği bu sınırlamanın, toplumda yerleşik olan rekabetin kısıtlanması ile ortaya çıkan fiyat artışlarının tüketiciler tarafından yüklendiği görüşü ile çelişmekte olduğunu belirtmekte de yarar vardır. Toplumdaki yerleşik kanı, dağıtım zinciri içinde ara ve aracı teşebbüs ayırımı yapmamakta ve bu da ticari hayatta sıkça rastlanan "hammadde fiyatlarındaki artış nedeni ile fiyatlarımızı arttırdık" şeklindeki sözler ile ifade edilmektedir. Hatırlanacak olursa, paralel bilinç ve uyumlu eylem konusundaki tartışmalarda, makul bir sebep olmadan fiyat artırma kavramına yer verilmiştir ve makul bir sebebe örnek olarak da endüstri girdilerindeki artışlar gösterilmiştir. Mahkeme kararlarında ise, toplumdaki genel kanıdan farklı olarak tüketicilerin sadece aracı teşebbüslerin yer aldığı bir dağıtım zincirinde zarardan etkilendikleri kabul edilmiştir. Ele alınması gereken sorun, rekabetin kısıtlanması sonucu ortaya çıkan zararın, mahkemelerin kabul ettiği gibi sadece aracı teşebbüslerin varlığı halinde mi tüketicilere yansıtıldığı yoksa toplumda yerleşmiş olan, tüketicilerin her halükârda zarar gören tek grup olduğu görüşünün mü gerçek hayat tecrübeleri ile uyum halinde olduğudur.

## **ii. Hukuka Aykırı Şekilde Artırılmış Fiyatın Tüketicilere Yansması Sorunu**

Rekabeti kısıtlayanlar ile tüketiciler arasında, ara teşebbüslerin yer alması halinde Amerikan Yüksek Mahkemesi, rekabetin kısıtlanması sonucu ortaya çıkan zararın tüketicilere yansıtıldığı iddialarını usul ekonomisi ve Rekabet Hukukunun amaçlarını da dikkate alarak, sınırlı şekilde kabul etmektedir. Ancak Yüksek Mahkemenin Hannover Shoe<sup>325</sup> ve Illinois Brick<sup>326</sup> kararları hayat gerçeklerini tamamen yansıtmamakla beraber Rekabet Hukuku bakımından en uygun çözümü oluşturur. Biz de, rekabetin kısıtlanması ile ortaya çıkan zararın, genel anlamda ara şirket ve tüketiciler arasında bölüşülmesini geliştireceğimiz basitleştirilmiş model yardımı ile açıklamaya çalışacağız.

Basitleştirilmiş modelimizde üç seviyeli bir sistem öngörülmüş ve malın perakende satış piyasasının tam rekabet piyasa özellikleri gösterdiği ve uzun dönemde perakende satış giderlerinin sabit olduğu varsayılmıştır.

<sup>324</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 188; NEALE- GOYDER, 427.

<sup>325</sup> Hannover Shoe v. United Shoe Machine Corp., 392 US 481 (1968).

<sup>326</sup> Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

Üreticilerin anlaşarak fiyatı yükseltmeleri, mala olan talebi azaltacak ve kısa dönemde, perakende mal piyasasında hizmet kapasitesi fazlalığı, bu piyasada dengenin bozulmasına yol açacaktır. Perakende mal piyasasındaki kapasite, tekrar talep miktarı ile eşit oluncaya kadar üreticinin fiyatı yükseltmiş olması ara teşebbüsler arasındaki rekabeti engellemez ve bütün fiyat artışının tüketiciye yansıtılması söz konusu olmaz. Denge durumuna ulaşma, kapasitenin talebe eşit hale gelmesi ile gerçekleşir ve bu da, perakende mal satıcılarından bazılarının zarar ederek piyasadan çekilmiş olmasına bağlıdır. Talepdeki azalmaya orantılı miktarda, kapasitenin azaltılması, piyasadaki faaliyetlerine devam eden teşebbüslerin tekrar eski optimum satış miktarına ulaşmalarını temin edecektir.

Rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı kısa dönem zararının tüketicilere etkisi azdır. Denge durumuna ulaşıncaya kadar, rekabetin kısıtlanmasından doğan zarar tüketiciler ve genel anlamda ara teşebbüs tarafından birlikte paylaşılır, ancak bu paylaşmanın ne oranda olacağını önceden belirlemek mümkün değildir. Genel anlamda ara teşebbüsün, ara teşebbüs ya da aracı teşebbüs olması farksızdır. Ancak, kısa dönemde zararın büyük bir bölümünü rekabetin kısıtlanmasına ayak uyduramayıp, piyasa dışına itilen perakendeci teşebbüsler yüklenir. Diğer perakendeci teşebbüslerin zararı ise talepteki azalma sebebi ile kârdan yoksun kalmaz. Tüketicilerin kısa dönem zararı fazla ödemek zorunda kaldıkları miktardır<sup>327</sup>. Ancak fiyat artışının tüketicilere yansıtılmış olması da ihtimal dahilindedir.

Modelimizi geliştirirken, başlangıçta kabul ettiğimiz varsayımlara dönecek olursak, şu sonuçlar ortaya çıkar. Perakende piyasası tam rekabet piyasası özellikleri göstermemekte ise, ara teşebbüslerin işbirliği yoluna başvurmaları ve fiyat artışından doğan zararları tümüyle tüketicilere yansıtılmaları en rasyonel davranıştır. Uzun dönemde, perakende satış giderlerinin sabit olmaması da, fiyat artışından doğan zararların tümüyle tüketiciye yansıtılmasını engeller.

Yüksek Mahkeme de, tüketicilerin zararlarının tesbitinin zor olduğunu kabul etmekte, ancak bu zorluğun kaynağını belirlemede hataya düşmektedir<sup>328</sup>. Yüksek Mahkemeye göre, rekabetin kısıtlandığı piyasadaki mal ile tüketiciye arz edilen mal arasında belirli bir farklılık varsa, tüketicinin zararını belirlemek zordur<sup>329</sup>. Bizce, zorluğun kaynağı, malın değişik şekillerde olması değil, malın

<sup>327</sup> Fiyatın yükselmesi sebebi ile yüksek fiyattan arz edilen malı alamayan ya da satın almayı reddeden tüketiciler de zarar görenler arasındadır. Ancak, bu kişilerin belirlenmesi ve zarar miktarının tesbiti mümkün değildir. Bu sebepten, bu grup tüketicilere dava hakkının tanınması söz konusu değildir.

<sup>328</sup> Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

<sup>329</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 186-187; ELZINGA- BREIT, 71.

rekabetin kısıtlandığı piyasadan tüketiciye ulaşımaya kadar değiştirdiği piyasalarda rekabetin var olup olmadığının tesbitinde karşılaşılan zorluklardır. Rekabet koşullarından uzaklaşılırdıkca, zararın bir alt seviyeye tümüyle yansıtılması ihtimali azalır. Bu sebepten, ara seviyelerdeki piyasa koşullarının da belirlenmesi gerekir. Yoksa, malın şekil değiştirmesi ikinci dereceden önemlidir. Örneğin, rekabetin kısıtlanması sonucunda otomobil lastiklerinin fiyatı 10.000 lira artsa ve otomobil üreticisi firmada satış fiyatını 50.000 lira artırmış olsa, malın şekil değiştirmesine rağmen zararın tüketiciye geçirildiği açıktır.

### iii. Hannover Shoe ve Illinois Brick Kararlarından Sonraki Gelişmeler

Tüketicilere dava hakkı tanınmasında, Hannover Shoe ve Illinois Brick önemli kararlardır. Yüksek Mahkeme, tüketicilere tanınacak dava hakkı ile genel anlamda ara teşebbüslerin varlığı arasında bir korelasyon kurmuş ve tüketicilerin davacı sıfatını kazanmalarını, aracı teşebbüslerin fiyatı, satım fiyatının üzerine belirli bir kâr ilave ederek hesaplandığı durumlara hasır edilmiştir. Kanımızca, Yüksek Mahkemenin bu çözümü, gerçek hayata tecrübeleri ile desteklenmekten uzaktır. Tüketicilere davacı sıfatının tanınmasında, rekabetin kısıtlandığı piyasa ile tüketicilerin arasındaki dağıtım zincirinde yer alan teşebbüslerin ilgili piyasalarında rekabetin kısıtlanması sonucu artan fiyatın, diğer seviyedeki piyasalarda da artış göstermesi gibi bulgulara göre yapılacak bir belirleme daha uygundur. Ancak bunun da davanın esasına ilişkin olduğu inkâr edilemez.. Bu bakımından, Yüksek Mahkeme'nin Blue Shield of Virginia v. McCready kararı<sup>330</sup> bir dönüm noktası teşkil eder. Yüksek Mahkeme, daha önceki kararlardaki<sup>331</sup> görüşünü belirli ölçüde değiştirmiş ve tüketiciye dava hakkının tanınması için, Rekabet Hukuku kurallarına aykırı davranıştan zarar gördüklerine ilişkin belirtileri yeterli bulmuştur.

McCready olayında, özel sağlık sigorta şirketi olan Blue Shield of Virginia, psikologlar tarafından yapılan tedavinin<sup>332</sup> ücretini ödemeyi reddetmiş ve hastaların psikologları yaptıkları ödemelerin sigorta kapsamı dışında kaldığını ileri sürmüştür. Sigorta şirketi sadece doktorların, psikiyatrların ve bir doktorun tavsiyesi ile yapılan psikologların tedavi ücretini ödeyeceğini bildirmesi üzerine McCready, özel sigorta şirketi ile psikiyatrların anlaşarak psikologların rekabet etme gücünü ortadan kaldırdığını ve bundan kendisinin de tüketici olarak

<sup>330</sup> Blue Shield of Virginia v. McCready, 1982, POSNER- EASTERBROOK, Supplement, 57.

<sup>331</sup> Hannover Shoe v.United Shoe Machine Corp., 392 US 481 (1968); Illinois Brick Co. v.. Illinois, 431 US 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

<sup>332</sup> Amerikan Tababet Hukukuna göre de psikologların ruhi hastalıkları tedavi etmek yetkisi de vardır.



ödenmeyen tedavi ücreti miktarında zarar gördüğünü iddia etmiştir<sup>333</sup>. Blue Shield şirketi ise, psikologların boykot edilmesi sonucu, psikiyatlara talep arttığı için onların tedavi ücretinin arttığını ve psikologların tedavi ücretinin düştüğünü ve zarar görenlerin psikologlar olduğunu ileri sürmüştür. McCready'yi tedavi eden kişinin psikolog olması sebebi ile McCready'nin ödemesi gerekenden daha fazla ödemediğini ve rekabetin kısıtlanmasından doğan zararın tüketiciye yansımadağını iddia etmiştir<sup>334</sup>. Yüksek Mahkeme, McCready'nin zararının geri ödenmeyen tedavi ücreti olduğunu ve davacının çıkarlarının da Rekabet Hukuku normlarının korumayı hedeflediği menfaatlar içinde yer aldığını<sup>335</sup> bildirirken, iki önemli konuyu aydınlığa kavuşturmuştur.

Bunlardan ilki, rekabetin kısıtlanmış olması ile beraber, bunun sonucu olarak tüketicinin zarar görmüş olduğunun tespiti ya da bu yöndeki belirtiler, tüketiciye dava hakkının tanınması için yeterlidir. İkinci önemli husus ise, tüketicinin zararı ile genel anlamdaki ara teşebbüsün zararı arasında bağlantının kurulmasına gerek olmadığıdır. Davacının zarar miktarı ile giderim talebinin sonuçlandırılması, esasa ilişkin verilecek hüküm ile belli olacaktır.

Blue Shield kararında sonra tüketicinin davacı sıfatını kazanabilmesi için kanıtlanması gereken şeyler, rekabetin kısıtlanmış olması ve belirlenebilir bir zararın<sup>336</sup> varlığından ibarettir. Böylece, Hannover Shoe kararındaki, tüketicilerin dava hakkına getirilen ara teşebbüslerin varlığı ve zararın yansıtılması ile ilgili sınırlamalar terk edilmiştir.

### cc. Rakip Teşebbüsler

Rekabetin doğrudan kısıtlanmasının doğrudan etkisi o piyasada faaliyet gösteren rakip teşebbüsler üzerinde görülür<sup>337</sup>. Belirli bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin tümünün rekabeti kısıtlayıcı eyleme katılmaları söz konusu olabileceği gibi, bunlardan sadece bazılarının rekabeti kısıtlayıcı faaliyet içinde yer almaları mümkündür ve bu durumda hukuka aykırı faaliyetler dışında kalmış olan teşebbüslerin, birlikte hareket edenler ile rekabet etme olanakları zayıflar<sup>338</sup>. Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin ortaya çıkan zararlarının giderilmesi için dava hakkının var olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Rekabetin kısıtlanması, diğer teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmelerini zorlaştırarak piyasa etkinliklerinin azalmasına yol açar. Rakip

<sup>333</sup> Blue Shield of Virginia v. McCready, 1982, POSNER- EASTERBROOK, Supplement, 57.

<sup>334</sup> ibid 57-58.

<sup>335</sup> ibid 58.

<sup>336</sup> Bigelow v. RKO. Radio Pictures, 327 US 251 (1946); NEALE-GOYDER, 425.

<sup>337</sup> Note: Recovery of Treble Damages Under the Anti-Trust Act, 506.

<sup>338</sup> POSNER, Antitrust Law, 207;

teşebbüslerin, piyasa paylarının azalması nedeni ile uğradıkları çeşitli nitelikteki zararlarının giderilmesi kendilerine dava hakkının tanınmasına bağlıdır.

Rakip teşebbüslerin dava hakkının tesbitinde doğrudan zarar<sup>339</sup> ya da hedeflenen amaç kriterlerinin<sup>340</sup> uygulanması farksızdır<sup>341</sup>. Her iki kriter gere de, rakip teşebbüslerin zararlarının giderimi Rekabet Hukukunun kapsamına girer.

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin dava hakkının varlığında hiçbir tereddüt yoksa da, rekabeti kısıtlayanlar ile zarar görenin dolaylı rakip olması durumunda zarar gören teşebbüslere dava hakkının tanınması daha karmaşık bir sorundur. Zarar gören teşebbüsler ile rekabetin kısıtlayanlar arasında dolaylı rekabet iki durumda ortaya çıkabilir:

i) Rekabeti kısıtlayan ile zarar gören teşebbüslerin faaliyet konuları aynı olmakla beraber, faaliyet gösterdikleri ilgili piyasalar farklıdır. Örneğin, transistör üreten iki firma farklı dağıtım kanallarını kullanmaları sebebi ile değişik piyasalara mal sunmaktadırlar<sup>342</sup>. Biri tüketicilere mal satarken, diğeri ara şirketlere mal satmaktadır. Bu iki üretici firma ürünleri arasında doğrudan rekabet olmamakla beraber, piyasalara arz ettikleri mallar arasında yakın bir benzerlik vardır.

ii) Dolaylı rakip olmaya ilişkin ikinci durumda ise, firmalar aynı seviyede faaliyette bulunmamakta, ancak mal sattıkları ya da mal satın aldıkları firmalar arasında doğrudan rekabet vardır. Örneğin, (A) ve (B) firmalarının, (AA) ve (BB) aracı firmaları (A), ya da (B)'nin rekabeti kısıtlayıcı faaliyeti sonucu zarar gören firmanın müşterileri ya da bu firmaya mal satanların, daha yüksek bir bedel ödemek ya da satış miktarının azalması şeklinde bir zarar ortaya çıkabilir.

Benzer mallarını, farklı seviyedeki alıcı gruplarına arz eden iki teşebbüs, farklı piyasalarda faaliyet gösterdikleri için dolaylı rakip olarak nitelendirilebilirler. Örneğin, Bosch firması ile Kaufhof firmaları buzdolabı satmakta, ancak birincisi buzdolabını aracı firmalar yolu ile tüketicilere satmakta iken, ikincisi malını tüketicilere kendi satış mağazalarında doğrudan arz etmektedir. İki teşebbüs arasında şirket organizasyonundaki farklılıklar nedeni ile değişik görevleri yerine getirmek durumu vardır. İlkinde, malın satışında üretici teşebbüs ve aracı teşebbüs gibi iki farklı teşebbüs diğ erinde ise tek bir ekonomik birlik

<sup>339</sup> Bakınız sayfa 303.

<sup>340</sup> Bakınız sayfa 305.

<sup>341</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 205.

<sup>342</sup> White Motor Co. v. United States, 372 US 253 (1963).

içindeki iki değişik ekonomik birim faaliyeti vardır<sup>343</sup>. Üretim ve toptan satış ya da perakende satış, nakliye, dağıtım faaliyetlerini bağımsızca gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili oldukları piyasada rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin ortaya çıkardığı zararlar için, farklı fonksiyonel üniteleri bir ekonomik birim altında toplayan teşebbüsün dava hakkının varlığı kabul edilmektedir<sup>344</sup>. Ancak, bunun tersinin gerçekleşmesi halinde dava hakkının kime tanınacak olduğunun tesbiti daha zordur. Birden fazla değişik faaliyeti yürütecek fonksiyonel entegrasyonu gerçekleştirmiş olan teşebbüsün değişik piyasalarda farklı rakipleri vardır.

Fonksiyonel entegrasyonu gerçekleştirmiş olan teşebbüs, faaliyet gösterdiği herhangi bir piyasada rekabeti kısıtlamış olabilir ve bunun olumsuz etkisi sadece o piyasada değil, diğerlerinde de ortaya çıkar<sup>345</sup>. Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin zararlarının giderimi için dava açabilecekleri ilkesinin bu durumda da geçerli olduğunun kabul edilmesi, her iki şirketin de, yani üretici ve aracı teşebbüslerin de, bağımsız dava yetkisinin varlığını kabul etmek gerekecektir. Ancak bu çözüm şeklinin de, çeşitli bakımlardan eleştiriye açık olduğunu kabul etmek gerekir.

Kendilerine dava hakkı tanınan rakip teşebbüslerden birinin zararı doğrudan, diğerinin ise dolaylı zarar niteliğindedir. Örneğin, rekabetin toptan satış piyasasında kısıtlanması halinde, aracı toptancı teşebbüsün zararı doğrudan zarardır. Zarar gören aracı teşebbüse mal satmakta olan üretici teşebbüs, her ne kadar entegre teşebbüsün rakibi durumda ise de, rekabetin kısıtlayan teşebbüsün mükerrer tazminat ödemek zorunda kalması ihtimali de mevcuttur. Bu, tüketicilere ve genel anlamda ara teşebbüslere, dava hakkı tanınması konusuna benzemekte<sup>346</sup> ise de, zararın geçirilmesi konusunda ileri sürülen görüşler, bu durumda uygulanamaz. Tüketiciler ve genel anlamda ara teşebbüslere dava hakkının tanınmasında, zararın doğrudan ya da dolaylı olduğu tartışması yoktur.

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin, zararlarının giderimi için dava açabileceği ilkesini bu durumlarda uygulamayı reddeden Amerikan Yüksek Mahkemesi, sorunu normun korumayı hedeflediği amaç kriteri çerçevesinde çözmüştür<sup>347</sup>. Federal Mahkemenin emsal karar olarak kabul edilen kararlarından, Karseal davasında<sup>348</sup>, davacı şirket otomobil cilası üreten toptancılara satmaktadır. Benzin üreticisi olan davalı Richfield Oil şirketi de,

<sup>343</sup> United States v. Arnold, Schwinn and Co., 388 US 365 (1967).

<sup>344</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 207.

<sup>345</sup> KAHN, A Legal and Economic Appraisal of the New Sherman and Clayton Acts, 63 YLJ 296 (1954).

<sup>346</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 213.

<sup>347</sup> HANDLER, 27.

<sup>348</sup> Karseal Corp. v. Richfield Oil Corp., 221 F 2d 358 (1955).

otomobil cilası toptancı piyasasında faaliyet göstermekte, kendi ürettiği benzini satan benzin istasyonlarına otomobil cilası satmaktadır. Davacı, davalının benzin istasyonlarına baskı yaparak Karseal marka cila satımına engel olduğunu iddia etmiştir. Federal Mahkeme, davacının toptancı piyasasında faaliyet göstermediği için, Rekabet Hukuku kurallarınca menfaati korunan kişiler arasında yer almadığını bildirerek, dava hakkının olmadığına karar vermiştir.

Southern Concrete davasında da<sup>349</sup>, aracı teşebbüs rakip aracı teşebbüslerin mal satın aldığı üretici firmanın rekabeti kısıtladığı gerekçesi ile açtığı dava, dava hakkının yokluğu nedeni ile usulden reddedilirken, Southern Concrete şirketinin, korunması amaçlanan menfaat sahipleri arasında yer almadığı gerekçesi ileri sürülmüştür. Bu iki karardan çıkan sonuca göre korunan menfaat sahibi kişiler sadece doğrudan rakiplerdir. Mal tedarik edenler gibi doğrudan ve dolaylı rakiplerin alıcısı durumunda olanların dava hakkı yoktur. Dava hakkının varlığı için, teşebbüslerin aynı piyasada faaliyet göstermekte olmaları gerekir<sup>350</sup>.

Ancak dolaylı rakip olarak nitelendirilen teşebbüslere dava hakkının tanınmasına yapılan eleştiriler ve Yüksek Mahkemenin korunması hedeflenen menfaat kriterini esas alan uygulaması, hukuki güvenilirliği gerçekleştirmek açısından yararlı<sup>351</sup> ise de, olayların özelliklerine göre bazı istisnai durumların tanınması da gereklidir.

Herşeyden önce çözümlenmesi gereken ilk sorun, aracı şirket ile üretici şirketin her birine davacı sıfatının tanınmasının, mükerrer tazminata yol açacağı iddiasındaki gerçek payının tesbiti ile ilgilidir. Diğer yandan, aynı hukuka aykırı fiil ile, her bir gruba dahil kişilerin ayrı ayrı zarar görmeleri mümkündür. Aracı firma bakımından zarar, talebin düşmesi nedeni ile yoksun kalınan kârdır. Üretici firmanın zararı da satış miktarının ve üretimin düşmesinden doğmakta ise de, aracı firmanın zararından farklıdır. Üretici teşebbüsün zararı mevcut kapasiteyi kullanamamadan doğan zarar ve yoksun kalınan kâr gibi farklı kalemlerden oluşur<sup>352</sup>. Bu sebepten, kanımızca mükerrer tazminata yol açmak iddiaları inandırıcı olmaktan uzaktır.

Ancak farklı seviyelerde yer alan ve aynı hukuka aykırı eylem ile zarar gören kişilere dava hakkının tanınması görüşünün, bir sınırının da olduğunu kabul edilmesi gerekir. Bir üst seviyedeki teşebbüsün zararının ortaya çıkışında, rekabetin kısıtlandığı piyasada faaliyet gösteren ve bundan zarar gören

<sup>349</sup> Southern Concrete Co. v. United States Corp., 429 US 358 (1977).

<sup>350</sup> Karseal Corp. v. Richfield Oil Corp., 221 F 2d 364 (1955).

<sup>351</sup> HANDLER, 26.

<sup>352</sup> Bakınız sayfa 376 vd.

teşebbüsün izleyeceği davranış biçimi etkilidir. Örneğin, çeşitli fonksiyon birimlerini kendi bünyesi içinde toplamış olan bir teşebbüsün, rakip teşebbüslerden bazıları ile anlaşarak rekabeti kısıtlaması ve piyasaya maliyetin altında fiyatla mal arz etmesi durumunda, doğrudan zarar görenler, anlaşma dışında kalmış olan aracı teşebbüslerdir. Böyle bir durumda aracı teşebbüslerin önlerinde izleyebilecekleri iki yol vardır: ya fiyatı düşüren teşebbüslerle rekabete devam edebilmek için kendi fiyatlarını düşürmek ya da eski fiyattan mal satmağa çalışmak ve muhtemelen hiç satış yapamamaktır. Her iki halde de, aracı teşebbüslerin zarar görmeleri kaçınılmazdır. Buna karşılık, üretici firmanın zararı, sadece ikinci yolun izlenmesinde, yani aracı teşebbüslerin fiyat düşürmeleri ve dolayısı ile, satış miktarının azalması durumunda ortaya çıkar. Bundan çıkan sonuç, rekabetin kısıtlanması üzerine üretici teşebbüslerin zarar görmelerinin, aracı teşebbüslerin takip edecekleri yola bağlı olduğudur.

Gözönüne alınması gereken diğer bir husus da, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin amacı ile ilgilidir. Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin, bu hukuka aykırı anlaşma ile neyi amaçladıklarının araştırılması ve rekabetin kısıtlanmasının, gerçekte kime karşı yapılmakta olduğu belirlenmesi gerekir. Acaba, amaç aracı teşebbüsün mü, yoksa üretici firmanın mı piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasına yöneliktir? Biz, her olayın özellikleri gözönüne alınmasını ve dava hakkının doğrudan rakip olmak ile sınırlandırılmaması gerektiğinin yerinde olacağını savunmaktayız.

Entegrasyonu gerçekleştirmiş olan teşebbüslerin rekabeti belirli bir piyasada kısıtlarken nasıl bir sonucun amaçlandığının tesbit edilmesi gerekir. Aksi takdirde gerçekten zarar gören ya da zarar görmesi muhtemel olan kişiye yeterli korunma temin edilmemiş olur. Rekabeti kısıtlayan teşebbüsün esas faaliyet konusunun belirlenmesi, zarar görmesi muhtemel kişilerin tesbiti için şarttır. Ayrıca, rekabetin malın dağıtım zincirinin alt kademelerinde kısıtlanması o mala ilişkin farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet olanaklarını hangi ölçüde etkilediği de belirlenmelidir. Eğer, rekabetin farklı seviyede kısıtlanmasına rağmen, teşebbüsler faaliyetlerini rekabet hiç kısıtlanmamış gibi sürdürebiliyorlarsa, bunlardan hukuki himayenin esirgenmesi düşünülebilir. Buna karşılık, rekabetin kısıtlanması sonucu üst seviyede faaliyet gösterenler piyasadan çekilmek ya da faaliyetlerine devam edebilmek için ek bir gayret göstermek zorunda kalıyorlarsa üst seviyedeki teşebbüslerin de Rekabet Hukuku davalarından yararlandırılması fayda vardır. Bunu örnekle açıklarsak, bilgisayar piyasasında rekabetin kısıtlanmasına neden olması durumunda, diğer bilgisayar üreticileri ile beraber, ürettikleri yarı iletkenleri sadece bilgisayar üreticilerine satabilen, yarı iletken üreticilerinin rekabet olanaklarının kısıtlandığından söz edilebilir. Buna karşılık, yarı iletkenlerini başka piyasalarda da satabilen üreticilerin, rekabetin kısıtlanmasından etkilendiklerini kabul etmek zordur. İlk

varsayımda, bilgisayar piyasasında rekabetin kısıtlanması, rakip bilgisayar üreticilerinin olduğu kadar sadece bilgisayarda kullanılan mallar üreten teşebbüslerin de rekabet etmek güçlerini ortadan kaldırmağa yöneliktir. Ancak mallarını başka piyasalarda satabilecek olan teşebbüsler bakımından aynı tehlike söz konusu değildir.

Kanımızca, normun korumayı hedeflediği menfaat sahibi kriteri, dava hakkı tanınacak rakip teşebbüsleri belirlemede yeterli değildir<sup>353</sup>. Bu kriterin, rekabeti kısıtlayan teşebbüselerin elde etmeği hedeflendikleri amaçlar da gözönüne alınarak tamamlanmasında yarar vardır. Bazı Yüksek Mahkeme kararlarında da, hedeflenen amaç kriterine, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin amaçlarını da dikkate alarak daha geniş bir kapsam verilmeğe çalışıldığı gözlenmiştir<sup>354</sup>.

#### **dd. Lisans Verenin Davacı Sifatını Kazanması**

Lisans bedelinin, lisans verenin cirosunun ya da kârının belirli bir kısmı olarak belirlendiği durumlarda, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden davranışlardan lisans alanın zarar görmesi, lisans verenin elde edeceği lisans bedelini de etkiler. Aynı şekilde kiralayanın, kira bedeli olarak işletmenin ciro ya da net kârının belirli bir kısmını alması durumunda da rekabetin kısıtlanmasından zarar görmesi mümkündür. Rekabetin kısıtlanması sonucu, kiracının uğradığı zarar kiralayanın elde edeceği kira bedelinin azalmasına yol açar. Bu durumlarda, lisans veren ya da kiralayan, rekabetin kısıtlanmış olmasından zarar gördüğü iddiası ile Rekabet Hukuku kurallarından yararlanabilir mi?<sup>355</sup>

Lisans verenin ya da kiralayanın giderim talep edebilme yetkisinin varlığı, zararın hukuka aykırı fiilin doğrudan sonucu olması ya da zarar görenin menfaatinin, Rekabet Hukuku kuralı ile korunması öngörülen menfaat içinde bulunması şartlarına bağlıdır.

Kanımızca, rekabetin kısıtlanmasından zarar görmesi muhtemel bu iki gruba Amerikan ve Avrupa Topluluğu hukuk düzenleri içinde dava hakkının tanınması mümkün görülmektedir. Pay sahiplerine dava hakkının tanınması konusunda getirilen bütün eleştiriler lisans veren ya da kiralayan bakımından da geçerlidir. Lisans veren ya da kiralayanın çıkarlarının korunması Rekabet Hukukunun amaçları dışındadır. Her ne kadar rekabetin kısıtlanması, ciro ya da

<sup>353</sup> POSNER- EASTERBROOK, 568-570.

<sup>354</sup> Mulvey v. Samuel Products, 402 US 923 (1971); Hoopes v. Union Oil, 354 F 2d 480 (1967). Benzin istasyonu kiracısının, petrol ürünleri toptan satış piyasasındaki rekabeti kısıtlayan teşebbüsleri, uğradığı zarar için dava edebileceği kabul edilmiştir.

<sup>355</sup> HANDLER, 25.

net kârdan pay alan lisans verenin ve kiralayanın çıkarlarına aykırı ise de, bu kişilerin menfaatlerinin korunması, Rekabet Hukukunun amaçları dışında kalır<sup>356</sup>.

## ARA SONUÇ

Rekabetin yatay kısıtlanmasına yol açan kişilerin belirlenmesinde, yani davalı tarafın tesbitinde en önemli sorun birden fazla teşebbüsün bulunması şartı açısından ortaya çıkar. Her ne kadar, rekabetin yatay kısıtlanması bakımından önemli olan, birden fazla teşebbüsün varlığı şartı, konumuz dışında kalan ve Shearman Kanununun 2. maddesi ile Roma Andlaşmasının 86. maddesinde düzenlenen tekelleşme ve piyasaya egemen olma eylemleri bakımından aranmakta ise de, rekabetin yatay kısıtlanmasına neden olan teşebbüslerin belirlenmesinde ortaya çıkan aynı ekonomik birlik ve yönetim altındaki farklı tüzel kişilerin Rekabet Hukuku açısından ortaya çıkardığı sorunlar, tekelleşme ve piyasaya egemen olma faaliyetleri ile de yakından ilgilidir<sup>357</sup>. Farklı tüzel kişiliğe sahip olmakla beraber, aynı ekonomik birliğe dahil teşebbüslerin Rekabet Hukuku bakımından tek teşebbüs olarak kabulü durumunda, bunların birbirleri ile rekabet etmeleri beklenmeyecek ve bunlar arasındaki anlaşmalar rekabeti ortadan kaldırıyor olsalar bile, rekabetin yatay kısıtlanmasını yasaklayan Shearman Kanununun 1. maddesi ile Roma Andlaşmasının 85. maddesinin kapsamı dışında kalacaklardır<sup>358</sup>. Ancak bu da, teşebbüslerin piyasa payları ile birlikte değerlendirilmesine ve bu anlaşmaların, tekelleşme faaliyetleri olarak nitelendirilmelerine yol açacaktır. Bu sebepten, hangi teşebbüslerin aynı ekonomik birlik içinde kabul edileceği, Rekabet Hukukunun bütününe ilgilendiren bir konudur.

Farklı tüzel kişiliğe sahip olmakla beraber ortak yönetim ve kontrolün ortaya çıkardığı sorunların değerlendirilmesinde, kontrol ve aidiyet ikilemini esas alan değişik kriterler geliştirilmiştir<sup>359</sup>. Ancak doktrin<sup>360</sup> ve mahkeme kararları<sup>361</sup> incelendiğinde, bu konuda genelgeçer bir görüşün bulunmadığı ve bugüne kadar yapılanın, sadece bu sorunun varlığının tesbitinden ve tekrarından

<sup>356</sup> NEALE-GOYDER, 425.

<sup>357</sup> Note: Intra-Enterprise Conspiracy Under the Shearman Act, 375; Note: Definition of the Market in Tying Agreements: Another Aspect of Times-Picayune, 63 YLJ 397 (1954).

<sup>358</sup> ADAMS, The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? 63 YLJ 366 (1954).

<sup>359</sup> HINDLEY, 187.

<sup>360</sup> AREEDA, Intra Enterprise Conspiracy in Decline, 97 HLR 451 (1983); HUTCHINSON, Antitrust 1984: Five Decisions in Search of a Theory, The Supreme Court Review 84 (1984); BARACK, 97; DERINGER, 10.

<sup>361</sup> United States v. Yellow Cab Co., 332 US 218 (1947); Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 104 S.Ct. 2731 (1984).

ibaret olduğu görülür. Kanımızca, grup-içi işbirliği olarak adlandırılan bu sorunun çözümü, teşebbüsler arasındaki yönetsel hiyerarşinin araştırılmasına ve yönetim/karar mekanizmasının işleyişinin incelenmesine bağlıdır.

Rekabet Hukuku davalarından yararlanabilecek kişilerin belirlenmesi ya da başka bir ifade ile Rekabet Hukuku davalarında, kimlerin davacı sıfatını kazanacağı, Rekabet Hukukunun kişi bakımından uygulanmasının diğer bir yönüdür. Devlete tanınan davacı olma yetkisinin yanı sıra, rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlerin de Rekabet Hukuku davalarından yararlanabileceği kabul edilmektedir. Davacı sıfatını kazanacak kişilerin belirlenmesinde ileri sürülen ilk görüş, davacı ile davalı arasında bir ilişkinin bulunmasıdır<sup>362</sup>. Ancak bu kriterin yetersiz kalması, bunun Rekabet Hukuku normlarının korumayı hedeflediği amaç kriteri ile tamamlanmasına yol açmıştır.

Kural olarak, rekabetin kısıtlanması sonucu doğrudan zarar gören rakip teşebbüslerin Rekabet Hukuku davalarından yararlanmaları kabul edilirken, doğrudan zarar gören teşebbüslerin alacaklılarına, paydaşlarına ve lisans verenine dava hakkı tanınmaktadır.

Davacı sıfatına ilişkin en önemli sorun ise, tüketicilerin ve ara teşebbüslerin dava hakkı bakımındandır. Uzun dönemde, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören tüketicilere dava hakkı tanımayan bir Rekabet Hukuku düşünülemez. Kısa dönemde, zararın bir kısmının genel anlamda ara şirketler üzerinde kalmış olması ihtimaline karşılık, uzun dönemde rekabetin kısıtlanmasından doğan zararların tüketiciye geçirilmiş olması işletme ekonomisi bakımından kaçınılmaz bir sonuçtur<sup>363</sup>. Rekabet Hukukunun amaçları arasında, rekabetin kısıtlanarak haksız kazanç elde edilmesini önlemek kadar, bundan zarar görenlerin çıkarlarının da korunması önemlidir<sup>364</sup>.

Amerikan Hukukunda, tüketicilere davacı sıfatının tanınması, rekabetin kısıtlanması sonucu ortaya çıkan fiyat artışından ilk etkilenen ara teşebbüslerin, fiyat artışını kendi satış fiyatlarına yansıtmış olmaları ihtimali ile birlikte ele alınmıştır. Buna gerekçe olarak, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin aynı zarar için mükerrer tazminat ödemesini önlemek düşüncesi ileri sürülmüş ise de, tüketicilerin uğradıkları zararlardan sorumluluğun sadece bu gerekçe ile reddedilmesi kabul edilemez. Yüksek Mahkeme de, son kararında tüketicilerin davacı sıfatını kazanmaları ile, ara teşebbüslerin zararı alıcılara yansıtılmış olma ihtimalini birbirinden ayırmış ve görünür bir zararın varlığının, tüketicilere

<sup>362</sup> Note: Recovery of Treble Damages Under the Anti-Trust Act, 582.

<sup>363</sup> POSNER- EASTERBROOK, 557-558.

<sup>364</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 265; WHISH, 12-13.



davacı sıfatının tanınması için yeterli olduğunu kabul etmiştir<sup>365</sup>. Şüphesiz ki, Yüksek Mahkemenin bu kararı, tüketicilerin zararlarının giderilmesi, davanın esasına ilişkin hükümle belli olacak ise de, tüketicilere mahkeme önünde iddialarını savunma olanağının tanınması, tüketicilerin çıkarlarının korunması bakımından önemlidir.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, Roma Andlaşmasınının 85. maddesinin tüketicilerin haklarını da temine yönelik olduğunun kabul edilmesine karşılık<sup>366</sup>, bugüne kadar bu konuda yayınlanmış bir karara rastlanmamıştır. Avrupa Topluluğu doktrininde, zarar gören kişiye dava hakkının tanınmasında ara teşebbüs ya da tüketici ayırımı yapılmamış olmakla beraber, Amerikan Hukukundaki sorunlar Avrupa Topluluğu Hukuku bakımından da geçerlidir. Ancak, Avrupa Topluluğunda tüketicilerin rekabetin kısıtlanmasından zarar gördükleri iddiası ile hukuki yollara başvurmada çekingen davranmaları çeşitli sebeplere dayanır. Bu sebeplerin başında, zararın tazminini talep eden tüketicilerin, 17/62 sayılı tüzükte araştırma yapmak konusunda Komisyon'a tanınan yetkilere sahip olmamalarıdır<sup>367</sup>. İkinci önemli etken ise, tüketiciler ile rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arasındaki uzaklık unsurudur. Avrupa Topluluğunun farklı devletlerden meydana gelmiş olması, tüketicilerin yapmış oldukları fazla ödemenin nedenlerini tesbite engel olmaktadır. Bu, tüketicilerin piyasa hakkında yeterli bilgiye sahip olmamasından ve dolayısı ile, giderime ilişkin taleplerde başarılı olma ihtimalinin düşük olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca, Rekabet Hukuku davalarını uzun araştırma ve masraflar gerektirmesi ve Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ulusal hukuklarının tazminat sistemlerinin bu harcamaların geri alınmasına imkan tanımaması, tüketicileri uğramış oldukları zararlar için davacı olmaktan alıkoymaktadır<sup>368</sup>. Korah, tüketicilerin rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlarının giderimi için mahkemelere başvurmamasını, Rekabet Hukuku kurallarının, tüketicilere olduğu kadar hukukçulara da yabancı ve yeni olmasına bağlamaktadır<sup>369</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, tüketiciye dava hakkı tanımayan bir Rekabet Hukuku sisteminin başarılı olması mümkün değildir. Rekabet Hukuku kurallarına uymayı temin için, rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlere tanınacak

<sup>365</sup> Blue Shield of Virginia v. McCready, 1982, POSNER- EASTERBROOK, Supplement, 57.

<sup>366</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 490.

<sup>367</sup> KORAH, Introduction, 50.

<sup>368</sup> Amerikan Rekabet Hukukunda düzenlenen, zararın üç katı kadar tazminat talep hakkı, tüketicilerin zararları için giderim davası açmağa teşvik fonksiyonu görmektedir. NEALE-GOYDER, 418-419; WHISH, 16 dipnotu 6.

<sup>369</sup> KORAH, Introduction, 50.

dava hakkı en etkin yollardan biridir<sup>370</sup>. Ancak, hukuken tüketicilere dava hakkının tanınmasının da yeterli olmadığı ve tüketiciyi hakkını aramada özendirici düzenlemelerin gerekliliği Avrupa Topluluğu Hukukundaki tecrübelerden ortaya çıkmaktadır. Tüketicinin karşılaştığı fiili engelleri aşabilmesi için, Komisyon'un araştırma yapmada yardımcı olmasını temin edecek bir düzenlemeye şiddetle ihtiyaç vardır. Ayrıca, tüketicilerin araştırma ve davanın başlangıç ve sonraki safhalarındaki masraflarını tamamen karşılayacak bir sistemin geliştirilmesi de şarttır.

---

<sup>370</sup> COASE, The Problem of Social Cost, 3 The Journal of Law and Economics 1 (1960); POSNER- EASTERBROOK, 550-552.

## Dördüncü Ayrım

### REKABET HUKUKU KURALLARININ İHLALİNİN SONUÇLARI

#### I. GENEL OLARAK

Taraflar arasındaki bir anlaşmanın Rekabet Hukuku kaidelerini ihlalin iki önemli sonucu vardır. Bunlardan ilki, rekabetin kısıtlayan anlaşma ya da kararın geçerliliğine<sup>1</sup>, ikincisi ise bunun neden olduğu üçüncü kişilerin zararlarına<sup>2</sup> ilişkindir.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında, rekabetin kısıtlanmasına yol açan anlaşma ve kararların 1. paragraf kapsamına girmesi halinde geçersiz olacağı belirtilmiştir. 2. paragrafa göre, sadece 1. paragraf kapsamına giren anlaşmalar ve kararlar geçersizdir. Bir anlaşmanın 85. maddenin 2. paragrafına göre hükümsüz olarak kabul edilebilmesi için, 85. maddenin 1. paragrafı kapsamına girmesi ve ayrıca 3. paragrafdaki düzenlemeden<sup>3</sup> yararlanmaması gerekir<sup>4</sup>. Avrupa Topluluğu Hukukunda, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların hukuka aykırı olduğu ve bu anlaşmaların hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bu hükümsüzlüğe bağlanacak sonuçların Topluluk Hukuku seviyesinde düzenlenmemiş olması sebebi ile bunlar Avrupa Topluluğu üye devletler hukuklarına göre belirlenecektir<sup>5</sup>.

Rekabetin kısıtlanması sonucu zarar gören üçüncü kişilere tanınan yetkilerin düzenlenişi bakımından, Amerikan Hukuku ile Avrupa Topluluğu Hukukları arasında önemli bir fark gözlenir. Amerikan Hukukunda üçüncü

---

<sup>1</sup> HOUIN, Les Conséquences Civiles d'une Infraction aux Règles de Concurrence, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1963,28; FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, Consequences Civiles de l'Application des Règles de Concurrence, Annales de la Faculté de Droit de Liège, sene 88, 1962, 45.

<sup>2</sup> FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, 45; KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford, 1986, 33, 48; HOUIN, 49.

<sup>3</sup> Bakınız sayfa 231.

<sup>4</sup> WHISH, Competition Law, London, 1985, 208, 209; KORAH, Introduction, 33.

<sup>5</sup> GLEISS-HIRSCH, Common Market Cartel Law, Washington D.C., 1978, 3rd edition, 244; DERINGER, The Competition Law of the European Economic Community, Chicago, 1968, 50; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, Le Droit de la Concurrence des Communautés Européennes, Paris, 1972, 159.

kişilerin uğradıkları zararın tazmini sorununun Rekabet Hukuku kanunlarında düzenlenmesine karşılık<sup>6</sup>, Avrupa Topluluğunda Rekabet Hukukunu düzenleyen Roma Andlaşmasının 85. ve 86. maddelerinde bu hususta açık bir hüküm yer almaz. Avrupa Topluluğu Hukukunda üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluk meselesinde, Adalet Divanı içtihatları<sup>7</sup> önemli rol oynamıştır. Üçüncü kişilerin uğradıkları zarar sorununda, Topluluk seviyesinde bir düzenlemenin bulunmaması, ulusal hukukların geniş ölçüde uygulama alanı bulmasına olanak sağlamıştır.

## **II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARIN SÖZLEŞME HUKUKUNDAKİ SONUÇLARI**

### **A. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma ve Kararların Geçerliliğine İlişkin Düzenlemeler**

Teşebbüslerin, rekabeti kısıtlamaya yönelik faaliyetlerini düzenleyen Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan ya da bu sonucu doğuran anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının hukuka aykırı olduğu belirtilmişken, 2. paragrafda bunlardan sadece anlaşma ve kararların geçersiz sayılacağı şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. İki paragraf arasında gözlenen bu fark, geçersiz sayılabilmek için hukuken bağlayıcı olma niteliğinin, 2. paragraf bakımından arandığını göstermektedir<sup>8</sup>. Fiili bir duruma ilişkin olan uyumlu eylem ya da işbirliğinin, 2. paragraf kapsamı dışında bırakılması bunların hukuken bağlayıcılık özelliğinden yoksun olmasından kaynaklanmaktadır<sup>9</sup>.

Ticareti olumsuz etkilemesi nedeni ile Rekabet Hukuku kurallarına göre hukuka aykırı olarak nitelendirilen anlaşma ve kararların geçersiz olması kuralının üç farklı türden sonucu vardır. Bunlardan ilki geçersizliğin niteliğine ilişkindir. İkincisi, geçersizliğin sadece anlaşma ya da kararda yer alan rekabeti kısıtlayıcı maddelere mi, yoksa anlaşma ya da kararın tümü bakımından mı etkili olacaktır. Üçüncü sonuç ise, bu geçersizliğin taraflar üzerindeki etkisidir. Geçersiz olan bir anlaşmaya göre yapılmış olan ödemelerin akibetinin tesbiti ve böyle bir anlaşmadan doğan borcunu yerine getirmeyen tarafın buna zorlanmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Clayton Act, madde 4, 4A, 4B, 4C, 4D.

<sup>7</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238; Case Sacchi v. Commission, (1974) 2 CMLR 177.

<sup>8</sup> GLEISS-HIRSCH,243; BELLAMY-CHILD, Common Market Law of Competition, London,1978, 99-100.

<sup>9</sup> DERINGER, 49; GLEISS-HIRSCH, 244.

<sup>10</sup> BELLAMY-CHILD, 106; CUNNINGHAM, The Competition of the EEC, London, 1973, 58.

Geçersizliğin türüne ve kısmi geçersizliğe ilişkin sorunlar, Avrupa Topluluğu Hukuku seviyesinde çözüme bağlanarak, ulusal hukuklar üzerinde bir kural niteliğini kazanmışsa da, hangi hallerde kısmi geçersizliğin kabul edileceği gene de ulusal hukuk kurallarına tabidir<sup>11</sup>. Üçüncü sorun genel olarak, Avrupa Topluluğu yargı organları önüne getirilmesi mümkün olmayan bir konuya ilişkin olması sebebi ile, sadece ulusal hukuk kurallarına tabi olacaktır<sup>12</sup>.

## **B. Rekabeti Kısıtlayan Anlaşmaların Tabi Olduğu Hükümsüzlük**

### **1. Genel Kural**

Shearman Kanununun 1. maddesi ile Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafından rekabeti kısıtlayarak ticareti olumsuz etkileyen anlaşmaların ve kararların hukuka aykırı olduğunun açıkca ifade edilmesine karşılık, bunların geçersiz olduğuna ilişkin bir hükme sadece 85. maddenin 2. paragrafında rastlanır. 2. paragraftaki, geçersizliğe ilişkin bu kural, hukuki muamelenin konusunun hukuka aykırı olmayacağı prensibinin tekrarı olarak gözüktür<sup>13</sup>. Amerikan Rekabet Hukukunda, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafındaki düzenlemeyi karşılaşılan bir hükme rastlanmaz ise de, her iki hukuk düzenin de varılan sonuçlar farklı değildir. Avrupa Hukukunda, kanunkoyucu Avrupa Topluluğunun farklı devletlerden oluştuğu gerçeğini de dikkate alarak, üye devletlerin ulusal hukuklarındaki farklılıklardan kaynaklanabilecek görüş ayrılıklarını önlemek için, 2. paragrafta bu anlaşma ve kararların geçersiz olduğunu tekrarlamıştır. Avrupa Topluluğundaki yapısal farklılıkların ortaya çıkarabileceği hukuki sorunların, Amerika Birleşik Devletleri bakımından söz konusu olmaması nedeniyle, 85. maddenin 2. paragrafındakine benzer bir düzenleme, Amerikan Hukuku bakımından gerekli görülmemiştir.

Amerikan Hukukunda, Müşterek Hukuk (Common Law)'a göre, konusu hukuka aykırı sözleşmeler batıldır<sup>14</sup>. İlk Rekabet Hukuku davalarından itibaren, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden anlaşmaların butlan ile sakatlandığı tartışmasız kabul edilmiştir<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> GLEISS-HIRSCH, 246; DERINGER, 84; BELLAMY-CHILD, 104; GIDE- LOYRETTE-NOUEL, 159.

<sup>12</sup> GLEISS-HIRSCH, 247; HOUIN, 49.

<sup>13</sup> HOUIN, 36.

<sup>14</sup> FARNSWORTH, Contracts, Boston, 1982, 327, 331.

<sup>15</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898); United States v. Trans-Missourri Freight Association, 166 US 290 (1897).

Avrupa Topluluğunda, Rekabet Hukukunu düzenleyen, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde sadece rekabeti kısıtlayan ve bu maddenin 1. paragrafına giren anlaşmaların ve kararların geçersiz olduğu belirtilmiş, ancak bu geçersizliğin niteliği ve sonuçları hususunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Doktrinde bu durum da, davaya bakmakta olan mahkemelerin ulusal hukuklara göre karar vereceği, ancak bunun da Topluluk içinde farklı uygulamalara yol açmak tehlikesi taşıdığı iddia edilmiştir<sup>16</sup> ve Avrupa Topluluğu Hukuku seviyesinde yasal bir düzenlemenin gerekliliği üzerinde durulmuştur<sup>17</sup>.

Adalet Divanı, Beguelin kararında<sup>18</sup> 85. maddenin 2. paragrafında yer alan geçersiz kavramını tanımlama yolunu tutmuş ve geçersizlik ile neyin kastedilmiş olduğu konusundaki tereddütlere son vermiştir. Adalet Divanına göre, 85. maddenin 2. paragrafında, başlangıçtan itibaren sonuç doğuran bir hükümsüzlük hali öngörülmüştür<sup>19</sup>. Bunun, sonradan düzeltilmesinin mümkün olmadığı gibi, ulusal hukuklardan kaynaklanan hiçbir savunmaya yer verilemez<sup>20</sup>. 85. maddenin 1. paragrafını ihlal eden anlaşmaya ve kararlar, hakim kararına gerek olmadan kendiliğinden batıldır ve taraflara hiçbir hak ve borç yüklenmezler<sup>21</sup>.

Beguelin kararı, geçersizlik kavramına ulusal hukuklarda farklı anlam verilme ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Çünkü ulusal hukukların herhangi bir olay ya da konuda uygulanabilme şartı, onun Avrupa Topluluğu Hukuk sistemi içinde düzenlenmemiş olmasına bağlıdır. Adalet Divanı, 85. maddenin 2. paragrafında öngörülen geçersizlik halinin, mutlak butlan olduğunu belirterek, geçersizlik kavramının farklı şekillerde değerlendirilmesini engellemiştir<sup>22</sup>.

Bir anlaşmanın 85. maddenin 2. paragrafına göre geçersiz olması, 85. maddenin 1. paragrafında yasaklanmış olmasının sonucudur. Anlaşmanın, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiğini ve bu sebepten, batıl olduğunu ileri sürmek için, anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafına göre yasaklanmış

---

<sup>16</sup> DERINGER, 50; LÖY, L'Application en France du Droit Communautaire de la Concurrence, Revue de Droit Européen, c. 16, 439 (1980).

<sup>17</sup> WHISH, 207.

<sup>18</sup> Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, (1971) ECR 949.

<sup>19</sup> GLEISS-HIRSCH, 244;

<sup>20</sup> Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, (1971) ECR 962.

<sup>21</sup> GLEISS-HIRSCH, 244; DERINGER, 49; CUNNINGHAM, 58.

<sup>22</sup> LÖY, 453.

olduğunun tesbit eden bir karara gerek yoktur<sup>23</sup>. 85. maddenin uygulanmasını düzenleyen 17/62 sayılı tüzüğün<sup>24</sup> 1. maddesine göre,

"... 85. maddede belirtilen anlaşma, karar<sup>25</sup> ve uyumlu eylemler, bu konuda önceden verilmiş bir karara gerek olmadan yasaklanmıştır."

Bundan çıkan sonuç da, 85. maddenin 1. paragrafına giren bir anlaşmanın geçersizliğini, Avrupa Topluluğu Komisyonunun ya da Adalet Divanının veya ulusal mahkemelerin re'sen dikkate alabileceği ve geçersizliğin bunlar tarafından farkedilmemiş olması halinde, tarafların bunu çekişmenin her safhasında Komisyon<sup>26</sup>, ya da ulusal mahkemelerde ileri sürebileceğidir. Anlaşma hükümleri ile bağlı olmak istemeyen taraf, savunmasını, sözleşmenin butlan ile sakat olduğu ve kendisine söz konusu sözleşmeden dolayı herhangi bir borç yüklenemeyeceği görüşüne dayandırabilir. Çekişmenin konusu Rekabet Hukukuna ilişkin olmasa da<sup>27</sup>, sözleşmenin Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafını ihlal edip etmediği ve buna bağlanacak hukuki sonuç, Topluluk Hukuku kurallarına tabi olacaktır<sup>28</sup>. 85. maddenin 1. paragrafının ihlal edildiğinin tesbiti üzerine, anlaşmanın taraflarının hak ve borçları Topluluk Rekabet Hukuku kurallarına göre belirlenecektir.

## 2. Kısmi Butlan

### a. Genel Olarak

Teşebbüsler arasındaki anlaşmaların ya da teşebbüs birlikleri kararlarının butlan ile sakatlanmaları rekabeti olumsuz etkileme şartına bağlıdır. Anlaşma ya da kararlarına sadece bir bölümünün, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ediyor olması da mümkündür. Bu durumda anlaşmanın tümünün mü yoksa sadece Rekabet Hukuku kuralları ile çatışan maddelerinin mi geçersiz olduğu sorunu ortaya çıkar<sup>29</sup>. Rekabet Hukukunun amacı, ticaretin gelişmesini ve devamını sağlamaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesini engelleyici hükümler, hukuka aykırıdır ve geçersizliğin sadece bu hükümler bakımından söz konusu olduğu düşünülebilir. Rekabet Hukuku ilke ve amaçları bakımından ele

---

<sup>23</sup> HOUIN, 36.

<sup>24</sup> Regulation 17/62, (1962) OJ 204 (Special Edition).

<sup>25</sup> Teşebbüs birliği kararları kastedilmektedir.

<sup>26</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299.

<sup>27</sup> HOUIN, 35; Case 26/67, S.A. Brasserie de Hacht v. Wilkin and Wilkin, (1967) ECR 407.

<sup>28</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 159; CUNNINGHAM, 62.

<sup>29</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, ibid; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, Introduction to the Law of European Communities, London, 1973, 256.

alındığında geçersizlik sadece anlaşmaların ve kararların rekabetin kısıtlanmasına yol açan bölümleri bakımından söz konusudur. Batıl olan bölümlerin, anlaşmanın tümüne etkisi, sözleşme hukuku kurallarına göre çözüme bağlanacaktır.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında yer alan Rekabet Hukuku kurallarına aykırı anlaşma ve kararların geçersiz olduğu şeklindeki ifade ile iki sorunun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bunlardan ilki rekabeti kısıtlamaktan başkaca bir amaç ile yapılmasına karşılık, 85. maddenin kapsamına giren bir anlaşmada yer alan rekabeti kısıtlayıcı ya da rekabetin kısıtlanmasına yol açacak nitelikteki hükümlerin de Rekabet Hukuku kurallarına tabi olup olmayacağı, ikinci ise anlaşma ve kararlarda yer alan ve rekabetin kısıtlanmasına neden olan hükümlerin, anlaşmaların diğer kısımlarına etkisinin belirlenmesidir.

Bunlardan ilki, Rekabet Hukuku kurallarına aykırı anlaşmaların değerlendirilmesi ile ilgilidir ve ticareti etkileyen anlaşmaların Rekabet Hukuku kurallarına göre değerlendirilmesi başlığının altında yer alır<sup>30</sup>. İkincisinin çözümünde ise, Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ulusal hukukları belirleyici rol oynar<sup>31</sup>, çünkü Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında, rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin anlaşma veya kararın diğer kısımları üzerindeki etkisinden söz edilmemiştir. Bu da, anlaşma veya kararlarda yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin, diğer kısımlardan ayrılıp ayrılamayacağı<sup>32</sup> ve anlaşmanın bir kısmının rekabete aykırı olması sebebiyle, diğer kısımlardan ayrılarak kısmi butlan kabul edilecekse bunun hangi kriterlere göre belirleneceği konularını ilgilindirmektedir.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında anlaşma ve kararların sadece geçersizliğinden söz edilmiştir. Buna karşılık, 17/62 sayılı tüzüğe<sup>33</sup> göre Komisyon, incelediği olaylarda, rekabetin kısıtlanmış olduğu yargısına varır ise, anlaşmanın hangi nedenlerden ve gerekçelerden dolayı rekabeti kısıtlanmış olduğunu belirtmek zorundadır. Roma Andlaşmasının 85. ve 86. maddelerinin uygulanmasına ilişkin 17/62 sayılı tüzüğün 3. maddesinin 3. bendinde, Komisyon'a Rekabet Hukuku kurallarının ihlalinin sona erdirilmesi için, anlaşmada yapılması gereken değişiklikler konusunda taraflara tavsiyelerde bulunmak görevi verilmiştir. 17/62 sayılı tüzük ile, Komisyon'a yüklenen rekabeti kısıtlayıcı hükümleri diğerlerinden ayırma ve hangi maddelerin değiştirilmesi halinde ihlale son verilmiş sayılacağını belirleme görevi ister

<sup>30</sup> Bakınız sayfa 212 vd.

<sup>31</sup> WHISH, 207; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 159.

<sup>32</sup> GLEISS-HIRSCH, 245; DERINGER, 84.

<sup>33</sup> Regulation 17/62, (1962) OJ 204 (Special Edition).



istememez, anlaşmaların ve kararların rekabeti kısıtlayıcı hükümlerinin diğerlerinden ayrılmasını gerekli hale getirmiştir. Her ne kadar, 85. maddenin 2. paragrafında anlaşma ve kararların bir bütün olarak ele alınmış olarak gözükmekte ise de, Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasına ilişkin 17/62 sayılı tüzüğün rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların değerlendirilmesinde farklı bir yorum getirmiştir<sup>34</sup>.

Kısmi butlan iddiaları Adalet Divanı önüne ilk kez Constern/Grundig olayında<sup>35</sup> gelmiştir. Komisyonun Grundig ile Constern şirketleri arasındaki anlaşmanın rekabeti kısıtlamaya yönelik olduğunu tesbit ettikten sonra, anlaşmanın tümünün geçersiz olduğuna ilişkin kararını, tarafların itirazı üzerine, davayı tekrar inceleyen Adalet Divanı,

"85. maddenin 1. paragrafının ihlali durumunda, anlaşmanın geçersiz olduğunu belirten 85. maddenin 2. paragrafı, anlaşmanın Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici hükümlerine uygulanır. Bu hükümlerin anlaşmanın esasından ayrılması mümkün olmadığı durumlarda, anlaşmanın tümü geçersizdir."<sup>36</sup>

şeklindeki ifadesi ile Rekabet Hukukunu ihlal eden kısmın geçersiz olduğu, diğer kısımların ise geçerli olmakta devam edeceği görüşünü benimsemiştir<sup>37</sup>.

Societe Technique Miniere davasında, Paris İstinaf mahkemesinin, 85. maddenin 2. paragrafının yorumu yapılması için Adalet Divanına başvurması üzerine, Adalet Divanı 30 Haziran 1966 tarihli kararında, Grundig/Consten kararındaki görüşünde şu şekilde ısrar etmiştir.

"Andlaşmaya (Roma Andlaşmasına) uymayı temin için konulmuş olan bu madde (85. maddenin 2. paragrafı), Topluluk Hukuku amaçları ile sınırlı şekilde yorumlanmalıdır. Söz konusu geçersizlik sadece yasaklanan faaliyete ilişkin sözleşme hükümleri bakımındandır. ... Roma Andlaşmasında yasaklanan faaliyetler ile ilgili olmayan hükümler, Topluluk Hukuku kurallarının dışında kalır"<sup>38</sup> " <sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, Le Droit de la Communauté Economique Européenne, Bruxelles, 1972, c.IV, 175.

<sup>35</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299.

<sup>36</sup> ibid 344.

<sup>37</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 174.

<sup>38</sup> Parantez içindekiler orijinal metinde yoktur.

Adalet Divanının bu iki kararı ile kısmi butlan Avrupa Topluluğu Hukukunun bir parçası haline gelmiş ve Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinin üstünde bir nitelik kazanmıştır.

### **b. Avrupa Topluluğuna Üye Bazı Devletlerin Ulusal Hukuklarında Kısmi Butlanın Düzenlenişi**

Kısmi butlan kavramı, Avrupa Topluluğu hukuk düzeninin bir parçası haline gelmiş ise de, kısmi butlan kararının hangi durumlarda verileceği konusu üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerine bırakılmıştır<sup>40</sup>. Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ulusal hukuklarında, kısmi butlanın belirlenmesinde kabul edilecek kriterler birbirine oldukça benzemekle beraber, arada bazı farklılıklar gözlenmektedir.

Örneğin, Federal Alman Medeni Kanununun 139. paragrafına göre anlaşmanın butlan ile sakatlanan hükümlerinin, diğer bölümlere etkisi, geçersiz sayılan kısım olmaz ise, tarafların bu anlaşmayı yapmayacak olması şartına bağlanmıştır<sup>41</sup>. Geçersiz olan maddeler olmaksızın da, tarafların anlaşmayı yapacakları anlaşılıyorsa, batıl olan maddelerin anlaşmanın diğer kısmını etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Alman Medeni Kanununun 139. paragrafının mantığına göre, geçersiz olan kısım ile diğer maddelerin tek bir anlaşma oluşturması ve batıl olan hükümlerin anlaşmanın esasını teşkil ediyor olmaması gerekir. Geçersiz olan kısımlar, anlaşmanın esasını teşkil ediyor ise, anlaşma 139. paragrafa göre değil anlaşmanın esasının sakat olması sebebi ile batıldır<sup>42</sup>. Ayrıca, tarafların bazı maddelerin, rekabeti kısıtladıkları ve bu sebep ile batıl olduğunu bilmeleri halinde de, 139. paragraf uygulama imkanı bulamayacaktır. Fransız Hukukunda kabul edilen kural ise, geçersiz olan maddeler olmasa idi, tarafların anlaşmayı yapmayacak olmaları kriterinin kaçınılmaz sonucu, tarafların sözleşmede yer alan iradelerinin, hakimi bağlaması şeklinde ortaya çıkacaktır<sup>43</sup>.

Fransız Medeni Kanunu ve Belçika Medeni Kanununun aynı sayılı maddelerindeki kısmi butlana ilişkin düzenlemede daha objektif bir kritere yer verilmiştir. Bu maddenin yorumuna göre, geçersiz maddelerin anlaşmanın tümünü batıl hale getirmesi için, geçersiz maddeler ile anlaşmanın esasları arasında

---

<sup>39</sup> Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm (1966) E.C.R. 235, 250.

<sup>40</sup> GLEISS-HIRSCH, 245-246; GIDE-LOYRETTE-NOUEL, 159-160.

<sup>41</sup> GLEISS-HIRSCH, 245; DERINGER, 84.

<sup>42</sup> DERINGER, 85.

<sup>43</sup> MAZAUD, H.L.- MAZAUD, J., Leçons de Droit Civil, Obligations, Kısım II, cilt 1, Montchrestein, 1978, 178, 301; TANDOĞAN, La Nullité, l'Annulation et la Résiliation Partielles des Contracts, Genève, 1952, 201; GLEISS-HIRSCH, 245.

bir bağıllığın olması ya da geçersiz maddelerin anlaşmayı yapmadaki esas saike ilişkin bulunması gerekir<sup>44</sup>. Fransız Hukukunda, batıl olan maddeler ile anlaşmanın geri kalan kısmı arasındaki bağlantı, objektif ölçüler dikkate alınarak tesbit edilecektir. Ancak, bu da hakimin incelemesinde sözleşme hükümleri ile sınırlı olduğu anlamına gelmez. Sözleşmede aksine hüküm bulunsa bile, hakimin objektif değerlendirmesi sonucu, anlaşma ile geçersiz olan maddeler birbirinden ayrılabilirse, kısmi butlan kararı vermek icap edecektir<sup>45</sup>.

İtalyan Hukukunda, kanunların emredici hükümlerine aykırı anlaşmalar geçersizdir<sup>46</sup>. İtalyan Medeni Kanununun 1419. maddesinde kısmi butlan hali ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. bendine göre, anlaşmanın geçersiz sayılan maddeleri olmasa idi, tarafların anlaşmanın diğer kısımlarını yapmayacak oldukları anlaşılıyorsa, anlaşmanın tümünün batıl olduğuna karar verilecektir<sup>47</sup>. İtalyan Hukuku bu yönü ile, Alman Medeni Kanununun 139. paragrafındakine benzer bir prensibi benimsemiştir. Bununla beraber, İtalyan Medeni Kanununun 1419. maddenin 2. bendi Alman Medeni Kanununda benimsenmiş sistemden farklı bir hüküm getirmiştir. Bu bende göre, butlan ile sakatlanan hükümlerin, emredici hukuk normları ile tamamlanabilecek olması halinde, kısmi butlanın anlaşmanın diğer bölümlerini etkilemeyeceği kabul edilmiştir.

İngiliz Hukukunda da butlan ile sakatlanan hükümlerin, sözleşmenin geri kalan kısmından ayrılması ya da sözleşmenin tümünün butlan ile sakatlaması, sınırlı durumlar için kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Kısmi butlanın, en çok ticareti etkileyen anlaşmalar konusunda uygulandığı, diğer sahalardaki anlaşmalar için konunun tartışmalı olduğu ileri sürülmektedir<sup>49</sup>. İngiliz Hukukunda, geçersiz sayılan kısmın taraflardan birinin edimini ortadan tamamen kaldırmaması<sup>50</sup>, anlaşmanın esasını değiştirmemesi<sup>51</sup> ve batıl olan kısmın anlaşmadan çıkarılmasının başlıca herhangi bir değişikliği gerektirmemesi (blue pencil rule)<sup>52</sup> halinde kısmi butlan hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Rekabete aykırı hükümlerin, anlaşma ve kararların diğer bölümlerinden ayrılması sorunu, rekabeti kısıtlayan sözleşmelerin özellikleri dikkate alınarak

---

<sup>44</sup> DERINGER, 85.

<sup>45</sup> MAZAUD,H.L.- MAZAUD,J.,301.

<sup>46</sup> TORRENTE-SCHLESINGER, Manuelle di Diritto Privato, Milano, 1985, 269.

<sup>47</sup> DERINGER, 86.

<sup>48</sup> TREITEL, The Law of Contract, London, 1983, 383.

<sup>49</sup> TREITEL, 383; FURMSTON, Cheshire and Fifoot's Law of Contract, London, 1976, 393.

<sup>50</sup> FURMSTON, 394.

<sup>51</sup> TREITEL, 383.

<sup>52</sup> TREITEL, ibid; FURMSTON, 397; FARNSWORTH, 361-362.

incelenmelidir. Rekabet Hukuku kapsamına giren sözleşmelerin, rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan sözleşmeler ile rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan sözleşmeler olarak ikiye ayrıldığı görülmüştür. Rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan kartel sözleşmeleri ile rekabetin ikinci dereceden kısıtlanmasına yol açan patent sözleşmelerini ve amaç bakımından bu iki grubun arasında yer alan ortak girişim sözleşmelerini, değişik amaçlara yönelmeleri sebebi ile, aynı ölçüler içinde değerlendirmek mümkün değildir.

### **c. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmaların Kısmi Butlan Bakımından İncelenmesi**

#### **aa. Kartel Sözleşmelerine Kısmi Butlan Hükümlerinin Uygulanması**

Kartel sözleşmelerinde hukuka aykırılık, bu sözleşmeler ile elde edilmek istenen amaçtan doğmaktadır. Kartel sözleşmelerinde, sözleşmenin esasını rekabeti kısıtlayıcı hükümler oluşturur. Bu hükümlerin geçersiz olması halinde anlaşmanın esası sakatlanacağından kartel sözleşmelerinde kısmi butlandan söz etmek mümkün değildir<sup>53</sup>. Kartel sözleşmelerinde, butlan ile sakatlananın, anlaşmanın esasına ilişkin olması sebebi ile, geçersiz sayılan maddeler dışında kalan bölüm de geçersiz hale gelir. Kanımızca, geçersiz olan kısım olmasa idi, tarafların anlaşmayı yapıp yapmayacakları araştırılmaz, çünkü sakatlık anlaşmanın esasına ilişkindir. Örneğin, teşebbüslerin yaptıkları fiyat tesbit anlaşmasındaki, mamul standartlaştırılmasına ya da teşebbüsler arasındaki haberleşmeyi gerçekleştirmek üzere bir sekreterlik kurulmasına ilişkin hükümler, anlaşma fiyat birliğini oluşturma amacı ile yapılmış olduğundan, tümüyle batıldır. Rekabeti kısıtlayıcı hükümler çıkarıldıktan sonra geriye kalan mamul standartlaştırılması<sup>54</sup> ya da sekreterlik kurulmasına<sup>55</sup> bağımsız bir anlam vermek mümkün değildir. Anlaşmanın esasının batıl olması durumunda, tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin geçerliliğini koruduğu ileri sürülemez.

#### **bb. Patent Lisans Sözleşmelerine Kısmi Butlan Hükümlerinin Uygulanması**

Patent lisans sözleşmelerinde yer alan, rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin de Rekabet Hukuku kapsamına gireceğinin kabul edilmesi halinde, bunların da hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz olması gerekmektedir. Bu sorun, Amerikan Hukuku bakımından, bu hukuk düzeninde patent lisans sözleşmeleri ile fiyat ve

---

<sup>53</sup> DERINGER, 90.

<sup>54</sup> American Column and Lumber Co. v. United States, 257 US 377 (1921).

<sup>55</sup> Mapple Flooring Manufacturers Association v. United States, 268 US 563 (1925).

faaliyet bölgelerinin belirlenebileceği kabul edildiğinden, çok önemli değildir<sup>56</sup>. Buna karşılık Avrupa Topluluğu Hukukunda, patent lisans sözleşmelerinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin, patent hakkı sahibinin çıkarını korumaktan çok, Avrupa Topluluğunun yapısının da yardımı ile piyasayı paylaşmaya yönelik olması, rekabeti kısıtlamaya yönelik bu hükümlerin, anlaşmanın tümünün geçerliliğine etkisi sorununa özel bir önem kazandırmıştır.

Patent lisans sözleşmelerinde yer alan ve Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafı kapsamına giren rekabeti kısıtlayıcı hükümler, patent hakkının buluş sahibine tanıdığı yetkileri aştığı durumlarda butlan ile sakatlanmıştır<sup>57</sup>. Burada ele alınacak sorun, patent lisans sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin rekabeti kısıtlaması halinde, patent-lisans sözleşmesinin tümünün mü, yoksa sadece rekabeti kısıtlayan hükümlerin mi batıl sayılacağıdır.

Patent lisans sözleşmelerinde karşılıklı edimler, lisans bedeli ve lisans alanın kullanmasına katlanmadır. Tarafların lisans bedelini serbestçe tesbitini sınırlayan hiç bir hukuki engel bulunmamakla beraber, lisans bedelinin miktarının tayininde piyasa koşullarından doğan bazı fiili engeller mevcuttur<sup>58</sup>. Patent hakkı sahibi lisans bedelinin belirlerken kendisi de yeniliğin ticari bir mal olarak üretmekte ise, maliyet bedeli başta olmak üzere çeşitli unsurları gözönüne almak zorundadır. Lisans verenin, karşı tarafça bilinmesi mümkün olmayan, kendi maliyet hesaplarında yapması, ya da lisans alanın daha verimli olma ihtimaline karşı kendi kazancını korumak için rekabeti kısıtlama yoluna başvurması, patent hakkınca da korunan bir durum olmadığı için, batıldır. Sorun, lisans sözleşmesindeki rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin butlan ile sakatlanmış olmasının, anlaşmanın tümünün geçerliliğine etkisinin tesbitidir.

Lisans verenin, kendi muhtemel hatasının ya da lisans alanın kendisinden daha verimli olmasının, kazancını olumsuz etkilemesi ihtimaline karşı, başvurabileceği çeşitli yollar vardır. Lisans bedelini, bu riskleri de dikkate alarak belirlemesi ya da lisans bedelini üretilen mal miktarı ile bağlantılı olarak hesaplaması, söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırmağa yeterlidir. Lisans alanın rekabet olanaklarının kısıtlanması ile de aynı sonuca varılabilirse de, bu ikinci yol, Rekabet Hukuku kuralları ile çatışması nedeni ile hukuka aykırıdır ve bu hükümlerin geçersiz olması yaptırım ile karşılaşılır.

---

<sup>56</sup> FURTH, Price Restrictive Patent Licences Under the Shearman Act, 71 HLR 816 (1958); Notes: Patent Abuses and Antitrust, 64 HLR 626 (1951).

<sup>57</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 124; WHISH, 362.

<sup>58</sup> FURTH, 816; SCHERER, Industrial Market Structure and Economic Performances, Boston, 1980, 442. Bakınız sayfa 52.

Lisans sözleşmesinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin batıl kabul edilmesi, lisans sözleşmesinin tümünün geçersizliğini gerektirmez<sup>59</sup>. Geçersiz olan hükümler, lisans sözleşmesinin esası ile ilgili olmadığı gibi, geçersiz sayılan maddeler olmasa idi, tarafların bu anlaşmayı yapmayacakları iddiaları da gerçeği her zaman yansıtmaz. Her ne kadar, geçersiz olan bu maddeler lisans alanın rekabet olanağını ortadan kaldırdığı izlenimi vermekte<sup>60</sup> ise de, lisans alanın faaliyetlerinin sınırlandırılması, lisans bedeli uygulaması ile gerçekleşir. Rekabeti kısıtlayıcı hükümler sadece lisans verenin hata yapmış olma riskine karşı bir güvence fonksiyonu görmekte olup, bunlar olmadan da lisans sözleşmesinin yapılmak olasılığı yüksektir. Bu sebepten de, lisans sözleşmelerinin kısmi butlan ile sakatlanmış olması anlaşmanın tümünün sıhhatini etkilemez<sup>61</sup>.

### **cc. Ortak Girişim Anlaşmalarına Kısmi Butlan Hükümlerinin Uygulanması**

Ortak girişim anlaşmalarının ticari hayata olumlu ve olumsuz iki tür etkisi vardır<sup>62</sup>. Ortak girişim anlaşmalarının Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesi, bu iki yönlü etkinin dengelenmesi şeklinde gerçekleştirilmekte ve olumsuz etkinin daha baskın olması durumunda da ortak girişim anlaşmalarının Rekabet Hukuku kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Bu sebeple, ortak girişim anlaşmalarında yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin, ilk önce anlaşmanın tümü bakımından değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu değerlendirme sonucunda, rekabetin kısıtlandığı yargısına varılması halinde, anlaşmanın tümünün mü yoksa rekabetin makul olmayan derecede kısıtlanmasına yol açan maddelerin mi geçersiz olduğuna karar verilecektir. Bu bakımdan ortak girişim anlaşmaları patent lisans sözleşmelerine benzetilmektedir.

Ortak girişim anlaşmasının geçersiz olan hükümlerinin anlaşmanın tümüne etkisi, ortak girişim anlaşması ile elde edilmek istenen amaca ve geçersiz olan hükümlerin anlaşmanın esasını oluşturup oluşturulmamasına bağlıdır<sup>63</sup>. Bir karteli gizlemek için yapılan ortak girişim anlaşmalarında geçersizlik, anlaşmanın esasına ilişkin olacağından, anlaşmanın tümünün geçersiz olduğunu kabul etmek gerekecektir<sup>64</sup>. Buna karşılık, ortak girişim

<sup>59</sup> LANG, Patent Rights and Patent Licensing in EEC Law, Contribution to Community Law, Uppsala, 1978, 79.

<sup>60</sup> FURTH, 829,831; SCHERER, Industrial Market Structure, 454.

<sup>61</sup> Chemidus Wavin v. Teri, (1976) 2 CMLR 387.

<sup>62</sup> Bakınız sayfa 116.

<sup>63</sup> LANG, Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules of Competition, The Irish Jurist, c. XI, yeni seri, 1977, 19.

<sup>64</sup> Re Bayer AG and Gist Brocades NV, (1976) 1 CMLR D 107.

anlaşması ile taraflar kendi olanaklarını birleştirerek faaliyet alanlarını genişletmeyi amaçlıyor ise, anlaşmanın olumsuz yönleri daha baskın olsa bile, rekabetin kısıtlanmasına yol açan hükümlerin, anlaşmanın esası ile ilgili olmaması sebebi ile geçersizlik sadece bu hükümler bakımından söz konusu olacaktır<sup>65</sup>.

Hukuk politikası bakımından, ortak girişim anlaşmasının tümünün geçersiz olduğunu ileri sürmenin şirketler hukuku alanında önemli sorunlara neden olacağı<sup>66</sup> ve ortak girişim anlaşmaları ve ortak girişim şirketlerinin teşebbüsler arası birleşme (merger) kurallarına benzer hükümlere tabi olacağı ileri sürülmüştür<sup>67</sup>.

### **C. Rekabet Hukuku Kurallarını İhlal Eden Anlaşmaların Hükümsüzlüğünün Sonuçları**

#### **1. Genel Sorun**

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafını ihlal eden anlaşmaların, 2. paragrafta hükümsüz olduğunun belirtilmesi, sözleşme hukuku bakımından önemli sorunlar ortaya çıkarır. Bunlar Rekabet Hukuku kurallarına, örneğin Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafına göre hükümsüz olan bir anlaşmaya uygun olarak, kendi borcunu yerine getiren tarafın karşı taraftan da aynen ifayı talep edip edemeyeceği<sup>68</sup>, taraflara bu yetkinin tanınmaması durumunda, verilenin geri istenip istenemeyeceği<sup>69</sup> ve bu sonucun üçüncü kişiler ile olan anlaşmalara etkisidir<sup>70</sup>.

#### **2. Borcunu Henüz Yerine Getirmemiş Tarafın Aynen İfaya Zorlanması Sorunu**

Butlan ile sakatlanmış teşebbüs birliği kararına uymamış ya da böyle bir anlaşmadan doğan borcunu henüz yerine getirmemiş tarafın, aynen ifaya

<sup>65</sup> REYNOLD, M., Extra-territorial Aspects of Mergers and Joint Ventures: The EEC Position, (1985) ECLRev 177-178; LANG, Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules on Competition, 19-20.

<sup>66</sup> RITTER - OVERBERRY, An Attempt at a Practical Approach to Joint Ventures Under the EEC Rules on Competition, 14 CMLRev. 607, 620 (1977); LANG, Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules on Competition, 1, 34.

<sup>67</sup> RITTER - OVERBERRY, Joint Ventures, 620; BROADLEY, Joint Ventures and Antitrust Policy, 95 HLR 1523, 1525 (1982).

<sup>68</sup> DERINGER, 88; KORAH, Introduction, 50; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, Boston, 1978, 349.

<sup>69</sup> WHISH, 206.

<sup>70</sup> GLEISS-HIRSCH, 246; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 177.

zorlanıp zorlanamayacağı butlan durumuna ilişkin ilk sorundur. Anlaşma veya teşebbüs birliği kararının mutlak butlan ile sakatlanması, anlaşma ile elde edilmek istenen sonucun hukuka aykırı olması nedeniyledir. Kendi borcunu yerine getirmiş olan tarafın karşı tarafın da borcunu yerine getirmesini mahkemelerde talep etmesi mümkün değildir<sup>71</sup>. Çünkü hukuka aykırı bir sonucu gerçekleştirmek için taraflar mahkemelerden hukuki yardım talep edemezler<sup>72</sup>. Sözleşmeden doğan borcun ifası talebini önleyen diğer neden de, başlangıçtan itibaren hak ve borç doğurmayan bir anlaşmaya göre karşı tarafın yerine getirilecek bir borcun bulunmamasıdır<sup>73</sup>. Mutlak butlan ile sakatlanmış olan bir anlaşma, taraflara yerine getirmeleri gereken bir borç yüklemes. Bu durumda, taraflardan biri kendi edimini yerine getirdiğini iddia ederek karşı tarafın borcunu yerine getirmesini talep edemez. Bu sonuç, mahkemelerin hukuk ve kamu düzenine aykırı anlaşmaların yerine getirilmesine alet edilemeyeceği görüşüne de uygundur.

Anlaşmanın sadece bir bölümünün batıl olması durumunda ise, anlaşmanın ayakta kalan kısmından doğan hak ve borçlar devam etmektedir<sup>74</sup>. Taraflar anlaşmanın geçerli hükümlerinden doğan hak ve borçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler. Ancak anlaşmadan doğan borcun ifadan kaçınan tarafa karşı, davacının talebi anlaşmanın yürürlükteki maddeleri ile sınırlıdır. Anlaşmanın bir bölümünün geçerliliğini koruyor olması, taraflara butlan ile sakatlanan hükümlere dayanarak taleplerde bulunma yetkisi vermez. Karşı tarafın edimi, aynı zamanda butlan ile sakatlanan kısmı da kapsamakta ise, yürürlükteki kısımlardan doğan edimler ve mutlak butlanla sakatlanan kısımlara ilişkin olan edimler arasında bir ayırım yapılmalıdır<sup>75</sup>. Aksi halde anlaşmanın kısmi butlan ile sakatlanmış olmasının hiçbir anlamı kalmaz. Bu ayırımın yapılması zor ya da anlaşmanın niteliğini değiştirecek olması durumunda, anlaşmanın tümünün batıl olduğuna karar vermek en uygun yoldur<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> GLEISS-HIRSCH, 247; DERINGER, 49.

<sup>72</sup> BELLAMY-CHILD, 102.

<sup>73</sup> CUNNINGHAM, 58.

<sup>74</sup> Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 1966 ECR 299.

<sup>75</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 174.

<sup>76</sup> GLEISS-HIRSCH, 245.



### 3. Geçersiz Bir Anlaşmaya Göre Yapılan Kazandırmaların Geri İstenmesi Sorunu

#### a. Genel Olarak

Anlaşma veya birlik kararının mutlak butlan ile sakatlanmasının diğer önemli sonucu ise, batıl olan anlaşma hükümlerine göre ifade bulunmuş tarafın, vermiş olduğunu geri istemesinde ortaya çıkar<sup>77</sup>. Roma Andlaşmasının 85. maddesinde buna ilişkin herhangi hüküm olmadığı gibi, Avrupa Topluluğu yargı organlarının da bu konuda herhangi bir kararının bulunmaması sebebi ile bu sorunda tek kaynak, Avrupa Topluluğu üye devletlerin ulusal hukuklarıdır<sup>78</sup>.

Tarafların batıl olan anlaşmaya göre yapmış oldukları kazandırmaları geri isteyebilmeleri, arada hukuken geçerli bir sözleşmenin bulunmaması sebebi ile sözleşmeye dayandırılmaz. Yapılan sözleşmenin başlangıçtan itibaren hükümsüz olması sebebi ile yapılan ödemeler sözleşmeden doğan bir borcun ifası olarak kabul edilemez. Bu tipik bir sebepsiz zenginleşme durumu oluşturur ve bu sebepten de ödemede bulunanın vermiş olduğunu geri talep edebilmesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olur<sup>79</sup>.

85. maddenin 2. paragrafında öngörülen geçersizlik halinin başlangıçtan itibaren mutlak butlan ile sakatlanma olarak kabul edilmesi<sup>80</sup> ile taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı sözleşmelerin taraflara hak ve borçlar yüklemesi mümkün değildir. Yapılan ödemeler de, yerine getirilmesi gereken bir borç bulunmadığından, geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan ödemeler olarak nitelendirilebilir<sup>81</sup>.

Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar, konu bakımından hukuken muteber sözleşmeler olmakla beraber, piyasa şartlarına göre ya da sözleşmenin kurulmasından sonraki bir safhada piyasa şartlarındaki değişimler sonucu, rekabetin kısıtlanmasına neden olabilmektedirler. Böyle bir durum ortaya çıkması halinde, bu anlaşmalar Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafına göre butlan ile sakatlanmış olurlar. Ancak, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar bakımından, sakatlık durumu sözleşmenin kuruluş anından değil rekabetin kısıtlanması anından itibaren sonuç doğurur, çünkü anlaşmanın batıl olması 85. maddenin 1. paragrafının ihlal edilerek rekabetin kısıtlanması

<sup>77</sup> BELLAMY-CHILD, 101, 102.

<sup>78</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 177; BELLAMY-CHILD, 102.

<sup>79</sup> DERINGER, 49.

<sup>80</sup> GLEISS-HIRSCH, 244; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 175; KORAH, Introduction, 50.

<sup>81</sup> ATAAY, Borçlar Hukukunun Teorisi, İstanbul, 1983, 373.

neticesidir<sup>82</sup>. Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar bakımından da sakatlık, rekabetin kısıtlanması ile sonuç doğurur ve ancak sonra yapılan ödemeler sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenebilir.

Geçersiz bir sözleşmeye göre yapılan ödemenin geri istenmesine ilişkin iddialar Avrupa Topluluğu üye devletlerin ulusal hukuk kurallarına tabidir<sup>83</sup>. Çeşitli farklılıklar göstermesine rağmen, sebepsiz zenginleşme kavramı üye devletler hukuklarına yabancı değildir. Örneğin, Alman<sup>84</sup> ve İtalyan<sup>85</sup> Medeni Kanunlarında açıkça düzenlenmiş olan sebepsiz zenginleşme kurumu, Fransız<sup>86</sup> ve Hollanda<sup>87</sup> Hukuklarında mahkeme kararları ve doktriner çalışmalar sonunda kabul edilmiştir. İngiliz Hukukunda da sebepsiz zenginleşme kuralları, Common Law ve hakkaniyet hukuku (equity law) içinde içtihat hukuku ile gelişmiştir<sup>88</sup>. Üye devletler hukuklarında sebepsiz zenginleşme kuralları bazı farklılıklar göstermekte ise de bu konumuz açısından önemli değildir.

Rekabet Hukuku kurallarını ihlal etmesi sebebi ile butlan ile sakatlanan bir sözleşmeye göre yapılmış olan kazandırmaları da sebepsiz zenginleşme kurallarına göre istemek her durumda mümkün değildir. Ödenmiş olanın geri istenmesi, biri hukuki diğeri pratik olmak üzere iki şekilde sınırlanmıştır.

## **b. Verilenin Geri İstenmesinin Kısmi Butlan Sebebi ile Sınırlanması**

Rekabeti kısıtlama nedeni ile anlaşmanın sadece bir bölümünün geçersiz olduğu durumda, ödemenin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre istenmesinde bazı pratik zorluklar ile karşılaşılır<sup>89</sup>. Anlaşmanın tümünün geçersiz olduğu hallerde, geri istenecek kazandırmayı belirlemenin oldukça kolay olmasına karşılık, kısmi butlan durumunda, yapılan ödemenin ne miktarda sebepsiz zenginleşmeye yol açtığı belirlenmek zordur. Yapılan ödemenin, batıl olan kısma ilişkin olduğu kolayca tesbit edilebiliyorsa, sorun basite indirgenmiş sayılır. Buna karşılık, ödemenin anlaşmanın geçerliliği devam eden kısmına mı yoksa butlan ile sakatlanmış kısmına mı ilişkin olduğu belirli değilse geri istenecek miktarın belirlenmesinde önemli zorluklar ortaya çıkar. Kanımızca,

<sup>82</sup> GLEISS-HIRSCH, 244; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 175.

<sup>83</sup> DERINGER, 49-50.

<sup>84</sup> Alman Medeni Kanunu paragraf 812.

<sup>85</sup> İtalyan Medeni Kanunu madde 2041, 2042.

<sup>86</sup> MAZAUD,H.L.- MAZAUD,J., 802; FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler cilt 1, İstanbul, 1976, 733.

<sup>87</sup> DERINGER, 117.

<sup>88</sup> FURMSTON, 631-636; ULUSAN, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984, 117-121.

<sup>89</sup> DERINGER, 91.

tarafardan birinin yapmış olduğu kazandırmanın ne için yapıldığını belirlemek güç ya da bu belirleme sırasında hataya düşmek ihtimali yüksek ise, sebepsiz zenginleşmeye dayanan taleplerin reddedilmesi ve ödenmiş olan miktarın sözleşmenin ayakta kalan kısmı ile ilgili olduğunu kabul etmekte taraflar arasındaki çıkar dengesinin korunması bakımından yarar vardır<sup>90</sup>.

Yapılmış olan kazandırmaların anlaşmanın geçerli ve geçersiz kısımları arasında paylaştırılması ile tarafların ifalarının geçerli ya da geçersiz kısımları mı ilişkin olduğunun tesbiti farklı sorunlardır. İlkinde ödeme yapılmış ancak ne miktarının anlaşmanın geçerli ve ne miktarının geçersiz kısma ilişkin olduğu belirli değildir ve bir oranlama söz konusudur. İkincisinde ise taraflardan biri kendi borcunu yerine getirmiştir, ancak yapılan kazandırma geçerli kısım için olabileceği gibi geçersiz kısım için de yapılmış olabilir. Bu durumda, ortaya çıkan sorun, yapılan kazandırmanın borçlar arasında uygun ölçüde bölüştürülmesi değil, hangi borç için yapıldığına ilişkin bir seçimin yapılmasıdır.

İkinci durumda, anlaşmanın tümünün butlan ile sakatlanmış olduğunun kabulünde yanayız, çünkü bundan farklı bir çözüm hakimi hukuka aykırı sonucun elde edilmesinde alet haline getirebilir. İlk durumda, yani yapılmış ödemenin oranlanması sorununda ise, ödemenin anlaşmanın butlan ile sakatlanmış hükümleri için mi, yoksa yürürlükte olan kısım için mi yapıldığı belirlenemediğinden, bunun geçerli olan kısım için yapılmış olduğunun kabul edilmesi ticari hayatın kesintisiz devamını temin için gereklidir.

Yapılan ödemelerin hangi kısım için yapıldığının tesbitinin mümkün olmadığı durumlarda, yargıcın başvurabileceği yollar gözönüne alındığında, yukarıda kabul ettiğimiz sonucun amaca en uygun düştüğü görülür. Yargıcın, böyle bir olayda başvurabileceği yollardan biri, anlaşmanın tümünü batıl kabul etmek diğeri ise, ödemeyi anlaşmanın geçerli ve geçersiz kabul edilen kısımları arasında belirli bir orana göre bölüştürmektir. Anlaşmanın tümünün butlan ile sakatlandığı görüşü kabul edilemez, çünkü yargıcın anlaşmayı amaçları ve hukukun genel prensipleri çerçevesinde ayakta tutmak görevi ile ters düşen bir durum yaratır ve ayrıca böyle bir karar da ticari hayata yapılacak ağır bir müdahale oluşturur<sup>91</sup>. Ödemenin belirli bir orana göre geçersiz ve geçerli kısımlar arasında paylaştırılması da, aynı sakıncaları beraberinde getirerek yargıcın ticari hayata karışmasına yol açar. Yargıcın, ticari hayatın inceliklerine göre karar verebilmesi mümkün değildir. Karar ve yönetimdeki subjektif unsurlar bir kenara bırakılarak objektif ölçütler ile gerçeği bulmağa çalışmak, ticari hayat gerçekleri ile ters düşen sonuçların ortaya çıkışına yol açabilir.

<sup>90</sup> COASE, The Problem of Social Cost, 3 The Journal of Law and Economics 19 (1960).

<sup>91</sup> BELLAMY-CHILD, 102.

Yargıcın yapması gereken, ticari ilişkilerde, yargısal müdahaleyi asgari seviyede tutup, kısmi butlan durumunda taraflar arasında hala bir anlaşmanın var olduğunu da gözönüne alarak, ödemenin sözleşmenin yürürlükteki kısmı için yapıldığına karar vermek ve ödemenin geçerli ya da geçersiz kısım için olması ve bunun tesbitinin zor olduğu durumlarda, sorunun tarafların kendi aralarında anlaşma yolu ile çözümlenmelerine olanak hazırlamaktır<sup>92</sup>. Kanımızca, anlaşmaların kısmi butlan ile sakatlandığı hallerde, ödemede bulunan tarafın sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanmasında, ödemenin batıl olan kısım için yapıldığı açık olan durumlar hariç, pratik zorluklar vardır.

### c. Verilenin Geri İsteme Hakkının Tarafların Amacına Göre Sınırlandırılması

Geçersiz bir sözleşmeye göre yapılmış olan kazandırmanın sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenmesi hakkına getirilen ikinci sınırlama sözleşmenin amacı ile ilgilidir. Hukuka aykırı bir amacı elde etmek için yapılan ödemelerin geri istenemeyeceği kuralı, mutlak butlan ile sakatlanan anlaşmaya göre ödemede bulunmuş olan kişinin verdiğini geri istemesine sınırlama getirmektedir. Hukuka ve ahlaka aykırı bir amacı elde etmek için yapılan ödemelerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenemeyeceği Kıta Avrupası<sup>93</sup> ve Anglo-Amerikan<sup>94</sup> Hukuklarında yaygın bir şekilde kabul edilmektedir.

Hukuken geçerli bir sebebin bulunmasına rağmen yapılan ödemenin geri verilmesine getirilen bu sınırlamadaki belirleyici unsur, ödemenin hukuka aykırı bir amaç için yapılmış olmasıdır. Mahkemelerin bu tür iddiaları dinlememesine gerekçe olarak, yargı organlarının kişilerin "kirli işlerine karışmaması"<sup>95</sup>, vereni cezalandırılması<sup>96</sup> düşünceleri gösterilmiştir. Kanımızca, verenin cezalandırılması düşüncesi daha zayıf bir gerekçedir. 1767 tarihinde Hakim Wilmot, "elleri kirli bir şekilde mahkemenin önüne gelen tarafın dava hakkı yoktur"<sup>97</sup> şeklindeki ifadesi ile Roma Hukukundan gelen *in pari delicto potior est conditio defendis* maximi benimserken, mahkemelerin tarafların kirli işlerine karışmayacağını belirtmektedir. Özel hukuk ilişkilerinde hukuki himaye

---

<sup>92</sup> DERINGER, 91.

<sup>93</sup> SUNGURBEY, Medeni Hukuk Eleştirileri, Borçlar Yasası, madde 65 deki kuralın uygulanma alanı üzerine, c. III, İstanbul, 1971, 137.

<sup>94</sup> BELLAMY-CHILD, 102; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 255; FARNSWORTH, 327.

<sup>95</sup> SUNGURBEY, 137.

<sup>96</sup> ÖZ, Borçlar Kanununun 65. madde Kuralının Sınırlandırılması Sorunu ve Borçlar Kanununun 20. Madde Kuralı ile İlişkisi, Rüşvet - Başlık Parası, İBD c. 59 sayı 1-2-3, 1985, 108.

<sup>97</sup> Collins v. Blantern (1767), 2 Wilson 341, zikreden FURMSTON 652.

talep eden tarafın da kusurlu olması halinde, mahkemeler taraflar arasındaki çekişmeyle ilgilenmeyeceklerdir<sup>98</sup>. Rekabet Hukuku yazarları da, rekabeti kısıtlamak için verilenin geri istenmesinin bu ilkeye ters düşeceğini belirtmektedirler<sup>99</sup>.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafına göre butlan ile sakatlanmış anlaşmalara göre ödenmiş olanın geri istenmesi sorununun, genel hukuk ilkeleri ve sebepsiz zenginleşme kurallarına tabi olması, 1. paragrafa göre hukuka aykırı olan anlaşma ve kararın amacının ve niteliğinin tesbitini gerekli kılar. Fakirleşen tarafın, geri isteme talebinin kabulü, ödemeyi hukuka aykırı bir sonuç elde etmek için yapıp yapmadığına bağlıdır. Anlaşmanın mutlak butlan ile sakatlanması, tarafların yapmış olduğu ödemenin hukuka aykırı bir amaç yapılmış olduğunu göstermez. Zaten, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafında da hukuka aykırı durumlara yol açacak anlaşmaların, rekabetin kısıtlanması amacı ile yapılan anlaşmalar ve rekabetin kısıtlanmasına neden olacak anlaşmalar şeklinde ayrılmasının sebebi de budur. Rekabeti kısıtlamak amacı güden anlaşmalarda tarafların amacı hukuka aykırı sonucu elde etmek iken, bu etkiyi doğuran anlaşmalara taraf olanlar bakımından aynı iddialar doğru olmayabilir<sup>100</sup>.

Geçersiz bir sözleşmeye göre ödemede bulunan tarafın sebepsiz zenginleşme kurallarından yararlanarak verdiği geri isteyebilmesi, 2. paragrafa göre geçersiz olan anlaşmanın türüne ve anlaşmanın amacının 85. maddenin 1. paragrafa göre değerlendirilmesine bağlıdır<sup>101</sup>. Rekabet Hukukunda geliştirilmiş olan, rekabeti doğrudan kısıtlayan sözleşmeler ve rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan sözleşmeler ayrımı, tarafların geçersiz sözleşmeye göre yapmış olduğu kazandırmayı geri istemek hakkının varlığını belirlemede önemli rol oynar.

#### **d. Geçersiz Rekabet Hukuku Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sebepsiz Zenginleşmeye İlişkin Talepler**

##### **aa. Müşterek Sorunlar**

Rekabet Hukuku kapsamına giren anlaşmaların, Rekabet Hukuku kurallarını ihlali bunların butlan ile sakatlanmalarına yol açar. Rekabet Hukukunun, rekabete aykırı sözleşmelere göre verilenin geri alınmasını ayrıca

<sup>98</sup> Bu ilkede cezalandırma amacının ağırlıkta olduğunu sürenler, kanımızca, bu hatalı sonuca, korunan hukuki menfaatin tesbitinde yanlıya düşmelerinden doğmaktadır. Bakınız ÖZ, 108.

<sup>99</sup> WHISH, 206; AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 258.

<sup>100</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Boston, 1981, 91.

<sup>101</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 158; KAPTEYN-VERLOREN- VAN THEMAAT, 256.

düzenlenmiş olmasa nedeni ile bu sözleşmelere göre yapılmış olan kazandırmaların geri istenebilmesi, sebepsiz zenginleşme kurallarının izin verdiği ölçüde olacaktır<sup>102</sup>. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanabilmesi için, ödemede bulunanın amacının ve ödemenin neyin karşılığı olarak yapıldığının belirlenmesi gerekir. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bu şartlar, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden sözleşmeler bakımından ele alındığında sanılanın aksine, ödenmiş olanın geri istenmesinin istisnai durumlarda söz konusu olabileceği gözlenir.

Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden sözleşmelere göre verilenin geri istenebilmesi de iki kademeli bir araştırmaya tabidir. İlk önce anlaşmanın tümünün mü yoksa bir kısmının mı batıl olduğu tesbit edilecek<sup>103</sup>, ikinci olarak da taraflarının anlaşma ile elde etmek istedikleri amacın sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir talebi bertaraf edici nitelikte olup olmadığı araştırılacaktır.

#### **bb. Kartel Sözleşmesine Göre Kazandırmada Bulunanın Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Göre Geri İsteme Hakkı**

Kartel anlaşmalarının kısmi butlan ile sakatlanması hiçbir durumda mümkün değildir<sup>104</sup> ve anlaşmanın tümünün mutlak butlan ile sakatlanmış olduğu kabul edilir. Bu sebepten, kartel sözleşmesine göre yapılan kazandırmaların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilmesi, bu anlaşmalar ile elde edilmek istenen amacın da araştırılmasını gerektirir. Ödemenin hukuka aykırı bir amacın gerçekleştirmek için yapılmış olması halinde *in paricto delicto* kuralına göre, iade talebinin reddedilmesi gerekecektir<sup>105</sup>. Rekabete ilişkin kanunlarda rekabetin kısıtlanmasının hukuka aykırı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Kartel anlaşması ile elde edilmek istenilenin rekabeti kısıtlamak olması, yapılan ödemenin hukuka aykırı bir sonucu elde etmek için yapıldığını ortaya çıkarır.

Kartel sözleşmelerine göre verilmiş olanın, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenmesi, hukuka aykırı bir amacı elde etmek için verilen şeyin geri alınmayacağı prensibine aykırı olduğundan mümkün değildir<sup>106</sup>. Her ne kadar, 85. maddenin 2. paragrafına göre anlaşmanın geçersiz olması, ödenenin hukuka aykırı sonucu elde etmek için verildiğini göstermeğe yetmez

<sup>102</sup> DERINGER, 117-118.

<sup>103</sup> WHISH, 206; CUNNINGHAM, 59.

<sup>104</sup> DERINGER, 90; CUNNINGHAM, ibid.

<sup>105</sup> BELLAMY-CHILD, 102; WHISH, 206.

<sup>106</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 91.

ise de, kartel sözleşmelerinin 1. paragrafta yasaklanan sonuca yönelmiş olması, hukuka aykırı sonucu elde etmek için yapılan bir ödeme sonucuna varılmasını kaçınılmaz kılar.

### **cc. Rekabeti İkinci Dereceden Kısıtlayan ve Özellikle Patent-Lisans Anlaşması Bakımından Sebepsiz Zenginleşme Kurallarından Doğan Talepler**

Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalarda, kartel sözleşmelerinden farklı olarak, rekabetin kısıtlanması anlaşmasının esasını oluşturmaz. Hukuken muteber bir konuda yapılmış olan bir anlaşmada rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin yer alması ya da anlaşmanın taraflarına ilişkin çeşitli faktörlerin ve piyasa koşullarının birarada bulunmasının rekabetin kısıtlanmasına yol açması halinde, rekabetin ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmaların varlığından söz edilir. Örneğin, piyasada en büyük alıcı durumundaki bir şirketin, kendi ihtiyacı olan malın tedariki için çok uzun süreli bir alım sözleşmesi yapması halinde, satış sözleşmesinin hukuken geçerli olmasına karşılık, süreye ilişkin şartın taraflardan birinin piyasadaki en büyük alıcı şirket olması sebebi ile rekabetin kısıtlanmasına neden olacağı düşünülebilir<sup>107</sup>.

Patent-lisans anlaşmalarında hukuka aykırı olan, amaç değil anlaşmada yer alan tali nitelikteki hükümlerdir. Bunun sonucu olarak da bu anlaşmaların kartel anlaşmaların kartel sözleşmelerinden farklı şekilde değerlendirilmesi<sup>108</sup> ve bunlara farklı hukuki sonuçlar bağlanması doğaldır. Kartel anlaşmalarında hukuka aykırılığın esasa ilişkin olması sebebi ile, anlaşmanın tümünün geçersiz kabul edilmesine karşılık, patent-lisans sözleşmelerinde, sadece rekabetin kısıtlanmasına yol açan maddelerin butlan ile sakatlanması söz konusu olur<sup>109</sup>.

Kısmi butlan ile sakatlanmış olan rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalarda, anlaşmanın hala yürürlükte olması, pratikte tarafların yapmış oldukları ödemeleri geri istemelerini engeller. Yapılan kazandırmaların, anlaşmaların geçerliliğini koruyan anlaşmanın esasına mı ilişkin olduğunun ya da Rekabet Hukuku kurallarını ihlal etmek sebebi ile butlan ile sakatlanan maddelerine mi ilişkin olduğunun tesbiti gerekir.

Patent-lisans sözleşmeleri, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar arasında en tipik özelliklere sahip olanıdır. Patent hakkının, buluş

---

<sup>107</sup> Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 US 320 (1961); Re Bayer AG and Gist Brocades NV, (1976) 1 CMLR D 398.

<sup>108</sup> Bakınız sayfa 217.

<sup>109</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898).

sahibine sağladığı münhasır yararlanma hakkının, rekabet şartlarını ortadan kaldırdığından, ancak kanundan doğan bu sınırlamanın Rekabet Hukuku kapsamı dışında kaldığında tereddüt yoktur<sup>110</sup>. Patent Hukukunca hak sahibine tanınan yetkilerin aşan<sup>111</sup>, buluş sahibinin saik hatası niteliğindeki ticari hatasının ve lisans alanın daha verimli işletmeciliğe sahip olmasının neden olabileceği kazancın azalması tehlikesini bertaraf etmekten başkaca bir fonksiyonu olmayan<sup>112</sup>, rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin Rekabet Hukuku kapsamı içinde değerlendirilmesinin ortaya çıkardığı ilk sorun, patent-lisans sözleşmesinin tümünün mü yoksa sadece Rekabet Hukukunu ihlal eden hükümlerin mi geçersiz kabul edileceğidir. Patent -lisans anlaşmasında, tarafların anlaşma ile elde etmeği umdukları menfaat ve rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin kabulünde oynadıkları etkin rol, kısmi butlana ilişkin sorunların çözümünde önemli rol oynar<sup>113</sup>.

Patent-lisans sözleşmelerinde yer alan, lisans alanın faaliyet bölgesini belirlenmesi, lisans ile üretilen malın fiyatını ya da üretim miktarını belirlemeye ilişkin şartların, lisans alanın rekabet olanaklarını ortadan kaldırması sebebi ile, patent hakkı sahibinin lehine hükümler olduğu açıktır<sup>114</sup>. Bu hükümler olmasa idi, lisans alanın aynı anlaşmayı yapacağı, bir lisans alanlar karteli durumu hariç, muhakkaktır. Patent hakkı sahibi lehine olan her kısıtlama, o oranda lisans alanın faaliyetlerin sınırladığı için aleyhe bir durum yaratır. Patent hakkı sahibine hukuken tanınan münhasır yararlanma ve yararlandırma hakkı, lisans alan üzerinde, aleyhe olan hükümleri kabul etmesi için, ekonomik baskı aracı olarak kullanılır. Lisans alanın bu kısıtlamaları hiçbir baskı olmaksızın kabul etmesi, mantığı aykırıdır.

Rekabeti kısıtlayıcı hükümler olmasa idi, lisans alanın gene de aynı sözleşmeyi yapacak olmasında tereddüt yoktur. Buna karşılık, lisans veren açısından aynı şey söylenemez. Ancak patent-lisans sözleşmesinin kurulmasındaki etkenler incelendiğinde, geçersiz olan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin sözleşmenin kuruluşunda önemli rol oynamadığı ortaya çıkar<sup>115</sup>.

Patent-lisans sözleşmesinde yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümler, lisans alanın rekabet etmesine mani olmaya yönelik yegane hükümler değildir.

---

<sup>110</sup> WHISH, 376-378; FURTH, 816; Notes: Patent Abuse and Antitrust, 626; Note: The Pit and the Patentee, 57 YLJ 1300 (1948).

<sup>111</sup> Notes: Patent Abuse and Antitrust, 632, 633.

<sup>112</sup> POSNER- EASTERBROOK, Antitrust, Cases, Economic Notes and Other Materials, St. Paul, 1980, 569.

<sup>113</sup> AREEDA, Antitrust Analysis, 91.

<sup>114</sup> LANG, Patent Rights and Patent Licensing in EEC Law, 73-74.

<sup>115</sup> WHISH, 359.



Lisans alanın rekabetini kısıtlayan esas etken, lisans sözleşmesi ile belirlenen lisans bedelidir<sup>116</sup>. Rekabet Hukuku kapsamına giren diğer hükümler, lisans alanın rekabet etmesini ikinci derecede engelleyen unsurlardır. Lisans bedelinin tekel fiyatı ile maliyet bedeli arasındaki fark olarak belirlendiği durumda, aynı maliyet giderlerine sahip iki firmadan, lisans bedeli ödeyen lisans alanın, malını tekel fiyatının altında satması mümkün değildir. Bu durumda, rekabeti kısıtlayıcı hükümler, lisans alanın daha verimli olması ve maliyet giderlerini düşürmesi halinde rekabet etme ihtimalini ortadan kaldırmak fonksiyonu görür. Görüldüğü gibi, rekabetin kısıtlanmaları nedeni ile geçersiz olan hükümlerin lisans sözleşmelerinin esası ile doğrudan ilgisi olamaz. Patent hakkı sahibinin geçersiz sayılan hükümler olmasaydı, anlaşmayı yapmayacak olması uzak bir ihtimaldir.

Rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin, patent-lisans sözleşmesinin tümünü butlan ile sakatlamasına yol açacağı kabul edildiği takdirde, lisans bedeli olarak verilenin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre istenmesi söz konusu olabilir<sup>117</sup>. Kısmi butlan durumunda, lisans sözleşmesinin hala yürürlükte olması, yani yenilikten yararlanma hakkının devam etmekte olması sebebi ile ödenmiş olan lisans bedelinin sebepsiz zenginleşmeye yol açması, mantıken mümkün değildir. Buna karşılık, patent-lisans sözleşmesinin tümünün batıl olması durumunda, lisans alanın buluştan yararlanmak için vermiş olduğu lisans bedeli, karşılıksız hale gelecektir. Yapılan kazandırmanın amacı hukuka aykırı bir sonucu elde etmek değil, hukuken muteber bir patent-lisans sözleşmesine göre ifade bulunmaktadır. Lisans alan, kendi aleyhine olan rekabeti kısıtlayıcı hükümler sebebi ile sözleşmenin geçersiz olmasından da lisans verene göre daha az kusurludur. Bu durumda, lisans alanın yapmış olduğu kazandırmanın, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenmesinde bir engelle karşılaşılmaz. Ödeme hukuka aykırı bir sonucu elde etmek için,örneğin lisans alanın faaliyet bölgesinin ya da üretim miktarının sınırlanması için, değil yenilikten yararlanmak karşılığı yapılmıştır.

#### **dd. Ortak Girişim Anlaşmaları ile Sebepsiz Zenginleşme Kurallarının Bağdaştırılması**

Ortak girişim anlaşmaları ile rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar arasında da amaç yönünden benzerlikler vardır. Bu anlaşmalarda da, anlaşmanın amacı rekabetin doğrudan etkilenmesi değil, teşebbüslerin kendi olanaklarını ortak bir strateji ve yönetim altında birleştirerek yeni bir pazara

---

<sup>116</sup> Bakınız sayfa 53.

<sup>117</sup> Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co., 314 US 488 (1942).

girmeleridir<sup>118</sup>. Ortak girişim anlaşmalarının Rekabet Hukuku kuralları bakımından değerlendirilmesinde, ticarete olumlu etki görüşünün benimsenmesi ve rekabetin kısıtlanmasının istisnai durumlarda sözkonusu olması, anlaşmanın amaç ve esas noktalarının rekabeti doğrudan kısıtlamak olmamasından doğmaktadır<sup>119</sup>. Ortak girişim anlaşmaları ile rekabetin kısıtlanması durumunda, batıl olan anlaşmanın tümü değil sadece bir bölümüdür. Anlaşmanın batıl sayılan hükümlerine göre yapılmış kazandırmaların geri istenmesi diğer rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda karşılaşılan sorunlardan farklıdır. Ortak girişim anlaşmasına göre yapılan kazandırmalar, ortak girişim anlaşması sonunda meydana getirilen ortak girişim şirketi lehinedir. Ancak tarafların ortak girişim şirketinin paydaşı sıfatları, yaptıkları bu kazandırmalar ile elde ettikleri ve ödemelerin karşılıksız olmadığı dikkate alındığında sebepsiz bir zenginleşmeden ya da fakirleşmeden bahsedilemeyeceği ortaya çıkar.

Rekabetin kısıtladığı gerekçesi ile ortak girişim anlaşmalarının tümünün butlan ile sakatlanması ise farklı sorunların ortaya çıkmasına neden olur. Anlaşmanın tümünün geçersiz olması halinde, ortak girişim şirketi hiç kurulmamış sayılacak ve anlaşmanın tarafları hiçbir zaman paydaş sıfatını kazanmamış olacaklardır. Bunun ticari hayatta önemli sorunların doğumuna yol açacağı ve bu sebepten de, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafı hükümlerinin ortak girişim anlaşmalarının tümünü etkilemesinin kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>120</sup>. Kanımızca, Ticaret Hukuku alanında ortaya çıkacak sorunları dikkate almamak ve bu görüşü desteklememek mümkün değildir. Adalet Divanının Bosch v. Geus kararında<sup>121</sup> kabul ettiği, hukuki güvenilirliğin tehlikeye düştüğü durumlarda, 85. maddenin 1. paragrafını ihlal eden anlaşmaların, 2. paragraf hükümlerine göre batıl olmasının önüne geçilebileceği görüşünün, kıyasen ortak girişim anlaşmalarına da uygulanması en uygun yoldur. Rekabet kısıtlanması nedeni ile ortak girişim anlaşmasının tümünün geçersiz olması, başvurulmaktan kaçınılan bir yol olmuştur<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> BROADLEY, 1525-1527; FOX, The American Competition Policy- From Anti-Trust to Pro-Efficiency (1981) ECLRev 488.

<sup>119</sup> PITOFSKY, The Political Content of Antitrust, 127 University of Pennsylvania Law Review 1078, 1079 (1979); FOX, ibid.

<sup>120</sup> DERINGER, 89; RITTER - OVERBURY, Joint Ventures, 620.

<sup>121</sup> Case 13/61, Robert Bosch GmbH and others v. Kleding-Verkoopbedrijf de Geus en Uitdenboger, (1962) CMLR 1.

<sup>122</sup> RITTER - OVERBURY, Joint Ventures, 621; LANG, Joint Ventures Under the EEC Treaty Rules on Competition, 34,35.

#### 4. Butlan ile Sakatlığın Diğer Anlaşmalara Etkisi

Taraflar arasındaki anlaşmaların ya da kararların rekabeti kısıtlaması sebebi ile batıl sayılmasının üçüncü kişiler ile yapılan hukuki muamelelere etkisi ne olacaktır? Bu özellikle, rekabeti kısıtlamak için anlaşılan tarafların üçüncü kişiler ile yaptığı satış sözleşmeleri için önemlidir<sup>123</sup>. Butlan ile sakatlanmış bir kartel anlaşması sonucu ortaya çıkan yüksek fiyat üzerinden yapılmış olan anlaşmalar da, kartel sözleşmesinin batıl olması sebebi ile sakatlanacak mıdır? Bu sorun, hukuki bağlayıcılık niteliği taşımadığı için Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında düzenlenmemiş olan uyumlu eylemler için de aynı derecede önemlidir<sup>124</sup>. Rekabetin uyumlu eylem sonucu kısıtlanmış olması, rekabetin kısıtlanmasına neden olan teşebbüslerin üçüncü kişiler ile yapmış oldukları anlaşmalar gibi etki yapar.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların batıl sayılmasının, üçüncü kişiler ile yapılmış olan anlaşmaları da hükümsüz kılacağına kabul edilmesi halinde yapılan her sözleşmenin arkasında, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın ya da eylemin varlığını aramak gerekecektir. Sorun bu yönüyle sadece Rekabet Hukukunu ilgilendirmekle kalmamakta, genel hukuk ve ekonomi politikasını ve kamu düzenini de doğrudan ilgilendirmektedir.

Amerikan Hukukunda, rekabeti kısıtlama sonucu doğuran bir anlaşmanın taraflarının üçüncü kişiler ile yapmış olduğu anlaşmaların geçerliliğine etki yapmayacağı prensip olarak kabul edilmektedir<sup>125</sup>. Yüksek Mahkeme, Shearman Kanununun ilk yıllarında verdiği bir kararda<sup>126</sup>, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya taraf olan davacının, davalıdan aralarındaki satış sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmesini isteyemeyeceğine ve rekabetin kısıtlanması sonucu yükselmiş olan fiyattan ödeme yapılmasına karar verilmesi halinde, mahkemenin de rekabeti kısıtlayıcı eyleme katılmış sayılacağına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, daha sonraki kararlarında bu içtihadından kısmen dönmüş ve taraflardan birinin rekabeti kısıtlayıcı bir faaliyete katılmış olmasının diğer sözleşmelere etkisinin sadece kamu yararı<sup>127</sup> ya da dava konusu sözleşmenin de rekabeti kısıtladığı durumlarda söz konusu olabileceğini bildirmiştir<sup>128</sup>. Rekabetin kısıtlanmış olması taraflara, diğer sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmekten kaçınmak hakkı vermemekte,

<sup>123</sup> GLEISS-HIRSCH, 246; DERINGER, 92; HOUIN, 45.

<sup>124</sup> HOUIN, 46; DERINGER, 96.

<sup>125</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 266.

<sup>126</sup> Continental Wallpaper Co. v. Louis Voight and Sons Co., 212 US 227 (1909).

<sup>127</sup> Kelly v. Kosuga, 358 US 516, 520, 521 (1959).

<sup>128</sup> Lewis v. Seanor Coal Co., 390 US 947 (1968); Atlantic Richfield Co. v. Malco Petroleum, 471 F 2d 1258 (Sixth Circuit 1972) zikreden AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 266 dip notu 6.

sadece zarar gören tarafa rekabetin kısıtlanmasından doğan zararının giderimini talep hakkı tanımaktadır<sup>129</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafı, sadece rekabeti kısıtlayan ya da bu sonucu doğuran anlaşma ve kararların batıl olduğunu bildirmekte ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın taraflarının üçüncü kişiler ile yapmış oldukları hukuki muamelelerin geçerliliği konusunda bir hüküm getirmemektedir<sup>130</sup>. Kural olarak Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafını ihlal etmesi sebebi ile 2. paragrafa göre geçersiz olan bir anlaşmanın bunu takip eden diğer anlaşmalara etkili olmadığı kabul edilmektedir<sup>131</sup>. Yani rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ile diğer anlaşma ayrılmaz bir bütün oluşturmakta, ya da üçüncü kişi ile yapılan anlaşmanın kendisi, rekabetin kısıtlanmasına yol açmakta ise, diğer anlaşma de rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da kararın tabi olduğu hükümlere tabi olacaktır<sup>132</sup>. Aksi halde, rekabetin kısıtlanmış olması tarafları borçlarından kurtarmayacaktır<sup>133</sup>.

Kanımızca, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin üçüncü kişilerle yapmış oldukları anlaşmaların geçerliliği sorununda dikkate alınması gereken iki önemli husus vardır. Bunlardan birincisi, kabul edilecek çözüm tarzının ticari ve ekonomik hayat gerçekleri ile ahenkli olması zorunluluğudur. İkinci husus, sonradan üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin, varsa rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ile olan ilgisinin tesbitidir<sup>134</sup>.

Kanımızca, sorun ticari ve ekonomik düzenin devamı ve hukuka güven bakımından ele alındığında, diğer anlaşmaların taraflardan birinin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın tarafı olması sebebi ile geçersiz kabul edilmemesini gerektirir. Aksi bir çözüm tarzı, her sözleşme bakımından sözleşmenin geçerliliği sorununu ortaya çıkaracak ve tarafların rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının araştırılmasını gerektirecektir. Bunun da sonsuz sayıda çekişmenin doğumuna ve ticari hayattaki hukuki güvenin ortadan kalkmasına yol açacağı aşikardır. Bu husus, Amerikan Hukukunda Yüksek Mahkemenin kararlarının gelişmelerinde çok etkili olmuştur.

<sup>129</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 266.

<sup>130</sup> HOUIN, 47.

<sup>131</sup> DERINGER, 96; GLEISS-HIRSCH, 246.

<sup>132</sup> HOUIN, 47.

<sup>133</sup> GLEISS-HIRSCH, 247; DERINGER, 96.

<sup>134</sup> Kelly v. Kosuga, 358 US 516, 520, 521 (1959); Atlantic Richfield Co. v. Malco Petroleum, 471 F 2d 1258 (Sixth Circuit 1972); DERINGER, 92, 93.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ile üçüncü kişiler arasında yapılan anlaşmalar arasındaki ilişkinin tesbiti de aynı derecede önemlidir<sup>135</sup>. Anlaşmalar konu ve taraflar bakımından ele alındığında, bunların farklı olduğu gözlenir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların konusu, rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan faaliyetlerdir. Buna karşılık üçüncü kişiler ile yapılan anlaşmaların konuları farklıdır. Anlaşma, tarafları bakımından incelendiğinde, tarafların farklı kişiler olduğu gözlenir. Kanımızca, bu anlaşmaları birbirini tamamlayan tek bir anlaşma gibi nitelendirmek hukuken mümkün değildir.

Roma Andlaşmasının 85. maddesi, sadece rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların geçersiz olduğunu belirtmekte ve bunlar ile ilgili diğer anlaşmaların da geçersiz olacağını düzenlememektedir. Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ulusal hukukları incelendiğinde, bu konudaki tek pozitif düzenlemeye Fransız Hukukunda rastlanır. Fransız Rekabet Hukukunu düzenleyen 30 Haziran 1945 tarihli Prix d'Ordonnance'nin 59 bis maddesi, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ile ilgili ya da bunları gerçekleştirmeğe yönelik bütün hukuki muamelelerin geçersiz olduğunu belirtmektedir<sup>136</sup>. Houin, Gleiss ve Hirsch'in görüşlerini reddetmekte ve Fransız Hukukundakine benzer bir sonuca, ahlaka aykırı sözleşmeler ile ilgili bütün anlaşmaların da geçersiz olacağı görüşünden hareketle varmağa çalışmaktadır<sup>137</sup>. Adalet Divanı ise, Beguelin davasında<sup>138</sup>, 85. maddenin 1. paragrafını ihlal eden bir anlaşmaya dayanarak üçüncü kişilere karşı bir talepte bulunulamayacağını açıklamıştır<sup>139</sup>. Ancak, kanımızca, bu durumu rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın, üçüncü kişiler ile yapılan anlaşmaları da geçersiz hale getirmesi şeklinde yorumlamak doğru olmaz, çünkü üçüncü kişiyle yapılan anlaşmanın kendisi rekabeti kısıtlamakta ise, bu durumda geçersizlik<sup>140</sup>, ilk anlaşmanın geçersiz olmasından değil, ikinci anlaşmanın da Rekabet Hukukunu ihlal etmekte olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda, üçüncü kişiyle yapılmış olan anlaşmanın etkilendiğinden söz etmek mümkün değildir<sup>141</sup>.

Üçüncü kişilerle yapılan anlaşmaların rekabete etkisinin olmadığı durumlarda ise, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın üçüncü kişilerle yapılmış olan anlaşmaları da geçersiz hale soktuğunu ileri sürmek mümkün değildir<sup>142</sup>. Aksi

---

<sup>135</sup> GLEISS-HIRSCH, 247; DERINGER, 97.

<sup>136</sup> HOUIN, 48.

<sup>137</sup> ibid 47.

<sup>138</sup> Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, (1971) ECR 949. Olayda, taraflar arasındaki münhasır satıcılık anlaşmaları ile, üçüncü kişilerin faaliyetlerinin kısıtlanması söz konusudur.

<sup>139</sup> Case 27/71, Béguelin Import Co. v. G.L. Import Export, (1971) ECR 962.

<sup>140</sup> GLEISS-HIRSCH, 246.

<sup>141</sup> GLEISS-HIRSCH, 247-248; DERINGER, 96.

<sup>142</sup> BELLAMY-CHILD, 107.

bir çözüm tarzının ticari hayatta yaratacağı karışıklık, hukuka olan güvenin zayıflamasına yol açar.

### III. REKABET HUKUKUNA AYKIRI EYLEMLERDEN DOĞAN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK

#### A. Genel Olarak

Rekabet Hukuku kurallarının ihlali sözleşme hukukunda olduğu gibi haksız fiil hukukunda da çeşitli sonuçların doğmasına yol açar<sup>143</sup>. Rekabetin kısıtlanması sonucu piyasadaki fiyat ve mal miktarının belirlenmesinde toplumsal tercihlerin ikinci plana atılması, bireyleri daha fazla bedel ödemelerine ya da düşük kalitede mal satın almalarına neden olur. Bunun yanı sıra, rekabetin kısıtlanması sonucu bu anlaşmaya taraf olmayanların piyasadaki faaliyetlerinin güçleşmesi ya da dışlayıcı davranışlar durumunda olduğu gibi, hukuka aykırı eylemin ana hedeflerinden olan üçüncü kişi durumundaki diğer teşebbüsler bakımından da değişik türde zararların ortaya çıkması söz konusu olabilir<sup>144</sup>. Rekabetin kısıtlanması sonucu ortaya çıkan bu zararlar, zarar gören ile zarar veren arasındaki mevcut bir sözleşmeden ya da borç ilişkisinden doğmamaktadır.

Rekabet Hukuku, piyasanın rekabet koşullarına uygun olarak gelişip devamına ve toplumun da bundan optimum fayda elde etmesine yöneliktir. Temel gaye, genel anlamda bütün tüketicilerin daha fazla bedel ödemek zorunda kalmalarını önlemek ve piyasadaki herkesin eşit koşullar altında faaliyet göstererek rekabetin yararlarından faydalanmasını temin etmektir<sup>145</sup>. Rekabet Hukukunu ihlal edici davranışlara, hedeflenen amaç bakımından bakıldığında, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin taraflarının birbirlerine karşı korunması sorununun tali nitelik taşıdığı görülür. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, örneğin Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında olduğu gibi batıl olduğunu belirtilmesi, bu kişiler arasındaki borç ilişkilerinin Rekabet Hukuku içinde düzenlendiğini göstermez. Bu daha çok, böyle bir borç ilişkisinin taraflarının bunun ile bağlı olmadığını belirterek, üçüncü kişilerin ortaya çıkacak zararının önlenmesine yönelik ya da daha fazla zararın doğumuna engel olmak için, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın taraflarına, bunu sona erdirmek olanağının tanınmasıdır. Çünkü Rekabet Hukukunun esas gayesi, rekabet koşullarına uygun bir piyasa yaratılarak, tüketicinin tercihlerine göre fiyat ve mal miktarının

<sup>143</sup> BELLAMY-CHILD, ibid; DERINGER, 106.

<sup>144</sup> DERINGER, ibid; WHISH, 35.

<sup>145</sup> BORK, The Antitrust Paradox, New York, 1978, 81, 82; SWANN, Competition and Consumer Protection, Middlesex, 1979, 265.

belirlenmesi<sup>146</sup> ve böyle bir piyasa içinde teşebbüsler arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasıdır.

Rekabet Hukuku ile elde edilmek istenenler gözönüne alındığında, rekabetin kısıtlanmasından zarar görenlerin üç ana grup içinde toplandığı görülür; bunlar tüketiciler, rakip teşebbüsler<sup>147</sup> ve malın dağıtım zinciri içinde bulunan genel anlamdaki ara teşebbüslerdir<sup>148</sup>. Tüketicilerin fiyat artması üzerine fazla ödeme yapmak zorunda kalmaları, rakip teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerine devam etmelerinin zorlaşması ve bu sebepten eski durumlarını korumak için ek harcamalar yapmaları gibi, genel anlamdaki ara teşebbüsler de fiyat artması, talebin düşmesinden zarar görürler ve rakip teşebbüsler gibi, durumlarını koruyabilmek için ek harcamalar yaparlar<sup>149</sup>. Bütün bunlar, rekabetin kısıtlanmasının doğal sonuçlarıdır ve Rekabet Hukukunun elde etmek istediği gaye dışındaki oluşumlardır.

Ortaya çıkan zararlardan sorumluluğun niteliği sorununu ele almadan önce, rekabetin kısıtlanmasına yol açanların hangi zararlardan ve kimlerin zararlarından sorumlu olacakları sorununun ele alınmasında yarar vardır<sup>150</sup>.

Rekabet ile elde edilmek istenen, herşeyden önce, rekabetin ekonomik sonuçlarıdır. Rekabet Hukuku ile korunması hedeflenen hukuki menfaat kriteri, rekabetin kısıtlanmasına sebep olan kişilerin hukuki sorumluluklarının belirlenmesinde de önemlidir<sup>151</sup>. Rekabet Hukuku ile sadece toplumun çıkarlarının korunmasının hedeflenmiş olduğunun kabulü halinde, rekabetin kısıtlanmasına neden olanların, ortaya çıkan bireysel zararlardan sorumlu olamayacağı ileri sürülmüştür<sup>152</sup>. Rekabet Hukuku kuralları ile sadece toplumun genel çıkarlarının korunduğu şeklindeki görüşler tasvip görmemiştir<sup>153</sup>. Üçüncü kişilerin zararlarının giderimi sorunu bu açıdan incelendiğinde de, bu zararların Rekabet Hukuku kapsamına girdiği görülür.

---

<sup>146</sup> SWANN, Competition and Consumer Protection, 21, 22.

<sup>147</sup> MERKIN-WILLIAMS, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London, 1984,441-448; DERINGER, 106.

<sup>148</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 184.

<sup>149</sup> POSNER- EASTERBROOK, 568.

<sup>150</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 160; HANDLER, The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits- The Twenty Third Annual Review, 71 Columbia Law Review 24 (1971).

<sup>151</sup> HOUIN, 30, 31.

<sup>152</sup> GLEISS-HIRSCH, 247; DERINGER, 107; HOUIN, 51.

<sup>153</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238; WHISH, 207, 208.

Kaynak dağılımında verimlilik ilkesi ile tüketicilerin, ödemeleri gereken miktardan daha fazla ödeme yapmak zorunda kalmaları ile doğrudan bağlantı vardır. Tüketicilerin fazla bedel ödeme zorunda kalmaları, kaynakların verimli kullanılmaması sonucu olduğu gibi, tüketicilerin fazladan yapmış oldukları ödemeler de kaynak dağılımında verimliliğin bozulma sebebidir. Yani kaynak dağılımında verimlilik ilkesi ile tüketicilerin ödemesi gerekenden fazla bedel ödeyerek uğramış olduğu zararın tazmini arasında çok sıkı bir bağlantı vardır<sup>154</sup>. Kaynak dağılımında verimliliğin temine yönelik bir normun, tüketiciyi korumayı amaçlamadığını iddia etmek gibi tüketiciyi korumak üzere kabul edilmiş bir Rekabet Hukuku normunun verimlilik ilkesini dikkate almadığını da ileri sürmek mümkün değildir. Diğer yandan, Rekabet Hukuku politikası bakımından, toplumun çıkarlarını korumak ve bozulan kaynak dağılımında verimliliği eski hale yakın bir duruma getirmek için tek yol üçüncü kişilerin zararlarının tazmini şeklinde olabilir. Rekabet Hukukunun tüketiciyi korumayı amaçlamadığı kabul edilse bile, kaynak dağılımında verimliliğin cezai yaptırımlar ile gerçekleştirilemeyeceği gerçeği<sup>155</sup>, tüketicinin zararının da Rekabet Hukuku kapsamına alınmasını kaçınılmaz kılar. Ekonomik sistemde bozulan denge, hiçbir şekilde, rekabeti kısıtlayanların, devlete ya da Avrupa Topluluğuna ödeyeceği para cezası ile eski hale getirilemez. Bunu gerçekleştirmek için en uygun yöntem, fazla ödemede bulunmuş olan tüketicilerin zararlarının tazminine olanak sağlanmasıdır. Rekabet Hukukunun tüketiciyi korumayı amaçladığı görüşü kabul edilse bile, tüketicinin zararının tazmini, amaca ulaşmak için kullanılması gereken araçtır<sup>156</sup>.

Amerikan Hukukunda, Clayton Kanununun 4. maddesi, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören kişilerin zararlarının giderimi konusunu açıkça düzenlemiş olduğundan, Avrupa Topluluğu Hukukunda ileri sürülmüş olan yukarıda belirttiğimiz görüşler, Amerikan Hukuku açısından geçerli değildir<sup>157</sup>. Buna karşılık, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde bu hususta herhangi bir hükmün bulunmaması nedeni ile, bu sorun Adalet Divanının Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM kararına<sup>158</sup> kadar güncelliğini korumuştur<sup>159</sup>. Adalet Divanı bu kararında rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin, üçüncü kişilerin zararından sorumluluğunun da Roma Andlaşmasının 85. maddesi kapsamına girdiğini belirtmiş ve Amerikan Hukuku ile Avrupa Topluluğu Hukukları arasındaki farkı ortadan kaldırmıştır.

<sup>154</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 109.

<sup>155</sup> POSNER- EASTERBROOK, 550; NEALE-GOYDER, The Antitrust Laws of the U.S.A., Cambridge, 1982, 393.

<sup>156</sup> NEALE-GOYDER, 418.

<sup>157</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 163.

<sup>158</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238.

<sup>159</sup> MERKIN-WILLIAMS, 442; KERSE, EEC Antitrust Procedure, London, 1981, 257.



Rekabetin kısıtlanması sonucunda, hukuka aykırı bu faaliyetlere katılan teşebbüslerin, doğan zarardan sorumluluklarının niteliğine ve tabi oldukları hukuki rejime geçmeden önce, sorumluluk doğuran hallerin butlan ile geçersiz sayılan anlaşma ve kararlar ile sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. Rekabet Hukuku kurallarına göre, hukuka aykırı olmaları sebebi ile batıl sayılan sözleşme ve kararların yanı sıra, teşebbüsler uyumlu eylemle de, üçüncü kişilerin zarar görmelerine neden olabilirler<sup>160</sup>. Uyumlu eylemin geçersiz olduğunun belirtilmemiş olması, bunların hukuken muteber sonuçlar doğurmamasından kaynaklanmakta ve bunların sözleşme dışı sorumluluğa yol açması bakımından bir engel bulunmamaktadır. Sözleşme dışı sorumluluğa neden olma açısından, rekabetin kısıtlanmasının anlaşma veya teşebbüs birliği kararı ya da uyumlu eylem sonucu olması farksızdır. Önemli olan rekabetin kısıtlanmasının ve dolayısı ile ortaya çıkan zararın, birden fazla teşebbüsün kusurlu davranışı sonucu olmasıdır<sup>161</sup>.

## **B. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüslerin Üçüncü Kişilerin Zararından Sorumluluğunun Niteliği**

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin zararlarından, bu hukuka aykırı faaliyete katılmış olanlar, birlikte sorumludurlar. Ortaya çıkan zararın kaynağı teşebbüslerin hukuk normlarına aykırı davranışlarıdır. Zarar herkese karşı yerine getirilecek bir yükümlülüğün ihlalinden doğmakta<sup>162</sup> ve teşebbüslerin hukuka aykırı eylemleri sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu zarara neden olan eylemin unsurları incelendiğinde bunun bir haksız fiil oluşturduğu gözlenir<sup>163</sup>. Zarar gören ile zarar veren arasında bir borç ilişkisi olmadığı gibi, bir borç ilişkisinin varlığı halinde de sorumluluğun niteliği değişmez. Çünkü zarar, sözleşmeden doğan bir borcun ihlalinden değil herkese karşı yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün ihlalinden doğmaktadır. Zarar gören ile rekabeti kısıtlayanlar arasında bir borç ilişkisi olduğu durumlarda, örneğin rekabeti kısıtlayanların doğrudan tüketicilere mal satması halinde, zarar görenin zararının giderimi davasını dilerse haksız fiile ilişkin hükümlere dilerse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayandırabilir<sup>164</sup>. Rekabeti kısıtlayanların sözleşme hukukundan doğan sorumluluğu, sözleşmenin kuruluş safhasında doğru bilgi vermek ve özen göstermek borcuna aykırı davranmaktan doğmaktadır<sup>165</sup>. Bundan da sadece,

<sup>160</sup> HOUIN, 49.

<sup>161</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 177.

<sup>162</sup> TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, c.1, İstanbul, 641

<sup>163</sup> WHISH, 33, 34.

<sup>164</sup> TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, 1313; TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara, 1961, 537.

<sup>165</sup> TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, 1305; ATAAY, 244-246.

rekabeti kısıtlayanlar ile aralarında bir sözleşme ilişkisi olan zarar görenler yararlanabilirler ve sözleşme ya da haksız fiile ilişkin giderim taleplerinden birinin yerine getirilmesi halinde de diğer talep ortadan kalkar<sup>166</sup>.

Amerikan Hukukunda, rekabetin kısıtlanmasına sebep olan kişilerin hukuki sorumluluğu Clayton Kanununun<sup>167</sup> 4. maddesinde düzenlenmiştir<sup>168</sup>. 4. maddeye göre, Rekabet Hukuku kurallarının ihlalinin ortaya çıkardığı zararlardan, rekabetin kısıtlanmasına neden olanlar hukuken sorumludurlar. Amerikan Hukukunda, bu sorumluluk özel bir haksız fiil türü olarak ele alınmış ve bu sorumluluğun doğumuna ilişkin şartlar, konunun özelliklerine göre geliştirilmiştir<sup>169</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, Roma Andlaşmasının 85. maddesini ihlal edici eylemlerin neden olduğu zarardan sorumluluk konusu düzenlenmemiş olup, Topluluğun yargı organların zararın giderimine ilişkin bir karar vermesi de hukuken mümkün değildir<sup>170</sup>. Üye devletlerin ulusal mahkemeleri önüne getirilecek bu iddialara uygulanacak hukuk da, ulusal hukuk olacaktır<sup>171</sup> ve Avrupa Topluluğu üye devletlerin tümünde haksız fiil hükümlerinin düzenlenmiş olması<sup>172</sup> sebebi ile üçüncü kişiler, doğan zararlarından dolayı gerekli hukuki himayenin temininde önemli bir hukuki zorluk ile karşılaşmazlar.

Avrupa Topluluğu Komisyonunca, zarar gören üçüncü kişilerin zararının tazmini konusunda üye devletlerin ulusal hukuklardaki düzenlemeler konusunda yaptırılan bir araştırmada, zarar görenlere bütün ulusal hukuklarda, hukuki himaye tanınmış olduğunun tesbiti üzerine, bu konuda Topluluk seviyesinde daha başkaca bir faaliyet yapılmamıştır<sup>173</sup>. Literatürde Deringer Raporu şeklinde anılan bu rapora göre,

---

<sup>166</sup> TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, 537

<sup>167</sup> Clayton Act, 38 Stat. 730 (1914).

<sup>168</sup> Amerikan Hukukunda, rekabeti kısıtlayanların hukuki sorumluluğu ilk kez Shearman Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiş, ancak 1914 tarihli Clayton Kanununun kabulü ile bu madde yürürlükten kalkmıştır.

<sup>169</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 161-162.

<sup>170</sup> HOUIN, 29, 49.

<sup>171</sup> HOUIN, 29.

<sup>172</sup> FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, 41; DERINGER, 105-106.

<sup>173</sup> KERSE, 266.

"Bütün üye devletlerin ulusal hukuklarında, rekabetin kısıtlanmasının sebep olduğu zarara karşı, üçüncü kişilerin başvurabileceği tazminat, faaliyetlerin durdurulmasını, ya da engellenmesini talep yolları mevcuttur."<sup>174</sup>

Adalet Divanının, Roma Andlaşmasının 85. ve 86. maddelerinin üçüncü kişileri de korumağa yönelik olduğunu belirten *Italia v. Sacchi*<sup>175</sup> ve *BRT v. SABAM*<sup>176</sup> kararlarından sonra, ulusal hukuklarda üçüncü kişilere tanınan hukuki himayenin niceliği daha önem kazanmıştır. Avrupa Topluluğunun üye devletlerin tümünde, haksız fiil hükümlerinin ulusal hukuklar seviyesinde düzenlenmiş olmasının, Topluluk içinde yeknesak bir uygulamayı gerçekleştirmek için yeterli olmadığı ileri sürülmüştür<sup>177</sup>. Biz de, ulusal hukuklarda zarar gören üçüncü kişilere dava hakkının tanınmış olmasının, bütün Topluluk içinde uygulama birliğini temin etmeğe yeteceğinden şüphe etmekteyiz. Ulusal hukuklardaki farklı uygulamalar da, Rekabet Hukuku amaçlarının gerçekleşmesine engel teşkil etmekle kalmaz, Topluluk Hukukuna olan güveni de sarsar.

### **C. Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Kısıtlanmasından Dolayı Sözleşme Dışı Sorumluluğun Düzenlenmesi**

Amerikan Hukukunda Shearman Kanununun 1. maddesinde, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerin hukuka aykırı olarak nitelendirilmelerinin yanı sıra, aynı kanunun 7. maddesinde, zarar görenlerin dava hakkı düzenlenmişken, 1914 tarihli Clayton Kanununun 4. maddesi, Shearman Kanununun 7. maddesini yürürlükten kaldırarak, üçüncü kişilerin zararından doğan sorumluluğu genel olarak, rekabetin yatay ve dikey kısıtlanması, tekelleşme ve birleşme (merger) durumlarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir<sup>178</sup>.

4. maddeye göre, üçüncü kişilerin tazminat talep hakkının doğması için, zarar ile Rekabet Hukuku kurallarına aykırı eylem arasında illiyet bağının bulunması aranmaktadır. Ayrıca, üçüncü kişinin zararından sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğunun özel bir hali olarak düzenleyen Clayton Kanununun 4. maddesine göre, zarar mala ya da ticari işe ilişkin olmalı ve dava hakkı

<sup>174</sup> Etudes de la CEE, (Serie Concurrence No. 1), La reparation des conséquences dommageables d'une violation des articles 85 et 86, zikreden KERSE, 266.

<sup>175</sup> Case 155/73, *Italy v. Sacchi*, (1974) ECR 409, (1974) 2 CMLR 177.

<sup>176</sup> Case 127/73, *Belgische Radio en Televisie v. SABAM*, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238.

<sup>177</sup> WHISH, 207; KERSE, 266.

<sup>178</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 160.

tanınacak kişi, Rekabet Hukukunun korumayı amaçladığı kişiler arasında bulunmalıdır<sup>179</sup>.

Yüksek Mahkeme, Reiter v. Sonotone Corporation kararında<sup>180</sup> tüketicinin Rekabet Hukuku kurallarının ihlali sonucunda fazladan ödemek zorunda kaldığı paraların da, 4. madde anlamında mal sayılacağına karar vermiştir. Rekabeti kısıtlayanların neden oldukları, üçüncü kişilerin zararından sorumluluğun, Amerikan Hukukundaki Rekabet Hukuku kanunlarından doğan Clayton Kanununda düzenlenmesi, Rekabet Hukuku amacı ile uygulanması arasında bir bütünlüğün kurulmasını sağlamıştır.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunu düzenleyen Roma Andlaşmasında, üçüncü kişilerin rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlarının tazminine ilişkin bir hüküm bulunmaması, Topluluk içinde bu konuda yeknesak bir uygulamanın oluşmasını engellemiştir. Rekabetin kısıtlanması nedeni ile zarar gören üçüncü kişiler, bu zararlarının giderimini ulusal mahkemelerden talep edecekler ve her bir olayda davaya el koyan mahkemeler de, Avrupa Topluluğu Hukukunda düzenlenmemiş olan bu konudaki iddiaları, ulusal hukuklara göre çözüme bağlayacaktır<sup>181</sup>. Bu da uygulamada birbiri ile bağlantılı iki önemli sorunu ortaya çıkarmıştır. Bunlardan ilki Roma Andlaşmasında, üçüncü kişilerin giderim talep hakkının düzenlenmemiş olmasının üçüncü kişinin zararının giderimini talep hakkının varlığı halinde, uygulanacak ulusal hukuk kurallarının belirlenmesidir<sup>182</sup>.

Adalet Divanı, Belgische Radio en Televisie v. SV. SABAM davasında, Roma Andlaşmasının 85. maddesindeki yasaklanmanın, üçüncü kişilerin haklarını da korumağa yönelik olduğunu ve kişilerin de zararlarının giderimi için dava hakkının olduğunu ve kişilerin de bu zararlarının giderimi için mahkemelere başvurabileceğini belirten kararı<sup>183</sup> ile üçüncü kişilerin giderim talep hakkının varlığına ilişkin soruna çözüm getirmiştir. Böylece, zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının tazmini için ulusal mahkemeye başvurabilme sorunu nihai şekline ulaşmıştır<sup>184</sup>.

Adalet Divanının bu kararı, Alman Hukukunda Roma Andlaşmasının 85. maddesi ile Alman Kartel Kanununun (GWB) 35. maddesinin 1. paragrafi

<sup>179</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 203, 204.

<sup>180</sup> Reiter v. Sonotone Corporation, 442 US 330 (1979).

<sup>181</sup> GLEISS-HIRSCH, 247; HOUIN, 49; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 160.

<sup>182</sup> GLEISS-HIRSCH, 247-248; DERINGER, 106; HOUIN, 51; FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, 47.

<sup>183</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238.

<sup>184</sup> KORAH, Introduction, 48; GLEISS-HIRSCH, 248.

arasında paralellik kurmağa çalışan ve rekabetin kısıtlanması ile ihlal edilenin, toplumsal yarar olması sebebi ile üçüncü kişilere dava hakkının tanınmaması<sup>185</sup> şeklindeki görüşün terkedilmesine sebep olmuştur<sup>186</sup>. Roma Andlaşmasının 85. maddesinin ihlalinden zarar görenlerin, giderim talebi ile Alman mahkemelerine başvurmaları durumunda, bu kişiler Alman Medeni Kanununun (BGB) 823. paragrafının 2. fıkrasında yer alan "üçüncü kişileri korumağa yönelik bir kuralın ihlali halinde zarara neden olanın sorumlu tutulacağı" kuralından yararlanacaktır<sup>187</sup>.

Fransız Hukukunda, sözleşme dışı sorumluluk, Medeni Kanunun 1382. ve 1383. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, kanuna ya da usulüne göre onaylanmış devletlerarası andlaşmalara aykırı davranışlar, ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaklardır<sup>188</sup>. İhlal edilen kuralın genel yararı ya da üçüncü kişileri korumaya yönelmiş olması arasında bir ayırım yapılmamıştır. Fransız Hukukunda, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere ilişkin düzenlemeler, Ceza Kanununun içinde yer almıştır. Fransız Ceza Kanununun 419. maddesine göre fiyatta sun'i artış ya da azalmalara neden olmak suç olarak sayılmıştır. 1945 tarihli Ordonanca de Prix de aynı özellikleri taşımaktadır<sup>189</sup>. Rekabeti kısıtlayıcı bütün faaliyetler pozitif hukukun ihlalini oluşturmakta ve Medeni Kanunun 1382. ve 1383. maddelerine göre, haksız fiil sorumluluğuna yol açmaktadır. Roma Andlaşmasının 85. maddesini ihlal eden eylemler de aynı rejime tabidir. 85. maddeye aykırılık, haksız fiile ilişkin maddelerin doğrudan uygulanabilmesi<sup>190</sup> ve zarar görenin giderim talebinde bulunabilmesi için yeterli kabul edilmektedir<sup>191</sup>.

Belçika Hukukunda ise haksız fiili düzenleyen hükümler Fransız Medeni Kanunundan alınmıştır. Ancak, Belçika Rekabet Hukukunda kötüye kullanma ilkesinin<sup>192</sup> benimsenmiş olması, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara kendiliğinden haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını engellemektedir<sup>193</sup>. İç hukukta kötüye kullanma ilkesinin benimsenmiş olmasına karşılık, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, hukuka aykırılığın kabulü için, rekabeti kısıtlamak amacı yönelik anlaşma ve uyumlu eylemlerin de hukuka aykırılık için yeterli kabul edilmesi, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku ile Belçika Rekabet Hukuku arasında farklı

<sup>185</sup> CUNNINGHAM, 62; DERINGER, 107-108.

<sup>186</sup> KERSE, 268 dip notu 69.

<sup>187</sup> GLEISS-HIRSCH, 247.

<sup>188</sup> HOUIN, 49.

<sup>189</sup> FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, 50; LÖY, 950

<sup>190</sup> MÖSCHEL, Le Controle des Prix d'Après la Droit Allemand et Européen sur les Restrictions de la Concurrence, Revue du Marché Commune, 1972, 263.

<sup>191</sup> Bakınız sayfa 254, dipnotu 422.

<sup>192</sup> GLEISS-HIRSCH, 248; DERINGER, 109-110; HOUIN, 31.

<sup>193</sup> HOUIN, 33; FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, 55.

uygulamaların ortaya çıkmasını kaçınılmaz hale sokmuştur. Buna karşılık, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. paragrafını ihlal edilmesi, Belçika Medeni Kanununun 1382. maddesinin uygulanması için ve üçüncü kişilerin zararlarının giderimini genel Borçlar Hukuku hükümlerine göre talep edebilmeleri için yeterlidir. Roma Andlaşmasının 85. maddesinde, rekabeti kısıtlamaya yönelik anlaşma ve uyumlu eylemlerin hukuka aykırı olduğu belirtilmiş olduğundan, zarar görenin giderim talep hakkı Belçika Medeni Kanununun 1383. maddesine göre doğar<sup>194</sup>.

İtalyan Hukukunda, Rekabet Hukuku ayrıca düzenlenmemiş ise de rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişiler İtalyan Medeni Kanununda yer alan haksız fiil hükümlerinden yararlanacaklardır<sup>195</sup>. İtalyan Medeni Kanununun 2043. maddesinde, haksız fiilden zarar gören üçüncü kişilerin hakları düzenlenmiş olmakla beraber, İtalyan doktrininde, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin ihlali durumunda üçüncü kişilerin ortaya çıkardığı zararlarının doğrudan olmadığı ve İtalyan Medeni Kanununun 2043. maddesi hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürülmüştür<sup>196</sup>. Kanımızca, Adalet Divanının Van Gend en Loos<sup>197</sup> ve BRT. v. SABAM davalarından<sup>198</sup> sonra, Italy v. Sacchi davasında<sup>199</sup> da, Roma Andlaşmasının 85. ve 86. maddelerinin ihlallerinden zarar gören üçüncü kişilerin de Rekabet Hukuku sistemi içinde korunacağını bildirmesi karşısında, İtalyan doktrinindeki karşı iddialar geçerliliklerini kaybetmişlerdir.

İngiliz Hukukunda, Roma Andlaşmasının 85. maddesine aykırı anlaşma ve eylemlerin neden olduğu zararın giderimi haksız fiil hükümleri kapsamında ele alınmıştır<sup>200</sup>. İngiliz Hukukunda, Fransız Hukukunda olduğu gibi, haksız fiilin unsurları arasında hukuka aykırılık unsuruna yer verilmemiş olması, Roma Andlaşmasının 85. maddesini ihlal eden eylemlerden doğan üçüncü kişilerin zararlarının tazmini sorununda, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>201</sup>.

İngiliz Müşterek Hukukunda (Common Law), haksız yöntemler ile üçüncü kişilerin zarar görmelerine neden olmak, haksız fiil sorumluluğuna yol

<sup>194</sup> GLEISS-HIRSCH, 248; HOUIN, 51; DERINGER, 110.

<sup>195</sup> HOUIN, 30.

<sup>196</sup> DERINGER, 111; GLEISS-HIRSCH, 248.

<sup>197</sup> Case 26/62, Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratieve de Belangisten, (1963) ECR I, (1963) CMLR 105.

<sup>198</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238.

<sup>199</sup> Case 155/73, Italy v. Sacchi, (1974) ECR 409, (1974) 2 CMLR 177.

<sup>200</sup> Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board, (1983) 3 CMLR 43; Application des Gaz SA v. Falks Veritas Ltd., (1974) All E.R. 51, (1975) 2 CMLR 75.

<sup>201</sup> HOUIN, 49; DERINGER, 107-111.

açar. Haksız yöntemin kanuna aykırı ya da suç teşkil eden bir fiil olması gerekmez<sup>202</sup>. Hakkı kötüye kullanmak da haksız yöntem kabul edilir ve haksız yöntem ile birinin işine veya ticaretine zarar vermek de haksız fiil oluşturur. Ancak haksız bir yöntem ile zarar vermeden doğan haksız fiile ilişkin hükümlerin, sınırlı durumlar için uygulanabileceği<sup>203</sup> ve Roma Andlaşmasının 85. maddesinin ihlalinin neden olduğu zararların gideriminin buna dayandırılmayacağı ileri sürülmüştür.

Lord Denning ise, *Application des Gaz v. Falks Veritas* davasında<sup>204</sup>, üçüncü kişilerin zararının giderimini farklı esaslara dayandırmıştır<sup>205</sup>. *Belgische Radio en Televisie* kararına<sup>206</sup> yollama yapan Lord Denning görüşünü aşağıdaki şekilde açıklamıştır.

"Adalet Divanının bu kararı bireyler için, 85. ve 86. maddeler ulusal mahkemelerce korunan haklar yaratmaktadır ve ulusal mahkemeler de bunu desteklemek zorundadır. ... 85. ve 86. madde bizim hukukumuzun da bir parçasıdır. Yeni bir tür haksız fiiller yaratılmıştır. Bunların adı, ortak pazarda rekabeti kabul edilemeyecek şekilde kısıtlamak ve ortak pazar içinde piyasa etkinliğini kötüye kullanmaktır."<sup>207</sup>

Lord Denning'in bizim de taraftarı olduğumuz, Roma Andlaşması ile yeni bir haksız fiil türü yaratıldığı görüşü, İngiliz Hukukunda taraftar bulmamış ve İngiliz Mahkemelerini üçüncü kişinin zararının giderimi konusunda yeni arayışlara itmiştir.

Kanundan doğan bir görevin ihlali İngiliz mahkemelerinin son kararlarına esas teşkil etmektedir<sup>208</sup>. İngiliz Hukukunda, esasını Common Law'dan almayan, diğer bir haksız fiili türü de kanundan doğan görevi ihlal edici fiillerdir<sup>209</sup>. Ancak kanundan doğan görevin ihlalinin haksız fiil sorumluluğuna neden olabilmesi için, kanunkoyucunun bunu açıkca belirtmiş olması gerekmektedir<sup>210</sup>. Bu bir anlamda Alman Hukukundaki hukuk normunun, genel yararı mı, yoksa üçüncü kişilerin yararını mı korumaya yönelik olduğuna ilişkin

<sup>202</sup> HEYDON, *Economic Torts*, London, 1978, 64-65; HEPPLÉ and MATTHEWS, *Tort Cases and Materials*, London, 1980, 267.

<sup>203</sup> KERSE, 272.

<sup>204</sup> *Application des Gaz SA v. Falks Veritas Ltd.*, (1974) All E.R. 51, (1975) 2 CMLR 75.

<sup>205</sup> KERSE, 273; HEYDON, 69 dip notu 78.

<sup>206</sup> *Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM*, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238.

<sup>207</sup> *Application des Gaz SA v. Falks Veritas Ltd.*, (1974) All E.R. 57, (1975) 2 CMLR 81.

<sup>208</sup> *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, (1983) 3 CMLR 43.

<sup>209</sup> HEPPLÉ and MATTHEWS, 267-268; STREET, *Street on Torts*, London, 1976, 265-267.

<sup>210</sup> HEPPLÉ and MATTHEWS, *ibid.*

Schutzgesetz teorisine benzer bir uygulama yaratmaktadır<sup>211</sup>. Aradaki en belirgin fark, Alman Hukukunda normdaki bireyleri korumaya yönelik olup olmadığının takdirin hakimlere düşen bir görev olarak kabul edilmesine karşılık<sup>212</sup>, İngiliz Hukukunda bu hususta kanunkoyucunun açık iradesinin aranmasıdır<sup>213</sup>. Örneğin, İngiliz Rekabet Hukukunda Fair Trading Act'in 93/b2 maddesi ve 1976 tarihli Resale Prices Act'in 35(2) maddesi, bu kanunları ihlalin neden oldukları zararlardan faillerin hukuken sorumlu olacağını belirtmektedir.

İngiliz Yüksek Mahkemesinin (House of Lords), Garden Cottage Food Ltd. v. Milk Marketing Board davasındaki<sup>214</sup> görüşünü açıklayan Lord Diplock'a göre Roma Andlaşmasının Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden eylemler, toplumsal çığara aykırıdır. Bu sebepten de, Roma Andlaşmasının 85. ve 86. maddelerinden doğan göreve aykırı davranan kişiler, kanundan doğan görevi ihlal etmiş sayılır ve üçüncü kişilerin uğradıkları zarardan sorumlu olurlar<sup>215</sup>. Bu sorumluluğun esasını kanundan doğan göreve aykırılık teşkil eder<sup>216</sup>.

## **D. Üçüncü Kişilerin Zararlarından Sorumluluk**

### **1. Genel Olarak**

Teşebbüsler, rakiplerinin aracı şirketlerin ve tüketicilerin rekabetin kısıtlanması sonucu ortaya çıkan zararlarından, sorumludurlar<sup>217</sup>. Bu sorumluluğun şartları Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ulusal hukukları bakımından incelendiğinde dört ortak unsurun bulunduğu gözlenir<sup>218</sup>. Bunlar hukuka aykırı eylem, kusur, nedensellik bağı ve zarardır. Bunlardan herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmemiş olduğu durumlarda, teşebbüslerin hukuki sorumluluğundan söz edilemez.

Haksız fiil sorumluluğu olan rekabetin kısıtlanmasının yol açtığı zarardan sorumlulukta kusur ve zarar unsurları diğerlerine göre özellikler gösterir. Hukuka aykırılık ve nedensellik bağı genel haksız fiil unsurlarından farklı değildir. Bu iki unsur sadece Rekabet Hukuku hükümlerine dayanarak zararın giderimini talep edebilecek kişilerin belirlenmesinde, yani davacı sıfatı

---

<sup>211</sup> FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, 47.

<sup>212</sup> DERINGER, 107.

<sup>213</sup> HEPPLER and MATTHEWS, 267.

<sup>214</sup> Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board, (1983) 3 CMLR 43.

<sup>215</sup> Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board, (1983) 3 CMLR 49.

<sup>216</sup> MERKIN-WILLIAMS, 446.

<sup>217</sup> Note: Recovery of Treble Damages under the Shearman Act, 38 YLJ 506 (1929); NEALE-GOYDER, 421.

<sup>218</sup> DERINGER, 112; GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 161-162.



tanınacakların tesbitinde, önemli rol oynamıştır. Rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin neden olduğu hukuki sorumluluğun kapsamının tayininde, tarafların kusur durumu ve ortaya çıkan miktarı belirleyici rol oynar.

## 2. Rekabeti Kısıtlayıcı Eylemlerde Hukuka Aykırılık Unsuru

Teşebbüslerin aralarındaki anlaşma ya da uyumlu eylemin neden olduğu üçüncü kişilerin zararlarından sorumlu olmaları, bu anlaşma ya da eylemlerin hukuka aykırı olmasına bağlıdır<sup>219</sup>. Hukuka aykırılık şartının gerçekleşmediği durumlarda, üçüncü kişilerin zararlarından bu teşebbüslerin sorumlu olması düşünülemez ve zarar görenler buna katlanmak zorundadırlar. Bunun sonucu olarak, rekabeti kısıtlayarak ticareti etkileyen davranışlarda hukuka aykırılık unsuru kendiliğinden gerçekleşir. Amerikan Hukukunda, Shearman Kanununun 1. maddesinde olduğu gibi, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku düzenleyen, Roma Andlaşmasının 85. maddesinde de bu gibi anlaşma ve eylemlerin hukuka aykırı olduğu ulusal hukuklarında yer alan hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi<sup>220</sup> bakımından, birden çok tarafın ticareti etkilemeğe yönelik faaliyetlerinin varlığı yeterlidir.

İngiliz Hukukunda haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği Common Law'da, hukuka aykırılık unsuruna yer verilmemiştir<sup>221</sup>. Common Law'da fail, kusurlu davranışı ile verdiği zarardan sorumludur<sup>222</sup>. Hukuka aykırılık unsuru klasik İngiliz özel hukukunda yer almaz. 20. yüzyılda sorumluluk hukukundaki gelişmeler sonucu, kanundan doğan görevi ihmal sorumluluk şeklinde, yeni bir haksız fiil türü İngiliz Hukukuna girmiştir<sup>223</sup>. İngiliz Rekabet Hukuku da kanundan doğan görevin ihlali ilkesi doğrultusunda gelişmiştir<sup>224</sup>. Bunun neticesi olarak, İngiliz Hukuku ile Avrupa Topluluğu üyesi diğer devletlerin ulusal hukukları arasındaki hukuka aykırılık unsuru bakımından var olan fark bu gelişmeler sonucu olarak azalmaktadır.

Amerikan Hukukunda da, rekabetin kısıtlandığının tesbiti hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiğinin kabulü için yeterli görülmektedir<sup>225</sup>.

<sup>219</sup> DERINGER, 113; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 177.

<sup>220</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 177, 178.

<sup>221</sup> LAWSON- MARKESINIS, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law*, Cambridge, 1982, 46, 47.

<sup>222</sup> PROSSER, *Law of Tort*, St. Paul, 1982, 492; *Rylands v. Fletcher*, House of Lords, 1868, karar metni için, KEETON, P.-KEETON, R.E., *Torts, Cases and Materials*, St. Paul, 1981, 578.

<sup>223</sup> HEPPLER and MATTHEWS, 267-268.

<sup>224</sup> KERSE, *EEC Antitrust Procedure, Supplement*, London, 1984, 68; KORAH, *Introduction*, 49.

<sup>225</sup> *Brunswick Corporation v. Pueblo Bowl-O-Matt*, 429 US 477 (1977).

### 3. Rekabeti Kısıtlayıcı Faaliyetlerde Kusur Unsuru

#### a. Genel Olarak

Teşebbüslerin Rekabet Hukuku kurallarını ihlal etmesi sonucu ortaya çıkan sorumluluk kusur esasına dayanmaktadır<sup>226</sup>. Avrupa Topluluğuna üye devletlerin tümünün ulusal hukuklarındaki haksız fiilden sorumlulukta genel kural, failin kusurlu olmasıdır. Kusursuz sorumluluk hallerinin istisnai nitelikte olması ve Kanunkoyucunun Rekabet Hukukundan doğan sorumluluk bakımından özel bir durum yaratmamış olması sebebi ile, 85. maddenin ihlalinin neden olduğu zararlar bakımından da genel kural geçerliliğini korumaktadır. Amerikan Hukukunda da, teşebbüslerin üçüncü kişilerin uğramış oldukları zarardan sorumlu tutulabilmeleri kusurlu olmaları şartına bağlıdır<sup>227</sup>.

Rekabet Hukukunda failin kusuru çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir<sup>228</sup>. Kusur, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden failin davranışları ve faaliyetleri, elde etmeği istediği amaç ve bunda etkili olan saikler de dikkate alınarak belirlenecektir. Teşebbüsler arasındaki anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğu durumlarda, anlaşma ile hukuka aykırı bir sonucu elde etmeğe yönelmiş olmaları sebebi ile kişilerin kusuru, eylemin kendisinden doğmaktadır. Faillerin, hukuka aykırı sonucu istemiş olmaları hukuki sorumluluğun doğumu için yeterlidir. Ayrıca, üçüncü kişilerin zarar görmelerini istememiş olmak önemli değildir. Kaldı ki, hukuka aykırı amacın istenmiş olduğu durumlarda, üçüncü kişilerin zarar görmelerini istememiş olmak da mümkün değildir. Teşebbüslerin rekabeti kısıtlamaları, üçüncü kişilerin zararı ile doğrudan bağlantılı olan haksız kazanç elde etmek içindir. Örneğin, fiyatın belirlenmesi sonucu fiyatın artması, teşebbüslerin haksız kazanç elde etmesini sağlarken, ödemesi gerekenden daha çok ödeme yapmak zorunda kalanların zarar görmelerine neden olur.

Rekabetin kısıtlanmasının amaç olmadığı anlaşmanın ya da eylemin, rekabetin kısıtlanmasına neden olması durumlarında da, tarafların kusurunun varlığı söz konusu olabilir. Bu durumda da, her iki hal arasındaki fark, ilkinde faillerin hukuka aykırı eylemin sonuçlarını elde etmeği amaçlamalarına karşılık, ikincisinde hukuka aykırı sonucu görmeleri gerekirken, bunu ihmalleri sebebi ile görmemiş olmalarıdır<sup>229</sup>. Bu da, teşebbüslerin üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluklarını bertaraf etmez, çünkü anlaşma ya da uyumlu eylem ile

<sup>226</sup> DERINGER, 113; MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 177.

<sup>227</sup> United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 US 290 (1897).

<sup>228</sup> POSNER- EASTERBROOK, 324-326.

<sup>229</sup> POSNER, Antitrust Law, An Economic Perspective, Chicago, 1976, 55.

rekabetin kısıtlanmasına neden olan teşebbüslerin kusuru, hukuka aykırı davranış ve sonuçtan doğmaktadır<sup>230</sup>.

Teşebbüslerin hukuka aykırı sonucu elde etmeğe yönelik davranışlarda bulunduğu tesbiti, kusurun varlığına karine teşkil eder<sup>231</sup>. Bu sebepten de, failin kusurunun tesbiti, psikanaliz yöntemleri ile "yaptığının, yapmak istediği şey olduğunun" araştırılması değil, "gerçekten ne yapmış olduğunun" yani, rekabeti geliştirmiş mi, yoksa kısıtlamış mı olduğunun, olaya ilişkin veriler de dikkate alınarak yapılacak tesbiti ile ilgilidir<sup>232</sup>.

Rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan anlaşmalar gibi uyumlu eylemler de hukuka aykırıdır<sup>233</sup>. Hukuka aykırı bu durumlar failin kusuru bakımından ele alındığında, hukuka aykırı sonuca yönelme iradesinde, failin kusurlu olduğu karinesini etkileyecek bazı farkların bulunduğu görülür.

## **b. Kartel Anlaşmalarında Kusur**

Kartel anlaşmalarında olduğu gibi, rekabetin doğrudan kısıtlanmasının amaçlandığı durumlarda da, fail hukuka aykırı sonucu önceden görmüş ve istemiştir<sup>234</sup>, çünkü kartel anlaşmaları olarak adlandırılan fiyat tesbiti, piyasa bölüşme ve rakip firmaların piyasadan dışlanması anlaşmalarında, tarafların tek bir amacı vardır, o da rekabetin kısıtlanmasıdır<sup>235</sup>. Kartel anlaşmasının, bu tanımına göre, failin kusuru, anlaşmanın kendisinden çıkmaktadır. Bu sebepten de, zarar gören davacının, anlaşma veya eylemin rekabeti kısıtlamak amacı ile yani Rekabet Hukuku kuralların ihlal etmek amacı ile yapıldığının kanıtlanması halinde, ayrıca kusurun ıspatına gerek kalmamaktadır<sup>236</sup>. Anlaşmanın fiyat belirlemek, piyasa paylaşmak ya da rakip teşebbüsleri piyasadan dışlamak amacı ile yapıldığının kanıtlanması, failin kusurunun ıspatlanması anlamına gelir. Failin kusursuzluğunun ıspatlanmasına kartel anlaşmalarının tanımı engeldir<sup>237</sup>. Failin bunu başarmış olması, yani kusursuz olduğunu kanıtlanması, anlaşmanın ya da eylemin rekabeti kısıtlamak amacı taşımadığını da kanıtlanması anlamına geleceğinden, daha önce kartel anlaşmasının varlığını kanıtlanmış olması gerçeği karşısında, artık mümkün değildir.

<sup>230</sup> KAHN, Standarts for Antitrust Policy, 67 hLR 48 (1953).

<sup>231</sup> NEALE-GOYDER, 123; FONTAINE- DESTEXHE- UNIKOWSKY-MARLIER, 46.

<sup>232</sup> KAHN, Standarts for Antitrust Policy, 51.

<sup>233</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. II, 170; POSNER, Antitrust Law, 41.

<sup>234</sup> United States v. United Steel Corporation et al., 251 US 417, 40 S.Ct. 293 (1920).

<sup>235</sup> OPPENHEIM, Cases on Federal Anti-trust Law, St. Paul, 1948, 329.

<sup>236</sup> NEALE-GOYDER, 447.

<sup>237</sup> Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619 (1911).

### c. Rekabeti İkinci Dereceden Kısıtlayan Anlaşmalarda Kusurun Belirlenmesi

Rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalarda, zararın doğumuna neden olanların kusurunun belirlenmesi, kartel anlaşmalarına göre daha zordur. Rekabetin ikinci dereceden kısıtlanması durumunda, hukuka aykırı sonuç, anlaşma hükümlerinden kaynaklanabileceği gibi, piyasa şartlarının böyle bir sonucun ortaya çıkışına uygun olmasından da olabilir<sup>238</sup>. Bu sebepten, rekabetin ikinci dereceden kısıtlandığı durumlarda, failin kusuru, rekabetin kısıtlanmasında etkili olan unsurlar dikkate alınarak belirlenecektir.

Patent-lisans sözleşmeleri<sup>239</sup> ve ortak girişim anlaşmalarında<sup>240</sup> rekabetin kısıtlanması bu anlaşmaların nitelikleri sonucudur. Bu anlaşmaların Rekabet Hukuku kapsamına girmesi, bunlar ile elde edilmek istenen toplumsal yararın dışına taşan hükümler içermesi sonucudur<sup>241</sup>. Hukuka aykırı bu sonuç da, kartel sözleşmelerinde olduğu gibi, tarafların açıklanan iradelerinin neticesidir. Artık bu durumda, anlaşmanın rekabeti doğrudan ya da ikinci dereceden kısıtlamış olduğunun önemi kalmaz.

Bilgi değişimi<sup>242</sup>, standartlaşma<sup>243</sup>, ihtisaslaşma anlaşmaları<sup>244</sup> ile rekabetin ile rekabetin kısıtlanmasında, piyasa yapısının ve şartlarının önemli etkileri vardır. Bu anlaşmalarda, taraflar hukuka aykırı sonucu istememekte ancak rekabetin kısıtlanabileceğini öngörebilecek durumda olmalarına rağmen hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini önlemek için gerekli tedbirleri almamaktadırlar. Anlaşma hükümlerini ilgili piyasa koşullarına göre en iyi değerlendirmek durumunda olan teşebbüslerin, rekabetin kısıtlanmasını önlemede gereken özen ve dikkati göstermemiş olmaları, kusurlu olduklarını gösterir<sup>245</sup>. Bu sebepten, zarar görenin anlaşmanın hukuka aykırı sonuçlarını ve zararı kanıtlayan davacı tarafın, ayrıca kusuru da kanıtlaması gerekmez<sup>246</sup>.

Rekabeti kısıtlayarak hukuka aykırı davranan failin sorumluluktan kurtulması, kusursuzluğunu ispat edebilmesine bağlıdır. Kartel anlaşmaları durumunda, failin kusursuzluğunu kanıtlayabilmesi bu sözleşmelerin mahiyetine

<sup>238</sup> United States v. Addyston Steel and Pipe Co., 85 F. 271 (1898)

<sup>239</sup> BELLAMY-CHILD, 290; WHISH, 373; POSNER- EASTERBROOK, 262.

<sup>240</sup> AREEDA - TURNER, Antitrust Law, c. VI, Boston, 1980, 169-170.

<sup>241</sup> LANG, Patent Rights and Patent Licensing in EEC Law, 62; Notes: Patent Abuse and Antitrust, 633.

<sup>242</sup> WHISH, 310; POSNER, Antitrust Law, 135.

<sup>243</sup> WHISH, 343.

<sup>244</sup> BELLAMY-CHILD, 315; MERKIN-WILLIAMS, 111.

<sup>245</sup> POSNER, Antitrust Law, 45.

<sup>246</sup> NEALE-GOYDER, 123.

aykırıdır. Rekabetin ikinci dereceden kısıtlandığı ve bundan da piyasa şartlarının etkili olduğu durumlarda, failin kusursuzluğunu kanıtlaması her olayın özelliklerine göre farklı olacaktır. Örneğin, failin hukuka aykırı sonucu önceden görmüş, fakat bunun gerçekleşmesini istememiş olduğunu kanıtlaması, kendisini sorumluluktan kurtarmaz, çünkü gerekli özen ve tedbiri göstermemek sebebi ile kusurludur<sup>247</sup>. Rekabetin, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar ile kısıtlanmış olması, faillerin sorumluluğu açısından farksızdır. Faillerin, kanıtlanması gereken hukuka aykırı sonucu önceden tesbit etmekte, orta seviyede tedbirli bir kişinin göstermesi özen ve dikkati gösterdikleri, ya da hukuka aykırı sonucun önceden görülemeyecek nitelikte olduğudur.

Rekabetin işbirliği ile kısıtlandığı durumlarda, failin kusurunun kanıtlanması sorunu, kartel anlaşmalarında olduğu gibidir. Şöyle ki, rekabetin işbirliği sonucu kısıtlanması, teşebbüslerin hukuka aykırı bir amaca yönelmiş olduklarının kanıtıdır, çünkü teşebbüsler arasındaki her ortak davranış ya da faaliyet, işbirliği değildir. Bunlardan sadece, hukuka aykırı sonuca yönelmiş olanlar işbirliği olarak nitelendirilirler. Bu durumda da, rekabeti doğrudan kısıtlamayı amaçlayan anlaşmalarda olduğu gibi, teşebbüslerin sorumluluktan kurtulmaları, kendilerine atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığının isbatlanması ile mümkündür, fakat bunun gerçekleştirilmesi de zordur. Ancak, modern Rekabet Hukukundaki gelişmeler sonucu, bilinçli paralelliğin de işbirliği olarak kabulünden<sup>248</sup> sonradır ki, rekabetin işbirliği ile kısıtlanması durumunda da kusurun belirlenmesi önem kazanmıştır.

Bilinçli paralelliğin uyumlu eylem ya da işbirliği olarak kabul edilmesi konusunda ileri sürülen farklı görüşler<sup>249</sup>, rekabetin kısıtlanmasına sebep olan teşebbüslerin kusur sorunu ile yakından ilgilidir. Bilinçli paralelliği, piyasa yapısı ve koşulları karşısında, teşebbüsler açısından en rasyonel davranış türü olarak kabul edenlere göre, teşebbüslerin ilgili piyasalardaki koşullara göre davranmak zorunda olmaları sebebi ile, bağımsız bir iradeleri yoktur. Bu da, kusurlu olamayacakları anlamına gelir<sup>250</sup>. Buna karşılık, bilinçli paralellik durumunda da teşebbüslerin bağımsız hareket ettikleri ve bunda da çıkarları olduğunu savunan karşı görüşe göre, bilinçli paralellik ile kartel anlaşmaları arasında hukuka aykırı sonuç ve tarafların kusuru bakımlarından fark yoktur<sup>251</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını

---

<sup>247</sup> POSNER, Antitrust Law, 45.

<sup>248</sup> POSNER, Antitrust Law, 54; AREEDA, Antitrust Law, c. VII, Boston, 1986, 197.

<sup>249</sup> TURNER, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 HLR 681 (1962).

<sup>250</sup> TURNER, Definition of Agreements, 656-666.

<sup>251</sup> POSNER, Antitrust Law, 44, 54.

takip etmeleri, ekonomik bağımlılık görüşünü savunanlarının<sup>252</sup> iddialarının aksine en rasyonel yol değildir. Rakip teşebbüslerin davranışlarını takip etmeyerek fiyatı<sup>253</sup>, üretim miktarını<sup>254</sup> ve faaliyet bölgesini<sup>255</sup> sadece kendi marjinal giderine ve işletme yapısına göre belirleyecek bir teşebbüsün, bundan daha kazançlı çıkması da mümkündür. Bu sebepten, bilinçli paralelliği açıklamada, teşebbüslerin bağımlı olduğu görüşünden çok, serbest iradeleriyle rekabeti kısıtlamak görüşü, daha başarılıdır<sup>256</sup>. Teşebbüslerin benzer davranışları, kendi kârlarını maksimize etmeğe değil, grup olarak fiili tekel oluşturarak toplam kârı maksimize etmeğe<sup>257</sup> yöneliktir.

Ancak bilinçli paralellik ile tam rekabet piyasasındaki fiyat hareketleri arasında büyük benzerlik vardır. Mahkeme kararlarında, teşebbüslerin benzer davranışlarının uyumlu eylemin belirtisi olarak kabul edilmekte olduğu görülür<sup>258</sup>. Teşebbüsler arasındaki benzer davranışların hukuka aykılık oluşturması, bu şekilde davrananların, rekabeti kısıtlamak amacı taşımalarına da bağlıdır. Bu sebepten de, bu gibi benzer davranışların bilinçli paralellik olarak nitelendirilmesi ya da piyasadaki firma konsantrasyonu, teşebbüslerin kendi kişisel çıkarlarına aykırı davranışları gibi bazı olguların da var olmasını gerektirir<sup>259</sup>. Bu sebepten, bilinçli paralellik sonucu olarak kabul edilen durumlarda da, failin kusurlu olduğu, karine olarak kabul edilir.

Bilinçli paralellik durumunda, failin kusursuzluğunu kanıtlaması diğer durumlara göre daha kolaydır. Belirli bir davranışın bilinçli paralellik oluşturduğu sonucuna, teşebbüslerin incelenmesi ile ulaşılmıştır<sup>260</sup>. Aynı türden deliller ile, teşebbüsler kusursuzluklarını kanıtlayabilirler. Örneğin, fiyat artışının piyasadaki ani bir talep artışı ya da piyasa hammadde fiyatlarındaki artış sonucunda olması nedeni ile rekabeti kısıtlamamış olduklarını kanıtlayabilirler.

Örneğin Amerikan Tobacco davasında<sup>261</sup>, Hakim Burton, oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin, hiçbir ekonomik gerekçe

---

<sup>252</sup> TURNER, Definition of Agreements, 666; CHAMBERLIN, The Theory of Monopolistic Competition, Boston, 1946, 33-44.

<sup>253</sup> American Tobacco Co. et al. v. United States, 328 US 781; 66 S.Ct. 1125 (1946).

<sup>254</sup> Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 US 208, 59 S.Ct. 467 (1939).

<sup>255</sup> Theatre Enterprise, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp. et al. 346 US 537, 74 S.Ct. 257 (1954).

<sup>256</sup> POSNER, Antitrust Law, 45-46.

<sup>257</sup> SCHERER, Industrial Market Structure, 197, 514.

<sup>258</sup> TURNER, Definition of Agreements, 672.

<sup>259</sup> AREEDA, Antitrust Law, c. VII, 213, 214.

<sup>260</sup> TURNER, Definition of Agreements, 671-672; AREEDA, Antitrust Law, c. VI, 213.

<sup>261</sup> American Tobacco Co. et al. v. United States, 328 US 781; 66 S.Ct. 1125 (1946).

göstermeden, benzer fiyat artırmalarının uyumlu eylem ile Rekabet Hukuku kurallarının ihlal olarak nitelendirmiştir. Eğer, davalı teşebbüsler fiyat artışlarını ekonomik sebeplere dayandırabilmiş olsalardı, davranışları uyumlu eylem olarak nitelendirilmeyeceği gibi, kusurlu da sayılmayacaklardı.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerde kusur ve hukuka aykırılık unsurları içiçe germiştir. Bundan dolayı hukuka aykırılığın belirlenmesi, kusurun ispatının yer değiştirmesine yol açar. Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin hukuka aykırı sonucu elde etmek amacı ile yaptıkları kartel sözleşmelerinde failin kusursuzluğunu kanıtlanması çok zordur. Buna karşılık, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşma durumunda fail, hukuka aykırı sonucun önceden görülemeyecek nitelikte olduğunu ya da kendisinin orta seviyede bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermesine rağmen hukuka aykırı sonucu görmediğini kanıtlanması halinde sorumluluktan kurtulacaktır.

#### 4. Nedensellik Bağı

Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici fiil ile üçüncü kişilerin zararları arasında nedensellik ilişkisinin da bulunması gerekmektedir. Amerikan Hukukunda, Clayton Kanununun 4. maddesi Rekabet Hukuku kanunlarını ihlal edici eylemlerin yol açtığı zararlar için, zarar gören üçüncü kişilerin giderim talebinde bulunabileceklerini belirtmiş ve hukuka aykırı eylem ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiğini de açıklamıştır<sup>262</sup>.

Rekabet Hukuku ile genel haksız fiil hükümleri arasında nedensellik unsuru açısından fark yoktur. Rekabet Hukukunda da üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan sorumlulukta uygun neden teorisi kabul edilmiştir.

Alacaklı, paydaş<sup>263</sup>, vergi yükümlüleri gibi yansıma yolu ile zarar gördüğünü iddia edenlere dava hakkının tanınmamış olması<sup>264</sup>, şart teorisinin benimsenmediğini göstermektedir. Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin sorumluluğu, hayat deneylerine ve olayların özelliklerine göre, teşebbüsler arasındaki anlaşma ya da eylemin doğal sonucunun dava konusu edilen zarar ile bağlantılı olması durumunda ortaya çıkacaktır<sup>265</sup>.

<sup>262</sup> NEALE-GOYDER, 421;Comment: Standing to Sue for Treble Damages Under Section 4 of the Clayton Act, 64 Columbia Law Review 575 (1964).

<sup>263</sup> Note: Procedure in Private Suits Under the Shearman and Clayton Acts, 12 Columbia Law Review 339, 341 (1932).

<sup>264</sup> Note: Recovery of Treble Damages under the Shearman Act, 506.

<sup>265</sup> Comment: Standing to Sue, 576.

## 5. Zarar

### a. Genel Olarak

Rekabetin kısıtlanması iki değişik türden zararın ortaya çıkmasına neden olur. Bunlardan ilki, toplumda kaynak dağılımında verimliliğin bozulmasının yarattığı toplumsal zarar<sup>266</sup>, ikincisi de rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardır<sup>267</sup>.

Zarar sorunu, Rekabet Hukukunun amacı ve Rekabet Hukuku ile korunan menfaat ile yakından ilgilidir. Rekabet Hukuku, hangi zararların tazmin edileceği kadar, kimlerin böyle bir talepte bulunabileceğini de belirler. Teşebbüslerin anlaşarak, rekabeti yatay kısıtlamaları durumunda, her iki türden zarar da aynı anda meydana gelir. Ayrıca, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişiler, tüketiciler ve rakip teşebbüsler gibi farklı gruplara da dahil olabilirler. Bu da, Rekabet Hukukunu ihlalinden kaynaklanan zararların çok karmaşık bir görünüm almasına yol açar<sup>268</sup>.

Zararın toplumsal zarar ve üçüncü kişilerin uğradıkları zarar şeklinde iki genel başlık altında ele alınmasında, ekonomi bilimindeki gelişmelerin katkısı büyüktür<sup>269</sup>. Rekabetin sadece ekonomik yarar yönü ile ilgilenen ekonomistlere ve ekonomi bilimi ağırlıklı bir Rekabet Hukuku sistemi taraftarı hukukçulara göre<sup>270</sup>, rekabet kurallarının en önemli etkisi verimlilik ilkelerinden uzaklaşılması ve bunun neticesinde toplumsal refah seviyesindeki azalmadır. Bu da, Rekabet Hukuku ile ekonomi bilimi arasındaki farkın temelini oluşturur, çünkü Rekabet Hukuku rekabetin korunması kadar zarar gören üçüncü kişilerin korunması görevini de üstlenmiştir. Rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu, üçüncü kişilerin zararları incelendiğinde bunların üçüncü kişilerin dahil oldukları gruba göre, malvarlıklarında azalma ya da elde edilmesi umulan kârdan yoksun kalma şeklinde görülür<sup>271</sup>. Bunun yanı sıra, rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı toplumsal zarar üçüncü kişileri etkilerse de, bu doğrudan zarar olmadığı için, üçüncü kişilere dava hakkı sağlamaz. Rekabeti kısıtlayanların hukuki sorumluluklarına getirilen bu sınırlamada, uygulamada karşılaşılabilecek pratik zorlukların önemli rolü vardır.

<sup>266</sup> AGNEW, Competition Law, London, 1980, 28, 29.

<sup>267</sup> Note: Proof of Damage Under the Anti-Trust Laws, 39 YLJ 1035 (1930); POSNER-EASTERBROOK, 549.

<sup>268</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 330-331.

<sup>269</sup> POSNER- EASTERBROOK, 549, 550.

<sup>270</sup> SULLIVAN, Economics and More Humanistic Disciplines: What are the Sources of Wisdom for Antitrust, 125 University of Pennsylvania Law Review 1215 (1977).

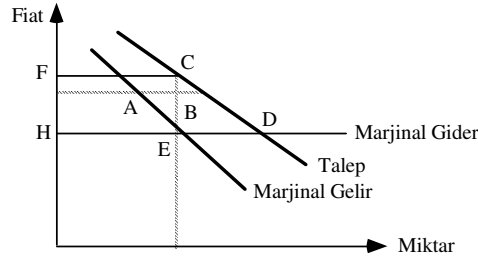
<sup>271</sup> POSNER- EASTERBROOK, 549.



Rekabet Hukukunun ekonomik esaslara dayandırılmasını savunan hukukçulara göre, Rekabet Hukuku kurallarının ihlalinin neden olduğu tek bir zarar vardır. Bu da toplumsal zarardır<sup>272</sup>. Bu görüşü savunanlara göre, Rekabet Hukukunun amacı toplumda ekonomik değer kaybına engel olarak genel refahı sağlamaktır. Bu sebepten, rekabetin kısıtlanmasının yol açtığı zarardan söz edildiğinde kast edilen toplumsal zarardır<sup>273</sup>. Amerikan Hukukunda oldukça sık karşılaşılan Rekabet Hukuku ile rekabetin mi yoksa rakiplerin mi korunduğu tartışmasının temelinde<sup>274</sup> de bu düşünceler yatmaktadır.

Buna karşılık, Rekabet Hukuku ile ekonomik değerlerin korunmasının yanı sıra sosyal adaletin sağlanması<sup>275</sup> ve hakkaniyet<sup>276</sup> ilkelerinin gerçekleştirilmesinin amaçlandığını ileri sürenlere göre, rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu, üçüncü kişilerin zararlarının tazmini de Rekabet Hukukunun konusudur.

Basitleştirilmiş, tekel piyasasında fiyatın oluşumunu gösteren temel şeklimize dönersek,



FCDH noktaları arasında kalan bölge, rekabetin kısıtlanmasının yol açtığı toplam zarar, CED noktaları arasındaki bölge rekabetin sosyal bedelini göstermektedir ve ekonomistlere göre rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı gerçek zarar da CDE noktaları arasındaki bölgedir<sup>277</sup>. Sorun (A) bölgesi ile gösterilen ve rekabetin kısıtlandığı bir piyasada tüketicilerden rekabeti

<sup>272</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 114.

<sup>273</sup> POSNER- EASTERBROOK, 549; BORK, The Antitrust Paradox, 112.

<sup>274</sup> HUTCHINSON, Antitrust 1984: Five Decisions in Search of a Theory, The Supreme Court Review 139 (1984).

<sup>275</sup> WHISH, 14; SWANN, Competition and Consumer Protection, 84.

<sup>276</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. I, Boston, 1978, 21-22.

<sup>277</sup> POSNER- EASTERBROOK, 550; PAGE, Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury, 47 University of Chicago Law Review 478 (1980); GELLHORN, Antitrust Law and Economics, St.Paul, 1981, 65.

kısıtlayanların malvarlığına hukuka aykırı bir şekilde aktarılan miktarın akıbetinin ne olacağına ilişkindir.

Rekabet Hukukunun üçüncü kişilerin de korunmasını amaçladığı görüşünü savunanlara göre, üçüncü kişilerin uğradıkları zararların da tazmini Rekabet Hukuku kapsamına girer<sup>278</sup>. Rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar görenlerin de bu zararlarının giderimi, hakkaniyet gereğidir<sup>279</sup>. Yukarıdaki şekilde (A) bölgesi ile belirtilen haksız servet aktarımının, rekabetin kısıtlayanların malvarlığında kalmasına izin verilemez<sup>280</sup>.

Amerikan Hukukundaki, Rekabet Hukukunu ekonomik esaslara dayandırma görüşü ile Avrupa Topluluğu Hukukundaki, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin genel yararı mı yoksa özel kişilerin da çıkarlarını mı korumağa yönelik olduğu tartışmaları arasında paralellikler vardır. Amerikan Hukukunda zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının tazmininin Clayton Kanununun 4. maddesinde düzenlenmesine karşılık, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunu düzenleyen Roma Andlaşmasında buna ilişkin bir kuralın bulunmaması sebebi ile ortaya çıkan farklı görüşler, Adalet Divanının Belgische Radio en Televisie<sup>281</sup> ve Simmenthal<sup>282</sup> kararları ile çözüme bağlanmıştır.

Adalet Divanına göre,

"85. maddenin 1. paragrafı ile 86. maddedeki yasaklamalar kişiler arasındaki ilişkilere doğrudan etkilidir ve bu maddeler bireyler bakımından haklar yaratır. ..."<sup>283</sup>

Böylece her iki hukuk düzeninde de rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu üçüncü kişilerin zararları, Rekabet Hukuku kapsamı içinde kabul edilmiştir. Rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu, üçüncü kişilerin zararları, sistematik olarak incelediğinde, bunların zararın görenin dahil olduğu gruba göre farklı özellikler gösterdiği gözlenir.

<sup>278</sup> PITOFSKY, The Political Content of Antitrust, 1061.

<sup>279</sup> SCHWARTZ, Justice and Other Non-Economic Goals of Antitrust, 127 University of Pennsylvania Law Review 1078 (1979).

<sup>280</sup> Hannover Shoe v. United Shoe Machine Corp., 392 US 494 (1968).

<sup>281</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 313, 1974 2 CMLR 238.

<sup>282</sup> Case 106/77, Italian Finance Administration v. Simmenthal, (1978) ECR 629.

<sup>283</sup> Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, (1974) ECR 325-328, 1974 2 CMLR 246-249.

## **b. Rekabetin Kısıtlanmasının Neden Olduğu Zarar Türleri**

### **aa. Fiili Zarar ve Yoksun Kalman Kâr**

Piyasa fiyatı kontrol edilerek rekabetin kısıtlanması, tam rekabet piyasasında normal kârın üzerinde, kazanç elde etmeğe yönelik bir faaliyettir. Rekabeti yatay kısıtlayanların elde etmeği bekledikleri bu aşırı kazancın kaynağını, tüketicilerin ödemek zorunda kaldıkları piyasa fiyatının üzerindeki bedel oluşturur<sup>284</sup>. Bu sebepten, rekabeti kısıtlayanların elde etmeği bekledikleri kazanç ile tüketicilerin malvarlığında olması gerekenden fazla eksilme arasında bir bağ vardır<sup>285</sup>. Bu da rekabetin kısıtlanması ile tüketicilerin uğramış oldukları zarar arasında doğrudan bir ilişkinin olduğunu gösterir. Malvarlığındaki azalma, malın gerçek değerinin üzerinde bir fiyattan satılmasının sonucudur ve bu da rekabetin kısıtlanması ile ortaya çıkar<sup>286</sup>.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve eylemler, tüketicilerin daha fazla bedel ödemelerine ve zarar görmelerine sebep olurken, bu anlaşmanın tarafı olmayan ya da eyleme katılmamış olan rakip teşebbüslerin de rekabet olanaklarını kısıtlayarak zarar görmelerine yol açar<sup>287</sup>. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da eyleme, piyasada faaliyet gösteren bütün teşebbüslerin katılmış olmaları durumunda, bundan zarar görenlerin sadece tüketiciler olmasına karşılık, bütün teşebbüslerin anlaşmanın tarafı olmadıkları ve özellikle dışlayıcı anlaşmalar durumunda, rakip teşebbüsler de, tüketiciler ile birlikte rekabetin kısıtlanmasından zarar görenler arasında yer alırlar<sup>288</sup>.

Rekabetin kısıtlanmasından etkilenen rakip teşebbüslerin en belirgin zararı, piyasa paylarındaki azalma nedeni ile satış miktarının düşmesinin ortaya çıkardığı kârdan mahrumiyettir<sup>289</sup>. Özellikle dışlayıcı anlaşmalarda amaç, rakip teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerinin engellenmek ve bunların faaliyet olanaklarını sınırlamaktır. Bu da, bu teşebbüslerin piyasa paylarında ve satış ya da üretim miktarlarında azalmaya ve kazanç kaybına neden olur<sup>290</sup>. Rakip

<sup>284</sup> MERKIN-WILLIAMS, 448.

<sup>285</sup> NEALE-GOYDER, 427.

<sup>286</sup> POSNER- EASTERBROOK, 549; AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 190.

<sup>287</sup> Note: Recovery of Treble Damages under the Shearman Act, 509.

<sup>288</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 205; NEALE-GOYDER, 425.

<sup>289</sup> Brunswick Corporation v. Pueblo Bowl-O-Matt, 429 US 477 (1977); Note: Proof of Damage Under the Anti-Trust Laws, 1035.

<sup>290</sup> Teşebbüslerin piyasa stratejilerinde değişiklik olmadığı varsayımında, piyasa paylarında ve satış miktarında azalmanın olması kaçınılmaz bir sonuçtur. Eğer anlaşan teşebbüslerin piyasa etkinlikleri, piyasayı kontrole, rakip teşebbüsleri piyasa dışına itmeğe yetmeyecek ise, taraflar hiç bir zaman böyle bir anlaşmaya girmezler, çünkü başarısızlık riski bu anlaşma için yapılacak masrafları boşa yapılmış ve işletme ekonomisi bakımından irrasyonel bir harcama haline sokar.

teşebbüslerin kazanç kaybı ile rekabetin kısıtlanması arasında doğrusal bir ilişki vardır. Bu zararlardan da rekabetin kısıtlanmasına neden olanlar sorumludur. Buna karşılık, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da eyleme katılmış olanların, bundan üretim miktarında azalma gibi nedenler ile, zarar görmeleri halinde, aynı hukuki gerekçelere dayanarak herhangi bir talepte bulunmaları söz konusu olamaz<sup>291</sup>, çünkü kendileri de hukuka aykırı eyleme katılmıştır.

### **bb. Nesnenin Kullanımından Yoksun Kalma Zararı**

Rekabetin kısıtlanmasının rakip teşebbüsler üzerindeki olumsuz etkisinden söz edildiği zaman akla ilk olarak gelen, yoksun kalınan kâr ise de, rakip teşebbüslerin zararları bundan ibaret değildir. Teşebbüslerin piyasa payı ve dolayısı ile üretim miktarındaki düşüşler, atıl kapasite sorununu ortaya çıkarır<sup>292</sup>. Rekabet kısıtlanmamış olsa idi, kapasite fazlalığı ortaya çıkmayacak ve bu fazlalık için yapılmış olan harcamalar boşa yapılmış olacaktı<sup>293</sup>. Atıl kapasite için yapılan harcamaların zarar kapsamına girip girmediğini araştırmadan önce, ortaya çıkan kapasite fazlalığının rekabetin kısıtlanması süresi ile sınırlı olduğunu belirtmekte yarar vardır. Tarafların rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere kendiliğinden ya da mahkeme kararı ile son vermeleri halinde, atıl kapasite sorunu sona erer. Atıl kapasite için yapılan masraflar üçüncü kişilerin zararı olarak nitelendirildiğinde, zarar miktarının hesaplanmasında rekabetin kısıtlandığı süre de gözönüne alınacaktır<sup>294</sup>.

Rekabetin kısıtlanması sonucu atıl kalan kapasite için yapılmış masrafların, klasik zarar kavramı içine girmediği açıktır. Bu kapasiteyi yaratan, makina, aletler ve sabit yatırımlar, rekabetin kısıtlandığı süre içinde fiili bir hasar görmemiştir. Rekabetin kısıtlanması sadece rakip teşebbüslerin, bunları kullanmalarını geçici bir süre için iktisaden gereksiz hale sokmuştur. Doktrinde, "kullanım olanağının geçici olarak kaybının gerçek bir kayıp", dolayısı ile zarar olmadığı ve kullanılma süresinin dondurulmasının ileride kullanma süresine ekleneceğinden bahisle giderim istemini engelleyeceğinin savunabileceğinden söz edilmiştir<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> GLEISS-HIRSCH, 247.

<sup>292</sup> POSNER- EASTERBROOK, 552.

<sup>293</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 235; Note: Proof of Damage Under the Anti-Trust Laws, 1035.

<sup>294</sup> Note: Proof of Damage Under the Anti-Trust Laws, ibid.

<sup>295</sup> Eleştiriler için bakınız, BURCUOĞLU, Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. I, sayı 2, 1984, 166-167.

Nesnenen geçici yararlanamamanın zarar olarak nitelendirilemeyeceğini savunan görüş taraftarları önemli bir hususu gözden kaçırmaktadır. Bu da nesnenin kullanım ömrünün sadece eskimek olgusuna bağlı olmadığıdır. Kanımızca, çağımızın modern tüketim toplumlarında bir malın kullanım süresini belirlemede malın eskimiş olması kadar, moda gibi kültürel, renk, desen, tasarım gibi estetik ve fonksiyonel amaç, verimlilik gibi teknolojik etkenler de önemli rol oynar<sup>296</sup>. Tüketici tercihleri<sup>297</sup>, mal farklılaştırılması<sup>298</sup> ve yeniliklerin teşviki gibi kavramlar da malın kullanım süresini, eskime süresinden farklılaştıran etkenlerdir. Sosyal yaşamdaki en kabataslak gözlemler dahi bunu teyid etmektedir. İnsanların siyah-beyaz televizyonlarını renkli televizyon ile değiştirmelerinin ya da yeni bir mayo satın almalarının, malın eskimiş olması görüşü ile açıklanması mümkün değildir. Keza, dünyanın her ülkesindeki hurdalıkları dolduran el tezgahlarını, ya da birinci, ikinci nesil bilgisayar parçalarının da eskime ile buralara atılmış olduğu iddiaları inandırıcılıktan uzaktır. Her malın, eskime süresinden farklı bir kullanma süresi vardır ve bunu çeşitli faktörler etkilemekte ise de, ortak öge zaman unsurudur. Kullanım olanağının geçici olarak kaybının, eskime ömrünü kısaltmayacağı gerekçesi ile bunu zarar olarak nitelendirmemek çağımız gerçeklerine aykırıdır.

Rekabetin kısıtlanması, rakip teşebbüslerin sabit yatırım mallarının bir kısmından yararlanamamaları sonucunu ortaya çıkarır<sup>299</sup>. Kullanılma olanağı ortadan kalkan sabit yatırım malları, bunun sonucunda hasar görmemiş olsa bile, rakip teşebbüsler bunlardan yararlanma olanağından belirli bir süre için yoksun kalmaları sebebi ile zarar görürler. Rekabetin kısıtlanması sonucu, rakip teşebbüslerin uğradıkları kârdan mahrumiyet zararı gibi, nesnenin kullanımından yoksun kalmak da somut bulgular ile hesaplanabilen bir zarardır. Nesnenin kullanım olanağından yoksun kalmak nedeni ile uğranılan zarar, kişisel değerlere çok önem vermekte olduğu gerekçesi ile eleştirilmişse de<sup>300</sup>, rekabetin kısıtlanması sebebiyle piyasa payı ve üretim miktarı azalan teşebbüslerin kullanma imkanını, geçici bir süre içinde olsa, yitirdikleri mallar bakımından durum farklıdır. Kanımızca, nesnenin kullanım olanağından yoksun kalma sebebi ile uğranılan zarar ile işletme ekonomisindeki asgari optimum büyüklük kavramları arasında yakın bir bağlantı vardır<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> GALBRAITH, *The Affluent Society*, Boston, 1958, 148, 149; SCHERER, *Industrial Market Structure*, 400.

<sup>297</sup> REYNOLDS, *Microeconomics*, Illinois, 1982, 68-70; LIPSEY- STEINER, *Economics*, New York, 1981, 137; STIGLER, *The Theory of Price*, New York, 1966, 21.

<sup>298</sup> SWANN, *Competition and Consumer Protection*, 84.

<sup>299</sup> AREEDA-TURNER, *Antitrust Law*, c. II, 205-206.

<sup>300</sup> Eleştiriler için bakınız TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, 742-743.

<sup>301</sup> SCHERER, *Industrial Market Structure*, 84; REYNOLDS, 102.

Rekabetin kısıtlanması sonucu, rakip teşebbüslerin satışının azalması, daha az kazanç elde etmelerine neden olur. Ayrıca, üretimde azalma, maliyet bedellerinin artmasına ve teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaşmasına da yol açar<sup>302</sup>. Örneğin, günlük üretim verileri aşağıdaki tablodaki<sup>303</sup> gibi olan bir teşebbüsün durumunu ele aldığımızda, nesneni kullanımından yoksun kalmanın bir maddi zarar olarak ortaya çıktığı görülür.

Üretim (miktar)	Sabit gider	Üretim gider			Toplam gider	
		Marjinal	Toplam	Ortalama	Toplam	Ortalama
1	100	12	12	12	112	112
5	100	12	60	12	160	24
10	100	12	160	12	220	22
12	100	12	132	12	232	21.1
12	100	14	146	12.2	246	20.5
13	100	16	162	12.5	262	20.2
14	100	20	182	12.9	282	20.1
15	100	26	203	13.9	308	20.5
16	100	34	242	15.1	342	22.8

Piyasada malın fiyatı 20.5 birim lira ise, herhangi bir teşebbüs günde 14 birim mal üretilip sattığı zaman birim başına 0.4 birim lira kazanmakta ve diğer firmalar ile rekabet edebilmektedir. Eğer rekabetin kısıtlanması sonucu, satılan mal miktarı 10 birime düşecek olursa gündelik üretim de 4 birim kadar azalmış olur. Buna karşılık, rekabetin kısıtlanması sonucu ortaya çıkan zarar, sadece satılmayan her birim mal başına 0.4 birim liradan ibaret değildir. Dikkat edilecek olursa, 10 birim üretilirken ortalama maliyetin 22 birim lira olduğu görülür. Malın piyasa fiyatının 20.5 birim lira olması durumunda, teşebbüsün sattığı her malda zarar etmekte olduğu da gözlenir. Burada açıkça görülmektedir ki, rekabetin kısıtlanması sonucu üretimin düşmesi yalnız yoksun kalınan kâr zararına değil, nesnenin kullanımından yoksun kalınma sebebi ile ortalama maliyetin artmasına da neden olur<sup>304</sup>. Rakip teşebbüslerin, rekabetin kısıtlanması sebebi ile uğradıkları zarar karma niteliktedir ve fiili zarar ve yoksun kalınan kâr zararının toplamına eşittir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmağa ve bunların piyasa paylarının azalmasını temine yönelik olması, bu teşebbüsleri de bazı tedbirler almağa ve yeni bir piyasa stratejisi tesbitine

<sup>302</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 149-152.

<sup>303</sup> Sayılar rastgele seçilmiştir. Örnek olmaktan başka bir anlam taşımaz.

<sup>304</sup> BORK, The Antitrust Paradox, 151.

zorlayabilir<sup>305</sup>. Rekabetin kısıtlanmasının olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için yapılmış olan bütün bu ek harcamalar, rakip teşebbüslerin fiili zararını oluşturur. Yapılan ek masraflara rağmen, rekabetin olumsuz etkilerinin önlenememiş olması durumunda, yoksun kalınan kâr zararı ile birlikte yapılan bu harcamalar da talep edilebilir.

Eğer, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere taraf olmayan teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaşması üçüncü kişilere olan taahhütlerini yerine getirmelerine engeller nitelikte ise, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüsün üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminatlar da, rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlar arasında yer alır. Ancak, üçüncü kişilere ödenmek zorunda kalınan tazminatların, teşebbüslerin, rekabetin kısıtlanmasından doğan zararı olarak kabul edilebilmeleri için, hukuka aykırı eylem ile üçüncü kişilere ödenen tazminata neden olan durum arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

### **cc. Yansımaya Yolu ile Uğranılan Zarar**

Rekabetin kısıtlanması rakip teşebbüslerin ve tüketicilerin doğrudan zarar görmelerine yol açarken, bu kişiler ile hukuki ilişki içinde bulunan başka üçüncü kişilerin de zarar görmeleri söz konusu olabilir. Örneğin, piyasa dışına itilen ve piyasa payı düşen bir teşebbüse mal satmakta olan bir teşebbüsün de rekabetin kısıtlanmasından etkilenmesi ve arz ettiği mala olan talebin düşmesi söz konusu olabilir. Ya da, Rekabet Hukukunun doğrudan korumayı hedeflediği menfaat sahibi kişiler dışında kalan, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin paydaşları<sup>306</sup>, alacaklıları<sup>307</sup> gibi kişiler de zarar görürler. Ancak bu zararlar tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin uğradıkları zararlar gibi doğrudan değil, yansımaya yolu ile ortaya çıkan zararlardır. Rekabetin kısıtlanmasından doğrudan zarar gören belirli kullanıcıların da, toplumsal zarardan yansımaya yolu ile zarar görmeleri mümkündür.

Yansımaya yolu ile ortaya çıkan zarar Rekabet Hukuku kapsamı dışında kalır ve yansımaya yolu ile zarar görenlere giderim talep hakkı tanınmamıştır<sup>308</sup>. Bunda, doğrudan zarar gören kişilere dava hakkı tanınmış olmasının<sup>309</sup>,

<sup>305</sup> MARKOVITS, Some Preliminary Notes on the American Antitrust Laws, Economic Test of Legality, 27 Stanford Law Review 852 (1975); POSNER, Oligopoly and the Antitrust Laws : A Suggested Approach, 21 Stanford Law Review 1567-1568 (1969).

<sup>306</sup> Note: Procedure in Private Suits Under the Shearman and Clayton Acts, 341.

<sup>307</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 180; NEALE-GOYDER, 421.

<sup>308</sup> ELZINGA-BREIT, The Antitrust Penalties, New Haven, 1976, 69.

<sup>309</sup> William M. Fleitmann v. Welsbach Street Lighting Company of America, 240 US 27 (1916).

rekabetin şartlarının gerçekleştirilmesi için yeterli olduğu görüşü<sup>310</sup> kadar, yansıma yolu ile zarar görenlerin belirlenmesindeki zorluklar ve bu kişilerin Rekabet Hukuku ile korunmayı hedeflenen menfaat sahipleri dışında olması<sup>311</sup>, yansıma yolu ile uğranılan zararın giderilmesi sorununun çözümünde, belirleyici rol oynamıştır.

### **c. Zararın Hesaplanması**

#### **aa. Genel Olarak**

Rekabetin yatay kısıtlanmasının neden olduğu tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin zararları Borçlar Hukukundan çıkan genel prensiplere göre hesaplanacaktır. Tüketicilerin, zararları sadece yapılan fazla ödemededen oluştuğu<sup>312</sup> için, bunların tesbiti ve miktarının belirlenmesi, rakip teşebbüslerin farklı kalemlerden oluşan zararlarına göre nisbeten kolaydır<sup>313</sup>.

Rekabetin kısıtlanmasından etkilenen rakip teşebbüslerin zararlarının kârdan mahrum kalmak ve nesnenin kullanımından yoksun kalmak şeklinde olmasının yanı sıra bir zaman süresi içine de yayılmış olabilmesi bunların miktarının belirlemede pratik zorluklara neden olabilir. Bu sebepten, Amerikan Rekabet Hukukunda Clayton Kanununun (4D) maddesi, zararın miktarının belirlenmesinde, istatistik ve örneksene metodlarından da yararlanılabileceğini belirtmiştir.

#### **bb. Tüketicilerin Zarar Miktarının Belirlenmesi**

Mala gerçek değerinin üzerinde ödemede bulunan tüketicilerin zararı, rekabetin kısıtlanması sonucu olarak malın fiyatının artmasından kaynaklanmaktadır. Tüketicinin uğramış olduğu zarar miktarı, mal fiyatında gözlenen artışa göre belirlenir. Ancak, rekabetin kısıtlandığı dönemde malın fiyatına etkili olabilecek piyasa koşullarında gerçekleşen değişmelerin de gözönüne alınması gerekir. Örneğin, talebin düştüğü dönemlerde, teşebbüslerin anlaşarak fiyatı sabit tutmaları halinde, zarar miktarı belirlenirken, değişen piyasa koşullarının da dikkate alınması gerekecektir<sup>314</sup>. Bu gibi durumlarda zararın hesaplanmasında, istatistik ve örneksene metodlarından yararlanılarak fiyatın ne miktarda olmasının gerektiği belirlenmelidir.

<sup>310</sup> POSNER, Antitrust Law, 227, 228.

<sup>311</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 242.

<sup>312</sup> Note: Consumers and Antitrust Treble Damages: Credit-Furniture Tie-ins in the Low Income Market, 79 YLJ 259 (1969).

<sup>313</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 242-243.

<sup>314</sup> ibid 230.



### cc. Rakip Teşebbüslerin Zarar Miktarının Belirlenmesi

Rekabetin kısıtlanmasında etkilenen rakip teşebbüslerin uğradıkları zararların yoksun kalınan kâr, nesnenin kullanımından yoksun kalmak gibi çeşitli kalemlerden oluşması sebebi ile, bunun miktarının hesaplanması, teşebbüslerin uğradıkları zarar miktarının tesbit daha zordur. Rakip teşebbüslerin uğradıkları zarar miktarı iki farklı yöntemle belirlenebilir.

Bunlardan ilki, teşebbüslerin satış miktarındaki azalma miktarı ile, herbir satıştan elde edilen kârı gözönüne alarak, rekabetin kısıtlanmasının ortaya çıkardığı zararı belirlemektedir. Yani herbir birim malın satışından elde edilecek miktar, teşebbüslerin zararını belirleyecektir. Ancak bu şekilde hesaplanacak zarar miktarı, nesnenin kullanılmasından yoksun kalmak sebebi ile uğranılmış olan zararı hesaplamaya dahil etmez. Amerikan Yüksek Mahkemesinin American Crystal Sugar davasında<sup>315</sup> uyguladığı bu yöntem, rakip teşebbüslerin gerçek zararını göstermez.

İkinci bir yöntem ise, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin malvarlıklarının, rekabetin kısıtlanmasından sonraki miktarı ile rekabet kısıtlanmamış olsa idi ulaşacağı miktar arasındaki farka göre zararın hesaplanmasıdır. Malvarlığının mevcut değeri belirlendikten sonra, hukuka aykırı anlaşma ya da eylem olmasa idi ulaşacağı değer belirlenerek, zarar miktarının ikisi arasındaki farkın tesbiti, zararın malvarlığında meydana gelen değişme şeklindeki tanımına da uygundur<sup>316</sup>.

Zarar miktarının malvarlığında meydana gelen değişikliğe göre hesaplanmasında, değişiklik göstermeyen değerlerin hesaba katılması gereksizdir, çünkü amaç değişikliği belirlemektir. Bu sebepten de, sabit kalanların değerlendirmeğe dahil edilmesi gereksiz işlemlere yol açar. Sabit yatırım giderleri de dikkate alınarak toplam gelir ve gider analizleri ve toplam maliyet hesapları zarar miktarını belirlemek için yeterlidir. Malvarlığında meydana gelen değişiklik esas alınarak hesaplanan zarar miktarının, birinci yöntem olan, satış miktarındaki azalma esas alınarak hesaplanan zarar miktarından daha büyük bir negatif değer olduğu görülür. Bu fark, nesnenin kullanımından yoksun kalma zararının, hesaplamaya dahil edilmesinden doğmaktadır. Fark teorisine göre zarar miktarının hesaplanması halinde, mahrum kalınan kâr ve nesnenin kullanımında yoksun kalmak sebebi ile uğranılan zarar hesaplamaya dahil edilmiş olur.

<sup>315</sup> American Crystal Sugar Co. v. Mandeville Islands Farms, 343 US 957 (1952), zikreden AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 231.

<sup>316</sup> TEKİNAY- AKMAN- BURCUOĞLU- ALTOP, 736.

## **dd. Piyasaya Yeni Giren Teşebbüslerin Zarar Miktarının Tespiti**

Rekabetin kısıtlanması, piyasada faaliyet göstermekte olan teşebbüsler gibi, piyasaya yeni giren ya da girmek için gerekli şartları yerine getirmiş olan firmaların da zarar görmelerine yol açabilir<sup>317</sup>. Bu durumda, zarar miktarının hesaplanması önceki varsayımlara göre daha zordur. Herşeyden önce, piyasaya yeni giren ya da girmek için hazırlıklarını sürdüren bir teşebbüsün, piyasa payının ne olacağının önceden bilinmesi, tahminden ileri gidemez. Bu sebepten de, böyle durumlar için daha pozitif esaslara dayanan objektif yöntem, piyasaya yeni girmekte olan teşebbüslerin uğradıkları zarar miktarını, rekabetin kısıtlanmasına neden olanların elde ettikleri tek el kârı miktarına eşit kabul etmektedir.

Rekabetin kısıtlanması sonucunda, rakip teşebbüsler zarar görürken, hukuka aykırı eyleme katılanlar haksız kazanç sağlamaktadırlar. Piyasa payı belli olmayan ve faaliyete yeni başlayan teşebbüslerin zararının belirlenemediği durumlarda, zararın rekabetin kısıtlanmasına neden olanların haksız kazançlarına eşit olarak kabulü, hakimin takdir yetkisinin objektif bir ölçüye bağlamak anlamına geleceğinden, kanımızca zarar miktarını, basit bir tahmin faaliyeti<sup>318</sup> olmaktan çıkaracaktır.

## **IV. REKABETİN KISITLANMASINDAN ZARAR GÖRENE TANINAN HAKLAR**

### **A. Genel Olarak**

Rekabetin kısıtlanması iki tür zararın ortaya çıkmasına yol açar. Bunlardan ilki toplumsal zarar ikincisi de tüketiciler, rakip teşebbüsler gibi üçüncü kişilerin uğradıkları maddi zarardır. Her iki tür zarardan doğrudan etkilenenlerinin farklı olması sebebi ile, bunların olumsuz sonuçlarının giderilmesi ve önlenmesini talep hakkı değişik kişilere tanınmıştır.

Toplumun, rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin olumsuz etkilerinden korunması, Amerikan Hukukunda Amerika Birleşik Devletleri Başsavcısına verilmişken<sup>319</sup>, Avrupa Topluluğu içinde bu görevi Avrupa Topluluğu Komisyon'u üstlenmiştir<sup>320</sup>. Başsavcı ve Komisyon'un açacakları kamu davası,

<sup>317</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 231.

<sup>318</sup> NEALE-GOYDER, 428; Bigelow v. RKO, Radio Pictures, 327 US 251 (1946).

<sup>319</sup> Shearman Act, 4. madde, 26 Stat. 209 (1980).

<sup>320</sup> Regulation 17/62 madde 3, (1962) OJ 204 (Special Edition).

üçüncü kişilerin uğradıkları doğrudan zarardan soyutlanmıştır<sup>321</sup>. Shearman Kanununun 1. maddesine göre, rekabetin kısıtlanmasına neden olan tüzel kişiler bir milyon, gerçek kişiler de yüzbin dolara kadar para cezası ve üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilirlerdir. Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, rekabetin kısıtlanmasına neden olanların hapis cezası ile cezalandırılmaları kabul edilmemiştir<sup>322</sup>. 17/62 sayılı tüzüğün<sup>323</sup> 15. ve 16. maddeleri rekabeti kısıtlayanların kusur derecelerine göre para cezasına çarptırılacaklarını öngörmektedir. Rekabeti kısıtlayanların cezai sorumluluklarında en önemli husus, failerin kusur dereceleridir<sup>324</sup>. Ancak, rekabeti kısıtlayanların cezai sorumlulukları konumuz dışında kalır<sup>325</sup>.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerin toplumsal zararın yanı sıra, üçüncü kişilerin doğrudan zarar görmelerine de yol açması durumunda, zarar gören üçüncü kişilere dava hakları tanınmıştır. Rekabetin kısıtlanmasının neden olduğu bireysel zararların tesbiti ve giderilmesi, zarar görenlerin Amerikan Hukukuna göre, federal mahkemelerde ve Avrupa Topluluğu Hukukuna göre de, üye devletler ulusal mahkemelerinde<sup>326</sup> açacakları hukuk davaları ile gerçekleştirilecektir. Zarar gören üçüncü kişiler, giderim, durdurma, önleme gibi haksız fiilden doğan davalardan ve tesbit davasından yararlanabilirler.

## **B. Tazminat Davası**

### **1. Genel Olarak**

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişiler, giderim davası ile uğradıkları zararların telafi edilmesini sağlayabilirler. Avrupa Topluluğu Hukukunda üçüncü kişiler, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin ihlal edilmesinden doğan zararları için, üye devletlerin ulusal mahkemelerinde açacakları davalar ile, bunların tazmini, her bir üye devletin ulusal hukuk kurallarına tabi olup<sup>327</sup>, Rekabet Hukuku uygulaması bakımından bir özellik göstermez.

Amerikan Hukukunda, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişilerin tazminat hakkı, Clayton Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>321</sup> AREEDA, Antitrust Violation Without Damage Recoveries, 89 HLR 1127, 1134 (1976).

<sup>322</sup> SMITH-HERZOG, The Law of the European Economic Community, New York, 1984, paragraf 3.22.

<sup>323</sup> Regulation 17/62, (1962) OJ 204 (Special Edition).

<sup>324</sup> POSNER- EASTERBROOK, 323.

<sup>325</sup> POSNER, Antitrust Law, 23-25; AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 26-32.

<sup>326</sup> HOUIN, 49.

<sup>327</sup> GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 161; GLEISS-HIRSCH, 248; HOUIN, 49-53.

Bunun sonucu olarak da, üçüncü kişilerin zararlarının giderimi ile Rekabet Hukukunun amaçları arasında bir paralellik kurulmuş ve üçüncü kişilere tanınan tazminat davası açmak hakkı ile Rekabet Hukuku kurallarına uyulması da sağlanmak istenmiştir<sup>328</sup>.

## 2. Amerikan Hukukunda Zarar Gören Üçüncü Kişilere Tanınan Tazminat Davası

Amerikan Hukukunda, Rekabet Hukuku kurallarının ihlali sonucu bundan zarar görenlerin, zararlarının 3 katına tazminat talep edebileceğini belirten Clayton Kanununun 4. maddesi, Avrupa Topluluğu Hukukundan bu açıdan farklılıklar göstermektedir. Avrupa Topluluğu Hukukunda ve Topluluğa üye devletler hukuklarında, zarar gören üçüncü kişilerin açacakları tazminat davalarının, Borçlar Hukukunun genel hükümlerine tabi olması sebebi ile, tazminat davasında talep edilecek miktar uğranılan zarar ile sınırlıdır. Amerikan Hukukunda ise, Clayton Kanununun 4. maddesinde, zarar gören üçüncü kişilere tanınan, gerçekleşen zarar miktarının üzerine tazminat talep hakkı ile özel kişilere, teşebbüsleri Rekabet Hukuku kurallarına uymaya zorlama görevi de verilmeğe çalışılmıştır<sup>329</sup>.

Zarar görenin tazminat davası ile uğradığı zararın üç katını talep edebilmesi<sup>330</sup>, Amerikan Hukukunda da sadece Rekabet Hukuku davalarında söz konusu olabilir<sup>331</sup>. Genel olarak, Amerikan Hukukunda da, talep edilecek tazminat, uğranılan zararın giderilmesine yöneliktir<sup>332</sup>. Clayton Kanununun 4. maddesinde öngörülen zararın üç katı olan bu tazminat, genel kuralın istisnası olarak kabul edilen cezalandırma amaçlı tazminat<sup>333</sup> ve nominal tazminattan da farklı özelliklere sahiptir. Nominal tazminatta, haksız fiilin zarar unsuru hariç diğer unsurların gerçekleştiği durumlarda hükmedilir<sup>334</sup>. Bu, bir<sup>335</sup>, beş<sup>336</sup> dolar gibi çok düşük meblağlar olarak kararlaştırılır ve belirli bir hakkın ihlal edilmiş

<sup>328</sup> POSNER, Antitrust Law, 226-227.

<sup>329</sup> POSNER, Antitrust Law, 230; THORELLI, The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition, Baltimore, 1955, 229.

<sup>330</sup> Bu konuda hakime takdir hakkı tanınmamıştır. NEALE-GOYDER, 436.

<sup>331</sup> ELZINGA-BREIT, 63.

<sup>332</sup> McCORMICK, Damages, St. Paul, 1935, 560; FARNSWORTH, 874; International Harvester Co. of America v. Chicago M. and St. P.R. Co., 186 Iowa 86, 172 NW 471 (1919).

<sup>333</sup> Türk Hukukundaki cezai tazminattan farklı bir kurumdur.

<sup>334</sup> First Bank v. Dacros, 27 Alabama App. 193, 168 So 704 (1936); Raymer v. Bay State National Bank, 424 NE 2d 515, 31 UCC Rep. 1537.

<sup>335</sup> Weaver v. Granada Bank, 179 So 564, 180 Miss. 876 (1938).

<sup>336</sup> First National Bank of Hutchinson v. Kansas Grain Co., 55 P 277 (1898); T.B. Clark Co. v. Mt. Morris Bank, 83 NYS 447.

olduğunun mahkemece tesbit edilmesi fonksiyonu vardır<sup>337</sup>. Cezalandırma amaçlı tazminat şartına bağlı olmakla beraber<sup>338</sup>, oluşan zarar miktarından bağımsızdır ve failin hukuken şiddetle kınanan, zalimane bir eyleminin tekrerrüne engel olmak amacı taşımaktadır<sup>339</sup>.

Clayton Kanununda yer alan üçe katlanmış tazminat ise, Amerikan Hukukunda rastlanan tazminat türlerinden hiçbirine benzememektedir. Rekabet Hukukundan doğan bu tazminatta yukarıda belirttiğimiz tazminatlardaki özellikler bulunmamaktadır. Bunun ile beraber, Amerikan doktrinide rekabetin kısıtlanmasına neden olan teşebbüslerin, sebep oldukları zararın üç katı oranında tazminat ödemekle yükümlü tutulmalarında, cezalandırma gayesinin de bulunduğu ileri sürülmüştür<sup>340</sup>. Ancak, kanımızca, bu görüşün kabulü Clayton Kanununun (4C) maddesine göre, zarar görenin Amerika Birleşik Devletleri olması halinde, tazminat olarak istenecek olanın gerçekleşen zarar miktarını aşamayacağı kuralı ile çelişki oluşturur. Eğer giderim olarak uğranılan zararın üç katının talep edilebilmesi, cezalandırma amacı ile konmuş bir kural olsa idi, mağdurun devlet olduğu durumlarda cezanın ağırlaşması gerekirdi<sup>341</sup>. Oysa Clayton Kanununun 4. ve (4C). maddeleri bunu tamamen aksi bir uygulama ile düzenlemiştir. Ayrıca, cezalandırma amacından söz edebilmek için, failin hukuka aykırı sonuca yönelen iradesindeki kusur durumu hiç dikkate alınmamış, sadece zarar görenin devlet ya da özel kişi olmasına bağlı olarak tazminat olarak istenebilecek miktarın belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

Diğer bir görüşe göre ise, üçe katlanmış giderim sistemi ile düzeltici adalet ilkelerinden uzaklaşmış ve giderimin caydırıcılık özelliğinden yararlanılmağa çalışılmıştır<sup>342</sup>. Teşebbüslerin, rekabeti kısıtlaması ile elde edecekleri kâra karşılık, hukuka aykırı faaliyetlerin tesbit edilmesi durumunda sebep oldukları zararın üç katını tazminat olarak vermek zorunda kalmalarının, onları rekabeti kısıtlamak yoluna başvurmaktan vazgeçireceği ve böylece Rekabet Hukukunda geliştirilen giderim sistemi ile, tazminatın caydırıcılık özelliğinden yararlanılmasının amaçlandığı ileri sürülmüştür<sup>343</sup>. Üçüncü kişilerin uğradığı zararın, rekabeti kısıtlayanların elde ettikleri haksız kazançta eşit olması ve tazminatın uğranılan zarara eşit olarak belirlenmesi durumunda teşebbüslerin

---

<sup>337</sup> McCORMICK, 85.

<sup>338</sup> Weaver v. Granada Bank, 179 So 564, 180 Miss. 876 (1938).

<sup>339</sup> Restatement Second of Torts Section 908; Loucks v. Alburgue National Bank, 418 F 2d 191 (1966).

<sup>340</sup> AREEDA-TURNER, Antitrust Law, c. II, 229.

<sup>341</sup> POSNER- EASTERBROOK, 324-325.

<sup>342</sup> POSNER- EASTERBROOK, 549; NEALE-GOYDER, 418; KAYSEN - TURNER, Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, Cambridge, 1959, 257.

<sup>343</sup> NEALE-GOYDER, 418-420.

rekabeti kısıtlamakta hiçbir menfaatleri yoktur, çünkü elde edilen haksız kazanç, tazminat olarak geri verildiği zaman menfaat da ortadan kalkar. Bu da, Clayton Kanununda öngörülen zararın üç katı tazminat kuralını rekabeti kısıtlayanların cezalandırılması şeklinde değerlendirenlerin görüşlerine esas teşkil etmiştir. Ancak bu görüş taraftarlarının gözden kaçırdıkları iki önemli nokta vardır. Bunlardan ilki rekabeti kısıtlayanların tesbit edilme ve tazminat ödemeğe mahkum edilme olasılığı<sup>344</sup>, ikincisi ise, rekabetin kısıtlanması ile elde edilen haksız kazancın verilen zarardan daha büyük olabilmesidir. Bu iki durumda, zarara eşit olarak hükmedilecek tazminat yeterli derecede caydırıcılık fonksiyonu göremez, çünkü her iki halde de rekabeti kısıtlayanlar sonunda tazminat ödemeğe mahkum edilseler bile, elde edilen haksız kazanç tamamen ortadan kalkmayacaktır.

Fiyatın artmasına neden olan rekabeti kısıtlayıcı faaliyet sonucu, teşebbüslerin marjinal giderlerinin de azalması durumunda elde edilen haksız kazanç, tüketicilerin fazladan ödemek zorunda kaldıkları miktarların üzerine çıkabilir. Rekabeti yatay kısıtlayan anlaşmalar sonucu, teşebbüslerin marjinal giderlerindeki bu azalma, reklam ve tanıtım giderlerinde azalma ya da arz edilen malın kalitesinde düşmeden kaynaklanır<sup>345</sup> ve bu miktarın tesbiti çok zordur. Tazminatın uğranılan zarara eşit olması durumunda, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler tazminata mahkum edilseler bile, CDFE bölgesi kadar kazanç elde etmektedirler. Bu da, Rekabet Hukukunda tazminatın gerçekleşen zararı aşamayacağı prensibinin kabulü halinde, tazminatın caydırıcılık fonksiyonunu yerine getiremeyeceği sonucunu çıkarır.

Tazminat ile elde edilen haksız kazançta son verilmesi sorununda dikkate alınması gereken ikinci husus da, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin hukuka aykırı bu davranışlarının tesbiti ve tazminat ödemeğe mahkum edilme olasılığıdır. Rekabeti kısıtlayıcı her anlaşmanın ya da uyumlu eylemin tesbit edildiği ve her seferinde de rekabeti kısıtlayanların ortaya çıkan zarar oranında tazminat ödemeğe mahkum edildiği bir varsayımda, tazminat miktarını uğranılan zarar ile sınırlandırmak caydırıcı olmak için yeterli kabul edilebilir. Ancak hayat tecrübeleri bu varsayımı doğrulamaktan uzaktır. Rekabeti kısıtlayıcı her anlaşmanın ya da uyumlu eylemin tesbit edilmesi mümkün olmadığı gibi<sup>346</sup>, açılan davalarda da başarılı olma oranı, istatistiki bilgilere göre yüzde altmış

---

<sup>344</sup> POSNER, Antitrust Law, 418.

<sup>345</sup> Birleşme (merger) de marjinal giderdeki azalma optimum büyüklüğe erişme ve verimlilik sonucu olabilirse de, rekabetin yatay kısıtlanması durumunda, teşebbüsler bütün ortaklarını birleştirmediklerinden bu gerekçeler söz konusu olamaz.

<sup>346</sup> POSNER, Antitrust Law, 226.

civarındadır<sup>347</sup>. Örneğin, rekabeti kısıtlayarak her sattığı malda 100 lira haksız kazanç elde eden bir teşebbüs, bu hukuka aykırı eyleminin tesbit edilme olasılığı yüzde yirmibeş ise, her dört ihlalden biri tesbit edileceği için, Rekabet Hukukunu 4 kere ihlal ederek 400 lira kazanırken, 100 lira tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Tazminatın zarar ile sınırlandırıldığı bir sistemde tazminatın caydırıcılığından söz etmek mümkün değildir. Açılacak davada başarılı olmak olasılığı da değerlendirmeye alındığında, tazminatın caydırıcılık yanının azaldığı görülür<sup>348</sup>. Clayton Kanununun 4. maddesinde, ödenecek tazminatın gerçekleşen zararın üç katı olarak belirlenmesi, tazminatın caydırıcılık fonksiyonundan yararlanmak içindir. Amerika Birleşik Devletleri kanunkoyucusu, tesbit edilme ve tazminat davasında başarılı olma faktörlerini dikkate alarak yüzde otuzüçlük bir kriter kabul etmiştir<sup>349</sup>. Clayton Kanununun kabul edildiği 1914 tarihinde böyle bir katsayının belirlenmesi için gerekli istatistiki bilgilere sahip bulunulmadığı ifade edilmektedir<sup>350</sup>. Kanımızca, Clayton Kanununun tazminat olarak gerçekleşen zararın üç katının istenebileceği kuralının kabulünde, benzer bir düzenleme getiren, 1693 tarihli İngiliz Tekel Kanununun<sup>351</sup> etkisi olmuştur.

Kanımızca, rekabeti kısıtlayarak üçüncü kişilerin zarar görmelerine neden olanların, gerçekleşen zararın üç katına kadar tazminat ödemek zorunda tutulabileceğini belirten Clayton Kanununun 4. maddesindeki kural, cezalandırmaktan çok üçüncü kişilerin zararlarının giderimi, hukuka aykırı faaliyetlerden kaçınmayı temin<sup>352</sup> ve en önemlisi, zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının tazmini için davacı olmağa teşvik<sup>353</sup> amaçlarına yöneliktir. Her ne kadar, ortaya çıkan zararın üç katını ödemek zorunda kalan kişiler, cezalandırılmış gibi görülmekte iseler de, Kanunun amacı cezalandırma değildir. Bu kişilerin cezalandırılması, Shearman Kanununu 1. paragrafının son cümlesinde düzenlenmiş olup, ancak savcının açacağı kamu davası sonunda verilecek karar ile olabilir.

Clayton Kanununun 4. maddesinde öngörülen tazminat sisteminin zarar görenleri haklarını aramaya teşvik özelliği, Avrupa Topluluğu Hukuku bakımından yol gösterici niteliktedir. Rekabet Hukukunun, Avrupa Topluluğu içindeki uygulaması incelendiğinde, zarar gören tüketicilerin davacı olmaktan

<sup>347</sup> STIGLER, The Economic Effects of the Antitrust Laws, The Organisation of Industry, Chicago, 1983, 270.

<sup>348</sup> Bir teşebbüsün 100 birim haksız kazanç elde etmek için girdiği tazminat ödeme riskinin, tesbit edilme olasılığı (yüzde olarak) ile tazminat davasını kaybetmek olasılığının (yüzde olarak) çarpımına eşittir.

<sup>349</sup> POSNER, Antitrust Law, 226.

<sup>350</sup> ibid 226-227.

<sup>351</sup> ELZINGA-BREIT, 63.

<sup>352</sup> PAGE, 472.

<sup>353</sup> WHISH, 16; NEALE-GOYDER, 418; KAYSEN-TURNER, 257.

kaçındığı gözlenir<sup>354</sup>. Kanımızca, bu sonuç dava sonucu elde edilecek menfaat ile böyle bir davada başarılı olmak için yapılan masraflar karşılaştırıldığında, davacı olmanın rasyonel bir seçim olmamasındandır<sup>355</sup>. Tazminat olarak uğranılan zararın üzerinde bir meblağın talep edilebilmesi halinde, tüketicilerin Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edenlerin sebep oldukları zararlara kayıtsız kalmaları önlenmiş olacaktır. Bu sebepten Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda da benzer bir sistemin getirilmesinde yarar vardır.

### 3. Manevi Tazminata İlişkin Talepler

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişilerin manevi tazminata ilişkin taleplerde bulunması sorunu, Amerikan Hukukunda da olumsuz çözüme bağlanmıştır. Clayton Kanununun 4.maddesinde, üçüncü kişilerin ticari işleri ya da malvarlıklarındaki zararlar için giderim talebinde bulunabileceklerinin belirtilmiş olmasından çıkan sonuç, rekabetin kısıtlanması sebebiyle, manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı şeklindedir.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesi konusunda da uygulanacak hukuk, üye devletlerin ulusal hukuklarıdır. Rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlar için, üçüncü kişilerin manevi tazminat talep hakkının bulunup bulunmadığı konusunda, doktrinde ileri sürülmüş hiçbir görüşe rastlanmamıştır. Kanımızca, rekabetin kısıtlanmasından doğan zararların, manevi tazminat talepleri ile bağdaşması mümkün değildir. Rekabetin kısıtlanmasının, üçüncü kişiler üzerindeki etkileri malvarlığında azalma şeklinde görülür. Oysa, manevi tazminatta amaç mağdurun elem ve ızdıraplarının giderilmesidir<sup>356</sup>. Rekabeti kısıtlayıcı eylemler ise piyasadaki rekabet şartlarını değiştirmeye yönelik faaliyetlerdir. Bunların sonucu olarak ortaya çıkan zarar, tüketici bakımından fazladan ödenen bir miktar para, rakip teşebbüsler bakımından ise elde edilemeyen kâr zararı ve nesnenin kullanım olanağından yoksun kalma zararlarıdır. Kanımızca, mağdurun uğradığı bu zararlar için manevi tazminat talebinde bulunması mümkün değildir, çünkü Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici eylemlerin manevi tazminat talebine esas teşkil eden, kişilik haklarına tecavüz unsurunu karşılaması zordur. Dışlayıcı anlaşmalar<sup>357</sup> bakımından böyle bir durumun ortaya çıkması ihtimalinin kuvvetli olduğu düşünülebilir. Ticari gelişmeyi engelleme şeklinde çıkabilecek bir kişilik hakkına tecavüze karşı koruma ve bunun sonucu olarak da manevi tazminatta talebe hak kazanma, kişiliği koruyan genel hükümlere göre olacaktır. Ancak

<sup>354</sup> BELLAMY-CHILD, 107.

<sup>355</sup> Note: Consumers and Antitrust Treble Damages: Credit-Furniture Tie-ins in the Low Income Market, 279 dip notu 109.

<sup>356</sup> ATAAY, 109.

<sup>357</sup> Bakınız sayfa 97 vd.



Avrupa Topluluğunda üçüncü kişilerin zararlarının tazminine ilişkin sorunların, üye devletlerin ulusal hukuk kurallarına tabi olduğunu ve ulusal hukuklarda rekabeti ihlal edici eylemlerden zarar görenlerin manevi tazminat talep hakkının düzenlenmiş olması halinde, zarar görenlerin bundan da yararlanabileceğini belirtmek gerekir.

### C. Önleme ve Durdurma Davaları

Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören veya görmesi muhtemel kişilerin tazminat davasının yanı sıra yararlanabileceği haksız fiilden doğan diğer dava türleri önleme ve durdurma davalarıdır<sup>358</sup>. Ancak kanımızca, Rekabet Hukuku uygulamasında, bu davaların pratik önemi yoktur.

Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici anlaşma ve eylemlerin önlenmesi ve durdurulmasında yararı olan kişilerin, bu sonucu elde etmek için başvurabilecekleri en etkili yol, Amerikan Hukukunda Federal Savcılık makamına, Avrupa Topluluğunda ise Komisyon'a şikayet yollarıdır<sup>359</sup>. Kendilerine re'sen araştırma yetkisi dahi verilmiş olan bu makamların, şikayet üzerine yapacakları araştırma sonucunda, Rekabet Hukuku kurallarına aykırı davranıldığının tespiti üzerine açacakları kamu davası ile de aynı sonucun elde edilmesi mümkündür.

Teorik olarak mevcut olan önleme ve durdurma davalarına başvurma hakkı, pratikte aynı sonucun kamu davasını tahrik ile elde edilmesinin mümkün olması sebebi ile uygulama alanını kaybetmiştir<sup>360</sup>.

Rekabet Hukuku kurallarına aykırı davranışların önlenmesi veya bunlara son verilmesini, kamu davasını tahrik yolu ile elde etmeğe çalışmanın iki önemli yararı vardır. Bunlardan birincisi masrafsız olması, ikincisi ise Komisyon'a ve Savcılığa araştırma ve dava hazırlığı safhasında, delil toplama konusunda ayrıcalıklar tanınmış olması ve zarar gören ya da görmesi muhtemel kişilerin bu olanaklardan yoksun bulunmalarınıdır. Bu da yetkili makamlara ihbar yolunun daha etkili olmasına yol açar .

---

<sup>358</sup> MEGRET-LOUIS-VIGNES-WAELBROECK, 179; GLEISS-HIRSCH, 248.

<sup>359</sup> Bakınız sayfa 292.

<sup>360</sup> POSNER, Antitrust Law, 229.

**Üçüncü Bölüm**  
**GENEL SONUÇ**

## GENEL SONUÇ

I. Rekabet Hukuku, teşebbüslerin piyasada uymaları gereken rekabet kurallarını ve bu kurallara aykırı davranışların ortaya çıkardığı zararlardan sorumluluğu düzenleyen hukuk dalıdır. Rekabet kuralları ile, rekabetin ekonomik ve sosyal sonuçlarının amaçlanmış olması, sosyal yaşamın vazgeçilmez bir unsuru olan Rekabet kavramını, bu hukuk dalının temeli haline getirmiştir. Rekabet Hukuku, sosyal yaşamın bir bölümündeki, rekabet kuralları ile ilgilidir. Bu bölüm de ticari hayattır. Ticari hayatın da ekonomik bir olay olması, Rekabet Hukuku ile Ekonomi Bilimi arasındaki sıkı bir ilişkiyi gerekli hale getirmiştir.

Rekabetin ekonomik sonuçları, kaynak dağılımında ve tüketiminde verimliliğin teminidir. Ekonomik değerlerin dağılımında ve tüketiminde verimlilik ilkesinden doğrudan yararlanacak olanlar tüketicilerdir. Bu sebepten modern Rekabet Hukuku, tüketicilerin refahını teminde de önemli rol oynar. Ayrıca, Rekabet Hukukunun doğumunda ve gelişmesinde rekabetin sosyal yararlarının da etkisi büyüktür.

Zaman içinde gelişen Rekabet Hukuku, günümüzde farklı bir içerik kazanmış ve ekonomi bilimi ağırlıklı bir hukuk dalı haline gelmiştir. Rekabet Hukukunun amaçları arasında yer alan sosyal ve ekonomik yarar unsurları, Rekabet Hukukunun uygulanma kurallarının belirlenmesinde önemli rol oynar. Sosyal yarar ağırlıklı popülist görüşe göre, ekonomik yarar ikinci plandadır. Esas olan rekabet ortamının devamının sağlanması ve rakip teşebbüslerin zarar görmesine engel olunmasıdır. Buna karşılık, Rekabet Hukukuna ekonomik açıdan yaklaşan görüşe göre, verimlilik ilkesi esastır ve rekabet, salt rekabet kavramı adına savunulamaz. Rekabetin savunulması, ortaya çıkan ekonomik yarar uğrunadır ve Rekabet Hukukunun asıl uğraşı alanı ekonomik yararın gerçekleşmesini engelleyen faaliyetler ile sınırlıdır. Bu görüş, rakip teşebbüslerin aleyhine olsa bile, verimliliği geliştirici eylem ve faaliyetlerin, amaç bakımından Rekabet Hukuku ile paralellik göstermesinin, bunların hukuka aykırı olmalarını önleyeceğini savunur.

İki görüş arasındaki en önemli fark, Rekabet Hukukunun korumayı amaçladığı kişiler bakımından görülür. Sosyal yarar ağırlıklı görüş, Rekabet Hukuku ile rakip teşebbüslerin korunmasının amaçlandığının ileri sürerken, ekonomi bilimindeki gelişmelerden yararlanan modern Rekabet Hukukunda,

kaynak dağılımı ve tüketiminde verimlilik ilkesi ön plana çıktığından, asıl hedef tüketicilerin korunmasıdır.

Amerikan mahkeme kararları incelendiğinde, sosyal ağırlıklı görüşün ilk Rekabet Hukuku davalarında daha etkili olduğu görülür. 20. yüzyıl ekonomisinde görülen gelişmeler ile, rekabet kavramına kazandırılan farklı içeriğin etkileri, Rekabet Hukukunda bu görüşün terkedilmesine yol açmıştır.

Kanımızca, rekabet liberal ekonomik görüşe dayanan demokratik sistemlerin vazgeçilmez unsurudur. Rekabetin en önemli sonucu, toplumda maddi değerlerin en kıymetlisi olarak kabul edilen iş gücü ve doğal kaynakların toplum yararına tahsisinde ve tüketiminde verimi gerçekleştirmektir. Bundan da en büyük yararı tüketiciler ve dolayısı ile toplumun tümü elde eder. Rekabet Hukukunun amacı ekonomik verimliliğin sağlanmasından başka bir şey olamaz. Modern Rekabet Hukukunun başlangıç yıllarında ileri sürülen ve sosyal yarar düşüncesinden kaynaklanan, rakiplerin korunması görüşü, ekonomik verimliliği ihmal etmesi sebebi ile yetersizdir. Buna karşı ekonomik yarar ilkesini benimsemiş olan bir Rekabet Hukuku uygulaması, tüketiciler gibi verimlilik esasına göre faaliyet gösteren rakip teşebbüslere de fırsat eşitliği sağlar.

II. Rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen Shearman Kanununun 1. maddesi ile Roma Andlaşmasının 85. maddesine göre, piyasadaki rakip teşebbüsler arasındaki rekabeti engelleyerek ticari hayatı etkilemeye yönelik ya da böyle bir sonucu ortaya çıkaran anlaşmalar, uyumlu eylemler ve bu teşebbüslerin kurdukları birliklerin bütün faaliyetler hukuka aykırıdır. Rekabet Hukuku kurallarının kapsamının belirlenmesi bakımından anlaşma ya da sözleşme sözcüklerine verilecek anlam önemli değildir. Rekabet Hukuku kurallarının uygulanması için, benzer iradelerin bulunması yeterlidir. Bu özellikle, rekabetin uyumlu eylem ile kısıtlanması durumunda daha önemlidir. Rekabetin bilinçli paralellik sonucu kısıtlanmasının da uyumlu eylem gibi değerlendirilmesi, benzer iradelerin Rekabet Hukuku uygulaması için yeterli olarak kabul edildiği görüşünü desteklemektedir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken husus, bilinçli paralellik izlenimi veren her durumun, Rekabet Hukuku kapsamına girmeyeceğidir. Teşebbüsler arasında, bilinçli paralellik görüntüsü veren durumlarda, bilinçli paralelliğin kabulü için teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasa yapısı ile ilgili bazı ek verilerinde araştırılması verimliliği temine yönelik bir Rekabet Hukuku politikasının benimsenmiş olması sonucudur.

Rekabet Hukukunda çözümlenmesi gereken ikinci önemli sorun da, teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasanın tanımına ilişkindir. Piyasanın belirlenmesi kimlerin rakip olduğunu belirlemeğe yaradığı kadar, verimlilik

ilkesi doğrultusundaki bir Rekabet Hukuku uygulaması için gereklidir. "Hangi piyasa " sorusunu cevaplandırmadan, kimlerin o piyasada yer aldığını belirlemek mümkün olamayacağı gibi, Rekabet Hukukunun kapsamına girecek davranışların tesbitinde etkili olan ek koşullar da belirlenemez.

İlgili piyasa, coğrafi bölge ve arz edilen mal esas olmak üzere iki farklı şekilde belirlenir. Teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasanın belirlenmesi, rekabetin yatay kısıtlanmasının konusu olduğu kadar, tekelleşme ve rekabeti kısıtlayıcı diğer faaliyetler için de önemlidir. İlgili piyasanın tesbitinde, çeşitli kriterle ileri sürülmüştür. Kanımızca, bunlardan en başarılı olanı, verimlilik esasına dayalı, ekonomik bölge görüşüdür. Herbir teşebbüsün ilgili piyasası, rakip teşebbüsler ile eşit şartlar altında rekabet edebildikleri konu ve coğrafi bölgeye göre belirlenecektir.

Teşebbüsler arasındaki anlaşma ve birlikte davranmanın, hangi durumlarda Rekabet Hukuku kurallarının ihlalini oluşturacağı konusunda çıkan sorunlar bakımından da, Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukları birbirlerine benzemektedir. Amerikan Hukukundaki pozitif hukuk metinlerinde, rekabeti etkileyen her anlaşmanın hukuka aykırı olduğunun belirtilmesine karşılık, yargısal yollarla geliştirilen *per se* ve *rule of reason* doktrinleri ile bu katı ifade yumuşatılmış ve anlaşma ve birlikte davranışın her olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi prensibi kabul edilerek, bunların ticari hayattaki olumlu etkilerinin de gözönüne alınması sağlanmıştır.

Avrupa Topluluğu Hukukunda ise, Amerika Birleşik Devletlerindeki Rekabet Hukuku uygulamasında karşılaşılan sorunlar, Roma Andlaşmasının kuruluş safhasında ele alınmış ve Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 1. ve 3. paragrafları, *per se* ve *rule of reason* yarısal doktrinlerine yer verecek şekilde kaleme alınmıştır.

Rekabet Hukuku davalarında tarafların belirlenmesi, bir diğer önemli sorundur. Rekabetin yatay kısıtlanmasından söz edebilmek için, birden fazla teşebbüsün bulunması şarttır. Kimlerin bağımsız teşebbüs olduğu, kimlerin tek bir kişi olarak değerlendirileceği sorunu, ticari hayatta holdinglerin ve çokuluslu şirketlerin yaygınlaşması sonucu, daha da önem kazanmıştır. Tüzel kişilik teorisinden kaynaklanan aidiyet görüşü ile birlikte, pragmatik bir şekilde geliştirilen kontrol ve yönetim görüşleri, rekabeti yatay kısıtlayacak kişilerin belirlenmesinde önemli katkıda bulunmuştur.

Kural olarak, zarar gören üçüncü kişilerin Rekabet Hukuku davalarından yararlanmaları mümkündür. Rekabet Hukuku davacı sıfatının kazanılması, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler ile doğrudan ilişkinin varlığına ve korunması

hedeflenen menfaat kriterine göre belirlenir. Doğrudan zarar gören üçüncü kişi durumunda teşebbüslerin ortaklarına ve alacaklılarına dava hakkının tanınması bu kriterlere göre reddedilmiştir.

Rekabet Hukuku kurallarını ihlalin, biri sözleşme hukuku diğeri haksız fiil hukuku bakımından olmak üzere iki türden sonucu vardır. Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden anlaşmalar butlan ile sakatlanmıştır ve böyle bir anlaşmaya göre yapılmış olan kazandırmaların geri istenmesi, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallara göre olacaktır. Diğer yandan, teşebbüslerin rekabeti kısıtlamalarından zarar gören üçünc kişilerin giderim talep hakkı, haksız fiile ilişkin hükümlere tabidir. Rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişilerin, bu zararlarını giderimine ilişkin talepleri, Amerikan Rekabet Hukuku kuralları ile düzenlenmiş olmasına karşılık, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunun düzenleyen Roma Andlaşmasının 85-90. maddelerinde, bu konuda hiçbir hükme rastlanmaz. Bu türden taleplerin Avrupa Topluluğu yargı organlarının önüne getirilmesinin de mümkün olmaması ve bunların ancak ulusal mahkemelerde ileri sürülebilmesi sebebi ile, Avrupa Topluluğu üye devletlerin ulusal hukuklarındaki farklı düzenlemeler, bazı tereddütlerin doğmasına yol açmıştır.

Bu konudaki görüşler iki başlık altında toplanır. Bunlardan birincisi, 85. maddenin toplumsal yararı korumağa yönelik olduğu ve bu nedenle zarar gören üçüncü kişilerin uğradıkları zararların gideriminin, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku kurallarına dayandırılmıyacağıdır. Buna karşılık ileri sürülen ikinci görüşe göre ise, toplumsal yarar tüketicilerin korunmasından ayrılamaz ve aynı şeyi ifade eder. Bu da tüketicilerin zarar gören üçüncü kişiler olarak, uğradıkları zararların giderimi için Rekabet Hukuku kurallarından yararlanabilmesinin kabulünü kaçınılmaz kılar. Adalet Divanı, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin, bireyleri korumağa yönelik olduğunu ve rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişilerin giderim taleplerinin, bu maddeye dayandırılabilceğini açıklayarak, bu konudaki tereddütlere son vermiştir. Böylece Avrupa Topluluğu içinde de, rekabet kurallarının ihlali durumunda, üçüncü kişilerin giderim talebi ile mahkemelere başvurabilmesi ilke olarak kabul edilmiştir. Bu sonuca göre, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluk konusu, bütün üye devletler açısından yeni bir düzenlemeye kavuşmuş ise de, bu sorumluluğun doğumu için aranacak koşullar, gene de ulusal hukukta saptanmış kurallara göre belirlenecektir. Bu, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların sözleşme hukuku açısından değerlendirilmesinde ortaya çıkan sonuçlara benzemektedir.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında sadece, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların geçersiz olduğunun belirtilmiş olması, bu geçersizliğin

sonuçları bakımından farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Adalet Divanı, Roma Andlaşmasının 85. maddesinin 2. paragrafında öngörülen geçersizlik halinin, başlangıçtan itibaren hüküm doğuran bir geçersizlik hali olduğunu belirlemiştir. Bunun yanı sıra, Adalet Divanı kararlarından çıkan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların geçersizliğine ilişkin ikinci kural, bu geçersizlik durumunun sadece anlaşmanın Rekabet Hukuku kuralları ile çatışan kısmı bakımından olacağıdır. Ancak, kısmi butlan kuralını, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara uygularken, geçersiz sayılacak rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin anlaşmaların bütününden ayrılması ve hangi durumlarda bu geçersizliğin anlaşmanın tümünü de geçersiz hale getirdiği her bir üye devletin ulusal hukuk kurallarına göre belirlenecektir.

Roma Andlaşmasının 85. maddesinin ihlali durumunda başvuru, Avrupa Topluluğuna üye devletlerin ulusal hukuklarındaki haksız fiil ve sözleşmelere ilişkin hükümler arasında bazı farklı düzenlemeler varsa da, ulusal hukuklar arasındaki bu farklılıklar bu konuda ulusal hukukları birleştirici bir düzenlemeyi gerektirecek kadar önemli değildir.

III. Türk Hukukunda rekabetin yatay kısıtlanmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Hatta genel olarak Rekabet Hukuku konusunda bir düzenlemeye de rastlanmaz. 1982 Anayasasının 167. maddesinde devletin piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşmeyi önlemek görevinden söz edilmiş olmasına rağmen, henüz bu konuda ciddi bir girişimde bulunulmamıştır.

Türk Hukukunda rekabet kavramı ile ilgili hükümler, Türk Ticaret Kanununun 56-65. maddelerinde ve Borçlar Kanununun 48. maddesinde düzenlenmiş olan haksız rekabet kuralları ile Borçlar Kanununun 348., 455. ve 526. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağına ilişkin hükümlerdir. Bu düzenlemelerin tümü haksız rekabete ilişkin olup rekabetin nasıl yürütüleceğini belirtmesi bakımından, Rekabet Hukuku ile dolaylı olarak ilgilidir. Haksız rekabet kuralları, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin arasındaki rekabetin ne şekilde olacağını dolaylı yoldan tesbit etmekte ve ticari hayattaki "oyunun kurallarını" belirlemektedir. Haksız rekabet kuralları, rekabetin aşırısının tehlikeli bir davranış olarak değerlendirilerek, kişilere tanınan rekabet hakkının kötüye kullanılmış sayılacağı halleri tesbite yöneliktir. Bu sebepten de, haksız rekabete ilişkin hükümlerin Rekabet Hukuku ile doğrudan ilgisi yoktur. Piyasada rekabet koşullarının teminine yönelik olan Rekabet Hukuku bakımından, haksız rekabet hükümleri, sadece korunmaya değer görülmeyen yöntemleri belirlemekten başka bir değer taşımaz.

Borçlar Kanununun 348. maddesinde yer alan işçi, 455. maddede yer alan ticari vekiller ve 526. maddede yer alan adi ortaklıktaki ortakların rekabet yasağını düzenleyen hükümler de Rekabet Hukuku ile ilgili olmaktan çok, haksız rekabet kuralları ile ilgilidir ve haksız rekabet sayılacak durumları, kişiler bakımından ele almaktadır. Türk Ticaret Kanunununda yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümler de benzer niteliktedir.

Rekabet Hukukunun Türk Hukukunda düzenlenmemiş olması nedeni ile, Medeni Kanununun kişilik haklarına ilişkin 23. ve 24. maddelerinin uygulanması düşünülebilir. Rekabetin kısıtlanması ve özellikle dışlayıcı anlaşmalar yolu ile gerçekleştirilmesi durumunda, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinde zorluklar ile karşılaşması iktisadi gelişmeye engel olarak değerlendirilebilir. Bu gibi durumlarda zarar gören teşebbüslerin kişilik haklarını koruyucu davalardan yararlanmaları ihtimal dahiline girer. Ancak kişilik haklarını korumağa yönelik olan hükümlerin, konu ve kişi bakımından Rekabet Hukukuna göre çok dar uygulama alanı vardır. Kaldı ki, amaç bakımından Rekabet Hukuku ile Medeni Kanunun 23. ve 24. maddelerinde yer alan hükümler arasında büyük farklar bulunmaktadır. Bu sebeplerden, Türk Özel Hukukundaki mevcut hükümlerin Rekabet Hukuku bakımından yetersiz kaldığını değil, uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmadığından söz etmek gerekir.

Türk Ceza Kanununun 366. maddesindeki, devlet ihalelerinde rekabeti kısıtlayıcı davranışların suç teşkil ettiğini belirten hüküm, Türk pozitif hukukundaki, Rekabet Hukuku ile ilgili nadir düzenlemelerden biridir. Ancak bu maddenin uygulama alanının devlet ihalesi gibi dar bir alana hasredilmiş olması, Rekabet Hukukunda ortaya çıkacak sorunları çözümlenmekten uzaktır. Türk Ceza Kanununun 366. maddesinin lafzından anlaşıldığına göre, Türk Kanunkoyucusu, rekabetin kısıtlanmasının tüketicinin ve bu maddenin kapsamına giren haller için, Devletin zararına olduğunu farkındadır. Ancak bu maddenin çok dar bir uygulama alanı için kaleme alınmış olması Türkiye'de Rekabet Hukuku olarak bağımsız bir hukuk dalının gelişmesine yeterli olmamıştır.

Türk Hukukunda, Rekabet Hukukuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanmamakla beraber, son yıllarda bu konuda Türkiye Büyük Millet Meclisi dışında, çeşitli kanun tasarıları hazırlanmıştır. Ancak bu tasarıların kaleme alınışından, bunları hazırlayanların liberal ekonomik sistemin çalışma prensiplerini hiç dikkate almadıkları anlaşılmaktadır.

İlk tasarı 1978 tarihinde "İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı" adı ile Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır. Bunu aynı bakanlığın hazırladığı "Ticarette Dürüstlüğün Korunması Kanun Tasarısı" ve



"Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı" adlı iki tasarı izlemiştir. Sanayi ve Ticaret Bakanlıklarının birleştirilmesinden sonra da, bu yeni bakanlık bünyesi içinde, 1984 yılında iki yeni tasarı hazırlanmışsa da, her iki tasarı da, Rekabet Hukukunun amacını ve rekabetin olumlu yönlerinin ne olduğunu tam ve doğru olarak belirlenmeden hazırlandığı izlenimi vermektedir. Tasarılar da Rekabet Hukukunun amaçlarının saptırıldığı ve Rekabet Hukukunun devlet korumacılığı ve müdahaleciliği geliştirmek için kullanıldığı gözlenmektedir. Ekonomik hayatın, kendi kurallarına göre işleyip, gelişmesi, kriz kartelleri, ihracat kartelleri gibi yapay kavramlarla önlenmeğe çalışılarak, devlet korumacılığı ön plana çıkarılmıştır. Bunu gerçekleştirmek için de öngörülen Kartel Kurulunun üyelerinin tümünün, siyasi iktidar tarafından seçilecek olması, duyulan kuşkuyu artırmakta ve uygulamanın siyasi tercihlere göre yapılacağı kanısını kuvvetlendirmektedir. Açık ki, bu şekilde düzenlenmiş bir Rekabet Hukukunun, ekonomik sistem için zararlı etkileri, olumlu yanlarından fazladır. Böyle bir düzenlemenin ekonomik verimlilik ve tüketicinin korunması ilkeleri ile hiçbir ilgisi olmadığı gibi, liberal ekonomik sisteme de ters düşer.

Ayrıca, tasarılar da Rekabet Hukukunda karşılaşılan sorunlara çözüm getirilmek bir yana, bunlara hiç değinilmemiştir. Kartel anlaşması, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar ve uyumlu eylem kavramları birbirine karıştırılmıştır. Bilinçli paralellik ve belirli merkezden yapılan satımlarla ilgili hiçbir soruna yer verilmemiştir. Piyasadan defalarca söz edilmesine karşılık, piyasanın tanımı yapılmamış ve bunun belirlenmesindeki ölçütlere hiç değinilmemiştir. Diğer yandan, Rekabet Hukukunun kişi bakımından uygulanmasındaki sorunlar da tamamen gözardı edilmiştir. Rekabetin ihlali sonucu zarar görenlere tanınacak korunma yolları belirsizdir.

Kanımızca, Rekabet Hukuku tasarılarının kaleme alınışında, ortaya sistem sorununun çıktığı anlaşılmaktadır. Türk Hukukunun, Kıta Avrupası Hukuku içinde aldığı gerekçesi ile, Federal Alman ve İsviçre Rekabet Hukuklarından aktarmalar yapılmaya çalışılmıştır. Rekabet Hukukunun temelini, ekonomik rekabet olgusu oluşturur. Bu sebepten, Rekabet Hukukunun, Kıta Avrupayı Rekabet Hukuku, Anglo-Amerikan Rekabet Hukuku gibi yapay ayrımlara tabi tutmak hatalı sonuç verir. Rekabet Hukuku seçimi yapılacaksa, bunun, benimsenen ekonomik modellere ve her bir toplumundaki girişimci ruh gözönüne alınarak yapılmasında fayda vardır. Konu bu açıdan ele alındığında, 1960'lara kadar korumacı ekonomik modelin benimsendiği Almanya'nın hukuk düzeninin, liberal ekonomik sistem için örnek alınmayacağı açıktır. Alman Kartel Kanununa benzer bir model getirmek, Türk toplumsal ve ekonomik yaşamına tamamen ters düşer.

IV. Türk Hukukunda, Rekabet Hukukunun konusuna giren davranışlara ilişkin düzenlemeler içeren, Medeni Kanununun 23. ve 24. maddeleri ile Ceza Kanununun 366. maddesindeki hükümlerin çok sınırlı bir uygulama alanı vardır. Bu sebepten, Türk Hukukunda rekabeti konusunda bir hukuk boşluğundan söz etmek yerinde olur. Bunun, Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile doldurulması ve kıyas yolu ile de bir Rekabet Hukukunun yaratılması mümkün değildir.

Türkiye'de de, Rekabet Hukukunun düzenlenmesine şiddetle ihtiyaç duyulduğu gibi, bu Anayasanın 167. maddesinin, kanunkoyucuya vermiş olduğu bir görevdir. Türk toplumunun batı dünyası ile ekonomik entegrasyonunu gerçekleştirebilmesi için, Rekabet Hukukunun düzenlenmesi şartına bağlıdır. Avrupa Toplumuna katılmak için faaliyetlerini sürdüren Türkiye'de, verimlilik esasına dayalı bir ekonomik sistemin bir şartı olan Rekabet Hukukunun düzenlenmesi ile gerçekleşebilir. Rekabetin, toplumdaki kaynak dağılımında ve kullanımında bilinen en etkili yöntem olması, tüketicilerin korunması bakımından da, konunun önemini artırmaktadır.

Rekabetin yatay kısıtlanması sorunu, Rekabet Hukukunun bütünü içinde ele alınmalı ve ekonomik hayata devlet müdahalesini asgariye indirmeği ve ekonomik verimliliği artırmayı esas alarak düzenlemelidir. Bu sebepten, hazırlanacak kanunda, Rekabet Hukuku ile elde edilmek istenen amaç ve korunması hedeflenen tüketiciler, rakip teşebbüsler, ara teşebbüsler gibi kişilerin açıkça belirtilmesinde yarar vardır. Ayrıca, Rekabet Hukukuna özgü kavramlar olan uyumlu eylem, grup-içi işbirliği, muhtemel rekabet ve ilgili piyasanın tanımının verilmesinde de yarar vardır. Bunların tanımının yapılması sırasında, ekonomik verimlilik ilkesine ağırlık verilirken, rekabeti kısıtlayıcı diğer faaliyetlerden çıkacak sorunlar da gözönüne alınmalı, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler arasında, farklı standartların ortaya çıkmamasına özel gayret gösterilmiştir.

Rekabeti kısıtlamak amacı ile yapılan bütün anlaşma, uyumlu eylem ve benzer davranışların yasaklanmasında yarar vardır. Yabancı doktrinde ve mahkeme kararlarında, bu amaca yönelik faaliyetlerin olumlu yönlerinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Rekabetin ikinci dereceden kısıtlayan anlaşmalar bakımından ise, bunlar ticari hayata olan etkileri açısından ayrılmalı ve piyasa koşullarını ve piyasa koşullarını ve malın fiyatını, üretim miktarını etkileyecek olanlar, rekabeti kısıtlama amacına yönelik faaliyetler gibi değerlendirilmelidir. Kanımızca, rekabeti kısıtlamak amacı ve etkisi yapan faaliyetlere istisnai düzenlemeler getirilerek, kriz ve ihracat kartelleri gibi gerekçelerle ekonomik sistemin işleyişinin tüketicilerin aleyhine ve toplumun çıkarlarına aykırı şekilde bozulmasına imkan tanınmamalıdır.