



REKABET KURUMU

Lisansüstü Tez Serisi No: 7

**REKABETİ KISITLAYAN TEŞEBBÜSLER
ARASI İŞBİRLİĞİ DAVRANIŞLARI VE
HUKUKİ SONUÇLARI**

Yrd. Doç. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

KISALTMALAR	xi
ÖNSÖZ	xv

GİRİŞ

§ 1. REKABET KAVRAMI VE

REKABET HUKUKUNUN KONUSU	1
I. Genel Olarak Rekabet Düzeni	3
II. Rekabet Kavramı	6
1. Genel Olarak	6
2. Tam Rekabet (Perfect Competition)	16
3. İşleyebilir (Elverişli) Rekabet (Workable Competition)	17
4. Yarışmacı Rekabet Sistemi (Contestable Competition)	19
5. Potansiyel Rekabet (Potential Competition)	20
6. Etkin Rekabet Sistemi (Effective Competition)	21
III. Rekabetin Önemi ve Fonksiyonları	21
1. Rekabetin Önemi	21
2. Rekabetin Fonksiyonları	23
IV. Rekabet Sınırlamaları Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki	28
1. Rekabet Sınırlamaları ile Haksız Rekabet Arasındaki Benzerlikler	28
2. Rekabet Sınırlamaları ile Haksız Rekabet Arasındaki Farklılıklar	33
V. Rekabet Sınırlamaları Hukukunun Hukuk Sistemi İçerisindeki Yeri	41
VI. Rekabet Sınırlamaları Hukukunun Konusu	43
1. Genel Olarak	43
2. İnceleyeceğimiz Kısım	44

Birinci Bölüm

MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA REKABETİN KORUNMASI

§ 2. MUKAYESELİ HUKUKTA REKABETİN KORUNMASI	49
I. Genel Olarak	49
II. Avrupa Birliği Hukukunda Rekabetin Korunması	51

1. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun Kaynakları	51
a. Anlaşma Hükümleri	51
b. Tüzükler	54
c. Yönerge ve Komisyon Kararları	57
d. Mahkeme İtihatları	58
e. Topluluk Tarafından Akdedilen Anlaşmalar	58
2. Topluluk Rekabet Hukukunun Amacı	60
3. Rekabeti Engelleyen Uygulamalar	61
a. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları	61
b. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması	62
c. Birleşme ve Devralmalar	63
4. Topluluk Rekabet Hukukunun İhlali	64
a. Menfi Tespit Kararı	65
b. Muafiyet Kararı	65
c. Yasaklama Kararı	66
d. Para Cezası Verilmesi Kararı	66
III. Amerika Birleşik Devletlerinde Rekabetin Korunması	66
1. Genel Olarak	66
2. Antitröst Düzenlemeleri	67
a. Sherman Kanunu	67
aa. Genel Olarak	67
ab. Rekabeti Sınırlayıcı İşbirliği Uygulamaları ve İspat Sorunu	68
i. Rule of Reason (Makul Sebep Doktrini)	69
ii. Per se (Özü İtibarıyla Yasak Uygulamalar) Doktrini	69
ac. Tekel Oluşturmak ve Tekel Oluşturmaya Teşebbüs ...	71
i. Tekel Oluşturmak	71
ii. Tekel Oluşturmaya Teşebbüs	72
b. Sherman Kanunundan Sonraki Düzenlemeler	72
ba. Genel Olarak	72
bb. Clayton Kanunu	73
bc. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu	74
bd. Birleşmelerin Denetimi	74
3. Yaptırım Gücü	76
§ 3. TÜRK HUKUKUNDA REKABETİN KORUNMASI	77
I. 1982 Anayasasından Önceki Durum	77
II. 1982 Anayasasından Sonraki Dönem	80
1. Piyasaların Düzenlenmesinde Devletin Görevi	80
2. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	81

a. Kanunun Amacı	81
b. Kanunun Kapsamı	83
c. Yasaklanan Faaliyetler	84
d. Yasakların İhlali ve Rekabet Kurulu'nun Yetkileri	87
da. Yasakların İhlali	87
db. Para Cezaları	88
dc. Kurulun Yetkileri	89
i. Muafiyet Kararı	89
ii. Menfi Tespit Kararı	90
iii. İhtiyati Tedbir Kararı	91
iv. Pozitif Davranışlarda Bulunmayı Emretme Yetkisi	91
v. Kurula Bildirilmemiş Birleşme ve Devralmalara Karşı Kurulun Yetkileri	91
vi. Kurulun Bilgi Alma ve İnceleme Yapma Yetkisi	93

§ 4. REKABETİN KORUNMASI BAKIMINDAN

HUKUK SİSTEMLERİ	93
I. Genel Olarak	93
II. Yasaklama Sistemi (Per se Yaklaşımı)	94
III. Kötüye Kullanmayı Yasaklama Sistemi	94
IV. Uzlaştırıcı Sistem	95

§ 5. REKABET DÜZENLEMELERİNE

HAKİM OLAN ESASLAR	96
I. Genel Olarak	96
II. Rekabetin Korunması ve Geliştirilmesi	97
III. Tüketicinin Korunması	98
IV. Ekonomik ve Teknik Gelişmenin Teşvik Edilmesi	99

İkinci Bölüm

REKABETİ KISITLAYAN TEŞEBBÜSLER ARASI İŞBİRLİĞİ FAALİYETLERİNİN ORTAK ESASLARI VE UYGULAMA ALANI

§ 6. YASAK İŞBİRLİĞİ FAALİYETLERİNİN

TEMEL ESASLARI	103
I. Genel Olarak	103
II. "Teşebbüs" İle İlgili Kavramlar	105
1. İktisadi Faaliyet	105
2. Ekonomik Teşebbüs	105

3. Ticari Teşebbüs.....	106
4. Ticari İşletme - Esnaf İşletmesi	107
III. Teşebbüsün Temel Nitelikleri ve Tanımı	109
1. İktisadi Faaliyet	109
2. Bağımsızlık	110
a. Hukuki Bağımsızlık.....	110
b. Ekonomik Bağımsızlık	113
3. Devamlılık	113
4. Tanım	114
IV. Teşebbüs Türleri	115
1. Gerçek veya Tüzel Kişi Teşebbüsleri	115
2. Kamu Teşebbüsleri	118
3. Serbest Meslek Faaliyetleri	121
4. Teşebbüs Birlikleri	122
5. Bağlı Teşebbüsler.....	126
a. Genel Olarak	126
b. Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar Açısından Bağlı Teşebbüsler	128
6. Yabancı İşletmeler	131
§ 7. REKABET DÜZENİNİN İHLALİ	132
I. Rekabet Düzeninin İhlali Amacı veya Bu Sonucun Doğması	132
1. Genel Olarak	132
2. Rekabeti Sınırlama Amacı	133
3. Rekabeti Sınırlayıcı Etki	134
II. Amacı Bakımından Rekabeti Sınırlayıcı Faaliyetler.....	135
1. Genel Olarak	135
2. Makul Sebep (Rule of Reason) Doktrini	136
3. Doğası Gereği Hukuka Aykırı Faaliyetler (Per se Doktrini) ...	139
4. Per se ve Rule of Reason Yaklaşımlarının Faydaları	141
III. Rekabet Düzeninin İhlal Edilmesi	143
1. Rekabetin Engellenmesi, Bozulması veya Kısıtlanması	143
2. Önemli Derecede Etki Doktrini (The Doctrine of Appreciable Effect)	144
3. Hoş Görülebilirlik (De minimis) Doktrini	145
IV. Rekabetin Yatay ve Dikey Sınırlandırılması	146
1. Genel Olarak	146
2. Yatay Sınırlamalar	147
3. Dikey Sınırlamalar	147

§ 8. YASAK FAALİYETLERİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI	150
I. Sektör Bakımından.....	150
II. Yer Bakımından	152
1. Ülke Sınırları İçerisinde Uygulanan Rekabeti Sınırlayıcı Faaliyetler	152
a. Genel Olarak	152
b. Ürün veya Hizmet Piyasası	154
c. Coğrafi Piyasa	157
d. Dönemsel Piyasa	159
2. Ülke Sınırları Dışında Gerçekleştirilen Yasak Faaliyetler	159

Üçüncü Bölüm
GENEL OLARAK YASAK İŞBİRLİĞİ DAVRANIŞLARI

§ 9. REKABETİ SINIRLAYICI İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARI	165
I. Genel Olarak Kanunun Sistemi	165
II. Teşebbüsler Arası İşbirliği	166
1. Teşebbüsler Arası Anlaşma	168
a. Anlaşma.....	168
b. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi	172
c. Anlaşmanın Kuruluşu ve Şekli	176
ca. Anlaşmanın Kuruluşu	176
cb. Anlaşmanın Şekli	177
d. Tehdit (İkrah) Altında Yapılan Sözleşmeler	178
e. Rekabetin Sınırlandırılması ile Anlaşma Arasındaki İlişki	179
ea. İlliyet Bağı	179
eb. Anlaşmanın Feshedilmesi veya Herhangi Bir Şekilde Sona Ermesinden Sonraki Etkileri	181
f. Bağlı Teşebbüsler (Ana Teşebbüs ile Yavru Teşebbüs) Arasındaki Anlaşmalar	181
g. Yatay ve Dikey Anlaşmalar	182
2. Teşebbüs Birliği Kararları	183
a. Genel Olarak	183
b. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüs Birliği "Karar"ları	185
ba. Rekabeti Kısıtlayıcı "Karar"lar	185
bb. Bağlayıcılık Unsuru Açısından Kararlar	186
i. Bağlayıcı Kararlar	186
ii. Birlik Tavsiyeleri	188
3. Teşebbüsler Arası Uyumlu Eylemler	190

a.	Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Kısıtlanması	190
b.	Uyumlu Eylemi Oluşturan Şartlar	193
ba.	Birden Fazla Teşebbüs Bulunmalıdır	193
bb.	Uyumlu Davranışlar Taraflar Arasındaki Rekabeti Kısıtlamaya Yönelik Koordinasyon veya İşbirliğine Dayanmalıdır	193
i.	Oligopol Piyasa Yapısı	195
ii.	Bilinçli Paralellik Sorunu	197
c.	Uyumlu Eylemin Tanımı	198
d.	Uyumlu Eylemde İspat Sorunu	200
da.	Genel Olarak	200
db.	Uyumlu Eylemin Varlığını Kuvvetlendiren Yaygın Davranışlar	201
i.	Benzer Davranışların Varlığı	201
ii.	Bilgi Değişimi	201
iii.	Toplantılar	202
dc.	Uyumlu Eylemin İspatı	203
i.	Genel Esaslar	203
ii.	Uyumlu Eylemlerde İspat Yükü	204
iii.	Aykırlığın İspatı	206
dd.	Uyumlu Eylem Karinesi	207
e.	Uyumlu Eylem ve Anlaşma Arasındaki Farklar	209
ea.	Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmaların Tabi Olduğu Hukuki Sonuç Bakımından	210
eb.	İspat Yükü Bakımından	211
ec.	Yasak Faaliyetlerin İcrası Bakımından	211

Dördüncü Bölüm
KANUNUN YASAKLADIĞI ÖZEL İŞBİRLİĞİ HALLERİ VE
MUAFİYET İMKANI

§ 10. YASAK KAPSAMINA GİREN	
ÖRNEK İŞBİRLİĞİ DAVRANIŞLARI	215
I. Genel Olarak Rekabeti Sınırlama Yasağı	215
II. Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti	217
1. Fiyat Tespiti	217
a. Alış - Satış Fiyatlarının Tespiti	218
b. Fiyat Tavsiyeleri	219
c. Dağıtıcılar Arasındaki Fiyat Uygulamaları	220
d. İthalatta Sabit Fiyat Uygulamaları	220
e. İhracatta Sabit Fiyat Uygulamaları	221

f. Fiyatlara İlişkin Bilgi Alışverişi Anlaşmaları	221
g. Fiyat Anlaşmaları ve Muafiyet Sistemleri	222
2. Fiyat Dışında Kalan Diğer Alış Veriş Koşullarının Tespiti	222
a. Fiyatın Dolaylı Alış Veriş Şartlarıyla Belirlenmesi	222
b. Standart Formlar Kullanılması	223
III. Piyasa Paylaşımı Anlaşmaları	223
1. Piyasanın Coğrafi Olarak Paylaşılması	224
2. Kota Şartları	225
3. Müşteri Paylaşımı Anlaşmaları	225
4. Sınai Mülkiyet Haklarına Dayanan Piyasa Paylaşımı	226
5. Dağıtıcılar Arasındaki Piyasa Paylaşımı Anlaşmaları	227
IV. Üretim Sınırlamaları	228
V. Piyasaya Girişin Engellenmesi	231
1. Rakip Teşebbüs Faaliyetlerinin Zorlaştırılması	231
2. Piyasaya Girişlerin Engellenmesi	232
3. Boykot.....	233
VI. Ayırıcı Uygulamalar	234
1. Münhasır Bayilik (Tek Satıcılık Anlaşmaları).....	234
2. Aynı Edimler için Farklı Şartlar Uygulanması	236
VII. Ek Yükümlülükler Koymak (Bağlayıcı Kayıtlar)	237
1. Ticari Teamül	238
2. Bağlayıcı Kayıtlar.....	239

§ 11. REKABETİ KISITLAYAN İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ YASAK İLKESİNDEN MUAF TUTULMASI	243
I. Kanunun Muafiyet Hükmü	243
II. Muafiyet Türleri.....	245
1. Bireysel Muafiyet.....	245
2. Grup Muafiyeti	248
III. Muafiyet Şartları	251
1. Genel Olarak	251
2. Malların Üretimi veya Dağıtımını ile Hizmetlerin Sunulmasında Gelişme ve İyileşmenin Sağlanması	252
3. Tüketicilerin Sözkonusu Gelişme ve İyileşmeden Yararlanabilmesi	254
4. Rekabetin Tamamen Ortadan Kaldırılmamış Olması	255
a. Taraflar Arasındaki Rekabetin Ortadan Kaldırılması.....	256
b. İlgili Piyasadaki Rekabetin Kaldırılması.....	256
5. Rekabetin Gereğinden Fazla Kısıtlanmamış Olması	257
6. Talep	258
7. Muafiyet Talebine Konu Olan Anlaşmaların Kurula Bildirilmesi Zorunluluğu	259

IV. Muafiyet Süresi	261
V. Muafiyet Kararının Şart ve Yükümlülüklerle Bağlanabilmesi	261
VI. Muafiyet Sonuçları	262
VII. Muafiyetin Geri Alınması.....	262
VIII. Muafiyet Kapsamına Alınan Anlaşmaların Kanununun Diğer Yasaklayıcı Hükümleri Karşısındaki Durumu	264
IX. Menfi Tespit Kararı.....	264

Beşinci Bölüm
REKABETİ KISITLAYAN İŞBİRLİĞİ DAVRANIŞLARININ
HUKUKİ SONUÇLARI

§ 12. YASAK FAALİYETLERİN YAPTIRIMI	271
I. Genel Olarak	271
II. Cezaî Sorumluluk	271
III. Hukukî Sorumluluk	273
IV. Yasak İşbirliği Davranışlarının Tespiti, Durdurulması ve Düzeltilmesi	274
1. Yasak Faaliyetlerin Tespiti	274
2. Yasak Faaliyetlerin Durdurulması	275
3. Eski Hale İade veya Düzeltme Kararı	276
4. İhtiyati Tedbir Kararı	278
a. Genel Olarak	278
b. İhtiyati Tedbir Kararı İçin Gerekli Şartlar	278
ba. Açık Bir İhlalin Bulunması	279
bb. Ciddi ve Telafi Edilemeyecek Zarar Tehlikesinin Varlığı	279
bc. İhtiyati Tedbir Kararı İhlalden Önceki Durumu Korumaya Yönelik Olmalı	280
bd. Tedbir Kararının İçeriği Nihai Kararın Kapsamını Aşmamalı	280
be. Taraf Haklarının Korunması	281
5. Talep Hakkı veya Yetkisine Sahip Olanlar	281
a. Genel Olarak	281
b. Kurulun Bakanlığın Talebi Üzerine veya Kendiliğinden Soruşturma Başlatabilmesi	282
c. Özel Hukuk Kişilerinin Talebi Üzerine Kurulun Harekete Geçebilmesi	284
ca. Herkesin Yasak Faaliyetlere Karşı Kurula Başvurabilmesi (İhbar Yolu)	284

cb. Menfaatleri İhlal Olan Kimselerin Kurula Başvuru Hakkı (Şikayet yoluyla)	284
---	-----

§ 13. REKABETİ KISITLAYAN ANLAŞMA VE KARARLARIN MÜEYYİDESİ	286
I. Genel Olarak	286
II. Hükümsüzlüğün Tür ve Sonuçları	287
1. Hükümsüzlüğün Türü	287
a. Kurula Bildirilmemiş Anlaşma veya Kararlar	288
b. Kurula Bildirilen Anlaşma veya Kararlar	289
c. Grup Muafiyeti Kapsamındaki Anlaşma ve Kararlar	289
2. Kurul Kararlarının Etkisi	289
a. Menfi Tespit Kararı	289
b. Muafiyet Kararı	290
3. Kısmi Hükümsüzlük	292
4. Hükümsüzlüğün Sonuçları	294
a. Genel İlkeler	294
b. Hükümsüz Anlaşma veya Kararlara Dayanan İade Sorunu	294
ba. İyiniyetli Zenginleşenin İade Borcu	296
bb. Kötüniyetli Zenginleşenin İade Borcu	296
c. Kısmi Butlan Yaptırımına Maruz Kalan Anlaşmalarda İade Yükümlülüğü	297
§ 14. TAZMİNAT SORUMLULUĞU	297
I. Genel Bakış	297
II. Sorumluluğun Dayandığı Esas	299
III. Gerekli Şartlar	299
1. Zarar Şartı	299
a. Zararın Çeşitleri	300
aa. Müspet Zarar	300
ab. Menfi Zarar	300
ac. Fiili Zarar	301
ad. Mahrum Kalınan Kar	301
ae. Yansıma Zarar	302
af. Manevi Zarar	303
b. Rekabeti Kısıtlayıcı Faaliyetlerden Zarar Gören Kimseler	304
ba. Rakip Teşebbüsler	304
bb. Tüketiciler	304
c. Zarar Miktarı	305
d. Zarar Miktarının Tayininde Kusurun Rolü	306

da. Üç Kat Tazminat Talebi ve Hukukî Niteliği	306
db. Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler ...	308
e. İspat Sorunu	309
2. Kanuna Aykırı Bir Davranışın Bulunması.....	310
3. İlliyet Bağı	310
4. Kusurun Rolü.....	311
IV. Görevli ve Yetkili Mahkeme	312
V. Tazminat Davasında Taraflar	312
1. Davacı	312
2. Davalı.....	313
VI. Zamanaşımı Süresi	314
SONUÇ	315
BİBLİYOGRAFYA	323

KISALTMALAR

AB.....	Avrupa Birliği
AHAEM.....	Avrupa Hukuku Araştırma Eđitim Merkezi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
AJIL	The American Journal of International Law
ATA	Avrupa Topluluğu Anlaşması (Roma Anlaşması)
Ay.	Anayasa
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGBI	Bundesgesetzblatt
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
Brook J. Int'l L.	Brooklyn Journal Of International Law
BYUJPL	BYU Journal of Public Law
CK	Ceza Kanunu
C.	Cilt
Ch.	Bölüm (Chapter)
CITEE	Centre for International Trade, Economics & Environment
CJIL	Connecticut Journal of International Law
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
CLR	Columbia Law Review
CMLR	Common Market Law Review
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Cordoza LR	Cordoza Law Review
Çev.	Çeviren
ÇK	Çevre Kanunu
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
E.	Esas
EEA	European Economic Area
EEC	European Economic Community
EFTA	European Free Trade Association
ELR	European Law Review
EU	European Union (Avrupa Birliği)
EURATOM	Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
EC	European Community (Avrupa Topluluğu)
ECLR	European Competition Law Review
HD	Hukuk Dairesi

HLR	Harvard Law Review
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
I.	Sayı (issue)
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
in	içinde
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
ICLR	The International Construction Law Review
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
JCMS	Journal of Common Market Studies
JCL	Journal of Corporation Law
JPPM	Journal of Public Policy & Marketing
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KOBİ	Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
KTK	Karayolları Trafik Kanunu
L.	Legislation
m.	madde
MHB	Mukayeseli Hukuk Bülteni
MK	Medeni Kanun
MÖH-UK	Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜATE	Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü
N	Numara
OJ	Official Journal
p.	Paragraf
Pt	Part
RK	Rekabet Kanunu
RKK	Rekabet Kurulu kararları
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SIC	Standard Industrial Classification
teb.	tebliğ
TES-AR	Türkiye Esnaf-Sanatkarlar ve Küçük Sanayi Araştırma Enstitüsü
TILR	Touro International Law Review
TK	Ticaret Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
US	United States Reports

USLJ	United States Law Journal
v.	Amerikan hukuk çevresinde davalı taraf (versus)
vd.	ve devamı
Vol	Cilt
WTO	World Trade Organization
Y.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

ÖNSÖZ

Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışma, 13.12.1999'da Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Başta tez konusunun belirlenmesi olmak üzere, tezin bütün aşamasında, kendilerini ne zaman rahatsız etmiş olsam, yardımlarını esirgemeyen hocam Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK'a müteşekkirim. Görüş ve eleştirileriyle, tezin bu aşamaya gelmesinde hocalarım Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ, Prof. Dr. Cemal ŞANLI, Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI, Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN ve Doç. Dr. Nurkut İNAN çok değerli katkılarda bulundular. Bu vesileyle kendilerine teşekkür etmek fırsatı bulduğum için kendimi bahtiyar hissediyorum. Bu arada Kurul tarafından tezin yayınlanması konusunda hakem tayin edilen fakat ismi mahfuz tutulan kıymetli hocamın da görüş ve eleştirilerinden yararlandım. Kendilerine çok teşekkür ediyorum.

Ayrıca tezin yayınlanmasında ilgi ve yardımlarını gördüğüm Dr. Kemal EROL Bey'e ve Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE Bey'e teşekkürlerimi arz etmeyi zevkli bir görev addediyorum. Bölümlerin yeniden düzenlenmesi ve küçük ayrıntılar dışında tezin aslının muhafazasına özellikle dikkat edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Isparta
07.02.2001

Giriş

§ 1. Rekabet Kavramı ve Rekabet Hukukunun Konusu

I. Genel Olarak Rekabet Düzeni

Rekabet hukuku, iktisadi hayatın oluşumunda, verimli ve düzenli bir şekilde yürütülmesinde, temel faktör olarak gördüğümüz özel teşebbüs hürriyetinin "**Magna Carta**"sıdır¹. İnsanları aldatmanın, tehdit etmenin ya da hırsızlığın yasaklanması gibi tekeller, anlaşmalar vasıtasıyla mal ve hizmetlerin fiyatlarının tüketici zararına yükseltilmesi veya hep birlikte kalitenin düşürülmesi de hukuken korunması mümkün olmayan faaliyetlerdendir². Sınırlı rekabet ortamlarında kartel veya tekeller, emek ve gayretlerinin üzerinde iktisadi güç kazanmakta ve giderek siyasi diktatörlüklerin doğumuna sebep olmaktadır. Gerçekten 1897 yıllarında Almanya'da İmparatorluk Mahkemesi, "iyi niyetli" olmak şartıyla karteller kurulabileceğini kabul etmişti. Fakat sonradan iyi niyet şartı unutulmuş, 1923 tarihinde kabul edilen kartel düzenlemesine rağmen ülke hukuki denetimden yoksun kartel ve tekeller yuvası haline gelmiştir. Devletin ekonomi politikası, iktisadi yoğunlaşmayı sürekli teşvik etmiş, sonunda da herkesçe bilinen totaliter rejim doğmuştur. İşte Hitler, dönemin Alman kartelleri yardımıyla ortaya çıkan ve güçlenen bir iktidardır³.

Mübalağaya kaçmaktan korkmaksızın diyebiliriz ki, devlet için Anayasa ne ise, bir ekonominin hayatıyeti için rekabet düzeni de odur⁴. İktisadi oluşumların veya gücün, kendi haline terk edilmesi yahut Adam Smith'in ifadesiyle piyasa düzeninin "görünmez eli" tarafından⁵ kendi kendine oluşacağı fikri, artık kabul edilmemektedir. Bu görünmez elin aksine devletin görünen eli,

¹ Bkz. United States V. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596, 610 (1972); Ayrıca bkz. FOX, Eleanor M., "Harnessing the Multinational Corporation to Enhance Third World Development - The Rise and Fall and Future of Antitrust as Regulator", Cordoza L. Rev., Vol: 10, 1989, N.7, s. 1990; MASSEY, Patrick, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions", in HAWK, Barry E, International Antitrust Law & Policy, London 1997, s. 97.

² Bkz. FIKENTSCHER, Wolfgang, "İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku)", (Çev. Tuğrul ANSAY ve Mustafa ÜNAL), BATİDER, 1980, C.X, S.3, s. 716.

³ Bkz. WILLIMSKY, Sonya Margaret, "The Concept(s) of Competition", Analysis Section, (1997), 1, ECLR, s. 54; FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 713.

⁴ Bkz. SAUTER, Wolf, Competition Law and Industrial Policies in the EU, Oxford 1997, s. 120, 121.

⁵ SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D., Economics, McGraw-Hill, 1995, s. 264.

büyük işletmeler karşısında küçükleri (küçük ve orta ölçekli işletmeler), güçlü karşısında zayıfı, üretici karşısında tüketiciyi, iktisadi gücün merkezileşmesi karşısında çeşitliliği, hülasa bütün piyasa düzenini korumak ve kollamak zorundadır⁶.

Gerçekten bu yüzyılın başlarında vuku bulan endüstri patlaması, beraberinde yeni bir ahlak anlayışını da geliştirdi. Bu ahlak anlayışı insanları, İngilizce deyiimiyle "business is business" yani "iş iştir" şeklinde ifade edilen, rekabette sınır tanımayan, zengin olabilmek için her vasıtayı meşru gören kirli bir yola sevketti. Teknik ve bilimdeki gelişmeler dev endüstrileri doğurdu. Zamanla aralarında anlaşan veya birleşen bu dev endüstriler, ekonomik özgürlüğü ortadan kaldıracı bir mahiyete büründü. Küçük işletmeler için devasa holdinglerle rekabet etmek, hayal olmaktan başka bir şey değildi. Çünkü bu ortamda zeka, girişim cesareti, tecrübe gibi nitelikler başarı için yeterli değildi. İktisadî gücün yoğunlaşması karşısında özel teşebbüs hürriyeti hak olmak bir yana, rekabet gücüne sahip olmayan küçük ve güçsüz işletmeler için eriyip yok olmaları sürecini başlatan bir baskı aracı halini almıştır. Kartel veya tekeller küçük işletmeleri yıkmakla kalmamış, çalışan kesimleri de diledikleri ücret ve istedikleri şartlarla istihdam etme keyfiyetine sahip kılmıştır⁷. Kısacası sınırsız kapitalist ekonomi anlayışı, büyüklere yarayıp küçükleri ezmişti.

⁶ WHISH, Richard, Competition Law, London 1993, s. 13, 14; FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 732. Ayrıca bkz. WILLIMSKY, Sonya Margaret, The Concept(s) of Competition, s. 54; TÜRK, Hikmet Sami, "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", BATİDER, 1985, C.XII, S.2, s. 27, 33 vd.

⁷ Bkz. HEILBRONER, Robert L., İktisadî Sorun I Modern İktisadî Toplumun Doğuşu (Çev. Demir DEMİRGİL) İstanbul 1970, s. 115 vd. Aslında o dönemde de sözleşme özgürlüğü vardı. (Ayrıca bkz. HIRSCH, E., "Devletçilik ve Ticaret Hukuku (Çev. Ali Hüseyin İŞBAY)", İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C. XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 8) Fakat çaresiz ve güçsüz çalışan kesim; boğaz tokluğuna, özgür (!) iradesiyle önüne konulan şartları kabul ediyordu. Maddi ve manevi her değer için para ile ifade edildiği bu yeni düzende, doğal olarak saygınlığın ölçüsü de para olmuştu. Harp ve kriz zenginlerinin mantar gibi türediği, zenginlerin daha zengin, fakirlerin ise daha da fakirleştiği bu yeni düzenin sonucu, ortaya çıkan sosyal adaletsizliklerle ilgili SUTHERLAND'dan aktarılan açıklamalar hayli dikkat çekici niteliktedir: "Aşevlerinde bir kase çorba için saatlerce kuyrukta bekleyenler, kabare sanatçılarının iskarpinlerinden şampanya içen, binlik banknotlarla onların sigaralarını yakan yeni zenginlerin sosyete maceralarını gazetelerde okuyarak avunuyorlardı. Üstelik onlar fakir oldukları için saygıdeğer de değillerdi ve pazardan bir elma çalsalar ya da yankesicilik yaparak bir cüzdan çarpsalar coplu polisi, çatık kaşlı savcısı, acımasız hakimi, sapık gardiyanı ile bütün adalet mekanizması karşılıklarına dikiliyor ve onlar da bu topluma ve insanlara karşı sadece hınç duyuyorlardı. Sevgi, anlayış, hoşgörü, dostluk artık onlar için boş ve anlamsız lakırdıydı. Buna karşılık saygıdeğer olmanın tek şartı olan serveti, muhasebe oyunları ile ortaklarını, hileli iflaslarla alacaklılarını, vergi kaçakçılığı ile Devleti dolandırmak ve rakiplerini ezme sureti ile elde edenlere aynı polis bekçilik yapıyor, savcı ve hakim onlarla ahbaplık etmekten gurur duyuyor ve herhangi bir sebeple bu kişiler adaletin karşısına çıktıkları zaman gayet müsamahalı, mülayim hatta himayeci bir tutumla karşılaşıyor, kanunları en iyi

Bu gelişmelerin doğal sonucu, aynı veya benzer sanayi ve ticaret kollarında çalışan işletmelerin, piyasayı kontrolleri altında tutabilmek için; pazar paylaşımı, fiyat ve bayilere bırakılacak kar hususlarında, aralarında açık veya gizli şekillerde anlaşarak, liberal ekonominin mihenk taşı ve temel hedefi kabul edilen rekabetin ortadan kaldırılması olmuştur. Bütün bu tecrübelerden sonra kartel ve tekellerin; başta küçük işletmeler olmak üzere, tüketici ve çalışan kesim üzerindeki baskısı karşısında, gerekli önlemlerin alınması, devlet için en temel görevlerden birisi haline gelmiştir⁸.

Özel teşebbüs hürriyeti çerçevesinde muhtemel suiistimal ve taşkınlıkların önüne geçebilmek için sınıai ve ticari faaliyetlerin bir takım normlar altına alınması, bu alanda düzenlemeler yapılması zorunludur⁹. Devlet,

bilen pahalı hukuk müşavirlerinin yani Mafya dilinde Consiglierilerin yardımları ise yalnız onlara inhisar ediyordu." ERMAN, Sahir, "İktisadi Suçlar Konusunda Avrupa Hukukundaki Son Gelişmeler", Birinci Avrupa Hukuku Haftası 24-27 Ocak 1978, AHAEM, İstanbul 1979, s. 104.

- ⁸ Adalet, sosyal paylaşma ve dayanışma, dürüstlük gibi değerlere yabancı, acımasız piyasa kanunlarının hüküm sürdüğü kapitalist sistemin, sınırlandırılması gerektiği hakkındaki tartışmalar, sistemin kendisi kadar uzun bir geçmişe dayanmaktadır. Bkz. de JONG, Henk W., "European Capitalism: Between Freedom and Social Justice", in McCAHERY, BRATTON, PICCIOTTO and SCOTT, International Regulatory Competition and Coordination Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States, OXFORD 1996, s. 185 vd.
- ⁹ Konunun Ceza Hukukunu ilgilendiren yönü de vardır. Şirketlerin giderek ekonomik ağırlığını hissettirmesi toplumun hatta devletin, esasta kamu ekonomisinin korunması zaruretinin doğurmuştur (ERMAN, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993, s. 2 vd.). Ekonomik düzenin dürüst bir şekilde, açıklık ve normal rekabet esasları dairesinde işlenmesini sağlamak amacı temel hedef olunca Ceza Hukukunun vasıtalarından da yararlanılması gereği göz ardı edilemez. Hatta bugün toplumu ve ferdi koruyan en önemli vasıtalarından birinin, ekonomik suçların cezalandırılmasına ilişkin mekanizma olduğu söylenir. (ERMAN, Sahir, "Devletin Ekonomik İtibarını Sarsma / Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması / Hileli Taksiratlı İflas" -konulu tebliğin sonundaki "tartışmalar" kısmı- Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 1987-19, s. 39.) Ülke ekonomisine zara veren veya tehlikeye sokan, iktisadi hayatta geçerli olan itimat unsurunu ihlal eden eylemler genel anlamda "ekonomik suç" olarak kabul edilmektedir. Avrupa Konseyi'nce ekonomik suçlar konusunda incelemeler yapmak üzere 1977'de kurulan bir komisyon (Komisyon hakkında bkz. ERMAN, İktisadi Suçlar Konusunda Avrupa Hukukundaki Son Gelişmeler, s. 107.) 12 Şubat 1981 tarihinde sunduğu raporunda (PC-R-CA (81) 12 Revisé) şu suçları ekonomik suç saymıştır: 1-Kartel teşkili, 2-Çok uluslu şirket ve teşebbüsler tarafından ekonomik gücün kötüye kullanılması ve hileli uygulamalarda bulunulması, 3-Milletlerarası örgütler veya devletçe tahsis edilmiş olan fonların zimmete geçirilmesi yahut hileyle ele geçirilmesi, 4-Enformatik alanında (verilerin, sırların ihlali gibi) işlenen suçlar, 5-Hayali şirketler teşkili, 6-Bilançoların tahrifi, uydurulması, muhasebe tutulması yükünün ihlali, 7-Şirketlerin sermaye ve ticari durumları hakkında hileler yapılması, 8-Müstahdemlerin, işçilerin sağlık ve güvenliklerine ait normların ihlali, 9-Alacaklılar aleyhine hileler (iflas, sınıai ve fikri mülkiyet haklarına tecavüzler gibi), 10-Tüketiciler aleyhine suçlar (özellikle malların tağşişi, gerçeğe aykırı nitelik vaatleri, kamu sağlığına saldırılar, tüketicinin zaaf ve tecrübesizliğinin kötüye kullanılması gibi), 11-Haksız

tıpkı iyi bir aile babası gibi, ekonomik hayatın huzur ve sükun içerisinde devamını sağlayacak önlemleri alacaktır. Bir bakıma ticaret sicili, ticari defterler, ticaret unvanı, marka, genel anlamda rekabet (rekabetin korunması, haksız rekabet) için konulan hükümler; ticari muamelelerde doğruluğu ve namusluluğu hakim kılmak isteyen devletin ekonomik hayatta fertlerin mürebbisi rolünün bir sonucudur¹⁰.

II. Rekabet Kavramı

1. Genel Olarak

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun¹¹ "Tanımlar" başlığı altında rekabeti, "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilmesini sağlayan yarış" şeklinde ifade etmiştir. Ne yazık ki, Kanunun tanımı bir fikir vermek şöyle dursun, rekabetin özüne uzak düşen tabirlerle, kelimenin muhtevasını bulandırmaktan başka bir işe yaramamıştır. Tanıma belirleyici unsur olarak konulan "özgürce ekonomik kararlar verebilme" ehliyeti, rekabetin değil, Kanun anlamında kabul edilebilecek "teşebbüs"¹² olmanın bir unsurudur. Çünkü ortada hukuken ve iktisaden bağımsız kararlar verebilen teşebbüsler yoksa (bir holding çatısı altındaki bağımlı teşebbüsler, bir teşebbüsün şubeleri, üretim veya satış kısımları), Kanun anlamında sözkonusu teşebbüse izafe edilebilecek bir yasak davranış da yoktur. Rekabetin tanımında kullanılan teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı açısından, "ekonomik kararlar verilebilmesini sağlamak" ifadesinin de hayli renksiz ve kafa karıştırmaya müsait olduğunu söylemek gerekir. Kanun, bünyesindeki bu fazlalıklara yer vermeden rekabeti, kısaca "teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı" şeklinde tanımlamış olsaydı, hiç değilse kafa karışıklığına yol açmamış olacaktı¹³.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1968 tarihli bir kararına göre rekabet, bir işletmenin pazar gücünü genişletmek amacıyla, diğer işletmelere göre daha

rekabet (müstahdem, vekil ve diğer yardımcıların iğfali dahil) ve yalan reklamlar, 12-Mali suçlar ve teşebbüslerin sosyal yükümlülüklerinden kaçmaları, 13-Gümrük suçları, 14-Para ve döviz suçları, 15-Banka ve borsa suçları, 16-Çevreye karşı işlenen suçlar. (DÖNMEZER, Sulhi, "Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi", Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 1987-19, s. 20).

¹⁰ Bkz. HIRSCH, Devletçilik ve Ticaret Hukuku, s. 5 vd.

¹¹ RG, 13.12.1994, S.22140. Bundan sonra Rekabet Kanunu (RK) olarak anılacaktır.

¹² Teşebbüs: Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler". (RK m.3)

¹³ Genel olarak "rekabet" kavramı hakkında bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 440; MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, Ankara 1978, s. 375, 376.

kaliteli ve daha hesaplı mal ve hizmet üretme gayret ve mücadelesi olarak ifade edilir¹⁴. Gerçekten rekabet, üreticileri, mal ve hizmetlerin maliyetini mümkün olduğunca düşük seviyelerde tutmaya kamçılar. Bu anlamda üretimin daha seri hale getirilmesi, daha gelişmiş teknoloji kullanılması, masrafların azaltılması ya da yeni ürünler ortaya konulması rekabetin sonucudur¹⁵. Rekabet anlayışının gücü bunlarla da sınırlı kalmaz. Tercih edilmeyi uman, rağbet görmek isteyen rakip firmalar, üretimin kalitesini artırmak, çok daha çekici tarzda sunmak veya paketlemek aynı zamanda da servis hizmetleri yönünden farklılıklara sahip olmak için kıyasıya yarışır. Böylece rekabet, en kaliteli veya faydalanma kabiliyeti en yüksek mal ve hizmeti, yine en makul fiyatla tüketiciye arz etmek amaç ve gayretini formüle eder¹⁶. Doğaldır ki bu beklentiler ancak serbest rekabet ortamında gerçekleşebilir. Serbest rekabet ortamının varlığı için iki temel şart gereklidir: İlk şart olarak her şeyden önce piyasa, aynı mal veya hizmeti üreten yeterince çoklukta teşebbüse sahip olmalıdır. Diğer önemli şarta gelince o da, yeni teşebbüslerin, piyasaya kolaylıkla girebilme ya da istedikleri taktirde piyasayı terk edebilme keyfiyetine sahip olmalarıdır¹⁷.

¹⁴ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, Chicago 1971, p. 14. Ayrıca bkz. WHISH, Competition Law, s. 1.

¹⁵ Bkz. SMITH, Agustus H., Economics For Our Times, McGraw-Hill 1963, s. 186.

¹⁶ Bkz. PETERSMANN, Ernst - Ulrich, "The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System", in WTO Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, 29 November 1997, Geneva, s. 9. Ayrıca bkz. SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 140, 141; WHISH, Competition Law, s. 1 vd.

¹⁷ SMITH, Economics For Our Times, s. 189. Serbest rekabet ortamının tüketiciye yönelik en önemli görünüşlerinden birisi, fiyat rekabetidir. Yeni bir mal veya hizmetin ilk üreticileri muhtemelen büyük miktarda kar elde edecektir. Bu yeni piyasanın kar cazibesi, yeni üreticileri pazara çekecektir. Doğal olarak yeni üreticiler pazar payı elde edebilmek için tüketici karşısına daha düşük fiyatlarla çıkacaktır. Bu durumda ilk üretici müşteri kaybetmemek için fiyat kırmak zorundadır. Bundan sonra da hiç bir üretici ürettiği mal ve hizmete, aynı mal ve hizmete rakibinin teklif ettiği fiyattan daha yüksek bir fiyat teklif etmeye cesaret edemeyecektir. Pazar payını büyütme, dolayısıyla yüksek kazançlar sağlama güdüsü, rakip firmaları, fiyat rekabeti dışında daha farklı yollarla mücadele etmeye zorlayacaktır. Hiç tereddütsüz bu yarışma, en başta piyasaların canlanmasına, mal veya hizmetlerin kalite ve niteliklerinin artmasına, teknoloji araştırmalarının ivmelenmesine hizmet edecektir (Her ne kadar bu sonuç, tekel piyasasının aşılmasına yönelik ekonomi biliminin pratik bir çözümü (teori) olsa da gerçeğe yakın yönleri inkar edilemez. Bkz. SMITH, Economics For Our Times, s. 190 vd.). Aksi halde, aynı veya değişik sınai ve ticari faaliyetleri yürüten şirketler, aralarında açık ya da gizli anlaşmalarla, buldukları bölgede, tüketiciyi istedikleri şart ve fiyatlarla ürettikleri malları satın almak zorunda bırakabilirler. Şu durumda rekabet hakkı yerinde kullanılırsa; fiyatları düşürücü, işletmelerin verimini, mal ve hizmetlerin de kalitesini artırıcı bir fonksiyona bürünür. Ters durumda ise, rakiplerin ve bütün toplumun ekonomik çıkarları ihlal edilmiş olur. Bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1999, s. 286; FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 717; SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 321 vd.

İncelediğimiz konu, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar olduğuna göre, "rekabet" kavramının muhtemel anlamlarını incelemekte fayda vardır.

a- Rekabet¹⁸ kavramı sıkça kullandığımız anlamda, bir başkasına ya da başkalarına karşı; üstünlük, kazanç veya başarı sağlama mücadelesidir¹⁹. Rekabette, onun genel anlamından ziyade, iktisadi olaylara²⁰ ilişkin yani mal ve hizmet üretiminde kullanılmak üzere; kaynak temininden üretimine, kişiler arasındaki değişimine (mübadele) ve tüketiciye ulaştırılincaya kadar uzanan ticari faaliyetlere ilişkin mücadeleyi esas alacağız. "Rekabet sınırlamaları"ndan²¹ söz edebilmek için her şeyden önce rekabetin, iktisadi olaylara ilişkin olması gerekir. Konusu iktisadi olmayan, gelir temin etmek maksadından yoksun faaliyetlerle ilgili rekabet, çalışma alanımız dışında kalır. Rekabet Kanunu bu durumu "Kanunun amacı mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları piyasaya hakim olan

¹⁸ Rekabet, dilimizde başkalarından ileri geçmeye çalışmak, benzerleriyle üstünlük yarışına çıkmak anlamlarına gelmektedir. Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Büyük Lügat, İstanbul 1987, s. 824 (rekabet maddesi). Aralarında küçük farklar olsa da İngilizce'de bu anlamı veren birkaç kelime var: Competition, rivalry ve emulation.

Competition, aynı amaca (pozisyona, ödüle) yönelik kurallara uygun olarak yapılan çalışma ve gayreti,

Rivalry, hasım taraflar arasında pek de hoş olmayan kıyasıya mücadeleyi,

Emulation ise, biriyle aynı seviyeye gelmek veya ondan üstün olabilmek için imrenilecek derecedeki gayreti ifade eder. Webster's New World Dictionary, Third College Edition, Cleveland & New York 1988 (Competition maddesi).

¹⁹ Bkz. BURKE, Terry, GENN-BASH, Angela, HAINES, Brian, Competition in Theory and Practice, Croom Helm, 1988, s. 1. Ayrıca bkz. SEYİDOĞLU, Halil, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara 1992, s. 720 (rekabet maddesi).

²⁰ Her ekonomi hangi sistemi benimsemiş olursa olsun, mal ve hizmet üretimiyle ilgili şu üç soruna cevap vermek zorundadır: 1-Hangi mal ve hizmetler ne kadar üretilecek, hangilerinin üretiminden vazgeçilecek veya ertelenecek? 2-Üretilmesi kararlaştırılan mal ve hizmetlere kaynaklar nasıl tahsis edilecek? Başka bir deyişle mal ve hizmetler kim tarafından ve hangi teknik yöntemlerle üretilecek? 3-Üretilen mal ve hizmetlerden kimler yararlanacak yani üretim, muhtelif kişiler ve aileler arasında nasıl paylaşılacaktır? (Geniş bilgi için bkz. AGNEW, J. H., Competition Law, London 1985, s. 20 vd.; LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, Harper Collins College Publishers 1993, s. 3 vd.; BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, İstanbul 1994, s. 2 vd.). Mal ve hizmet üretiminin bu çok önemli üç problemi rasyonel seçimlerle çözülemezse ihtiyaç ve kaynaklar arasındaki dengesizliğin doğurduğu sorun kronik bir hal alabilir. İşte rekabet hukuku bu açıdan üretim ihtiyaçlarının tatminini veya adaletli bir şekilde bölüştürülmesinde, ihtiyaç-kaynak dengesizliğinin önlenmesinde önemli bir fonksiyonu haizdir. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 12, 13.; AGNEW, Competition Law, s. 21.

²¹ "Rekabet sınırlamaları" deyimi doktrinde ÖZSUNAY (ÖZSUNAY, Ergun, Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 4) ve KARAHAN (KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 1998, s. 178) tarafından kullanılmıştır. Rekabeti sınırlayıcı fiillere karşı kanun, rekabet sınırlamaları veya kartel hukuku olarak anılan bu düzenlemeler haksız rekabet hukuku ile birlikte "rekabet hukuku"nun iki ayağından birisini oluşturur. Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 444.

teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek" (m. 1)²² şeklinde belirtmiştir. Yine Kanun, "mal" ve "hizmet" kavramlarıyla kastedilen anlamı da "Tanımlar" başlığı altında göstermiştir: "Mal: Ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşyayı"²³,

Hizmet: Bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetleri" ifade eder (m. 3). Bu etkinlikleri toptan, iktisadi faaliyetler olarak nitelendirebiliriz.

Dünyadaki diğer örneklerinde ve Avrupa Birliği'nde olduğu gibi²⁴ Kanun, rekabetin iktisadi alanda aksamadan yürüyebilmesi için bir kısım faaliyetleri yasaklamıştır. Kısaca üç ana başlık altında toplayabileceğimiz yasaklar: Teşebbüsler arası anlaşmalar (uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları), hakim durumun kötüye kullanılması ile birleşme ve devralmalardır.

Rekabet Kanunu 4. maddesinde teşebbüslerin aralarında anlaşarak veya ortak uygulamalarla rekabeti kısıtlamaları yasaklanmıştır. Buna göre, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır" (m. 4)²⁵. Görüldüğü gibi 4. maddede esas itibarıyla üç husus yasaklanmaktadır.

²² Rekabet Kanunu'nda (İkinci Kısım Birinci Bölüm genel başlığı) yasaklanan faaliyetler; "Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar (m.4)", "Hakim durumun kötüye kullanılması (m. 6)", "Birleşme veya devralmalar (m. 7)" başlıkları altında toplanmıştır. Buna rağmen amaç maddesi anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılmasına yer vermiş fakat birleşme veya devralmalara değinmemiştir. Maddeye "... rekabetin sınırlanmasına sebep olacak birleşme ve devralmalar" da katılmalıdır. Aksi halde amaç maddesi fonksiyonsuz kalmaya mahkum olacaktır.

²³ "Mal" kavramı için ayrıca bkz. ATIYAH, P. S., ADAMS, John, The Sale of Goods, London 1995, s. 46 vd.

²⁴ Bkz. FRAZER, Tim, Monopoly, Competition and the Law The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, Harvester Wheatsheaf 1992; s. 9 vd.; GOLDMAN, Calvin S., "Competition Policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective", in Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 6; BORK, Robert H., The Antitrust Paradox A Policy at War with Itself, New York 1978, s. 19 vd.; AGNEW, Competition Law, s. 48 vd.

²⁵ Kanunun bu hükümleri Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Anlaşması'nın 85. maddesinden (1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması hükümleri gereği bu maddenin sıra numarası 81 olmuştur) esinlenerek hazırlanmıştır. (Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve ortak pazar içerisinde amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti önleyici, sınırlandırıcı veya bozucu teşebbüsler arasındaki her türlü anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemler ... ortak pazarla bağdaştırılmaz ve yasaktır). Fakat 81. madde, Rekabet Kanunu'nda, bir kısım tabirlerin 4. maddeye tam olarak uyarlanamaması sebebiyle anlam bakımından düşük, dilbilgisi bakımından bozuk bir metne dönüşmüştür. Örneğin sözkonusu maddede, kısaca "amacı ve etkisi itibarıyla (object or effect) rekabeti önleyici ... anlaşmalar ..." denilebilecekken bu durum, "rekabeti engelleme amacını

Bunlar rekabeti sınırlayıcı niteliğe sahip teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birlikleri kararlarıdır. Yine maddenin ifadesinden anlaşıldığı üzere bu tür uygulamaların yasaklanabilmesi için ya amaçlarının ya da ekonomik etkilerinin rekabeti sınırlayıcı bir muhtevaya sahip olması gerekir. Öyle ki, bir anlaşma veya karar henüz uygulanmamış olsa bile hükümlerinden rekabeti sınırlayıcı amaçlı olduğu anlaşılıyorsa, anlaşma uygulanmadan önce de yasaklanabilir. Aynı doğrultuda amacı rekabeti sınırlayıcı olmayan anlaşmalar da uygulandığında fiilen rekabeti önleyici bir etki doğuruyor veya doğuracaksa hukuka aykırı kabul edilmektedir.

Kanun belirli bir pazardaki "ekonomik gücün kötüye kullanılması"nı da önlemek istemiş ve şu hükmü koymuştur: "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır"²⁶. Hakim durumun kötüye kullanılmasının en yaygın görünümü şu üç şekilde ortaya çıkmaktadır: Ayırmıcılık, müşterileri sömürmek ve piyasayı kontrol altında tutarak potansiyel girişleri önlemek²⁷. Bir teşebbüsün hakim durumda²⁸ olduğunu kabul etmek için ne kadarlık bir ekonomik güce sahip olması gerektiği sorununa Kanun herhangi bir kıstas getirmemiştir. Kuşkusuz belli bir pazarda hakim durumda olmak -tekel hali- tek başına yasaklama sebebi olamayacağına

taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan ... anlaşmalar ..." şeklinde ifade edilerek dolambaçlı bir yol tercih edilmiştir. Mevzu Kanunda (m. 81) yer almayan "doğrudan veya dolaylı olarak" (rekabeti engelleme) kaydı, açıklık sağlama amacıyla eklenmiş olsa bile, -dolaylı olarak rekabetin engellenmesi- izaha muhtaçtır. Yine "rekabeti önleyici anlaşmalar ... ortak pazar (common market) ile bağdaştırılmaz ve yasaktır" hükmünü kanun koyucu, (rekabeti sınırlayıcı anlaşma uyumlu eylem ve kararlar) "hukuka aykırı ve yasaktır" şeklinde 4. maddenin son cümlesine ilave etmiştir. Halbuki hukuka aykırı kabul edilen bir hususun, aynı zamanda yasak oluşu ima etmesi kadar, yasaklanmış bir durumun da hukuka aykırılığında tereddüt edilemez. Aynı sonuca varan iki ifadenin peş peşe kullanılması kanun tekniği açısından hoş görülemez. Ayrıca bkz. BUDAK, Ali Cem, "Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 139.

²⁶ ABD uygulamasında (United States v. Grinnell Corp., 384 US 563, (1966) p. 570, 571.) kanuna aykırı Tekel gücünün varlığını saptamak için iki aşamalı bir testin yapılması zaruri görülmektedir: 1- İlgili pazarda tekel gücünün ele geçirilmesi, 2- Söz konusu gücün kaliteli üretim, iş becerisi veya arzı olarak sahip olunan üstünlükten farklı yollarla kazanılmış olması gerekir. Bkz. BROCK, Gerald W., "Dominant Firm Response to Competitive Challenge: Peripheral Equipment Manufacturers' Suits Against IBM", in KWOKA, John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 169, 170.

²⁷ BELLAMY & CHILD, Common Market Law of Competition, London 1996, s. 166 vd.

²⁸ Hakim durum: "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü"dür (m. 3).

göre,²⁹ ayrıca ekonomik gücün kötüye kullanılıp kullanılmadığı tespit edilecektir. Bu hususta her pazarın yapısı, belirleyici unsur olacaktır³⁰.

Rekabetin kısıtlanmasına yönelik üçüncü bir uygulama da, aynı veya farklı seviyedeki teşebbüslerin birleşmeleri³¹ ya da bir teşebbüsün diğerini devralması³² durumudur. Kanunun ifadesiyle; "bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır" (m. 7/1)³³. Birleşme ve

²⁹ Bkz. EHLERMANN, Claus-Dieter, Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community, ECLR, 2, 1993, s. 61.

³⁰ Hakim durumun kötüye kullanılması hakkında geniş bilgi için bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 185 vd.; AGNEW, Competition Law, s. 82 vd.; GOYDER, D. G., EC Competition Law, Oxford 1992, s. 389 vd.

³¹ "Teknik-hukuki anlamda birleşme, bir veya birden çok ticaret ortaklığının, mal varlığının tasfiye olmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle mal varlıklarının birleşmesi ve intikal eden mal varlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır." TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1997, s. 99.

³² Devralma, mevcut bir şirkete, diğer bir şirketin veya şirketlerin iltihak ederek, malvarlıklarının küll halinde devralan şirketin bünyesine girmesi ile, bu işlemlerin bitirilmesini müteakip, katılan şirketin ya da şirketlerin tüzel kişiliklerinin sona erdiği birleşme türüdür. (Bkz. TEKİNALP(POROY/ ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 105.) ABD uygulamasında Birleşme ve devri ifade etmek üzere **merger** ve **consolidation** kelimeleri kullanılmaktadır. Merger, bir şirketin diğer bir şirketi devralarak malvarlığına katmasını, iltihak eden şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesini ifade eder. Consolidation ise, iki veya daha fazla şirketin malvarlıklarını bir arada toplayarak birleşmeleridir. Yani merger: A+B= A (veya B), consolidation: A+B= C'dir. Merger ve consolidation ayırımının pratik önemi pek azdır. Çünkü her iki halde de şirketlerin, ortakların ve pay sahiplerinin hak ve yükümlülükleri değişmemektedir. Bu yüzden consolidation hali söz konusu olduğunda da sıklıkla "merger" kelimesi kullanılmaktadır. Bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, New York 1988, s. 888.

³³ Diğerlerinde olduğu gibi bu madde de akıcı bir üsluptan yoksun, sık sık kullanılan "veya", "ya da" bağlaçlarıyla gereksiz yere uzatılmış, şişirme kelimelerle kulak tırmalayıcı bir hale büründürülmüştür. Ayrıca madde de ifade zaafı vardır. İlk cümledeki "bir ya da birden fazla teşebbüsün ... **birleşmeleri**" şeklindeki ibarede birden fazla teşebbüsün birleşmesi makuldür fakat, "bir" teşebbüsün tek başına, hukuken ve teknik olarak birleşmeye konu olabilmesi mümkün olamaz. Doğrusu "iki veya daha fazla teşebbüsün ... birleşmesi" şeklinde olmalıdır. Yine Kanun'un ifade tarzından sanki, teşebbüslerin hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik düşünce ve isteklerle gerçekleştirdikleri birleşme veya devralmalar yasaklanıyor gibi bir izlenim uyansa da madde hükmünün uygulanması için tarafların amacı, niyetleri önemli değildir. Oldukça önemli bir hata da, "herhangi bir teşebbüsün ya da **kişinin** diğer bir teşebbüsü ... devralması"nda hukuka aykırı olan unsur

devralmaların en önemli sebepleri, rekabeti ortadan kaldırmak ve potansiyel rakipler için piyasaya girişleri zorlaştırmak³⁴, bir piyasada büyük olmanın sağlayacağı faydalara sahip olmak, patent veya diğer teknik know-howları tek elde toplamak vs. olarak gösterilebilir³⁵. Birleşmeler, rekabeti ortadan kaldırabilme gücü bakımından kartel anlaşmalarından daha etkili ve süreklidir³⁶. Birleşme veya devralma, rekabeti sınırlayan anlaşmalar gibi iradi olsa da hakim konumda (tekel) olmaya benzer şekilde piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayılarında azalmaya yol açar³⁷. Hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili hükmün, bir piyasada tek başına hakim durumda olmayı yasaklamadığı noktasına değinmiştik. Acaba 7. madde hükmü çerçevesinde, hakim duruma sebebiyet veren birleşme ve devralmalar için aynı sonuç kabul edilebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerektiğini düşünüyoruz³⁸. Her şeyden önce, konuyla ilgili şu iki hususun birbirinden ayrılması gerekir. Bir teşebbüsün kendi çabaları, verimli çalışmaları, gelişmiş teknolojilere, yeni buluşlara sahip olması neticesinde hakim duruma gelebilmesi mümkündür. Bu durumda doğal olarak işletmenin, rekabet şartları bakımından yasaklanabilecek bir yönü olmayacaktır. Fakat bir piyasada bulunan sınırlı sayıdaki rakip işletmelerden bir kaçının birleşmesi veya birinin diğerini devralması sonucu ortaya çıkacak hakim durumu, ilk halden ayırmak gerekecektir³⁹. İşte teşebbüslerin (ekonomik, teknik) başarısıyla ilgili olmayan bu son hal; büyüklere karşı küçükleri, iktisadi gücün merkezileşmesine karşı çeşitliliği muhafaza etmek isteyen rekabet düzeninin ruhuna aykırıdır⁴⁰. Kanun teşebbüslerin, rekabetin önemli ölçüde azalması

halihazırda en az bir teşebbüse sahip veya onu kontrol eden kimselerin teşebbüsü devralmasıdır. Bu şartları haiz olmayan kimselerin bir teşebbüsü devralmalarının Rekabet Kanunu açısından ne mahzuru olabilir? Ayrıca "hukuka aykırı ve yasak" ibareleriyle ilgili daha önce işaret ettiğimiz (m. 4, m. 6) hata, ısrarla burada da tekrarlanmıştır.

³⁴ GRIFFIN, Joseph P., Antitrust Aspects of Cross-Border Mergers and Acquisitions, ECLR, 1, 1998, s. 13; WHISH, Competition Law, s. 668, 669.

³⁵ Genel olarak bu sebepler için bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 888.

³⁶ BORK, The Antitrust Paradox, s. 67. Ayrıca bkz. WHISH, Competition Law, s. 664, 665.

³⁷ Birleşmelerin ekonomik yönü hakkında bkz. RIDYARD, Derek, An Economic Perspective on the EC Merger Regulation, ECLR, 6, 1990, 247 vd.

³⁸ Kanunun 7. maddesi hükmüne göre, birleşme veya devir sonucunun, hakim duruma veya hakim durumun daha da güçlenmesine yol açması, ancak rekabetin önemli derecede sınırlandırılması şartıyla hukuka aykırı kabul edilecektir. Birleşme veya devir sonucunun hukuka aykırılığı için Kanunun 6. maddesi hükmünden farklı olarak ayrıca hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasına gerek olmayacaktır.

³⁹ Birleşme veya devir piyasa yapısına göre rekabette azalmaya sebep olsa da her zaman hakim duruma yol açmayabilir. Çok sayıda teşebbüsün bulunduğu bir piyasada küçük işletmelerin birleşmesi rekabette bir miktar azalmaya yol açabilir fakat, aynı zamanda bu sonuç büyük işletmelere karşı rekabeti artıracaktır. Bu tür (hakim durum yaratmayan) birleşme veya devirler, Rekabet Kanunu kapsamına girmez.

⁴⁰ Devletin iktisadi politikası açısından, "belirli ürünlerin ihracının teşviki", "istihdam yaratılması", "üretim kapasitesinin artırılması", yabancı (dev) teşebbüslere karşı yerli

sonucunu doğuracak nitelikte, hakim durum yaratan yahut bu durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik birleşme veya devrini yasaklamıştır. Sadece hakim durumdan bahsedilip kötüye kullanılması aranmadığından, ilave olarak birleşme veya devrin, rekabetin azalmasına sebep olup olmadığı hususu araştırılacaktır. Halbuki teşebbüsleri hakim konuma geçiren birleşme veya devirle, rekabetin azalacağı kuşkusuzdur⁴¹. Hakim konuma yol açan birleşme veya devirlerde, ayrıca rekabetin azalmasından bahsetmek yersizdir. Esasen rekabetin azalması hakim durum sonucuna yol açmayan birleşme veya devirler için bir ölçü olmalıdır. Nevar ki Kanuna göre, hakim duruma ilaveten, ülkenin bütününde yahut bir kısmında rekabeti *önemli ölçüde*⁴² azaltan birleşme veya devirler hukuka aykırı kabul edilecektir⁴³.

b- Rekabet, herhangi bir kimsenin veya bir teşebbüsün faaliyetlerinin, diğer kimseler ya da teşebbüsler tarafından sınırlandırılmadığı, ideal ortam olarak da düşünülebilir. Bir piyasa sisteminin varlığı ve verimli bir şekilde işleyebilmesi için hiç bir unsurun rekabet kadar stratejik öneme sahip olmadığı

teşebbüslerin rekabet gücünün artırılması ve teşviki gibi sebeplerle birleşme veya devralmalara göz yumulabilir. (Bkz. FOX, M. Eleanor, "International Antitrust: Against Minimum Rules; for Cosmopolitan Principles", Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, 29 November 1997, Geneva, s. 2. Krş. RAHL, James A., Common Market and American Antitrust Overlap and Conflict, McGraw-Hill 1970, s. 168). Gerçekten, 1957'den beri yürürlükte olan Roma Anlaşması'nda rekabetin; anlaşma, karar ve uyumlu eylemler (m. 81) dışında hakim durumun kötüye kullanılması (m. 86 -1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması hükümleri gereği bu maddenin sıra numarası 82 olmuştur-) suretiyle sınırlandırılmasına dair hükümler olmasına rağmen, birleşme ve devralmalarla ilgili bir hükme yer verilmemişti. Çünkü o devirde AB açıkça ABD ve Uzak Doğunun dev (Japonya) endüstrilerinden çekinmekteydi. Bu sebeple birleşme ve devralmalarla ilgili düzenleme 1989'a kadar geciktirilmiştir. Buna rağmen kaygılar hala sona ermiş değildir. Bkz. RIDYARD, An Economic Perspective on the EC Merger Regulation, s. 252; DAVIDOW, Joel, "Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program", CJTL, 1991, Vol: 29: 7, No:1, s. 11, 17 vd. Birleşme ve devralmalarla ilgili yeni gelişmeler için bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 77 vd.

⁴¹ Aynı görüş için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 120.

⁴² Bu konuyla ilgili somut veriler için bkz. DAVIDOW, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 28 vd.; RIDYARD, An Economic Perspective on the EC Merger Regulation, s. 247, 248. İzne tabi birleşme ve devralmalar için bkz. 1997/1 nolu Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (RG, 12.8.1997, S. 23028), m. 4.

⁴³ Rekabetin önemli ölçüde azalması şartı birleşme ve devralmaları konu edinen düzenlemelerde yaygın olarak yer almaktadır. Başta AB ve ABD olmak üzere diğer düzenlemeler için bkz. DAVIDOW, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 18 vd.; NÖEL, Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U.S. Antitrust Law, ECLR, 8, 1997, s. 498 vd. İtalya için bkz. PAVESIO, Carlo, The Italian Rules on Protection of Competition and Market, Supplement 1, ECLR, 2, 1991, s. 2 (m. 6).

hemen her devirde kabul edilen bir gerçektir⁴⁴. Bildiğimiz gibi 1982 Anayasası'nın 48. maddesi, hem gerçek kişilerin tek tek ve toplu olarak hem de tüzel kişilerin özel teşebbüs hürriyetini garanti altına almıştır. Böylece kanunen yasaklanmamış her türlü faaliyete girişmek, istenildiği gibi yönetmek ve istenildiği anda sona erdirebilme serbestliği getirilmiştir. Bu durum aynı zamanda özel hukukta yasaklanmamış alanda sahip olunan ehliyetin doğal sonucudur. Rekabet düzeninin bütün kurum ve kurallarıyla işleyebilmesi için kimi sınırlamalar hatta yasaklar konulması, teşebbüs hürriyetinin kendi kendini boğmaması açısından doğaldır⁴⁵.

Hukuk düzeni iki özgürlük, sözleşme serbestisi (Ay. m. 48/1, BK m. 19/1) ve teşebbüs hürriyeti (Ay. m. 48) arasındaki çatışan ilişkileri törpülemek suretiyle, taraflar için menfaatleri dengeleyici bir rol üstlenir⁴⁶. Sözleşme serbestisi kişinin istediği konuda devletin müdahalesi olmaksızın sözleşme yapabilme imkanını ihtiva eder. Bu serbestlik; sözleşme konusu, kanunların emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlak ve adaba, şahsiyet haklarına aykırı olmadığı müddetçe sınırsızdır (BK m. 19/2)⁴⁷. Rekabet yasağı sözleşmesiyle işçi, işverene karşı iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamayı yükümlenmektedir. Fakat bu yükümlülük işçinin iktisadi istikbalini tehlikeye sokacak derecede yer, zaman ve işin nevi bakımından hakkaniyet sınırlarını aşacak derecede kararlaştırılmaz (BK m. 349). Bu sınırı aşan rekabet yasağı şartı, hakim tarafından kanuni sınırlara indirilebileceği gibi hal ve şartlara göre tamamen de kaldırılabilir⁴⁸. Kabul etmek gerekir ki, her ticari düzenleme, bir bakıma ticari hedefi olan her anlaşma için bir sınırlama sebebine bürünebilir. Kartel anlaşmalarının Rekabet Kanunu gereği hukuka aykırı ve geçersiz kabul edilmeleri böyledir (RK m. 4/1, m. 56/1).

⁴⁴ Bkz. ERKAN, Hüsnü, "Giriş", Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet Boyutu, Yayına Hazırlayan: Hüsnü ERKAN, İzmir 1992, s. 7.; Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu Rekabet Hukuku ve Politikası, DPT, Ankara 1994, s. 6.

⁴⁵ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 442, 443; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 376.

⁴⁶ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 113.

⁴⁷ Akit serbestisi ilkesinin önemli sonuçları vardır. Bu prensip en başta, kişilerin dilediği kimselerle istedikleri akdi yapmakta serbest olmalarını ve yine, istemedikleri akdi ilişkiye girmeye zorlanamamalarını ifade eder. Ayrıca taraflar yapacakları akdin konusunu istedikleri gibi tayin ve hükümlerini belirleme yetkisine sahiptirler. Alışveriş hayatında çok kere akit serbestisinin tek taraflı kullanıldığı haller (iltihaki sözleşmeler ve genel işlem şartları) varsa da diğer taraf önceden tesbit edilen şartları kabul edip etmeme dolayısıyla akdi yapıp yapmama ihtiyarını kaybetmiş değildir. Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 19, 20.

⁴⁸ Bkz. YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s. 426. Konuyla ilgili bir çalışma için bkz. SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994. Ayrıca belirtmek isteriz ki, rekabet yasağına ilişkin (BK m. 348-352) hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır. (TK m. 4/b.3)

Rekabet koşullarına sahip olmayan piyasalarda, üreticiler, mal ve hizmetlerin fiyat ve kalitesi bakımından, ülke kaynaklarını verimli kullanma endişesi taşımazlar. Rekabet yokluğu sebebiyle çarpık işleyen piyasa düzeninde, pazar gücünü ellerinde bulunduran hakim konumdaki teşebbüsler, aynı zamanda piyasaya yeni girecekler için de engel teşkil eder⁴⁹. Aslında hakim konumda (tekel) olmak başlı başına bir hukuka aykırılık sebebi değildir. Tekel konumundaki bir teşebbüsün piyasa gücünü başkalarıyla paylaşmak istemeyeceği açıktır. Dolayısıyla bu durumun piyasaya yeni girişler için engel teşkil edeceği aşikardır⁵⁰. Bu yüzden piyasadaki rekabet engellerinin sebep olduğu zararın kapsamı ve mağdurları sanıldığından daha fazladır: Kaynakların verimli kullanılmamasıyla oluşan sosyal refah kaybı, rekabetin sınırlandırılmasından zarar gören rakip teşebbüsler, ödemesi gerekenden daha fazla fiyat ödeyen tüketiciler, ... hasılı sözkonusu engellerle milli ekonomi yaralanmış olur. Başa dönersek, rekabet engellerinden arındırılmış bir piyasa, toplumun sağlayacağı azami fayda ve ekonomik verimlilik açısından zaruridir⁵¹.

c- Rekabet aynı zamanda, ekonomi biliminde, firmaların piyasadaki fiyatı etkileme gücünü ifade etmek üzere de kullanılmaktadır⁵². Piyasanın rekabet yapısı arttıkça, bireysel firmaların piyasayı etkileme gücü de o denli azalır. Öyle ki, firmaların pazarı etkileme gücüne sahip olmadıkları nokta, rekabet ortamının ulaşabileceği nihai sınırı gösterir. İşte bu aşama, sadece arz ve talep gücünün belirlediği fiyata, çok sayıda firmanın boyun eğdiği ideal ortamdır. Günlük hayatta rastlanmasa da, fiyatın tüm alıcı ve satıcılar için "veri" kabul edildiği piyasa modeline "tam rekabet piyasası" denmektedir⁵³.

⁴⁹ Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 441, 442.

⁵⁰ Aslında tekel piyasası ekonomi biliminde bir piyasa türüdür. Ekonomi biliminde bu husus teorik olarak şu şekilde çözümlenir: Tekel piyasasındaki yüksek kar diğer teşebbüsler için her zaman bir cazibe merkezidir. Dolayısıyla yeni firmalar bu yüksek kardan pay almak isteyeceklerinden tekel piyasasına akın edecekler, böylece tekel hali de sona erecektir. Şüphesiz bu beklentinin gerçekleşebilmesi, rekabet şartlarının hakim olduğu, giriş engellerinin bulunmadığı piyasa düzeninin varlığına bağlıdır. Bkz. SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 168 vd.

⁵¹ Bu konuda bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 441, 442; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 377, 378.

⁵² Bkz. BEG, FISCHER, DORNBUSCH, Economics, s. 132.

⁵³ LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 220. Ekonomi biliminde piyasalar, rekabet gücüne göre sınıflandırılır. Tekel piyasasında (monopol), tek bir teşebbüs bulunduğu için rekabet sıfırdır. Bunun karşısında bulunan alıcılar, tayin edilen fiyatı kabullenmek zorundadırlar. Aksine piyasada tek alıcı karşısında çok sayıda satıcı varsa "alıcı tekeli" veya "monopson" söz konusudur. Piyasada az sayıda satıcı karşısında (iki-üç teşebbüsten az olmayan on-on beş teşebbüse kadar) çok sayıda alıcı bulunuyorsa, bu tür piyasalara da oligopol piyasa (eksik rekabet piyasası) adı verilmektedir (SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 151). Son olarak günlük hayattan örnek gösterebilmek zor olsa da, çok sayıda satıcı ve alıcının yer aldığı ve bunların hiç birisinin tek başına veya gruplaşarak

2. Tam Rekabet (Perfect Competition)

Tam rekabet, görünmez elin aksamadan yürüyebilmesi ve fiyatların tüm alıcı ve satıcılar bakımından veri fonksiyonunu yerine getirebilmesi için düşünülmüş ve idealize edilmiş bir piyasa türüdür⁵⁴. Çok sayıdaki üretici ve satıcılar mal ve hizmetlerin fiyatını düşük, kalitesini yüksek tutarak aralarında rekabet edeceklerdir⁵⁵. İşte hayli fazla sayıdaki satıcı ve alıcıların yer aldığı bu tür piyasalarda mal ve hizmetlerin fiyatı satıcı veya alıcılar tarafından tek başına ya da gruplaşarak değil, arz ve talebe göre belirlenmektedir⁵⁶.

Bu modelde iki önemli sonuç göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, piyasadaki fiyatın arz ve talep dengesi sonucunda oluşması, ikincisi ise, yine

fiyatı etkileyemedikleri piyasa türüne de tam rekabet piyasası denmektedir (LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 264 vd; BEG, FISCHER, DORNBUSCH, Economics, s. 159 vd.). Tekelden (monopol) oligopole ve tam rekabet piyasasına doğru geçildikçe rekabet derecesi artar ve tam rekabet piyasasında en yüksek dereceye ulaşır. Bugün için yaygın olan oligopol (eksik rekabet) piyasalarıdır. Eksik rekabet piyasaları, rekabetin olmadığı piyasalar anlamına gelmez. Hatta oligopol piyasaların bir kısmında canlı bir rekabet görülmektedir. Gerçekten birkaç rakip firma arasında, kuvvetli bir rekabet olabilir. Örneğin iki veya üç havayolu şirketinin aralarında, kıyasıya rekabet ettikleri, sıkça görülebilen örneklerdendir (SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 151; HAY, George A., "Practices That Facilitate Cooperation: The Ethyl Case", in KWOKA John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 190 vd.

⁵⁴ WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 54; SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 264; AGNEW, Competition Law, s. 25 vd.

⁵⁵ İktisatçılara göre tam rekabet piyasası modelinin belirgin özellikleri şunlardır: **1-** İlgili piyasadaki bütün firmaların tüketicilere, aynı nitelikteki mal ve hizmetleri sunmalarına "homojenlik" denmektedir. Mal veya hizmetler görünüş, kalite, ambalaj ve diğer pazarlama şartları bakımından birbirlerinden farklı olmamalıdır. Aksi halde farklı özelliklere sahip mallar (görünüş, fiyat vs.) tüketiciler tarafından farklı algılanarak daha yüksek fiyat ödemek suretiyle veya daha fazla tercih edilmek suretiyle homojenlik şartı kaybolur. **2-** Piyasadaki bütün işlemler mevcut veya potansiyel alıcı veya satıcılar arasında saydamdır. Alıcı ve satıcılar arasında mükemmel bir bilgi akışı vardır. **3-** Piyasaya giriş ve çıkışlar için herhangi bir engel mevcut olmadığından üretim faktörleri hayli hareketlidir. Firmalar istedikleri malları üretme, diledikleri zamanda da piyasayı terk etme haklarını haizdirler. İşte yasal veya diğer giriş önlemleriyle mevcut firmaların piyasaya girecek yeni firmaları engelleyememelerine "hareketlilik" şartı denmektedir. **4-** Tam rekabet piyasasında mevcut ya da potansiyel çok sayıda satıcı ve alıcılar vardır. Piyasada işlem gören mal miktarı, malın piyasada işlem gören toplam miktarına göre hayli önemsiz kaldığından, alıcı veya satıcılar, kendiliğinden oluşan fiyatı kabul etmek zorundadırlar. Hatta satıcı ve alıcıların aralarında anlaşarak talep ve arzı kontrol etmeleri de piyasanın bu özelliğini etkilemeyecektir (Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 25 vd; McCORMICK, KITCHIN, MARSHALL, SAMPSON, SEDGVICK, Introducing Economics, s. 316 vd.; LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 221 vd.). Eğer bu şartlardan biri veya birkaçı eksikse, piyasa tam rekabet piyasası değil eksik rekabet piyasasıdır (SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 149, 164).

⁵⁶ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 5; BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, s. 132.

fiyatın piyasadaki bütün üreticiler tarafından belirlenmesidir. Hiç bir firma diğerlerinden bağımsız olarak piyasaya fiyat dikte edemez⁵⁷. Tam rekabet piyasasında iktisadi hayat kendi doğal düzeni içerisinde işlemelidir. Çünkü sisteme yapılan her müdahale veya yönlendirme, doğal sistemdeki dengenin bozulmasına yol açacaktır. Fakat bu görüş haklı olsaydı monopol ya da oligopol piyasaların doğması mümkün olmayacaktı⁵⁸. Tam rekabet piyasası modeli ve bu modelden çıkarılabilecek ilkeler hayli soyut ve ideali ifade etse⁵⁹ bile bu durum, ideallere ilişkin ilkelerden vazgeçilmesi anlamına gelmez⁶⁰. Rekabet sınırlamaları hukuku açısından bu modelden çıkarılabilecek ilkeler, gerçek piyasa işleyişindeki rekabet düzenini muhafaza amacını güden mücadelede, rehber olarak kabul edilebilecektir⁶¹.

3. İşleyebilir (Elverişli) Rekabet (Workable Competition)

Tam rekabet sisteminin olandan çok olması gereken piyasaları idealize etmesi, "işleyebilir rekabet"⁶² sisteminin geliştirilmesine sebep olmuştur⁶³. Böylece tam rekabet, sürekli tüketicinin beğenisini kazanmaya çabalayan işleyebilir rekabet modeliyle yer değiştirmiştir⁶⁴. Üreticilerin, rakipleri karşısında daha üstün bir konuma yükselbilmeleri tutkusuyla çalışmaları ve zamanla bu üstünlüğü sağlayarak tekel haline gelebilmeleri doğal bir durumdur. Piyasada kendi emek ve gayretleriyle, mal ve hizmetlerin kalitesini artırarak lider konuma yükselmek, rekabet hukuku açısından teşvik edilen bir mücadeledir. Gerçekten rakiplerin mal ve hizmetlerin maliyetleriyle birlikte

⁵⁷ MEHTA, Pradeep, "On the Interaction Between Trade and Competition Policy" at the Seminar "The International Trade System: Issues for Developing Countries", ICTSD - CITEE, Geneva 27-28 November 1997, s. 2.

⁵⁸ Bkz. WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 54; AGNEW, Competition Law, s. 28.

⁵⁹ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 5; WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 54.

⁶⁰ AKINCI, Ateş, "Rekabetin Korunması Hakkında Üzerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Nurkut İNAN, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 54.

⁶¹ BORK, The Antitrust Paradox, s. 60.

⁶² Orijinal olarak "workable" competition şeklinde ifade olunan ibareyi anlatmak üzere "çalışabilir" rekabet denmektedir (ASLAN, İ. Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s. 51). Fakat bizim bu modelden anladığımız; merkezi yoğunlaşmalardan çok, iktisadi çeşitliliğe sahip, yasal veya suni giriş engellerinin bulunmadığı, rekabet düzeninin egemen olduğu piyasalardır. Dolayısıyla "işleyebilir", "elverişli" rekabet sistemi demeyi daha uygun bulduk.

⁶³ ADAMS, Walter, "The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly?" in, BERKI, Sylvester E., Antitrust Policy Economics and Law, Boston 1966, s. 50.

⁶⁴ WHISH, Competition Law, s. 11.; KENT, Penelope, Law of the European Union, s. 175.

fiyatlarını düşürmeleri ya da kaliteyi yükseltmek suretiyle satışları artırmaları gibi faaliyetleri ekonomik etkinlik açısından arzu edilir bir durumdur⁶⁵.

İşleyebilir rekabet teorisi çerçevesinde, rekabet kurallarının amacı, firmaların ekonomik etkinlik açısından herhangi bir fayda sağlamayan anlaşmalara girmeleri, tekel ya da hakim durumda bulunmak suretiyle ekonomik güçlerini kötüye kullanmaları gibi rekabeti sınırlayıcı uygulamaları bertaraf etmektir⁶⁶. Böylece işleyebilir rekabetin hedefi, anlaşma, birleşme veya tekel yoluyla iktisadi gücün merkezileşmesinden ziyade, piyasadaki çeşitliliği muhafaza etmektir. İngiltere'de Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar Mahkemesi (Restrictive Practices Court) bir kararında işleyebilir rekabeti, normal rekabet baskısına maruz, makul çokluktaki satıcı ve alıcının bulunduğu, rekabetin arzu edilir bir derecesi olarak tanımlamaktadır⁶⁷. Özellikle, rekabetin bir derecesi olarak işleyebilir rekabetin AB'nin ortak pazarla ilgili temel şartlarını ve hedefini gerçekleştirmede dinamik bir model olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Konuyla ilgili ekonomik analizlere rağmen, "işleyebilir" rekabeti belirleyebilecek tatmin edici kriterler mevcut değildir⁶⁹. Bugün için "işleyebilir" rekabet, sadece kendisinden rekabet sınırlamaları hukukuna yönelik zımni sonuçlar çıkarılabilen bir modeldir. Özellikle Amerikan antitröst hukukunun geliştirdiği "per se"⁷⁰ yaklaşımının, işleyebilir rekabet piyasasının özelliklerinden çıkartılan bir "karine" olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Görüldüğü gibi, "işleyebilir rekabet" sistemi ekonomik analizlerden çok, temeli rekabet sınırlamaları hukukuna dayalı bir modeldir⁷².

⁶⁵ LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 304. Ayrıca bkz. GOYDER, EC Competition Law, s.3; WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 55; STOCKING, George W., Workable Competition and Antitrust Policy, Nashville 1961, s. 30.

⁶⁶ KENT, Law of the European Union, s. 175; WHISH, Competition Law, s. 11; ADAMS, The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? s. 50.

⁶⁷ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 6.

⁶⁸ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-021.

⁶⁹ GOYDER, EC Competition Law, s.3; WHISH, Competition Law, s. 11.

⁷⁰ "Per se" doktrini, yegane amacı, rekabeti sınırlamak olan anlaşmaları ifade eder. Rekabeti ortadan kaldırmaktan başka hedefi olmadığı kabul edilen anlaşma veya kararlar, doğası gereği rekabet hukukuna aykırı olduklarından, ek incelemelere gerek görülmeden "per se" yasaktırlar. Konuya ilerleyen bölümlerde yer verileceğinden ayrıntıya girmeye gerek yoktur.

⁷¹ AGNEW, Competition Law, s. 34.

⁷² BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-021; AGNEW, Competition Law, s. 34. Elverişli rekabet hakkında daha geniş bilgi için bkz. STOCKING, Workable Competition and Antitrust Policy, s. 26 vd.; ADAMS, The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? s. 50 vd.

4. Yarışmacı Rekabet Sistemi (Contestable Competition)

Yarışmacı rekabet sistemi, kaynakların en verimli tahsisinin yarışmacı piyasalarda faaliyet gösteren firmalarca sağlanabileceğini iddia eder⁷³. Yarışmacı piyasayı karakterize eden özellik, giriş ve çıkış özgürlüğünün varlığıdır⁷⁴. Bir piyasaya yeni firmalar, giriş engellerine⁷⁵ maruz kalmadan girip çıkabiliyorlarsa, bu piyasalara yarışmacı piyasa denir. Yarışmacı piyasanın temeli, giriş maliyetlerinin bulunmayışı değil, - zira bu beklenti en azından realist bir yaklaşım olmayacaktır - bilakis yeni teşebbüsler açısından piyasanın serbest veya hareketli olmasıdır⁷⁶. Giriş ve çıkışlar serbest olduğundan piyasada tek teşebbüs dahi olsa, potansiyel rekabet baskısı altındaki teşebbüslerin fiyatları maliyetlerden koparma gücü yoktur. Çünkü fiyat-maliyet ilişkisinden uzak, aşırı derecede yüksek tespit edilen fiyatlar, giriş ve çıkış serbestisinin doğal bir sonucu olarak piyasaya yeni teşebbüsler çekecek ve dolayısıyla aşırı fiyatlar törpülenecektir⁷⁷. Ancak yarışmacı piyasa, tam rekabet piyasası olarak algılanmamalıdır⁷⁸. Fakat yarışmacı rekabet ve potansiyel rekabet birbirini tamamlayan modellerdir⁷⁹. Yarışmacı rekabet sistemi önemli bir model olmasına karşılık, bünyesinde devlet müdahalesini barındıran piyasalarda gelişme ve yerleşebilmesi zor bir model olarak görülmektedir. Zira, yarışmacı piyasa modelinin dayanağını teşkil eden giriş ve çıkışların, düzenlemeler yoluyla engellenmesi yahut denetim altında tutulması, firmaları disipline eden potansiyel rekabet baskısını ortadan kaldıracaktır⁸⁰.

⁷³ Bkz. KENT, Law of the European Union, s. 175.

⁷⁴ BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, s. 166; AGNEW, Competition Law, s. 43, 44. Bir piyasanın kar getirisi yüksekse, bu durum geçici olsa bile, yeni teşebbüsleri piyasaya girmeye sevk etmek bakımından cazip bir sebeptir. Böylece yüksek kardan pay almak isteyen teşebbüsler piyasaya akın edecek, durum değiştiğinde ya piyasa koşullarına uyum sağlayacak ya da terk edecektir (LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 276).

⁷⁵ Bir piyasaya yeni girişte birtakım giriş bedelleri ödenebilir. Önemli olan söz konusu bedelin piyasayı terk eden işletmeye geri ödenip ödenmemesidir. Çünkü bütün piyasalarda az çok giriş engelleriyle karşılaşılabilir. Buna rağmen bu piyasaların da tam yarışmacı olduğundan bahsedilir. Bkz. LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 276.

⁷⁶ AGNEW, Competition Law, s. 44; DOUGLAS, George W., "The Importance of Entry Conditions: Texas Air's Acquisition of Eastern Airlines", in KWOKA John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 105, 106.

⁷⁷ KATIRCIOĞLU, Erol, "Bir Pazar Ekonomisi Kurumu Olarak Rekabet Hukuku", Rekebetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Nurkut İNAN, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 3; WHISH, Competition Law, s. 12.

⁷⁸ KENT, Law of the European Union, s. 175; AGNEW, Competition Law, s. 46.

⁷⁹ Potansiyel rekabet açısından giriş serbestisinin önemi için bkz. BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, s. 166.

⁸⁰ KENT, Law of the European Union, s. 175.

5. Potansiyel Rekabet (Potential Competition)

Belli bir mal veya hizmet piyasasına yeni yatırımlar yapılması ya da yeni girişler olması mevcut rakipler açısından rekabeti etkileyebilecek önemli bir başlangıç sayılır. Giriş engelleri bulunmayan piyasalarda potansiyel rekabet korkusu, hesaplı, kaliteli mal ve hizmet üretimi açısından tahrik edici bir unsurdur⁸¹.

Rekabeti sınırlayıcı uygulamaların etkisini, mevcut rakipler arasında gösterecek olması şart değildir. Yakın gelecekte veya muhtemel sonuçları itibarıyla rekabet üzerinde etkili olabilecek sınırlayıcı uygulamalar da yasak kapsamına girecektir⁸². Rekabet Kanunu'na göre, "belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme ... amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan" teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları hukuka aykırıdır (m. 4/1)⁸³. Ayrıca Kanunun hakim durumla ilgili düzenlemesi, rakip teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerini veya pazara girişlerini doğrudan ya da dolaylı olarak engelleyen yahut zorlaştıran davranışları, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir (m. 6/1-a)⁸⁴.

Potansiyel rakip, halihazırda bir piyasada ticari faaliyetlere girişmemiş, fakat yakın gelecekte aynı ürün piyasasına veya coğrafi piyasaya girebilecek teşebbüsleri ifade eder⁸⁵. Böylece potansiyel rakip, ne satıcı ne de alıcı konumunda bulunmadığından, söz konusu piyasada herhangi bir paya da sahip değildir. Giriş engelleri bulunmayan piyasalarda, belirli büyüklükteki teşebbüsler, taşıma masrafları, maliyetleri aşırı derecede şişirmedikçe yerel piyasaların dışına çıkarak faaliyette bulunmak isterler. Bu yüzden mal ve hizmet piyasalarının teşebbüsler arasında paylaşılması sonucu, bir teşebbüsün sırf bu anlaşma gereği diğerinin piyasasına girememesi, Rekabet Kanunu'na aykırıdır (m. 4/1-a)⁸⁶.

⁸¹ Bkz. MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 206, 207.

⁸² RITTER, Lennart - BRAUN, W. David - RAWLINSON, Francis, EEC Competition Law a Practitioner's Guide, Boston 1991, s.77.

⁸³ Kanun koyucu Rekabet Kanunu 4. maddesini, mehz maddeden (ATA m. 81) daha açık bir şekilde düzenlemeye çalışmıştır. ATA 81. maddesinde de amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler ortak pazarla bağdaşmaz nitelikte kabul edilmektedir. Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s.106, 107.

⁸⁴ Ayrıca bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 48 vd.

⁸⁵ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law a Practitioner's Guide, s. 77.

⁸⁶ Bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1090; MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 250; CUNNIGHAM, The Competition Law of the EEC, London 1973, s. 56.

Potansiyel rekabetle ilgili önemli bir konuya Columbia Steel⁸⁷ davasında işaret edilmiştir. Adı geçen davada çelik levha ve kalıp üretiminin diğer yuvarlak çelik (inşaat demiri) üretiminden farklı bir piyasa oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştı. Mahkeme yuvarlak çelik üreticilerinin, kolayca diğer ürünleri bu arada levha ve kalıp üretimini yapabilmeleri durumunda potansiyel rekabetin varlığını kabul etmiştir. Aslında bu iki ürün, tüketimdeki kullanımları açısından birbirinden farklı olsa da üretim gerekleri bakımından birbirine benzer durumdadır. Çelik levha ve kalıp üreticisi ile yuvarlak çelik üreticisi, ilgili piyasada birbirlerinin fiili rakibi değildir. Fakat her iki teşebbüsten biri, diğer ürünü kolaylıkla üretebilecek konumda olduğundan, potansiyel rekabetin varlığı sonucuna ulaşılabilir⁸⁸.

6. Etkin Rekabet Sistemi (Effective Competition)

Tam rekabet modeli ulaşılması uzak bir model olması açısından, rekabet politikası, kamu düzenini tatmin edecek ve normal piyasa işleyişine ters düşmeyecek nitelikteki sapmaları göz önünde tutarak işleyebilir rekabet (workable competition) ve etkin rekabet (effective competition) modellerine ağırlık vermektedir⁸⁹.

Etkin rekabet marka içi ve markalar arası rekabeti kapsayan bir modeldir. Özellikle rekabeti sınırlayıcı nitelikteki dikey anlaşmaların, marka içi rekabeti azaltırken (bölge kaydı ihtiva eden münhasır satım sözleşmeleri) markalar arası rekabeti kızıştıran yönü göz ardı edilemez⁹⁰.

Etkin rekabeti temin eden en önemli vasıtalarından birisi, fiyat rekabetidir. Fakat fiyat dışında kalan ürün kalitesi, satım öncesi ve sonrası danışmanlık ve bakım servisleri gibi farklı uygulamalar da etkin rekabet modelinin yerleşmesinde oldukça önemli hususlardandır⁹¹.

III. Rekabetin Önemi ve Fonksiyonları

1. Rekabetin Önemi

Liberal ekonomilerde, ekonomik etkinliği sağlayabilmenin stratejik dayanaklarından birisi rekabettir. Ekonomik etkinlik, sınırlı kaynakların azami

⁸⁷ United States V. Columbia Steel Co., 334 US 495, (1948).

⁸⁸ Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law a Practitioner's Guide, s. 77; MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 250.

⁸⁹ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 6.

⁹⁰ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 6.

⁹¹ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 6.

faydayı sağlayacak şekilde kullanılmalıdır. Ekonomistler ekonomik etkinliğin üç boyutuna⁹² dikkat çekerler:

- Üretim etkinliği,
- Kaynak dağılımında etkinlik,
- Dinamik etkinlik.

Üretim etkinliği, ürün randımanını ifade eder. Üretim aşamasında kullanılan kaynakların, aynı şekilde (ürün olarak) kazanılabilmesi mümkün olmadığına göre temel hedef, kaynakları israf etmeksizin en verimli tarzda ve teknikte üretime tahsis etmektir. Kaynak dağılımının etkinliği ise, tüketicilerin ihtiyacı olan malların, o mala atfettikleri ekonomik değere uygun dağılımını sağlamak, aynı zamanda da refahın artmasını temin etmektir. Ticari hayat canlı bir yapıya sahiptir. Yeni teknolojiler beraberinde yeni ürün ve hizmetler getirmektedir. En yeni teknolojinin en mükemmel teknoloji olamaması kadar, tüketici ihtiyacı ve zevkleri de sınırlı değildir. İşte dinamik etkinlik; teknoloji, metot ve ürünlerdeki iyileşmeyi, daha ileri aşamaları keşfetmeyi anlatır⁹³.

Genel olarak ekonomik etkinliğe ulaşılmasında rekabet kadar hiç bir unsur daha kuvvetli bir dürtüye sahip değildir. Rekabet piyasaları, rakipleri tüketicilerin arzuları ve satın alma güçleri doğrultusunda ürün, pazarlama ve bakım hizmetleri konusunda sürekli mücadeleye sevk edecektir⁹⁴. Zira üretim, kaynak dağılımı ve dinamik etkinlik bu mücadelenin ürünleridir⁹⁵. Aynı zamanda bu süreç, maliyetlerin azaltılması, daha ileri üretim tekniklerinin geliştirilmesi gibi yönlerle de sosyal refahın artmasına katkıda bulunacaktır⁹⁶. Rekabet hukuku bu aşamada, ekonomik etkinliği tahrik eden uygulamalarla, aksine sadece kendi kârını şişirme gayesiyle ekonomik verimliliği köstekleyen davranışları (kartel anlaşmaları, tekel uygulamaları) birbirinden ayıran turnusol görevini üstlenir. Mükemmel bir rekabet hukuku bu meziyetini ve uygulama kabiliyetini, her özel olayı, aynı zamanda sağlıklı ekonomik ilkelere

⁹² GOYDER, EC Competition Law, s. 9; SAUTER, Competition Law and Industrial Policies in the EU, 113.

⁹³ Bkz. PHILLIPS, Bernard, "Goals, Instruments and Institutions of Competition Law", in Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 3; GOYDER, EC Competition Law, s. 9.

⁹⁴ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 441; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 378.

⁹⁵ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 2, 3; GOYDER, EC Competition Law, s. 13; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 4; Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, "Empirical Evidence Of The Benefits From Applying Competition Law And Policy Principles To Economic Development In Order To Attain Greater Efficiency In International Trade And Development", UNCTAD, Geneva, 29 July 1998, s. 6.

⁹⁶ MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 23; AGNEW, Competition Law, s. 1 vd.

dayandırılabilirdiği ölçüde muhafaza eder⁹⁷. Rekabet hukuku, ekonomik etkinliğe dayalı rekabet düzenini korur. Rekabet piyasaları içerisinde rakiplerin korunması, rekabet hukukunun yegane konusu olamaz⁹⁸.

2. Rekabetin Fonksiyonları

Teşebbüsler, kural olarak, hangi mal ve hizmetleri, ne kadar ve hangi fiyattan üretecekleri konusunda, başta piyasa şartları ve özel teşebbüs hürriyeti çerçevesinde serbesttirler⁹⁹. Başta piyasa şartları diyoruz çünkü, özel teşebbüs hürriyetinin varlığı ve tam anlamıyla kullanılabilmesi imkanı, piyasaların sağlıklı ve düzenli işleyişine bağlıdır. Aksi halde fiili veya anlaşmalar sonucu doğmuş tekel ya da kartel engelleri karşısında, kişilerin (ayrı ayrı veya toplu olarak gerçek ve tüzel kişilerin) özel teşebbüs hürriyetine sahip olmalarına pratik bir değer atfedilemeyecektir. Özel teşebbüslere piyasaya girebilme ve orada kalabilme fırsat ve riski tanınmaksızın, uzun ömürlü ve etkin bir rekabet ortamı sağlayabilmek mümkün olmaz.

Rekabetin "ekonomik" ve "sosyal" fonksiyonları şeklinde ikili bir ayırım yapılmakla¹⁰⁰ birlikte, rekabetin bütün fonksiyonları her iki alanla iç içe olduğundan biz bu ayırımın suni olduğunu düşünüyoruz. Rekabet; ekonomik verimliliğin teşviki¹⁰¹, teknik gelişmenin uyarılmasında¹⁰² fevkalade önemli bir

⁹⁷ Gelişmekte olan ülkeler için "başarılı" bir rekabet politikası oluşturabilmek kolay değildir. Genel engeller için bkz. KOVACIC, William E., "Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies", Brook. J. Int'l L., Vol: XXIII: 2, 1997, s. 417 vd.

⁹⁸ Bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 4.

⁹⁹ MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 16.

¹⁰⁰ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 4; ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997, s. 2 vd.; AKINCI, Ateş, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1988, s. 7 vd.

¹⁰¹ Rekabet hukukunun konusu ekonomik hayattaki rekabet, amacı ise ekonomik büyümeyi ve hayat standartlarını yükseltmeyi temin etmektir (BRUSICK, Philippe, "Competition, Development and the Set", in Symposium on Competition policy Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 1; SAUTER, Competition Law and Industrial Policies in the EU, 113). Bu hedefin gerçekleştirilebilmesi, rakipler arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde, üretim ve dağıtım etkinliğinin sağlanabilmesine bağlıdır. Ekonomi bilimine göre, rekabet ile verimlilik arasında sıkı bir bağ vardır. Modern ekonomi biliminin doğuşundan beri genel olarak ekonomik verimlilik, kaynak, iş ve sermaye tahsisindeki verimliliğin bütünü olarak düşünülür (TÜRKKAN, Erdal, Ekonomi ve Demokrasi, Ankara 1996, s. 135; WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 56; WHISH, Competition Law, s. 2). Kaynaklar ne kadar etkin kullanılırsa, o derecede en düşük yani maliyetlere en yakın fiyatlarla bol miktarda üretim gerçekleştirilebilecektir. Doğal olarak bu durum hayat standartlarının yükselmesine sebep olacaktır. Halbuki tekel veya kartel piyasalarında, piyasaları sömüren teşebbüslerin ekonomik gücü sürekli artarken, hayat standartları daralma eğilimine girer (MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 23;

EDLIN, Aaron S., Do Guaranteed - Low - Price Policies Guarantee High Prices and can Antitrust Rise to the Challenge, HLR, Vol: III: 528, 1997, s. 547 vd.). Ek masraflara katlanarak kendini geliştirme endişesinden yoksun olan işletmelerin yeniliklere gitme, kaynak ve üretim etkinliği kaygıları da bulunmayacaktır. (Tekel piyasalarının sosyal maliyeti için bkz. BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, s. 294 vd.). İktisadi çeşitliliğin muhafaza edildiği piyasalarda ise, rekabet baskısı işletmeleri kaynak ve üretim verimliliğini geliştirmeye, emsallerine göre daha cazip fiyatlardan satmaya zorlayacaktır (WHISH, Competition Law, s. 2, 3, 12; BELLAMY& CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 1-075). Rekabetin ekonomik büyümeyle ilgili önemli bir sonucu da şudur ki, rekabet gücünden yoksun piyasa toplulukları, artık global bir köy haline dönüşen dünya piyasalarına, pazar olmaktan kendilerini kurtaramazlar (Bkz. TÜRKKAN, Ekonomi ve Demokrasi, s. 139, 140; GOLDMAN, Competition Policy, Economic Development and Trade Liberalization: a Business Perspective, s. 5). Rekabetin ekonomik fonksiyonları açısından ayrıca şu hususlar üzerinde de durulmalıdır:

- a) *Üretim etkinliği*: Rekabetin ekonomik yararlarından söz edildiğinde, rekabetin göze çarpan önemli bir yönü üretim verimliliğidir (Bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 3). Rekabet piyasalarında fiyat, piyasadaki arz ve talebe göre belirleneceğinden, fiyatları tek başına etkileme gücü bulunmayan işletmeler, piyasada kalabilmek ve kazanç sağlayabilmek için en düşük maliyetlerle üretim yapmak zorundadır. Bu anlamda işletmenin etkinliği, ürettiği değer, kullandığı girdinin değerine oranı ile ölçülür. Bu oran ne kadar büyükse işletme o kadar etkin demektir. Aynı miktar girdi ile daha fazla üretim sağlanmasına imkan veren yöntem, diğerlerinden etkin kabul edilecektir. Bir bakıma bu durum işletmenin teknolojik kapasitesini ve kaynak verimliliğini belirleyecektir (SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 128; BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, s. 258 vd.). Aksi halde maliyetlerini piyasa fiyatının altına düşüremeyen işletmeler piyasayı terk etmek zorunda kalacaklardır. Tekel işletmelerin tamamen üretim etkinliği kaygısından yoksun olduklarını söyleyebilmek imkansızdır. Fakat tekel işletmeler piyasa fiyatını kendileri tespit ettiklerinden, üretim etkinliği, tekel işletmeler için, rekabet piyasalarında olduğu gibi, hiç bir zaman piyasada var olup olmama sorununa dönüşmez. Dolayısıyla üretim etkinliği tekel piyasalarının temel hedefi olamaz (AGNEW, Competition Law, s. 28 vd.). Ekonomik etkinlik gerçekleştirildiği takdirde, daha fazla mal ve değer üretilmiş olacaktır. Böylece, toplum ihtiyaçlarının tatminkâr bir şekilde karşılanmasıyla, refah seviyesi de yükselmiş olacaktır.
- b) *Kaynak dağılımında etkinlik*: Ekonomik gelişme problemi, kaynakların üretim alanlarına tahsisi, kullanım ve etkinlik derecesi ile üretim bölüşümünden ayrı düşünülemez. Ekonomi biliminin üzerinde titrediği "kaynak kıtlığı" sorununun asgari düzeye indirilmesi, eldeki kaynaklarla, toplum ihtiyaçlarının en yüksek düzeyde tatmin edilmesiyle mümkün olur (LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 5, 6). Ekonomik etkinlik, her üretim işleminde, kaynak israfını azaltan veya ortadan kaldıran en iyi teknik yöntemin seçilmesini gerektirir (AGNEW, Competition Law, s. 21; PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9). Kaynakların çeşitli üretim alanlarına verimli bir şekilde dağıtılmasında, yani ekonomik etkinliğin sağlanmasında; bir yandan tüketici tercihleri, öte yandan mevcut teknolojiler, mal ve hizmet fiyatları, üretim faktörleri fiyatları yol gösterici olacaktır (WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 55. Geniş bilgi için bkz. PETERSON, Wallace C., Income, Employment and Economic Growth, New York 1962, s. 261 vd.). Kaynakların en etkin alanlara kaydırılması, rekabet piyasalarının ayırt edici bir özelliğidir (XXV the Report on Competition Policy (1995), Commission of the European Communities, Brussels 1996, p. 1; WHISH, Competition Law, s. 2). *Kaynak dağılımı fonksiyonunun yerine getirilmesinde hiç bir merkezi plan rekabet kadar yönlendirici kuvvete sahip değildir.* Gerçekten verimsiz ve aşırı kapasitelerin yaşandığı piyasalar yakından incelendiğinde ya devlet düzenleme ve teşviklerinin varlığı yahut merkezi

görevi haizdir. Rekabetin ekonomik sonuçlarından en fazla etkilenen taraflar, rakipler ve tüketicilerdir. Bilindiği gibi rekabet hukukunun temel amacı, rekabet düzeninin korunmasıdır. Rekabet hukukunun koruma amacı içerisinde açıkça yer almasa da, piyasa uygulamalarının, müspet ya da menfi yansımalarının üzerinde yoğunlaştığı kesim tüketicilerdir¹⁰³.

gücün yoğunlaşması sebebiyle rekabetin işlemediği görülür (STOCKMAN, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması, s. 20, 21).

¹⁰² Mal ve hizmet üretimi tek değil farklı teknolojiler kullanmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Önemli olan en etkin teknolojiyi yani mali en düşük maliyetle üretebilen teknolojiyi seçmektir. Rekabet, bir anlamda, mal ve hizmetleri, minimum maliyetle üretmeye imkan veren teknolojiyi arayıp bulma kaygısı güden piyasa sistemidir (MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 225, 226). Bir mal veya hizmetin ilk ve tek üreticisi durumundaki tekel işletmelerin cazip konumu, piyasaya potansiyel girişleri güçlendirir. Piyasaya daha fazla kaynağın girmesi, yeni teknolojiler ya da lisans (hatta taklit) yoluyla aynı mal veya hizmetin üretilebilmesi durumunda tekel piyasası ortadan kalkacaktır (STOCKMAN, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması, s. 21). Tek satıcı konumundaki tekel işletme, fiyat ve arz miktarını, arz edilen malların kalitesini tek taraflı olarak kontrol etmektedir. Kârını optimum seviyeye çıkarmak isteyen tekel işletmelerin, yeni teknolojiler üretmek için yüklü paralar harcaması beklenemez. Çünkü tekel işletmenin, piyasadaki konumunu muhafaza etmek veya daha fazla kazanmak için yeni teknolojiler aramaya ihtiyacı yoktur (PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9). Rekabet piyasalarında teşebbüslerin başarılı olabilmesi; dinamik hareket etmek, ürün kalitesini yükseltmek ve maliyetleri düşürmek, yeni teknolojiler, stratejiler geliştirmek suretiyle rakiplerinden farklı faaliyette bulunmalarına bağlıdır. Böylece, teknolojik gelişmeyle birlikte daha kaliteli ve daha fonksiyonel malların üretimi de sağlanmış olacaktır (Bkz. SMITH, Economics For Our Times, s. 186; SAUTER, Competition Law and Industrial Policies in the EU, s. 113). Bu yüzden işletmeleri yeniliğe, gelişmeye zorlayan gücün rekabet olduğu kabul edilmektedir. Her ne kadar rekabetten bahsedildiğinde akla ilk gelen mal ve hizmetlerde "fiyat" rekabeti ise de son yıllarda araştırma ve geliştirme çabaları, farklı ürünler yeni teknolojiler üretme gayreti rekabet yarışına önemli bir boyut kazandırmıştır (KATTAN, Joseph, Antitrust Considerations in Innovation Driven Markets, USLJ, Vol: 21, 1995, s. 115 vd.).

¹⁰³ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 13; REICH, Competition Law and the Consumer, s. 127. Teşebbüslerin piyasaya girdikten sonra uzun dönemde tutunabilme şansı, üretilen mal ve hizmetlerin tüketiciler için her yönden cazip bulunması kaydıyla mümkündür. Çünkü üretilen mal ve hizmetlerin cins, miktar ve kalitesine ilişkin tercihleriyle piyasayı yönlendiren tüketicilerdir. O halde başarılı olmak isteyen teşebbüsler kendilerini tüketici arzu ve ihtiyaçlarına uygun mal ve hizmet üretmeye zorlayacaktır. Rekabet hukukunun koruma amacı ekonomik düzenle sınırlandırılmaz. Tüketicilerin korunması gereği de rekabet hukukunun vazgeçilmez bir yönünü oluşturur. Rekabet Kanunu m. 4/1-a, tıpkı ATA m. 81/1-a'da olduğu gibi **sabit fiyat uygulamalarını** yasaklamaktadır. Her iki düzenlemenin, tüketiciler için temel öneme sahip, sabit fiyat uygulamalarını bertaraf etmeye yönelik hedefi dikkat çekicidir (Bkz. RODIÉRE, René, "The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2)", in Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraint of Competition, June 1960, Vol: 1, Karlsruhe 1961, s. 279). Yine 4. madde kapsamına giren uygulamalara muafiyet tanımlanmasında, diğer şartlarla birlikte, tüketici menfaatleri de ölçü olarak kabul edilmiştir (*Tüketici* terimi, sadece bir malın en son kullanıcısı

Ekonomik gücün topluma yayılmasında, karar sürecinde ve siyasi diktatörlüklerin önlenmesinde en etkili yöntem, piyasaların tekel ve kartel faaliyetlerinden kurtarılması olduğundan¹⁰⁴ politik ve sosyal müesseselerin korunmasında da rekabet önemli bir işleve sahiptir¹⁰⁵. Rekabet hukuku, küçük ve

olan kişileri değil, bütün alıcıları kapsayacak kadar geniş yorumlanmaktadır. Bkz. KENT, Law of the European Union, s. 189; GOYDER, EC Competition Law, s. 135 vd.). Ayrıca üretim veya teknik gelişmenin, pazarlamanın (ana mal ve yedek parça) tüketicilerin zararına olacak şekilde kısıtlanması (RK m. 6/2.e, ATA m. 82/2.b) hukuka aykırı kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi rekabet düzenlemelerinin bütün etkileri, tüketiciler lehine sonuç doğuracak niteliktedir. Rekabet hukukunun derin hedefleri; mal ve hizmet üretiminde verimliliğin sağlanması, kalitenin yükseltilmesi ve fiyatların olabildiğince maliyetlere yaklaştırılması; dar anlamda kuşkusuz tüketici refahının, geniş anlamda da ekonomik sosyal refahın artırılmasıdır (Bkz. REICH, Competition Law and the Consumer, s. 127 vd.; PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9).

¹⁰⁴ Bkz. MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 18, 20; PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9.

¹⁰⁵ Rekabetin liberal demokratik sistemin vazgeçilmez bir şartı olduğundan şüphe yoktur. Rekabet piyasalarının önemli bir sonucu, iktisadi çeşitliliği muhafaza etmek suretiyle kontrol edilemeyen iktisadi gücün merkezleşmesinin önlenmesidir (TÜRK, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, s. 30; SAUTER, Competition Law and Industrial Polices in the EU, s. 121). Zira liberal devlet felsefesi, bireylere ilişkin kararların, devlet organı ve diğer kişiler tarafından belirlenmesini değil, bireylerin bu konuda bizzat kendilerinin yetkili olmasını gerekli görür (Bkz. GERBER, Law and Competition, s. 17 vd.). Rekabet düzeni açısından önemli olan, ekonomik tercihlerin tüketiciler tarafından belirlenmesidir. Tüketici tercihlerinin tüketiciler dışında, tekel ve kartel işletmeleri tarafından dikte edilmesi, ekonomik gücü ellerinde tutan söz konusu işletmelerin aynı zamanda siyasi, politik hayatı kontrol eden gücü de etkileme imkanına sahip olduklarını gösterir (WHISH, Competition Law, s. 13, 14; WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 54; KATIRCIOĞLU, Bir Pazar Ekonomisi Kurumu Olarak Rekabet Hukuku, s. 2). Bu fikir ABD Antitröst Kanununun kabulü sırasında ileri sürülmüş ve Kanunun ekonominin "magna carta"sı, bir özgürlük bildirisi olduğu ifade edilmiştir (Bkz. MOGLEN, Eben, Antitrust and American Democracy, The Nation, 30 November 1998, Vol: 267, I. 18, s. 11 vd.). Aynı zamanda ABD Yüksek Mahkemesi de rekabetin; demokratik, politik ve sosyal müesseselerin korunmasında önemli bir vasıta olduğunu açıkça kabul etmiştir (FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 3; United States V. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596, 610 (1972)). Piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için rakip teşebbüsler arasında güçlü olanın değil, başarılı olanın kendini kabullendirmesi gerekir. Bu sistemde devletin asli fonksiyonu mümkün olduğunca önceliği özel sektöre bırakması, ancak özel teşebbüsün istenen sonuçları doğurmadığı durumlarda müdahale etmesidir. Ters durumda, piyasa sisteminin temelini teşkil eden rekabet sürecindeki aksaklıklar (müdahaleler, yönlendirmeler, teşvik ve kayırmalar vs.), ekonomik ve politik bütün sistemi tehdit edecektir (TÜRKKAN, Ekonomi ve Demokrasi, s. 133). Şu halde rekabetin işlemediği sistemler siyasi, politik güç ittifaklarının oluşumunun sağlam zemini olacaktır. Rekabet piyasalarının bir diğer fonksiyonu da gelir dağılımındaki adaletsizlikleri törpüleme fırsatı sağlamasıdır (WHISH, Competition Law, s. 13). Halkın belli bir kesimi bolluk ve refah içerisinde yaşarken, geniş halk kitlelerinin en zaruri ihtiyaçlarını bile karşılamada zorlanmalarının sebebi, üretim kaynaklarının, ekonomik gücün yine belirli zümrelerde yoğunlaşmasıdır. Etkin rekabet, ekonomik başarıya dayandığından, verimli olanlar daha çok kâr ve dolayısıyla daha fazla gelir elde edeceklerdir. Fakat gelir dağılımının belirlenmesi

orta ölçekli işletmelerin (KOBİ) önüne, tekel ve kartel anlaşmalarıyla konulan engelleri kaldırdığından iktisadi çeşitliliğin muhafazasında vazgeçilmez bir yere sahiptir¹⁰⁶. Hatta enflasyonun kontrolünde bile rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işletilmesi ve korunması gereğine dikkat çekilmektedir¹⁰⁷.

sadece rekabet piyasalarına bırakılmaz. Sosyal politika ile gelir dağılımı, sosyal güvenlik ve eşitlik amaçları doğrultusunda ayrıca gerçekleştirilecektir (STOCKMAN, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması, s. 22; ERKAN, Sosyal Piyasa Ekonomisi, s. 126).

¹⁰⁶ Rekabet politikasının yöneldiği amaç, büyük işletmelere ve ekonomik yoğunlaşmalara karşı küçük işletmeleri korumak yani iktisadi çeşitliliği muhafaza etmektir (FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 732. Ayrıca bkz. WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 54; TÜRK, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, s. 27, 33 vd.). Özellikle giriş engellerinin yüksek olduğu piyasalarda, küçük işletmelerin piyasaya girebilmeleri ve varlıklarını muhafaza edebilmeleri oldukça zordur. Gerçekten ayrımcılık, yıkıcı fiyat, piyasa kaynaklarının ve arzın kontrolü suretiyle rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hukuka aykırıdır. Bu yönde teşebbüslerin hakim konuma yol açacak şekilde birleşmeleri veya hakim durumdaki teşebbüslerin güçlerini kötüye kullanmaları da yasaklanmaktadır (WHISH, Competition Law, s. 13, 14). Rekabet hükümleri şüphesiz KOBİ'lere de uygulanacaktır (Bkz. MASSEY, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, s. 98). Fakat KOBİ'ler arasındaki uygulamalardan rekabet hukuku kapsamına girenler, "de minimis" kuralı (Bkz. İkinci bölümde "hoşgörülebilirlik (de minimis) doktrini" başlıklı kısım) gereği yasak dışında tutulabilmektedir. Kanunumuz açısından bu kuralla ilgili açık bir hüküm yoksa da özellikle "birleşme veya devralma"larda KOBİ'ler için uygun zemin hazırlandığı söylenebilir. Zira rekabetin önemli derecede sınırlandırılması sonucunu doğurmayan KOBİ'ler arası birleşme veya devralmalar hukuka aykırı sayılmayacaktır (RK m. 7/1).

¹⁰⁷ Rekabetin genel olarak fiyat artışlarını sınırladığı, çalışanlar arasındaki ücretleri ise yükselttiği düşünülür. Rekabet koşullarından yoksun piyasalarda mal ve hizmetlerin fiyatı, piyasa şartlarından ziyade, tek taraflı olarak teşebbüsler tarafından belirlenir. Bu yüzden eksik rekabet piyasalarında fiyatlar, çok yüksek kâr marjları içermektedir. Zira bu piyasalarda herhangi bir mal ve hizmet fiyatındaki genel artışa karşılık, reel kârlarının düşmesine razı olmayan -çok kere- tekel firmalar, kendi fiyatlarını da yükseltmekte zorluk çekmezler (PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9; ŞAHİN, Hüseyin, İktisat İlkelerine Genel Bakış, Bursa 1997, s. 302, 303; ERKAN, Hüsnü, "Enflasyonun Ahlâki Sosyal ve Siyasal Sonuçları İstihdama Etkileri", Kronik Enflasyon Ekonomiye İstihdama Etkileri Semineri, 20 Haziran 1997 İstanbul, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No: 170, s. 44). Dolayısıyla fiyat - maliyet çarpıklığı çerçevesinde tespit edilen yüksek fiyat artışları, ekonomideki değerler sistemini alt üst etmekte ve böylece fiyatların yol gösterici özelliği ortadan kalkmaktadır (Enflasyonla mücadelede ücret-fiyat kontrolüyle ilgili ABD Başkanı Nixon'un uygulamaları için bkz. TARHANLI, İhtar B., A Tool to Enforce Social and Economic Policy in the United States of America: Government Contracts, MHB, Sayı: 1, Yıl: 8, 1988, s. 51 vd.). Enflasyonu düşürmek isteyen hedefler, maliyet unsurları üzerinde baskı kurarak maliyetleri düşürmek ister (ERKAN, Enflasyonun Ahlâki Sosyal ve Siyasal Sonuçları İstihdama Etkileri, s. 40). Bilindiği gibi rekabet sürecinde başarılı olabilmenin en önemli yollarından birisi işletmelerin üretim faaliyetlerini rakiplerinininkinden daha düşük maliyetlerle yürütmesidir (Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu Rekabet Hukuku ve Politikası, DPT, Ankara 1994, s. 13). Bu anlamda rekabet piyasaları; fiyatları düşürücü, kaynak verimliliği ve üretim

IV. Rekabet Sınırlamaları Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki

Haksız rekabet ve rekabet sınırlamaları birbirini tamamlayan, iktisadi hayatın rekabet boyutunu konu edinen "rekabet hukuku"nun iki ayağını teşkil eder¹⁰⁸. Bu doğrultuda haksız rekabet hakkındaki kanunların rekabet hukukunun ilk gelişme safhasını, rekabeti kısıtlayan uygulamalara karşı kanunların ise ikinci gelişme safhasını oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹. Haksız rekabet ile rekabet düzenlemeleri arasında temel farklılıklar olmasına rağmen kuşkusuz ortak yönler de bulunmaktadır. Geniş bir şekilde önce ortak yönlere sonra farklılıklara değineceğiz.

1. Rekabet Sınırlamaları ile Haksız Rekabet Arasındaki Benzerlikler

a- Kimsenin başkaları karşısında hak etmediği bir üstünlüğe yeltenmemesi, sadece emek ve gayretine dayanması haksız rekabet hukukunun temelini teşkil eder¹¹⁰. Bir teşebbüsün diğeriyle anlaşarak veya hakim durumunu kötüye kullanarak rekabeti önlemesi, iki veya daha fazla teşebbüsün rekabette azalmaya yol açacak şekilde birleşmeleri ya da aynı sonuca yol açacak biçimde bir teşebbüsün diğeriyle devralmak suretiyle ele geçirmesi, haksız rekabette olduğu gibi, hak edilmeyen iktisadi çıkarlar sağlanmasıdır¹¹¹. Bu yönüyle haksız rekabet ve rekabet sınırlamaları, ticari hayatta rakipleri genel anlamda piyasa ekonomisini koruyucu bir sıfatı haizdir¹¹².

b- Hem haksız rekabette hem de rekabet sınırlamalarında esas olan temel hedef ticari muamelelerde doğruluğun ve namusluluğun hakim

etkinliği özellikleri ile enflasyona yol açan sebeplerin önemli bir bölümünü ortadan kaldıracak kuvvettedir (PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9. Ayrıca bkz. KATIRCIOĞLU, Erol, "Etkin Rekabetin Sağlanması için Gerekli Tedbirler ve Uygulamalar" konulu panel, Dünyada ve Türkiyede Etkin Rekabetin Sağlanmasında Rekabet Kurumlarının Yeri ve Önemi, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul 1997, s. 59).

¹⁰⁸ SCHRICKER, Gerhard, "International Aspects of the Law of Unfair Competition", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 130; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 444.

¹⁰⁹ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 444, 445.

¹¹⁰ Bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 292; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 454, 455.

¹¹¹ Bkz. FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 717.

¹¹² SCHRICKER, International Aspects of the Law of Unfair Competition, s. 130.

kılınmasıdır¹¹³. Kötüleme, gerçeğe aykırı beyan, iltibas, başkalarının ticaret sınırlarından faydalanma vs. yoluyla temin edilen haksız kazanç, rekabet sınırlamaları hukukunda rekabeti kısıtlayan işbirliği davranışları (teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları), hakim durumun kötüye kullanılması, teşebbüslerin birleşmesi suretiyle elde edilmektedir¹¹⁴. Haksız rekabet hükümlerinin¹¹⁵ ve rekabet sınırlamaları hukukunun koruduğu hak bireylerin iktisadi rekabet hakkıdır¹¹⁶. Haksız rekabet fiilleri ve rekabeti kısıtlayan davranışlarla kişilerin (teşebbüslerin) rekabet hakkı, dolayısıyla piyasa ve hukuk düzeni ihlal edilmiş olur¹¹⁷.

c- Her iki halde de; daha kaliteli, daha ucuz mal ve hizmet üretilmesi, ekonomik veya teknik gelişmelerin teşvik edilmesi önemli bir dürtüdür. Rakip teşebbüsler aralarında rekabet ederek ürünlerinin kalitesini iyileştirmek, fiyatını düşürmek, satımını kolaylaştırmak suretiyle sürümünü artırmak, piyasa paylarını genişletmek isteyeceklerdir. Sonuçta bu yarışma; tüketicilere daha ucuz, daha kaliteli mal ve hizmet edinmeleri imkanını hazırlayacak, ekonomik ve teknik gelişmeyi teşvik edecektir¹¹⁸. Rekabet düzenlemelerinin derin hedeflerinden birisi de budur. Rekabet Kanununun "Muafiyet" başlığını taşıyan 5. maddesi (a) bendinde mal veya hizmetlerin kalitesinde iyileşmeyi yahut ekonomik ya da teknik gelişmeyi konu edinen anlaşma, karar ve uyumlu eylemler 4. madde hükümlerinden muaf tutulabilir.

d- Tüketicilerin korunması¹¹⁹, hem haksız rekabette¹²⁰ hem de rekabet sınırlamalarında¹²¹ fevkalade önemli bir haldir¹²². Haksız rekabette zarar gören

¹¹³ MASSEY, Patrick, "Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, s. 96.

¹¹⁴ FIKENTSCHER, Wolfgang, "Collaborative Activities Among Industrial Competitors - in German, European, and US Antitrust Law, and in the Draft International Antitrust Code in the GATT/WTO System-", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 120.

¹¹⁵ ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul 1959, s. 239; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 206.

¹¹⁶ İMREGÜN, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1995, s. 95 ve dnp. 2; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 206.

¹¹⁷ Bkz. ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 240; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 380.

¹¹⁸ Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 441; İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, s. 95.

¹¹⁹ Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a -TKHK- (RG 8.3.1995, S. 22221) göre, Tüketici örgütlerine tanınan dava imkanı (TKHK m. 23/3) TK m. 58 ile mesleki ve iktisadi birliklere tanınan dava imkanından farklı bir esasa bağlanmıştır. Öncelikle belirtmelidir ki, TK m. 58'e göre tüketici örgütleri mesleki ve iktisadi birlik sayılmaz. TK m. 58'e göre dava açma hakkına sahip olan kuruluşlar başta; ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzük hükümlerine göre üyelerinin menfaatlerini korumaya yetkili diğer iktisadi ve mesleki kuruluşlardır. Halbuki tüketici örgütleri, tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf ve tüketim kooperatiflerini ifade eder. (TKHK m. 3/i) Daha önemlisi mesleki ve iktisadi

müşteriler, haksız rekabet fiili bizzat kendilerine yönelmiş olmamakla birlikte dava açma hakkını haizdirler. Yalnız, zarar tehlikesine maruz kalan müşterilerin dava hakları yoktur¹²³.

Rekabet Kanununun tüketicilerin yarar sağlaması halinde, 4. madde kapsamına giren teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylemler ve teşebbüs birlikleri kararlarının bu hükmün uygulanmasından muaf tutulabileceğini kabul etmesi konumuz yönünden hayli dikkat çekicidir (RK m. 5/b)¹²⁴. İlâveten Kanun, tüketici aleyhine; üretim, pazarlama ve teknik gelişmelerin kısıtlanmasını "hakim durumun kötüye kullanılması" olarak değerlendirmiştir (RK m. 6/e). Ayrıca **herkes**, Kanunu ihlal eden teşebbüsler arası işbirliği uygulamalarına (anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları (m. 4), birleşmeler (m. 7)) hakim teşebbüs davranışlarına karşı (m. 6) **ihbar** ya da **şikayet** yoluyla Rekabet Kurulu'nu harekete geçirebilir (m. 9/1)¹²⁵. Gerçi şikayet için ilgililerin (gerçek veya tüzel kişi) meşru menfaatlerinin ihlal edilmiş veya edilecek olması şartı aranmaktadır (m. 9/2). Fakat, ihbar¹²⁶ için hiç bir kayıt

birliklerin TK m. 58 gereği dava açabilmeleri, üyelerinin dava açma hakkına sahip olmaları şartına bağlıdır. Fakat tüketici örgütlerinin dava açabilmeleri için böyle bir kayıt yoktur. Krş. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 305, 306.

¹²⁰ Bkz. MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 381; SCHRICKER, International Aspects of the Law of Unfair Competition, s. 131.

¹²¹ WHISH, Competition Law, s. 13; REICH, Norbert, "Competition Law and the Consumer", in GORMLEY, Laurence, Current and Future Perspectives on EC Competition Law, European Monographs, 1997, s. 136, 137.

¹²² SCHRICKER, International Aspects of the Law of Unfair Competition, s. 131.

¹²³ TKHK'a göre tüketiciler, ayıplı bir mal veya hizmeti almak suretiyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararlar sebebiyle tüketici mahkemelerinde dava açabilirler. Kanuna göre ayıplı mal veya hizmet, 1- malın üzerinde (etiket, ambalaj, kullanma kılavuzu) belirtilen hatta satıcı tarafından vaadedilen, kullanım amacı ya da faydalarındaki nitelik veya miktar sapmalarıdır (Bkz. TKHK m. 4/1). Kanunun ayıba ilişkin hükümlerine riayet etmeyen ilgililer, o yerin mülki amirine şikayet suretiyle idari para cezalarına da maruz kalabilirler (m. 26). Ayrıca, bu hususlara ilişkin olarak açılacak davalar, her türlü resim ve harçtan muafır (m. 23/3).

¹²⁴ Bkz. REICH, Competition Law and the Consumer, s. 136, 137.

¹²⁵ AB rekabet hukukunda Komisyonun araştırma yetkisi 81 ve 82. maddelerin uygulanmasını gösteren 17 Sayılı Tüzükte (OJ No:13, 21 February 1962) gösterilmiştir: Üye Devletlerin veya meşru bir menfaati bulunan gerçek ve tüzel kişilerin başvurusu üzerine ya da Komisyonun resen inceleme yetkisiyle sınırlıdır. Bkz. KERSE, C. S., The Complainant in Competition Cases: A Progress Report, CMLR, 34, 1997, s. 217 vd.; VESTERDORF, Bo, Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law, CMLR, 31, 1994, 79 vd.

¹²⁶ İhbar, gerek bilgi vermek gerekse hukuki, şahsi, resmi her türlü hak ve yükümlülükleri veya suç sayılan bir olayı ilgili makam ya da şahsa bildirmek için yapılan beyana denmektedir (ERGÜNEY, Hilmi, Türk Hukukunda Lügat ve İstihlahlar, İstanbul 1973, s. 205). İhbar hukukumuzda kamu makamları ve özel kişiler olmak üzere iki yolla yapılır. Kamu makamları bir suçta rastladığında gerekli önlemleri almak ve durumu savcılığa bildirmek zorundadırlar (CMUK m. 152, 156). Memurlar görevlerini yaptıkları sırada görevleriyle ilgili bir suçta yetkili organlara bildirmekte ihmal ettikleri takdirde suç işlemiş sayılırlar (TCK m. 235). Kamu

konulmaması Kanunu, haksız rekabet kurallarından bariz bir şekilde ayırmakta ve onun dinamik yapısını ön plana çıkarmaktadır.

e- Ne haksız rekabet kurallarının ne de Rekabet Kanununun ihlali için kusur¹²⁷ şart değildir. Haksız rekabet, iyi niyet kurallarına aykırı olarak rekabetin kötüye kullanılması olduğundan "kusur" aranmaz. Fakat maddi ve manevi tazminat davalarının açılabilmesi için, haksız rekabet eyleminde davalının kusurlu olduğunun davacı tarafından ispatı zorunludur (TK m. 58/d, e). Rekabet Kanununda da rekabet düzenini ihlal eden teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birlikleri kararlarının (m. 4), hakim teşebbüs uygulamalarının (m. 6), birleşme ve devralmaların (m. 7) Kanuna aykırılıklarında "kusur" ölçüsüne yer verilmemiştir. Aynı şekilde Kanun, tazminat taleplerinde davalı teşebbüsün kusurunu ölçü almayan bir ifade tarzı kullanmıştır¹²⁸. Sadece "üç kat

makamları yanında özel kişilerin de suç ihbarında bulunabilmeleri mümkündür. Fakat bu durum kamu makamlarında olduğu gibi bir yükümlülüğe tabi olmadığından, bazı istisnalar dışında (TCK m 138/5, 151, 297, 476/2, 530) kişiler isterlerse ihbarda bulunurlar. Suç ihbarı yazılı olabileceği gibi sözlü de yapılabilir. İhbarda bulunan ismini gizli tutmak isteyebilir. Hatta bu kimi durumlarda zorunludur. Kovuşturma organları, ihbarın yapılış biçimi ve içeriği bakımından, ciddi olmadığı ilk bakışta anlaşılacak nitelikteki ihbarları ciddiye almayabilir. Aksi halde her türlü suç ihbarını kovuşturma organı araştırmak zorundadır. Suç ihbarı savcılığa, kolluk makam ve görevlilerine, sulh hakimlerine veya bu makamlara iletilmek üzere vali ve kaymakamlıklara yapılabilir. (CMUK m. 151/2) Bkz. KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1978, s. 560, 561 ve dnp. 47, 48; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılama Hukuku, İstanbul 1996, s. 417. Ekonomik etkinlik bakımından, adil bir toplumun oluşturulmasında, rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işlemesi şarttır. Hedef olarak milli ekonominin, genel olarak kamu düzeninin korunmasında Rekabet Kanununun benimsediği "ihbar" yolu ile yine kamu düzeninin korunması amacını güden CMUK'un "ihbar" yolu arasındaki paralellik, kamu düzeninin tesisi hedefinden kaynaklanmaktadır.

¹²⁷ Hukuki muamele ehliyeti için gerekli olan üç şart, rüşet, temyiz kudreti ve kısıtlı (mahcur) olmama durumu, bir kimsenin kusurlu olup olmadığına (isnat yeteneği) gerekli değildir. Zira burada önemli olan bir hukuki muamele için hüküm doğurup doğurmaması değil, hukuka aykırı bir fiilin haksız fiil sorumluluğuna yol açıp açmayacağı sorunudur. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğunda failin eylem veya eylemsizliğinin "kusurlu" olarak nitelendirilebilmesi için kendisinde kusur isnat edilebilme ehliyeti bulunmalıdır. Bu durumda gerçek kişilerin sorumluluk ehliyeti veya isnat kabiliyeti için, zarara sebep olan eylemi (veya eylemsizliği) sırasında mümeyyiz olması yeterlidir. İşte kusur sorumluluğu hallerinde, haksız fiil borç ilişkisinin doğumu için failin mümeyyiz olması yeterli olmayıp, ayrıca failin eylemi sırasında kusurlu olması gerekir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 508 vd.). Hukukumuzda "kusursuz sorumluluk" halleri de vardır. Sanayileşmeyle birlikte doğan yeni gelişmeler, ortaya sayısız tehlikeler çıkarmıştır. Fertlerin bu tehlikelerden kendilerini yeterince koruyabilmeleri mümkün olmadığından, söz konusu tehlikeler ilgililerin omuzlarında kalmıştır. Ayrıca giderek artan "sosyalleştirme" fikri, sosyal yönden maruz kalınan zararların haklı olarak düzeltilmesi zarureti doğurmuştur. Bu yüzden modern hukuklar kusursuz sorumluluk prensibini kabul etmiş, bu arada İsviçre - Türk kanunları da bünyelerinde bu fikre yer vermişlerdir (Bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Cilt: I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 528 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 561 vd.).

¹²⁸ Rekabet Kanunu tazminatla ilgili hususi bir düzenleme sevk etmiştir. Aslında Kanun tazminat konusunda genel kurallara atıfla yetinebilirdi. Getirilen düzenleme tazminatla ilgili genel

tazminat"a hükmedilebilmesinde zararın, tarafların anlaşması, kararı veya ağır ihmalden¹²⁹ doğması hallerinde kusur derecesi göz önünde tutulmuştur. Ayrıca idari para cezalarının tayininde, Rekabet Kurulu, teşebbüslerin pazar içindeki gücü, zararın ağırlığından başka kastın varlığı, kusurun ağırlığı gibi unsurları da dikkate alacaktır (RK m. 16/4).

f- Haksız rekabet ve rekabet sınırlamalarının uygulama alanı, iktisadi rekabetle sınırlıdır. Konusu iktisadi olmayan faaliyetler ne TK anlamında haksız rekabet teşkil eder ne de Rekabet Kanununun uygulanmasına vücut verir.

g- Haksız rekabet ve Rekabet Kanunu hükümleri, teşebbüsler için rekabeti sınırlayıcı faaliyetlere girişmemeleri yönünde genel anlamda *yapmama yükümlülükleri*¹³⁰ ihtiva eder¹³¹. Nevar ki yükümlülüğün kapsamı, her iki hal için farklıdır. Gerçekten haksız rekabet, zarara sebep olabilecek yapmama yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğü ihlalin tabi olduğu sonuçları düzenler. Çünkü TK 58. madde haksız rekabet fiilini önleme veya sonuçlarını kaldırma imkanını, iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan teşebbüsler ya da mesleki ve iktisadi birliklere tanımıştır¹³². Aynı şekilde Rekabet Kanunu da benzer imkanlara yer vermiştir. Rekabetin sınırlandırılmasından zarar gören kimselerin her türlü zararlarının, buna sebep olan teşebbüslerce tazmin edilmesi doğal bir yoldur. Farklı olarak

kurallardan farklıdır. Bu yüzden Kanunun bilerek "kusur" şartına yer vermediğini zannediyoruz.

¹²⁹ Genel olarak kusur, "kimseye zarar vermeme ödevi"ne uyulmasında, failin iradesinin, hukuk düzeninin bu emrine aykırı olması halini ifade eder. Kusurun başlıca iki çeşidi vardır: Kast ve ihmal. Hukuk kurallarına ya da hukuk düzenine aykırı hareket etme isteğine "kast" adı verilmektedir. Kasttan söz edebilmek için hukuka aykırı sonucun bilerek istenmesi gerekir. Fakat fiilin doğuracağı sonuçların (örneğin zarar) istenilmesi aranmaz. Bu kuralın tek istisnası BK m. 41/2'dir: "Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararını tazmine mecburdur."

İhmal: Hukuka aykırı sonucun arzu edilmemesine karşılık, hal ve durumun gerektirdiği tedbirlerin alınmaması sonucu hukuka aykırılık halinin doğumudur. İhmal derecesine göre, "ağır ihmal" ve hafif ihmal olarak iki kısma ayrılır. Ağır ihmal, aynı şartlar altında herkesin bilmesi gereken en temel ve genel tedbirlerin alınmamış veya dikkatin gösterilmemiş olması demektir. Hafif ihmal ise, ancak dikkatli ve tedbirli kimselerin gösterebileceği özen ve önlem kurallarına uyulmamasıdır. Sorumluluk için aslında ağır ihmal ile hafif ihmal arasında fark yoktur. Hafif ihmal de ağır ihmal gibi sorumluluğa yol açar. Fark ancak tazminat miktarının tayininde göz önünde tutulur (BK m. 43/1). Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 503 vd.; HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, s. 66 vd.

¹³⁰ Dar anlamda yapmama borcu (menfi edimler) ve sonuçları hakkında bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 317-319, 358.

¹³¹ Bkz. BLACK, Oliver, Competition and Negative Obligation, ECLR, 2, 1993, s. 53 vd.

¹³² SCHRICKER, International Aspects of the Law of Unfair Competition, s. 131. Haksız rekabet hükümleri açık bir şekilde müşterileri de korumaktadır. Fakat müşterilerin TK 58/1'in sevk ettiği imkanları kullanabilmeleri, doğrudan zarar görmelerine bağlıdır.

Rekabet Kurulu, *ihbar, şikayet ya da Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine veya resen* Kanunun ihlal edildiğini öğrendiği takdirde, ihlalden önceki durumun muhafazası yani rekabetin yeniden tesisi için gereken önlemleri alacaktır (RK m. 9/1). Aslında Rekabet Kanununun bu yönü, rekabet düzeninin korunması açısından onu, haksız rekabet hükümlerinden farklı ve önemli kılan tek başına yeterli bir sebeptir.

2. Rekabet Sınırlamaları ile Haksız Rekabet Arasındaki Farklılıklar

a- Haksız rekabet özü itibarıyla bir haksız fiil olduğundan, iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasıyla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Oysa rekabeti engelleyen, kısıtlayan ve bozan davranışları yasaklayan Rekabet Kanunu için bu değerlendirme her zaman isabetli sonuçlar doğurmaz. Gerçekten tüketici veya piyasayı sömürme, istismar etmeyi¹³³ önlemek isteyen Kanunun, hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6.maddesi hükmü bile bu yönde değerlendirilemez. Bir teşebbüs, ilgili piyasada, kimseyi hesaba katmadan istediği şartları dayatabiliyor, rekabeti engelleyebiliyorsa bu teşebbüs hakim durumda bulunuyor demektir¹³⁴. Hakim teşebbüs; rakipleri kötülemeden, karalamadan şartlarını piyasaya dikte etme gücüne sahip olduğundan, bu sonuç görünürde haksız fiili andırır da hakikatte yanıltıcıdır. Fakat rakiplerin piyasaya girişlerinin engellenmesi, boykot gibi durumlar hal ve şartlara göre pekala haksız fiil sorumluluğuna da yol açabilir. Bu durumda rekabeti önleyen davranışlardan doğrudan zarar gören kişiler için haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilir¹³⁵.

b- Rekabet sınırlamaları amacı bakımından haksız rekabetten daha geniş ve yoğundur. Haksız rekabetle iktisadi hayatta rakiplerin faaliyetlerine çekidüzen verilmek istenirken, hareket noktasını, rekabet hakkının kötüye kullanılması teşkil eder. Buna karşılık iktisadi hayatta, "merkezi yoğunlaşma" sürecinin rekabet olgusu bakımından oluşturduğu temel tehlike, haksız rekabet ilkelerinin amacı ve kapsamına hayli uzak düşen bir konudur. İşte işbirliği (rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği

¹³³ KERSE, C. S., EEC Antitrust Procedure, London 1988, s. 17; BELLAMY & CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 167.

¹³⁴ Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 84, 85; BELLAMY & CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 167; ART, Jean-Yves and VAN LIEDEKERKE, Dirk, Developments in EC Competition Law in 1996 - an Overview, CMLR, 34, 1997, s. 930 vd.

¹³⁵ Bir şahsın mutlak hakkının ihlal edilmesi, genel davranış kuralı olarak dürüstlük kuralına aykırı hareket ve özellikle bir hakkın kötüye kullanılması, haksız fiil sorumluluğuna yol açar. Unutulmamalıdır ki, fiilin hukuka aykırılığına rağmen bir zarara yol açılmamışsa, failin ceza sorumluluğu olsa bile, haksız fiil sorumluluğu yoktur. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 491; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1994, s. 37.

kararları, birleşme ve devralmalar) ve tekel (hakim durum) şeklinde ortaya çıkan merkezi yoğunlaşma sürecini önleme hedefi¹³⁶, Rekabet Kanununun yegane konusunu oluşturur.

c- Haksız rekabetten bahsedebilmek için iktisadi rekabetin kötüye kullanılması neticesinde, bir kimsenin ticari işletmesinin veya iktisadi menfaatlerinin zarar görmesi yahut zarar görme tehlikesine maruz kalması gerekir. Zarar, TK m. 58'de belirtildiği üzere, bir kimsenin müşterileri, kredisi, mesleki itibarı veya diğer iktisadi menfaatlerinin haleldar olması sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar haksız rekabeti tarif eden TK m. 56'da "zarar" unsuruna yer verilmemişse de, iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasının önlenmesinde yahut daha genel bir ifadeyle haksız rekabete ilişkin bütün müesseselerin harekete geçirilebilmesinde zarar veya zarar tehlikesinin varlığı esasa ilişkin şartlardan birisidir. Çünkü TK m. 58'e göre, haksız rekabetle ilgili açılacak bütün davalar,¹³⁷ zarar veya zarar tehlikesinin varlığına bağlıdır. Ticaret ve Sanayi Odalarının, Esnaf Dernekleri ve Borsaların bu sıfatlarıyla dava açabilme yetkileri tamdır. Diğer "mesleki ve iktisadi birlikler" in, haksız rekabet sebebiyle dava açabilmeleri, tüzüklerinde, üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili ve ayrıca üyelerinin dava açabilme hakkını haiz olmalarıyla doğar¹³⁸. Aksi halde söz konusu birliğin üyesi, esasen zarar veya zarar tehlikesine maruz değilse, sadece üyelerin ekonomik menfaatlerini koruma yetkisi, davacı sıfatının kazanılmasında yeterli sebep olamaz.

Esasen rekabet hakkı TK m. 56'da mutlak bir hak olarak kabul edilmiştir¹³⁹. Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir¹⁴⁰. Bu kuralın istisnasına, hakkın sınırlı olarak korunduğu "eksik borçlar"¹⁴¹ hali örnek teşkil eder. Açık bir ihlal karşısında, bir

¹³⁶ AGNEW, Competition Law, s. 8 vd. Ayrıca bkz. MOUSSIS, Nicholas, Access to European Union Law, Economics, Policies, European Study Service 1998, s. 249 vd.

¹³⁷ Bu arada haksız rekabet sonucu açılacak ceza davaları (TK m. 64) için de aynı sonuç geçerlidir. Fakat ceza davası, ancak TK m. 58'deki hukuk davalarını açmaya yetkili olanların şikayeti üzerine açılabilir. Yalnız haksız rekabetin men'i hakkında kesinleşmiş bir ilama rağmen, haksız rekabet fiiline aynen veya tali derecede değişikliklerle devam olunursa, suçlu resen takip olunur. Görüldüğü gibi hem hukuk hem de ceza davalarının temelinde zarar veya zarar tehlikesi unsuru yatmaktadır.

¹³⁸ Bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 305, 306; İMREGÜN, Ticaret hukukunun Genel Esasları, s. 108, 109.

¹³⁹ POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1995, s. 206.

¹⁴⁰ OĞUZMAN, M. Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994, s. 79, 80.

¹⁴¹ Eksik borçlar, alacaklının borçluya karşı talep, dava ve cebri icraya başvurma hakkını haiz olmadığı borç ilişkilerini ifade eder. Eksik borçların hiç borç bulunmayan durumlardan farkı, eksik borç ifa edildiği zaman borç olmayan bir şey ifa edilmiş ya da bağışlamada bulunulmuş olmayıp, bir borç ifa edilmiş sayılmaktadır. Kumar ve bahisten doğan borçlar (BK m. 504), evlenme tellallığından doğan borçlar (BK m. 408), ahlaki borçların ifası (BK m. 62, m. 234/3),

kimsenin hukuken korunmaması veya bu sonucu sağlayabilecek vasıtalardan yoksun oluşu, ortada korunmaya değer bir hakkın bulunmadığının bariz göstergesidir. Bu durumda rekabet hakkının korunması için zarar veya zarar tehlikesinin varlığı zaruri değil, hak ihlalinin varlığı yeterli olmalıdır. Ne var ki TK düzenlemesinde, haksız rekabetten korunmaya ilişkin hukuki vasıtaların harekete geçirilmesinde, zarar veya zarar tehlikesi esaslı bir şart olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi kanun tarafından haksızlığı kabul edilmesine rağmen, zarar veya zarar tehlikesi bulunmaması sebebiyle engellenemeyen bir durum söz konusudur. Gerçekten bu sonucun, hakların korunması mantığı çerçevesinde izahı mümkün değildir¹⁴². Buna karşılık, Rekabet Kanunu kapsamına giren teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birlikleri kararlarıyla (m. 4) hakim durum uygulamaları (m. 6) ve teşebbüslerin ele geçirilmesinin -birleşme veya devir- (m. 7) hukuka aykırılığı için rekabetin önlenmesi ya da böyle bir tehlikenin varlığı yeterli sebeptir.

d- Rekabet Kanununun uygulama alanı, haksız rekabet hükümlerinden daha geniştir. Haksız rekabetten farklı olarak, Rekabet Kanununun uygulama alanını "toprak" ve "sektör" bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

aa) Toprak bakımından: Rekabet Kanunu hükümleri ülke sınırları içerisinde mal ve hizmet piyasalarını etkileyen bütün teşebbüslere uygulanır. Dolayısıyla teşebbüslerin faaliyetlerinin ülke içinde veya dışında yürütülmesi bu açıdan farklı sonuçlara yol açmaz. Önemli olan, söz konusu faaliyetlerin etkilerini nerede gösterdiğidir. Yabancı ülkelerde faaliyet göstermesine rağmen, istenmeyen sonuçları (rekabeti kısıtlayıcı etki) ülke sınırları içerisinde oluşan teşebbüs davranışları, Rekabet Kanunu gereği pekala yasaklanabilecektir. Buna karşılık ülke sınırları içerisinde faaliyet göstermesine rağmen yabancı bir ülkenin rekabet düzeni üzerinde etki gösteren teşebbüslere ise, Rekabet Kanunu kuralları uygulanamayacaktır¹⁴³.

zamanaşımına uğramış borçlar (BK m. 62) genel olarak eksik borç kabul edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 15, 16.

¹⁴² Bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 155, 156. Haksız rekabetin çatısını kuran TK m. 56'da "zarar" unsurundan hiç bahsedilmemesi doktrinde değişik yorumlara sebep olmuştur. Ağırılık taşıyan görüşe göre, zarar veya zarar tehlikesinin haksız rekabetin bir unsuru olamayacağı, TK m. 58'deki davaları açabilme şartı olduğu savunulmaktadır (POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 206; İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, s. 97, 98; AYHAN, Rıza, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1992, s. 199; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 292, 302; ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul 1959, s. 243, 244; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 453, 467; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 386.) Aksi görüş için bkz. DOMANIÇ, Hayri, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, s.147.

¹⁴³ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 222.

bb) Sektör bakımından: Rekabet Kanunu ekonomik faaliyette bulunan her türlü "teşebbüse" uygulanır. Rekabet düzeni içerisinde "teşebbüs", hayli geniş bir anlama sahiptir. Gerçek veya tüzel kişiler, derneklerden şirketlere kadar iktisadi faaliyette bulunan bütün kişiler teşebbüs kabul edilir¹⁴⁴. Ayrıca özel teşebbüsler ve kamu teşebbüsleri herhangi bir ayırıma tabi tutulmaksızın Rekabet Kanunu kapsamına girer¹⁴⁵. Zira Kanunumuzda, ATA 90. maddesinde (1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması hükümleri gereği bu maddenin sıra numarası 86 olmuştur) olduğu gibi, kamu teşebbüslerinin faaliyetlerini düzenleyen bir hüküm yoktur. Kanun "sektör" bakımından da bir ayrıcalığa gitmemiş, bütün mal ve hizmet piyasalarını uygulama alanı içerisinde kabul etmiştir¹⁴⁶. Haksız rekabet hükümlerinin tatbik sahası bu kadar geniş değildir. Haksız rekabet hükümlerinin aktif sujeleri, ticari işletme ve esnaf işletmeleriyle sınırlıdır¹⁴⁷.

e- Haksız rekabet uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturacak merci genel mahkemelerdir. Rekabet Kanunu ile ilgili ihtilaflar ise, idari yapı içerisinde yer alan, her türlü siyasi etki ve baskıdan arındırılmış, bağımsız, idari fakat yargısal kararlar (örneğin ihtiyati tedbir kararı RK m. 9/4, 10/2) verebilen bir kurul tarafından çözülür. Ticari hayatın rekabet kurallarına uygun olarak yürütmesinde, Kurul hayli geniş yetkilerle donatılmıştır. Kurul kararlarına karşı Danıştay'a başvurulabilir (RK m. 55/1).

f- Haksız rekabet kurallarını harekete geçirebilecek kişiler, başta mağdur rakipler olmak üzere, müşteriler, mesleki ve iktisadi birlikler ve ayrıca sınırlı hollere münhasır olarak Tüketici Kanunu gereği Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'dır¹⁴⁸. Halbuki Rekabet Kanunu hükümlerini harekete geçirebilecek kimselerin çerçevesi, Kanunun amacına uygun olarak oldukça geniş tutulmuştur. Menfaat ihlali şartı aranmaksızın herkes, Kurul'a rekabet düzenini ihlal eden davranışları ihbar edebilir. Menfaatleri ihlal olan gerçek veya tüzel kişilerin

¹⁴⁴ BELLAMY & CHILD, Common Market Law of the Competition, London 1993, p. 2-003; WHISH, Competition Law, s. 187, 188; BAEL, Ivo Van, BELLIS, Jean François, Competition Law of the EEC, Oxfordshire 1990, s. 23.

¹⁴⁵ Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 88; KENT, Penelope, Law of the European Union, M&E Pitman Publishing 1996, s. 178.

¹⁴⁶ Kanunun uygulama alanı dışında tutulması gereken sektörleri veya işletmeleri Rekabet Kurulu tebliğler çıkarmak suretiyle gösterebilir (RK m. 27/f).

¹⁴⁷ Haksız rekabetin uygulama alanı, a) tacirler arasında, tacirle müşteriler, müstahdem ve işçiler, ayrıca müşterilerle malı elinde bulunduran kimseler arasında, b) Esnaflar arasında, esnafla müşteriler, müstahdem ve işçiler, haksız rekabete konu olan malları elinde bulunduran kimseler arasında uygulanır. DOMANIÇ, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1976, s. 149, 150. Ayrıca bkz. İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, s. 97 ve dñn. 4.

¹⁴⁸ Sanayi ve Ticaret Bakanlığının tüketiciyi; aldatıcı, yanıltıcı veya istismar edici nitelikteki ticari reklam veya ilanların durdurulmasını ve aynı yöntemle düzeltilmesini isteme yetkisi vardır. Bu isteğe uyulmazsa Bakanlığın, reklam veya ilanın durdurulması, aynı yöntemle düzeltilmesi talebiyle tüketici mahkemesine başvurma hakkı vardır (TKHK m. 25/III).

"şikayet"le Kurulu harekete geçirebilmeleri ise olağan bir yoldur. Yine Rekabet Kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine veya resen de rekabeti sınırlayıcı faaliyetlere karşı harekete geçebilir (RK m. 9/1, 2)¹⁴⁹.

g- Açılacak davalar bakımından da her iki düzenleme arasında farklılıklar mevcuttur. Haksız rekabet sonucu açılacak davalar TK m. 58'de gösterilmiştir: Tespit, men, haksız maddi durumun ortadan kaldırılması, maddi ve manevi tazminat davası. Rekabet Kanunu'na göre ise, rekabetin sınırlandırılmasından zarar gören herkes, genel mahkemelerde tazminat davası açabilir. Rekabet Kanununun amacı, mal ve hizmet piyasalarında serbest rekabeti muhafaza etmek olduğundan, serbest rekabeti tehdit eden faaliyetlere karşı Kurul, rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için gerekli emirleri yetkilidir (RK m. 9/1). Hatta ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğması ihtimalinin bulunduğu durumlarda Kurul, ihtiyati tedbir¹⁵⁰ kararı da verebilir (RK m. 9/4, 10/2, 11/b). Dolayısıyla ihbar veya şikayet yoluyla kolaylıkla harekete geçebilen Rekabet Kurulunun haiz olduğu yetkilerle haksız rekabet hükümleri mukayese edildiğinde, haksız rekabet hallerinde açılacak tespit, men ve maddi durumun ortadan kaldırılması davalarının Rekabet Kanunu uygulamasında pratik bir değerinin olmadığı görülecektir.

h- Her iki düzenleme bakımından illiyet bağı konusuna da değinmek gerekir. Genel olarak haksız fiil hadiselerinde olduğu gibi, haksız rekabetle zarar veya zarar tehlikesi arasında illiyet bağının varlığı şarttır. Haksız fiiller alanında sorumluluk için, doktrinin ve mahkeme içtihatlarının kabul ettiği ağırlık kazanan görüş, hukuka aykırı fiille zarar arasında sadece "mantıki illiyet bağı"¹⁵¹

¹⁴⁹ Bkz. KERSE, The Complainant in Competition Cases: A Progress Report, s. 217 vd.; VESTERDORF, Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law, s. 79 vd.

¹⁵⁰ Kurul, nihai karara kadar - rakip teşebbüslere, tüketicilere veya serbest rekabet düzenine karşı - ciddi ve telafi olunamayacak zararların meydana gelmesi ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihtiyati tedbir kararı alabilir. Kurulun bu yönde karar verebilmesi için, ihbar veya şikayette bulunanların ayrıca ihtiyati tedbir talebinde bulunmaları şart değildir. Ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğması kuvvetle muhtemel ise, Kurul, resen ihtiyati tedbir kararı verecektir. Haksız rekabet fiilleri karşısında da ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Fakat bu halde ihtiyati tedbir kararının verilebilmesi, dava açma hakkına sahip olanların talepte bulunmalarıyla mümkündür. Talep karşısında mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir kararları hakkındaki hükümlerine göre (HUMK m. 101-113) karar verecektir (TK m. 63).

¹⁵¹ Mantıki illiyet bağına, bir kimsenin hukuka aykırı fiiliyle meydana getireceği zarar arasındaki sebep - sonuç ilişkisidir diyebiliriz. Fakat fiille mantıki illiyet bağı bulunan bütün zararlardan haksız rekabet failinin sorumlu tutulması adil olmayabilir. Rakibinin yalan yanlış beyanlarıyla piyasadaki itibarı kırılan kişinin, kızgınlık sebebiyle, yanında çalışan müstahdemi fena halde dövmesi sonucunda meydana gelen zararlardan haksız rekabet failini sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü kötüleme fiilinin sonucu, işletmenin iktisadi istikbalinin sarsılmasıyla zarara uğraması ya da bu tehlikeye maruz kalmasıdır. Bu yüzden mantıki illiyet bağının götüreceği

varlığının yeterli olmadığı, esasen "uygun illiyet bağının"¹⁵² var olup olmadığı sorununun araştırılması gerektiği yönündedir. Bu yüzden esas itibarıyla haksız fiil olan Haksız rekabet hallerinde de uygun illiyet bağının bulunması şarttır.

Rekabet Kanunu'nda illiyet bağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Haksız rekabetle ilgili ulaştığımız sonuç, Rekabet Kanunu uygulamasında da geçerli olacaktır. Özellikle tazminat taleplerinde, rekabeti kısıtlayıcı uygulamalarla meydana gelen zarar arasında, *uygun illiyet bağı* bulunmalıdır. Kanunun 4. maddesi, teşebbüsler arası işbirliği davranışlarının hukuka aykırı kabul edilmesinde, sözkonusu davranışların, "doğrudan veya dolaylı olarak"¹⁵³ rekabeti engelleme amacını taşıması veya bu etkiyi doğurması yahut doğurabilecek nitelikte olması" ölçüsünü getirmiştir. Bu ifade tarzından işbirliği davranışlarının rekabeti sınırlayıcı kabul edilebilmeleri için, sözkonusu davranışlarla rekabetin sınırlandırılması olgusu arasında *mantiki illiyet bağının* değil *uygun illiyet bağının* aranması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Hakim durum (m. 6), birleşme veya devralma (m. 7) ile ilgili hükümler incelendiğinde de *uygun illiyet bağı* esasına ağırlık verildiği görülecektir. Gerçekten mantiki illiyet bağının aşırı ve adil olmayan sonuçlarının önüne geçilebilmesi açısından, *illiyet bağı* konusunda cömert değil, ne kadar titiz davranılsa yeridir¹⁵⁴.

i- Zamanaşımı konusu haksız rekabet ve Rekabet Kanunu'nda farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bütün haksız rekabet davaları, dava açmaya hakkı olan tarafın bu hakkının doğumunu¹⁵⁵ öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde fiilin vukuundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TK m.

adil olmayan sonuçları önleyebilmek için, "uygun illiyet bağı" prensibi kabul edilmiştir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 496, 497. Ayrıca krş. HATEMİ, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 50 vd.

¹⁵² Uygun illiyet bağı, hayat tecrübelerine göre, bir fiilin olayların normal akışı içerisinde, objektif olarak meydana getirebileceği zararlar arasındaki bağıdır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 496, 497; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997, s. 139; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, s. 62, 63.

¹⁵³ Madde metnindeki "dolaylı olarak rekabeti engelleme" ibaresi, teşebbüsler arası işbirliği davranışı rekabeti engelleme amacını taşımasa bile, fiili etkileri itibarıyla veya piyasa yapısından kaynaklanan sebeplerle bu sonuca yol açmışsa hukuka aykırı sayılır şekilde anlaşılmalıdır.

¹⁵⁴ Krş. İNAN, Nurkut, "Maddi Hukuk Açısından Türk Rekabet Yasası" konulu tebliğin sonundaki "sorular" kısmı, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını 1998, s. 92. Anılan yerde İNAN, konuya ilişkin bir soru karşısında, genel olarak "mantiki illiyet bağı"nın varlığını yeterli kabul etmektedir. Mantiki illiyet bağının sonuçları hakkındaki endişeler karşısında, bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Ayrıca bu sonucu desteklemek için söylenenlerden bir kısmı illiyet bağıyla değil, "kusur"la ilgilidir.

¹⁵⁵ Sürelerin başlamasında TK m. 62, BK m. 60'dan farklı olarak, "hakkın doğumu" gününü esas almıştır. Bu esasın, BK m. 60'da yer alan, zarar ve faili öğrenme tarihi ile nihai süre için tespit edilen fiilin vukuu tarihi kadar açık olmadığını düşünüyoruz.

62)¹⁵⁶. Men davalarında zamanaşımı süresi söz konusu değildir. Çünkü men davaları, devam eden veya tekrarlanma tehlikesi bulunan haksız rekabet hallerinde açıldığından, fiil devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeye başlamaz¹⁵⁷. Zamanaşımıyla ilgili bir hükme Rekabet Kanunu m. 19'da yer verilmiştir. Söz konusu hüküm Kurulun para cezası verme yetkisinin tabi olduğu zamanaşımı sürelerini düzenlemektedir. Kanun "tazminat" talebiyle ilgili özel bir düzenleme getirmesine rağmen, zamanaşımı konusunda suskun kalmıştır. Hukuka aykırı yollarla başkalarına zarar verenler bu zararı tazmin etmek zorundadırlar. Bu haliyle, haksız fiil niteliğine bürünen rekabet sınırlamalarıyla ilgili tazminat taleplerine, kıyasen haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresinin (BK m. 62) uygulanması gerektiğini düşünüyoruz¹⁵⁸.

j- Hükmedilecek tazminatın niteliği ve miktarı bakımından Rekabet Kanunu ve haksız rekabet hükümleri hayli farklı düzenlemelere sahiptir:

aa) Ticaret Kanunu, açıkça haksız rekabet failinin kusurunu aradığından tazminat talebinin "kusura dayanan sorumluluk" (sebeb sorumluluğu)¹⁵⁹ esasına dayandığını söyleyebiliriz. Halbuki Rekabet Kanunu "kusursuz sorumluluk"¹⁶⁰

¹⁵⁶ Üst sürenin BK m. 60'daki on yıllık süreden farklı olarak üç yıla sınırlandırılmasının sebebi, haksız rekabetten zarar gören kimse hakkını savunmayı uzun süre ihmal ederse, diğer tarafın haksız hareket etmediğini düşünmesini önlemek içindir. DOMANIÇ, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, s. 147 dpn. 1/C-e.

¹⁵⁷ Zamanaşımı haksız fiil oluşturan ayrıca zarar veya zarar tehlikesi içeren hareketlerin sona ermesi ile işlemeye başlayacağından, haksız rekabet son bulmuş ve tekrarlanma tehlikesi mevcut değilse "men" davası açılmaz.

¹⁵⁸ Temeli haksız fiil olan haksız rekabet davranışlarının zaman aşımı süresi, BK hükümlerine benzer şekilde düzenlenmiştir. Fakat TK on yıllık üst süreyi üç yıla sınırlandırmıştır. Biz Rekabet Kanununda bu konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için tazminat alacaklıları lehine olan haksız fiil zamanaşımı sürelerinin, burada da uygulanmasından yanayız. Ayrıca doktrin ve uygulamada, haksız rekabet davasının çok uzun zaman sonra açılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul eden düşünce (POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 216) bu konuda da geçerli olmalıdır.

¹⁵⁹ Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 469 vd.; HATEMİ, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 17 vd.

¹⁶⁰ Sınai faaliyetlerdeki artış ve teknolojinin hızla ilerlemesi en başta tehlike (risk) sorumluluğunu gündeme getirmiştir. Ayrıca hakkaniyetin gerektirdiği hallerde failin kusuru olmasa bile, sorumlu tutulması uzun zamandan beri kabul edilen bir prensiptir (BK m. 54). Şüphesiz sebeplere dayanan başka kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk, sebep sorumluluğu) halleri de vardır. Kusursuz sorumluluk esasına göre, bir kimsenin kusurunun bulunup bulunmaması, başkalarına verdiği zararlardan sorumluluğu açısından farklı sonuçlara yol açmaz. Zira, zarara maruz kalan kimse diğerine göre daha masumdur. Çünkü adalet, herkesin davranışlarının sorumluluğuna katılmasını gerektirir. İşte bu sorumluluk esasına, "sebeb sorumluluğu" veya "objektif sorumluluk" denmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 462 vd.; HATEMİ, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 71 vd.; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997, s. 142, 143.

esasını benimsemiştir. Kanunun benimsediği sebep olmaya bağlı sorumluluk, hakkaniyet esasına¹⁶¹ dayanmaktadır.

bb) Kanun Amerikan hukukunda yer alan, "üç kat tazminatı" benimsemekle bir çeşit cezai tazminat sistemini kabul etmiş olmaktadır. Gerçekte kusursuz sorumluluğa dayanan Kanun, tarafların anlaşması, kararı veya ağır ihmalleriyle zarara sebep olmaları durumunda, zarara maruz kalanların talebi halinde, gerçek zararın veya tarafların elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel karların üç katı oranında tazminata hükmedilebilmesi imkanını getirmiştir (RK m. 58/2). Haksız rekabet hallerinde ise, ancak mahrum kalınan kar veya davalının söz konusu fiili karşısında elde etmesi mümkün görülen kazancı ödemesi istenebilir (TK m. 58/1)¹⁶².

k- Rekabeti kısıtlayıcı uygulamaların üzerinde yoğunlaştığı ortak hedef, ilgili piyasadaki rekabeti ortadan kaldırmaktır. Rakipler aralarında anlaşmak suretiyle (teşebbüsler arası anlaşma, birlik kararları, birleşme veya devralmalar) ya da paralel davranışlarla bu sonuca ulaşmak isterler. Buna karşılık haksız rekabet failinin yegane amacı, rakibini etkisiz hale getirmek hatta söz konusu piyasadan uzaklaştırmaktır. Gerçi bu amacın rekabeti kısıtlayıcı uygulamalarda bulunmayacağı iddia edilemez. Örneğin iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşarak (RK m. 4/2-a, d) yahut hakim durumdaki bir teşebbüsün (RK m. 6/2-a) rakiplerini ezmeye yönelik maliyet değerlerinin altındaki fiyatlarla satış yapmaları (yıkıcı fiyat) haksız rekabet olarak kabul edilir¹⁶³.

Haksız rekabet fiilinden rakiple birlikte piyasadaki rekabet düzeninin de zarar görmesi kaçınılmazdır. Fakat bu sonucun haksız rekabet fiilinin yan

¹⁶¹ "Hakkaniyet esasını" için bkz. HATEMİ, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 69, 70; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 463, 464. Kanundan (RK m. 57), sorumluluğun kusur aranmayan bir sorumluluk olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekte bu sorumluluk, BK'daki kusursuz sorumluluk hallerinden hiç birine benzememektedir. Dev endüstrilerin doğması ve kapitalist ekonomi anlayışının gelişmesi ve yaygınlaşması, rekabeti sınırlayıcı uygulamaları artırmış, piyasaları tehdit eden faaliyetler tehlikeli boyutlara yükselmiştir. Böylece Rekabet Kanunu, kusursuz sorumluluğun genişletilmesi eğilimine uygun olarak, hukukumuzda yeni bir kusursuz sorumluluk hali daha kazandırmış olmaktadır. Tıpkı araç işletenin sorumluluğu, çevreye verilen zararlardan sorumluluk, uzay araçlarının verdikleri zararlardan sorumluluk, ... gibi. Kanunu'na göre rekabet düzenini ihlal edenin kusursuz sorumluluğu, mal ve hizmet piyasalarının korunmasının arz ettiği büyük önemden ve toplum açısından bir zorunluluk teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerinin genişletilmesi eğilimi için bkz. HATEMİ, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 89 vd.

¹⁶² DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanununun Şerhi, I, İstanbul 1988, s. 214, 215; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 470, 471. Ayrıca bkz. 11. HD, 3.11.1988, E. 7313, K. 6375, YKD, S. 4, s. 520.

¹⁶³ İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, s. 105; ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 290 dñn. 4.

etkileri olarak doğduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁶⁴. Haksız rekabetteki bu duruma benzer şekilde hakim durumdaki (tekel) teşebbüslerin aynı mal ve hizmet piyasalarına potansiyel girişler için engel teşkil edeceği düşünülebilir¹⁶⁵. Gerçekten yasal engeller¹⁶⁶ bir yana, tekel piyasasına kolay bir şekilde girilebiliyorsa, tekel hali sona erecek ve tekel piyasasından bahsedilemeyecektir. Ancak bu halin de haksız rekabetle özdeşleştirilebilecek bir yönü yoktur¹⁶⁷.

I- Haksız rekabet fiilinin varlığı bakımından tarafların birbirine rakip olmaları yahut aynı ürün veya hizmet piyasalarında yer almaları zorunlu değildir¹⁶⁸. Bu durum haksız rekabet hükümlerinin sadece rakipleri değil piyasa düzenini de koruma amacını güttüğünü göstermektedir. Rekabet Kanunu uygulaması bakımından bir yasak davranışın varlığından söz edebilmek için taraf teşebbüslerin aynı ürün veya hizmet piyasasında bulunmaları zorunludur.

V. Rekabet Sınırlamaları Hukukunun Hukuk Sistemi İçerisindeki Yeri

Konunun başından beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, piyasa ekonomilerinin temeli serbest rekabettir. Bu tür piyasaların mümeyyiz vasfı, bütün ekonomik fonksiyonların, Devletin müdahalesinden uzak bir şekilde, yine piyasanın kendi içerisinde belirlenmesidir. Ne var ki zamanla, teşebbüslerin kendi aralarında anlaşarak veya birleşerek yahut hakim

¹⁶⁴ Bkz. MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 381, 382; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 205; İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, s. 95; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 286, 292.

¹⁶⁵ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 12; HILKE, John C. and NELSON, Philip B., "Strategic Behavior and Attempted Monopolization: The Coffee (General Foods) Case", in KWOKA John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 213 vd.

¹⁶⁶ İdare, stratejik önemi olan veya ülke güvenliği ile yakından ilgili konularda özel teşebbüslerin faaliyetlerini sınırlandırabilir. Yine ortak ve genel ihtiyaçların tatminkar bir şekilde yürütülebilmesi için kimi faaliyetler özel teşebbüslere kapatılabilir. PTT, Devlet Demir Yolları İşletmesi gibi müesseseler örnek yasal tekellere aittir. Henüz Rekabet Kanunu'nda Devlet tekelleriyle ilgili bir istisna hükmü bulunmadığından, bu müesseseler de Kanunun sevk ettiği hükümlere tabidir. AB Rekabet hukukunda devlet tekelleriyle ilgili özel hükümlere yer verilmiştir. Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 183 vd.; PAPAConstantinou, Helen, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, London 1990, s. 41 vd.

¹⁶⁷ Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 103. Krş. KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford 1990, s. 77 vd.

¹⁶⁸ Farklı piyasalarda faaliyet gösteren "Pan Türk seyahat acentesi" ile "Pan Türk Ticaret Ltd. Şirketi" unvanı arasında iltibasın dolayısıyla haksız rekabetin varlığı kabul edilmiştir. Bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, "Haksız Rekabet – Firma", Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975, s. 104 vd.

durumlarını kötüye kullanarak aralarındaki rekabeti bertaraf etmek istedikleri görülmüş ve bu alanın düzenlenmesi zarureti doğmuştur¹⁶⁹. İktisadi hayattaki gelişmeye bağlı olarak, genel anlamda haksız rekabet hükümlerini ihtiva eden rekabet hukukunun gelişimi, rekabet sınırlamaları hukuku ile tamamlanmış olmaktadır. Bu anlamda rekabet sınırlamaları hukuku, rekabet hukukunun bir kısmını oluşturur¹⁷⁰.

Hukukumuzda serbest rekabet hakkını koruyan düzenlemeler¹⁷¹; başta haksız rekabet hükümleri (TK m. 56-65, BK m. 48) olmak üzere, 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun¹⁷² hükümleri ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleridir. Serbest rekabet hakkı bakımından bir kimsenin; müşterilerinin, kredisinin, mesleki itibarı ve diğer iktisadi menfaatlerinin (TK m. 56, 58) korunmasındaki zorunluluk, nitelik itibarıyla, rekabeti kısıtlayıcı fiillere (işbirliği davranışları, hakim konumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar) karşı korunmasıyla aynıdır. Kanun koyucunun, haksız rekabet hükümlerinin düzenlenmesinde dar anlamdaki “haksız fiil” anlayışından uzaklaştığı görülür. Çünkü haksız rekabetin etkileri, sadece mağdur teşebbüslerle sınırlanmaz. Bu yüzden mağdur teşebbüs dışındaki kişilere; ticaret ve sanayi odalarına, esnaf derneklerine, borsalara, mesleki ve iktisadi birliklere de (TK m. 58/3) dava açabilme hakkı tanınmıştır¹⁷³. Ancak Rekabet Kanunundaki yasak fiillerin ihlalinin etkileri, haksız rekabet fiillerine göre daha kapsamlıdır. Yasak faaliyetlerin icrasıyla, en başta rakip teşebbüsler, tüketiciler çeşitli zararlara maruz kalacak, serbest piyasa düzeni de bozulmuş olacaktır. Rekabet düzeninin korunması hedefinin gerçekleştirilebilmesi için yasak faaliyetlere karşı başvuru imkanının çerçevesi geniş tutulmuş, Kanunun etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için ayrıca bağımsız, özerk bir kurum oluşturulmuştur. Zira bu hükümlerle hem teşebbüsler, hem tüketiciler hem de kamu (serbest piyasa) düzeni korunmak istenmiştir. Dolayısıyla rekabet sınırlamaları hukukunun (genel olarak rekabet hukukunun), karma hukuk sistemi¹⁷⁴ içerisine dahil olduğunu düşünüyoruz¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Bkz. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 287; TÜRK, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, s. 30.

¹⁷⁰ Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 444.

¹⁷¹ Bu yönde Devlete Anayasa ile fertlerin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması (Ay. m. 5), özel teşebbüs hürriyetinin korunması (Ay. m. 48/2), piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşmenin önlenmesi (Ay. m. 167) görevleri yükletilmiştir. Ayrıca bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 442 vd.

¹⁷² RG, 1.7.1989, S. 20212.

¹⁷³ ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 286.

¹⁷⁴ Sosyal nedenlerle, giderek, özel hukuk alanına da devletin müdahalesinin arttığı günümüzde, özel hukuk – kamu hukuku ayırımının tarihsel bir değer taşıdığı ve terkedilmesi gerektiği, pek çok yazar tarafından ileri sürülmektedir. İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, s. 3;

VI. Rekabet Sınırlamaları Hukukunun Konusu

1. Genel Olarak

Serbest rekabet düzenini ihlal eden, iktisadi çeşitliliği tehlikeye sokan bütün uygulamalar, rekabet sınırlamaları hukukunun konusuna girer. Bu anlamda rekabet sınırlamaları hukukunun konusu, rekabet düzeninin tesisine hizmet edecek vasıtaları temin etmektir.

Rekabet düzeninin açıklık ve dürüstlük kurallarına¹⁷⁶ göre işleyişini tehdit eden tehlikelerin başında, genel anlamda, iktisadi gücün merkezileşmesi gelir. İktisadi gücün merkezileşmesi sonucunu doğuracak uygulamalar üç grupta toplanabilir. Bunlar rekabeti sınırlandırmaya yönelik,

- a- Teşebbüsler arası işbirliği davranışları (anlaşma, karar ve uyumlu eylemler),
- b- Birleşme ve devirler¹⁷⁷,
- c- Tekel¹⁷⁸ uygulamaları¹⁷⁹.

ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 13; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 27, 61.

¹⁷⁵ Krş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 16, 17.

¹⁷⁶ Rekabet hakkının kötüye kullanılması sonucunu doğuran haller haksız rekabetin konusuna girer. Bkz. GERBER, Law and Competition, s. 38.

¹⁷⁷ Birleşme ve çeşitleri hakkında geniş bilgi için bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1107 vd. Birleşme ve devralmaların en önemli sebeplerinden birisi, iki işletme arasındaki rekabeti nihai olarak ortadan kaldırmaktır. Özellikle rekabeti ortadan kaldırılabile gücü bakımından birleşmelerin, başta kartel anlaşmaları ve diğer rekabeti sınırlayıcı uygulamalar bakımından daha etkili bir yol olduğu şüphesizdir. Bkz. BORK, The Antitrust Paradox, s. 67.

¹⁷⁸ Tekel olma hali Rekabet Kanunu'nda "hakim durum" şeklinde ifade edilmiştir. İngiltere (ve ABD) uygulamasında "tekel" olma durumu kullanılmaktadır. İngiltere ve Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin yaklaşımları arasında önemli farklılıklar olduğu belirtilir. ATA m. 82 ve örnek kabilinden sayılan kötüye kullanma hallerine uyan AB içerisindeki belirli davranışlar yasaklanır, ihlal durumunda ceza uygulanır. Fakat İngiltere düzenlemesinde (Monopolies and Restrictive Practices Act) tekel işletmelerin uygulamaları ancak Tekel Komisyonu (Monopoly and Mergers Commission) araştırmaları sonucu piyasaya hakim durumun kötüye kullanıldığı tespit edildiği takdirde yasaklanabilir. İşletmelere ceza uygulanabilmesi mahkeme kararına bağlıdır. AGNEW, Competition Law, s. 11.

¹⁷⁹ Tekel durumu yaratmaya yönelik davranışlara birleşme ve devralmaları düzenleyen hükümde de (RK m. 7) yer verilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri Uygulamasında (Sherman Act section 2.) tekel oluşturmaya teşebbüsten özel olarak bahsedilmiştir. Tekel oluşturmaya teşebbüs, tekel kurmaya ve rekabeti bozmaya yönelik kasten yapılan davranışları ifade eder. Geniş bilgi için bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1092 vd.; BROCK, Dominant Firm Response to Competitive Challenge: Peripheral Equipment Manufacturers' Suits Against IBM, s. 170; HILKE and NELSON, Strategic Behavior and Attempted Monopolization: The Coffee (General Foods) Case, s. 208 vd.

Serbest rekabeti ihlal eden davranışlar bizzat devletten de kaynaklanabilir. Devlet bazı alanları özel teşebbüse kapatarak, tekeli bir ortamda rekabeti bilfiil engelleyebilir. Ayrıca kimi sektörleri veya belli bölgelerdeki teşebbüsleri teşvik, vergi politikası gibi araçlarla kayırmak suretiyle, rakip teşebbüsler aleyhine rekabet şartlarını bozabilir¹⁸⁰. Bu hallerin bütünüyle rekabet sınırlamaları hukukunun konusuna girmesi kuşkusuzdur¹⁸¹. Rekabet Kanunu'nda AB Anlaşmasında olduğu gibi, devlet işletmeleri (m. 86), devlet yardımlarıyla ilgili (m. 87) hükümlere yer verilmemiştir¹⁸². Dolayısıyla devlet işletmeleri de Rekabet Kanunu kapsamına girer. Bu durumda devlet teşebbüslerinin, ancak muafiyet hükmünden (m. 5) yararlandırılmak suretiyle veya Rekabet Kurulunun bu hususa ilişkin çıkaracağı tebliğlerle (RK m. 27/f), Kanun kapsamı dışında tutulabilmeleri mümkün olacaktır.

Liberal ekonomik sistemi benimsemiş düzenlerde, piyasaların rekabet kurallarına göre işlemlerini temin ve bunun denetimi devletin temel görevlerinden birisidir (Ay m. 167). Özellikle "tekelleşmenin ve merkezileşmenin uluslararası standartların çok üstünde olduğu"¹⁸³ tüketici ve teknolojiye duyarlılığın gelişmediği nihayet özel teşebbüsün sürekli koruma ve teşvik politikalarıyla beslendiği ülkemiz ekonomisinde rekabet şartlarının tesisi şarttır.

2. İnceleyeceğimiz Kısım

Serbest rekabet hakkı, dar anlamda dürüstlük kurallarına aykırı hareketlerle (haksız rekabet) ya da piyasalar, rakip teşebbüsler, tüketiciler açısından daha etkili ve ciddi sonuçlara sahip olan, teşebbüsler arası anlaşma (RK m. 4), birleşme (RK m. 7) yahut hakim durumdaki teşebbüslerin güçlerini kötüye kullanmaları (RK m. 6) suretiyle engellenebilmektedir. İşte biz rekabet düzenini ihlal eden bu davranışlardan, genel olarak teşebbüsler arası işbirliği

¹⁸⁰ STOCKMAN, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması, s. 26, 27.

¹⁸¹ Bkz. GOLDMAN, Competition Policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 7.

¹⁸² Bkz. BACON, Kelyn, State Regulation of the Market and EC Competition Rules: Articles 85 and 86 Compared, ECLR, 5, 1997, s. 283 vd.; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 224 vd.

¹⁸³ KATIRCIOĞLU, Bir Pazar Ekonomisi Kurumu Olarak Rekabet Hukuku, s. 4. Bu yazarın tesbitini doğrulayan AKINCI'nın şu satırlarını yorumsuz olarak aynen aktarmayı faydalı buluyoruz: "Devletin koruma ve teşvik politikaları sonucu piyasalar devlet ve özel sektör tekelleri ile birkaç büyük ekonomik grubun hakim olduğu piyasalara dönüşmüştür. Büyüklere karşı küçük müteşebbisler ise bu şartları bir veri olarak kabule zorlanmakta ve ticaret özgürlüğü küçük kalmak kaydıyla serbest hale gelmektedir. Ekonomik hayatta başarılı olabilmek için, devlet teşviklerinden yararlanabilme, bilgi, tecrübe, ileriye görmek ve çok çalışmaktan daha fazla önem kazanmıştır." AKINCI, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirel Bir Bakış s. 53.

olarak nitelendirebileceğimiz teşebbüsler arası anlaşma (uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları) konusunu inceleyeceğiz. Geniş anlamda teşebbüsler arası işbirliği içerisine "birleşme veya devralma"lar yoluyla rekabetin kısıtlanması halini de katmak mümkündür. Fakat Kanunun 7. maddesinde düzenlenen birleşme veya devir hali, ayrı bir çalışma konusunu gerektirecek muhtevaya sahip olduğundan ayrıca bu konuya girmekten kaçınılmıştır.

Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası işbirliği faaliyetleri ve hukuki sonuçları başlıklı tezimiz, giriş ve beş bölümden oluşmaktadır. Hukuk sistemimiz açısından oldukça yeni olan bu konunun önemini, haksız rekabet kurallarıyla ilişkisini, rekabetin fonksiyonlarını giriş kısmında ele aldık. Rekabet düzenlemelerine hakim olan esaslar, konunun mukayeseli hukuktaki yeri Kanunumuz sistemiyle birlikte toplu bir şekilde birinci bölümde değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde ise yasak işbirliği davranışlarının temel esasları, bu anlamda, teşebbüs kavramı, rekabetin kısıtlanması olgusu, yasak faaliyetlerin uygulama alanı, ilgili piyasa konuları derinlemesine tartışılmıştır. Rekabet Kanununun yasak faaliyetler içerisine aldığı ve teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları olarak karakterize edilen teşebbüsler arası işbirliği faaliyetleri üçüncü bölümde incelenmiştir. Genel olarak işbirliği faaliyetleri çatısı altına aldığımız teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının tanımı, kapsamı, hukuki muamelelerle ilişkileri konularını olabildiğince yayarak, yabancı doktrin ve uygulamadan hareketle bu kavramlara bir bakış açısı kazandırmaya çalıştık.

Nihayet tezimizin dördüncü bölümünde, hemen her hukuk sisteminde, hukuka aykırı kabul edilen klasikleşmiş işbirliği davranışları üzerinde durduk. Bu bölümün esas çatısını rakip teşebbüsler arasındaki yasak işbirliği davranışları (yatay kısıtlamalar) oluşturmaktadır. Dikey (rakip olmayan teşebbüsler arasındaki) kısıtlamalar, genel olarak, muafiyeti konu edinen açıklamalar içerisinde irdelenmiştir. Çalışmamızın beşinci bölümünü ise yasak faaliyetlerin hukuki sonuçlarına ayırdık. Bu bölümde, hususiyle yasak işbirliği faaliyetlerinin durdurulması, ortaya çıkan zararların tazmini, eski hale getirme (rekabet şartlarının yeniden tesisi), ihtiyati tedbir kararı, hukuki muamele niteliğindeki işbirliği mutabakatlarının hükümsüzlüğü, Rekabet Kurulu kararlarının bu sonuca etkisi gibi konular geniş bir şekilde incelenerek çalışmaya son verilmiştir.

Birinci Bölüm

MUKAYESELİ HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA REKABETİN KORUNMASI

§ 2. Mukayeseli Hukukta Rekabetin Korunması

I. Genel Olarak

Tekel ve kartel uygulamalarının yasaklanması oldukça uzak bir geçmişe dayanmaktadır. Eski Yunan ve Hindistan'da zaman zaman iktisadi hayata müdahaleler yapıldığı bildirilmekte ve bu çeşit yasaklamaların bilinen tarihi MÖ 50'li yıllara kadar götürülebilmektedir¹. Yine bilhassa Romalı hukukçuların iktisadi hayatı emniyet altına almaya ve halkın refah seviyesine katkıda bulunacak tedbirler alınmasına önem verdikleri bilinmektedir².

Rekabeti önleyen uygulamalara karşı ilk modern düzenleme, İngilizler tarafından 1642 tarihli *Statute of Monopolies* Yasası ile gerçekleştirilmiştir. Yasaya göre, kendi iç dinamiklerini kullanarak gerçekleştirdiği yenilikler veya sahip olduğu patent haklarına dayanarak ortaya çıkan tekeller dışındaki bütün tekeller, hatta İngiliz Kralının bile meşru kabul edilmez³. Sanayi ve ticaretin 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hızlı bir gelişme içerisine girmesi, dev ticaret şirketlerinin kurulması, tekelleşme ve iktisadi gücün merkezileşmesi sürecinin, önceden kestirilemeyen bir hızla artması bu konuya yeni çözümler arama zorunluluğunu doğurmuştur. Fakat bu dönem için sorunların ağırlığını yoğun olarak hissettirdiği yer, Amerika olmuştur. İşte 1891 yılında kabul edilen ve bugün de hala yürürlüğünü muhafaza eden rekabet sınırlamalarıyla ilgili "Sherman Kanunu" bu dönemin ürünüdür⁴.

Aynı yüzyılın sonlarına doğru Almanya'da, giderek artan kartelleşmenin olumsuz sonuçları fark edilmiş ve 1923'de "Ekonomik Gücün Kötüye

¹ FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 711.

² Bkz. TAHİROĞLU, Bülent, Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri, İHFM, S. 1-4, C. XLV-XLVII, s. 677. Ayrıca bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 40 vd.

³ AGNEW, Competition Law, s. 2; FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 712.

⁴ FIKENTSCHER, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu, s. 713.

Kullanılmasına Karşı Kanun"⁵ çıkarılarak, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerine karşı önlemler getirilmiştir. Anılan düzenleme rekabet sınırlamalarına genellikle izin veriyor, ancak ekonomik gücün kötüye kullanılması durumunda yasaklamalar öngörüyordu⁶. Söz konusu düzenlemeye rağmen Almanya, kısa zamanda hukuki denetimden yoksun tekel ve karteller ülkesi haline almıştı. Sonradan Hitlerin mütecaviz arzularına hizmet eden araçlardan biri haline gelen bu ekonomik dönem, II. Dünya Savaşına kadar devam etmiştir. Savaş sonrası dönemde temeli, "serbest rekabet" ilkesine dayanan sosyal piyasa ekonomisi sistemi benimsenmiş ve rekabet düzeni, bu amaca hizmet edecek şekilde, yeniden yapılandırılmıştır. Nihayet 1957'de çıkarılan ve 1 Ocak 1958'den beri yürürlükte olan "Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun"⁷ ile "yasaklama ilkesi" ile "kötüye kullanma ilkesi" arasında ortalama bir çözüm benimsenmiştir⁸.

Bilindiği gibi günümüz piyasaları ulusal sınırların da ötesine geçmiş, kartel ve benzeri rekabeti sınırlayıcı uygulamalar bu gelişmeye paralel olarak yayılmıştır. Bu gün uluslararası karteller, giderek büyüyen bir fenomen haline almıştır. Bu yüzden artık çokuluslu kartellerle başarılı bir şekilde mücadele edebilmek için uluslararası antitröst hukukunun oluşturulması zaruretinden söz edilmektedir⁹. Biz çalışmamızda tek tek ülkelerin rekabet düzenlemelerine ait gelişmeleri değil, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Amerika Birleşik Devletleri Antitröst Hukuku üzerinde duracağız¹⁰. Rekabet Kanunumuza Avrupa Birliği rekabet düzenlemeleri mehzaz teşkil ettiğinden, bu hukuk sistemi üzerinde biraz daha yoğunlaşmaya çalışacağız.

⁵ BGBI, 2 Kasım 1923, 1067.

⁶ STOCKMAN, Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması, s. 18; WILLIMSKY, The Concept(s) of Competition, s. 54.

⁷ BGBI, 27 Temmuz 1957, 1081.

⁸ Almanya rekabet düzenlemesiyle ilgili kısa ve faydalı bir özet için bkz. AGNEW, Competition Law, s. 200-208.

⁹ Bkz. FOX, Eleanor, Toward World Antitrust and Market Access, AJIL, Vol: 91: 1997, s. 1 vd; COCUZZA, Claudio and MONTINI, Massimiliano, International Antitrust Co-operation in a Global Economy, ECLR, 3, 1998, s. 156 vd. Ayrıca bkz. STRANGE, Susan, Who are EU? Ambiguities in the Concept of Competitiveness, JCMS, Vol. 36, No. 1, 1998, s. 105 vd.

¹⁰ Bu konularla ilgili daha fazla bilgi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun, Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 15 vd. Ayrıca bkz. GERBER, David J., Europe and the Globalization of Antitrust Law, CJIL, Vol: 14: 15, 1999, s. 15 vd.

II. Avrupa Birliği Hukukunda Rekabetin Korunması

1. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun Kaynakları

Topluluk hukukunun kaynaklarından söz edildiğinde birincil kaynaklar ve ikincil kaynaklar şeklinde bir ayırım yapılmaktadır¹¹. Birincil kaynaklar üye ülkeler tarafından meydana getirilmiş Avrupa Topluluğunu ve Birliği kuran anlaşmalar, ekler, protokoller ve bunları değiştiren anlaşmalardır. Bunlar ATA, EURATOM, AKÇT anlaşmalar ile Topluluğun genişlemesine ilişkin anlaşmalardır. ATA 3(g), ile 81-89. maddeleri¹², Avrupa Birliği rekabet hukukunun esasları bakımından son derece önemli hükümler içermektedir.

İkincil Kaynaklar ise başta Tüzükler (Regulation), Yönergeler (Directives), Kararlar (Decisions), Tavsiye ve görüşlerden (Recommendation) oluşur¹³. Diğerlerine gelince bunlar, uluslararası anlaşmalar, Topluluğun üçüncü ülkelerle yaptığı anlaşmalar, Mahkeme İçtihatları, genel hukuk kuralları ve teamüllerdir¹⁴.

a. Anlaşma Hükümleri

Avrupa Birliği Anlaşması'nın¹⁵ önceki m. 3 (f) ve şimdiki m. 3 (g) halinde Topluluğun en önemli görevlerinden¹⁶ birinin "ortak pazarda rekabetin

¹¹ TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP) Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997, s. 52; ASLAN, İ. Yılmaz, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara 1993, s. 22, 23.

¹² 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması sonucunda, kurucu antlaşmanın bir kısım hükümleri (56 madde) iptal edildiğinden maddelerin sıra numaraları değişmiştir. Rekabetle ilgili maddelerin sıra numaraları şu şekildedir: 85 (81), 86 (82), 87 (83), 88 (84), 89 (85), 90 (86), 92 (87), 93 (88), 94 (89). Bundan sonra anılan maddeler, parantez içeriğine aldığımız yeni sıra numaraları ile kullanılacaktır.

¹³ Topluluk Hukukunun kaynakları incelenirken asli ve türev kaynaklar şeklinde ikili bir ayırım yapıldığı görölmektedir. Bu incelemede asli kaynaklar aynı zamanda topluluk hukukunun anayasası olarak nitelendirilmektedir. Bkz. KARAKUŞ, Ayşe Işıl, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, İstanbul 1993, s. 34, 35.

¹⁴ TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP) Avrupa Birliği Hukuku, s. 52 vd; ASLAN, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, s. 22 vd; KARAKUŞ, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, s. 34 vd.

¹⁵ Maastricht'de 7 şubat 1992 tarihinde imzalanan (Maastricht Antlaşması) "Avrupa Topluluğu Hakkında Antlaşma" (ATA) ile "Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma"nın adı "Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma" olarak değiştirilmiş, AET yerini AT'ye bırakmıştır. Böylece Üye Ülkeler, aralarında "ortak pazar" hedefinin de üzerinde, daha sıkı bir ilişkiye dayanan ekonomik, siyasal ve parasal birlik kurulması konusunda mutabık kalmışlardır. Metin için bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), Appendix 1. Geniş bilgi için bkz. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP) Avrupa Birliği Hukuku, s. 26 vd; WESSELING, Rein, Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda, ELR, Vol: 22, 1997, Feb. s. 43 vd.

bozulmayacağı bir sistemin kurulması" olduğu belirtilmiştir¹⁷. Rekabet kuralları ATA'nın 81 - 89. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Teşebbüslere yönelik Topluluk rekabet hukukunun temel ilkelerini koyması açısından 81 ve 82. maddeler ayrı bir öneme sahiptir¹⁸.

ATA 81/1, tarafların amacına, ilişkinin konusuna bakmaksızın rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı kuvveti haiz işbirliği davranışlarını (anlaşma, uyumlu eylem, karar) yasaklamaktadır. Rekabeti kısıtlayan anlaşmalardan (karar ve uyumlu eylemler) 81/3'te kabul edilen olumlu etkiler bekleniyorsa, yasak dışına çıkarılabilme imkanı mevcuttur. Aksi halde 81/1'in norm olgusuna uyan ve 81/3'e göre yasak dışına çıkarılmamış olan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar (teşebbüs birliği kararları) hükümsüzdür (81/2)¹⁹.

ATA 82. madde pazara hakim teşebbüslerin konumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. Kötüye kullanma yasağının muhatapları yalnızca pazara hakim teşebbüslerdir. Fakat hakim teşebbüslerin durumunu düzenleyen 82. madde, 81. maddede olduğu gibi yasak dışına çıkarma imkanı tanımayan bir düzenlemedir²⁰.

ATA'nın 81 ve 82. maddelerinin uygulama kabiliyeti ve şümulü ile bu hususlara ilişkin Konsey ve Komisyonun görevleri, ATA 83 (87). maddede düzenlenmiştir. Devam eden 84-85 maddelerinde ise, üye ülkelerin mevzuatlarını 81-82. maddelere ahenkli hale getirmeleri ve Komisyonun yetki ve görevlerine yer verilmiştir.

Tekel hakları tanınmış bir işletme ister devlete, isterse özel teşebbüse ait olsun, topluluk rekabet kurallarının her iki işletmeye eşit şartlarda uygulanması temel esastır. İşte ATA'nın 86 (90). maddesi, devlet tekeli imtiyazına sahip işletmeler hakkında alınacak devlet tedbirlerine ilişkin özel hükümler getirmek suretiyle bu temel esası tamamlamaktadır. ATA 86. maddesi, üye devletlere kendi (kamu) teşebbüsleri üzerinde AB antlaşmasının rekabet kurallarına aykırı düşen tedbirlere başvurmayı yasaklamaktadır. Böylece kamu teşebbüslerinin de

¹⁶ Topluluğun görevleri için bkz. SCHWARTZ, Ivo, "Avrupa Topluluğu Hukukuna Uyumda Genel Sorunlar", Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri, İstanbul 1990, s. 24 vd.

¹⁷ Bkz. FOX, Toward World Antitrust and Market Access, s. 4 vd.

¹⁸ ATA 81 (85) ve 82 (86). maddelerle ilgili faydalı bir özet için bkz. HINTON, Eric F., European Community Competition Law Subsidiarity and the National Courts, BYUJPL; Vol: 11, I. 2, 1997, s. 307 vd.

¹⁹ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 13 vd; AGNEW, Competition Law, s. 139 vd.

²⁰ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 9 vd; ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 185 vd.

rekabet kurallarının muhatabı olduğu anlaşılmaktadır²¹. Devletçe tanınmış olan tekeller, yani kamu hizmetleriyle yükümlü işletmeler veya mali bir monopol niteliğine sahip işletmeler²² özel bir statüye sahiptir. Mesela bir posta idaresi bütün vatandaşlar için tek fiyat üzerinden posta toplanması ve dağıtılması gibi bir kamu hizmetinin ifası görevini yüklenmiştir. Ülkenin en ücra köşelerine ulaşabilecek posta dağıtım ağının kurulması ve kârlı yerel posta dağıtımlarından elde edilen gelirlerle finanse edilmesi, 86. maddedeki istisna hükmünün bir sonucu olabilir. Zira bu tekellerden, normal olarak kamu yararına yönelik (belki kâr getirmeyen) bir hizmeti üstlenmeleri istenmektedir²³. Şayet rekabet kurallarının uygulanması bu işletmelerin yerine getirmekle yükümlü oldukları görevlerin ifasını, fiilen veya hukuken engelleyecekse, rekabet kuralları o ölçüde geri çekilir (ATA 86/2)²⁴. Fakat söz konusu hedeflere ulaşabilmede daha makul ve daha az rekabeti kısıtlayıcı, farklı bir çözüm tarzı bulunmamalıdır²⁵.

ATA'nın rekabetle ilgili diğer hükümleri ise üye ülkelerle ilgilidir. Bunlardan ilki dumping uygulamaları hakkındadır. Bir üye devletin diğerine veya diğerlerine karşı dumping²⁶ uygulamalarına girişmesi, ATA 91. maddesi gereği rekabet kurallarına aykırıdır. Ortak Pazar içerisinde dumping uygulamaları tespit edildiği takdirde Komisyon, bu uygulamaların bertaraf

²¹ HUTTCHINGS, Michael, DURRANT, Lovell White, "Competition Law: State Monopolies and State Undertakings", in CAMPBELL, Dennis, FLINT, Charles, 1993 The European Market Myth or Reality, Boston 1994, s. 25 vd. Ayrıca bkz. PAPACONSTANTINOU, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 45, 46.

²² ATA m. 86/2'de sözü edilen teşebbüsler daha çok kamu hukuku alanında hizmet gören posta, demiryolları, elektrik ve su idareleri gibi teşebbüslerdir. Bkz. ROTH, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 159. Ayrıca bkz. DELSAUX, Pierre, "AT Rekabet Hukuku ve Üye Devletler Rekabet Yasaları", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İSO - MÜATE, İstanbul 1993, s. 25.

²³ PAPACONSTANTINOU, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 39.

²⁴ European Commission, European Community Competition policy (1994), s. 27.

²⁵ Geniş bilgi için bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 34 vd; HUTTCHINGS, DURRANT, Competition Law: State Monopolies and State Undertakings, s. 33 vd; SAUTER, Competition Law and Industrial Policies in the EU, s. 148 vd.

²⁶ Damping, eldeki mal fazlasının eritilmesi yahut rakip teşebbüslerin pazar dışına itilerek piyasada tekeli bir konuma gelmek amacıyla, bir malın, piyasadaki normal değerinin (marjinal maliyetinin) altında bir fiyatla satılmasını ifade eder. Başka bir ifadeyle dumping, mal ve hizmetlerin zararına satışlarıdır. Bkz. NURAY, Haluk, "Avrupa Topluluğu Ortak Ticaret Politikasının Korumacı Hükümleri ile Ağırlıklı Olarak Anti-Damping Mevzuatı ve Uygulamaları Hakkında Not", Damping Anti-Damping ve Telafi Edici Vergi Uygulamaları, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 25 Mayıs 1992, s. 87; PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 33 vd.

edilmesini ilgili üye devletten talep yetkisini ve zarar gören üye devleti koruyucu önlemleri almak görevini haizdir²⁷.

Üye devletler bakımından önemli olan ikinci grup hükümlere gelince bunlar devlet yardımları, yaygın deyişle "sübvansiyon"larla ilgilidir. Sübvansiyonlar bir ürünün oluşum giderlerini etkilediğinden rekabet şartlarını bozar. Bir üye devletin kendi ülkesindeki teşebbüslere ödediği yardımlar, Ortak Pazara dahil diğer teşebbüsler açısından rekabet sürecini etkileyeceğinden, ATA'nın rekabet kurallarıyla bağdaşmaz²⁸. Devlet yardımlarının mahiyetine, hangi ulusal, bölgesel veya yerel merci tarafından sağlandığına bakılmaksızın Komisyon'a bildirilmesi ve uygulamaya konmadan önce Komisyon tarafından izne bağlanması gerekir²⁹. ATA'nın 87-89. maddeleri devlet yardımlarına ilişkin kuralları düzenler³⁰.

b. Tüzükler

Ortak Pazarda rekabet sisteminin dengeli ve yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere bir dizi düzenlemeler yapılmıştır. AB rekabet hukukunun ikincil hukuk kaynağı sayıları giderek çoğalmakta olan tüzüklerden oluşur.

ATA 81 ve 82. maddelerin uygulanmasına ilişkin 17 Sayılı Tüzük: Daha önce de bahsedildiği gibi ATA 83. maddesi, AB Konseyine, 81 ve 82. maddelerin uygulanmasına ilişkin gerekli hukuki düzenlemeleri yapma yetkisi vermiştir. AB Konseyi bu yetkisine dayanarak, anılan maddelerin uygulanabilirliğini sağlayacak hukuki düzenlemeyi 6 Şubat 1962 tarih ve 17 Sayılı Tüzükle³¹ yapmıştır.

²⁷ Üye ülkeler arasındaki dumpingi engelleyen 91. madde hükmü, sadece geçiş dönemi için öngörüldüğünden, geçiş döneminin sonunda kaldırılmıştır. Geniş bilgi için bkz. VANDER SCHUEREN, P., *New Anti-Dumping Rules and Practice: Wide Discretion Held on a Tight Leash?* CMLR, 33, 1996, s. 271-297; STEENBERGEN, Jacques, "Damping Kavramı ve Anti-Damping Uygulamaları", *Damping Anti-Damping ve Telafi Edici Vergi Uygulamaları*, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 25 Mayıs 1992, s. 8-33; OKUTAN, Gül, (TEKİNALP / TEKİNALP) *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 1997, s. 447-479.

²⁸ HUTTCHINGS, DURRANT, *Competition Law: State Monopolies and State Undertakings*, s. 44, 45.; European Commission, *European Community Competition policy (1994)*, s. 31 vd

²⁹ MIERT, Karel Van, European Commission, *European Community Competition policy (1994)*, Giriş, s. 4.

³⁰ Bkz. ABBAMONTE, Giuseppe B., *Competitors' Rights to Challenge Illegally Granted Aid and the Problem of Conflicting Decisions in the Field of Competition Law*, ECLR, 2, 1997, s. 87 vd.

³¹ Türkçe metin için bkz. ASLAN, *AT Rekabet Hukuku Mevzuatı*, s. 15 vd; TÜRK, H. Sami, *Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku Metinleri*, Ankara 1989, s. 9 vd.

Tüzük hükümleri incelendiğinde şu hususlar üzerinde durulabilir: Komisyon, 81 ve 82. maddeleri ihlal eden teşebbüsler aleyhine, bu ihlale son vermelerine ilişkin karar alabilir (m. 3). Muafiyet hükümlerinden yararlanmak isteyen, yani yaptıkları anlaşmaların Topluluk rekabet hukuku kurallarından muaf tutulmasını isteyen teşebbüslerin Komisyona bildirimde bulunmaları gerekir (m. 4-5). Komisyon yapacağı değerlendirme sonucu, ATA'nın 81/3 maddesindeki koşulları taşıyan teşebbüsleri, m. 81/1 uygulaması dışında tutabilir (m. 6-9). Komisyon gerekli gördüğü takdirde tüm bilgileri ilgili makamlardan talep edebilir, yerinde inceleme ve değerlendirme yapabilir, sözkonusu teşebbüslerin defter ve diğer ticari kayıtlarını inceleyebilir, uygun gördüğü hallerde ihtiyati tedbir kararı alabilir (m. 11-14). Komisyon bu aşamada tüzük hükümlerine aykırı davranışlarla karşılaşır veya rekabet düzenini ihlal eden fiillerin varlığını tespit ederse, teşebbüsler aleyhine para cezasına hükmetme yetkisi vardır (m. 15-16). Ancak para cezaları idarî nitelikte olup, ceza hukuku alanında sonuç doğuracak bir ceza değildir.

Birleşme ve devralmalarla -merkezileşme- ilgili 4069/89 Sayılı Tüzük: Merkezileşmenin kontrolü hakkındaki tüzük³², topluluk kapsamında önem taşıyan (m. 1), Komisyonun değerlendirme ve denetimine (m. 2) tabi olan birleşmeleri ve bunların hükümlerini, bir anlamda maddi hukuk kurallarını kapsamaktadır.

27 Sayılı Tüzük: 17 Sayılı tüzüğü, sonradan 3 Mayıs 1962 tarihli ve 27 Sayılı Komisyon Tüzüğü³³ izlemiştir. 27 Sayılı Tüzük, 17 Sayılı tüzüğün uygulanmasına ilişkindir. 27 Sayılı Tüzük, Komisyona yapılacak başvuru ve bildirimlerin şekil, içerik ve diğer ayrıntılarıyla ilgili tamamlayıcı hükümleri ihtiva etmektedir. 17 Sayılı Tüzükle ilgili diğer bir düzenleme de 25 Temmuz 1963 tarihli ve 99/63 Sayılı Tüzüktür³⁴. Söz konusu Tüzük, soruşturma konusu teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin savunma hakları ile taraflar dışındaki üçüncü kişilerin dinlenilmesi yani duruşma (hearing) esaslarını düzenlemektedir.

Muafiyet Tüzükleri: ATA 81 (3)'de öngörülen şartları taşıyan teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemler ile teşebbüs birlikleri kararları genel yasak kapsamından çıkarılabilir. 81. maddenin 3. fıkrası koşullarını yerine getiren anlaşma veya kararlar, 81/1'deki yasaktan otomatik olarak kurtulmamakta, Komisyonun muafiyet kararı gerekmektedir. Aksi halde m. 81/1 kapsamına giren ve aynı maddenin 3. fıkrasına göre yasak dışına çıkarılmamış olan rekabeti

³² Türkçe metin için bkz. ASLAN, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, s. 140 vd.

³³ OJ, No: 35, 10 May 1962, p. 1118 vd.

³⁴ 27 Sayılı ve 99/63 Sayılı Tüzüklerin Türkçe metni için bkz. ASLAN, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, s. 35 vd.

sınırlayıcı anlaşma ve kararlar, m. 81/2 gereğince batıl olacaktır³⁵. Bu yüzden m. 81/3'te tanınmış olan meşru hedeflerin³⁶ etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için bir dizi tüzük çıkarılmıştır. Bunların başında ATA'nın 81/3 maddesinin belirli kategorilerdeki anlaşma ve uyumlu eylemlere uygulanması hakkındaki 2 Mart 1965 tarih ve 19/65 Sayılı Konsey Tüzüğü³⁷ gelmektedir. Tüzük, Komisyona tekeli işlem anlaşmaları ve sınai mülkiyet haklarıyla (patentler, kullanım modelleri, desen veya markalar vs.) ilgili anlaşmalara grup muafiyeti sağlayacak düzenleme yapma yetkisi verir. Daha sonra bu yetkinin çerçevesi 2821/71 Sayılı Konsey Tüzüğü³⁸ ile araştırma, geliştirme, sınai mülkiyet hakları ve gizli teknik bilgiler de dahil olmak üzere, uzmanlaşma anlaşmalarına kadar genişletilmiştir. Grup halinde yasak dışına çıkarılmaya ilişkin şu örnekleri belirtmekle yetineceğiz³⁹:

- Satış tekeli anlaşmaları⁴⁰,
- Satın alma tekeli anlaşmaları⁴¹,
- Patent lisansı anlaşmaları⁴²,
- Üretimde uzmanlaşma anlaşmaları⁴³,
- Araştırma ve geliştirme anlaşmaları⁴⁴.

Topluluk rekabet hukukunun gelişmesinde, Konsey ve Komisyon tarafından yürürlüğe konulan Tüzükler kuşkusuz büyük önem taşımaktadır. ATA rekabet kurallarının uygulaması tüzükler vasıtasıyla, sektörel açıdan ve belirli sınırlamalarla, önemli ölçüde gelişmiş ve değişmiştir. Burada içeriğini ele

³⁵ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 56; BOUTERSE, R. B., Competition and Integration - What Goals Count? s. 2.

³⁶ Bkz. DOHERTY, Barry, Community Exemptions in National Law, ECLR, 6, 1994, s. 315 vd.

³⁷ 19/65 Sayılı Tüzük (AET), OJ, 6.3.1965, L. 36/533.

³⁸ 2821/71 Sayılı Tüzük (AET), OJ, 29.12.1971, L. 285/46.

³⁹ Topluluk muafiyet tüzüklerinde, 2000 yılından itibaren geçerli olmak üzere köklü değişiklikler planlanmaktadır. Bu alanda 1215/1999 sayılı Konsey Tüzüğü (OJ, 15.6.1999, L. 148, p. 1) Komisyon'a dikey anlaşmalara ilişkin genel bir grup muafiyeti tüzüğü çıkarma yetkisi vermektedir. Yine 2790/1999 sayılı "AT Anlaşmasının 81/3 maddesinin dikey anlaşma kategorilerine ve uyumlu eylemlere uygulanması hakkında Komisyon Tüzüğü"nin (OJ, 29.12.1999, L. 336, p. 21-25) 13. maddesine göre Tüzük 1 Ocak 2000 tarihinde uygulanmaya başlayacak ve 31 Mayıs 2000 tarihinde de yürürlükten kalkacaktır. Söz konusu Tüzüğün 12/1. maddesine göre, 1983/83, 1984/83 ve 4087/88 sayılı tüzüklerle sağlanan muafiyet 31 Mayıs 2000 tarihinde sona erecektir. Bu düzenlemelerin yer aldığı web sayfası için bkz. http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/dat/1999/en_399R2790.html.

⁴⁰ 1983/83 Sayılı Tüzük (AET), OJ, 30.6.1983, L. 173/1

⁴¹ 1984/83 Sayılı Tüzük (AET), OJ, 30.6.1983, L. 173/5.

⁴² 2349/84 Sayılı Tüzük (AET), OJ, 16.8.1984, L. 219/15.

⁴³ 417/85 Sayılı Tüzük (AET), OJ, 22.2.1985, L. 53/1.

⁴⁴ 418/85 Sayılı Tüzük (AET), OJ, 22.2.1985, L. 53/5. Grup muafiyeti tüzükleri hakkında geniş bilgi için bkz. Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 101 vd; WHISH, Competition Law, s. 536 vd; MOUSSIS, Access to European Union Law, Economics, Policies, 259 vd; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 32-34.

alamayacağımız kadar -taşıma alanından tarım alanına kadar- çok sayıda Topluluk Tüzüğü⁴⁵ bulunduğu konumuz açısından gerekli gördüklerimize işaret etmekle yetindik. Aynı zamanda bu hukuk alanındaki düzenlemelerin sayısı, gelişmelere paralel olarak her geçen gün artmaktadır.

c. Yönerge ve Komisyon Kararları

Yönergeler (directives), üye devletlere yönelik, belirli konularda yine belirli esaslara uygun olarak yapılması gereken yasal düzenlemeleri veya alınması gereken tedbirleri ihtiva eden emirlerdir. Yönergeler Konsey veya Komisyon tarafından çıkarılır. Üye devletler yönergelere uymak zorundadırlar. Fakat bu yükümlülük, yönergenin konu edindiği gaye ile sınırlıdır. Yönergeler üye ülkeler tarafından, yönergede öngörülen süre ve ilkeler çerçevesinde, iç hukuka alınır veya iç hukuk yönergeye uygun şekilde değiştirilir. Yönergelerin ulusal hukuklara nasıl ve hangi şekilde getirileceği yolundaki aracın seçimi, ulusal makamların takdirindedir (ATA m. 189/3). Bu yükümlülüğe uyulmaması üye devletin sorumluluğunu gerektirir⁴⁶.

Kararlar da Konsey veya Komisyon tarafından alınır, fakat genel olarak bağlayıcı kuvvete sahip değildir, sadece yönelttikleri üye devlet ya da gerçek veya tüzel kişi (teşebbüs) bakımından bağlayıcıdır (ATA m. 189/4). Komisyon, topluluk rekabet politikasının temel kaynağıdır. Komisyon rekabet politikalarını belirlerken, hem etkin rekabetin bozulmaması hem de ortak pazar amacına hizmet edecek teşebbüsler arası işbirliği zemininin oluşturulması gibi çatışan iki hedefi bağdaştırmak durumundadır. Kararlar içerik bakımından,

- (i) rekabet kurallarına aykırılıklara son vermeyi bildiren ve ceza uygulanmasını öngören kararlar,
- (ii) ATA m. 81/3 çerçevesinde anlaşma ve uyumlu eylemlere muafiyet tanınmasını konu edinen kararlar,
- (iii) Menfi tespit kararları,
- (iv) Birleşme veya devralmalara izin veren veya yasaklayan kararlar olarak sınıflandırılabilir⁴⁷.

Yönerge ve kararlar dışında kalan tavsiye ve görüş bildirimleri bağlayıcı değildir (ATA m. 189/5)⁴⁸.

⁴⁵ Rekabet hukuku alanındaki düzenlemelerin derli toplu bir listesi için bkz. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/ TEKİNALP) Avrupa Birliği Hukuku, s. 320-326. Bazı Tüzüklerin Türkçe metinleri için bkz. ASLAN, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, s. 15 vd.

⁴⁶ Bkz. ODER, B. E., (TEKİNALP / TEKİNALP) Avrupa Birliği Hukuku, s. 134; ARSAVA, Ayşe Füsün, Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara 1989, s. 117, 118.

⁴⁷ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 1-058.

d. Mahkeme İctihatları

AB Adalet Divanı, genel anlamda, Topluluk hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında özel bir öneme sahiptir (ATA m. 164)⁴⁹. Rekabet kurallarının uygulanmasında alınan kararların yargısal denetimi "Bidayet Mahkemesi" (The Court of First Instance) ve "Adalet Divanı" (The European Court of Justice) tarafından yapılır. Bidayet Mahkemesi rekabet hukuku uyuşmazlıkları bakımından ilk derece mahkemesi niteliğinde iken, AB Adalet Divanı nihai yargı mercii durumundadır. Adalet Divanı, Topluluk hukukunun yorumlanmasında ve mevcut boşlukların doldurulmasında münhasır yetkiye sahip olduğundan, bu konuyla ilgili Divan kararları da bir hukuk kaynağı niteliğini taşımaktadır. Birleşme ve devralmalarla ilgili 4069/89 Sayılı Tüzükten önce, merkezileşme ile ilgili, ATA'da herhangi bir hüküm olmamasına rağmen, ATA 81 ve 82. maddeleriyle birleşmelerin denetlenmesi, boşluk doldurma yoluyla Topluluk hukukunun geliştirilmesine güzel bir örnek teşkil eder⁵⁰.

Topluluk rekabet hukukunun gelişmesinde mahkeme içtihatları önemli bir yer tutar. Topluluk organları, üye ülkeler, ilgili gerçek ve tüzel kişiler, karar ve eylemlerinde mahkeme içtihatlarını göz önünde tutmak zorundadırlar⁵¹.

e. Topluluk Tarafından Akdedilen Anlaşmalar

AKÇTA 6/2. maddesine göre Topluluk, uluslararası ilişkilerde amaçlarına ulaşacak ve işlevlerini yerine getirecek gerekli hukuki yeterliliğe sahiptir. Benzer şekilde AB anlaşması 111 (2), 113 ve 114. maddelerinde, Topluluk ticaret politikasının geliştirilmesine yönelik Konseyin anlaşma yapma yetkisi yer almaktadır. AB Adalet Divanı bu tür anlaşmaları, topluluk hukukunun bir parçası olarak kabul etmektedir. Topluluk rekabet politikası bakımından önemine binaen şu anlaşmalardan kısaca bahsetmek yerinde olur.

Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması (European Economic Area Agreement-EEA): Bu anlaşmanın amacı ortak pazarı EFTA ülkelerini⁵² de

⁴⁸ Bkz. MOUSSIS, Access to European Union Law, Economics, Policies, 252 vd.

⁴⁹ Bkz. WEATHERILL, Stephen, Law and Integration in the European Union, Clarendon Law Series 1996, s. 210 vd; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 1-017, 19.

⁵⁰ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 85 vd; DAVIDOW, Joel, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 23, 24. Ayrıca paralel ticaretle ilgili bkz. ULLOA, Gonzalo de, Licensing Contracts and Territoriality Clauses: Parallel Imports, ECLR, 6, 1991, s. 220 vd.

⁵¹ Rekabet hukuku içerisinde toplu olarak mahkeme içtihatlarının yer aldığı bir çalışma için bkz. JONES- VAN DER WOUDE-LEWS, EEC Competition Law Handbook, London 1991.

⁵² EEA'ya yedi EFTA ülkesinden (Finlandiya, Liechtenstein, İzlanda, Norveç, Avusturya, İsveç ve İsviçre) beşi (Finlandiya, İzlanda, Norveç, Avusturya ve İsveç) katılmayı kabul etmiştir.

kapsayacak şekilde genişleterek, dahil edilen sektörler itibarıyla, kapsamlı bir ekonomik entegrasyonu temin etmektir. 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren EEA⁵³, Topluluğun Üçüncü ülkelerle imzalamış olduğu en iddialı anlaşmalardan birisidir. Zira EEA ile Topluluk rekabet kural ve politikalarının tam olarak geçerliliği, anlaşmaya taraf ülkelerde de sağlanmaya çalışılacaktır⁵⁴.

Avrupa Anlaşmaları (Europe Agreements -EA-): Avrupa Anlaşmaları, Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleriyle⁵⁵ imzalanan ve temel olarak AB rekabet kurallarıyla aynı hükümler ihtiva eden geçiş anlaşmalarıdır. Anlaşmalar devlet yardımlarını genel olarak yasaklarken, m. 87/a istisnalara izin vermektedir. Anlaşmalar etkisini göstermiş, ulusal mevzuatların AB'nin giriş öncesi stratejisindeki politik hedeflerle uyumlu hale getirilmesinde, önemli bir mesafe kaydedilmiştir⁵⁶.

Akdeniz Ülkeleri ile yapılan anlaşma: Belirli Akdeniz ülkeleriyle yapılan anlaşmalardır. Yine AB rekabet hukuku kurallarıyla benzer hükümler içeren anlaşma, Avrupa Anlaşmaları örnek alınarak düzenlenmiştir⁵⁷.

ABD ile Yapılan Anlaşma: Amerika Birleşik Devletleri hükümeti ile AB Komisyonu arasında yapılan rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik bir anlaşmadır. Her ne kadar Komisyonun anlaşma yapma yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle anlaşma kabul edilmese de bilahare Komisyon, Konseye başvurarak Topluluk adına anlaşmayı onaylamasını istemiş ve Konsey tarafından bu istek olumlu bulunmuştur⁵⁸.

Anlaşma, ABD hükümeti ile AB arasında rekabet alanında yetkililerin işbirliğini desteklemeyi, AB ve Amerikan mevzuatının uygulanmasındaki farklılıklardan kaynaklanabilecek riskleri ortadan kaldırmayı ve bu hususlarla

⁵³ OJ, 1994, L. 1/3.

⁵⁴ Geniş bilgi için bkz. DIEM, Andreas, EEA Competition Law, ECLR, 5, 1994, s. 263 vd.; Ayrıca bkz. JAKOB-SIEBERT, Tinam, Competition Rules in the EEC and Switzerland: A Comparison of Law and Practice, ECLR, 6, 1990, s. 255 vd.

⁵⁵ Anlaşmaya taraf ülkeler, Macaristan, Polonya, Çekoslovakya, Çek, Slovakya, Romanya, Bulgaristan, en son Baltık Devletleri; Estonya, Litvanya ve Letonya'dır. Merkezi ve doğu Avrupa ülkelerinin AB rekabet hukukunu benimsemekle kendi ihtiyaçlarına cevap verecek rekabet politikalarını ve düzenlemelerini seçme özgürlüğünü yitirdikleri görüşü de savunulmaktadır. Bkz. FOX, Eleanor M., The Central European Nations and the EU Waiting Room - Why Must the Central European Nations Adopt the Competition Law of the European Union?, BJIL, Vol. XXIII: 2, 1997, s. 363.

⁵⁶ Bkz. VAN DEN BOSSCHE, A. M., The International Dimension of EC Competition Law: The Case of the Europe Agreement, ECLR, 1, 1997, s. 24 vd.

⁵⁷ Geniş bilgi için bkz. HAKURA, Fadi S., The Extension of EC Competition Law to the Mediterranean Region, ECLR, 4, 1998, s. 205-210.

⁵⁸ TORREMANS, Paul, Extraterritorial Application of EC and US Competition Law, ELR, 21, 1996, s. 290; COCUZZA and MONTINI, International Antitrust Co-operation in a Global Economy, s. 157.

ilgili faaliyetlerin koordinasyonunu hedeflemektedir. Taraflardan birinin kendi rekabet hükümlerini uygulamaya yönelik önlemleri, diğer tarafın önemli menfaatlerini etkileyebilecek nitelikte ise, ilgili taraf bilgilendirilecektir⁵⁹.

Gümrük Birliği Anlaşması: Gümrük engellerinin ve ticaret önlemlerinin kaldırılması amacına yönelik, AB ile Türkiye arasındaki türünün tek örneğini oluşturan anlaşmadır. "Gümrük Birliğinin Rekabet Kuralları" başlığını taşıyan 30-36. maddelerinde ATA 81 ve 82. maddelere paralel hükümler konulmuş, rekabeti bozan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları ile hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Bu tür anlaşmalar da Topluluk hukukunun bir parçası olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktadır⁶⁰.

2. Topluluk Rekabet Hukukunun Amacı

ATA'nın yöneldiği hedeflerin başında, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi çerçevesinde, üye devletlerin ekonomi politikalarını tedricen birbirine yaklaştırarak hem üye devletlerin birleşmelerini temin etmek hem de bir ortak pazar kurmaktır⁶¹. İşte rekabet politikası bu amacı gerçekleştirmeye yönelik belli başlı vasıtaların en önemlilerinden birisidir⁶². Topluluk rekabet hukukunun amaçları şu şekilde özetlenebilir:

a) Mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanabileceği, açık ve ortak bir pazar teşkil etmek.

b) Rekabetin temel fonksiyonlarını (ekonomik, teknik gelişmenin sağlanması, topluluk üretim kaynaklarının en verimli şekilde dağılımının temin edilmesi, kaliteli, ucuz mal ve hizmet üretimi amacının gerçekleştirilmesi gibi) hasıl edecek, uygun bir piyasa sistemi kurmak;

c) Piyasalara "açıklık" ve "dürüstlük" ilkesi hakim kılınmalıdır. Teşebbüslerin devlet yardımlarıyla kollanmasının yasaklanması, KOBİ'lerin

⁵⁹ Geniş bilgi için bkz. COCUZZA and MONTINI, International Antitrust Co-operation in a Global Economy, s. 157, 158.

⁶⁰ Bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, Ganzze, "AB Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış ve Gümrük birliği Çerçevesinde Türk Rekabet Hukuku", Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İNAN, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 5 vd; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 271.

⁶¹ WESSELING, Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda, s. 38; VAUGHAN, David, Law of the European Communities, Vol: 2, London 1986, s. 857, 858.

⁶² MASSEY, Reform of EC Competition Law Substance, Procedure and Institutions, s. 100. AB rekabet hukukunun dayanağını teşkil eden temel felsefe için aynı eserin 92 - 100 sayfaları arasında geniş açıklamalara yer verilmiştir.

desteklenmesi, tüketicilerin korunması gibi politikalar "dürüstlük" ilkesi çerçevesinde düşünülebilir⁶³.

3. Rekabeti Engelleyen Uygulamalar

a. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları

Rekabet düzenini ihlal eden davranışların başında, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları gelmektedir. Topluluk ortak pazarının tesisi hedefine aykırı "Üye Devletler arası ticareti etkileyebilecek olan ve amacı veya etkisi itibarıyla, ortak pazar içerisindeki rekabeti engelleyen, sınırlandıran veya bozan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları ... yasaklanmıştır (m. 81)⁶⁴. Ortak pazar içerisindeki ticaretin dolaylı veya dolaysız kısıtlanması; üretimin, pazarlamanın, fiyatların, teknik gelişmelerin, yatırımların kısıtlanması yahut kontrol altına alınması, pazar ya da tedarik kaynaklarının paylaşılması, aynı değerdeki edimlere farklı koşulların uygulanması, sözleşme konusu ile ilgisi olmayan, işin niteliği veya ticari teamüllerin haklı göstermediği edimlerin taraflardan birine dayatılması amacını güden veya bu sonuçları doğuran benzer anlaşma hükümleri veya uyumlu eylemler ya da kararlar ATA 81/1 çerçevesinde değerlendirilir.

ATA m. 81/3'te Üye Devletler arasındaki rekabeti önemli derecede etkileyen işbirliği anlaşmalarına, yeterli derecede olumlu etkilere sahip olmak kaydıyla genel yasak ilkesinden (ATA m. 81/1) muafiyet tanınmıştır. Bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için sözkonusu anlaşma neticesinde elde dilecek menfaatlardan, tüketicilerin uygun ölçüde istifade etmesi, malların üretim ve pazarlamanın veya teknik ve ekonomik gelişmenin teşvik edilmesi şarttır. Ayrıca bu hedeflere ulaşabilmek için kısıtlamanın zorunlu olması ve tabii hiç bir koşul altında pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmaması gerekir⁶⁵. Fakat kural olarak rekabeti sınırlayan anlaşmalar hukuka aykırıdır. Ancak bazı durumlarda işbirliğinin sağlayacağı kazanç,

⁶³ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 3. Ayrıca bkz. SAUTER, Competition Law and Industrial Policies in the EU, s. 117 vd; GOYDER, EC Competition Law, s. 13; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 558; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 1-071 vd.

⁶⁴ Bkz. BOUTERSE, R. B., Competition and Integration - What Goals Count? European Monographs, Kluwer 1994, s. 2; MOUSSIS, Access to European Union Law, Economics, Policies, s. 256, 264 vd.

⁶⁵ Geniş bilgi için bkz. DOHERTY, Community Exemptions in National Law, s. 315.

rekabetin kısıtlanmasının getireceği maliyetten daha önemli olabilir⁶⁶. İşte bu açıdan bakılırsa ATA 81. maddenin 1. fıkrasının, aynı maddenin 3. fıkrası ile tamamlandığı sonucuna varılır. Zira 81. maddenin 1. fıkrası, herhangi bir kayıt ihtiva etmediğinden, geniş bir uygulama alanına sahiptir. İşte m. 81/3 ile bu alan tanımlanmakta, daha doğrusu sınırlandırılmaktadır. ATA m. 81/3 çerçevesinde de değerlendirilemeyen rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamalar topluluk ortak pazar politikasıyla bağdaşmaz nitelikte kabul edilmektedir. Başka bir deyişle ATA 81/1 kapsamına giren ve m. 81/3'e göre yasak dışına çıkarılmamış olan rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlar **batıl** kabul edilecektir (ATA m. 81/2)⁶⁷.

b. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Rekabet düzeninin ihlalinde tekel uygulamalarının ayrı bir yeri vardır. Bir teşebbüsün belirli bir piyasada hakim konuma gelebilmesinin çeşitli sebepleri vardır:

(1) Birleşme veya devir sonucu bir teşebbüs piyasayı ele geçirebilir. Bu hal aşağıda birleşme ve devir konusunda ele alınacaktır.

(2) Bir teşebbüs, ticari başarıları, rekabet gücü sayesinde gelişerek piyasaya hakim konuma gelebilir. Tereddütsüz bu hal kötüye kullanma ilkesi çerçevesinde ATA 82. madde kapsamında değerlendirilecektir.

(3) Son olarak piyasaya hakim olma durumu bir teşebbüse münhasır haklar tanınması ya da bu teşebbüslerin bir üye devlet yardımına mazhar olmaları sonucu ortaya çıkabilir. Bu son hal de devlet yardımlarını düzenleyen ATA 86 ile 82. maddeler çerçevesinde değerlendirilecektir⁶⁸. Bu konumdaki teşebbüslerin ortak pazar içerisindeki güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek için ATA 82. maddesi özel bir hüküm sevk etmiştir: "Bir veya birden fazla teşebbüsün ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir kısmında hakim durumlarını kötüye kullanmaları, Üye Devletler arası ticareti etkilediği ölçüde ... yasaklanmıştır" (m. 82)⁶⁹.

⁶⁶ Bkz. BOUTERSE, Competition and Integration - What Goals Count? s. 2; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 42 vd; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), 38 vd.

⁶⁷ Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 147, 148; KORAH, Valentine, "Invalidity of Exclusive Provisions in Distribution Contracts under EC Competition Law", in GORMLEY, Laurence, Current and Future Perspectives on EC Competition Law, European Monographs, Kluwer 14, 1997, s. 1 vd.

⁶⁸ EHLERMANN, Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community, s. 61.

⁶⁹ Geniş bilgi için bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 339; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 15 vd; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 898 vd; AGNEW,

c. Birleşme ve Devralmalar

Bilindiği gibi ekonomik gücün merkezîleşmesinde birleşme ve devralmaların rolü oldukça büyük olduğundan, rekabet düzenlemeleri bu süreci göz ardı edemez. Ne var ki, üye ülkelerin bir çoğunda⁷⁰ birleşmeleri denetleyen düzenlemeler olmasına rağmen, ATA'da bu konuyla ilgili özel bir hükme rastlanmaz⁷¹. Fakat Divan uygulamasında, Topluluk rekabet hukukunun esaslarını teşkil eden 81 ve 82. maddelerin, birleşme denetimi bakımından da "de lege lata" bir temel oluşturduğu kabul edilmektedir⁷². Bugüne kadar bu alanda 81 ve 82. maddelerin kullanılması çabaları görülmüşse de başarılı sonuçlara ulaşıldığı söylenemez. Birleşme anlaşmalarının, dolayısıyla sermaye iktisabının, teşebbüslerin aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmaya hizmet edecek bir vasıta olarak kararlaştırılması ATA 81. madde kapsamında düşünülebilir⁷³. Yalnız bu durum sermaye iktisabına yol açan anlaşmalarla sınırlı olduğundan birleşmeler için etkili bir düzenleme olamaz⁷⁴. ATA 82. madde uygulaması bakımından ise, pazara hakim teşebbüsün, egemenlik derecesiyle rekabeti önemli ölçüde engellemesi hakim durumun kötüye kullanılması kabul edilir. Bu sonuca yol açan birleşmeler 82. madde kapsamında değerlendirilebilir⁷⁵. Aslında 82. madde ne kadar geniş yorumlansa da muhatap çevresi sınırlıdır. Pazara hakim olmayan iki teşebbüsün birleşmesiyle, hakim durumun doğması 82. maddenin kapsamı dışındadır⁷⁶. Bu yüzden Komisyon birleşmelerin denetimi üzerine özel bir düzenleme yapılmasını önermiş, bunun üzerine 1989'da Konsey tarafından konuyla ilgili 4069/89 sayılı "*Teşebbüsler*

Competition Law, s. 82 vd. ATA 81 (85) ve 82 (86). madde arasındaki ilişki için bkz. DALTRÖP, John and FERRY, John, The Relationship Between Articles 85 and 86: Tetra Pak (T51/89), ICCLR, 1, 1991, s. 24 vd.

⁷⁰ Bkz. DAVIDOW, Joel, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 19 vd.

⁷¹ Bu eksikliğin sebebi AB'nin o zamanlar ABD ve Uzak Doğunun dev (Japonya) endüstrilerinden çekinmesine bağlanmaktadır. Buna rağmen kaygılar hala sona ermiş değildir. Bkz. RIDYARD, An Economic Perspective on the EC Merger Regulation, s. 252.

⁷² ROTH, Wolf-Henning, "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku" (Çev. Fazıl SAĞLAM), Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri, İstanbul 1990, s. 168. Ayrıca bkz. DAVIDOW, Joel, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 23 vd.

⁷³ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 86 vd.

⁷⁴ ROTH, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 168. Ayrıca bkz. BURNSIDE, Alec, MEYNTJENS, Carl, The EEC Merger Regulation and Its Impact on Non-EEC Businesses, BYULR, Vol: 1990, I. 4, 1990, s. 1373 vd.

⁷⁵ Bkz. RAHL, James A., Common Market and American Antitrust Overlap and Conflict, McGraw-Hill 1970, s. 171, 172; DAVIDOW, Joel, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 23, 24; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 85, 86.

⁷⁶ ROTH, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 168.

*arası Merkezileşmenin Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü*⁷⁷ hazırlanmış ve 1990'da da yürürlüğe girmiştir⁷⁸.

Merkezileşmenin kontrolü hakkındaki tüzük⁷⁹, topluluk kapsamında önem taşıyan (m. 1), Komisyonun değerlendirme ve denetimine tabi olan birleşmeleri (m. 2) ve bunların hükümlerini, bir anlamda maddi hukuk kurallarını kapsamaktadır. Topluluk çapındaki⁸⁰ bir birleşme niyeti, gerçekleştirilmeden önce Komisyona bildirilmeli ve inceleme bitmeden önce icra edilmemelidir (m. 7).

Merkezileşme m. 3(1)'de şu şekilde tanımlanmaktadır:

- a) Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, veya
- b) -Halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol altında tutan bir veya daha fazla şahıs veya,

-Bir veya daha fazla teşebbüsün, diğer bir teşebbüsün hisselerini veya malvarlığını, sözleşme yahut başka bir vasıta ile iktisap ederek bu teşebbüsün tamamı ya da bir kısmı üzerinde, doğrudan veya dolaylı olarak hakimiyet kurması⁸¹ hallerinde merkezileşmenin varlığı kabul edilir⁸².

4. Topluluk Rekabet Hukukunun İhlali

Ortak Pazarda rekabet hukukunun uygulanmasıyla ilgili organ Komisyondur. Teşebbüslerin Topluluk rekabet hukukunu aykırı uygulamalarına karşılık gelecek yaptırımlar 17 Sayılı Tüzükte belirtilmiştir.

AB rekabet düzenine aykırılık halinde Komisyon kendiliğinden harekete geçebileceği gibi üye devletlerden birinin veya söz konusu ihlalden meşru menfaati haleldar olan gerçek veya tüzel kişilerin talebiyle de harekete geçebilir (17 Sayılı Tüzük m. 3/2). Komisyon ilgililere delil getirebilme imkanını tanımak

⁷⁷ OJ, 1989, L.395/1.

⁷⁸ RIDYARD, An Economic Perspective on the EC Merger Regulation, s. 247.

⁷⁹ Türkçe metin için bkz. ASLAN, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, s. 140 vd.

⁸⁰ Dünya çapında toplam cirosu 5 milyar ECU'dan fazla olan bütün teşebbüsleri ilgilendiren birleşmeler ve en az iki teşebbüsten her birinin topluluk çapındaki toplam cirosu 250 milyon ECU'dan fazla olan birleşmeler topluluk çapında birleşme veya devir olarak kabul edilir. Ayrıca söz konusu teşebbüsler, toplam Topluluk cirolarının üçte ikisinden fazlasını, tek ve aynı üye ülkeden elde ediyor olmamalıdır (m. 1).

⁸¹ Bir teşebbüs üzerinde doğrudan veya dolaylı hakimiyet kurulması, teşebbüsün veya malvarlığının ya da payların çoğunluğunun mülkiyetine sahip olunması veya diğer bir yoldan yönetim organlarında çoğunluğu temsil eden oy haklarının ele geçirilmesi ile sağlanabilir. Bkz. m. 3 (3), (4).

⁸² Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 85 vd; RIDYARD, An Economic Perspective on the EC Merger Regulation, s. 247 vd; DAVIDOW, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 28 vd.

ve bunları değerlendirmekle yükümlüdür. Taraflar Komisyon önünde sözlü olarak dinlenmelerini de isteyebilirler. Ayrıca, Komisyonun kendi takdirine göre gerçek veya tüzel kişi olarak üçüncü kişileri dinleyebilmesi de mümkündür. Üçüncü kişilerin menfaatleri söz konusu ise, ispatlayabilmeleri kaydıyla bu kimselere de ayrıca dinlenme hakkı tanınması gerekir (17 Sayılı Tüzük m. 19/2)⁸³.

Komisyon tarafından yapılan soruşturma ve incelemeler sonucunda⁸⁴ muhtemelen şu kararlardan birisi verilecektir:

a. Menfi Tespit Kararı

Komisyon yaptığı inceleme sonucunda rekabet düzenini ihlal eden bir uygulamaya rastlamamışsa, müdahaleye yer olmadığına karar verir. İlgili kimselerin yasal belirsizlikten kurtarılması için Komisyon, kararın veya uygulamanın AB'nin rekabet kurallarına göre soruşturulmasına gerek olmadığını gösteren bir belge verebilir (17 Sayılı Tüzük m. 2)⁸⁵.

b. Muafiyet Kararı

Komisyon ATA m. 81/3'teki şartları⁸⁶ taşımaları kaydıyla teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı uygulamalarını rekabet yasağı sınırının dışına çıkarabilir. Bu karar hem ulusal makamları hem de ulusal mahkemeleri bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Muafiyet kararı ilgililerine, tanındığı süre içerisinde Komisyon tarafından herhangi bir takibata uğramama ayrıcalığını bahşeder. Ancak geçen süre içerisinde, muafiyet kararı verilmesine esas teşkil eden şartlarda değişiklikler olması, tarafların yükümlülüklerine aykırı davranışları ve muafiyet kararını kötüye kullanmaları, kararın yanlış bilgilere dayanması veya

⁸³ Komisyona başvuru hakkı konusunda şu makalelere bakılabilir: VESTERDORF, Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law, s. 77 vd; LEVITT, Matthew, Access to the File: The Commission's Administrative Procedures in Cases under Articles 85 and 86, CMLR, 34, 1997, s. 1414 vd.

⁸⁴ Komisyonun soruşturma ve inceleme süreci hakkında geniş bilgi için bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 936 vd; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law a Practitioner's Guide, s. 107 vd.

⁸⁵ Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 937 vd.

⁸⁶ ATA 81/1'e aykırı bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin yasak dışına çıkarılabilmesi için söz konusu anlaşma veya uygulamalar sonucunda: (a) Malların üretim veya dağıtımının düzeltilmesi yahut teknik gelişmenin sağlanması; (b) Doğacak menfaatler makul derecede tüketicilere de yansıtılmalı (c) rekabet, zorunlu olandan daha fazla kısıtlanmamış olmalı; (d) nihayet ilgili ürün piyasasının önemli kısmında rekabet ortadan kaldırılmamış olmalıdır.

hile ile elde edilmesi durumlarında Komisyon muafiyet kararını kaldırabilir (17 Sayılı Tüzük m. 4-8)⁸⁷.

c. Yasaklama Kararı

AB rekabet kurallarına aykırı uygulamalar içerisinde giren teşebbüs veya teşebbüs birliklerine karşı Komisyon, rekabet hukukuna aykırı uygulamaların sona erdirilmesini isteyen bir yasaklama kararı verebilir (17 Sayılı Tüzük m. 3). Bu karara uyulmaması durumunda ilgili işletmeler, ayrıca süreli para cezaları il cezalandırılırlar (17 Sayılı Tüzük m. 16/1-a).

d. Para Cezası Verilmesi Kararı

Komisyon, kasten veya ihmalen AB rekabet hukukuna aykırı uygulamalarda bulunan teşebbüslere belli miktarlarda para cezası verebilir ya da aykırı uygulamalara katılan teşebbüslerin her birinin bir önceki mali yıldaki tüm cirolarının %10'u tutarına kadar para cezasına karar verebilir (17 Sayılı Tüzük m. 15/1, 2). Para cezaları verilirken, kast veya ihmal durumunun belirlenmesi, ihlalin ağırlığı ve devam ettiği sürenin göz önüne alınması gerekir⁸⁸. İlaveten Komisyon teşebbüslerin belirli hallerde (17 Sayılı Tüzük m. 16) uymalarını temin etmek üzere, belirli bir miktara kadar süreli para cezaları da verebilir. Fakat Komisyon tarafından verilen para cezaları idari niteliklidir, ceza hukuku alanında bir sonuç doğurmaz.

III. Amerika Birleşik Devletlerinde Rekabetin Korunması

1. Genel Olarak

Piyasalarda rekabet düzeninin hakim kılınmasına yönelik düzenlemeler çoğu ülkelerde ancak yirminci yüzyılın ilk yarısından sonra başlamışken, ABD'de bu çalışmaların başlangıç tarihi ondokuzuncu yüzyıla kadar uzanmaktadır. Gerçekten bu ülkede rekabet sınırlamalarına karşı (rekabeti engelleyen anlaşmalar, tekel uygulamaları ve birleşmeler) çok yönlü sorunlar toplu olarak "Sherman Act"⁸⁹ ile düzenlenmiş bulunmaktadır. ABD rekabet

⁸⁷ Bkz. WALZ, Robert, Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law, ELR, 21, 1996, s. 452 vd; DOHERTY, Community Exemptions in National Law, s. 315 vd.

⁸⁸ VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 978, 979. Ayrıca bkz. ÖZSUNAY, E., AET'deki Rekabet Sınırlamalarıyla "Üye Devletler Arasındaki Ticaret"in Etkilenmesine İlişkin Ölçütler ve Komisyonun Para Cezası Verme Yetkisi: "Tepea B.V. v. Komisyon Kararı" Üzerine Bazı Düşünceler, İktisat ve Maliye, C. XXIX, S. 7, 1982, s. 274 vd.

⁸⁹ Sherman Act, 26 Stat. 209 (1890). Değiştirilmiş şekli 15 USC § (1982).

politikasının temelleri, *Northern Pacific Railway*⁹⁰ davasında iktisadi kaynakların en verimli şekilde tahsisi, olabildiğince düşük fiyatlı ve daha yüksek kaliteli üretim yollarının teşviki, aynı zamanda demokratik, politik ve sosyal kurumların korunması⁹¹ şeklinde özetlenmektedir⁹².

Sherman Kanunuyla Amerikan antitröst⁹³ hukukunun temelleri atılmakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar ve tekellerle daha etkili bir mücadelede bulunabilmek için, bir bakıma Sherman Kanununu tamamlayıcı nitelikteki Clayton Act (1914), Federal Trade Commission Act (1914) ve Anti-Trust Improvements Act (1976) gibi çeşitli kanunlar çıkarılmıştır⁹⁴.

2. Antitröst Düzenlemeleri

a. Sherman Kanunu

aa. Genel Olarak

Antitröst hukukunun esaslarını belirleyen Sherman Kanununun 1. ve 2. maddesi oldukça önemlidir:

"Eyaletler arasında veya yabancı devletlerle yapılan ticaret veya alışverişi kısıtlayan her sözleşme, tröst veya benzeri işbirliği ya da danışıklı işlemler hukuka aykırıdır. ..." (m. 1).

"Tekel kuran veya tekel kurmaya teşebbüs eden, eyaletler arasında ya da yabancı devletlerle gerçekleştirilen ticaret ve iş hayatının herhangi bir bölümünde tekel kurmak amacıyla bir veya birden fazla kimseyle işbirliği yahut danışıklı işlemler yapan herkes "cürüm" işlemiş sayılır. ..." (m. 2). Bu durumda şu tespitler yapılabilecektir:

⁹⁰ Northern Pac. R. Co. v. United States, 356 US 1 (1958).

⁹¹ Bkz. MOGLEN, Antitrust and American Democracy, s. 11 vd.

⁹² AGNEW, Competition Law, s. 192, 193; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 1 vd.

⁹³ Amerikan hukukunda "tröst" olarak ifade edilen, ticaret ve alışveriş hayatını etkileyen, rekabeti sınırlandıran uygulamalar antitröst kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bilindiği gibi "tröst", mal ve hizmetlerin üretim, dağıtım ve fiyatlarına ya da daha genelde piyasaya hakim olmak amacıyla teşebbüslerin ekonomik ve hukuksal bağımsızlıklarını kaybederek, tek bir teşebbüs halinde birleşmek suretiyle oluşturdukları birliktir. Sherman Kanunu ile "antitröst" kavramı biri diğerinin yerine geçecek şekilde kullanılmakla birlikte, tekel uygulamaları da sözü edilen kanunla yasaklanmaktadır. Bu yüzden antitröst kavramı, rekabet hukukunun konusuna giren bütün rekabet sınırlamalarını kapsayacak genişlikte kullanılmaktadır. Bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1083 dnp 3; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 173.

⁹⁴ AGNEW, Competition Law, s. 192, 193.

(1) Sherman Kanununun ifade şekli herhangi bir istisnaya yer vermeyecek şekilde rekabet sınırlamaları bakımından genel bir yasak koymaktadır. Tekel durumunun veya rekabeti sınırlayıcı bir uygulamanın var olup olmadığı her olayın kendi şartları çerçevesinde ölçülecek ve yorumlanacaktır.

(2) Kimi davranışlar Sherman Kanununun her iki maddesini ihlal edebilir. Fakat Kanununun 1. maddesi iki veya daha fazla kimse arasındaki rekabeti sınırlandırıcı davranışları düzenlerken 2. bölüm tek başına bir teşebbüsün tekel olma veya tekel kurmaya teşebbüs halini esas almaktadır.

(3) Antitröst kuralları eyaletler arası veya dış ticareti önemli derecede etkileyen rekabeti sınırlandırıcı davranışlara uygulanır⁹⁵.

ab. Rekabeti Sınırlayıcı İşbirliği Uygulamaları ve İspat Sorunu

Sherman Kanununun 1. maddesi ticareti veya alışveriş hayatını etkileyen anlaşmaları, işbirliği ve danışıklı muameleleri yasaklamaktadır⁹⁶. Bu muamelelerin varlığı en az iki tarafın varlığını zorunlu kıldığından doğal olarak en az iki davalı taraf olacaktır⁹⁷. Davacı söz konusu uygulamalarda davalıların uyumlu hareket ettiklerini veya aralarında bir anlaşmanın varlığını ispatlamak zorundadır. Açıktır ki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların varlığını ispat edebilme imkanı ya çok zayıftır ya da hiç mümkün değildir. İşte rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların varlığının tam olarak ispatlanamadığı bazı durumlarda, davacı doktrin yardımıyla yani "bilinçli paralellik" kuramından hareketle iddialarını ispatlayabilir. Böyle durumlarda davacı, davalı tarafların rekabeti sınırlama hedefini gözetken, bir anlaşmanın ön aşamasını oluşturan paralel davranışlarda bulduklarını (asgari seviyede de olsa haberleşme, temas, görüşme gibi hususları) ispat edebilir⁹⁸. Yalnız paralel davranışların varlığı, tek başına taraflar arasında rekabeti sınırlandırıcı bir anlaşmanın bulunduğunu ispat etmeye yetmez. Ayrıca tarafların paralel davranışlar içerisine girmeleri, rekabeti

⁹⁵ Bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1088.

⁹⁶ Geniş bilgi için bkz. NEALE, A. D., The Antitrust Laws of the United States of America, Cambridge University Press, 1966, s. 34 vd; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 175 vd.

⁹⁷ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 180.

⁹⁸ Bilinçli paralellik konusunda bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 182 vd; NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 91 vd.

sınırlamaya yönelik bir mutabakatın, işbirliğinin varlığı sonucuna götürebilecek derecede ikna gücüne sahip olmalıdır⁹⁹.

i. Rule of Reason (Makul Sebep Doktrini)

Sherman Kanunu rekabeti sınırlandırma kabiliyetini haiz sözleşme ve işbirliği muamelelerini yasaklamaktadır. Fakat Yüksek Mahkeme, rekabet hukuku uygulamasında dönüm noktası sayılabilecek "Standart Oil of New Jersey" davasında¹⁰⁰ Sherman Kanunu birinci maddesinin, makul dereceyi aşan nitelikte ticari sınırlamalar öngören sözleşme ve işbirliği muamelelerini yasakladığı sonucuna ulaşmıştır. Haklı sebep kuralına göre, bir sözleşme veya işbirliği, amacı ya da ticarete etkisi itibarıyla faydalı sonuçlar doğuruyor yahut haklı sebeplere dayanıyorsa yasaklanmamalıdır¹⁰¹. Bu durumda davacı, öncelikle davalı teşebbüsler arasında rekabeti sınırlandıran bir uygulamanın varlığını ve ayrıca davalılar arasındaki bu ilişki nedeniyle ilgili mal ve hizmet piyasasında rekabetin önemli ve makul sayılamayacak derecede sınırlandırılmış olduğunu da ispat etmelidir¹⁰². Ayrıca iki küçük teşebbüs arasındaki rekabeti sınırlayıcı uygulamalar, Kanunun birinci maddesini ihlal etmez, fakat aynı işbirliği anlaşmaları iki veya daha fazla sayıdaki teşebbüs arasında yapılırsa pekâlâ Kanunu ihlal edebilir¹⁰³.

ii. Per se (Özü İtibarıyla Yasak Uygulamalar) Doktrini

Haklı sebep doktrininden hareketle bir anlaşmanın amacının rekabete aykırı bulunmadığı hallerde ya da söz konusu anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı neticelerinin makul sayılabilecek derecede kaldığının kabul edilebildiği durumlarda, genel rekabet yasağı uygulanmamaktadır. Bazı durumlarda ise, bir anlaşma doğrudan rekabeti önleyici amaçlara yönelik olarak yapılmış olabilir.

⁹⁹ Bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1088; NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 86; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 180.

¹⁰⁰ Standard Oil of New Jersey, v. United States, 221, US, 1, (1911).

¹⁰¹ Bkz. TIMBERLAKE, E. Compton, Federal Treble Damage Antitrust Actions, Collaghan & Company, 1965, s. 202, 203.

¹⁰² HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1089.

¹⁰³ Rule of reason doktrini hakkında geniş bilgi için bkz. STOCKING, Workable Competition and Antitrust Policy, s. 134; SCHROTER, Helmuth, Vertical Restrictions under Article 85 EC: Towards a Moderate Reform of Current Competition Policy, in GORMLEY, Laurence, Current and Future Perspectives on EC Competition Law, European Monographs, Kluwer 14, 1997, s. 20 vd.

İşte bu gibi durumlarda, yani yegâne hedefi rekabeti önlemek üzere mutabık kalınmış uygulamalar alanında haklı sebep doktrinine başvurulamaz¹⁰⁴.

Sherman Kanununun birinci bölümünü özü itibarıyla ihlal eden belirli anlaşmaların varlığında, bunların etkilerini veya hedeflerini araştırmaya ihtiyaç yoktur. Bu tip anlaşmalar per se (özü itibarıyla) yasaktırlar. Özellikle şu anlaşmalar uygulamada per se yasak kabul edilmektedirler: (1) Sabit fiyat anlaşmaları (yatay veya dikey), (2) piyasa paylaşımı anlaşmaları, (3) toplu boykot anlaşmaları (boykot)¹⁰⁵.

(1) Sabit fiyat anlaşmaları: Aynı üretim seviyesindeki teşebbüsler arasında (örneğin iki toptancı), birbirine rakip ürün fiyatlarının birlikte belirlenmesine yönelik yükümlülükler içeren anlaşmalardır. Anlaşılacağı üzere böyle bir anlaşmayla iki teşebbüs arasındaki fiyat rekabeti ortadan kaldırılmakta ve dolayısıyla ek bir araştırmaya gerek kalmaksızın Sherman Kanunu birinci maddesinin ihlal edildiği anlaşılacaktır¹⁰⁶. Dikey fiyat anlaşmaları ise, genellikle imalatçının, malı satın alan farklı seviyedeki alıcılara, aralarında bir fiyat tespit ederek, tayin edilen fiyattan aşağı satış yapmaması yükümlülüğünü yükleyen anlaşmalardır. Miller-Tydings Kanunu, 1937-1976 yılları arasında dikey fiyat anlaşmalarını Sherman Kanunu uygulamasından muaf tutuyordu. Miller-Tydings Kanununun 1976'da yürürlükten kaldırılmasından beri Yüksek Mahkeme tarafından dikey fiyat anlaşmaları da per se yasak kabul edilmektedir¹⁰⁷.

(2) Pazar paylaşımı anlaşmaları: İki rakip teşebbüsün yaptıkları bir anlaşma gereği pazar aralarında paylaşarak, her birinin diğerinin bölgesinde ürün satmamayı yükümlenmeleri pazar paylaşımıdır. Bu tip anlaşmaların hedefi de açıkça rakip taraflar arasındaki rekabeti ortadan kaldırmak olduğundan Sherman Kanunu per se ihlal edilmiş olmaktadır¹⁰⁸.

Dikey alıcı ve bölge sınırlamalarında ise durum farklıdır. Üreticiler ürünlerini toptancılara veya bayilere satarken, söz konusu ürünlerin belirli alıcılara veya alıcı gruplarına ya da belirlenen bölgenin dışındaki alıcılara satımını yasaklamaktadırlar. Üreticilerin ürünü satın alan alıcılara bunları kime satacakları ya da kimlere satamayacakları konusundaki kayıtlar müşteri paylaşımıdır ve rekabet açısından pazar paylaşımı ile aynı sonuçları doğurur.

¹⁰⁴ TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 177; HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1089.

¹⁰⁵ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 178.

¹⁰⁶ Bkz. NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 35 vd; United States v. Trenton Potteries, 273 US 392 (1927); United States v. Secony Vacuum Oil Co., 310 US 150 (1940).

¹⁰⁷ HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1089.

¹⁰⁸ Bkz. United States v. Topco Associates, Inc., 405 US 596 (1972).

Zira ürünü satın alan artık tek tasarruf yetkisine sahip kimsedir ve dilediği gibi karar verir.

Üreticinin toptancı veya bayi ile aralarında sınırları çizilen (belirlenen) bölge içerisinde birbirleriyle rekabet etmemeyi üstlenmeleri (exclusive dealing) dikey bölgesel sınırlamalardır. Yüksek mahkeme bir müddet bu tip anlaşmaların da per se yasak olduğunu kabul etmiş¹⁰⁹ fakat sonra bu görüşünden dönerek rekabeti sınırlayıcı kayıtların makul dereceyi aşmaları durumunda (rule of reson analizine bağlı kalınarak) yasak olacağını sonucuna varmıştır¹¹⁰.

(3) Toplu boykot anlaşmaları (grup boykotları): Mal ve hizmet üreticileri, kural olarak işbirliği yapacakları alıcıları, aradıkları vasıflara göre seçme hakkına sahiptirler. Fakat aranılan vasıflar; ırk, bölge veya milliyet gibi farklılıklara göre tayin edilemez. Tek imalatçının veya tek toptancının potansiyel (rakip olmak bakımından) alıcılara veya alıcı gruplarına satış yapmayı reddetmesi Sherman Kanununun ihlalidir. İki veya daha fazla satıcının birlikte hareket ederek diğer bir rakibi ortadan kaldırmak için satışı reddetmeleri grup boykotu olarak adlandırılmakta ve bu durum per se Sherman Kanununa aykırı kabul edilmektedir¹¹¹.

ac. Tekel Oluşturmak ve Tekel Oluşturmaya Teşebbüs

i. Tekel Oluşturmak

Sherman Kanunu ikinci bölümünde rekabet sınırlamaları bakımından genel bir yasak öngörülmüş ve herhangi bir ticari faaliyet alanında tekel kurulması veya tekel kurmaya teşebbüs ağır bir suç olarak kabul edilmiştir. Kanun tekel olmak veya tekel kurmaya teşebbüs hallerinin belirlenmesiyle ilgili ilkelere yer vermemiştir. Tıpkı Kanunun birinci bölümünde olduğu gibi burada da uygulamaya yönelik ilkelerin tespiti görevi Yüksek Mahkemeye kalmıştır. Yüksek Mahkeme¹¹², tekelin mevcudiyeti için söz konusu teşebbüsün, piyasa fiyatlarını kontrol edebilecek bir güce sahip büyüklükte olması veya ilgili piyasadaki diğer rakip teşebbüsleri hesaba katmaksızın rekabeti önleyebilecek pazar gücünü elinde tutmasını yeterli görmektedir¹¹³.

¹⁰⁹ Bkz. United States v. Arnold, Shwinn and Co., 388 US 365 (1967).

¹¹⁰ Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania 433 US 36 (1977). Per Se doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BLACK, Oliver, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?, ECLR, 3, 1997, s. 149 vd.

¹¹¹ Bkz. United States v. General Motors Corp. et al., 384 US 127 (1966).

¹¹² United States v. Du Pont de Nemours and Company, 351 US 377 (1956).

¹¹³ Geniş bilgi için bkz. TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 183 vd; ROSTOW, Eugene V., "Monopoly under the Sherman Act: Power or Purpose?", Antitrust

ii. Tekel Oluşturmaya Teşebbüs

Bir teşebbüsün tekel oluşturmaya veya tekel durumunu güçlendirmeye yönelik davranışları Sherman Kanununun ikinci bölümünü ihlal eder¹¹⁴. Yalnız tekel gücünün bu sonuca yönelik maksatlı uygulamalar sonucu değil, elverişli piyasa koşullarının başarılı işletme politikalarıyla değerlendirilmesi neticesinde ele geçirilmesi hukuka aykırı olamaz. Gerçekten bir işletmenin tekel gücü; başarılı etkinliklerine, iş becerisi veya patent hakkına dayanıyorsa yasaklanması söz konusu olamaz. Şu hususların mevcudiyeti tekel oluşturmaya teşebbüstür ve Sherman Kanunu ikinci bölümü gereği yasaklanır: (1) Planlı olarak ve ısrarla farklı alıcı gruplarına ayırıcı fiyatlar uygulamak, (2) maksatlı olarak aşırı üretim kapasitesi yaratmak suretiyle potansiyel rakipleri pazara girmekten caydırmak, (3) sistemli bir şekilde maliyetinden düşük fiyatlarla satış yaparak rakipleri piyasadan çekilmeye zorlamak, (4) küçük rakip teşebbüslerin ürünlerini kötülemek, ticari sırlarını ele geçirmek gibi sair yollarla piyasa şartlarını ağırlaştırarak, bu tür teşebbüslere kasten zarar vermek, (5) gerekli teçhizatı alıcılara satmayı reddederek bunun yerine uzun dönemli kira ilişkilerini tercih etmek, dolayısıyla diğer imalatçılar için piyasanın cazibesini azaltmak¹¹⁵.

b. Sherman Kanunundan Sonraki Düzenlemeler

ba. Genel Olarak

Sherman Kanunundan sonra, bu Kanunda değişiklikler öngören bir dizi düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerden üzerinde kısaca duracağımız iki kanun, Clayton Act ile Federal Trade Commission Act'tır. Aslında Sherman Kanunu, rekabet sınırlamalarına karşı oldukça caydırıcı vasıtalarla sahip bir düzenleme olmasına rağmen, kimi konularda ciddi boşluklar içermekteydi¹¹⁶. Kanunun dili geniş kapsamda düşünülebilecek şekilde kaleme alınmış, özel durumlara yer verilmemiştir. Rekabet düzenini ihlal ettiği düşünülen her hadise, kendi özel şartları çerçevesinde yargılanıyor ve sonuca bağlanıyordu. Bu yüzden Kanun ancak açıkça rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik davranışlara ve tekel

Policy Economics and Law, Edited: Sylvester E. BERKI, Boston 1966, s. 55 vd; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 30, 31.

¹¹⁴ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 56 vd; TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 190.

¹¹⁵ HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1095. Ayrıca bkz. ASLAN, YILMAZ, "Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 76, 77.

¹¹⁶ BARNES, Irston, "Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law" in Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition, June 1961, Vol: II, Karlsruhe 1961, s. 808.

uygulamalarına tatbik edilir hale gelmişti¹¹⁷. Ayrıca Kanunun o zaman için bazı durumlara, örneğin sendikalara uygulanabilip uygulanamayacağı meçhuldü¹¹⁸. İşte 15.10.1914 tarihli Clayton Kanunu ile bu boşlukların önemli kısmı doldurulmuş ve ilave tedbirlere yer verilmiştir.

bb. Clayton Kanunu

Clayton Kanunu¹¹⁹ ile rekabeti sınırlandırıcı etkiye sahip belirli uygulamalar, bunların işbirliği, danışıklı işlemler ya da tekel kurma veya tekel kurmaya teşebbüs olup olmadıklarına bakmaksızın, özellikle tasrih edilerek yasaklanmıştır¹²⁰. Zira bu konuda ortak payda, yasaklanan davranışın rekabeti önemli derecede engellemesi veya engelleyebilecek olması ya da tekel uygulamalarına yol açacak nitelikte olmasıdır. Böylece bağlayıcı sözleşmeler¹²¹, ayırıcı fiyat uygulamaları¹²², rakip firmaların yönetim kurullarının aynı üyelerden oluşması yasaklanmıştır. Bu anlamda bir şirketin diğer bir rakip şirketin pay senetlerini tamamen veya kısmen iktisap ederek (acquisition) rekabetin ortadan kaldırılması hukuka aykırıdır¹²³. Clayton Kanununda 1936 tarihli Robinson-Patman Kanunu ile değişiklikler yapılmış, özellikle ayırıcı fiyat uygulamalarına ilişkin hükümler teyit edilmiştir¹²⁴. Clayton Kanununda düzenlenen rekabet kurallarının ihlali ceza sorumluluğuna yol açmaz¹²⁵. Rekabet kurallarına aykırı davranışlar karşısında, adalet bakanlığı vasıtasıyla federal mahkemeden, başta Sherman Kanunu olmak üzere diğer Kanun ihlallerinin durdurulmasına yönelik bir "emir" alınabilir. Söz konusu ihlallerden mağdur olanların talebi üzerine, bu kimselerin maruz kaldıkları zararın üç katına kadar

¹¹⁷ Gerçekten Kanunun özellikle konsantrasyonların önlenmesinde başarılı sayılamayacağı yolundaki ciddi eleştiriler için bkz. STOCKING, Workable Competition Antitrust Policy, s. 196.

¹¹⁸ AGNEW, Competition Law, s. 197.

¹¹⁹ 15 USC § 13, 14, 18 (1990).

¹²⁰ HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1100 vd; TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 220 vd.

¹²¹ Bağlayıcı sözleşmeler, satıcının, mamüllerini satın alan alıcının üçüncü kişilerden (satıcının rakiplerinden) aynı veya belirli mamülleri satın almaması kaydıyla yaptığı sözleşmelerdir. Geniş bilgi için bkz. VELTROP, James D., Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, CMLR, 31, 1994, s. 549.

¹²² Fiyat ayırıcılığı, üreticinin veya satıcının aynı malı satın alan kimselere farklı fiyatlarla satış yapmasıdır. Geniş bilgi için bkz. EDLIN, Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and can Antitrust Rise to the Challenge, s. 558 vd; FTC v. Anheuser-Bush, Inc., 363 US 536 (1960); Falls City Industries v. Vanco Beverage, 460 US 428 (1928).

¹²³ United States v. WT Grant Co., 345 US 629 (1953); United States v. ITT Continental Baking Co., 420 US 223 (1975).

¹²⁴ KINTNER, Earl W., An Antitrust Primer, The Macmillian Company 1964, s. 59 vd.

¹²⁵ AGNEW, Competition Law, s. 197.

tazminata hükmedilebilir. Kanun hükümlerini yürütmeye yetkili organ Federal Ticaret Komisyonudur¹²⁶.

bc. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu

Federal Ticaret Komisyonu Kanunu (1914) ile Federal Ticaret Komisyonunun kurulması öngörülmüş ve Clayton Kanununun uygulanması görevi de adı geçen Komisyona verilmiştir. Komisyon, Kanuna aykırı bir rekabet uygulamasının varlığını öğrendiğinde resen harekete geçer ve ilgilileri "soruşturma" kapsamına alır. Komisyonun esas görevi, ticari faaliyetlerde rekabet kurallarına aykırı uygulamaların önlenmesi olduğundan, geniş yetkilerle donatılmıştır. Evvela Komisyon kişilerin, kişi ortaklıklarının ve şirketlerin rekabet kurallarına aykırı uygulamalarına son vermelerini istemeye yetkilidir. Gerek hükümet yetkilileri gerekse ilgili kimseler, Komisyona istediği tüm bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdürler. Komisyonun görevlendirdiği kimseler, soruşturma kapsamındaki yerlere girmeye, her türlü belgeyi incelemeye, tanık dinlemeye yetkili kılındıklarından bu isteklere uymayan kimseler para veya hapis yahut hem para hem de hapis cezaları ile tecziye edilirler (m. 10).

Komisyon tarafından verilen emirlere ilgililer uymak zorundadırlar. Aksi halde Komisyon verilen emrin yerine getirilmesini sağlamak üzere mahkemeye müracaat edecektir. Mahkemenin vereceği kararların temyizi mümkündür (m. 5/IV)¹²⁷.

bd. Birleşmelerin Denetimi

Diğer ülkelerden farklı olarak ABD'de birleşmelere, özellikle de yatay birleşmelere karşı güçlü bir politika oluşturulmuştur. Sherman Kanununda (m. 1, 2) rakipler arasındaki rekabeti kaldıracak her birleşme yasaklanmıştır. Hatta birleşme, fiyatların düşmesi ya da başarısız teşebbüslerin kurtarılması gibi olumlu sonuçlara sahip olsa bile, Kanun herhangi bir istisnaya yer vermediğinden bu tür birleşmeler de genel yasak çerçevesinde mütalaa edilecektir. Yatay birleşmelerin¹²⁸ hassasiyetle yasaklanmasının sebebi, piyasaların rekabet yapısının, bir anlamda da kamu menfaatlerinin korunmasıdır.

¹²⁶ AGNEW, Competition Law, s. 197. Ayrıca bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1084.

¹²⁷ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 183 vd; AGNEW, Competition Law, s. 198.

¹²⁸ Yatay birleşme, bir işletmenin kendisiyle aynı üretim seviyesinde yer alan diğer bir işletmeyle birleşmesidir. Aynı mal veya hizmeti üreten işletmeler arasında var olan rekabet ortadan kaldırdığından, yatay birleşmelerin yasaklanması doğaldır. Dikey birleşme, farklı seviyede üretim yapan işletmelerin birleşmesidir. Dikey birleşmeler, piyasaya potansiyel girişleri

Mahkemelerin Sherman Kanununa muhalif yatay birleşmelerin belirlenmesi davalarında inceleyeceği faktörler; pazar paylaşımı, konsantrasyon derecesi, vaki birleşmeden diğer rakiplerin zarar görmesi ve rekabetin ne derece etkilendiği veya etkilenebileceği hususlarıdır. Birleşme sonucunda piyasanın büyük kısmı ele geçirilmişse veya piyasa iktisadi gücün merkezileşmesi sürecine girmişse, birleşme Kanuna aykırı kabul edilir¹²⁹.

Clayton Kanununun değiştirilmiş 7. bölümü, rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya bir tekel gücü oluşturacak şekilde bir teşebbüsün, diğerinin malvarlığını yahut hisse senetlerini devralmasına izin vermez. Aslında Kanunun 7. bölümü menkul değerlerin devraldığı yatay birleşmelere uygulanmaktadır. Bununla birlikte malvarlığı değerlerinin devralınması, bir teşebbüsün kontrol gücünün ele geçirilmesi bakımından aynı etkiye sahiptir¹³⁰. Ayrıca dikey ve conglomerate birleşmelerin de rekabet sistemi üzerinde ters etkiye sahip olduğu bilinmektedir. Değişiklikle beraber dikey birleşmelerin Kanun kapsamına girdiği anlaşılacakla birlikte Conglomerate birleşmelere Clayton Kanununun uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde tam bir görüş birliği yoktur¹³¹.

Birleşmelerle ilgili hükümler Adalet Bakanlığı, Federal Ticaret Komisyonu ve rekabetin sınırlandırılmasından zarar görenlerin talebiyle harekete geçirilebilir¹³². Federal Ticaret Komisyonu tüzük ve yönetmelikler çıkarmak suretiyle birleşme işlemlerini belirli şartlara tabi kılabilir yahut sözkonusu düzenlemelere aykırı olan birleşmeleri yasaklayabilir. Belirli büyüklükteki teşebbüsler arası birleşme veya devralmalar bütünüyle yasaklanabileceği gibi, birleşmeyle rekabetin ortadan kaldırılmadığı ve birleşmenin kamu düzeni açısından ekonomik yararları açık delillerle ortaya konulabildiği takdirde yasak ilkesinden muaf da tutulabilir. Uluslararası

engellediği ölçüde rekabet kurallarına aykırı olacak ve yasaklanacaktır. Conglomerate birleşme ise, aslen birbirlerine rakip olmayan ve farklı piyasalarda yer alan işletmelerin birleşmesidir. Conglomerate birleşmeler genellikle rekabet kurallarına aykırı kabul edilmemektedir. Bu tür birleşmeler potansiyel rekabeti ortadan kaldırdığı ölçüde veya rekabeti bozacak işbirliği ilişkilerine büründüğü ölçüde Clayton Kanununun 7. maddesine aykırı olabilir. Birleşme tipleri için bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1109.

¹²⁹ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 106 vd.

¹³⁰ NÖEL, Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U.S. Antitrust Law, s. 498, 499; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 97, 98; HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1100, 1101.

¹³¹ Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 199. Krş. RAHL, James A., Common Market and American Antitrust Overlap and Conflict, s. 169.

¹³² Federal Ticaret Komisyonu, Sherman Kanunu dışında Robinson-Patman Kanunu ve Federal Ticaret Komisyonu Kanununun yürütülmesinde bizzat yetkilidir. Fakat Sherman Kanununu ihlal eden rekabeti sınırlayıcı uygulamalar aynı zamanda Federal Ticaret Komisyonu Kanununu da ihlal ediyorsa, söz konusu uygulamalar için Federal Ticaret Komisyonunun da yetkili olduğu kabul edilecektir. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1085.

piyasalarda Amerikan menfaatlerinin korunabilmesi açısından yasak ilkesinin yumuşatılması doğal görülmektedir¹³³.

3. Yaptırım Gücü

ABD rekabet düzeninde federal antitröst önlemlerine, eyaletler arası ticaret etkilendiği ölçüde başvurulur. Fakat uygulama bu genel ilkedен sapmış, federal antitröst önlemlerine başvurulabilmesi için rekabeti sınırlayıcı uygulamaların, bir eyalet içerisindeki rekabeti önemli derecede etkilemesi yeterli görülmüştür¹³⁴. Eyaletler arası ticareti veya alışveriş hayatını etkileyen uygulamalara yönelik federal antitröst kanununun, oldukça etkin önlemlere sahip olduğu bilinmektedir. Fakat uygulamadaki sapmalar bir yana bırakılırsa, federal antitröst düzenlemelerinin eyaletler arası ticareti etkileyen ihlallere karşı uygulama kabiliyetine sahip bir hukuk sistemi olduğu söylenebilir. Bir eyaletin yetki sınırları içerisindeki ihlallerde yetkili hukuk, o eyaletin kendi antitröst düzenlemeleridir¹³⁵.

Sherman Kanunu, yasakların uygulanmasını temin etmeye yönelik dört etkin yaptırım gücü öngörmektedir. Bunlardan ilki, Kanundaki yasakları ihlal eden kimsenin para ve hapis cezaları ile tazyik edilmesidir. Rekabeti sınırlandıran kimseler gerçek kişi ise 350.000 Dolara kadar para cezasına veya üç yılı geçmemek üzere hapis cezasına yahut her iki cezaya birden, şirketler ise 10.000.000 Dolara kadar para cezasına maruz kalırlar¹³⁶. İkincisi ise, adalet bakanlığının ve mahkemelerin, devam eden ihlallerin önüne geçebilmek için Kanuna aykırı uygulamalara son verilmesini isteyebilme yetkilerini haiz olmalarıdır. Bu emirlerin amacı, rekabeti sınırlayıcı uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Dikkat edilmesi gereken bu yöntemde, başarısızlık halinde Kanuna aykırı uygulamalar yaygınlaşabilir. Hayli ilginç düzenlenen üçüncü yöntem ise aslında mağdurun zararlarını telafi etmeye yönelik olan, fakat bu amacı aşan ve ceza yönü ağırlık taşıyan, maruz kalınan zararın üç katı tutarında tazminata hükmedebilme imkanındır. Bu miktar davalı için ceza niteliği taşıyan bir tazminat borcu olduğundan, rekabet yasaklarına riayeti sağlayan caydırıcı ve etkili bir yöntemdir¹³⁷. Son olarak Sherman Kanunu 1. bölümünde düzenlenen yasakların ihlalinde, ticarete konu olan malların bir eyaletten diğerine taşınması sırasında mallar müsadere edilebilir. Fakat bu yol nadiren kullanılmaktadır. Ayrıca Antitrust Improvements Act (1976) ile, Eyalet

¹³³ Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 198.

¹³⁴ BARNES, Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law, s. 818 vd.

¹³⁵ AGNEW, Competition Law, s. 200; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 181, 182.

¹³⁶ Bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1084.

¹³⁷ Krş. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 13.

Başsavcısına, Sherman Kanununa aykırı uygulamalardan zarar gören tüketiciler adına, üç kat zararın tazminini talep etme yetkisi verilmiştir¹³⁸.

§ 3. Türk Hukukunda Rekabetin Korunması

I. 1982 Anayasasından Önceki Durum

Türkiye kapitalist ekonomi sistemini benimsemiş bir ülke olmasına rağmen ticari hayat, rekabet şartlarından yoksun bir piyasadan ve devlet himayesinde gelişen müteşebbislerden oluşur. Fiyat ve diğer piyasa şartlarının devletin müdahalesine gerek kalmadan piyasa şartları çerçevesinde belirlenmesi ve devletin yer almadığı bir iktisadi hayat, aslında Türk halkına yabancısıdır¹³⁹. 1982 Anayasasından önce, rekabet sınırlamaları ve serbest rekabet sistemini konu edinen düzenlemelerin etkinliğinden söz edilemez. Gerçekten yürürlükteki hukuk düzenimiz içinde, rekabeti sınırlayıcı uygulamalara karşı genel olarak TK 56-65. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümlerinden, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri ile Ceza Kanunundaki bazı hükümlerden yararlanabilmek mümkün olsa bile, sözkonusu hükümler rekabet sınırlamaları ile mücadelede yeterli olmayacaktır.

Rekabet sınırlamaları bakımından ilk olarak, iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik, TK 56-65. maddeleri arasında düzenlenen "haksız rekabet hükümleri"nden söz edilebilir. Haksız rekabet, iyi niyet kurallarına aykırı hareketlerle iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasıdır. Haksız rekabetten söz edebilmek için her şeyden önce rekabetin iktisadi alana ilişkin olması gerekir. Konusu iktisadi olmayan ya da gelir elde etmeye yönelik faaliyetlerle ilgili olmayan rekabet, TK anlamında haksız rekabet kabul edilmez. Haksız rekabet hükümleriyle hem rakiplerin menfaatleri korunmakta hem de özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışabilme haklarının engellenmesi önlenmek istenmektedir (1924 Anayasası m. 70, 79, 1961 Anayasası m. 40, 1982 Anayasası m. 48). Bu anlamda haksız rekabet hükümleri rekabet hakkını, dolayısıyla kamu menfaatlerini korumaktadır. İktisadi hayatın, rekabetin suiistimali ile bozulmasına izin verilemeyeceğinden, haksız rekabet hükümleriyle rakipler arasındaki sübjektif hakların korunması anlayışının dışına çıkmıştır. Zira davacı ve davalı sıfatını haiz kimseler arasında, rakipler dışında bazı kurum ve kişiler de katılmıştır¹⁴⁰. Fakat haksız rekabet hükümlerinin koruma alanı, rekabet hakkının iyi niyet kurallarına aykırı kullanılmasıyla

¹³⁸ Bkz. AGNEW, Competition Law, 195, 196.

¹³⁹ Bkz. ERKAN, Hüsni, Sosyal Piyasa Ekonomisi, İzmir 1987, s. 240.

¹⁴⁰ Bkz. POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 203; KARAYALÇIN, Yaşar, Haksız Rekabet - Akit Yapmamak - Boykot, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975, s. 108-124 vd.

sınırlıdır. Zira iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için, bu sonucun iyi niyet kurallarına aykırı hareketlerle meydana getirilmesi şarttır¹⁴¹. TK'nın 56. maddesinde bu durum "aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir" şeklinde ifade edilmekle birlikte, aslında her türlü aldatıcı hareketin iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edeceği şüphesizdir. Bu yüzden biri diğeri içerisinde değerlendirilebilecek iki ibarenin arka arkaya kullanılması isabetli olmamıştır. Bunlardan başka, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması sonucunda zarar veya zarar tehlikesi doğmuş olmalıdır. Aksi halde haksız rekabet fiili neticesinde zarar veya zarar tehlikesi oluşmamışsa, haksız rekabetten bahsedilemez¹⁴². Bu şartlar altında haksız rekabet hükümlerinin rekabetin korunması açısından sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu, tatminkar sonuçlar doğurmayacağı açıktır. Bu doğrultuda iki hukuk dalının üzerinde yoğunlaştıkları hedefler ve kullandıkları araçlar da farklıdır¹⁴³.

Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda rekabet sınırlamalarıyla ilgisi kurulabilecek kimi hükümler var ise de bu hükümlerin yeterli mücadele imkanı sağlayabileceğini ummak boş olacaktır. Medeni Kanundaki dürüstlük ilkesi gereği (MK m. 2) herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst ve iyi niyetle hareket etmelidir. Ahlaki değerlerle de sıkı bir ilişki içerisinde bulunan bu kural, bütün özel hukukta uygulanmak üzere konulmuş, kapsamlı ve etkili bir düzenlemedir¹⁴⁴.

Dürüstlük ve iyi niyet kuralı hukuki ilişkilerde, iş hayatına, örf ve adete ilişkin genel kabul görmüş prensipleri içerisinde taşır. Taraflar haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken bu ilkelere uymak zorundadırlar¹⁴⁵. Dürüstlük ve iyi niyet prensibinin muhtevası hal ve şartlara göre tayin edilir. Aynı zamanda dürüstlük kurallarına uymak maddi hukukun bir parçasıdır ve taraflarca ileri sürülmesi bile hakim, resen bunları uygulamakla yükümlüdür¹⁴⁶. Görüldüğü gibi oldukça genel bir ilke olan dürüstlük kuralıyla, hayli teknik bir alan oluşturan rekabet sınırlamaları hukuku ihlalleriyle savaşmaya çabalamak, en hafif deyimiyile tatminkar çözümler sağlamayacaktır.

¹⁴¹ Geniş bilgi için bkz. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, 292; POROY/YASAMAN, Ticarî İşletme Hukuku, 201 vd.

¹⁴² Bkz. "Giriş" kısmında, haksız rekabet ve rekabet düzenlemeleri arasındaki farklar.

¹⁴³ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 20. Kartel sözleşmesi ve haksız rekabet ilişkisi için bkz. KARAYALÇIN, İşbirliği (Kartel) Sözleşmesi, Haksız Rekabet - Adi Şirket Yönetimi - Yed-i Adle Tevdi, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, III, Ankara 1988, s. 60 vd.

¹⁴⁴ Bkz. İMRE, Zahit, "Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimın İktisadi Meseleler Karşısında Durumu" Kemal Fikret ARIK'a Armağan, Ankara 1973, s. 184 vd.

¹⁴⁵ OĞUZMAN; Medeni Hukuk Dersleri, s. 137, 138.

¹⁴⁶ İMRE, Zahit, "Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimın İktisadi Meseleler Karşısında Durumu", s. 185; OĞUZMAN; Medeni Hukuk Dersleri, s. 144, 145.

Benzer şekilde, özellikle dışlayıcı anlaşmalara karşı Medeni Kanunun kişilik haklarına ilişkin 23 ve 24. maddelerinin uygulanması düşünülebilir. Rekabetin çeşitli yollardan kısıtlanması, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinde zorluklar ile karşılaşması, açıkça iktisadi gelişmenin engellenmesidir. Bu gibi durumlarda zarar gören teşebbüslerin, kişilik haklarını koruyucu davalardan yararlanmaları mümkündür. Fakat kişilik haklarını korumaya yönelik Medeni Kanununun 23 ve 24. maddelerinde yer alan hükümler, hem konu ve kişi bakımından hem de amaç yönünden, rekabet hukuku bakımından oldukça sınırlı bir uygulama alanına sahip olacaktır.

Ceza Kanunu 366. maddesindeki devlet ihalelerinde rekabeti sınırlayıcı davranışların suç teşkil ettiğini belirten hüküm, pozitif hukukumuz içerisinde rekabet hukuku ile ilgili önemli bir düzenlemedir. Ancak bu maddenin uygulama sahası, devlet ihaleleriyle ilgili işlere hasredilmiş olduğundan, rekabet sınırlamaları hukuku bakımından pek az bir etki alanına sahiptir. Görüldüğü gibi Ceza Kanunundaki düzenleme de hukuka aykırı rekabet sınırlamalarına karşı dolaylı ve hayli sınırlı ceza önlemlerinden öte gidememektedir¹⁴⁷.

Kartel ve hakim konumdaki teşebbüslerin piyasaya girişleri zorlaştırdıkları veya rakip teşebbüslerin piyasada kalabilme şartlarını güçleştirdikleri bilinen gerçeklerdir. Bu kısıtlamanın "özel teşebbüs hürriyeti"nin (1982 Ay. m. 48, 1961 Ay. m. 40) ruhuna aykırı olduğu aşikardır. Özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine, sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması, devlet için anayasal bir görev olarak kabul edilmiştir (1982 Ay. m. 48)¹⁴⁸. Bundan başka özel teşebbüs hürriyeti gereği, kanunen yasaklanmamış her türlü faaliyete girişmek, istenildiği gibi yürütmek ve istenildiği anda sona erdirebilmek, en temel haklardandır. Bu durum aynı zamanda özel hukukta yasaklanmamış alanda sahip olunan ehliyetin doğal sonucudur. Piyasalarda rekabetin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması özel teşebbüs hürriyetinin ihlalidir. Yine Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununda "rekabet yasağı"na ilişkin hükümler mevcuttur. Gerçi rekabet hukuku mal ve hizmet piyasalarında etkin rekabeti hakim kılmayı, rekabet yasağı ise, bir işletmeyle ilgili kimselerin, işletmenin konusuna giren işler neviden bir işi, ne kendisi ne de başkası hesabına yapmama yükümlülüğünü konu edinir (BK m. 348-351, 455, 526, TK m. 172, 250, 335, 547)¹⁴⁹. Bu yönden bakıldığında, rekabet hukuku ile rekabet

¹⁴⁷ Bkz. ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 206.

¹⁴⁸ Özel teşebbüs hürriyeti hakkında geniş bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Çevre Hakkı ve Yargı (Özel Teşebbüs Hürriyeti Açısından Çevre Hakkı ve Yargısal Korunma), Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara 1998, s. 114 vd.

¹⁴⁹ Bkz. YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 424 vd; KARAYALÇIN, Yaşar, Hizmet Akdi - Sona Ermesi, Rekabet Yasağı - Rekabet Yasağına Aykırı Hareketin Sonuçları, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, III, Ankara 1988, s. 35 vd.

yaşığı ilkesinin birbirine aykırı hedeflere yöneldikleri düşünülebilir. Fakat aslında her iki düzenlemenin amacı, piyasalarda dürüstlük ilkesinin hakim kılınması ile kişilerin emek ve kabiliyetleri dışında haksız kazanç sağlamalarının önlenmesidir.

II. 1982 Anayasasından Sonraki Dönem

1. Piyasaların Düzenlenmesinde Devletin Görevi

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de 1980'li yıllar "rekabet", "serbest piyasa", "özelleştirme", "yeniden yapılanma" gibi kavramların sıkça kullanıldığı yıllar olmuştur¹⁵⁰. Bu yıllarda dünyada yaşanan değişiklikler, daha rekabetçi ekonomilerin oluşmasına yol açmıştır. Özellikle ülkemizde giderek ciddi sorunlara yol açmaya başlayan KİT'ler ve devlet himayesinde gelişen özel sektör, değişen dünya koşullarından etkilendikleri ölçüde uyum zorlukları içine girmişlerdir. Yaşanılan uyum sorunlarının aşılmasında rekabet düzeninin, ithalat politikalarının, korumacı devlet tutumunun ve özelleştirme konularının önemi büyüktür.

Devletin piyasa düzeniyle ilgili ödevleri bakımından 1982 Anayasası, önceki anayasalarda yer almayan önemli bir hükme yer vermektedir. Gerçekten Anayasanın 167. maddesi ile devlete, rekabet hukuku konusunda düzenleme yapmak suretiyle piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi verilmiştir. Piyasa ekonomilerinde, genel ekonomi politikası bakımından rekabet politikasının ne derece hayati önemi haiz olduğu bilinmektedir. Bu yüzden serbest piyasa sisteminin hakim olduğu ekonomilerde rekabetin tesisi, korunması ve sürekliliğinin sağlanması devletin temel görevlerinden birisidir. Rekabet sistemiyle ilgili hukuki düzenlemelerin yapılması Anayasal bir zorunluluk olmaktan başka, 12 Eylül 1963 tarihli Ankara Anlaşması (m. 16)¹⁵¹ ve 23 Kasım 1970 tarihli Katma Protokolde¹⁵² (m. 43), Roma Anlaşmasının uygulanabilirliğini sağlayacak lüzumlu düzenlemelerin yapılması gereği, uluslararası bir yükümlülük olarak da kabul edilmiştir. Ayrıca Gümrük Birliği anlaşması gereği, Avrupa Birliği ile Türkiye arasında oluşturulacak gümrük birliğinin önemli araçlarından birisi de tarafların rekabet politikası ve rekabet hukuklarının birbirine uyumlaştırılmasıdır. Bir anlamda

¹⁵⁰ Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, s. 19. Ayrıca bkz. KOVACIC, Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies, s. 403 vd.

¹⁵¹ OJ, 29.12.1964, L. 217.

¹⁵² OJ, L. 293/72. Türkiye - AB ilişkileri ve Ankara Anlaşması hakkında geniş bilgi için bkz. KILINÇ, Uğur, Türkiye Avrupa Toplulukları İlişkileri, Ankara 1990, s. 28 vd.

Gümrük Birliği Anlaşması ile Türkiye'nin Avrupa Birliği rekabet politikalarını ve rekabet hukukunu benimsemesi istenmektedir¹⁵³.

Hukukumuzda rekabet sınırlamaları hukukunun konusuna giren davranışlarla ilgisi kurulabilen kişiliğin korunmasıyla alakalı MK 23 ve 24. maddeleri ile CK 366. maddesi hükümlerinin çok sınırlı bir uygulama alanı vardır. Görüldüğü gibi CK 366. maddesi bir yana bırakılacak olursa, pozitif hukukta yer alan hükümlerin rekabet sınırlamaları hukuku bakımından yeterli olmadığını söylemekten ziyade, bu alanda doğrudan uygulanabilecek herhangi bir hükmün bulunmadığından söz etmek daha isabetli olacaktır. Ülkemizde bu eksikliği telafi etmeye yönelik çabaların 1978'de başladığını görmekteyiz. İlk tasarı bu tarihte "İç ve Dış Ticaretin Korunması 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 izlemiştir¹⁵⁴. Tasarılar rekabet hukukunun amaçlarının saptırıldığı, rekabet hukukunun devlet korumacılığını ve müdahaleciliğini geliştirmek için hazırlandığı izlenimi ön plana çıkarmaktadır. Gerçekten tasarılar kriz kartelleri, ihracat kartelleri kılıfıyla ekonomik hayatın piyasa şartları çerçevesinde işlemlerini ve gelişmesini gölgeleyecek, hatta engelleyecek devlet korumacılığı anlayışına özel bir önem atfedilmiştir¹⁵⁵.

2. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

a. Kanunun Amacı

Rekabet düzenlemelerinin amacı, piyasaların kendi doğal oluşumları içerisinde gelişmesini temin ve piyasaları her türlü müdahalelerden (özel kişiler veya devlet) korumaktır¹⁵⁶. Kanunun amacı şu şekilde belirtilmektedir: "... mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini

¹⁵³ Gümrük Birliği Anlaşmasının etkileri için bkz. KÖKSAL, Tunay, Avrupa Birliğinde Bazı Sektörlerde Tekelleşmeyi Önlemek ve Liberalizasyonu Sağlamak için Yapılan Düzenlemeler, Ankara 1997, s. 52 vd; AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, AB Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış ve Gümrük Birliği Çerçevesinde Türk Rekabet Hukuku, s. 11, 12; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 271.

¹⁵⁴ Tasarılar hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 208 vd; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 27 vd.

¹⁵⁵ Bkz. Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu Rekabet Hukuku ve Politikası, s. 27.

¹⁵⁶ Bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 5, 9; GOLDMAN, Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 2, 3.

kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır" (RK m. 1)¹⁵⁷. Temelde rekabet sınırlamaları hukuku ile ilgili olan üç ekonomik oluşum bulunmaktadır. Bunlardan ilki, teşebbüsler arası işbirliği ve uyumlu eylemler, ikincisi ekonomik gücün kötüye kullanılması, üçüncüsü ise iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi yahut birinin diğerini devralmasıdır. Aynı şekilde devletçe alınan tedbirler veya kimi teşebbüslere yönelik devlet yardımları, piyasadaki rekabet şartlarını bozan yukarıdaki üç oluşuma benzer sonuçlar doğurabilir. Kamu teşebbüsleri ve devlet tarafından ayrıcalık tanınmış veya özel yetkilerle donatılmış teşebbüsler, diğer teşebbüslerin uyması gereken rekabet kurallarına uymak zorundadırlar. Devletin veya devletin kontrolündeki teşebbüslerin korumacı anlayışla ve teşviklerle kayrılmasının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri göz ardı edilemez¹⁵⁸.

Bu durumda Rekabet Kanununun amacı, her şeyden önce teşebbüsler arasında oluşacak işbirliği mutabakatlarına (teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları, birleşme ve devralmalar) engel olmaktır. Ayrıca piyasaya hakim olan teşebbüsler, ekonomik gücünü kötüye kullanarak piyasayı sömürmeye veya rakip teşebbüslerin piyasaya girmelerini zorlaştırmaya yahut mevcut rakipleri piyasadan silmeye teşebbüs edebilir. Bu yıkıcı davranışlara engel olunması ve genel bir ifadeyle de iktisadi yoğunlaşmaya giden yolun tıkanması, rekabet kanunlarının temel amacıdır. Son olarak rekabet şartlarını bozacak tarzdaki devlet yardımları ve ayırıcı uygulamaların önlenmesi de rekabet kanunlarının görevleri arasında yer alır. Rekabet hukuku kuralları, serbest piyasa ekonomisini benimsemiş ekonomilerde bir amaç değil, piyasanın gerek özel kişilerden gerekse devletten kaynaklanacak her türlü suni

¹⁵⁷ Amaç maddesi, ifade tarzı bakımından hem sıkıcı hem de kulak tırmalayıcı bir şekilde kaleme alınmıştır. Madde içerisinde tek cümlede aynı bağlaçlar ve kelimeler arka arkaya kullanılmış, anlam zaafiyetine sebep olunmuştur. Ayrıca kanun koyucu, rekabeti sınırlayıcı uygulamaları güya, özellikle belirtmek suretiyle maddeye açıklık kazandırmak isterken, tabir caizse yüzüne gözüne bulaştırmış, genel olarak hukuka aykırı kabul edilen üç uygulamadan ikisini kapsamına almış birisine (birleşme ve devralmalar) değinmemiştir. Böylece madde Kanunun, amacını açıklamaktan ziyade konusunu açıklar hale dönüşmüştür. Halbuki ilerleyen bölümde 20. maddenin başlangıcı, Kanunun amacını 1. maddeden daha güzel ifade etmektedir. Bu durumda Kanunun amacı, "Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünü ve gelişmesini temin" etmektir. Ayrıca bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 34; BUDAK, Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, s. 136.

¹⁵⁸ Kanunumuz sisteminde kamu teşebbüslerine ve devlet yardımlarına ilişkin özel bir düzenlemeye rastlanmaz. Halbuki mehzaz olan ATA'nın rekabet kurallarında ve değişik ülke hukuklarında bu konuya ilişkin açık düzenlemeler yer almaktadır. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 224-231, 261-280. İtalya rekabet kanununun 8. maddesi de ATA 86. maddeye benzer hükümlere yer vermektedir. Bkz. PAVESIO, The Italian Rules on Protection of Competition and the Market, Supplement 1.

müdahalelerden uzak, kendi doğal işleyişi çerçevesinde oluşmasını sağlayacak bir vasıta olarak düşünülmelidir¹⁵⁹.

b. Kanunun Kapsamı

Bir kanunun kapsamından söz edildiğinde, onun uygulama alanı anlaşılır. Rekabet Kanununun uygulama alanı toprak bakımından ve sektör bakımından ayrı ayrı düşünülmelidir. Bizzat Kanunun ifadesiyle, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer" (RK m. 2)¹⁶⁰. Her şeyden önce devlet, ülke sınırları içerisinde cereyan eden rekabeti sınırlandırıcı uygulamalarda, bütün kişiler ve şeyler üzerinde tek başına yetkilidir¹⁶¹. Ayrıca Kanun "etki doktrini"nden hareketle, etkisini ülke piyasalarında gösteren her türlü rekabeti sınırlayıcı faaliyeti, bunların ülke sınırları içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın uygulama alanı içerisine almıştır.

Rekabet kurallarının sektör bakımından uygulama alanı konusunda, Kanun herhangi bir hüküm taşımamaktadır. Avrupa Birliği hukukunda özel sektörle birlikte kamu sektörü de rekabet kurallarına tabidir¹⁶². Kanun piyasaları etkileyen "her türlü teşebbüs"ten bahsettiğine göre, kamu sektörünü rekabet hükümlerinin uygulama alanı dışında tutmayı gerektirecek haklı bir sebep düşünemiyoruz¹⁶³. Özellikle ülkemizde KİT'lerin hala sektörler bazında,

¹⁵⁹ Bkz. GOLDMAN, Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 5 vd.

¹⁶⁰ Bilindiği gibi "amaç", "kapsam" ve "tanım" maddelerinin kanunlarda yer almaları son düzenlemelere mahsus bir yoldur. Bu yolun tercih edilmesindeki başlıca amiller, ilgili kanunlara açıklık kazandırmak ve kanunun uygulanması aşamasında uygulayıcılara yol göstermektir. Bu çerçevede Rekabet Kanununun ne "amaç" ne de "kapsam" maddesi bu amaca hizmet edebilecek nitelikte hükümler değildir. Zira kapsam maddesi, amaç maddesinde yer verilen rekabeti sınırlayıcı uygulamalara "birleşme ve devralmalar"ın da ilave edilerek hazırlanmasından öteye geçememiştir. Bu yüzden "kapsam" maddesi aslında Kanunun konusunu göstermektedir.

¹⁶¹ Genel olarak milletlerarası hukukun bu ilkeye getirdiği sınırlamalar için bkz. TOLUNER, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri - Devletin Yetkisi, İstanbul 1989, s. 347.

¹⁶² Devlet teşebbüsleri ve devlet yardımları konusunda bkz. AGNEW, Competition Law, s. 179 vd; SLOT, Piet-Jan, "Competition and Public Service Obligations: The Example of the Energy Sector", in Current and Future Perspectives on EC Competition Law, Kluwer 14, European Monographs 1997, s. 109-120.

¹⁶³ Bkz. GOLDMAN, Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 7.

piyasanın önemli bir bölümüne sahip olduğu söylenebilir. Verimlilikten uzak, istismara açık, rekabet şartlarından yoksun, fakat istedikleri fiyatları dikte edebilen KİT'lerin denetim altına alınması açısından kamu sektörünün de Rekabet Kanunu uygulama alanına dahil edilmesi zaruridir¹⁶⁴.

c. Yasaklanan Faaliyetler

Kanunun ikinci kısmında, yasaklanan faaliyetlerle (m. 4, 6, 7) bunların ihlali durumunda sonuçları ve Rekabet Kurulunun yetkileri düzenlenmiştir. Esasen Kanunun 4., 6. ve 7. maddeleri genel olarak ekonomik verimliliği engelleyen faaliyetlerdir. Rekabeti sınırlandıran teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı oldukları 4. maddede örnekleme yoluyla sayılmıştır. Rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip işbirliği anlaşmaları, temel olgu veya hukuki sonuç olarak, rakipler arasındaki hem yatay anlaşmaları hem de dikey rekabet sınırlamalarını kapsamaktadır. Kanunda örnek olarak sayılan haller ise sınırlayıcı nitelikte değildir¹⁶⁵. Örnek kabilinden gösterilen hususlar, aslında yabancı ülke rekabet hukuklarında ve mahkeme içtihatlarında açıkça hukuka aykırı kabul edilmiş uygulamalardır¹⁶⁶.

Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki teşebbüsler arası işbirliği uygulamalarından, muafiyet şartlarını düzenleyen 5. madde anlamında, belli olumlu etkiler beklenebiliyorsa, 4. maddedeki yasak dışına çıkarılabilme imkanı mevcuttur. Böylece 4. maddedeki genel yasak, 5. madde ile tamamlanmakta hatta sınırlandırılmaktadır. Kanunun 4. maddesinde düzenlenen ve yasak kapsamına giren rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları, 5. maddedeki muafiyet kurallarından yararlandırılmamışsa m. 56/1 gereği batıl olacaktır.

Rekabeti sınırlayıcı uygulamalar bakımından önemli olan diğer bir düzenleme de Kanunun 6. maddesidir. Piyasaya hakim durumdaki bir teşebbüs,

¹⁶⁴ Şüphesiz bütün kamu sektörünü ve teşebbüslerini, hiç bir istisna tanımsızın Kanun kapsamına dahil etmek sakıncalı olabilir. Özellikle ülke kalkınması ve güvenliği açısından stratejik öneme sahip olan teşebbüsler, Kanun kapsamı dışında bırakılmalıdır. Rekabet Kurulu, Kanunun uygulama alanı dışında tutulacak teşebbüsleri, tebliğler çıkarmak suretiyle belirleme yetkisine sahiptir (RK m. 27/f).

¹⁶⁵ BOUTERSE, Competition and Integration - What Goals Count? s. 2; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 32.

¹⁶⁶ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 21, 22; WHISH, Competition Law, s. 186, 187. Kanunumuzun 4. maddesine ATA'nın 81. maddesi mehz teşkil ettiğinden, hemen hemen her iki maddenin aynı hükümleri taşıdığı söylenebilir. Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 111-177; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law, s. 113 vd; MERKIN, Robert, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, London 1987, s. 1-200 vd. ABD uygulaması için bkz. TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 174 vd; BORK, The Antitrust Paradox, s. 299 vd; HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1084.

ekonomik gücünü diğer rakip teşebbüsler veya tüketiciler aleyhine kullanamaz. Aslında "tekel" olmak başlı başına hukuka aykırı bir durum değildir¹⁶⁷. Ne var ki, piyasaya hakim konumdaki (tekel) teşebbüsler tarafından, bu durumdan doğan imkanların rakipler aleyhine önemli ölçüde istismar edildiği veya tüketicilerin sömürüldüğü, hülasa çeşitli suretlerle hakim durumun kötüye kullanıldığı haller vakidir. Hakim durumun kötüye kullanılması yasağı, doğrudan doğruya uygulanabilen ve muafiyet yoluyla yasak dışına çıkarılma imkanı bulunmayan bir hukuka aykırılık halidir¹⁶⁸.

Hakim konumdaki teşebbüslerin, ekonomik güçlerini kötüye kullanmaları ihtimaline binaen bu sonuca yol açmaya yatkın olan birleşme ve devralmalara karşı da ihtiyatla yaklaşılması zaruridir. Piyasada hakim durum yaratacak veya hakim durumlarını kuvvetlendirecek nitelikteki teşebbüs birleşmeleri, şayet rekabetin önemli derecede azalması sonucunu doğuracaksa, söz konusu birleşmelere müsamaha ile bakılamaz. İşte Kanunun 7. maddesi, teşebbüsler arası birleşme ve devralmaları düzenlemektedir. Kanun iktisadi yoğunlaşmanın iki yolundan, birleşme ve devralmalardan bahsetmekle birlikte, bunlardan başka yöntemler de (mesela joint venture) mevcuttur. Aslında önemli olan husus, iki veya daha fazla teşebbüsün karar mekanizmalarının kontrol altına alınmasıdır. Birleşme, bir veya daha fazla teşebbüsün malvarlığının, tasfiye olunmaksızın kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla diğer bir teşebbüsün malvarlığıyla bütünleşmesidir¹⁶⁹. Fakat Rekabet Kanunu çerçevesinde değerlendirilecek birleşme ve devirler, ticaret hukukunun teknik-hukuki anlamdaki birleşmeleriyle sınırlandırılmaz.

Tamamen farklı konularda faaliyet gösteren, tek çatı altında toplanmaları herhangi bir şekilde hakim durum uygulamalarına yol açmayacak ve piyasadaki rekabeti etkilemeyecek birleşme veya devralmalar, 7. madde anlamında hukuka aykırı kabul edilemezler. Bunun gibi, herhangi bir teşebbüsün mal varlığının veya ortaklık paylarının tümünün veya o teşebbüsün yönetiminde hak sahipliği sağlayacak bir kısmının miras yoluyla iktisap edilmesi de yasaklanamaz. Fakat halihazırda bir teşebbüsü kontrol eden gerçek veya tüzel

¹⁶⁷ Bkz. EHLERMANN, *Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community*, s. 61.

¹⁶⁸ ABD Antitröst hukukunda "tekel" olarak anılan hakim durum uygulamalarına da muafiyet hükümlerinin uygulanması gereğinden bahsedilebilir. Bu yönde teşebbüsler arası anlaşmalar sonucu ortaya konulan bir uygulamanın muafiyet hükümlerinden yararlandırılmasına karşılık, aynı uygulamaya tek başına karar veren tekel (hakim konumdaki) teşebbüsün muafiyet hükümlerinden yararlandırılmamasının makul karşılanamayacağı hakkındaki bir değerlendirme için bkz. BUDAK, *Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi*, s. 149.

¹⁶⁹ Bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, s. 99 vd.

kişinin¹⁷⁰, diğer bir teşebbüsün ortaklık paylarını ele geçirecek onun yönetiminde söz sahibi olması yahut teşebbüslerin doğrudan birleşmeleri ya da birinin diğerini devralması sonucunda rekabet önemli ölçüde engellenmişse, Kanunun 7. maddesi hükmünün uygulanması gündeme gelecektir. Yönetime katılma iradesi taşımayan, yani sadece yatırım amacı ile gerçekleştirilen ortaklık payı ve diğer yatırım araçlarının satın alınması, Kanunun (bu hükmü) uygulama alanı içine girmeyecektir¹⁷¹.

¹⁷⁰ Kanunun 7. maddesine göre, "herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığının yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ... devralması hukuka aykırı"dır. Halbuki herhangi bir kimsenin söz konusu araçları satın alması rekabet hukuku bakımından önemli sayılacak piyasa yapısı değişikliklerine yol açmaz. Bu yüzden "İşletmeler arası konsantrasyonların önlenmesine yönelik 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü" (OJ, 1989, L 395/1, düzeltilerek yayınlanmış şekli, OJ, 1990, L 257/14), m. 3/1-b'de olduğu gibi bu kısım "halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol altında tutan kimseler" şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 6-006, 7; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 121.

¹⁷¹ Ortaklık paylarının satın alınması veya yönetime katılma hakkı veren her türlü araçların satın alınması, RK m. 7 çerçevesinde değerlendirilecektir. Teknik - hukuki açıdan, anonim şirket dışındaki şirketler bir yana bırakılırsa, bu şirkette ortakların, doğrudan doğruya yönetim hakları yoktur. Bu hak, genel kurulda yöneticileri seçerek ve onları ibra ederek (veya etmeyerek) kullanılır. Anonim şirketlerin yönetim organı "yönetim kurulu"dur. Bu yüzden pay, sahibine bildiğimiz bu anlamda yönetim hakkı vermez (TK m. 317). Yine pay sahibinin şirketi "temsil" ve "denetleme" hakkı da yoktur. Anonim şirketlerin kanuni temsilcisi yönetim kuruludur. Şirketi iç ve dış ilişkide, yönetim kurulu temsil eder. Aynı şekilde pay sahibinin doğrudan "denetleme" hakkı olmadığından, bu görev pay sahipleri adına "denetleme" organı tarafından icra edilir. Şu durumda pay sahibi olmanın dışında şirket yönetiminde (bu da doğrudan değil) hak sahipliği veren, başka bir araç yoktur. Kanunun ifade şeklinden, "oydan yoksun pay senetleri" dışında "oy hakkı bulunan pay senetleri"nin satın alınmasını anlamak mümkündür. Aslında Ticaret Kanununun kabul ettiği sistem içerisinde, her payın en az bir oy hakkı vardır ve oysuz pay olmaz (m. 373/1). Fakat 1992 tarihinde yapılan bir değişiklikte Sermaye Piyasası Kanunu m. 14/A hükmü ile, karda imtiyazlı olmak üzere, oy hakkından yoksun pay senetleri çıkarılabilmesine izin verilmiştir. Oydan yoksun paylar, sahiplerine oy hakkı ile oy hakkına bağlı iptal davası açmak gibi haklar dışındaki bütün hakları sağlarlar. Gerçekten payların çok dağıldığı halka açık anonim şirketlerde, bir paya düşen oyun etki gücü yok denecek kadar azdır. Bu tür şirketlerde tasarruf sahiplerinin amacı, yönetimde seslerini duyurmak değil, kar elde etmektir. Şirket yönetiminde söz sahibi olabilmek, imtiyazlı veya imtiyazsız paylarla sağlanan oy gücüne ya da yönetim organındaki temsilcilere bağlıdır. Payların dağılım düzeyi yükseldikçe, şirkette hakimiyet kurabilmek için gerekli oran da düşer. Yerine göre yüzde kırk, yerine göre yüzde yirmi de yönetimde belirleyici güç olabilmek için yeterli bir orandır (Bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 431). Fakat Rekabet Kanunu uygulaması bakımından "yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçlar"ın devralınması veya "kontrol"ü, 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" (RG, 12.8.1997, S. 23078) 2. maddesi ilkeleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Söz konusu Tebliğin 2. maddesine göre **kontrol**, "ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde

Bir birleşmenin (veya devrin) yasaklanabilmesi için birleşme sonucunda teşebbüsün hakim duruma gelmesi yahut mevcut olan hakim durumun daha da güçlenmesine yol açması ve nihayet ilgili piyasada rekabetin önemli ölçüde azalması gerekir¹⁷². Rekabet Kurulu hangi tür birleşmelerin izne tabi olduğunu, hangileri için izin gerekmediğini çıkaracağı tebliğlerle belirleme yetkisine sahiptir (RK m. 7/2)¹⁷³.

d. Yasakların İhlali ve Rekabet Kurulu'nun Yetkileri

da. Yasakların İhlali

Kanununun 4. ve 6. maddesinde yasaklanan hallerde aykırı davranışlarla birlikte 7. madde kapsamına girdiği anlaşılan birleşme ve devralmalarda ilgililere, her yıl değişen miktarlarda para cezası verilir. Ayrıca muafiyet, menfi tespit, birleşme ve devralma başvurularında, Kurul'un bilgi isteme ve yerinde inceleme hallerinde, yanıltıcı ve gerçeğe aykırı bilgiler verilmesi, muafiyet kararlarıyla üstlenilen yükümlülükler aykırı davranılması aynı sonuca yol açacaktır. İlgililerin kusur derecesi, pazar gücü, sebep olunan zararın ağırlığı gibi unsurlar, en az para cezasının üzerine çıkan cezaların tayininde, göz önünde

belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir. Kontrol hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir”.

¹⁷² Aslında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren birleşmelerin, rekabeti önemli ölçüde azaltacaklarından kuşku duymamak gerekir. Bu durumda "rekabetin önemli ölçüde azalması" gibi ilave bir şartın aranması yersiz olacaktır. Gerçekten birleşme yahut devralma yoluyla ortaya çıkan hakim durumun, normal olarak bir teşebbüsün kendi iç dinamiklerini kullanarak, başarılı ve basiretli çalışmalarına veya tamamen yasal bir patent hakkına dayanarak bu pozisyona yükselmesinden farklı olduğu açıktır. İkinci hal, tamamen arzu edilir bir durum olması itibarıyla, tek başına yasaklama sebebi olarak kabul edilemez (RK m. 6). Fakat ilk hal tamamen suni bir büyüme olduğundan, tasvip edilmemesi gerektiği düşünülebilir. Buna karşılık hakim durumda bulunmanın tek başına hukuka aykırı görülmediği bir hukuk sisteminde, sadece birleşme ve devralmalara yönelik bu ilkedan vazgeçilmesinin doğru olmayacağı sonucuna da ulaşılabilir. Fakat belirli bir piyasadaki üretimin tamamını veya tamamına yakın bir kısmını gerçekleştiren üç teşebbüsün aralarında birleşmesiyle, sözkonusu ürün bakımından ortaya çıkan (yeni) teşebbüsün hakim konuma geleceği ve mevcut rekabetin sona ereceği açıktır. Bu yüzden hakim duruma yol açan birleşmelerin rekabeti sınırlandıracağı, daha yerinde bir ifadeyle ortadan kaldıracağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla Kanununun 7. maddesinde birleşme veya devrin, "rekabetin önemli ölçüde azalması" sonucuna yol açması unsuru dışında, ayrıca hakim duruma yol açması veya teşebbüslerin hakim durumlarını daha da güçlendirmesi şartına yer verilmesini isabetli bulmuyoruz. Aksi halde rekabeti önemli ölçüde azaltan, fakat hakim duruma yol açmayan birleşme veya devrin yasaklanması mümkün olmayacaktır. Ayrıca bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 120.

¹⁷³ Kurulca kabul edilen ve 5.11.1997 tarihinde yürürlüğe giren 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" için bkz. RG, 12.8.1997, S. 23078.

bulundurulacak temel ölçülerdir. Tüzel kişi teşebbüslerin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de tayin edilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası verilir (RK m. 16).

Rekabet Kurulu Kanunu ihlal eden teşebbüslere ihlale son verme, belirli edimleri yerine getirme mükellefiyeti yükleyebilir. Kanunun 9. maddesine göre Kurul yasaklama sınırlarının ihlali durumunda, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin -yeniden- tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi yahut kaçınılması gereken davranışları kapsayan emirler yöneltebilir. Ayrıca Kurul nihai karara kadar, ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğması kuvvetle muhtemel ise, ihtiyati tedbir kararı da verebilir (RK m. 9/4).

db. Para Cezaları

Para cezaları Kanunun 16 ve müteakip maddelerinde düzenlenmektedir. Rekabeti sınırlayıcı faaliyetler dışında, Kanunun, teşebbüsler için öngördüğü davranış yükümlülüklerine aykırılık halinde tespit ettiği maktu cezalar, 16. maddenin birinci fıkrasında yer almaktadır. Rekabeti sınırlayıcı faaliyetlere (teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar) karşı tayin edilen ceza ise; her yıl gözden geçirilen, asgari sınırı belirli olan para cezaları ile, ilgili teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar saptanacak kısımdan oluşur¹⁷⁴.

Kanunda, Kurul kararlarının yerine getirilmesine hizmet edecek adli ve inzibati tedbirlere yer verilmemiştir. Kurulun para cezası veya süreli para cezası kararları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yerine getirilir (RK m. 55/2). Ayrıca "süreli para cezaları" başlığı altında Kurul kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, devam eden ihlallere yönelik her gün için artan miktarlarda para cezası öngörülmüş bulunmaktadır (RK m. 17)¹⁷⁵. Süreli para cezalarının asıl amacı teşebbüslerin, tedbir niteliğindeki Kurul kararlarına uymalarını sağlamaktır.

¹⁷⁴ Tatbik edilecek para cezalarının caydırıcı miktarda olması gereği hakkında bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 13.

¹⁷⁵ Bkz. ERSİN, Mehmet Akif, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", İNAN, Nurkut, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 25, 26.

Kanunda düzenlenen para cezası (m. 16) ve süreli para cezası (m. 17) idari nitelikli cezalardandır ve Kanunu ihlal eden taraflara ayrı ayrı uygulanır (m. 18/1)¹⁷⁶.

dc. Kurulun Yetkileri

Rekabet Kurulu tüzel kişiliği haiz, görevlerinde bağımsız, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurumdur. Kurulun görevi, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünü ve gelişmesini temin etmektir¹⁷⁷. Biz rekabet kurulunun idari görev ve yetkileri dışında, rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerle ilgili maddi hukuk hükümlerinin yürütülmesine ilişkin yetkilerini inceleyeceğiz¹⁷⁸.

i. Muafiyet Kararı

Rekabet Kanunu 4/1 maddesi kapsamında sayılabilecek bir işbirliği anlaşmasının, 5. maddedeki şartları taşıması koşuluyla, 4. madde hükmünden muaf tutulması Rekabet Kurulunun münhasır yetkileri arasındadır. Kurul, muafiyetle ilgili Kanunun 5/1 maddesi çerçevesinde, sözkonusu işbirliği davranışlarının genel yasak ilkesi (m. 4) uygulamasından istisna tutulmasına karar verebilir. Böylece taraflar, aslında hukuka aykırı olan (m. 4) işbirliği anlaşmalarına yönelik, muafiyet süresi içinde, Kanunun 4. maddesiyle¹⁷⁹ ilgili herhangi bir takibata uğramayacaklardır. Şayet Kurul RK m. 5/1'deki şartların mevcut olmadığını tespit ederse muafiyet kararı veremez. Bu durumda rekabeti

¹⁷⁶ Para cezalarını tabi olduğu zamanaşımı süreleri ise şu şekilde tespit edilmiştir: a) Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl, b) diğer hallerde ise beş yıldır. Süre, ihlalin vuku bulduğu günden, sürekli veya tekrarlanan ihlallerde ise ihlalin sona erdiği yahut en son tekrarlandığı günden itibaren başlar. Nihayet karar aleyhine yargı yoluna başvurulması ve söz konusu ihlallerle ilgili olarak Kurulun yapacağı herhangi bir işlem ilgili tarafa tebliğ edilmekle zamanaşımı süresi kesilir (m. 19).

¹⁷⁷ Krş. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 10 vd.

¹⁷⁸ Kurulun yapısı, görev ve yetkileri hakkında bkz. EROL, Kemal, "Rekabet Kurulunun Yapısı ve Yetkileri ve Usul", İNAN, Nurkut, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 28-44; AKINCI, Ateş, "Rekabet Kurulu Teşkilatı", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 60-64; ULUSOY, Ali, "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 3-13.

¹⁷⁹ Kurulun muafiyet kararı, yasak işbirliği davranışlarını sadece Kanunun 4. maddesine karşı korur. Sözkonusu hukuka aykırı davranışlar diğer yasaklayıcı hükümlerin (m. 6, 7) uygulama alanına girdiği takdirde muafiyet kararı herhangi bir etkiyi haiz değildir.

sınırlayıcı işbirliği anlaşması soruşturma kapsamına alınarak, söz konusu uygulamaların yasaklanmasına karar verilecektir¹⁸⁰.

Muafiyet kararları en fazla beş yıl için verilir. Süre sona erdikten sonra da muafiyet şartları halen devam ediyorsa, tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararı yenilenebilir. Hatta Kurul, belirli konulardaki anlaşma türlerine RK m. 5/1 şartları çerçevesinde toplu olarak muafiyet tanıyabilir ve grup muafiyetleriyle ilgili şartları tebliğler çıkarmak suretiyle gösterir (m. 5/3)¹⁸¹.

ii. Menfi Tespit Kararı

Teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, aralarında giriştikleri işbirliği faaliyetlerinin (teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları), birleşme ve devralmalar ile hakim durum uygulamalarının rekabet kurallarını ihlal ettiği kanaatini taşıdıkları takdirde, Rekabet Kuruluna başvurarak söz konusu uygulamaların Kanununun 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olup olmadığının incelenmesini isteyebilirler. Böyle bir başvuruyu inceleyen Rekabet Kurulu, eğer 4, 6 ve 7. maddelere bir aykırılık bulmazsa, bu durumu tespit eden bir "menfi tespit kararı" verir (m. 8/1). Ancak menfi tespit kararı, Kurulun ileride yeniden bu konuyu değerlendirerek soruşturma açma yetkisini ortadan kaldırmaz.

Yeni durumlar¹⁸² ortaya çıktığında Kurul, pekala yeniden soruşturmaya başlayabilir. Rekabet Kurulu yaptığı incelemeler sonucunda bahsi geçen uygulamaları, Kanununun 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı görürse, menfi tespit kararı veremez. Bu takdirde Kurul, soruşturma konusu olayın rekabet kurallarına aykırı olduğunu tespit ederek, bu uygulamaların yasaklanmasına karar verecektir.

¹⁸⁰ Kanununun 5. maddesi ATA m. 81/3'ün tercümesidir. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1996), s. 38 vd.; DOHERTY, Community Exemptions in National Law, s. 315 vd.

¹⁸¹ Bkz. 1997/3 nolu Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG, 4.9.1997, S. 23100.; 1997/4 nolu Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG, 9.9.1997, S. 23105.

¹⁸² Şu durumlarda menfi tespit kararları geri alınır: (a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, (b) karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, (c) kararın söz konusu uygulama hakkında eksik ya da yanlış bilgilere dayanarak verilmiş olması. Eğer bu son hal, ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleştirilmişse menfi tespit kararı hiç alınmamış sayılır. Diğer hallerde geri alma kararı, a şıkında değişiklikten, b şıkında ise menfi tespit kararının verilmiş tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu haller aynı şekilde "muafiyet" kararlarının geri alınmasında da geçerlidir (RK m. 13).

iii. İhtiyati Tedbir Kararı

Kanunu ihlal ettiği gerekçesiyle incelemeye alınan teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerine karşı, ihlalden önceki mevcut rekabet şartlarının muhafazasına yönelik Rekabet Kurulu ihtiyati tedbir kararı alabilir (RK m. 9/4). Özellikle telafi olunamayacak zararlar açısından Kurulun ihtiyati tedbire karar verme yetkisi, son derece isabetli olmuştur. Ayrıca nihai kararın etkinliğini sağlayabilmek bakımından gerekli tedbirlerin alınması şarttır. İhtiyati tedbir kararı alabilmek için şu şartların gerçekleşmesi aranacaktır:

-Rekabeti sınırlayan bir yasak faaliyetin varlığı,

-Ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunması¹⁸³.

İhtiyati tedbir kararı, ihlalden önceki durumu korumayı amaçlamalıdır ve karar, hiç bir şekilde, nihai hükmün kapsamını aşacak derecede tesis edilmemelidir (9/4).

iv. Pozitif Davranışlarda Bulunmayı Emretme Yetkisi

Rekabet Kurulu kimi durumlarda teşebbüslere belirli davranışlarda bulunmayı emretme yetkisine sahiptir. Bu yetkisini Kurul, rekabet ihlallerinin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları telafi etmek için kullanır. Kanunda yasaklanmış olan faaliyetlerin varlığı halinde Kurul, ilgili teşebbüse, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun muhafaza edilmesi için gereken tedbirlerin alınmasını emredebilir (RK m. 9/1)¹⁸⁴.

v. Kurula Bildirilmemiş Birleşme ve Devralmalara Karşı Kurulun Yetkileri

Kanunun 7. maddesi çerçevesindeki birleşme veya devralmalar, 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"¹⁸⁵ uyarınca, 5.11.1997 tarihinden itibaren Kurul iznine tabi kılınmıştır¹⁸⁶. Bu durumda Kurul, on beş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin verecek ya da bu işlemi inceleme (soruşturma) kapsamına alacaktır (RK m. 40-48). Birleşme veya devir işlemi soruşturma kapsamına alındığı takdirde nihai karara kadar askıdadır, icra

¹⁸³ Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 193, 194. Ayrıca bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 974, 975; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 155 vd.

¹⁸⁴ Krş. 17 Sayılı Tüzük m. 3.

¹⁸⁵ RG, 12.8.1997, S. 23078.

¹⁸⁶ Krş. DAVIDOW, Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program, s. 29, 30.

edilemez (RK m. 10/2)¹⁸⁷. Şayet Kurul süresi içinde yapılan birleşme veya devir müracaatına herhangi bir cevap vermez ya da herhangi bir işlem yapmazsa, birleşme yahut devralma anlaşmaları, bildirim tarihinden otuz gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanır (RK m. 10/3). Bu halde Rekabet Kurulu, zımnen birleşme veya devrin, Kanunun 7. maddesine aykırı olmadığını kabul etmiş olmaktadır.

Tebliğin 2. ve 4. maddesi kapsamına giren her türlü birleşme veya devralmalar, işlemin yapılmasından uygun bir süre (tercihen 30 gün) önce Kurula bildirilmeli ve Kuruldan izin alınmalıdır (1997/6 sayılı teb. m. 7/2)¹⁸⁸.

İzne tabi kılındığı halde bildirilmemiş ve Kuruldan izin alınmamış olan birleşme ve devralmalar Kurul tarafından (kendiliğinden) incelemeye alınır. İnceleme sonucunda, birleşme veya devralmanın Rekabet Kanununun 7. maddesine aykırı olmadığı anlaşılırsa, sözkonusu birleşme veya devre izin verilir. Fakat bildirimde bulunma yükümlülüğünü ihlal eden ilgililere para cezası verilir (m. 11/a).

Kurulun incelemesi sonucunda birleşme veya devrin Rekabet Kanundaki yasak kapsamına girdiği anlaşılırsa, para cezası ile birlikte birleşme yahut devralma işlemlerinin sona erdirilmesine karar verilir. Ayrıca hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların, şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ortadan kaldırılması istenecektir. Bu anlamda mümkün olduğu ölçüde ele geçirilen pay veya mal varlığı değerlerinin eski maliklere iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve zaruri görülen diğer tedbirlerin alınmasına karar verilir (RK m. 11/b).

Son olarak ilave edelim ki, Rekabet Kurulu'nun, birleşme veya devrin Kanunun 7. maddesine aykırı olmadığına dair kararı, teşebbüslerden birinin yanlış ya da yanıltıcı bilgilerine dayanıyor yahut teşebbüsler kendilerine yüklenen mükellefiyetlere aykırı davranmışlarsa izin kararı geri alınır. Böylece Kurul tarafından birleşme veya devralma yeniden incelemeye alınarak, birleşme veya devrin yasaklanmasıyla birlikte diğer yaptırımların uygulanmasına karar verilir (1997/1 sayılı teb. m. 9).

¹⁸⁷ Kanunun ilgili hükmü bu hali, "... birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten itibaren Kurul, onbeş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ... ilgililere ... tebliğ etmek zorundadır" şeklinde ifade etmiştir. Ancak Kanunun "Kurul, ... yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde" şeklindeki ifadesi düzeltilerek yukarıdaki gibi anlaşılmalıdır.

¹⁸⁸ Bkz. 1997/6 sayılı "Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 Sayılı Kanundan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ", RG, 11.11.1997, S. 23167.

vi. Kurulun Bilgi Alma ve İnceleme Yapma Yetkisi

Rekabet Kuruluna, rekabet düzeninin muhafazası hedefine yönelik geniş yetkiler tanınmıştır. Fakat bu yetkiler doğal olarak araştırmanın amacıyla sınırlı olduğundan, keyfi ve teşebbüslerin olağan işlerini aksatacak şekilde kullanılamaz.

Kurul görevlerini yerine getirirken, gerekli gördüğü tüm bilgileri, ilgili teşebbüslerden ve bütün kamu kurum ve kuruluşlarından isteyebilir. Kurulca tayin edilen süre içerisinde istenilen bilgilerin ilgililer tarafından verilmesi zorunludur (RK m. 14). Bilgilenme hakkının olağan ve zorunlu sonucu, lüzumlu incelemelerin gerektiği şekil ve yerlerde yürütülebilmesidir¹⁸⁹. Bu yüzden Kurul, ihlalle ilgili teşebbüslerin bina, müştemilat ve kayıtlarında incelemeler yapabilir. Bu yönde teşebbüslerin defterleri, her türlü evrak ve belgeleri ve ayrıca bütün mal varlığı incelenebilir. Bunlara ilave olarak kanunu ihlal eden teşebbüsler, kendilerine yöneltilen soruları, Kurulun istediği şekilde (yazılı veya sözlü) cevaplandırmak zorundadır (m. 15)¹⁹⁰.

§ 4. Rekabetin Korunması Bakımından Hukuk Sistemleri

I. Genel Olarak

Her ülkenin, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamalara karşı takınacağı tutum, kendine has iktisadi ve sosyal yapısı çerçevesinde, izleyeceği rekabet politikasına göre farklıklar arz edebilir¹⁹¹.

Rekabet sınırlamaları hukukunun konusu, tekel uygulamaları ile genel anlamda işbirliği diyebileceğimiz teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları, birleşme ve devralmalardır. Ülkelerin gelişmişlik derecesi, politik tercihleri, rekabet hukuku konusu içerisine giren uygulamaların düzenleme şeklinin ve muhtevasının tayininde belirleyici rol olacaktır. Çünkü iktisadi kalkınma ve sosyal adalet ikileminden hangisine öncelik verileceği ya da bu iki hedefin nasıl bağdaştırılacağı sorununun çözümü, büyük ölçüde bu konu ile ilgilidir. Bu açıdan gelişmiş bir ülkenin rekabet politikası ile gelişmekte olan bir ülkenin rekabet politikası aynı olamaz. Gelişmiş ülkelerde, teşebbüsler arası işbirliği uygulamaları ve birleşmelerin kontrol altında tutulması, bu piyasalardaki rekabet ortamının korunması açısından zaruridir. Aynı zaruret ağırlığını, gelişmekte olan

¹⁸⁹ Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 953.

¹⁹⁰ Genel olarak bir rekabet teşkilatının bilgi alma ve araştırma yapma yetkileri konusunda bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 11 vd.

¹⁹¹ Bkz. WALLER, Spencer Weber, Comparative Competition Law as a Form of Empiricism, BJIL, Vol: XXIII: 2, 1997, s. 459, 463, 464.

ülkelerde teşebbüsler arası işbirliği ve birleşmelerin, küçük ve zayıf konumdaki teşebbüslerin hatta piyasaların dış rekabet şartlarına karşı korunması açısından hissettirmektedir.

Rekabet sınırlamaları hukukunun konusuna giren uygulamalardan hangilerinin yasaklanacağı veya hangi hallerde istisna tanınacağı sorunu, her ülkenin somut ihtiyaçlarına göre takdir edilecektir¹⁹². Gerçekten Avrupa Birliğinde, piyasaların coğrafi bakımdan bölüşülmesini öngören anlaşmalar ortak pazarın amacı bakımından çok sakıncalı görülebilir. Buna karşılık milli hukuklarda benzeri anlaşmalara göz yumulabilir. Aynı durum birleşmeler için de geçerlidir. Dev işletmelerin hakim olduğu gelişmiş ülkelerde, birleşmeler rekabeti yıkıcı bir etkiye sahiptir. Halbuki gelişmekte olan ülkeler için uluslararası rekabete dayanabilecek güçlü işletmelere sahip olabilmenin avantajları karşısında, birleşmeler pekala desteklenebilir.

Ülkelerin rekabet politikaları çerçevesinde tercih edebilecekleri hukuk politikaları, "yasaklama sistemi", "kötüye kullanma sistemi" ve her iki sistemin karmasından oluşan "uzlaştırıcı sistem" den oluşmaktadır.

II. Yasaklama Sistemi (Per se Yaklaşımı)

Yasaklama sistemi, rekabeti sınırlayıcı gerek tek taraflı gerekse işbirliği çerçevesindeki bütün uygulamaları hukuka aykırı kabul eder. Görünümleri veya etkileri itibarıyla rekabet düzenini bozacak yapıdaki uygulamalar, tabiatları gereği (per se) yasaktırlar¹⁹³. Amerikan antitröst hukuku rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip belirli anlaşma veya uygulamalar açısından, yasaklama sistemini benimseyen tipik bir hukuk sistemidir. Bu hukuk çevresinde kamu yararına aykırı rekabet sınırlamaları, mahiyetleri dolayısıyla ve başkaca bir şart aranmaksızın yasaktır¹⁹⁴.

III. Kötüye Kullanmayı Yasaklama Sistemi

Bu sistemi benimseyen hukuklarda, gerek tekel durumu (veya piyasaya hakim durum) gerekse bu sonuca yol açacak birleşme ve devralmalar ile rekabeti sınırlandırıcı anlaşma ve uygulamalar kural olarak müsamaha ile karşılanacaktır. Fakat sonradan rekabeti sınırlayıcı mahiyetteki işbirliği faaliyetleri, tekel

¹⁹² LANDE, Robert H., Creating Competition Policy for Transition Economies, BJIL; Vol: XXIII: 2, 1997, s. 342.

¹⁹³ FIKENTSCHER, Collaborative Activities Among Industrial Competitors - in German, European, and US Antitrust Law, and in the Draft International Antitrust Code in the GATT/WTO System-, s. 110.

¹⁹⁴ Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 7.

durumu, birleşme veya devralmalar kötüye kullanılır yahut toplum veya ekonomi için zararlı görülürse yasaklanır.

Kötüye kullanmanın belirlenebilmesi için, her olay kendi özel şartları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilecektir. Doğal olarak bu sisteme dayalı hukuk çevrelerinde, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar sıkı bir denetim altındadır. İki rakip teşebbüsün fiyat anlaşmasıyla piyasayı sömürmesi veya maliyetinden düşük (ezici) fiyatlarla satış yaparak rakiplerini piyasadan çekilmeye zorlamaları, "kötüye kullanmayı yasaklama ilkesi" olarak değerlendirilmektedir. İngiliz ve İsviçre rekabet düzenlemeleri "kötüye kullanmayı yasaklama" sistemine dayanmaktadır¹⁹⁵.

IV. Uzlaştırıcı Sistem

Görüldüğü gibi ne yasaklama ne de kötüye kullanma sistemi katı bir yasaklama sistemi öngörmemektedir. Tercih edilen sistem ne olursa olsun gerçek şu ki, her bir sistem kendi içerisinde istisnalara yer vermektedir. Rekabeti ihlal eden uygulamaların yasaklanmasını öngören Sherman Kanununun uygulama alanı rule of reason (haklı sebep) doktriniyle daraltılmış, ancak makul dereceyi aşan sınırlamaların Kanuna aykırı olacağı kabul edilmiştir. Kötüye kullanmanın yasaklandığı hukuk çevrelerinde ise, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar ancak kamu yararına aykırı biçimde yürütüldüğü takdirde, ilgili teşebbüsten rekabeti sınırlayıcı uygulamaya son verilmesi istenmektedir. Hal böyle olunca, bazı hukuk çevreleri, her iki sistemden ilkeler kabul ederek, uzlaştırıcı bir sistem oluşturmuşlardır.

Uzlaştırıcı sistemde, rekabeti sınırlayıcı uygulamalardan bir kısmı yasaklanmakta diğer bir kısmı da "kötüye kullanma" denetimine tabi tutulmaktadır. Bu sistem içerisinde genellikle rekabeti sınırlandıran işbirliği anlaşmaları ve uyumlu eylemler hatta birleşme ve devralmalar yasaklanmakta, tekel durumu (hakim konumda bulunma) ve uygulamaları ise kötüye kullanma sistemine tabi tutulmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Birliği, Almanya ve İtalya rekabet hukukları¹⁹⁶ ile ülkemiz Rekabet Kanununun uzlaştırıcı sistemi benimsediği söylenebilir. AB rekabet hukukunda rekabeti engelleyen teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yasaktır (ATA m.

¹⁹⁵ ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 9; DELSAUX, AT Rekabet ve Üye Devletler Rekabet Yasaları, s. 25 vd. İsviçre kartel hukuku için bkz. JAKOB-SIEBERT, Competition Rules in the EEC and Switzerland: A Comparison of Law and Practice, s. 25

¹⁹⁶ Bkz. FIKENTSCHER, "Collaborative Activities Among Industrial Competitors - in German, European, and US Antitrust Law, and in the Draft International Antitrust Code in the GATT/WTO System-", s. 114; JAKOB-SIEBERT, Thinam, Competition Rules in the EEC and Switzerland: A Comparison of Law and Practice, s. 257; PAVESIO, Carlo, The Italian Rules on Protection of Competition and the Market, ECLR, 2, 1991, Supplement 1.

81/1). Hakim konumdaki teşebbüslerin uygulamaları ise, piyasadaki güçlerini kötüye kullanmadıkça hukuka aykırı kabul edilmezler (ATA m. 82, RK m. 6).

§ 5. Rekabet Düzenlemelerine Hakim Olan Esaslar

I. Genel Olarak

Temelde rekabet düzenlemelerini yönlendirecek esaslar, bir ülkenin rekabet politikasına bağlı olarak belirlenir. Her ülkenin, kendine has bir rekabet politikası olması gerektiğinden başka, devletin rekabet politikası, o devletin iktisadi alandaki diğer politikaları ile de uyumlu olmak zorundadır¹⁹⁷. Aksi halde hedeflenen iktisadi ve sosyal amaçların gerçekleştirilmesi güçleşir. Dışa karşı rekabet gücü zayıf bir ülkenin, her türlü işbirliği anlaşmalarını ve birleşmeleri yasaklaması, ihracatın teşviki veya ithalatın serbestleştirilmesi politikasından beklenen menfaatleri engelleyebilir¹⁹⁸. Zira birinci durumda, yabancı dev şirketlere karşı güçsüz konumdaki yerli teşebbüslerin, kendi alanlarında işbirliği yapmaksızın, uluslararası ticarete tutunabilmeleri boş hayal olur. İkinci halde ise ithalatın serbestleştirilmesi, rekabet gücü açısından zayıf olan yerli üreticileri zor duruma sokabilir. Bu yüzden rekabet düzenlemelerinin, ait olduğu ülkenin iktisadi ve bu alandaki diğer politikalarıyla uyum göstermeye imkan verecek esnekliğe sahip olması gerekir.

Rekabet politikalarının temelinde yatan düşünce, ekonomik gücün yoğunlaşmasını değil, yayılmasını temin etmektir¹⁹⁹. Bu durumda hedef, ekonomik gücün yoğunlaşmasına karşı mücadele etmektir. Diğer önemli bir nokta da özel teşebbüs hürriyetinin bütün kurum ve kurallarıyla uygulanabilirliğini temin etmek için, piyasalara yönelik fiili engellerin kaldırılmasıdır. Liberal görüşün doğası gereği, birey hakları hiç bir zaman toplum çıkarları uğruna da olsa engellenemez. Bir yandan birey hakları tehditten uzak tutulmalı ve suni engellerden korunmalı diğer yandan da gerçek veya tüzel kişilerin toplumsal refahı bozmaması temin edilmelidir. Liberal görüş bireyi, en üst değer ve amaç olarak görüp, ekonomik süreçte bireye ve özel teşebbüse öncelik vermektedir²⁰⁰.

¹⁹⁷ LANDE, Robert H., *Creating Competition Policy for Transition Economies*, s. 342 vd.

¹⁹⁸ Bkz. GOLDMAN, *Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective*, s. 5, 6.

¹⁹⁹ Genel olarak teşebbüsler arası anlaşmalarla ya da teşebbüslerin tek bir çatı altında toplanması şeklinde gelişen konsantrasyonlar ekonomik gücün yoğunlaşması sonucunu doğurmaktadır. MOUSSIS, *Access to European Union Law, Economics, Policies*, s. 249.

²⁰⁰ Bkz. Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu Rekabet Hukuku ve Politikası, s. 28.; ERKAN, *Sosyal Piyasa Ekonomisi*, s. 204.

Rekabet politikası²⁰¹ ve ilgili düzenlemeler, teşebbüs özgürlüğünün fiilen kullanılabilmesine yönelik engelleri bertaraf etmeye elverişli imkanları da hazırlamak zorundadır. Rekabetin varlığı için fertlerin özel teşebbüs hürriyetine sahip olmaları zaruridir. Fakat özel teşebbüs hürriyetinin kullanılabilmesi, varlık ve hayat bulabilmesi için, rekabet kurallarının piyasanın her alanında tökezlemeden yürüyebilmesi şarttır. İşbirliği ve tekel uygulamaları sonucu piyasaya girişlerin sınırlandırıldığı, boykot, ayırmacılık veya ezici fiyat uygulamalarıyla piyasa şartlarının ağırlaştırıldığı iktisadi hayatta özel teşebbüs hürriyetinin varlığı, sadece kağıt üzerinde güzel duran bir hak olarak görünür²⁰². Özgürlükler alanında bir konuda hukuki engel bulunmaması yetmez, aynı zamanda fiili engeller de kaldırılmalıdır.

Ayrıca rekabet politikası genel anlamda, ekonomik etkinliği sağlamanın ve tüketici refahını teminin belli başlı araçlarından birisi olarak görülür. Bu yüzden rekabet kanunları içerisinde ekonomik ve teknik gelişmeye, tüketici refahının sağlanmasına hizmet edecek vasıtalara özel bir önem verildiği görülür²⁰³.

II. Rekabetin Korunması ve Geliştirilmesi

Ekonomik sistem olarak piyasa ekonomisinin işlerliği, özde rekabet sürecine bağlıdır. Rekabetin bulunmadığı bir piyasa sisteminde, toplumsal ve bireysel refahın optimal düzenlemesi mümkün değildir²⁰⁴.

Rekabetin ekonomik verimliliği ve dolayısıyla büyümeyi teşvik eden önemli bir faktör olduğu bilinmektedir²⁰⁵. İşte büyümeyi olumlu yönde etkileyen

²⁰¹ Rekabet politikası, geniş anlamda, bir ülkenin rekabet sistemini etkileyen düzenleyici mekanizmanın bütünü ifade eder. Bu anlamda tüketicilerin korunması, antidamping düzenlemeleri, ithalat - ihracat politikaları, fikri mülkiyet hakları gibi hususlar rekabet politikası içerisinde düşünülebilecektir. Bkz. RODRIGUEZ, Armando E. and COATE, Malcolm B., Competition Policy in Transition Economies: The Role of Competition Advocacy, BJIL, Vol: XXIII: 2, 1997, s. 370, dph. 5.

²⁰² Toplam 102 ülkenin 1975-1995 yılları arasındaki kalkınma oranında, teşebbüs hürriyeti ile ekonomik kalkınma arasındaki ilişkiyi araştıran bir rapora göre, teşebbüs hürriyetine (var olup olmamasına, sınırlandırılıp sınırlandırılmamasına) bağlı olarak kalkınma hızı ve halkın refah seviyesinin değiştiği görülmüştür. Bu yüzden özel teşebbüs hürriyetinin varlığı ve uygulanma kabiliyeti, bir ülkenin kalkınmasında son derece önemli bir faktördür. PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9.

²⁰³ Bkz. GOLDMAN, Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 3 vd; PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9.

²⁰⁴ PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 3; Commission of the EEC, First Report on Competition Policy, Brussels 1972, s. 11.

²⁰⁵ PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9; WHISH, Competition Law, s. 12, 13.

rekabetin, nasıl düzenlenmesi gerektiği, önemli bir sorundur ve çözümü ülkelerin tercih edecekleri rekabet politikasına bağlıdır²⁰⁶. Ekonominin gelişme derecesi ile rekabet arasındaki ilişki farklı rekabet politikalarını gerektirmektedir. Zira endüstriyel gelişimini tamamlamamış olan az gelişmiş ülkelerde, istenmeyen istikrarsızlıkların önüne geçmek ve zayıf endüstrilerin gelişme fırsatı bulamadan piyasadan çekilmesini önlemek için, rekabet sınırlamalarının piyasayı ve rakip teşebbüsleri terbiye edici, koruyucu yönü hassasiyetle ön plana çıkarılmalıdır. Bu yüzden rekabet hukukunun koyduğu yasaklara hangi hallerde istisna tanınacağı, tekel ve diğer rekabeti sınırlayıcı uygulamalara hangi şartlar altında müdahale edileceği her bir hukuk çevresinin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarına göre belirlenecektir.

III. Tüketicinin Korunması

Tüketici tercihlerine uygun olan mal ve hizmet üretimi etkin bir rekabet politikası sonucunda gerçekleştirilmiş olacaktır. Böylece piyasanın mal ve hizmet donanımı iyileştirilmekte, gereksiz fiyat artışı veya yıkıcı fiyat uygulamaları önlenmektedir. Rekabetin korunması ve geliştirilmesine yönelik her hukuk sisteminin temelinde, iktisadi hayatla birlikte, tüketicilerin korunması düşüncesi yatmaktadır²⁰⁷. Rekabet hukuklarında tüketicilerin korunmasına yönelik açık hükümlere yer verilmese de fiyatların marjinal maliyetlere yaklaşması, kalitenin ve satış sonrası hizmetlerin artmasının nihai ekonomik etkileri, tüketiciler üzerinde görülecektir.

Bu yüzden rekabet hukuku sistemlerinde, tüketici menfaatlerinin korunmasına yönelik özel hükümlere yer verildiği görülmektedir²⁰⁸. Rekabet Kanunumuzda rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetlerinden doğacak sonuçlar, tüketici menfaatlerini de kolluyorsa, söz konusu uygulama RK 4. maddesindeki genel yasak dışına çıkartılabilmektedir (RK m. 5/1-b). Ekonomik ve teknolojik

²⁰⁶ GOLDMAN, Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 4 vd; SCHERER, International Competition Policy and Economic Development, s. 5 vd.

²⁰⁷ REICH, Competition Law and the Consumer, s. 127; WHISH, Competition Law, s. 13.

²⁰⁸ Rekabet politikasına yön veren temel esasların başında tüketicilerin korunması ilkesi gelir. RODRIGUEZ and COATE, Competition Policy in Transition Economies: The Role of Competition Advocacy, s. 370, dpn. 5. Ayrıca bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-038-40; GOYDER, EC Competition Law, s. 175, 176; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law, s. 96, 97.

iyileşme, pazarlama ve satış sonrası hizmetlerin artırılmasıyla ilgili şartlar da aslında tüketici menfaatlerini gözeten hükümlerdir (RK m. 5/1a)²⁰⁹.

IV. Ekonomik ve Teknik Gelişmenin Teşvik Edilmesi

Rakipler arasındaki piyasayı ele geçirebilme mücadelesinde rekabetin, mal veya hizmet kalitesini iyileştirici, fiyat ya da maliyetleri düşürücü yeni üretim yöntemleri geliştirmeye yönelik bir baskı aracı olması, arzu edilen bir durumdur.

Rekabet düzenlemelerinin ekonomik gelişmeye katkıda bulunacak nitelikte hükümlere sahip olması, devletin rekabet politikası ile ekonomi politikasının birbirini destekleyecek şekilde uyumlaştırılmasına bağlıdır²¹⁰. İhracatın teşviki, ithalatın serbestleştirilmesi, üretim kapasitelerinin korunması ve geliştirilmesi, milli ve milletlerarası piyasalarda rekabet gücüne sahip teşebbüsler yaratılması, yeni istihdam alanları oluşturulması, istihdam kapasitesinin artırılması yahut yabancı yatırımlar, devlet teşvikleri, özelleştirme gibi bir dizi iktisadi politikanın rekabet hukukunu etkilememesi mümkün değildir. Bu politikalar ile rekabet düzenlemeleri uyum içerisinde olmazsa, hedeflenen iktisadi sonuçların elde edilmesi de mümkün olmaz.

Rekabet ortamı beraberinde rakip teşebbüslere rekabet ruhunu aşılır. Çalışma ve başarıya önem veren, yeniliğe cesaret edebilen, rizikolara hesaplı ve planlı biçimde giren girişimciler arası mücadelenin sonuçlarının, ülke ekonomisi bakımından ne derece faydalı olacağı açıktır²¹¹. Yenilikçi girişimcinin piyasadaki başarısı karşısında, kendi durumunu tehlikede gören pasif girişimcinin, yeterli çabukluk ve etkinlikle hareket ederek durumunu güçlendirmemesi halinde, yerini muhafaza edebilmesi güçleşecektir. Rekabet baskısı girişimcileri, yeni üretim yöntemleri keşfetmeye, farklı ürünler üretmeye zorlayacaktır. Bu durumda ortaya çıkan yenilik patent hakkı ile korunacak ve yenilik sahibi firma, bir anlamda tekel konumuna gelecektir. Fakat belli bir süre sonra ya yeni teknoloji farklı bir versiyonla (veya taklit yoluyla) piyasaya girecek yahut lisans hakkıyla mal ve hizmet üretimi zenginleştirilecektir. Rekabet düzenlemelerinin, ekonomik veya teknik gelişmenin artırılmasına yönelik anlaşmaları, rekabeti sınırlayıcı mahiyete bürünseler bile, genel yasak ilkesi alanının dışına çıkarılması eğilimini taşıdığı görülmektedir. Rekabet

²⁰⁹ Bkz. REICH, Competition Law and the Consumer, s. 136, 137.

²¹⁰ SHERER, International Competition Policy and Economic Development, s. 5 vd; GOLDMAN, Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 5, 6.

²¹¹ Bkz. PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9.

Kanunumuzun “muafiyet”le ilgili 5. maddesi de bu yönde hükümler ihtiva etmektedir.

Toplu olarak bu etkiler göz önünde tutulduğunda, rekabet düzenlemelerinin; ekonomik büyüme ve teknik gelişmeyi teşvik edecek, bu sonuca yönelik araştırma ve geliştirme anlaşmalarını destekleyecek hukuk politikasını esas alması oldukça önemlidir. Zira rekabet politikasının amacı, yalnızca rekabet alanını düzenlemek değil, bu sayede piyasa ekonomisinin fonksiyonel işlerliğini de temin etmektir²¹².

²¹² Bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 3 vd; PETERSMANN, The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System, s. 9; SAUTER, Competition Law and Industrial Policy in the EU, s. 113.

İkinci Bölüm

REKABETİ KISITLAYAN TEŞEBBÜSLER ARASI İŞBİRLİĞİ FAALİYETLERİNİN ORTAK ESASLARI VE UYGULAMA ALANI

§ 6. Yasak İşbirliği Faaliyetlerinin Temel Esasları

I. Genel Olarak

Rekabet düzeninin aktif sujesi teşebbüslerdir¹. Yasaklanan faaliyetler (rekabeti sınırlandıran anlaşmalar, uyumlu eylem ve kararlar (m. 4), hakim durumun kötüye kullanılması (m. 6), birleşme ve devralmalar (m. 7)) ortak bir paydada toplandığında teşebbüslerin merkezi bir öneme sahip olduğu görülür.

Teşebbüs teriminin şirket, işletme (ticaret veya esnaf işletmesi), iktisadi faaliyet gibi kavramlarla irtibatlı olduğu açıktır. Bu durumda başta, ticaret hukuku anlamında ticari işletme (gerçek ve tüzel kişi işletmeleri) olmak üzere iktisadi faaliyetlerle meşgul olan diğer kamu veya özel hukuk kişilerinin işletmeleri, "teşebbüs" kavramı içerisinde değerlendirilebilir².

İktisadi hayatın içerisinde küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere kadar irili ufaklı işletmeler yer alır. Bu doğrultuda "teşebbüs", iktisadi hayatı kontrol eden bütün iktisadi sujeleri kapsayabilecek genişliğe sahip bir kavramdır. İktisadi faaliyetlerle meşgul olan sujeleri, bunların gerçek veya tüzel kişi oluşuna, statüsüne yahut idare şekline bakmaksızın "teşebbüs" olarak

¹ ATA 81 ve 82. maddelerinde "teşebbüs" teriminin karşılığı olarak "undertaking" kelimesi kullanılmıştır. Sherman Kanunu'nda ise rekabeti sınırlandıran uygulamalar içerisine giren veya tekel kuran "herkesin" (every person) hukuka aykırı davranmış olacağını belirtmekle herhangi bir sınırlandırmaya yer vermemiştir. "Kişi" veya "kişiler" in tanımı Sherman Kanunu 7. maddesinde şirketler, tüzel kişiliğe sahip olsun ya da olmasın, herhangi bir eyalet, bölge veya yabancı devlet hukuklarına göre tanınıp tanınmamasına bakılmaksızın bütün ekonomik topluluklar Kanun'un uygulamasına tabidir.

² PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 32, 33; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, Butterworths 1994, s. 587; WHISH, Competition Law, s. 188.

nitelendirmek gerekecektir³. Geniş anlamda teşebbüsten söz edildiğinde esnaf, tacir, adi şirket, ticaret şirketleri (kollektif, komandit, limited, anonim şirket), ticaret birlikleri, kooperatifler ve devlet işletmeleri bu kavram içerisinde değerlendirilebilir⁴. Ayrıca bir iktisadi süjenin "teşebbüs" olarak nitelendirilmesinde iktisadi veya ticari faaliyetler sonucunda kar sağlanıp sağlanamaması belirleyici bir kriter değildir⁵.

Teşebbüs, mal veya hizmet üretimi için kurulan işletme, firma ya da şirketi ifade eder. Müteşebbis veya girişimci ise ekonomik fırsatları değerlendirerek ve işin tüm risklerini göğüsleyerek kar sağlamaya çalışan kişidir⁶. Teşebbüs veya işletme aynı anlamda kullanılıyor görünse de konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre hukuki anlamda teşebbüs terimi, işletme teriminden daha doğru bir fonksiyonu ifade eder⁷. Diğer bir görüşe göre de, teşebbüs iktisadi - hukuki, işletme ise teknik - iktisadi bir bütündür⁸. Bir başka görüş ise, teşebbüsün, işletmeden daha dar bir kavramı ifade ettiğini ileri sürer. Bu doğrultuda teşebbüs; sermaye, sürüm ve tesisat itibarıyla belli bir düzeye ulaşmış işletmedir⁹.

Rekabet Kanununun "tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinde teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklinde tanımlanmaktadır. Kanunumuza mehz teşkil eden düzenlemelerde teşebbüsün tanımına yer verilmemiştir. AB Adalet Divanı bir kararında hukuken bir veya birkaç kişiden müteşekkil, gerçek veya tüzel kişi olmasına

³ ANDERMAN, Steven D., EC Competition Law and Intellectual Property Rights, Oxford 1998, s. 41; FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-003.

⁴ Bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 47; FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161, 162; KERSE, C. S., EEC Antitrust Procedure, London 1988, s. 4; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-003; ASLAN, İ. Yılmaz, "Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 14.

⁵ GIJLSTRA, D. J. and MURPHY, D. F., Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, Netherlands 1984, s. 94; PAPACONSTANTINOU, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 32; KENT, Law of the European Union, s. 178.

⁶ Bkz. SEYİDOĞLU, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, s. 860 (teşebbüs maddesi); KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 155.

⁷ BOZER, Ali, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, BATİDER, C. 1, 1962, s. 3. Bu görüşe göre teşebbüs kavramı işletmenin çevresiyle olan ilişkisini esas alır. Dolayısıyla, Ticaret Kanunu da ticari teşebbüsün kanunudur.

⁸ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 156.

⁹ Bkz. ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 18.

bakılmaksızın ekonomik birlik olarak nitelendirilebilecek varlıkları teşebbüs olarak kabul etmiştir¹⁰.

Rekabet hukuku alanında, bir teşebbüsün varlığı için gerekli unsurları incelemeye geçmeden önce, "teşebbüs" kavramına benzer kavramlara değinmenin isabetli olacağını düşünüyoruz.

II. "Teşebbüs" ile İlgili Kavramlar

1. İktisadi Faaliyet

Gelir temin etmek amacıyla yapılan her türlü işler iktisadi faaliyet olarak değerlendirilir. Sermaye birikimi şart değildir, bedeni veya fikri faaliyetlere yönelik bütün uğraşlar bu kapsamdadır. Bu yüzden işçilik, memurluk, seyyar satıcılık birer iktisadi faaliyettir¹¹. Bu amaca yönelik faaliyetlerin bir organizasyon çerçevesinde veya kişisel olarak yürütülmesi önemli değildir. Gelir temin etmeye yönelmiş faaliyetin devamlı veya müstakil olması da şart değildir; zaman zaman veya bağımlı olması bu işlerin iktisadi faaliyet olarak kabulüne engel teşkil etmez. Gelir temin etmek amacı belirleyici unsur olduğundan, bu hedef dışında, mesela yardım hissiyle yapılan faaliyetler, iktisadi faaliyet kabul edilmeyecektir¹². İktisadi faaliyetler hayli geniş anlam taşıdığından, inceleme konumuz, teşebbüs niteliği taşıyan faaliyetler olacaktır.

2. Ekonomik Teşebbüs

Ekonomik teşebbüsün tanımı ve kapsamı konusunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Ekonomik teşebbüs üç temel elemana dayanır: Kapital, emek ve müteşebbis¹³. Ekonomik teşebbüsün konusu, mal veya hizmet üretimi, el ve yer değiştirmesi ve hatta tüketimidir¹⁴. Kendi başına yeterli olarak emtia veya hizmet üreten her üretim birimi bir ekonomik işletmedir¹⁵. Bu bakımdan sokaktaki ayakkabı boyacısı ile Ereğli Demir Çelik Fabrikaları arasında bir fark

¹⁰ GOYDER, EC Competition Law, s. 87; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 32.

¹¹ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 92; DOMANIÇ, Ticari İşletme Hukukunun Umumi Esasları, s. 69.

¹² DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 92.

¹³ MİMAROĞLU, Sait Kemal, "Ekonomi, Ticaret ve İşletme Hukuku", Prof. Dr. Kemal Fikret ARIK'a Armağan, Ankara 1973, s. 270; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 159.

¹⁴ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 159.

¹⁵ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 93; İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 8, dnp. 3; MİMAROĞLU, Ekonomi, Ticaret ve İşletme Hukuku, s. 270.

yoktur, her ikisi de birer ekonomik işletmedir¹⁶. Görüldüğü gibi ekonomik teşebbüsün tür veya hacmi önemli değildir. Ekonomik teşebbüslerde de gelir sağlamak ve devam niyeti, ekonomik teşebbüsün genel özelliklerindedir¹⁷. Gelir bulunmak şartıyla, kar olmadan da ekonomik teşebbüs mevcut olabilir. Yani kar amacı ekonomik teşebbüsü nitelendiren temel bir özellik değildir¹⁸. Fakat bir kimsenin evini kiraya vermesinde kar amacı bulunsa da bir organizasyon ve aktif bir teşebbüs sözkonusu olmadığından ekonomik teşebbüsten söz edilemez¹⁹.

5. Ticari Teşebbüs

Ticaret Sicili Tüzüğü (TST)²⁰ m. 14/2'ye göre "gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17'nci maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz". TK ve TST'de "ticari işletme" ve "esnaf işletmesi" mefhumları dışında ayrıca "ticari teşebbüs" mefhumuna yer verilmediği görülür. Ticari teşebbüs, İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesinin 52 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiştir. İsviçre Ticaret Sicili Nizamnamesine göre, sürekli bir gelir sağlamak amacı ile, bağımsız olarak yapılan bütün iktisadi faaliyetler, ticari teşebbüsü ifade eder (m. 52)²¹. Ticari teşebbüsün, bir ekonomik teşebbüsün özellikle ticari kurallara yönelik halini ifade ettiği belirtilir²². Ticari teşebbüs, iktisadi faaliyetlerde ekonomik teşebbüsün bir kısmını, bir çeşidini teşkil eder. Esnaf işletmesi de dahil bütün ticari faaliyetler, ticari teşebbüs kavramına girer²³.

Devam niyetinin yanında kar elde etmek amacı, ticari teşebbüsün temel özelliklerinden birisidir. Bağımsız bir iktisadi faaliyet, gelir sağlamak amacıyla yönelmedikçe, ticari teşebbüsten söz edilemez²⁴. Fakat, iktisadi faaliyet sonucunda kar sağlanmış olup olmaması önemli değildir, önemli olan, gelir

¹⁶ İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 8, dnp. 3.

¹⁷ Bkz. DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 93; İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 9; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 158, 159.

¹⁸ MİMAROĞLU, Ekonomi, Ticaret ve İşletme Hukuku, s. 271.

¹⁹ DOMANIÇ, Ticari İşletme Hukukunun Umumi Esasları, s. 70.

²⁰ 1957 yılında kabul edilen "Ticaret Sicili Nizamnamesi"de (RG, 8.2.1957, S. 9530) 1998 yılında (RG, 28.8.1998, S. 23447) bazı değişiklikler yapılmış ve nizamnamenin ismi de Ticaret Sicili Tüzüğü olarak değiştirilmiştir.

²¹ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 93. "Ticari teşebbüs" ve "ticari işletme" kavramlarının karşılaştırmalı incelemesi için bkz. MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 183-186.

²² MİMAROĞLU, Ekonomi, Ticaret ve İşletme Hukuku, s. 271.

²³ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 93.

²⁴ Bkz. MİMAROĞLU, Ekonomi, Ticaret ve İşletme Hukuku, s. 271; MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, Ankara 1978, s. 182; DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 98.

sağlama kasdının varlığıdır²⁵. Gerçi gelir sağlama amacının, belirleyici bir kıstas olarak eski önemini yitirdiği söylenebilir. Modern işletme görüşüne göre, önemli olan bir iktisadi organizasyonun varlığıdır. Bu organizasyon çerçevesinde girişimcinin hedefi, gelir elde etmek olabileceği gibi daha farklı iktisadi menfaatlerin sağlanması da olabilir. Mesela ortaklarına kredi temin eden bir kooperatif veya üyelerine maliyetine mal satmak amacıyla kurulmuş tüketim kooperatifleri yahut halka ucuz gıda satmak amacıyla devlet tarafından kurulan ve gelir elde etmek kaygısı bulunmayan bir anonim şirket de ticari teşebbüs olarak kabul edilecektir²⁶. Anlaşılabileceği üzere, her ticari teşebbüs, ekonomik teşebbüs niteliğinde olmasına rağmen, her ekonomik teşebbüs, ticari teşebbüs niteliğinde olmayabilir.

6. Ticari İşletme - Esnaf İşletmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun "Ticari İşletme" başlığını taşıyan 11 ve müteakip maddelerinde, ticari işletme hakkında bilgiler yer almaktadır. Kanun, ticari işletmeyle ilgili "ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletme sayılır" hükmünü getirmiş, açık bir tanım vermemiştir. TK'nın esasını teşkil eden ticari işletme kavramının, açık bir şekilde belirlenmemesi eleştirilmiştir²⁷. Doktrinde, TK'daki dağınık hükümlerden yararlanılarak ticari işletme şöyle tanımlanmaktadır: Gelir sağlamak amacı ve devam niyeti ile esnaf işletmesi sınırlarını aşan ölçüdeki işletmeler, ticari işletmedir²⁸. Gelir elde etmekten amaç, ekonomik menfaat değildir. Ekonomik menfaat deyimini, gelir sağlamak deyimine göre daha geniş anlamlandır. Müteşebbisin, malvarlığını arttırıcı faaliyetleri yanında, malvarlığının eksilmemesini sağlayıcı nitelikteki faaliyetleri de ekonomik değer taşımaktadır²⁹. Fiilen gelir sağlanıp sağlanamaması önemli değildir. İşletme zarar etmiş olsa bile, gelir sağlama niyetinin varlığı yeterlidir. Bu konuda yazarlar arasında hemen hemen görüş birliği vardır³⁰.

²⁵ MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 182, 183.

²⁶ Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 158, 159.

²⁷ Bkz. POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 31, 32; İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 7.

²⁸ İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 12; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 187, 188; ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 23.

²⁹ Bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 19.

³⁰ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 34; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 158; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 190; İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 9; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 19; ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 23, dnp. 1.

Hangi işletmelerin esnaf işletmesi olarak kabul edileceği TK m. 17 ile 1463'de düzenlenmiştir. Esnaf işletmeleri için TK m. 17, "iktisadi faaliyetin nakdi sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanması" ve elde edilen kazancın esnafın "geçimini sağlamaya yetecek derecede az" olmasını öngörür. Fakat TK m. 17'deki esaslar dairesinde, esnaf ölçülerinin tayin ve tesbitinin çok güç olacağı dikkate alınarak, TK m. 1463 ile Bakanlar Kurulu'na esnafın belirlenmesinde esas alınmak üzere, yıllık gayri safi gelir miktarını, bir Kararname ile saptama yetkisi tanınmıştır. Bakanlar Kurulu, bu madde hükmüne dayanarak, 25.1.1986 gün 86/10313 sayılı Kararnameyi³¹ yürürlüğe koymuştur. Kararnameden sonra, TK m. 12 ve 13'deki ölçülerin, pratik değerini yitirdiği söylenebilir. Kararnamede sayılan şartların yerine getirilmesi ve özellikle yürütülen faaliyetin Vergi Kanunu'ndaki parasal limitleri aşması halinde, işletme, ilave araştırmalara gerek kalmadan ticari işletme kabul edilecektir³². Yargıtay da bu esası doğrulamıştır³³.

³¹ RG 19.2.1986, S. 19024. Sözkonusu Kararnamede, esnaf ve küçük sanatkarlar ile tacir ve sanayici ayırımına dair esaslar tesbit edilmiş bulunmaktadır. Kararnamedeki esaslar çerçevesinde esnaf sayılmak için, a) Koordinasyon Kurulu'nun tesbit ederek yayınlacağı esnaf ve küçük san'atkarlar kollarına dahil olmak, b) Gelir vergisinden muaf veya kazancı götürü usulde vergilendirilen ve işletme hesabına göre defter tutanlardan olmak, c) İktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade, bedeni çalışmalarına dayanmak ve kazancı ancak geçimlerini sağlayacak derecede az olmak, d) Vergi Usul Kanunu'nun 177. maddesinin 1. fıkrasının 1. ve 3. bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını (bu rakamlar her yıl güncelleştirilir) ve 2. bendindeki limitin tamamını aşmamak gerekir. Bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 21 vd. Ayrıca bkz. İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 11, 12; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 36 vd.

³² ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 30. Ayrıca bkz. İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 11.

³³ "... 507 sayılı Küçük Esnaf ve San'atkarlar Kanunu ile bunu tâdil eden 2.5.1983 tarih ve 62 sayılı ve yine 6.9.1983 tarih ve 81 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler uyarınca kurulan Esnaf ve Küçük San'atkarlar ile Tâcir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun 14.1.1985 gün ve 5 sayılı kararına dayanılarak Bakanlar Kurulunca 25.1.1986 gün 86/10313 sayılı olup 19.2.1986 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Kararname ile esaslar saptanmış ve buna göre: 1) Koordinasyon Kurulunca tesbit ve yayınlanacak esnaf ve küçük san'atkarlar kollarına dahil olup da gelir vergisinden muaf olanlar ile kazançları götürü usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre defter tutanlardan iktisadi faaliyetleri nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmalarına dayanan ve kazançları ancak geçimlerini sağlamaya yetecek derecede az olan ve Vergi Usul Kanununun 177. maddesinin 1. fıkrasının 1 ve 3 numaralı bendlerinde yer alan limitlerin yarısını, yani satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarının yarısı ... lirayı veya satışlarının tutarının yarısı ... lirayı veya aynı maddenin 2 numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını, yani ilk bendde yazılı işler dışındaki işlerle uğraşp da bir yıl içinde elde ettikleri gayrisafi iş hasılatı ... lirayı aşmayanların (esnaf ve küçük san'atkar) sayılmaları kararlaştırılmıştır. Mahkemece bu esaslar dairesinde, bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yolda bir araştırmayı içermeyen bilirkişi raporuna dayanılarak noksan inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi Bozma'yı gerektirmiştir" (11. HD 20.6.1986 gün, E. 86/3634, K. 86/3699 sayılı karar, YKD, C. XII, S. 11, s. 1652-54).

Görüldüğü üzere, her ticari işletme aynı zamanda bir ekonomik teşebbüs niteliğinde iken, ekonomik teşebbüsler, esnaf işletmesi sınırlarını aşmıyorsa ticari işletme olarak kabul edilemez. Aynı zamanda bir ticari teşebbüs, esnaf işletmesi sınırlarını aşmıyorsa ticari işletme kabul edilemez. Fakat her ticari işletmenin, ticari teşebbüs olarak kabulüne engel herhangi bir hüküm yoktur³⁴.

Konunun başından beri "teşebbüs" terimiyle ilgili değişik kullanım şekillerini göstermeye çalıştık. Yerleşmiş bir terim olan "işletme"nin (genel olarak ticari işletme veya esnaf işletmesi) aynı zamanda "teşebbüs" mefhumunu da ifade ettiğini söylemekte herhangi bir beis yoktur³⁵. Nihayet, "ekonomik teşebbüs", "ticari teşebbüs", "ticari işletme" kavramlarının konuları arasında fark olsa bile, Rekabet Kanunu açısından bu kullanım farklılıklarının önemli olmadığını belirtmekle yetinelim.

III. Teşebbüsün Temel Nitelikleri ve Tanımı

1. İktisadi Faaliyet

Teşebbüs kavramının belirlenmesinde temel teşkil en önemli unsur onun iktisadi veya ticari faaliyetlerle meşgul olmasıdır³⁶. Bu faaliyetler ticarete konu olan mal veya hizmetlerin, üretiminden tüketimine kadar uzanan sahaya yayılan iktisadi amaçlı değişik işlemlerin bütünüdür.

İktisadi faaliyetleri diğer faaliyetlerden ayıran belirleyici kriter ise gelir temin etmek hedefidir. Bu durumda iktisadi faaliyetler için, gelir temin etmek amacıyla yapılan bütün işlerdir diyebiliriz. Bu işler bir organizasyon çerçevesinde yapılabileceği gibi ferdi olarak da icra edilebilir. Fakat gelir temin etmeye yönelmemiş işler iktisadi faaliyet olamaz. Belirli sayıdaki kimselerin örgütlenerek, kazanç sağlama amacı dışında, ideal değerlere yönelik çalışmalarını iktisadi faaliyet alanına girmez³⁷. Ayrıca yegane amacı bir grup işletme arasındaki faaliyetleri düzenlemek veya bunları yönetmek olan kuruluşlar, yaptıkları işler iktisadi değer arz etmediğinden, teşebbüs olarak kabul edilemezler³⁸. Benzer şekilde, sosyal güvenliğin teminine yönelik işleri deruhte

³⁴ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 93, 94.

³⁵ Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 156, 157.

³⁶ STEINER; Josephine, Textbook on EEC Law, London 1990, s. 109; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 3; PAPACONSTANTINOU, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 31; FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161.

³⁷ Bkz. DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 92.

³⁸ Kuşkusuz bu tip kuruluşlar teşebbüs birliği olarak kabul edilebilecektir. Bu konuya ilerleyen kısımlarda yer verileceğinden bu kadarına işaret etmekle yetinelim. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-004, dpn. 11.

eden - sosyal güvenlik - kuruluşları da teşebbüs niteliğini haiz değildirler³⁹. İktisadi faaliyetler sonucunda kar elde edilip edilmemesinin teşebbüs sıfatı açısından belirleyici bir özelliği yoktur⁴⁰. Gelir sağlamaya yönelik ana gaye değişmedikçe, zarar edilmesi veya rekabet amacıyla yahut müşteri edinebilmek amacıyla uzun bir süre maliyetine satış yapılması, faaliyetin iktisadi niteliğinin kaybına yol açmaz⁴¹.

2. Bağımsızlık

Rekabet düzenlemelerinin sujesi olabilmek bakımından teşebbüsün, hukuki statüsü (gerçek veya tüzel kişi teşebbüsleri yahut tüzel kişilikten yoksun iktisadi birlikler, yerli ya da yabancı teşebbüsler) belirleyici bir faktör olmamasına rağmen, "bağımsızlık", temel bir unsurdur⁴². Özellikle inceleme konumuz olan rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetlerinin icrası için en az iki bağımsız teşebbüsün varlığı zorunludur⁴³. Ayrıca hızla artan çok uluslu şirket⁴⁴ faaliyetleri, ortak girişim anlaşmaları, bağlı teşebbüs (ana şirket - tabi şirket) uygulamalarının, rekabet düzenlemeleri açısından değerlendirilebilmesinde, "bağımsızlık" unsuru, özel ağırlığı olan bir konudur. İktisadi ve hukuki bağımsızlık çerçevesinde faaliyetlerini yürüten teşebbüslerin birbirlerine karşı rakip olarak kabul edilip edilmeyeceği, dolayısıyla bu teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların ne derece rekabet düzenlemelerini ihlal ettiği sorunu, bu yönden hayli önemlidir.

a. Hukuki Bağımsızlık

Rekabet Kanunu 4. maddesi anlamında teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarından söz edebilmek için, sözkonusu işbirliği davranışlarına taraf teşebbüslerin hukuken haklara sahip olabileme ve

³⁹ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-004; WHISH, Competition Law, s. 189.

⁴⁰ STEINER; Textbook on EEC Law, s. 109; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 32; KENT, Law of the European Union, s. 178.

⁴¹ Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 87; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 588.

⁴² KERSE, C. S., EEC Antitrust Procedure, s. 4; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 31 vd.

⁴³ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 24; WHISH, Competition Law, s. 199, 200.

⁴⁴ Çok uluslu şirket, üretim veya hizmet arzı bakımından birden fazla ülkede faaliyette bulunan işletmedir. Çok uluslu işletmenin tanımı ve genel olarak yarattığı hukuki sorunlar hakkında bkz. POROY, Reha, "Çok Uluslu Ortaklıklarla İlgili Hukuki Sorunlar", KUBALI'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1974, s. 438-466.

borç yüklenebilme ehliyetine (hak ve fiil ehliyeti) sahip olmaları şarttır⁴⁵. Sadece bir ekonomik birlik olmak, "teşebbüs" olarak kabul edilebilmek için tek başına yeterli bir sebep değildir. Bu anlamda bir teşebbüsün şubeleri ve diğer bölümleri; imalathane, satış bölümleri, depo ve sair yerler, teşebbüs olarak kabul edilmezler.

Kanunun tanımlar başlığı altında teşebbüsün, "bağımsız" hareket edebilme kabiliyetine sahip olması, dikkat çekici bir tarzda kaleme alınmıştır⁴⁶. Teşebbüs olarak kabul edilebilmenin şartlarından birisi, hak ve fiil ehliyetine sahip ve hukuken bağımsız ekonomik birlikler denilince, gerçek ve tüzel kişiler açısından herhangi bir sorun çıkmaz. Fakat gerçek ve tüzel kişiler dışındaki iktisadi faaliyetler de teşebbüs olarak nitelendirilebildiğine göre, tüzel kişilikten yoksun olan ekonomik birliklerin konumu nasıl izah edilecektir?

Bilindiği gibi hukuken "hak" sahipliği gerçek kişilerde kişinin, sağ doğması şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar (MK m. 27). Tüzel kişilerde hak sahipliği, kural olarak⁴⁷, ilgili sicile tescil ile kazanılır. Keza sicilden silinmekle de hak sahipliği sona erer⁴⁸. Hak sahipliği, mevcut hukuk

⁴⁵ PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 31; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 1.

⁴⁶ Kanun'un tanımı tereddütlere yol açacak niteliktedir. "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" teşebbüs olarak kabul edilir. Görüldüğü gibi tanımdan "bağımsızlık" unsurunun sadece gerçek ve tüzel kişi dışındaki ekonomik birimler için gerekli olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Halbuki ekonomik açıdan ve hukuken bağımlı gerçek ve tüzel kişilerin, tek başlarına karar verebilmeleri düşünülemez.

⁴⁷ Bu kuralın istisnası derneklerdir. Dernekler, tüzüklerinin, buldukları yerin en yüksek mülki amirine verilmesi ile hak sahipliğini iktisab ederler.

⁴⁸ Hangi varlıklara hak sujesi olma özelliğinin tanınacağı, hukuk politikasıyla ilgili bir sorundur ve bu görev kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu "şahıs" kavramının içeriğini doldururken, topluma hakim olan ahlaki değer hükümlerine, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara göre hareket edecektir. (ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara 1994, s. 5.). Hak sahipliği kişiliği zafere eder. Hukuk nazarımda hak sahibi olmakla kişi olmak aynı şeylerdir. Zira kişi, hukuk tarafından hak sahibi olabileceği kabul edilen, kendisine hak sahibi olma yeteneği tanınmış varlıklardır. Bu anlamda kişinin, biri gerçek (hakiki şahıs) ve diğeri tüzel kişi olmak üzere iki çeşidi vardır. Tüzel kişiler, ihtiyaçların zorlamasıyla, hukuk tarafından kendilerine kişilik tanınmış topluluklardır. Bu nedenle, tüzel kişiler için "hükmi şahıs" ifadesi de kullanılır. Tüzel kişiler ya şahıs topluluğu ya da mal topluluğu (vakıf, tesis) şeklinde ortaya çıkarlar. Şahıs topluluklarında birden fazla kişi ortak bir amaca ulaşmak için biraraya gelmiştir. Şahıs toplulukları erişilmek istenen ortak amacın niteliğine göre ikiye ayrılırlar. Ortak amaç ideal (manevi) nitelik taşıyorsa "dernek"ten söz edilir. Buna karşılık ortak amaç iktisadi nitelik taşıyorsa "şirket"ten bahsedilmesi gerekecektir. Tüzel kişiliğe sahip şirketler Ticaret Kanunu tarafından düzenlenmişlerdir. Ticaret şirketlerinin kollektif şirket, komandit şirket, limited şirket ve anonim şirket gibi kendine has çeşitleri vardır. Yine ortak bir iktisadi amaç elde etmek için birden fazla kişinin, emek ve masraflarını birleştirerek biraraya geldikleri adi şirketin ise tüzel kişiliği yoktur. İster gerçek ister tüzel kişi olsun, hukuk nazarımda kişi sayılan her varlık, haklara ve borçlara sahip olabilir. Bu duruma "hak ehliyeti" denir. Medeni Kanun

düzeninin kavram ve ilkeleri çerçevesinde, gerçek ve tüzel kişilerle sınırlandırıldığından, fiili toplulukların hak sahipliğinden söz edilemeyecektir. Gerçek ve tüzel kişiler dışındaki fiili toplulukların hukuken müeyyideye tabi tutulabilmesi durumu ise meselenin diğer çetrefil yönünü oluşturur.

Tüzel kişiler, bu tüzel kişilik adına yükümlü kılınabilirler, bundan kuşku duymamak gerekir. Rekabet Kanunu 3. maddesinde "teşebbüs" tanımlanırken gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerden bahsedilmiştir⁴⁹. Yine Kanun teşebbüs birlikleri için tüzel kişiliği ölçü almamış, aksine tüzel kişilikten yoksun fiili toplulukları da teşebbüs birliği olarak kabul etmiştir. Açıkça Kanun tüzel kişilikten yoksun örgütleri de uygulama alanı içerisine almıştır. Bu durumda rekabet düzenini ihlal eden tüzel kişilikten yoksun bir topluluğun fiilen nasıl yükümlü kılınabileceği sorunu, tartışmaya değer bir konudur.

Rekabet Kanunu, yasak faaliyetleri gerçekleştiren teşebbüslere karşı "kapatma", "faaliyetten men", "fesih" gibi cezalar öngörmemiş, sadece "para" cezası ile yetinmiştir. Bilindiği gibi Rekabet Kurulu, yasakları ihlal eden teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki halin muhafazası için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan emirler verebilir (m. 9/1, 4, m. 11/b). Bütün bu emirlere uyulmaması yahut muafiyet veya menfi tespit kararlarına aykırı davranılması (m. 13) ya da Kurulun yerinde inceleme yapma yetkisine muhalefet edilmesi (m. 15) hallerinde "sürelî para cezaları" tatbik edilecektir (m. 17). Söz konusu cezalara karşılık gerçek kişi teşebbüslerin bizzat kendilerinin, tüzel kişilerin ise bu tüzel kişilik adına yükümlü kılınabilmeleri doğaldır. Tüzel kişiliği haiz olmayan toplulukların para cezalarına (m. 16, 17), her türlü zarar ve ziyan yükümlülüğüne karşı sorumlulukları, bir bütün olarak, fakat ferdi sorumluluk çerçevesinde ele alınacaktır⁵⁰.

hak ehliyeti için "medeni haklardan istifade" deyimini kullanmıştır (MK m. 8). Hak ehliyetinin Usul Hukukundaki görünümü "taraf ehliyeti"dir. Hak ehliyetine sahip olmak açısından kişi olmak yeterlidir, başka bir şart aranmaz. Buna karşılık, sözkonusu hakları bizzat kullanıp borçlar üstlenebilmek için sadece kişi olmak yetmez. "Fiil ehliyeti" adı verilen bu ikinci yetenek için ilave bazı şartların bulunması aranır. Fiil ehliyetinin gerçek kişiler bakımından şartları, "temyiz kudreti", "rüşt" ve "kısıtlı olmama"dır. Tüzel kişilerde ise yürütme organının teşekkülü aranır. Medeni Kanunun "medeni hakların kullanılması" şeklinde isimlendirdiği fiil ehliyeti, "hukuki işlem ehliyeti", "hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyeti" ve "dava ehliyeti"nden meydana gelir. Dava ehliyeti, fiil ehliyetinin Usul Hukukundaki görünümüdür. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1992, s. 278 vd.

⁴⁹ Para cezaları ile ilgili 16. maddede teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişilerden bahsedilmesine rağmen bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlere veya tüzel kişiliği haiz olmayan topluluklara değinilmemiştir.

⁵⁰ Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 280, 281.

b. Ekonomik Bağımsızlık

Teşebbüslerin, rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmeleri için özgür iradeleriyle, hem iç ilişkilerde hem de dış ilişkilerde, başka bir teşebbüsün irade ve işlemlerine tabi olmaksızın işlerini yürütebilmeleri şarttır⁵¹. Rekabet Kanunu 3. maddesinde, "rekabet" kavramının tanımında, teşebbüslerin özgürce ekonomik kararlar verebilmeleri keyfiyeti, rekabeti belirleyici bir unsur olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar özgürce karar verebilme ehliyeti, rekabeti değil teşebbüsü niteleyen bir faktör olsa da bu durumun özellikle belirtilmiş olması boşuna olamaz. Ayrıca teşebbüsün, ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etmesi yönü de bu anlamda değerlendirilebilir. Zira ekonomik kararların farklı teşebbüslerce belirlendiği, güdümlü işletmelerin rekabeti sınırlayıcı davranışlar bakımından, bağımsız hareket edebilmeleri mümkün olmayacaktır. Bu husus özellikle bağlı teşebbüsler bakımından oldukça önemlidir. Bağlı teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı mutabakatlar, Kanunun 4. maddesinde zikredilen anlaşma olarak nitelendirilemez⁵². Hukuki açıdan bağımsız olmakla birlikte, iktisadi açıdan bağımlı olan (yavru) işletmeler, üçüncü kişilerle giriştikleri rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerden, sözkonusu faaliyetlerle ana işletme arasındaki ilişkiye göre, bizzat veya ana işletmeyle birlikte müteselsilen sorumlu tutulabilmelidirler⁵³.

3. Devamlılık

Rekabet Kanunu anlamında "teşebbüs" için iktisadi faaliyetin, süreklilik taşıyıp taşınamaması hususu, tartışmaya değer bir sorundur. Şahsi ihtiyaçları için kullandığı kamyonuyla bir kimsenin tesadüfen, büyük bir işletmenin taşınması sırasında nakliye işlerini üstlenmesi yahut muhteşem bir konserin organize edilmesinde "devamlılık" unsuruna yer verilmez ise, sözkonusu faaliyetlerin pekala "teşebbüs" çerçevesinde değerlendirilebilmesi mümkün olacaktır. Rekabet Kanunu'nun üzerine bina edildiği "teşebbüs" kavramıyla Ticaret Hukukunun dayandırıldığı "ticari işletme" sisteminin birbirinden farklı olduğu apaçık ortadadır.

Ticaret Hukuku çerçevesinde, gelir sağlama amacına yönelik, sürekli, bağımsız ve esnaf işletmesi sınırlarını aşan ölçüdeki faaliyetler ticari işletme

⁵¹ LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 588; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 31, 32.

⁵² FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161, 162; KENT, Law of the European Union, s. 179; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 47.

⁵³ KENT, Law of the European Union, s. 179.

olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Bir iktisadi işletmenin ticari işletme teşkil etmesi için, "devamlılık", "bağımsızlık", "gelir temin etmek amacı", "esnaf faaliyetleri sınırlarını aşma" vasıflarını taşıması gerekir. Esnafı tacirden ayıran çizgi, yürüttükleri faaliyetlerin çeşitleri değil, işin hacmidir⁵⁵. Görülen işin hacmi dışında, esasen "devamlılık", "bağımsızlık", "gelir temin etmek amacı" bütün iktisadi işletmelerin ortak vasfıdır⁵⁶. Rast gele, günlük veya arızı olarak yapılan işlerin, piyasa düzenini yahut rekabet şartlarını bozabileceğini sanmıyoruz⁵⁷. Gerçekten sıradan veya tesadüfen girişilen iktisadi faaliyetlerin, rekabet düzenini ihlal edeceğini ya da rakiplere zarar vereceğini iddia etmek, piyasa sistemi ve rekabet şartları bakımından herhalde aşırı alınganlık olur.

Gelip geçici faaliyetler değil, aksine sürekli, ilgili iktisadi faaliyetlerin meslek şeklinde icrası rekabet için potansiyel bir tehdit olarak düşünülebilir. Ters durumda, rekabet hukuku bakımından hem takip edilmesi hem de katlanılması mümkün olmayacak sonuçlarla karşılaşılacaktır. Bu yüzden açıkça belirtilmiş olmasa bile, mahiyeti gereği Rekabet Kanunu anlamında bir teşebbüsün varlığından söz edebilmek için, ilgili iktisadi faaliyetlerin sürekliliği, iktisadi faaliyetin kesintisiz bir şekilde icra edilmesi şartı aranacaktır. Süreklilik, işin ebedi olarak yürütülmesi anlamına gelmez. Önemli olan süreklilik kast ve niyetinin varlığıdır. Süreklilik niyeti münferit iş veya işlemlerin yapılmasına değil, sözkonusu iş veya işlemlerin iştiغال konusu ya da meslek olarak yürütülmesine yönelik olmalıdır⁵⁸.

4. Tanım

Suje olarak Rekabet Hukukunun kapsamının belirlenmesinde "teşebbüs" faktörünün sınırlarını çizebilmek temel meseledir. Doktrinde "teşebbüs"ün tanımı ve çerçevesi konusunda değişik fikirler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre "teşebbüs", işletmecilik bakımından ve ekonomik yönden ayrı anlamlar içerir. İşletmecilik bakımından teşebbüs, belli mali kaynakların devamlı olarak belli bir ekonomik faaliyete tahsisidir. Ekonomik faaliyetten kasıt; imalat, sanayi, maden,

⁵⁴ Bkz. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 18 vd; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 35 vd; İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 7 vd.

⁵⁵ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 125.

⁵⁶ Bkz. DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 98; ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 18; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 155.

⁵⁷ *Mannesman v. High Authority* davasında teşebbüsün hukuki bağımsızlığı yanında iktisadi amacın uzun süreli olması gerektiğine de değinilmiştir. Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 87; ESİN, Arif, Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s. 22; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 31.

⁵⁸ Krş. MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 190; DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 98.

inşaat, onarım, ulaştırma, haberleşme, tarım, ticaret ve mali işler ile benzerlerini içine almaktadır. Ekonomik yönden teşebbüse gelince bu, hukuki ve mali bir bütünlüğe sahip olan, mal veya hizmet üretimi ve satışı ile devamlı surette meşgul olan üniteleri ifade eder⁵⁹. Yine daha önce, "teşebbüs" ile ilgili kavramlar bölümünde de bahsettiğimiz gibi, ekonomik teşebbüs ve ticari teşebbüs şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır⁶⁰. Ekonomik ve ticarî teşebbüsün muhtevaları farklı olsa bile, her iki ayırımın dayandığı noktalar aynıdır. Bunlar; iktisadi faaliyet, gelir sağlama hedefi ve devamlılık unsurlarıdır. Gerçi bu esaslardan hareket edildiğinde her iki ayırımı karakterize edecek önemli bir farkın olmadığını söyleyebiliriz. Yine "teşebbüs vasfını taşıyan iktisadî cüzü tam(ın); sermaye, sürüm ve tesisat itibarıyla muayyen bir hacimde bulunan" işletme olduğu belirtilmektedir⁶¹. Rekabet Hukuku bakımından yapılan bir tanıma göre ise teşebbüs, "üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır"⁶².

Henüz oturmamış ve gelişmeye açık bir konuda, eski deyimleriyle, "efradını cami, ağyarını mani" mükemmel bir tanım verebilmenin zorluğunun farkındayız. Yukarıda teşebbüsün unsurları olarak kabul ettiğimiz ilkeler çerçevesinde, Rekabet hukukunun konusuna uygun bir tanım vermek gerekirse teşebbüsü, sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde, iktisadi faaliyetleri konu edinen her türlü birimlerdir şeklinde ifade edebiliriz⁶³. Bu durumda, gerçek kişilerle tüzel kişilerin ve tüzel kişiliği haiz olmayan iktisadi birimlerin tanım kapsamına girdiği açıktır. Buna karşılık, rast gele veya geçici olarak icra edilen iktisadi faaliyetler tanım çerçevesinin dışında bırakılmıştır.

IV. Teşebbüs Türleri

1. Gerçek veya Tüzel Kişi Teşebbüsleri

Rekabet kuralları, iktisadi faaliyetlerde bulunan gerçek ve tüzel kişi teşebbüslerine uygulanır. Rekabet Kanununda "teşebbüs" kavramını sınırlandıran bir kayıt bulunmadığından, geniş anlamda küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere, kamu teşebbüslerine kadar uzanan bütün iktisadi

⁵⁹ BAKLACIOĞLU, S., İktisadi Devlet Teşekkülleri Deyiminin Tanımı, İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Organizasyonu ile İlgili Seminerler, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1966, s. 8. (MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 58'den naklen).

⁶⁰ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 93; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 182; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 158, 159.

⁶¹ ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 18.

⁶² ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 46.

⁶³ Tezin orijinalinde "teşebbüs, sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde mal veya hizmet üretimi yahut pazarlanması faaliyetlerini konu edinen her türlü iktisadi birimler" olarak tanımlanmıştır.

faaliyetleri teşebbüs olarak kabul etmek mümkündür⁶⁴. Bu hususta belirleyici unsurlar daha önce belirttiğimiz gibi; hukuken ve iktisaden bağımsız olarak, iktisadi faaliyetlerin sürekli şekilde icra edilmesidir⁶⁵. Yerine göre ticari işletme işleten bir tacir, yerine göre de bir esnaf işletmesine sahip küçük bir esnaf⁶⁶, yürüttüğü iktisadi faaliyetler dolayısıyla Rekabet Kanunu çerçevesinde "teşebbüs" hükümlerine tabi tutulacaktır.

ATA 81/1'e aykırılık iddiasıyla Komisyon önüne gelen bir olayda, buluş sahibi -Mr. Beyrard- bir gerçek kişi ile bir tüzel kişi arasındaki patent lisans sözleşmesinde, buluşunu ticari olarak işletme, değerlendirme hakkını haiz patent sahibi Mr. Beyrard'ı "teşebbüs" kavramı içinde değerlendirmiştir⁶⁷. Bu hususta yapılan işin kapasitesi de önemli değildir⁶⁸. Serbest meslek sahibi kişiler, ürün ve hizmetlerine ticari nitelik kazandırmaları şartıyla, sanatçılar⁶⁹, müşavirler, sportif faaliyetler⁷⁰ RK 4. maddesi çerçevesinde teşebbüs olarak kabul edilirler⁷¹.

Teşebbüs kavramı içerisinde tüzel kişi teşebbüslerinin ayrı ve önemli bir yeri vardır. Zira ticari hayatta rekabet ihlalleri bakımından oyunun kurallarını, büyük işletmeler belirlemektedir. Bu yüzden Rekabet Kanunu uygulama alanı içerisinde tüzel kişi teşebbüslerinin belirgin bir yer tutması doğaldır. Tüzel kişi teşebbüsleri, başta ticaret şirketleri (kollektif, komandit, limitet ve anonim şirketler (TK m. 136)) olmak üzere kooperatifler⁷², bir ticari işletme işleten

⁶⁴ Bkz. KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, s. 24, 25; FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 47.

⁶⁵ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 1; GOYDER, EC Competition Law, s. 87; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 23; WHISH, Competition Law, s. 188.

⁶⁶ Hoşgörülecek derecedeki rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri deruhte eden küçük işletmeler, ilerleyen konularda ele alacağımız "de minimis" kuralı gereği, Rekabet Kanununun uygulama alanı dışına çıkarılabilir.

⁶⁷ Karar için bkz. OJ, 13 January 1976, L. 6, s. 8; GIJLSTRA and MURPHY, Materials on the Competition Law of the EEC, s. 94.

⁶⁸ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p.1, 2; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 23.

⁶⁹ Örneğin *Re Unitel* kararında bir opera şarkıcısı teşebbüs olarak kabul edilmiştir. Bkz. STEINER; Textbook on EEC Law, s. 109.

⁷⁰ BRINCKMAN, Dirk and VOLLEBREGT, Erik, The Marketing of Sport and its Relation to EC Competition Law, ECLR, 5, 1998, s. 281; WYATT, Derrick and DASHWOOD, Alan, European Community Law, London 1993, s. 382.

⁷¹ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-008; KERSE, Antitrust Procedure, s. 4; KENT, Law of the European Union, s. 178.

⁷² TK 485-502 maddeleri arasında düzenlenen kooperatiflere ilişkin hükümler 10.5.1969 tarihli 1163 sayılı Kooperatif Kanunu (RG 10.5.1969, S. 13195) ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, bugün artık kooperatifler, *ticari şirket* olarak kabul edilmemektedir. Bkz. İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 42. Aksi görüş için bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 114; POROY/ YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 100.

dernek⁷³ ve vakıflar⁷⁴, teşebbüs birlikleri gibi iktisadi amaçlı tüzel kişileri kapsar.

Kişi topluluklarının tüzel kişiliği haiz olması, tüzel kişiliğin kendisini meydana getiren kişilerden ayrı olarak hak ve borçlara sahip olması sonucunu doğurur. Rekabet Kanunu çerçevesinde gerçek ve tüzel kişiler, "teşebbüs" olarak kabul edilebilecek, iktisadi hayatın ilk göze çarpan sujeleridir. Fakat iktisadi hayatın sujeleri, şüphesiz gerçek ve tüzel kişi teşebbüslerle sınırlandırılmaz. Adi ortaklık⁷⁵, donatma iştiraki⁷⁶, ortak girişim (joint venture)⁷⁷, yapı ortaklığı⁷⁸

⁷³ Bilindiği gibi dernekler üyelerine kazanç paylaşırma amacıyla kurulamaz ve hareket edemezler. Dernekler ancak hayrî, bedîî, sportif ve kültürel amaçlarla kurulabilirler. Fakat bu durum bir derneğin gayesini gerçekleştirmek için iktisadî faaliyetlerde bulunamayacağı anlamına gelmez. Yani amaç iktisadî olamazsa da araç iktisadî olabilir. Bkz. İMREGÜN, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, s. 43; ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 115, 116; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 100.

⁷⁴ Bkz. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 116, 117; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 206.

⁷⁵ Adi ortaklık, "kişisellik öğelerine göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının, sermayeye dayalı olarak değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği; ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla; birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu; her türlü iktisadi ve gayri iktisadi konu için, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşabilen; bir ticari işletme işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklıktır." POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1997, s. 42. Adi ortaklık, başta inşaat olmak üzere, kredi sendikasyonları ile, her alanda kurulabilen konsorsiyumlara, joint venture uygulanan bir ortaklıktır. Çeşitli alanlarda ihtiyaçlara cevap verebilen adi ortaklık, uygulama alanı çok geniş ve önemli olan bir ortaklık türüdür. Geniş bilgi için bkz. POROY (TEKİNALP/ ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 42 vd; YONGALIK, Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 13 vd.

⁷⁶ Donatma iştiraki, iki veya daha fazla kimsenin müşterek mülkiyet şeklinde sahip oldukları bir gemiyi, aralarında yapmış oldukları bir sözleşme gereğince cümlesi nam ve hesabına deniz ticaretinde kullanmalarıdır (TK m. 951/1). Bkz. ÇAĞA, Tahir, Deniz Ticareti Hukuku I, İstanbul 1995, s. 132 vd; İZVEREN, Adil, FRANKO, Nisim, ÇALIK, Ahmet, Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994, s. 112 vd.

⁷⁷ Ortak girişim (joint venture), her biri ekonomik olarak bağımsız, iki veya daha fazla teşebbüsün ortak araştırma ve geliştirme projeleri arasında değişen çeşitli aktiviteleri ortak olarak yürüttükleri bir (adi) ortaklık türüdür. TULLOCH, Alastair, European Community Joint Ventures and EC Competition Law, ICCLR, 10, 1991, 328; AKYÜREK-KIEVITS, Henriette, "Changes in EC Policy on Joint Ventures", in in GORMLEY, Laurence, Current and Future Perspectives on EC Competition Law, European Monographs, Kluwer 14, 1997, s. 31 vd. Müşterek amaç kar elde etmek ve paylaşmaktır. Ortak girişimin (joint venture) en önemli özelliği tek iş için (single transaction partnership) kurulmasıdır. Bkz. TULLOCH, European Community Joint Ventures and EC Competition Law, s. 328-333; KIRKBRIDE, James and XIONG, Tao, The European Control of Joint Ventures: An Historic Opportunity or a Mere Continuation of Existing Practice, ELR, 23, 1998, s. 37-49. Ortak girişimle ilgili genel bilgi için bkz. DAYINLARLI, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 22 vd.

⁷⁸ Yapı ortaklığı, iki ya da daha fazla kişinin beraberce deniz ticaretinde kullanmak üzere müştereken bir gemi inşa ettirmek üzere birleşmelerinden oluşan ortaklıktır (TK m. 971/1). Ayrıca bkz. İZVEREN, FRANKO, ÇALIK, Deniz Ticaret Hukuku, s. 127, 128.

tüzel kişilikten yoksun olsalar bile iktisadi hayatın bilinen ve kabul edilen aktif sujelerindedir. Devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişilerinin, çeşitli iktisadi faaliyetleri, doğrudan doğruya veya kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler eliyle yürütebilmeleri mümkündür. İşte bu faaliyetleri deruhte eden işletmelerin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması, sözkonusu işletmelerin "teşebbüs" olarak kabul edilebilmeleri açısından bir farklılığa yol açmaz⁷⁹. Örneğin bir kamu kurumu niteliği taşıyan üniversitenin kurduğu ve ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan basımevi teşebbüs niteliğini haizdir⁸⁰.

Tüzel kişilikten yoksun ortaklıklar davacı sıfatını haiz olamadıkları gibi, kendilerine husumet de yöneltilmez. Aynı şekilde bu tür ortaklıkların icra takipleri açısından aktif ve pasif takip ehliyetleri de yoktur⁸¹. Her bir ortak müteşebbis sıfatını haiz olduğundan davanın bütün ortaklarca açılması ve husumetin bütün ortaklara yahut bir veya birkaç ortağa yöneltilmesi gerekir. Bu sonuç aynı şekilde icra takipleri için de geçerlidir⁸².

2. Kamu Teşebbüsleri

Devlet bir çok sebeple muhtelif işleri bizzat kendi bünyesinde bulundurmak isteyebilir. Özellikle stratejik alanlar ile ortak ve genel ihtiyaçları tatmin edecek vasıtaların üretiminde devlet, kendisi müteşebbis olarak hareket eder. Askeri, siyasi, sosyal ve iktisadi nedenler devletlerin kimi iktisadi konularda müteşebbis olarak hareket etmesini zorunlu kılar. Örneğin posta hizmetleri, ulaşım ve taşımacılık bakımından demir, deniz, havayolları veya orman bakım ve korunması gibi hizmetlerin hepsi devlet tarafından yapılabilmektedir. Gerçekten posta hizmetlerinin emniyet içerisinde yürütülmesi, memleketin en icra bölgelerine kadar ulaştırılabilmesi zaruridir. Bu iş eğer özel teşebbüse bırakılırsa, karlı olması muhtemel olan büyük merkezlerde posta teşkilatı kurulur, küçük olan bir çok bölge ihmal edilirdi. Zira özel teşebbüs daha ziyade sermayesini verimli alanlara ve kısa vadede sonuç alabileceği işlere yönelmek ister. Halbuki devlet aynı zamanda kamu hizmeti düşüncesi ile kısa vadede karlı olmayan, fakat uzun vadede ülkenin iktisadi gelişmesi için gerekli olan teşebbüslerin kurulması sorumluluğunu kendisi

⁷⁹ Prym/Beka davasına atfen tüzel kişilikten yoksun bir ortaklığın tüzel kişi olarak kabul edilmesinin ATA m. 81/1'e aykırı düşmeyeceği hakkında bkz. AGNEW, Competition Law, s. 141.

⁸⁰ Bkz. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 121; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticarî İşletme, s. 205, 206.

⁸¹ Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, s. 280, 281; KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1992, s. 84.

⁸² Geniş bilgi için bkz. KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 1990, s. 646 vd.

üstlenecektir⁸³. Bu yüzden özel teşebbüsün üstlenemeyeceği, fakat iktisadi kalkınma için ülkenin ihtiyaç duyduğu alanlara kamu yararı gereği yatırım yapılması, bu ihtiyaçları temin edecek teşebbüsler kurulması, devletin temel görevleri arasında yer alır.

Diğer taraftan devlet veya yerel yönetimler gelir temin etmek maksadıyla, özel teşebbüslerin yürütebileceği alanlara da girebilir. Kar amacıyla kurulmuş ve özel hukuk hükümlerine göre hizmet veren iktisadi ve sınai mahiyetteki teşebbüslerin, yerine göre bu alanlar özel teşebbüse kapatılarak, devlet tarafından hususi bir himayeye tabi tutuldukları da vakidir. Yine belediyelerin, iktisadi yönden ferahlamak amacıyla, iktisadi karakterde teşebbüsler kurarak işlettiklerini biliyoruz. Özellikle elektrik, su, havagazı, otobüs, metro, mezbaha, sebze ve meyve halleri, pazar yerleri gibi alanlarda belediyeler ya bizzat girişimci sıfatıyla teşebbüsler kurmakta ya da bu alanları imtiyaz yoluyla⁸⁴ işletilmek üzere özel teşebbüslere bırakmaktadır. İmtiyaz yoluyla işletilen alanlarda bile mutlak kar amacı aranmaz. Gerçekten, muhtelif semtlerin durumlarına, ihtiyaçların şiddet derecesine göre su, yol, ulaştırma ve benzeri sosyal hizmetlerin kar amacını ön planda tutan özel teşebbüse bırakılması, çeşitli huzursuzluklara yol açabilir⁸⁵.

⁸³ Bkz. PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 39 vd.

⁸⁴ Bir kamu hizmetinin ilgili idare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak, Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülmesine *imtiyaz usulü* denmektedir. Bkz. ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s. 256 vd. Ayrıca bkz. HUTCHINGS, DURRANT, Competition Law: State Monopolies and State Undertakings, s. 34 vd.

⁸⁵ Ortak ihtiyaçların tatminkar ve herkesi kuşatacak şekilde yürütülebilmesinde "kamu hizmeti" gerekleri şüphesiz önemli bir rol oynar. Fakat bu gün, tıpkı (özel) tekel teşebbüslerde olduğu gibi, devlet tekellerinin de sorumsuz ve bir hayli verimsiz olduklarından sınırlandırılmaları gerektiği düşünceleri ağırlık kazanmaktadır. (Bkz. HUTCHINGS, DURRANT, Competition Law: State Monopolies and State Undertakings, s. 21). Genel olarak kamu iktisadi teşebbüslerinin ortaya çıkardığı sorunları şu şekilde sıralayabiliriz: (1) Kamu iktisadi teşebbüsleri aşırı politize olmuş kurumlardır. Her hükümet, kendine yakın olan kişileri liyakat ve ehliyet aramaksızın bu kurumların yönetimine getirmektedir. Aynı şekilde iktidar partileri tarafından kamu iktisadi teşebbüsleri potansiyel istihdam alanları olarak değerlendirilmiş, ihtiyaç dışı personel alımıyla yıpratılmıştır. (2) Üretilen mal ve hizmet fiyatlarının belirlenmesi büyük ölçüde iktidar partilerinin etkisi altındadır. (3) Devlet teşebbüslerinin kar ettiği söylene bile bu iddia şüphelidir. Zira bu iddiaya düşük faizli kredilerle ucuz alınan girdi fiyatları dahil değildir. (4) Maliyetlerin çok üzerinde fiyatlar, aşırı ve haksız kazançlar, kalitesiz mallar genel olarak tekellerin ve kamu iktisadi teşebbüslerinin temel özellikleri haline gelmiştir. (5) Rekabet şartlarından ve kar kaygısından yoksun olan devlet teşebbüsleri, kaynak ve üretim verimliliğinden yoksundur. (6) Çeşitli sebeplerle sürekli zarar eden kamu teşebbüsleri aynı zamanda devlet bütçesi için de büyük bir yüküdür. Kamu iktisadi teşebbüslerinin yararları, ortaya çıkardıkları sorunlar ve zararları hakkında bkz. HATİBOĞLU, Zeyyat, İktisada Giriş, İstanbul 1994, s. 492 vd.

Kamu teşebbüsleri denildiğinde, doğrudan veya dolaylı olarak, devlet tarafından kontrol edilen teşebbüsler anlaşılır⁸⁶. Bu doğrultuda çeşitli iktisadi faaliyetleri deruhte eden kamu teşebbüsleri, Rekabet Kanunu bakımından "teşebbüs" olarak kabul edilecektir⁸⁷. Kamu yararıyla ilgili olsa bile, iktisadi ve ticari faaliyetlerle meşgul olan kamu tüzel kişileri de rekabet kurallarına tabi olacaktır⁸⁸. İktisadi ve ticari faaliyetleri yürütmesi koşuluyla kamu teşebbüslerinin hukuki statüsü, tüzel kişiliği haiz olup olmamaları, nitelikleri (Kamu İktisadi Teşebbüsü⁸⁹, İktisadi Devlet Teşekkülü⁹⁰, Kamu İktisadi Kuruluşu⁹¹) gibi ayrımlar Rekabet Hukuku bakımından önemli değildir⁹². Bilindiği gibi özellikle kamu iktisadi kuruluşları, kendilerine "tekel" yetkisi verilen iktisadi faaliyetleri yürütmektedir. İktisadi hayatın herhangi bir alanında tekel gücüne sahip olmak (hakim konumda bulunmak) aslında tek başına yasaklanabilecek bir durum değildir (RK m. 6). Bu anlamda teşebbüsün tekel konumuna nasıl ulaştığı yani sözkonusu teşebbüsün gayret ve basiretiyle, kendi iç dinamiklerini iyi kullanmak suretiyle yahut yasaların tanıdığı imtiyaz yoluyla hakim (tekel) konuma gelmesi önemli bir faktör değildir. Fakat kamu teşebbüslerinin hakim durumlarını kötüye kullanmaları (RK m. 6) veya rekabeti sınırlayıcı nitelikte faaliyetler içerisinde girmeleri (RK m. 4), Rekabet Kanununun bütün teşebbüslere eşit şekilde tatbiki lüzumu açısından, hiç bir imtiyazı haiz değildir. Ne var ki, kamu teşebbüsleri tarafından üretilen ürünlere, Kanunun ilgili düzenlemelerine rağmen hala, iktidarların tutumuna göre ya da seçim

⁸⁶ LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 590; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 42 vd.

⁸⁷ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-009; WHISH, Competition Law, s. 188, 189.

⁸⁸ GOLDMAN, Competition Policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective, s. 7. Ayrıca bkz. PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 39 vd.

⁸⁹ Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı KHK'nın (RG, 18.6.1984, S. 18435) 2/1 maddesine göre kamu iktisadi teşebbüsü (KİT) terimi, iktisadi devlet teşekkülü (İDT) ile kamu iktisadi kuruluşlarını (KİK) ifade eder.

⁹⁰ İktisadi devlet teşekkülü (İDT), sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsüdür (KHK-233, m. 2/2). İktisadi devlet teşekkülleri; TC Ziraat Bankası, Türkiye Gübre Sanayii AŞ, Türkiye Taşkömürü Kurumu, Türkiye Şeker Fabrikaları AŞ, Devlet Malzeme Ofisi, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu, Halk Bankası AŞ, Et ve Balık Kurumu, Toprak Mahsulleri Ofisi, Türkiye Ziraat Donatım Kurumu, Türkiye Emlak Bankası, Türkiye Denizcilik İşletmeleri, Türk Hava Yolları AO, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü gibi işletmelerdir.

⁹¹ Kamu iktisadi kuruluşları (KİK), sermayesinin tamamı devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal veya hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür (KHK-233, m. m. 2/3). Bu kuruluşlar, TC Devlet Demir Yolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü, TC Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü gibi işletmelerdir.

⁹² Kamu iktisadi teşebbüsleri hakkında geniş bilgi için bkz. MIMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 262 vd.; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 210, 211.

dönemlerini izleyen günlerde fahiş miktarlarda zam yapılması (uyumlu şekilde hemen akabinde özel teşebbüsün bu durumu takip etmesi), Rekabet Kanunu açısından izahı müşkül bir sorundur.

Bir işletmenin bütünü devlete veya onun alt kurumlarına aitse, bu işletmelerin kamu teşebbüsü olarak nitelendirilmesinde tereddüt yoktur⁹³. Fakat özel kişilerle birlikte sahip olunan teşebbüslerin durumu bu kadar açık değildir. Kamu veya özel teşebbüs ayırımı, devletin sözkonusu teşebbüs üzerindeki etkinliğine göre tayin edilecektir⁹⁴. Devletin özel ve inhisari haklar tanıdığı teşebbüslerin durumu ise, tanınan hakların niteliğine göre açıklığa kavuşturulacaktır⁹⁵. Özel kişilere tanınan hak, özel hukukun, hususi şartlar bulunmadıkça herkese bahşetmediği yetkileri içeriyorsa; mesela, kişilerin gayrimenkullerine izinsiz girerek su, gaz, elektrik gibi hususlarla ilgili (kamu) hizmetlerin yürütülmesine ait işleri deruhte eden teşebbüsler kamu işletmelerine tanınan statü içerisinde değerlendirilecektir⁹⁶. Kuşkusuz kamu teşebbüsleriyle birlikte münhasır haklara sahip teşebbüsler de rekabet hukuku kuralları çerçevesinde faaliyet göstereceklerdir⁹⁷.

3. Serbest Meslek Faaliyetleri

Gelir Vergisi Kanunu⁹⁸ serbest meslek faaliyetini, "sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında

⁹³ PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 42.

⁹⁴ GOYDER, EC Competition Law, s. 88; ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 35. Ayrıca bkz. HUTCHINGS, DURRANT, Competition Law: State Monopolies and State Undertakings, s. 23 vd.

⁹⁵ Rekabet kuralları ve kamu hizmeti yükümlülüklerine ilişkin bir inceleme için bkz. SLOT, Competition and Public Service Obligations: The Example of the Energy Sector, s. 109-120.

⁹⁶ Bahsedilen hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili ATA 86. maddede hususi hükümler mevcuttur (Bkz. PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 46 vd.). Rekabet Kanunumuzda kamu teşebbüsleriyle ilgili benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat bu durum, kamu teşebbüslerinin Kanun kapsamı dışında tutulmak istendiği şeklinde de yorumlanamaz. Bkz. İNAN, Nurkut, "Türk Rekabet Kanunu Tasarısının Birinci Bölümü" sonundaki "Tartışma" kısmı, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 66.

⁹⁷ LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 592; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 4.

⁹⁸ RG, 6.1.1961, S. 10700. Gelir Vergisi Kanunu uygulamasında serbest meslek faaliyetini mutad meslek halinde ifa edenler serbest meslek erbabıdır. Serbest meslek faaliyetleri: 1) Gümrük komisyoncuları, bilumum borsa ajan ve acentaları, noterler, noterlik görevini ifa ile mükellef olanlar; 2) Bizzat serbest meslek erbabı tarifine girmemekle beraber serbest meslek erbabını biraraya getirerek teşkilat kurmak veya bunlara sermaye temin etmek suretiyle veya sair suretlerle serbest meslek kazancından hisse alanlar; 3) Serbest meslek faaliyetinde bulunan kolektif ve adi şirketlerde ortaklar, adi komandit şirketlerde komanditeler; bu işleri dolayısıyla serbest meslek erbabı sayılırlar (m. 66).

kendi nam ve hesabına yapılmasıdır" (m. 65) şeklinde ifade etmektedir. Kanunun, serbest meslek faaliyetlerinin tanımında kullandığı "ticari mahiyette olmayan" işlerin yürütülmesi ibaresinin muhtevası, aynı Kanunun 37. maddesi ile açıklığa kavuşturulmaktadır. Zira Kanunun 37. maddesi ile "ticari" kazançlar Gelir Vergisi Kanunu uygulamasıyla sınırlandırılmıştır. Serbest meslek faaliyetleri Ticaret Kanunu anlamında "ticari iş" olarak kabul edilmese bile, serbest meslek erbabının iktisadi faaliyetlerle meşgul oldukları kuşkusuzdur⁹⁹. Serbest meslek sahibi kişiler de piyasa yapısına göre rekabeti sınırlayıcı uygulamalar içerisine girebilirler. Örneğin ücra ve uzak bir ilçedeki iki avukatın, doktorun veya mühendisin aralarında anlaşmaları böyledir. Özellikle ülkemizde serbest meslek mensuplarının ücretleri birlikleri vasıtasıyla tespit edilmektedir. Gerçekten Esnaf Odaları, Barolar Birliği, Tabipler Birliği, mensupları için ücret ve tarife belirleme yetkisine sahip kuruluşlardır¹⁰⁰. Bu uygulamaların artık, iktisadi hayatın rekabet boyutunu düzenleyen ve özel bir kanun olması sıfatıyla, Rekabet Kanunu 4. maddesindeki yasak faaliyetlerden "fiyat tespiti" çerçevesine girdiği, dolayısıyla da sona erdirilmesi gerektiği açıktır¹⁰¹.

4. Teşebbüs Birlikleri

Rekabet Kanunu 4. maddesinde, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki yasak faaliyetler içerisinde teşebbüs birliği kararları da yer almaktadır. Bu durumda "teşebbüs"le birlikte "teşebbüs birliği" kavramının belirlenmesi zarureti doğmaktadır. Rekabet Kanunu teşebbüs birliğini, "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler" (RK m. 3) olarak tanımlamaktadır¹⁰². Kanunun tanımından da

⁹⁹ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 92, 93.

¹⁰⁰ Geniş bilgi için bkz. BAYKAN, Renan, Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri, İTO Yayını No: 1996-23, İstanbul 1996, s. 183 vd.

¹⁰¹ Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 38, 39. Ayrıca bkz. ERSİN, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, s. 17, 18.

¹⁰² Rekabet Kurulu'nun Kanunumuz uygulaması açısından oldukça önemli gördüğümüz Basın İzleme Araştırma Kurulu (BİAK) ile ilgili kararı da bu yöndedir: "BİAK, tüzel kişiliği bulunmayan, Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan okurluk araştırmalarına benzer nitelikte bir araştırmayı gerçekleştirme ve finanse etme amacı ile biraraya gelen reklam ajansları, reklamverenler ve mecra kuruluşları temsilcilerinden oluşan, projenin işletilmesinden ve koordinasyonundan sorumlu kuruldur. Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesinde teşebbüs birliği kavramının,

"Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri" kapsadığı ifade edilmiştir. Aynı maddede teşebbüs ise, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmaktadır. Satışa arz ettikleri gazete, dergi ve işlevleri gereği ifa ettikleri hizmet nedeniyle basın kuruluşlarının bir teşebbüs olduklarına kuşku bulunmamaktadır. BİAK üyesi diğer kuruluşlar olan Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği de yine teşebbüslerden

anlaşılacağı üzere, teşebbüs birlikleri¹⁰³ için önemli olan husus, birliğin üyelerinin teşebbüs olarak kabul edilen topluluklardan oluşmasıdır¹⁰⁴. Bu doğrultuda en az iki teşebbüsün varlığı zorunludur¹⁰⁵. Ekonomik bir bütün oluşturan birkaç işletmenin oluşturduğu topluluk, Rekabet Kanunu anlamında teşebbüs birliği olarak kabul edilemez¹⁰⁶. Fakat birliği oluşturan teşebbüslerin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması, daha önce de bahsedildiği üzere esaslı bir sorun teşkil etmez.

Bir birliğin teşebbüs birliği olarak kabul edilebilmesinde, teşebbüslerin "sürekli" bir amaç için bir araya gelmeleri şarttır. Aksi halde kısa süreli oluşumlar, bir iş anlaşması yahut ortak sorunların halli için muhtelif zamanlarda beraber olunması, ne kadar uzun sürerse sürsün teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez. Bu tür görüşmelerin kendi oluşumu içerisinde uzun sürmesi yanında, baştan kararlaştırılan ve uzun zamana yayılan ortak sorunların halli, belirli hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik birliktelik teşebbüs birliği olarak kabul edilebilir. Bu durumda bir teşebbüs birliğinin var olup olmadığının tespiti

oluşan ve tüzel kişiliği haiz teşebbüs birlikleridir. Dolayısıyla BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulunduran bir teşebbüs birliğidir." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

¹⁰³ Ekonominin belirli bir sektörü veya endüstrisindeki teşebbüslerin (genellikle birbirine rakip olan) menfaatlerini korumak ya da onları teşvik etmek amacıyla kurulmuş birlikler, ticaret birlikleri olarak nitelendirilirler. Belirli bir sektör veya endüstri teşebbüslerini ihtiva eden ticaret birlikleri, bu yönüyle teşebbüs birliklerinden daha kapsamlı olmakla birlikte, şüphesiz bunlar da RK 4. (ATA 81) maddesi kapsamında teşebbüs birliği olarak değerlendirilecektir. Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 330, 331.

¹⁰⁴ Rekabet Kurulu BİAK kararında gerekçe göstermeksizin, sadece "reklam ajansları üst düzey yöneticilerinin" üye olabildikleri "Reklamcılar Derneği"ni teşebbüs birliği olarak kabul etmiştir: "Reklamcılar Derneği bir teşebbüs olarak tanımlanmamış, teşebbüs temsilcileri ile diğer gerçek kişilerden oluşan bir teşebbüs birliği olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Kanun'un 3 üncü maddesinde teşebbüs birliği için mal veya hizmet üretmek ya da pazarlamak ya da ekonomik amaç gibi ölçütler aranmamış, yalnızca "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler"e atfı yapılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla Reklamcılar Derneği'nin 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs birliği olduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744). ASLAN da BİAK kararıyla ilgili incelemesinde bu değerlendirmenin isabetli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, "Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 6, 7.

¹⁰⁵ Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 23, 24; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9.

¹⁰⁶ VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880.

için; tarafların amacı, beraberliğin konusu ve hedefi her olayın kendi şartları içerisinde topluca değerlendirilerek bir sonuca ulaşılacaktır¹⁰⁷.

Teşebbüs birliğinin esas amacı, üye teşebbüsler arası dayanışma ve işbirliğini güçlendirmektir¹⁰⁸. Fakat bu amacın dışında teşebbüs birliğinin bizzat iktisadi ve ticari faaliyetlerle meşgul olması da mümkündür¹⁰⁹. Ancak bu takdirde, rekabeti sınırlayıcı faaliyetin bizzat tarafı olan birliğin "teşebbüs" olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu karşımıza çıkar. Bu durumda doğal olarak ilgili birlik, teşebbüs olarak kabul edilirse, sözkonusu teşebbüsler arasında Rekabet Kanunu 4. maddesinde hukuka aykırı faaliyetler içerisinde sayılan teşebbüs birliği kararıyla birlikte, doğrudan doğruya teşebbüsler arası anlaşma veya uyumlu eylemin var olup olmadığı sorusu, haklı bir tartışma zemini bulacaktır.

Hakim düşünceye göre, rekabet hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının üyeler için uyulması zorunlu (bağlayıcı) kararlardan olması gerekmez. Rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bağlayıcı kararlar, tavsiye kararları, Kanunun 4. maddesi (ve ATA m. 81/1) gereği hukuka aykırıdır¹¹⁰. Herhalde birlik üyelerinin iktisadi sorunlara yönelik düşünceleri, önerileri tecrübeleri teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilemez¹¹¹. Biz teşebbüs birliklerinin hukuken bağlayıcı nitelikteki kararları ile tavsiye kararları arasında zorunlu bir ayırım yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Teşebbüs birliği kararlarıyla ilgili kısmi ilerleyen bölümde ele alacağımızdan, RK 4. maddesi ile yasaklanması

¹⁰⁷ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8.

¹⁰⁸ "Reklamcılar Derneği ... yazılı basın izleme araştırması piyasasında olmadığını, derneklerin üreten ve pazarlayan nitelikleri olamayacağını belirterek, 4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesine göre teşebbüs sayılmayacaklarını iddia etmiştir. Esasen Reklamcılar Derneği bir *teşebbüs* olarak tanımlanmamış, teşebbüs temsilcileri ile diğer gerçek kişilerden oluşan bir *teşebbüs birliği* olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Kanun'un 3 üncü maddesinde teşebbüs birliği için mal veya hizmet üretmek ya da pazarlamak ya da ekonomik amaç gibi ölçütler aranmamış, yalnızca "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler"e atfı yapılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla Reklamcılar Derneği'nin 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs birliği olduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

¹⁰⁹ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-031; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880.

¹¹⁰ KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 5; BENTIL, J. Kodwo, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, ICLR, Vol: 10, Pt: 4, 1993, s. 475; KENT, Law of the European Union, s. 180; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, s. 1156; FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-032; WHISH, Competition Law, s. 193; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29.

¹¹¹ MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, s. 1156; GOYDER, EC Competition Law, s. 92.

gereken birlik kararlarının bağlayıcı nitelikteki birlik kararlarıyla¹¹² sınırlandırılması gereğine işaret etmekle yetinelim.

Gerek Kanunumuz (RK m. 3) gerekse doktrin açısından teşebbüs birliğinin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması esaslı bir unsur olarak kabul edilmemektedir¹¹³. Gerçekten rekabeti sınırlayıcı kararı alan teşebbüs birliği, tüzel kişiliğe sahip bir topluluk ise, bizzat kararından ötürü onun sorumlu tutulmasına hukuki veya fiili bir engel yoktur. Ancak tüzel kişiliğe sahip olmayan fiili birliklerin sorumlu tutulup tutulamayacağı veya nasıl zorlanacakları önemli bir sorundur. Tüzel kişilikten yoksun teşebbüs birliklerinin ne dava ne de takip edilebilmeleri mümkün değildir¹¹⁴. Kanunun tanımlarla ilgili 3. maddesinde, tüzel kişilikten yoksun olan birliklerin açıkça teşebbüs birliği olarak kabul edildiği görülmektedir. Doktrinde de tüzel kişiliği haiz olmayan birliklerin dava edilememeleri sebebiyle, rekabeti ihlal eden faaliyetlere rağmen rekabet hukuku kuralları dışında tutulmasının makul bir gerekçe olamayacağı düşüncesi ileri sürülmektedir. Tüzel kişilikten yoksun teşebbüs birliğinin sorumlu tutulamadığı hallerde, karara katılan teşebbüslerin müteselsilen sorumlu olacakları belirtilmektedir¹¹⁵.

Bu görüşün isabetli olduğunu ve tüzel kişilikten yoksun teşebbüs birliklerini rekabeti sınırlayıcı davranışlara girişmek bakımından caydırıcı bir etkiye sahip olabileceğini söylemek zordur. Sorumlu tutulamayan ve dava edilemeyen farazi teşebbüs birliği kabulünün, rekabet hukuku uygulamasına olumlu bir katkı sağlayacağını düşünmüyoruz. Acaba, “teşebbüs birliği” anlayışının, tüzel kişiliğe sahip birimlerle sınırlandırılması, Kanunun uygulama alanını daraltır mı? Aşağıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi yasak faaliyetlere taraf olan teşebbüsler kuşkusuz sorumlu tutulacaktır. Taraf ehliyeti

¹¹² Bağlayıcı nitelikten yoksun, tavsiye niteliğindeki kararların da birlik kararı olarak değerlendirilmesinde şu iki husus etkin rol oynamaktadır: (1) Tavsiye kararları bağlayıcı kararlar gibi değil, tavsiye doğrultusunda hareket eden teşebbüslerle sınırlı uyumlu eylem olarak kabul edilirse, ilgili teşebbüs birliğini cezalandırabilmek mümkün olmaz. (2) Tavsiye kararları, bunları icra eden teşebbüsler arası uyumlu eylem olarak nitelendirilirse, teşebbüs birliği "kararı"na nazaran uyumlu eylemlerin ispatındaki güçlüklerle karşılaşılacaktır. Bu zorluklar göz önünde tutularak, tavsiye kararlarının da bağlayıcı kararlar gibi değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 193, 194.

¹¹³ Bkz. Komisyonun CEMATEX kararı, GIJLSTRA and MURPHY, Materials on the Competition Law of the EEC, s. 138; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-031.

¹¹⁴ Rekabet Kurulunun BİAK kararında (RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744)), BİAK'a üye olan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri aleyhine soruşturma açılmış, tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs birliği (BİAK) soruşturma kapsamına alınmamıştır. Kararın eleştirisi için bkz. ASLAN, Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, s. 8 vd.

¹¹⁵ AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 350 ve oradaki kaynaklar.

bulunmayan “sözde” teşebbüs birliğinin ise ne hukuken ne de fiilen sorumlu tutulabilmesi mümkün olmayacaktır. Gerçekten, Rekabet Kurulu bir kararında¹¹⁶, tüzel kişiliği bulunmayan BİAK’ı teşebbüs birliği olarak kabul etmesine rağmen BİAK aleyhine soruşturma açmamış daha doğrusu açılmamıştır. Şayet BİAK aleyhine soruşturma açılrsa ve sonunda para cezası verilmiş olsa, tayin edilen para cezasını tüzel kişilikten yoksun olan BİAK’tan tahsil etmek veya tahsil etmeye zorlamak hukuken mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla “taraf ehliyeti” bulunmayan, sözde teşebbüs birliği kabulünün, Kanunun etkin bir şekilde uygulanabilmesi imkanına herhangi bir katkı sağlaması mümkün değildir.

Tüzel kişilikten yoksun olan teşebbüs birliği dışında, birliğin üyeleri olan teşebbüsler sorumlu tutulacaksa, sorumluluğun temeli olarak rekabeti sınırlayıcı "teşebbüs birliği" kararına dayanmak sağlıklı bir gerekçe teşkil etmez. Olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda), ikili bir ayırım yapılmalıdır. Karar olarak ortaya çıkan irade, tarafları bağlayıcı nitelikte ise, teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın varlığının kabulü gerekir. Şayet teşebbüslerin aralarında mutabık kaldıkları sonuç, tavsiye niteliğinde ise, karar birlik üyesi olan teşebbüslerce icra edilmedikçe herhangi bir sorumluluktan bahsedilemez. Tavsiye kararı uygulandığı takdirde, ancak kararı icra eden teşebbüslerle sınırlı olarak, taraflar arasında uyumlu eylemin varlığından bahsetmek herhalde yerinde bir değerlendirme olacaktır. Görüldüğü gibi bağlayıcı kararlar açısından ilk zikrettiğimiz görüşle birlikte, her iki durumda da sorumlu olacak kişiler bakımından bir farklılık yoktur. Tavsiye kararları bakımından kararı icra eden taraf teşebbüslerle sınırlı bir sorumluluğun kabulü, bizim savunduğumuz görüş bakımından şüphesiz daha makul bir zemine oturmaktadır. Zira ilk görüş kabul edilirse, birliğe üye olmak sıfatıyla, tavsiye kararına uysun veya uymasın, bütün teşebbüslerin sorumlu tutulması mahzuru vardır. Dolayısıyla bu çözüm yolunun benimsenmesi, temel hukuk ilkelerine aykırı olmaktan başka, tavsiye kararlarına uymayan masum teşebbüslerin sorumlu tutulması gibi (iktisadi hayat bakımından) oldukça sakıncalı sonuçlara da yol açabilecek niteliktedir.

5. Bağlı Teşebbüsler

a. Genel Olarak

Bir işletmenin diğer bir işletmenin çoğunluğuna sahip olması veya onu çeşitli borçlar hukuku sözleşmeleri ile kısmen veya tamamen hakimiyeti altına

¹¹⁶ Kurul kararında, BİAK aleyhine soruşturma açılmamasına rağmen BİAK’a bir takım yükümlülükler getirildiği görülmektedir. Bkz. RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

alması mümkündür. Bir işletmenin sevk ve yönetiminin ele geçirilmesi, sözkonusu işletmenin hukuki bağımsızlığını ortadan kaldırmaya da ekonomik açıdan, kendisini hakimiyeti altına alan işletmeye bağımlı kılar¹¹⁷. Bir araya gelen işletmeler hukuki bağımsızlıklarını muhafaza etmek suretiyle, müşterek bir yönetim altında toplanarak "bağlı teşebbüsler" sistemini oluşturur. Çoğu ülkede ve Türkiye'de işletme veya ortaklıkların; hukuken, iktisaden ve organik yönden bağımsız bir bütün oldukları düşüncesinden hareketle bu tip birleşme yahut birlikler düzenlenmemiştir. Bu konuyu yasal düzenlemeye bağlayan ilk ülke, 1965 tarihli "Paylı Ortaklıklar" Kanunu (konzern) ile Almanya olmuş ve adı geçen Kanununun 3. kısmında, "bağlı işletmeler" ile ilgili ilkesel kurallar, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Adı geçen Kanuna göre bir işletmenin başka bir işletmenin yönetiminde belirli bir etkinliğe sahip olması ve bu işletmenin karar alma mekanizmasını etkileyebilmesi durumunda "konzern"den bahsedilmektedir. Böylece işletme hukuki bağımsızlığını muhafaza ederek hakim işletme ile ortak bir yönetim altında fakat ona katılmaksızın bir işbirliği kurmuş olmaktadır. Bu durumda her bir işletme, dışarıya karşı hukuken bağımsız olmasına rağmen, "konzern" çatısı altında oluşturulan ekonomik bütünün birer parçası konumundadırlar¹¹⁸. İşletmelerin konzern çatısı altında birleşmeleri, sermaye katılımı şeklinin dışında, işletme sözleşmeleri¹¹⁹ ile de mümkündür.

Geniş anlamda işletmeler arası işbirliğini veya konsantrasyonları teşvik eden sebepler çeşitlidir. İktisadi gücün yoğunlaşmasının temelinde ekonomik ve teknik kaygılar yatmaktadır. Gerçekten mal ve hizmetlerin üretime hazır hale getirilmesi, üretimi, ambalajlanması, tanıtımı, sigortalanması gibi bütünlük arz eden çeşitli süreç ve işlemlerin aynı yönetim altında tasarlanması ve yerine getirilmesinin sağlayacağı faydalar önemlidir. Ayrıca riziko paylaşılması, finans kaynakları yaratılması, rekabet düzeyinin yükseltilmesi gibi faktörler bu sebepler arasında yer alır¹²⁰.

Uygulamada tröst, konzern gibi terimlerle ifade edilen ilişkiler "holding" olarak nitelendirilmektedir¹²¹. Holding -bağlı işletme- kurulmasına en yakın

¹¹⁷ WHISH, Competition Law, s. 189; AGNEW, Competition Law, s. 141, 142; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 26, 27.

¹¹⁸ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 1.

¹¹⁹ Bu sözleşmeler genellikle hakimiyet sözleşmeleri, karın nakli sözleşmesi, karda ortaklık sözleşmesi, karın kısmen nakli sözleşmesi ve işletme hasılatının kiralanması sözleşmeleridir. Bkz. POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 935.

¹²⁰ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 933. Ayrıca bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 888, 889.

¹²¹ POROY(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 244. Holding tipi yapılanmalar kamu sektörü alanında da vardır. Kamu kesimindeki iktisadi devlet teşekkülleri holdinglere tekabül eder. Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 63 ve dph. 83.

işletmeler anonim şirketlerdir. Tüzel kişiliğin varlığı, yönetim ve işleyiş yapısının teknik anlamda pay sahiplerinden bağımsızlığı, sermayenin paylara bölünmesi, payın devir alınması ve devredilmesi kolaylığı birer imkan olarak anonim şirketleri bağlı işletmeler için ön plana çıkarmaktadır¹²².

b. Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar Açısından Bağlı Teşebbüsler

Bir teşebbüsün, diğer bir veya birden fazla teşebbüsün hisse senetlerine sahip olarak veya yönetim kurulunda kendi iradesine tabi yöneticiler bulundurmaları suretiyle ilgili teşebbüsün sevk ve idaresine katılması, bağlı teşebbüsleri meydana getirmektedir. Ana teşebbüs ile yavru teşebbüs ayrı tüzel kişiler olduklarından her türlü hukuki ilişkilere girip hak ve borç sahibi olabilirler. Fakat teşebbüslerden biri (ana şirket) diğerinin (yavru şirket) idaresine hakim olduğuna göre, yavru şirketin kararlarında ana şirketten bağımsız olarak "ayrı bir irade"nin varlığından söz edilebilir mi?

Bilindiği gibi bağlı işletmeler, hukuken birbirinden bağımsız tüzel kişiliğe sahiptirler. Ancak ekonomik olarak yavru işletme ana işletmeye bağlıdır¹²³. İşletmelerin hukuki bağımsızlığı nazara alınarak, pekala bağlı işletmeler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklanması gerektiği söylenebilir¹²⁴. Ancak, tek çatı altında yönetilen hukuken bağımsız, fakat fiilen bağımlı işletmelerin aralarında rekabet etmelerini beklemek grup içi işbirliği esasına ters düşer.

Bağlı işletmelerin rekabeti sınırlayıcı uygulamalar bakımından sorumluluğunu içeren olaylar, AB Komisyonu ve Adalet Divanına intikal ettiği zaman, yavru işletmenin ana işletmeden bağımsız hareket edebilme imkanına göre çözüme kavuşturulmuştur. Yavru işletme iktisadi politikalarını ana işletmeden bağımsız olarak belirliyor ve ona göre hareket edebiliyorsa her iki işletme ayrı birer işletme olarak rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin sujesi olabileceklerdir. AB Adalet Divanı, BMW Belgium v. Commission olayında, yavru işletme ile ana işletme arasındaki iktisadi bağın, bunlar arasında farklı

¹²² TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 932, 933.

¹²³ KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 6.

¹²⁴ Bkz. Yellow Cab. Co., 332 US 218, 1947. ABD yüksek Mahkemesi, Yellow Cab. Co. davasında Checker Cab. manufacturing şirketinin iki yavru işletmesi arasında rekabeti ortadan kaldıran ve birbirlerinin faaliyet alanına girmemeyi öngören anlaşmayı Sherman Kanuna aykırı bulmuştur. Bu hususta ABD uygulaması için bkz. KISHOYIAN, Bernard, The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine in International Business a Case for the Extraterritorial Application of Antitrust Law, TILR, Vol: 6, No: 1, 1995, s. 205 vd.

davranışların veya ayrı menfaatlerin varlığına engel teşkil etmediğini belirtmiştir¹²⁵.

Ana işletmenin yavru işletmenin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olması veya onun karar organlarına hakim olması durumlarında, yavru işletmenin ekonomik bağımsızlığından söz edilemez¹²⁶. Her olayda yavru işletmenin ana işletmeden bağımsız hareket edebilme imkanının olup olmadığı veya somut olayda yavru işletmenin hareket kabiliyetinin talimatlarla kaldırılıp kaldırılmadığı ayrı ayrı incelenmelidir. Komisyon, bir Danimarka şirketi olan Christiani and Nielsen ile sözkonusu şirketin Hollanda'da bu ülke hukukuna göre kurdurduğu yavru şirketi the Hague¹²⁷ arasında piyasa paylaşmayı öngören anlaşmanın ATA 81/1 madde hükümlerine tabi olmayacağını belirtmiştir. Komisyon, ana şirket ile yavru şirket arasında sıkı bir bağ bulunduğunu, ana şirketin, yavru şirketin yönetimine hakim olduğunu ve bu doğrultuda yavru şirketin ancak, görev dağılımı sonucu ortaya çıkan ekonomik bütünün bir parçası olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Gerçekten aynı ekonomik birlik içerisinde yer alan şirketlerin birbirlerinin rakibi olamayacakları açıktır¹²⁸. Hukuki bağımsızlığı haiz olan, fakat ekonomik bağımsızlığı bulunmayan yavru şirket, ana şirketten ayrı düşünülmemelidir¹²⁹. Bu yüzden bağımsız şirketler arasındaki rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri uygulama alanı içerisinde tutan ATA

¹²⁵ Bkz. KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 6; GOYDER, EC Competition Law, s. 91.

¹²⁶ Rekabet Kurulunun yayınladığı grup muafiyeti tebliğlerinde bağlı teşebbüslere ilişkin hükümlere yer verildiği görülür. Tebliğ hükümlerine göre bağlı teşebbüs: a) Anlaşmanın taraflarından birinin doğrudan veya dolaylı olarak; sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasına veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organlarının üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine veya işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüsler. b) Anlaşmanın taraflarından biri üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüsler. c) (b) bendinde anılan bir teşebbüs üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüsler. Anlaşmanın tarafları veya onlara bağlantılı teşebbüsler üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere müştereken sahip olan teşebbüsler anlaşmanın her iki tarafına bağlantılı teşebbüs olarak kabul edilirler (teb. 1997/4, m. 5/2). Aynı şekilde bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 27, dñn. 26.

¹²⁷ Olay için bkz. GILSTRA and MURPHY, Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, s. 101, 102.

¹²⁸ Bkz. LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 588, 589; KENT, Law of the European Union, s. 179.

¹²⁹ "Doğan Yayın Holding A.Ş., Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş. ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen, aynı ortak iradenin kontrolü altında buldukları için bu teşebbüsler, ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden Doğan Şirketler Grubu Holding A.Ş.'nin ilgili ürün pazarındaki birimleridir. Dolayısıyla Doğan Yayın Holding A.Ş.'nin ilgili piyasaya yönelik herhangi bir ticari faaliyetinin bulunmadığı savunması, bu teşebbüsün BİAK sözleşmesine abone ve kurucu üye olarak imza atması nedeniyle soruşturma kapsamında değerlendirilmesine engel değildir. " RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

81/1 maddesi hükmü ile RK 4. maddesi, ekonomik bağımsızlıktan yoksun bağlı şirketler arası işlemlere kabili tatbik değildir¹³⁰.

Ana şirket ile yavru şirket arasında veya ana şirketin kontrolüne tabi olan iki yavru şirket arasındaki rekabeti sınırlayıcı uygulamalar, Rekabet Kanunu 4. maddesi çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak kabul edilemez. Zira ekonomik bir bütün teşkil eden birlik içerisindeki şirketlerin, kendi kaderleriyle ilgili ekonomik kararlar alarak uygulayabilme özgürlükleri yoktur. Bu yüzden ekonomik bütünün içerisindeki şirketler arasında etkin bir rekabetin varlığından söz etmek mümkün ve muhtemel değildir¹³¹. Aynı zamanda bu sonuç, Rekabet Kanunu kapsamındaki "teşebbüs"lerin, hem hukuki hem de ekonomik bağımsızlığa sahip olması gerektiği yolundaki düşüncemizin zorunlu sonucudur.

Ekonomik birlik çerçevesinde kalan teşebbüsler arası işlemleri, Rekabet Kanunu 4. maddesi hükmü anlamında anlaşma olarak nitelendiremediğimize göre, grup içi talimatlar olarak değerlendirmek en emin yol olacaktır. Bağlı teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, teşebbüs içi talimatlar olarak değerlendirilince, bu uygulamaların yasaklanması da mümkün olmayacaktır. Ancak bağlı teşebbüslerin ortak faaliyetleri sonucu piyasa gücü ele geçirilmişse, hakim durum uygulamalarıyla ilgili RK m. 6 hükmü uygulama alanı bulabilecektir¹³².

Ekonomik birliğe dahil olan işletmelerden birisinin, sözkonusu birlik dışında üçüncü bir işletmeyle, aralarında mutabık kaldıkları rekabeti sınırlayıcı uygulamaların, "anlaşma" olarak nitelendirilmesinde herhangi bir kuşku duymamak gerekir. Gerçekten bir tüzel kişiliğe sahip ve hukuken bağımsız bir işletmenin, ekonomik olarak ana işletmeye bağımlılığı, onun hukuki işlemlere

¹³⁰ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-005; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 6; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 47; KISHOIYAN, Bernard, The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine in International Business a Case for the Extraterritorial Application of Antitrust Law, s. 215, 216 vd.

¹³¹ GOYDER, EC Competition Law, s. 90; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-005.

¹³² Bu durumda ana şirketin, yavru şirketin sermayesinin veya oy hakkı veren hisse senetlerinin yarısından fazlasını ele geçirmesi durumunda, birleşme ve devralmaları düzenleyen RK 7. maddesi hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı hususu da tartışmaya değer bir konudur. Gerçekten Rekabet Kanunu anlamındaki birleşme ve devir işlemlerini Ticaret Kanununun hukuki - teknik anlamdaki birleşme ve devirleriyle sınırlandırmak mümkün değildir. Rekabet sınırlamaları bakımından önemli olan "ekonomik kontrol"ün ele geçirilmesi ise ana işletmenin diğer bir işletmenin (yavru işletme) malvarlığını veya ortaklık paylarını devralmak suretiyle kontrolü altına alması durumunun, aynı kapağa çıktıkları söylenebilir. Zira Kanun halihazırda bir işletmeyi kontrol eden "bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları ... devralması(nı) hukuka aykırı" kabul etmektedir (RK m. 7).

taraf olmasını engellemez. Eğer yavru işletme, grup içi talimatlar neticesinde rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın tarafı olmuşsa, ana işletmeyle birlikte yavru işletmenin müteselsilen sorumlu kabul edilmeleri gerekir. Fakat somut olayın şartları içerisinde, yavru işletmenin bağımsız hareket ederek rekabeti sınırlayıcı uygulamalara taraf olduğu anlaşılabilir ölçüde, ana işletmenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır¹³³.

6. Yabancı İşletmeler

Bilindiği gibi yabancılık vasfının tayini için ilgilinin, gerçek veya tüzel kişi olup olmamasına bakmak gerekir. Yabancılık vasfının tespiti, aynı zamanda gerçek veya tüzel kişinin vatandaşlığının tespitidir. Devletler Hukuku 1892 Cenevre Toplantısında kabul edilen tarife göre yabancı, "bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimse"dir¹³⁴.

Şirketlerin yabancılık vasfı, TK genel hükümlerine göre tayin edilecektir. Yabancı işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin durumunu düzenleyen TK m. 42/4 hükmü "merkezi Türkiye dışında bulunan ticari işletmeler" ifadesini kullanmıştır. Şu halde merkezi Türkiye dışında bulunan şirket yabancıdır. Bu şirket, merkezin bulunduğu devletin vatandaşlığını taşır. Merkez kavramı, Ticaret Kanunu sistemine uygun olarak bir işletmenin idari, hukuki ve ticari faaliyetlerinin toplandığı ve yürütüldüğü yeri ifade eder¹³⁵.

Türkiye sınırları dışında bulunan ve rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri ülke piyasalarını etkileyen teşebbüsler, Rekabet Kanununun ülke sınırları içerisindeki teşebbüslere yüklediği mükellefiyetlere tabidir¹³⁶.

¹³³ Krş. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 60.

¹³⁴ Bkz. ALTUĞ, Yılmaz, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul 1971, s. 8.

¹³⁵ Geniş bilgi için bkz. ÇELİKEL, Aysel, Yabancılar Hukuku, İstanbul 1990, s. 27, 28; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 33; GÖLE, Celal, "Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 181-206.

¹³⁶ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-013; WHISH, Competition Law, s. 379 vd; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 78 vd. Ayrıca bkz. POROY, Çok Uluslu Ortaklıklarla İlgili Hukuki Sorunlar, s. 456 vd.

§ 7. Rekabet Düzeninin İhlali

I. Rekabet Düzeninin İhlali Amacı veya Bu Sonucun Doğması

1. Genel Olarak

Rekabet Kanunu 4/1 maddesi "doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan" teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklamaktadır¹³⁷. Bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin amacı veya etkisi, öncelikle sözkonusu davranışların ekonomik çerçevesi ve ilgili piyasanın durumundan hareketle belirlenecektir¹³⁸. Bu doğrultuda rekabeti sınırlayıcı davranışın, (örneğin bir anlaşmanın) muhtevası ve hedefleri fevkalade önemlidir¹³⁹.

AB Adalet Divanı Philip Morris davasında¹⁴⁰ devir anlaşmasının sadece rekabete aykırı kayıtlar taşıyıp taşımadığını değil, devir anlaşmasının bilfiil rekabeti sınırlandırıp sınırlandırmayacağını yahut anlaşmanın, rakiplerin ticari faaliyetlerini potansiyel olarak etkileyecek bir araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorununu da titizlikle incelemiştir. Bu yüzden hukuka aykırılık bakımından rekabeti sınırlayıcı uygulamaların doğrudan etkilerinin bu sonuca yönelmesi ile dolaylı olarak rekabeti sınırlama amacı taşımaları veya bu etkiyi doğurmaları yahut doğurabilecek nitelikte olmaları önemli değildir. Kısaca Kanunun 4. Maddesindeki yasak faaliyetlerin amacı veya etkisi itibarıyla rekabetin kısıtlanmasına sonucuna yol açmaları arasında bir fark yoktur. Hatta tarafların, rekabet düzenlemeleri karşısında, açıkça rekabeti sınırlayıcı uygulamalara girişmeyecekleri düşünülürse, sözkonusu uygulamaların potansiyel etkilerinin hesaba katılması, rekabet düzeninin selameti açısından fevkalade önemlidir¹⁴¹.

Yasaklanan faaliyetlerle ilgili 4. madde kapsamında; anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerin doğrudan amacı veya etkileri itibarıyla rekabeti

¹³⁷ Mehzaz maddede (81/1) yer alan "amacı veya etkisi" (object or effect) ibaresi kanunumuza şişirilerek aktarılmıştır. Halbuki mehzaz maddenin ifade tarzı değişiklik yapmayı gerektirmeyecek kadar öz ve kapsamlıdır.

¹³⁸ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 70; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 885.

¹³⁹ LASOK, K. P. E., Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements: A Comment on the Delimitis Case, ECLR, 5, 1991, s. 196.

¹⁴⁰ Bkz. CURTIN, D., von EMPEL, M., WOLKER, E. L. M., WINTER, J. A., Leading Cases on the European Communities, Boston 1994, s. 552 vd.

¹⁴¹ Bkz. LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 600.

sınırlandırmaları arasında bir fark olmasa da, özellikle Kanunun ihlalinde kastın varlığı ya da yokluğu, kusurun derecesi ceza tatbikinde göz önünde tutulacaktır (RK m. 16/4).

2. Rekabeti Sınırlama Amacı

Taraflar arasındaki anlaşma, karar veya uyumlu eylemin yegane amacı rekabeti sınırlamak ise veya mutabık kalınan hususlarda açıkça rekabeti sınırlayıcı kayıtlara yer verilmişse, ortada doğası gereği rekabeti sınırlayıcı bir faaliyet bulunduğundan, sözkonusu işlemleri; etkilerini, doğuracağı sonuçları araştırmaya gerek kalmaksızın hukuka aykırı kabul etmek gerekecektir¹⁴². Zira taraflar, işbirliği çerçevesinde, birbirlerinin rakibi olma durumundan vazgeçerek rekabeti sınırlayıcı amaç üzerinde yoğunlaşmaktadırlar. Rekabeti sınırlayıcı hedefe ulaşamaması veya tarafların muvakkaten anlaşmayı rafa kaldırmaları, ilgili anlaşmaların yasaklanmasına engel teşkil etmez. Bu tür anlaşmalar ancak "muafiyet" kapsamına (m. 5) alındığı takdirde, Rekabet Kanunu 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından kurtarılabilir¹⁴³. Şüphesiz bu imkanın kullanılabilmesi muafiyet şartlarıyla bağdaştığı ve rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerle mücadele amacına yönelik RK 4. maddesi hükmünün varlığıyla çelişmediği ölçüde mümkün olacaktır¹⁴⁴.

Taraflar arasındaki anlaşma, karar veya uyumlu eylemin amacının açıkça rekabeti sınırlayıcı nitelikte olması yeterlidir. Anlaşma ve kararlarda rekabeti sınırlayıcı amaç aşıkarak olarak anlaşılabilirliğinden ayrıca ilave kaynaklardan araştırma yapmaya gerek yoktur. Gerçi, rekabeti sınırlayıcı amacın taraflar arasındaki anlaşmada veya kararda hususi olarak vurgulanması da şart değildir, niyetin varlığının olayın şartlarından anlaşılabilmesi yeterlidir¹⁴⁵. Fakat

¹⁴² Bkz. Grundig/Consten davası, CURTIN, von EMPEL, WOLKER, WINTER, Leading Cases on the European Communities, s. 546. "İhlalin gerçekleşmesi için eylemden Türkiye genelinin etkilenmesinin gerekmediği, bir anlaşmanın rekabeti sınırlama amacı taşıması da bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olmasının Kanun'un 4'üncü maddesinin ihlali için yeterli olduğu düşünüldüğünde "Tilmen Anlaşması"nın açıkça rekabeti önleme gayesiyle yapıldığı ortaya çıkmaktadır." RKK, No: 93/750-159, (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 124, 125).

¹⁴³ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 71.

¹⁴⁴ Amacı rekabeti sınırlandırmak olan bir anlaşmanın muafiyet hükümlerinden yararlandırılmasında, bu sonucun 4. madde hükümlerinin varlığını inkara yönelmemesi gerekir derken, muafiyet şartları arasına ilave bir unsur daha kattığımız düşünülmemelidir. Gerçekten yegane amacı mal ve hizmetlerin alım satım fiyatlarının tesbiti veya piyasaların bölüşülmesine yönelik per se yasak anlaşmaların herhalde muafiyet imkanından yararlandırılarak 4. madde uygulamasının dışına çıkarılabilmesi mümkün olmamalıdır. Kısaca muafiyet şartları tartışılırken, mutabık kalınan rekabeti sınırlayıcı amacın yoğunluğu yahut bu sonuca yönelik kast ve niyet belirleyici nitelik taşımaktadır. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 203 vd.

¹⁴⁵ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 22; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 36, 37.

muhtemel şüphelere karşı, anlaşma veya kararın çatısı ve şartlarının, temel hedefi ihlal etmeyecek şekilde değişebilme ihtimali gözden kaçırılmamalıdır.

Uyumlu eylemlerde¹⁴⁶ ise paralel uygulamaların rekabeti sınırlama amacı, tarafların hareketlerinden ve uyumlu olarak gerçekleştirdikleri davranışların arka planından anlaşılır¹⁴⁷. Yani rekabeti sınırlayıcı amacın varlığı tarafların görünürdeki davranışlarıyla sınırlı olarak düşünülmemelidir. Aynı ürün piyasasındaki üç işletmeden ikisinin diğerini piyasadan çekilmeye zorlamak için paralel davranmaları veya eş zamanlı fiyat kırmaları durumunda, sadece bu iki tarafla sınırlı bir rekabet mücadelesinin varlığı sonucuna ulaşılabilir. Fakat tarafların üçüncü işletmeyi piyasadan silmek olan yegâne amaçlarının açığa çıkartılabilmesi, ancak görünüşteki davranışların arka planını araştırmakla mümkün olacaktır.

Son olarak belirtelim ki taraflar arasındaki bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararına dayanan karşılıklı "fiyat önerileri" nihai hedefine ulaşmasa bile, bu durum, tarafların rekabeti sınırlayıcı amaçlarının varlığını göstermek için yeterli olacaktır. Rekabeti sınırlayıcı işbirliği amacına karşılık, taraflardan birinin diğerinin rekabeti bertaraf etmek niyetine bir süre kayıtsız kalması veya gönülsüz davranması, hukuka aykırılık bakımından farklı sonuçlara yol açmayacaktır¹⁴⁸.

3. Rekabeti Sınırlayıcı Etki

Bir anlaşmanın, kararın veya uyumlu eylemin yöneldiği amaç rekabeti sınırlayıcı nitelikte olmasa bile, sözkonusu faaliyetler etkileri itibarıyla rekabeti sınırlayıcı oldukları takdirde yasaklanacaklardır. Bu durumda öncelikle, bir anlaşmanın amacının doğrudan rekabeti sınırlayıcı olup olmadığı incelenecektir. Eğer anlaşmanın temel hedefi rekabeti ortadan kaldırmak ise, ilave bir araştırma yapmaksızın anlaşma hukuka aykırı kabul edilecektir¹⁴⁹. Fakat sözkonusu anlaşmanın rekabeti sınırlama amacı yoksa fiili etkileri araştırılacaktır. Anlaşma fiili etkileri itibarıyla rekabeti sınırlayıcı ise veya potansiyel rekabet açısından

¹⁴⁶ Uyumlu eylem, teşebbüslerin aralarında bir "anlaşma"nın varlığı aşamasına ulaşmamış doğrudan veya dolaylı bir işbirliği çerçevesinde ya da bilinçli olarak gerçekleştirdikleri paralel davranışlarla rekabeti sınırlayıcı ilişki içerisine girmeleridir (uyumlu eylem konusuna ilerleyen bölümlerde geniş bir şekilde yer verilecektir). Rakiplerin birbirlerine satış koşullarını, fiyat listelerini göndermeleri uyumlu eylem sayılır. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-036. ICI olayı için bkz. KORAH, Valentine, Cases and Materials EC Competition Law, Oxford, 1997, s. 186 vd.

¹⁴⁷ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 71, 72.

¹⁴⁸ Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 885.

¹⁴⁹ Bkz. Grundig/Consten davası, CURTIN, von EMPEL, WOLKER, WINTER, Leading Cases on the European Communities, s. 546; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 600.

böyle bir etkiyi haizse yasaklanacaktır¹⁵⁰. Bir anlaşmanın amacını araştırmak çoğunlukla *ex ante* (anlaşmanın etkilerinin gerçekleşmesinden önceki durum) bir incelemeyi, etkilerini araştırmak ise *ex post* (anlaşmanın etkilerinin doğmasından sonraki durum) incelemeyi gerektirir. Rekabete aykırılığın "amaca" bağlı olarak tespitinde, anlaşmanın filhal doğuracağı sonuçlarından ziyade onun muhtemel etkileri nazara alınır. Gerçi bu durumda anlaşmanın, behemehal doğuracağı sonuçları ortaya koyabilmek çoğu zaman ya çok zordur (zorluğa binaen sonucun yanıltıcı olabileceği ihtimali göz ardı edilemez) ya da imkansızdır¹⁵¹.

Bir anlaşmanın muhtevası incelenmesine rağmen, görünürde rekabete zarar verecek bir kayda rastlanmayabilir. Bununla birlikte anlaşma hükümleri, bir takım unsurlarla (örneğin piyasa şartları) birleştiğinde rekabete zarar veriyorsa, kuşkusuz bu anlaşma da Kanuna aykırı kabul edilecektir. Ayrıca anlaşma, mevcut durumda rekabete zarar vermese bile, muhtemel etkileri itibarıyla (uzun dönemli bir planın veya geniş zamana yayılan bir işbirliği anlaşmasının belirli kısımları) bu tehlikeyi taşıyorsa, aynı sonuca tabi olacaktır. Şu halde rekabeti sınırlayıcı kayıtların etkisinin, acilen piyasada hissedilmesi zaruri değildir.

Kanunun 4. maddesinde sayılan rekabeti kısıtlayıcı uygulamalardan bir kısmı, örneğin üretimin, teknik gelişmenin, yatırımların sınırlandırılmasına yönelik anlaşmalar veya teknik bilgilerin değişimini öngören anlaşmalar taraflar arasında etkisini derhal gösterir. Buna karşılık ortak bir strateji, bilgi alışverişi ile ilgili anlaşmalar rekabeti sınırlayıcı etkilerini kısa zamanda göstermese de RK 4. maddesine aykırıdır¹⁵².

II. Amacı Bakımından Rekabeti Sınırlayıcı Faaliyetler

1. Genel Olarak

Rakip işletmeler arasındaki kimi faaliyetler, rekabet düzeni için açık bir tehlike oluştururken, bir takım faaliyetler de olumlu yönleriyle birlikte rekabet üzerinde farklı derecede etkilerde bulunur. Yerine göre, piyasa şartlarının sonucu olarak rakipler arasındaki kimi rekabeti sınırlayıcı faaliyetlere, müsamaha ile bakılması gerekebilir. Gerçekten tarafların keyfi iradelerinden kaynaklanan rekabeti sınırlayıcı davranışlarla, haklı sebeplere dayanan veya piyasa şartlarının

¹⁵⁰ KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 10; LASOK, Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements: A Comment on the Delimitis Case, s. 196, 197; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 600; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 51.

¹⁵¹ LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 600, 601.

¹⁵² RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 73; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 597.

zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı davranışları aynı sonuca tabi kılmak adaletsizlik olur¹⁵³.

Sherman Kanununun birinci maddesi, rekabeti sınırlayıcı olan her türlü davranışı hukuka aykırı kabul eder. İşte Kanunun bu hükmünün farklı sebep ve durumlardan kaynaklanan; rekabeti tamamen ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmalarla, rekabeti sınırlamasına rağmen olumlu ekonomik sonuçlara da yol açabilen anlaşmalara, ayırım gözetmeksizin eşit şekilde uygulanmasının haksız sonuçlara yol açabileceği düşünülmüştür¹⁵⁴. Bu yüzden zaman içerisinde uygulamada, haklı sebeplerin varlığı halinde, rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin yasaklanmaması gerektiği yönünde bir çıkış açılmıştır¹⁵⁵.

Avrupa Birliği, Sherman Kanunundan çok daha sonraları kurulduğu için, farklı sebep ve sonuçlara sahip olan rekabeti sınırlayıcı uygulamalar bakımından, bu çelişkiyi yaşamamıştır¹⁵⁶. Örneğin ATA m. 81/1 ile genel bir yasak getirilmiş, m. 81/3 hükmü ile de belirli şartları taşıyan anlaşmalar genel yasak ilkesi dışına çıkarılmıştır.

2. Makul Sebep (Rule of Reason) Doktrini

Rekabeti sınırlandıran her sözleşme, işbirliği ve mutabakat Sherman Kanunu 1. maddesi gereğince hukuka aykırıdır. Bu hükme göre, rekabeti sınırlayıcı kayıtlar ihtiva eden her düzenleme, başka sebep aramaya gerek kalmaksızın, Kanuna aykırı olacaktır. Fakat sözleşme veya mutabakatlarda yer alan rekabeti sınırlayıcı kayıtlar, haklı sebeplere dayanıyorsa, sözkonusu anlaşmalar Kanuna aykırı kabul edilmeyecektir¹⁵⁷.

Sherman Kanununun erken dönemlerinde, ticareti veya alış verişi hayatını sınırlandıran her anlaşma, ne kadar ehemmiyetsiz olursa olsun, yasak kapsamında değerlendiriliyordu. Esasen bu anlayışın temeli, ticari ilişkilere yön veren, alış verişi hayatını kayıt altına alan veya düzenleyen her anlaşmanın, özü itibarıyla rekabeti sınırlandıracağı düşüncesine dayanır¹⁵⁸. Daha sonra uygulamada, rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuran anlaşmaların değerlendirilmesinde, anlaşmanın olumlu ve olumsuz yönlerinin birlikte

¹⁵³ Bkz. FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 176.

¹⁵⁴ STOCKING, Workable Competition and Antitrust Policy, s. 134, 135; Standard Oil Company of New Jersey v. United States, 221 US 1 (1911).

¹⁵⁵ BOUTERSE, Competition and Integration - What Goals Count? s. 40, 41.

¹⁵⁶ WHISH, Competition Law, s. 206.

¹⁵⁷ BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 145.

¹⁵⁸ Bkz. Board of Trade of the City of Chicago v. United States, 246 US 231, 238 (1918).

araştırılması gerektiği esasının yerleştiğini görüyoruz¹⁵⁹. Bir sözleşmede rekabete aykırı amaç tespit edilirken, ilgili piyasa şartları, piyasaya giriş engelleri, tüketicilerin ve küçük işletmelerin korunması hedefleri, anlaşmanın doğuracağı ekonomik ve teknik sonuçlar gibi muhtelif faktörler ayrı ayrı göz önünde tutulacaktır¹⁶⁰.

Amerikan antitröst hukuku uygulamasının geliştirdiği haklı sebep doktrini, Kanunumuza mehzaz teşkil eden AB rekabet hukukunda da etkili olmuş, hem öğreti hem de uygulamada benimsenmiştir¹⁶¹. Aslında ATA 81/1 de tıpkı Sherman Kanunu gibi rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve işletme birliği kararlarını yasaklayan mutlak bir hükme sahiptir. Gerçi sözkonusu yasağın sınırlarının Sherman Kanununda yer almayan "muafiyet" (m. 81/3) hükmüyle daraltıldığı söylenebilir¹⁶². Fakat taraflar arasındaki anlaşmadan, muafiyet hükmünde yer alan şartlar lehine bir sonuç çıkarılamayan durumlarda, anlaşmanın akıbeti ne olacaktır? Gerçekten tüketicilere herhangi bir menfaat sağlamayan yahut ekonomik veya teknik iyileşmeler ihtiva etmeyen anlaşmalar, bir kriz dönemini atlattık üzere yapılmış olmalarından dolayı ya da kamu menfaatleri gereği müsamaha ile karşılanabilir.

Rekabet sistemini etkileyebilecek nitelikteki teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının amacı, piyasaya ve kamu düzenine etkisi, ekonomik ve sosyal sonuçları her somut olaya göre hassasiyetle incelenmelidir. Bu inceleme sonucunda, anlaşmanın mevcut ve muhtemel etkilerinden kaynaklanan sınırlamaların haklı sebeplere dayandığı görülürse, sözkonusu anlaşma Rekabet Kanunu 4/1 maddesindeki yasak ilkesi kapsamında tutulabilmelidir. İşte haklı sebep kuralı, esasen faydalı sonuçlar doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan bir işbirliği anlaşmasına, onun kaçınılması mümkün olmayan veya zorunlu olarak ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı neticelerine katlanılmasını öngörür¹⁶³.

Rekabet Kanunu 5/1 maddesine göre Rekabet Kurulu rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri şu şartlar altında 4/1'deki yasak dışında tutabilir: Sözkonusu anlaşma, karar ve uyumlu eylemler ile, (1) malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, (2) gelişme veya iyileşme sonucu

¹⁵⁹ Bkz. Standard Oil Company of New Jersey v. United States, 221 US 1 (1911); BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 145; STOCKING, Workable Competition and Antitrust Policy, s. 134, 135.

¹⁶⁰ BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 148.

¹⁶¹ WHISH, Competition Law, s. 207 ve dpn. 15.

¹⁶² BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-063; WHISH, Competition Law, s. 206, 207.

¹⁶³ TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 347; ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 80.

hasıl olan durumdan tüketicinin uygun ölçüde yararlanması imkanının varlığı. Ayrıca (3) bu amaçların gerçekleşmesi için gerekli olmayan sınırlamalar öngörülmemesi ve (4) ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti temin eden araçların ortadan kaldırılmaması şarttır (RK m. 5/1). Haklı sebep kuralının, ATA 81/3'de yer alan muafiyet hükümlerine benzer bir düzenlemenin Sherman Kanununda bulunmaması¹⁶⁴ neticesinde, antitröst uygulaması tarafından geliştirildiği iddiası bir gerçektir. Bu durumda haklı sebep kuralının muafiyet hükümleriyle sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu veya olması gerektiği düşüncesi savunulabilir.

Haklı sebep kuralının hangi hallerde uygulanacağına dair kesin kurallar yoktur. Bir anlaşmanın amacının rekabete aykırı olup olmadığı veya bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı her olayın kendine has özellikleri çerçevesinde araştırılarak belirlenecektir¹⁶⁵. Kuşkusuz bu incelemelere; kamu menfaati mülahazaları, ekonomik ve sosyal şartlar, piyasa koşulları yön verecektir. Bütün bu değerlendirmeler sonucunda taraflar arasındaki anlaşmadan (karar ve uyumlu eylemler) kaynaklanan rekabeti sınırlayıcı etkiler haklı sebeplere dayanıyorsa, muafiyet şartları yerine getirilmemiş olsa bile, ilgili anlaşmalar RK 4. maddesinde öngörülen genel yasaktan kurtarılabilir. Aksi halde haklı sebep kuralını muafiyet şartlarıyla sınırlandırmak; kamu yararının korunması, kriz dönemlerinin atlatılması gibi haklı sebeplere dayandırılabilen fakat muafiyet şartları dışında kalan haller, RK 4. maddesindeki genel yasak alanına girecektir ki, bu sonucun başta teşebbüsler ve genel olarak da milli ekonomi için ne derece sakıncalı olacağı açıktır.

¹⁶⁴ Özel durumlara sınırlı olsa bile ABD Antitröst hukuku uygulamasında da muafiyet tanınan haller vakidir. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1084. Ayrıca bkz. STOCKING, Workable Competition and Antitrust Policy, s. 235-237.

¹⁶⁵ AB Adalet Divanı'nın 56/65 sayılı Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm kararı, haklı sebep doktrinine dayandırılmıştır. Bir Alman firması olan Maschinenbau Ulm (MU), üretimini yaptığı tesviye makinaları ve parçalarının Fransa'daki satış inhisarı hakkını Societe Technique Miniere'ye (STM) vermiştir. Olayda, taraflar arasındaki anlaşmada paralel ithalat engellenmediği gibi STM'ye de mutlak bir koruma hakkı sağlanmamıştır. Mahkeme, inhisar hakkı tanıyan hükmün, amacı rekabete aykırı olmayan sözleşmeyi tek başına rekabete aykırı duruma getiremeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, MU'nun Fransız piyasasına girebilmesi bakımından STM'ye inhisar hakkı tanınması zorunlu idi. Aksi halde STM sözkonusu makina ve parçalarının Fransa'da satışını üstlenmezdi. Ayrıca MU'nun, Fransa'da STM dışında başka bir firmaya aynı malı satmamayı yüklenmesi, paralel ticareti engellemez. Zira anlaşmada, makina ve parçalarının Fransa'ya girişini MU dışında başka ülkelerden ithal edilmesini önleyen bir hüküm yoktu. Görüldüğü gibi mahkeme bu sonuca, sözleşmenin amacının rekabete aykırı olup olmadığını, sözleşmede yer alan sınırlamaların haklı sebeplere dayanıp dayanmadığını inceleyerek ulaşmıştır. Bkz. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 347. Ayrıca bkz. WHISH, Competition Law, s. 208, 209.

3. Doğası Gereği Hukuka Aykırı Faaliyetler (Per se Doktrini)

Haklı sebep kuralı çerçevesinde incelenen her somut olay sonucunda edinilen tecrübeler, per se yaklaşımını doğurmuştur¹⁶⁶. Rekabet düzenine aykırılık iddiasıyla incelenen olaylar içerisinde, belirli tip anlaşmaların (uygulamaların) daima Sherman Kanununu ihlal ettiği görülmüştür. Edinilen tecrübelerden, mahkeme önüne gelen belirli uygulamaların, haklı sebep kuralına tabi tutulmasının veya bu sonuca götüreceği ilave araştırmalar yapılmasının zaman ve kaynak israfına yol açacağı sonucu çıkıyordu¹⁶⁷. Bu durumda rekabeti sınırlama amacının ya da bu yönde bir etkinin varlığı tespit edildiğinde, hukuka aykırılığın belirlenmesi için herhangi bir hususun kanıtlanmasına gerek kalmayacaktır.

Her sözleşme veya mutabakat, ihtiva ettiği hükümler ve doğuracağı sonuçlar itibarıyla rekabet hukukunun hedefleri içerisinde değerlendirilecek ve bu değerlendirme çerçevesinde tarafların amacının rekabeti sınırlamaya yönelik olduğu tespit edilirse, sözkonusu anlaşma veya mutabakat hukuka aykırı kabul edilecektir. Rekabete etkileri sabit olan ya da herhangi bir olumlu yönü bulunmadığı kabul edilen işbirliği anlaşmaları veya uyumlu eylemlerin hangi amaçlarla yapıldıklarını araştırmanın gereksiz olacağı açıktır¹⁶⁸. İşte ABD antitröst hukukunda bu tip anlaşmaların otomatik olarak Sherman Kanunu birinci maddesini ihlal ettiği kabul edilir. Bu doğrultuda sözkonusu anlaşmaların dayandığı gerekçeler veya ileri sürülen mazeretler ne olursa olsun mahkemelerce nazara alınmayacaktır¹⁶⁹. Başlıca şu dört tip anlaşmanın¹⁷⁰ edinilen tecrübeler sonucu, doğaları gereği rekabete zarar verdikleri kabul edilmektedir:

- 1) Aynı ürün piyasasında yer alan, iki veya daha fazla sayıdaki teşebbüs arasında yapılan (yatay) fiyat tespit anlaşmaları¹⁷¹,
- 2) Bir üretim zincirinin farklı seviyelerinde yer alan teşebbüsler arasındaki (dikey) fiyat anlaşmaları¹⁷²,

¹⁶⁶ HAWK, Barry E., System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, CMLR, 32, 1995, s. 988.

¹⁶⁷ Bkz. BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 149. Krş. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 343; ADAMS, The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? s. 37.

¹⁶⁸ KAUPER, Thomas E., "The Treatment of Cartels under the Antitrust Laws of the United States", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 79.

¹⁶⁹ HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1089; ADAMS, The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? s. 39.

¹⁷⁰ Bkz. FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 178. Ayrıca bkz. KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, s. 123 vd.

¹⁷¹ United States v. Trenton Potteries, 273 US 392 (1927); United States v. Socony Vacuum Oil Co., 310 US 150 (1940); FTC v. Superior Court Trial Lawyers Assn., 493 US 411 (1990).

3) Aynı üretim seviyesindeki rakiplerin piyasayı aralarında coğrafi olarak paylaşmaları. Rakip işletmeler piyasayı bölgelere ayırarak birbirlerinin bölgelerine girmemek suretiyle aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmış olduklarından, bu durum da per se rekabete aykırı kabul edilmektedir¹⁷³.

4) Grup boykotu (toplu olarak alış veriş reddetme): Bir üreticinin veya toptancının bir satıcıya veya alıcı grubuna ürün satmayı reddetmesi çoğunlukla rekabet hukukuna aykırı telakki edilir¹⁷⁴. Fakat iki veya daha fazla satıcının aralarında anlaşarak muayyen bir alıcıya ya da alıcı grubuna mal veya hizmet satımını reddetmelerinde, rakip teşebbüsü piyasadan silmeye yahut piyasaya potansiyel rakiplerin girmesini önlemeye yönelik kasıtlı davranış, bariz olarak göze çarpar. Bu yüzden grup boykotu olarak değerlendirilebilecek işbirliği anlaşmaları ve uyumlu eylemler de per se rekabet düzenine aykırıdır¹⁷⁵.

Per se kuralı çerçevesine giren her bir olayda, rekabet otoritesinin veya diğer ilgililerin taraflar arasındaki uygulamanın rekabete zarar verdiğini ispat etmesi zaruri değildir, rekabeti sınırlayıcı uygulamanın varlığını göstermek yeterlidir. Bununla birlikte ABD antitiröst uygulamasının yerleşik per se kuralının ATA m. 81/1'de veya RK 4. maddesinde uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu tartışmaya açıktır. Bir görüşe göre, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bir anlaşma per se ATA 81/1 kapsamındaki yasağa girse bile, ilgili anlaşmanın muafiyet hükümlerinden yararlandırılma imkanı asla göz ardı edilemez¹⁷⁶. Gerçi bu halde haklı olarak, rekabeti sınırlamaktan başka amacı bulunmayan bir fiyat tespit anlaşmasının hangi gerekçelerle muafiyet hükümlerinden yararlandırılması gerektiği sorusu sorulabilecektir. Fakat bu durum bütünüyle de imkansız değildir. Hatta Komisyon hizmet (özellikle banka) sektöründe, fiyat sınırlamalarına ilişkin bir uygulamaya izin vermiştir¹⁷⁷. Bu görüş doğrultusunda ATA 81 ile Sherman Kanunu 1. maddesi yapısal olarak birbirinden farklı olduklarından, bu iki hükmün işleyiş tarzı bakımından benzer olduklarını iddia etmek yanıltıcı olacaktır.

¹⁷² Atlantic Richfield Co., v. USA Petroleum Co., 495 US 328 (1990); Business Electronics v. Sharp Electronics, 485 US 717 (1988); Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 US 752 (1984).

¹⁷³ United States v. Topco Associates, Inc., 405 US 596 (1972). Ayrıca bkz. ZERRILLO, Philip C., Vertical territory and customer resale restrictions: A new rule of reason approach, JCL, Vol. 22 I: 4, 1997, s. 705 vd.

¹⁷⁴ HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1090.

¹⁷⁵ Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 370, 371; United States v. General Motors Corp. et. al., 384 US 127 (1966); FTC v. Superior Court Trial Lawyers Assn., 493 US 411 (1990); Northwest Stationers v. Pacific Stationery, 472 US 284 (1985); HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1090.

¹⁷⁶ WHISH, Competition Law, s. 206.

¹⁷⁷ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 399, 400; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 360.

Diğer bir görüşe¹⁷⁸ göre de per se kuralı, ATA 81/1 çatısı altındaki uygulamalar bakımından da işletilebilecek bir yaklaşım tarzıdır. Özellikle fiyat tesbiti, piyasa veya müşteri paylaşımı gibi kartel anlaşmaları per se kuralına tabi rekabeti sınırlayıcı uygulamalardır¹⁷⁹. Hatta AB'nin ortak pazar kurulması amacına aykırı olan ihracat yasakları ve paralel ithalatın önlenmesine ilişkin anlaşma veya kararlar da AB rekabet sisteminin per se listesine dahil edilebilecektir.

4. Per se ve Rule of Reason Yaklaşımlarının Faydaları

Doktrinde per se ve rule of reason yaklaşımlarının bir takım faydalarından söz edilmektedir. Tartışmaya açık olan bu iddiaları, çalışmamıza yorumsuz olarak almakta fayda görüyoruz.

İlkin, usul ekonomisi açısından per se kuralı etkin bir yöntemdir. Somut uyumsuzluğun sonuca bağlanmasında inceleme, araştırma ve hüküm safhaları, süre açısından olabildiğince kısaltıldığından, usul ekonomisi bakımından per se kuralı verimli bir yaklaşım tarzı olacaktır¹⁸⁰. İkincisi, per se kuralı rekabet düzenini ihlal eden olayların belirlenmesinde; açıklık, kesinlik ve kolaylık sağlayan bir usuldür¹⁸¹. Üçüncüsü, hangi tip davranışların dava yolunu açacağı belirli olduğundan, bir bakıma per se kuralı vasıtasıyla taraflara, davranışlarına çeki düzen vermeleri ihtar edilmiş olur¹⁸².

Haklı sebep (rule of reason) analizinin muhtemel faydaları ise şu şekilde özetlenebilir: (1) Haklı sebep analizi münferit olaylar ve ekonomik koşullar

¹⁷⁸ HAWK, System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, s. 988.

¹⁷⁹ Gerek ATA 81/1 ve gerekse RK 4/1 maddeleri düzenleme şeklinin bu fikri desteklediği düşünülebilir. RK m. 4/1'e göre, mal veya hizmet piyasalarında rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları genel olarak hukuka aykırıdır. RK m. 4/2 ise özellikle hukuka aykırı sayılan halleri altı bent halinde sıralamıştır. Bu haller sınırlı sayıda değil, örnek kabilinden rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerdir. RK m. 4/1 (ATA m. 81/1)'in norm olgusuna uyan her türlü rekabeti sınırlayıcı davranış yasaktır. Bu temel kuralı koyduktan sonra Kanunun, özellikle hukuka aykırılıklarına işaret ettiği ve altı bent olarak sıraladığı rekabeti sınırlayıcı uygulamalar, doğal olarak per se sistemini hatırlamaktadır. Zira somut bir olayda, RK m. 4/2'de işaret edilen hallerin varlığı sabit olduğunda, uyumsuzluğu halle yetkili olan mercinin ayrıca bu tür faaliyetlerin rekabeti kısıtlama amacı taşıyıp taşımadığını araştırmasına gerek kalmayacaktır. Fakat yine de hukuka aykırılıkları aşikar olan ve özel olarak işaret edilen bu hallerin, muafiyet şartları çerçevesinde (RK m. 5, ATA m. 81/3), yasak kapsamından çıkarılabilme imkanının varlığı gözardı edilemez.

¹⁸⁰ KAUPER, The Treatment of Cartels under the Antitrust Laws of the United States, s. 78; Northern Pacific Railway Co. v. United States 356 US 1, 5 (1958); United States v. Container Corp. of America, 393 US 333, 341 (1969).

¹⁸¹ HAWK, System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, s. 988; United States v. Trans- Missouri Freight Association, 166 US 290 (1897).

¹⁸² BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 151.

karşısında esnek değerlendirme imkanı verir. Halbuki per se kuralı çerçevesine giren bir olayda, herhangi bir değerlendirme yapmaksızın doğrudan sonuca ulaşılmaktadır¹⁸³. (2) Haklı sebep kuralı, ekonomik verimliliği teşvik eder¹⁸⁴. (3) Haklı sebep analizi, her somut olayda taraflara davranışlarını savunma zemini hazırlar¹⁸⁵. (4) Rakip teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışlar içerisinde girmeye meyillerine karşı haklı sebep kuralı caydırıcı bir rol oynar¹⁸⁶. (5) Haklı sebep analizi ile ulaşılan sonuç, per se kuralı kadar boşluk ve tereddüt taşımaz¹⁸⁷.

Gerçek şu ki, en azından rekabet hukukunun mevcut düzeyi itibarıyla per se rekabet düzenini ihlal eden uygulamaların tam bir listesini verebilmek mümkün değildir. Bu yüzden per se kuralının rekabet hukuku uygulamaları içerisinde açıklık, kesinlik ve kolaylık sağladığı iddialarında hakikat payı olsa bile, münferit olaylar açısından bu durum yanıltıcı olabilir¹⁸⁸.

Avrupa Birliği sisteminde ve rekabet hukukumuz uygulamasında per se kuralının varlığı ya da yokluğu sistem farklılığına dayanarak belirlenemez. Zira per se yasaklanan uygulamalar rekabeti kısıtlamaktan başka amacı ve sonucu olmadığı kabul edilen uygulamalardır. Eğer bu tip uygulamaların rekabeti sınırlama amacı veya sonucundan başka etkileri varsa (tüketicinin yarar sağlaması, ekonomik ya da teknik gelişmenin sağlanması gibi) per se yasaklanmaları mümkün olmaz.

Belirli anlaşma veya karar tiplerinin rekabete zarardan başka etkisi bulunmadığı gerçeği, tecrübeler sonucunda ortaya çıkan bir hakikati ifade ettiğinden, teorik olarak per se yasak kabul edilen rekabeti sınırlayıcı davranışları muafiyet hükümleri çerçevesine almak mümkün olmaz¹⁸⁹. Kaldı ki, ABD uygulamasında per se hukuka aykırı kabul edilen; piyasa veya müşteri paylaşımı, sabit fiyat anlaşmaları, boykot gibi rekabeti sınırlayıcı davranışlar hem ATA m. 81/1'de hem de RK 4. maddesinde yasak kapsamına alınan hükümlerdir.

¹⁸³ BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 152; ADAMS, The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? s. 38, 39.

¹⁸⁴ Bkz. BORK, The Antitrust Paradox, s. 267, 268.

¹⁸⁵ BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 152.

¹⁸⁶ Bkz. BORK, The Antitrust Paradox, s. 268.

¹⁸⁷ BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 152.

¹⁸⁸ Bu konu için bkz. BLACK, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They? s. 152; ADAMS, The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly? s. 38 vd.

¹⁸⁹ Krş. WHISH, Competition Law, s. 207, 208.

III. Rekabet Düzeninin İhlal Edilmesi

1. Rekabetin Engellenmesi, Bozulması veya Kısıtlanması

Teşebbüsler arasındaki bir anlaşmanın veya uyumlu eylemin ya da teşebbüs birliği kararının RK 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için sözkonusu anlaşma, uyumlu eylem veya kararın amacı yahut etkisi; rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama vasfını taşımalıdır. Ayrıca anlaşma, uyumlu eylem veya kararın amacı ya da fiili etkileri itibarıyla rekabeti engellemesi, bozması yahut kısıtlaması şart değildir; gelecekte bu sonuca yol açacak nitelikte olması da yeterlidir¹⁹⁰. Bu doğrultuda rekabetin sınırlandırılmasından, rekabetin gerek rakiplerin sayısal olarak azaltılması gerekse piyasanın taraflar arasında coğrafi olarak paylaşılması suretiyle kısıtlanması anlaşılır. Rekabetin önlenmesi, taraflar arasında var olan rekabetin ortadan kaldırılması, rekabetin bozulması ise eşit pozisyondaki rakipler arasında vaki olan rekabete müdahale edilmesi olarak düşünülebilir¹⁹¹. Örneğin bir malın alıcısı konumundaki teşebbüslere mal temin eden teşebbüsün farklı fiyatlar uygulaması rekabetin bozulmasıdır. Aslında rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması kavramlarını açık bir şekilde birbirinden ayırabilmek mümkün değildir. Yalnız rekabetin önlenmesi "kısıtlanması"na göre daha güçlü bir anlam muhtevasına sahiptir. Rekabetin "bozulması" diğerlerine göre daha zayıf ve bulanık bir kavramdır. Fakat hukuka aykırılık bakımından kullanılan ibareler arasında herhangi bir fark yoktur¹⁹².

ATA 81/1 uygulamasında, *üye ülkeler arası ticareti* hissedilir derecede etkileyen, kısıtlayan ya da önleyen teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları yasaklanmaktadır. Eğer bu etki önemli ölçüde değilse, sözkonusu rekabete aykırı davranışlar yasaklanamayacaktır¹⁹³.

¹⁹⁰ ATA 81/1'e nazaran Kanunumuz bu sonucu "... amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran" dedikten sonra "... yahut doğurabilecek nitelikte olan" ibaresi ile açıkça öngörmüş bulunmaktadır. Kuşkusuz aynı sonuç ATA 81/1 için de geçerlidir. Bkz. WHISH, *Competition Law*, s. 202.

¹⁹¹ LASOK&BRIDGE, *Law & Institutions of the European Union*, s. 600; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, *EEC Competition Law A Practitioner's Guide*, s. 74.

¹⁹² Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, p. 14. Ayrıca bkz. WHISH, *Competition Law*, s. 205, 206; MERKIN, *Encyclopedia of Competition Law*, Vol: 1, s. 1158.

¹⁹³ KERSE, *EEC Antitrust Procedure*, s. 11; VAUGHAN, *Law of the European Communities*, s. 895.

2. Önemli Derecede Etki Doktrini (The Doctrine of Appreciable Effect)

AB rekabet hukukunda bir anlaşmanın, kararın veya uyumlu eylemin ATA 81/1 kapsamına alınarak yasaklanabilmesi için sözkonusu anlaşma, karar veya uyumlu eylemin üye devletler arası ticareti (dolayısıyla ortak pazar içerisindeki rekabeti) önemli -hissedilir- derecede etkilemesi gerekir¹⁹⁴.

Önemli derecede etki doktrini olarak adlandırılan bu uygulama ilk defa 1965'de SOCEMAS olayında tanımlanmış ve tatbik edilmiştir¹⁹⁵. Daha sonra 1969 yılında AB Adalet Divanı bu doktrini Völk v. Vervaecke olayına tatbik etmekle, önemli derecede etki doktrini yerleşik bir uygulama halini almıştır¹⁹⁶. Anılan olayda Völk çamaşır makinası üreten küçük bir Alman firmasıydı. Völk bir anlaşmayla Vervaecke firmasına Belçika ve Lüksemburg'da; bölgesel koruma ve paralel ithalatı önleme hakkı sağlayan bir münhasır dağıtıcılık hakkı vermişti. Völk'ün 1963'te ortak pazardaki piyasa payı toplam üretimin 0,08'ni Alman piyasasında ise 0,2'lik kısmını oluşturuyordu. Vervaecke firmasının Belçika ve Lüksemburg'da sattığı makina sayısı yıllık olarak aşağı yukarı 200 civarındaydı. Olay Adalet divanı önüne geldiğinde, mahkeme piyasa payı oldukça düşük olan bir firmanın tanıdığı inhisar hakkının, üye ülkeler arası ticareti etkilemeyeceği düşüncesinden hareketle sözkonusu olayı, ATA 81/1'e aykırı bulmamıştır¹⁹⁷.

ATA 81/1 maddesinin uygulama şartlarından birisi olan “üye devletler arasındaki ticaretin etkilenmesi” kaydının RK 4. maddesi uygulamasıyla herhangi bir ilgisi yoktur. Uygulamada içtihatlarla gelişen, üye devletler arası ticaretin “önemli derecede” etkilenmesi kaydı, RK 4. maddesi açısından, rekabetin “önemli derecede” etkilenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Gerçi Rekabet Kanunu 4. maddesinde, taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı davranışın hukuka aykırılığı için sözkonusu davranışın, ilgili piyasada rekabete önemli (hissedilir) derecede zarar vermiş veya verecek olması gibi bir kayıt aranmamıştır¹⁹⁸. Aslında bu yönde bir sınırlama ATA m. 81/1'de de yoktur. *Önemli derecede etki*

¹⁹⁴ Bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 50; WHISH, Competition Law, s. 223, 224.

¹⁹⁵ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 49, 52.

¹⁹⁶ Bkz. LAURILA, Maija, The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, ECLR, 1991, 5, s. 97.

¹⁹⁷ Bkz. CURTIN, von EMPEL, WOLKER, WINTER, Leading Cases on the European Communities, s. 555, 556.

¹⁹⁸ Krş. JAKOB-SIEBERT, Competition Rules in the EEC and Switzerland: A Comparison of Law and Practice, s. 259; PAVESIO, The Italian on Protection of Competition and the Market, Supplement 1, 1, 3.

doktrini Komisyon kararları ve mahkeme içtihatlarıyla geliştiğinden¹⁹⁹ aynı sonucun ülkemiz uygulaması bakımından da kabul edilmesinde tereddüt etmemek gerekir.

3. Hoş Görülebilirlik (De minimis) Doktrini

Hoş görülebilirlik²⁰⁰ doktrini, rekabeti önemli derecede etkilemeyen küçük çaplı anlaşma, karar veya uyumlu eylemin yasak dışına çıkarılmasıdır²⁰¹. Bu durum aslında hukukun en temel prensiplerinden birisi olan "*de minimis non curat lex/praetor: Hukuk teferruatla, pek önemsiz meselelerle meşgul olmaz*" ilkesine dayanmaktadır²⁰². Bu açıdan de minimis kuralı, hukuka aykırılığın belirlenmesinde, haklı sebep kuralının özel bir görünümü olarak düşünülebilir²⁰³. *Önemli derecede etki* doktrininden bahsederken işaret ettiğimiz Völk v. Vervaecke olayı, Adalet Divanının, **de minimis** doktrinini formüle ettiği ilk önemli kararıdır²⁰⁴. Anılan olayda mahkeme, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşma, karar veya uyumlu eylemin yasaklanabilmesi için sözkonusu anlaşma, karar veya uyumlu eylemin sonuçlarının rekabeti önemli derecede etkilemesi gerektiği görüşüne yer vermiştir.

Komisyon **de minimis** kuralını özellikle küçük alıcı ve satıcılar arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara uygulamaktadır. Gerçekten piyasa payları ve etkinlikleri küçük teşebbüslerin, aralarında vuku bulan sınırlayıcı davranışlarla piyasadaki rekabet sistemini etkileyebilmeleri hayli zordur. Fakat piyasayı etkileme gücüne sahip olan büyük teşebbüsler arasındaki piyasa paylaşımı anlaşmaları, ilgili piyasanın küçük bir bölümünü kapsasa bile, bu teşebbüslerin **de minimis** kuralından yararlanabilmeleri mümkün değildir²⁰⁵.

De minimis kuralının hayata geçirilebilmesinde teşebbüslerin piyasa payları, ilgili piyasanın yapısı, rekabete aykırı uygulamanın konusu olan mal

¹⁹⁹ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 49, 52; LAURILA, The De Minimis in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, s. 97.

²⁰⁰ De minimis kuralı karşılığı olarak Türkçe literatürde hoşgörülebilirlik ifadesini kullanan ilk kişi Ünal TEKİNALP'tir. Bkz. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 358.

²⁰¹ WHISH, Competition Law, s. 223.

²⁰² Bkz. LAURILA, The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, s. 97.

²⁰³ Bkz. WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 425.

²⁰⁴ Bkz. LAURILA, The De Minimis in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, s. 97.; WHISH, Competition Law, s. 223, 224.

²⁰⁵ Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 896.

veya hizmetin doğal özellikleri, sınırlamanın niteliği her somut olayda dikkatle irdelenmesi gereken, belirleyici sıfatı haiz faktörlerdendir²⁰⁶.

Küçük işletmeler için hayati derecede önem taşıyan **de minimis** kuralının tatbikini kolaylaştırmak amacıyla Komisyon, ilk kez 1970 yılında, "Agreements of Minor Importance (küçük önemi haiz anlaşmalar)"²⁰⁷ ve daha sonra 1986'da bir Not²⁰⁸ yayınlamıştır. Nihayet 1997'de yayınlanan Not²⁰⁹ yürürlüktedir²¹⁰. Benzer şekilde Rekabet Kurulu da çıkaracağı tebliğlerle, küçük işletmeleri koruyucu nitelikte, milli ekonominin gerekleri doğrultusunda tespit edilecek ciro ve piyasa payları ile, **de minimis** kuralını rekabet hukuku sistemimizde uygulanabilir hale getirebilir. Zira hem küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması hem de milli ekonominin geliştirilmesi ve ayrıca Rekabet Kanunu 4. maddesinin yorumunu dinamik ve esnek bir yapıya büdürebilmek açısından **de minimis** kuralının kabulü zorunludur.

IV. Rekabetin Yatay ve Dikey Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

Rekabetin sınırlandırılmasından söz edildiğinde genellikle yatay ve dikey sınırlama ayırımının yapıldığını görüyoruz. Rekabetin yatay sınırlandırılması, aynı üretim seviyesindeki yani rakip teşebbüsler arasında cereyan eden rekabeti sınırlayıcı davranışlardır. Örneğin, sabit fiyat uygulamaları veya piyasa paylaşımını konu edinen anlaşmalar yatay sınırlamalardır²¹¹. Dikey sınırlama ise, piyasanın farklı aşamalarındaki -üretici

²⁰⁶ Bkz. LAURILA, The De Minimis in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, s. 99 vd.

²⁰⁷ OJ, 1970, C. 64/1.

²⁰⁸ OJ, 1986, C. 231/2. De minimis kuralı için esas alınan miktar işletmenin yıllık cirosunun 200 milyon ECU ve pazar payının da % 5'i aşmaması şeklinde belirlenmişti.

²⁰⁹ OJ, 1997, C. 372/13. Bu son "Not" hakkında bkz. ART, Jean Yves and VAN LIEDERKE, Dirk, Developments in EC Competition Law in 1997: An Overview, CMLR, 35, 1998, s. 1137, 1138.

²¹⁰ Küçük Önemi Haiz Anlaşmalara İlişkin Not Komisyonun yaklaşımını belirlemesine rağmen hukuken bağlayıcı kabul edilmemektedir. Fakat Not kapsamına giren teşebbüslerin ATA m. 81/1'i ihlal ettikleri iddialarına karşılık haklı bir gerekçe teşkil edecek ve cezalandırılmaları mümkün olmayacaktır. Bkz. KENT, Law of the European Union, s. 184; WHISH, Competition Law, s. 251 vd; LAURILA, The De Minimis in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, s. 102, 103.

²¹¹ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-056; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, s. 1012, 1013.

firma ile dağıtıcı (müşteri) arasında- mal veya hizmet teminine ilişkin kayıtlar içeren sınırlamalardır²¹².

Nitelikleri gereği kimi sınırlamaların yatay veya dikey tanımlamalarından hangisine girdiği kesin olarak tespit edilemeyebilir. Örneğin, üreticinin doğrudan (kendi satış mağazalarıyla) satıcı sıfatını haiz olduğu durumlarda, ayrıca onun farklı dağıtıcıları ile aralarındaki ilişkiyi yatay veya dikey tanımlamalardan hangisine girdiğini belirleyebilmek kolay değildir²¹³. Fakat bu nitelendirmenin zorluğu, yatay ve dikey sınırlama ayırımı yapmaksızın, rekabeti kısıtlayan davranışları hukuka aykırı kabul eden Rekabet Kanunumuz (aynı zamanda ATA m. 81/1) sisteminde önem taşımamaktadır.

2. Yatay Sınırlamalar

Yatay sınırlamalar, rakip teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı davranışları kapsar. Tekel şartlarını hazırlamaya yönelik bu tip davranışlar açıkça rekabet düzenine aykırıdır. Gerçekten üretim veya piyasa sınırlamalarının, sabit fiyat anlaşmalarının rekabet düzenine vaki zararlarının tespiti için başka şartlar armaya gerek yoktur²¹⁴. Bu yönde iki teşebbüsün güçlerini birleştirerek daha güçlü olan teşebbüslere karşı, aralarında rekabet etmemek üzere, ortak geliştirme ve iyileştirme çabaları çerçevesinde, yeni bir ürün imal etmek veya üretim maliyetlerini azaltmak amacıyla "ortak girişim" (joint venture) teşkil etmeleri hukuka aykırı görülebilir. İlk bakışta tarafların kendi aralarında rekabet etmemeyi kararlaştırmalarının RK 4. maddesindeki yasağı ihlal ettiği düşünülse bile ortaya çıkan fayda, rekabete verilen zarardan daha büyük olduğundan, sözkonusu yatay sınırlamalara muafiyet (RK m. 5) tanınabilecektir²¹⁵.

3. Dikey Sınırlamalar

Doktrin genel olarak dikey sınırlamaları, bir dağıtım ağı içerisinde yer alan ve farklı seviyedeki teşebbüsler arasında vuku bulan rekabeti kısıtlayıcı

²¹² HAY, George A., "Vertical Restraints", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 189.

²¹³ LUGARD, H. H. Paul, Vertical Restraints Under EC Competition Law: A Horizontal Approach? ECLR, 3, 1996, s. 168, 169.

²¹⁴ MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, s. 1012; EDLIN, Do Guaranteed Low Price Policies Guarantee High Prices and can Antitrust Rise to the Challenge, s. 554; KWOKA, WHITE, The Antitrust Revolution, s. 122.

²¹⁵ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-059, 60; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, s. 1012, 1013.

ilişkiler olarak tanımlamaktadır²¹⁶. Örneğin bir imalatçı ile dağıtıcı, toptancı ile perakendeci arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar dikey sınırlama olarak kabul edilecektir²¹⁷. Bu durumda bir satım veya dağıtım ilişkisi içerisinde rekabete aykırı herhangi bir yön bulunmayacağı düşüncesi de akla gelebilir. Fakat, taraflara tanınan inhisar yetkisinin veya bağlayıcı kayıtların rekabeti bozmak, engellemek hatta bertaraf etmek amacına yönelebileceği varsayımı karşısında farklı düşünmek gerekecektir²¹⁸.

Bir imalatçının, ürün dağıtımını üstlenecek kişiyi tayin ederken seçici davranması kendisi açısından haklı bir durumdur. Aynı zamanda yeni bir ürün piyasası kurabilmenin maliyet ve riskini göğüsleyen dağıtıcının, rakip imalatçı ve dağıtıcılara karşı rekabetten korunmasını isteyebilmesi, makul karşılanabilecek koşullar olarak değerlendirilebilir. Yine başta marka, patent ve tasarım olmak üzere fikri ve sınai mülkiyet haklarının kullanılmasında, lisans alan lisans verene veya diğer lisans sahiplerine karşı korunmadıkça, yeni bir ürüne yatırım yapmak yahut telif hakkı ödemekten kaçınılabilir. Benzeri olaylarda markalar arası rekabeti artırabilmek için, marka içi rekabete getirilen belirli kısıtlamaların kabul edilmesi, zaruret icabı olabilir. Bu yüzden dikey sınırlamaların yasaklanmaması gerektiği fikri de savunulabilir²¹⁹.

Rekabet hukukunun ticari hayattaki temel fonksiyonlarından birisi de tarafların ekonomik özgürlüğünü yok eden veya sınırlayan müdahaleleri ortadan kaldırmaktır. Gerçi bir sözleşme ilişkisine giren iki veya daha fazla kimsenin, karşılıklı olarak mutabık kalınan şartlar çerçevesinde hareket özgürlüklerinin kısıtlanması doğaldır. Her şeyden önce makul sebeplere dayanan ekonomik sınırlamalar hukuka aykırı kabul edilemez. Ayrıca, tali nitelikte kabul edilen sınırlamalara, rekabet hukuku ilkeleri çerçevesinde muafiyet tanınabilmesi mümkündür²²⁰.

²¹⁶ LUGARD, Vertical Restraints Under EC Competition Law: A Horizontal Approach? s. 168; KWOKA, WHITE, The Antitrust Revolution, s. 264; BIRO, Zoltan and FLETCHER, Amelia, The EC Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment, ECLR, 3, 1998, s. 129, 130.

²¹⁷ HAY, Vertical Restraints, s. 189, 190; SCHROEDER, Dirk, The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds, ECLR, 7, 1997, s. 430; KWOKA, WHITE, The Antitrust Revolution, s. 265.

²¹⁸ Bkz. MASSEY, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, s. 107, 108; EDLIN, Do Guaranteed Low Price Policies Guarantee High Prices and can Antitrust Rise to the Challenge, s. 556, 557.

²¹⁹ Bkz. RILEY, Alan J., Vertical Restraints: A Revolution, ECLR, 8, 1998, s. 483 vd; MASSEY, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, s. 108. Ayrıca bkz. PRESTON, Lee P., "Territorial Restraints: GTE Sylvania" in KWOKA, John E., WHITE, Lawrence, The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 283.

²²⁰ SCHROEDER, The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds, s. 431; RILEY, Vertical Restraints: A Revolution, s. 483, 484.

Yeni bir ürünün dağıtımını üstlenecek teşebbüsün, üzerine aldığı risk karşısında, üreticiden kendisini koruyucu nitelikteki imkanların tanınmasını isteyebilmesi veya bir teşebbüsün satış sonrası hizmetleri yüklenecek kişilerde (serviste) belirli nitelikler araması, seçici davranması, beraberinde bir takım sınırlamalar da getirmektedir²²¹. Bu sınırlamalar rekabeti engelleyici nitelikte kabul edilmemeli, bilakis sözkonusu sınırlamalar markalar arası rekabeti körükleyeceğinden, rekabet hukukunun temel hedeflerine ters düşmez²²².

Dikey sınırlamalar genellikle, münhasır dağıtım ve satım anlaşmaları, seçici dağıtım anlaşmaları, fikri ve sınai hakların kullanımıyla ilgili kayıtlar, franchise anlaşmaları, uzmanlaşma anlaşmaları gibi kısıtlamalardan oluşmaktadır²²³. ATA m. 81/1'de ve Rekabet Kanunu 4/1 maddesinde yatay veya dikey sınırlama ayırımı yapılmaksızın rekabeti sınırlayıcı hüviyeti haiz bütün anlaşmalar, genel yasak çerçevesine dahil edilmiştir. Fakat dikey sınırlamalar "muafiyet" hükümleri (ATA m. 81/1 ve RK m. 5) kapsamına alınarak veya grup muafiyetleri yoluyla RK 4. maddesi hükmünün uygulama alanı dışına çıkarılabilir²²⁴.

Dikey sınırlamaları yatay sınırlamalardan ayıran yön, dikey sınırlamaların piyasada farklı düzeylerde çalışan ve esasen *birbirlerinin rakibi olmayan* teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı işlemleri konu edinmesidir. Dikey sınırlamaların özü, tarafların hareket özgürlüğüne bir takım kayıtlar getirilmesidir²²⁵. Bu kayıtlar kısaca, taraflardan birinin üçüncü kişilerle sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılması (münhasır dağıtım anlaşmaları), piyasa sınırlamaları (müşteri sınırlaması, ihraç yasakları vs.) kullanım sınırlamaları²²⁶, fiyat sınırlamaları şeklinde özetlenebilir²²⁷.

²²¹ Bkz. MASSEY, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, s. 107 vd.

²²² LUGARD, Vertical Restraints Under EC Competition Law: A Horizontal Approach? s. 170, 171; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 169; PRESTON, Territorial Restraints: GTE Sylvania, s.283.

²²³ Bkz. BIRO and FLETCHER, The EC Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment, s. 131 vd; O'TOOLE, Francis, The EC Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defended, ECLR, 1, 1999, s. 6 vd.

²²⁴ SHRÖTER, Vertical Restrictions Under Article 85 EC: Towards a Moderate Reform Reform of Current Competition Policy, s. 27 vd; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 169; O'TOOLE, Francis, The EC Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defended, ECLR, 1, 1999, s. 506.

²²⁵ MASSEY, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, s. 107. Ayrıca bkz. PRESTON, Territorial Restraints: GTE Sylvania, s. 273 vd.

²²⁶ Örneğin sadece imal edilerek, ambalajlanarak piyasaya sürülmek kaydıyla satın alınan ilaç hammaddelerinin bu halde toptan satışının yasaklanması, yeşil muzun sarardıktan sonra, kahvenin kavrulduktan sonra pazarlanması (çünkü muz sarardıktan, kahve de kavrulduktan sonra çabuk bozulmakta, dolayısıyla paralel ithalat önlenmekte) şartıyla satımı, kullanım

Dikey sınırlamaların RK 4. maddesi kapsamında yasaklanabilmesi için, rekabeti önemli derecede engellemesi gerekir²²⁸. Ancak rekabeti sınırlayıcı kayıtların haklı sebeplere dayanması durumunda bu sebepler dikkate alınacaktır. Yeni pazarlar kazanılmasına, yeni teknolojilerin yayılmasına, dağıtım kanallarının gelişmesine, mamul malın özelliklerinin korunmasına, servis hizmetlerinin iyileştirilmesine, patent veya know-how gibi değerlerin muhafazasına hizmet edecek sınırlamalar doğal karşılanacaktır²²⁹. Fakat piyasayı bölgelere ayırarak mutlak koruma yasağı çerçevesinde dışardan mal alışverişini güçleştirmeye yönelik şartlar ile, sabit fiyat anlaşmalarının yasak dışına çıkarılabilmeleri teorik olarak mümkün görünmemektedir²³⁰. Zira bu tip uygulamalar, rekabet düzeni açısından faydalı olacak hiç bir etkinliği haiz değildir.

§ 8. Yasak Faaliyetleri Düzenleyen Hükümlerin Uygulama Alanı

I. Sektör Bakımından

Rekabet Kanunu 2. maddesi Kanunun kapsamını, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüs"ü içine alacak şekilde belirlemiştir. Kanunun genel sistematığı ve maddenin ifade tarzından da anlaşılacağı üzere, ekonominin bütün sektörlerindeki iktisadi faaliyetlerle meşgul olan her türlü teşebbüs, Kanun kapsamına dahil edilmiş, "sektör" bazında herhangi bir istisna hükmüne yer verilmemiştir.

AB rekabet hukuku sisteminin çerçevesini çizen ATA'da kamu sektörüyle ilgili özel düzenlemeler olsa bile, kamu sektörü de rekabet

yasakları arasında yer alır. Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 247.

²²⁷ Bkz. O'TOOLE, The EC Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defended, s. 6 vd; BIRO and FLETCHER, The EC Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment, s. 129 vd; KWOKA, WHITE, The Antitrust Revolution, s. 268-270.

²²⁸ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 174 vd; MASSEY, Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions, s. 111, 115.

²²⁹ Bkz. LUGARD, Vertical Restraints Under EC Competition Law: A Horizontal Approach? s. 168, 170.

²³⁰ Zaten bu sınırlamalar Komisyon tarafından "kara liste" içerisine alınmıştır. Bkz. KORAH, The Future of Vertical Agreements under EC Competition Law, s. 509. Aynı yerde bu sınırlamalarla ilgili müsamaha ile karşılanabilecek dikey anlaşma tiplerine de işaret edilmiştir. Ayrıca bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 260.

mevzuatına tabi tutulmuştur²³¹. Rekabet Kanunumuz açısından, mevzuatın sadece özel sektör teşebbüslerine uygulanacağına dair sınırlayıcı bir hüküm mevcut olmadığına göre, kamu sektörü de Kanun kapsamına girecektir. Şu durumda Kanun, sektör uygulaması bakımından "çerçeve" bir düzenlemeye sahiptir ve zaman içerisinde Rekabet Kurulu, tebliğler çıkarmak suretiyle serbest piyasa ekonomisinin gerekleri, piyasa dinamizmi doğrultusunda kamu teşebbüsleriyle ilgili düzenlemeler yapabilecektir.

Rekabet kuralları sadece özel teşebbüslere uygulanırsa, aynı sektörde bir arada mevcut bulunan özel ve kamu teşebbüsleri arasındaki eşitlik bozulacak, bir bakıma özel teşebbüs faaliyeti baltalanmış olacaktır. Fakat bütün kamu sektörünün, istisnasız rekabet hukuku mevzuatına tabi tutulması, özellikle stratejik öneme sahip ve ülke güvenliği ile yakından ilgili sektörler bakımından ciddi sakıncalara yol açabilir. Nitekim hem AB rekabet sisteminde (ATA m. 86) hem de üye ülke mevzuatlarında ülke kalkınması ve güvenliği açısından kritik görevleri yürüten sektörler, rekabet hukuku mevzuatı dışında tutulmaktadır²³².

²³¹ AB'nin rekabete ilişkin hükümleri kural olarak bütün sektörlerde uygulanmaktadır. Fakat taşıma, tarım, kömür ve çelik sektörleri için istisnalar getirilmiştir. İlk olarak ATA'nın 232. maddesine göre kömür ve çelik sektörüne ATA'nın değil, AKÇTA'nın öngördüğü rekabet kuralları (m. 65-66) uygulanacaktır. Sonra askeri amaçlı ve temel güvenlik konularıyla ilgili savaş malzemesi, mühimmat, silah ticareti veya üretimi gibi faaliyetlere ait tedbirlerin alınması ATA 81 ve 82. maddelerin kapsamı dışında tutulmaktadır (ATA m. 223/ 1 (b)). Diğer istisnalar ise Konsey tarafından çıkarılan topluluk tüzükleri ile getirilmiştir. (Geniş bilgi için bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 873 vd.; ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 28 vd.; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 20). ATA 81-82 maddeleri, özel veya kamu ayırımı yapmaksızın ekonomik mahiyeti haiz olan bütün teşebbüslere uygulanacaktır. Kamu sektörü bakımından bu kuralın tek istisnası ATA 86. maddedir. ATA 86. madde, üye devletlerin kamu teşebbüsleri ile kendilerine özel ve münhasır haklar tanınmış olan teşebbüslerin, özellikle eşitlik prensibi ile rekabet kurallarına uymaları gerektiğini ve hangi koşullar çerçevesinde bir istisnanın mümkün olabileceğini belirtir. ATA 86/2'ye göre üye devletlerden biri tarafından kendisine genel ekonomik menfaatlere ilişkin hizmetleri yürütmekle görevi verilen veya mali tekel karakterine sahip olan teşebbüsler özel bir statüye kavuşturulmuştur. Şayet rekabet kurallarının uygulanması, teşebbüse tevdi edilen özel görevlerin yerine getirilmesini engelliyorsa, rekabet kuralları o ölçüde geri çekilir. Aynı zamanda kamu yararıyla ilgili bulunan elektrik, su, posta, demiryolları gibi hizmetleri ifa eden teşebbüslere, özel bir statü tanınması olağan bir yoldur. Bkz. PAPANCONSTANTINOU, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 46 vd.

²³² Bkz. HUTCHINGS, DURRANT, Competition Law: State Monopolies and State Undertakings, s. 34 vd.

II. Yer Bakımından

1. Ülke Sınırları İçerisinde Uygulanan Rekabeti Sınırlayıcı Faaliyetler

a. Genel Olarak

Rekabet Kanunu 2. maddesine göre, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ... her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ... Kanun kapsamına girer". Bu hükümde sözü edilen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarla ilgili 4. maddede ise "belirli" bir mal veya hizmet piyasasında amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olan anlaşma, karar ve uyumlu eylemler hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Her devlet, bir takım istisnaları olsa bile, ülkesinde cereyan eden olaylarda, kişiler ve şeyler üzerinde tek başına yetkilidir. Bu durum devletin egemenlik hakkının doğal bir sonucudur. Bu doğrultuda ülke sınırları içerisinde iktisadi faaliyetlerle meşgul olan her türlü teşebbüs, Rekabet Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. Ülkenin coğrafi sınırları ise, Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası anlaşmalarla tespit edilmiş olan sınırlarıdır²³³.

Kanunun uygulama alanının bütün ülke coğrafyasına yayılması, bu alan içerisindeki piyasa türü ve mekanı olarak kullanılacak çerçeve bir ifadedir. Bu durumda rekabet hükümlerinin uygulanabilme kabiliyeti, ülke sınırlarının eriştiği nihai alandır. Fakat rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin etki alanı bu kadar geniş olmayabilir. Gerçekten rekabet düzenini ihlal eden bir davranışın tesir ettiği alan, belirli bir mekan (bina, çarşı, pazar), bölge veya bütün ülke yahut belirli bir mal veya hizmet piyasası olabilir. İşte gerek yabancı²³⁴ doktrinde gerekse AB Adalet Divanı²³⁵ kararlarında "ilgili piyasa" (relevant market) olarak

²³³ AB rekabet hukukunun toprak bakımından uygulama alanı ATA m. 81 ve 82'da belirtilen "ortak pazar"la sınırlıdır. Ortak pazarın sınırları, üye ülkelerin egemenlik alanlarıdır. Bu alan aynı zamanda, ATA 227/1 maddesiyle ve birliğe yeni katılan üyelerle yapılan katılma anlaşmalarıyla belirlenen ülke sınırlarıdır. Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 857 vd.

²³⁴ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 108; MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 236 vd; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 74 vd; BARNES, Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law, s. 822 vd; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 40; WHISH, Competition Law, s. 249.

²³⁵ "İlgili piyasa" kavramının tanımını konu edinen kararların toplu bir listesi için bkz. JONES, VAN DER WOUDE, LEWIS, EEC Competition Law Handbook, s. 84. Ayrıca bkz. GILJSTRA and MURPHY, Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, s. 168 vd.

anılan deyim, Rekabet Kanunu 4. maddesinde, "belirli bir mal veya hizmet piyasası"²³⁶ şeklinde ifade edilmiştir. "Hakim konum" esası üzerine bina edilen ve hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen RK m. 6'da "ülkenin bütünü ya da bir bölümü", birleşme veya devirlerle ilgili RK m. 7'de ise "ülkenin bütünü yahut bir kısmı" ibareleri "ilgili piyasa" deyiminin tespitiyle açıklığa kavuşturulabilecek kilit kavramlardır.

İnceleme konumuz açısından Kanunun 4. maddesi, "belirli" bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti sınırlayıcı davranışları yasaklamaktadır. Bu durumda (ilgili piyasa açısından) coğrafi piyasa ya ülkenin bütünüdür ya da bir bölümüdür. "Piyasa" iktisatçıların ifadesiyle kısaca, bir malın alıcıları ile satıcılarının karşı karşıya geldikleri, benzer malların fiyatlarında yeknesaklık görülen yerdir²³⁷. Yer denilince, somut bir mekan akla gelmektedir ve duruma göre bu kavram bir bina olabilir, örneğin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası gibi; bir çarşı olabilir, İstanbul Manifaturacılar Çarşısı (İMÇ) gibi; bir alan olabilir, Çarşamba Pazarı gibi; belirli günlerde kurulan pazarlar olabilir, her yıl Kurban Bayramı öncesinde kurulan kurban pazarları gibi²³⁸.

Rekabeti sınırlayıcı faaliyetlere konu olan davranışların (teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları) hangi bölgede ve hangi mal veya hizmet piyasasında gerçekleştiğinin belirlenmesinde, dolayısıyla taraf teşebbüslerin birbirlerinin rakibi olup olmadıklarının anlaşılmasında temel ölçülerden birisi, ilgili piyasanın tespitidir. Rekabet Kanunu 4. maddesi kapsamında değerlendirilemeyecek kadar küçük çaplı anlaşmaların (de minimis doktrini) belirlenmesi için gerekli olan teşebbüslerin piyasa paylarının tespiti, "muafiyet" hükmünden yararlanmak isteyen teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı uygulamalarının piyasaya etki derecesi (m. 5/c), şüphesiz "ilgili piyasa" kavramının açıklığa kavuşturulmasıyla mümkün olacaktır. Özellikle hakim durumun hangi mal veya hizmet piyasasında kötüye kullanıldığının (m. 6) ve birleşme yahut devirlerin hangi ürün piyasasında hakim duruma yol açtığına veya var olan hakim durumun bu işlemler sonucu güçlendirildiğinin tespitinde "ilgili piyasa", temel kriter rolünü üstlenir²³⁹.

İlgili piyasanın sınırlarını tayin edecek genel ilkelerin belirlenmesi, hem rekabet sisteminin temel hedeflerine ulaşmasında hem de rekabet mevzuatının bütün kurum ve kurallarıyla uygulanabilirliğinin sağlanmasında fevkalade

²³⁶ Kanunumuzun 4. maddesine tekabül eden İtalyan Rekabet Kanunu 2. maddesinde "yerel piyasada veya önemli bir bölümünde" ibareleri kullanılmıştır. Bkz. PAVESIO, The Italian Rules on Protection of Competition and the Market, 1.

²³⁷ Bkz. BOYES, William, MELVIN, Michael, Microeconomic, Boston 1991, s. 56 vd; BEGG, FISCHER, DORNBUSCH, Economics, s. 9, 10; SAMUELSON, NORDHAUS, Economics, s. 22 vd.

²³⁸ Bkz. TÖRE, Rekabet ve Piyasalar, s. 34, 35.

²³⁹ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 74, 75.

önemli bir basamaktır²⁴⁰. Zira ilgili piyasanın "dar" olarak tespit edilmesi, uyumsuzluğa konu olan teşebbüsün piyasa payını büyük gösterecek ve ilgili teşebbüsün davranışları yasak faaliyetler (m. 4) içerisine girecektir. Aksi durumda ise, yani ilgili piyasa olduğundan geniş takdir edildiğinde, rekabet düzenini ihlal eden bir teşebbüs yasak kapsamından kurtulabilecektir²⁴¹.

İlgili piyasanın belirlenmesinde teşebbüslerin; iştiğal konusu (ürün veya hizmet piyasası), faaliyet alanı (coğrafi piyasa) ve faaliyet dönemi (dönemsel piyasa) belirleyici unsurlardır²⁴².

b. Ürün veya Hizmet Piyasası

İlgili piyasanın belirlenmesinde yapılması gereken öncelikli iş, rekabeti sınırlayıcı faaliyetleri icra eden teşebbüslerin hangi ürün veya hizmet piyasasında çalıştıklarının tespitidir. Sözkonusu teşebbüsler aynı coğrafi piyasada yer alsa bile, farklı mal veya hizmetler üretiliyorsa, bu teşebbüslerin birbirlerinin rakibi olmaları muhtemel değildir. Bu durumda açıklığa kavuşturulması gereken sorun, hangi mal veya hizmetlerin aynı piyasada değerlendirildiklerinin belirlenmesidir²⁴³.

²⁴⁰ Bkz. MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 259 vd.

²⁴¹ Bkz. BARNES, Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law, s. 822; LAURILA, The De Minimis in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, s. 99.

²⁴² MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 236 vd; RITTER, BRAUN, RAWLINSO, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 74 vd; BARNES, Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law, s. 822 vd.

²⁴³ "Soruşturmaya konu olan sözleşmenin incelenmesi sonucu, sözleşmenin birbiri ile etkileşim içerisinde bulunan iki hizmet pazarında etkili olduğu anlaşılmıştır:

- Yazılı basın izleme araştırması piyasası

- Yazılı basın reklam piyasası

Yazılı Basın İzleme Araştırması Piyasasında Piar Gallup Araştırma A.Ş. ile medya ve reklam sektörünün kullanımına sunulacak bir basın izleme araştırmasını yapma kapasitesine sahip diğer bütün araştırma şirketleri hizmeti üreten ve arzeden taraftır. Piyasanın talep tarafında ise, reklam gelirlerini artırmayı amaçlayan basın sektörü,

reklam harcamalarını ekonomik ve etkin bir şekilde yönlendirmeyi planlayan reklamverenler, etkin medya planlaması ile doğru hedef kitlelere ulaşmaya çalışan reklam ajansları bulunmaktadır.

Yazılı Basın Reklam Piyasasında ise ürün, "reklam yayınlama hizmeti" dir. Bu hizmetin sağlayıcıları basın sektöründeki yayın grupları, alıcıları (talep edenleri) ise reklamverenler ve reklamverenlere etkin medya planlaması sağlamaya yönelik faaliyette bulunan reklam ajanslarıdır.

Diğer taraftan Üniversal Yayıncılık A.Ş., bünyesinde bulunan dergilerin ölçümlenerek raporlanması için BIAK'a başvuruda bulunmuştur. Bu nedenle belirlenen bu piyasaları *dergi grubu* ile sınırlandırmak gerekmektedir." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744). İlgili ürün piyasasının çimento bakımından değerlendirilmesini konu edinen diğer bir karar için bkz. RKK, No: 99-30/276-166(a), (Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 96, 97).

Aralarında açık bir benzerlik bulunan ya da aynı kullanma amacına hizmet eden ürünler, aynı piyasa içerisinde kabul edilebilir²⁴⁴. 1997/1 sayılı tebliğe göre ilgili ürün piyasasının tesbitinde, mal veya hizmetlerin tüketicinin gözündeki fiyatlarının, kullanım amaçlarının ve niteliklerinin aynı sayılıp sayılmadığı dikkate alınacaktır (m. 4/son)²⁴⁵. tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir Fakat benzer yahut birbirlerinin yerlerine kullanılacak (ikame özelliği olan)²⁴⁶ mal veya hizmetlerde ilgili piyasanın tesbiti güçlük arzedebilir ve çoğu kez de bir takım ekonomik analizler yapılmasını gerektirir²⁴⁷. Bu doğrultuda pirinç yerine makarna, şarap yerine bira ikame edilebilecek ürünler olarak kabul edilebilir. Şu halde deli dana hastalığı tehdidi karşısında müşteri eğilimi, tavuk veya balık etine yahut güncel olan Marmara bölgesi depremi sebebiyle balık eti yerine diğer et çeşitlerine yönelmişse; koyun, keçi, sığır, balık ve tavuk eti aynı et piyasası içerisinde değerlendirilebilir mi? Aynı soru birbirini tamamlayıcı nitelikteki ürün piyasaları için de sorulabilir. Gerçekten sanayi kesiminde temel bir ürün ve ona bağlı diğer ürünler vardır. Örneğin, bugün petrolden pek çok ürün elde edilmektedir. Böylece çeşitli ürünler birbirine bağlı ürün grubunu yaratmakta ve temel ürünlerdeki değişiklikler bağlı ürün piyasalarını da etkilemektedir.

AB uygulamasında ilgili ürün piyasası deyiminin muhtevası, mal veya hizmetlerin üretim ve tüketim ikamesi araştırması sonucunda tayin edilmektedir. Komisyon grup muafiyet tüzüklerinde ikame ürünleri, kullanıcılar tarafından

²⁴⁴ Bkz. RUTTLEY, EC Competition Law in Cyberspace: An Overview of Recent Developments, s. 195. Krş. BAKER and WU, Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission, s. 275 vd.

²⁴⁵ 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, RG, 12.08.1997, S. 23078.

²⁴⁶ Bir malın ikame özelliğini, bir üründe meydana gelen çok az bir fiyat artışının talepte, diğer bir ürün yönünde önemli bir değişime neden olması veya tam tersi, bir üründe meydana gelen fiyat düşüşünün tüketicileri diğer üründen vazgeçmesi yönünde uyarması iki ürünün ikame edilebilirlik derecesi ile izah edilir (Bkz. MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 245; BAKER, and WU, Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission, s. 275). Adıyaman ili LPG piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında anlaşmak suretiyle rekabeti kısıtlamalarını konu edinen kararında Rekabet Kurulunun tespitleri de bu yöndedir: "... Tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları açısından benzer olan ürünler aynı pazarda sayılabilmektedir. ... LPG çok amaçlı olarak kullanılan bir üründür. Bu ürünün sanayide kullanımı, ısıtma ve aydınlatma gibi işlevleri diğer bazı ürünlerce ikame edilebilmekte iken, fırın ve ocaklarda kullanımına ilişkin iki ikame malından birisi olan doğalgaz(ın) ... Adıyaman ilinde ... temin kaynağı bulunmamaktadır. Diğer ikame malı olan elektrik enerjisi ise ekonomik olmaması nedeniyle yakın bir ikame malı olarak değerlendirilemez." RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 117, 118).

²⁴⁷ Bkz. FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 14 vd.; McKIE, James W., "Market Definition and the SIC Approach", in FISHER, Franklin M., Antitrust and Regulation Essays in Memory of John J McGOWAN, The Massachusetts Institute of Technology, 1985, s. 85 vd.

vasıfları, fiyat ve kullanma amaçları gibi benzer özellikleri nedeniyle fonksiyonel olarak birbirleriyle değiştirilebilir nitelikteki ürünler olarak değerlendirilmektedir²⁴⁸. Bu durumda değiştirilebilir özelliklere sahip ve aynı kullanma amacına yönelik ürünlerin aynı (ilgili) piyasa içerisinde yer aldıkları kabul edilecektir²⁴⁹. İlgili piyasanın belirlenmesinde bariz olarak "kullanma amacı" kriteri ilk defa Du Pont davasında ön plana çıkmıştır. Du Pont firması paketleme endüstrisinde kullanılan ve selafon olarak bilinen sentetik, şeffaf, nem geçirmeyen bir malzeme üretmektedir. Olayda Du Pont firması selafonun, gerek fiyat gerekse paketlenen ürünler bakımından diğer paketleme malzemelerinden farklı bir piyasa oluşturduğunu iddia etmiştir. ABD Yüksek mahkemesi bu iddiayı kabul etmemiş ve selafonun tıpkı diğer paketleme malzemeleri gibi aynı kullanma amacına hizmet ettiği, dolayısıyla tek bir piyasa oluşturacakları sonucuna ulaşmıştır²⁵⁰.

Saf olarak kullanma amacı kriteri ve ürünlerin ikame özelliği, ilgili piyasanın tesbitinde tek başlarına tatminkar sonuçlar vermeyebilir²⁵¹. Bu hususla ilgili bariz bir örnek AB Adalet Divanının, Kali und Saltz (KS) ve Kali Chemie (KC) davasında ortaya çıkmıştır. KS ve KC, yapay gübre olarak kullanılan potasyumun Batı Almanya'daki üretiminin tamamını gerçekleştiren iki rakip firmadır. Söz konusu firmalar aralarında, pazarlama bakımından daha zayıf olan KC'nin ürettiği saf potasyumun KS tarafından satın alınması doğrultusunda anlaşmışlardır. Komisyon bu anlaşmayla potasyum gübresi piyasasında rekabetin önlendiği sonucuna varmıştır. Olay Adalet Divanı önüne geldiğinde davalı firmalar, saf potasyumun, potasyum esaslı gübre piyasasından farklı bir piyasaya sahip olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yapılan araştırmalar sonucunda saf potasyumun aslen potasyum esaslı gübreler yerine de kullanılabildiği (ikame özelliği) tespit edilmiş ve tüketicilerin fiyat artışı durumunda, bu iki gübreden fiyatı daha ucuz olanına yöneldikleri görülmüştür. Fakat sınırlı olarak, toprağın özellikleri gereği, sadece saf potasyum kullanılması gereken durumların varlığı da müşahede edilmiştir. Mahkeme topraktan kaynaklanan (sınırlı) kullanma amacı üzerinde durmamış, saf potasyum ile potasyum esaslı gübrelerin ikame

²⁴⁸ Örnek kabilinden bkz. Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına ilişkin 1984/83 sayılı Komisyon Tüzüğü (OJ, 30.6.1983, L. 173/5) m. 3, Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına ilişkin 1983/83 sayılı Komisyon Tüzüğü (OJ, 30.6.1983, L. 173/1) m. 3. Benzer şekilde bkz. Rekabet Kurumunun 1997/3 nolu Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (RG, 4.9.1997, 23100) m. 4/a, b. ve 1997/4 nolu Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (RG, 9.9.1997, 23105) m. 4/a, b.

²⁴⁹ Bu esaslar Komisyonun 1986 tarihli "Küçük Önemi Haiz Anlaşmalara İlişkin Not"da da göze çarpmaktadır (OJ, 1986, C. 231/2), p. 13, 14.

²⁵⁰ Bkz. United States v. EJ, Du Pont de Nemours and Co., 351 US 390, (1956). Ayrıca bkz. BARNES, Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law, s. 826 vd.

²⁵¹ Bu konudaki eleştiriler için bkz. SENYÜCEL, Orçun, AKTAŞ, Cihan, "İlgili Pazar Kavramı", Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 42-44.

özelliklerinden hareketle her iki ürünün aynı ürün piyasası içerisinde yer aldıkları sonucuna ulaşmıştır²⁵². Görüldüğü gibi, mahkeme bu kararında kullanma amacı kriterine rağbet etmemiştir.

Nihayet ilgili ürün piyasasının belirlenmesinde, ürünün ikame özelliği ve kullanma amacı kriteri yanında, iki rakip teşebbüsün aynı malı üretebilme (teknik) imkanlarına sahip olması, yani bir teşebbüsün mevcut üretim teknikleriyle diğer rakip teşebbüs ürünlerini üretebilme kabiliyetinin varlığı durumunda da sözkonusu teşebbüsler potansiyel rakipler olarak aynı piyasa içerisinde kabul edilebilir²⁵³.

c. Coğrafi Piyasa

Coğrafi piyasa en geniş anlamda, her bir teşebbüsün yürüttüğü iktisadi faaliyetin ulaşabildiği nihai alan olarak düşünülebilir²⁵⁴. Hatta satıcı ile alıcı arasındaki iletişim engelini ortadan kaldıran teknolojik ilerlemeye paralel olarak, ilgili piyasanın bugün, ülke coğrafyası sınırlarını aştığı bile söylenebilir. Bilgisayar sistemleri, internet, telefon, faks gibi iletişim araçlarının hızla gelişmesi; alıcı ile satıcının biraraya gelmesi, yüz yüze konuşması zarureti ortadan kaldırmıştır. Şüphesiz alışveriş dünyasına internetin girmesi ve internet kullanımının hızla artması, ilgili piyasanın tesbitinde coğrafi sınırları zorlayacaktır. Bugün evindeki bir alıcının, internet vasıtasıyla, Ankara'daki veya Amerikadaki bir satıcıya sipariş verebilmesinde herhangi bir güçlük yoktur. Dolayısıyla artık belirli bir bölge, hatta ülke değil, global piyasalardan söz edilmektedir²⁵⁵.

Coğrafi piyasanın tespitinde ilgili ürünün niteliği, taşıma masrafları²⁵⁶, dağıtım ağı etkinliği ve ulaşım imkanları, iklim, tüketici tercihleri gibi faktörler belirleyici kısıtları oluşturur²⁵⁷. Coğrafi piyasa, bir teşebbüsün faaliyetlerini

²⁵² Olay için bkz. GIJLSTRA and MURPHY, *Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC*, s. 170- 174.

²⁵³ Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, *EEC Competition Law A Practitioner's Guide*, s. 78, 79.; MASSEL, *Competition and Monopoly Legal and Economic Issues*, s. 249 vd.

²⁵⁴ BARNES, *Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law*, s. 837.

²⁵⁵ Geniş bilgi için bkz. RUTTLEY, *EC Competition Law in Cyberspace: An Overview of Recent Developments*, s. 194, 195.

²⁵⁶ "Çimento ürününün taşıma giderlerinin birim maliyete etkisinin yüksek olması nedeniyle, çimentonun ekonomik olarak satılabileceği uzaklığı kapsayacak bir alan coğrafi pazar olarak saptanmalıdır. ..." RKK, No: 99-30/276-166(a), (Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 97).

²⁵⁷ Bkz. MASSEL, *Competition and Monopoly Legal and Economic Issues*, s. 239. "Belirli bir pazarın topraksal sınırı, taşıma maliyetleri (navlun, paketleme vb.), malın dayanıklılığı, dağıtım sisteminin alanı ve etkinliği, belirli sağlayıcılar bakımından tüketici tercihleri, geleneksel alışkanlıklar, müşterilerin damak zevkleri ve satınalma özellikleri gibi faktörlere bağlıdır. ... Önerilmeye konu olan LPG dolmuş ve dağıtım pazarında faaliyet gösteren firmalar, Türkiye'nin tümünde dağıtım yaptıkları ve pazarda yaklaşık %80 gibi çok büyük bir

fiilen yürüttüğü belirli bir bölge ile sınırlandırılmaz. “Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır” (1997/1 sayılı teb. m. 4/4)²⁵⁸.

Normal şartlar altında bir teşebbüsün iktisadi faaliyetlerinin (üretilen mal veya hizmetlerin) ulaşabildiği nihai sınır, sözkonusu teşebbüsün coğrafi piyasası olarak düşünülecektir. Bu durumda iki teşebbüsün aynı piyasada bulunduğu sonucuna ulaşabilmek için fiili engellerin (ulaşım, iklim, dağıtım sistemi) bulunmaması yeterlidir. Kuşkusuz taşıma masrafları rekabet gücünü etkilese bile, bu durum ilgili teşebbüslerin farklı bir bölgedeki (coğrafi) piyasa içerisinde yer almasını engellemez.

Taşıma masrafları, teşebbüslerin faaliyet bölgelerini (coğrafi piyasayı) belirlemede, önemli bir faktör olarak kabul edilmesine rağmen,²⁵⁹ bu fikrin isabetli olduğunu kabul etmek zordur. Zira rekabet esasen, bir teşebbüsün taşıma masraflarını da göze alarak diğer bir teşebbüsün faaliyet bölgesine girmesiyle başlayacak ve her iki ürünün konumu; fiyat, kalite, kullanım özellikleri gibi kriterler doğrultusunda tüketici tercihlerini cezbedecektir. Ayrıca taşıma masraflarının coğrafi piyasanın tespitinde belirgin bir rol oynaması, bizi rekabetin sadece aynı bölgede (şehirde) faaliyet gösteren teşebbüsler arası ilişkilere hasredilmesi gibi rekabet hukukunun hedefleriyle bağdaşmayan bir neticeye götürecektir²⁶⁰. Fakat ulaşım engelleri, iklimden kaynaklanan özellikler coğrafi piyasanın doğal sınırlarını tayin eden temel faktörlerdir. Örneğin klima, güneş enerjisi cihazlarının coğrafi piyasası normal olarak güneşli ve sıcak bölgelerdir. Bu tip ürünlerin, yılın büyük bir kısmının soğuk ve kapalı (güneşsiz) geçtiği doğu bölgemizde kullanma amacı ve satış imkanı yoktur.

Ülke sınırları içerisindeki mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren bütün teşebbüsler, Rekabet Kanunu 2. maddesi gereği, Kanunun

paya sahip oldukları için, coğrafi Pazar ülkenin bütünü gibi görünmekle birlikte, Adıyaman ili sınırları içinde, Pazar payı dağılımının ülke genelinden farklı olması, bu firmaların Adıyaman ilindeki Pazar paylarının yaklaşık %20 olarak gerçekleşmesi ve daha önemlisi bu coğrafi alandaki fiyat değişikliğinin, diğer bölgelerde etkisinin hissedilmemesi nedenleriyle coğrafi pazar, Adıyaman ili olarak düşünülmüştür.” RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 118).

²⁵⁸ 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, RG, 12.08.1997, S. 23078.

²⁵⁹ WHISH, Competition Law, s. 248. Bu doğrultuda United Brands kararı için bkz. CURTIN, von EMPEL, WOLKER, WINTER, Leading Cases on the European Communities, s. 565, 566.

²⁶⁰ Krş. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 76. Komisyonun “Küçük Önemi Haiz Anlamalara İlişkin Not”u (OJ, 1986, C. 231/2) p. 13, 14.

uygulama alanına girmektedir. Kanunun 4. maddesinde ise, "belirli" bir mal veya hizmet piyasasından bahsedilmiştir. Bu durumda coğrafi piyasa ya ülkenin bütünüdür ya da bir kısmıdır. Şayet rekabeti sınırlayıcı faaliyetler etkisini ülkenin bütününde değil belirli (bir) bölgede yahut bölgelerde gösteriyorsa coğrafi piyasa, sözkonusu bölgeyi sınırlandıran alandır. Bu bölge içerisinde fiilen faaliyet göstermemekle birlikte, piyasaya giriş engelleri bulunmaması şartıyla, potansiyel teşebbüsler de aynı coğrafi piyasa içerisinde kabul edilebilecektir²⁶¹.

d. Dönemsel Piyasa

İlgili piyasa kimi durumlarda, belirli bir zaman dilimi (mevsim) veya dönemle sınırlıdır. Bir kısım mal veya hizmetlerin (dondurma, belirli içecekler, turizm) yoğun olarak arz edildiği mevsimler veya belirli dönemlerde kurulan panayır, ticari sergiler ait oldukları zaman dilimi için ilgili piyasanın tespitinde esas alınacaktır²⁶².

2. Ülke Sınırları Dışında Gerçekleştirilen Yasak Faaliyetler

Rekabet Kanunu hükümlerinin ülke sınırları içindeki rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin sujesi olan teşebbüslere uygulanabilmesinde herhangi bir tereddüt yoktur. Kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddede açıkça, ülke mal veya hizmet piyasalarını *etkileyen* her türlü teşebbüsün Kanunun uygulama alanı içine girdiği belirtilmektedir.

Mukayeseli hukukta yabancı ülkelerde gerçekleştirilen, fakat etkisini milli sınırlar içerisindeki mal veya hizmet piyasaları üzerinde gösteren rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin, milli hukukların rekabet düzenlemelerinin yetki alanına girip girmeyeceği konusunda yeknesak bir uygulama yoktur²⁶³. Başta ABD antitröst uygulaması olmak üzere²⁶⁴ Rekabet Kanunumuza mehz teşkil eden AB

²⁶¹ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 97; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 77; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 249.

²⁶² Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 77; TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 380, 381; WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 449.

²⁶³ Geniş bilgi için bkz. SCHWARTZ, Ivo E., "Applicability of National Law on Restraints of Competition to International Restraints of Competition", Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition, June 1960, Vol: II, Karlsruhe 1961, s. 708 vd.

²⁶⁴ Bkz. REYNOLDS, Richard M., SICILIAN, James and WELLMAN, Philip S., The Extraterritorial Application of the US Antitrust Laws to Criminal Conspiracies, ECLR, 3, 1998, s. 151 vd; TORREMANS, Paul, Extraterritorial Application of EC and US Competition Law, s. 280 vd.

rekabet sistemi "etki doktrini"ni kabul etmiştir. Bu kabul tarzı çerçevesinde, etkisini ülke piyasalarında gösteren her türlü rekabeti sınırlayıcı faaliyet, bunların ülke sınırları içinde gerçekleşip gerçekleşmemesine veya ilgili teşebbüslerin ülke dahilinde bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, rekabet mevzuatı kapsamına alınmaktadır²⁶⁵. Kimi devletler ise yargılama yetkisini yalnızca kendi ülkeleri üzerinde cereyan eden rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerle sınırlı tutmaktadır²⁶⁶.

AB hukukunda Komisyon, ortak pazar içinde etkilerini gösteren yabancı şirketlerin faaliyetleri nedeniyle yargılanabilmeleri gerektiği fikrini kabul etmiş durumdadır²⁶⁷. Fakat AB Adalet Divanı özellikle ICI olayında (Dyestuff kararı olarak da anılır), Komisyonun bu görüşüne katılmamış, yargılama yetkisini başka gerekçelere dayandırmıştır. Söz konusu olayda merkezi İngiltere'de bulunan ICI, kendi kontrolü altında faaliyet gösteren yavru teşebbüslerin sattığı "dyestuffs"un fiyatlarını aynı tarihte ve aynı oranda birbiri ardınca yükseltmiştir. Komisyon ATA 81/1'in ihlal edildiği gerekçesiyle yavru ortaklıklara değil merkezi İngiltere'de bulunan ICI'ya ceza uygulamıştır. Fakat İngiltere henüz o tarihte Topluluğa üye değildir. Komisyon, ilgili teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerinin etkilerini, ortak pazar üzerinde doğurduğu görüşüne dayanıyordu. ICI, kendilerinin ortak pazar dışında faaliyette bulunduğunu, fiilin dışarıda işlenmiş olduğunu, ayrıca topluluk içindeki (yavru) teşebbüslerin tüzel kişiliğe sahip ve kendilerinden ayrı teşebbüsler olduğu gerekçesiyle kararın iptali için Adalet Divanına başvurmuştur. Adalet Divanı, yavru şirketlerin ekonomik açıdan ICI'ya (ana teşebbüse) bağımlılığını düşünerek, bu durumda (fiyat artışı ana teşebbüsün talimatları sonucu yapıldığından), ana teşebbüsün yavru teşebbüsün faaliyetlerinden sorumlu olması gerektiği sonucuna varmıştır²⁶⁸.

Komisyonun, "etki" doktriniyle ilgili kararlı görüşüne "Wood Pulp" olayında da rastlıyoruz. Olay, AB dışındaki Kanada, Amerika, İsveç ve Finlandiya gibi ülkelerde bulunan ve ürünlerini AB ülkelerine satan 500'ü aşkın

²⁶⁵ Bkz. GRIFFIN, Joseph P., Foreign Governmental Reactions to US Assertions of Extraterritorial Jurisdiction, ECLR, 2, 1998, s. 67 vd.; FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 240 vd; SCHWARTZ, Applicability of National Law on Restraints of Competition to International Restraints of Competition, s. 702 vd; POROY, Çok Uluslu Ortaklıklarla İlgili Hukuki Sorunlar, s. 456-460.

²⁶⁶ Örneğin İngiltere "etki" doktrini uygulamasını reddetmektedir. Bkz. FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 238, 239. Ayrıca bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 71; SCHWARTZ, Applicability of National Law on Restraints of Competition to International Restraints of Competition, s. 711-713.

²⁶⁷ VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 867. Ayrıca bkz. MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, s. 1155; TORREMANS, Extraterritorial Application of EC and US Competition Law, s. 283.

²⁶⁸ Bkz. FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 240, 241; KORAH, Cases & Materials EC Competition Law, s. 176 vd.

teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı faaliyetleriyle ilgilidir. Komisyonun sözkonusu teşebbüslerin "etki" doktrininden hareketle yargılanabileceği görüşünü AB Adalet Divanı, nispeten farklı bir yaklaşımla benimsemiş görünmektedir. Adalet Divanına göre teşebbüsler arasındaki fiyat anlaşması Avrupa Birliği dahilinde *tatbik edildiğinden* (implementation), topluluk hukukunun yargılama yetkisine giren bir vakıa bahis mevzuudur²⁶⁹. Adalet Divanına göre yargılama yetkisi, rekabeti sınırlayıcı uygulamanın (fiyat anlaşması) etkisinden değil, bizzat ilgili faaliyetlerin Avrupa Birliği içinde tatbik edilmesinden doğar. Böylelikle Adalet Divanı "etki" doktrininin uygulama alanını daraltmış olmaktadır. Gerçekten Topluluk içinde tatbik edilmeyen, uygulama alanı bulunmayan rekabeti sınırlayıcı faaliyetlere karşı, "etki" doktrini dışında, ATA 81. (ve 82) maddeyle mücadele edebilmek mümkün değildir. Örneğin ABD'deki bir grup teşebbüs AB'deki teşebbüslere satış yapmayı reddetmiş olsa (toplu boykot), Adalet Divanının dayandığı gerekçeden hareketle (rekabeti sınırlayıcı faaliyetler topluluk içerisinde uygulanmadığından), sözkonusu teşebbüslerin, ATA 81 çerçevesinde yargılanabilmesi imkan dahilinde değildir²⁷⁰. Bu yüzden "etki" doktrini, rekabeti kısıtlayan davranışların ülke sınırları dışında gerçekleşmesine veya sözkonusu davranışları icra eden teşebbüslerin yerli yahut yabancı olmasına bakmaksızın, ülke piyasalarını etkileyen her türlü rekabeti sınırlayıcı davranışın, milli hukukun yargılama yetkisi içerisine girdiği şekilde anlaşılmalıdır.

Gelişmekte olan ülkeler ve Türkiye açısından "etki" doktrininin benimsenmesi son derece isabetli bir tercihtir. Zira dışa bağımlı ekonomilerde, rekabeti sınırlayıcı faaliyetler asıl etkilerini bu ülke piyasaları üzerinde gösterecektir. Fakat (rekabet düzenini ihlal eden) yabancı işletmelerle ilgili kararların ait oldukları ülkelerdeki icra kabiliyeti, söz konusu kararların o ülke mahkemelerince tenfizi şartına bağlıdır²⁷¹. Aynı şekilde ülke içerisinde gerçekleştirilmesine karşılık etkileri, yabancı ülke piyasaları üzerinde görülen rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin, örneğin ihracat kartellerinin²⁷², durumu bu

²⁶⁹ Olay için bkz. KORAH, Cases&Materials EC Competition Law, s. 203 vd; TORREMANS, Extraterritorial Application of EC and US Competition Law, s. 283-285.

²⁷⁰ Bkz. GRIFFIN, Foreign Governmental Reactions to US Assertions of Extraterritorial Jurisdiction, s. 68; TORREMANS, Extraterritorial Application of EC and US Competition Law, s. 284, 285.

²⁷¹ Bu konuda rekabeti sınırlayıcı davranışlara karşı alınan önlemlerin veya kararların, ülke dışındaki teşebbüslere veya yabancı ülkelere karşı uygulanabilmesindeki güçlükler hakkında bkz. SCHWARTZ, Applicability of National Law on Restraints of Competition to International Restraints of Competition, s. 722-726.

²⁷² İhracat karteli, uluslararası rekabet gücünü arttırmak için teşebbüslerin ortak stratejiler oluşturmaya yönelik kartel anlaşmalarıdır. İhracat kartelleri ile, kartel anlaşmasının tarafları olan teşebbüslerin rekabet gücü artarken iç piyasalarda da rekabetin önlenmesi tehlikesi vardır. Krş. JAKOB-SIEBERT, Competition Rules in the EEC and Switzerland: A Comparison of Law and Practice, s. 261.

sonuca tabi olacaktır. Zira Rekabet Kanunu'nda bu tür rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler aleyhine bir düzenleme bulunmadığına göre, bahis konusu faaliyetlerin akıbeti, piyasaları etkilenen ülke mevzuatına tabi olacaktır²⁷³. Bu ülke mahkemeleri tarafından verilen yabancı ilamların icra kuvveti ancak tenfiz şartları çerçevesinde ülkemiz mahkemeleri tarafından temin edilebilecektir.

MÖH-UK'un 34 ve müteakip maddelerinde yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların tenfizi ve tanınması imkanı düzenlenmiştir. MÖH-UK m. 34'e göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarınca kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi bir tenfiz kararı²⁷⁴ verilmesine bağlıdır. Kesin hüküm, aynı taraflar arasındaki, aynı konuda ve aynı sebebe dayanan bir uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldıran kanuni hakikat vasfıdır (HUMK m. 237)²⁷⁵.

Kanunumuz sistemine göre ancak hukuk davalarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi istenebilecektir. Bu açıdan maddi hukuka ait talepler hakkında verilmiş yabancı mahkeme kararları 34. maddeye göre hakkında tenfiz

²⁷³ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 222; SCHWARTZ, Applicability of National Law on Restraints of Competition to International Restraints of Competition, s. 717 vd.

²⁷⁴ Tenfiz, (yabancı) bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak ortaya çıkan maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasfıdır (ÇELİKEL, Aysel, Milletler Arası Özel Hukuk, İstanbul 1992, s. 364). Tenfiz kararını verecek görevli mahkeme asliye mahkemesidir (MÖH-UK m. 35/1). Asliye mahkemeleri arasındaki iş bölümüne göre, ticaret mahkemelerinin de yetkili oldukları kabul edilecektir. Yer itibarıyla yetkili mahkeme ise aleyhine tenfiz kararı verilecek kişinin Türkiye'deki ikametgahı veya yoksa sakın olduğu yer mahkemesi, Türkiye'de ikametgahı veya sakın olduğu bir yer mevcut değilse; Ankara, İstanbul, İzmir mahkemelerinden birinde dava açılabilir (MÖH-UK m. 35/2).

²⁷⁵ ÇELİKEL, Milletler Arası Özel Hukuk, s. 364. Kesin hüküm hakkında geniş bilgi için bkz. KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 4, İstanbul 1991, s. 3526 vd; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 675 vd.

kararı verilebilecek ilamlardır²⁷⁶. Özel hukuk ilişkilerinden doğmak kaydıyla, ceza veya idare mahkemelerinden verilen kararların da tenfizi istenebilecektir²⁷⁷. Bu açıdan, Rekabet Kanununun yasak faaliyetleri düzenleyen hükümleri (m. 4, 6, 7), hangi yargılama usulüne konu edilmişse bu yargılama usulüne göre nitelendirilecektir. Gerçekten, teşebbüsler arası işbirliği uygulamaları veya teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle rakip teşebbüsleri ezmeye, tüketicileri sömürmeye yönelik davranışları kuşkusuz hukuka aykırı fiiller olarak kabul edilecektir. İşte rekabeti kısıtlayan davranışlardan zarar gören kimselerin maruz kaldıkları zararların tazminini konu edinen mahkeme kararlarının tenfizinde herhangi bir sorun çıkmayacaktır. Ancak yasak faaliyetlere yönelik tedbir ve yaptırımları konu edinen ve (idari organlar tarafından verilen) saf idari karar niteliği taşıyan kararların tenfizi mümkün olmayacaktır²⁷⁸.

²⁷⁶ Bkz. NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1990, s. 460.

²⁷⁷ ÇELİKEL, Milletler Arası Özel Hukuk, s. 367; NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 460.

²⁷⁸ Bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 460.

Üçüncü Bölüm

GENEL OLARAK YASAK İŞBİRLİĞİ DAVRANIŞLARI

§ 9. Rekabeti Sınırlayıcı İşbirliği Uygulamaları

V. Genel Olarak Kanunun Sistemi

Rekabet Kanunu 4. maddesi, iki veya daha fazla teşebbüsün, aralarında mutabık kaldıkları davranışlarla (teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları), rekabeti kısıtlamalarını yasaklamaktadır. Kanunun 4. maddesinde yer alan ve genel olarak üç şekilde formüle edilen rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetleri: (1) Teşebbüsler arası anlaşmalar ve (2) uyumlu eylemler, (3) teşebbüs birliği kararlarıdır. Kanunun 4/2 maddesinde yasak kapsamına alınan, birden fazla teşebbüsün etkin rol oynadığı rekabeti sınırlayıcı faaliyetler, özellikle mal veya hizmetlerin alım satım fiyatlarının, üretimin, teknik gelişmenin kontrol altına alınması; rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması; eşit değerdeki edimler için farklı şartlar uygulanması; işin niteliği yahut ticari teamüllerin haklı göstermediği yükümlülüklerin taraflardan birine dayatılması gibi hallerdir¹.

Kanunun 4. maddesi, tıpkı ATA m. 81/1'de olduğu gibi, herhangi bir ayırım yapmaksızın, rekabeti sınırlayıcı hüviyeti haiz bütün davranışları genel yasak içerisine almıştır. Aynı şekilde maddede örnek kabilinden sayılan yasak faaliyetler içerisinde kanun koyucunun bilinçli olarak kartel² veya tröst³

¹ KENT, Law of the European Union, s. 184; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 55 vd; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 602 vd; GOYDER, EC Competition Law, s. 152 vd; BENTIL, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, s. 490 vd.

² Kartel, bir anlaşma çerçevesinde, aynı üretim aşamasında faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüsün piyasayı etkilemek, yönlendirmek, fiyatların istenilen düzeyde tutulmasını sağlamak, hülasa rekabeti kısıtlamak amacıyla tesis edilen işbirliği durumudur. Bkz. DEMİR, Ömer/ACAR, Mustafa, Sosyal Bilimler Sözlüğü, İstanbul 1993, s. 201; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 27, 28; KENT, Law of the European Union, s. 173.

³ Tröst, mal ve hizmetlerin üretim, dağıtım ve fiyatlarına ya da daha genel olarak piyasaya hakim olmak amacıyla teşebbüslerin, ekonomik ve hukuksal bağımsızlıklarını kaybederek, tek bir teşebbüs halinde birleşmek suretiyle oluşturdukları birliktir. Kartelden farklı olarak tröstte, birlik içerisindeki teşebbüsler, ekonomik ve hukuki bağımsızlıklarını yitirmekteyler. (DEMİR/ACAR, Sosyal Bilimler Sözlüğü, s. 361; SEYİDOĞLU, Ekonomik Terimler

kavramlarına yer vermediği görülür. Zira kartel veya tröst anlaşmaları rekabete aykırı bütün kısıtlamaları kapsamaz. Bu yüzden Kanunun 4. maddesinde öngörülen yasak, mal veya hizmet piyasasında, hem aynı seviyedeki faaliyetleri icra eden, yani rakipler arasında yapılan her türlü rekabeti sınırlayıcı (yatay) anlaşmaya hem de farklı seviyelerde faaliyet yürüten teşebbüsler arasındaki (dikey) anlaşmalara uygulanacaktır⁴.

Rekabet Kanunu 4. maddesi teşebbüsler arası "işbirliği" çerçevesinde değerlendirilebilecek rekabeti sınırlayıcı uygulamaları yasaklamaktadır. Rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetleri, teşebbüsler arası ortak davranışlara dayandığından birden fazla teşebbüsün varlığı şarttır⁵. Bu durumda rekabeti sınırlayıcı bir faaliyetin Rekabet Kanunu 4. maddesi hükmü altında şu üç koşulu taşıması gerekir: (1) Teşebbüsler arasında belirli bir işbirliği veya koordinasyonun varlığı (teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları), (2) bu işbirliğinin sonucu olarak rekabet engellenmeli, sınırlanmalı ya da bozulmalıdır, (3) teşebbüsler arası işbirliği davranışları rekabeti önemli derecede etkilemiş olmalıdır⁶. Son iki şarta "Ortak Esaslar" başlığı altında yer verdiğimiz için bu hususları tekrar etmeyeceğiz.

II. Teşebbüsler Arası İşbirliği

Rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerle ilgili 4. madde, hakim durum uygulamalarını düzenleyen 6. maddeden farklı olarak en az iki bağımsız teşebbüsün varlığını gerektirir. Bir teşebbüs tarafından icra edilen rekabeti sınırlayıcı davranışlar, ancak 6. maddedeki şartlar çerçevesinde değerlendirilerek yasaklanabilir⁷. Geniş anlamda teşebbüsler arası işbirliği içerisinde "birleşme ve

Sözlüğü, s. 882; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 173). Bu anlamda birleşme veya devir, tröst kapsamında değerlendirilebilecek bir rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetidir.

⁴ Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 93; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-018; TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 332, 333.; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 49.

⁵ WHISH, Competition Law, s. 190, 191; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 59, 60. Maddenin mehzazı olan ATA m. 81/1, büyük ölçüde Sherman Kanunu 1. maddesiyle paralellik arz eden bir düzenlemedir (RAHL, Common Market and American Antitrust Overlap and Conflict, s. 201). Sherman Kanunu 1. maddesinde de sözleşme, işbirliği, tröst ve diğer şekillerdeki birleşmeler yasaklanmıştır. Bkz. KINTNER, Earl W., An Antitrust Primer, The Macmillan Company 1964, s. 27.

⁶ Krş. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 42; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 4; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-002; AGNEW, Competition Law, s. 141.

⁷ KINTNER, An Antitrust Primer, s. 29; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, s. 12; BENTIL, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, s. 479;

devralma"lar yoluyla rekabetin sınırlandırılmasını katmak da mümkündür. Fakat birleşme ve devralmalar RK m. 7'de düzenlenmiştir ve ayrı bir çalışma konusu teşkil eder⁸.

Teşebbüsler arası işbirliği faaliyetleri 4. maddede üç şekilde karakterize edilmiştir: Teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları. Kanunun anlaşma, uyumlu eylem ve karar olarak algıladığı bütün sınırlama ve davranış mutabakatlarında önem taşıyan unsur, işbirliği çerçevesi dışında kalan rakip teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması, piyasaya giriş engelleri oluşturulması yahut işbirliği yoluyla mal veya hizmetlerin normal piyasa şartlarından daha farklı koşullarla sunulması, böylece, gerek rakiplerin gerekse tüketicilerin seçme özgürlüğünün bertaraf edilmesidir. Şu halde anlaşma, uyumlu eylem veya karar olarak nitelendirilebilecek, pratik işbirliği sağlayan rekabeti sınırlayıcı bütün koordinasyon biçimleri, Rekabet Kanunu 4. maddesi uygulama alanı içerisine girecek yasak faaliyetlerdendir⁹.

Teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının, açık bir işbirliği anlayışı çerçevesinde şekillendirildikleri kuşkusuzdur. Teşebbüsler arası uyumlu eylemin de bağlayıcı nitelikte olmayan, taraflar arasındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik paralel davranışları ifade ettiği kabul edilirse¹⁰, bu çerçevedeki rekabeti sınırlayıcı davranışların yine işbirliği temeli üzerine oturtulduğu kolaylıkla görülür. Böylece iki veya daha fazla teşebbüs, karşılıklı piyasa faaliyetlerini, uyumlu eylem çatısı altında, bilinçli ve maksatlı olarak ayarlamaktadırlar¹¹. Bu durumda uyumlu eylemlerdeki "işbirliği", taraf teşebbüsler arasındaki rekabet riskini, hukuken bağlayıcı olmayan paralel davranışlarla ortadan kaldırmak amacına yönelmiştir¹². Gerçi teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının yegâne amacı da kuşkusuz ilgili mal veya hizmet piyasasındaki rekabet riskini ortadan kaldırmaktır. Ancak uyumlu

ANDERMAN, EC Competition Law and Intellectual Property Rights, s. 40. Ayrıca bkz. LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 623.

⁸ AB rekabet sisteminde, birleşme ve devralmalarla ilgili tüzükten önce birleşme denetimi ATA 81 ve 82. madde hükümlerine göre yapılmaktaydı. Birleşme veya devralmayı kararlaştırılan anlaşmanın rekabeti sınırlamaya yönelik hukuki veya fiili bir denetim sağlama amacına yönelik olması ya da birleşen teşebbüslerin bu sonucu temin edecek iktisadi bir işbirliğini hedeflemesi hallerinde ATA m. 81/1 ihlal edilmiş olur. Fakat birleşme veya devir faaliyetlerinin, ATA m. 81 hükmüyle etkin bir şekilde denetlenemeyeceği gerçeği inkar edilemez. Bkz. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 86 vd.

⁹ AGNEW, Competition Law, s. 141 vd; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 59, 60; WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 391.

¹⁰ WHISH, Competition Law, s. 194, 195; GOYDER, EC Competition Law, s. 99 vd; KINTNER, An Antitrust Primer, s. 28, 29.

¹¹ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 12; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 30; KENT, Law of the European Union, s. 180.

¹² FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 159.

eylemlerde teşebbüsler bu hedefe, kendilerini bağlayıcı hissetmedikleri paralel davranışlarla ulaşmaya çalışmaktadırlar¹³. Şu halde rekabeti sınırlayıcı yasak faaliyetler bakımından işbirliğinin (teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları), belirli bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarındaki rekabeti bertaraf etmeye yönelik, fiili duruma ilişkin, her türlü ortak davranış biçimini ifade ettiğini söyleyebiliriz¹⁴.

Rekabet hukuku sorumluluğu bakımından, rekabeti sınırlayıcı yasak işbirliği faaliyetleri içerisine giren her bir teşebbüsün, hukuken ve iktisaden bağımsız teşebbüsler olması şarttır. Ancak rekabeti kısıtlayan işbirliği anlaşmasına taraf olan teşebbüslerin, sözkonusu anlaşmanın icrasıyla ilgili herhangi bir menfaatinin bulunmaması sorumluluk açısından önemli değildir¹⁵. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya kararın ana teşebbüsle yavrusu arasında ya da ana işletmenin muhtelif yavruları arasında icra edilmesi halleri, Rekabet Kanunu 4. maddesi kapsamı dışındadır¹⁶.

1. Teşebbüsler Arası Anlaşma

a. Anlaşma

Anlaşma deyimi¹⁷; sözleşme, akit, mukavele, kavramları gibi hukuki bağlayıcılık açısından aynı anlamı ifade eden teknik bir kavram değildir¹⁸.

¹³ AGNEW, Competition Law, s. 142, 143; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 59, 60; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 159 vd.

¹⁴ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 59, 60; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 7; GOYDER, EC Competition Law, s. 90.

¹⁵ Reklamcılar derneği, "rekabetin sınırlanmasından ekonomik bir yarar sağlamadığını, ... bu nedenle soruşturmaya taraf olmamaları gerektiğini iddia etmişlerdir. Ekonomik yönü olan bir sözleşmeyi imzalamak suretiyle Reklamcılar Derneği'nin BİAK sözleşmesi ile yaptığı işin ekonomik nitelik taşıdığına kuşku bulunmamaktadır. Önemli olan rekabete aykırı bir sözleşmede taraf olarak bulunmaktır" RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

¹⁶ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-005; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 878. Krş. KINTNER, An Antitrust Primer, s. 50.

¹⁷ "Tatbikatta bu tabirin ekseriyetle çok taraflı mukavelelerde kullanıldığı görülmekle beraber iki taraflı mukavelelere de anlaşma adı verildiği vakidir. Ehemmiyet itibarıyla ikinci derecede olan mukaveleler için anlaşma adı tercih olunduğu söylenebilirse de kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir". Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1991, s. 17 (anlaşma maddesi).

¹⁸ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 28; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 60; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 879; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-016. Kanun koyucu da bu sonucu teyit etmek için olmalı ki, 57. maddede, "sözleşme" ve "anlaşma" kavramlarını (gereksiz olmakla birlikte), ayrı ayrı zikretmek lüzumunu hissetmiştir. Rekabet Kurulunun, Adıyaman ili LPG piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında anlaşmak suretiyle rekabeti kısıtlamalarını konu edinen kararında teknik bir kavram olan "sözleşme" deyiminin "anlaşma" kavramı yerinde kullanılması isabetli olmamıştır: " ... bir

Ancak biz anlaşma kavramının uygulamasını hukuken bağlayıcı mutabakatlarla (sözleşme) sınırlandıracağız. Dolayısıyla anlaşma deyimi ile arzu edilen bir sonuca yönelik, en az iki tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun beyanda bulunmalarıyla gerçekleşen hukuki muameleleri kast etmiş olacağız¹⁹.

Ekonomik ve sosyal haklar içerisinde yer alan sözleşme özgürlüğü (Ay. m. 48) ancak kanunla sınırlandırılabilir (Ay. m. 13/1). Böylece Kanunun 4. maddesiyle rekabeti kısıtlayan sözleşmeler de yasaklanmış olmaktadır. Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bağlayıcı olmayan karşılıklı ilişkileri yasaklayan Kanunun, bu sonuca yol açacak bağlayıcı irade uyuşmalarını (sözleşmeler) yasaklamadığı düşünülemez. Rekabet Kanunu 4. maddesinde, rekabeti sınırlama amacı taşıyan teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı kabul edilmiştir. Kanunun 56. maddesinde ise 4. maddeye aykırı olan her türlü anlaşmanın geçersiz olduğu, dolayısıyla bu anlaşmalardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği belirtilmiştir.

Doktrin ve uygulamada RK 4. maddenin mehzızı olan ATA 81. maddedeki anlaşma (agreement) deyimi, hukuken geçerli, bağlayıcı olan anlaşmalarla birlikte, bu nitelikten yoksun her türlü karşılıklı tasavvur (bilgi) açıklamalarını, fiili davranışları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır²⁰. Böylece centilmenlik anlaşmaları²¹, karşılıklı niyet

sözleşme, Türk Rekabet Hukuku çerçevesinde yazılı veya başka bir şekil şartına bağlanmaksızın borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. ... Hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte ... "centilmenlik anlaşmaları" olarak tanımlanan sözleşmelerin de Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulması mümkündür." RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 131).

¹⁹ Sözleşmenin "birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç ve özellikle bir borç doğurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak amacıyla yapılan anlaşmadır" şeklinde tanımlandığı da görülmektedir (TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 43, 44). Görüldüğü gibi bu tanımda "anlaşma" ve "sözleşme" deyimleri birbirini tamamlar şekilde kullanılmıştır.

²⁰ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-016; KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, s. 226, 27; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 60; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 7; GOYDER, EC Competition Law, s. 92; AGNEW, Competition Law, s. 142; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 28; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 878, 879; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 159; WHISH, Competition Law, s. 191, 192; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, s. 1155, 1156; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 50, 51; WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 392; RODGER, J. Barry, MACCULLOCH, Angus, Competition Law and Policy in the EC and UK, London 1999, s. 132; TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 335.

²¹ Centilmenlik anlaşması (gentlemen's agreement), tarafları hukuki yükümlülük altına sokmayan, tarafların ahlaki anlamda taahhüt altına girdikleri ve sadece karşılıklı "şeref sözü"ne dayanan ilişkilerini ifade eder. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku

açıklamaları, taahhütler, durum değerlendirmeleri yapan memorandumlar, müşterek beyanlar anlaşma çerçevesine sokulabilmektedir²². Bu doğrultuda, teşebbüsler arasındaki ekonomik özgürlüğü sınırlandıran, karşılıklı görüş bildiren, taahhütler içeren, hukuken bağlayıcı olan veya olmayan her davranış anlaşma kapsamında değerlendirilebilecektir²³.

Biz Kanunun 4. maddesindeki "anlaşma" kavramının, hukuken bağlayıcı olan anlaşmalar dışında, bağlayıcı gücü bulunmayan karşılıklı beyanları da içine alacak kadar geniş yorumlanmasının uygulamaya herhangi bir katkı sağlamayacağını, hukuki kavram ve kalıplara zarar vereceğini düşünüyoruz. Bu düşünce tarzının, Kanunun uygulama alanını daraltacağı, hatta özellikle centilmenlik anlaşmalarına uygulama safhasından önce müdahale edilememesi sonucuna yol açacağı söylenebilir. Ancak centilmenlik anlaşmaları da dahil, anlaşma olarak nitelendirilen bağlayıcı iradeden yoksun karşılıklı taraf ilişkilerinin; ilan edilerek duyurulmadığı, kolayca fark edilir şekilde icra edilmedikleri kuşkusuzdur. Bu tür anlaşmaların varlığı doğal olarak icra safhasında anlaşılabilir²⁴. Bir kokteylde, iki iş adamının sohbet arasında satış fiyatları veya piyasa paylaşımıyla ilgili hususları ayrıntılı bir şekilde görüştiklerini ve anlaştıklarını düşünelim. Doktrin ve uygulamaya göre hareket edilirse taraflar arasındaki karşılıklı şeref sözünü içeren ilişki anlaşmadır. Söz konusu anlaşmanın icra safhasından önce nasıl öğrenilebileceği sorunu bir yana, bu aşamada, bağlayıcı iradeden yoksun olan ilişkinin, pratik olarak yasaklanabilmesi imkanı bulunmamaktadır. Hatırlatalım ki, bu tür ilişkilerin, anlaşma olarak kabulü, ispatını da güçleştirecektir. Zira Kanunumuzdaki ispat kolaylığı ile ilgili hükümlerden (m. 4/3, m. 59) sadece uyumlu eylemlerin ispatında yararlanılabilecektir. Bu şartlar altında sözünü ettiğimiz ilişkinin uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi Kanunun, etkin bir şekilde uygulanması imkanını kısıtlamamakta, yine uygulama alanını da daraltmamaktadır.

Dersleri, 1. Fasikül, İstanbul 1995, s. 105; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 61, 62.

²² "... Rekabeti kısıtlayıcı, sınırlayıcı, ya da ortadan kaldırııcı etkileri nedeniyle, "centilmenlik anlaşmaları" ve "sözlü anlaşmalar" da 4054 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. ATAD bu tür uygulamaları anlaşma olarak kabul etmektedir" RKK, No: 99-30/276-166 (a), (Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 154). Ayrıca bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 879.

²³ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 159; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 878, 879. Rekabet Kurulu'nun, "Tilmen Oteli Anlaşması" olarak anılan kararında da yerel firmaların rekabet gücünü kırmaya yönelik, maliyet fiyatlarının da altında LPG satışını konu edinen belirli LPG firmalarının ortak mutabakatı "anlaşma" olarak nitelendirilmektedir. RKK, No: 93/750-159, (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 135).

²⁴ Kurulun "anlaşma" olarak nitelendirdiği yasak işbirliği davranışlarının, nasıl ortaya çıkarıldığı konusunda, örnek olarak şu kararlara bakılabilir: RKK, No: 93/750-159, (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 115 vd); RKK, No: 99-30/276-166 (a), (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 2, s. 93 vd).

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler içerisinde 4. maddenin rolü ancak iki veya daha fazla teşebbüsün yasak faaliyetlerini konu edinmesidir²⁵. Yasak kapsamına giren davranışlar ya teşebbüsler arası anlaşma veya uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilecektir. Kanun, amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti sınırlandıracak her türlü hukuki veya fiili olguları yasaklamıştır. Ancak Kanunun 4. maddesi (ATA m. 81/1), teşebbüsler arası işbirliği temeline dayanan davranışları yasaklamaktadır. Söz konusu işbirliği ya iki veya daha fazla bağımsız teşebbüsün aralarında ortak hareket etmeye yönelik davranışlarıyla (anlaşma yahut uyumlu eylem) ya da bir birlik çatısı altındaki teşebbüslerin aynı amaca yönelik kararıyla icra edilmektedir. Bu durum; ister teşebbüsler arası anlaşma isterse teşebbüsler arası uyumlu eylem olarak nitelendirilsin, yasak bir davranışın varlığından söz edebilmek için yasak davranışlara taraf teşebbüsler arasında, rekabeti kısıtlama amacına yönelik "işbirliği"nin varlığı zorunludur. Şayet "uyumlu elemeler" bakımından işbirliği şartınının gerçekleşmesi zorunlu görülmezse²⁶ doktrinin anlaşma ve uyumlu eylem hakkındaki görüşüne katılmak mümkündür. Fakat aralarında işbirliği bulunmayan teşebbüsleri, paralel davranışlarından dolayı sorumlu tutmak, Ceza Hukukunda bir masumu cezaya çarptırmaktan farksızdır. Konuyla ilgili açıklamalara ilerleyen kısımlarda ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir. Doktrinin görüşleri ve mevcut kriterleriyle anlaşma ve uyumlu eylemi birbirinden ayırmak imkansızdır.

Hukuken bağlayıcı olan mutabakatları "anlaşma", bağlayıcı kuvveti bulunmayan karşılıklı davranış kalıplarını ise "uyumlu eylem" olarak vasıflandırmak gerekir²⁷. Aynı zamanda, yasak kapsamına giren "anlaşma" ve "karar"ların hukuki sonuçlarını düzenleyen 56. maddede, Kanunun 4. maddesine aykırı olan teşebbüsler arası anlaşmaların batıl olduğu belirtilmiştir. Bilindiği gibi emredici hükümlere aykırılık teşkil eden hukuki muamelelerin doğal akıbeti, butlan yaptırımıdır ve bu sonucun ayrıca ilan edilmesine gerek yoktur. Dolayısıyla hukuki muamele niteliği taşımayan ya da hukuken bağlayıcı olmayan mutabakatların batıl olmasının hiç bir anlamı ve esprisi yoktur. Gerçi butlan sonucunun hukuki muamele niteliğini haiz rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara mahsus olduğu ve bu durumun "anlaşma" kavramının, bağlayıcı

²⁵ Kanunun 4. maddesindeki rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin tek teşebbüs (tekel) tarafından yapılması durumu 6. maddede düzenlenmiştir. Her iki madde karşılaştırıldığında bu benzerlik bariz şekilde görülecektir. Ayrıca bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 87; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 623; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 32, dñn. 92.

²⁶ Bu yönde bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 55, 56.

²⁷ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9. Bu yazarlar sadece ATA m. 81'in hukuken bağlayıcı anlaşmaları içerdiğine işaret etmekle yetinmişlerdir. Ayrıca bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 56, 57.

kuvvetten yoksun muameleleri de içine alacak şekilde geniş yorumlanmasına engel teşkil etmeyeceği düşüncesi akla gelebilir. Ne olursa olsun Kanunun "uyumlu eylem" kalıbı varken hukuki muamelelerin bir çeşidi olan "anlaşma" kavramının içine, bu kavramın ruhuna aykırı mefhumlar sokulması, en hafif deyimiyile hukuki kavram ve kalıpların bulandırılması olur. Biz teşebbüsler arası "anlaşma" kavramını, hukuken bağlayıcı, karşılıklı irade uyuşması (sözleşme) olarak anladığımız için açıklamalarımızı da bu doğrultuda şekillendireceğiz.

b. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Sözleşme özgürlüğü liberalizmin ve bireyciliğin dayandığı irade özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Hem 1961 Anayasası (m. 40) hem de 1982 Anayasasında (m. 48) sözleşme özgürlüğü prensibine, anayasal bir hak olarak fakat temel haklar içerisinde değil, ekonomik ve sosyal haklar içerisinde yer verilmiştir.

Anayasanın 48. maddesine göre herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir. Sözleşme özgürlüğü geniş anlamda, kişiliğin geliştirilmesi hakkının ve bu kapsamda irade özgürlüğü ilkesinin alt uzantılarından birisidir²⁸. Özel hukuk alanında kişiler özgür iradeleri ve dolayısıyla kendi sorumlulukları içinde, özel ilişkilerini bizzat düzenleme imkanına sahiptirler. Borçlar Kanunu 19. maddesine göre kişiler, bir sözleşmenin muhtevasını emredici hükümlere, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla serbestçe tayin edebilirler²⁹.

²⁸ Sosyal devlet ruhunun gerekleri doğrultusunda devlet, kişilerin maddi ve manevi gelişmesini sağlamak, insan gibi yaşamasını gerçekleştirmek için gerekli imkanları hazırlamak zorundadır. Bu durum, Anayasanın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında açık bir yükümlülük olarak yer almaktadır.

²⁹ "... Genel olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği, (sözleşme hürriyeti) kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır (Anayasa m. 40). O halde sözleşme serbestliği prensibine göre kişiler; kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı, karma veya nevi şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı bulunmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkını haizdir. Bu serbestinin nedenini, devamlı olarak değişen ve gelişen toplumun, gerek sosyal ve gerekse ekonomik ihtiyaçlarının zorlamasında ve buna karşılık (kanunları yaparken kendisine gerekli malzemeyi genellikle geçmişteki tecrübe, ilmi ve kazai içtihatlardan alan) yasa koyucunun bu nitelikteki hayati ihtiyaçları önceden derpiş edip, uzun bir geleceğin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını düzenleyememesinde aramak lazımdır. Hiç kuşku yoktur ki, bu kural tek taraflı irade beyanlarında da geçerli olan bir kuraldır. ..." Y. 4. HD, 26.10.1978, E. 1977/13113, K. 1978/12134, YKD, 1979, S. 5, s. 634, 635.

Sözleşme özgürlüğü irade özgürlüğü ile çok defa eş anlamda kullanılmakta ve tarafların kendilerini sözleşme yapmak zorunda hissetmemeleri, sözleşmenin muhtevasını istedikleri gibi tayin edebilmeleri, sözleşmeye taraf olacak kimseleri arzuları doğrultusunda seçebilmeleri, diledikleri tarzda (tip) sözleşme kurabilmeleri, istedikleri zaman sözleşme ilişkisine son verebilmeleri yahut sözleşme muhtevasını serbestçe değiştirebilme hak ve yetkilerini ihtiva etmektedir³⁰. Bu doğrultuda doktrindeki tanımlardan hareketle sözleşme özgürlüğünün, fertlerin; hukuk düzeninin koyduğu sınırlar içerisinde özel hukuk ilişkilerini, serbest iradeleri doğrultusunda, karşılıklı anlaşma yoluyla, istedikleri gibi düzenleyebilmeleri imkanını ifade ettiğini söyleyebiliriz.

BK m. 19/1'de, sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünden bahsedilmekle birlikte, daha geniş biçimde, aynı maddenin ikinci fıkrasında, belirli sınırlamalar dışında sözleşme özgürlüğü ilkesi bütün yönleriyle teyit edilmektedir³¹. Bu mealde sözleşmenin muhteva ve konusunu tayin serbestisi, normal olarak, sözleşme yapma serbestisinin varlığını zorunlu kılar³². Genel olarak sözleşme özgürlüğü kanunda belirtilen sebepler dışında, ancak Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir (Ay. m. 13/1). Taraflar kanun hükümleri çerçevesinde sözleşmenin muhtevasını diledikleri gibi belirleme yetkisine sahiptirler (BK m. 19/1). Fakat sözleşmenin konusunu tayin serbestisinin sınırları BK m. 19/2'de genel olarak belirtilmiş ve bu sınırlara aykırılık halinde sözleşmenin batıl olacağı da BK m. 20/1'de ifade edilmiştir³³. Rekabet Kanunu 4. maddesi açıkça, teşebbüslerin aralarında amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan nitelikte anlaşmalar yapmalarını yasaklamıştır. Kanunun bu kesin hükmü olmasaydı,

³⁰ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 362; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul 1994, s. 368.

³¹ Bu serbestiliğe rağmen, aile hukuku, eşya hukuku ve miras hukuku alanlarında sözleşme özgürlüğünün sınırları daraltılmıştır. Bu alanlardaki sözleşme tiplerinden bir kısmı, ancak kanunda gösterildiği şekilde yapıldığı takdirde veya belirli ölçülerde değiştirilerek akdedilmesi kaydıyla geçerli kabul edilir. Örneğin kanunda düzenlenen şeklin dışında evlenme veya evlat edinme işlemleri tesis edebilmek mümkün değildir. Menkul veya gayrimenkul mallar üzerinde aynı hak tesis edecek hukuki muamelelerin çerçevesi de kanunda gösterilmiştir. Bu durumda taraflar, serbest iradeleriyle, kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşmeleri öngörülen şekil ve içerikte yapmak zorundadırlar. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 363.

³² TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 240. Sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ilgili içtihatlar için bkz. UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C: I, Ankara 1990, s. 156-174.

³³ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 70; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 100 vd; İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 144 vd.

rekabeti sınırlandıran veya bertaraf eden kartel anlaşmalarının yasaklanabilmesi mümkün olmayacaktı³⁴.

Rekabet Kanununda rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı kabul edilmiş ve örnek kabilinden³⁵ şu durumlara işaret edilmiştir: Mal veya hizmet fiyatlarının belirlenmesi; piyasa veya piyasa kaynaklarının paylaşımı; mal veya hizmet üretiminin sınırlandırılması; rakip faaliyetlerinin zorlaştırılması veya piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi; aynı değerdeki edimlere farklı koşullar uygulanması; ayrımcılık yapılması; sözleşme konusu ile ilgisi bulunmayan, işin niteliğinin veya ticari teamüllerin haklı göstermediği edimlerin taraflardan birine dayatılması gibi halleri konu edinen ve tamamen tarafların serbest iradelerine³⁶ dayanan teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı kabul edilmiştir (RK m. 4).

Sözleşme muhtevası üzerinde geniş bir serbesti tanınmasına rağmen BK m. 19/2 ve 20/1'de bu serbesti sınırlandırılmıştır. BK m. 19/2 gereği kanun hükümlerine aykırı sözleşme akdedilebilmesi, ancak bu hususta emredici kural bulunmaması veya bu hususun kamu düzenine, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olmaması halinde mümkündür. BK m. 20/1'de de konusu imkansız veya hukuka yahut ahlaka aykırı olan sözleşmelerin batıl oldukları vurgulanmıştır. Her iki hüküm göz önünde tutulduğunda genel olarak sözleşmelerin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bir sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olup olmadığı onun emredici hukuk

³⁴ Bir örnek olarak şu olayı aktarabiliriz: "X ve Y grupları belli malların üretim ve satımında Türkiye'nin iki büyük kuruluşudur. Bu malların üretim ve satışının tümüne yakın bir kesimini, bu iki sermaye grubu sağlamaktadır. ... X ile Y arasında kıyasıya bir rekabet mevcuttur. Bu rekabetin her iki kuruluş için sakıncalı olduğunu gören X grubu ile Y, 23 Mayıs 1980 tarihinde işbirliği (kartel) sözleşmesini imza ederek Türkiye piyasasına büyük ölçüde hakim olmuşlardır. ... İşbirliği sözleşmesi ile taraflar, rekabeti sınırlamanın veya kaldırmanın yararlarını, ayrıca işbirliğinden doğacak ek yararları paylaşmak için üretim ve pazarlama koşullarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemişler"dir. İşte bu örnek işbirliği sözleşmesine tarafların riayet etmeleri gereğini vurgulayan olay için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, "İşbirliği (Kartel) Sözleşmesi, Haksız Rekabet - Adi Şirket Yönetimi - Yed-i Adle Tevdi", Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, III, Ankara 1988, s. 60-65.

³⁵ RODIÉRE, The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2), s. 279.

³⁶ Kişilerin serbest iradeleri dışında ortaya çıkan işbirliği anlaşmaları bu kapsama girmez. Örneğin devletin belirli bir dönemdeki iktisadi politikası ya da tedbirleri sonucunda yasak işbirliği davranışlarına taraf olunması böyledir. Ancak taraf iradelerinin kısıtlanmadığı, yani devletin kimi yasak işbirliği davranışlarına izin vermesi yahut söz konusu davranışları teşvik etmesi durumunda aksi sonuca ulaşılabacaktır. Bkz. Bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 78. Ayrıca bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 33 vd; EHLE, Dirk, State Regulation Under the US Antitrust State Action Doctrine and Under EC Competition Law: A Comparative Analysis, ECLR, 6, 1998, s. 382 vd.

kurallarını, kamu düzenini şahsiyet haklarını ihlal edip etmemesiyle belirlenecektir³⁷.

Rekabet Kanunu, amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmaları hukuka aykırı bulmaktadır (m. 4). Bu hükmün emredici nitelikte olup olmadığı tartışılabilir. Fakat RK 4. maddesi hükmüne bağlanan sonuç açısından bakıldığında, bu tartışmanın pratik bir değeri haiz olmadığı görülür. Hukuk düzeninin emredici bir hukuk kuralı koyacağı yerde belirli konuları veya sözleşmeleri yasaklayabileceği belirtilir. Doğal olarak yasak koyan hükme aykırı sözleşmeler yapılmasıyla hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olacaktır. İşte bu durumda hukuka aykırılıkla emredici hukuk kurallarına aykırılık arasındaki farkı ayırt eden çizgi; emredici hukuk kurallarının tarafların iktidarını, yasaklayan hükümlerin ise tarafların mezuniyetini sınırlamasıdır. Ancak bu ayırımın güçlük arz ettiği ve pratik bir değerinin de bulunmayacağı açıktır³⁸. Bu meyanda bir kısım hükümlerin ekonomik ve sosyal menfaatleri koruduğu, bu yönüyle sözkonusu hükümlerin kamu düzeni ile ilgili oldukları, dolayısıyla emredici nitelikleri kabul edilebilir. Rekabet düzenlemelerinin tüketici tercihleri, ülkenin ekonomik ve sosyal refahı, genel olarak milli ekonomi bakımından stratejik bir önemi haiz olduğu bilinen bir gerçektir. Bu durumda rekabeti düzenleyen hükümler ister emredici nitelikte olsun ister sadece yasak koyan bir hukuk kuralı olarak değerlendirilsin, her iki sonucun tabii olduğu yaptırım, kanunda belirtilmiş olduğundan bu ayırımı derinleştirmeye ihtiyaç yoktur³⁹.

³⁷ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 70 vd; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 388 vd.

³⁸ TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 253.

³⁹ "Amir hükümler" de dediğimiz emredici kurallar, genellikle beraberinde bir "yasaklama" getirirler (EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 388; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 373). Bilindiği gibi bu kurallar, tarafların istek ve iradeleriyle, kendilerine aykırı hiç bir kural ve çözüm kabul olunamayacak, taraflarca aksi kararlaştırılmayacak olan hükümlerdir. Ayrıca emredici hukuk kurallarının tatbikini gerektiren hukuki muamelelerle karşı karşıya bulunan yetkili organlar, bu kuralları kayıtsız şartsız uygulamak zorundadırlar. Zira emredici hukuk kaideleri deyinse kendilerinden sapılması asla mümkün olmayan kurallar anlaşılır (TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 249; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 389). Rekabet Kanunu sistemi içerisinde rekabeti sınırlayıcı olmasına rağmen aynı zamanda olumlu yönleri de bulunan anlaşmaların, belirli koşullarla yasak kapsamı dışına çıkarılabilmesi mümkündür (RK m. 5). Ayrıca grup muafiyeti yoluyla Rekabet Kurulu, belirli konulardaki anlaşma türlerini doğrudan Rekabet Kanunu 4. maddesindeki yasak çerçevesinden çıkarabilir. Rekabet Kurulunun bu konudaki yetkisi çok geniş ve yasama benzeri bir yetkidir. Muafiyet kararlarının geri alınmasıyla ilgili 13. maddede de görüleceği üzere, muafiyet kararının geri alınması ve belirli davranışların yasaklanması hususu Rekabet Kurulunun takdir yetkisi içindedir. RK m. 4'e bu yönlerden baktığımızda, emredici kuralların bünyesine yabancı birtakım imkanlarla, konulan yasağın yumuşatıldığını görüyoruz. Ancak bu durum RK 4. maddesinin emredici hukuk kuralı olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmeyecektir.

c. Anlaşmanın Kuruluşu ve Şekli

ca. Anlaşmanın Kuruluşu

Rekabet hukuku bakımından "anlaşma" kavramı, "borç" ilişkisi doğuran bir organizma, bir hukuki ilişkidir. Bu ilişki taraflara bir alacak hakkı ve alacağını elde etme imkanını sağlayacak talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkilerini verir. Şayet taraflar arasında bu niteliklerden yoksun bir ilişki varsa, hukuken anlaşma mefhumundan bahsedilemez⁴⁰. Gerçi açıkça yasaklanmış bir konuyu tarafların, hukukun sevkettiği koruyucu hükümlere güvenerek düzenlemeye çalışmaları makul karşılanmayabilir. Bu anlamda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, karar ve uyumlu eylemlere göre uygulama alanı en dar olan yasak faaliyetlerdendir diyebiliriz. Gerçekten, uyulmaması durumunda hukuken icra kabiliyeti bulunmayan bir anlaşma, ancak tarafların sözkonusu anlaşmaya atfettikleri değer nispetinde uygulama imkanına sahiptir. Tek amacı rekabeti bertaraf etmek olan davranışların, hukuken korunmayacak bir anlaşmaya konu edinilmesi düşünülemez. Fakat rekabetin kısıtlanması olgusu bu tip mutabakatlarla sınırlandırılmaz. Taraflar aralarında, rekabet dışındaki iktisadi, teknik konuları düzenlemelerine rağmen, yapılan anlaşmanın etkileri rekabetin sınırlandırılmasına yol açabilir. Kuşkusuz bu haller de RK m. 4 kapsamına girecektir.

Daha önce de belirtildiği gibi, birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında, hukuki bir sonuç doğurmak üzere kurulan ilişki, anlaşma olarak nitelendirilmektedir. Teşebbüsler arası anlaşmaların ortak amacı ise, taraflar arasındaki rekabeti ortadan kaldırmaktır. Böylece rekabet açısından piyasada yeknesak bir düzen oluşturmak hedefi, her iki tarafın müşterek arzusudur. Bu durumda rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın tarafları, birbirinden farklı menfaat ve amaçlar üzerinde değil ortak bir hedef üzerinde mutabık kalmaktadırlar⁴¹. Bu yüzden tarafların yoğun olarak rekabeti sınırlama amacı üzerinde birleştikleri kartel anlaşmalarını, pekala şirket sözleşmeleri arasında

⁴⁰ Bir borç ilişkisinde alacaklı borçluya karşı talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkilerinden tamamen veya kısmen yoksun ise eksik borçlardan söz edilir. Hiç borç bulunmayan durumlardan farklı olarak, eksik borç, borçlu tarafından kendi isteğiyle ifa edildiği zaman, borç olmayan bir şey ifa edilmiş veya bir bağışlamada bulunulmuş olmayıp (eksik) borç ifa edilmiş sayılmaktadır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 15; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 35; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, s. 42 vd.

⁴¹ Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 61.

düşünebiliriz⁴². Kartel anlaşmalarının iki taraflı sözleşmelerden farkı, bu tür anlaşmaların, karşılıklı veya birbirine aykırı değil, bilakis aynı yöndeki menfaatleri organize eden ilişkiyi ifade etmesidir. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda tarafların yükümlülüğünün muhtevasını oluşturan davranış, genellikle "yapmama" borcu şekline bürünmüştür⁴³. Zira rakipler karşılıklı olarak faaliyet özgürlüklerini sınırlandırmakta veya aralarında rekabete yol açacak davranışlardan kaçınmayı taahhüt etmektedirler. Örneğin toptancı firmaların aralarında aynı cins malı parekendeci firmalara belirli bir fiyattan aşağı satmamayı taahhüt etmeleri (fiyat anlaşması) gibi⁴⁴.

Tarafların yöneldiği müşterek amaç dışında, karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümler rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara da uygulanır. Sözleşmenin kuruluşu ve sonuçlarına ilişkin hükümler, kıyasen rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara tatbik edilebilecektir. Bu durumda iki veya daha fazla kimsenin, aralarındaki rekabeti bertaraf etmek üzere tespit ettikleri müşterek esaslar üzerinde mutabık kalmalarıyla, rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın kurulduğunu kabul etmek gerekir⁴⁵. Rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası anlaşmaların yasaklanabilmesi için icra edilmelerini beklemeye hacet yoktur. Anlaşmanın fiilen icra edilmesi, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesiyle ilgili bir husus değildir. Zira, rekabeti sınırlama amacına yönelik veya bu etkiyi doğurabilecek anlaşmanın bizatihi kendisi hukuka aykırıdır. Tarafların yegâne hedefi rekabeti sınırlamak olmasa bile, etkileri itibarıyla rekabetin kısıtlanması neticesini doğuran anlaşmalar da aynı esasa tabidir.

cb. Anlaşmanın Şekli

Bilindiği gibi Borçlar Hukuku, sözleşmelerde şekil serbestisi esasını benimsemiştir. Sözleşmeyi meydana getirecek iradelerin açığa vurulmasında belli kalıplar kullanılması veya irade beyanlarının belirli kalıplar içinde yapılması zorunlu değildir⁴⁶. Bu kural rekabet hukuku anlaşmaları için de geçerlidir ve belirli bir şekil kuralı yoktur. Genel prensibe göre taraflar, iradelerini istedikleri şekilde açığa vurabilirler; sözle, yazı ile, resmi senet

⁴² Bkz. KARAYALÇIN, İşbirliği (Kartel) Sözleşmesi, Haksız Rekabet - Adi Şirket Yönetimi - Yed-i Adle Tevdi, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, III, s. 61; POROY(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1997, s. 28.

⁴³ POROY(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 51.

⁴⁴ Bkz. İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 19.

⁴⁵ Sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 153 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 69 vd; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 168 vd.

⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 111 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 218 vd; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 217.

yaparak veya fiili davranışlarla⁴⁷. Fakat niteliği gereği kimi sözleşmeler özel şekle tabi tutulabilir. Örneğin lisans sözleşmelerinin, tabi oldukları hükümlerce (patent, marka) öngörülen şekillerde yapılması zorunludur.

d. Tehdit (ikrah) Altında Yapılan Sözleşmeler

İradeyi sakatlayan sebeplerden hata ve hile yoluyla bir rekabeti sınırlayıcı sözleşmeye taraf olunabileceği kabul edilse bile, hata veya hilenin anlaşılmasıyla bu duruma maruz kalan tarafın yasak sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemez. İşte bu süre zarfında doğacak zararlardan, hata veya hileye maruz kalan kimse değil karşı taraf sorumlu tutulmalıdır. Ancak bu sonuç, hataya düşenin özellikle kusurundan ya da gerekli dikkat veya özeni göstermemesinden kaynaklanmışsa, ortaya çıkan zarardan her iki taraf sorumlu olacaktır⁴⁸. Yine bir kimse, belirli tehlikelerle korkutulmuş (örneğin ölüm tehdidi), rakibi ile belirli bölgelerde rekabet etmemeyi taahhüt edebilir. Bu gibi durumlarda tehdit altındaki kimseyi rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerinden sorumlu tutmak hakkaniyet esaslarına ters düşer⁴⁹. Fakat ekonomik baskılar altında yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda, baskıya maruz kalan tarafın gönüllü olarak ekonomik faaliyetlerini kısıtladığı kabul edilmektedir⁵⁰. Örneğin toptancının perakendecilerine mal vermeyi kesme tehdidiyle bir takım rekabeti sınırlayıcı kayıtları, bir anlaşma çerçevesinde dikte etmesi bu anlamda değerlendirilebilir⁵¹.

⁴⁷ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-016; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 63, 64; RODGER, MACCULLOCH, Competition Law and Policy in the EC and UK, s. 132.

⁴⁸ Bkz. TEKİL, Fahiman, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981, s. 103.

⁴⁹ Bu sonucun kabul edilebilmesi için Borçlar Kanununda kabul edilen sebeplerin gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; bir şahsın kendisinin yahut yakınlarından birinin veya şahsının yahut namusunun ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeye maruz bulunduğu korkusu altında bırakılarak ve bu kanaatle sözleşmeyi yapması durumlarıdır (BK m. 30/1). Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 449 vd; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 93 vd.

⁵⁰ Krş. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-020 ve dpn. 38; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 62, 63.

⁵¹ Hata, hile veya ikrah ile, yani iradeyi sakatlayan sebeplerden birinin etkisiyle yapılan sözleşme, hataya düşen veya hile yahut ikrah sebebiyle hukuki işleme razı olan tarafı bağlamaz (BK m. 31). İşte irade fesadına dayanarak (hata, hile, ikrah) sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın sorumluluktan kurtulabilmesi için, kural olarak bir yıl içinde iptal beyanında bulunması gerekir (BK m. 31). Ancak rekabet ihlallerinin arz ettiği özellik (olması gereken hukuk) açısından, irade fesadı hallerinde, genel hükümden farklı olarak iptal beyanının derhal karşı tarafa bildirilmesi gerekir. Aksi halde hata veya hilenin anlaşıldığı yahut tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren sözleşmeyi feshetmeyen kimse, normal sorumluluk şartlarına tabi olacaktır. Çok yönlü zararlara sebep olabilecek rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin, bir an önce

e. Rekabetin Sınırlandırılması ile Anlaşma Arasındaki İlişki

Rekabetin sınırlanması, bir anlaşmanın yegane amacını ve konusunu oluşturuyor, bu hedefe uygun olarak taraf faaliyetlerinin sınırlandırılması bir yükümlülük olarak kararlaştırılıyorsa, ortada rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın (kartel) varlığı kuşkusuzdur. Fiilen rekabeti sınırlayıcı davranışların icra edilmesi şart değildir. Anlaşmanın konusunun veya tarafların amacının rekabetin sınırlanmasına yönelik olması, yeterli sayılacaktır. Ayrıca rekabetin bertaraf edilmesini, taraflar aralarında bir yükümlülük olarak kabul etmeseler bile, anlaşmanın ekonomik etkileri bu neticeyi doğuruyorsa, sözkonusu anlaşma da rekabeti sınırlayıcı anlaşma kategorisine girecektir⁵². Rekabet Kanunu 4. maddesi bu durumu, "... rekabeti ... kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" şeklinde ifade etmiştir. Fakat bu hususta dikkat edilmesi gereken nokta, rekabetin sınırlanması olgusu ile anlaşmanın ekonomik etkileri arasında, uygun illiyet bağı ilişkisinin bulunmasıdır.

ea. İlliyet Bağı

Normal Borçlar hukuku ilişkileri içerisinde bir kişinin hukuka aykırı fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi, sözkonusu kişinin fiili ile meydana gelen zarar arasında bir ilişki ya da bağlantının bulunmasına bağlıdır. Bir piyasada rekabetin sınırlandırıldığı gerekçesiyle tarafları sorumlu tutabilmek için, rekabeti sınırlayıcı etkilerin taraflar arası "anlaşma"dan kaynaklanması, yani rekabeti sınırlayıcı etki ile anlaşma arasında bir bağlantı bulunması şarttır. İlliyet sorunu, her şeyden önce, bir mantık işlemine dayanır. Rekabetin sınırlanması sonucunun bir anlaşmaya (uyumlu eylem, karar) bağlı olup olmadığına, aralarındaki mantıksal ilişkiye bakarak veya böyle bir ilişki kurarak karar veririz. Taraflar arasındaki anlaşma (uyumlu eylem, karar) olmasaydı rekabet kısıtlanmayacaktı diyebiliyorsak, anlaşma ile rekabeti sınırlayıcı sonuç arasındaki bağlantı da kurulmuş olur. Herhangi bir olayın (fiil, anlaşma), sonucun (rekabetin kısıtlanması) mantıken vazgeçilmez şartı kabul edildiği durumlara "şart (mantıksal illiyet) teorisi" denmektedir⁵³. Doktrinde taraf davranışlarıyla (rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem, karar), rekabetin sınırlanması

sona erdirilmesi gereği, borçlar hukukundaki genel kuraldan farklı olarak, bu sonucun kabulünü zorunlu kılar.

⁵² KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 8, 9; GOYDER, EC Competition Law, s. 116, 117; WHISH, Competition Law, s. 203, 204; AGNEW, Competition Law, s. 145; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 884, 885.

⁵³ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 573; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel hükümler, s. 496, 497.

sonucu arasında, mantıksal illiyet bağının bulunması yeterli görülmektedir⁵⁴. Bu görüşe göre, mademki Kanun, "amacı ya da sonucu rekabeti bozucu olan" fiilleri yasaklamıştır sonuca bakılmaksızın, rekabeti sınırlamaya elverişli olan anlaşma veya uyumlu eylemin taraflarını sorumlu tutmak gerekecektir. Dolayısıyla somut olayda mantıksal illiyet bağının bulunması gerekli ve yeterlidir⁵⁵.

Biz bu görüşe katılma olanağı göremiyoruz. Evvela konuyla ilgili bir ayırım yapılması gerekir. Her şeyden önce taraflar, rekabetin sınırlandırılmasını bir sözleşme (uyumlu eylem, karar) konusu ve hedefi olarak benimsedikleri veya bu durumu sözleşmesel bir yükümlülük haline getirdikleri takdirde; illiyet bağına, rekabeti sınırlayıcı etkilerin doğup doğmadığına bakılmaksızın, ilgili sözleşme yasaklanabilecektir. Zira yegane amacı rekabeti bertaraf etmek olan anlaşmanın bizatihi kendisi hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın tespiti için ilave bir araştırma yapmaya hacet yoktur, anlaşmanın icrası derhal yasaklanacaktır⁵⁶. Şayet anlaşmaya taraf teşebbüslere ceza uygulanacaksa, cezanın belirlenebilmesi için rekabeti ihlal süresi ve şiddeti tespit edilecektir.

Aslen rekabeti sınırlama amacı bulunmayan teşebbüsler arası anlaşmalarda ise anlaşmanın fiili etkileri incelenecektir. Gerçekten taraflar aralarındaki anlaşmayla, rekabet olgusu dışında kalan çeşitli ticari faaliyetlerini düzenlemiş olabilirler. Böylece sözkonusu anlaşmanın ekonomik etkileri veya piyasa koşulları sonucunda rekabet kısıtlanmış olabilir. İşte bu durumlarda anlaşmaya taraf teşebbüslerin sorumlu tutulabilmesi, rekabetin sınırlandırılması sonucunun, taraflar arasındaki anlaşmadan kaynaklanan uygun sebeplere dayanması halinde mümkün olacaktır. Aksi halde (mantıki illiyet bağı yeterli görüldüğünde), taraflar arasındaki anlaşmaya veya taraflarla ilişkilendirilemeyecek olgulara dayanarak rekabetin sınırlanması sonucundan ilgili teşebbüsler sorumlu tutulacaktır. Bu yüzden haksız fiil sorumluluğuyla ilgili ilkelerde olduğu gibi, sorumluluk için mantıkî illiyet bağından ziyade "uygun illiyet bağı" teorisine ağırlık verilmelidir⁵⁷. Bu teoriye göre, rekabeti

⁵⁴ İNAN, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 92.

⁵⁵ İNAN, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 92.

⁵⁶ WHISH, Competition Law, s. 204; AGNEW, Competition Law, s. 145.

⁵⁷ Mantıksal illiyet teorisini her zaman ve her olay için mutlak olarak geçerli saymak, adaletsiz sonuçlara yol açacaktır. Gerçekten bazı hallerde bir olay, meydana gelen sonucun vazgeçilmez şartı olduğu halde, bununla illiyet bağının kurulduğunu kabul etmemiz adalet duygumuzu incitir. Örneğin bir tacir, trenin hareketine bir saat kala garda yemek yerken garson, sıcak çorba ile dolu kaseyi üzerine dökse ve bu yüzden tacir baştan aşağı elbise değiştirmek zorunda kaldığı için daha sonraki trene binse, fakat bu ikinci trenin kaza yapması sonucunda ölse, durum ne olacaktır? Garson elbisenin kirlenmesinden ve varsa oluşan yanıklardan kuşkusuz sorumlu tutulabilecektir. Acaba garson tacirin ölümünden de sorumlu mudur? Tacirin ölümünün garsonun çorbayı dökmesinin mantıki bir sonucu olduğundan şüphe edilemez, fakat onu bu ölümden sorumlu tutmak asla tatminkar bir çözüm olmayacaktır. Bkz. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 449.

sınırlayıcı etkilerin, iktisat ilminin, genel hayat tecrübelerinin verilerine, olayların ampirik cereyan tarzına ve objektif kriterlere göre taraflar arasındaki anlaşmaya bağlanabilmesi gerekir.

eb. Anlaşmanın Feshedilmesi veya Herhangi Bir Şekilde Sona Ermesinden Sonraki Etkileri

Feshedilen veya herhangi bir şekilde sona eren rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların, etkilerini sürdürmesi olanağının bulunduğu hallerde de Rekabet Kanunu 4. maddesi uygulama imkanına sahiptir. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın bağlayıcı etkisi ortadan kaldırılrsa bile, taraflar arasındaki işbirliği sürebilir. Uygulama açısından bu durumu örneklendirebilmek zor olsa da zorlayıcı gücü bulunmayan taraflar arasındaki işbirliği davranışlarını uyumlu eylem olarak nitelendirmek mümkündür⁵⁸.

f. Bağlı Teşebbüsler (Ana Teşebbüs ile Yavru Teşebbüs) Arasındaki Anlaşmalar

Bağlı teşebbüsler (holding), hukuken birbirinden bağımsız tüzel kişiliğe sahip teşebbüslerdir. Ancak bağlı teşebbüsler, ekonomik açıdan ana teşebbüse bağımlıdırlar. Rekabet Kanunu açısından "teşebbüs" olarak kabul edilebilecek işletmelerin, hem hukuken hem de iktisaden bağımsız olmaları gerekmektedir. Zira bağlı teşebbüslerde (holding) ana teşebbüs, yavru teşebbüslerin; hisse senetlerine sahip olarak ve/veya yönetim kurulunda kendi iradesine tabi yöneticiler bulundurarak, bunların idaresine hakim olacak şekilde katılmaktadır. Fakat olağan şekil hisse senedi olarak katılmadığı⁵⁹. Yavru teşebbüs organlarının bağımsız karar verebilmeleri imkanı, çok kısıtlanmış hatta tamamen ortadan kalkmıştır⁶⁰. Fakat teşebbüslerin fiilen bağımsız hareket edebildikleri durumda aksi sonucun kabulü gerekecektir. Dolayısıyla teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı mutabakatları, RK 4. maddesi anlamındaki "anlaşma" kategorisine katmamak gerekir⁶¹. Bu tip faaliyetleri, ana teşebbüsün bağlı teşebbüslere yönelik talimatı olarak görüyor ve (hakim durum uygulamalarına (m. 6) yol açmadıkça) RK 4. maddesi şartları altında yasak kapsamına almanın mümkün olmayacağını düşünüyoruz⁶². Bağlı teşebbüslerin diğer teşebbüslerle mutabık

⁵⁸ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-025.

⁵⁹ POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 244, 245. Arica aynı eserin TEKİNALP tarafından yazılan kısmı, s. 934.

⁶⁰ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 931, 932.

⁶¹ Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 141, 142; GOYDER, EC Competition Law, s. 90, 91.

⁶² Bilindiği gibi ana teşebbüs çeşitli yollarla, yavru teşebbüslerin yönetimine hakim olduğundan, yavru teşebbüslerin bağımsız karar verebilme imkanı fiilen ya çok sınırlı ya da hiç yoktur. (TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 898). Bağlı teşebbüsler arası anlaşma konusunda doktrin ve uygulamanın meylî, bağlı teşebbüslerin

kaldıkları bağlayıcı kuvveti haiz rekabeti sınırlayıcı uygulamaların ise, "anlaşma" kapsamına girdiğinde tereddüt etmemek gerekir⁶³.

g. Yatay ve Dikey Anlaşmalar

Rekabet Kanunu 4. maddesinde, ATA m. 81/1'de olduğu gibi, yatay ve dikey anlaşma ayırımı yapmaksızın, rekabeti kısıtlayan her türlü anlaşma yasak kapsamına alınmıştır. Yatay anlaşmalar, aynı üretim veya pazarlama seviyesindeki teşebbüslerin yapmış olduğu anlaşma türleridir. Söz konusu teşebbüsler aynı seviyede faaliyet gösterdikleri için birbirlerinin rakibidirler. Dikey anlaşmalar ise, mal veya hizmetlerin üretiminden tüketiciye arz edilmesine kadar uzanan aşamada, farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında yaptığı rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardır⁶⁴. Bu durumda, aynı mal veya hizmetlerin üreticileri yahut dağıtıcıları arasındaki anlaşmalar yatay, üretici ile dağıtıcı, dağıtıcı ile perakendeci, üretici ile servis arasındaki anlaşmalar dikey anlaşmadır⁶⁵.

Yatay anlaşmaların, hemen her hukuk sisteminde rekabete zarar verdiği kabul edilmektedir. Dikey anlaşmaların rekabeti bozma özelliği yanında, dağıtım ve satış sonrası hizmetlerin iyileştirilmesi, mal ve hizmetler arası rekabetin artması gibi olumlu yönleri de vardır. Dolayısıyla dikey anlaşmaların, belirli şartların varlığı halinde, muafiyet sistemi ile genel yasak çerçevesinden çıkarılabilmesi mümkündür (RK m. 5, ATA m. 81/3).

iktisadi faaliyet ve davranışlarıyla ilgili politikaları belirleme ve uygulama konularındaki sorunları ana teşebbüsten bağımsız bir şekilde çözüp çözemeyecekleri kriterine göre hareket etmek yönündedir. Yavru teşebbüs ana teşebbüsten bağımsız olarak iktisadi faaliyet ve politikalarını uygulayabiliyorsa, bağlı teşebbüsler ayrı birer teşebbüs olarak kabul edileceklerdir. Aksi halde, iktisaden ana teşebbüse bağımlı olan teşebbüsler, Rekabet Kanunu bakımından "teşebbüs" olarak kabul edilmeyeceklerdir (Bkz. KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 5, 6; FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 161, 162.; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 878; GOYDER, EC Competition Law, s. 90, 91.). Şayet yavru teşebbüsler, iktisadi faaliyet ve politikalarını tek başına belirleme imkanına sahipse ortada, teknik anlamda bağlı teşebbüslerin varlığından bahsedilemez.

⁶³ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-052; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 5, 6; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 878; WHISH, Competition Law, s. 212-214.

⁶⁴ WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 402; KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, s. 120.

⁶⁵ MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, s. 1012, 1013; GOYDER, EC Competition Law, s. 93; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 16.; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-018.

2. Teşebbüs Birliği Kararları

a. Genel Olarak

Teşebbüslerin menfaatlerini korumak ve aralarındaki koordinasyonu sağlamak amacıyla birimler oluşturması olağan bir yoldur. Teşebbüsler arası anlaşmalarla rekabetin sınırlandırılmasını yasaklayan Rekabet Kanununun, teşebbüs birliklerinin, üyelerini organize etmek suretiyle rekabeti kısıtlamalarına müsamaha ile bakması düşünülemez⁶⁶. Teşebbüs birliği çatısı, üye teşebbüsler arası rekabetin bertaraf edilmesine hizmet edecek en müsait ortamı oluşturur.

Bir birliğe üyelik, kanunen zorunlu tutulmuş olabileceği gibi (ticaret - sanayi odaları, deniz ticareti odaları, Türkiye Bankalar Birliği, Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği), hatta tamamen gönüllü de (TÜSIAD, Beyaz Eşya Üreticileri Derneği gibi) olabilir. Herhangi bir ayırım yapılmadığından dernek, sendika, federasyon gibi tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar teşebbüs birliği olarak kabul edileceklerdir⁶⁷.

Teşebbüslerin, özel hukuk ilkeleri çerçevesinde menfaatlerini koruyacak, aralarındaki işbirliğini güçlendirecek birlikler oluşturmaları, Rekabet Kanunu bakımından teşebbüs birliği olarak kabul edilmektedir. Kanunun "tanımlar" başlığı altındaki 3. maddesinde yer alan teşebbüs birliğine ilişkin tarif⁶⁸, esasen bu tür birlikleri ima etmektedir. Bu yönüyle tanım eksiktir. Zira, kendi ihtiyaçları dışında kanunen oluşturulmuş odalar yahut birlikler de şüphesiz Kanunun uygulama alanı içerisine girecektir⁶⁹. Ancak rast gele ya da belirli bir

⁶⁶ Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29; WHISH, Competition Law, s. 193, 194.

⁶⁷ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-031; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8.

⁶⁸ "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler" teşebbüs birliği kabul edilir (RK m. 3).

⁶⁹ "... 5590 sayılı Kanun ile kurulmuş bulunan "Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği" (kısa adıyla TOBB), aynı Kanun'un 61'inci maddesi uyarınca, kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliğe sahip bir mesleki üst kuruluştur. Bu kuruluşun amacı, aynı kanuna göre oluşturulan "...Odalar ve borsalar arasındaki birlik ve dayanışmayı temin etmek, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, oda ve borsa mensuplarının mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bunların birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlük ve güveni hakim kılmak üzere, meslek disiplinini ve ahlakını korumak" ve "bu kanunda yazılı hizmetleri görmek"tir. ... kanunun amacına ilişkin 61'inci maddesinden ve özellikle Yönetim Kurulu'nun görevlerine ilişkin 67'nci maddesinden, Birliğin kamusal nitelikte bir görev yapmak üzere oluşturulmuş bir yasal kuruluş olduğu anlaşılmaktadır. Birliği oluşturan odalara ve borsalara mensup kişi ve kuruluşların piyasalarda ticari ve sınai mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan teşebbüsler olduğu bir gerçektir. Teşebbüslerin üye olduğu odalar ve borsalardan oluşan Birliğin, bir "teşebbüs birliği" olarak değerlendirilebileceği hallerin olması mümkündür. Nitekim Kanun Koyucu da, 4054 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde yer alan "teşebbüs birliği" tanımında, "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için

süre için oluşturulan fiili gruplaşmalar, Rekabet Kanunu açısından teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez. Tüzel kişiliği haiz olmayan fiili gruplaşmalar, uzun süreli bile olsalar, "teşebbüs birliği" kabul edilmemelidir. Her ne kadar Rekabet Kanunu⁷⁰ ve doktrin⁷¹, tüzel kişiliği bulunmayan fiili toplulukları teşebbüs birliği olarak nitelendirirse de hukuken sorumlu tutulamayacak grupların Kanunun uygulama alanı içine sokulması isabetli bir çözüm yolu değildir. Bu doğrultuda tüzel kişilikten yoksun olan birliklerin, bağlayıcı nitelikte "karar" alabilmeleri de mümkün olmayacaktır. Bu konuya ilişkin gerekçelerimizi, "Ortak Esaslar" başlığı altında, "teşebbüs birliği" konusunda, anlattığımızdan burada tekrar etmeyeceğiz.

Teşebbüs birliği anlayışı için önemli olan bir diğer unsur da birliğin, Rekabet Kanunun kabul ettiği nitelikteki teşebbüslerden oluşmasıdır. İktisaden ve hukuken bağımlı teşebbüsler, teşebbüs birliği tesis edemezler. Bu anlamda bağılı teşebbüs ya da holding çatısı, teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez⁷².

Teşebbüs birliğinin bizzat iktisadi faaliyetlerle (üretim, dağıtım, satış vs.) meşgul olmasını⁷³ önleyen hukuki bir engel bulunmadığı gibi, teşebbüs

oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler..." denilmek suretiyle en geniş haliyle teşebbüslerden oluşan her türlü birliklerin, tüzel kişiliği olsun olmasın, kanun bakımından teşebbüs birliği olarak kabul edilmesini amaçlamıştır. Dolayısı ile TOBB'nin bazı işlem ve kararlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceği Kurulumuzca da kabul edilmiştir". RKK, No: 99-24/217-130, (RG, 12.06.2000, S. 24077).

⁷⁰ Yukarıdaki dipnotunda, Kanunun (m. 3) tanımında da görüldüğü gibi kanun koyucu açıkça, "tüzel kişiliği olmayan" toplulukları da teşebbüs birliği kategorisine dahil etmiştir.

⁷¹ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-031; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 594; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 218; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 56.

⁷² VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880. Krş. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8.

⁷³ Bu durumda, tıpkı üyeleri gibi çeşitli iktisadi faaliyetleri deruhte eden teşebbüs birliğinin ön ayak olduğu rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetlerinde, nasıl hareket ettiği (birlik ya da teşebbüs) veya rekabet düzeni menfaatler dengesi açısından birliğin, birlik yahut teşebbüs sıfatlarından hangisine ağırlık verilmesi gerektiği sorusu akla gelebilecektir. Bu soruya verilecek cevaplar, doğal olarak yasak faaliyetin (karar veya bakış açısına göre anlaşma yahut uyumlu eylem) görünümünü de değiştirecektir. Gerçi rekabet hukuku açısından karar ve anlaşma arasında, teşebbüs birliği organizması dışında, önemli bir farkın varlığı iddiasında bulunmak zordur. Zira rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, genel borçlar hukuku anlaşmalarında (sözleşme) olduğu gibi, birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden taraf iradelerinin uyuşmasından oluşmaz. Taraflar, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda da teşebbüs birliği kararlarında olduğu gibi, aynı menfaat ve amacı (rekabetin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması) izlemektedirler. Şu halde, kararların çoğunluk iradeleriyle oluşması dışında, rekabeti sınırlayıcı kararlar anlaşma arasında bir fark olmadığı söylenebilir. Ayrıca rekabeti sınırlayıcı nitelikteki teşebbüsler arası işbirliği davranışının, anlaşma veya karar olarak kabul edilmesi, teşebbüslerin sorumluluğu açısından herhangi bir farklılığa yol açmayacaktır. Çünkü rekabeti kısıtlayan davranış karar olarak esas alındığında, üye teşebbüsler dışında birlik,

birliği kar amacı gütmeksizin, sadece üye teşebbüsler arası dayanışmayı, işbirliğini güçlendirmek için de kurulabilir. Önemli olan rekabetin kısıtlanması olgusunun, teşebbüs birliği kararının üyeler tarafından uygulanması sonucu ortaya çıkmasıdır⁷⁴.

b. Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüs Birliği "Karar"ları

ba. Rekabeti Kısıtlayıcı "Karar"lar

Karar, bir şahıs topluluğunda, herhangi bir sonuca ulaşmak için yeter sayıda şahsın, iradelerini aynı yönde açıklamalarıdır⁷⁵. Doktrinde hukuki muameleler çeşitli açılardan sınıflandırılırlar. Bu sınıflandırmalar arasında en önemli ayırım, hukuki muameleye katılan kişilerin sayısına göre yapılanıdır. Bu ayırıma göre, şayet bir tarafın irade beyanı hukuki bir sonuç doğurmaya yetiyorsa muamele, tek taraflı; birden fazla kişilerin muameleye katılması gerekiyorsa iki ya da çok taraflıdır. Bu kategori de kendi içinde sözleşmeler ve kararlar olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesinden vücut bulur. Kararlar ise ortak bir işte tek bir çözüm sağlamaya yönelik iradelerden oluşur⁷⁶. Yine sözleşmelerden farklı olarak, kararlarda çoğunluğun iradesi esastır⁷⁷.

Birden ziyade kimsenin aynı amaca yönelmiş iradelerini ifade eden "karar" ile, bir iç ilişkiye dayanarak (teşebbüs birliği, dernek, sendika, şirket), üyeleri ilgilendiren işlerde ortak bir çözüm elde edilmesi imkanı bulunur. Böylece alınacak karar, topluluğun bütün üyelerini bağlar⁷⁸. Kararın rekabet

teşebbüs birliği sıfatıyla, anlaşma olarak kabul edildiğinde ise, rekabeti sınırlayıcı faaliyetin bizzat tarafı olmak sıfatıyla cezalandırılacaktır.

⁷⁴ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-031; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880. Krş. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 336.

⁷⁵ OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 101; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 136, 137; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 224.

⁷⁶ "Karar, çok taraflı bir hukuki muameledir ve birden fazla kimsenin içinde buldukları hukuki ilişkinin kendilerine tamdığı oy hakkını kullanarak anlaşmaya varmalarıdır. Karar, oluşması sırasında kendine tanınan oy hakkını kullanan kişinin değil, oy hakkına sahip herkesin birleşik iradesini gösterir. Ancak birliğin kararı, çoğunluğa katılmayan ya da kendisine tanınan oy hakkını kullanmamış olanları da bağlar. Bununla birlikte üyelik talebine ilişkin görüşün bildirilmesi için öngörülen süre içinde cevap verilmemiş olması hususu, Kanun'un 16 ncı maddesinin tatbik edilmesine ilişkin koşulların değerlendirilmesi aşamasında dikkate alınmıştır" RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

⁷⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 43, 44; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 223, 224.

⁷⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 224, 225; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 45; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 44.

düzenine etkisi, bu kararın üyelerin ortak fiil veya muamelelerine yansmasıyla ortaya çıkacaktır. Örneğin aynı mal veya hizmet üretimi faaliyetlerini yürüten birlik üyesi teşebbüslerin, birliğe dahil olmayan teşebbüslere farklı muamelelerde bulunması yahut yeknesak bir fiyat uygulamasının başlatılması gibi. Fakat bu durum, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesiyle ilgili bir husus değildir. Rekabeti sınırlayıcı teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için icra edilmelerini beklemeye hacet yoktur. Zira, rekabeti sınırlama amacına yönelik veya bu etkiyi doğurabilecek kararın bizatihi kendisi hukuka aykırıdır.

Kararda, açıklanan iradeler birbirine uygun olmayabilir. İttifak şart değil, çoğunluk yeterlidir. Yeter sayının ne olacağı birliği düzenleyen kurallardan anlaşılır. Normal olarak yarım üyenin, iradelerini aynı yönde açıklamaları, kararın oluşumu için kafidir. Çoğunluğa uygun olmayan irade, çoğunluğa muhalif iradedir. Fakat muhalif üye veya kararın alınması aşamasına katılmayan üye de kararla bağlıdır⁷⁹. Karara muhalif kalan üyenin birlikten çıkma hakkını kullanma imkanı veya birliğin kararına uymayan kimsenin ihraç edilebilmesi hususları konumuzla ilgili sorunlar olmadığından üzerinde durmuyoruz. Ancak aralarında Kanunun kabul ettiği bir ilişki bulunmayan kimseler, hukuki sonuç doğurabilecek kararlar veremezler⁸⁰. Dolayısıyla tüzel kişilikten yoksun fiili toplulukların RK m. 56 (ATA m. 81/2) anlamında hukuken "batıl" sayılabilecek bir karar alabilmeleri ya da icra edebilmeleri mümkün değildir. Bu tip toplulukların kararları hukuken "batıl" değil "yokluk"la⁸¹ malûldür⁸².

bb. Bağlayıcılık Unsuru Açısından Kararlar

i. Bağlayıcı Kararlar

Rekabeti kısıtlama amacına yönelik teşebbüs birliği kararları RK 4. maddesine göre hukuka aykırıdır. Rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşılarda olduğu gibi, teşebbüs birliği kararları da birliğe üye teşebbüslerin aynı yöndeki (rekabeti sınırlayıcı nitelikte ortak bir iş veya amaçta) çoğunluk

⁷⁹ OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 101; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 224; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 44, 45.

⁸⁰ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 225; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 44.

⁸¹ "Yokluk" ve "butlan" halleri ve aralarındaki farklar için bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 119 vd.

⁸² Rekabet Kurulu BİAK kararında aksi sonuca ulaşmıştır: "BİAK bir teşebbüs birliğidir ve başvuru bu teşebbüs birliğinin toplu kararı ile reddedilmiştir." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744). Aynı yönde bkz. ASLAN, Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, s. 11.

iradelerinin, birliğe (başkana) yöneltmesiyle oluşmaktadır⁸³. Birliğe yöneltilen irade açıklamalarının, çoğunluk itibarıyla birbirine uygun olması yeterlidir. Karar olarak nitelendirilen çoğunluk iradeleri, muhalif üye veya karar sürecine katılmamış üyeleri de bağlar. Aksi halde karara uymayan kişiler birlikten çıkarılabilir. Kararın bütün üyeler için bağlayıcı olması, birliği düzenleyen ana statüden (tüyük) kaynaklanır⁸⁴. Kararın birliğe üye olan teşebbüslerce alınması zaruri değildir. Kendisine yetki verilen bir kişi (müdür) veya yönetim organları tarafından alınan kararlar da bu kategoriye girer⁸⁵.

Rekabet Kanunu 4. maddesinde (ATA m. 81/1'de olduğu gibi), sadece amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı teşebbüs birliği kararından bahsedilmiş, kararın niteliğine ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir. Biz, hukuka aykırı olan rekabeti sınırlayıcı kararların, birlik üyeleri için uyulması zorunlu, hukukun bağlayıcı nitelikte olması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü Rekabet Kanununa aykırı anlaşma ve kararların akıbetini düzenleyen 56. maddede, 4. maddeye aykırı olan teşebbüs birliği kararlarının batıl olduğu belirtilmiş ve söz konusu kararlardan doğan edimlerin, ifasının istenemeyeceği hükmü getirilmiştir.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarla ilgili kısımda da belirttiğimiz gibi, ancak (hukukun bağlayıcı kuvveti haiz olan) "karar" niteliği taşıyan muamelelerin geçersizliğinden bahsedilebilir⁸⁶. Gerçi bu halde, teşebbüsler ya da teşebbüs birliği *Kanuna karşı hile* yoluyla, alınan kararın üyeler için bağlayıcı olmadığını, "tavsiye" niteliğinde olduğunu iddia edebilir. Açıkça yasaklanan bir hükme aykırı davranışa (fiil veya hukuki muameleye), Kanunun öngördüğü müeyyideyi bertaraf etmek için, hukukun yasaklanmayan yollara başvurarak, aynı (rekabeti sınırlayıcı) sonuca ulaşmaya, *kanuna karşı hile* denmektedir⁸⁷. Kanuna karşı hilenin müeyyidesi, kaçınılan hükmün müeyyidesi ne ise, hile ile elde edilen sonuca da aynı müeyyide uygulanacaktır⁸⁸. Birliğe dahil olan bütün üyelerin ittifakla uydukları veya şu ya da bu sebepten uymaları adetten olan kararların, RK m. 56 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmek için, "tavsiye" kararı olarak takdim edilmesi, kanuna karşı hile sayılabilir.

⁸³ Bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 101; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 45.

⁸⁴ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9.

⁸⁵ VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880.

⁸⁶ Aynı görüş için bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9. Krş. FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 161.

⁸⁷ OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 146; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 101.

⁸⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 452; OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 147; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 424.

ii. Birlik Tavsiyeleri

Teşebbüslerin bir araya gelerek birlik oluşturmaları; mesleki dayanışmanın tesis edilmesi, iktisadi ve ticari konularda bilgi ve tecrübe paylaşımı gibi çeşitli sebeplere dayanır. Bu hedefleri gerçekleştirmeye yönelik olarak teşebbüs birliğinin, zaman zaman üyelerini tavsiye kararlarıyla yönlendirmek istemesi, aslında yadırganacak bir durum değildir. Bir şartla ki, birlik tavsiyeleri rekabeti sınırlama amacına yönelik yahut bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olmasın.

Teşebbüs birliğinin, genel anlamdaki kararıyla (bağlayıcı, tavsiye), somut olayda üye teşebbüslerin tutumunu nasıl etkilediğinin belirlenmesi, son derece önemli bir konudur. Ortada bütün üyeler için bağlayıcı, uyulması zorunlu bir karar varsa, yukarıdaki sonuçlara tabi olacaktır. Tersisi durum söz konusu ise, yani üye teşebbüslere arz edilen ortak irade, tavsiye niteliğinde ise durum ne olacaktır? Soruyu irdelemeye geçmeden önce, "karar" ile "tavsiye" arasındaki farkın açıklığa kavuşturulması gerekir. Kısaca söylemek gerekirse, "karar" ile "tavsiye" arasındaki temel fark, bağlayıcılık veya uyulma zorunluluğu bakımındandır. Doktrin⁸⁹ ve AB uygulamasının⁹⁰ görüşü, birlik tavsiyelerinin

⁸⁹ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29; WHISH, Competition Law, s. 193; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-031; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, s. 1156; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 594; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 5; AGNEW, Competition Law, s. 143; BENTIL, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, s. 475; GOYDER, EC Competition Law, s. 92, 93; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 224; KENT, Law of the European Union, s. 179, 180; WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 393; STEINER; Textbook on EEC Law, s. 109.

⁹⁰ Uygulamanın yönü konusunda, AB Adalet Divanı'nın, "Verband der Sachversicherer e.v., Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.v./Topluluk Komisyonu" hakkındaki kararı bariz bir örnek teşkil eder. Olaya göre, Alman Mal Sigortacıları Birliği Derneği olan Davacı (teşebbüs birliği), sınai yangın riskleri ile bunların sonucu olan hasarlarla ilgili sigorta sektörünün yeniden yapılanmasına ve bu konuda istikrar sağlanmasına ilişkin bir *tavsiye kararı* almıştı. Komisyon, Mal Sigortacıları Birliği Derneği'nin tavsiye kararını ATA m. 81/1 hükmüne aykırı bulmuş ve Birliğin muafiyet talebini reddetmişti. Bunun üzerine birlik, Komisyon kararının iptali için olayı Adalet Divanına götürmüştür. Ancak Adalet Divanı, Mal Sigortacıları Birliği Derneği'nin, Birlik kararının tavsiye niteliğinde olduğu ve üyeleri bağlayıcı kuvveti bulunmadığı yolundaki iddiasını haklı görmemiştir. Divan "tavsiye kararı"nın hukuki niteliğine değinmeksizin, doğrudan kararın içeriğini (emredici kayıtların da varlığını) göz önünde tutarak Komisyon kararının iptalini isteyen birlik talebini reddetmiştir. Bu kararı konu edinen bir değerlendirme için bkz. ÖZSUNAY, Ergun, "Sigorta Sektöründe Teşebbüs birlikleri Tarafından Alınan "Tavsiye Kararları"nın Topluluk kartel Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İktisat Maliye, C. XXXVI, 1989, S. 1, s. 8-14. Başka örnekler için bkz. GILJSTRA and MURPHY, Leading Cases and Materials on the Competition Law of

(bağlayıcı) kararlardan farklı olmadığı, dolayısıyla tavsiyelerin de kararlar gibi aynı muameleye tabi tutulması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, birlik tavsiyelerine uyulmaması, beraberinde muhalif üyenin birliğe karşı, psikolojik ve sosyal sadakatinin sorgulanması ihtimalini getirir. Bu yüzden tavsiye kararına uymayan teşebbüs, birlik amacı ve hedefleriyle bağdaşmayan bir tutum içine girmek için, kendisini birlik tavsiyelerine uymak zorunda hissedecektir. Böylece alınan karar tavsiye niteliğinde olsa bile, uhdesinde, kendisine uyulması doğrultusunda üyeler için psikolojik bir baskı taşımaktadır⁹¹.

Genel anlamda teşebbüs birliği kararlarından bahseden RK m. 4 ve ATA m. 81/1 hükümleri, birlik tavsiyeleri ile ilgili bir açıklık taşımamaktadır. Bu yüzden teşebbüs birliklerinin "tavsiye" niteliğindeki kararlarının, farklı bir uygulamayı gerektirip gerektirmeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır.

Bir kere teşebbüs birlikleri (bağlayıcı) karar ve tavsiyelerinin rekabet düzenine aykırılığı, karar ve tavsiye ayırımıyla ilgili bir olgu değildir. Karar veya tavsiyenin rekabet düzenine aykırılığı, bu iki kavramın yöneldiği rekabeti sınırlama amacı ve etkisidir. Bu durumda rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip karar ve tavsiyelerin yasaklanması gereği açıktır. Bize göre hukuken birlik "kararı" olarak tavsif edilen bağlayıcı, uyulması zorunlu olan kararlarla, uyulup uyulmaması keyfiyeti üyelerin arzularına bırakılmış "tavsiye" kararlarını, aynı hukuki kalıba sığdırmaya çalışmak, ancak hukuki kavramları bulandırmaya hizmet edecek bir çözüm yolu olur. Örneğin aynı kategoride değerlendirilen tavsiye veya tekliflerin, *yasaklanmaları* hali dışında, kimse, rekabeti sınırlayıcı kararların sonucunu düzenleyen RK m. 56 (ATA m. 81/2) gereği geçersiz (batıl) olduklarını iddia edemez. Biz hukuki kavram ve kalıplara bağlı kalmak suretiyle, hukuken bağlayıcı nitelikteki kararlar ile tavsiye veya tekliflerin, ayrı kalıplar içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu doğrultuda RK m. 4'te ifade edilen rekabeti sınırlayıcı teşebbüs birliği "kararı" hukuken bağlayıcı ve uyulması üyeler için zorunlu olan kararlardır. Tavsiye veya teklif niteliğindeki (rekabeti sınırlayıcı) birlik kararları, uygulanmadığı sürece yasaklanmamalıdır⁹².

the EEC, s. 138 vd; CURTIN, von EMPEL, WOLKER, WINTER, Leading Cases on the European Communities, s. 544; STEINER; Textbook on EEC Law, s. 109. Tavsiye kararlarının (alınan kararlara uygun hareket eden üye teşebbüsler arasında) anlaşma olarak da nitelendirilebileceği hakkında bkz. KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, s. 28, 29.

⁹¹ AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 222.

⁹² ASLAN, hiç bir bağlayıcılık kuvveti bulunmayan tavsiye kararlarının yasaklanmaması gerektiğini, ancak tüm işletmelerin birlik tavsiyelerine aynen uymaları halinde rekabetin sınırlanmasına yol açan kararların tavsiye kararı olsa bile, yasaklanması gerektiği görüşünü savunur (ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 56.). Rekabeti fiilen sınırlandıran teşebbüs birliği kararları bağlayıcı olsa da olmasa da yasaklanacaktır. Yazarın bu sonucu, hangi gerekçeyle savunduğu anlaşılmamaktadır. Ayrıca ileri sürülen görüşten, birlik kararına, bütün işletmelerin

Birlik tavsiyeleri tatbik edildiği takdirde, karara uyan üye teşebbüsler arasında "uyumlu eylem" in varlığını kabul etmek gerekir⁹³. Somut olaya göre, uyulması zorunlu veya adetten olan, fakat üçüncü kişilere karşı "tavsiye" olarak takdim edilen kararların varlığında, kanuna karşı hileden bahsedebiliriz.

Tavsiye kararı bile olsa, muhalif üyenin, diğer üye teşebbüslerin psikolojik baskısı altına gireceği veya dışlanacağı endişesine ağırlık veren görüş abartılmıştır ve belki somut olaya göre haklılık kazanacak bir iddiadır. Ayrıca birlik kararının (bu arada tavsiyelerin) üyeler arasında icra edilmeden, uyumlu eylemin ise tatbikat safhasında yasaklanabileceği iddiası ise bir ölçüye kadar tutarlı olabilir. Çünkü birlik tavsiye veya teklifleri ancak ilgililer tarafından (rakip teşebbüsler, tüketiciler, Rekabet Kurulu vs.) bilindiği takdirde, henüz icra edilmeden, Rekabet Kanununa muhalefetleri dolayısıyla yasaklanabileceklerdir. İlgililerin uygulanmakla vakıf oldukları birlik tavsiyelerinin uyumlu eylem olarak nitelendirilmesinde herhangi bir mahzur değil bilakis fayda vardır. Gerçekten uyumlu eylemin varlığı, paralel davranışların tatbikiyle ortaya çıkan fiili durumdan anlaşılır. Doğal olarak bu durumda, uyumlu eylemlere taraf teşebbüslerle (birlik üyeleri) sınırlı bir sorumluluğun varlığı sonucuna ulaşılacaktır. Bu halde ilgili teşebbüsler birliğe üye olmanın değil, yasak faaliyetlere taraf olmanın bedeline katlanacaktır ki, hakkaniyet gerekleri bu sonucun kabulünü zorunlu kılar. Fakat, birlik tavsiyelerinin uyumlu eyleme konu olması durumunda, fiilen rekabetin kısıtlandığı iddiasının ispatının zorluk arz edeceği görüşüne⁹⁴ özellikle Rekabet Kanunumuz açısından katılmak mümkün değildir. Zira ispat zorluğu varsa, birlik tavsiyelerinin karar olarak kabul edilmesi, bu zorluğu ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca işaret edelim ki, Kanunun vazettiği ispat yüküyle ilgili kolaylaştırıcı hükümleri (m. 4/3, 59/1) sadece uyumlu eylemlerle sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Uyumlu eylemler bakımından ispat kolaylığı sağlayan hükümler, bu tartışma açısından göz ardı edilemez.

3. Teşebbüsler Arası Uyumlu Eylemler

a. Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Kısıtlanması

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açıkça hukuka aykırı kabul edildiğinden, teşebbüsler bu tür anlaşmaları alenen yapmak yerine gizli; sözlü veya paralel davranışlarla aralarındaki rekabeti bertaraf etme eğilimine girebilirler. Hatta

değil de birkaç işletmenin uyması halinde, sözkonusu kararın yasaklanması gerekip gerekmediği hususunda bir fikir edinebilmek mümkün değildir.

⁹³ Aynı doğrultuda bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 31.

⁹⁴ AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 224.

rakip teşebbüslerin, bağlayıcı ve aşıkâr anlaşmaların hükümsüz sayıldığı bir hukuk düzeninde, bile bile bu sonuca maruz kalacak hukuki ilişkiler içerisine girmeyi değil, amaçlarını gerçekleştirmeye daha uygun olan uyumlu eylemleri tercih etmeleri beklenir. İşte rekabet sistemi açısından bu endişeyi gidermek amacıyla, rekabet düzenlemelerinde, yasak faaliyetler içerisinde kabul edilen "uyumlu eylemler" kalıbına da yer verildiği görülmektedir⁹⁵.

Diğer rekabet hukuku sistemlerinde yer alan uyumlu eylemleri, Rekabet Kanunumuz da yasaklamış bulunmaktadır. Kanun, teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarında olduğu gibi, rekabeti kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası uyumlu davranışları, hukuka aykırı eylem olarak kabul etmiştir (RK m. 4). Bu durumda teşebbüsler arası uyumlu eylem, "anlaşma"dan farklı olarak bağlayıcı olmayan mutabakatları, tasavvur açıklamalarını⁹⁶, niyet açıklamalarını, his açıklamalarını⁹⁷, centilmenlik anlaşmalarını⁹⁸ ve rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik bilumum paralel davranışları içine alan bir kavramdır⁹⁹.

⁹⁵ Kanunumuzdaki "uyumlu eylem"ler kavramını, ABD antitröst sisteminde "conspiracy" (Sherman Kanunu m. 1), AB rekabet düzeninde ise "concerted practices" (ATA m. 81/1) olarak ifade edilen yasak davranışlar karşılamaktadır. Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 11; GOYDER, EC Competition Law, s. 97; KINTNER, An Antitrust Primer, s. 27 vd.; KENT, Law of the European Union, s. 180; WILBERFORCE, CAMPBELL, ELLES, Restrictive Trade Practices & Monopolies, s. 57 vd; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, s. 1156. Ayrıca bkz. CITRINE, Norman Arthur, Trade Union Law, London 1960, s. 60 vd.

⁹⁶ Tasavvur açıklamaları, hukuken bağlayıcı olan irade açıklamalarından farklı bir olgudur. Bir fikrin, bilginin, tecrübenin yahut gözlemlerin aktarılması tasavvur açıklamaları olarak kabul edilir. Bu tür açıklamalar, kendilerine hukuki sonuçlar bağlandığı ölçüde hukuki fiil niteliğini alır. Örneğin alacaklının alacağının temlik edildiğinin borçluya bildirilmesi (BK m. 165), birisine temsil yetkisi verildiğinin üçüncü kişilere bildirilmesi (BK m. 33/2) gibi (EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 219; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 37). Rekabet Kanunu açısından ise, rakip teşebbüslerin birbirlerine fiyat listeleri göndermeleri veya birbirlerinin piyasa politikalarından haberdar olmaları, tasavvur açıklamaları kabul edilse bile, uyumlu eylem olarak yasak kapsamına girecektir.

⁹⁷ His açıklamaları, his veya duyguların açığa vurulmasıdır. Bir kimseye kızmak, gücenmek, kin, nefret, hürmet beslemek aslında hukuki bir sonuç doğurmaz. Fakat hukukumuzda bu sonuca yol açacak haller de vardır. Örneğin aile hukukunda zina, cana kast, pek fena muamele nedeniyle açılan boşanma davaları *af* ile düşer (MK. m. 129, 130/3). Aynı şekilde *af* ile mirastan mahrumiyet düşer (MK. m. 520). Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Fasikül, s. 82, 83; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 37. Rekabet hukuku bakımından ise, aynı mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren iki rakipten itibarlı ve nüfuzlu olanının, bölgesine giren diğer rakibe kızması yahut sitemde bulunması neticesinde (kızma, gücenme his açıklaması olmasına rağmen) onun bölgeden çekilmesi halinde, uyumlu eylemin var olup olmadığı hususu tartışılabilir.

⁹⁸ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 61, 62. "Hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte ... "centilmenlik anlaşmaları" olarak tanımlanan

Teşebbüs birliği kararları bir yana bırakılırsa, teşebbüsler arası anlaşma ile uyumlu eylemin içeriğini tam olarak tespit edebilmek ve iki yasak faaliyetin arasını kuşkuya yer bırakmaksızın belirgin bir şekilde ayırabilmek hayli zordur. Çoğunluk görüşüne göre, hukuken geçerliliğine, taraflar arasında bağlayıcı olup olmamasına bakılmaksızın, rekabeti kısıtlama amacına yönelik bütün irade uyuşmaları teşebbüsler arası anlaşma olarak kabul edilebilir. "Anlaşma" aşamasına gelmeyen bütün paralel davranışlar ise, uyumlu eylemleri oluşturur¹⁰⁰.

Biz Rekabet Kanunu 4. maddesinde yasaklanan "anlaşma" kavramının, hukuken geçerli ve bağlayıcı kuvveti bulunan rekabeti sınırlayıcı muameleleri kapsamına aldığını düşünüyoruz¹⁰¹. Aslında, aralarındaki rekabeti bertaraf etmek isteyen kimselerin, Kanunun açıkça hukuka aykırı saydığı ve korumak istemediği bir yoldan (anlaşma) hareketle, amaçlarını gerçekleştirmeye çalışmaları beklenemez. Ancak yegane amaçları bu olmamakla birlikte, çeşitli ticari faaliyetlerini (örneğin patent, marka sözleşmeleri) düzenlemek isteyen kimselerin aralarında yaptıkları anlaşma, beklenmeyen etkileri itibarıyla rekabeti kısıtlamış olabilir. Kuşkusuz bu tip anlaşmalar da RK m. 4'e aykırı olduklarından yasaklanacaklardır. Bu yönüyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, 4. maddedeki yasak faaliyetler içerisinde, diğerlerine göre sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Bu anlamda rekabeti sınırlamak isteyen kimselerin, RK 4. maddesindeki yasaktan kurtulabilmek için, ortaya çıkarılması güç olan, gizli ilişkiler içine girmeleri kendileri açısından daha güvenli bir yoldur. İşte bu yaklaşım tarzına uygun olarak, uyumlu eylemler rekabeti sınırlamaya yönelik işbirliği faaliyetleri içerisinde, geniş uygulama alanına sahip bir yöntemdir. Bu durumda uyumlu eylemler, rakip tarafların hukuken geçerli ve bağlayıcı "anlaşma" ilişkisine girmeden, amaçlarını, kolay tespit edilemeyecek nitelikteki paralel davranışlarla veya centilmenlik anlaşmalarıyla gerçekleştirmek istedikleri hukuka aykırı eylemlerdir.

sözleşmelerin de Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulması mümkündür". RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 131).

⁹⁹ Krş. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 881; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 66; WHISH, Competition Law, s. 195; TEKİNALP, Gülören, "Uyumlu Eylemler" Kavramı, Hayri DOMANIÇ'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s. 202; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 30.

¹⁰⁰ Bkz. JONES, Alison, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, ECLR, 6, 1993, s. 274, 275; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 7, 8; AGNEW, Competition Law, s. 142, 143; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-034; GOYDER, EC Competition Law, s. 93; RODGER, MACCULLOCH, Competition Law and Policy in the EC and UK, s. 134; TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 337; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 53; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 177.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9.

Rekabet hukuku açısından uyumlu eylem kavramının anlam ve sınırlarını belirlemek, son derece önemli bir konudur. Bu kavramın muhtevası doldurulmadığı takdirde ya birtakım rekabet ihlalleri gözden kaçacak ya da hükmün amacını aşan uygulamalarla teşebbüsler güç durumlara düşebilecektir.

b. Uyumlu Eylemi Oluşturan Şartlar

ba. Birden Fazla Teşebbüs Bulunmalıdır

Uyumlu eylemler, en az iki veya daha fazla teşebbüs arasında gerçekleştirilebilecek hukuka aykırı paralel davranış şekilleridir. Esasen 4. madde çerçevesindeki yasak faaliyetlerin icrası için birden fazla teşebbüsün varlığı zaruridir¹⁰². Söz konusu teşebbüslerin gerçek veya tüzel kişi olması, özel ya da kamu hukukuna tabi bulunmaları (Rekabet Kurulu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça) farklı bir uygulamaya yol açmaz. Uyumlu eylem taraf teşebbüsler, Rekabet Kanununun uygulama alanına giren, Kanunda yasaklanan faaliyetlerin sujesi olabilecek konumdaki teşebbüslerdir. Bu doğrultuda, teşebbüslerin birden fazla olmasıyla ilgili önemli bir sorun, teşebbüsler arasında hukuki veya iktisadi bir bağlılığın bulunmamasıdır. Ana teşebbüse ekonomik yönden bağlı olan yavru teşebbüsler veya daha genel bir ifadeyle bağlı teşebbüsler arasında vuku bulan uyumlu davranışlar, uyumlu eylem olarak nitelendirilemez¹⁰³.

bb. Uyumlu Davranışlar Taraflar Arasındaki Rekabeti Kısıtlamaya Yönelik Koordinasyon veya İşbirliğine Dayanmalıdır

Uyumlu eylemin varlığı veya yokluğuyla ilgili en önemli sorun, iki veya daha fazla teşebbüs arasındaki paralel davranışların, rakip tarafların, piyasa davranışlarıyla ilgili belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik işbirliği esasının sonucu olup olmadığının tespitidir¹⁰⁴. Rakip teşebbüsler arasında paralel

¹⁰² WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 390; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 24.

¹⁰³ Krş. KISHOYIAN, The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine in International Business a Case for the Extraterritorial Application of Antitrust Law, s. 215 vd.

¹⁰⁴ Bkz. WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 394; VAN GERVEN, Gerwin and NAVARRO VARONA, Edurne, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, CMLR, 31, 1994, s. 592; JONES, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, s. 275, 276. "... Toplantı tarihlerinin alışlageldiği üzere yasal fiyat belirleme döneminde yapılma(ma)sı, rakiplerin, kamuoyuna açıklamadan önce fiyatlar konusunda birbirlerine bilgi vermeleri ... rakip davranışlarındaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasına" yol açacağından uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecektir. RKK, No: 99-6/48-17 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 140).

davranışlar bulunması, tek başına, Rekabet Kanununun yasakladığı uyumlu eyleme vücut vermez. Zira uyumlu eylem için, piyasada birden fazla teşebbüsün varlığı zorunlu olduğuna göre, her bir teşebbüsün başarısı, rakibinin piyasa davranışlarını kendi menfaatleri lehine çevirebilmesi kabiliyetine bağlıdır. Rakibin izlediği piyasa politikaları, hal ve şartlara göre, benzer veya aynı şekilde tatbik edilebilir. Bu durumda teşebbüslerin kararı (işbirliği anlayışı dışında) bağımsız ise, teşebbüslerin paralel davranışları, uyumlu eylem olarak nitelendirilemez¹⁰⁵.

En az iki veya daha fazla teşebbüsün yer aldığı piyasalarda (oligopol) teşebbüsler, ürettikleri mal veya hizmetleri, diğer ürünlerden farklılaştırabildikleri (fiyat, kalite vs.) ölçüde başarılı olacaklardır. Piyasada aynı mal veya hizmeti üreten çok sayıda teşebbüs varsa (tam rekabet piyasaları), her bir teşebbüsün karar ve davranışlarının piyasa üzerinde yol açabileceği etki, dikkate alınmayacak derecede sınırlı olduğundan, teşebbüslerin davranışlarında bağımsız karar verdikleri sonucuna varılmaktadır¹⁰⁶. Ancak oligopol dediğimiz, birbirini etkileyebilecek kadar az sayıda teşebbüsün yer aldığı piyasa yapısında, rakipler birbirlerinin tepkilerini göz önünde bulundurmaları¹⁰⁷.

Oligopol piyasalarda teşebbüsler arasındaki karşılıklı bağımlılık hesaba katıldığında, bir teşebbüsün piyasa politikası, rakibinin davranışlarına karşı bağımsız olduğu müddetçe, aynı paralelde seyretse bile, yani rakibe benzer tepkiler gösterilmesi veya aynı yönde stratejiler geliştirilmesi, basiretli bir iş adamından beklenen olağan tavırlar olarak nitelendirilecektir. İşte bu tip piyasalarda teşebbüslerin paralel davranışlar içerisine girmesi, rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, aralarındaki bir bağlantıya dayanmadıkça, somut olay açısından uyumlu eylem iddiasında bulunulamaz¹⁰⁸. Rekabet düzenlemeleri esasen, diğer piyasa türleri bir yana, özellikle oligopol piyasalardaki rekabetin

¹⁰⁵ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 30; STEINER; Textbook on EEC Law, s. 110; WHISH, Competition Law, s. 195; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 12; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 8; VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 576 vd.

¹⁰⁶ Tam rekabet piyasasına, çok sayıda çiftçi ailesinin yer aldığı buğday ve mısır piyasası, yine çok sayıda firmayı ihtiva eden monopollü rekabet piyasasına ise; gıda ve giyim piyasası, kuaförler, lokantalar, pastaneler örnek olarak gösterilebilir. Bkz. TÖRE, "Rekabet ve Piyasalar", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 40.

¹⁰⁷ VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 576, 577; LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 267; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 32.

¹⁰⁸ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 12; WHISH, Competition Law, s. 195; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 30; RODGER, MACCULLOCH, Competition Law and Policy in the EC and UK, s. 134, 135.

korunması amacına hizmet etmektedir¹⁰⁹. Çünkü tekel piyasalarda, hakim teşebbüsün gücünü kötüye kullanması dışında, rekabet olmadığı için korunmasından da söz edilemez. Tam rekabet piyasalarında ise, o kadar çok sayıda teşebbüs vardır ki birbirlerini etkilemeleri mümkün olmadığından, aralarında rekabet de olmayacaktır. Bu yüzden uyumlu eylemler açısından özellikle önemli olan oligopol piyasası üzerinde durmak, faydalı bir yöntem olacaktır.

i. Oligopol Piyasa Yapısı

Oligopol kavramı, piyasada birbirlerine etki edebilecek kadar az sayıda teşebbüsün bulunması halini ifade eder¹¹⁰. Mal veya hizmet üreticilerinin az sayıda olması, en az iki veya daha fazla, fakat birbirinin kararlarından etkilenebilecek sayıda olmalarını ifade eder. Bu konuda yegane kriter teşebbüslerin strateji belirlerken; rakiplerin davranışları, piyasa pozisyonları (büyük teşebbüslerin küçükler nazaranda daha rahat hareket edebilmeleri) gibi muhtemel baskılar karşısında bağımlı hareket etmeleridir. Piyasada ne kadar teşebbüs olursa olsun (beş, on, on beş vs.), eğer herhangi bir teşebbüsün aldığı karar, ötekileri etkiliyorsa bu piyasanın oligopol olduğunu söyleyebiliriz¹¹¹.

Oligopol piyasaların temelinde de bir mücadele rejimi vardır. Teşebbüsler piyasa paylarını ve dolayısıyla karlarını artırmak için birbirleriyle çeşitli araçlarla (başta fiyat kırma; reklam; mal farklılaştırılması; yeni model, kalite, kullanım fonksiyonları; taksit; promosyon) rekabet etme yoluna giderler. Ancak teşebbüsler az sayıda olduklarından aralarındaki rekabeti ortadan kaldırarak fiyatları artırmak veya sabit tutmak suretiyle karlarını yükseltmek yoluna da sapabilirler¹¹². Bu piyasalarda teşebbüs davranışları ve rakiplerin tepkisiyle ilgili çeşitli ihtimaller üzerinde durulur. Bunlar özetle: (1) Herhangi bir teşebbüsün davranışlarıyla rakiplerinin üretim miktarını veya

¹⁰⁹ TÖRE, "Rekabet ve Piyasalar", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 41; VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 577.

¹¹⁰ Bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 32; BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, s. 156; LIPSEY, Richard G., An Introduction to Positive Economics, London 1975, s. 282, 283.

¹¹¹ VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 576. Ülkemizde oligopol piyasanın pek çok örneği bulunmaktadır. Çimento, otomotiv, beyaz eşya gibi. TÖRE, "Rekabet ve Piyasalar", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 40. Ayrıca bkz. SCHWARTZ, Louis B., "Parallel Action in Oligopolistic Markets", Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition, June 1960, Karlsruhe 1961, s. 435, 436; LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, s. 267.

¹¹² TÖRE, "Rekabet ve Piyasalar", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 40, 41. Ayrıca bkz. SCHWARTZ, Parallel Action in Oligopolistic Markets, s. 434.

piyasa kararlarını değiştirebilme gücü yoktur. Bu durumda fiyatlar; satıcılar fazlaysa serbest rekabet fiyatına, satıcılar az ise, tekel fiyatına yaklaşacaktır. (2) Bir teşebbüs, kendi karar ve davranışları karşısında (fiyat veya üretim miktarı) rakiplerinin aynı yönde tepki göstereceğinden emin olabilir. Bu durumda fiyatlar, tekel fiyatı düzeyinde oluşur. (3) Bir teşebbüsün piyasaya ilişkin bağımsız karar ve davranışı karşısında, rakiplerinin takınacağı tavır belirsizdir. Bu ihtimalde fiyat seyrine (düşecek veya anlaşma suretiyle yükselecek) belirsizlik hakim olacaktır¹¹³.

Oligopol piyasayı karakterize eden özellik, piyasada az sayıda da olsa mevcut teşebbüslerin, karar ve davranışlarında birbirinden etkilenmeleridir. O halde bu piyasada teşebbüsler arasındaki sürekli etkileşim, rekabet düzenlemelerinin hukuka aykırı kabul ettiği uyumlu eylemlerle nasıl bağdaştırılacaktır? Oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler birbirlerinin davranışlarını kontrol ederek bu değişiklikten özel bir menfaat sağlama eğilimi içerisine girerler. Dolayısıyla teşebbüslerin bu tip piyasalarda başarı sağlaması, rakip teşebbüslerin alacakları karar veya gösterecekleri tepkiye uygun stratejiler geliştirebilmesine bağlıdır¹¹⁴. Söz konusu teşebbüsün belirlediği strateji, rakip davranışlarıyla aynı veya benzer olabilir. İşte bu durumda teşebbüsler, uyumlu eylemler içerisine girdikleri iddiasıyla karşılaşabilirler.

Rekabet kurallarının kişilerin basiretli hareket etmelerini engelleyecek düzenlemeler olmadığı açıktır¹¹⁵. Ancak benzer veya aynı türdeki piyasa davranışları, rakip teşebbüsler arasındaki rekabeti bertaraf etmeye yönelik, işbirliği ya da koordinasyon sonucu olmamalıdır. Adalet Divanı da ünlü Dyestuffs kararında, oligopol piyasa şartlarının dikkate alınması, taraf davranışları ve piyasa ile ilgili ekonomik değerlendirmeler yapılması gereğine işaret etmiştir¹¹⁶. Anılan olayda ICI, İtalya ve Benelux ülkelerinde anilin dyestuffs üreten bir teşebbüstür. ICI eş zamanlı olarak dyestuffs'un fiyatını yükseltmiş ve akabinde uyumlu eylem iddiası gündeme gelmiştir. ICI, teşebbüslerin rakibe uygun hareket etmesi gereğinin oligopol piyasaların zaruri sonucu olduğu iddiasında bulunmuştu. Bunun üzerine Adalet Divanı, oligopol

¹¹³ Geniş bilgi için bkz. LIPSEY, An Introduction to Positive Economics, s. 284-286; VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 577 vd.

¹¹⁴ Geniş bilgi için bkz. SCHWARTZ, Parallel Action in Oligopolistic Markets, s. 433 vd.

¹¹⁵ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-038 (Sugar olayı); VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 579.

¹¹⁶ Olay için bkz. GIJLSTRA and MURPHY, Materials on the Competition Law of the EEC, s. 149 vd. Ayrıca benzer olan Wood pulp olayı için bkz. JONES, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism s. 273 vd.

piyasa savunmasını dikkate almış ve incelenmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır¹¹⁷.

Bir piyasada teşebbüslerin benzer veya aynı davranışları sergilemeleri tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli değildir. Zira davranışların benzerliği, çeşitli piyasa koşullarından (temel üretim maddelerinin zamlanması, taşıma masraflarının artması) kaynaklanmış olabilir. Paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi için, tarafların piyasa davranışlarındaki belirsizliği önlemeye yönelik, aralarında bir temasın varlığı veya geleceğe yönelik piyasa faaliyetlerinde işbirliği içerisine girmeleri şarttır. Böylece rakip teşebbüslerin davranışlarındaki belirsizlik ve rekabet riski ortadan kalkmış olacaktır¹¹⁸.

ii. Bilinçli Paralellik Sorunu

Bilinçli paralellik teşebbüslerin, karar ve davranışlarını bilinçli olarak yeknesaklaştırmalarını ifade eder¹¹⁹. Oligopol piyasalarda yukarıda da anlatıldığı gibi, teşebbüsler arasında piyasa yapısından kaynaklanan tabii bir etkileşim vardır. Teşebbüslerden birinin izlediği piyasa politikasına karşı diğerleri benzer veya aynı yönde yahut daha farklı stratejilerle tepki göstereceklerdir. İşte bu çerçevede teşebbüslerin bilinçli şekilde davranışlarını birbirine yaklaştırmaları hali, bilinçli paralellik olarak anılmaktadır¹²⁰. Fakat bu durum aynı zamanda basiretli bir müteşebbis olmanın en doğal sonucudur.

Doktrinde bir görüşe göre, uyumlu eylemin kabulü için bilinçli paralellik halinin varlığı gerekli ve yeterli şartı oluşturur. Bu görüşü benimseyenlerin ortak kanaati, bilinçlilik, teşebbüsler arasındaki bağlantı ile ortaya çıkan bir durumdur. Oligopol piyasalarda teşebbüsler davranışlarını otomatik olarak birbirine uygun hale getirirler¹²¹. Kuşkusuz bu görüşte de haklılık payı vardır. Ancak oligopol

¹¹⁷ Ekonomik değerlendirmeler yapılması gereğine değinen diğer bir karar için bkz. VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 583 vd; JONES, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, s. 276, 277 vd; WHISH, Competition Law, s. 197.

¹¹⁸ VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 882; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 12.

¹¹⁹ Bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 32, 33.

¹²⁰ Bkz. VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 576 vd; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 182 vd; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 54, 55.

¹²¹ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 54, 55; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 191, 192. ASLAN eserinin 55 ve 56. sayfalarında aynen şöyle demektedir: "İster oligopolistik pazarlarda, pazarın koşulları icabı olsun isterse rekabetçi piyasalarda işletmeler arası "bağlantı"larla olsun, rakip işletmelerin davranışları bilinçli olarak paralel ve birbirine uygun hale geliyorsa, orada bir

piyasalardaki her hal ve şart için bu görüşün tatbik edilmesi, teşebbüsler açısından tehlikeli sonuçlara yol açabilir. Daha önce de değindiğimiz gibi, oligopol piyasalarda teşebbüslerin başarısı, piyasa şartları çerçevesinde rakip teşebbüslerin alacakları karara ve gösterecekleri tepkiye göre, isabetli stratejiler geliştirebilmelerine bağlıdır. İsbetli strateji, rakip teşebbüslerin tavrıyla aynı veya benzer yahut tamamen değişik olabilir. Fiyatları artıran bir teşebbüsü muhtemelen diğerleri de izleyecektir¹²². Bilinçli paralellik yasaklanırsa, mal veya hizmetlerinin fiyatını artıran teşebbüse karşılık, diğer teşebbüslerin fiyatlarını yükseltebilmeleri imkansız hale gelecektir. Görüldüğü gibi bu durumda aynı veya benzer davranışlar uyumlu eylem olarak nitelendirilecek ve taraflar cezalandırılacaktır. Bu sonuç benimsenirse, bütünüyle oligopol piyasaların yasaklanması gerekecektir.

Oligopol piyasalarda, teşebbüslerin piyasa koşullarına göre tavırlarını yeknesaklaştırmaları veya farklılaştırmaları (aralarında işbirliği olmadıkça) teşebbüslerin piyasa stratejileriyle ilgili bir durumdur. Rekabet kuralları kişilerin akıllı hareket etmelerini, basiretli davranabilmelerini engellemez¹²³. Wood pulp olayında da işaret edildiği gibi, teşebbüslerin uyumlu eylem içine girdiklerinin kabulü için paralel davranışların varlığı yetmez. Şayet paralel davranışlar teşebbüsler arasındaki koordinasyon veya işbirliği sonucu ortaya çıkmışsa, sözkonusu davranışlar uyumlu eylem sayılacaktır¹²⁴.

c. Uyumlu Eylemin Tanımı

Uyumlu eylemin tanımına geçmeden önce, kısaca uyumlu eylemin unsurlarına değinmekte fayda vardır. Yasak kapsamına giren uyumlu eylemin varlığından bahsedebilmek için; (a) taraf teşebbüslerin paralel davranışlar içerisine girmeleri, (b) uyumlu (paralel) davranışlar teşebbüsler arasındaki

uyumlu davranış vardır." Gerçekten oligopol piyasalarda teşebbüslerin bilinçli paralel davranışları aralarındaki "bağlantı"nın sonucu ise, uyumlu eylemin varlığı kuşkusuzdur. Fakat tam rekabet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin işbirliği yolu ile rekabeti kısıtlayabilme imkanlarının, az sayıda teşebbüsün yer aldığı piyasa yapılarına göre daha zayıf olduğu belirtilir. Bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 184. TÖRE, "Rekabet ve Piyasalar", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 40, 41; VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 576.

¹²² Bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 33, 34; WHISH, Competition Law, s. 198, 199.

¹²³ Bkz. Züchner olayı, GILSTRA and MURPHY, Materials on the Competition Law of the EEC, s. 161-163 (p. 14); WHISH, Competition Law, s. 198.

¹²⁴ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-046; VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 583 vd; GOYDER, EC Competition Law, s. 104; JONES, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, s. 274, 275.

işbirliği sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır. Yapılan toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi, yazılı veya sözlü duyurular taraflar arasındaki işbirliğinin bariz göstergeleridir. Son olarak, (c) teşebbüslerin amacı aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırmak olmalıdır¹²⁵.

Doktrin ve uygulamanın benimsediği yaygın uyumlu eylem tanımı, bir anlaşmanın varlığı aşamasına ulaşmamış, teşebbüsler arasındaki rekabet riskine karşı, pratik işbirliği amacı güden paralel uygulamalardır şeklindedir¹²⁶. Ayrıca şu tanımları da zikretmekte fayda umuyoruz: "İki veya daha fazla işletmenin ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan, fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlarıdır"¹²⁷. "Piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek karlarını artırmak yerine rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlardır"¹²⁸. "İşletmelerin aralarında bir anlaşma veya mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan kararları veya uygulamaları ifade eder"¹²⁹.

Doktrinin "anlaşma" kavramına yüklediği anlam ile bizim anlayışımız arasında önemli farklılıklar bulunduğu daha önceki açıklamalarımızda işaret etmiştik. Bizim anlayışımız çerçevesinde "uyumlu eylem" muhteva bakımından, rekabeti sınırlayıcı "anlaşma"lardan çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu tespiti yaptıktan sonra uyumlu eylemi şu şekilde tanımlıyoruz:

¹²⁵ Bkz. BELLAMY&CHILD, *Common Market Law of Competition* (1993), p. 2-042; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, *EEC Competition Law A Practitioner's Guide*, s. 65; GOYDER, *EC Competition Law*, s. 98, 99.

¹²⁶ AGNEW, *Competition Law*, s. 142; FRAZER, *Monopoly, Competition and the Law*, s. 159; VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, *The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices*, s. 589 vd.; VAUGHAN, *Law of the European Communities*, s. 881; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, *EEC Competition Law A Practitioner's Guide*, s. 65; JONES, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism*, s. 274, 275; KERSE, *EEC Antitrust Procedure*, s. 7; TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), *Avrupa Birliği Hukuku*, s. 337.

¹²⁷ ASLAN, *Rekabet Hukuku*, s. 53, 54. ASLAN bilinçli paralelliği de uyumlu eylem olarak tanım içerisine almıştır. Oligopol piyasalarla ilgili izahlarımızda da belirttiğimiz gibi bu kabul tarzı genel temayüle aykırıdır. Bkz. VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, *The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices*, s. 579; JONES, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism*, s. 276, 277; FRAZER, *Monopoly, Competition and the Law*, s. 160; WHISH, *Competition Law*, s. 225; KERSE, *EEC Antitrust Procedure*, s. 8.

¹²⁸ AKINCI, *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, s. 177. AKINCI'nın tanımını, teşebbüsler arasındaki işbirliği unsuruna yer vermemesi açısından eksik buluyoruz. Yine "ekonomik olmayan benzer davranışlar" ibaresinin, anlam olarak muğlak olduğuna işaret etmek gerekir.

¹²⁹ TEKİNALP, G., "Uyumlu Eylemler" Kavramı, s. 203. TEKİNALP'in tanımında ise özellikle, uyumlu eylemin unsurlarından olan teşebbüslerin rekabeti sınırlama amacı ve işbirliği unsuruna yer verilmemiştir.

Uyumlu eylem, teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlarıdır.

d. Uyumlu Eylemde İspat Sorunu

da. Genel Olarak

Görünüm olarak, teşebbüslerin paralel davranışlarının uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi, beraberinde ispat sorununu gündeme getirmektedir. Teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarında, rekabetin kısıtlandığı iddiasına, taraflar arasındaki anlaşma ya da birlik kararı delil olarak gösterilebilir. Ancak teşebbüslerin rekabeti sınırlandıran, benzer veya birbirini izleyen davranışlarının, teşebbüsler arasındaki işbirliği sonucunda ortaya çıktığını ispat edebilmek sanıldığı kadar kolay olmayacaktır. Özellikle oligopol piyasaların yapısı gereği uyumlu eylemin ispatı, birtakım ekonomik değerlendirmeler yapılmasını gerektirecektir.

Teşebbüslerin paralel davranışları, piyasa şartlarından kaynaklanan tabii ve zorunlu bir hareketin sonucu mu yoksa uyumlu eylem mi olduğu hususu, kolay çözülebilecek bir sorun değildir. Zira oligopol piyasalarda her bir teşebbüs, piyasa davranışlarıyla ilgili en uygun seçimin, rakibin tercihlerine bağlı olduğunu düşünür¹³⁰. Bu durumda teşebbüslerin rekabeti sınırlandırmak veya bertaraf etmek gibi bir düşünceye sapmaksızın, kendi iradeleriyle benzer veya aynı piyasa davranışları içine girmeleri, uyumlu eylem sayılmaz. Bu tür piyasalarda gerekli ekonomik analizler yapılmadığı takdirde, paralel davranışlar sergileyen masum kişiler, uyumlu eylem iddiasıyla cezalandırılacaklardır. Yapılan değerlendirmeler sonucunda "hal ve şartlar", taraflar arasındaki uyumun piyasa şartlarından değil, rekabeti sınırlandırma amacına yönelik işbirliği esasından kaynaklandığını gösteriyorsa, uyumlu eylemin varlığı sabit olacaktır¹³¹.

¹³⁰ VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, *The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices*, s. 576; KORAH, *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*, s. 30.

¹³¹ WYATT and DASHWOOD, *European Community Law*, s. 397; JONES, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism*, s. 276; BELLAMY&CHILD, *Common Market Law of Competition* (1993), p. 2-043, 44; TEKİNALP, G., "Uyumlu Eylemler" Kavramı, s. 206.

db. Uyumlu Eylemin Varlığını Kuvvetlendiren Yaygın Davranışlar

i. Benzer Davranışların Varlığı

Uyumlu eyleme vücut veren davranışlar, rekabeti sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik, teşebbüslerin aralarında giriştikleri paralel uygulamalardır¹³². Fakat paralel davranışlar, uyumlu eylemin varlığını güçlendiren "delil başlangıcı"¹³³ olarak değerlendirilebilecektir¹³⁴. Teşebbüsler, aralarındaki benzer karar veya davranışların, piyasa koşullarının tabii ve zorunlu sonucu olduğunu ispat edebilirlerse, uyumlu eylem iddiası çürütülmüş olacaktır. İşte Rekabet Kanunu 4/4 maddesi de bu hale işaret etmektedir. Gerçekten, teşebbüslerin fiyatları yükseltmeleri, üretim girdilerine, taşıma ücretlerine, petrol veya elektriğe yapılan zamlardan kaynaklanabilir¹³⁵. Ayrıca teşebbüsler arasındaki paralel davranışların, tarafların serbest iradeleri sonucu ortaya çıkabileceği ihtimali de göz ardı edilemez. Zira Rekabet Kanunu teşebbüslerin piyasa politikalarını serbestçe tayin etmelerini engellemez. Fakat rekabeti sınırlandıran paralel davranışların, piyasa şartlarından kaynaklandığı veya tarafların serbest iradelerine dayandığı iddiasını, ekonomik gerekçeler dışında, sağlam bir zemine oturtabilmek hayli güç olacaktır¹³⁶.

ii. Bilgi Değişimi

Uyumlu eylemin varlığına delil olabilecek olguların belirlenmesinde, piyasa araştırmasından sonra, taraflar arasındaki ilişkinin belirlenmesi önemli bir rol oynar. Bilindiği gibi tam rekabet piyasalarında, teorik olarak rekabetten

¹³² POKEMPNER, The Scope of Noerr Immunity for Direct Action Protestors: Antitrust Meets the Anti-abortionists, s. 694.

¹³³ Delil başlangıcı (emarelere dayanan ispat), uyuşmazlık konusu olan hakkın varlığını (veya yokluğunu) doğrudan ispat eden vakıalara ilişkin olmayıp, bunlara delalet eden vakıalardır. Başka bir ifadeyle delil başlangıcı, uyuşmazlığın esasını doğrudan ispat edecek vakıaların değil, bunlara yakın vakıaların (birtakım emarelerin) ispatıyla, kanuni unsurların gerçekleştiğini kuvvetle muhtemel gösteren vakıalardır. Uyumlu eylemlerdeki ispat güçlüğüne benzeyen bir hal, zinanın ispatında da vardır. Gerçekten zinanın ispatı yerine, onun varlığını ihtimal dâhilinde gösteren yakın vakıaların ispatıyla zinanın mevcudiyeti sonucuna varılır. Münasebetin gizliliği sebebiyle zinanın tam ispatı aranmaz. Aksi durumda zinanın ispatı, çok nadir hallerde mümkün olabilirdi. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 605, 606.

¹³⁴ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 197; TEKİNALP, G., "Uyumlu Eylemler" Kavramı, s. 203; GOYDER, EC Competition Law, s. 97.

¹³⁵ Ekonomik izahı yapılamayan paralel davranışlar, tarafların uyumlu hareket ettiklerini gösterir. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-044; KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law a Practice, s. 33.

¹³⁶ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 30; WHISH, Competition Law, s. 198.

bahsedilemez. Rekabetin yoğun olarak cereyan ettiği piyasa türü, "oligopol" piyasalardır. Fakat karlarını artırmak isteyen az sayıdaki teşebbüsler, bu hedefe, rekabet yoluyla değil aralarında anlaşmak suretiyle de ulaşmak isteyebilirler. Gerçekten bu tip piyasalarda teşebbüsler, piyasa koşullarının ve teknolojinin sağladığı bilgi değişimi kolaylığından yararlanarak, piyasa davranışlarını birbirine yakınlaştırabilirler. Teşebbüslerin kendi fiyat planlarını ve diğer rekabet stratejilerini bizzat veya çok çeşitli vasıtalarla (telefon, bilgisayar, telex, faks, mektup vs.) karşı tarafa iletmeleri, her zaman ihtimal dahilindedir¹³⁷.

Ekonominin belirli bir sektörü hakkındaki genel durum değerlendirmeleri, istatistik bilgileri veya meslek odalarının mutlak olarak yayınladığı sektörlerle ilgili veriler, çeşitli raporlar uyumlu eyleme vücut veren bilgi değişimi olarak nitelendirilemez¹³⁸. Fakat belirli teşebbüsler arasında vuku bulan fiyat bilgileri, satış istatistikleri değişimi veya satış şartlarına ilişkin açıklamalar gibi rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik davranışlar, teşebbüsler arasındaki işbirliğinin bariz göstergeleri olduğundan yasaklanacaklardır. Aynı şekilde, bir imalatçının dağıtıcıları arasındaki fiyat listeleri, müşteri bilgileri ve satılan mallarla ilgili bilgi değişimi bu kapsamda değerlendirilebilecektir¹³⁹.

iii. Toplantılar

Çeşitli vesilelerle bir araya gelen veya doğrudan belirli konularla ilgili toplantılar yapan teşebbüslerin, davranışlarında istikrarlı bir tutum belirmişse, uyumlu eylemin varlığı sabit olacaktır. Teşebbüslerin piyasa davranışları arasındaki paralelliği uyumlu eylem olarak nitelendirebilmek için, taraflar arasında bir bağlantının bulunması şarttır. Bu anlamda, bağlantının herhangi bir tutanağa, bilgi alışverişine dayanması şart değildir. Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin hangi suretle olursa olsun bir araya gelmeleri veya hususi toplantılar düzenlemeleri, taraflar arasındaki bağlantının varlığı için yeterli sebeptir¹⁴⁰. Bu konuya ilişkin en güzel örnek AB Adalet Divanı'nın Pioneer kararıdır. Olayda bir Japon firması olan Pioneer'in Fransa (MDF), Almanya (Melchers) ve İngiltere'de (Shriro) üç dağıtıcısı vardır. Pioneer ürünleri Fransa'da, Almanya ve İngiltere'ye oranla daha pahalı satılmaktadır. Bu yüzden Fransa'ya, Almanya ve İngiltere'den Pioneer ürünü gelmektedir. MDF bu durumdan şikayetçi olunca, Pioneer ile üç dağıtıcısı Antwerp'te bir toplantı

¹³⁷ Bkz. WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 396; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 31; RODGER, MACCULLOCH, Competition Law and Policy in the EC and UK, s. 135.

¹³⁸ Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 883.

¹³⁹ GOYDER, EC Competition Law, s. 100; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 883; VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 600, 601.

¹⁴⁰ WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 395.

yapmışlardır. Ancak toplantı konusunu gösteren ne bir anlaşma yapılmış ne de bir tutanak tutulmuştur. Fakat toplantıdan sonra İngiltere ve Almanya'daki dağıtıcılar, sözkonusu ürünü Fransa'ya ithal eden toptancılara mal vermeyi reddetmişlerdir. Toptancılar bu durumu Komisyon'a intikal ettirmişler, fakat Komisyon, delil yokluğu sebebiyle şikayeti reddetmiştir. Bunun üzerine taraflar (toptancılar) olayı, AB Adalet Divanı önüne getirmişlerdir. Adalet divanı, ortada klasik anlamda bir delil olmamasına rağmen, taraflar arasındaki toplantıdan hareketle, uyumlu eylemin varlığını kabul etmiştir¹⁴¹.

dc. Uyumlu Eylemin İspatı

i. Genel Esaslar

Uyuşmazlık konusu yapılan bir hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespiti ile mümkündür¹⁴². Bu yüzden bir davada, uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan makam, iddia edilen vakıaların doğruluğunu veya dava konusu hakkın mevcudiyetini gösteren delillerle ikna edilmelidir. Bu duruma göre ispat, uyuşmazlık halindeki vakıaların doğruluğu hakkında mahkemede bir kanaat uyandırmak için gerekli delillerin sunulmasıdır şeklinde ifade edilebilir¹⁴³.

Genel olarak ispatın konusu, uyuşmazlığın temeli olan vakıalar olup, ayrıca ihlal edilen kanun hükümlerinin ispatı gerekmez (HUMK m. 76). Bu durumda ispat, bir uyuşmazlıkta iddia ve savunmaya bağlı olarak taraflara ait bir yükümlülüktür¹⁴⁴. İspat yükünün dağılımına ilişkin genel kurala göre, taraflar ileri sürdükleri hakları, dayandırdıkları olguları ispatla mükelleftirler (MK m. 6). Böylece evvela davacı, davasını dayandırdığı olguları, sonra da davalı, savunmasını dayandırdığı olguları ispat edecektir¹⁴⁵.

¹⁴¹ Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 32; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-040. Aynı yerde, toplantılarla ilgili Polypropylene (2-041) kararına da bakılabilir.

¹⁴² KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 1990, s. 1352; YILDIRIM, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 35; UMAR, Bilge, YILMAZ, Ejder, İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 1.

¹⁴³ Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 598; UMAR, YILMAZ, İspat Yükü, s. 1, 2.

¹⁴⁴ Bkz. UMAR, YILMAZ, İspat Yükü, s. 19; YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s. 74.

¹⁴⁵ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1358, 1359; BİLGE, Necip, ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku dersler, Ankara 1978, s. 500, 501; TAŞPINAR, Sema, "Fili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHFHD, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 548 vd.

İspat yükünün kime düştüğü sorunu bazı hallerde özel bir kanun hükmü ile belirlenmiş olabilir. Bu durumda ispat külfetinin kime düştüğü araştırılmaksızın, kanunen belirlenen kimse ispatla yükümlü tutulacaktır. Örneğin BK m. 96'ya göre, kısmen veya tamamen borcunu yerine getirmeyen borçlunun, tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için, kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Yine MK m. 3, "kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde", iyi niyetli olduğu iddiasında bulunanı değil, aksini iddia edeni (ilgili kimsenin iyi niyetli olmadığını) ispatla yükümlü tutmuştur. İspat yükünü özel olarak düzenleyen başka hükümler de vardır. Örneğin MK m. 157, 459; BK m. 55, 56, 102; TK m. 224, 635/6, 1300/2 bu niteliktedir¹⁴⁶. İspat yüküyle ilgili üzerinde duracağımız diğer önemli bir düzenleme de Rekabet Kanunu'nda yer almaktadır.

ii. Uyumlu Eylemlerde İspat Yükü

Rekabeti sınırlayıcı davranışların (anlaşma, karar ve uyumlu eylemler) özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen Kanunun beşinci kısmında, ispat yüküyle ilgili önemli bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, rekabeti sınırlayıcı davranışlardan zarar gören kimseler, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren; özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatlarında gözlenen kararlılık¹⁴⁷, fiyatların birbirine yakın aralıklarla artırılması gibi kanıtları, uyuşmazlığı halle yetkili organlara sunmaları halinde, uyumlu eylem içerisinde bulunmadıklarını ispat yükü, davalı teşebbüslere geçer (RK m. 59/1)¹⁴⁸.

Kural olarak bir hakkın doğumunu normal gösteren olguları, hak iddia eden kimse (davacı), bu şartların varlığına rağmen sözkonusu hakkın doğumunu engelleyen olguları¹⁴⁹ ise karşı taraf (davalı) ispatla yükümlüdür¹⁵⁰. Bu esaslar çerçevesinde, teşebbüsler arasında uyumlu eylem bulunduğunu iddia eden

¹⁴⁶ Geniş bilgi için bkz. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1376 vd.

¹⁴⁷ Enflasyonun hayli yüksek olduğu, gerekli ya da gereksiz temel ürünlere sık sık zam yapılan ülkemizde fiyatların uzun süre değişmeden kalması (artmaması), en azından bugün için gerçekleşmesi zor bir ihtimaldir.

¹⁴⁸ Uyumlu eylemin varlığını güçlendiren emarelerin bulunması halinde, uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler, bu durumun aksini ispat etmek zorundadırlar. Bu yüzden uyumlu eyleme taraf olan teşebbüslerden başka davalı olduğu intibahını uyandıran maddenin, "... teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer" (RK m. 59/1) şeklindeki ifadesi fevkalade yanlıcıdır.

¹⁴⁹ Teşebbüslerin uyumlu davranışları sebebiyle zarar gördüğünü iddia eden kimselere karşı, paralel davranışların ekonomik sebeplerden kaynaklandığını gösteren, örneğin petrol, elektrik fiyatlarındaki veya ithal mallarda, döviz kurlarındaki artış bu anlamda uyumlu hareketin varlığını engelleyen olgular olarak kabul edilebilir.

¹⁵⁰ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1358, 1359; OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 164.

kimseler (Rekabet Kurulu, menfaatleri ihlal edilenler), rekabeti sınırlayıcı davranışların fiili etkilerini veya sonuçlarını göstermekle, ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır. Esasen uyumlu eylemlerin tezahürü, teşebbüslerin piyasa davranışlarını benzer veya paralel hale getirmeleridir. Uyumlu eylem iddiasında bulunan kimseler, paralel davranışların varlığını gösteren olguları, uyuşmazlığı halle yetkili olan organa sunmakla ispat yükümlülüğünden kurtulmuş olacaklardır. Teşebbüslerin paralel davranışlarına örnek olarak Kanun, piyasa paylaşımı, fiyatlardaki istikrarlı seyir, eş zamanlı fiyat artışı hallerine işaret etmekle yetinmiştir. Fakat bu haller sınırlı değildir. Örneğin teşebbüslerin ortak hareket ederek bir toptancıya veya perakendeciye mal vermeyi reddetmeleri yahut farklı fiyat ya da satış şartları koymaları uyumlu eylem olarak bu kapsamda değerlendirilecektir.

Uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler ya paralel davranışlar içerisinde olmadıklarını ya da benzer veya eş zamanlı hareket etmelerinin makul sebeplere dayandığını ispat etmelidirler. Makul sebeplerden en başta ekonomik gerekçeler anlaşılacaktır. Örneğin fiyat artışına, temel üretim maddelerine yapılan fahiş zamlar; piyasa bölüşümü iddialarına fiili ulaşım engelleri gerekçe gösterilebilir. Taraflar iddialarını HUMK m. 236-374 arasında düzenlenen her türlü delille ispat edebilirler (RK m. 4/3, m. 47/2, m. 59/2). Fakat yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, Rekabet Kurulu veya zarar görenler rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin fiili etkilerini ya da maddi olayı ispat etmekle yetineceklerdir¹⁵¹. Uyumlu eyleme taraf teşebbüsler, paralel davranışlarının sebeplerini makul gerekçelerle ispat edemedikleri takdirde, bu davranışların neticelerine mahkum olacaklardır (RK m. 4/3).

Uyumlu eylem iddiası aslında, öncelikle paralel davranışların varlığı, taraflar arasındaki bağlantının (işbirliğinin) açığa çıkarılması ve nihayet rekabetin bozulduğu veya sınırlandırıldığı olgularının ispatıyla gerçeklik kazanacaktır¹⁵². Ancak Kanun, uyumlu eylem iddiasında bulunan kimseleri, bütün bu hususları ispatla yükümlü tutmamıştır. Rekabet Kurulu ve rekabeti sınırlayıcı davranışlardan menfaatleri ihlal olanlar, teşebbüsler arasındaki irtibatı ve rekabetin sınırlanması olgularını ispat etmeksizin, paralel davranışların varlığını gösteren delilleri ibraz etmekle, ispat görevini yerine getirmiş sayılırlar (RK m. 59/1). Bu durumda davalı teşebbüsler, sorumluluktan kurtulabilmek için uyumlu hareket etmediklerini veya uyumlu hareketlerin piyasa koşullarının tabii sonucu olduğunu ya da aynı yöndeki davranışlara rağmen aralarında herhangi bir irtibat bulunmadığını yahut uyumlu hareketlerin rekabeti sınırlandırmadığını ispat etmek zorundadırlar.

¹⁵¹ İNAN, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 72.

¹⁵² Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-042; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 31.

Genel kural bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran tarafın o vakıayı ispat etmesidir. Bu kimse davacı olabileceği gibi pekala davalı da olabilir¹⁵³. Bir vakıayı inkar eden, onu ispat etmekle yükümlü değildir. Başka bir ifadeyle bir vakıayı (teşebbüsler arasında uyumlu eylem varlığı) iddia eden, bu durumu ispat etmekle yükümlüdür. Fakat uyumlu eylem iddiasında bulunan kimsenin, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsler arasındaki işbirliğini ispatlayabilmesi, bu duruma işaret eden bilgi ve belgelere ulaşabilmesi oldukça zordur. İşte uyumlu eylemin ispatındaki güçlük sebebiyle ispat yükünü hafifleten birtakım esaslar getirilmiştir. Bu esaslardan ilki, uyumlu eylemin ispatında, ispat yükünün yer değiştirmesi imkandır¹⁵⁴. Diğer önemli bir imkan da ispat kolaylığıdır (RK m. 4/3, 59/1). Kanunun 59/1 maddesi hükmüne göre, taraflar arasındaki temas (tarafların toplantı tertip etmeleri, uyumlu hareketlere yön veren plan, belge, tutanak düzenlemeleri) doğrudan ispat edilemiyor fakat, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren birtakım emarelere (eş zamanlı ve aynı miktarlarda fiyat artışı, belirli satıcıların boykot edilmesi gibi) dayanılarak uyumlu eylemin varlığı iddia ediliyor ve bu olguları destekleyen deliller ibraz edilebiliyorsa, ilgili teşebbüsler, paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmekle yükümlüdürler (m. 59/1).

iii. Aykırılığın İspatı

Uyumlu eylemin ispatında, iddia edilen olayla ilgili olarak en azından şu iki husus sabit olması zaruridir. Bunlardan ilki, taraf teşebbüslerin birbirine uyumlu (paralel) hareket etmeleri ve uyumlu hareketin ekonomik koşullardan veya piyasa yapısından kaynaklanmamış olmasıdır. Diğeri ise, taraflar arasında vaki olan benzer veya aynı tür davranışların, bu kimseler arasındaki işbirliği veya yakın temastan kaynaklandığı inancının sabit olmasıdır¹⁵⁵. Bu çerçevede ilgililer (başta uyumlu eylemden zarar gören kimseler, Rekabet Kurumu ve diğerleri), rekabetin bozulduğu izlenimini veren emareleri, paralel davranışları göstermekle yetineceklerdir. Bu kimselerin uyumlu davranışların teşebbüslerin aralarındaki işbirliğine dayandığını ayrıca sözkonusu işbirliğinin Rekabet Kanuna aykırı olduğunu ispat etmek yükümlülüğü yoktur.

Kanunun sevk ettiği 59/1 maddesi hükmüne göre, uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler, paralel davranışların Rekabet Kanununa aykırı bir amaca yönelmediğini ispat edeceklerdir. Bu doğrultuda öncelikle uyumlu davranışların ekonomik gerekçelerden veya piyasa koşullarından kaynaklandığı

¹⁵³ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1376.

¹⁵⁴ İspat yükünün kanunla belirlendiği diğer haller için bkz. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1376 vd.

¹⁵⁵ WHISH, Competition Law, s. 197, 198; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 2-043, dpn. 33.

ispat edilecektir. Bu hususlarda başarılı olunamasa bile, uyumlu davranışların tarafların kendi bağımsız tercihleri sonucunda ortaya çıktığı ispat edilebilirse, davalı teşebbüsler sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Yine teşebbüsler arasındaki işbirliği esasının Kanuna aykırı olduğunu (uyumlu eyleme vücut verdiğini) ispat yükü ilgili kimselere (davacı) değil, bilakis sözkonusu işbirliğinin Kanuna aykırı olmadığını (veya uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecek bir davranışa vücut vermeyeceğini) ispat külfeti, davalı teşebbüslere ait bir yükümlülüktür¹⁵⁶.

dd. Uyumlu Eylem Karinesi

Karine, bilinen bir vakıadan bilinmeyen bir vakıa hakkında kanunun veya hakimnin çıkardığı sonuçlardır¹⁵⁷. Rekabet Kanunu uyumlu eylemlerle ilgili bir karine kabul etmiştir. Bundan maksat Kanunun, 4/3 ve 59/1 maddelerindeki olguları, ispatı gerekli bir hususun (teşebbüsler arasında uyumlu eylemin varlığı) -aksi sabit oluncaya kadar- delili saymış olmasıdır. Anılan maddeye göre, "bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder" (m. 4/3). Görüldüğü gibi burada bir ihtimal hükmü sözkonusudur. Zira daha kuvvetli bir tecrübe kuralı bulmak ve dolayısıyla daha yakın bir sonuca varmak mümkün değilse, "çok defa böyle olur" denilerek karine kabul edilmiştir¹⁵⁸.

Karineye dayanan taraf, o konuda iddiasını ispat yükünden kurtulur. Davalı teşebbüsler uyumlu eylemde bulunmadıklarını her türlü delille ispat edebilirler (m. 4/4)¹⁵⁹. Karşı taraf, karinenin doğru olup olmadığını

¹⁵⁶ Bkz. VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 604 vd; JONES, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, s. 276, 277.

¹⁵⁷ ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 608; YILMAZ, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 98. Karine ayrıca, bir olayın doğruluğunun önceden ve mücerret bir surette kabul edilmesi şeklinde de tarif edilebilir. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 433.

¹⁵⁸ Bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 433.

¹⁵⁹ Kanun bu durumu "ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" şeklinde ifade etmiştir. Öncelikle ispat hukuku açısından "ekonomik ve rasyonel gerekçeler" deyimini yanlış bir ifade tarzıdır (Aynı düşünce için bkz. ÖZSUNAY, Ergun, "Türkiye'de Karteller ve Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar ve "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"na İlişkin Görüşler", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 114). Zira arz edilen delillerin rasyonel (makul, akla yatkın) olması, sadece

tartışmaksızın, karineye temel teşkil eden uyumlu davranışların mevcut olmadığını, dolayısıyla karineye dayanılamayacağını da ispat edebilir¹⁶⁰.

Karineye dayanan tarafın, o hususta ispat yükümlülüğünden kurtulacağı esası dikkate alınır, Kanunun aynı konuya iki defa yer verdiği görülür. Uyumlu eylemlerle ilgili karineye rağmen kanun koyucu, ispat yükümlülüğünü¹⁶¹ farklı bir maddede ayrıca düzenleme gereğini hissetmiştir. Kanunun 4/3 maddesi ile, uyumlu davranışların tespitindeki güçlüğü hafifletecek şekilde uyumlu eylem karinesi getirilmiştir. Ancak yukarıda da görüldüğü gibi, ilgili madde hükmünün ifade şekliyle açık bir sonuca ulaşabilmek mümkün değildir. Kanunun 59/1 maddesi hükmü, sözkonusu maddeye göre maksadı daha düzgün ifade etmektedir. Bu yüzden Rekabet Kanunu 4/3 maddesi, belirli bir piyasadaki teşebbüslerin, izledikleri birbirine uyumlu piyasa davranışları, aralarındaki rekabeti bertaraf etmeye yönelik işbirliği kuşkusunun doğumuna sebep oluyorsa, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları kabul edilir şeklinde anlaşılmalıdır¹⁶².

Somut olayda teşebbüsler arasında uyumlu davranışların varlığını iddia eden kimseler, teşebbüslerin paralel (benzer veya aynı şekilde) hareket ettiklerini ispat etmelidirler. Örneğin teşebbüslerin eş zamanlarda fiyatları arttırmaları, ayrı

rekabet hukukunda değil, hukukun bütün alanında, sözkonusu uyumsuzluk ile ilgili ve uyumsuzluğun sonucuna etkili olacak her vakianın ispatında geçerli bir kuraldır. Ayrıca "ekonomik" gerekçeler, şüphesiz rekabet hukuku uyumsuzlukları için son derece önemli delil kaynaklarıdır. Fakat bu tür uyumsuzluklarda bile ispat vasıtaları "ekonomik" gerekçelerle sınırlandırılmaz. Örneğin piyasa bölüşümüyle ilgili bir uyumlu eylem iddiasının aksi, pekala ulaşım güçlüklerine, doğal şartlara dayandırılmak suretiyle ispat edilebilir. Bu yüzden ekonomik, teknik gerekçeler, doğal şartlar, ... hülasa uyumsuzluğun esasına etki edecek her türlü delil ispat vasıtası olarak kullanılabilir. Son olarak Kanunun "tarafardan her biri" ifadesi, bir ayırım yapmaksızın davacı ve davalı taraflardan birine işaret etmektedir. Halbuki maddenin 3. fıkrası esas alındığında, uyumlu eylem iddiasının aksini ispat yükünün, uyumlu eyleme taraf olan (davalı) teşebbüslere ait bir yükümlülük olduğu görülecektir.

¹⁶⁰ Bir karinenin çürütülmesiyle, genel olarak bir tarafın ileri sürdüğü iddiaya karşı diğer tarafın delil ileri sürmesi arasında önemli farklılıklar vardır. Karinenin aksini ispat edecek kimse, bunu sağlamada başarılı olamazsa, ispat yükünü yerine getirememenin sonuçlarına katlanacaktır. Fakat karineden bahsedilemeyen durumlarda, karşı delil ileri süren kimse başarılı değilse, bu durum ispat yükünü değiştirmez. İspat yükü hala iddia sahibinin üzerindedir ve o asli delili ikame etmek zorundadır. Bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 167, d.pn. 55.

¹⁶¹ Kanunun ispat yükümlülüğünü konu edinen 59/1 maddesi hükmünde, uyumlu eylemlerle ilgili "delil başlangıcı" (emarelere dayanan ispat), "karine" ile karıştırılmamalıdır. Karine, bir olayın doğruluğunun önceden ve mücerret bir surette kabul edilmesi olduğundan, başlı başına bir delil olarak kabul edilemez (KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 433). Delil başlangıcı ise dolaylı da olsa uyumsuzlukla ilgili olaya delalet eden bir ispat türüdür (ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 605).

¹⁶² Krş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 79.

yerlerdeki teşebbüslerin karşılıklı olarak birbirlerinin piyasalarından çekilmeleri, belirli alıcılara mal verilmemesi gibi görünüş itibarıyla makul gerekçelere dayanmayan ve taraflar arasındaki işbirliği kuşkusunu güçlendiren emareler gösterilebildiği takdirde, ispat yükü yerine getirilmiş sayılır. Fakat petrol ürünlerine, elektriğe ve diğer temel maddelere (kömür, çelik vs.) sık sık zam yapılan ülkemizde, Kanunun sevk ettiği uyumlu eylem karinesine rağmen, bu tür iddialara teşebbüslerin kılıf uydurmakta zorlanmayacaklarını düşünüyoruz.

e. Uyumlu Eylem ve Anlaşma Arasındaki Farklar

Uyumlu eylem ve anlaşma arasındaki farkların açık bir şekilde ortaya konulabilmesi, bu iki kavramın muhtevasının nasıl doldurulduğu ile ilgili bir sorundur. Her türlü irade uyuşması, centilmenlik anlaşmaları hatta basit bir hemfikir olma hali bile anlaşma olarak nitelendirilebiliyorsa, bu durumda, doğal olarak uyumlu eylemin ne olduğu sorunu karşımıza çıkacaktır. Doktrin ve uygulamanın hemen hemen ittifakla benimsediği düşünceye göre "anlaşma" kavramı, tarafların hareket özgürlüğünü kısıtlayan, hukuken bağlayıcı olan veya olmayan her türlü uyuşmayı içine alır¹⁶³. Bu yüzden karşılıklı niyet açıklamaları, beyanlar, hemfikir olma durumu, centilmenlik anlaşmaları, yazılı veya sözlü açıklamalar anlaşma olarak değerlendirilmektedir¹⁶⁴. Anlaşmalardaki karşılıklı irade uyuşmasının, uyumlu eylemlere göre daha yoğun olduğu şeklindeki iddianın¹⁶⁵ bu iki kavramı birbirinden ayırt edebilecek bir ölçü olmadığı açıktır.

¹⁶³ WHISH, Competition Law, s. 191, 192; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 5; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 60, 61; AGNEW, Competition Law, s. 142; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 43.

¹⁶⁴ VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 879; TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 335; WHISH, Competition Law, s. 191, 192.

¹⁶⁵ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 59; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 7. Bu görüşe göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşmada, taraflar arasında hukuken bağlayıcı olmasa bile karşılıklı bir irade açıklaması vardır. Uyumlu eylemde ise, karşılıklı irade açıklamaları yoktur. Bu son halde teşebbüsler arasında bir bağlantı, bilgi akışı kanalı vardır, fakat sözkonusu bağlantı, irade açıklaması aşamasına ulaşmamıştır. (ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 53). Unutulmamalıdır ki teşebbüsler, rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerini şeffaf, kayıt altına alınabilen ortamlarda organize etmemektedirler. Bu yüzden rekabeti sınırlayıcı yasak bir faaliyet, anlaşma veya uyumlu eylem olarak kategorize edilirken; taraflar arasındaki bağlantının, irade açıklaması aşamasına ulaşıp ulaşmadığını araştırmanın zaman açısından bir yararı, hukuk mantığı açısından da bir temeli yoktur. Özellikle somut olayda, uyumlu eylemin varlığı, piyasaya ilişkin emarelerden hareketle, tabir caizse iz sürülerek (toplantı, seminer, bilgi-belge değişimi) ortaya çıkarılacak bir durumdur. Ayrıca taraflar arasında irade açıklaması olmuş mu, olmamış mı, yoksa taraflar bu konuya hiç temas etmeksizin (ima yoluyla) bilgi - belge değişiminde mi bulunmuşlardır gibi soruları tartışmak gereksiz zaman kaybına yol açacaktır. Yazar, yine aynı eserinde konuyla ilgili şu bilgileri vermektedir: Hukuken geçerli olsun ya da olmasın bir anlaşmanın taahhüt ve tasarruf aşaması olmak üzere iki aşaması vardır. Uyumlu eylemlerde ise, taahhüt aşaması yoktur. Rakip teşebbüslerin birbirinin pazar davranışlarını bilebilmek için yapacakları bazı hazırlık

Doktrinde, anlaşma ve uyumlu eylem ayırımındaki güçlük itiraf edilmekte, fakat ATA 81 ve RK 4. maddelerinde her iki kavrama bağlanan sonucun aynı olduğu yolundaki gerekçeden hareketle, bu ayırımın sadece teorik açıdan önem taşıdığı belirtilmektedir¹⁶⁶. Kanunun 4. maddesindeki (ATA m. 81/1) rekabeti sınırlayıcı yasak faaliyetlerin tabi olduğu sonuç bakımından bu tespit, kısmen yerindedir. Kısmen diyoruz çünkü, uyumlu eylemlerden farklı olarak, bir hukuki muamele teşkil eden rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararları, ayrıca butlan yaptırımına tabi tutulmuşlardır (RK m. 56/1).

Anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz.

ea. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmaların Tabi Olduğu Hukuki Sonuç Bakımından

Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma geçersizdir (RK m. 56/1, ATA m. 81/2). Ne Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliğini bildiren RK m. 56'da ne de ATA m. 81/1'de uyumlu eylemin geçersizliğinden bahsedilmemiştir.

Hukuka aykırılık bakımından anlaşmalarla aynı sonuca tabi olan uyumlu eylemlerin geçersizliğinden bahsedilmemesinin mantıklı bir sebebi vardır. Uyumlu eylemlerde, taraflar arasında uyumlu hareket etme yükümlülüğü bulunmadığına göre, bağlayıcı nitelik taşımayan, dolayısıyla kendilerine hukuki bir değer atfedilemeyen uyumlu eylemlerin (hukuken) geçersiz kabul edilmelerine de imkan yoktur. Fakat bu sonuç, doktrin ve uygulamanın değil, bizim savunduğumuz anlaşma ve uyumlu eylem anlayışı çerçevesinde mantıklı bir zemine oturur. Zira ağırlık taşıyan görüşten hareket edilirse, biri diğerinin içine giren anlaşma ve uyumlu eylemlerde, hukuken bağlayıcı olmayan taraf beyanlarını da kapsamına alan anlaşmaların (hukuken) geçersiz sayılmaları tutarlı ve doğru bir sonuç olmaz. Bu takdirde uyumlu eylemlerin de geçersiz kabul edilmesi gerekecektir ki, bu sonucun hukuk mantığıyla bağdaşması mümkün değildir.

hareketleri vardır. Fakat bu aşama karşılıklı uyumu içermez (s. 55). Bize göre uyumlu eylemlerde de pekala taahhüt aşaması olabilir. Önemli olan tarafların taahhütleriyle ne derece kendilerini bağlı hissettikleridir. Şayet taraflar kendilerini hukuken taahhütlerine uymakla yükümlü hissediyorlarsa, bir anlaşmanın varlığından; aksi halde, taahhütlere uyulması tarafların keyfi tutumuyla ilgili ise, uyumlu eylemin varlığından bahsetmek gerekecektir. Bu durum şüphesiz irade açıklamaları için de geçerli olacaktır.

¹⁶⁶ Bkz. KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 7; WHISH, Competition Law, s. 191, 192; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 59, 60.

eb. İspat Yükü Bakımından

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların varlığını iddia eden, onu ispatla yükümlüdür (RK m. 59/1). Halbuki uyumlu eylem iddiasında bulunan kimse, teşebbüsler arasındaki işbirliğini, uyumlu hareket etme planlarını ispat etmek zorunda değildir. Bu kimse sadece, uyumlu eylem kuşkusunu haklı gösteren emareleri, paralel piyasa davranışlarının varlığını göstermekle yetinecektir. Kanunun ispat kolaylığı sağlayan, uyumlu eylem karinesi (m. 4/3) ve ispat külfetiyle (m. 59/1) ilgili hükümleri, sadece uyumlu eylemlerle sınırlı bir imkandır¹⁶⁷.

ec. Yasak Faaliyetlerin İcrası Bakımından

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklanabilmesi için bunların fiilen icrasına ihtiyaç yoktur. Tarafların, aralarındaki rekabeti bertaraf etme üzere yaptıkları anlaşma ile birlikte, RK 4. maddesi açısından hukuka aykırılık unsuru da kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır. Tarafların, rekabeti önlemek üzere hukuken bağlayıcı taahhütlerde bulunması, anlaşmanın yasaklanabilmesi için gerekli ve yeterli bir şarttır. Hatta taraflar arasındaki mutabakat, amaç veya konu bakımından rekabete ilişkin düzenlemeler içermese bile, muhtemel etkileri itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olan anlaşmaların, uygulanıp uygulanmadıklarına bakılmaksızın yasaklanmaları gerekecektir¹⁶⁸. Anlaşmalardan farklı olarak uyumlu eylemlerde, taraflar arasındaki işbirliği arzusu, uygulama safhasına geçirilmedikçe, teşebbüsler arasındaki uyumlu hareket etme niyetini fiilen yasaklayabilme imkanı yoktur.

¹⁶⁷ İNAN, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s. 72. AT uygulamasında Kanunumuzun karine ve ispat yükümlülüğüne benzer bir hüküm bulunmamasıyla birlikte hal ve şartlara ilişkin delillerle uyumlu eylemlerin ispatı kolaylaştırılmıştır. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 197-199.

¹⁶⁸ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 22; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 51.

Dördüncü Bölüm

KANUNUN YASAKLADIĞI ÖZEL İŞBİRLİĞİ HALLERİ VE MUAFİYET İMKANI

§ 10. Yasak Kapsamına Giren Örnek İşbirliği Davranışları

VI. Genel Olarak Rekabeti Sınırlama Yasağı

Rekabet Kanunu 4. maddesi genel olarak, amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti (yatay veya dikey) kısıtlayan teşebbüsler arası her türlü işbirliği faaliyetlerini (anlaşma, uyumlu eylem ve karar) yasak kapsamına almıştır. Teşebbüsler arası işbirliği faaliyetleri kapsamına giren uyumlu eylemlerden farklı olarak, rekabeti kısıtlama amacına yönelik anlaşma ve kararların icrası şartı aranmaz. Amaç olarak rekabeti kısıtlayıcı etkiyi haiz anlaşma ve kararların bizzat kendileri hukuka aykırıdır¹.

Kanunun 4. maddesi, rekabeti sınırlayan işbirliği faaliyetleri için genel bir yasak ilkesi koyduktan sonra, örnek kabilinden özel olarak birtakım rekabeti kısıtlayan somut hallere işaret etmiştir. RK m. 4/2'de altı bent halinde sayılan başlıca rekabeti sınırlayıcı davranışlar, tahdidi değildir². Böylece ATA 81/1 maddesinde formüle edilen genel yasak ilkesi, ABD antitröst uygulamasından da esinlenerek, bir anlamda somut örnekler olarak düşünebileceğimiz rekabet düzenini ihlal eden başlıca davranışlarla daha belirgin hale getirilmeye çalışılmıştır³.

Kanunda altı bent olarak sayılan davranışlar tahdidi olmamakla beraber, kanun koyucu, hemen hemen düşünülebilecek belli başlı somut rekabeti

¹ Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 36; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 31, 32; WHISH, Competition Law, s. 204; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 51.

² OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 32; AGNEW, Competition Law, s. 141; RODIÉRE, The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2), s. 279; KENT, Law of the European Union, s. 184.

³ Bkz. RAHL, Common Market and American Antitrust, s. 153; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 343.

sınırlayıcı işbirliği davranışlarını, bir madde içerisinde toparlamaya çalışmıştır⁴. Uygulamada bu davranışların varlığı tespit edildiği takdirde, genel yasak ilkesine nazaran, bu hususla ilgili iddiaların subutiyeti daha rahat ispat edilebilecektir. Ancak Kanunun altı bent halinde saydığı rekabeti sınırlayıcı davranışlar, 4/1'de ifadesini bulan genel hükümle birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin salt bent hükümleri kapsamına girmesine rağmen hoş karşılanabilecek (de minimis kuralı) nitelikteki veya farklı coğrafi bölgelerde icra edilen rekabeti sınırlayıcı faaliyetler, genel yasak ilkesi dışında tutulacaktır. Aynı şekilde rakip teşebbüslerin ürünlerini, eserlerini, faaliyetlerini kötüleme şeklinde tezahür eden teşebbüs davranışları (rekabeti kısıtlama amacı dışında), sözkonusu teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya boycot edilmesi (RK m. 4/2-d) değil, iktisadi rekabet hakkının iyi niyet kurallarına aykırı olarak ihlalini hedef alan bir davranışın (haksız rekabet) bulunup bulunmadığı sorununun ortaya çıkaracaktır.

Kanunda örnek kabilinden sayılan rekabeti sınırlayıcı davranışların varlığı, ABD antitröst hukukunun "per se" yaklaşımını hatırlatmaktadır⁵. Gerçekten maddenin, rekabeti kısıtlayan yasak davranışlar "özellikle şunlardır" şeklindeki ifadesi, bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Zira herhangi bir uyumsuzluk, 4. maddedeki örnek rekabeti sınırlayıcı davranışlardan birine uyuyorsa, uyumsuzluğa taraf teşebbüslerin genel rekabet yasağı (m. 4/1) ilkesini ihlal ettikleri, yine aynı maddenin ikinci fıkrası gereği doğrulanmış olmaktadır. Bu durumda uyumsuzluğa halle yetkili olan merci, ayrıca sözkonusu rekabeti sınırlayıcı davranışın amacını veya etkisini araştırma zarureti duymayacaktır⁶.

Rekabet Kanunu 4/1 maddesi, rekabet düzenini ihlal eden teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerine ilişkin genel bir yasak koymaktadır. Bu yasak temel olguda teşebbüsler arasındaki hem yatay hem de dikey rekabet sınırlamalarını (münhasır dağıtım ve satınalma anlaşmaları, seçici dağıtım anlaşmaları, franchise anlaşmaları) kapsamaktadır. Kanunun 4/2 (ATA 81/1) maddesinde sayılan örnek davranışların, çoğunluk itibarıyla aynı üretim seviyesinde yer alan ve birbirlerinin rakibi olan teşebbüsler arası (yatay) işbirliği anlaşmaları olduğu görülür⁷. Biz çalışmamızda RK 4/2 maddesinde örnek olarak işaret edilen

⁴ Bu haller genellikle rekabet hukukunun klasikleşmiş yasak faaliyetleri olarak kabul edilir. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 343.

⁵ Krş. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 344; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 33.

⁶ Rekabet Kanunu m. 4/2'de sayılan örnek yasak davranışların m. 5 gereği hukuka aykırılık sınırı dışına çıkarılabileceği düşünülebilir. Fakat özellikle tüketiciler için herhangi bir faydayı mucip olmayan fiyat anlaşmalarının muafiyet hükümleri kapsamına alınabilmesi zordur. Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 118; WHISH, Competition Law, s. 206.

⁷ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-001.

rekabeti sınırlayıcı davranışlar üzerinde duracağız, ayrıca dikey anlaşmalar konusuna girmeyeceğiz⁸.

II. Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti

1. Fiyat Tespiti

Rekabet Kanunu 4/2 maddesi (a) bendinde, mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatlarının tespitine yönelik teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmıştır. Bilindiği gibi fiyat rekabeti, rekabetin tek yolu olmasa bile, hayli önemli ve en sık rastlanılan görünüm şekillerinden biridir⁹. Fiyat rekabeti kaynak kullanımını, yeni üretim teknolojileri ve yöntemleriyle olabildiğince verimli hale getirmek suretiyle, mal ve hizmet fiyatlarını maliyetlere yakın en makul seviyelere indirmeyi amaçlar. Böylece tüketici, düşük fiyatlarla, çeşitli mal ve hizmet arasından, isteklerine uygun olanını seçebilme imkanına kavuşur¹⁰.

Kanunun (a) bendi, en başta rakipler arasındaki rekabeti kısıtlayan (yatay) fiyat anlaşmalarını yasaklamaktadır. Bu anlamda üreticiler arasındaki sabit fiyat anlaşmaları, fiyat artış miktarı ve zamanlarıyla ilgili uyumlu davranışlar, fiyat tavsiyeleri, alım fiyatlarının tespiti gibi davranışlar yasak fiyat uygulamaları kapsamında değerlendirilebilecektir¹¹. Fiyat anlaşmalarının, fiyatların sabit tutulması veya artırılması dışında fiyat indirimlerini (iskonto) ya da ödeme şartlarını konu edinmesi de mümkündür¹².

RK m. 4/2-a bendinin mehzası olan ATA m. 81/1-a bendinde, alış ve satış fiyatlarının doğrudan belirlenmesi kadar, dolaylı olarak belirlenmesi de yasaklanmıştır. Kanunumuz bu durumu "mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar"ın tespit edilmesi şeklinde ifade etmiştir. Teşebbüslerin mal veya hizmet üretimi yahut ticareti ile elde

⁸ Dikey anlaşmalar hakkında geniş bilgi için bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 169 vd; GOYDER, EC Competition Law, s. 211 vd; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 7-001, 197.

⁹ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 344; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 114.

¹⁰ MASSEL, Competition and Monopoly Legal and Economic Issues, s. 227; PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 3, 4; WHISH, Competition Law, s. 390, 391.

¹¹ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 36; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-003; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 115, 116.

¹² BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-003; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 602; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 344, 345.

edilecek kâr miktarını ya da oranını düşürmemek için aralarında anlaşmaları mümkündür. Ancak teşebbüslerin "fiyatı oluşturan maliyeti" nasıl tespit edecekleri sorusuna açık bir cevap bulabilmek zordur. Maliyet unsurlarından maksat, işçi ücretleri, hammadde fiyatları, kira (bina, makina, nakil vasıtaları) gibi giderler ise, bunları "alış fiyatlarının tesibiti" olarak kabul etmek mümkündür. Bu yüzden mehaz maddenin ifade şekliinden ayrılan Kanunun, maddeye açıklık getirdiğini söyleyebilmek zordur¹³. Fiyat anlaşmalarının yasaklanması bakımından RK m. 4/2-a ve m. 81/1-a bentleri, yatay veya dikey anlaşma ayırımı yapmaksızın her türlü sabit fiyat uygulamalarını yasaklamıştır. Bu yüzden fiyat anlaşmaları bakımından, dikey fiyat tespiti anlaşmalarını yasak kapsamından çıkarmayı haklı gösterecek makul bir gerekçe yoktur¹⁴.

a. Alış - Satış Fiyatlarının Tespiti

Fiyat tespiti anlaşmaları, hemen her hukuk sisteminde hukuka aykırı kabul edilmektedir. Mal ve hizmet piyasalarında fiyat rekabeti, yeğane vasıta olmasa da önemli ve sık rastlanılan bir rekabet şeklidir¹⁵. Zira rekabet ortamının en değişken unsuru fiyattır. Dolayısıyla fiyatların kontrol altına alınmasına (sabit tutulması veya düzenli olarak artırılması) yönelik teşebbüsler arası her işbirliği davranışı, piyasadaki rekabet riskini bertaraf edecektir¹⁶. Teşebbüslerin aralarında mutabık kaldıkları fiyatların makul olduğu iddiası da fiyat anlaşmalarını haklı göstermez. Çünkü bugünün şartları çerçevesinde makul kabul edilen fiyatlar, ekonomik ve sosyal şartların değişmesi sonucu yarın makul olmayabilir¹⁷. Bu yüzden ABD antitröst sisteminde her türlü fiyat anlaşmaları per se hukuka aykırı kabul edilir¹⁸.

¹³ Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 70; BUDAK, "Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, s. 139.

¹⁴ RODIÉRE, The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2), s. 279; GOYDER, EC Competition Law, s. 153; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 37.

¹⁵ Bkz. KINTNER, An Antitrust Primer, s. 31; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 114.

¹⁶ White Motor Co., v. United States, 372 US 253, (1963); United States v. Trenton Potteries, 273 US 392, (1927). "Tilmen Oteli anlaşmasının, belli bir pazardaki (Adıyaman ili) rakipleri (yerel firmaları) Pazar dışına çıkarmak için yıkıcı fiyat uygulamasını amaçlayan, dolayısıyla açık rekabet ihlaline yönelik hükümler taşıyan bir anlaşma niteliği taşıması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin uygulanmasından hiçbir şekilde muaf tutulamayacağı (ktr)." RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 135).

¹⁷ KAUPER, The Treatment of Cartels under the Antitrust Laws of the United States, s. 79; United States v. Trenton Potteries, 273 US 392, (1927).

¹⁸ Socony - Vacuum davasında hakim Douglas'a atfen, piyasa şartlarının ağırlaşması, yıkıcı rekabet, aşırı fiyat indirimleri gibi haller, fiyat anlaşmalarının hukuka aykırılığını önleyecek masum gerekçeler olarak kabul edilemeyeceği belirtilir. Gerçekten ABD'nin 1930'lu yıllarına

Belirli bir piyasadaki teşebbüslerin aralarındaki fiyat mücadelesini ortadan kaldırmak, böylece yıkıcı (maliyetinden düşük) fiyat¹⁹ uygulamalarıyla rakip teşebbüsleri piyasadan çekilmeye zorlamaya varıncaya kadar kıyasıyla rekabet etmelerini engellemek için fiyat anlaşmalarına başvurdukları gerekçesi, bu tür anlaşmaların hukuka aykırı sayılmasını önleyemeyecektir. Aksi halde rekabet kurumları mesailerini, hangi seviyelerde tespit edilecek fiyatların ekonomik ve sosyal şartlar çerçevesinde makul olacağı sorununu araştırmakla geçirecektir²⁰. Mevzuatın rekabet sistemi içerisinde, her seviyedeki fiyat anlaşmaları, hatta fiyatların devlet veya alt birimlerinin kontrolü altında tespit edilmesi ya da teşebbüsler tarafından tespit edilen fiyatların devlet tarafından onaylanması, ATA m. 81/1-a bendi yasağı kapsamındadır. Ülkemizde ise, mesleki birlik ve odaların, fiyat veya ücret tarifesi belirleme yetkisi bulunmaktadır. Fiyat tespitini yasaklayan Rekabet Kanunu hükümlerine rağmen bu uygulamaların hala devam ettirilmesinin makul bir izahı olamaz.

b. Fiyat Tavsiyeleri

Genel olarak Rekabet Kanunu m. 4/2-a bendinin uygulama alanı rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın konusu olan fiyat uygulamalarıyla sınırlandırılmaz. Fiyatların belirli bir seviyede oluşmasına yol açan fiyat tavsiyeleri de yasak fiyat anlaşmalarının sonucuna tabi olacaktır²¹. Hatta bu

tekabül eden depresyon döneminde Texas civarında yeni petrol yatakları bulunmuş ve petrol fiyatları hayli düşmüştü. Benzin fiyatlarındaki bu yüksek düşüşü takiben, piyasanın kontrolü amacıyla 1933'te Ulusal Endüstriyi İyileştirme Kanunu çıkarılmıştır. Fakat hemen akabinde Kanun, Anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptal edilmiştir. Kanunun iptali üzerine benzin arzı tekrar artmıştı. Bunun üzerine altı büyük rafineri anlaşarak depo imkanı bulunmayan küçük rafinerilerin benzinlerini toplamış ve benzin fiyatlarını kontrol altına almayı başarmışlardır. Aslında rafineriler ne doğrudan sabit fiyat oluşturmaya ne de belirli miktarlarda fiyat arttırmaya teşebbüs etmişlerdir. Fakat tarafların bu davranışları, piyasa fiyatlarının dürüst ve şeffaf olarak oluşmasına engel teşkil etmiştir. Bunun üzerine adı geçen davada davalı teşebbüslerin, piyasa şartlarından ve yıkıcı rekabetten korunmaya çalıştıkları yolundaki gerekçeleri reddedilmiştir. Geniş bilgi için bkz. NEALE, *The Antitrust Laws of the United States of America*, s. 37-40; KINTNER, *An Antitrust Primer*, s. 32; AKINCI, *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, s. 98, 99.

¹⁹ Yıkıcı fiyat hakkında bkz. MASTROMANOLIS, Emmanuel P., *Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform*, ECLR, 4, 1998, s. 211 vd; TRUJILLO, Timothy J, *Predatory Pricing Standards Under Recent Supreme Court Decisions And Their Failure To Recognize Strategic Behavior As A Barrier To Entry*, JCL, Vol. 19 I: 4, 1994, s. 809 vd; GUNDLACH, Gregory T., *Predatory Practices In Competitive Interaction: Legal Limits And Antitrust Considerations*, JPPM, Vol. 9, 1990, s. 129 vd; WHISH, *Competition Law*, s. 530 vd.

²⁰ NEALE, *The Antitrust Laws of the United States of America*, s. 38.

²¹ Tavsiye fiyatların uyumlu eylem çerçevesinde yasaklanabilmesi için tarafların tavsiye veya teklif edilen fiyatları tatbik etmelerinin zorunlu olmadığı yahut tavsiye fiyatların, fiyatların belirli bir seviyede oluşmasına sebep olmadığı hallerde de yasaklanması gerektiği fikri

sonucun kabulü için, fiyat tavsiyelerinin hedeflendiği seviyede oluşması şart değildir. Tavsiye sonucunda temel bir fiyatın belirlenmiş veya fiyatların belirli oranlarda arttırılmış olması kafidir²².

c. Dağıtıcılar Arasındaki Fiyat Uygulamaları

Bir coğrafi bölgedeki dağıtıcıların kendi aralarındaki fiyat anlaşmaları yahut bir üreticinin dağıtıcıları arasındaki rekabeti kaldırmaya yönelik belirli fiyatları dikte etmesi kuşkusuz RK 4/2-a maddesinin açık bir ihlalini oluşturur. Ülkemizde beyaz ve kahverengi eşya satışlarındaki bayilik teşkilatı uygulamasında bayi, kendi kar marjını belirleyememektedir²³. Rekabet Kurulu münhasır dağıtım anlaşmalarını RK m. 4/1 hükmü uygulamasından muaf tutan bir grup muafiyet tebliği²⁴ hazırlamıştır. Bu tebliğe göre grup muafiyeti tebliğinden yararlanabilmek için dağıtıcıya; (1) anlaşma konusu mallarla rekabet halindeki malları üretmeme, (2) anlaşma konusu malları yeniden satış amacıyla yalnız diğer taraftan alma, (3) anlaşmada belirlenen bölge dışında anlaşma konusu mallarla ilgili olarak, müşteri aramama, şube açmama ve dağıtım deposu kurmama yükümlülüklerinden başka rekabet sınırlaması yüklenemez. Ayrıca dağıtıcıya; (1) malların tüm çeşitlerini veya en az belli bir miktarını satılma, (2) anlaşma konusu malları, sağlayıcı tarafından belirlenmiş olan marka, paketleme ve sunuş şekliyle satma, (3) reklam yapmak, stok bulundurmak, satış ağı oluşturmak, garanti sağlamak, nitelikli eleman çalıştırmak gibi satış artırma uygulamalarında bulunma şartlarından bir kısmı veya tamamının yüklenmesi halinde de muafiyet hükümlerinden yararlanılır (Teb. m. 3). Dolayısıyla artık üretici ile dağıtıcı arasındaki alt ve üst sınırları tespit eden fiyat anlaşmaları hukuka aykırıdır.

d. İthalatta Sabit Fiyat Uygulamaları

İthalatta sabit fiyat uygulamalarını iki açıdan incelemek gerekir. Bunlardan ilki devletin yerli teşebbüsleri korumak için gümrük vergileriyle ithal ürün fiyatlarını yerli ürün fiyatları seviyesinde tutması veya yabancı ürünlere

savunulmakla birlikte (RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 118) biz bu görüşe katılmıyoruz. Bu fikir esasını bağlayıcı olmayan, tavsiye, teklif niteliğindeki teşebbüs birliği kararlarının yasaklanmasında bulur. Teşebbüs birliği kararları konusunda da değindiğimiz gibi, üye teşebbüsler birlik tavsiyelerine uymadıkları takdirde bu tür kararların yasaklanmaması gerekir.

²² BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-015.

²³ Bu konuda Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonunun Kanun hakkındaki görüşü için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 69.

²⁴ Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 1997/3, RG, 4.09.1997, S. 23100.

yönelecek talebi önlemek için daha da arttırması mümkündür. Bu durum devletin rekabet politikası gereği RK m. 4/2-a bendi uygulama alanına girmez. Diğer durumda ise herhangi bir ürünü ithal eden teşebbüslerin aralarında anlaşarak ülkedeki satış fiyatlarını belirlemeleri kuşkusuz fiyat tespiti olarak yasak kapsamına girecektir. Fakat sözkonusu teşebbüsler ilgili ürünün iç piyasadaki satış fiyatını değil, alış fiyatını tespit ederlerse ülke rekabet sistemini etkilemeyen bu durumun Rekabet Kanunu kapsamına girmemesi gerekir²⁵. İthal ürün fiyatını belirleyen teşebbüslerin yabancı olması durumunda "etki" kistasını benimseyen Kanununun (m. 2) bu tür uygulamalara sessiz kalmayacağı açıktır. Örneğin Wood Pulp olayında başlıca Finlandiya, İsveç, Amerikan ve Kanada şirketleri aralarında anlaşarak ürün fiyatlarını arttırmışlardır. AB Adalet Divanı fiyat üzerinde etkili olan anlaşmanın, Ortak Pazar dahilinde uygulandığı noktasına dikkat çekerek ATA 81/1'in uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır²⁶.

e. İhracatta Sabit Fiyat Uygulamaları

Herhangi bir ürünün ihraç fiyatlarını belirleme amacı güden fiyat anlaşmaları RK m. 4/2-a bendi kapsamına girmez. Zira RK 4. maddesi ülke içerisindeki rekabeti kısıtlayıcı (sabit fiyat) uygulamaları yasaklamaktadır. Bu anlamda ihraç fiyatlarının iç piyasaları etkileyebilecek bir yönü yoktur. Ancak iç piyasaları etkileyebilecek nitelikteki ihraç fiyatlarının tespitine yönelik teşebbüsler arası işbirliği faaliyetleri kuşkusuz Kanunun uygulama alanına girecektir. Örneğin iç piyasadaki mevcut ürün arzını ihracata sevk etmek suretiyle (iç piyasa) fiyatların arttırılması amacına yönelik işbirliği davranışlarının yasaklanması gereği açıktır²⁷.

f. Fiyatlara İlişkin Bilgi Alışverişi Anlaşmaları

Rakip teşebbüsler arasındaki fiyat rekabeti, fiyatlara ilişkin bilgi anlaşmalarıyla bertaraf edilebilir. Rakipler arasındaki bu tür ilişkiler, özellikle fiyatlara yönelik belirsizlikleri ve rekabet riskini ortadan kaldırmayı hedeflediği takdirde, RK m. 4/2-a bendi ihlal edilmiş olacaktır. Bir üreticinin rakipleriyle kendi fiyat politikası içerisinde değerlendirilebilecek fiyat listeleri, indirimler (iskontolar), alış veriş koşulları, bunlarda yapılacak değişiklik oran ve zamanları

²⁵ WHISH, Competition Law, s. 222, 223. Ayrıca bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 78 vd.

²⁶ VAN GERVEN and NAVARRO VARONA, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, s. 580 vd; JONES, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, s. 273 vd.

²⁷ Benzer şekilde bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-019; WHISH, Competition Law, s. 222.

gibi hususlarda rakipleriyle bilgi değişiminde bulunması RK 4. maddesini ihlal eder²⁸.

g. Fiyat Anlaşmaları ve Muafiyet Sistemleri

Rakip teşebbüslerin belirli bir mal veya hizmetin alım satım fiyatları üzerinde anlaşmaları, rekabetin en önemli görünümü olan fiyat rekabetini ortadan kaldırır. Bu yüzden fiyat anlaşmalarını konu edinen rekabet ihlallerine AB uygulamasında hayli yüksek para cezaları tatbik edilmektedir²⁹.

Rekabeti kısıtlamaktan başka amacı ve etkisi bulunmayan fiyat anlaşmaları, mal veya hizmet piyasalarında oldukça sık rastlanılan ve önemli sonuçlara yol açan bir rekabet ihlalidir. Hatta ABD antitröst uygulamasında sabit fiyat anlaşmaları, per se yasak kabul edilen rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin başında gelir³⁰. AB rekabet düzeninde de fiyat anlaşmaları genellikle herhangi bir olumlu sonucu bulunmayan, tüketicilere verilen zarar açısından ciddi bir rekabet ihlali olarak değerlendirilir. Bu yüzden muafiyet hükümlerinden yararlandırılmayacak yegane rekabeti sınırlayıcı uygulamanın, fiyat anlaşmaları olduğu söylenebilir³¹. Ancak istisnai bir durum olarak AB uygulamasında Komisyonun muafiyet tanıdığı sınırlı birkaç örnekten bahsedilebilir³².

2. Fiyat Dışında Kalan Diğer Alış Veriş Koşullarının Tespiti

a. Fiyatın Dolaylı Alış Veriş Şartlarıyla Belirlenmesi

AB 81/1-a bendinin "alış ve satış fiyatlarının veya diğer alış veriş (ticari) koşullarının doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilmesi" şeklindeki ifadesi, Kanunun 4/2-a bendine kısmen değiştirilerek aktarılmıştır. Kanun sadece orijinal

²⁸ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-030; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 158, 159.

²⁹ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 119; GOYDER, EC Competition Law, s. 155.

³⁰ KINTNER, An Antitrust Primer, s. 31; NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 34. Ayrıca bkz. EDLIN, Do Guaranteed - Low - Price Policies Guarantee High Prices and can Antitrust Rise to the Challenge, s. 529.

³¹ "Tilmen Oteli anlaşmasının, belli bir pazardaki (Adıyaman ili) rakipleri (yerel firmaları) Pazar dışına çıkarmak için yıkıcı fiyat uygulamasını amaçlayan, dolayısıyla açık rekabet ihlaline yönelik hükümler taşıyan bir anlaşma niteliği taşıması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanmasından hiçbir şekilde muaf tutulamayacaktır." RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 135).

³² WHISH, Competition Law, s. 399, 400; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-025; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 118; GOYDER, EC Competition Law, s. 161 vd.

metindeki "doğrudan veya dolaylı" ibaresi yerine, "fiyatı oluşturan maliyet kar gibi unsurlar" ifadesini koymayı uygun bulmuştur.

Kanun sadece sabit fiyat anlaşmalarını yasaklamakla yetinmemiş, fiyatı doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen diğer alış veriş şartlarının tespitini de yasaklamıştır. Fiyata ilişkin olmayan şartlar; piyasanın coğrafi olarak bölüşülmesi, aynı edimler için farklı şartlar uygulanması 4/2-a bendi içerisinde değil, kendi şartları çerçevesinde diğer bent hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili bir sorundur. Böylece rakipler arasında fiyatı oluşturan unsurlar olarak; ödeme koşulları, kredi imkanı, satış sonrası hizmetler, garanti koşulları gibi konularda yapılacak anlaşmalar RK m. 4/2-a bendi kapsamına girecektir³³.

b. Standart Formlar Kullanılması

Rakip teşebbüsler arasında veya bir teşebbüs birliğinin üyeleri arasında satış şartlarına, indirimlere, yeknesak fiyatlandırma usullerine ilişkin kayıtları ihtiva eden standart formlar kullanılması, fiyat tespitine ilişkin işbirliği davranışları olarak değerlendirilebilir. Bu doğrultuda bir teşebbüs birliği üyeleri arasında standart satış formları kullanılması, garanti, sorumluluk, reklam, satış sonrası hizmetler, uyumsuzlukların halli birliğe dahil olan üyeler arasında rekabete ilişkin ikinci derecede önemli hususların düzenlenmesi olarak aynı sonuca tabi tutulur. Zira bu kayıtlar, birlik üyeleri arasındaki sabit fiyat uygulamalarının etkisini kuvvetlendiren düzenlemelerdir³⁴.

III. Piyasa Paylaşımı Anlaşmaları

Aynı ürün piyasasında yer alan iki rakip teşebbüsün, aralarında anlaşarak coğrafi piyasayı bölgelere ayırarak bölüşmeleri, rekabet hukukunun yasakladığı belli başlı örneklerden birisidir. ABD antitröst hukukunda piyasa

³³ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 123, 124; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 55. Bu konuyla ilgili ABD uygulamasından AKINCI'nın naklettiği şu örnek ilginçtir. "Hava koşullarından dolayı 1935 yılında buğday mahsulünün az olacağını tahmin eden makarnacılar, makarna yapımında kullanılan kaliteli buğday oranını yüzde elli azaltmaya karar vermişlerdir. Üretimde yapılacak bu yüzde elli oranındaki azalma, tüketime de yansıtacak ve kaliteli buğday fiyatlarının artması engellenmiş olacaktır. 7. Bölge Temyiz Mahkemesi makarnacıların anlaşarak mamullerinin yapısında değişiklik yapmalarını, dolaylı olarak piyasadaki kaliteli buğdayın fiyatını tespite yönelik olduğuna karar vermiştir (National Macaroni Manufacturers Assosiation v. Federal Trade Commission 345 F 2d. 421, 1965). AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 102.

³⁴ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-026.

paylaşımı anlaşmaları per se hukuka aykırı kabul edilir³⁵. ATA m. 81/1-c bendinde "piyasaların veya temin kaynaklarının bölüşülmesi" şeklinde zikredilen durum, RK m. 4/2-b bendine "mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü" olarak alınmıştır³⁶.

Piyasa paylaşımı anlaşmaları genel olarak piyasanın coğrafi olarak bölümlere ayrılması, müşteri ve kullanım sınırlamaları şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁷. Bu yüzden "piyasa kaynakları" ve "piyasa unsurları" kavramlarının bent kapsamına giren faaliyetlerin çerçevesini belirlemede açıklık sağlayabildiğini söylemek zordur. Piyasa paylaşımını öngören işbirliği faaliyetleri, rekabeti kısıtlayıcı sonuç bakımından fiyat anlaşmalarından daha etkili bir yöntemdir. Zira fiyat uygulamalarında işbirliğinin tarafı olan teşebbüslerin, tespit edilen fiyatlara uyup uymadığını denetleyebilmek zordur. Fakat piyasa paylaşımı anlaşmalarında, anlaşma şartlarına uymayan teşebbüsün belirlenmesi, fiyat anlaşmalarındaki kadar güçlük arz etmez. Dolayısıyla anlaşma şartlarına uyumun denetimi bakımından, teşebbüsler arasında piyasa paylaşımı yöntemi etkin bir yoldur³⁸.

1. Piyasanın Coğrafi Olarak Paylaşılması

Piyasa paylaşımındaki en yaygın örnek piyasanın coğrafi esaslara göre bölüşülmesini hedef alan anlaşmalardır³⁹. Böylece teşebbüsler, mal veya hizmetleri kendilerine ait bölgede rekabet şartlarını bertaraf ederek, istedikleri fiyat ve şartlarda, tüketicilere arz edeceklerdir. Bu durumda teşebbüsler kendi

³⁵ TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, p. 14.10; KINTNER, An Antitrust Primer, s. 43.

³⁶ Rekabet Kurulunun piyasa paylaşımıyla ilgili ayrıntılı bir kararı için bkz. RKK, No: 99-30/276-166(a), (Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 98 vd).

³⁷ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 363; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 146; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 72; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 106; RODIÉRE, The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2), s. 280.

³⁸ WHISH, Competition Law, s. 400, 401; AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 105.

³⁹ Bilindiği gibi AB'nin en önemli hedeflerinden birisi ortak bir pazar oluşturmaktır. Piyasa paylaşımını konu edinen anlaşmaların bu önemli hedefe ulaşmayı engelleyeceği açıktır. Üye ülkeler arası ticaret özgürlüğünü doğrudan veya dolaylı şekilde engelleyecek olan anlaşmalar ortak pazarda bölünmeye yol açacak, dolayısıyla "tek pazar" hedefine zarar verecektir. Bu yüzden piyasa paylaşma amacına yönelik anlaşmaların ATA 81/1'i ihlal ettikleri, bu tür anlaşmaların muafiyet hükmü kapsamında değerlendirilebilmelerinin de güç olduğu belirtilir. Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 147, 148; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-073.

bölgelerinde hakim konuma gelecek ve tüketicilerin seçme hakkı ortadan kalkacaktır⁴⁰. Bu yüzden piyasa paylaşımı anlaşmalarının olumlu yönlerinin varlığından bahsedebilmek zordur⁴¹.

2. Kota Şartları

Belirli bir piyasadaki mal veya hizmet arzının kapsamını, miktarını düzenleyen veya kontrol eden kota anlaşmaları, piyasa paylaşımının klasik şekillerinden birisidir. Anlaşma konusu bölgelere arz edilen ürün miktarı kontrol altında tutulmak suretiyle, fiyatlar muhafaza edilecek veya sistemli olarak arttırılacaktır. Kota anlaşması, tarafların üretim ve satış miktarlarına ait detaylı bilgilerin toplanması suretiyle, her bir tarafın kota çerçevesinde kendisine tahsis edilen miktarı aşmamasını sağlayacak bir sistemi içerir. Sistem içinde tarafların kota sınırlarına riayet etmelerini sağlayacak tedbirler alınır. Böylece mutabık kalınan dağıtım seviyesiyle sınırlı mal veya hizmet arzı sonucunda oluşan suni piyasa şartlarında fiyatlar kontrol altında tutulmuş olacaktır. Dolayısıyla piyasa bölüşümü anlaşmalarının etkin ve önemli bir şeklini oluşturan kota sisteminin RK m. 4/2-c bendini ihlal ettiği kuşkusuzdur⁴².

3. Müşteri Paylaşımı Anlaşmaları

Rakip teşebbüslerin aralarında müşteri paylaşımını veya teşebbüslerden birinin belirli nitelikteki müşterilere satış yapmasını konu edinen anlaşmalar açıkça RK 4. maddesine aykırıdır. Aynı şekilde teşebbüslerin dağıtım kanallarını paylaşmaları da piyasa paylaşımıyla aynı sonucu doğurur. Üretici teşebbüsler mevcut dağıtım kanallarını aralarında paylaşmak ve dolayısıyla muayyen bir müşteri kitlesini kontrol altında tutmak suretiyle, piyasaya girişleri engellemiş olacaklardır⁴³. Bu tür anlaşmalarda müşteri veya dağıtıcı seçimi, objektif kriterlere dayansa bile, rakip teşebbüsler arasındaki (yatay) anlaşma hukuka aykırılığını muhafaza eder. Fakat münferit üreticinin, ürünlerinin dağıtımını

⁴⁰ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 41; WHISH, Competition Law, s. 401.

⁴¹ Krş. BORK, The Antitrust Paradox, s. 264.

⁴² BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 367; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 152, 153. Ayrıca bkz. WHISH, Competition Law, s. 404 vd.

⁴³ Bu durum AB'de aynı zamanda paralel ticareti güçleştireceğinden ortak pazar ilkesiyle ters düşmüş olacaktır. Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 154.

yapacak teşebbüsleri belirlerken seçici davranması, yasak kapsamının dışında kalır⁴⁴.

4. Sınai Mülkiyet Haklarına Dayanan Piyasa Paylaşımı

Fikri ve sınai mülkiyet hakları⁴⁵ hak sahibine hakkın konusu üzerinde tekel olarak yararlanma yetkisi veren haklardır. Hak sahibi hakkın kullanımı, geliştirilmesi, üretimi satımı gibi faaliyetleri bizzat kendisi yürütebileceği gibi hakların kullanımını topluca bir başkasına da devredebilir. İşte sınai mülkiyet haklarının kullanımında hak sahibine tanınan yetkilerin aşılması rekabetin kısıtlanması mümkündür⁴⁶. Örneğin patent hakkının kapsamı 24.6.1995 tarih ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede⁴⁷ düzenlenmiştir. 551 sayılı KHK'nın 73. maddesi hükmüne göre, patent hakkı sahibi buluşun yeri, teknoloji alanı ve ürünlerinin ithal veya yerli üretim olup olmadığı konusunda herhangi bir ayırım yapmaksızın patent hakkından yararlanır.

Patent hakkı sahibi kullanma hakkını lisans⁴⁸ yoluyla başkasına da devredebilir. Böylece patent hakkının kullanım yetkisi milli sınırların bütünü içinde veya bir kısmında geçerli olacak şekilde, lisans hakkını alan kişiye aittir (551 sayılı KHK m. 88/1). 551 sayılı KHK m. 88/1 gereğince patent sahibi ülkenin tamamında veya ülkeyi bölgelere ayırmak suretiyle her bir bölge için farklı kimselere lisans verebilecektir. Genel olarak piyasanın coğrafi bölgelere ayrılarak paylaşılması RK m. 4/2-c bendine aykırı olsa da ülkenin bölgelere ayrılabilmesi, patent hakkının kullanımıyla ilgili özel bir yetkiye dayandığından,

⁴⁴ Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 154, 155; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 42, 43.

⁴⁵ Fikri ve sınai mülkiyet hakları malların üretimi veya dağıtımını, hizmetlerin sunulması ile kişilerin zeka ve düşüncelerine ait; güzel sanatlara ve fikri haklara ilişkin, maddi ve manevi değeri olan haklardır. Bu durumda fikri ve sınai mülkiyet hakları; patent, marka, model, resim, copyright, lisans gibi hakları ifade eden bir üst kavramdır. Bkz. CORNISH, W. R., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London 1996, s. 6 vd; GROVES, Peter, Intellectual Property with Competition Law and Practice, London 1994, s. 1 vd; KENT, Law of the European Union, s. 213; WHISH, Competition Law, s. 620.

⁴⁶ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 223; WHISH, Competition Law, s. 621.

⁴⁷ RG, 27.6.1995, S. 22326.

⁴⁸ Lisans sözleşmesi, bir fikri veya sınai hakkın kullanım hak ve yetkisinin, ücret karşılığında, belirli bir süre için bir başkasına devredilmesini konu edinen sözleşmelerdir. Lisans sözleşmeleri inhisari ve inhisari olmayan (basit) lisans sözleşmeleri olarak ikiye ayrılır. İnhisari lisans sözleşmelerin, lisans verenin aynı konuda başkalarına lisans vermemeyi ve aksi kararlaştırılmadıkça sözleşmeye konu olan hakkı bizzat kullanmama yükümlülüğünü ihtiva eden sözleşmelerdir. İnhisari olmayan lisans sözleşmeleri ise lisans verenin, lisans alana, lisans konusu hakkın kullanımı konusunda yetki verirken, başkalarıyla aynı konuda lisans sözleşmeleri yapma yetkisini kendisinde saklı tuttuğu sözleşmelerdir. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 274.

bu durum hukuka aykırı olmayacaktır. Ancak lisans sözleşmesinde lisans alanlara birbirlerinin bölgelerine satış yapamayacakları şartını koymaları, rekabet şartlarının ihlali olarak kabul edilir⁴⁹. Böyle bir kayıt lisans alanlar arasında kararlaştırılmışsa, bu hal doğrudan piyasa paylaşımı olarak muamele görecektir. Aynı şekilde markalar üzerindeki kullanma hakkı, lisans anlaşmasıyla, muayyen bir bölge içinde, o markayı münhasıran kullanma hakkı diğer kimselere devredilebilir. Bütün bu hallerde, bölgeler arası rekabeti bertaraf edecek nitelikteki kayıtlar, Rekabet Kanununa aykırı olacaktır⁵⁰.

Patent ve marka lisans sözleşmelerinde, sözkonusu marka veya patent altında üretilen ürünlerin belli bir fiyattan aşağı satılmaması kayıtlarına da yer verilebilir. Şüphesiz bu tür kayıtlar RK 4/2-a maddesini ihlal edecektir. Bu durum özellikle inhisari olmayan (basit) lisans sözleşmelerinde önem taşır. Zira bu tür sözleşmelerde lisans veren, lisans konusu hakları (patent konusu buluşu veya markayı) bizzat kendisi de kullanmaya devam edebilir. Hatta aksi kararlaştırılmamışsa lisans sözleşmesi (patent ve marka) inhisari değildir (551 sayılı KHK m. 21/2). Dolayısıyla patent veya markayı kullanma yetkisini elinde tutan lisans veren, lisansla üretilen ürünlerin sözleşmede belirlenen fiyattan aşağı satılmayacağı kaydını koyarak, lisans alanlarla aralarındaki potansiyel rekabeti önlemek isteyebilir. Bu tür kayıtlar Rekabet Kanuna aykırı olduğundan geçersiz sayılacaktır⁵¹.

5. Dağıtıcılar Arasındaki Piyasa Paylaşımı Anlaşmaları

Belli bir mal veya hizmet dağıtım ağı içerisinde yer alan teşebbüslerin aralarında piyasayı bölümlere ayırmaları RK m. 4/2-b bendini ihlal eder. Fakat bir üreticiyle onun dağıtıcıları arasında yapılan dağıtım anlaşmalarında dağıtıcının belirli bir bölge içerisinde satış yapması kayıtları grup muafiyeti tebliği⁵² ile (m. 3/b-3) RK 4. maddesi hükmü uygulamasından muaf tutulmuştur⁵³. Ancak üreticinin de doğrudan satıcı olduğu bölgelerde bu kural uygulanmamalıdır. Gerçekten üreticinin aynı bölgede hem bir dağıtım ağı hem

⁴⁹ ANDERMAN, EC Competition Law and Intellectual Property Rights, s. 60.

⁵⁰ Avrupa Birliği uygulamasında patent lisansı anlaşmalarına belirli şartlar çerçevesinde muafiyet tanınabilmektedir. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 8-84-92. ABD uygulaması için bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 72 vd; STOCKING, Workable Competition and Antitrust Policy, s. 216-220.

⁵¹ Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 254. ABD sistemi için bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 72 vd.

⁵² Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No: 1997/3, RG, 4.09.1997, S. 23100.

⁵³ AB uygulaması için bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 7-011-072; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 122 vd.

de doğrudan satış mağazalarının bulunması halinde, en azından bu bölge içerisinde rakip teşebbüsler arasındaki (yatay) rekabet kısıtlanmış olacağından piyasa paylaşımını içeren kayıtlar hukuka aykırı olacaktır⁵⁴.

IV. Üretim Sınırlamaları

Rekabet Kanunu m. 4/2-c bendinde rakip teşebbüslerin üretim faaliyetlerini kontrol altına almaya yönelik faaliyetleri hukuka aykırı kabul edilmiştir. Kanunun ilgili maddesi bu durumu "mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi" şeklinde ifade etmiştir. İki veya daha fazla teşebbüsün, anlaşmak suretiyle (ürün) arz miktarını sınırlamaları mümkün ise de talep miktarının, teşebbüsler arası işbirliği yoluyla nasıl kontrol altında tutulabileceği sorusuna cevap bulabilmek zordur. ATA m. 81/1-b bendi "üretim, piyasaların, teknik gelişmelerin veya yatırımların sınırlanması ya da kontrol altında tutulması"na ilişkin faaliyetleri yasaklamaktadır⁵⁵. RK 4. maddesinin hazırlanmasında, ATA 81. madde metnine sadık kalan kanun koyucunun, 4/2-c bendine üretim miktarının sınırlandırılmasını alıp rekabeti sınırlayıcı diğer önemli halleri almamasının makul bir gerekçesi olamaz. Zira rakip teşebbüsler, ürünlerinde iyileştirmeye veya artışa yol açacak teknik gelişmeleri yahut yatırımlarını, belirli sürelerle, aralarında rekabete yol açmayacak şekilde sınırlandırabilirler. Şüphesiz örnek olarak sayılan haller içerisinde yer almasa bile, rekabeti kısıtlayan her türlü işbirliği faaliyeti, bu arada ekonomik ve teknik sınırlamalar, RK m. 4/1'deki genel yasak içerisinde değerlendirilecektir⁵⁶. Üretim miktarının sınırlandırılmasını öngören bu tür düzenlemelerle, belirli bir sektördeki yayılma (genişleme) ve dolayısıyla rekabet engellenmiş olacaktır⁵⁷.

Teşebbüslerin üretim miktarını denetim altında tutmaları kuşkusuz rekabeti kısıtlayacaktır. Ayrıca üretim miktarının kontrolü, rakip teşebbüslerin mal veya hizmetlerinin fiyatları üzerindeki hakimiyetlerini pekiştirir. Zira üretim miktarının kontrol altında tutulması, piyasa fiyatlarının arz ve talebe göre oluştuğu kuralını yahut fiyat rekabetinin bertaraf edilmesi sonucunu

⁵⁴ WHISH, Competition Law, s. 546, 547.

⁵⁵ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 39, 40; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 125; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-038-54; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-212; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 605.

⁵⁶ BENTIL, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, s. 474; GOYDER, EC Competition Law, s. 153.

⁵⁷ LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 605; WHISH, Competition Law, s. 404; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 367.

doğuracaktır. Üretim sınırlamaları anlaşmaları bu yönüyle, sabit fiyat uygulamaları (m. 4/2-a) veya piyasa paylaşımı anlaşmalarının (4/2-b) bir parçası olarak da düşünülebilir⁵⁸.

Üretim sınırlaması anlaşmaları, ister piyasa paylaşımı veya sabit fiyat anlaşmalarının bir cüzü, ister bir sektördeki üretim miktarını kontrol altında tutmak suretiyle arz talep dengesini etkileme amacına yönelik bir anlaşma olarak düşünülün söz konusu anlaşmaların muafiyet hükmü kapsamında değerlendirilebilmesi zordur⁵⁹. Fakat bir sektördeki üretimi daha modern hale getirmek, yeknesak kalite standartlarına çıkarmak veya üretimde uzmanlaşmayı temin edecek sınırlamalar koyan anlaşmalar, genellikle malların üretiminde, fiyatında, dağıtımında iyileşme sağlayacağından muafiyet şartları doğrultusunda yasak kapsamından çıkartılabilecektir⁶⁰. Üretimin belirli standartlar öngörülerek kayıt altına alınması, hem hedeflenen nitelikte ürün imal eden üretici bakımından hem de çeşitli mal veya hizmetler arasında seçim kolaylığına, belirli bir ürün kalitesine ve satış sonrası servis imkanlarına daha rahat ulaşmak bakımından tüketiciler için çeşitli faydalar sağlar. Standartlaşmanın bu faydalarına karşılık, standartlaşmayla üreticiler arasındaki rekabetin azalacağı, tüketicilerin seçim imkanının kısıtlanacağı olguları göz ardı edilemez. Şayet bu tür anlaşmalar zamanla mal ve hizmet kalitesini iyileştirme fonksiyonu yerine teknik gelişmeyi, üretim imkanlarının geliştirilmesini dondurma rolüne dönüşmüş yahut piyasaya girişleri engelleme amacına hizmet edecek niteliğe bürünmüşse muafiyet kapsamından çıkarılmalıdır⁶¹.

Teşebbüslerin belirli ürünler için aralarında uzmanlaşmayı konu edinen uzmanlaşma anlaşmaları⁶² hal ve şartlara göre üretim sınırlamalarına

⁵⁸ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-038; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-212; WHISH, Competition Law, s. 404.

⁵⁹ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 125; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 367.

⁶⁰ Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 171 vd; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 40; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-234, 1-241. Bir teşebbüs birliği üyeleri arasındaki üretim şartlarına, mal veya hizmet kalitesine ilişkin yeknesak şartlar koyan kararı da bu çerçevede değerlendirilebilir. Ancak teşebbüs birliği kararı, mal ve hizmet üretiminin belirli standartlara çıkarılması hedefi dışında, üye teşebbüsler arasında yeknesak bir fiyat uygulaması veya satış şartları, üretimin kontrol edilmesi gibi amaçları izliyorsa, söz konusu karar RK 4. maddesine aykırı olacaktır. Bkz. MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-235.

⁶¹ Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 126; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-234; WHISH, Competition Law, s. 407.

⁶² Uzmanlaşma anlaşması, belirli bir piyasada üretim yapan rakip teşebbüslerin aralarında (mevcut veya potansiyel), her bir tarafın belirli ürünlerin üretiminde uzmanlaşmalarını, böylece kaynakların topluca uzmanlaşılan alanlarda birikimini sağlayarak uzun ömürlü ve istikrarlı bir üretim sürecini öngören anlaşmalardır. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 127.; BELLAMY&CHILD, Common Market Law

dönüşebilir. Uzmanlaşma anlaşmalarıyla, düzenli ve sürekli olarak, anlaşmaya taraf teşebbüslerin her biri diğerine aralarında mutabık kaldıkları ürün çeşidini üretmeyi veya bir tarafın ürettiği ürünü diğerine satması ve diğerinden de sadece onun ürettiği ürünü satın almasını gerektirir⁶³. Aslında bir kimsenin ticari faaliyetlerini, üretim alanını sınırlaması yahut genişletmesi özel teşebbüs hürriyeti gereği, onun müdahale edilemeyecek bir hakkıdır. Fakat ilgili kimseler, bu seçimlerini aralarındaki mevcut bir işbirliği anlayışı çerçevesinde, rekabeti sınırlandırmak amacıyla yapıyorlarsa, RK 4. maddesindeki genel yasak ilkesiyle karşılaşacaklardır. Uzmanlaşma anlaşmaları çerçevesinde bu durumları şu şekilde sıralayabiliriz.

a) Üretim sınırlamaları: Taraflardan biri, anlaşma süresince rekabet halindeki belirli bir ürünün üretimini durdurması veya (piyasa koşulları ya da teknolojiadaki gelişme sonucu olsa bile) ürün alanını genişletmemesi yükümlülüğünü üstlenmektedir.

b) Ürün temini sınırlamaları: Belirlenen ürünün üretiminden vazgeçen taraf, sözkonusu ürünleri (ilgili ürünü üçüncü kişilerden temin etme şartları ve ürün kalitesi anlaşma konusu üründen daha cazip olsa bile) karşı taraftan temin etme yükümlülüğü altındadır.

c) Dağıtım sınırlamaları: Anlaşmayla belirlenen ürün çeşidinin dağıtımı (satımı), münhasır olarak bir tarafa bırakılmaktadır⁶⁴. Doğal olarak bu durum başka üretici veya dağıtıcıdan aynı veya benzer ürünü temin etme imkanı bulamayan tüketicilerin tercihlerini kısıtlayacaktır. Görüldüğü gibi bu tür anlaşmalar aslında üretimin, piyasanın, teknik gelişmenin ve yatırımların sınırlandırılması veya kontrolü anlamına geldiğinden RK m. 4'e aykırı olacaktır⁶⁵.

of Competition (1993), p. 5-132. AB uygulamasında uzmanlaşma anlaşmalarıyla ilgili bir grup muafiyeti tüzüğü vardır (417/85 sayılı Uzmanlaşma anlaşmalarına ilişkin Komisyon Tüzüğü, OJ, 22.2.1985, No: 2 53/1). Uzmanlaşma anlaşmalarında belirli bir malın üretiminden tek taraflı olarak vazgeçmek yasaklanmıştır. Zira bu durum üretimin kontrolüne ve tekelleşmeye yol açar. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 366.

⁶³ Bkz. 417/85 sayılı Komisyon Tüzüğü, p. 3-5.

⁶⁴ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 127. Bkz. 417/85 sayılı Komisyon Tüzüğü m. 2/b-c. Krş. 1997/3 nolu Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği, m. 4/a-c.

⁶⁵ Kanunumuz sadece ürün sınırlandırılmasından bahsetmiş, teknik gelişmenin, yatırımların sınırlandırılmasından bahsetmemiştir. Teknik gelişmenin ve yatırımların sınırlandırılmasına Yılıpkin kayıtlar ATA m. 81/1-b'de açıkça yer aldığından, bu hukuk sistemi tereddütsüz sözkonusu halleri de yasak kapsamına almıştır. Fakat AB hukukunda uzmanlaşma anlaşmaları grup muafiyeti tüzüğü ile 81/1. maddesi uygulamasından istisna tutulmuştur. (MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-240, 241; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 5-142 vd; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 131 vd; GOYDER, EC Competition Law, s. 174 vd). Kanunumuz 4. maddesi (c) bendi, teknik gelişmenin ve yatırımların sınırlandırılmasına

V. Piyasaya Girişin Engellenmesi

Teşebbüslerin aralarında anlaşarak ticari faaliyet alanlarına başka rakip teşebbüslerin girmelerini engellemeleri hukuka aykırıdır⁶⁶. Kanununun 4/2-d maddesi bendinde bu durum, "rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi" olarak ifade edilmiştir. Böylece Kanununun 4/2-d bendinde, ATA 81/1 maddesinde yer almayan⁶⁷ birtakım yasak faaliyetler öngörölmüş bulunmaktadır. Kanununun 4. maddesi (d) bendindeki yasak davranışları şu başlıklar altında incelemek mümkündür.

1. Rakip Teşebbüs Faaliyetlerinin Zorlaştırılması

Rakip teşebbüs faaliyetlerinin zorlaştırılması aslında rekabet ortamının doğal bir sonucu olmalıdır. Rekabet şartlarından yoksun piyasalarda teşebbüsler ürettikleri mal veya hizmetlerin fiyatı, miktarı, kalitesi gibi hususların belirlenmesinde yeğane güç konumundadırlar. Bu tür piyasalarda teşebbüsleri daha kaliteli veya daha ucuz mal üretmeye zorlayan kuvvetli bir etken yoktur⁶⁸. Halbuki rekabet piyasalarında teşebbüslerin başarısı ürün farklılığına gitmek, yeni buluşlar yapmak, daha kaliteli ve ucuz mal üretmek suretiyle rakiplerinden daha verimli faaliyet göstermelerine dolayısıyla daha fazla kazanç elde etmelerine bağlıdır. Bu anlamda rekabetin teşebbüsler için bir baskı aracı olduğu açıktır. İşte teşebbüsler bu mücadeleden kurtulmak için aralarında anlaşarak rekabeti bertaraf etmeye, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırarak (yıkıcı

ilişkin bir kayıt içermese bile, şüphesiz bu haller rekabeti sınırladığı takdirde m. 4/1 fıkrasının uygulanmasını gerektirecektir.

⁶⁶ Belli bir pazardaki (Adıyaman ili) rakipleri (yerel firmaları) pazar dışına çıkarmak için yıkıcı fiyat uygulamasını konu edinen Tilmen Oteli anlaşması hakkındaki Rekabet Kurulu kararı (93/750-159) için bkz. Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 115-138).

⁶⁷ Piyasaya girişlerin engellenmesi, boykot gibi rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler ATA m. 81/1'deki bentler içerisinde yer almasa da m. 81/1'deki genel kural çerçevesinde değerlendirilerek yasaklanabilmeleri mümkün olacaktır. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-83; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-218; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 164.

⁶⁸ FRAZER, Monopoly, Competition and the Law, s. 9. 10; WHISH, Competition Law, s. 2, 3.

fiyat, hammadde temini güçlüğü) piyasa dışına çıkarmaya yönelebilirler⁶⁹. Ayrıca bu hal haksız rekabet olarak da kabul edilebilecektir⁷⁰.

2. Piyasaya Girişlerin Engellenmesi

Teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerinin ana hedefi, mevcut veya potansiyel rekabeti bertaraf ederek yeni teknolojiler bulmak, maliyetleri düşürmek gibi hususlardan kaynaklanacak masraflardan kurtulmak ve düşük fiyatlar yerine, yüksek fiyatlarla satış yapmak fırsatlarını ele geçirmektir. Belirli bir mal veya hizmet piyasasında yüksek karlarla faaliyet gösteren teşebbüsler, piyasaya yeni girişleri önlemek suretiyle bu konumlarını muhafaza etmek isteyeceklerdir⁷¹. Aksi halde yeni girişler önlenemediği takdirde, teşebbüsler arası işbirliği anlaşmalarıyla hedeflenen sonuçlar uzun ömürlü olmayacaktır. Piyasaya girişleri engellemeye veya mevcut rakip teşebbüsleri piyasa dışına çıkarmaya yönelik faaliyetlerde teşebbüslerin aralarında anlaşmaları, etkin bir yöntem olsa bile, yeğane yöntem de değildir.

Çeşitli ticari faaliyetleri yürüten teşebbüslerin aralarında tesis ettikleri birlik vasıtasıyla hem aralarındaki işbirliğini hem de piyasayı kontrol altında tutmaları mümkündür⁷². Örneğin bir ürünün üreticileri birliği ile sözkonusu ürünün dağıtıcıları birliği arasında, birlik üyesi olmayan dağıtıcılara ürün verilmemesi veya birlik üyesi olmayan üretici ürünlerinin dağıtılmamasına ilişkin anlaşmalar, ilgili ürünün üretim ve dağıtım sektörünü kontrol altında tutarak bu sektörlere yeni girişleri engelleyeceğinden RK m. 4/2-d'yi ihlal edecektir⁷³. Ayrıca belli bir sektörü kontrol eden teşebbüslerin, aralarında tesis ettikleri birlik vasıtasıyla birliğe üyelik için kabul edilen objektif şartları yerine getiren teşebbüsleri üyeliğe kabul etmemeleri de ayırıcı uygulama veya giriş engeli olarak düşünülebileceğinden bu durum RK m. 4/2-d bendine aykırı olacaktır⁷⁴.

⁶⁹ Kanunun "rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması" şeklindeki ifadesinin haklı olarak tereddütlere yol açtığı belirtilmiştir. Gerçekten rakip teşebbüs faaliyetlerinin zorlaştırılması, sadece rekabeti kısıtlayıcı bir faaliyet olarak değil, rekabeti teşvik eden bir dürtü olarak da değerlendirilebilir. Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 74.

⁷⁰ İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, s. 105; ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 290 dph. 4.

⁷¹ WHISH, Competition Law, s. 2.

⁷² BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 330, 331.

⁷³ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 75. Geniş bilgi için bkz. BORK, The Antitrust Paradox, s. 310 vd.

⁷⁴ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 4-084.

3. Boykot

Boykot veya rakip teşebbüslerle alış veriş yapmayı reddetmeye ilişkin anlaşmalar hakkında doktrin ve uygulamanın müşterek tutumu, bunların rekabet düzenlemelerine aykırı oldukları yönündedir⁷⁵. Rakip teşebbüsle veya teşebbüslerle toplu olarak alış verişin kesilmesine ilişkin boykot, hangi gerekçelerle yapılırsa yapılsın, bu tür uygulamalar rekabeti sınırlayıcıdır dolayısıyla RK m. 4/2-d'yi ihlal eder. Bu konuya yönelik ilginç bir örnek ABD uygulamasında Fashions Originators Guild olayında⁷⁶ ortaya çıkmıştır. Anılan olayda Guild üyeleri, korsan elbise modeli kullanan perakendecilere kumaş vermemek üzere aralarında anlaşmışlardır. Davalı üye teşebbüsler, aralarında bu konuya ilişkin bir anlaşmanın varlığını kabul etmişler ve hareketlerinin makul olduğunu, korsan model kullanımının sektöre zarar verdiğini iddia etmişlerdir. ABD Yüksek Mahkemesine göre haksız model kullanımı haksız fiil (rekabet) teşkil etmesine rağmen, bu durum davalı üye teşebbüslerin bir araya gelerek rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunmalarını mazur göstermez. Mahkeme, davalıların amacına bakmaksızın toplu boykotun per se hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁷⁷.

Teşebbüsleri boykota teşvik eden sebepler çok çeşitlidir. Bu sebeplerin başında piyasaya girişleri önlemek veya rakip teşebbüsleri piyasa dışına çıkarmak ve çoğunluk itibarıyla da fiyatlar üzerinde denetim sağlamak amacı gelmektedir⁷⁸. Bu anlamda bir grup perakendecinin fiyat artışlarını önlemek üzere üretici veya toptancıyı boykotla tehdit etmesi böyledir. Yine ABD uygulamasında bir grup likör perakendeci ve toptancısı (aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldıracak nitelikte) anlaşarak, daha düşük fiyatlardan satın almaya razı etmek için üreticilerden likör satın almayı reddetmişlerdir. Yüksek Mahkeme fiyatları dondurmaya yönelik boykotu, kanuna aykırı bulmuştur⁷⁹. Boykotu fiyat tespit anlaşmalarından farklı kılan hususların başında, doğrudan zarar gören kimselerin farklı olması gelir. Boykot anlaşmalarının mağduru boykot edilen teşebbüs veya alıcılardır⁸⁰. Fiyat anlaşmalarından zarar gören

⁷⁵ BORK, The Antitrust Paradox, s. 330; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-218; NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 72, 73; KINTNER, An Antitrust Primer, s. 38; TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 180.

⁷⁶ Fashions Originators Guild v. Federal Trade Commission, 312, US, 457 (1941).

⁷⁷ TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, s. 180; KINTNER, An Antitrust Primer, s. 40; NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 74, 75.

⁷⁸ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 370, 371.

⁷⁹ KINTNER, An Antitrust Primer, s. 40.

⁸⁰ Topluluk veya birlik halinde alınan tedbirlerle başkasının serbest rekabet hakkına devamlı veya geçici olarak engel olmayı amaç edinen, rekabeti zorlaştıran veya bağlayıcı şartlara tabi kılan kimse, diğerinin ticari ve sınai faaliyetlerde bulunabilme özgürlüğüne zarar vermiş olur. Boykot serbest rekabet sisteminde, rakip teşebbüsleri, örgütlenmiş bir zorlama hareketi ile yok etmek, tasfiye etmek veya iktisadi faaliyetleri empoze edilen şartlar altında yürütmek için

kimseler arasında muhatap teşebbüsler bulunmakla birlikte, fiyat anlaşmaları nihai etkilerini tüketiciler üzerinde gösterir⁸¹.

VI. Ayırıcı Uygulamalar

Kanunun 4/2-e maddesinde ayırmacılığa yönelik teşebbüsler arası işbirliği davranışları yasaklanmıştır. Kanunun ifadesiyle, teşebbüslerin, aralarında anlaşmak suretiyle "münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartlar" uygulamaları hukuka aykırıdır. Kanunun 4/2-e maddesine tekabül eden ATA 81/1-d maddesinin ifadesi ise, "eşit durumdaki taraflara aynı değerdeki edimler için farklı şartlar uygulayarak bir tarafı rekabette dezavantajlı bir duruma sokmak" şeklindedir. Kanun mehz maddeden farklı olarak, münhasır bayilik anlaşmalarını bent uygulamasından hariç tutmuş ve eşit durumdaki kimselere farklı şartların uygulanmasını yeterli görmüştür. Halbuki mehz maddede, ayırıcı muamelelerle, muhatapların rakiplerine göre dezavantajlı bir konuma düşürülmesi aranmıştır⁸². Kanun aynı edimler için eşit durumdaki kimselere farklı (ayırıcı) şartların uygulanmasından bahsettiğine göre, başta farklı fiyat uygulamaları olmak üzere, coğrafi bölge ayırımı bu kapsama girecektir⁸³.

1. Münhasır Bayilik (Tek Satıcılık Anlaşmaları)

Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve içerisinde yapımcının, mamullerinin tamamını veya bir kısmını, belirli bir coğrafi bölgede, tekele sahip olarak satmak üzere sadece tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcının da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunma yükümlülüğünü üstlendiği sözleşmedir⁸⁴. Münhasır dağıtım sözleşmelerinde genellikle münhasır dağıtıcının dağıtımını yapacağı ürünün fiyatına ilişkin (en alt veya üst) hükümlere yer verildiği

yapılan ve rakiplere zarar veren bir davranıştır. Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 370. Ayrıca bkz. KINTNER, An Antitrust Primer, s. 40-42; NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 72, 73.

⁸¹ AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 132; NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America, s. 75.

⁸² RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 163; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 607, 608.

⁸³ WHISH, Competition Law, s. 504.

⁸⁴ YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 29; İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 14.

görülür⁸⁵. Doğal olarak bu durum fiyat tespitini yasaklayan RK m. 4/2-a bendini ihlal edecektir.

Münhasır satıcılık yetkisi, mal ve hizmetlerin dağıtımını geliştirdiği gibi, satış sonrası hizmetleri de iyileştirir. Münhasır satıcılık anlaşmaları özellikle küçük teşebbüslerin piyasaya girişini kolaylaştırır ve bunları yıkıcı rekabet şartlarından korur⁸⁶. Yine bu tür anlaşmalarla üretici, ürün dağıtımını ve pazarlaması işleriyle meşgul olmayacak, üretim faaliyetleri üzerinde yoğunlaşarak zaman ve para tasarrufunda bulunmuş olacaktır. Aynı şekilde tüketiciler, mal veya hizmetlere daha hızlı ve kolay ulaşacak, satış sonrası hizmetlerden yararlanma imkanları artacaktır⁸⁷. Münhasır dağıtım sözleşmelerindeki rekabeti kısıtlayıcı kayıtlara rağmen, bu olumlu yönleri göz önünde tutularak, muafiyet yoluyla genel yasak dışına çıkarıldığı görülür⁸⁸. Rekabet Kurulu da 1997/3 nolu tebliğle⁸⁹ münhasır dağıtım anlaşmalarını grup muafiyeti kapsamına almıştır⁹⁰.

Münhasır dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcı, kendi bölgesinde, satıcının ürünleriyle aynı olan (rakip) ürünleri satmama yükümlülüğünü üstlendiğinden, bu durum markalar arası rekabeti önler⁹¹. Diğer yandan sözleşmede, satıcının ve diğer dağıtıcıların, dağıtıcıya tanınan bölge içerisinde mal satamaması yönünde kayıtların yer alması ve anlaşmada belirlenen bölge dışında alternatif temin kaynaklarının bulunmaması halinde (teb. 1997/3, m. 4/c), piyasa coğrafi olarak paylaşılmış olacağından (RK m. 4/2-b) bu durum hukuka aykırı sayılacaktır.

⁸⁵ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 214.

⁸⁶ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 7-003.

⁸⁷ Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 211, 212.

⁸⁸ Krş. ANİK, Gülgün, Competition Rules of Turkey, ECLR, 5, 1997, s. 317.

⁸⁹ Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına Ylişkin Grup Muafiyeti Tebliği, No. 1997/3, RG, 4.9.1997, S. 23100.

⁹⁰ AB uygulamasında da Komisyonun münhasır dağıtım anlaşmalarını gerek bireysel muafiyetlerle gerekse grup muafiyetiyle ATA m. 81/1 yasağı dışında tuttuğu görülmektedir. Bkz. MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-254, 257; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 182 vd; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 620.

⁹¹ Münhasır dağıtım sözleşmesi markalar arası rekabeti önlese de sözleşmeye konu olan ürünün (markanın) dağıtımını ve satış sonrası hizmetlerde ortaya çıkacak iyileşmeler aynı zamanda markalar arası rekabetin kızışmasına yol açacaktır. Ayrıca aynı coğrafi piyasada farklı markaların bulunması halinde, münhasır dağıtıcının diğer (aynı ürün) markaları satmama yükümlülüğü piyasayı etkilemeyecektir. Ancak markalar arası rekabetin bulunmadığı piyasalarda, bölgesel korunmaya sahip olan dolayısıyla hakim teşebbüs konumuna gelen münhasır dağıtıcıya, hakim durumla ilgili hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelebilir. Gerçekten tüketicinin, anlaşma konusu ürünü, anlaşmada belirlenen bölge içerisinde sadece münhasır dağıtıcıdan elde edebildiği, anlaşmada belirlenen bölge dışında alternatif temin kaynaklarının bulunmadığı hallerde ilgili anlaşma, grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyecektir (teb 1997/3, m. 4/c).

2. Aynı Edimler için Farklı Şartlar Uygulanması

Kural olarak teşebbüslerin, ticari muamelelerde bulunacakları kimseleri istedikleri gibi seçebilme yetkileri, özel teşebbüs hürriyeti ve sözleşme serbestisi prensibinin doğal bir sonucudur. Özel teşebbüs ve sözleşme hürriyetinin sınırları genel ilkeler dışında, RK 4/2-e (ve 6/2-b)'de belirtilen rekabetin kısıtlanması sonucuna yol açacak ayırıcı davranışların varlığı halinde de aşılmış olacaktır. Tek yanlı olarak bir teşebbüsün ayırıcı fiyat veya diğer ticari koşulları piyasaya dikte edebildiği hallerde RK m. 6/2-b bendi, iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşmak suretiyle ayırıcı fiyat veya satış koşulları uygulaması hallerinde ise m. 4/2-e bendi ihlal edilmiş olur.

Teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarıyla rekabeti kısıtlayabilecek şekilde, alıcı veya satıcılara karşı ayırıcı davranışlarda bulunulması kuşkusuz RK m. 4/2-'ye aykırıdır⁹². Örneğin imalatçıların bakkal yahut dükkanlara, toptancı veya süper marketlerden alışverişlerini kesmeleri için daha düşük fiyatlardan satış yapması yahut bir üreticinin alt ve üst fiyat tespit ederek mal verdiği toptancılardan, tespit edilen fiyattan aşağı satış yapanlara mal vermeyi reddetmesi, ayırıcı uygulama olarak kabul edilebilir⁹³.

Rakip teşebbüsler (mevcut veya potansiyel) arasındaki ayırıcı uygulamalar, piyasaya yeni girişleri engellemek suretiyle ciddi rekabet ihlallerine dönüşebilir. Örneğin piyasaya yeni giren bir teşebbüsün, mevcut rakiplerinin baskısıyla üreticiden daha yüksek fiyatlarla mal temin etmek zorunda kalması yahut rakip teşebbüslerin maliyetinden düşük fiyatlarla piyasaya ürün arzı (yıkıcı fiyat) durumlarında diğerleriyle rekabet edebilmesi güçleşecek hatta imkansız olacaktır⁹⁴.

Ayırıcı muameleye maruz kalan kimselerin bu muamelenin tarafı olan alıcı ve satıcılar dışında üçüncü kişiler olması durumu da yasak kapsamına girecektir. Örneğin aynı ürün piyasası içindeki değişik bölgelerde, satış sonrası hizmetlerin farklı sunulması halinde, müşteriler arasında ayırım yapıldığı söylenebilir. Zira Kanununun 4/2. maddesi (e) bendinde herhangi bir ayırım yapmaksızın eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanmasından bahsedildiğine göre, rekabeti kısıtlayan davranışın taraflarına bakmaksızın,

⁹² Rekabetin kısıtlanması hali ATA 81/1-d bendinde, ticari muamelelerde muhataplara eş değerdeki edimler için farklı şartlar ileri sürmek suretiyle, onları rekabet açısından dezavantajlı bir duruma düşürmek olarak ifade edilmiştir. Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 68.

⁹³ Bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 56. Ayrıca bkz. EDLIN, Do Guaranteed - Low - Price Policies Guarantee High Prices and can Antitrust Rise to the Challenge, s. 560 vd.

⁹⁴ WHISH, Competition Law, s. 508, 510.

söz konusu davranışları yasak çerçevesine almak gerekecektir⁹⁵. Ayrımcı davranışlar başta farklı fiyat uygulamaları⁹⁶ olmak üzere, satış şartlarında, satış sonrası bakım hizmetlerinde eşit davranmamak, belirli müşterileri bağlamak için bunlara özel iskontolar uygulamak gibi haklı sebeplere dayanmayan davranışlardır⁹⁷.

Ayrımcı davranışların önemli bir şekli boykottur. Boykotla, teşebbüsler tek yanlı veya toplu olarak (anlaşmak suretiyle), aynı şartlar içerisindeki belirli alıcılara ürün arzını veya belirli üreticilerden mal teminini kısıtlamaya ya da tamamen mahrum etmeye yönelik rekabet düzeninin ruhuna aykırı amaçlar izlenir. Böylece boykot, genellikle rakip teşebbüsü, rekabeti bertaraf etmeye yönelik şartları kabule zorlamaya veya teşebbüslerin önceden aralarında mutabık kaldıkları davranışlara uymayan teşebbüsü zorlamaya ya da cezalandırmaya yönelik bir araç olarak kullanılır⁹⁸. Bu durumda ayrımcı muamelelere yol açan boykot RK m. 4/2-e bendini ihlal etmiş olacaktır.

VII. Ek Yükümlülükler Koymak (Bağlayıcı Kayıtlar)

Kanunun 4/2-f bendi, "anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin, de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartlar ileri sürülmesi"ni yasaklamıştır.

RK m. 4/2-f bendi ATA m. 81/1-e bendine tekabül eder. ATA m. 81/1-e bendine göre, "bir sözleşmenin yapılmasının, bu sözleşmenin ne niteliği ile ne de ticari teamüllerle bağlantısı bulunmayan munzam yükümlülükleri, karşı tarafın kabul etmesi şartına bağlı tutulması" hukuka aykırıdır. Her iki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, teşebbüsler arasındaki bir anlaşmanın, taraflardan birisinin, anlaşma konusu ile ilişkisi bulunmayan munzam yükümlülükleri kabul etmesi şartıyla yapılması yasaklanmıştır. RK m. 4/2-f bendi ATA m. 81/1-e bendiyle

⁹⁵ ATA m. 81/1-d'de ticari muamelenin diğer taraflarına (other trading parties) tatbik edilen ayrımcı şartlar doğrudan yasaklandığından üçüncü kişilerin maruz kaldığı ayrımcı davranışların da 81/1 gereği genel yasak çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilir. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 163.

⁹⁶ ABD'de Robinson-Patman Kanunu (15 USC § 13 (a) 1994) rekabetin azalmasına veya engellenmesine yol açan ayrımcı fiyat uygulamalarını açıkça yasaklamıştır. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 511-514; EDLIN, Do Guaranteed - Low - Price Policies Guarantee High Prices and can Antitrust Rise to the Challenge, s. 558 vd. Ayrıca bkz. KINTNER, An Antitrust Primer, s. 61 vd; BORK, The Antitrust Paradox, s. 382 vd.

⁹⁷ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 347, 348.

⁹⁸ Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 164; KINTNER, An Antitrust Primer, s. 38, 39.

karşılaştırıldığında ifade şekli bakımından düşük, kapsam bakımından dar olduğu görülecektir⁹⁹. Maddenin ilgili bendi, sözleşmenin niteliği veya ticari teamüller ile bağdaşmayan yükümlülükleri diğer mal veya hizmetlerin satın alınması, teşhiri veya tekrar arzına ilişkin şartlarla sınırlandıran bir düzenleme şekline sahiptir. Fakat bağlayıcı kayıtları, maddenin (f) bendinde sayılan hallerle sınırlandırmak mümkün değildir. Bu yüzden alıcının, anlaşma konusu ürüne ilave olarak diğer bir ürünü satın almaya veya ilgili ürünün teşhirine ilişkin kayıtları kabul etmeye zorlanması dışında, anlaşmanın niteliği ve ticari teamüllerle bağdaşmayan diğer ek yükümlülükler de bent kapsamına girer¹⁰⁰. Bir ticari muamelede "bağlayıcı", "ek" yükümlülük kavramının tam olarak tarifini yapabilmek zordur. Bu anlamda bağlayıcı kaydın çerçevesini, bağlayıcı kayda konu olan mal veya hizmetin niteliğini, kullanım amacını belirleyebilmek açısından ticari teamül "commercial usage", önemli bir faktör olacaktır.

1. Ticari Teamül

Ticari teamül, bir işin aynı şekilde yapılması itiyadından doğan ve kendilerine uyulması inancının yerleştiği adetlerdir¹⁰¹. Doktrinde ticari teamülün varlığı için genellikle şu şartların gerçekleşmesi aranır: (1) Uzun zamandan beri sürekli uygulanması, (2) ilgili kişiler arasında bu kurallara uymaları gerektiği yolundaki inancın yerleşmesi¹⁰². Ticari teamüllere zamanla uyulması zaruretinin yerleşmesiyle, teamüller örf ve adet hukukuna dönüşürler. Bu yönüyle ticari teamüller örf ve adet seviyesine çıkmamış, ihtilafların hallinde tatbik edilmeyen, sadece irade beyanlarının yorumunda uygulanan kaidelerdir (TK m. 2/1). Teamüllerin ticari sayılabilmesi için aranan şart, bunların ticari teamüllerle ilgili olmasıdır. Tarafların sözleşmede ifadesini bulan irade beyanları tespit edilemediği takdirde irade, ticari teamüllerin muhtevasına uygun yapılmış sayılır. Bu sonucun kabul edilebilmesi için tarafların ticari muameleleri bilmeleri şart değildir¹⁰³. Ticari teamüller örf ve adetlerle aynı seviyede tutulmasa bile bunların ticari hayatta fiili bir düzen tesis ettikleri, uygulama açısından göz ardı edilemeyecekleri açıktır¹⁰⁴. Örneğin ticari muamelelerde tekel içkilerle, gazoz,

⁹⁹ Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 77.

¹⁰⁰ Krş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 77, 78; BUDAK, Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, s. 142.

¹⁰¹ Bkz. ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 32; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 125, 126.

¹⁰² KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 148; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 126.

¹⁰³ Tacirler arasında örf ve adetler gibi ticari teamüllerin bilindiği farz edilir. Fakat belirli bir örf ve adete vakıf olmadığını iddia eden tacire borçlar hukuku ilkeleri çerçevesinde iradeyi sakatlayan bir sebebin varlığı (hata) kabul edilerek, hataya düşen tarafa bir fesih hakkı tanınması doğru olur. ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 33.

¹⁰⁴ ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 34.

meyve suları gibi meşrubatın muhafazasına yarayan şişe ve kasaların müşteriye değil satıcıya ait olduğu bu nevi yazılı olmayan bir kuraldır¹⁰⁵.

Ticari teamüller de örf ve adetler gibi aynı sıraya tabidirler. Mahalli ve özel teamüller genel olanlara tercih edilir ve genel olanlardan önce tatbik edilir. İlgili kimseler aynı bölgede bulunmadıkları takdirde ifa yerindeki ticari teamül dikkate alınır¹⁰⁶. Bir hususta teamülün var olup olmadığı genellikle bilirkişiye veya sanayi ve ticaret odalarına sorularak tespit edilir¹⁰⁷. RK m. 4/2-f bendi, alıcının kabule zorunlu olduğu bağlayıcı kayıtların şu iki hususla ters düşmemesini aramıştır: sözleşmenin niteliği ve ticari teamüller. Sözleşmenin niteliği gereği veya yukarıda tespit edilen esaslar çerçevesinde ticari teamül olarak kabul edilebilecek kayıtlar, ek yükümlülük sayılmayacaktır.

2. Bağlayıcı Kayıtlar

Kanunun 4. maddesi (f) bendi, teşebbüslerin aralarında anlaşarak muhatap teşebbüsleri rekabeti kısıtlayacak nitelikteki sözleşmenin konusu ve ticari teamüllerle bağdaşmayan ek yükümlülükleri kabule zorlayan davranışlarını yasaklamaktadır. Bağlayıcı düzenleme, satıcının belirli bir ürünü satın almak isteyen alıcıya, sözkonusu üründen farklı diğer (ikinci) bir ürünü de kendisinden satın alması veya en azından bu ikinci ürünü kendi rakiplerinden temin etmemesi kaydıyla yapılan satışları konu edinen sözleşmelerdir¹⁰⁸.

Tüketicilere yönelik bağlayıcı kayıtlar esasen Kanunun bu hükmü bendine göre değil Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (TKHK)¹⁰⁹ 5/3, 4. maddesi hükmüne göre değerlendirilmelidir. TKHK'nun bu hükmüne göre, satıcı bir mal veya hizmetin satışını, o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat veya süresi kadar ya da başka bir mal veya hizmetle birlikte satın alınması koşuluna bağlı kılamaz (m. 5/3). TKHK'nun 5. maddesi son fıkrası RK m. 4/2-f bendi ile benzer şekilde ticari teamül ya da örf veya adet çerçevesinde kabul edilebilecek bağlayıcı kayıtlara izin vermektedir: "Malın

¹⁰⁵ DOMANIÇ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, s. 11.

¹⁰⁶ ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 33; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 149.

¹⁰⁷ "Teamülün tespiti hakkında mütalaasına başvuru bilirkişiler terditli beyanda bulunarak teamülün mevcut olup olmadığı hakkında kesin bir beyanda bulunmamışlardır. Bu nedenle, teamülün mevcut olup olmadığı yetenekli bilirkişi ve gerekirse Ticaret Odasından sorularak neticesine göre bir karar verilmesi lazımdır." 11.HD, 11.2.1975, E.4970/K.892 (ERİŞ, Gönen, Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 1987, s. 101).

¹⁰⁸ VELTROP, Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, s. 549. Aynı yöndeki diğer bir tanım için bkz. Northern Pacific Railway v. United States, 356, US, 1 (1958).

¹⁰⁹ RG, 8.3.1995, S. 22221

veya hizmetin belli miktar, sayı, ebat ya da süre koşuluyla satılması, teamül, ticari örf veya adetten ise, üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz."

Tüketiciye yönelik bağlayıcı kayıtlar tereddütsüz diğer teşebbüslerin ticaret özgürlüğünü ve tüketicilerin seçme imkanını sınırlamaktadır. Örneğin bir bölgedeki iki veya daha fazla sayıdaki bilgisayar satıcılarının aralarında anlaşarak, alıcıların ancak bilgisayar masasını da satın almaları halinde bilgisayar alabilecekleri şartını koymaları, rekabeti kısıtladığı takdirde RK m. 4/2-f bendi kapsamına girecektir. Zira bu durumda müşterinin bilgisayar masasını (büro malzemesi satan) başka yerlerden satın alma, aynı zamanda da bu ürünleri satan teşebbüslerin ticaret özgürlüğü kısıtlanmış olmaktadır. Şu halde bağlayıcı kayıtları ihtiva eden ürünleri satan teşebbüslerle, bağlayıcı anlaşmanın tarafı olan teşebbüsler arasındaki rekabetin kısıtlandığı iddiası, ancak sözkonusu teşebbüslerin birbirlerinin rakibi yani aynı ürün piyasasında yer almaları şartıyla doğru olacaktır.

Bir takım ürünler birbirinden ayrı olsa bile, teknik olarak birbirini tamamlayan veya endüstriyel kullanımı açısından birbirini bütünleyici¹¹⁰ nitelikteki ürünler "ek", "bağlayıcı" yükümlülük kapsamına girmez¹¹¹. Örnek kabilinden şu hususların farklı mal veya hizmet olduğu dolayısıyla "bağlayıcı" yükümlülük teşkil edeceği söylenebilir. Herhangi bir ürün ve onun nakliye işlemleri, yedek parça temini, motorlu taşıt ve motor yağı, bir meyhane veya birahanenin kiralanması ile içki temini, meşrubat veya dondurma ile soğutucu cihazlar, bilgisayar aksamı ile programları, paketleme cihazları ile paketleme için kullanılacak mamuller, vitaminler kendi arasında ayrı ürün (veya hizmet) sayılır¹¹². Örneğin AB uygulamasında Tetra Pak olayında Komisyon, davalı teşebbüslerin, kamu sağlığı düşüncelerine ayrıca çoğu sanayi alanında yaygın

¹¹⁰ Eşya hukukunda tamamlayıcı veya bütünleyici parça, "mahalli örfе göre bir şeyin esaslı bir unsurunu teşkil eden, o şey telef veya tahrif yahut tağyir edilmedikçe ondan ayrılması kabil olmayan cüz'üler o şeyin mütemmim cüzleridir" (MK m. 619). Bir gözlüğün camı henüz gözlüğe takılmadan gözlükçüde ise, bütünleyici parça değil, bağımsız bir maldır. Yine mahalli örfе göre, bir evin esaslı unsuru sayılan pencere henüz eve takılmadan marangoz dükkanında bulunduğu sırada, bağımsız bir maldır (OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, s. 278 vd). Teferruat ise, asıl şey malikinin anlaşılabilen veya bölgedeki adetlere göre, o şeyin işletilmesi, muhafazası veya ekonomik gayesine hizmet için ona devamlı olarak tahsis olunan ve kullanılmasında asıl şeye tabi kılınan (menkul) maldır. Örneğin gözlük ve onun kabı (muhafazası). Geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, s. 283 vd. Bu durumda bir malın bütünleyici parçası veya teferruatı sıfatını taşıyan mallar ek yükümlülük olarak kabul edilemeyecektir.

¹¹¹ Krş. HAY, Vertical Restraints, s. 204; VELTROP, Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, s. 554, 555.

¹¹² VELTROP, Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, s. 555, dpn. 22. Ayrıca bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 166.

olan ve teknik standartlar gereği tetra ambalaj makinalarında belirli tip kartonların kullanılması gereğine dayanan iddialarını reddetmiştir¹¹³.

Bağlayıcı ve münhasır satın alma (hatta münhasır dağıtım) anlaşmalarının genellikle farklı anlaşmalar oldukları kabul edilmekle birlikte her iki anlaşmanın ekonomik karakteri ve ticari amacı birbirine çok yakındır. Münhasır satın alma anlaşması, alıcının üreticiye karşı belirli mal veya hizmetleri üreticinin rakiplerinden satın almama yükümlülüğü altına girdiği anlaşmalardır¹¹⁴. Münhasır satın alma anlaşmaları AB¹¹⁵ ve ülkemiz rekabet sisteminde grup muafiyetleriyle genel yasak ilkesi dışına çıkarılmıştır. Rekabet Kurulu 1997/4 nolu tebliğle¹¹⁶ münhasır satın alma anlaşmalarını, Kanunun 4. maddesi hükmünün uygulanmasından grup olarak muaf tutmuştur.

Bağlayıcı anlaşmaları ve münhasır satın alma anlaşmalarının yöneltilerinde ekonomik ve ticari sonuç açısından aralarındaki yakınlığa işaret eden çok sayıda Komisyon ve mahkeme kararının bulunduğu söylenebilir¹¹⁷. Bu iki anlaşma türü arasındaki başlıca farklılıklar, bağlayıcı anlaşmalar, alıcının anlaşma konusu ürün dışında diğer bir ürünü de satıcıdan satın alması veya bu ürünü rakiplerinden satın almaması yükümlülüğünü ifade eder. Bu durumda bağlayıcı anlaşmaların iki farklı ürün piyasasını içerdiği söylenebilir. Diğer önemli bir fark, bağlayıcı anlaşmalar, alıcıya münhasır bir satın alma borcu yükleyebileceği gibi sözkonusu anlaşmanın böyle bir borcu ihtiva etmemesi de (ikinci ürünün rakip teşebbüslerden satın alınmaması) mümkündür.

Münhasır satın alma anlaşmalarının anlaşma konusu ürünün dağıtım ve satış artırma faaliyetlerini iyileştirmesi, satıcının satışlarını planlayarak piyasa koşullarının getireceği riskleri sınırlandırma ve alıcının da ihtiyaçlarının düzenli bir şekilde karşılanması gibi faydalarından söz edilir¹¹⁸. Buna karşılık bağlayıcı anlaşmaların piyasaya giriş engelleri oluşturabileceği veya rakiplerin maliyetlerini arttırdığı hatta bağlayıcı üründen tekel karı sağlandığı söylenebilir. Gerçekten anlaşma konusu üründe hakim konumda bulunan teşebbüslerin bağlayıcı anlaşmalarla, hakim konumda bulunmadıkları diğer (bağlayıcı) ürünleri de yüksek karlarla satma fırsatını yakaladığı iddiaları, kuşkusuz haklılık

¹¹³ Olayda davalı teşebbüslerin ticari teamüle dayanan düşünceleri de tatminkar bulunmamıştır. VELTROP, Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, s. 556.

¹¹⁴ HAY, Vertical Restraints, s. 203; VELTROP, Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, s. 549.

¹¹⁵ 1984/83 sayılı Tekelden Satın Alma Anlaşmalarına ilişkin Komisyon Tüzüğü (OJ, 30.6.1983, L. 173/5).

¹¹⁶ RG, 9.9.1997, S. 23105.

¹¹⁷ VELTROP, Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, s. 549.

¹¹⁸ 1984/83 sayılı Komisyon Tüzüğü, p. 5-7.

payı taşımaktadır¹¹⁹. Gerçi tekelden satın alma anlaşmalarında da satıcının alıcıyı tüm ürün çeşitlerinden satın alma yükümlülüğünü kabule zorlayabilmesi (teb. 1997/4, m. 3/2)¹²⁰ gerek bizde ve gerekse AB rekabet sisteminde hukuka aykırı görülmemektedir¹²¹.

Kanunun 4. maddesi f bendinin mehzazı olan ATA m. 81/1-e bendi için bir işletmenin tek yanlı olarak uyguladığı bağlayıcı kayıtların da 81/1-e bendi kapsamında değerlendirilebileceği iddia edilmektedir¹²². Bu düşünceye katılmak zordur. Zira teşebbüslerin tek başına bağlayıcı kayıtları empoze edebildiği hal ATA m. 82/2-d (RK m. 6/2-c)'de düzenlenmiştir. ATA 81 ve RK 4. maddeleri teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerini düzenlemektedir¹²³. Bu yüzden sözkonusu hükümlerin uygulanabilmesi en az iki teşebbüsün varlığını gerektirir. Bu düşüncenin bağlayıcı kayıtları koyan teşebbüsün, hakim konumda bulunmadığı hallere yönelik muhtemel boşluğu doldurmaya yönelik olması da bu sonucu değiştirmez. Zira alıcılara ek yükümlülük koyan teşebbüse rakip teşebbüsler var ve alıcı ihtiyacı olan ürünleri bu teşebbüslerden temin edebilecekse, rekabetin kısıtlanmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır¹²⁴.

RK m. 4/2-f bendini ihlal eden davranışların rekabeti bozacağı veya kısıtlayacağı kuşkuludur. Gerçekten çamaşır makinası veya bulaşık makinası satın alan teşebbüse, gerekli olan deterjanı da alması kaydıyla satımın kabul edildiği durumda, tamamen farklı ürün piyasaları içerisinde yer alan çamaşır

¹¹⁹ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 609, 610; VELTROP, Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, s. 551.

¹²⁰ Aynı şekilde 1984/83 sayılı Komisyon Tüzüğü, m. 2/3-a.

¹²¹ 1984/83 sayılı Komisyon Tüzüğü, m. 3/c, 1997/4 nolu tebliğ m. 4/c hükümlerinde münhasır satın alma hakkındaki grup muafiyetinin, nitelikleri ve ticari teamül gereğince, aralarında bağlantı bulunmayan malları satın alma yükümlülüğünü kapsamayacağı belirtilmiştir. Satıcının (üreticinin) ürettiği tüm ürün çeşitleri içine çok değişik ürünlerin girebileceği kuşkusuzdur. Örneğin buzdolabı, çamaşır makinası, bulaşık makinası, ütü, televizyon, fırın, müzik setleri vs. Sadece çamaşır makinası, buzdolabı, televizyon satın almak isteyen alıcıya bulaşık makinası, ütü ve fırını da almak koşuluyla satış yapılması, ne nitelikleri ne de ticari teamül gereği aralarında bağlantı bulunmayan bu ürünleri kuşkusuz bağlayıcı kayıt olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu yüzden münhasır satın alma anlaşmalarına yönelik grup muafiyetinin bağlayıcı kayıtları yasakladığı yönündeki iddiaya ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Krş. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 166.

¹²² Bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 87.

¹²³ Krş. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 71.

¹²⁴ Aynı yönde bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 87; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 57.

veya bulaşık makinası satıcıları ile temizlik maddeleri satıcıları ya da üreticileri arasındaki rekabetin bozulduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır¹²⁵.

Sözleşme konusu ürünle, niteliği veya ticari teamüllerle bağdaşan ek (bağlayıcı) ürün madde kapsamına girmediğine göre, maddenin uygulama alanı farklı ürün veya hizmet yükümlülükleriyle ilgilidir. Bu hallerin, teşebbüslerin ticaret özgürlüğünü (bağlayıcı ürünlerin diğer satıcılardan satın alınmasını) kısıtladığı aşıkardır¹²⁶. Rekabetin kısıtlanması ile doğrudan ilgili olmayan RK 4. maddesi (f) bendinin bağlayıcı kayıtları, tarafların ticaret özgürlüğünü kısıtlaması dolayısıyla hukuka aykırı saydığını kabul etmek gerekir¹²⁷. Belirli bir makinanın üreticilerinin aralarında anlaşarak, alıcı teşebbüslerin, sözkonusu makinanın kullanımıyla ilgili ürün ve parçaların da aynı üreticiden satın alınmadıkça makina satılamayacağını kararlaştırmaları ek yükümlülük olarak kabul edilir¹²⁸. Bu durumda ilgili makinanın kullanımında gerekli olan ürün veya parçaları satmaya yetkili olan teşebbüslerin satış yapması engellenmektedir. Böylece sözleşme konusu ile aynı ürün piyasasında yer almayan farklı ürünlerin, bağlayıcı (ek) kayıtlarla alıcıya empoze edilmesi, diğer teşebbüslerin ticaret özgürlüğünü ihlal edecektir.

§ 11. Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak İlkesinden Muaf Tutulması

I. Kanunun Muafiyet Hükmü

Rekabet Kanunu 5. maddesi, 4. madde şartları altında hukuka aykırı kabul edilen işbirliği davranışlarının, sözkonusu madde uygulamasından hangi hallerde istisna tutulabileceğini göstermektedir. Kanunun muafiyet hükümlerinden yararlanabilmek bakımından rekabeti sınırlayıcı işbirliği uygulamaları arasında (teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları) herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Kanunun 5. maddesi büyük ölçüde ATA m. 81/3 ile aynı hükümleri taşımaktadır. ATA m. 81/3'e göre, 81/1. maddesi hükmünün kapsamına

¹²⁵ Bkz. RODIÉRE, The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2), s. 280.

¹²⁶ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 165; WHISH, Competition Law, s. 608, 609.

¹²⁷ WHISH, Competition Law, s. 609; RODIÉRE, The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2), s. 280. Krş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 78.

¹²⁸ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 57.

girmesine rağmen birtakım yararları nedeniyle, bir kısım anlaşma veya anlaşma grupları, karar ya da karar grupları ve uyumlu eylemler ile bu tür davranış grupları, genel yasak ilkesinden istisna tutulabilir. Rekabet Kanunu 5. maddesine göre de Rekabet Kurulu, Kanunda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir. Rekabeti kısıtlayan ve muafiyet kapsamına da girmeyen teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararları RK m. 56 (ATA m. 81/2) gereği geçersizdir¹²⁹. Kanun sisteminde bu müeyyidenin uygulanmasını engelleyen diğer bir Rekabet Kurulu tasarrufu da menfi tespit kararıdır. Hakkında menfi tespit kararı alınan bir anlaşma veya kararın geçersizliği Kurul tarafından ileri sürülemeyecek ve ceza tatbik edilemeyecektir (m. 8/1)¹³⁰.

ATA 81/1 maddesi, ABD antitröst hukukunda Sherman Kanunu 1. maddesiyle aynı paralelde hükümler taşır. Fakat Sherman Kanunu ATA m. 81/3'teki muafiyet hükmüne benzer bir düzenlemeye yer vermez. Zira Kanunun ilk döneminde istenilen sonuçların gerçekleşmesinde rekabetin en etkin yol olduğu varsayımı geçerli idi¹³¹. Ancak sonradan haklı sebep kuralıyla (rule of reason) bu eksiklik giderilmiş ve amacı rekabete aykırı olmayan hatta rekabete katkıda bulunan veya haklı sebeplere dayanan işbirliği uygulamaları Sherman Kanunu uygulaması dışında tutulmuştur¹³². Ayrıca bu yaklaşım tarzı AB sisteminde de etkili olmuş ve ATA m. 81/3'teki koşulları taşımamakla birlikte, piyasa koşulları (belirli bir sektörde veya genel olarak kriz dönemlerinde) ya da

¹²⁹ Kanunun geçersiz saydığı rekabeti sınırlayıcı davranışlar içerisinde uyumlu eylemler yer almaz. Çünkü uyumlu eylemler, anlaşma ve kararlar gibi bağlayıcı nitelik taşımadıklarından hukuken bir varlığa sahip değildirler. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin geçersizliğinden de bahsedilemez. LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 611; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 58.

¹³⁰ Benzer şekilde muafiyet ve menfi tespit kararı dışında yasak ilkesinin uygulanmasını engelleyen diğer bir imkan da ATA m. 81/1 (ve RK m.4)'de yer almayan fakat mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen "de minimis" kuralıdır. De minimis (hoş görülebilirlik) kuralı, etkisinin küçük olması halinde, rekabeti engelleyen veya bozan ya da kısıtlayan bir anlaşmaya ATA 81/1 maddesinin uygulanmamasını yani sözkonusu anlaşmanın müsamaha ile karşılanabileceğini ifade eder. Bkz. LAURILA, The De Minimis in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance, s. 97. Ayrıca bkz. WHISH, Competition Law, s. 223 vd; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 895 vd.

¹³¹ Bkz. BARNES, Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law, s. 808.

¹³² Bkz. McLACHLAN, D. L. and SWANN, D., Competition Policy in the European Community, London 1967, s. 133 vd; BOUTERSE, Competition and Integration - What Goals Count? s. 41 vd; DOHERTY, Community Exemptions in National Law, s. 315.

kamu yararı gereği rekabeti kısıtlayan anlaşmaların yasak ilkesi kapsamında çıkarılabileceği düşüncesi doktrin ve uygulamada benimsenmiştir¹³³.

Rekabeti sınırlayıcı işbirliği anlaşmalarına muafiyet tanınması gereği, bir takım anlaşmaların zararlı sonuçları yanında tüketicilere yarar sağlaması, ekonomik ve teknik gelişmeye katkıda bulunması gibi olumlu sonuçlardan doğar. Fakat rekabeti kısıtlayıcı işbirliği anlaşmalarının muafiyetle izlenen bu olumlu sonuçları gölgeleyecek ve ilgili piyasadaki rekabeti tamamen bertaraf edebilecek nitelikte olmaması gerekir (RK m. 5).

Kanundaki şartları taşıyan anlaşmalar kendiliğinden muafiyet hükmünden yararlanamamaktadır. Rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamalarına muafiyet tanımaya yetkili tek organ, Rekabet Kuruludur (RK m. 5/1, 27/b)¹³⁴. Rekabet Kurulu, şartları çerçevesinde, ilgililerin talebini değerlendirerek, talep konusu anlaşma için muafiyet kararı verebileceği gibi, kendiliğinden belirli konulardaki anlaşma türlerine muafiyet tanıyan tebliğler de çıkarabilir (RK m. 5/3). Bunlardan ilkinde bireysel muafiyet, ikincisine ise grup muafiyeti denmektedir. Muafiyet için ilgililer, 4. madde kapsamına giren işbirliği davranışlarını (anlaşma, uyumlu eylem ve karar), yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde kurula bildirmelidirler. Aksi halde bildirilmemiş işbirliği davranışlarına muafiyet hükümleri uygulanmayacaktır (RK m. 10/1).

II. Muafiyet Türleri

1. Bireysel Muafiyet

İki veya daha fazla teşebbüsün, aralarındaki rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamasının muafiyet kapsamına alınmasına yönelik talepleri üzerine Rekabet Kurulu, Kanunun 5. maddesi çerçevesinde ilgililerin sözkonusu talebini değerlendirecek ve somut işbirliği davranışının ya RK m. 4/1 fıkrası uygulamasından istisna tutacak ya da muafiyet talebini reddedecektir. İşte Rekabet Kurulunun, somut işbirliği davranışına taraf teşebbüslerin talebi üzerine, ilgili anlaşmanın (karar veya uyumlu eylem) Kanunun 5. maddesi kapsamına alındığını bildiren kararı, bireysel muafiyet kararıdır. Kurulun kararı kurucu ve yenilik doğurucu bir karardır¹³⁵. Kurulun muafiyet kararıyla rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararları, Kanunun 4.

¹³³ ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 80 vd; TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 346 vd. Ayrıca bkz. BOUTERSE, Competition and Integration - What Goals Count? s. 52 vd.

¹³⁴ AB sisteminde muafiyet sağlamaya tek yetkili organ Komisyondur (17 sayılı tüzük m. 9/1). Ancak Komisyondan başka milli organ veya mahkemelerin de muafiyet tanıyabileceği yolundaki görüşler için bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 145, 146.

¹³⁵ TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 359.

maddesi uygulama alanı dışına çıkarıldığından geçersizlik yaptırımından (RK m. 56) kurtulmaktadır.

RK 4. maddesi kapsamına giren uyumlu eylemlere de muafiyet tanınabileceği kuşkusuzdur. Oligopol piyasalarda, piyasa koşulları sonucu teşebbüsler paralel davranmak zorunda kalır ve 5. maddedeki koşulların gerçekleştiği gösterilebilirse, teşebbüsler arası uyumlu eylemler de muafiyet hükmünden yararlanabilecektir¹³⁶. Fakat uyumlu eylemlerin RK 56. maddesi gereği geçersizliğinden bahsedilemeyeceğine göre muafiyet kararıyla bu tür uygulamalar Kanunun 4. maddesinde formüle edilen yasak kapsamından çıkarılmış olmaktadır. Kurulun muafiyet kararına kadar teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının total hukuki muamele¹³⁷ niteliğinde oldukları söylenebilir. Doktrinde bu hal için, aslında "eksik işlemler" için geçerli olan "askıda hükümsüzlük" deyimini¹³⁸ kullanılmaktadır. Rekabet Kurulunun muafiyet kararı, bir anlaşma veya kararın, geçerli olarak kurulabilmesi için tamamlanması gereken bir unsur değildir. Esasen bir hukuki muamele çerçevesinde, anlaşma veya kararın muteberliği için gerekli olan unsurların varlığı halinde, ilave şartlara gerek kalmaksızın sözkonusu muamele hüküm ifade eder. Rekabet Kurulunun kararı, herhangi bir teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararının muteberliği veya hüküm ifade etmesi için gerekli bir unsur değildir¹³⁹.

Kurulun muafiyet kararıyla muafiyet kapsamına alınan teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararı RK m. 4/1'de düzenlenen genel yasak ilkesi dışına çıkarılmış olur. Aksi halde sözkonusu anlaşma veya karar geriye etkili olarak ve kendiliğinden hükümsüz sayılacaktır¹⁴⁰. Geçersizlik durumu ilgili herkes tarafından ve her zaman ileri sürülebilir.

Kurul, teşebbüslerin muafiyet talebi karşısında, 5. madde çerçevesinde gerekli şartların var olup olmadığını inceler. Bireysel muafiyette, muafiyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olay için ayrı ayrı araştırılacaktır. Muafiyet kararı anlaşmaya taraf teşebbüslerle veya somut olayla

¹³⁶ WHISH, Competition Law, s. 227, dpn. 5; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 81.

¹³⁷ "Total hukuki muamele" deyimini, özellikle milletler arası özel hukuk alanında kullanılmaktadır. Bkz. ÇELİKEL, Aysel, Milletler Arası Özel Hukuk, İstanbul 1992, s. 33.

¹³⁸ TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 359; GÜRZUMAR, Osman, "Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 123.

¹³⁹ Geniş bilgi için bkz. İkinci Kısım, "hükümsüzlük" bakımından "Kurul kararlarının etkisi" başlığı altındaki "muafiyet kararı" ile ilgili kısım.

¹⁴⁰ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 60, 61; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 73. Hükümsüzlüğün genel sonuçları için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 404 vd.

sınırlı bir etki alanına sahiptir. Halbuki grup muafiyetinde her somut olay için değil, belirli türdeki rekabeti sınırlayıcı işbirliği halleri (soyut) bir düzenlemeyle (tebliğ), dördüncü madde uygulamasından istisna tutulmaktadır.

Kuruldan muafiyet talebinde bulunan teşebbüsler, muafiyet hükmündeki şartların gerçekleştiğini göstermek zorundadır¹⁴¹. Kurul tarafların başvuru şartlarıyla bağlı değildir ve gerekli gördüğü her türlü bilgiyi teşebbüs veya teşebbüs birliklerinden isteyebilir hatta yerinde incelemelerde bulunabilir (RK m. 14, 15). Etkisi belirli bir süreyle sınırlandırılan muafiyet kararı (en çok beş yıl), belirli şart veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceği gibi geri de alınabilir (m. 5/2)¹⁴².

Muafiyet talebini kabul eden Kurul kararıyla menfaatleri ihlal olan kişiler yargı yoluna başvurabileceklerdir. Muafiyet talebinin reddiyle birlikte Kanunun 4. maddesini ihlal eden işbirliği davranışı, soruşturma kapsamına alınacaktır. Nihai kararla birlikte taraflar kurul kararına karşı Danıştay'a başvurabileceklerdir (m. 55/1). Kanun muafiyet için zaruri olan şartları 5. maddede açıkça belirtmiş ve bu şartların tamamının somut olayda gerçekleşmesi gereğine işaret etmiştir. Ancak sözkonusu şartların tamamı gerçekleşse bile, Kurul, teşebbüslerin muafiyet talebine uygun karar vermek zorunda değildir. Kanun muafiyet şartlarını göstererek Kurulun takdir hakkını sınırlandırmış fakat tamamen kaldırmamıştır. Kanunun, ilgililerin talebi üzerine "Kurul, ... şartların tamamının varlığı halinde ... teşebbüsler arası anlaşma(ların) ... 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir" şeklindeki ifadesi bu sonucun kabulünü gerektirir. Şüphesiz Kurul takdir hakkını kullanırken keyfi davranamayacak, kanuni şartların tamamının varlığına rağmen muafiyet talebinin reddini haklı gösterecek gerekçeleri kararında belirtecektir¹⁴³.

¹⁴¹ Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı Menfi Tespit/Muafiyet Başvuru/Bildirim Formu (Form-1), (Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun'un 10. Maddesine Göre Bildirimin Usul ve Esasları Rekabet Kurulu Tebliği, No: 1997/2, RG, 12.8.1997, S. 23078) 2. başlık ve devamındaki sorular, özellikle 6.2. soru. Ayrıca bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 91; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 54; WHISH, Competition Law, s. 234.

¹⁴² Bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 69; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-171; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 615.

¹⁴³ Bu sonuç AB uygulaması için de geçerlidir. Adalet Divanı Komisyonun takdir yetkisine müdahale etmemektedir. Fakat Mahkeme Komisyon kararının gerekçelerini incelemekte ve gerektiğinde kararı bozmaktadır. WHISH, Competition Law, s. 234; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 91.

2. Grup Muafiyeti

Rekabet Kanunu 5/3 maddesinde, açıkça belirli anlaşma karar veya uyumlu eylemin muafiyet kapsamına alınmasından başka, maddenin sevk ettiği şartların varlığı halinde, çeşitli anlaşma, karar veya uyumlu eylem kategorilerine grup olarak muafiyet tanınabileceği de belirtilmiştir. Rekabet Kurulu muafiyet için aranan şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerini bir grup olarak 4. madde uygulamasından muaf tutan ve bunun için gerekli olan şartları ihtiva eden tebliğler çıkarabilir (m. 5/3). Grup muafiyetleri tebliğleri, Kurulu bireysel muafiyet usulünün yükünden kurtarır. Bu sistem aynı zamanda teşebbüsleri de aralarındaki grup muafiyeti kapsamına giren veya tebliğ şartlarına uygun hale getirilen rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamaları için bireysel muafiyet elde etme külfetinden kurtarır¹⁴⁴.

Tebliğ kapsamına giren somut bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi, sözkonusu anlaşmanın tebliğde öngörülen şartlara uygun olmasına bağlıdır. Rekabet Kurulu bu güne kadar dört adet grup muafiyeti tebliği yayınlamıştır¹⁴⁵. Bunlar (1) Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 97/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği, (2) Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 97/4 nolu Grup Muafiyeti Tebliği, (3) Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin 98/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği, (4) Franchise Anlaşmalarına İlişkin 1998/7 nolu Grup Muafiyeti Tebliği. Grup muafiyeti tebliğleri incelendiğinde esas olarak şu üç hükme yer verildiği görülmektedir:

(1) Muafiyet kapsamına giren yükümlülükler, örneğin Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Tebliğe göre dağıtıcıya, (a) Anlaşma konusu mallarla rekabet halindeki malları üretmeme veya dağıtmama, (b) Anlaşma konusu malları yeniden satış amacıyla yalnız diğer taraftan alma, (c) Anlaşmada belirlenen bölge dışında anlaşma konusu mallarla ilgili olarak, müşteri aramama, şube açmama ve dağıtım deposu kurmama yükümlülüklerinden başka rekabet sınırlaması yüklenemez (m. 3)¹⁴⁶.

(2) Muafiyet kapsamı dışında kalan koşul ve yükümlülükler, yine bu tebliğ esas alınırsa bunlar: (a) Aynı malların veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan malların üreticilerinin bu mallar için kendi aralarında karşılıklı olarak tek elden dağıtım anlaşmaları yapmaları, (b) Aynı malların veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan malların üreticilerinin bu mallar için kendi aralarında tek taraflı olarak tek elden dağıtım anlaşmaları yapmaları, (c)

¹⁴⁴ Bkz. LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 615, 616.

¹⁴⁵ Sözkonusu tebliğler konularına göre, ilgili Komisyon tüzükleri esas alınarak hazırlanmıştır.

¹⁴⁶ Franchise anlaşmalarındaki bağlayıcı kayıtlar için bkz. THIER, Sarah M., An Analysis of Tying Arrangements in Franchising Contracts, JCL, Vol. 23, I.: 3, 1998, s. 563 vd.

Kullanıcının, anlaşma konusu malları anlaşmada belirtilen bölgede sadece tek elden dağıtıcıdan elde edebilmesi ve anlaşmada belirlenen bölge dışında alternatif temin kaynaklarının olmaması, (d) Taraflardan birinin veya her ikisinin, araçların veya kullanıcıların anlaşma konusu malları ülke içindeki diğer satıcılardan veya alternatif temin kaynaklarının bulunmaması halinde ülke dışından elde etmelerini zorlaştırmaları (m. 4). Zira bu durumlar markalar arası rekabeti teşvik etmek isteyen tebliğin (ve Rekabet Kanununun) amacıyla bağdaşmaz. Çünkü kullanıcının sözkonusu malları, münhasır dağıtıcı dışında alternatif temin kaynaklarından elde edememesi durumunda, marka içi rekabet bütünüyle ortadan kaldırılmış olmaktadır¹⁴⁷.

(3) Muafiyetin geri alınacağı haller: Muafiyetin geri alınabileceği haller aslında Kanunun 13 maddesinde düzenlenmiştir. Fakat her tebliğde bu konuyla ilgili özel hükümlere yer verildiği görülmektedir. Muafiyetin geri alınacağı durumlar yine aynı tebliğe göre, (a) anlaşma bölgesinde anlaşma konusu mallar, aynı mallarla veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan mallarla etkin rekabet halinde değilse, (b) anlaşma bölgesinde diğer sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişleri önemli ölçüde zorlaştırılmışsa, (c) araçların veya kullanıcıların anlaşma bölgesi dışında anlaşma konusu malları geleneksel yollarla elde etmeleri mümkün olmuyorsa, (d) tek elden dağıtıcının kabul edilebilir haklı bir nedeni olmaksızın, anlaşma konusu malları, uygun koşullarla başka yerden elde edemeyen alıcı gruplarına, anlaşmayla belirlenen bölgede doğrudan ve dolaylı olarak mal vermeyi reddetmesi veya aşırı derecede yüksek fiyatlarla satması halleridir (m. 6).

Grup muafiyeti kapsamına girecek işbirliği davranışları, konularına göre her bir tebliğ şartları çerçevesinde tayin edilecektir. Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 97/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği¹⁴⁸, iki teşebbüs arasında yapılmış bulunan ve satıcının (dağıtıcı), anlaşma konusu ürünü inhisari bir yetki ile ülkenin tamamında yapılmış bulunan veya belirlenmiş bir bölümünde satma hakkını veren dağıtıcılık anlaşmalarına uygulanır (m. 2). Dağıtım anlaşmalarının muafiyet kapsamına alınması gereği, bu tür anlaşmaların üretim ile pazarlamanın planlanması, dağıtımda iyileşmeye ve markalar arası rekabetin artmasına sebep olmasıdır¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Bkz. 1983/83 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına Yılışkin Komisyon Tüzüğü (OJ, 30.6.1983, L. 173/1), p. 10, 11. Ayrıca bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 202; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 7-016 vd.

¹⁴⁸ RG, 4.9.1997, S. 23100.

¹⁴⁹ Bkz. 1983/83 sayılı Komisyon Tüzüğü, p. 5, 6. Geniş bilgi için bkz. WHISH, Competition Law, s. 541, 542.

Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 97/4 nolu Grup Muafiyeti Tebliği¹⁵⁰, iki teşebbüs arasında yapılan ve satıcının anlaşma konusu ürünleri, inhisari olarak üreticiden veya onunla bağlantılı bir teşebbüsten¹⁵¹ ya da üreticinin mallarının satımı hususunda yetki verdiği başka bir teşebbüsten satın alması yükümlülüğünü konu edinen anlaşmaları kapsamaktadır (m. 2). Tekelden satın alma anlaşmaları piyasa koşullarındaki belirsizliğe karşı üreticiye satışlarını planlaması kolaylığı, satıcıyı da başka bir temin kaynağı arama külfetinden kurtararak ihtiyaçlarını sözleşme süresince ve düzenli bir şekilde karşılama imkanı verir. Tekelden satın alma anlaşmaları dağıtım ağının iyileştirilmesi ve satışların artırılması gibi yükümlülükleri ihtiva ettiğinden markalar arası rekabetin artmasına sebep olacaktır¹⁵².

(3) Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin 98/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği¹⁵³, iki teşebbüs arasında, taraflardan birinin ülkenin tamamında veya bir kısmında motorlu yeni taşıt araçları ve bunların yedek parçalarını satıcıya ya da onunla birlikte dağıtım sistemi içerisinde yer alan diğer teşebbüslere temin etmeyi üstlendiği anlaşmaları kapsamaktadır¹⁵⁴.

(4) Franchise Anlaşmalarına İlişkin 1998/7 nolu Grup Muafiyeti Tebliği ise, iki teşebbüsten franchise¹⁵⁵ verenin franchise alana, doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlaması (yeniden satımı, dağıtımı) hakkını verdiği ve en azından;

¹⁵⁰ RG, 4.9.1997, S. 23105.

¹⁵¹ Bağlantılı teşebbüs, a) Anlaşmanın taraflarından birinin doğrudan veya dolaylı olarak; sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasına veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organlarının üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine veya işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüsler, b) Anlaşmanın taraflarından biri üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüsler, c) (b) bendinde anılan bir teşebbüs üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüslerdir. Ayrıca anlaşmanın tarafları veya onlara bağlantılı teşebbüsler üzerinde (a) bendinde sayılan hak ve yetkilere müştereken sahip olan teşebbüsler anlaşmanın her iki tarafına bağlantılı teşebbüs olarak kabul edilirler (teb. 1997/4, m. 5/2).

¹⁵² 1984/83 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Tüzüğü (OJ, 30.6.1983, L. 173/5), p. 5, 6. Ayrıca bkz. WHISH, Competition Law, s. 542, 543 ve 578 vd.

¹⁵³ RG, 1.4.1998, S. 23304.

¹⁵⁴ Ayrıca bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 1028 vd.; WHISH, Competition Law, s. 595 vd.

¹⁵⁵ Franchise, bir teşebbüsün diğerine, nihai tüketicilere arz edilen bir malın kendi formülleri çerçevesinde üretilerek yeniden satılması, bakımı veya dağıtımı ya da bir hizmetin sunumu için kullanılacak olan markalar, ticaret unvanları, mağaza işaretleri, faydalı modeller, tasarımlar, telif hakları, know how veya patentlere ilişkin fikri veya sınai mülkiyet haklarından oluşan bir sistemi ifade eder (teb. 98/7, m. 3/a). Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 161.

- 1) Ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi;
- 2) Franchise veren tarafından franchise alana know how aktarılması;
- 3) Franchise alanın anlaşma süresince franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi yükümlülüklerini ihtiva eden anlaşmalara uygulanır (teb. 98/7, m. 2, 3/a)¹⁵⁶.

Muafiyet kapsamına giren yükümlülükler, izin verilen ek yükümlülükler, muafiyet dışında kalan koşullar ve muafiyetin geri alınacağı haller ayrıntılı bir şekilde ve her bir tebliğ için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

III. Muafiyet Şartları

1. Genel Olarak

Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki teşebbüsler arası işbirliği davranışlarına Kurulun muafiyet tanıyabilmesi için, sözkonusu anlaşma veya anlaşma grubu bakımından Kanunun 5. maddesindeki şartların tamamının gerçekleşmesi zorunludur. Gerek bireysel gerekse grup muafiyetleri için somut olayda bu şartların birlikte aranması şarttır. Bazı yazarlar¹⁵⁷ bu şartları bireysel muafiyet başlığı altında incelemekle birlikte, sözkonusu şartların grup muafiyetleri açısından da gerekli olduğundan kuşku duymamak gerekir. Bu durum Kurulun, "birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler" çıkarabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Bireysel muafiyet talebinde Kurul, bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini her somut olayda ayrı ayrı inceleyerek bir sonuca varacakken grup muafiyetlerinde, genele ilişkin şartları göz önünde bulundurarak, soyut bir düzenlemede bulunmaktadır. Böylece Kurul belirli konulardaki anlaşmaların, birtakım şartlar altında, Kanunun 5. maddesi kapsamına girdiğini kabul etmiş olmaktadır. Kanunun 5. maddesi ATA m. 81/3'ün muafiyet için aradığı ikisi olumlu ikisi olumsuz dört şartı aynen benimsemiştir: (a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, (b) tüketicinin bundan yarar sağlanması, (c) ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, (d) rekabetin (a)

¹⁵⁶ Franchise sözleşmelerini bu grup muafiyeti tebliği bakımından değerlendiren bir çalışma için bkz. GÜRZUMAR, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, s. 122-143. Ayrıca bkz. WHISH, Competition Law, s. 597 vd; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 159.

¹⁵⁷ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-26 vd; GOYDER, EC Competition Law, s. 129 vd; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-171; WHISH, Competition Law, s. 228 vd.

ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

2. Malların Üretimi veya Dağıtımını ile Hizmetlerin Sunulmasında Gelişme ve İyileşmenin Sağlanması

Bu başlık altında topluca şu hususlar üzerinde durulabilir: (a) Üretimin iyileşmesi, (b) malların dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında iyileşme, (c) teknik gelişmeyi teşvik, (d) ekonomik gelişmeyi teşvik¹⁵⁸. Bu kriterler göz önünde tutulduğunda, diğer şartlar karşısında bu bendin önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir¹⁵⁹. Malların üretim veya dağıtımının iyileşmesinde, teknik ya da ekonomik gelişmenin sağlanmasında, gelişme ve iyileşme objektif değerlere göre değerlendirilecektir. Sadece anlaşmaya taraf teşebbüslerle sınırlı bir iyileşme yeterli görülemez. Örneğin bir uzmanlaşma anlaşmasında üretimin iyileştirilmesi, bir araştırma geliştirme anlaşmasının ekonomik ve teknik gelişmeye katkısı, objektif değerlendirmenin çerçevesini gösterir¹⁶⁰.

Rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar ihtiva eden ve bu yönüyle rekabet sürecine zarar veren fakat aynı zamanda da mal veya hizmet üretimi¹⁶¹ ya da dağıtımına ilişkin Kanunun aradığı olumlu sonuçları ihtiva eden bir anlaşma, muafiyet hükmünden yararlanabilecektir. Teşebbüsler arası işbirliği uygulamalarının üretime veya dağıtımın iyileştirilmesine önemli derecede katkı yapmış olması zorunludur. Örneğin üretim maliyetlerinin azaltılması, üretimin veya üretim kapasitesinin artırılması, kalitenin yükseltilmesi, ekonomik olmayan üretim tekniklerinin terk edilmesi gibi. Yine ortak standartlar (kalite, ürün, üretim) koyan işbirliği anlaşmalarının üretimde iyileşmeye yol açacağı kabul

¹⁵⁸ FRANCESCHELLI, Remo, "The Restrictions on Competition that can be Exempt from the Prohibition of Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty (Article 85, Paragraph 3), and the Procedure for Obtaining Exemption", in *Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraint of Competition*, June 1960, Vol: 1, Karlsruhe 1961, s. s. 300; BELLAMY&CHILD, *Common Market Law of Competition* (1993), p. 3-026.

¹⁵⁹ GOYDER, *EC Competition Law*, s. 132; KENT, *Law of the European Union*, s. 187.

¹⁶⁰ WHISH, *Competition Law*, s. 228, 229; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, p. 98.

¹⁶¹ ATA m. 81/3'te malların üretim veya dağıtımındaki iyileşmeden bahsederken "hizmetlere" yer verilmemesi hizmet sektörünün kapsam dışı bırakıldığı şeklinde yorumlanamaz. Anlaşma metninin kaleme alınmasında hizmet üretimi ibaresinin (Kanunumuz hizmetlerin sunulmasından bahsetmiştir) uygun düşmeyeceği düşünülmüş olabilir. Bu yüzden herhangi bir olayda ekonomik veya teknik gelişme ifadesi, hizmet sektörünü de içine alacak genişliktedir. CUNNINGHAM, *The Competition Law of the EEC*, s. 63; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, p. 95.

edilebilir¹⁶². Bu paralelde bir sektördeki aşırı kapasitede üretim yapan teşebbüslerin kapasitelerini, normal seviyelere indirmeye yönelik anlaşmalar da uzun dönemli, üretimde iyileşmeye yol açan anlaşmalar olarak düşünülebilir. Daha önce de zikrettiğimiz gibi güvenli ve düzenli olarak ürün teminini konu edinen münhasır satın alma anlaşmaları üretim planlamasını kolaylaştırmaktadır¹⁶³. Münhasır dağıtım anlaşmaları, münhasır dağıtıcının kendisine bırakılan satış bölgesindeki pazarlama gayreti sonucu dağıtımda iyileşmeye, seçici dağıtım sistemiyle de tüketiciye en iyi derecede satış sonrası hizmetler temin edilmiş olacaktır¹⁶⁴.

Teknik ilerlemenin teşviki, daha hızlı ve daha gelişmiş veya tamamen yeni bir teknolojinin ortaya çıkarılmasını ifade eder. Ayrıca tüketicinin kullanım imkanını arttıran veya daha güvenli olan yahut daha faydalı olan ürün, teknik ilerleme kapsamında düşünülür¹⁶⁵. Ekonomik gelişme kavramının çerçevesini tam olarak çizilebilmek mümkün değildir. Öncelikle yeknesak fiyat artışları veya indirimleri öngören, piyasa paylaşmayı hedefleyen ve üretim veya dağıtımın iyileştirilmesi iddiası içerisine gizlenen teşebbüsler arası işbirliği faaliyetleri, ilgili bent kapsamına girmez¹⁶⁶. Rekabeti arttıran, ekonomik alanlara yönelik yatırımları organize eden anlaşmalar, maliyetlerin azaltılması, yeni bir sanayi kurulması, fuar veya sergilerin rasyonel hale getirilmesi gibi hususlar ekonomik gelişme anlamında düşünülebilecek teşebbüsler arası işbirliği davranışlarıdır¹⁶⁷. AB uygulamasında Komisyon ve Mahkeme ATA m. 81/3'ü esnek uygulama meylindedir¹⁶⁸. Şüphesiz işsizliğin önlenmesi, işsizlik sorunlarının hafifletilmesi, istihdamın artırılması gibi haller de "gelişme" ve "iyileşme" içerisinde düşünülebilecektir¹⁶⁹.

¹⁶² Bkz. 417/85 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına ilişkin Komisyon tüzüğü (OJ, 22.2.1985, L. 53/1), p. 3.

¹⁶³ 1984/83 sayılı Komisyon Tüzüğü, p. 5, 6.

¹⁶⁴ 1983/83 sayılı Komisyon Tüzüğü, p. 5, 6; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 94, 95; KENT, Law of the European Union, s. 188. AB uygulamasında Komisyon tarafından çıkarılan grup muafiyeti tüzüklerinin gelişme ve iyileşmeye yönelik muhtemel katkılarını topluca içeren faydalı bir özet için bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 47-49.

¹⁶⁵ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 96; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-033. Ayrıca bkz. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 65.

¹⁶⁶ GOYDER, EC Competition Law, s. 133, 134; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 94.

¹⁶⁷ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-034; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 65, 66. Ayrıca bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 99-102.

¹⁶⁸ Geniş bilgi için bkz. WHISH, Competition Law, s. 229; BOUTERSE, Competition and Integration - What Goals Count? s. 60 vd.

¹⁶⁹ Bkz. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 361.

3. Tüketicilerin Söz konusu Gelişme ve İyileşmeden Yararlanabilmesi

RK 5. maddesinde muafiyet için aranan ikinci önemli şart tüketicinin, teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerinin sonucundan doğacak yararlardan, adil bir pay almasıdır. "Tüketici" kavramının içerisine, başta bir ürünün nihai kullanıcıları olmak üzere, mal veya hizmetlerin alıcısı konumundaki bütün kimseler (müşteriler) dahil edilebilir. Bu anlamda sanayi açısından, işleyip satmak üzere hammadde satın alan kimse de tüketici olarak kabul edilebilecektir¹⁷⁰. Fakat bir ürünün (şahsi veya iş ihtiyaçları dışında) ticaretini yapmak amacıyla alıp satan kimseler tüketici sayılmaz.

Tüketicinin elde edeceği "yarar" geniş anlamda düşünülmelidir. Taraflar aralarındaki anlaşmanın gelişme ve iyileşmeye (ekonomik veya teknik) yol açması dışında, bundan tüketicilerin nasıl ve hangi yönlerden yararlanacağını da göstermelidirler¹⁷¹. Tüketicilere sağlanan yarar genel olarak rekabeti kısıtlayan işbirliği anlaşmasının doğuracağı ekonomik faydalardır. Bu kapsamda daha düşük fiyatlarla satış, yüksek kalite, geniş seçim imkanı, garanti kapsamı ve satış sonrası hizmetlerin artırılması, satış şartlarının daha cazip hale getirilmesi halleri tüketiciye sağlanan yararlar olarak düşünülebilir¹⁷².

Tüketicilere sağlanacak yararın tespitindeki ölçü, objektif kriterlere dayanmalıdır. Öncelikle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın taraflarına sağlayacağı yarar dışında, anlaşmanın olumlu etkilerinden tüketicilerin faydalanıp faydalanamayacağı sorunu araştırılacaktır. Tüketicilere sağlayacağı yarar bakımından satış fiyatlarının düşüklüğü, kalite ve satış sonrası hizmetlerdeki artış gibi hususlar, öncelikle göze çarpmakla birlikte her somut olayda farklı yararların sağlanabileceği de iddia edilebilir. Örneğin piyasaya yeni girecek rakiplerin veya yeni bir piyasa oluşumunun tüketicinin seçim imkanlarını arttıracığı söylenebilir. Bir araştırma geliştirme anlaşmasında, anlaşma konusu ürün, kısa dönemde yüksek fiyatlara mâl olsa bile, uzun dönemde yeni teknoloji ile birlikte tamamen yeni veya gelişmiş ürün ya da hizmetlerin ortaya çıkabileceği düşünülerek tüketicilerin bundan yarar sağlayacağı sonucuna

¹⁷⁰ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 89; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 97; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-038; KENT, Law of the European Union, s. 189.

¹⁷¹ WHISH, Competition Law, s. 228.; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-039.

¹⁷² GOYDER, EC Competition Law, s. 135, 136; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 90.

varılabilir¹⁷³. Bu konuda ortaya çıkabilecek sorun, anlaşmanın sağlayacağı yarardan tüketicinin hangi oranda veya ne kadar yararlanabileceği hususudur. Yukarıda da bahsedildiği gibi, bir araştırma ve geliştirme anlaşmasıyla kalitedeki artış fiyatları etkilememiş ise tüketicinin bu anlaşmadan yarar sağladığı kuşkusuzdur. Fakat kaliteyle birlikte fiyatların da artması durumunda, tüketicilere sağlanan yarar açısından bir önceki ihtimal kadar emin olabilmek mümkün değildir.

Kanunumuz sisteminde, muafiyetle ilgili hüküm sadece, tüketicilerin ortaya çıkan sonuçtan yarar sağlamasını belirtmekle yetinmiştir. İlgili maddenin (b) bendine tekabül eden ATA 81/3'te ise tüketicilerin ortaya çıkan yarardan uygun ölçüde pay almasından bahsedilmiştir¹⁷⁴. Tüketicilerin ortaya çıkan sonuçlardan **doğrudan** yararlanabildiği hallerde "uygun ölçüde pay alma" şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir¹⁷⁵. Bu sonuç Kanunumuz için de geçerli olmalıdır. Komisyon satış fiyatlarının tespitini konu edinen Flemish Book olayında davalıların, yeniden satış fiyatları tespitinin tüketicilerin bol çeşitteki kitaplara ulaşabilmesini kolaylaştırdığını iddia etmiştir. Davalı teşebbüse göre, yeniden satış fiyatlarının tespitiyle kitap satıcıları müşterilerine düzenli olarak kitap listeleri göndermek ve kişisel talepleri karşılamak gibi yan hizmetleri görmek zorunda kalacaklardır. Komisyon sözkonusu yan hizmetleri tüketicilerin yararlanabileceği adil bir pay olarak görmemiştir¹⁷⁶.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tüketiciler açısından doğuracağı sonuç belirlenirken, Rekabet Kurulu, anlaşmanın tüketicilere sağlayacağı yarar ile zararlarını tartacak, yararı ağır basan anlaşmaları bireysel veya grup muafiyeti kapsamına alacaktır¹⁷⁷.

4. Rekabetin Tamamen Ortadan Kaldırılmamış Olması

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesinin diğer bir koşulu da ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmamış olmasıdır. Mevzuat maddede bu durum "ilgili ürünün (piyasanın) önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmamış" olması şeklinde yer almaktadır.

¹⁷³ 418/85 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına ilişkin Komisyonun grup muafiyeti tüzüğü (OJ, 22.2.1985, L. 53/5), p. 5. Ayrıca bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-039.

¹⁷⁴ Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 97; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 50.

¹⁷⁵ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-039.

¹⁷⁶ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 50, 51; ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 150, 151.

¹⁷⁷ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 97. Bireysel ve grup muafiyetleri kapsamındaki anlaşmalarda tüketici yararıyla ilgili toplu bir değerlendirme için bkz. REICH, Competition Law and the Consumer, s. 133-137.

Anlaşılabacağı üzere, maddenin bu bendiyle Kanunun amacına aykırı olacak bir sonuç önlenmiş olmaktadır. Böylece Kanun, muafiyet sistemiyle bile olsa, ilgili piyasada rekabeti bütünüyle ortadan kaldıracak nitelikteki işbirliği uygulamalarına müsamaha ile bakılmayacağını göstermiş olmaktadır¹⁷⁸. Belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin tamamen ortadan kaldırılmaması gereğinin incelenebilmesi, öncelikli olarak ilgili piyasanın tespitini zorunlu kılar. İlgili piyasanın belirlenmesini konu edinen açıklamalara önceki kısımlarda yer verildiğinden, gereksiz bir tekrardan kaçınarak rekabetin ortadan kalkması olgusu üzerinde duracağız.

a. Taraflar Arasındaki Rekabetin Ortadan Kaldırılması

İlgili ürün veya coğrafi piyasada rekabet üzerindeki etkisi hissedilmeyecek derecede olan anlaşmalar bilindiği gibi "de minimis" kuralı gereği yasak dışında tutulacaktır. Taraf teşebbüsler arasındaki rekabeti, önemli derecede ortadan kaldıran bir işbirliği anlaşmasının muafiyet hükmünden yararlandırılabilmesi, ilgili piyasada rekabetin tamamen kalkıp kalkmadığına bağlıdır.

Ortak araştırma ve geliştirme, ortak satış ve reklam, belirli ürünlerde karşılıklı olarak üretim kapasitesinin azaltılması ve uzmanlaşma, yeknesak kural veya teknikler getiren anlaşmalar gibi belirli alanlarla sınırlı, taraflar arasındaki rekabeti bertaraf etmeyen anlaşmalar muafiyet kapsamında değerlendirilebilir¹⁷⁹. Fakat piyasa paylaşımını, sabit fiyat uygulamalarını öngören anlaşmalar, taraflarla sınırlı bir etkiye sahip olsa bile, muafiyet kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁸⁰. Anlaşmaya taraf olan teşebbüsler piyasadaki mevcut teşebbüslerin çoğunluğu veya tamamı olsa bile fiyat rekabetini ortadan kaldırmadığı ya da piyasa paylaşımını hedeflemediği takdirde ilgili anlaşma muafiyet hükümlerinden yararlandırılacaktır¹⁸¹.

b. İlgili Piyasadaki Rekabetin Kaldırılması

Bir işbirliği anlaşması çerçevesinde, anlaşmaya taraf teşebbüsler arasındaki rekabetin kısıtlanması veya bertaraf edilmesiyle, ilgili piyasadaki rekabet önemli ölçüde azalmış veya ortadan kalkmışsa, hakim durum uygulamalarına benzer bir halin olduğu söylenebilir. Gerçekten bütün üretici

¹⁷⁸ WHISH, Competition Law, s. 231, 232; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 52.

¹⁷⁹ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 98, 99; GOYDER, EC Competition Law, s. 138, 139.

¹⁸⁰ GOYDER, EC Competition Law, s. 138; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 99.

¹⁸¹ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 99.

veya satıcıları etkileyen bir anlaşma karşısında, ilgili piyasada, de facto hakim durum şartlarının hüküm sürdüğü gerçeği göz ardı edilemez. Bu durumda önem arz eden sorun teşebbüslerin piyasa paylarının tespitidir¹⁸². İlgili piyasanın önemli bir bölümünü etkileyen anlaşmalar muafiyetten yararlandırılmayacaktır¹⁸³.

5. Rekabetin Gereğinden Fazla Kısıtlanmamış Olması

Muafiyet için gerekli olan son şart, hem gelişme ve iyileşmeye yol açacak hem de tüketiciye yararlı olacak bir anlaşmanın, bu amaçları gerçekleştirebilmek için kaçınılmaz sınırlamalar dışında rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar içermemesidir (RK m. 5/1-d). Şüphesiz hangi sınırlamaların kaçınılmaz nitelikte olduğu piyasa koşullarıyla birlikte her somut olay için ayrı ayrı incelenmesi gereken bir sorundur¹⁸⁴. Hangi kısıtlamaların Kanunda gösterilen amacın gerçekleşmesi için gerekli olduğu, anlaşma konusu ve hükümlerine göre belirlenecektir. anlaşma konusunun ve Kanundaki amacın elde edilmesine katkıda bulunmayacak kısıtlamalar, "zaruri" olmayan veya gereğinden fazla sınırlama olarak değerlendirilecektir. Rekabet Kurulu bu durumda ilgili anlaşmaya yönelik muafiyet talebini reddedebileceği gibi, bu tür kayıtların kaldırılması haline bağlı olarak (şartlı) muafiyet kararı da verebilir (m. 5/2)¹⁸⁵.

Kanun, doğrudan amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşmaları koruma kapsamına almamış, mal veya hizmet piyasası ve tüketici için faydalı olacak anlaşmaları, kaçınılmaz nitelikte sınırlamalar taşıması kaydıyla muafiyet hükümlerinden yararlandırmak istemiştir. Böylece rekabeti kısıtlayıcı kayıtların asgari düzeyde tutulmasına özel bir ihtimam gösterilmiş olmaktadır¹⁸⁶. Yegane amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşmalar, bu tür yararlar sağlasa bile muafiyet

¹⁸² BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-045; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 99.

¹⁸³ Örneğin AB uygulamasında Adalet Divanı Van Landewyck ile ilgili uyuşmazlıkta, piyanın yüzde sekseninden fazlasını etkileyen anlaşmaya muafiyet tanınmayacağı sonucuna varmıştır. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 231. Hatta piyasanın yüzde ellisini kontrol eden teşebbüslerin de muafiyet hükümlerinden yararlanabilmelerinin şüpheli olduğu belirtilmektedir. (AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 307). Teşebbüslerin piyasa paylarının belirlenmesiyle ilgili geniş açıklamalar için bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 307 vd; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 100-102.

¹⁸⁴ BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-043.

¹⁸⁵ BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 51; WHISH, Competition Law, s. 231; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 97.

¹⁸⁶ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 104; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-041; GOYDER, EC Competition Law, s. 136, 137.

hükümleri çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Zira muafiyet hükümlerinin amacı mal ve hizmet piyasalarının ekonomik veya teknik olarak geliştirilmesi yahut iyileştirilmesiyle tüketici refahına katkıda bulunacak işbirliği uygulamalarını teşvik etmektir. Ayrıca zorunlu olan kısıtlamaların amacı da 5. maddenin (a) ve (b) bendinde gösterilen hedeflerin gerçekleştirilmesine hizmet edebilecek nitelikte, kaçınılmaz sınırlamalar olmalıdır. Aksi halde kısıtlamaların amacı başka hedeflerin elde edilmesine hizmet etmeye yönelik ise bu tür kısıtlamalar, RK m. 5/1-d bendi anlamında zorunlu kısıtlama sayılmayacaktır¹⁸⁷.

Kaçınılmaz sınırlamalar nedeniyle grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyecek bir anlaşma, yine bu şartlar çerçevesinde, bireysel muafiyet talebiyle Kurul incelemesine sunulabilir¹⁸⁸. AB uygulamasında Komisyon genellikle satış fiyatlarının tespitini, müşteri sınırlamalarını, mutlak bölgesel koruma sağlayan kayıtları zorunlu olmayan sınırlamalar olarak değerlendirmektedir¹⁸⁹. Fakat bir uzmanlaşma anlaşmalarında her bir tarafın belirli bir ürünün üretiminden vazgeçmesi ve anlaşma konusu ürünlerin üretimi zorunluluğu, ortak girişim anlaşmasında ortak girişimle rekabet etmeme yükümlülüğü¹⁹⁰, münhasır dağıtım anlaşmasında satıcının anlaşma bölgesindeki kullanıcılara doğrudan satış yapmama borcu gibi haller kaçınılmaz sınırlamalar olarak kabul edilmektedir¹⁹¹.

Grup muafiyetleri tebliğlerinde, muafiyet kapsamı dışında kalan koşul ve yükümlülükler ile gerekli (kaçınılmaz) olmayan sınırlamalar kastedilmektedir. Her bir grup muafiyeti tebliğinde, tebliğ kapsamına giren anlaşmaların amacına yardımcı olmayacak, bulunmasında zorunluluk görülmeysen sınırlamalar ayrıntılı olarak gösterilmiştir¹⁹².

6. Talep

Kanunun 5. maddesindeki şartları taşıyan bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma, kendiliğinden yasak kapsamından kurtulamaz¹⁹³. Böyle bir anlaşmanın Kanunun 4. maddesi hükmünün uygulanmasından muaf tutulabilmesi için ilgili

¹⁸⁷ OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 105.

¹⁸⁸ RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 98.

¹⁸⁹ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-043.

¹⁹⁰ İNECİ, Barbaros, Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures), İKV yayını, No: 56, İstanbul 1986, s. 25 vd.

¹⁹¹ WHISH, Competition Law, s. 230, 231; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-042.

¹⁹² Bkz. Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 97/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 4), Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 97/4 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 4), Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin 98/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 7), Franchise Anlaşmalarına İlişkin 1998/7 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 8).

¹⁹³ LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 612.

teşebbüslerin (talebi) gerekir (m. 5/1). Fakat grup muafiyeti tebliği çıkarılmış konularda, muafiyet kapsamına giren anlaşmalarda, tarafların muafiyet talebinde bulunmalarına ihtiyaç yoktur. Grup muafiyeti tebliğinde belirlenen şartları haiz olan anlaşmalar, yapıldıkları andan itibaren muafiyet hükümlerinden yararlanır. Ancak, aralarındaki anlaşmanın grup muafiyeti için gerekli olan şartları taşıyıp taşımadığı hususunda kuşku duyan tarafların, bildirimde bulunarak sonucuna göre hareket etmelerinde fayda vardır. Şayet taraflar aralarındaki anlaşmanın Kanunun 4. maddesine aykırı olmadığını düşünüyorlar ise menfi tespit¹⁹⁴, bu yönde karar verilemeyeceği takdirde (bireysel) muafiyet talebinde bulunabileceklerdir¹⁹⁵.

7. Muafiyet Talebine Konu Olan Anlaşmaların Kurula Bildirilmesi Zorunluluğu

Rekabeti kısıtlayan bir anlaşmanın muafiyet talebine konu edilebilmesi için gerekli olan ön şart anlaşmanın kurula bildirilmesidir (m. 10/1). RK 4. maddesi kapsamına giren işbirliği uygulamalarının Kurul'a bildirilmemesinin taraflar için iki önemli sonucu vardır. Bunlardan ilki Kanun'un 10 uncu maddesi uyarınca bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmayacaktır. İkincisi ise taraf teşebbüslere, RK m. 16/1-c uyarınca para cezası tatbik edilecektir¹⁹⁶.

Bildirim anlaşmanın taraflarca icrasını engellemez. Kanunun 4. maddesi kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay¹⁹⁷ içinde Kurula bildirilmelidir (m. 10/1)¹⁹⁸. Bildirim için gerekli olan süre hak düşürücü veya zamanaşımı süresi değildir. Sadece ilgili anlaşmaya muafiyet tanındığında muafiyetin hüküm ifade edeceği zaman açısından önem taşır. Kanunda belirtilen bir aylık süre geçtikten sonra bildirilen anlaşmaya (uyumlu eylem veya karara) muafiyet tanındığı takdirde, muafiyet kararının hükümleri

¹⁹⁴ Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 Sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin 1997/6 nolu Tebliğ (RG, 11.11.1997, S. 23167), m. 6/son.

¹⁹⁵ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 79. Ayrıca bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 937.

¹⁹⁶ Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin 1997/6 sayılı Tebliğ, m. 5 (RG, 11.11.1997, S. 23167).

¹⁹⁷ Bildirim için öngörülen bir aylık sürenin uzun olduğu söylenebilir. Aynı görüş için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 179.

¹⁹⁸ "... hakkında soruşturma yürütülen tarafların ... soruşturma açılmasına neden olan Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı sözleşme maddesini sözleşme metninden çıkarmış olmaları nedeniyle bildirim zorunluluğunun bu sözleşme açısından ortadan kalktığına ve Kanun'un 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde öngörülen para cezasının tatbik edilmemesine ..." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

bildirim tarihinden itibaren geçerlidir. Bu durumda ihbar veya şikayet yoluyla yahut resen soruşturma kapsamına alınıncaya kadar bir anlaşma hakkında Kurula bildirimde bulunulabilecektir. Aslında bildirim, süresi (bir ay) içinde veya süre geçtikten sonra yapılmış olsa bile, muafiyet hükümleri geçmişe etkili olmalıdır. Geç bildirilen anlaşmaya para cezası yahut başka bir müeyyide tatbik edilmelidir. Zira geçersiz bir anlaşma, sonradan geçerli hale gelemeyeceğine göre, muafiyet hükümleri geçmişe etkili şekilde yürütülmekle, anlaşma yapıldığı tarihten itibaren RK 4. maddesi uygulama alanı dışına çıkarılmış olacak ve temel hukuk ilkelerine aykırı bir sonuç önlenmiş olacaktır. Aksi halde muafiyet kapsamındaki anlaşmaların, yeni baştan yapılması zorunluluğu ortaya çıkacaktır ki, bu durum ticari hayattaki güven ilişkisini zedelemiş olacaktır.

Kurula bildirilmemiş işbirliği uygulamalarına gerekli şartları haiz olsalar bile muafiyet tanınmayacaktır (m. 10/1). Gerçekten bu müsamahaya rağmen bildirimde bulunulmamış anlaşmalar için Kanunun öngördüğü sonuç yerindedir. Bildirim Kurul tarafından hazırlanmış "Bildirim Formu"¹⁹⁹ ile yapılır. Bildirim formunda değerlendirilen bilgilerde sonradan değişiklik olduğu takdirde bu değişiklikler bir ay içinde kurula bildirilmelidir. Bildirimde bulunmaya yetkili olan kimse, "teşebbüs" olarak kabul edilebilecek sujeye göre değişecektir: Gerçek kişi teşebbüslerinde gerçek kişinin (müteşebbis) kendisi veya yetkili temsilcisi, tüzelkişi sıfatını haiz teşebbüslerde ise tüzel kişi adına hareket etmeye yetkili organ ya da kişi yahut yetkili temsilcileridir (teb. 1997/2, m. 5/2). Bildirimin bildirim konu olan anlaşma, uyumlu eylem veya kararın taraflarından birisi vasıtasıyla yapılması yeterlidir. Ancak diğer taraf bildirimden haberdar edilmelidir (teb. 1997/2, m. 5/2).

Grup muafiyeti kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem veya kararın bildirilmesine gerek yoktur (teb. 1997/2, m. 3/3, teb. 1997/6, m. 6/1). Grup muafiyeti şartlarını tam olarak ihtiva etmeyen fakat Kanunun 5. maddesindeki koşulları taşıdığı farz edilen anlaşmaların bireysel muafiyetten yararlanabilmesi bunların Kurula bildirilmelerine bağlıdır (teb. 1997/6, m. 6/2)²⁰⁰. Süresi içerisinde bildirilen anlaşma ve kararlara (RK m. 16/son'da zikredilmemekle birlikte aynı şekilde uyumlu eylemlere) kural olarak para cezası uygulanmaz²⁰¹.

¹⁹⁹ Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı Menfi Tespit/Muafiyet Başvuru/Bildirim Formu (Form-1), (Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun'un 10. Maddesine Göre Bildirimin Usul ve Esasları Rekabet Kurulu Tebliği, No: 1997/2, RG, 12.8.1997, S. 23078).

²⁰⁰ AB uygulamasında bildirim için bkz. MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-160-162; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 109, 110; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 613; KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law a Practice, s. 115.

²⁰¹ AB sisteminde, bildirimde bulunan taraflar, Komisyonun bildirim hakkındaki kararın kendilerine ulaşıncaya kadar güven içerisinde aralarındaki anlaşmayı icra edebilirler. Komisyon anlaşmanın ATA 81/1'e aykırı olduğunu dolayısıyla muafiyet tanınmayacağını

Fakat taraflar Kurulun vereceği nihai karara kadar geçecek süre içerisinde Kanunu açık bir şekilde ihlal etmişlerse, bildirim dikkate alınmaksızın ceza uygulanacaktır (RK m. 16/son). Kanunumuz herhangi bir ayırım yapmaksızın bütün anlaşma, uyumlu eylem ve kararların Kurula bildirilmesi zorunluluğunu kabul etmiştir. Bu düzenleme, AB sistemindeki gibi²⁰² bildirilmesi gerekli olmayan anlaşmalara ilişkin bir açıklık olmadığı sürece yerindedir.

IV. Muafiyet Süresi

Muafiyet kararının azami süresi beş yıldır. Verilen süre sona erdiğinde, muafiyet şartları değişmediği ve taraflar talep ettikleri takdirde, tekrar (üst sınırı aşmayacak şekilde) Kurul tarafından karar yenilenebilir (m. 5/2)²⁰³. Muafiyet süresinin başlangıcı, Kurula zamanında bildirilen anlaşmalar için yapıldıkları zamanda, süre geçtikten sonra yapılan bildirimler için bildirim tarihinden itibaren geçerli olacaktır (m. 10/1).

V. Muafiyet Kararının Şart ve Yükümlülüklerle Bağlanabilmesi

Rekabet Kurulu kimi durumlarda teşebbüslere belirli davranışlarda bulunmayı emretme yetkisine sahiptir. Bu yetkisini Kurul, rekabet ihlallerinin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları telafi etmek için kullanır²⁰⁴.

Kanun muafiyet verilebilmesini belirli şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda Kurul muafiyet kararını herhangi bir şarta bağlı tutmaksızın verebileceği gibi kararı birtakım şart ve yükümlülüklerle de bağlayabilir. Muafiyet talebine konu olan bir anlaşmada Kurul, muafiyetle bağdaşmayacak kayıtların kaldırılması veya tarafların düzenli

bildirse bile taraflara ceza tatbik edilmeyecektir. Fakat Komisyona bildirilmemiş anlaşmalara geçmişe etkili olarak ceza tatbik edilebilecektir. MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-160; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 81.

²⁰² Bkz. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü, m. 4/2.

²⁰³ AB uygulamasında süreyle ilgili bir üst sınır yoktur (17 Sayılı Konsey Tüzüğü, m. 8/1, 2). Komisyonun muafiyet için anlaşmanın niteliğine göre 5, 6, 10, 12, 15 yıl gibi değişen uzunlukta süreler tanıdığı görülmektedir. Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-051; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, p. 1-171; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 103.

²⁰⁴ "... ilgili ürün piyasasında benzer ihlallerin önüne geçilmesini teminen,
-BİAK'a üye olma koşullarının,
-Araştırma sonucunda elde edilen verilerden üçüncü şahısların istifade edebilmelerine ilişkin olarak BİAK'a ait olan "yararlandırma" hakkının kullanımına dair koşulların, belirlenerek Rekabet Kurulu'na bildirilmesi ..." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

ve sürekli olarak Kurula bilgi vermeleri yükümlülüğünü koyabilir²⁰⁵. Gerçekten Kurulun muafiyete konu olan anlaşmayı denetleyebilmesi (m. 27/c) ve piyasadaki rekabet şartlarının muhafazası açısından, tarafların anlaşmanın icrası ile ilgili ortaya çıkan yeni gelişmeleri veya değişiklikleri düzenli olarak Kurula rapor etmeleri zorunlu olabilir²⁰⁶. Kurul, karara bağlanan şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, muafiyet kararını geri alabilir (m. 13/b).

VI. Muafiyet Sonuçları

Kurulun muafiyet kararı kurucu ve yenilik doğuran bir işlemdir²⁰⁷. Bireysel veya grup muafiyeti kapsamına giren bir rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, RK 4. maddesindeki yasak ilkesi uygulamasından istisna tutulmuş olur. Böylece taraflar, muafiyet süresi içerisinde, güvenli bir şekilde her türlü hukuki muamelelerde bulunabilecek ve bunların geriye etkili olarak hükümsüz sayılması (RK m. 56) endişesinden kurtulmuş olacaktırlar. Bireysel muafiyet kararlarında RK 4. maddesi hükmünün uygulanmaması sonucu, anlaşmaya taraf teşebbüslerle sınırlı bir etkiye sahiptir. Grup muafiyetleri tebliğinde ise tebliğ şartlarına uygun olan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar doğrudan Kanunun 4. maddesi uygulamasından muaf tutulmuş sayılırlar. Ayrıca grup muafiyeti kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesine gerek yoktur (teb. 1997/2, m. 3/3).

VII. Muafiyetin Geri Alınması

Kanuni bir istisna niteliği taşımayan Kurul kararları, muafiyet şartlarının değişmesiyle, yine Kurul tarafından geri alınabilecektir. Konunun başında da belirttiğimiz gibi Kurul kararı, sadece muafiyet konusu anlaşmaya Kanunun genel yasak ilkesinin uygulanamamasıyla sınırlı bir etkiye sahiptir²⁰⁸. Kanunda tespit edilen hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda Kurul, muafiyet kararını geri alabileceği gibi, geri almayı gerektiren hal tarafların Kanuna aykırı davranışlarından kaynaklanmışsa, bu davranışları yasaklamakla da yetinebilir.

Muafiyet Kararının geri alınmasını gerektiren sebepler: (a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, (b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, (c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması

²⁰⁵ Krş. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü, m. 8/1; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 102.

²⁰⁶ Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition (1993), p. 3-052.

²⁰⁷ TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 359.

²⁰⁸ Bkz. WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 479.

(m. 13/1)²⁰⁹. Geri alma kararı, kararın alınmasına esas teşkil eden olaydaki değişikliklere dayanıyorsa, sözkonusu değişiklikten itibaren hüküm ifade eder. Diğer hallerde ise yani geri alma kararının, muafiyet kararına bağlanan şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yahut muafiyet kararının yanlış ya da eksik bilgilere dayanılarak verilmiş olması hallerinde, muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır (m. 13/2).

Kanunun 13. maddesi son bendi, muafiyet kararına esas teşkil eden bilgilerdeki yanlış veya eksik bilgiler, tarafların hilesi ya da kasıtlı tutumuna dayanıyorsa, muafiyet kararının hiç alınmamış sayılacağını ifade etmektedir. Kanunun, tarafların kusuru dışında, bir kararın hiç alınmamış sayılması ile kararın verildiği tarihten itibaren kaldırılması arasında herhangi bir fark gözetildiğini söyleyebilmek mümkün değildir²¹⁰. Her iki halin tabi olduğu sonuçlar arasında herhangi bir fark olmadığı sürece, m. 13/son bendinin işlevsiz olduğu söylenebilir. Gerçi Kanunun 16/a bendiyle muafiyet kararının tarafların yanıltıcı veya yanlış bilgi vermesi sonucunda alınması ayrı bir ceza sebebi sayılmıştır. Fakat bu durumun, kararın geriye etkili olarak yürütülmesi veya hiç alınmamış sayılması halleriyle ilgisi kurulamaz.

Muafiyetin geri alınması yine Kurulun bu yöndeki bir kararıyla mümkün olacaktır. Grup muafiyetlerinin bir kararla geri alınması düşünülemez. Zira Kanunun 13. maddesi muafiyet kararıyla ilgilidir. Grup muafiyetleri ise tebliğlerle (soyut bir işlemle) düzenlenmektedir. Fakat grup muafiyetleri de pek tabi olarak yine bu yolla, Kurul tarafından değiştirilebileceği gibi tamamen de yürürlükten kaldırılabilir. Bu durum Kurulun münhasır görev ve yetkileri arasındadır (m. 27/f).

Grup muafiyeti içerisinde değerlendirilebilen bir anlaşmanın, sonradan (şartların değişmesiyle) Kanunun 5. maddesi düzenlemesinin ruhuna aykırı bir muhtevaya büründüğü anlaşılırsa²¹¹, Kurul sözkonusu anlaşmaya tebliğle sağlanan muafiyeti geri alabilir mi? Grup muafiyeti kapsamına giren bir anlaşmanın sonradan muafiyet koşullarıyla bağdaşmayan etkilere sahip olduğu tespit edilirse, Kurul, grup muafiyetinin sözkonusu anlaşmaya tanıdığı muafiyeti bir kararla değil soruşturma kapsamına almak suretiyle sona erdirecektir. Zira muafiyet kapsamına alınan anlaşmalar esasen rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduklarından ve ilgili anlaşmalara muafiyet tanınmasını gerektiren haklı

²⁰⁹ Krş. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü, m. 8/3.

²¹⁰ Ayrıca bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 83, 84.

²¹¹ Grup muafiyetleri tebliğlerinde muafiyetin geri alınacağı haller ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Bkz. Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 97/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 6), Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 97/4 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 6), Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin 98/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 8), Franchise Anlaşmalarına İlişkin 1998/7 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 9).

sebepler sona erdiğinden Kurul resen bu nitelikteki anlaşmaları soruşturma kapsamına alacaktır²¹².

VIII. Muafiyet Kapsamına Alınan Anlaşmaların Kanunun Diğer Yasaklayıcı Hükümleri Karşısındaki Durumu

Gerek bireysel gerekse grup muafiyeti kapsamına alınmış olan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları mutlak olarak Kanunun uygulama alanı dışına çıkarılmış olmaz²¹³. Muafiyet kararları, karara konu olan anlaşma, uyumlu eylem veya kararı sadece Kanunun 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından istisna tutar. Grup muafiyetlerinde ise, tebliğ şartlarını haiz olan anlaşmalar otomatik olarak, Kurulun bir kararına gerek kalmaksızın, doğrudan Kanunun 4. maddesi uygulamasından istisna tutulmaktadır. İşte bu çerçevede içerisinde değerlendirilen bir anlaşma, pekala somut olayın şartlarına göre Kanunun 6. maddesi uygulama alanı içine girebilecektir²¹⁴.

IX. Menfi Tespit Kararı

Rekabet Kanunu 4. maddesindeki yasak ilkesinin uygulanmasından kurtulmak isteyen bir işbirliği davranışının tarafı olan teşebbüsler, Kuruldan ya muafiyet kararı ya da söz konusu anlaşmanın Kanunun 4. maddesine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi almak zorundadırlar. Bu durumda Kurul mevcut şartları, taraflarla ilgili bilgileri değerlendirerek taraflar arasındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının Kanuna aykırı olup olmadığını inceler. Kurul elinde bulunan bilgiler çerçevesinde, işbirliği uygulamasını Kanuna aykırı bulmaz ise, taraflara bu durumu tespit eden bir belge verir (m. 8/1)²¹⁵, aksi halde menfi tespit talebini reddeder²¹⁶. İşte bu belgeye menfi tespit belgesi denmektedir²¹⁷.

²¹² Krş. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 135.

²¹³ DALTRÖP and FERRY, The Relationship between Articles 85 and 86: Tetra Pak (T51/89), s. 24; DOHERTY, Community Exemptions in National Law, s. 315; WHISH, Competition Law, s. 233, 234.

²¹⁴ Bu duruma grup muafiyetleri tebliğlerinde hususi olarak işaret edilmiştir. Bkz. Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 97/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 8), Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin 97/4 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 8), Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin 98/3 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 9), Franchise Anlaşmalarına İlişkin 1998/7 nolu Grup Muafiyeti Tebliği (m. 10).

²¹⁵ Krş. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü, m. 2.

²¹⁶ “Sözleşme hükmü Meges Boya San. ve Tic. A.Ş.’ne atıf yapmakla birlikte, fiilen, satıcı tarafında bulunan halen ilgili pazarda faaliyet gösteren ve % ... pazar payına sahip Ercan Grubu ile bu piyasaya girmeye hazırlanan, dolayısıyla Meges A.Ş.’nin potansiyel rakibi olan SKW Bauchemie Holding AG unvanlı bir Alman şirketi arasındaki devir işleminden sonra

Menfi tespit talebi anlaşmanın icrasını engellemez. Talep sonucunda verilen belge anlaşmanın hukuka uygunluğu veya aykırılığı sıfatına herhangi bir etkide bulunamaz. Zira menfi tespit kararı hukuka aykırı (hükümsüz) bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararını hukuka uygun ya da geçerli hale getirmez. Böylece hakkında menfi tespit kararı alınan bir anlaşma veya kararlar ilgili olarak genel mahkemelerde, sözkonusu anlaşma veya kararın hükümsüzlüğüne dayanan iade yahut tazminat davası açılabilir.

Kanunda, genel mahkemelerden alınan ilamlarla Kurul kararları arasındaki ilişkiye yönelik açık bir hüküm yoktur. Rekabet Kurulu Rekabet Kanununun uygulanmasında ve vuku bulan ihlallerin önlenmesinde münhasır yetki ve göreve sahip bir mercidir (RK m. 27). Şüphesiz genel mahkemeler de Kanunun uygulanmasıyla ilgili batıl olan anlaşma ve kararlara yönelik tazminat ya da iade davalarında tek yetkili ve görevli organlardır. Bu durumda bir anlaşmanın Rekabet Kanuna aykırı olduğu iddiasıyla, tazminatı konu edinen taleplerde, mahkemelerin sözkonusu iddiayı Kurula bildirerek Kurulun anlaşma hakkındaki kararına göre tazminat talebini sonuca bağlaması gerektiği düşünülebilir. Şüphesiz bu düşünce yadırganamaz. Şayet bu sonuçtan hareket edilirse, menfi tespit kararının özel hukuk ilişkileri bakımından işbirliği uygulamalarının (anlaşma veya karar) hükümsüzlüğünü önleyeceği söylenebilir. Fakat biz Kurulun, Kanunun uygulanmasında mutlak yetkili tek merci olmadığını düşünüyoruz. Gerçekten Kanun, açıkça Kurul kararlarını Danıştay'ın yargı denetimine tabi kıldığına göre (RK m. 55/1), mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlıklarda, menfi tespit kararlarının genel mahkemeleri bağlamaması gerekir.

Taraflar Kuruldan, aralarındaki işbirliği uygulamaları için seçimlik (terditli) talepte bulunabilirler. Bu durumda taraflar kuruldan öncelikle menfi tespit kararı, şayet menfi tespit kararı verilemeyecekse, talepte bulunulan işbirliği uygulaması için muafiyet tanınmasını isteyebileceklerdir²¹⁸. Kurul menfi tespit kararını 13. maddedeki şartlar çerçevesinde her zaman geri alabilecektir (RK m. 8/2). Menfi tespit kararının taraflara yönelik önemli sonuçları vardır. Her şeyden önce taraflar, Kanunun 13. maddesinde gösterilen şartlar dışında,

ilgili ürüne yönelik olarak süresiz rekabet etmemeyi öngörmektedir. Sözleşme hükmünün potansiyel rakipler arasındaki rekabeti ortadan kaldıran açık özelliği; sözleşmeyi, bir süreye bağlı olarak ya da olmayarak bu hükmü taşıması halinde, Kanun'un 4'üncü maddesi ile çatışır hale getirmektedir. Bu değerlendirmeye paralel olarak, süreli ya da süresiz bu hükmü taşıyan sözleşmeye, sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olmadığı anlamına gelen menfi tespit belgesinin verilmesinin uygun olmayacağı anlaşılmaktadır" RKK, No: 91/736-153, (RG, 30.04.2000, S. 24035).

²¹⁷ Bkz. WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 478; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 937.

²¹⁸ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 79; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 509. Ayrıca bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 937.

Kurulun ilgili anlaşma hakkındaki tutumundan emin olacaklardır. Böylece taraflar yasal belirsizlikten kurtularak, aralarındaki anlaşmayı güvenle icra edeceklerdir²¹⁹.

Rekabet Kurulu menfi tespit kararından sonra, 13. maddedeki şartlar çerçevesinde görüşünden dönse bile, bu zamana kadar geçen süre için taraflara cezai müeyyide uygulayamayacaktır (m. 8/2)²²⁰. Menfi tespit kararı, (a) kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, (b) karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, (c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması hallerinde Kurul tarafından geri alınacaktır (m. 13/1). Geri alma kararı, kararın alınmasına esas teşkil eden olaydaki değişikliklere dayanıyorsa, sözkonusu değişiklikten itibaren hüküm ifade eder. Menfi tespit kararına bağlanan şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yahut menfi tespit kararının yanlış ya da eksik bilgilere dayanılarak verilmiş olması hallerinde ise geri alma kararı, menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır (m. 13/2). Görüldüğü gibi kararın geçmişe etkili olarak geri alınması, karara bağlanan şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yahut kararın, tarafların yanlış veya eksik bilgilerine dayanılarak verilmiş olması halinde mümkündür. Diğer hallerde yani kararın alınmasına esas teşkil eden olay ve şartlardaki değişikliklerde karar geçmişe etkili olarak yürütülemez. Zira Kurula verilen bilgiler çerçevesinde geçerli olarak alınan kararın, sonradan hal ve şartlardaki değişikliğe dayanılarak, geçmişe etkili olacak şekilde geri alınabilmesi düşünülemez²²¹.

Menfi tespit kararı ara kararı niteliğinde olduğundan, tek başına karar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz. Bu durumda menfi tespit talebinin reddinden zarar gören kişiler, Kurula başvurarak soruşturma açılmasını isteyebileceklerdir. Bu talebin açıkça veya zımnen reddi nihai karar olduğu için aleyhine yargı yoluna başvurulabilecektir²²². Menfi tespit talebi için Kurul standart bir form hazırlamıştır²²³.

Menfi tespit kararı ile muafiyet kararının geri alınabileceği haller aynı ise de iki kararın, sonucu ve etkileri itibarıyla aralarında önemli farklılıklar vardır. Menfi tespit kararı Kurulun, somut bir olayda taraflar arasındaki işbirliği

²¹⁹ BENTIL, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, s. 479.

²²⁰ Aynı sonuç AB sisteminde de geçerlidir. Bkz. RITTER, BRAUN, RAWLINSON, EEC Competition Law A Practitioner's Guide, s. 106.

²²¹ RK m. 13/son bendi için bkz. "muafiyetin geri alınması" başlıklı kısım.

²²² ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 192.

²²³ Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı Menfi Tespit/Muafiyet Başvuru/Bildirim Formu (Form-1), (Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun'un 10. Maddesine Göre Bildirimin Usul ve Esasları Rekabet Kurulu Tebliği, No: 1997/2, RG, 12.8.1997, S. 23078).

uygulamalarının Kanunun 4. maddesine aykırı olmadığını tespit eden bir karardır. Muafiyet kararında ise somut olaya konu olan anlaşma esasen Kanunun 4. maddesine (genel yasak ilkesine) aykırıdır ve Kurul kararıyla sözkonusu anlaşma yasak ilkesinden istisna tutulmaktadır²²⁴. Ayrıca menfi tespit kararı, işbirliği uygulamalarının genel yasak ilkelerine (RK m. 4, m. 6, m. 7) aykırı olmadığını tespit eder. Fakat bir anlaşma muafiyet kararıyla Kanunun 4. maddesi uygulamasından istisna tutulsa bile, Kurul kararı ilgili anlaşmaya, somut olayın şartlarına göre Kanunun 6. maddesinin uygulanmasını engellemez²²⁵. Bir başka açıdan bakıldığında menfi tespit kararı, muafiyet kararından farklı olarak sadece bir görüş bildirimini olarak düşünülebilir. Tarafların Kurula sundukları bilgileri itibarıyla, aralarındaki anlaşmanın Kanunun yasaklayıcı hükümlerini ihlal etmediği yolundaki menfi tespit kararı, Kurulu bağlayacak ve Kurul (kendisine bildirilmiş haliyle) ilgili anlaşmanın geçersizliğini iddia edemeyecektir²²⁶.

²²⁴ Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 152, 153; MOUSSIS, Access to European Union Law, Economics, Policies, s. 257; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 40; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 609.

²²⁵ Bkz. KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 40; WHISH, Competition Law, s. 233, 234; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 939.

²²⁶ Bu durum AB sisteminde daha barizdir. Zira menfi tespit kararı muafiyet kararının aksine milli mahkemeleri veya makamları bağlamaz. Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 152.

Beşinci Bölüm

REKABETİ KISITLAYAN İŞBİRLİĞİ DAVRANIŞLARININ HUKUKİ SONUÇLARI

§ 12. Yasak Faaliyetlerin Yaptırımı

VII. Genel Olarak

Rekabet Kanunu, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası işbirliği davranışlarını, birleşme ve devralmaları, hakim konumdaki teşebbüslerin piyasayı ve tüketicileri sömürmelerini yasaklamıştır¹. Kanunun ikinci kısmında, yasaklanan faaliyetlerle (m. 4, 6, 7) bunların ihlali durumunda sonuçları ve Rekabet Kurulunun yetkileri düzenlenmiştir.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden arındırılmış bir piyasa düzeni oluşturulması hedefi her şeyden önce caydırıcı niteliği bulunan bir yaptırım sisteminin varlığını zaruri kılar. Bütünüyle yaptırım gücünden yoksun yahut caydırıcı niteliği bulunmayan bir sistem içerisinde rekabet ihlalleriyle başarılı bir şekilde mücadele edebilmek mümkün değildir². Bu başlık altında rekabeti kısıtlayan yasak faaliyetlerin tabi olduğu sonuçlar değil sadece rekabeti kısıtlayıcı işbirliği niteliğindeki teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının karşılaşılabileceği hukuki yaptırımlar incelenecektir.

II. Cezaî Sorumluluk

Rekabetin kısıtlanmasına veya bozulmasına sebep olan teşebbüsler, bu sonuca yol açan davranışlarında kusurlarının bulunup bulunmamasına

¹ KARAYALÇIN, Rekabet Kanunundan önceki dönemde, haksız rekabet hakkındaki genel hükümden (bu arada MK 2, 23 ve 24'ten) "müşterilere karşı eşit işlemde bulunulmaması, özellikle farklı fiyat uygulamalarında farklı işlemlerin hangi hallerde haksız olduğunu tespitite, rakibi bir iş yapmaya, bir harekette bulunmaya (veya aksine) zorlamak maksadıyla yapılan boykotun hangi hallerde haksız olduğunu tespitite, rakibi iktisaden yok etme maksadıyla yapılan fiyat indirmelerinde, fiili baskılarla iktisadi hakimiyetin, fiili tekel durumunun kötü kullanılmasının önlenmesi" hallerinde de yararlanılabileceğini ifade etmektedir (KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 456).

² Bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 13.

bakılmaksızın³ para cezaları ile cezalandırılacaklardır (RK m. 16, 17)⁴. Ancak kusurun derecesi (kast veya ihmal), teşebbüslerin piyasa gücü ve zararın ağırlığı gibi unsurlar, tatbik edilecek cezaların miktarında farklılığa yol açar (RK m. 16/4)⁵. Kanunda düzenlenen her türlü para cezası, idari nitelikte para cezasıdır⁶. Para cezaları Kanuna aykırı hareket eden taraflardan her birine ayrı ayrı tatbik edilir (RK m. 18/1)⁷. Biz Kanunu ihlal eden işbirliği faaliyetlerinin cezai sonuçlarından ziyade hukuki sonuçları üzerinde duracağız⁸.

³ Bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 72.

⁴ Krş. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü (para cezalarına ilişkin) m. 15, 16. Ayrıca bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 500; WHISH, Competition Law, s. 308; KENT, Law of the European Union, s. 209.

⁵ Yıkıcı fiyat konusunda aralarında mutabık kalan "şirketlerin faaliyetlerinin Adıyaman ilindeki 12 kg.lık tüplü likit petrol gazı dağıtım piyasası ile sınırlı olması, Rekabet Kurulu'nun önaraştırmaya başlaması ile birlikte kısa sürede ihlalin sona erdirilmesi, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasının henüz başlamış olması dolayısıyla rekabet kurallarının ve bu kültürün yerleşmiş olmaması, bu anlaşmaya taraf olan şirketlerin davranışlarında şikayetçinin, kaçak gaz kullanmak, teknik standartlara uymamak gibi hukuka aykırı eylemlerinin de rolü olduğu şeklindeki savunmaları ile tarafların soruşturma esnasındaki genel tutum ve davranışları ve özellikle Kurum'un çalışmaya başladığını ilan ettiği tarihten bir gün önce ihlale son veren" teşebbüslerin bu davranışları ceza miktarının takdirinde etkili olmuştur. RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 137).

⁶ Aynı şekilde bkz. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü m. 15/4.

⁷ Teşebbüslerin yasak faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından takdir edilecek cezaların caydırıcı miktarda olması şarttır. Örneğin fiyat tespiti anlaşması sonucunda kârlarını 500.000 \$ arttırmayı planlayan teşebbüslerin, bu durumun tespit edilmesi sonucunda 5.000.000 \$ cezaya maruz kalacaklarını bilmeleri, sözkonusu yasak faaliyete girişmenin cazibesini ortadan kaldıracaktır. Bkz. PHILLIPS, Goals, Instruments and Institutions of Competition Law, s. 13.

⁸ Kanunda düzenlenen para cezaları, para cezası (m. 16) ve süreli para cezaları (m. 17) olmak üzere iki başlık altında toplanmıştır. Para cezaları, a) muafiyet, menfi tespit ve birleşme veya devralma için izin başvurusu ile bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan anlaşmalara ilişkin bildirim ve başvurularda yanlıtıcı veya yanlış bilgi verilmesi halinde ... lira, b) Kurul kararı ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanlıtıcı bilgi verilmesi halinde ... lira, c) Birleşme veya devralmanın ya da 4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi halinde ... lira, d) Bu Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kurulun verdiği muafiyet kararlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ... lira para cezası verir. Ayrıca Kanunun 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara ... liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safî gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir. Tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır. Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır. Süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlara, bu kanun hükümlerini açık bir biçimde ihlal etmemeleri

III. Hukukî Sorumluluk

Rakip teşebbüsleri veya doğrudan tüketicileri hedef alan; fiyat tespiti piyasaya girişin engellenmesi, ayırıcı uygulamalara gidilmesi, bağlayıcı kayıtlar konulması, boykot, üretimin sınırlandırılması, gibi rekabeti kısıtlayıcı davranışlar haksız fiil sorumluluğuna da yol açabilecektir. Haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde, ahlaka aykırı bir fiil ile (özellikle boykot) bilerek rakip teşebbüslerin veya tüketicilerin zarar görmelerine sebep olan şahıs, bu kimselerin maruz kaldıkları zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır (BK m. 41/2)⁹.

Rekabeti kısıtlayan davranışların (fillerin) hukuka aykırılığı piyasa düzenini koruyan hükümlerin ve/veya üçüncü kişilerin sübjektif haklarının (teşebbüslerin rekabet hakkının veya özel teşebbüs hürriyetinin, tüketicilerin daha ucuz, kaliteli ve nitelikli mal veya hizmet edinebilme hakkının) ihlalden kaynaklanmaktadır¹⁰. Rekabet sınırlamaları haksız fiillerde olduğu gibi¹¹ genellikle aktif davranışlarla ortaya çıkar. Örneğin fiyat tespiti, eşit durumdaki kimselere farklı şartlar uygulanması, piyasaya yeni girecek teşebbüslerin engellenmesi gibi. Ancak edilgen davranışlarla da rekabetin kısıtlanması mümkündür¹². Örneğin iki rakip teşebbüsün bilinçli olarak birbirlerinin

durumunda Kurulun vereceği nihai karara kadar geçecek süre için para cezası uygulanmaz (m. 16). Süreli Para Cezaları ise topluca; a) 9 uncu maddeye göre verilen ihlale son verilmesine ve diğer tedbirlere ilişkin karara uyulmaması halinde ... lira, b) 11 inci maddenin (b) bendinde öngörülen Kurul kararlarının ve tedbirlerinin yerine getirilmemesi halinde ... lira, c) 13 üncü maddenin birinci fıkrasına göre yasaklanan davranışların yapılması halinde ... lira, d) 15 inci madde uyarınca Kurul uzmanlarının yerinde inceleme yapmalarının engellenmesi halinde ... lira olmak üzere, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine kararda belirtilecek tarihten başlamak üzere her gün için süreli para cezası tatbik edilecektir (m. 17). Kurulun para cezası verme yetkisinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri ise şu şekilde tespit edilmiştir: a) Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl, b) Diğer hallerde beş yıl olarak kabul edilmiştir. Süre, ihlalin vuku bulduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar. Bu ihlalle ilgili olarak Kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser. Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımı süresini keser (m. 19). AB uygulaması için bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 499-506; WHISH, Competition Law, s. 307, 308.

⁹ KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, s. 443; von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, İstanbul 1952, s. 390 ve dnp. 41.

¹⁰ Genel olarak bkz. von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, s. 387, 388.

¹¹ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 484, 485; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 34.

¹² ÖZSUNAY, Türkiye'de Karteller ve Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar ve "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"na İlişkin Görüşler, s. 114.

piyahasına girmekten kaçınmaları, bir teşebbüsü piyasadan çekilmeye zorlamak için mal (veya hizmet) satışının reddedilmesi gibi.

Rekabeti kısıtlayıcı işbirliği faaliyetlerinin durdurulması veya ihlalden önceki durumun tesisi (eski hale iade), ortaya çıkan zararın tazmini, hukuki muamele niteliğindeki işbirliği davranışlarının hukuki akıbeti ve rekabet uyumsuzluklarındaki taraflar konumuz açısından üzerinde durulması gereken belli başlı sorunları oluşturur. Kanuna göre yasak faaliyet olarak nitelendirilebilecek anlaşma ve kararlar başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden hükümsüz olduğuna göre, tarafların bundan sonraki hak ve yetkilerinin tayini, kapsamı konuları halli müşkül sorunlardır.

Durdurma, düzeltme ve eski hale getirme gibi önlemler genel anlamda mahkemelerin yetki alanına girmesine rağmen Kanun işletmelerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleriyle ilgili hususların bütününde idari yapı içerisinde yer alan Rekabet Kurulunu yetkili kılmıştır (m. 9). Dolayısıyla Kurul kararları idari karar niteliğinde olacak ve şüphesiz aleyhine yargı yoluna başvurulabilecektir (m. 55/1). Ancak Kanuna aykırı işletmeler arası anlaşma ve işletme birliği kararlarının hükümsüzlüğüne dayanan tazminat ve iade davalarında yine genel mahkemeler yetkilidir. Kanunun "ihlale son verme" başlıklı 9. maddesinde, rekabeti sınırlandıran davranışların tespiti, durdurulması, rekabet şartlarının yeniden tesisi ve bu durumun muhafazasına hizmet edecek bilumum (yasaklayıcı veya koruyucu) tedbirlerin alınmasından bahsedildiğine göre, öncelikle bu konular üzerinde durulmalıdır.

IV. Yasak İşbirliği Davranışlarının Tespiti, Durdurulması ve Düzeltilmesi

1. Yasak Faaliyetlerin Tespiti

Rekabeti kısıtlayan bir yasak faaliyetin varlığından Kurul; ilgili kimselerin (tarafların) bildirim (m. 10)¹³, menfi tespit (m. 8) ve muafiyet başvurusu¹⁴ yahut üçüncü kişilerin ihbarı, şikayeti veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi ya da Kurulun kendi yetkisine dayanarak yaptığı (resen) piyasa araştırması (m. 27/a)¹⁵ sonucu haberdar olacaktır¹⁶. Kurul rekabeti kısıtlayan yasak bir davranışın varlığını tespit ettiğinde, sadece tespit talebine

¹³ Bkz. 1997/2 Sayılı Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği (RG, 12.08.1997, S. 23078).

¹⁴ Bkz. 1997/2 Sayılı Tebliğ (RG, 12.08.1997, S. 23078) sonundaki Rekabet Kurumu Başkanlığı Menfi Tespit/Muafiyet Başvuru/Bildirim Formu (FORM-1).

¹⁵ Krş. Krş. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü, m. 3.

¹⁶ Bkz. WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 473.

konu olan ilişkinin varlığını tespit eden ve icra kabiliyeti bulunmayan genel mahkemelerin tespit kararından farklı olarak, sözkonusu yasak faaliyetin subutiyetini gösteren bir kararla yetinemez. Talep üzerine yahut ihbar ya da şikayet yoluyla bir ihlalin varlığından haberdar olan Kurul, ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulduğu takdirde doğrudan soruşturma açılmasına veya soruşturma açılmasının gerekli olup olmadığına yönelik ön araştırma yapılmasına karar verir (RK m. 40/1)¹⁷.

Yasak faaliyetlerin tespiti durumunda Kurul, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına karar verecektir (RK m. 27/a). Bu durumda Kurul; rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için gerekli olduğu takdirde yasak faaliyetin durdurulması veya düzeltilmesi hatta nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkması ihtimalinin bulunması durumunda da ihtiyati tedbir kararı alabilecektir (m. 9/4).

2. Yasak Faaliyetlerin Durdurulması

Kanunun tazminat sorumluluğunu düzenleyen 57 ve 58. maddeleri ilgili kimselerin, hukuka aykırı durumun sona erdirilmesine veya düzeltilmesine yönelik bir dava açabilip açamayacakları hususuna değinmemiştir. Halbuki hukuk sistemimiz, zarar ve ziyan talebinden başka, haksız bir fiil ile bir hakka ileride yapılacak bir tecavüze engel olmayı, halen devam eden bir haksız fiili durdurmayı konu edinen dava haklarını da kabul etmiştir. Örneğin haksız rekabette TK m. 58 (BK m. 48), ticaret unvanına tecavüzde TK m. 54, marka hakkının korunmasında 556 sayılı KHK¹⁸ m. m. 64, şahsiyet haklarının korunmasında MK. m. 24/a ve m. 25, zilyetliğin korunmasında MK m. 896 gibi. Dolayısıyla haksız fiil niteliği taşıyan rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan zarar gören kimselerin tazminat talebinden başka, hukuk mahkemelerinde, halen devam eden hukuka aykırı durumun sona erdirilmesini hedef tutan bir dava açabilip açamayacakları hususu tartışmaya açıktır. Gerçekten teşebbüslerin hukuka aykırı davranışlarından zarar gören kimselerin (rakip teşebbüsler, tüketiciler), zarar ve ziyan talebiyle birlikte, bu duruma sebep olan ve halihazırda varlığını sürdüren yasak davranışların durdurulmasını (Rekabet Kurulu dışında), tazminat davasına bakan mahkemeden isteyememeleri herhalde isabetli olmayacaktır. Aksi takdirde tazminat talebini kabul eden (dolayısıyla teşebbüslerin icra ettikleri faaliyetlerin hukuka aykırılığını tespit eden) mahkeme dışında Rekabet Kurulunun da aynı faaliyetleri (baştan) soruşturma kapsamına

¹⁷ Bu durumu kısaca Kurulun "soruşturma kapsamına alması" olarak ifade edeceğiz.

¹⁸ RG, 27.6.1995, S. 22326.

olarak incelemesi zaman kaybına, bu yüzden de (teşebbüsler, tüketiciler ve bütün bir piyasa bakımından) zararın artmasına sebep olacaktır¹⁹.

Rekabet düzeninin muhafazası için Kurul halen icra edilen bir yasak faaliyetin durdurulması kararını verebilecektir. Kurulun yasak faaliyetlere karşı harekete geçebilmesi, bu yönde bir talebin varlığına bağlı değildir. Halihazırda, taraflar arasında etkisi süren bir sınırlayıcı davranışın devamına engel olmak, Kurulun en önemli görevlerinden birisidir (m. 27/a)²⁰. Ancak durdurma kararına konu olacak (halen icra edilen veya etkisi süren) bir işbirliği davranışının varlığı zaruridir. Kurulun rekabeti kısıtlayan fiilden haberdar olmasıyla, taraflar aralarındaki yasak ilişkiye son vermişlerse, doğal olarak durdurma değil düzeltme kararı verilecektir. Kurul kararı yasak faaliyetin durdurulmasından başka rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi yahut kaçınılması gereken davranışları da ihtiva eder²¹.

3. Eski Hale İade veya Düzeltme Kararı

Eski hale iadeden, Rekabet Kanunu anlamında sorumluluğa yola açan, serbest rekabet hakkına müdahale teşkil eden yasak faaliyetlerin ortadan kaldırılması ve etkilerinin bertaraf edilmesi anlaşılacaktır. Gerçekten kısıtlayıcı faaliyetler neticesinde ortaya çıkan maddi durumun ortadan kaldırılması, rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için zaruridir. Örneğin rakip teşebbüslerin faaliyetlerini kısıtlayan veya piyasaya girişleri engelleyen piyasa paylaşımı, ayırıcı uygulamalar, boykot gibi yasak davranışların ortadan kaldırılması ya da Kanuna aykırı olmayacak şekilde düzeltilmesinin istenmesi gibi.

Kanunda bildirilmesi zorunlu olan birleşme veya devralma işlemlerinin Kurula bildirilmemesi halinde, sözkonusu işleme karşı Kurulun tutumunu konu edinen ve düzeltme kararıyla ilgili olan ilginç bir örnek yer almaktadır. Buna göre hukuka aykırı birleşme veya devralmanın varlığı kabul edildiği takdirde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine

¹⁹ Tazminat talebine konu olan davranışların hukuka aykırılığının tespitinde tek yetkili merci olarak Rekabet Kurulunun kabul edilmesi de bu mahzuru ortadan kaldırmayacaktır. Bkz. "Talep hakkı veya yetkisine sahip olanlar" başlığı altındaki "bekletici sorun"a ilişkin açıklamalar.

²⁰ VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 968; WHISH, Competition Law, s. 306, 307.

²¹ Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 198; WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 485, 486.

iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verilir (RK m. 11/b).

Rekabet Kurulu, yasak faaliyetlerin durdurulması ya da düzeltilmesi kararını almadan önce, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini ihtiva eden bir planı, yazılı olarak bildirir (m. 9/3)²². Kanun, Kurulun teşebbüslerin ihlaline ne şekilde son vereceklerini konu edinen bildiriminden bahsettiğine göre, bu bildirim öncelikle, Kanuna aykırı bir durumun varlığını ve soruşturma kapsamına alındığı hususlarını ihtiva etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu böyle bir imkan sevk etmekle, bir an önce rekabet şartlarının tesisini ve dolayısıyla soruşturma veya karar süresince doğabilecek zararların önlenmesini istemiştir²³. Kanun, tarafların Kurulun görüşlerine uygun olarak ihlali sona erdirdikleri takdirde soruşturmanın akıbetinin ne olacağı veya bu durumun Kurul nihai kararına nasıl etki edeceği hususlarına yer vermemiştir. Henüz bu aşamada soruşturma sonucunun ne olacağı kestirilemeyeceğinden soruşturma devam edecektir²⁴. Soruşturma sonucunda para cezası verilmesini gerektirir davranışların varlığı tespit edildiği takdirde, tarafların kusuruna göre (m. 16/4) ceza miktarının tayini ile ilgili bir sorun ortaya çıkacaktır. Süreli para cezalarını konu edinen düzenlemede (m. 17/a) Kurulun ihlale son verilmesine ilişkin görüşlerine ve diğer tedbir kararlarına uymayan teşebbüsler için ayrıca para cezası öngörülmüştür. Önemli ve ciddi zararlara yol açan, çok mağdurlu rekabet ihlallerinin bir an önce sona erdirilmesi endişesi karşısında, bu düzenlemenin yerinde olduğu kuşkusuzdur.

İhlallerin önlenmesi ve rekabet şartlarının tesisi açısından teşebbüslerin pozitif davranışlarla yükümlü kılınması gerekebilir. AB sisteminde Komisyonun pozitif davranışta bulunmayı emrettiği çok sayıda olay vardır. Örneğin Akzo-Chemie olayında Komisyon, fiyatlarda aşırı indirim yapmak (predatory price) suretiyle rakibini (ezmeye) piyasa dışına çıkarmaya çalışan Akzo'ya fiyatlarını rekabet sürecinden önceki seviyeye çıkarmasını emretmiştir. Yine İcı-Zoja olayında aynı ürün piyasasına girmeyi planlayan İcı, Zoja teşebbüsüne mal

²² Krş. 17 sayılı Konsey Tüzüğü, m. 3/son.

²³ Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 472; WHISH, Competition Law, s. 304, 305.

²⁴ Krş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 200.

vermeyi kesmiştir. Bunun üzerine Komisyon İcra'ya, her yıl belirli bir miktarda hammaddeyi Zoja'ya vermesi yükümlülüğünü koymuştur²⁵.

4. İhtiyati Tedbir Kararı

a. Genel Olarak

Kanun, ciddi ve onarılamayacak nitelikte zararların doğması ihtimalinin kuvvetli olduğu durumlarda Rekabet Kuruluna, ihtiyati tedbir kararı verebilme yetkisi tanımıştır (m. 9/4)²⁶. Kurulun ihtiyati tedbir kararı "ara kararı"²⁷ niteliğindedir. Kural olarak ara kararları ancak nihai kararlarla birlikte temyiz edilebilir²⁸. İhtiyati tedbir kararı ara kararı niteliğinde olmasına rağmen Kanun nihai kararı beklemeksizin, tedbir kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabilmesi imkanını kabul etmiştir (m. 55/1). Kurulun nihai kararlarla birlikte vereceği tedbirler, ihtiyati tedbir olarak nitelendirilemez. Örneğin bildirilmesi zorunlu olmasına rağmen Kurula bildirilmeyen birleşme veya devirlerle ilgili işlemlerin, Kanununun 7. maddesi kapsamına girdiğini tespit eden Kurulun, nihai kararlarla birlikte, birleşme veya devir sonucu ortaya çıkan fiili durumların ortadan kaldırılmasına yönelik almış olduğu tedbirler böyledir.

b. İhtiyati Tedbir Kararı İçin Gerekli Şartlar

İhtiyati tedbir kararını gerektiren şartlar Kanunda "Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir" şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda ihtiyati tedbir için gerekli şartları şu şekilde ele almak mümkündür.

²⁵ Bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 320, 321; WYATT and DASHWOOD, European Community Law, s. 485, 486.

²⁶ AB uygulamasında ihtiyati tedbir kararıyla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat yargı kararlarında Komisyonun, nihai kararın kapsamını aşmayacak ve kararın etkinliğini sağlayabilecek nitelikte geçici tedbirler almaya yetkili olduğu kabul edilmektedir. Bkz. STEINER; Textbook on EEC Law, s. 151, 152; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 495; KENT, Law of the European Union, s. 205; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 974.

²⁷ Ara kararları, davayı ilerleten, neticeye götüren fakat muhakemeyi sona erdirmeyen ve bu yönüyle tespit hükmü niteliğinde olan kararlardır. Nihai kararlar ise muhakemeyi sona erdiren kararlardır. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 769, 770; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 2, İstanbul 1990, s. 2053.

²⁸ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 2, s. 2057; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 771.

ba. Açık Bir İhlalin Bulunması

Kurulun tedbir kararı verebilmesi için gerekli ön şart, Rekabet Kanununda yasak faaliyet kapsamına giren davranışların teşebbüsler tarafından icra edilmesidir²⁹. Ancak ihlal açık olmalıdır, kuvvetle muhtemel olması veya bu yönde önemli emarelerin bulunması yetmez³⁰. Bu anlamda teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilebilecek ve açıkça anlaşılabilir nitelikteki bir yasak davranışın varlığı yeterlidir³¹. RK m. 4/2'de örnek kabilinden işaret edilen yasak faaliyetler (sabit fiyat uygulamaları, piyasa paylaşımı, ayırıcı davranışlar, boykot vs.) "açık ihlal" olarak kabul edilebilir³². Bu konuda temel alınması gereken ölçü, tarafların icra ettikleri yasak faaliyete ilişkin "amacı" ve "kastı"dır³³.

bb. Ciddi ve Telif Edilemeyecek Zarar Tehlikesinin Varlığı

Kanun ihtiyati tedbirle ilgili genel kurallardan ayrılmamış, ciddi ve telif olunamayacak zarar³⁴ tehlikesinin varlığı şartını aramıştır³⁵. Örneğin bir teşebbüsü piyasadaki çıkarıma yönelik işbirliği ihlallerine karşılık ilgili teşebbüsün ciddi ve telif olunamayacak bir zarara maruz kalacağı kabul edilmektedir³⁶. Ancak tazminat yoluyla telif olunabilecek zararlar, ihtiyati tedbir kararı için yeterli değildir.

²⁹ Bkz. KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 156 vd.

³⁰ Krş. WHISH, Competition Law, s. 298, 299; KENT, Law of the European Union, s. 206.

³¹ ASLAN ihtiyati tedbir kararının yasak faaliyetlerin ihlal edildiğini gösteren çok kuvvetli delillerin bulunması haline mahsus olarak verilebileceğini belirtmektedir (ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 193). Kanunun ilgili hükmünde (m. 9/4) bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Biz ihlalin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık olması gerektiğini, varlığı kuvvetle muhtemel olması gereken olgunun ihlal fiiliyle değil ortaya çıkabilecek zararlarla ilgili olduğunu düşünüyoruz.

³² Rekabet Kurulu'da önüne gelen bir olayda "açık ihlal" kavramını bu yönde değerlendirmiştir: "Kanun'un 16'ncı maddesinin son fıkrasında geçen açık ihlal kavramının fiyat anlaşmaları, pazar paylaşımı, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkarılması gibi ilk bakışta rekabet ihlali olarak nitelendirilebilecek türden ihlaller şeklinde anlaşılması gerektiği ..." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

³³ Rekabet Kurulunun yukarıdaki kararının devamında (açık ihlalle ilgili), Kanunun 16 maddesinin 2. fıkrasının uygulanmamasına "BİAK sözleşmesindeki rekabet ihlalinin ... ancak konunun uzmanlarınca yapılan belli bir inceleme sonucunda anlaşılabilmesi"ni gerekçe göstermesi isabetli olmamıştır. Bu yönde bkz. ASLAN, Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, s. 14 vd.

³⁴ Aslında kişinin iç huzurunun, manevi bütünlüğünün ihlali, hatta ölüm halinde bile hasıl olan zararın maddi ve manevi tazminat yoluyla telif edildiği düşünülürse, hukuken her türlü zararın telif edilebileceği sonucuna varılır. Bu yüzden Kanunun ilgili kısmını, "eski hale getirilmesi güç ya da imkansız bir durum" olarak anlamak isabetli olacaktır.

³⁵ Aynı şekilde bkz. STEINER; Textbook on EEC Law, s. 152.

³⁶ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 298.

AB uygulamasında kamu yararıyla ilgili ihlallerin de bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir³⁷. Gerçekten milli ekonominin, rekabet düzeninin, tüketici menfaatlerinin korunması rekabet hukukunun temel görevleri arasında yer aldığına göre, bu sonucun kabulü, ülkemiz uygulaması için de yararlı olacaktır.

Kurulun ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için telafisi mümkün olmayacak zararların ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olmalıdır. Bu yüzden ihtiyati tedbir kararı verilmediği takdirde mağdur teşebbüslerin onarılamayacak nitelikte zarara maruz kalacaklarını kuvvetle muhtemel gösteren deliller bulunmalıdır. Kurulun ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için ayrıca talepte bulunmaya gerek yoktur. Talep bir yana, Kurul kendiliğinden, soruşturmaya başlamadan tedbir kararının gerekli olup olmadığı sorununu incelemek zorundadır (m. 27/a)³⁸.

bc. İhtiyati Tedbir Kararı İhlalden Önceki Durumu Korumaya Yönelik Olmalı

Kanun ihtiyati tedbir kararının ihlalden önceki durumu muhafaza etmeye yönelik olması özelliğine ayrıca dikkat çekmiştir. İhtiyati tedbir kararıyla taraf menfaatleri arasındaki denge bozulmamalıdır. Yani ihtiyati tedbir kararı, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsleri ihlalden önceki şartlara taşımak yerine, onları cezalandırma amacını izleyecek bir karar değildir. Aynı şekilde, mağdur olan teşebbüsleri ihlalden önceki rekabet şartları açısından avantajlı bir konuma getirecek nitelikte ve kapsamda tedbir kararı alınmaz³⁹.

bd. Tedbir Kararının İçeriği Nihai Kararın Kapsamını Aşmamalı

İhtiyati tedbir kararlarının, nihai kararın kapsamına aşamaması, esasını bu tür kararların geçici nitelikte ve önleyici amaçla sınırlı olmasında bulur⁴⁰. Tedbir kararı özü itibarıyla bir ara kararı olduğundan, sadece ciddi ve onarılamayacak nitelikteki zararların doğmasını önlemeye hizmet edecek muhtevada olmalıdır⁴¹. Kanunu ihlal eden teşebbüse nihai kararlar en fazla hangi yükümlülükler yüklenebilecekse, ihtiyati tedbir kararıyla da bu yükümlülükler

³⁷ KENT, Law of the European Union, s. 206; WHISH, Competition Law, s. 298; ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 324; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 496.

³⁸ Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 975.

³⁹ Bkz. WHISH, Competition Law, s. 299, 300.

⁴⁰ WHISH, Competition Law, s. 299; KENT, Law of the European Union, s. 206.

⁴¹ MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, s. 1-168.

aşlamayacaktır. Yasak faaliyetlerin tarafı olan teşebbüslere, ihlalden önceki durumu tesis edecek yükümlülükler dışında, nihai karar kapsamına girse bile, bir takım müeyyideler yüklenemez.

be. Taraf Haklarının Korunması

Her şeyden önce açık bir ihlalin varlığı kabul edilse bile bu durum savunma haklarının göz ardı edilmesini gerektirmez. Kurul ihtiyati tedbir kararı alırken tarafların, bu arada üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatlerini, aleyhine karar verilen teşebbüslerin menfaatleriyle birlikte değerlendirmelidir. Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen kimsenin, soruşturma neticesinde masum bulunabileceği ihtimali hesaba katılarak, bu kimselerin uğrayabileceği zararlar teminat altına alınmalıdır⁴². Bu yüzden, genel olarak ihtiyati tedbir kararları aleyhine, kanun yollarına nihai kararlarla birlikte başvurulabilirken, Kanunumuz tek başına ihtiyati tedbir kararları aleyhine yargı yolunu açık tutmuştur (m. 55/1).

5. Talep Hakkı veya Yetkisine Sahip Olanlar

a. Genel Olarak

Kanunu ihlal eden yasak faaliyetleri Kurul ihbar⁴³, şikayet veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığının⁴⁴ talebi üzerine ya da kendiliğinden soruşturma kapsamına alacaktır (m. 9/1). Kanun meşru bir menfaati bulunan kimselerin şikayette bulunabileceğine ayrıca işaret ettiğine göre, hukuka aykırı faaliyetlerden menfaatleri ihlal olmayan kimseler "ihbar" yoluyla sözkonusu yasak faaliyetleri Kurula bildirebileceklerdir⁴⁵. Bu açıdan bakıldığında Kanunun, rekabet düzenini ihlal eden faaliyetlerin durdurulmasına ilişkin başvuru hakkının çerçevesini geniş tuttuğu görülür⁴⁶.

Yasak faaliyetlere karşı Kurul, ihbar veya şikayet yolu dışında, Bakanlığın talebi üzerine de harekete geçebilecektir. Diğer bakanlıklara böyle bir yetki tanınmadığına göre, ilgili bakanlıklar ihbar yoluyla yasak davranışları

⁴² Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 975, 976; ASLAN, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 325, 326; WHISH, Competition Law, s. 299.

⁴³ Genel olarak "ihbar" hakkındaki açıklamalar için bkz. "Giriş" kısmında "Rekabet hukuku ile haksız rekabet arasındaki benzerlikler, (d) paragrafı.

⁴⁴ Bundan sonra "Bakanlık" olarak anılacaktır.

⁴⁵ Bkz. İNAN, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri (soru cevap kısmı), s. 91, 92.

⁴⁶ AB uygulamasında Komisyona başvuru hakkı, başta üye devletler olmak üzere, meşru bir menfaati ihlal edilmiş olan gerçek ve tüzel kişilere tanınmıştır (17 Sayılı Konsey Tüzüğü, m. 3/2).

Kurula intikal ettirebileceklerdir. Benzer şekilde, özellikle rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere ilişkin tazminat veya iade davalarında *mahkemeler*, doğrudan kısıtlayıcı (halen devam eden) faaliyetleri, bunların durdurulmasını "ihbar" veya bu faaliyetlere ilişkin bir ihlalin var olup olmadığını "bekletici sorun" yoluyla Kurula götürebileceklerdir. Bekletici sorun, esas davanın incelenmesi sırasında ortaya çıkan, fakat olay mahkemesinin görevi dışında ve esas davanın haliyle etkisi olan uyuşmazlıktır⁴⁷. Tazminat veya iade davasının esasını çözmeye yetkili olan mahkeme, **Rekabet Kanununa aykırılık sorunu ile karşılaştığında**, bu konuda bir karar vermez. Mahkeme davayı durdurarak, Kanuna aykırılık sorununu "**bekletici sorun**" olarak Rekabet Kuruluna gönderir. Rekabet Kurulunun vereceği karara göre de esas davayı sonuçlandırır. Gerçi Rekabet Kurulunun, bir Anayasa Mahkemesi, ceza mahkemeleri veya diğer ihtisas mahkemeleri gibi kendi alanlarındaki uyuşmazlıkların haliyle, görevli ve yetkili tek merci olduğunu söylemek mümkün değildir. Rekabet Kurulu Kanunun uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde değil, Kanun hükümlerinin bütün kurum ve kurallarıyla uygulanmasında, icra yetkisine sahip bir organdır (Bkz. RK m. 27). Dolayısıyla genel mahkemelerin, iade veya tazminat davalarında, bu sonuca yol açtığı iddia edilen davranışların, Rekabet Kanunu ihlal edip etmediği sorununu "bekletici sorun" olarak değil, "**ön sorun**" yoluyla mahkemenin bizzat kendisinin çözmesi gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. Ön sorun, esas uyuşmazlık yanında ve onun karara bağlanmasında öncelikle halledilmesi (çözülmesi) gereken, fakat aynı mahkemenin görev alanına giren sorunlardır⁴⁸.

Yasak faaliyetlerin durdurulması ve rekabet şartlarının yeniden tesisi bakımından, Kurula başvuru hakkının geniş tutulmasına yönelik düzenlemenin yerinde olduğu kuşkusuzdur. Bu hususta genel olarak şu başlıklar üzerinde durulabilir.

b. Kurulun Bakanlığın Talebi Üzerine veya Kendiliğinden Soruşturma Başlatabilmesi

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin sebep olduğu zarar, başta rakip teşebbüsler olmak üzere tüketicilere ve genel olarak da milli ekonomi içerisine yayılmaktadır. Kuşkusuz mağdur rakip teşebbüsler ve tüketiciler, uğradıkları zararları tazmin talebinden başka yasak faaliyetlerin durdurulmasını da isteyebileceklerdir. Ticari hayatta dürüstlüğü hakim kılınmasını, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli bir şekilde işlenmesini ve gelişmesini sağlayacak, piyasalarda fiili veya işbirliği anlaşmaları sonucunda oluşacak tekelleşme ve

⁴⁷ ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 182; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 3, s. 2346.

⁴⁸ Bkz. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: 3, s. 2346 vd.

kartelleşmeyi önleyecek tedbirlerin alınması Devletin anayasal görevleri (Ay. m. 167) arasında yer alır. Serbest rekabet sisteminin yerleşmesi ve devamında, korunması ve geliştirilmesinde Devlet bu temel görevini Rekabet Kurulu vasıtasıyla yerine getirecektir⁴⁹.

Rekabet Kurulu, Rekabet Kanununu ihlal eden yasak faaliyetlere karşı resen harekete geçmek ve bu tür faaliyetleri resen araştırmak⁵⁰, Kanun kapsamına giren ihlalleri tespit etmek, rekabet şartlarının yeniden tesisine hizmet edecek önlemleri almak ve sorumlu teşebbüsleri belirleyerek gerekli müeyyideleri uygulamak görevlerini haizdir (m. 27/a)⁵¹. Süresi içinde⁵² Danıştay'a başvurulmayan Kurul kararları kesinleşir. Yasak faaliyetlerin ihlali halinde, tazminat ve iade davaları dışında, bunların durdurulması veya eski hale getirilmesinde genel mahkemeler yetkili değildir. Bu hallerde tek başına yetkili organ rekabet Kuruludur.

Rekabet Kurulunun yasak faaliyetleri resen araştırma yetkisinden başka, ayrıca Kanun Sanayi ve Ticaret Bakanlığını da bu yönde talepte bulunmaya yetkili kılmıştır. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı dışında diğer bakanlıkların Kurulu ihbar yoluyla harekete geçirebilmesi hususunda herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Bu durumda diğer bakanlıklar tarafından ihbar yoluyla Kurulun harekete geçirilebilmesi ile doğrudan Sanayi ve Ticaret Bakanlığının talebi üzerine bu sonuca ulaşılması arasında herhangi bir farkın olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Gerçekten Kurul ciddi ve yeterli bulduğu başvuruları (ihbar, şikayet ve Bakanlığın talebi) araştırma kapsamına alacak ve bu durumu ilgililere bildirecektir (m. 42/1). Şayet Kurul başvuruları açıkça veya zımnen (süresi içinde -İYUK m. 10 gereği altmış gün olmalı- bildirimde bulunmayarak) reddetmişse, doğrudan veya dolaylı olarak menfaatleri ihlal olanlar red kararına karşı yargı yoluna başvurabileceklerdir (m. 42/2). Bu durumda red kararına karşı yargı yoluna başvurulmasında "menfaat" kısıtı esas alındığına göre, Kurulun Sanayi ve Ticaret Bakanlığının talebi üzerine harekete geçirilebilmesi ile diğer bakanlıkların ihbarı üzerine harekete geçmesi arasında herhangi bir fark bulunmayacağı sonucuna varılabilir.

⁴⁹ Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu Rekabet Hukuku ve Politikası, DPT, Ankara 1994, s. 28, 29; Türk - AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Rekabet Hukuku Alt Komisyonu Raporu, DPT, Kasım 1994, s. 39 vd.

⁵⁰ Bu kavramlar için bkz. YILMAZ, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 90.

⁵¹ Bu görevler ABD'de tek yetkili organ olmamakla birlikte Federal Trade Commission (Federal Ticaret Komisyonu) (HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, s. 1083-1085; WHISH, Competition Law, s. 16), AB'de ise Komisyon tarafından yerine getirilmektedir. Farklı ülkeler için bkz. Türk - AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Rekabet Hukuku Alt Komisyonu Raporu, s. 12 vd.

⁵² Kanunun 55. maddesinde süreye ilişkin bir açıklık yoktur. Bu durumda süre, İYUK m. 47 gereği altmış gün olacaktır. Süre, gerekçeli kararın taraflara tebliği ile başlar (RK m. 54).

c. Özel Hukuk Kişilerinin Talebi Üzerine Kurulun Harekete Geçebilmesi

ca. Herkesin Yasak Faaliyetlere Karşı Kurula Başvurabilmesi (İhbar Yolu)

Menfaat ihlali bulunmayan hallerde, Kanunun "ihlale son verme" başlıklı 9. maddesinde, Kurulun ihbar üzerine de harekete geçebilmesinden bahsedilmektedir. AB uygulamasında Komisyona başvuru hakkı olanlar: Üye devletler, meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişilerdir (17 sayılı Konsey tüzüğü, m. 3/2)⁵³. Genel olarak ihbar, gerek bilgi vermek gerekse hukuki, şahsi, resmi her türlü hak ve yükümlülükleri veya suç sayılan bir olayı ilgili makam ya da şahsa bildirmek için yapılan beyana denmektedir⁵⁴. Bu durumda herhangi bir menfaat şartı aranmaksızın rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden haberdar olan herkes, kuruldan yasak faaliyetlerin durdurulmasını isteyebilecektir. Kurul ciddi ve yeterli bulduğu ihbarları araştırarak ve bu durumu ilgililere bildirecektir (m. 42/1). Kurul ilgililerin başvurusunu açık veya zımnen reddettiği takdirde, red kararına karşı yargı yoluna başvurulamayacaktır. Çünkü Kanun, Kurulun sözkonusu başvuruyu red kararına karşı yargı yoluna müracaatı, ancak rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler sonucunda menfaatleri ihlal olanlara tanımıştır (m. 42/2). İhbar ile şikayet arasındaki temel fark da bu noktadan, yani meşru bir menfaatin varlığı ya da yokluğundan kaynaklanmaktadır⁵⁵.

cb. Menfaatleri İhlal Olan Kimselerin Kurula Başvuru Hakkı (Şikayet Yoluyla)

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden meşru menfaatleri ihlal olan gerçek veya tüzel kişiler, şikayet yoluyla, Kuruldan sözkonusu faaliyetlerin önlenmesini isteyebileceklerdir (m. 9/2). Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin milli ekonomiyi ilgilendiren yönü hesaba katılarak Kurula başvuru imkanı "herkes"i kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur. Fakat başvuru hakkının yargısal denetimi "meşru menfaat" ihlalinin varlığına bağlanmıştır. Menfaat ihlali, "dar" anlamda, ilgili kimsenin subjektif hakları alanına yansıyan dolayısıyla bir zarara sebep olan "hak" ihlali olarak yorumlanmamalıdır. Zira her menfaat, hak kuvvet ve niteliğinde değildir. Bu durumda menfaat ihlalinden subjektif bir hak ihlali değil,

⁵³ VESTERDORF, Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law, s. 79 vd; KERSE, The Complainant in Competition Cases: A Progress Report, s. 212 vd.

⁵⁴ ERGÜNEY, Türk Hukukunda Lügat ve İstihlalar, s. 205.

⁵⁵ ASLAN, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri (soru cevap kısmı), Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 1998, s. s. 98. Aynı eser ve aynı kısımda İNAN, s. 91, 92.

bahis konusu kimselerin rekabet ihlalleriyle ciddi ve makul bir ilgisi anlaşılmalıdır. Aynı zamanda menfaatin, para ve sair maddi değer ölçüleri ile ifade edilebilecek bir değeri haiz olması da şart değildir. Ciddi ve makul olmak kaydıyla manevi bir ilgi ve menfaatin ihlal edilmiş olması bu şartın gerçekleşmesi açısından kafi olmalıdır. Aksi halde Kanun koyucunun menfaat değil, doğrudan "hak" ihlalden bahsetmesi gerekirdi⁵⁶. Dolayısıyla menfaat ihlali olabildiğince geniş ve esnek yorumlanmalıdır. Kanuni düzenleme şekli de bu fikri destekler niteliktedir. Gerçekten Kanunun 42/2. maddesine göre doğrudan veya dolaylı olarak menfaatleri ihlal olanlardan bu durumunu belgeleyen kimseler, Kurulun başvurusu red kararına karşı Danıştay'a başvurabileceklerdir.

Rekabet Kurulu menfaatleri ihlal olan kimselerin şikayetini yeterli ve ciddi bulmadığı takdirde, menfaat ihlalini belgeleyen sözkonusu kimseler Kurul kararına karşı yargı yoluna başvurabileceklerdir. Rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği anlaşmasında, menfaat sahibi kişilerin başında ilgili anlaşmanın tarafları gelir. Ayrıca bu tip bir anlaşmayla, halihazırda menfaatleri ihlal olmuş kimselerden başka pek yakın bir gelecekte (potansiyel olarak) menfaatleri ihlal olabilecek kişiler de (bu durumu gösterebildikleri takdirde) tereddütsüz Kurul'a şikayet hakkını kullanabilecek, Kurulun red kararına karşı Danıştay'a gidebileceklerdir⁵⁷. Bu doğrultuda yasak faaliyetler sonucu, rekabette dezavantajlı bir konuma düşen veya önemli derecede ekonomik kayıplara, psikolojik sıkıntılara maruz kalan kimselerin meşru menfaatlerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılacaktır⁵⁸.

Şikayet için ilgili kimsenin doğrudan kendi menfaatlerinin ihlal edilmiş olması zorunlu değildir. Üyelerinin menfaatlerini korumak görevini haiz bir teşebbüs birliği, yasak faaliyetler hakkında Kurula şikayette bulunabilir⁵⁹. Bu anlamda tüketici menfaatlerini korumak üzere kurulan ve kar amacı bulunmayan tüketici derneklerinin de tüketici haklarını temsilen şikayet yoluna başvurabilmelerini kabul etmek gerekir⁶⁰.

⁵⁶ Genel kural olarak hukuk bir menfaati koruduğu hallerde, hak sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi de tanır. Fakat haktan farklı olarak bazı menfaatler hukuk tarafından korunmayabilir. Bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 79.

⁵⁷ Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 945, 946.

⁵⁸ KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 60; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 946; VESTERDORF, Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law, s. 79, 80.

⁵⁹ KERSE, The Complainant in Competition Cases: A Progress Report, s. 219.

⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. KERSE, The Complainant in Competition Cases: A Progress Report, s. 221 vd.

§ 13. Rekabeti Kısıtlayan Anlaşma ve Kararların Müeyyidesi

I. Genel Olarak

Bir hukuki muamele niteliğindeki teşebbüsler arası anlaşma⁶¹ ve teşebbüs birliği kararlarının kurucu unsurları bulunsa bile, muteberlik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların⁶² gerçekleşmemiş olması halinde, sözkonusu işlemler kesin olarak hükümsüzdür. Bu açıdan hükümsüzlük konusu, bağlayıcı nitelik taşıyan dikey anlaşmalar için özel bir öneme sahiptir⁶³. Rekabeti kısıtlayan anlaşmaların hükümsüzlüğü halinde anlaşma kurulmuş, meydana gelmiş olmakla birlikte, Rekabet Kanunu, bu anlaşmayla gerçekleştirilmek istenen sonucun doğmasını engellemekte, önlemektedir. BK m. 20'nin ifadesiyle "bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik, yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır." Bu metindeki "gayri muhik" deyimini "hukuka" aykırılık halini ifade etmek üzere, yanlışlıkla kullanılmıştır⁶⁴. Bu durumda kesin hükümsüzlüğü gerektiren haller, anlaşmanın konusunun imkansız veya hukuka ya da ahlaka aykırı olmasıdır⁶⁵.

BK genel ilkelerinden hareketle Rekabet Kanununa (m. 4) aykırı olan anlaşma ve kararların hükümsüz olduğu kendiliğinden anlaşılır⁶⁶. Fakat Rekabet Kanununun "bu Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği" başlıklı 56. maddesinde, Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçersiz olduğu belirtilmiştir. Kanunun ilgili

⁶¹ Türk Hukuk Lügatında "anlaşma" kavramı hakkında şu bilgilere yer verilmektedir: "... Anlaşmayı gerek şekil, gerek muhteva bakımından diğer mukavelelerden ayıracak bir ölçü yoktur. Tatbikatta bu tabirin ekseriyetle çok taraflı mukavelelerde kullanıldığı görülmekle beraber iki taraflı mukavelelere de anlaşma adı verildiği vakidir. Ehemmiyet itibariyle ikinci derecede olan mukaveleler için anlaşma adı tercih olunduğu söylenebilirse de kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir". Türk Hukuk Lügatı, s. 17 (anlaşma maddesi).

⁶² Her türlü hukuki muamelenin temel unsuru, hukuki sonuca yönelmiş irade beyanıdır. Tek irade beyanı ile gerçekleşen hukuki muamelelere tek taraflı, iki veya daha çok irade beyanını gerekli kılan hukuki muamelelere de iki veya çok taraflı muameleler (anlaşma, karar) denmektedir. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 106, 107.

⁶³ KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law a Practice, s. 108.

⁶⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 395.

⁶⁵ Hukuki muamelelerin hükümsüzlüğünü gerektiren sebepleri topluca şu şekilde sıralamak mümkündür: İrade beyanında bulunan kimsenin ehliyetsizliği (temyiz kudretinden yoksun bulunması), muamelenin konusunun emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka (adaba) aykırı veya imkansız bulunmaması, hukuki muamelenin sıhhati için aranan şekle uyulmaması, hukuki muamelenin muvazaalı olması, tasarruf muamelelerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması ve illi tasarruf muamelelerinde buna temel teşkil eden geçerli bir borçlanma işleminin olmamasıdır. Bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 119, 120; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 174.

⁶⁶ AB uygulamasından bu konuya ilişkin örnek olaylar için bkz. GIJLSTRA and MURPHY, Materials on the Competition Law of the EEC, s. 183 vd.

maddesinde, 4. maddedeki yasak işbirliği faaliyetlerinden sadece ikisinden bahsedilmiş, uyumlu eylemlere değinilmemiştir. Uyumlu eylem teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlarıdır. Dolayısıyla hukuki muamele niteliği taşımayan uyumlu eylemlerin hükümsüzlüğünden de bahsedilemeyecektir⁶⁷. Ancak uyumlu davranışların hükümsüzlüğünden söz edilemese bile bu tür uygulamaların sebep olduğu zararların tazminat sorumluluğuna yol açacağı kuşkusuzdur (m. 57).

II. Hükümsüzlüğün Tür ve Sonuçları

1. Hükümsüzlüğün Türü

BK 20. maddesi, hukuka veya ahlaka aykırı işlemlerin hükümsüz olduğu prensibini koymuştur. Bir anlaşmanın hukuka aykırı olması, anlaşma konusunun emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırı olmasına bağlıdır⁶⁸. Rekabet düzeninin muhafazasında devlet ve toplumun dikkate değer bir menfaati bulunduğu kuşkusuzdur. Gerçekten rekabet ihlalleri en başta rakip teşebbüsler ve tüketiciler olmak üzere, genel olarak milli ekonomiye zarar vermektedir. Şu halde rekabet düzeninin korunması ve geliştirilmesi amacını izleyen Rekabet Kanununa aykırı anlaşma ve kararların kesin olarak geçersiz oldukları açıktır.

Geçersiz bir işlem daha baştan ölü doğduğundan, sonradan diriltilmesine imkan yoktur. Bu duruma doktrinde mutlak butlan hali de denmektedir⁶⁹. Anlaşmayı hükümsüz kılmak için dava açmaya veya ayrıca bir beyanda bulunmaya da ihtiyaç yoktur⁷⁰. Zira hükümsüzlük kendiliğinden "ipso iure" doğmuştur. Bu yüzden var olan hükümsüzlük için uyuşmazlık halinde, ancak bu durumun tespiti istenebilir. Mahkemenin tespit kararı, hükümsüzlük için kurucu (ihdasi) değil bildirici (ihbari) özellik taşır⁷¹.

⁶⁷ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 58; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 611.

⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 70, 71.

⁶⁹ Bkz. BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 25; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, İstanbul 1996, s. 250; TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 94. Krş. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 381.

⁷⁰ Ayrıca bkz. ESİN Arif, "Rekabet Hukukunda Anlaşmaların Butlan Kılınması Meselesi", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 56.

⁷¹ Bu kuralın hukukumuzdaki iki istisnası ölüme bağlı tasarrufların ve evlenmenin hükümsüzlüğüdür (MK m. 124, ve 499-501). Bu iki halde hükümsüzlük için mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 407; OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 120; TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 94.

Hükümsüzlük engelinin zamanla aşılması veya taraflarca düzeltilmesi mümkün olmadığından, hükümsüz bir anlaşma veya kararın sonuçlarını elde etmek isteyen taraflar, anlaşma veya kararı, Rekabet Kanununa aykırı olmayacak şekilde, yeni baştan inşa etmelidirler. Yeni işlem, batıl hukuki işlemden bağımsız olduğundan, kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğuracaktır⁷².

Rekabet Kanunu 4. maddesi genel olarak rekabeti kısıtlayan faaliyetleri yasaklamaktadır. Bilindiği gibi emredici hukuk kaideleri, aksi taraflarca kararlaştırılmayan kurallardır⁷³. Toplum menfaatlerini yani kamu düzenini, ekonomik, sosyal ve fiziki yönlerden zayıf olanları koruma amacı güden hükümler emredici niteliktedir⁷⁴. Bu tür hükümler amir hüküm niteliğinde olduğundan, bütün kişi ve kurumları kapsamına alır⁷⁵. Olumlu yönleri olumsuz yönlerine ağır basan rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve kararlar, Kurulun muafiyet kararıyla, Kanunun 4. maddesi uygulama alanından çıkarılabilmektedir. Bu durumda Kanunun 4. maddesi hükmünün emredici niteliğinden ziyade, yasaklayıcı yönünün⁷⁶ ağır bastığı söylenebilir. Emredici hukuk kurallarının tarafların iktidarını, yasak koyan kuralların tarafların mezuniyetini sınırladığı belirtilemele birlikte, her iki kuralın tabi olduğu hukuki sonuç aynıdır⁷⁷.

Bu genel ilkeleri belirledikten sonra, hükümsüzlük açısından bildirilmesi gereken anlaşma ve kararların Kurula bildirilip bildirilmemesine göre bir ayırım yapılması zaruridir.

a. Kurula Bildirilmemiş Anlaşma veya Kararlar

Daha önce de belirttiğimiz gibi RK 10. maddesi Kanunun 4. maddesi kapsamına giren anlaşma ve kararların, yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde

⁷² REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 111; BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, s. 25.

⁷³ Bazı Kanun hükümleri emredici nitelik taşıdığı halde bunlara aykırı muameleler hükümsüz sayılmaz. Bu kurallara aykırı davranışlar başka müeyyidelere, örneğin ceza tatbikine yol açarlar. Bu anlamda bkz. MK m. 92/3.

⁷⁴ Bkz. TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 83; KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, s. 233.

⁷⁵ TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 249.

⁷⁶ Yasak koyan hükümler cezai müeyyideleri de gerektirebilir. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 251.

⁷⁷ SCHWARTZ, Andreas B., Borçlar Hukuku, Cilt: 1, (Çev. Bülent DAVRAN), İstanbul 1948, s. 337, 338; von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, s. 282, 283; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 253. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. HD'nin, 25.10.1962 tarih ve 12901/10618 sayılı karar, TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 251, 252.

Kurula bildirilmesini zorunlu kılmıştır⁷⁸. Kurula bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmayacağına göre, anlaşma ve kararlar kendiliğinden hükümsüz sayılacak ve Kurul tarafından soruşturma kapsamına alınacaktır.

b. Kurula Bildirilen Anlaşma veya Kararlar

Rekabet Kanunu 4. maddesi anlamında yasak faaliyetler içerisine giren anlaşma ve kararlar, muafiyet talebiyle Kurula bildirildikleri takdirde, Kurul muafiyet şartları çerçevesinde talep konusu anlaşma veya kararı incelemeye alacaktır. İşte Kurulun muafiyet talebini olumlu ya da olumsuz sonuçlandırmasına kadar geçen süre içerisinde, anlaşma veya karar, total hukuki muamele niteliğindedir. Kurul muafiyet talebine uygun karar verirse, anlaşma veya karar geçerli bir hukuki muamele olarak bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Muafiyet talebi, gerekli şartları taşımadığı gerekçesiyle reddedildiği takdirde anlaşma veya karar tamamen hükümsüz bir muamele olarak soruşturma kapsamına alınacaktır⁷⁹.

c. Grup Muafiyeti Kapsamındaki Anlaşma ve Kararlar

Rekabet Kurulunun hazırladığı grup muafiyeti tebliğlerindeki şartları haiz olan işbirliği uygulamaları, Kurula ayrıca bildirimde bulunmaya gerek kalmaksızın, otomatik olarak Kanunun 4. maddesi uygulamasından istisna tutulmuş olduklarından⁸⁰, geçerli bir hukuki muamele olarak icra edilebileceklerdir.

2. Kurul Kararlarının Etkisi

a. Menfi Tespit Kararı

Menfi tespit kararı, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin, taraf oldukları muamelelerin, Rekabet Kanununa aykırı olup olmadığının tespitine yönelik taleplerine karşılık, Kurulun, talep konusu davranışların Kanunu ihlal etmediğine yönelik görüşünü ihtiva eden (tespit) kararıdır⁸¹. Gerçekten taraflar,

⁷⁸ Süresi içinde bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmeyen ilgililere para cezası verilecektir (m. 16/1-c). "Soruşturma konusu olan anlaşmanın bildirilmesi için öngörülen yasal süre dolmamış olduğundan, bildirimde bulunmadıklarından dolayı taraflara Kanun'un 16'ncı maddesinin 1'nci fıkrasının (c) bendi uyarınca idari para cezası verilemeyecektir." RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 137).

⁷⁹ Bkz. 4. Bölüm "bireysel muafiyet" başlıklı kısım.

⁸⁰ Rekabet Kurulu 1997/6 nolu tebliği, m. 6.

⁸¹ Örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun, 99-12/93-35 sayılı ve 03.03.1999 tarihli devralma işlemini konu edinen menfi tespit kararı (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 199-201).

aralarındaki muamelenin Kanun kapsamına girip girmediğini, yahut Kanunu ihlal edip etmeyeceğini kestiremeyebilirler. İşte menfi tespit kararıyla, kanun koyucu, iyi niyetli teşebbüsler için girişebilecekleri faaliyetleri güven içinde yürütebilmeleri imkanını veya Kurul görüşüne göre bu muameleleri tekrar gözden geçirme fırsatı temin etmiş olmaktadır⁸².

Teşebbüsler arası işbirliği muamelelerinin Kanunu ihlal etmediği yolundaki Kurul kararı, hal ve şartlar, daha da önemlisi tarafların Kurula sundukları bilgilerle sınırlı etkiye sahip bir karar olduğundan mutlak koruma sağlamaz. Bu anlamda karara konu olan anlaşmaya yönelik Kurulun kanaatini ifade eden menfi tespit kararının, hal ve şartlarda veya Kurula sunulan bilgilerde bir değişiklik olmadığı sürece, Kurulu bağlayacağı kesindir. Fakat hakkında menfi tespit kararı alınan bir anlaşma veya karar, genel mahkemelerin görev alanına giren bir uyumsuzluk konusu olduğu takdirde, Kurulun menfi tespit kararı, mahkemeleri bağlamayacaktır⁸³. Dolayısıyla mahkemeler görev alanına giren bir uyumsuzlukta anlaşma veya kararın Kanuna aykırı olduğunu tespit ederse, anlaşma veya kararın hükümsüzlüğüne bağlanan sonuçları doğmuş olacaktır⁸⁴.

b. Muafiyet Kararı

Muafiyet kapsamına alınan teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararı RK m. 4/1'de düzenlenen genel yasak ilkesi dışına çıkarılmış olur. Aksi halde sözkonusu anlaşma veya karar geriye etkili olarak ve kendiliğinden hükümsüz sayılacaktır⁸⁵. Geçersizlik durumu ilgili herkes tarafından ve her zaman ileri sürülebilir.

Kurulun muafiyet kararına kadar teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının total hukuki muamele⁸⁶ niteliğinde oldukları söylenebilir.

⁸² Bkz. KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 40-42.

⁸³ Bkz. "Talep hakkı veya yetkisine sahip olanlar" başlığı altındaki "bekletici sorun"a ilişkin açıklamalar.

⁸⁴ Hükümsüzlük sonucu kendiliğinden (ipso iure) doğduğuna göre, mahkemenin kararı tespit niteliğindedir. Bu durumda taraflar tazminat veya iade talebinde bulunurken mahkemeden hükümsüzlüğün tespitini istemektedir. Dolayısıyla mahkemelerin butlana hükmetmesine gerek yoktur. Bkz. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 172.

⁸⁵ CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 60, 61; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 73. Hükümsüzlüğün genel sonuçları için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 404 vd.

⁸⁶ Milletler arası özel hukuk alanında bir devletin iç hukukuna göre geçerli olan bir işlemin diğer devletler hukukunda geçersiz sayılması yahut çeşitli gerekçelere binaen tanınmaması ya da tenfiz edilmemesi sonucunda ortaya çıkan muamelelere total hukuki muamele denmektedir (Bkz. ÇELİKEL, Aysel, Milletler Arası Özel Hukuk, İstanbul 1992, s. 33). Rekabeti kısıtlayan dolayısıyla Kanunun 4. maddesini ihlal eden bir işbirliği anlaşması ya muafiyet kapsamına alınarak yasak ilkesinden istisna tutulacak ya da soruşturma kapsamına alınacaktır. Yapıldığı

Doktrinde bu hal için "askıda hükümsüzlük" deyimini⁸⁷ kullanılmaktadır ki, bu deyim isabetli olduğunu sanmıyoruz. Zira geçersizlik hükümleri kesindir. Hükümsüz bir işlem daha başlangıçta ölü doğmuştur ve sonradan dirilmesine, sıhhat kazanmasına imkan yoktur. Buna rağmen sakat bir işlem sonradan sıhhat kazanıyorsa, bu şekildeki işlemlere eksik işlemler denmektedir⁸⁸. Örneğin vekaleti haiz olmayan bir kimseyle hukuki muameleye girişen taraflar arasında, yetkili olmayan vekilin işlemi eksiktir. Eğer sözkonusu işleme icazet verilmez ise hukuki muamele hükümsüzdür. Eksik işlemde eksik kısım tamamlandığında, işlem bütün hükümlerini doğurur. Kanuni mümessil veya temsil olunan icazet vermez ise, eksik işlem tamamlanmaz ve böylece kesin olarak hükümsüz hale gelir. Eklenmesi gereken olay gerçekleşinceye kadar işlem askıda kalır⁸⁹. Eksik olan unsurun tamamlanmasıyla işlem hüküm ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren tam olarak doğurur⁹⁰.

Rekabet Kurulunun muafiyet kararında şu hususun gözden kaçırılmaması gerekir. *Anlaşma veya karar olarak nitelendirilebilecek bir muamelenin muteberliği için gerekli olan unsurların varlığı halinde, ilave şartlara gerek kalmaksızın sözkonusu muamele hüküm ifade eder. Rekabet Kurulunun kararı, herhangi bir teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararının muteberliği veya hüküm ifade etmesi için gerekli bir unsur değildir*⁹¹. Bu durumu, ahlaka aykırı sözleşmelerin hükümsüzlüğünde (BK m. 20), hükümetin izni ile genelev açanlara gayrimenkul kiralanmasının geçerli

andan itibaren hükümsüz sayılan işbirliği anlaşması ancak muafiyet kararıyla ayakta tutulabilmektedir. Bu yüzden muafiyet kararına kadar sözkonusu anlaşmanın total hukuki muamele niteliğine büründüğü söylenebilir.

⁸⁷ TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, s. 359; GÜRZUMAR, Osman, "Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 123.

⁸⁸ TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 173; OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 123.

⁸⁹ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 405; BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 21.

⁹⁰ TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 173.

⁹¹ Aksi düşüncüyü savunan GÜRZUMAR konuyla ilgili şu bilgileri vermektedir: "Bu geçersizlik ... Kanun'un getirdiği muafiyet sistemi içinde, çoğu zaman (yani muafiyetin geri alındığı veya bireysel muafiyet talebinin reddedildiği durumlarda) ise kesin geçersizlik (butlan) teşkil eder. Eğer 1998/7 nolu Grup Muafiyet Tebliğine göre otomatikman muaf olmayan herhangi bir franchise sözleşmesi RKHK m. 10/I hükmüne göre, akteildikten sonra 1 ay içinde Kurul'a bildirilmişse, bu sözleşme Kuruldan bireysel muafiyet kararı çıkana kadar "askıda geçersiz"dir (yani Borçlar Hukuku anlamında, tamamlayıcı unsurlardan biri eksik olan bir sözleşmedir) ve, Kurul muafiyet talebini reddederse, sözleşme kesin geçersiz (batıl) hale gelir, Kurul muafiyeti kabul ederse, sözleşme baştan itibaren geçerlilik kazanır" GÜRZUMAR, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, s. 123.

olmasına benzetiyoruz⁹². *İşte bu hallerde Kanunen cevaz verilen bir davranışın varlığı veya yetkili bir makamın izni sözkonusudur.* Rekabet Kanunu, Rekabet Kurulu'na bir takım şartların varlığı halinde, rekabeti kısıtlayan işbirliği hallerini RK 4. maddesi uygulamasından istisna tutma yetkisi vermiştir. Kurul, bu yetkiye dayanarak, olumlu yönleri olumsuz yönlerinden fazla olan rekabeti kısıtlayıcı işbirliği davranışlarını, Rekabet Kanunundaki yasak ilkesinden (m. 4) muaf tutabilecektir. Bu yüzden yasak faaliyetleri konu edinen anlaşma veya kararlar, Kurulun muafiyet kararına kadar Kanunun 4. maddesine aykırıdır fakat muafiyet tanındığı takdirde sözkonusu madde uygulamasından istisna tutulacaktır. Bu aşamada anlaşma veya kararın total muamele niteliğine büründüğü düşünülebilir. Bu açıdan Kurul kararı, anlaşma veya kararın tamamlanması gereken bir şartı veya eklenmesi gereken bir unsur olarak algılanamaz. Kurul kararı sadece, bir yetkiye binaen, yasak faaliyetleri RK 4. maddesi uygulamasından istisna tutmaktadır. Bu hal ise "askıda hükümsüzlük" olarak nitelendirilemez⁹³.

Kurulun muafiyet kararları, muafiyet kapsamına giren anlaşma veya kararı, genel yasak ilkesi (m. 4) uygulamasından istisna tuttuğuna göre, genel mahkemelerde olsa bile, sözkonusu anlaşma veya kararın RK 4. maddesine aykırı olduğu düşüncesiyle, hükümsüzlüğünün iddia edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Menfi tespit kararı, somut olayın RK'na aykırı olmadığını açıklayan Kurul kararı olmasına karşılık, muafiyet kararı, rekabeti kısıtlayan anlaşma veya kararı RK 4. maddesi uygulamasından istisna tutmaktadır⁹⁴. Bu yüzden son hal açıklayıcı değil, kurucu ve yenilik doğurucu bir karardır. Dolayısıyla muafiyet kapsamına giren bir anlaşmadan, sözkonusu anlaşmanın RK 4. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla bir takım talepler ileri sürülebilmesi mümkün değildir⁹⁵.

3. Kısmi Hükümsüzlük

Çeşitli hak ve yükümlülükler ihtiva eden bir anlaşmada, hak ve yükümlülüklerin bir kısmı Rekabet Kanununa aykırı bir kısmı uygun olabilir. Anlaşmanın ihtiva ettiği şartlardan bir kısmının hükümsüz olması halinde BK 20/2 maddesi gereği, bütünüyle anlaşma değil, sadece bu şartlar lağvolunur.

⁹² Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 399, 400 ve oradaki Yargıtay 13. HD'nin 13.12.1976 tarih ve 2884/8294 sayılı kararı.

⁹³ Askıda hükümsüzlük için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 381-383; MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 1993, s. 22 vd.

⁹⁴ Bkz. 4. Bölüm "bireysel muafiyet" ve total nitelikteki hukuki muameleye ilişkin dipnotu.

⁹⁵ Muafiyet kapsamındaki anlaşma veya kararın Kanunun 4. maddesi hükmünü ihlal ettiği iddia edilemese bile, şartları çerçevesinde sözkonusu muamelelerin pekala RK 6 ve 7. maddelerine aykırı olduğu söylenebilecektir. Bkz. KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 42, 43.

Fakat sözkonusu şartlar olmadığı takdirde, anlaşmanın yapılmayacağı anlaşılabiliriyorsa, anlaşma tamamıyla hükümsüz sayılır. İşte hükümsüzlük sebebinin anlaşmanın bir bölümünü etkilediği, fakat diğer bölümlerini etkilemediği hallerde, kısmi hükümsüzlükten bahsedilir⁹⁶.

Borçlar hukuku ilişkilerinde anlaşmanın bir bölümünün geçerliliğini muhafaza etmesi, anlaşma lehine yorum (*favor contractus*) ilkesine dayanmaktadır⁹⁷. Kısmi hükümsüzlüğün kabulü, işlemdeki sakatlığın sadece bir kısma inhisar ettiği ve diğer kısmı muteber tutmak tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü ölçüde mümkün olacaktır. Fakat hükümsüz sayılan kısım olmadıkça ilgili tarafların anlaşma yapmayacakları hal ve şartlardan anlaşılabiliriyorsa, anlaşma tamamen hükümsüz sayılacaktır⁹⁸.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda kısmi butlan hükümlerinin uygulanması, özellik arz eden bir konudur⁹⁹. Zira tek amacı rekabeti sınırlamak olan anlaşmalarda (fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, kota, boykot gibi hallerde) batıl olan kısım olmasa idi anlaşmanın yapılıp yapılmayacağı gereğini araştırmak anlamsızdır. Fakat doğrudan amacı rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmalardaki birtakım kayıtlar, Kanuna aykırı ise, bu kısım hükümsüz sayılarak anlaşma ayakta tutulabilecektir¹⁰⁰. Örneğin bir dağıtım¹⁰¹ ya da patent lisans sözleşmesinde, satışa sunulacak malların veya üretilecek ürünün alt ya da üst fiyatlarının tespitine yönelik kayıtlar hükümsüz sayılarak, dağıtım yahut patent lisans sözleşmelerinin ayakta tutulabilmesi mümkün olacaktır¹⁰². Anlaşmadaki hükümsüz sayılan kayıtların Kanuna aykırı olduğunu bilen veya bilmesi gereken taraf, karşı tarafın uğradığı menfi zararı tazminle yükümlüdür¹⁰³.

⁹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 379; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 409; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 177, 178.

⁹⁷ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 409.

⁹⁸ Geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, s. 54 vd.

⁹⁹ KORAH, An Introductory Guide to EEC Competition Law a Practice, s. 54, 109.

¹⁰⁰ Bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 411; GÜRZUMAR, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, s. 124.

¹⁰¹ Bkz. 1997/3 nolu Grup Muafiyeti teb. m. 3'teki sınırlamalar dışında, dağıtım anlaşmalarına rekabeti kısıtlayıcı kayıtlar konulamayacağından, fiyata ilişkin kayıtlar hükümsüz olacaktır.

¹⁰² Bazı sözleşmelerde taraflar, sözleşmelerin hükümsüz sayılmasını engellemek için "kurtarıcı kayıtlar" koymaktadır. Böylece taraflar, sözleşmedeki herhangi bir hükmün geçersiz olması halinde, sözleşmenin bütünüyle geçersiz sayılmayacağını kararlaştırmakta ve bu tür hükümlerin hukuka uygun hale getirilmesi yükümlülüğü altına girmektedirler. Bkz. GÜRZUMAR, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, s. 124, 125.

¹⁰³ BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, s. 179.

4. Hükümsüzlüğün Sonuçları

a. Genel İlkeler

Hükümsüz bir işlem genel olarak şu özellikleri taşır:

-İşlem baştan itibaren ve kendiliğinden (ipso iure) hukuki sonuçlarını doğurmaz.

-İşlemin hükümsüzlüğünü yalnız taraflar değil üçüncü şahıslar da ileri sürebilir.

-Herhangi bir uyuşmazlıkta taraflar, işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmemiş olsalar bile hakim resen dikkate alır.

-Hükümsüz işlem belli bir zamanın geçmesi veya hükümsüzlük sebebinin ortadan kalkması ya da edimlerin ifasıyla geçerli hale gelmez. İşlem yeniden Kanuna aykırı olmayacak şekilde yapılmalıdır.

-Hükümsüzlük yaptırımına maruz kalan bir işlemde taraflar, yerine getirdikleri edimlerini, duruma göre ya doğrudan aynı hakka dayanan bir istihkak davasıyla¹⁰⁴ veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebileceklerdir.

-Anlaşmanın yapılmasına kusurlu davranışı ile sebep olan kimse kusursuz olan tarafın menfi zararını (anlaşma hiç yapılmamış olsa idi uğramayacağı zararı)¹⁰⁵ tazmin etmekle yükümlüdür¹⁰⁶.

Teşebbüsler arasındaki anlaşma, başlangıçta yasak kapsamına girmemesine rağmen sonradan piyasa koşullarındaki değişiklik sonucu Kanuna aykırı hale gelmişse, bu durumda geçersizlik başlangıçtan itibaren değil, aykırılık halinin gerçekleştiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.

b. Hükümsüz Anlaşma veya Kararlara Dayanan İade Sorunu

Taraflar hükümsüz olan anlaşma veya kararlardan doğan edimlerin ifasını isteyemeyeceklerine göre, sözkonusu işlemlerin akıbeti Borçlar Kanunu

¹⁰⁴ Verilen şeyin mülkiyeti karşı tarafa geçmemişse malik sebepsiz zenginleşmeyle değil istihkak davasıyla bu şeyin iadesini isteyebilecektir (OĞUZMAN/SELİÇİ, Eşya Hukuku, s. 222 vd). Bu durumda iade borcunun kapsamı MK m. 906-908 kurallarına göre tayin edilecektir. Eğer mülkiyet karşı tarafa geçmişse eski malik aynı hakkını kaybettiğinden istihkak davası açılmayacaktır. Fakat karşı taraf sebepsiz zenginleştiği için sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade isteyebilecektir.

¹⁰⁵ İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 151; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, İstanbul 1996, s. 63.

¹⁰⁶ REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 111, 112; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 406, 407; İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 149, 150; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 172-174.

hükümlerine göre tayin edilecektir¹⁰⁷. Kanun iade taleplerinde, hukuka (veya ahlaka) aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeylerin geri istenemeyeceğine ilişkin BK m. 65 hükmünün uygulanamayacağını kabul etmiştir. Böylece hükümsüz olan anlaşma veya kararlara dayanan iade talepleri önündeki engel bertaraf edilmiş olmaktadır. Aksi halde, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği anlaşmalarına göre verilmiş edimlerin iadesi, hukuka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen şeylerin geri alınamayacağı yolundaki bu hükme (BK m. 65) binaen mümkün olmayacaktır.¹⁰⁸ Kanun açıkça iade borcunun şekil ve kapsamı konularında sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollamada bulunduğuna göre, biz bu hususu genişletmek yerine konumuzla ilgili temel ilkelere temas etmekle yetineceğiz.

Hükümsüzlüğü iddia edilen bir işbirliği anlaşmasında, bir tarafın zararına zenginleşen, bu zenginleşme miktarını veya değerini geri vermekle yükümlüdür. Sebepsiz zenginleşme davası şahsi alacak davasıdır. Haklı bir sebep bulunmaksızın zenginleşen kimse, zenginleşme dolayısıyla edindiği malları aynen geri verme borcu altındadır. Ancak bu şey iyiniyet sahibi bir üçüncü kişiye satılmış olursa, üçüncü şahıstan bu şey geri alınamaz. Fakirleşen taraf hakkını sadece bu şeyi kendisinden ilk alana karşı ileri sürebilir. Fakat sebepsiz zenginleşenden şeyin bedeli (malın parası) geri alınabilir¹⁰⁹.

Sebepsiz zenginleşme bir hizmetin yerine getirilmesi veya bir şeyin kullanılmasından meydana gelmişse, bu hallerde de hizmet ve kullanmanın karşılığı olan bir miktar para geri alınır¹¹⁰. Örneğin rekabeti kısıtlayan bir dağıtım veya servis (satış sonrası hizmetler) anlaşmasının hükümsüzlüğü karşısında, satış artırma çabalarının veya görülen muhtelif hizmetlerin karşılığı para olarak geri istenebilecektir. Sebepsiz zenginleşenin iade borcu ve yapılan harcamaları geri isteyebilmesi¹¹¹ iyiniyetli olup olmamasına göre değişecektir.

¹⁰⁷ ATA m. 81/1'e aykırı olan anlaşma veya kararların akıbeti üye devletlerin milli hukuklarına göre tayin edilecektir. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 285 vd; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 56.

¹⁰⁸ Bu kuralın uygulama alanı hakkında geniş bilgi için bkz. SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Eleştirileri, Üçüncü Cilt, İstanbul 1971, s. 137-149.

¹⁰⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 748; ÖZ, Turgut, Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 15, 16.

¹¹⁰ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 129; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 611-614.

¹¹¹ Sebepsiz zenginleşmede iade borcunun, karşı tarafın fakirleşmesi sayesinde elde edilen şeylerin hakkaniyete uygun şekilde iadesini sağlayabilmek açısından illiyet bağının, uygun illiyette olduğu gibi hukuki değil, bütünüyle ekonomik bir anlam ve nitelik taşıdığı hususu gözden kaçırılmamalıdır. Sadece hayat tecrübelerine, olayların normal akışına göre gerçekleşmesi normal karşılanacak zenginleşmeler değil; istisnai şekilde yahut beklenmedik (fakirleşme karşılığı ortaya çıkan) zenginleşmeler de iade borcu kapsamına dahil edilecektir.

ba. İyiniyetli Zenginleşenin İade Borcu

BK m. 63/1'e göre iyiniyetli iade borçlusu, iade zamanında elinde kalanla sorumludur. Bu durumda, sebepsiz zenginleşen dürüstlük kurallarına göre hareket etmiş ve zenginleşmenin bütünüyle malvarlığından çıktığını ispat edebilmişse, iade talebi reddedilecektir. Fakat sebepsiz zenginleşen malvarlığından çıkan şeyler karşılığında, malvarlığına başka değerler edinmişse bunları geri vermekle yükümlüdür. Özellikle zenginleşme konusu malların satımı halinde geri vermeme borcunun varlığından söz edilemez. İade borcunun düşeceği haller örneğin, bağışlama veya mücbir sebepler yüzünden meydana gelen ve malvarlığına hiçbir karşılık getirmeyen durumlardır¹¹².

İyi niyetli zenginleşen, zenginleşme konusu olan şey için yapmış bulunduğu zaruri veya faydalı masrafları isteme hakkına sahiptir. Aynı şekilde iyi niyetli zenginleşen zenginleşme konusunun para olması durumunda, sözkonusu masrafları iade borcundan düşme hakkına sahiptir (BK m. 64)¹¹³. Zaruri giderler zenginleşme konusu şeyin muhafazası veya işletilmesi için kaçınılmaz mümkün olmayan (bozulan makina veya araçların yaptırılması, kullanılamaz nitelikteki parçaların değiştirilmesi gibi) masraflardır. Faydalı masraflar ise zenginleşme konusu şeylerin değerini ya da verimliliğini arttıran (makina veya araçların ilave parçalarla daha fonksiyonel hale getirilmesi gibi) masraflardır. Zaruri ve faydalı masraflar dışındaki lüks harcamalar geri istenemez. Bu nitelikteki ilave değerlerin bedeli teklif edilmediği takdirde, asıl şeye zarar vermeden ayrılması mümkün olan parçalar (değerler) sökülüp alınabilecektir (m. 64/2).

bb. Kötüniyetli Zenginleşenin İade Borcu

BK m. 63/2'ye göre, zenginleşme konusu malı elinden çıkarırken iadeyle yükümlü olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi, zenginleşme konusu şey ortadan kalkmış veya azalmış olsa bile, zenginleşme değerini iade ile yükümlüdür. Görüldüğü gibi zenginleşenin iyi niyetli olmaması durumunda iade borcu azalmamakta, malın değeri üzerinden devam etmektedir. Ancak zenginleşmenin azalmasında kusuru bulunmayan iade borçlusu, harici olay veya üçüncü kişilerin davranışından kaynaklanan eksilmeleri, iade borcundan kurtulacaktır. Örneğin makinaların hava sıcaklıklarındaki aşırı düşüş nedeniyle zarar görmesi veya deponun kundaklanması sonucu eşyaların telef olması

Bkz. ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul 1984, s. 202.

¹¹² ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 150; ULUSAN, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu, s. 40.

¹¹³ Bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, İstanbul 1994, s. 67.

hallerinde kötü niyetli zenginleşen (kusuru bulunmaması şartıyla) iade borcundan kurtulacaktır¹¹⁴.

Zenginleşenin kötü niyetli sayılması için, zenginleşme konusu malları iade ile yükümlü olduğunu bilmesi veya bilmesinin gerekli olması yeterlidir. Zenginleşenin kime iadede bulunacağını bilmemesi farklı bir sonuca yol açmaz¹¹⁵. Kötü niyetli zenginleşen, yaptığı zaruri masrafların kendisine verilmesini isteyebilir. Faydalı masraflar ise geri verme zamanında elde kalan değer oranında kendisine ödenir (m. 64/1). Lüks masraflar açısından Kanun zenginleşenin iyi veya kötü niyetli olmasına bakmadığından, asıl şeye zarar vermedikçe sökülüp alınması mümkün olacaktır.

c. Kısmi Butlan Yaptırımına Maruz Kalan Anlaşmalarda İade Yükümlülüğü

Bir işbirliği anlaşmasında hükümsüz sayılan kısımlara dayanılarak yapılan ifalar, bu kısım sınırlı olarak geri istenebilecektir. Ancak yapılan ödemenin hükümsüz sayılan kısma mı yoksa geçerli kabul edilen anlaşmaya mı ilişkin olduğu hususu her zaman belirlenemeyebilir. İşte bu gibi durumlarda verilen miktarın (veya malların), geçerli sayılan anlaşmaya ilişkin olduğu düşünülerek, iade talebinin reddedilmesi gerektiği sonucu kabul edilebilir¹¹⁶.

§ 14. Tazminat Sorumluluğu

I. Genel Bakış

RK 57. maddesine göre Kanuna aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan kimseler bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdurlar¹¹⁷. Kanunun bu sorumluluk ilkesi dışında, rakip teşebbüsleri veya doğrudan tüketicileri hedef alan rekabeti kısıtlayıcı davranışlar (piyasaya girişin engellenmesi, ayırımçı uygulamalara gidilmesi, bağlayıcı kayıtlar konulması, boykot, üretimin sınırlandırılması, fiyat tespiti vs.), haksız fiil sorumluluğuna da yol açacaktır. Özellikle ahlaka aykırı bir

¹¹⁴ Kötü niyetli zenginleşenin başkasının malına sahip olması ayrıca bir haksız fiil oluşturuyorsa, fakirleşen haksız fiil hükümlerine göre uğradığı her türlü zararın tazminini isteyebilecektir. (ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 160; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, İstanbul 1992, s. 1221). Fakat bu durum konumuzla ilgili değildir.

¹¹⁵ ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 147, 148; KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, s. 1234, 1235.

¹¹⁶ Bu görüş için bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 419 vd.

¹¹⁷ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 145.

fiil ile bilerek başkasının zararına sebep olan şahıs, bu kimselerin zararını tazmin etmek zorundadır (BK m. 41/2).

Birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkan zararlarda, zarara sebep olanlardan her biri müteselsilen sorumludur. Rekabet Kanunu rekabet sistemiyle ilgili maddi hukuk ilkelerini düzenlemekten başka, tazminat sorumluluğuna ilişkin bir takım hükümler de sevk etmiş bulunmaktadır. Fakat kanun koyucu tazminat sorumluluğu ile ilgili genel hükümlere atıf yapmakla da yetinebilirdi. Ayrıca Kanun esasını ABD sisteminde bulan (ve cezalandırma amacının ağır bastığı söylenen) üç kat tazminat sistemini de böylece hukuk sistemimize kazandırmış bulunmaktadır. Kanunun ilgili hükmüne göre tazminat sorumluluğu için,

a) İlk ve en önemli şart, teşebbüslerin Kanunun yasak faaliyet olarak nitelendirdiği davranışlar içine girmeleridir. Tazminat sorumluluğu için Kanunun 4. maddesindeki işbirliği davranışları dışında, hakim durumun kötüye kullanılması ile birleşme ve devralmalar da bu kapsama girmektedir. Ancak biz sadece teşebbüsler arası işbirliği uygulamalarını düzenleyen Kanunun 4. maddesindeki yasak faaliyetlerden kaynaklanan tazminat talepleri üzerinde duracağız.

b) Söz konusu yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsler, bu davranışları sebebiyle rakiplere veya üçüncü kişilere zarar vermiş olmalıdırlar. Şayet ortada maruz kalınan bir zarar yoksa, giderim yükümlülüğü de gündeme gelmeyecektir¹¹⁸.

c) Rakip teşebbüsler veya üçüncü kişiler, rekabetin kısıtlanması ya da bozulmasıyla aralarında uygun illiyet bağı kurulabilen zararların tazminini isteyebileceklerdir. İlliyet bağının varlığını zarara maruz kalan kimseler ispat edeceklerdir. Fakat Kanunun ispat kolaylığı sağlayan 59. maddesi hükmü ilgili kimselerin ispat yükünü hafifletmektedir.

Rekabet düzenini ihlal eden davranışlar çoğu zaman rakip teşebbüslere veya tüketicilere zarar verir. Nihayet bu kimselere zarar verilmemiş olsa bile kamu yararını zedeleyen, milli ekonomiye zarar veren yasak faaliyetlerin durdurulması, bertaraf edilmesi gereği açıktır (m. 27/a).

¹¹⁸ Hukuka aykırı fiil ağır bir kusurla işlenmiş olsa dahi herhangi bir zararın doğumuna sebebiyet verilmemişse, tazminat sorumluluğundan söz edilemez. Bu durum BK 41. maddesinde “gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde borca aykırı davranıştan karşı taraf için bir zarar doğmamışsa, söz konusu kimse tazminat talebinde bulunamayacaktır. Bkz. AKÜNAL, Teoman, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, s. 43.

II. Sorumluluğun Dayandığı Esas

Rekabet sınırlamaları da tıpkı haksız rekabet gibi özü itibarıyla bir haksız fiildir. Kanun 57. maddesi ile bir kusursuz sorumluluk hali kabul etmiştir. Kanuna göre rekabeti kısıtlayanların kusursuz sorumluluğu, piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği büyük önemden ve bu durumun toplum açısından bir zorunluluk teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu önem ve zorunluluğuna binaen devlete, 1982 Anayasası'nın 167. maddesi hükmüyle, "para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri" alma; "piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi" önleme görev ve sorumluluğu yükletilmiştir.

Kusur aranmayan bu sorumlulukta hukuka aykırılığı; piyasa düzeninin bozulmasına, rekabetin kısıtlanmasına sebep olma teşkil etmektedir. Bu sorumluluğun uygulama alanı ise Kanunun 1. maddesinde ifadesini bulan amacı ile sınırlıdır. Şu halde mal veya hizmet piyasalarındaki rekabetin, teşebbüsler arası işbirliği davranışlarıyla (anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları ile birleşme ve devralmalar) veya hakim konumdaki teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları suretiyle bertaraf edilmesi, sorumluluğun uygulama alanını çizmektedir.

III. Gerekli Şartlar

1. Zarar Şartı

Zarar kavramı geniş anlamda hem maddi hem de manevi zararı kapsamına alır ve bir kimsenin mal varlığında veya şahıs varlığında meydana gelen azalmayı belirtir. Dar anlamdaki zarar sadece maddi zararlarla sınırlandırılır¹¹⁹. Zarar kavramı, 1) mağdurun (rakip teşebbüsler, tüketiciler, ara teşebbüsler) malvarlığının rekabetin kısıtlanmasından önceki durumu ile 2) yasak faaliyetlerin gerçekleşmesinden sonraki halen mevcut durumunun mukayesesi kapsar. Şu halde rekabet kısıtlanmasaydı malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, sözkonusu durumla halihazırdaki (rekabetin kısıtlanmasından sonraki) durum arasındaki fark zararı ifade eder¹²⁰. Kanuna aykırılığı dolayısıyla hükümsüz sayılan anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin ya da üçüncü kişi konumundaki rakip teşebbüs veya tüketicilerin rekabet düzenini ihlal eden faaliyetler sebebiyle tazminat isteyebilmeleri, bu yüzden bir zarara

¹¹⁹ Bkz. AKÜNAL, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, s. 43; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 37; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 547, 548.

¹²⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 547, 548; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 41.

uğramış olmalarına bağlıdır. Zararın kapsamına bu kimselerin malvarlığında meydana gelen azalma (fiili zarar) ile yoksun kaldıkları kar kaybı girer. Ayrıca rakip teşebbüslerin zararı, sadece maddi zarardan ibaret olmayabilir. Bu anlamda yasak faaliyetlerin muhatabı olan teşebbüslerin manevi zarara uğramış olmaları da mümkündür.

a. Zararın Çeşitleri

aa. Müspet Zarar

Genel olarak müspet zarar, bir anlaşmada alacaklının borcun ifasındaki menfaatinin gerçekteşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade eder. Yani anlaşma geçerli olarak ifa edilse idi zarara maruz kalan alacaklının malvarlığının alabileceği durumla, halihazırdaki malvarlığı arasındaki fark müspet zararı ifade eder¹²¹. Ancak Rekabet Kanununa aykırı anlaşma veya kararların "geçerli" olarak ifa edilebilmesi mümkün olmadığından "müspet zarar" kavramının rekabet hukuku uygulamasında yer bulamayacağı söylenebilir.

ab. Menfi Zarar

Baştan itibaren (veya sonradan ortaya çıkan diğer tarafın kusurlu davranışları sonucunda) Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle hükümsüz sayılan bir anlaşmaya, karşı tarafın kusuru ile katılan kimsenin (kendi kusuru bulunmamak şartıyla), menfi zararlarının tazmini gerekmektedir. İşte, hükümsüz sayılan veya hiç meydana gelmeyen bir anlaşmanın, hüküm ifade edeceğine güvenmekten meydana gelen zarar, menfi zarardır. Yani anlaşmanın muteber olacağına güvenen kimsenin, anlaşma hiç yapılmamış olsa idi uğramayacağı zarar menfi zarardır.

Bir anlaşma konusunun hukuka aykırı olduğunu önceden bilen veya bilmesi gereken taraf, bu durumu bilmeyen veya bilmemekte kusuru bulunmayan karşı tarafın, anlaşmanın geçerli olmasından doğan (menfi) zararını tazmin etmesi gerekir¹²². Fakat Rekabet Kanununa aykırı anlaşmaların hükümsüz sayıldığıının bilinmemesi sorumluluğu kaldırmayacaktır. Menfi zarar kapsamına; yerine getirilmiş olan edim, ifa edilen edimden elde edilebilecek

¹²¹ TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 806; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 855.

¹²² BAŞPINAR, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, s. 179.

menfaat (kullanma değeri, kira, faiz vs.), geçersiz anlaşmaya güvenilerek başka bir anlaşma yapma fırsatının kaçırılmış olması gibi haller girer¹²³.

ac. Fiili Zarar

Rekabeti kısıtlayan veya bozan faaliyetler neticesinde bir kimsenin malvarlığının aktifinde azalmaya ya da pasifinde artışa yol açan zarar fiili zarardır. Özellikle yasak faaliyetler neticesinde rakip teşebbüslerin, tüketicilerin veya diğer alıcı konumundaki (ara) teşebbüslerin uğradıkları zararlar bu kapsama girer. Şu halde teşebbüsler arasındaki fiyat anlaşması sonucu, tüketici veya ara teşebbüslerin anlaşma konusu ürüne, gerçek değerinin üzerinde ödemede bulunmaları durumunda, aradaki fazlalık, bu kimselerin malvarlığında azalmaya yol açacağından fiili zarar olarak nitelendirilecektir¹²⁴. Ayrıca RK 4. maddesine aykırı bir anlaşma ilişkisine hile yoluyla taraf olan kimsenin anlaşmaya güvenerek yapmış olduğu harcama veya masraflar, hileye maruz kalanın malvarlığının pasifinde artışa yol açacağından fiili zarar olarak kabul edilecektir¹²⁵. RK m. 58'in ifadesiyle rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan faaliyetler sonucunda zarara maruz kalan kimseler (rakip teşebbüsler, tüketiciler, ara teşebbüsler), ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebileceklerdir.

ad. Mahrum Kalınan Kar

Aslında zarar verici fiilin vukuundan önceki hali ile sonraki hali arasında, malvarlığının durumunda bir değişiklik bulunmamakla birlikte, malvarlığının aktifindeki azalma ya da pasifindeki artış hali mahrum kalınan kar olarak ifade edilir. Şu halde mahrum kalınan kar, yasak işbirliği faaliyetlerinden sonraki durum ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi (yasak fiiller olmasaydı) malvarlığının arz edeceği farazi durum arasındaki farka tekabül eder¹²⁶. Kanununun 58. maddesinde, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören rakip teşebbüslerin, bütün zararlarının tazminini, rekabeti kısıtlayan teşebbüs ya da

¹²³ Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 427, 428; KARAHASAN, Tazminat Hukuku, s. 64, 65.

¹²⁴ Bkz. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 465.

¹²⁵ Hileye yapan üçüncü şahıs (veya teşebbüs) ise ve diğer taraf, üçüncü şahıs tarafından yapılan hileyi bilmiyor ve bilmesi de lazım gelmiyorsa vaki zararları hile yapan kimse karşılamak zorundadır. İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 287. Ayrıca bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 483, 484; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 447, 448.

¹²⁶ İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 287; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul 1994, s. 43, 44; KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, s. 79, 80.

teşebbüs birliklerinden talep edebilme imkanı kabul edildiğine göre, mahrum kalınan kar kaybı da tazmin edilmesi gereken zarar miktarı içerisine dahil edilecektir.

Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır (m. 58). Gerçekten yasak faaliyetlerin belirgin etkileri rakip teşebbüsler üzerinde görülür. Yasak faaliyetler rakip teşebbüslerin piyasa paylarını azaltabileceği gibi, bütünüyle piyasayı terke de zorlayabilir. Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüsler zorunlu olarak üretim miktarını düşürecek ya da atıl kapasite çalışacaklardır¹²⁷. Aleyhine rekabet kısıtlanmış olan teşebbüsler satamadıkları ürünler için depo masrafları, atıl kapasite çalışmaktan kaynaklanan harcamalar, işçi, makina, araç gereç ücretleri, vaktinde ödenemeyen kredi faizleri vs. gibi zararlara maruzdur. Fiili zarar kapsamında da değerlendirilebilecek olan bu tür zararların tazmin edilmesi gereği açıktır.

ae. Yansıma Zarar

Genel olarak yansıma zarar, hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil dolayısıyla mağdurun malvarlığında ortaya çıkmayan bir kazanç kaybı veya masraf yapılması sonucunda ortaya çıkan bir malvarlığı eksilmesi zararıdır. Yansıma zararın sözleşme dışı sorumluluk kurallarına göre gideriminin istenebilmesi için bu konuda açık bir giderim yükümlülüğü getiren kural aranır. Örneğin esasını BK m. 45/2'de bulan "destekten yoksun kalma zararı" bu nitelikte bir kuraldır. Aksi halde böyle bir kural yoksa kazanç kaybı veya masraf yapılması şeklinde ortaya çıkan (yansıma) zararları tazmin yükümlülüğü doğmaz¹²⁸.

Rekabet Kanununa aykırı işbirliği faaliyetleri sonucunda zorunlu olarak üretimini azaltan hatta tamamen piyasayı terk etmeye mecbur bırakılan bir teşebbüsün vaki zararları hakkında bir tereddüt olunamaz. Fakat bu teşebbüslere hammadde, makine, araç gereç temin eden teşebbüslerin veya sözkonusu teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini yerine getiren teşebbüslerin yansıma yoluyla uğradıkları zararın tazmini, genel kuraldan hareketle, "uygun illiyet bağı" ile "hukuka aykırılık bağı" gerçekleşmediği dolayısıyla reddedilebilir mi?

¹²⁷ AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 460.

¹²⁸ HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, s. 47, 48; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 494, 495.

Rekabet Kanununun amacı, mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetleri önlemek, piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde gelişmesini sağlamaktır (m. 1). Ayrıca rekabetin kısıtlanmasından "zarar" görenlerin her türlü zararlarının tazmini yükümlülüğünü kabul eden Kanunun 57 ve 58. maddelerinde, yasak faaliyetlerin kendilerine karşı icra edildiği teşebbüs veya kimselerden değil, genel olarak bu faaliyetlerden "zarar" gören kimselerden bahsedilmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı faaliyetlerin muhatabı olan teşebbüslere hammadde, makine, çeşitli araç gereç temin eden, gayrimenkul kiralayan veya sözkonusu teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini yerine getiren (ara) teşebbüslerin maruz kaldıkları zararların tazmini gerekecektir.

Bu ilkelerin ışığında özel bir düzenleme niteliğindeki Rekabet Kanunu açısından, yansıma zararlar için genel kuraldan farklı bir sonuca varılmasının zaruri olduğu anlaşılır. Şu halde öncelikle bu tür zararlar için hukuka aykırılık bağının da gerçekleştiği kabul edilmelidir. "Uygun illiyet bağı" ise hukuki yönüyle birlikte ekonomik ağırlıklı olarak düşünülürse yansıma zararların tazmini zorunluluğu ortaya çıkar¹²⁹.

af. Manevi Zarar

Manevi zarar, malvarlığındaki bir azalmayı değil, şahsiyet haklarına yönelmiş tecavüz dolayısıyla bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkindeki azalmayı ifade eder¹³⁰. Bu yönüyle kişinin iç huzurunun, manevi bütünlüğünün ihlal edilmesi, manevi zarar ile ifade edilir. Bu hallerde ortada teknik ve gerçek anlamda bir zararın bulunmadığı açıktır. Hukuk düzeni parayı, iç huzuru bozulan kimseye manevi tatmin sağlayacak ve bir ölçüde de faillere "özel hukuk cezası" olacak bir araç olarak kabul etmiştir¹³¹.

Boykotla¹³² rakip teşebbüs faaliyetlerinin kısıtlanması, ayırıcı davranışlarla teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması veya piyasaya giriş engelleri oluşturulması (m. 4/1-d) gibi haller rakip teşebbüslerin, iktisadi

¹²⁹ Krş. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 464.

¹³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 327; İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 288; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 49, 50. Ayrıca bkz. AKÜNAL, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, s. 43, 44.

¹³¹ HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 102. Ayrıca bkz. KARAHASAN, Tazminat Hukuku, s. 835.

¹³² Boykotun, serbest rekabet hakkını, özel girişim özgürlüğünü ihlal ettiği yönündeki (kişilik hakkı ihlali) düşünce bir takım tereddütlere rağmen, uzun zamandan beri hep savunula gelmiştir. Bkz. TEKİNAY, Sulhi Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, 261-263.

faaliyetleri kadar iç huzurunu, girişim özgürlüğünü ve cesaretini ihlal ettiğinden manevi tazminat şartlarının gerçekleştiğinden kuşku duymamak gerekir¹³³. Kanun, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden zarar görenlerin, her türlü zararlarının tazmini gereğinden bahsettiğine göre, manevi tazminat da bu kapsama girecektir¹³⁴.

b. Rekabeti Kısıtlayıcı Faaliyetlerden Zarar Gören Kimseler

ba. Rakip Teşebbüsler

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden doğrudan zarar görenlerin başında, yasak davranışların muhatabı olan teşebbüsler gelir. Kanununun 58. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiş ve rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin, bütün zararlarının karşılanması gereğinden bahsedilmiştir.

bb. Tüketiciler

Hangi konuda ve hangi vasıtalarla icra edilirse edilsin, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği faaliyetlerinden zarar gören tüketiciler, maruz kaldıkları zararların telafi edilmesini isteyebileceklerdir¹³⁵. Tüketicinin uğradığı zararların başında mal veya hizmet fiyatlarındaki artış dolayısıyla (rekabet kısıtlanmadan önceki), normal şartlar altında ödemeleri gereken bedelin daha fazlasını ödemekle, bu aradaki değer farkı gelir. Şüphesiz tüketicinin maruz kaldığı zararlar, ürünlere fazla bedel ödemekle sınırlandırılmaz: Ürün kalitesinin (birlikte) düşürülmesi, veya satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması yahut garanti koşullarının ağırlaştırılması gibi haller malvarlığında azalmaya yol açtığı ölçüde (örneğin garanti süresinin kısaltılması veya kalitedeki düşüş nedeniyle ilave harcama yapılması) tazminat konusu olabilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin mağdurları şüphesiz rakip teşebbüs ve tüketicilerle sınırlandırılmaz. Kısıtlayıcı faaliyetlerin muhatabı olan rakip teşebbüslere ürün veya çeşitli araç gereç temin eden teşebbüsler, bu teşebbüslerin pay sahipleri, alacaklıları gibi kimseler de rekabet düzeninin ihlalden zarar göreceklerdir. Fakat özellikle aleyhine rekabetin kısıtlandığı

¹³³ Krş. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 475.

¹³⁴ Aynı yönde bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 145.

¹³⁵ İNAN, teorik düzeyde mümkün olsa bile pratikte tüketicilerin, RK 57 ve 58. maddelerine dayanarak dava açabilmelerinin mümkün olmayacağı kanısındadır. Bkz. İNAN, Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi" (konulu tebliğin sonundaki soru-cevap kısmı), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 16, 17.

teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklılarının maruz kaldıkları zararın tespiti ve kişiselleştirilebilmesinin zorluğu da inkar edilemez¹³⁶.

c. Zarar Miktarı

RK 58. maddesinde, rekabetin kısıtlanması veya bozulmasından zarar görenlerin, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmamış olsa idi ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecekleri belirtilmiştir. Bu hal, tüketicilerin ve yasak faaliyetlerin tarafı olan teşebbüslerden ürün veya üretim araçları satın alan teşebbüslerin uğramış oldukları zararı (para kaybını) formüle etmektedir. Fiyat uygulamaları dışındaki işbirliği faaliyetlerinde (kalitenin düşürülmesi, satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması, garanti şartları kapsamının daraltılması) tüketici veya diğer kullanıcıların maruz kaldıkları zarar (nihai olarak para kaybına sebep olacağından) bu yolla giderilebilecektir¹³⁷.

Rakip teşebbüslerin maruz kaldıkları bütün zararlar açısından bu formül yetersizdir. Örneğin rekabetin ortadan kaldırılması sonucunda teşebbüslerin piyasa paylarındaki azalma, satış miktarındaki düşüşler, fazlalık ürünlerin depo veya muhafazasına yönelik bakım masrafları göz önüne alınırsa, sözkonusu zararların bu formülle ortaya çıkarılabilmesi mümkün değildir. Bu yüzden yine Kanunun 58. maddesinde, rakip teşebbüslerin, maruz kaldıkları bütün zararlarını talep edebilmeleri imkanı kabul edilmiştir. Bu anlamda zararın kapsamı, zarar gören teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler olmasa idi elde edebilecekleri muhtemel kazançta göre belirlenecektir. Tarafların muhtemel kazançları geçmiş yıllara ait bilançolar¹³⁸ dikkate alınarak hesaplanacaktır.

Ticaret Kanununda, zararın miktar ve kapsamının ispatındaki zorluktan dolayı hakime, haksız rekabet sonucunda, haksız rekabet failinin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilme yetkisi verilmiştir. Bu yetki davacının, haksız rekabet sonucu satmadığı ürün miktarı üzerinden, karşı tarafın bu tutarda mal satmasından dolayı elde etmesi muhtemel menfaate hükmedilebilmesini ifade eder¹³⁹. Rekabet Kanunu bu prensibin üç kat tazminat

¹³⁶ Krş. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 376 vd.

¹³⁷ Krş. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 146.

¹³⁸ Ülkemizde vergi borçlarına karşı bilanço hesaplarının, işletmelerin gerçek kazancını belirlemeden uzak olduğu düşünülürse, gerçek zarar miktarının her türlü delille ispatlanabilmesi imkanının kabulü gerekir. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 147.

¹³⁹ Bu ilkenin konulmasındaki esas sebebin haksız rekabet halinde, haksız rekabet mağdurunun uğradığı zarar miktarını ispat etmesinin çok zor belki de imkansız olacağı, BK 42/2 gereği tazminatın hakim takdir yetkisiyle tayin edilmesinin de tatminkâr sonuçlar doğurmayacağı düşüncesinden kaynaklandığı belirtilir (ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 302; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 470, 471; ARSLANLI, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, s. 255, 256). Gerçekten mağdurun uğradığı

miktarının hesabında nazara alınacağını belirtmiş, fakat (üç kat tazminat şartlarının bulunmadığı) normal haldeki zararın hesabında bu yola rağbet etmemiştir.

d. Zarar Miktarının Tayininde Kusurun Rolü

da. Üç Kat Tazminat Talebi ve Hukukî Niteliği

Rekabet Kanunu sorumluluk hukukunda bulunmayan bir tazmin şekli, "üç kat tazminat" sistemini getirmektedir. Bu sistem esasını ABD antitröst hukukunda bulur. İlk bakışta üç kat tazminat sisteminin, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsleri cezalandırma amacına yönelik olduğu düşünülebilir¹⁴⁰. Kanun, hâkime, ortaya çıkan zararın, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalden kaynaklandığı hallerde, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın karşılığına ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilme yetkisi vermiştir. Kanun koyucu böylece, kasten veya ağır ihmal yoluyla, rekabetin kısıtlanmasına dolayısıyla teşebbüslerin zarara uğramasına sebep olan kimseleri (teşebbüsler) üç kat tazminat tehdidiyle caydırmak, zarara maruz kalan kimseleri de kanun yoluna başvurmak açısından cesaretlendirmek veya teşvik etmek istemiştir¹⁴¹. Bu yönüyle üç kat tazminat sistemi, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından, bir tür kanundan doğan cezaî şarttır¹⁴².

Kast: Tarafların yasak faaliyetleri ihlalin (hukuka aykırı sonucun) bilincinde oldukları ve bunun sonuçlarını (rekabetin kısıtlanması veya tüketicilerin sömürülmesi) istediklerini ifade eder¹⁴³. Doğal olarak taraflar, ihlal

zararlar yanında, haksız rekabet failinin bu zararı aşan (haksız rekabet) kazançtan yararlanması hakkaniyete aykırı düşecektir. Bu yüzden TK'nın ilgili hükmü yerindedir. Aslında zarar miktarının tayinindeki güçlüğün haksız rekabet haline münhasır bir durum değildir. Aynı zorluk, hatta fazlasıyla çok failli ve çok yönlü rekabet ihlallerinde de olacaktır. Bu yüzden benzer bir hükmün RK 58/1'de yer alması isabetli olurdu.

¹⁴⁰ Bkz. AGNEW, Competition Law, s. 196. Krş. AKINCI, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 471.

¹⁴¹ Bu durum amaç bakımından Borçlar Kanunundaki ceza şartıyla (m. 158) karşılaştırılabilir. Cezaî şart, alacaklının ifayı elde edebilmek için borçluya karşı kullanabileceği bir baskı vasıtasıdır (Geniş bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 341 vd.).

¹⁴² ASLAN bu durumu ceza tazminatı olarak nitelendirmektedir. Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 147.

¹⁴³ Bu konuda bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 117, 118; von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, s. 404; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 493.

ettikleri kaidenin (Rekabet Kanununun ilgili hükümleri) varlığını bilmeseler dahi meydana getirdikleri sonuç Kanuna aykırı ise kasdın varlığı kabul edilecektir¹⁴⁴.

Ağır ihmal: Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli genel ve temel tedbirlerin alınmamış veya herkesin bilmesi gereken özen kurallarına uyulmamış olması demektir¹⁴⁵. Kusurun kıstası objektif ölçülere göre değerlendirilecektir. Yani somut olayla ilgili olarak makul, orta seviyede bir insanın göstereceği dikkat ve özen ölçü alınacaktır. Ancak tacirler, ticari işlerde basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorundadırlar (TK m. 20/2)¹⁴⁶.

Kanunumuz sistemiyle benimsenen üç kat tazminat esası teknik anlamda ceza olarak nitelendirilmemelidir. Benzer bir düzenlemeye, 1447 sayılı Ticarî İşletme Kanununda¹⁴⁷ yer verilmiştir. Anılan Kanuna göre rehin veren, alacaklının muvafakati olmaksızın, işletmeyi veya rehne dahil münferit unsurları devreder, başkalarıyla değiştirir yahut aynî bir hakla takyit eder ya da alacaklıya zarar vermek kasdıyla tahrip veya yok ederse alacaklının şikayeti üzerine hapis ve ağır para cezasıyla cezalandırılır (m. 12/1). Ayrıca sözkonusu Kanunun 12/3 maddesinde alacaklının talebi üzerine hakim, rehin verenin kusurunu dikkate alarak, rehınle temin edilen alacak miktarına kadar munzam bir tazminatın ödenmesine de karar verebilir. Aslında rehın verenin ödemek zorunda kalacağı munzam (ilave) tazminatın, rehın alacaklısının maruz kaldığı zararlarla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. İşte buradaki munzam tazminatında üç kat tazminat sisteminde olduğu gibi, bir tür kanundan doğan cezaî şart sayılması gerektiğini söyleyebiliriz¹⁴⁸.

Üç kat tazminat esasının nasıl nitelendirileceği hususu, milletlerarası özel hukuk açısından da önem taşımaktadır. Zira üç kat tazminat yolunun ceza mahiyeti kabul edilirse, üç kat tazminata ilişkin mahkeme kararlarının tenfizinde güçlük çıkacaktır. Çünkü milletlerarası özel hukuk alanında ceza ilamlarının tenfizi mümkün değildir. Bilindiği gibi yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de icra olunabilmesi, bu davaların hukuk davalarına ilişkin olması şartına bağlıdır. Bu açıdan yabancı kararın hukuk, ceza veya idare

¹⁴⁴ Krş. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 119; von TUHR, Borçlar Hukununun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, s. 405.

¹⁴⁵ HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 68; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 123.

¹⁴⁶ Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 218-220; MİMAROĞLU, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, s. 246, 247.

¹⁴⁷ RG, 28.7.1971, S. 13909.

¹⁴⁸ Ticarî işletme rehniyle ilgili munzam tazminat hakkındaki aynı düşünce için bkz. ARKAN, Ticarî İşletme Hukuku, s. 53, dpn. 3 (ve burada işaret edilen KOCAYUSUFPAŞAOĞLU’nun konuşması).

mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, verilen kararın özel hukuk ilişkilerini konu edinen bir uyuşmazlıktan doğması gerekli ve yeterlidir¹⁴⁹.

Normal tazminat talebinden farklı olarak, genel kurallardan hareketle, üç kat tazminat talebi müstahdem ve işçilerin davranışlarından kaynaklanmakta ise istihdam eden BK m. 55'teki kurtuluş beyyinesine¹⁵⁰ dayanmak suretiyle (objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek) tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerde kusuru ağır bulunan taraflar (TK m. 58/1'den farklı olarak), hakim tarafından **resen** üç kat tazminat ödemeye mahkum edilemez. Üç kat tazminata karar verilebilmesi için zarar görenlerin talebi şarttır. Üç kat tazminata esas olacak zarar miktarı, ya uğranılan maddi zarar karşılığıdır ya da zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kazançtır. Bu hallerden hangisi ispat edilebiliyorsa üç kat tazminatın hesaplanmasında bu miktar esas alınmalıdır.

db. Üç Kat Tazminat Talebinde Bulunabilecek Kişiler

Sadece "zarar görenler" in talebinden (m. 58/2) bahseden Kanunun, üç kat tazminat talebinde bulunacak kimseler arasında bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Fakat bu sonucun, rekabet ihlallerinden etkilenen herkesi kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının, hükmün (m. 58/2) caydırma amacını aşacağını düşünüyoruz.

Rekabet ihlallerinden başta rakip teşebbüsler olmak üzere, tüketiciler, ara teşebbüsler, zarara maruz kalan teşebbüs alacaklıları, pay sahipleri, hülasa bütünüyle milli ekonominin etkileneceği düşünülürse, üç kat tazminat alacaklılarının sınırının daraltılması zarureti ortaya çıkar. Bu yüzden üç kat tazminat talebinde bulunmaya yetkili olan kimseler, rekabet ihlallerinin doğrudan kendilerini hedef aldığı teşebbüs veya kişilerle sınırlandırılmalıdır. Örneğin yıkıcı fiyat uygulamalarında rakip teşebbüslerin, fiyat artışlarını konu edinen anlaşmalarda ise tüketicilerin bu faaliyetlerin muhatabı oldukları ve doğrudan zarar gördükleri sonucuna varılabilir. Fakat bu sınırın, yani rekabet ihlallerinin doğrudan muhataplarının belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Örneğin piyasa paylaşımını konu edinen anlaşmalarda, bu bölgedeki tüketicilerin

¹⁴⁹ MÖH-UK 34/2 maddesinde, yabancı mahkemelerden verilen ceza kararlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümlerin tenfizi imkanı kabul edilmiştir. Bkz. ÇELİKEL, Milletler Arası Özel Hukuk, s. 367; NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 460.

¹⁵⁰ BK m. 55'e göre istihdam eden, a) zararın meydana gelmemesi için bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya b) şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur. Geniş bilgi için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 161 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 503 vd.

ve paylaşılmış piyasalara girmeleri engellenen rakip teşebbüslerin zarar görecekleri muhakkaktır. Bu durumda rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden doğrudan etkilenen kimselerin üç kat tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. İlave edelim ki bu sonuç kabul edilmediği takdirde, Kanunun zararın tarafların kastı veya ağır ihmalden kaynaklanmış olması (m. 58/2) şeklindeki ifadesi sebebiyle, diğer kimselere karşı (bunlar duruma göre tüketiciler, ara teşebbüsler, pay sahipleri, alacaklılar olabilir) özellikle **kastın bulunmadığı iddiası** ileri sürülebilecektir.

e. İspat Sorunu

Yasak faaliyetler sonucunda zarara maruz kaldığını iddia eden kimse, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Fakat davacı uğradığı zarardan önce, Kanuna aykırı bir davranışın varlığını ispat etmek zorundadır. Kanun ispat yüküyle ilgili özel bir düzenleme¹⁵¹ getirmekle birlikte, sözkonusu düzenleme, zararın değil yasak faaliyetlerin ispatına ilişkindir. Bu anlamda davacı, bir anlaşmanın varlığını veya (davalı) taraflar arasındaki teması (tarafların toplantı tertip etmeleri, uyumlu hareketlere yön veren plan, belge, tutanak düzenlemeleri) doğrudan ispat edemiyor fakat, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren birtakım emarelerin (eş zamanlı ve aynı miktarlarda fiyat artışı, belirli satıcıların boykot edilmesi gibi) varlığını gösterebiliyor veya bu olguları destekleyen delilleri ibraz edebiliyorsa, (davalı) teşebbüsler, aralarındaki paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmekle yükümlüdürler (m. 59/1).

Zarar miktarının ispatına ilişkin özel bir kural bulunmadığına göre tazminat davalarındaki ispat yükümlülüğüne ilişkin genel kural burada da uygulanacaktır. Bu mealde tüketici ve ara teşebbüsler, halihazırda ödedikleri bedel ile rekabet kısıtlanmadan önceki ödedikleri bedel arasındaki farkı ispat etmelidirler. Rakip teşebbüsler ise, elde edecekleri muhtemel kazancı geçmiş yıllara ait bilançolarına veya diğer delillere dayanmak suretiyle gösterebilmelidirler. Ayrıca üç kat tazminat şartlarının gerçekleştiği durumlarda mağdur teşebbüsler (veya tüketiciler) zarara sebep olan teşebbüslerin elde ettiği

¹⁵¹ İspat yüküyle ilgili özel düzenleme (RK m. 59/1 ve uyumlu eylem karinesi hakkındaki m. 4/3), uyumlu eylemlerin ispatıyla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir (İNAN, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri (soru cevap kısmı), s. 72). Her ne kadar RK m. 59/1'in "anlaşmanın varlığı ya da ..." şeklindeki ifadesi duraksamaya yol açacak nitelikte olsa bile, ispat kolaylığı sağlayan hükümlerin (m. 59/1, m. 4/3) uyumlu eylemlere ilişkin olduğu hakkında şüpheye düşülmemelidir.

ya da elde etmeleri muhtemel olan kazancı göstermeye yarayacak her türlü delille ispat edebileceklerdir¹⁵².

2. Kanuna Aykırı Bir Davranışın Bulunması

Tazminat sorumluluğunun temel şartı Kanunu ihlal eden faaliyetlerle tüketicilere veya teşebbüslere zarar verilmesidir. Bu doğrultuda sorumluluk için teşebbüsler arası işbirliği uygulamaları (m. 4) veya hakim durum uygulamaları (m. 6) yahut birleşme ya da devir işlemi olarak nitelendirilebilecek herhangi bir yasak faaliyetin varlığı yeterlidir. Yasak faaliyetlerin varlığı RK m. 59 çerçevesinde her türlü delille ispat edilebilecektir. Kanunun hukuka aykırı faaliyetler içine aldığı işbirliği davranışları (m. 4) üzerinde, önceki bölümde, geniş bir şekilde durduğumuzdan bu konuya tekrar girmeyeceğiz¹⁵³.

3. İlliyet Bağı

Herhangi bir rekabet ihlalden dolayı tazminat talebinde bulunabilmek için mağdur teşebbüslerin (veya tüketicilerin) rekabet ihlali ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağına ispat etmeleri şarttır. İşte tazminat talebinin haklılığı zararın, bahis konusu ihlal neticesinde meydana gelmiş olmasına bağlıdır¹⁵⁴. Fakat rekabet ihlali neticesinde doğan her türlü zarar değil ancak, genel hayat tecrübelerine, ticari hayatın olağan akışına göre beklenmesi mümkün zararların tazmini istenebilir.

Burada özel olarak işaret edilmesi gereken husus, rekabet ihlallerine dayanan tazminat taleplerinde "uygun illiyet bağı" kriterinin bütünüyle hukuki değil ekonomik anlam ve niteliği ön plana çıkarılarak kullanılması gereğidir. Bu doğrultuda tazminatın kapsamına rekabet ihlalinin sadece doğrudan sonucu olan zararlar değil, sözkonusu ihlal nedeniyle meydana gelen diğer zararlar da bu kapsama girecektir. Örneğin aleyhine rekabet kısıtlanmış olan teşebbüslerin

¹⁵² Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 147. Zararın gerçek miktarı ispat edilemediği takdirde hakim halin mutad cereyanını ve zarara uğrayan kimsenin aldığı tedbirleri göz önünde tutarak adalete uygun bir miktara hükmeder. Bu durumda hakim zararın tutar ve kapsamını doğrudan doğruya araştırmakla yükümlüdür (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 579 ve d.pn. 3'teki Yargıtay 15 HD'nin 21.4.1975 tarihli ve 2093/2228 sayılı karar).

¹⁵³ Bkz. 3. Bölüm.

¹⁵⁴ Aynı şekilde bkz. TIMBERLAKE, Federal Treble Damage Antitrust Actions, 285, 286.

satışlarının azalması sonucu, normal üretimden arta kalan mallar için depo veya bakım masrafları ödenmesi gibi¹⁵⁵.

4. Kusurun Rolü

Rekabet Kanunu 57. maddesi, yasak faaliyetler kapsamına alınan davranışlarla (m. 4, 6, 7) rekabeti kısıtlayanların sebep oldukları zararları tazminle yükümlü tutan bir kusursuz sorumluluk ilkesi¹⁵⁶ getirmiştir. Bu durumda rekabet ihlalinin tazminat borcu doğurabilmesi için yasak faaliyetleri icra eden teşebbüslerin kusurlu davranmış olmaları şart değildir¹⁵⁷. Zira Kanunun hukuka aykırı olan eylem, karar veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanan kimseleri bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecbur tutan hükmü (m. 57) tarafların kusurlu olup olmamasını dikkate almamıştır. Böylece hukuk sistemimize, sebep sorumluluğu (objektif sorumluluk) halleri¹⁵⁸ içine, yeni bir sorumluluk ilkesi daha girmiş olmaktadır.

Tarafların kusuru, ancak kendi aralarındaki sorumluluk açısından (örneğin anlaşmanın hükümsüzlüğünde)¹⁵⁹ önemli olabilir. Fakat üçüncü kişilere (rakip teşebbüsler, tüketiciler vs.) karşı sorumluluk bakımından hukuka aykırı faaliyetleri yürüten teşebbüslerin kusurlu olup olmamaları tazmin yükümlülüğüne etki etmez. Yasak faaliyetlerin icrasının, tüketici veya rakip

¹⁵⁵ Uygun illiyet bağı konusunda geniş bilgi için bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 55 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 573 vd.

¹⁵⁶ Kusursuz sorumluluk için bkz. İMRE, Zahit, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler", İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 404.

¹⁵⁷ "Rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kastı ile gerçekleştirilmiş olup olmaması, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamakta, kasıt, ihmal veya kusur gibi, taraf iradelerine ilişkin subjektif değerlendirmeler, aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Ancak, bu husus ihlalin ağırlığı ve süresi ile birlikte taraflar hakkında hükmedilecek ceza miktarının tespitinde gözönünde bulundurulmaktadır." RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

¹⁵⁸ Motorlu araç işletenin (KTK m. 85), çevreyi kirletenin (ÇK m. 28), bina veya diğer yapı maliklerinin (BK m. 58), taşınmaz malikinin (MK m. 656, 661), hayvan idare edenlerin (BK m. 56), ev reisinin (MK m. 320), başkasını çalıştıranların (istihdam eden) sorumluluğu (BK m. 55), gibi haller başlıca kusur aranmayan sorumluluk halleridir. Bkz. HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 68-89; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İkinci Kitap, Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul 1995, s. 471 vd; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 469 vd; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 160 vd.

¹⁵⁹ Rekabet Kanununa aykırı olduğu gerekçesiyle hükümsüz sayılan bir anlaşmaya, karşı tarafın kusuru ile katılan kimsenin (kendisi kusuru bulunmamak şartıyla) menfi zararlarının tazmini gerekecektir. Bkz. "menfi zarar" başlıklı kısım.

teşebbüslerin (uygun illiyet bağı içerisinde) zarara maruz kalmalarına sebep olması tek ve yeterli şarttır. Fakat üç kat tazminat yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi, Kanunu ihlalin, tarafların kastı veya ağır ihmali neticesinde gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır (m. 58/2). Şu halde Kanunumuzun tazminat sorumluluğunda tarafların kusurunu, sadece üç kat tazminat hali ile sınırlı olarak dikkate aldığı söylenebilir.

IV. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tazminat davalarını konu edinen uyuşmazlıklar kural olarak, hukuk mahkemelerinin görev alanına girer¹⁶⁰. Yetkili mahkemenin tayini ise taraflar arasındaki ilişkiye göre araştırılmalıdır. Taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan ihtilaflar, anlaşmanın ifa yeri (BK m. 73) mahkemesinde dava edilebilecektir (HUMK m. 10)¹⁶¹.

Üçüncü kişilerin (tüketiciler, rakip teşebbüsler, ara teşebbüsler) açacağı dava, genel kural uyarınca davalının ikametgahı mahkemesidir (HUMK m. 9). Ayrıca yasak faaliyetlerin vuku bulduğu yer mahkemesi de yetkilidir (HUMK m. 21). Şahsiyet haklarına tecavüz olarak nitelendirilebilecek (boykot veya diğer ayırıcı muameleler)¹⁶² hallerde dava, şüphesiz davacının ikametgahı mahkemesinde de görülebilecektir (MK. 24/a-4, 5).

Yabancı teşebbüslerin taraf olduğu ve Türkiye'deki belirli bir bölge yahut yerdeki mal veya hizmet piyasalarını etkileyen ihlallerde, "etki" prensibinin (RK m. 2) doğal bir sonucu olarak tazminat davaları, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin etkilerinin doğduğu yer mahkemelerinde açılabilir¹⁶³.

V. Tazminat Davasında Taraflar

1. Davacı

Tazminat davasında davacı, rekabeti kısıtlayan faaliyetlerden zarara uğradığını iddia eden kimsedir. Doğrudan zarara uğrayanların dava hakkında

¹⁶⁰ Aleyhine ihtiyati tedbir kararı alınmış olan teşebbüslere karşı yürütülen soruşturma sonucunda, masum oldukları sonucuna varılan teşebbüslerin, maruz kaldıkları zararın tazminine yönelik talepler, idare mahkemelerinin görev alanına girer.

¹⁶¹ Anlaşmadan doğan ihtilaflar içine, anlaşmanın varlığı veya yokluğu ya da feshine, ifası veya ifa edilmemesi yahut gereği gibi ifa edilmemesi gibi hallerin girdiği kabul edilebilir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 214.

¹⁶² TEKİNAY, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, s. 261-263.

¹⁶³ Geniş bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s. 77 vd.

herhangi bir kuşku yoksa da yansıma yoluyla zarara uğrayanların (rakip teşebbüs ürünlerinin bakım hizmetlerini veya bu teşebbüslere hammadde, araç gereç temin eden teşebbüsler) uygun illiyet bağı içerisinde kalan zararlarının tazminini isteyebilme haklarında da tereddüt edilmemelidir. Topyekün piyasaları, rekabet şartlarının muhafazasını koruma amacını güden rekabet hukuku bakımından bu sonucun kabulü gerekir. Fakat yine yansıma yoluyla zarar görenler arasında kabul edilmesi gereken teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklılarının maddi kayıplarının tespiti ve kişiselleştirilebilmesi hayli zordur.

Hukuka aykırı davranıştan zarar gören bir tüzel kişi ise, tazminat davası yetkili organ tarafından tüzel kişi adına açılır. Genel kurallardan hareketle rekabet ihlallerinden zarara uğrayan kimse, tazminat isteme hakkını (alacağını) başkasına temlik edebilir veya ölümü halinde tazminat hakkı mirasçılara geçer (MK m. 24/a)¹⁶⁴. Tazminat isteme hakkına bu yollarla sahip olan kimseler de dava açabileceklerdir¹⁶⁵.

2. Davalı

Tazminat davası, rekabet ihlallerinin yol açtığı zararı tazminle yükümlü teşebbüslere karşı açılacaktır. Özellikle teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerini konu edinen Kanunun 4. maddesindeki ihlaller, iki veya daha fazla teşebbüsün varlığını gerektirdiğinden ve her bir teşebbüs müteselsilen sorumlu olduklarından dava, teşebbüslerden birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir. Bağlı teşebbüslerin sorumlu olduğu ihlallere karşı, bu konuda yaptığımız açıklamalar göz önünde tutularak¹⁶⁶, dava ana teşebbüse veya yasak faaliyetlerdeki rolüne göre yavru teşebbüse karşı açılabilir.

¹⁶⁴ Aslında nişanlanma faslında yer alan ve diğer manevi tazminat hallerinde de uygulanabilirliği kabul edilen MK 85'e göre manevi tazminat davası mirasçıya intikal etmez. Ancak 1988 yılında Medeni Kanun'a 3444 sayılı Kanun ile eklenen MK 24/ a'nın üçüncü fıkrası hükmüyle, manevi tazminat talebinin miras yoluyla intikal edeceği kuralı kabul edilmiştir. Bu durum doğal olarak doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bkz. HATEMİ/SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 63, 64; OĞUZMAN, Kemal, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, S. 9 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 60-63; ÖZTAN, Bilge, ÖZTAN, Fırat, "İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 24/a-III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu", Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan, Konya 1991, s. 245 vd.

¹⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 515; KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, s. 1032, 1033.

¹⁶⁶ Bkz. 2. Bölüm, "teşebbüs birlikleri" başlıklı kısım.

VI. Zamanaşımı Süresi

Tazminat sorumluluğu açısından Kanun, zamanaşımı süresiyle ilgili açık bir hükme yer vermemiştir. Bu durumda zamanaşımı süresi taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir. Taraflar arasındaki anlaşmaya dayanan (menfi) tazminat talebinde süre, BK m. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir ve hükümsüzlük halinin öğrenildiği tarihten itibaren başlamalıdır¹⁶⁷.

Hukuka aykırı faaliyetler sonucunda rakip teşebbüslerin (ara teşebbüslerin), tüketicilerin maruz kaldıkları zararların tazmini taleplerine ise, öz itibarıyla haksız fiil sorumluluğuna¹⁶⁸ dayandığından, haksız fiil tazminatına ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmalıdır¹⁶⁹. Normal olarak yasak faaliyetler nedeniyle dava açma hakkı, mağdurun zararını ve yasak faaliyetlerin tarafı olan teşebbüsleri öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan bir yıllık zamanaşımı süresine tabidir (BK m. 60/1). Zamanaşımı süresi zarar veya sorumlu teşebbüslerden hangisi daha sonra öğrenilirse bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Zarara uğrayan bir tüzel kişi teşebbüs ise, dava açmaya yetkili organın öğrenme tarihi esas alınır. Ayrıca zamanaşımı süresi her bir teşebbüs açısından kendisinin öğrenilme tarihinden başlar. Zararın öğrenilmesi açısından önem taşıyan konu, zararın bütün ayrıntılarının değil; varlığını, niteliğini, ve temel unsurlarını hülasa dava açabilmek için gerekli hususların öğrenilmesidir¹⁷⁰. Şayet rekabeti kısıtlayan davranışlar süreklilik arz ediyorsa, sözkonusu davranışlar sona ermeden zamanaşımı süreleri de (bir ve on yıllık) işlemeye başlamaz. Benzer şekilde, hukuka aykırı davranışlar sürekli olmayıp aralıklarla tekrarlanıyorsa, her yasak davranışa ilişkin zarar açısından o zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar¹⁷¹.

Rekabet ihlali sebebiyle tazminat davası açabilme hakkı, nihayet yasak davranışların vuku bulduğu tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (BK m. 60/1). Bu süre içerisinde zarar veya sorumlu teşebbüsler öğrenilemediği için bir yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamamış olsa dahi yasak faaliyetlerin icra edildiği tarihten itibaren on yıl geçmişse tazminat davası açma hakkı artık zamanaşımına uğramış olur. Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinde ise zamanaşımı süresi, BK. 66/1'e göre, fakirleşen tarafın, iadeyi isteyebilme hakkını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde iadeyi isteme hakkının doğumundan itibaren on yıl geçmekle sona ermiş olur¹⁷².

¹⁶⁷ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 359, 360.

¹⁶⁸ Ayrıca bkz. İNAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 264.

¹⁶⁹ Bkz. Giriş bölümünde "Rekabet hukuku ile haksız rekabet arasındaki farklılıklar" başlıklı kısım (i) paragrafı.

¹⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 716 vd; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 431 vd.

¹⁷¹ Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 435.

¹⁷² Geniş bilgi için bkz. ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 177, 178; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 656 vd.

SONUÇ

İktisadi oluşumların veya gücün kendi haline terk edilmesi anlayışı, zamanla kıyasıya mücadelenin, acımasız ticari ahlak anlayışının hüküm sürdüğü piyasa düzeni haline dönüşmüştür. Bu durumda doğal olarak, aralarında anlaşan ya da birleşen (hakim güç haline gelen) işletmeler, mal veya hizmetleri istedikleri kalite ve fiyatlarda üretme, çalışan kesimi de istedikleri ücret ve şartlarda istihdam etme keyfiyetine sahip oluyordu. Zira bu ortamda zeka, girişim cesareti, dürüstlük, tecrübe gibi nitelikler küçük işletmelerin büyük işletmelere karşı başarılı olabilmeleri veya bunlara karşı rekabet edebilmeleri için yeterli değildi. Böylece sınırsız kapitalist ekonomi anlayışı büyüklere yaramış, küçükleri ise ezmiştir. İşte bu şartlar altında; büyük işletmelere karşı küçüklerin, iktisadi yoğunlaşmaya karşı çeşitliliğin, üretici karşısında tüketicinin korunması zarureti doğmuştur.

Pek çok ülkede özel girişim özgürlüğünü sınırlandıran yahut bertaraf eden davranışları önleyen, serbest rekabet hakkını koruyan düzenlemeler (örneğin ABD'de, 1890 yılında yürürlüğe giren Sherman Kanunu) bulunmasına rağmen, bu konuya ilişkin Kanun ülkemizde, ancak 1994 yılında yürürlüğe konabilmiştir. Bu durum, hem piyasaların çarpık gelişmesine, toplumdaki girişimci ruhunun körelmesine yol açmış hem de tüketicileri kaliteli ve ucuz mal veya hizmet edinebilme imkanından mahrum bırakmıştır.

Rekabet düzeninin aktif sujesi teşebbüslerdir. Rekabet hukuku bakımından küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere kadar, irili ufaklı, iktisadi faaliyetlerle meşgul olan her türlü işletme teşebbüs olarak kabul edilir. Bu anlamda teşebbüsün, "ticari işletme"den farklı olarak, belirli bir hacimde bulunması şart değildir. Bu durumda iktisadi faaliyetlerle meşgul olan gerçek kişilerle tüzel kişiler ve tüzel kişiliği haiz olmayan iktisadi birimler teşebbüs kapsamına girecektir. Tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıkların sorumluluğundan bahsedilemeyeceğine göre, yasak faaliyetleri icra eden her bir ortak, ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.

Teşebbüslerin yasak faaliyetleri, bir anlaşma çerçevesinde icrasından başka organize olmuş bir birlik vasıtasıyla yürütmeleri de mümkündür. Rekabet Kanunu ve doktrinde tüzel kişiliği haiz olan veya olmayan her türlü birlik teşebbüs birliği olarak kabul edilmesine rağmen bu sonucun isabetli olduğunu zannetmiyoruz. Kanununun 56. maddesinde (ATA 81/2) rekabeti kısıtlayan teşebbüs birliği kararlarının hükümsüzlüğünden bahsettiğine göre şayet ortada tüzel kişiliği haiz bir birlik yok ise hukuken muteber bir kararın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Tüzel kişiliği bulunmayan fiili oluşumların

kararlarının, hükümsüzlüğü değil ancak yokluğundan bahsedilebilecektir. Ayrıca hukuken sorumlu tutulamayan tüzel kişilikten yoksun bir fiili topluluğun, teşebbüs birliği olarak kabulünün pratik bir değeri de yoktur. Zira bu sonucu savunanlara göre de ancak üye teşebbüsler sorumlu tutulabilecektir. Şüphesiz bu çözüm şekli teşebbüs birliği anlayışı dışında daha makul gerekçelere dayandırılabilir. Karar olarak ortaya konan sonuç, tarafları bağlayıcı nitelikte ise teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı, şayet tavsiye niteliğinde ise tavsiye kararına uyan teşebbüslerle sınırlı (uymayanlar hariç) olarak uyumlu eylemin varlığından bahsetmek, daha adaletli ve caydırıcılık bakımından daha etkili bir tutum olacaktır. Aksi halde nasıl olsa sorumlu tutulacaklarını düşünen üye teşebbüslerin, tavsiye veya tekliflere uymamalarını gerektiren makul bir sebep bulunmayacaktır.

Rekabet Kanununda kamu teşebbüslerine ilişkin bir hüküm bulunmadığına göre, kamu teşebbüsleri de özel teşebbüsler gibi aynı hükümlere tabidir. Gerçekten rekabet kuralları sadece özel teşebbüslere uygulanırsa, aynı sektörde bir arada bulunan özel ve kamu teşebbüsleri arasında eşitlik bozulacak ve özel teşebbüs faaliyeti baltalanmış olacaktır. Fakat stratejik öneme sahip ve ülke güvenliği ile ilgili sektörlerin, istisnasız rekabet mevzuatına tabi tutulması, ciddi sakıncalara yol açabilir.

Rekabet Kanunu ülke ekonomisinin bütün sektörlerinde uygulanacaktır. Bu hususta teşebbüslerin yerli veya yabancı olması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Bu anlamda "etki" kistasını benimseyen ülkemiz açısından bu tercih, son derece isabetli olmuştur. Fakat rekabet düzenini ihlal eden (gerek ülke içerisinde gerekse ülke sınırları dışında gerçekleştirilmekle birlikte etkilerini ülke piyasalarında gösteren) yabancı teşebbüs faaliyetlerine karşı, Kanunun öngördüğü tedbir ve yaptırımların uygulanabilmesi sözkonusu tedbir veya yaptırımlara ilişkin kararların yabancı ülke hukuklarında tenfizi şartına bağlı olacaktır.

Rekabeti kısıtlayan işbirliği faaliyetleri (birleşme ve devir hariç) Kanunun 4. maddesinde üç şekilde formüle edilmiştir: Teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları. Şu halde anlaşma, uyumlu eylem veya karar olarak nitelendirilebilecek her türlü teşebbüsler arası işbirliği davranışı, Rekabet Kanunu 4. maddesi uygulama alanı içine girecektir.

Doktrin ve yabancı uygulamada, teşebbüslerin ekonomik özgürlüğünü sınırlandıran, karşılıklı görüş bildiren, taahhütler içeren, hukuken bağlayıcı olan veya olmayan davranışlar "anlaşma" muamelesine tabi tutulmaktadır. Bağlayıcı mutabakatlar dışındaki, karşılıklı tasavvur, niyet açıklamaları, centilmenlik anlaşmaları, hülasa rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik bütün paralel davranışlar ise uyumlu eylem olarak nitelendirilmektedir. Doktrin ve uygulamanın bakış açısından hareket edildiğinde, teşebbüsler arası anlaşmanın,

uyumlu eylemlerden daha geniş fakat uyumlu eylemleri de kapsayan geniş bir kalıp olduğu sonucuna ulaşılabilir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bağlayıcı olmayan, fakat yine teşebbüsler arası işbirliği esasına dayanan ve paralel davranış biçimleri olarak ortaya çıkan uyumlu eylemleri, hukuki muamelelerle karşılaştırmak mümkün değildir. Uyumlu eylemlerin bir anlaşmanın varlığı aşamasına ulaşmamış, rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik paralel davranışlar olarak tanımlanması, bağlayıcı olmayan mutabakatları da ihtiva eden "anlaşma" karşısında, hiç bir açıklık sağlamaz. Biz Hukuken bağlayıcı olan mutabakatların anlaşma, bağlayıcı kuvveti bulunmayan her türlü paralel davranış kalıplarının ise "uyumlu eylem" olarak vasıflandırılması gerektiğini düşünüyor ve uyumlu eylemi şu şekilde tanımlıyoruz: Teşebbüslerin aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlarıdır.

Anlaşma ve kararların hukuki sonuçlarını düzenleyen RK 56. maddesinde (ve ATA 81/2'de) uyumlu eylemlerden bahsedilmemiştir. Çünkü bir hukuki muamele niteliği taşımayan ya da hukuken bağlayıcı olmayan mutabakatların hükümsüz sayılmasının hiç bir anlam ve esprisi yoktur. Hangi gerekçeden hareket edilirse edilsin, "uyumlu eylem" kalıbı varken, teknik bir kavram olmayan anlaşma deyiminin, bağlayıcı özelliği bulunmayan her türlü irade uyuşmalarını ve borç doğuran muameleleri kapsayacak şekilde yorumlamak rekabet hukuku uygulamasına herhangi bir katkı sağlamayacaktır. Bu yüzden biz, anlaşma kavramının anlam ve fonksiyonunu borç doğuran muamelelerle sınırladık.

Rekabeti kısıtlayan anlaşma veya kararların hükümsüz sayıldığı bir hukuk düzeninde, teşebbüsler bu tür anlaşmalar yerine gizli ve bağlayıcı olmayan paralel davranışlarla aralarındaki rekabeti bertaraf etme eğilimine gireceklerdir. Bu yönüyle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların, RK 4. maddesindeki yasak faaliyetler içerisinde uyumlu eylemlere göre, sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir.

Teşebbüsler arası anlaşmalarla rekabetin kısıtlanmasını yasaklayan Rekabet Kanununun teşebbüs birliklerinin, üyelerini organize etmek suretiyle rekabeti kısıtlamalarını müsamaha ile karşılaması beklenemez. Teşebbüs birliği için önemli bir özellik, birliğin, Kanunun kabul ettiği nitelikteki teşebbüslerden oluşmasıdır. İktisaden ve hukuken bağımlı teşebbüsler, teşebbüs birliği tesis edemezler. Bu anlamda bağlı teşebbüs ya da holding çatısı, teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez.

Teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlayan bağlayıcı kararlarının hukuka aykırılığında şüphe bulunmamakla birlikte, tavsiye niteliğindeki kararların farklı bir uygulamayı gerektirip gerektirmeyeceği sorunu tartışmaya açıktır. Biz hukuken bağlayıcı kararlarla, tavsiye veya tekliflerin ayrı kalıplar içerisinde

değerlendirilmesi gerektiği inancını taşıyoruz. RK m. 4'te ifade edilen rekabeti sınırlayıcı teşebbüs birliği "kararı", hukuken bağlayıcı ve uyulması üyeler için zorunlu olan kararlardır. Tavsiye veya teklif niteliğindeki (rekabeti sınırlayıcı) birlik kararları, uygulanmadığı sürece yasaklanmamalıdır. Birlik tavsiyeleri tatbik edildiği takdirde, karara uyan üye teşebbüsler arasında "uyumlu eylem" in varlığını kabul etmek gerekir. Somut olaya göre, uyulması zorunlu veya adetten olan, fakat üçüncü kişilere karşı "tavsiye" olarak takdim edilen kararların varlığında, kanuna karşı hileden bahsedebiliriz.

Rekabet Kanunu 4. maddesi genel olarak, amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası her türlü işbirliği faaliyetlerini (anlaşma, uyumlu eylem ve karar) yasak kapsamına almıştır. Teşebbüsler arası işbirliği faaliyetleri kapsamına giren uyumlu eylemlerden farklı olarak, rekabeti kısıtlama amacına yönelik anlaşma ve kararların icrası şartı aranmaz. Amaç olarak rekabeti kısıtlayıcı etkiyi haiz anlaşma ve kararların bizatihi kendileri, hukuka aykırı ve hükümsüzdür. Kanununun 4. maddesi, rekabeti sınırlayan işbirliği faaliyetleri için genel bir yasak ilkesi koyduktan sonra, örnek kabilinden özel olarak birtakım rekabeti kısıtlayan somut hallere işaret etmiştir. RK m. 4/2'de altı bent halinde sayılan başlıca rekabeti sınırlayıcı davranışlar, tahdidi değildir.

Kanun mutlak bir yasak ilkesi koymamış, olumlu yönleri olumsuz yönlerinden daha fazla olan işbirliği faaliyetlerini, 4. madde uygulamasından "muaf" tutabilmeye yönelik imkanlar da getirmiştir. Rekabeti sınırlayıcı işbirliği anlaşmalarına muafiyet tanınması gereği, bir takım anlaşmaların zararlı sonuçları yanında; tüketicilere yarar sağlaması, ekonomik ve teknik gelişmeye katkıda bulunması gibi olumlu sonuçlardan doğar. Fakat rekabeti kısıtlayıcı işbirliği anlaşmalarının muafiyetle izlenen bu olumlu sonuçları gölgeleyecek ve ilgili piyasadaki rekabeti tamamen bertaraf edebilecek nitelikte olmaması şarttır (RK m. 5).

Kanundaki şartları taşıyan anlaşmalar, kendiliğinden muafiyet hükmünden yararlanamamaktadır. Rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamalarına muafiyet tanımaya yetkili tek organ, Rekabet Kuruludur (RK m. 5/1, 27/b). Rekabet Kurulu, şartları çerçevesinde, ilgililerin talebini değerlendirerek, talep konusu anlaşma için muafiyet kararı verebileceği gibi, kendiliğinden, belirli konulardaki anlaşma türlerine muafiyet tanıyan tebliğler de çıkarabilir (RK m. 5/3). İşte bunlardan ilkinde bireysel muafiyet, ikincisine ise grup muafiyeti denmektedir.

Rekabeti kısıtlayan ve muafiyet kapsamına da girmeyen teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararları RK m. 56 (ATA m. 81/2) gereği geçersizdir. Kanun sisteminde bu müeyyidenin uygulanmasını engelleyen diğer bir Rekabet Kurulu tasarrufu da menfi tespit kararıdır. Hakkında menfi tespit

kararı alınan bir anlaşma veya kararın geçersizliği Kurul tarafından ileri sürülemeyecek ve ceza tatbik edilemeyecektir (m. 8/1).

Menfi tespit kararı, tarafların aralarındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının Kanuna aykırı olup olmadığı yolundaki talebi üzerine Kurulun, mevcut şartları, taraflarla ilgili bilgileri değerlendirerek, sözkonusu işbirliği uygulamalarının Kanuna aykırı olmadığı hakkındaki karardır. Menfi tespit talebi anlaşmanın icrasını engellemez. Talep sonucunda verilen belge anlaşmanın hukuka uygunluğu veya aykırılığı sıfatına herhangi bir etkide bulunamaz. Zira menfi tespit kararı hukuka aykırı (hükümsüz) bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararını hukuka uygun ya da geçerli hale getirmez. Böylece hakkında menfi tespit kararı alınan bir anlaşma veya karar ile ilgili olarak genel mahkemelerde, sözkonusu anlaşma veya kararın hükümsüzlüğüne dayanan iade yahut tazminat davası açılabilecektir.

Taraflar Kuruldan, aralarındaki işbirliği uygulamaları için seçimlik (terditli) talepte bulunabilirler. Bu durumda taraflar Kuruldan öncelikle menfi tespit kararı, şayet menfi tespit kararı verilemeyecekse, talepte bulunulan işbirliği uygulaması için muafiyet tanınmasını isteyebileceklerdir.

Menfi tespit kararı ile muafiyet kararı arasında önemli farklılıklar vardır. Menfi tespit kararı Kurulun, somut bir olayda, taraflar arasındaki işbirliği uygulamalarının, Kanunun 4. maddesine aykırı olmadığını tespit eden karardır. Muafiyet kararında ise somut olaya konu olan anlaşma esasen Kanunun 4. maddesine (genel yasak ilkesine) aykırıdır ve Kurul kararıyla sözkonusu anlaşma yasak ilkesinden istisna tutulmaktadır. Ayrıca menfi tespit kararı, işbirliği uygulamalarının genel yasak ilkelerine (RK m. 4, m. 6, m. 7) aykırı olmadığını tespit eder. Fakat bir anlaşma muafiyet kararıyla Kanunun 4. maddesi uygulamasından istisna tutulsa bile, Kurul kararı ilgili anlaşmaya, somut olayın şartlarına göre Kanunun 6. maddesinin uygulanmasını engellemez.

Rekabet Kanunu, normal olarak genel mahkemelerin görev alanına giren hukuka aykırı davranışların tespiti, önlenmesi, eski hale getirme, yasaklayıcı ve koruyucu tedbirlerin alınması hususlarında tek yetkili organ olarak Rekabet Kurulunu görmüştür. Rekabet Kurulunun genel mahkemelere göre ihbar, şikayet veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi ya da resen hukuka aykırı faaliyetleri araştırma görev ve yetkisi karşısında, Kanunun oldukça etkili imkanlar getirdiği söylenebilir.

Borçlar Kanunu genel ilkelerinden hareketle, Rekabet Kanununa (m. 4) aykırı olan anlaşma ve kararların hükümsüz olduğu kendiliğinden anlaşılır. Fakat Rekabet Kanunun "bu Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği" başlıklı 56. maddesinde, Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçersiz olduğu belirtilmiştir. İşlemdeki

sakatlığın sadece bir kısma inhisar ettiği ve diğer kısmı muteber tutmak tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü hallerde, sakat kısmı hukuka aykırı kabul ederek sözkonusu işlemi ayakta tutmak mümkün olabilir. Fakat hükümsüz sayılan kısım olmadıkça ilgili tarafların anlaşma yapmayacakları hal ve şartlardan anlaşılabiliriyorsa, anlaşma tamamen hükümsüz sayılacaktır.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda kısmi butlan hükümlerinin uygulanması özellik arz eden bir konudur. Zira tek amacı rekabeti sınırlamak olan anlaşmalarda (fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, kota, boykot gibi hallerde) batıl olan kısım olmasa idi anlaşmanın yapılıp yapılmayacağı gereğini araştırmak anlamsızdır. Fakat doğrudan amacı rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmalardaki birtakım kayıtlar Kanuna aykırı ise, bu kısım hükümsüz sayılarak anlaşma ayakta tutulabilecektir.

Taraflar, hükümsüz olan anlaşma veya kararlardan doğan edimlerin ifasını isteyemeyeceklerine göre, sözkonusu işlemlerin akıbeti, Borçlar Kanunu hükümlerine göre tayin edilecektir. Kanun iade taleplerinde, hukuka (veya ahlaka) aykırı bir amaca ulaşmak için verilen şeylerin geri istenemeyeceğine ilişkin BK 65. maddesi hükmünün uygulanamayacağını kabul etmiştir. Böylece hükümsüz sayılan anlaşma veya kararlara dayanan iade talepleri önündeki engel bertaraf edilmiş olmaktadır. Aksi halde, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği anlaşmalarına göre verilmiş edimlerin iadesi, hukuka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen şeylerin geri alınamayacağı yolundaki bu hükme (BK m. 65) binaen mümkün olmayacaktır.

Kanuna aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan teşebbüsler, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdurlar. Birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkan zararlarda, zarara sebep olanlardan her biri müteselsilen sorumludur (RK m. 57). Rekabet Kanunu rekabet sistemiyle ilgili maddi hukuk ilkelerini düzenlemekten başka, tazminat sorumluluğuna ilişkin bir takım hükümler de sevk etmiş bulunmaktadır.

Rekabet Kanununa aykırı işbirliği faaliyetleri sonucunda, zorunlu olarak üretimini azaltan hatta tamamen piyasayı terk etmeye mecbur bırakılan bir teşebbüsün vaki zararlarının tazmini gereği hakkında bir tereddüt olunamaz. Fakat bu teşebbüslere hammadde, makine, araç gereç temin eden teşebbüslerin veya ilgili teşebbüslerin ürünlerini satan, bakım hizmetlerini yerine getiren teşebbüslerin yansıma yoluyla uğradıkları zararın tazmini istenebilecek midir? Bilindiği gibi yansıma zararın sözleşme dışı sorumluluk kurallarına göre gideriminin istenebilmesi için bu konuda açık bir giderim yükümlülüğü getiren kural aranır.

Rekabet Kanununun amacı, mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetleri önlemek, piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde gelişmesini sağlamaktır (m. 1). Ayrıca Kanun 57 ve 58. maddelerinde, rekabetin kısıtlanmasından "zarar" görenlerin her türlü zararlarının tazmini yükümlülüğünü kabul etmiştir. Bu ilkelerin ışığında, özel bir düzenleme niteliğindeki Rekabet Kanunu açısından, yansıma zararlar için genel kuraldan farklı bir sonuca varılmasının zaruri olduğu anlaşılır. Şu halde öncelikle, bu tür zararlar için hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. "Uygun illiyet bağı" ise hukuki yönüyle birlikte, ekonomik ağırlıklı olarak düşünülürse yansıma zararların tazmini zorunluluğu ortaya çıkar.

Rekabet Kanunu, sorumluluk hukukunda bulunmayan bir tazmin şekli, "üç kat tazminat" sistemini getirmektedir. Bu sistem esasını, ABD antitröst hukukunda bulur. Üç kat tazminat sisteminin, yasak faaliyetlere karşı caydırıcı olması veya bu tür faaliyetleri icra eden teşebbüsleri cezalandırma amacına yönelik olduğu söylenebilir. Kanun, hâkime, ortaya çıkan zararın tarafların kastı veya ağır ihmalinden kaynaklandığı hallerde, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın karşılığına ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilme yetkisi vermiştir.

BİBLİYOGRAFYA

- ABBAMONTE, Giuseppe B., Competitors' Rights to Challenge Illegally Granted Aid and the Problem of Conflicting Decisions in the Field of Competition Law, ECLR, 2, 1997, s. 87-93.
- ADAMS, Walter, "The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly?" in, BERKI, Sylvester E., Antitrust Policy Economics and Law, Boston 1966, s. 36-53.
- AGNEW, J. H., Competition Law, London 1985.
- AKINCI, Ateş, Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1988.
- AKINCI, Ateş, "Rekabetin Korunması Hakkında Üzerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Nurkut İNAN, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 51-69.
- AKINCI, Ateş, "Rekabet Kurulu Teşkilatı", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 60-65.
- AKÜNAL, Teoman, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.
- AKYÜREK-KIEVITS, Henriettë, "Changes in EC Policy on Joint Ventures", in in GORMLEY, Laurence, Current and Future Perspectives on EC Competition Law, European Monographs, Kluwer 14, 1997, s. 31-45.
- ALTUĞ, Yılmaz, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul 1971.
- ANDERMAN, Steven D., EC Competition Law and Intellectual Property Rights, Oxford 1998.
- ANİK, Gülgün, Competition Rules of Turkey, ECLR, 5, 1997, s. 311-318.
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1999.
- ARSAVA, Ayşe Füsün, Roma Antlaşmasında Ön Karar Prosedürü ve Bu prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara 1989.
- ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul 1959.

- ART, Jean-Yves and VAN LIEDEKERKE, Dirk, Developments in EC Competition Law in 1996 - an Overview, CMLR, 34, 1997, s. 895-956.
- ART, Jean Yves and VAN LIEDERKE, Dirk, Developments in EC Competition Law in 1997: An Overview, CMLR, 35, 1998, s. 1135-1182.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 66-82.
- ASLAN, İ. Yılmaz, "Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 3-36.
- ASLAN, İ. Yılmaz, "Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 13-20.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze, "AB Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış ve Gümrük birliği Çerçevesinde Türk Rekabet Hukuku", Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İNAN, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 5-13.
- ATIYAH, P. S., ADAMS, John, The Sale of Goods, London 1995.
- AYHAN, Rıza, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1992.
- BACON, Kelyn, State Regulation of the Market and EC Competition Rules: Articles 85 and 86 Compared, ECLR, 5, 1997, s. 283-291.
- BAEL, Ivo Van, BELLIS, Jean François, Competition Law of the EEC, Oxfordshire 1990.
- BAKER, Simon and WU, Lawrence, Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission, ECLR, 5, 1998, s. 273-280.
- BARNES, Irston, "Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law" in Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition, June 1961, Vol: II, Karlsruhe 1961, s. 806-887.
- BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- BAYKAN, Renan, Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri, İTO Yayını No: 1996-23, İstanbul 1996.

- BEGG, FISHER, DORNBUSCH, Economics, İstanbul 1994.
- BELLAMY & CHILD, Common Market Law of the Competition, London 1993.
- BELLAMY & CHILD, Common Market Law of Competition, London 1996.
- BENTIL, J. Kodwo, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, ICLR, Vol: 10, Pt: 4, 1993, s. 471-520.
- BİLGE, Necip, ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku dersler, Ankara 1978.
- BIRO, Zoltan and FLETCHER, Amelia, The EC Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment, ECLR, 3, 1998, s. 129-138.
- BLACK, Oliver, Competition and Negative Obligation, ECLR, 2, 1993, s. 53-60.
- BLACK, Oliver, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?, ECLR, 3, 1997, s. 145-161.
- BORK, Robert H., The Antitrust Paradox A Policy at War with Itself, New York 1978.
- BOYES, William, MELVIN, Michael, Microeconomic, Boston 1991.
- BOUTERSE, R. B., Competition and Integration - What Goals Count? European Monographs, Kluwer 1994.
- BOZER, Ali, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, BATİDER, C. 1, 1962.
- BRINCKMAN, Dirk and VOLLEBREGT, Erik, The Marketing of Sport and its Relation to EC Competition Law, ECLR, 5, 1998, s. 281-288.
- BROCK, Gerald W., "Dominant Firm Response to Competitive Challenge: Peripheral Equipment Manufacturers' Suits Against IBM", in KWOKA, John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 160-182.
- BRUSICK, Philippe, "Competition, Development and the Set", in Symposium on Competition policy Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 1-6.
- BUDAK, Ali Cem, "Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 129-156.

- BURKE, Terry, GENN-BASH, Angela, HAINES, Brian, Competition in Theory and Practice, Croom Helm, 1988.
- BURNSIDE, Alec, MEYNTJENS, Carl, The EEC Merger Regulation and Its Impact on Non-EEC Businesses, BYULR, Vol: 1990.
- CITRINE, Norman Arthur, Trade Union Law, London 1960.
- COCUZZA, Claudio and MONTINI, Massimiliano, International Antitrust Cooperation in a Global Economy, ECLR, 3, 1998, s. 156-163.
- Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, "Empirical Evidence Of The Benefits From Applying Competition Law And Policy Principles To Economic Development In Order To Attain Greater Efficiency In International Trade And Development", UNCTAD, Geneva, 29 July 1998.
- CORNISH, W. R., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London 1996.
- CUNNINGHAM, J. P., The Competition Law of the EEC, London 1973.
- CURTIN, D., von EMPEL, M., WOLKER, E. L. M., WINTER, J. A., Leading Cases on the European Communities, Boston 1994.
- ÇAĞA, Tahir, Deniz Ticareti Hukuku I, İstanbul 1995.
- ÇELİKEL, Aysel, Yabancılar Hukuku, İstanbul 1990.
- ÇELİKEL, Aysel, Milletler Arası Özel Hukuk, İstanbul 1992.
- DALTROP, John and FERRY, John, The Relationship Between Articles 85 and 86: Tetra Pak (T51/89), ICCLR, 1, 1991, s. 24-26.
- DAVIDOW, Joel, "Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program", CJTL, 1991, Vol: 29: 7, No:1, s. 11-40.
- DAYINLARLI, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989.
- DELSAUX, Pierre, "AT Rekabet Hukuku ve Üye Devletler Rekabet Yasaları", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İSO - MÜATE, İstanbul 1993, s. 23-27.
- DIEM, Andreas, EEA Competition Law, ECLR, 5, 1994, s. 263-271.
- DOHERTY, Barry, Community Exemptions in National Law, ECLR, 6, 1994, s. 315-321.
- DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanununun Şerhi, I, İstanbul 1988.

- DOMANIÇ, Hayri, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1976.
- DOUGLAS, George W., "The Importance of Entry Conditions: Texas Air's Acquisition of Eastern Airlines", in KWOKA John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 99-119.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi", Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 1987-19, s. 11-21.
- EDLIN, Aaron S., Do Guaranteed - Low - Price Policies Guarantee High Prices and can Antitrust Rise to the Challenge, HLR, Vol: III: 528, 1997, s. 529-575.
- EHLE, Dirk, State Regulation Under the US Antitrust State Action Doctrine and Under EC Competition Law: A Comparative Analysis, ECLR, 6, 1998, s. 380-396.
- EHLERMANN, Claus-Dieter, Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community, ECLR, 2, 1993.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:I, İstanbul 1994.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1994.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, İstanbul 1994.
- ERGÜNEY, Hilmi, Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar, İstanbul 1973.
- ERİŞ, Gönen, Açıklamalı - İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 1987.
- ERKAN, Hüsnü, "Giriş", Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet Boyutu, Yayına Hazırlayan: Hüsnü ERKAN, İzmir 1992, s. 7-15.
- ERKAN, Hüsnü, "Enflasyonun Ahlâki Sosyal ve Siyasal Sonuçları İstihdama Etkileri", Kronik Enflasyon Ekonomiye İstihdama Etkileri Semineri, 20 Haziran 1997 İstanbul, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No: 170.
- ERMAN, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993.
- ERMAN, Sahir, "Devletin Ekonomik İtibarını Sarsma/Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması/ Hileli Taksiratlı İflas" -konulu tebliğin sonundaki "tartışmalar" kısmı- Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Ön Tasarısı Sempozyumu, 17-18 Nisan 1987, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 1987-19, s. 25-36.

- ERMAN, Sahir, "İktisadi Suçlar Konusunda Avrupa Hukukundaki Son Gelişmeler", Birinci Avrupa Hukuku Haftası 24-27 Ocak 1978, AHAEM, İstanbul 1979, s. 103-113.
- EROL, Kemal, "Rekabet Kurulunun Yapısı ve Yetkileri ve Usul", İNAN, Nurkut, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 28-44.
- ERSİN, Mehmet Akif, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", İNAN, Nurkut, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 17-24.
- ESİN, Arif, Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.
- ESİN Arif, "Rekabet Hukukunda Anlaşmaların Butlan Kılınması Meselesi", Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 56-60.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, "Collaborative Activities Among Industrial Competitors - in German, European, and US Antitrust Law, and in the Draft International Antitrust Code in the GATT/WTO System-", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 109-126.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, "İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku)", (Çev. Tuğrul ANSAY ve Mustafa ÜNAL), BATİDER, 1980, C.X, S.3, s. 711-732.
- FOX, Eleanor M., "Harnessing the Multinational Corporation to Enhance Third World Development - The Rise and Fall and Future of Antitrust as Regulator", Cordoza L.Rev., Vol: 10, 1989, N.7, s. 1981-2010.
- FOX, Eleanor, Toward World Antitrust and Market Access, AJIL, Vol: 91: 1997, s. 1-25.
- FOX, M. Eleanor, "International Antitrust: Against Minimum Rules; for Cosmopolitan Principles", Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 1-11.
- FOX, Eleanor M., The Central European Nations and the EU Waiting Room - Why Must the Central European Nations Adopt the Competition Law of the European Union?, BJIL, Vol. XXIII: 2, 1997, s. 351-363.
- FRANCESCHELLI, Remo, "The Restrictions on Competition that can be Exempt from the Prohibition of Article 85, Paragraph 1 of the European

Economic Community Treaty (Article 85, Paragraph 3), and the Procedure for Obtaining Exemption", in Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraint of Competition, June 1960, Vol: 1, Karlsruhe 1961, s. 297-307.

FRAZER, Tim, Monopoly, Competition and the Law The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, Harvester Wheatsheaf 1992.

GERBER, David J., Europe and the Globalization of Antitrust Law, CJIL, Vol: 14: 15, 1999, s. 15-25.

GIJLSTRA, D. J. and MURPHY, D. F., Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, Netherlands 1984.

GOLDMAN, Calvin S., "Competition Policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective", in Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 1-12.

GOYDER, D. G., EC Competition Law, Oxford 1992.

GÖLE, Celal, "Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 181-206.

GRIFFIN, Joseph P., Foreign Governmental Reactions to US Assertions of Extraterritorial Jurisdiction, ECLR, 2, 1998, s. 64-73.

GRIFFIN, Joseph P., Antitrust Aspects of Cross-Border Mergers and Acquisitions, ECLR, 1988, 1, s. 12-20.

GROVES, Peter, Intellectual Property with Competition Law and Practice, London 1994.

GUNDLACH, Gregory T., Predatory Practices In Competitive Interaction: Legal Limits And Antitrust Considerations, JPPM, Vol. 9, 1990, s. 129-255.

GÜRZUMAR, Osman, "Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 106-143.

HAKURA, Fadi S., The Extension of EC Competition Law to the Mediterranean Region, ECLR, 4, 1998, s. 204-210.

HAWK, Barry E., System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, CMLR, 32, 1995, s. 973-989.

HAY, George A., "Vertical Restraints", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 189-211.

- HAY, George A., "Practices That Facilitate Cooperation: The Ethyl Case", in KWOKA John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 183-207.
- HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme - Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.
- HATEMİ/SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- HATİBOĞLU, Zeyyat, İktisada Giriş, İstanbul 1994.
- HEILBRONER, Robert L., İktisadî Sorun I Modern İktisadî Toplumun Doğuşu (Çev. Demir DEMİRGİL) İstanbul 1970.
- HILKE, John C. and NELSON, Philip B., "Strategic Behavior and Attempted Monopolization: The Coffee (General Foods) Case", in KWOKA John E., WHITE, Lawrence J., The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 208-240.
- HINTON, Eric F., European Community Competition Law Subsidiarity and the National Courts, BYUJPL; Vol: 11, I. 2, 1997, s. 301-318.
- HIRSCH, E., "Devletçilik ve Ticaret Hukuku (Çev. Ali Hüseyin İŞBAY)", İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 1-13.
- HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, New York 1988.
- HUTCHINGS, Michael, DURRANT, Lovell White, "Competition Law: State Monopolies and State Undertakings", in CAMPBELL, Dennis, FLINT, Charles, 1993 The European Market Myth or Reality, Boston 1994, s. 21-50.
- İMRE, Zahit, "Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu", Kemal Fikret ARIK'a Armağan, Ankara 1973, s. 153-194.
- İMRE, Zahit, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler", İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 401-420.
- İMREGÜN, Oğuz, Ticaret hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1995.
- İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.
- İNAN, Nurkut, "Maddi Hukuk Açısından Türk Rekabet Yasası", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını 1998, s. 67-77.

- İNAN, Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s. 3-15.
- İNECİ, Barbaros, Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures), YKV yayını, No: 56, İstanbul 1986.
- İZVEREN, Adil, FRANKO, Nisim, ÇALIK, Ahmet, Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994.
- JAKOB-SIEBERT, Tinam, Competition Rules in the EEC and Switzerland: A Comparison of Law and Practice, ECLR, 6, 1990, s. 255-263.
- JONES, Alison, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, ECLR, 6, 1993, s. 273-279.
- JONES- VAN DER WOUDE-LEWS, EEC Competition Law Handbook, London 1991.
- JONG, Henk W., "European Capitalism: Between Freedom and Social Justice", in McCAHERY, BRATTON, PICCIOTTO and SCOTT, International Regulatory Competition and Coordination Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States, OXFORD 1996, s. 185-206.
- LANDE, Robert H., Creating Competition Policy for Transition Economies, BJIL; Vol: XXIII: 2, 1997, s. 339-349.
- LASOK, K. P. E., Assessing the Economic Consequences of Restrictive Agreements: A Comment on the Delimitis Case, ECLR, 5, 1991, s. 194-201.
- LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, Butterworths 1994.
- LEVITT, Matthew, Access to the File: The Commission's Administrative Procedures in Cases under Articles 85 and 86, CMLR, 34, 1997, s. 1413-1444.
- LIPSEY, Richard G., An Introduction to Positive Economics, London 1975.
- LIPSEY, COURANT, PURVIS, STEINER, Micro Economics, Harper Collins College Publishers 1993.
- LUGARD, H. H. Paul, Vertical Restraints Under EC Competition Law: A Horizontal Approach? ECLR, 3, 1996, s. 166-177.
- KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 1998.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, İstanbul 1992.

- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, İstanbul 1996.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap, Sözleşmeler, İstanbul 1996.
- KARAKUŞ, Ayşe Işıl, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, İstanbul 1993.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşletme, Ankara 1968.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler, III, Ankara 1988.
- KATIRCIOĞLU, Erol, "Bir Pazar Ekonomisi Kurumu Olarak Rekabet Hukuku", Rekebetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Nurkut İNAN, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 1-4.
- KATTAN, Joseph, Antitrust Considerations in Innovation Driven Markets, USLJ, Vol: 21, 1995, s. 115-126.
- KAUPER, Thomas E., "The Treatment of Cartels under the Antitrust Laws of the United States", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 75-96.
- KENT, Penelope, Law of the European Union, M&E Pitman Publishing 1996.
- KERSE, C. S., EEC Antitrust Procedure, London 1988.
- KERSE, C. S., The Complainant in Competition Cases: A Progress Report, CMLR, 34, 1997, s. 213-265.
- KINTNER, Earl W., An Antitrust Primer, The Macmillian Company 1964.
- KIRKBRIDE, James and XIONG, Tao, The European Control of Joint Ventures: An Historic Opportunity or a Mere Continuation of Existing Practice, ELR, 23, 1998, s. 37-49.
- KISHOIYIAN, Bernard, The Intra-Enterprise Conspiracy Doctrine in International Business a Case for the Extraterritorial Application of Antitrust Law, TILR, Vol: 6, No: 1, 1995, s. 192-236.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, İstanbul 1995.
- KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford 1990.

- KORAH, Valentine, "Invalidity of Exclusive Provisions in Distribution Contracts under EC Competition Law", in GORMLEY, Laurence, *Current and Future Perspectives on EC Competition Law*, European Monographs, Kluwer 14, 1997, s. 1-14.
- KORAH, Valentine, *Cases and Materials EC Competition Law*, Oxford, 1997.
- KOVACIC, William E., "Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies", *Brook. J. Int'l L.*, Vol: XXIII: 2, 1997, s. 403-453.
- KÖKSAL, Tunay, *Avrupa Birliğinde Bazı Sektörlerde Tekelleşmeyi Önlemek ve Liberalizasyonu Sağlamak için Yapılan Düzenlemeler*, Ankara 1997.
- KUNTER, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1978.
- KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 1992.
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: 2, İstanbul 1990.
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: 3, İstanbul 1991.
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt: 4, İstanbul 1991.
- LASOK&BRIDGE, *Law & Institutions of the Europe*, Butterworths 1994.
- LAURILA, Maija, *The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance*, *ECLR*, 1991, s. 97-104.
- MASSEY, Patrick, *Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions*, in HAWK, Barry E, *International Antitrust Law & Policy*, London 1997, s. 91-123.
- MASTROMANOLIS, Emmanuel P., *Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform*, *ECLR*, 4, 1998, s. 211-218.
- McKIE, James W., "Market Definition and the SIC Approach", in FISHER, Franklin M., *Antitrust and Regulation Essays in Memory of John J McGOWAN*, The Massachusetts Institute of Technology, 1985, s. 85-100.
- MEHTA, Pradeep, "On the Interaction Between Trade and Competition Policy" at the Seminar "The International Trade System: Issues for Developing Countries", *ICTSD - CITEE*, Geneva 27-28 November 1997, s. 1-5.
- MERKIN, Robert, *Encyclopedia of Competition Law*, Vol: 1, London 1987.
- MIERT, Karel Van, *European Commission, European Community Competition policy (1994)*.

- MİMAROĞLU, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, Ankara 1978.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal, "Ekonomi, Ticaret ve İşletme Hukuku", Prof. Dr. Kemal Fikret ARIK'a Armağan, Ankara 1973.
- MOGLEN, Eben, Antitrust and American Democracy, The Nation, 30 November 1998, Vol: 267, I. 18, s. 11-15.
- MOUSSIS, Nicholas, Access to European Union Law, Economics, Policies, European Study Service 1998.
- NEALE, A. D., The Antitrust Laws of the United States of America, Cambridge University Press, 1966.
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1990.
- NÖEL, Pierre-Emmanuel, Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and U.S. Antitrust Law, ECLR, 8, 1997, s. 498-519.
- NURAY, Haluk, "Avrupa Topluluğu Ortak Ticaret Politikasının Korumacı Hükümleri ile Ağırlıklı Olarak Anti-Damping Mevzuatı ve Uygulamaları Hakkında Not", Damping Anti-Damping ve Telafi Edici Vergi Uygulamaları, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 25 Mayıs 1992.
- OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, Chicago 1971.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, Eşya Hukuku, İstanbul 1997.
- OĞUZMAN, Kemal, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, 7-54.
- OKUTAN, Gül, (TEKİNALP / TEKİNALP) Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997.
- O'TOOLE, Francis, The EC Green Paper on Vertical Restraints: Option IV Defended, ECLR, 1, 1999, s. 5-13.
- ÖZ, Turgut, Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.
- ÖZSUNAY, Ergun, Kartel Hukuku, İstanbul 1985.

- ÖZSUNAY, Ergun, AET'deki Rekabet Sınırlamalarıyla "Üye Devletler Arasındaki Ticaret" in Etkilenmesine ilişkin Ölçütler ve Komisyonun Para Cezası Verme Yetkisi: "Tepea B.V. v. Komisyon Kararı" Üzerine Bazı Düşünceler, İktisat ve Maliye, C. XXIX, S. 7, 1982.
- ÖZSUNAY, Ergun, "Sigorta Sektöründe Teşebbüs birlikleri Tarafından Alınan "Tavsiye Kararları"nın Topluluk kartel Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İktisat Maliye, C. XXXVI, 1989, S. 1, s. 8-14.
- ÖZSUNAY, Ergun, "Türkiye'de Karteller ve Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar ve "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"na İlişkin Görüşler", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 107-124.
- ÖZAY, İl Han, Güneşinde Yönetim, İstanbul 1996.
- ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Ankara 1994.
- ÖZTAN, Bilge, ÖZTAN, Fırat, "İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 24/a-III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu", Prof. Dr. Jale G. AKİPEK'e Armağan, Konya 1991, s. 245-262.
- PAPACONSTANTINO, Helen, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, London 1990.
- PAVESIO, Carlo, The Italian Rules on Protection of Competition and Market, Supplement 1, ECLR, 2, 1991.
- PETERSMANN, Ernst - Ulrich, "The Need for Integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System", in Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 1-43.
- PETERSON, Wallace C., Income, Employment and Economic Growth, New York 1962.
- PHILLIPS, Bernard, "Goals, Instruments and Institutions of Competition Law", in Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, 3-17.
- PICCIOTTO and SCOTT, International Regulatory Competition and Coordination Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States, OXFORD 1996.

- POKEMPNER, Dinah R., The Scope of Noerr Immunity for Direct Action Protestors: Antitrust Meets the Anti-abortionists, CLR, Vol: 89, 3, 1989, s. 662-697.
- POROY, Reha, "Çok Uluslu Ortaklıklarla İlgili Hukuki Sorunlar", KUBALI'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1974, s. 437-466.
- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1995.
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 1997.
- PRESTON, Lee P., "Territorial Restraints: GTE Sylvania" in KWOKA, John E., WHITE, Lawrence, The Antitrust Revolution, Scott, Foresman and Company 1989, s. 273-289.
- RAHL, James A., Common Market and American Antitrust Overlap and Conflict, McGraw-Hill 1970.
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997.
- REICH, Norbert, "Competition Law and the Consumer", in GORMLEY, Laurence, Current and Future Perspectives on EC Competition Law, European Monographs, 1997, s. 127-137.
- REYNOLDS, Richard M., SICILIAN, James and WELLMAN, Philip S., The Extraterritorial Application of the US Antitrust Laws to Criminal Conspiracies, ECLR, 3, 1998, s. 151-155.
- RIDYARD, Derek, An Economic Perspective on the EC Merger Regulation, ECLR, 6, 1990, s. 247-254.
- RITTER, Lennart - BRAUN, W. David - RAWLINSON, Francis, EEC Competition Law a Practitioner's Guide, Boston 1991.
- RODIÉRE, René, "The Prohibition Against Restraints of Competition Contained in Article 85, Paragraph 1 of the European Economic Community Treaty and Its Consequences in Civil Law (Article 85, Paragraph 2)", in Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraint of Competition, June 1960, Vol: 1, Karlsruhe 1961, s. 273-284.
- RODGER, J. Barry, MACCULLOCH, Angus, Competition Law and Policy in the EC and UK, London 1999.
- RODRIGUEZ, Armando E. and COATE, Malcolm B., Competition Policy in Transition Economies: The Role of Competition Advocacy, BJIL, Vol: XXIII: 2, 1997, s. 367-401.

- ROTH, Wolf-Henning, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku", (Çev. Fazıl SAĞLAM), Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri, TEB A.Ş. - İTÜ, İstanbul 1990, s. 155-173.
- RUTTLEY, Philip, EC Competition Law in Cyberspace: An Overview of Recent Developments, ECLR, 4, 1998, s. 186-203.
- SAMUELSON, Paul A., NORDHAUS, William D., Economics, McGraw-Hill, 1995.
- SAUTER, Wolf, Competition Law and Industrial Policies in the EU, Oxford 1997.
- SCHRICKER, Gerhard, "International Aspects of the Law of Unfair Competition", in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 129-137.
- SCHROTER, Helmuth, Vertical Restrictions under Article 85 EC: Towards a Moderate Reform of Current Competition Policy, in GORMLEY, Laurence, Current and Future Perspectives on EC Competition Law, European Monographs, Kluwer 14, 1997, s. 15-30.
- SCHROEDER, Dirk, The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds, ECLR, 7, 1997, s. 430-434.
- SCHWARTZ, Andreas B., Borçlar Hukuku, Cilt: 1, (Çev. Bülent DAVRAN), İstanbul 1948.
- SCHWARTZ, Louis B., "Parallel Action in Oligopolistic Markets", Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition, June 1960, Karlsruhe 1961, s. 433-449.
- SCHWARTZ, Ivo, "Avrupa Topluluğu Hukukuna Uyumda Genel Sorunlar", Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri, İstanbul 1990, s. 701-726.
- SCHWARTZ, Ivo E., "Applicability of National Law on Restraints of Competition to International Restraints of Competition", Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition, June 1960, Vol: II, Karlsruhe 1961, s. 701-726.
- SENYÜCEL, Orçun, AKTAŞ, Cihan, "İlgili Pazar Kavramı", Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 37-54.
- SEYİDOĞLU, Halil, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara 1992.

- SLOT, Piet-Jan, "Competition and Public Service Obligations: The Example of the Energy Sector", in Current and Future Perspectives on EC Competition Law, Kluwer 14, European Monographs 1997, Ch. III.
- SMITH, Agustus H., Economics For Our Times, McGraw-Hill 1963.
- SOYER, Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.
- STEENBERGEN, Jacques, "Damping Kavramı ve Anti-Damping Uygulamaları", Damping Anti-Damping ve Telafi Edici Vergi Uygulamaları, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 25 Mayıs 1992, s. 8-33.
- STEINER; Josephine, Textbook on EEC Law, London 1990.
- STOCKING, George W., Workable Competition and Antitrust Policy, Nashville 1961.
- STOCKMAN, Kurt, "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması", (Çev. Meneviş ÖĞÜT), in Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet Boyutu, Yayına Hazırlayan: Hüsnü ERKAN, İzmir 1992, s. 17-25.
- STRANGE, Susan, Who are EU? Ambiguities in the Concept of Competitiveness, JCMS, Vol. 36, No. 1, 1998, s. 101-113.
- SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Eleştirileri, Üçüncü Cilt, İstanbul 1971.
- ŞAHİN, Hüseyin, İktisat İlkelerine Genel Bakış, Bursa 1997.
- TAHİROĞLU, Bülent, Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri, İHFM, S. 1-4, C. XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul 1982, s. 677-706.
- TARHANLI, İftar B., A Tool to Enforce Social and Economic Policy in the United States of America: Government Contracts, MHB, Sayı: 1, Yıl: 8, 1988.
- TAŞPINAR, Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 533-572.
- TEKİL, Fahiman, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981.
- TEKİNALP, Gülören, "Uyumlu Eylemler" Kavramı, Hayri DOMANIÇ'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s. 201-207.
- TEKİNALP/TEKİNALP, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 55-66.

- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- THIER, Sarah M., An Analysis of Tying Arrangements in Franchising Contracts, JCL, Vol. 23 Issue 3, 1998, s. 563-581.
- TIMBERLAKE, E. Compton, Federal Treble Damage Antitrust Actions, Collaghan & Company, 1965.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997.
- TOLUNER, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri - Devletin Yetkisi, İstanbul 1989.
- TOPÇUOĞLU, Metin, Çevre Hakkı ve Yargı, Özel Teşebbüs Hürriyeti Açısından Çevre Hakkı ve Yargısal Korunma, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara 1998.
- TORREMANS, Paul, Extraterritorial Application of EC and US Competition Law, ELR, 21, 1996, s. 280-293.
- TÖRE, Nahit, "Rekabet ve Piyasalar", Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara 1998, s.33-48.
- TRUJILLO, Timothy J, Predatory Pricing Standards Under Recent Supreme Court Decisions And Their Failure To Recognize Strategic Behavior As A Barrier To Entry, JCL, Vol. 19 I: 4, 1994, s. 809-833.
- Von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, İstanbul 1952.
- TULLOCH, Alastair, European Community Joint Ventures and EC Competition Law, ICCLR, 10, 1991, s. 328-333.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Cilt: I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- TÜRK, Hikmet Sami, "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", BATİDER, 1985, C.XII, S.2, s. 26-36.
- TÜRKKAN, Erdal, Ekonomi ve Demokrasi, Ankara 1996.
- UMAR, Bilge, YILMAZ, Ejder, İspat Yükü, İstanbul 1980.
- ULLOA, Gonzalo de, Licensing Contracts and Territoriality Clauses: Parallel Imports, ECLR, 6, 1991, s. 220-230.
- ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul 1984.

- ULUSOY, Ali, "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 3-13.
- UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C: I, Ankara 1990.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 1992.
- WALLER, Spencer Weber, Comparative Competition Law as a Form of Empiricism, BJIL, Vol: XXIII: 2, 1997, s. 455-464.
- WALZ, Robert, Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law, ELR, 21, 1996, s. 449-464.
- WEATHERILL, Stephen, Law and Integration in the European Union, Clarendon Law Series 1996.
- WESSELING, Rein, Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda, ELR, Vol: 22, 1997, s. 35-54.
- WHISH, Richard, Competition Law, London 1993.
- WILLIMSKY, Sonya Margaret, "The Concept(s) of Competition", Analysis Section, ECLR, (1997), 1, s. 54-57.
- WYATT, Derrick and DASHWOOD, Alan, European Community Law, London 1993.
- VAN DEN BOSSCHE, A. M., The International Dimension of EC Competition Law: The Case of the Europe Agreement, ECLR, 1, 1997, s. 24-37.
- VANDER SCHUEREN, P., New Anti-Dumping Rules and Practice: Wide Discretion Held on a Tight Leash? CMLR, 33, 1996.
- VAN GERVEN, Gerwin and NAVARRO VARONA, Edurne, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, CMLR, 31, 1994, s. 575-608.
- VAUGHAN, David, Law of the European Communities, Vol: 2, London 1986.
- VELTROP, James D., Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law, CMLR, 31, 1994, s. 549-573.
- VESTERDORF, Bo, Complaints Concerning Infringements of Competition Law within the Context of European Community Law, CMLR, 31, 1994, s. 77-104.
- YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996.
- Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu Rekabet Hukuku ve Politikası, DPT, Ankara 1994.

YILDIRIM, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

YILMAZ, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 79-102.

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılama Hukuku, İstanbul 1996.

ZERRILLO, Philip C., Vertical Territory and Customer Resale Restrictions: A New Rule of Reason Approach, JCL, Vol. 22 I: 4, 1997, s. 705-722.

ZEVKLİLER, Aydın, AYDOĞDU, Murat, PETEK, Hasan, Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1998.