

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 10 Sayı/Number: 3 Temmuz/July 2009

- ◆ **Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi**
Av. Ece Fatma ASLAN
- ◆ **The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice**
Bahadır BALKI
- ◆ **Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları**
Ahmet Fatih ÖZKAN
- ◆ **Rekabet Kurulu Nihai Karar Özetleri**
- ◆ **Kesinleşmiş Danıştay Kararları Listesi**

10. YIL
10th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 10

Sayı/Number: 3

Temmuz/July 2009

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Fevzi ÖZKAN
H. Erkan YARDIMCI
Ali DEMİRÖZ
S. Barış ÖZER
Serdar YARAR
Dr. Murat Şahin ÖCAL
Akın ŞİMŞEK
Tarkan ERDOĞAN
Haluk ARI

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER
EDITORS

H. Gökşin KEKEVİ
Orçun SENYÜCEL

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Özlem ÖZELTÜRKAY

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Bilkent Plaza B3 Blok 06800 Bilkent/Ankara

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 2914444 - (90) 312 2667911

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web adresi / Web address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 10

Sayı/Number: 3

Temmuz/July 2009

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- 1** **EDİTÖRDEN / FROM THE EDITOR**
- 5** **MAKALELER / ARTICLES**
- 7** **Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi / Information Exchange in Competition Law Practice**
Av. Ece Fatma ASLAN
- 67** **The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of The European Court of Justice / Türk Rekabet Kanunu'ndaki Uyumlu Eylem Karinesinin ve Kullanımının Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi**
Bahadır BALKI
- 115** **Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları / Distortion of Competition by Public Undertakings and Public Authorities under Turkish Competition Law**
Ahmet Fatih ÖZKAN

- 211 REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ / THE
SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS**
(01.04.2009-30.06.2009)
- 235 KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ / THE
LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS**
(01.04.2009-30.06.2009)
- 241 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS**

EDİTÖRDEN*FROM THE EDITOR*

Kıymetli okuyucularımız;

Rekabet Dergisi'nin bu sayısında, ele aldığı konuları ayrıntılı şekilde inceleyen üç uzun makaleye yer verilmiştir. Bu makalelerin tamamının Rekabet Kurumu dışındaki araştırmacılar tarafından hazırlanmış olması, Dergimizin daha geniş bir kesim tarafından takip edilmeye başlandığının işareti olarak yorumlanabilir.

Ece Fatma ASLAN'ın "*Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi*" başlıklı makalesinde, ABD ve AB'deki uygulamaların yanı sıra, Almanya, Fransa ve İngiltere gibi örneklerden hareketle, rakip teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminin rekabet hukukundaki yeri incelenmiştir. Rekabet otoritelerinin bu konuyu *per se* kuralını kullanarak değil, *rule of reason* analizi çerçevesinde irdelediklerini ileri süren yazar, "bilgi değişiminin fiilen rekabeti sınırladığı ispat edilmeksizin ilgili teşebbüslere para cezası verilmemesi" gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Bahadır BALKI tarafından hazırlanan "*The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice (Türk Rekabet Kanunu'ndaki Uyumlu Eylem Karinesinin ve Kullanımının Avrupa Topuluğu Adalet Divanı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi)*" başlıklı ikinci çalışmada ise, çok tartışmalı bir konu olan Rekabet Kurulu'nun uyumlu eyleme yaklaşımı, ATAD kararları çerçevesinde ele alınmıştır. Özellikle *Maya III* kararı çerçevesinde konuya yaklaşan yazar, gerek Rekabet Kurulu'nun gerek Danıştay'ın uyumlu eylem karinesine yaklaşımını eleştirel bir şekilde inceleyip, gizli kartellere karşı çok önemli bir silah olduğunu iddia ettiği uyumlu eylem karinesinin kullanılmasında detaylı pazar incelemesinin zorunluluğunu ileri sürmüştür.

Son makale ise, Ahmet Fatih ÖZKAN'ın "*Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları*" başlıklı çalışmasıdır. Yazar, öncelikle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesindeki teşebbüs tanımına yer vererek, özel veya kamu teşebbüsü ayrımı yapılmadığını, dolayısıyla kamu teşebbüslerinin de rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını belirtmektedir. Ardından, Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüslerine yönelik şikâyetlerin büyük çoğunluğunda önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verdiğini belirterek, bu kararların daha önceki kararlarla çelişkili olduğunu iddia

etmekte ve içtihat oluşturulabilmesini teminen daha tutarlı yaklaşımların sergilenmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Dergimizin bu sayısının da ilgililer için önemli bir başvuru kaynağı olması dileğiyle...

EDİTÖRDEN

FROM THE EDITOR

Our distinguished readers,

This issue of the Competition Journal includes three long articles, each of which analyzes its topic in detail. All of those articles are written by researchers outside the Competition Authority, which may imply that our Journal is attracting wider audience.

The article of Ece Fatma ASLAN, entitled “*Information Exchange in Competition Law Practice*” examines the place of information exchange among competing undertakings by giving examples from the practices in the US and EU, as well as Germany, France and the United Kingdom. Arguing that competition authorities analyze information exchange by *rule of reason* instead of *per se* rule, the author concludes that “participating undertakings should not be imposed administrative fines without proving that information exchange actually restricts competition”.

The second article by Bahadır BALIKI entitled “*The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice*” deals with the approach of the Competition Board related to concerted practice, a very controversial issue, within the framework of the decisions of the ECJ. The author approaches the issue within the frame of *Yeast III* decision in particular and examines the approach of the Competition Board and Council of State in a critical way. The author also argues that investigation of market conditions in detail is necessary for the utilization of the presumption of concerted practice, which he regards as a remarkable weapon against secret cartels.

The last article is the study by Ahmet Fatih ÖZKAN entitled “*Distortion of Competition by Public Undertakings and Public Authorities under Turkish Competition Law*”. Mentioning the definition of undertaking in Article 3 of the Act on the Protection of Competition No: 4054, the author firstly points out that there is not a distinction between public undertakings and private undertakings; therefore, public undertakings are subject to the rules of the competition law. Stating that the Competition Board has taken decisions that it is not necessary to launch a preliminary inquiry or an investigation with respect to most of the complaints against public undertakings, the author argues that those decisions are

contradictory to previous decisions and concludes that approaches should be consistent in order to create a case law.

Wishing that this issue of our Journal would serve as a valuable resource for the interested readers...

MAKALELER
ARTICLES

REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA BİLGİ DEĞİŞİMİ INFORMATION EXCHANGE IN COMPETITION LAW PRACTICE

Av. Ece Fatma ASLAN*

Öz

Çalışmamız neticesinde, rekabet otoritelerinin bilgi paylaşımını per se yasak olarak değerlendirmedikleri sonucuna ulaşmıştır. Uygulamada bilgi değişimi eylemi değerlendirilirken ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bunlardan ilki bilgi değişiminin per se yasak ihlaller veya karteller için zemin hazırlayan kolaylaştırıcı eylem niteliğinde olmasıdır. Bu durumda paylaşım rekabet otoritelerince yasaklanabilecek ve ilgili teşebbüslere para cezası verilebilecektir.

İkincisi ise sadece bilgi değişiminin mevcut olmasıdır. Bir başka ifade ile bilgi paylaşımının kolaylaştırıcı eylem niteliğinde olmadığı durumlar ayrıca incelenmektedir. Rekabet Otoritelerinin uygulaması ışığında, paylaşımın per se bir ihlalin kolaylaştırıcı eylemi niteliğinde olmadığı hallerde, bilgi değişiminin rule of reason analizine tabi tutulması gerektiği ifade edilebilir. Bu çerçevede fiili veya potansiyel bir rekabet ihlali olup olmadığı değerlendirilir. Analiz neticesinde ihlal sonucuna ulaşırsa bilgi değişiminin yasaklanması veya değişime koşullu izin verilmesi söz konusu olabilecektir.

Çalışmamızda detaylı bir şekilde görüleceği üzere, irtibat nedeniyle pazarda normalde mevcut bulunmayan koşullar ortaya çıkmışsa, pazar koşulları elverişliyse ve değiştirilen bilgi niteliği gereği rekabete hassas ise paylaşımın rekabeti sınırlama potansiyeline sahip olduğu rahatlıkla belirtilebilir. İrtibat nedeniyle pazarda normalde mevcut bulunmayan koşulların ortaya çıkıp çıkmadığı belirlenirken, değişimin olmadığı durum ile mevcut durumun karşılaştırılması gerekir. Ayrıca yüksek derecede yoğunlaşmış oligopol pazarlarda bilgi paylaşımının rekabeti sınırlandırmaya daha elverişli olduğu ifade edilebilir.

Anahtar Kelimeler: Bilgi değişimi, bilgi paylaşımı, rekabete hassas bilgi, kolaylaştırıcı eylem, oligopol pazar.

* Aslan Hukuk Bürosu, Av. Ece Fatma Aslan. İletişim için; ece.aslan@yilmazaslan.av.tr . Bu makalede yer verilen görüşler yazara ait olup Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmamaktadır.

Abstract

In accordance with our research, we reached to the conclusion that competition authorities do not evaluate information sharing as per se illegal. It is understood that there is a dual distinction in the assessment of information exchange systems in practice. Initially, sharing of information can be in the form of a facilitating practice which enables to carry out a per se illegal infringement and/ or a cartel. In a situation like this, the exchange may be banned and administrative fines may be given to the participating undertakings by the competition authorities.

Secondly, the action which is considered as illegal may only be information sharing on it's own. That is to say, an information exchange behavior which is not considered as a facilitating practice would be evaluated differently. Within the framework of competition authorities practice, it can be mentioned that information exchanges which are not in the context of facilitating practices, should be analyzed by rule of reason doctrine. Actual or potential competition infringements would be assessed in this context.

As the details will be seen in our study, market conditions should be observed to determine whether an information exchange distorts competition or not. If other adverse conditions regarding competition arose other than the normal conditions in the market, than the exchange may be determined as an infringement. Besides, information sharing in a highly concentrated oligopolistic market is more likely to restrict competition. Finally, if the market conditions are available and the information has a commercially sensitive nature it can be easily emphasized that information sharing has a potential to restrict competition.

Keywords: *Information exchange, information sharing, commercially sensitive information, facilitating practice, oligopolistic market.*

GİRİŞ

Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi isimli çalışmamız ile adı geçen eylemin uygulama mercileri tarafından ne şekilde sınıflandırıldığı ve değerlendirildiği ortaya koyularak konun teorik çerçevesi ana hatları ile çizilmeye çalışılmaktadır. Araştırma, somut olaylarla zenginleştirilerek okuyucular açısından anlayış kolaylığı yaratılmak istenmektedir. Ayrıca çalışmada detaylı karar incelenmeleri yapılarak uygulamacıların benzer durumlarla karşılaştıklarında önlerindeki olay ile örnek kararı karşılaştırmalarının kolaylaştırılması hedeflenmektedir.

Çalışmamızda konuyla ilgili teorik tartışmalardan özellikle uzak durulmuş bunun yerine uygulamada kolaylık sağlayacak konulara temas edilerek ortaya çıkması hedeflenen pratik fayda gözetilmiştir. Araştırmalarımız ile hedeflenen emsal kararlar ışığında rekabet hukukunda bilgi paylaşımına güncel yaklaşımın ne olduğunu ortaya koyabilmektir.

Makalemizin ilerleyen bölümlerinde bilgi değişiminin Rekabet Hukuku'nda nasıl konumlandırıldığı, hangi koşullarda rekabeti sınırlandırma riski taşıdığı, bilginin hangi durumlarda rekabete hassas sayılacağı örnekler ile ortaya koyulacaktır. Bu çerçevede öncelikle Amerika, Avrupa Birliği ve bazı Üye Devletler Rekabet Hukuku uygulamalarında yaşanan gelişmeler izah edilecek daha sonra Türkiye uygulaması ele alınacaktır. Çalışmamızın son bölümünde ise tüm bu farklı kararların ortak noktaları ele alınarak bilgi değişimi konusunda baskın uygulamanın ne olduğu ortaya koyulmaya çalışılacak, bundan sapan kararların eleştirilmesi ile çalışmamıza son verilecektir.

Nihayet, bilgi değişimi anlaşmalarının rekabeti sınırlandırması riski taşımaları halinde yapılacak muafiyet incelemelerinde göz önünde bulundurulacak etkinlik savunmaları konumuzun kapsamı dışında görülerek incelemelerimize dahil edilmemiştir.

1. AMERİKA

1.1. Bilgi Değişimi Per se Hukuka Aykırı mı?

1996 yılında Federal Ticaret Komisyonu (FTC) ve Adalet Bakanlığı (DoJ) tarafından yayınlanmış olan Sağlık Hizmetleri Rehberi, sağlık sektöründe çalışan işçilerin ücret bilgilerinin değişimi ile ilgili olarak güvenli bölge getirmiştir. 2000 yılının Nisan ayında DoJ ve FTC tarafından birlikte yayınlanmış olan rakipler arasındaki işbirlikleri hakkında rehberde göre bir anlaşmanın güvenli bölge kapsamında olmaması, ilgili anlaşmanın otomatik olarak rekabete aykırı olacağı anlamına gelmemektedir. Bilakis bu nitelikli birçok anlaşmanın rekabeti artırıcı etkileri olabilir. İşbirliği Rehberi uyarınca güvenli bölgelerin dışında kalan anlaşmalar değerlendirilirken *rule of reason* analizi kurallarının uygulanması gerekir¹. Bu durum Amerikan hukuk sisteminde bilgi değişimi anlaşmalarının *per se* olarak değerlendirilmediğinin ve *rule of reason* analizi çerçevesinde değerlendirildiğinin göstergesidir. Nitekim doktrinde farklı yazarlar da bilgi değişiminin *rule of reason* çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda hem fikirdir². İlerleyen bölümlerde detaylı bir şekilde inceleneceği üzere, bilgi

1 FTC& US DoJ (2000), Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.

2 OVERGAARD P.B. (2003), "Market Transparency, Information Exchange and Competition", Helsinki, s.20.

değişimi eyleminin *per se* kapsamında mı yoksa *rule of reason* analizi çerçevesinde mi değerlendirilmesi gerektiği 2000’li yılların başından beri Fransa’da da tartışıla gelmiş ve Amerika ile aynı sonuca ulaşılmıştır.

1.2. Rule of Reason Analizi

Rakipler arasındaki işbirlikleri hakkında rehberde göre Yüksek Mahkeme tarafından rakipler arasındaki bir anlaşmanın hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilirken iki çeşit analiz kullanılmaktadır, *per se* ve *rule of reason*. Rehberde göre belirli tip anlaşmaların rekabete zarar verme ihtimali çok yüksektir ve böyle anlaşmaların önemli derecede rekabeti arttırıcı etkileri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu nitelikli anlaşmaların rekabete olası etkilerinin değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Söz konusu anlaşmalar, belirlendikleri takdirde, mutlak olarak hukuka aykırı sayılmaktadırlar. *Per se* çerçevesi dışında kalan diğer tüm anlaşmaların ise *rule of reason* kapsamında değerlendirilmeleri gerekmektedir. Bu durumda bir anlaşmanın tüm farazi rekabetçi etkileri araştırılacaktır.

Rehber’e göre fiyatları arttıran veya arzı kısıyan tüm anlaşmalar hemen her zaman *per se* yasaktır. Tipik olarak fiyatlarda veya çıktılarda rekabet etmeme anlaşmalarıdır. *Per se* yasak sayılan anlaşmalara, rakipler arasında fiyatları veya çıktıları belirleyen, ihaleye fesat karıştıran, müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri veya ticaret hatlarını bölüşmek sureti ile pazarları paylaşan, anlaşmalar da dahildir. Bu tip anlaşmalar, ticari amaçlarına, rekabete aykırı etkilerine, rekabeti arttıran faydalarına veya genel rekabetçi etkilerine bakılmaksızın yasak sayılırlar.

Per se yasak kapsamında olmayan anlaşmalar ise genel rekabetçi etkilerinin ne yönde olduğunun anlaşılabilmesi için *rule of reason* çerçevesinde analiz edilir. *Rule of reason* analizi ilgili anlaşmanın yapılmamış olduğu farazi durumda rekabetin ne durumda olacağına odaklanır. Merkez soru ilgili anlaşmanın rekabete zarar verme ihtimalinin olup olmadığıdır. Bu çerçevede anlaşmanın yapılmamış olduğu farazi durumla karşılaştırıldığında mevcut durumda anlaşma nedeni ile fiyatların artması, arzın, kalitenin, hizmetin veya yeniliklerin azalması imkanının veya motivasyonun artmış olup olmadığı araştırılır.

“Açıklıkla görüldüğü üzere, bilgi değişimi anlaşmalarının rekabete olan etkilerinin değerlendirilmesinde ‘per se’ benzeri yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Bu neviden anlaşmalara karşı piyasanın özelliklerini, anlaşmanın kapsamını ve amacını dikkate alan meseleci bir yaklaşım daha uygun gözükmektedir.” SANLI K.C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara, dn: 280, s. 198.

Rule of reason analizine öncelikle anlaşmanın doğası incelenerek başlanır. Bu inceleme çerçevesinde anlaşmanın ticari amacı ve anlaşma yürürlükte ise hali hazırda rekabete aykırı bir etkisinin olup olmadığı değerlendirilir. Eğer anlaşmanın doğasının incelenmesi neticesinde rekabet endişeleri doğurabileceği sonucuna ulaşırsa anlaşmanın daha derin bir şekilde incelenmesi gerekir. Bu çerçevede öncelikle anlaşmanın pazar gücü veya böyle bir gücün kullanılması sonucu doğurup doğurmayacağını belirlemek amacı ile pazarlar tanımlanır, pazar payları ve yoğunlaşma oranı hesaplanır. Daha sonra ilgili tarafların bağımsız bir şekilde rekabet etme imkanlarının ve motivasyonlarının olup olmadığı araştırılır (bu çerçevede anlaşmanın münhasır olup olmaması ve süresi önemli olabilir). Ayrıca rekabete aykırı etkileri ortadan kaldıracak veya caydırabilecek zamanlı, olası ve yeterli yeni girişlerin olup olmadığı gibi pazardaki diğer şartların da göz önünde bulundurulması gerekir.

Eğer söz konusu unsurların değerlendirilmesi rekabete aykırı zararların ortaya çıkma potansiyeli olmadığına işaret ediyor ise ayrıca anlaşmanın rekabeti arttırıcı etkilerinin değerlendirilmesine gerek yoktur. Eğer araştırma rekabete aykırı zararlara işaret ediyor ise ilgili anlaşmanın bu zararları dengeleyecek rekabeti arttırıcı yararların elde edilmesi için makul olarak gerekli olup olmadığına bakılır.

Anlaşmanın doğasının, ticari amacının, pazarda işleyişinin ve anlaşmadan doğan olası rekabet endişelerinin değerlendirilmesinde şu hususlar dikkate alınır. Anlaşmanın tarafların bağımsız ticari karar alma kabiliyetini sınırlandırıp sınırlandırmadığı. Tarafların ortak kontrolüne veya üretimde, önemli mal varlıklarında, fiyata, çıktılara veya diğer rekabete hassas değişkenlere ilişkin kararlarında, finansal çıkarlarının birleşmesine neden olup olmadığı. Anlaşmanın pazar gücü yaratıp yaratmadığı. Rehberine göre, anlaşmanın ticari amacı değerlendirilirken aynı zamanda tarafların niyetinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Mevcut durumda anlaşmanın rekabete aykırı zararlara neden olup olmadığı. Amerika'da pazar gücünün yanı sıra değiştirilen bilginin doğası da analizlerde dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede bilgi değişiminin zamanlaması, bilginin ne kadar güncel olduğu, bilginin genel kamuya açık olup olmadığı, bilginin ne derecede spesifik olduğu ve bilgi değişiminin amacı gibi unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır³.

Rehbere göre değerlendirme yapılırken yukarıda sayılan hususların yanında anlaşmadan etkilenen ilgili pazarların, pazar paylarının ve yoğunlaşma oranının da dikkate alınması gerekir.

³ Todd v. Exxon Corp., 275 F.3d 191 (2nd Cir. 2001)

Rule of reason analizinde tarafların rekabet etme imkanına ve motivasyonuna etki eden diğer unsurların da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu unsurlar, anlaşma münhasır olup olmadığı, tarafların işbirliğinin mevcut olduğu pazarda birbirlerinden bağımsız rekabet etme kabiliyetlerinin olup olmadığıdır. Ayrıca tarafların rekabet etmek için gerekli mal varlıklarının kontrolüne bağımsız şekilde sahip olup olmadıkları ve tarafların işbirliğindeki veya birbirlerindeki finansal çıkarlarının boyutu bu çerçevede ele alınır. Bu kapsamda, tarafların birbirlerinin karar alma sürecinde kontrolü olup olmadığı, birbirlerinden bağımsız karar alıp alamadıkları, birbirlerinin yönetim kurullarına üye atama imkanlarının bulunup bulunmadığı da değerlendirilir. Nihayet anlaşmanın veya işbirliğinin süresinin de dikkate alınması gerekir.

Analizde sayılan hususların dışında işbirliğinin piyasaya giriş engeli oluşturup oluşturmadığının ve rekabeti arttıran yararlarının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Rehberde göre etkinliklerin daha az kısıtlayıcı bir yöntemle ortaya çıkamıyor ve rekabete aykırı bir eylemden kaynaklanmıyor olması gerekir. Ayrıca işbirliğinin makul olarak gerekli olması ve etkinliklerin elde edilebilmesi için daha az sınırlayıcı alternatifin mevcut olmaması gerekir. Rehber uyarınca ilgili değerlendirme yapılırken sadece ticari hayatın pratiğine uygun alternatifler göz önünde bulundurulmalı, gerçekçi olmayan teorik daha az kısıtlayıcı alternatiflerin neler olabileceği değerlendirmeye alınmamalıdır.

Rehberde göre analiz sona erdirilmeden önce anlaşmanın veya işbirliğinin genel rekabetçi etkilerinin de gözden geçirilmesi gerekir. Bu çerçevede anlaşmanın nihai ürün fiyatında düşüşe veya kalitede artışa neden olup olmadığı araştırılır. Anlaşma ile yeni ürünlerin pazara girmesi veya mevcut kapasitenin artması da söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde anlaşmanın rekabete etkisinin olumlu olduğu ifade edilebilir.

2. AVRUPA BİRLİĞİ

2.1. Deniz Taşımacılığı Hizmetlerine 81'inci Maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz

Bilindiği gibi 1 Temmuz 2008 tarihinde Komisyon 81'inci maddenin deniz taşımacılığı hizmetleri sektörüne uygulanması hakkında bir rehber yayınlamıştır⁴. 2006 yılında Konsey çıkarmış olduğu 1419/2006 sayılı Tüzük ile, 4056/86 sayılı gemi konferansları grup muafiyeti Tüzüğü'nü 18 Ekim 2008 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu tarihten itibaren gemi şirketleri tüm ticari faaliyetlerinin 81'inci maddeye uygun olup olmadığını değerlendirmek

⁴ European Commission (2008), Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to maritime transport services.

durumundadırlar. Komisyon 1 Temmuz 2008’de yayınlamış olduğu rehber ile gemi işletmecilerinin söz konusu değişikliğin ne şekilde uygulanacağını anlamalarına yardımcı olmayı hedeflemekte ve özellikle taşıyıcılar arasında bilgi değişimi hakkında detaylı açıklamalar getirmektedir.

Rehberin kamuoyuna açılması sürecinde gemicilik endüstrisi konferanslarının kaldırılması ertesi dönem için fiyatlarda ve kapasitelerde belirlilik sağlanması amacı ile bir bilgi değişimi projesi tasarlandığını ifade etmişlerdir. Rehber, söz konusu projenin hukuki açıdan değerlendirilmesi bakımından genel bir çerçeve getirmektedir⁵.

Her ne kadar söz konusu rehberin farklı sektörler bakımından uygulama kabiliyeti bulunmamakta ise de, özellikle bilgi değişimine ilişkin açıklamalar genel nitelikli olmaları bakımından yol gösterici olabilir. Rehber somut olaylara uyarlanabilecek genel analitik bir çerçeve getirmeyi amaçlamaktadır. Rehberdeki açıklamalar gerekçelere ve ilgili unsurlara ilişkin göstergeler sunmaktadır⁶.

Rehbere göre, bir bilgi değişimi sistemi hangi teşebbüslerin arasında bilgi değişeceği veya bilgilerin merkezileşmesi, bir araya getirilmesi ve işlenmesi ardından da katılımcılara belirlenmiş biçimde ve sıklıkta gönderilmesi temelinde bir düzenlemeyi gerektirmektedir⁷.

Rehberde, bir çok endüstride kümülatif istatistiklerin ve genel pazar bilgilerinin toplanması, değiştirilmesi ve yayınlanmasının ortak bir uygulama olduğu ifade edilmektedir. Yayınlanan bu bilgilerin pazardaki şeffaflığın ve tüketici bilgisinin artması bakımından olumlu olabileceği ayrıca bu durumun etkinlik artırıcı yönü bulunabileceği belirtilmektedir. Ancak rehberde, hassas ticari bilgilerin ve bireysel pazar verilerinin değiştirilmesi belirli şartlar altında 81’inci maddeyi ihlal edebilecektir⁸.

Rehberin bilgi değişimiyle ilgili bölümü dikkatli bir şekilde okunduğunda, Amerika’da FTC ve DoJ tarafından birlikte hazırlanmış olan Rakipler Arası İşbirlikleri Hakkında Rehber’de açıklanan *rule of reason* analizi yöntemiyle önemli ölçüde paralellik arz ettiği görülmektedir⁹. Ayrıca bilgi paylaşımına ilişkin rehberde sayılan prensipler ile Amerikan mahkeme kararlarında ortaya koyulmuş ilkelerin de örtüştüğü görülmektedir¹⁰. Bu çerçevede Komisyon’un da sadece bilgi

⁵ BERMIG C. ve RITTER C. (2008), “*The New Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to the maritime sector.*”, Competition Policy Newsletter (CPN) (2008), No:3, s. 25.

⁶ CPN (2008), No:3, s. 26.

⁷ Rehber, p. 38.

⁸ Rehber, p. 39.

⁹ FTC & US DoJ (2000), Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.

¹⁰ Todd v. Exxon Corp., 275 F. 3d 191 (2nd Cir. 2001)

değişimiyle ilgili eylemlerin *rule of reason* çerçevesinde değerlendirilmesi görüşünü benimsediği ifade edilebilir.

2.1.1. Genel Olarak

Topluluk rekabet hukuku bakımından bilgi değişimi sistemleri değerlendirilirken ikili ayrıma gidilmektedir¹¹. Bu çerçevede öncelikle bilgi değişiminin rekabete aykırı bir faaliyetin uygulanmasını kolaylaştırıcı bir eylem olup olmadığı incelenir. Rehberde bu ilk duruma örnek olarak kartel üyelerinin bilgi değişimi sayesinde anlaşmaya uyulup uyulmadığını izlemeleri gösterilmektedir. Bu durumda bilgi değişimi rekabete aykırı uygulamanın yanında tali olacak ve bilgi değişiminin değerlendirilmesi de rekabete aykırı söz konusu uygulamanın incelenmesi kapsamında ve bir bütün olarak gerçekleştirilecektir¹².

Rehberde göre bilgi değişiminin başlı başına etkileri nedeni ile ihlal potansiyelini taşıdığı hallerin ilk durumdan farklı olduğu belirtilmektedir. Buna, paylaşımın pazarın işleyişine ilişkin belirsizlikleri azalttığı veya ortadan kaldırdığı, bu nedenle teşebbüsler arasında rekabetin sınırlandığı haller örnek olarak gösterilmektedir. Rehberde göre, tüm ekonomik işletmeciler pazarda uygulamak istedikleri politikaları bağımsız bir şekilde belirlemelidirler. Bu nedenle teşebbüslerin diğer işletmeciler ile “amacı veya etkisi” rekabeti sınırlandırmak olan doğrudan veya dolaylı irtibat halinde olmaları engellenmelidir. Rehber, söz konusu değerlendirme yapılırken malların veya hizmetlerin niteliklerinin, teşebbüslerin büyüklüklerinin, sayılarının, pazar büyüklüğünün ve irtibat nedeni ile pazarda normalde mevcut bulunmayan koşulların ortaya çıkıp çıkmadığının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede rehber, kağıt hamuru pazarında üreticiler tarafından her üç ayda bir tek yanlı olarak fiyatların ilan edilmesinin, rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmadığını belirten Komisyon kararını hatırlatmaktadır. Söz konusu kararda üreticiler arasında herhangi bir uyumlu eylem bulunmaması da davranışın 81’inci maddeyi ihlal etmediği şekilde yorumlanmıştır¹³.

Rehberde Topluluk mahkemelerinin içtihatlarının bilgi değişiminin olası etkilerinin değerlendirilmesi açısından genel çerçeveyi oluşturduğu ifade

¹¹ VAN BAEL ve BELLIS (2005), Competition Law of the European Community, Kluwer Law International, Netherlands, s. 421, 422.

¹² Rehber, p. 42.

¹³ Rehber, p. 43. Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission, [1993], p. 59-65. İlgili karar hakkında detaylı açıklama için bkz. KEKEVİ H. G. (2003), Anlaşma Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 21, Ankara, s. 33 vd. WHISH R. (2005), Competition Law, Oxford University Press, New York, s. 494-495.

edilmektedir. Mahkeme kararları ile tam anlamıyla rekabetçi bir pazarda şeffaflığın sağlayıcılar arasındaki rekabeti şiddetlendireceği ortaya koyulmuştur. Ancak yine Mahkeme kararları uyarınca yüksek derecede yoğunlaşmış oligopol piyasalarda, diğer sağlayıcıları ve tüketicileri dışlayacak şekilde, önemli rakipler arasında, kısa aralıklarla, bireysel satışlara ilişkin hassas bilgilerin değişimi rekabeti önemli derecede zayıflatabilecektir. Rehber bu gibi durumlarda pazarın işleyişine ilişkin düzenli ve sık bilgi değişiminin, periyodik olarak tüm rakiplere çeşitli teşebbüslerin pazar pozisyonlarının ve stratejilerinin ifşa edilmesine neden olacağını belirtmektedir. Rehber’de ayrıca teşebbüslerin rakipleri ile daha önce yapmış oldukları tartışmaların baskısı nedeni ile karar alma bağımsızlıklarının azalması halinde bilgi paylaşımının, pazar yüksek derecede yoğunlaşmış olmasa dahi, rekabet kurallarını ihlal edebileceğini ortaya koyan bir mahkeme kararı olduğu belirtilmektedir¹⁴.

Rehber uyarınca bilgi paylaşımının fiili veya potansiyel etkilerinin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekir. Buna göre değerlendirmelerde her olaya özgü farklı unsurların göz önünde bulundurulması gerekir. Bu çerçevede değişimin gerçekleştiği pazarın yapısının ve değiştirilen bilginin niteliğinin Komisyon değerlendirmelerinde dikkate alınan kilit iki unsur olduğu belirtilmektedir¹⁵. Rehberde değerlendirme, bilgi değişiminin fiili ve potansiyel etkilerini dikkate almalıdır. Bu etkiler göz önünde bulundurulurken, bilgi değişiminin mevcut olmadığı durumda rekabetin ne olacağı ile değişimin mevcut olduğu durumun karşılaştırılması gerekmektedir. Rehber uyarınca bir bilgi değişiminin 81(1)’inci madde kapsamına girebilmesi için rekabet parametreleri üzerinde önemli derecede olumsuz etkilerinin bulunması gerekir¹⁶.

2.1.2. Pazar Yapısı

Rehberde göre yoğunlaşma seviyesinin, arz ve talebin yapısının paylaşımın 81(1)’inci madde kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde kilit rolü bulunmaktadır. Yoğunlaşma seviyesi özellikle oligopol pazarlar bakımından önemlidir, çünkü bu pazarlarda sınırlayıcı etkilerin ortaya çıkması ve sürdürülebilmesi daha az yoğunlaşmış pazarlara nazaran daha kolaydır. Rehber, yoğunlaşmış bir pazarda şeffaflığın artmasının firmaların birbirlerine olan bağımlılıklarını arttırabileceğini ve rekabetin şiddetini azaltabileceğini ifade

¹⁴ Rehber, p. 44.

¹⁵ Komisyon, bilgi değişiminin rekabeti sınırlandırma potansiyeli belirlenirken dikkate alınması gereken hususların değiştirilen bilginin niteliği ve ilgili pazarın yapısı olması gerektiğine ilişkin uygulama ilkesini ilk kez 1978 tarihli Rekabet Politikası Raporunda belirtmiştir. Bkz. KEKEVİ (2003), s. 34. Ayrıca bkz. JONES ve SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 903.

¹⁶ Rehber, p. 45.

etmektedir. Rehber uyarınca yoğunlaşma seviyesi dışında, arz ve talebin yapısı da önemlidir. Ayrıca rakip işletmecilerin sayısı, pazar payları arasındaki simetri ve istikrar, rakipler arasında yapısal bağların mevcudiyeti gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Rehber, Komisyon'un sayılanların dışında, ürünün homojen olup olmadığı ve pazardaki şeffaflığın bütünü gibi bazı diğer unsurları da değerlendirmelerinde dikkate almaktadır¹⁷.

2.1.3. Değiştirilen Bilginin Niteliği

Rehber uyarınca fiyat, kapasite, veya maliyet gibi rekabet parametreleriyle ilgili bilgilerin paylaşılması diğer bilgilere kıyasla 81(1)'inci madde kapsamında değerlendirilme bakımından daha risklidir. Buna göre bilginin ticari açıdan ne denli hassas olduğu aşağıdaki kriterler göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir¹⁸.

Halka Açık Olan- Olmayan Bilgi: Rehberde göre kural olarak halka açık bilgilerin paylaşılması 81(1)'inci maddenin ihlali anlamına gelmemektedir. Ancak, pazardaki şeffaflığın seviyesi yüksekse, paylaşım bilgiyi daha ulaşılabilir hale getiriyorsa ve değiştirilen bilgi, halka açık diğer bilgilerle birleştirilerek daha detaylı sonuçlara ulaşılabiliriyorsa, paylaşım rekabeti sınırlayıcı olabilecektir¹⁹.

Bireysel- Kümülatif Bilgi: Rehberde bireysel ve kümülatif veri ayrımına gidilmektedir. Buna göre, bireysel veri belirlenmiş veya belirlenebilir bir teşebbüs ile ilgilidir. Kümülatif veri ise yeterli sayıda bağımsız teşebbüsün verilerinin birleştirilmesi ile elde edilir. Veriler bu şekilde birleştirildiğinde, teşebbüslere ait bireysel verilerin belirlenmesi imkansız hale gelmelidir. Bireysel verilerin paylaşılması, kümülatif verilere nazaran 81(1)'inci madde kapsamına girme bakımından daha risklidir. Rehberde Komisyon'un bilgilerin birleştirilme seviyelerine ayrıca önem verdiği ifade edilmektedir. Rehberde göre veriler öyle bir birleştirilmelidir ki teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı biçimde rakiplerinin rekabetçi stratejilerini belirlemeleri mümkün olmamalıdır²⁰.

Bilginin Yaşı: Rehber uyarınca verinin yaşı ve ilgili olduğu periyod da önemlidir. Buna göre bir veri geçmişe ait, güncel veya geleceğe ilişkin olabilir. Rehberde geçmişe ait bilginin paylaşılmasının genellikle 81(1)'inci maddenin kapsamında değerlendirilmeyeceği, çünkü ilgili bilginin teşebbüsün gelecekteki davranışına gerçek bir etkisi olmayacağı belirtilmektedir. Rehber, Komisyon'un

¹⁷ Rehber, p. 47-49. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. VAN BAEL ve BELLIS (2005), s. 422-424. Ayrıca bkz. WHISH (2005), s. 487, 491.

¹⁸ Rehber, p. 50. Konuyla ilgili bilgi için bkz. JONES ve SUFRIN (2008), s. 903, 904. Ayrıca bkz. VAN BAEL ve BELLIS (2005), s. 424- 430 ve WHISH (2005), s. 487, 492.

¹⁹ Rehber, p. 51.

²⁰ Rehber, p. 52.

eski kararlarında bir yıldan daha yaşlı olan bilgilerin geçmişe ait sayılacağı, bir yıldan daha yeni bilgilerin ise güncel sayılacağını belirttiğini, ancak bilginin geçmişe ait mi yoksa güncel mi sayılacağını biraz daha esnek bir çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Rehberde söz konusu değerlendirme yapılırken ilgili pazarda hangi verilerin eski sayıldığı dikkate alınmalıdır. Buna göre veri kümülatif ise, bireysel veriye nazaran daha kısa süreden sonra geçmişe ilişkin sayılacaktır. Ayrıca güncel miktar ve kapasite verilerinin değiştirilmesi de, eğer söz konusu bilgi bireysel işlemlerin doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmesine engel olacak seviyede birleştirilmiş ise, rekabeti sınırlayıcı sayılmayacaktır. Rehberde geleceğe ilişkin veri, bir teşebbüsün pazarın ne şekilde gelişeceğine veya pazarda izlemeyi istediği stratejiye ilişkin bilgi olarak tanımlanmaktadır. Rehberde geleceğe ilişkin bilgi paylaşımı, özellikle bilginin fiyata veya çıktılara ilişkin olması halinde, problem teşkil edebilecektir. Çünkü bu durum bir teşebbüsün pazarda izlemeyi düşündüğü ticari stratejinin ifşa olmasına neden olabilecektir ve bu nedenle taraflar arasındaki rekabetçi ilişki azalabilecek ve rekabet sınırlanabilecektir²¹.

Değişimin sıklığı: Rehber uyarınca bilgi paylaşımının değerlendirilmesinde değişim sıklığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre, bilginin değişim sıklığı arttıkça rakipler daha hızlı davranabileceklerdir. Ayrıca bu durum misillemeye ve pazarda rekabetçi davranma güdüsünün azalmasına neden olabilecektir²².

Verinin ne şekilde yayıldığı: Rehberde geleceğe ilişkin veri, bir teşebbüsün pazarın ne şekilde gelişeceğine veya pazarda izlemeyi istediği stratejiye ilişkin bilgi olarak tanımlanmaktadır. Rehberde geleceğe ilişkin bilgi paylaşımı, özellikle bilginin fiyata veya çıktılara ilişkin olması halinde, problem teşkil edebilecektir. Çünkü bu durum bir teşebbüsün pazarda izlemeyi düşündüğü ticari stratejinin ifşa olmasına neden olabilecektir ve bu nedenle taraflar arasındaki rekabetçi ilişki azalabilecek ve rekabet sınırlanabilecektir²³.

Etkinlikler: Rehberde bilgi değişiminin aynı zamanda bazı etkinlikler yaratabileceği ifade edilmektedir²⁴. Buna göre, bilgi değişimi yatırımların daha iyi

²¹ Rehber, p. 54.

²² Rehber, p. 55.

²³ Rehber, p. 56.

²⁴ Komisyon bilgi değişimi anlaşmalarının faydalı neticelerinin olabileceğini ilk kez 1968 tarihli İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Bildirimi'nde kabul etmiştir. Söz konusu Bildirim'de faydalı ve 81(1)'inci maddeyi ihlal etmeyen çeşitli tiplerdeki anlaşmalar tarif edilmektedir. Listeye göre, sadece fikir veya deneyim paylaşmayı, ortak pazar araştırması yapmayı, şirketler veya endüstriler hakkında karşılaştırmalı çalışmalar yapmayı, ortak istatistik ve hesaplama yöntemi hazırlamayı hedefleyen anlaşmalar 81(1)'inci maddeyi ihlal etmeyeceklerdir. Esasen sayılan anlaşmalar açıkça bilgi paylaşımı içerdikleri halde Komisyon ilgili teşebbüsler gelecekteki pazar davranışlarını bağımsız bir şekilde belirleyebildikleri müddetçe bunlara karşı çıkmamaktadır.

planlanmasını veya kapasitenin daha etkin kullanılmasını sağlayabilir. Ancak rehber uyarınca söz konusu etkinliklerin doğrulanması, müşterilere aktarılması ve 81(3)'üncü madde çerçevesinde rekabete aykırı etkilerinin dengelenmesi gerekir²⁵. Rehberde, bir ticaret birliğinin düzenli ve sık aralıklarla fiyata, çıktılara, kapasiteye ve yatırımlara ilişkin veri topladığı ve bu veriyi üyelerine dağıttığı bir kurguda, paylaşımın hatalı beklentiler nedeni ile fazla kapasite oluşmasını engelleyebileceği ve teşebbüslerin kendi ticari stratejilerini belirlemelerini kolaylaştırabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca rehberde göre tam rekabet teorisi, mükemmel bir bilgi serbestisi olduğu varsayımına dayanmaktadır. Buna göre, bir çok alıcının ve satıcının olduğu bir pazarın şeffaf olması olumludur. Böyle bir durumda tüketiciler de bilgiye eksiksiz biçimde ulaşabilecekler ve kendilerine sunulan mal veya hizmetlerden hangilerinin beklentilerini daha iyi karşılayacaklarını bilebileceklerdir. Bu sayede rekabet ençoklaşacaktır. Sonuç olarak rehberde fikirlerin veya deneyimlerin paylaşılmasının rekabete zarar vermeyeceği bilakis faydalı olabileceği ifade edilmektedir²⁶.

2.2. Bilgi Değişimine İlişkin AB Kararları

2.2.1. AB Komisyonu'nun Kartel Kararları

Sodium Chlorate (SC) cartel kararı²⁷ ile Komisyon 11 Haziran 2008 tarihinde SC sektöründe faaliyet göstermekte olan bazı firmalara toplamda 79 milyon euro para cezası verilmesine karar vermiştir. Kartel üyeleri ilgili ürün pazarını stabilize etmek amacı ile SC ürününün satış miktarlarını aralarında paylaşmışlar, müşterilerine uyguladıkları fiyat politikasını koordine etmişler ve bu sayede kendi kar marjlarını maksimize etmişlerdir. Anlaşma taraflarının kartele uyum gösterip göstermediklerini izlemek amacı ile karşılıklı toplantılar ve telefon görüşmeleri gerçekleştirilmiş ve söz konusu görüşmelerde müşteriler ile yapılan sözleşmelerin şartları (müşteri ile ne kadar miktar ürün için hangi fiyattan anlaşıldığı) gibi ticari açıdan hassas bilgiler değiştirilmiştir.

Aluminium Fluoride (AlF) cartel kararı²⁸ ile Komisyon 25 Haziran 2008 tarihinde AlF üreticilerine toplam 4,97 milyon euro ceza verilmesine karar vermiştir. Kartel üyeleri AlF ürününün fiyatını global olarak arttırmak amacı ile

Notice on Cooperation Agreements, OJ [1968] CMLR D5. İşbirliği anlaşmalarına ilişkin bildirim Komisyon'un Yatay İşbirliği Anlaşmalarına ilişkin Rehberinin yürürlüğe girmesi ile lağvedilmiştir. Ancak ilgili rehberde konuyla ilgili herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bkz. Guidelines on the Horizontal Cooperation Agreements, OJ [2001] C3/2, 4 CMLR 819. WHISH 2005, s. 490.

²⁵ Rehber, p. 58.

²⁶ JONES ve SUFRIN (2008), s. 902.

²⁷ Case 38.695. CPN, Number (No) 3- 2008, s. 58

²⁸ Case 39.180. CPN (2008), No: 3, s. 58.

bir araya gelmişlerdir. Bu doğrultuda anlaşma tarafları bazı bölgelerde pazarı paylaşmışlar ve ticari açıdan hassas bilgileri değiştirmişlerdir. Kartel anlaşmasına tüm üyelerin uymasını sağlamak amacı ile bir izleme mekanizması geliştirilmiştir.

Copper Fittings karteli kararı²⁹ ile Komisyon 20 Eylül 2006 tarihinde ilgili ürün pazarında faaliyet göstermekte olan 30'dan fazla firmaya fiyatları ve indirim oranlarını birlikte belirledikleri, fiyat artışları bakımından koordine davrandıkları, müşteri paylaştıkları ve uygulama mekanizması olarak ticari açıdan hassas bilgileri değiştirdikleri için toplam 314,7 milyon euro para cezası vermiştir.

Acrylic Glass cartel kararı³⁰ ile 31 Mayıs 2006'da Komisyon ilgili dört teşebbüse toplamda 344,5 milyon euro para cezası verilmesine karar vermiştir. İlgili teşebbüsler fiyatları birlikte belirlemiş ve uygulamayı izleyecek mekanizmalar geliştirmişlerdir. Ayrıca söz konusu teşebbüsler fiyat konusunda anlaşabilmek ve söz konusu anlaşmanın uygulamasını izlemek amacı ile ticari açıdan hassas bilgilerini değiştirmişler ve düzenli toplantılar düzenlemişlerdir.

Hydrogen Peroxide (HP) and Perborate (PBS) cartel kararı³¹ ile Komisyon 3 Mayıs 2006'da ilgili ürün pazarında faaliyet göstermekte olan yedi teşebbüse toplamda 388 milyon euro para cezası verilmesine karar vermiştir. Kartel üyeleri mevcut pazar paylarını korumak amacı ile ticari açıdan hassas bilgileri değiştirmişlerdir. Ayrıca söz konusu teşebbüsler pazarın büyümesini kontrol altına almaya çalışmışlar ve izleme mekanizmaları geliştirmişlerdir. Teşebbüslerin faaliyetleri neticesinde fiyatlarda iki katına varan artışlar gözlenmiştir.

Rubber Chemicals cartel kararı³² ile 21 Aralık 2005 tarihinde Komisyon dört teşebbüse toplam 76 milyon euro para cezası vermiştir. Söz konusu teşebbüsler anlaşma süresince müşterilerine verdikleri fiyatlara ve miktarlara ilişkin hassas ticari bilgilerini değiştirmiş ve ilgili ürünün fiyatlarını birlikte belirlemişlerdir³³.

Industrial Bags cartel kararı³⁴ ile Komisyon 16 adet endüstriyel plastik torba üreticisine toplam 290,71 milyon euro para cezası vermiştir. Kartel üyeleri fiyatları ve satış kotalarını belirlemiş, büyük müşterilerin siparişlerini bölüştürmüş,

²⁹ CPN (2007), No:1, Spring, s. 65.

³⁰ CPN (2006), No: 3, Autumn, s.33.

³¹ CPN (2006), No:3, Autumn, s. 31.

³² COMP/ 38.443.

³³ CPN (2006), No:1, Spring, s. 66.

³⁴ COMP 38.354, Report on Competition Policy (RCP), 2005, s. 68.

ihallere fesat karıştırmış, satış fiyatlarına ve miktarlarına ilişkin bilgileri değiştirmiştir.

Raw Tobacco Italy cartel kararı³⁵ ile Komisyon 20 Ekim 2005 tarihinde İtalya'daki lider tütün işleyicilerine (dört İspanyol, bir İtalyan firma) birlikleri aracılığı ile alım stratejilerini ve azami alım fiyatlarını birlikte belirledikleri ve İspanya'daki sağlayıcılarını bölüştükleri için toplam 56 milyon euro para cezası vermiştir. Söz konusu firmalar tütün satışı için düzenlenen kamu ihalelerine de fesat karıştırmışlardır. Söz konusu firmalar aynı zamanda düzenli bir biçimde fiyatlara ve miktarlara ilişkin hassas ticari bilgilerini değiştirmek sureti ile gelişmiş izleme ve uygulama mekanizmaları oluşturmuşlardır. Komisyon asgari fiyatları birlikte belirledikleri için tütün üreticilerine de sembolik bir para cezası vermiştir³⁶.

Industrial Thread cartel kararı³⁷ ile Komisyon 14 Eylül 2005 tarihinde ilgili teşebbüslere toplam 43,5 milyon euro para cezası vermiştir. Söz konusu teşebbüsler ilgili pazarda fiyatları birlikte arttırmışlar, fiyata ilişkin hassas ticari bilgilerini (fiyat listelerini) değiştirmişler, birbirlerinin fiyatlarının altında fiyat belirlemekten imtina etmişler, müşteri paylaşmışlar ve kartele üye olmayan üreticilerin de dahil olmasını sağlamaya çalışmışlardır³⁸.

Monochloroacetic Acid (MCAA) cartel kararı³⁹ ile Komisyon 19 Ocak 2005'te ilgili üç teşebbüse toplam 217 milyon euro para cezası vermiştir. İlgili teşebbüsler kartel süresince miktar kotalarını ve müşterileri paylaşmışlar, fiyatları birlikte arttırmışlar, satış miktarları ve fiyatları hakkında bilgilerini değiştirmişler, karteli izlemişler ve kartelin uygulanmasını temin etmek amacı ile bir tazminat mekanizması öngörmüşlerdir. Ayrıca kartel üyeleri düzenli olarak yılda iki ila dört kez toplanarak kartelin düzenli bir biçimde işlenmesini sağlamışlardır^{40/41}.

Choline Chloride cartel kararı⁴² ile 9 Aralık 2004 tarihinde Komisyon ilgili teşebbüslere global fiyatları birlikte belirleme ve artırma, global pazarı bölüşme, dağıtıcıları kontrol etme ve hassas ticari bilgileri değiştirme nedenleri ile toplam 66 milyon euro para cezası vermiştir.

³⁵ COMP/ 38.281.

³⁶ CPN (2005), No:1, Spring, s. 65.

³⁷ COMP/ 38.337.

³⁸ CPN(2006), No:1, Spring, s. 64.

³⁹ COMP/ 37.773.

⁴⁰ CPN (2005), No:1, Spring, s. 71.

⁴¹KRISTOF M. (2006), "Developments in cartel case-law: Commission decision and Court judgements of 2005", CPN, No:1, Spring, s. 57- 60.

⁴² COMP/37.533. Report on Competition Policy (RCP) 2004, Volume (vol.) 1, s. 41.

Sorbates cartel kararı⁴³ ile Komisyon 1 Ekim 2003 tarihinde fiyat belirleyen, pazar ve satış miktarları ile Pazar payları bilgilerini paylaşan bir kartele taraf olan ilgili teşebbüslere toplam 138,4 milyon euro para cezası vermiştir.

Food flavour enhancers (nucleotide) cartel kararı⁴⁴ ile Komisyon 17 Aralık 2002 tarihinde nükleotid pazarında faaliyet gösteren dört teşebbüse fiyatları birlikte belirledikleri, müşteri paylaştıkları ve satış bilgilerine ilişkin hassas ticari bilgilerini değiştikleri için toplam 20,56 milyon euro para cezası vermiştir. Kartel, üyelerin periyodik olarak toplanmaları ile uygulanmıştır.

Specialty graphite price-fixing cartel kararı⁴⁵ ile Komisyon 17 Aralık 2002 tarihinde ilgili teşebbüslere fiyatları birlikte belirledikleri, hassas ticari bilgilerini değiştirdikleri ve pazarı paylaştıkları için toplam 60,6 milyon euro para cezası vermiştir. Kartel üyeleri anlaşmanın izlenmesi ve uygulanması için periyodik toplantılar düzenlemişlerdir. Kartel süresince periyodik olarak taraflar hangi tarihte hangi teşebbüsün ne kadar fiyat açıklayacağını tartışmışlardır⁴⁶.

Plasterboard cartel kararı⁴⁷ ile Komisyon 27 Kasım 2002 tarihinde ilgili teşebbüslere fiyatları birlikte belirledikleri, fiyat artışlarından birbirlerini haberdar ettikleri ve satış miktarlarına ilişkin bilgileri değiştirdikleri için toplam 478 milyon euro para cezası vermiştir.

Methionine (animal feed) cartel kararı⁴⁸ ile Komisyon 2 Temmuz 2002 tarihinde ilgili üç teşebbüse fiyatları birlikte belirledikleri, birbirlerine fiyat artışlarını haber verdikleri, satış miktarlarına ve Pazar paylarına ilişkin hassas ticari bilgileri değiştirdikleri için toplam 227 milyon euro para cezası vermiştir.

The carbonless paper cartel kararı⁴⁹ ile Komisyon 20 Aralık 2001 tarihinde ilgili teşebbüslere fiyatları birlikte belirledikleri için toplam 313,69 milyon euro para cezası vermiştir. Taraflar anlaşılan fiyat artışlarının uygulanabilmesi için satış kotaları belirlemişler ve pazar paylarını sabitlemişlerdir. Anlaşmanın izlenmesi için taraflar fiyat ve satış miktarı gibi ticari açıdan hassas bilgi değişiminde bulunmuşlardır.

⁴³ COMP/E1-37.370. RCP, 2003, s. 182.

⁴⁴ COMP/E-1/37.671. CPN, No: 1, Spring, 2003, s. 65.

⁴⁵ COMP/E-2/37.667. CPN, No: 1, Spring, 2003, s. 66.

⁴⁶ CRP, 2002, s. 181.

⁴⁷ COMP/37.152. RCP, 2002, s. 32, 185.

⁴⁸ CPN (2002), No: 3, October, s. 55.

⁴⁹ CPN(2002), No: 1, February, s. 42.

Belgian Beer cartel kararı⁵⁰ ile Komisyon 5 Aralık 2001 tarihinde Belçika bira pazarında faaliyet göstermekte olan ilgili teşebbüslere pazar paylaştıkları, fiyatları birlikte belirledikleri ve bilgi değiştirdikleri için toplam 91 milyon euro para cezası vermiştir. Kartel genel bir saldırmazlık anlaşması biçiminde oluşmuştur. Kartel ile otel, restoran ve kafeleri içeren (horeca) sektöründe yatırımlar ve reklamlar azaltılmış, söz konusu sektördeki müşteriler paylaşılmış, perakende sektöründe fiyatlar belirlenmiş, horeca sektörü için tarife belirlenmiş ve her iki sektör için detaylı bir şekilde satış miktarlarına ilişkin hassas ticari bilgiler değiştirilmiştir. Ayrıca özel markalı biralar sektöründe de fiyat savaşlarından kaçınılmış, müşteri paylaşımına gidilmiş ve taraflar müşterilerine yaptıkları satışların miktarlarına ilişkin hassas ticari bilgileri birbirleri ile değiştirmişlerdir.

Vitamin cartel kararı⁵¹ ile Komisyon, 21 Kasım 2001 tarihinde ilgili teşebbüslere, fiyatları birlikte belirledikleri, satış kotalarını paylaştıkları, karteli izlemek ve uygulamak amacı ile düzenli biçimde toplantılar tertip ettikleri (her ay veya üç ayda bir), söz konusu toplantılarda satış miktarlarına, değerlerine ve fiyatlarına ilişkin hassas ticari bilgilerini değiştirdikleri ve tazminat mekanizması oluşturdukları için toplam 855,23 milyon euro para cezası vermiştir.

The lysine cartel kararı⁵² ile Komisyon 7 Haziran 2000 tarihinde ilgili beş teşebbüse global anlamda ilgili ürünün fiyatlarını belirleyen bir kartel olmaları sebebi ile 110 milyon euro para cezası vermiştir. Söz konusu teşebbüsler dünya çapında fiyatları belirlemek amacı ile satış kotalarını sabitlemişler ve hassas ticari bilgilerini değiştirmişlerdir.

European Producers of Beams Cartel kararı⁵³ ile Komisyon 16 Şubat 1994 tarihinde Avrupalı uzun demir üreticilerine Topluluk uzun demir çelik pazarında anlaşma, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler aracılığı ile fiyatları ve üretim kotalarını birlikte belirledikleri, pazar paylaştıkları ve kapsamlı bir şekilde bilgi değiştirdikleri için toplam 104 milyon ECU para cezası vermiştir. Söz konusu ihlaller hem Topluluk boyutunda hem ulusal boyutlarda hem de İskandinavya pazarlarını kapsayacak şekilde gerçekleşmiş olup yalnızca üreticiler değil aynı zamanda söz konusu üreticilerin oluşturdukları teşebbüs birlikleri de kartele taraflardır. Komisyon söz konusu kararında da bilgi değişimini başlı başına bir ihlal olarak değil, kolaylaştırıcı eylem olarak değerlendirmiştir. Komisyon'a göre bilgi değişimi kartel anlaşmasının uygulanmasını izlemek amacı

⁵⁰ CPN(2002), No: 1, February, s. 37.

⁵¹ CPN (2002), No: 1, February, s. 31.

⁵² RCP (2000), s. 36.

⁵³ 94/215/ECSC, OJ L 116, 06.05.1994, s. 1- 62.

ile oluşturulmuş asıl ve daha büyük bir ihlal olan fiyat belirleme ve pazar paylaşma gibi anlaşmaların tali bir parçasıdır⁵⁴.

Polypropylene Cartel kararı⁵⁵ ile Komisyon 23 Nisan 1986 tarihinde petrokimya endüstrisinde faaliyet göstermekte olan on beş teşebbüse ayda iki kez düzenli ve gizli olarak toplanıp ticari politikalarını birlikte belirledikleri, hedef veya asgari fiyatları birlikte belirledikleri, hedef fiyatların gerçekleşmesi için geçici sürelerle arzın kısıtlanması, detaylı olarak bilgi paylaşılması, yerel düzeyde toplantılar düzenlenmesi ve hesap yönetimi sistemi aracılığı ile müşterilere fiyat artışlarının yansıtılması gibi bir dizi önlem geliştirdikleri, yıllık satış hedefleri veya kotalar getirmek sureti ile pazarı paylaştıkları için toplam 56,4 milyon ECU para cezası vermiştir. Söz konusu kararda bilgi değişimi sistemi asıl ve daha büyük bir ihlalin tali ve kolaylaştırıcı bir eylemi olarak değerlendirilmiştir.

Vegetable Parchment Cartel kararı ile Komisyon, 23 Aralık 1977 tarihinde, talebin daraldığı ve Topluluk genelinde üretimin azaldığı bir pazar olan bitkisel parşömen pazarında faaliyet gösteren üreticilere; kurmuş oldukları teşebbüs birliği aracılığı ile üretim, tüketim ve detaylı satış bilgilerini değiştirdikleri (her bir üretici ilgili ülke bazında yaptığı ihracat faturalarını birliğe göndermektedir, söz konusu bilgiler hem satış miktarlarına hem de fiyatlara ilişkindir); ihracat pazarlarındaki fiyat artış oranlarını ve tarihlerini hazırladıkları fiyat listelerine göre belirledikleri; periyodik olarak toplantılar düzenleyip fiyat bilgilerini değiştirdikleri; pazar paylaştıkları ve nihayet paralel ticareti engelledikleri için para cezası vermiştir⁵⁶.

2.2.2. AB Komisyonu'nun Doğrudan Bilgi Değişimiyle İlgili Kararları

AB Komisyonu'nun ilgili teşebbüsler tarafından menfi tespit veya muafiyet başvurusunda bulunulan bilgi değişimi sistemleri hakkında verdiği kararlar incelendiğinde *UK Tractor* ve *Wirtschaftsvereinigung Stahl* kararlarında Komisyon'un bildirim konusu sistemlere rekabeti sınırlayabilecekleri gerekçesi ile izin vermediği görülmektedir. Komisyon'un bir bilgi değişimi sisteminin hangi koşullar altında rekabeti sınırlandırma potansiyeline sahip olduğunu izah etmiş olması bakımından ilgili kararlar son derece önemlidir. Örneğin *UK Tractor* kararında Komisyon ilgili bilgi değişimi sisteminin, Üye Devletler arasındaki paralel ticareti engellemesi nedeni ile rekabeti sınırlandırdığına karar vermiştir⁵⁷.

⁵⁴ Case C- 194/99 P, Thyssen Stahl AG v Commission, 2 October 2003, p. 53.

⁵⁵ 86/398/EEC, OJ L 230, 18.08.1986, s. 1-66. Ayrıca bkz. 8 July 1999, Case C- 49/ 92 P, Commission v Anic Participazioni SpA. İlgili karar hakkında detaylı açıklama için bkz. KEKEVİ (2003), s. 35 vd.

⁵⁶ 78/252/EEC, OJ L 070, 13.03.1978, s. 54- 68, p. 6,7, 63-73.

⁵⁷ WHISH (2005), s. 490.

Wirtschaftsvereinigung Stahl kararında ise Komisyon, bilgi değişimi sisteminin ilgili pazarın özellikleri sebebi ile rekabeti sınırlandırma potansiyeline sahip olduğunu belirtmiş ve bu nedenle söz konusu sisteme menfi tespit veya muafiyet vermemiştir. Komisyon'un söz konusu kararında ilgili pazara ilişkin yapmış olduğu değerlendirmeler daha detaylı olarak incelenecektir. Ancak yeri gelmişken söz konusu kararda Komisyon'un Avrupa yassı demir çelik ürünleri pazarında fazla kapasiteye dayalı arz fazlasının mevcut olması, talebin düşük ve sabit olması, Üye Devletler arasındaki ticaretin düşük seyretmesi, ürünlerin homojen olması, ilgili teşebbüslerin pazar paylarının sabit seyrettiği doygun bir pazar olması gerekçeleri ile ilgili teşebbüsler arasında aylık olarak bireysel teslimat ve pazar payı bilgilerini paylaşmalarına izin vermediği belirtilmelidir. Nihayet her iki kararda da ilgili teşebbüslerin Komisyon'a bildirimde bulunmadan önce ilgili bilgi değişimi sistemlerini hayata geçirdikleri, ancak bu nedenle para cezasına mahkum edilmedikleri görülmektedir.

İlgili kararlardan da açıkça anlaşılacağı üzere Komisyon teşebbüsler arasında rekabeti sınırlandırma potansiyeline sahip bir bilgi değişimi sistemi kurulduğunda henüz rekabet sınırlandırılmamış olduğundan dolayı para cezasına hükmetmemekte, sadece bilgi değişiminin sona erdirilmesini talep etmekle yetinmektedir. Komisyon'un bir bilgi değişimi sistemini nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verebilmesi için söz konusu sistemin fiilen rekabeti sınırlandırması gerekir.

UK Tractors:⁵⁸ 1989 yılında Komisyon traktör ve tarımsal makine üreticilerinin, üretici ve ithalatçı birliklerinin ulusal ve uluslararası seviyede bir dizi bilgi değişimi organize ettiklerini fark etmiştir. Değiştirilen bilgiler aylık, üç aylık ve yıllık bireysel ve kümülatif kayıtlara, teslimatlara ve satışlara ilişkindir. Ayrıca söz konusu bilgilerin ülkeler, iller, ilçeler ve posta kodları gibi daha küçük coğrafi birimler bakımından alt kırılımları⁵⁹ bulunmaktadır. Ulusal seviyede bilgi değişimi üretici ve ithalatçı birlikleri aracılığı ile, uluslararası bilgi değişimleri ise bizzat üreticiler arasında gerçekleşmektedir⁶⁰.

Bilgi değişimi 1975- 1988 yılları arasında gerçekleşmiştir. Komisyon'un başlatmış olduğu soruşturmanın raporunun 1988 yılında ilgili teşebbüslere tebliğ

⁵⁸ Konuyla ilgili bilgi için bkz. VAN BAEL ve BELLIS (2005), s. 432- 433.

⁵⁹ Çalışmada "alt kırılım" ifadesi, İngilizce "breakdown" kelimesininin karşılığı olarak kullanılmıştır. Kırılım ifadesi ile belirli bir verinin alt detayları veya dökümü işaret edilmektedir.

⁶⁰ RCP, 1999, s. 156.

edilmesi ile bilgi değişimine son verilmiştir. Bunun üzerine Komisyon soruşturmanın kapanmasına karar vermiştir⁶¹.

1990 yılında AEA üyesi beş teşebbüs bilgi değişimine ilişkin olarak yeni bir anlaşma akdetmiş ve söz konusu anlaşmayı Komisyon'a bildirmişlerdir. Komisyon'un 17 Şubat 2002 tarihinde vermiş olduğu karar hem eski hem de yeni bilgi değişimi sistemi hakkındadır. Komisyon İngiltere'de sekiz üretici arasındaki *UK Tractor Registration Data System* isimli bilgi değişimi sisteminin AT Anlaşması'nın 81(1)'inci maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir⁶².

Komisyon'a göre söz konusu sistem ilgili dört teşebbüsün toplam % 80 pazar payına sahip olduğu yüksek derecede yoğunlaşmış bir pazarda sınırlı sayıdaki önemli rakip arasında rekabeti azalttığı ve sisteme üye olmayanlar bakımından giriş engeli teşkil ettiği için rekabete aykırıdır. Benzer ulusal bilgi değişimi sistemleri üretici ve ithalatçı birlikleri tarafından diğer Üye Devletlerde de oluşturulmuştur, Komisyon diğer Üye Devletlerde de ilgili pazarda yoğunlaşma oranı yüksek olduğundan tüm bu sistemleri birlikte değerlendirmiştir. Ayrıca Komisyon aynı yaklaşımı üreticiler arasındaki uluslararası bilgi değişimi bakımından da dile getirmiştir⁶³. Komisyon söz konusu sisteme 81(3)'üncü madde kapsamında muafiyet vermeyi reddetmiş ve tarafların derhal ihlale son vermelerini talep etmiştir⁶⁴.

Söz konusu karar *John Deer, Fiatari UK ve New Holland Ford* isimli teşebbüsler tarafından ayrı ayrı iptal konusu yapılmıştır. Söz konusu talepler İlk Derece Mahkemesi (CFI) tarafından reddedilmiştir⁶⁵. CFI kararı temyiz üzerine ATAD önüne gelmiş ancak ATAD CFI kararını onaylamıştır⁶⁶.

Bilgi değişimi hakkındaki bu anlaşma taraflarına İngiltere'deki tarımsal traktörler pazarında birbirlerinin perakende satış miktarlarını ve pazar paylarını öğrenme imkanı vermektedir. Sistem aracılığı ile kümülatif endüstri bilgileri, her bir üyenin satış bilgileri ve üyelerin kendi dağıtım ağlarındaki her bir dağıtıcının satış bilgilerine ulaşmak mümkündür⁶⁷.

⁶¹ CPN (1994), Vol:1., No:3, (Autumn/Winter), s. 22.

⁶² Case IV/ 31.370 and 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, 92/157/EEC, OJ L 068, 13.03.1992, s. 19- 33.

⁶³ RCP (1999), s. 156.

⁶⁴ CPN (1994), Vol:1, No:3, s. 22.

⁶⁵ 27 October 1994, Case T-35/92 John Deere v Commission [1994] II-0957 ve Case T-34/92 New Holland v Commission [1994] II-0905. Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. Alison JONES, Brenda SUFRIN, EC Competition Law, OxfordUniversity Press, New York, 2008, s. 906, 907.

⁶⁶ 28 May 1998 Case C-7/95 John Deere v Commission [1998] I-3111 ve Case C-8/95 New Holland v Commission [1998] I-3175.

⁶⁷ CPN (1994) Vol:1, No:3, s. 22.

Davacılar Komisyon'un anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin satışlarına ilişkin bilgilerin paralel ithalatı izlemek için kullanıldığı ve bu durumun marka içi rekabeti zayıflattığına ilişkin iddialarına karşı çıkmışlardır. CFI'ya göre, bazı teşebbüsler sistemi dağıtım ağlarının faaliyetlerini izlemek için kullanmamış olsa bile, sistem üyelerin kendi dağıtıcılarına mutlak bölgesel koruma tanımalarına imkan verdiği için 81(1)'inci maddeye aykırıdır.

Davacılara göre söz konusu anlaşma dağıtıcıların bölgelerinin birlikte organize edilmesi ile ilgili değildir, dolayısıyla söz konusu anlaşma 81(1)'inci maddeyi ihlal etmemektedir. CFI, ilgili teşebbüslerin söz konusu bilgilerden etkin bir şekilde yararlanarak en azından dağıtıcıların bölgelerini İngiliz posta kodu sistemine göre belirleyen zımni bir anlaşma içinde olduklarını ifade etmiştir. Bu nedenle ilgili teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız kararlar alma imkanları ortadan kalkmış ve aralarındaki rekabet etkilenmiştir.

Davacılar son olarak Topluluk içi ticaretin önemli derecede etkilenmediğini iddia etmişlerdir. CFI'ya göre, oligopolistik nitelikteki pazarda asıl tedarik topluluk aracılığı ile gerçekleşmektedir. Bilgi değişimi nedeni ile zayıflayan rekabet, İngiltere'deki ithalat miktarını etkilemektedir ve bu durum Üye Devletler arasındaki ticaretin etkilenmesi anlamına gelmektedir⁶⁸.

Komisyon söz konusu kararda bilgi değişimine ilişkin olarak bir dizi kural kabul etmiştir. Buna göre; teşebbüslerin bireysel verileri değişimin konusu vakanın gerçekleştiği tarihten itibaren on iki ay geçmedikçe değiştirilemeyecektir. Ayrıca kümülatif pazar verilerinin de on iki aydan eski olmaları ve verinin en az üç farklı teşebbüsün bilgilerini içermeleri halinde değiştirilebilecektir. Eğer daha az sayıda teşebbüs mevcut ise veriler sadece on farklı traktör birimini içermeleri halinde değiştirilebilecektir. Kararda on birim kuralının traktör ve tarımsal makineler sektörlerine özgü olduğu vurgulanmıştır⁶⁹.

Özetle Komisyon söz konusu kararında traktör ve tarımsal makine üreticileri arasındaki bilgi değişimi sistemine, söz konusu sistemin Üye Devletler arasındaki paralel ticareti engelliyor olması nedeni ile muafiyet vermemiştir. Sistem aracılığı ile üreticiler her bir dağıtıcının (hem yerel ve hem de aynı dağıtım ağındaki diğer dağıtıcıların) bölgesindeki müşterilerine yaptığı satışları tam bir kesinlikle izlenmiş, dağıtıcıların yaptıkları ithalat ve ihracatlar analiz edilmiş, söz konusu analizler ertesinde hangi dağıtıcıların bölgeleri dışına satış yaptıkları tespit edilmiş, ve söz konusu dağıtıcıların ihracat faaliyetleri üreticiler tarafından çeşitli baskılar uygulanarak (örneğin daha az mal verilerek) engellenmiştir. Üreticilerin

⁶⁸ CPN (1994), Vol:1, No:3, s. 23.

⁶⁹ RCP (1999), s. 157.

söz konusu faaliyetleri nedeni ile İngiltere'ye diğer Topluluk ülkelerden yapılan ithalat durma noktasına gelmiştir. Üreticiler bilgi değişimi sistemini İngiltere'deki satışları üzerinde rekabetçi baskı yaratan paralel ithalatı engelleyici bir mekanizma olarak kullanmışlardır^{70/71}.

Wirtschaftsvereinigung Stahl (WV Stahl): 1996 yılında Alman demir çelik endüstrisinin ticaret birliği olan *Wirtschaftsvereinigung Stahl* tarafından üyesi olan on altı teşebbüs arasında gerçekleşecek bir bilgi değişimi sistemi hakkında Komisyon'a menfi tespit veya muafiyet başvurusunda bulunulmuştur. Söz konusu sisteme Komisyon tarafından menfi tespit veya muafiyet tanınmamıştır ve sistem uygulandığından dolayı ilgili teşebbüslere para cezası verilmemiştir⁷².

İlgili birliğe Almanya'daki üreticilerin neredeyse tamamı ve bir dizi Belçikalı ve Lüksemburglu üretici üyedir⁷³. Bilgi değişimi sistemi ile taraflar ürettikleri her bir ürün için Almanya ve Topluluk pazar payları, her bir Üye Devlete, diğer devletlere ve bazı coğrafi bölgelere yaptıkları teslimat miktarları, kalite ve tüketici gruplarına göre ayrıştırılmış bir biçimde her bir üretici tarafından ulusal pazarda yapılan tedarik miktarları, her bir üye devlete yapılan tedarik miktarlarının kalite bazında ayrıştırılmış verileri paylaşılmaktadır. Bilgi değişimi sadece teslimat ve pazar payı verilerine ilişkindir⁷⁴.

Değişim konusu olan tüm veriler bireyseldir. Sisteme üye olan teşebbüsler, diğer üreticiler hakkındaki, kendi üretmedikleri ürünlerle ilgili bilgileri de kapsamak üzere, her türlü bilgiye erişme imkanı elde etmektedirler. Teşebbüslerin pazar payları toplam teslimat miktarları üzerinden hesaplanmaktadır. Veriler teslimatın yapıldığı ürünler ve ülkeler bazında ayrıştırılmaktadır. Veriler çapraz biçimde karşılaştırıldıklarında daha alt bir kırılım olan kalite bazında yapılan teslimat bilgileri de hesaplanabilmektedir. Bu sayede 45 farklı ürün ve 8 değişik kalite bazında ayrıma gidilebilmektedir. Ayrıca Alman pazarındaki teslimatlar bakımından 28 farklı tüketici sektörü bakımından bir ayrıma gidilmesi mümkündür⁷⁵.

Veriler her ayın sonunda ve ilgili aya ait olarak değiştirilmektedir. WV verileri birçok teşebbüsten toplamaktadır ve söz konusu veriler üye olmayan

⁷⁰ 92/157/EEC, OJ L 068, 13.03.1992, s. 19-33, p. 55-56, Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. JONES ve SUFRIN (2008), s. 905, 906.

⁷¹ İlgili kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. KEKEVİ (2003), s. 43 vd.

⁷² Bkz. KEKEVİ (2003), s. 44.

⁷³ Case IV/36.069, OJ L 1/10, 03.01.1998, p. 1, 3.

⁷⁴ WV Kararı, p. 13.

⁷⁵ WV Kararı, p. 14-16.

üçüncü kişilere ifşa edilmemektedir. Birliğin çalışanları üyelerinden bağımsızdır ve veriler üyelerin katıldıkları toplantılarda tartışılmamaktadır⁷⁶.

Söz konusu bilgi değişimi sisteminin değerlendirilmesinde öncelikle pazardaki yoğunlaşma oranı ve pazarın özellikleri göz önünde bulundurulmuştur. *UK Tractors* kararına atıf yapılarak rekabetin sınırlanması ihtimalinin oligopolistik bir pazarda bilgi değişiminin pazardaki şeffaflığı rekabeti yok edecek derecede arttırması nedeni ile ortaya çıktığı ifade edilmiştir⁷⁷.

Komisyon'a göre yassı ürünlerle ilgili tüm pazarlar ile çubuk (*beam*), sac kümeleri (*sheet piling*), kalıcı yol malzemeleri (*permanent way material*) ve paslanmaz çelik tel çubuklar (*stainless steel wire rod*) bakımından pazar yoğunlaşmıştır. Pazardaki yoğunlaşma teşebbüslerin sayısı, teşebbüsler arası yapısal bağlar, toplam pazar payları ve piyasaya giriş engelleri gibi bir dizi unsur göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Yukarıda sayılan ürünler bakımından Avrupa genelinde toplam üretici sayısı 20 civarındadır. Söz konusu ürünler bakımından ilk dört üreticinin pazar payı toplam pazarın yarısından fazlasını teşkil etmektedir. Pazarın sermaye yoğun olması nedeni ile giriş engelleri yüksektir. Üretici grupları arasında bir dizi yapısal bağlar mevcuttur. Örneğin 12 sıcak haddelenmiş geniş sac ve şerit üreticisinin 7 tanesi, 12 kaplanmış sac üreticisinin 5 tanesi birbirlerinden tamamen bağımsızdırlar. Dolayısıyla söz konusu pazarlar önemli derecede yoğunlaşmıştır⁷⁸.

Söz konusu yoğunlaşmış pazarlarda bildirilmiş olan bilgi değişimine ilişkin karar rekabeti sınırlandırabilecek niteliktedir. Rakiplerin her bir ürüne ilişkin olarak birbirleri ile ilgili Üye Devletler'deki aylık teslimat ve pazar payı bilgilerini paylaşmaları kendi pazar paylarını arttırma motivasyonları ortadan kaldıracak niteliktedir. Şöyle ki pazar payını arttırmaya çalışan teşebbüsün söz konusu eylemi rakipleri tarafından derhal fark edilecek ve söz konusu teşebbüs aleyhine misilleyici tedbirler alınabilecektir. Bir teşebbüsün rekabetçi faaliyetlere girişebilmesi için gerekli olan süre de bir aylık değişim sıklığı ve değiştirilen bilginin güncelliği nedeni ile önemli ölçüde azalmaktadır. Düşük derecede açıklık bulunan, Üye Devletler arasındaki ticaretin önemli derece sabit olduğu, ürünlerin önemli derecede homojen olduğu ve kronik aşırı kapasite mevcut olan bir pazarda geriye kalan gizli rekabeti_ortadan kaldıran bildirim konusu anlaşma çok büyük ihtimalle teşebbüslerin mevcut pazar paylarını dondurma etkisi yaratacaktır⁷⁹.

⁷⁶ WV Kararı, p. 17.

⁷⁷ WV Kararı, p. 39- 40.

⁷⁸ WV Kararı, p. 45.

⁷⁹ WV Kararı, p. 46.

İlgili ürünlerin bazıları (*beams, grain oriented electrical sheet, steel for packaging, most stainless steel products*) sistem üyeleri arasında sadece tek bir teşebbüs tarafından üretilmektedir. Dolayısıyla diğer teşebbüslerin üretmediği ürünleri üreten teşebbüslerin söz konusu ürünlere ilişkin olarak teslimat bilgilerini değiştirmesi doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti sınırlandırmayacaktır. Ancak yine de söz konusu bilgilerin diğer rakip teşebbüslerin ellerine ulaşması ihtimali de mevcuttur⁸⁰.

Çok sayıda teşebbüsün faaliyet göstermekte olduğu diğer bazı ürün pazarları bakımından ise bilgi değişimi sisteminin sınırlandırıcı etkisi daha az olacaktır. Dolayısıyla Komisyon söz konusu ürünler bakımından (*semi finished products, Merchant bars, concrete reinforcing bars, wire rods*) bilgi değişimine karşı çıkmamıştır⁸¹.

Bildirim tarafları değişim konusu verilerin fiyata veya ciroya değil, miktara ilişkin olduğunu ayrıca söz konusu verilerin geleceğe değil geçmişe ilişkin olduğunu ifade etmiş ve bu nedenle sisteme muafiyet verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Komisyon, ilgili ürün pazarında olduğu gibi, talebin sabit olduğu pazarlarda rakiplerin geleceğe ilişkin davranışlarının güncel işlemleri temelinde tahmin edilebileceğini; rakiplerin davranışlarının ve geçmiş performanslarının gözlenmesinin anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin ortaya çıkmasına neden olacağını; satış miktarlarına ve pazar paylarına ilişkin verilerin daha güncel olması durumunun rakiplerin geleceğe ilişkin davranışlarını etkilemesi ihtimalini arttıracakını ifade ederek ilgili tarafların söz konusu iddialarını kabul etmemiştir. Komisyon *UK Tractors* kararına atıf yaparak ilgili sektördeki verilerin geçmişe ilişkin sayılabilmeleri için üzerinden bir yıl geçmiş olması gerektiğini ifade etmiştir⁸².

Sonuç itibarı ile Komisyon, yoğunlaşma derecesinin yüksek, talebin durağan ve aşırı kapasitenin olduğu ürünler bakımından (*flat products, beams, sheet piling, permanent wat material and wire rod of stainless steel*) ilgili bilgi değişim sisteminin rekabeti sınırlayacağına ve söz konusu sistemin muafiyet koşullarını yerine getirmediğine karar vermiştir.

2.2.3. ATAD'ın Bilgi Değişimi ile İlgili Güncel Kararı

Hollanda Rekabet Otoritesi'nin *T- Mobile, KPN, Orange ve Vodafone* teşebbüsleri aleyhine, rekabeti ihlal ettikleri gerekçesi ile, vermiş olduğu para cezası kararının iptali için açılan davalarda, ilgili Ulusal Mahkeme'nin Adalet

⁸⁰ WV Kararı, p. 48.

⁸¹ WV Kararı, p. 49.

⁸² WV kararı, p. 52.

Divanı'na ön karar başvurusunda bulunması ile ATAD rakipler arası bilgi değişiminin kabul edilebilirliği hakkında önemli bir karar vermiştir. Dosya konusu olay, ilgili mobil telefon işletmelerinin 2001 yılında gerçekleştirdikleri bir toplantıda, eylül ayından itibaren her bir yeni faturalı abone kaydı başına dağıtıcılara vermekte oldukları ücretlerin azaltılmasına karar vermiş olmalarıdır. İlgili toplantıda gizli bilgilerin tartışılması söz konusudur. Ayrıca Rekabet Otoritesi, ilgili teşebbüslerin 30 Aralık 2002 tarihinde aralarında bir anlaşma akdettiklerini veya uyumlu eyleme başladıklarını tespit etmiştir⁸³.

Ön karar talebinde bulunan Temyiz Mahkemesi'nin sorduğu sorulardan biri uyumlu eylem dosyalarında eylemin hem amacının hem de etkisinin rekabete aykırı olduğunun gösterilmek zorunda olup olmadığıdır. ATAD'a göre bazı eylemler nitelikleri gereği amaç bakımından rekabete aykırıdır ve bu gibi durumlarda uyumlu eylemin ayrıca etkilerinin rekabete aykırı olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmez. Bir uyumlu eylemin amacının rekabete aykırı olduğunun söylenebilmesi için, eylemin rekabeti olumsuz etkileme potansiyelinin olduğunun gösterilmesi yeterlidir⁸⁴.

Kararda bir uyumlu eylemin mevcut olup olmadığı belirlenmesi için ortaya koyulması gereken kriterlerden birinin de koordinasyon ve işbirliği olduğu belirtilmektedir. Buna göre, ilgili kriterin, anlaşmanın rekabet hükümleri ışığında yorumlanması gerekir. Bu çerçevede her ekonomik işletmecinin ortak pazarda uygulayacağı politikayı bağımsız olarak belirlemesi gerektiği ifade edilmektedir. Daha açık bir ifade ile rakiplerin birbirlerinin politikalarını etkileyecek şekilde bilgi değiştirerek, doğrudan veya dolaylı iletişimde bulunmamaları gerekmektedir. Böyle bir iletişimin varlığı halinde rakipler birbirlerinin pazar davranışlarını etkileyebilirler ve iletişimin amacı veya etkisi nedeni ile pazarda normalde mevcut olmayan koşullar ortaya çıkabilir. Karara göre pazarda normalde mevcut olmayan koşulların ortaya çıkıp çıkmadığı değerlendirilirken ürünlerin veya hizmetlerin niteliğine, ilgili teşebbüslerin sayısına ve büyüklüğüne ayrıca pazarın hacmine dikkat edilmesi gerekmektedir⁸⁵.

Kararın ilerleyen bölümlerinde ATAD, yüksek derecede yoğunlaşmış oligopolistik bir pazarda, bilgi değişiminin ilgili teşebbüslerin rakiplerinin pazar pozisyonlarını ve stratejilerini öğrenmelerine imkan sağladığını, dolayısıyla rekabeti hissedilir şekilde zayıflattığını belirtmektedir. Buna göre, rakipler arası bilgi değişimi, eğer ilgili pazarın işleyişine ilişkin belirsizlik derecesini azaltıyorsa

⁸³ Case C-8/08, 4 June 2009, T- Mobile, KPN Mobile, Orange, Vodafone v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

⁸⁴ Karar para. 29, 30.

⁸⁵ Karar para. 33, 33.

veya ortadan kaldırıyor, rekabet kuralları ile uyumlu değildir. Kararda böyle durumlarda ilgili teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlandırıldığı sonucuna varılması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶. Özetle, ATAD'a göre "paylaşım sayesinde katılımcı teşebbüslerin gelecekte amaçladıkları eylemler hakkındaki belirsizliğin ortadan kalkması mümkünse, bilgi değişiminin amacının rekabete aykırı olduğu" ifade edilebilir⁸⁷.

Temyiz Mahkemesi'nin ön karar talebi ile ATAD'a yönelttiği bir diğer soru ise, ilgili teşebbüsler arasında sadece bir kez gerçekleşmiş olan bir toplantının uyumlu eyleme neden olup olamayacağıdır. ATAD'a göre uyumlu eylem ile pazar davranışı arasında mevcut olması gereken nedensellik bağı yapılan toplantıların sayısına bağlı değildir. Dolayısıyla bir tek toplantı dahi ilgili tarafların uyumlu eylemde bulunması için yeterli olabilir⁸⁸.

3. FRANSA

3.1. Paris Otel Hizmetleri Pazarı

Fransız Rekabet Konseyi 5 Ekim 2006 tarihinde Mulhouse bölgesindeki otellerin doluluk oranı sayacı hakkında bir görüş bildirmiştir. İlgili görüş, bölgedeki 24 otelin 52 adedinin bireysel bilgilerin toplanarak derlendiği bir doluluk oranı sayacına gönüllü katılım sisteminin bildirimi üzerine verilmiştir. Toplanan bilgiler her bir otelin açık ve kapalı günler, boş oda sayısı, tutulan oda sayısı ve konaklama cirosuna ilişkindir. İlgili bilgilerin bir ticaret birliğine gönderilmesi, orada derlendikten bir ay sonra sadece sisteme katılan otellere geri dağıtılması söz konusudur. Dağıtılan bilgiler her bir otele ilişkin olarak günlük ücretleri, çalışılan gün sayısını ve tutulan oda sayısını göstermektedir. Birlik, mevcut pazar izleme sistemi ile bireysel bilgilerin toplanarak ortalama verilerin hesaplandığını ve dağıtıldığını ifade etmiştir. Ancak sistemde gerçekleştirilen değişiklik ile ortalama verilerin yerine bireysel verilerin dağıtılması söz konusudur. Birlik Rekabet Konseyi'nden yeni sistemin rekabete uygun olup olmadığının tespitini istemiştir.

Konsey görüşünde, atomize pazarlarda dahi bilgi değişiminin rekabete aykırı amacının veya etkisinin olabileceğini ifade etmiştir. Konsey'e göre, rakipler arasında bilgi paylaşımı *per se* rekabete aykırı bir uyumlu eyleme neden olmaktadır. Görüşte bir bireysel bilgi paylaşımı sisteminin hukuka uygun olabilmesi için gerekli olan koşullardan birinin değişim nedeniyle pazarda meydana gelen şeffaflıktan sadece ilgili teşebbüslerin değil aynı zamanda alıcıların da (tüketicilerin) yararlanması olduğunu ifade edilmektedir.

⁸⁶ Karar para. 34, 35.

⁸⁷ Karar para 63/ 3.

⁸⁸ Karar para. 59.

Konsey ilgili kararda bilgi değişimin rekabete etkisi değerlendirilirken dikkate alınan üç kriteri ortaya koymuştur. Bunlar; ilgili pazarın koşulları, değiştirilen bilginin doğası ve değiştirilen bilginin ne amaç ile kullanıldığıdır.

Konsey'e göre, oligopol bir pazardaki sık aralıklarla gerçekleşen bilgi değişimi ile kıyaslandığında atomize bir pazardaki sınırlı bilgi değişimi rekabet endişelerine neden olmayacaktır. İlk durumda rakiplerin birbirlerinin pazar stratejilerini ve pozisyonlarını öğrenmeleri söz konusudur ve bu nedenle bir uyumlu eylemin ortaya çıkması ihtimali son derece yüksektir. Ancak Konsey ilgili görüşünde her ne kadar atomize pazarlarda bilgi değişiminin rekabeti sınırlama ihtimalinin düşük olduğunu belirtse de ardından bu nitelikli pazarlarda meslek birlikleri aracılığı ile gerçekleşen paylaşımların, teşebbüslerin aldıkları bilgilere göre kendi ticari politikalarını belirlemek konusunda motivasyon yaratabileceği gerekçesi ile gönüllü koordinasyon riski ortaya çıkardığı ifade edilmektedir. Böyle bir durumun pazardaki rekabeti disiplin altına almak gibi bir amacı veya etkisi olabileceği ayrıca belirtilmektedir. Değiştirilen bilginin niteliği ile ilgili olarak görüşte, rakip şirketlerin ticari stratejilerinin bireysel olarak belirlenemeyeceği şekilde paylaşımın gerçekleşmesi gerektiği konusuna vurgu yapılmaktadır.

Konsey aynı sektörde daha önce vermiş olduğu bir kararında otellerin doluluk oranı, fiyat ve odabaşına düşen ortalama gelir verilerinin stratejik bilgi olduğunu ifade etmiştir⁸⁹. Ancak Konsey sadece finansal bilgilerin stratejik olarak değerlendirilemeyeceğini, ayrıca rakiplerin bireysel performanslarının kesin biçimde belirlenebildiği finansal olmayan verilerin de bu çerçevede değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Örneğin, fiyatların aleni, hizmetlerin standart olduğu bir endüstride pazardaki teşebbüslerin ciro bilgisi sadece satış miktarları üzerinden hesaplanabilecektir. Ayrıca bilgi herhangi bir teşebbüs ile ilişkilendirilmemiş olsa bile veriden ilgili firma kolaylıkla tespit edilebiliyor ise bilgi bireysel sayılmalıdır. Özellikle bu durum oligopol pazar açısından söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak Konsey'e göre bilgi değişim sistemlerinin verinin ve katılımcı teşebbüslerin gizliliğini koruması gerekmektedir. Bu çerçevede bireysel hassas bilgilerin paylaşılmasının yasak olduğu ifade edilebilir. Konsey bilginin hassas olup olmadığını değerlendirirken ilgili endüstrinin özelliklerini, katılan teşebbüslerin sayısını ve veriden rakiplerin bireysel ticari stratejilerinin anlaşılıp anlaşılmadığını (verinin kümülatif olması) göz önünde bulundurmaktadır. Ayrıca verinin değişim sıklığı, pazardaki rekabetin şiddeti ve ilgili teşebbüslerin pazar güçleri paylaşımın değerlendirilmesinde dikkate alınan diğer unsurlardır. Nihayet

⁸⁹ Conseil de la Concurrence, November 25th 2005, decision O5-D-64, regarding Parisian Luxury Hotels.

Konsey'e göre bilgi değişiminin, paylaşımına taraf olmayan teşebbüsler açısından piyasaya giriş engeli teşkil etmemesi gerekmektedir⁹⁰.

3.2. Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri Pazarı

Fransa Rekabet Konseyi mobil telekomünikasyon işletmecilerine (*Orange, SFR ve Bouygues Telecom*) stratejik bilgi değişimi ve pazar paylarını dondurmak sureti ile pazar paylaşmak nedeni ile 534 milyon avro para cezası verilmiştir⁹¹. İlgili ceza Fransa'da o zamana kadar verilen en yüksek ceza olma özelliği taşımaktadır. Kararın bir diğer önemli yanı ise, 2000 ile 2002 yılları arasında olması gerekenden fazla telefon faturası ödedikleri için ilgili teşebbüslere karşı 12.500'den fazla abonenin Paris Ticaret Mahkemeleri'nde tazminat davası açmış olmasıdır⁹².

İlgili kararda Konsey, üç mobil telefon işletmecisinin 1997 yılında müşterilerine, ticari stratejilerine ilişkin aylık bazda detaylı ve gizli bilgi paylaşımına başladığını tespit etmiştir. Konsey ayrıca ilgili teşebbüslerin 2000 yılında gizli bir anlaşma ile pazar paylarını dondurmaya karar verdiklerini ve bu anlaşmayı 2002'ye kadar uyguladıklarını belirlemiştir. Kararda teşebbüslerin bu davranışlarının amacının pazar paylarını arttırmak yerine, kullanıcı başına düşen karın arttırılması olduğu ifade edilmiştir. Konsey'e göre her iki eylem de birbirinden bağımsız olarak rekabet ihlali teşkil etmektedir. Konsey, bilgi değişiminin 2000 yılında akdedilen anlaşmanın izlenmesi için kullanılan bir araç niteliğinde olduğunu kararında ayrıca belirtmiştir. Konsey ilgili kararında milyonlarca tüketicinin eylemden zarar görmüş olacağını hesaba katarak yüksek oranlarda ceza uygulamıştır. Her üç mobil Telekom işletmecisi de Paris İstinaf

⁹⁰ GOYER J. (2006), "The French Competition Authority issues an opinion regarding a sharing of confidential information system designed for hotels under both art. 81 EC and national provisions (CCI Mulhouse)", e-Competitions, No 12635, October.

⁹¹ Fransız Rekabet Konseyi'nin 30 Kasım 2005 tarihli, 05-D-65 sayılı kararı. Haklarında soruşturma açılan mobil telekomünikasyon işletmeleri savunmalarında esas olarak paylaşılan bilginin pazarda şeffaflığı arttırmadığını, ilgili verilerin kamuya açık olduğunu, Fransa Telekomünikasyon Kurumu tarafından bunların ilan edildiğini ve ayrıca bilginin başka kaynaklardan da elde edilebileceğini belirtmişlerdir. İlgili teşebbüslere göre sayılan nedenlerle bilgi paylaşımı ticari politikalarını birlikte belirlenmesine yardımcı olması bakımından hiç bir ek değeri yoktur. Ayrıca savunmalarda paylaşım konusu bilginin detaylı değil, son derece genel nitelikli ve geçmişe ilişkin olduğu dolayısıyla stratejik olarak değerlendirilemeyeceği iddia edilmektedir ve ilgili pazarın özellikleri ile değişim sıklığı gibi konulara değinilmiştir.

⁹² LEPINE L. ve ENJOÏRAS D. (2007), "The French Commercial Supreme Court rules that exchange of information between competitors in an oligopolistic market is not per se contrary to Art. 81 EC and national equivalent provision (Bouygues Telecom, Orange, SFR)", e-Competitions, No: 14162, June.

Mahkemesi önünde kararı temyiz etmişlerdir. İstinaf Mahkemesi konuya ilişkin kararını 12 Aralık 2006 tarihinde vermiştir⁹³.

İstinaf Mahkemesi kararında hukuka uygun ve rekabete aykırı bilgi değişimi arasında paylaşılan bilginin niteliği ve ilgili pazarın yapısı çerçevesinde bir ayrıma gitmiştir. Mahkeme, rekabetçi bir pazarda ekonomik işletmeciler arasındaki şeffaflığın ilgili teşebbüslerin kendi davranışlarını belirleme özgürlüğünü sınırlanmadığını, dolayısıyla rekabeti ihlal etmediğini, ancak yüksek derecede yoğunlaşmış oligopol nitelikli pazarlarda düzenli ve sistematik bilgi değişiminin, özellikle ilgili bilgi detaylı olup kamuya açık olmadığı zamanlarda, rekabeti sınırlama potansiyelinin yüksek olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre böyle bir durum rakiplerin birbirlerinin pazar pozisyonlarını ve stratejilerini öğrenme imkanı tanımaktadır. Kararda perakende mobil telefon pazarının yüksek derecede yoğunlaşmış olduğu ayrıca ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için lisans alınmasının zorunlu olduğu ve tüm ülkeyi kapsama alanına almak için katlanılması gereken sabit maliyetler yüksek olduğu için ilgili pazara giriş engellerinin yüksek olduğu belirtilmektedir.

Değiştirilen bilginin niteliğiyle ilgili olarak Mahkeme, Fransa Telekomünikasyon Kurumu'nun brüt satış miktarı verileri ile abonelik ve sona eren sözleşme bilgilerinin, topladığını ancak ilgili bilgileri herhangi bir şekilde pazardaki rekabeti bozmamak için yayınlamadığını belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme'ye göre ilgili teşebbüsler rekabete hassas bu bilgileri kendi aralarında düzenli ve sistematik olarak değiştirmişlerdir.

Sonuç olarak İstinaf Mahkemesi, brüt satış miktarları ile abonelikler ve sona eren sözleşmelere ilişkin bilgilerin paylaşımını, ilgili teşebbüslerin oligopol nitelikli pazarda birbirlerinin stratejilerini ve ticari politikalarını öğrenme imkanı yarattığı gerekçesi ile rekabeti sınırladığına karar vermiş ve Konsey'in kararını onamıştır. Ayrıca Mahkeme 2000- 2002 yılları arasında ilgili teşebbüslerin pazar paylarının sabit seyrettiğini, bu durumun da bilgi değişimi sayesinde gerçekleştiği ifade edilmektedir. Ancak buna rağmen Mahkeme pazar paylarının sabit seyretmesi (pazar paylarını dondurmak sureti ile pazar paylaşmak) nedeniyle teşebbüslere ayrıca para cezası verilmesinin *non bis in idem* kuralına aykırı olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, Konsey'in bilgi değişimi ve pazar paylarının sabitlenmesi eylemlerini farklı ihlal kalemleri olarak

⁹³ DEBROX M. (2006), "The Paris Court of Appeal upholds France's highest antitrust fine ever and confirms a strict- yet not entirely clear- approach towards exchange of information between competitors in oligopoly markets (Bouygues Telecom, SFR, Orange France)", e- Competitions, No 12728, December.

değerlendirmiş olması hususunun hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir⁹⁴. Ancak belirtilmelidir ki ilgili teşebbüslerin cezası belirlenirken büyük bir oran pazar paylarını dondurmak sureti ile pazar paylaşmak eylemi nedeniyle verilmiştir. Bilgi değişimi eylemi nedeni ile verilen para cezası toplam içinde düşük bir oran seyretmektedir (verilen toplam para cezasının ortalama 1/5'i)⁹⁵.

Ancak İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda kısaca değinilen kararı, rakipler arasında değiştirilen bilginin ne şekilde ticari stratejilerini birlikte belirlemelerine izin verdiğini açıklamak konusunda yetersiz kalmıştır. Bu çerçevede karar açık olmamakla birlikte, oligopol pazarlarda faaliyet göstermekte olan teşebbüslere verdiği mesaj bakımından son derece açıktır. İlgili karar oligopol pazarlardaki teşebbüslere açıkça gizli ve güncel herhangi bir bilgi değişiminin, bilgi çok belirsiz veya genel olsa dahi, riskli olduğu mesajını vermektedir. Nitekim Fransa'da böyle katı bir yaklaşımın modern ekonomi teorisine uygun olup olmadığı tartışma konusudur⁹⁶.

Fransa Yüksek Temyiz Mahkemesi, bilgi değişimi eyleminin başlı başına ihlal teşkil edebileceğini kabul etmiş⁹⁷ ancak, Paris İstinaf Mahkemesi kararının yukarıda bahsi geçen mobil telefon işletmecileri arasındaki bilgi değişim anlaşmasının rekabeti sınırlayıcı olduğuna ilişkin kısmını bozmuştur⁹⁸. Yüksek Temyiz Mahkemesi'ne göre Fransa Telekomünikasyon Kurumu'nun yayınladığı bilgilerin ilgili teşebbüsler arasında paylaşılmış olması, pazarın oligopol yapısı veya bilgi değişiminin gayri resmi niteliği paylaşımın hukuka aykırı addedilmesi için yeterli değildir.

Mahkeme'ye göre, yasaklamanın uygulanabilmesi için bilgi değişiminin amacının veya etkisinin her bir işletmecinin stratejisini rakibinin öngörülebilir davranışlarına adapte etmesine olanak sağlaması gerekir. Bu durumun pazarın

⁹⁴ PHILIPPE J. (2006), "Caroline Evrard, The Paris Court of Appeal confirms the NCA's record fine on three mobile telephony operators for exchanging market shares (Boygues Telecoms, SFR, Orange France)", e- Competitions, No: 12702, December.

⁹⁵ LENOIR N., ROSKÍS D ve DOREMUS C. M. (2007), "The French Commercial Supreme Court partly annuls the Paris Court of Appeal's judgement on illicit exchange of sensitive information in the mobile telephony cartel, thus strengthening the standard of proof (Bouygues Telecom SFR and Orange)", e- Competitions, No 14050, June.

⁹⁶ DEBROUX (2006), s. 2. Bkz. LEVEQUE F. (2006), "Exchange of information: The John Deere case law under review", Concurrences, No: 176, March, Law& Economics, p.33- 37.

⁹⁷ RIVOLLIER M. (2007), "The French Commercial Supreme Court rules that exchange of information is not prohibited per se and recalls that imposing fine in an oligopolistic market requires to demonstrate a concrete anticompetitive object or effect (Bouygues Telecom, Orange, SFR, "Mobile telephony case")", e- Competitions, No: 13983, June.

⁹⁸ Conseil de la Concurrence, June 29th 2007, decision U 07-10.303, Z 07-10.354, W 07-10.397 regarding mobile telecommunication operators.

özellikleri, işleyişi, verinin kümülatif olma derecesi, bilgi değişiminin sıklığı, paylaşılan bilgilerin güncelliği ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Yüksek Temyiz Mahkemesi, Paris İstinaf Mahkemesi'ni bahsi geçen değerlendirmeleri yapmadığı ve bilgi değişimini *per se* biçimde yasakladığı için eleştirmiştir.

Kararın konusunu teşkil eden bilgi değişimi kapsamına ulusal seviyedeki net ve brüt satış miktarları girmektedir. İfşa edilen bilgi hizmet çeşidine, kontrollü (ön ödemeli) olup olmamaya, ürün konumlandırmasına (giriş seviyesi veya derecelendirme), dağıtım yapılan sektörler, coğrafi bölgelere veya posta kodlarına göre ayrıştırılmış değildir ayrıca bilgi paylaşımı günlük bazda gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla işletmecilerin böyle genel nitelikli bilgilerin paylaşımı nedeni ile ticari stratejilerini birlikte belirlemeleri Yüksek Mahkeme tarafından mümkün görülmemiştir. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme ilgili kararı bozmuş ve yeniden incelenmek üzere Paris İstinaf Mahkemesi'ne göndermiştir.

Yüksek Temyiz Mahkemesi ilgili kararı ile rakipler arası bilgi değişimi ile ilgili davalarda gerekli ispat standardını Konsey'in *Parisian Palaces* kararı ile ortaya koyduğu standarda nazaran güçlendirmiş olmaktadır. Bu kapsamda sadece bilginin niteliği ve pazarın yapısı değil aynı zamanda bilgi değişiminin rekabet üzerindeki potansiyel veya fiili etkisi de dikkate alınmış olmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, gizli ve güncel pazar bilgilerinin paylaşılması, rakipler oligopol bir pazarda faaliyet göstermekte olsalar dahi, *per se* yasak değildir. İlgili eylemin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi ve tarafların ticari stratejileri üzerindeki fiili veya potansiyel etkilerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu çerçevede, bilgi paylaşımının sadece rakiplerin pazar davranışlarının belirsizliğini azalttığı veya ortadan kaldırdığı hallerde hukuka aykırı addedileceği ifade edilebilir⁹⁹.

Ancak Paris İstinaf Mahkemesi Rekabet Konseyi'nin kararını destekleyen ilk kararında direnmiş ve tekrar değiştirilen bilginin kapsamını değerlendirmeye almamıştır. Temyiz Mahkemesi, direnme kararında işletmecilerin brüt satış miktarı bilgisini, pazardaki teşebbüslerden birinin pazar payının düşmesi üzerine izleyeceği stratejiyi tahmin etmek amacı ile kullanıldığını dosyadaki toplantı tutanaklarından anlaşıldığını belirtmiştir. Ancak ilgili tutanaklardan yalnızca *Orange* ve *SFR* firmalarının *Bouyges*'in pazar payının düşeceğini anladıkları ve bunun üzerine ilgili firmanın bir tepki vermesini ve rekabet baskısını arttırmasını bekledikleri görülmektedir. Bu çerçevede ilgili firmalar pasif bir şekilde rekabet etmektense, bilgiyi ilgili firma ile rekabeti arttırmakta kullanmışlardır. Ayrıca sadece bu bilginin ilgili firmanın pazardaki stratejisi konusunda (örneğin rekabeti arttırıcı ne gibi tedbirlere başvuracağı) rakiplerine herhangi bir ipucu vermediği

⁹⁹ LENOIR, ROSKİNS ve DOREMUS (2007), s. 3.

de ortadadır. Dolayısıyla kanımızca burada rekabeti azaltıcı değil, bilakis arttırıcı bir bilgi değişimi söz konusudur¹⁰⁰.

4. LİTVANYA

4.1. Kağıt Pazarı

Litvanya Rekabet Otoritesi, 26 Ekim 2006 tarihinde, kuşe ve ofis kağıtları pazarında faaliyet göstermekte olan altı teşebbüsün kartel oluşturdıklarına karar vermiş ve ilgili teşebbüslerin bu çerçevede 1999- 2004 yılları arasında üç ayda bir düzenli olarak bilgi değiştirdiklerini tespit etmiştir. Otorite'ye göre, bilgi paylaşımı teşebbüslere her bir ilgili ürün pazarında rakiplerinin pazar payını kesin olarak hesaplama, davranışlarını izleme, pazar stratejilerini öngörme imkanı tanıyarak rekabet etme motivasyonlarını azaltmıştır ve giriş engeli oluşturmuştur.

Teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi üç ayda bir düzenledikleri toplantıları aracılığı ile gerçekleşmiştir. İlgili toplantılarda paylaşılan bilgiler arasında pazar payı ile farklı çeşit kağıtların toplam satış miktarı ve fiyatı yer almaktadır. Ayrıca söz konusu bilgiler toplantılara katılmayan rakip teşebbüslerin erişimine açık değildir.

İlgili kararda kural olarak rakipler arası bilgi değişiminin ve şeffaf bir pazar yaratılmasının rekabete aykırı olmadığı, hatta yoğunlaşma derecesi yüksek olmayan pazarlarda bilgi paylaşımının rekabeti arttırıcı etkisi olduğu ifade edilmiştir. Kararda değiştirilen bilginin niteliği, paylaşım sıklığı, ilgili piyasanın yapısı gibi unsurlar dikkate alınmıştır. Otorite'ye göre; ilgili teşebbüslerin periyodik ve sık aralıklarla bilgi değiştirmesi rekabeti iki şekilde sınırlandırabilir. Buna göre eylem nedeniyle paylaşım katılan teşebbüslerin rekabet etme motivasyonu azalabilir ayrıca pazara yeni girişler engellenebilir. Otorite rekabet etme motivasyonunun azalıp azalmadığı konusunu değerlendirirken ilgili pazarların oligopol yapıda olduğunu göz önünde bulundurmıştır. Otorite'ye göre pazarın bu yapısı nedeniyle ilgili teşebbüsler bilgi değişimi sayesinde rahatlıkla kendilerini rakiplerinin davranışlarına göre konumlandırabilmişlerdir ve rekabet etmekten kaçınmışlardır.

Ayrıca Otorite'ye göre pazardaki mevcut oyuncular arasında gerçekleşen bilgi paylaşımı, piyasaya yeni giriş yapacak teşebbüsler açısından giriş engeli teşkil etmektedir. Her ne kadar pazara yeni giriş yapan bir teşebbüsün bilgi paylaşımı sistemine dahil olması mümkün olsa da bu durumda ilgili firma, pazara

¹⁰⁰ VOGEL J. (2009), "The French Supreme Court penalizes again exchanges of information on overall sales volumes (Bouygues Telecom, SFR, Orange France/ UFC Que Choisir)", e-Competitions, No 25708, March.

yeni giren teşebbüsler açısından son derece hassas olan satış miktarı verilerini ifşa etme yükümlülüğü altında olacaktır¹⁰¹.

4.2. Ham Süt Alımı ve Süt Ürünleri Pazarları

28 Şubat 2008 tarihinde Litvanya Rekabet Otoritesi yedi süt ürünü üreticisi şirketi bilgi değişimi nedeniyle Litvanya tarihinin en yüksek para cezasına (647.590 EUR) çarptırmıştır. Karara göre, Litvanya ham süt üretim pazarı oligopol yapıdadır. Pazardaki CR4 oranı % 77- 85; HHI oranı ise 1880 ile 2034 arasında dalgalanmaktadır¹⁰². Haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin pazar faaliyetleri ham sütün pastörize süt ve süt ürünleri haline getirilmesi bakımından kesişmektedir. Kararda her bir süt ürünü ve ham süt alım pazarı ayrı birer ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmıştır ve ilgili tüm pazarların oligopol nitelikli olduğu sonucuna varılmıştır.

Karar incelendiğinde ilgili teşebbüsler hakkında iki ana ihlal iddiası bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, Litvanya Süt Ürünleri Birliği üyesi olan yedi teşebbüsün bilgi değişim sistemi oluşturmasıdır. İkincisi ise bahsi geçen yedi teşebbüsten üçünün doğrudan fiyatları birlikte belirlemek konusunda anlaşmış olmalarıdır.

Rekabet Otoritesi ilk ihlal iddiası ile ilgili değerlendirmelerini büyük ölçüde konuyla ilgili ilk dosya olan kağıt toptancıları kararında ortaya koymuş olduğu prensiplere dayandırmıştır. Kararda ayrıca Komisyon'un *Fatty Acids* ve *UK Tractor* kararları ile ATAD'ın *Thyssen Stahl* kararına da göndermede

¹⁰¹ SEIKYTE S. (2006), "The Lithuanian Competition Authority concludes that sharing of confidential information in the wholesale paper distribution market violates both national competition provisions and art. 81 EC (Schneidersöhne Baltija)", e-Competitions, No 12738.

¹⁰² Herfindahl Hirschman Endeksi (kısaca: HHI) genellikle pazardaki yoğunlaşma oranının ölçülmesinde kullanılan bir hesaplama yöntemidir. Endeks, pazarda faaliyet göstermekte olan tüm firmaların pazar paylarının karelerinin toplanması ile elde edilir. Bu sayede daha büyük pazar payına sahip olan firmalara daha fazla ağırlık verilmiş olur. Her ne kadar tüm firmaların pazar paylarının hesaplamaya dahil edilmesi daha doğru olsa da, pazar payı belirlenemeyen küçük ölçekli firmaların dahil edilmemesi sonuç üzerinde önemli derecede farklılığa neden olmayacaktır. Bulunan HHI değeri pazardaki rekabetin şiddeti hakkında genel bir izlenim edinilmesine yardımcı olmaktadır. Birleşme öncesi ve sonrası HHI değerleri arasındaki farka delta denilmektedir. Delta, birleşme nedeni ile pazardaki yoğunlaşmanın hangi seviyede değiştiğini göstermesi bakımından önemlidir. Bkz. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 31, 05.02.2004, p. 5- 18, para. 16.

Yatay Birleşmelere İlişkin Komisyon Rehberinin 19'uncu vd. paragraflarında HHI değeri 1000-2000 arasında olan piyasalar için birleşme sonrası dönemde 250'den daha az değerde bir değişimin ve HHI değeri 2000'in üzerinde olan piyasalar için de 150 birimden daha az değerdeki bir değişimin, diğer koşulları da sağlması halinde rekabeti sınırlandırma riski yaratmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 08-23/237-75 sayılı, 10.03.2008 tarihli kararı.

bulunmaktadır. Bu çerçevede Otorite değiştirilen bilginin niteliğine ve ilgili piyasanın yapısına dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Litvanya Süt Ürünleri Birliği aracılığı ile dağıtılan veriler arasında bireysel ham süt üretim ve süt ürünü satış miktarı yer almaktadır. Otorite bilginin gizli niteliğine dikkat çekmiş ve normalde ilgili verilerin rakiplerin kullanımına açık olmadığını ifade etmiştir. Olayda Litvanya Süt Ürünleri Birliği üyelerinin tamamının sisteme dahil olmaları imkanı mevcuttur ancak bunun karşılığında kendi üretim ve satış miktarı verilerini ifşa etme yükümlülüğü altındadırlar. Bilgi değişimi, teşebbüslerin her ay düzenli bir şekilde paylaşımına dahil olan ve olmayan tüm teşebbüslere ilişkin dağıtım ve pazar payına ilişkin güncel bilgilere ulaşma imkanı tanımaktadır. Pazarın oligopol yapısını da göz önünde bulundurarak, Otorite böyle bir paylaşımın başlı başına ihlal teşkil edeceğini ve eylemin rekabete aykırı etkilerinin mevcut olduğunun farz edilebileceğini ifade etmiştir. Ancak Otorite bir adım daha ileri giderek açıkça bilgi değişiminin amacının rekabeti ihlal etmek olduğunu belirtmekten imtina etmiş ve kısa da olsa bir kararda bir etki analizi gerçekleştirmiştir¹⁰³.

21 Ağustos 2008 tarihinde ise Vilnius Bölge İdare Mahkemesi ilgili iki süt ürünleri üreticisi firmanın açtığı iptal davasını reddetmiştir. Teşebbüslerin iptal gerekçeleri arasında ilgili ürün pazarının hatalı belirlendiği ayrıca değiştirilen bilginin rekabete aykırı bir niteliği olmadığı bulunmaktadır.

Bilgi değişimiyle ilgili savunmalar çerçevesinde, verilerin rakipler arasında doğrudan paylaşılmadığı iddia edilmiştir. Ancak ilgili teşebbüsler düzenli olarak ham süt üretim ve süt ürünleri satış miktar bilgisini birlikten aldıklarını inkar etmemişlerdir. İlgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin devlete istatistik veri sunma yükümlülüğü çerçevesinde, birliğin ilgili verileri bazı devlet ajanslarından elde ettiği ileri sürülmüştür. Gerçekten de ilgili verilerin bir kısmının kamuya açık olduğu tespit edilmiştir. Örneğin Tarım Bakanlığı bireysel süt üreticileri tarafından ham süt üreticilerine ödenmekte olan ortalama satış fiyatlarını ilan etmektedir. İlgili teşebbüsler devletin bu tutumunun süt üreticilerinde benzer bir bilgi değişim sisteminin meşru olacağı kanaati uyandırdığını da iddia etmişlerdir. Ancak tüm bu iddialar Mahkeme'yi ikna etmekte yetersiz kalmıştır. Mahkeme, devlet ajanslarının dolaylı bilgi değişimine katılmış olmaları durumunun firmaların rekabet hukuku sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Çünkü Mahkeme'ye göre söz konusu ajansların, ilgili teşebbüslerin rekabet kurallarına uygunluğunu izlemek konusunda herhangi

¹⁰³ KESERAUSKAS S. (2008), "The Lithuanian NCA inflicts its highest fine ever on a Professional association running confidential information exchange scheme on the raw milk procurement and dairy products market (Dairies III)", e- Competitions, No 17676, February.

bir yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca Mahkeme bu çerçevede paylaşımın karşılıklılık esası uyarınca gerçekleştiğini hatırlatmıştır; Litvanya Süt Ürünleri Birliği aylık alım ve satış raporlarını sadece kendi alım ve satış verilerini ifşa etme taahhüdünde bulunan üyelerine göndermiştir.

Mahkeme ikinci olarak Otorite'nin bilgi paylaşımı ile ilgili yeterli etki analizinde bulunmadığı ve adeta eylemi *per se* kategorisinde değerlendirdiği iddiasını incelemiştir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi her ne kadar Otorite açıkça bilgi değişimi eyleminin amacının rekabete aykırı olduğuna hükmetmemişse de, ilgili pazarların oligopol yapısını göz önünde bulundurarak, başlı başına bilgi değişimi eyleminin rekabeti sınırladığına ve eylem nedeniyle rekabete aykırı etkilerin ortaya çıkacağına farz edilebileceğine karar vermiştir. Teşebbüsler de bu çerçevede Otorite'nin tam bir etki analizi yapmaksızın bilgi değişiminin hukuki niteliğini belirlediğini ve sadece ilgili unsurları soyut bir şekilde değerlendirdiğini iddia etmiştir. Ancak ilgili iddialar Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Mahkeme ATAD'ın *Thyssen Stahl* kararına atıf yaparak bilgi değişimi anlaşmaları değerlendirilirken ilgili pazarın yapısına ve değiştirilen bilginin niteliğine değinilmesi gerektiğini ifade etmiş ve oligopol bir pazarda periyodik olarak gizli bilgi değişiminde bulunulduğunda, bu paylaşımın başlı başına rekabeti sınırladığını belirtmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, bilgi paylaşımı eylemi nedeniyle ilgili teşebbüslerin rekabet etme motivasyonunun azaldığına ve potansiyel rakiplerin pazara girişinin zorlaştırıldığına ilişkin Otorite kararını onamıştır. Davacıların rekabete aykırı fiili etkilerin kararda kanıtlanamadığına ilişkin iddiaları da danişıklı davranış yasağının rekabeti sınırlandırma potansiyeli olan anlaşmaları da kapsadığı ifade edilerek reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre fiili rekabete aykırı etkilerin kanıtlanmasına gerek bulunmamakla birlikte ayrıca ihlal ile bunun etkileri arasında bir nedensellik bağı kurulmasına dahi gerek bulunmamaktadır¹⁰⁴.

5. ALMANYA

Alman Federal Kartel Ofisi lüks kozmetik ürünleri pazarında gerçekleştirdiği bir soruşturma çerçevesinde rakip olan ve olmayan teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımının rekabeti ihlal edip etmediğini araştırmış ve anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın sadece bilgi değişimi nedeniyle firmalara 250.000- 2.1 milyon EUR arasında para cezasına hükmetmiştir.

1995 yılından itibaren, *Chanel, Clarins, Este Lauder, Shiseido, YSL Beaute* gibi pazarda faaliyet gösteren dokuz lider kozmetik üreticisi, şirket içi

¹⁰⁴ KESERAUSKAS S. (2008), "The Lithuanian Administrative Court upholds the NCA's findings of illegal information exchange among dairies (Dairies/ Competition Council)", e-Competitions, No 22374, August.

verilerini paylaşmak amacı ile periyodik olarak toplantılar düzenlemiştir. Ofise göre firmalar bu toplantılar aracılığı ile detaylı satış verileri, reklam harcamaları, iade ürünler, planlanan üretim lansmanları, fiyat artışı ve diğer stratejik hususları üçer aylık periyotlar ile paylaşmışlardır.

Kararda bilgi paylaşımının pazardaki en büyük markaların üreticileri arasında ciro, üretim ve diğer rekabete hassas ticari verilerin sistematik biçimde değişimine yol açtığı tespit edilmiş ve bu durumun ilgili teşebbüslerin pazar davranışları arasında koordinasyon oluşturma riski bulunduğu ifade edilmiştir. İlgili teşebbüsler kararın iptali için Duesseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi önünde dava açmışlardır¹⁰⁵.

6. FİNLANDİYA

Fin Rekabet Otoritesi, günlük tüketici ürünlerinin perakende satışı pazarında bilgi değişimi nedeniyle Finlandiya'nın üç büyük perakende satış grubu aleyhine soruşturma başlatmıştır. Bilgi değişimi *AC Nielsen Oy* isimli pazar araştırma şirketinin sağladığı bir bilgilendirme hizmeti aracılığı ile gerçekleşmiştir. Soruşturma neticesinde Otorite bilgi değişiminin rekabet kuralları çerçevesinde yasak olduğuna ancak ilgili teşebbüslere para cezası verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

Pazar araştırma şirketi tarafından sunulan hizmet ile süpermarketlerden ve diğer perakende satış kanallarından bilgi toplanmış, toplanan veriler araştırma şirketi tarafından işlenmiş ve üyelerine iletilmiştir. Hizmetten sadece kendi verilerini ifşa eden firmalar faydalanabilmiştir. Araştırma şirketi tarafından müşterilerine iletilen verilerin yaşı bir ila beş hafta arasında değişmekte ve ürün grupları, üreticiler, markalar ve ürün isimleri çerçevesinde hem ulusal hem de bölgesel temelde sınıflandırılmış detaylı satış bilgilerini içermektedir. Değiştirilen bilgiler arasında satış değerleri, satış miktarları, tüketici fiyatları ve pazar payları da bulunmaktadır.

Kararda günlük tüketici ürünleri pazarının son derece yoğunlaşmış olduğu ifade edilmektedir. Her üç firmanın toplam pazar payı % 85 civarındadır. Bu çerçevede Fin Rekabet Otoritesi ilgili teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi paylaşımının rekabeti ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Otorite'ye göre ilgili teşebbüsler bilgi paylaşımı sayesinde rakiplerinin satış miktarlarını ve ürün bazında ortalama satış fiyatlarını öğrenebilmişler ve rakiplerinin fiyatlama faaliyetlerini izleme imkanına kavuşmuşlardır. Otorite'ye göre paylaşım nedeniyle ilgi firmalar arasında koordinasyon ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca

¹⁰⁵ PALLINGER K. (2008), "The German Federal Cartel Office imposes multi-million fines on account of market information exchange", e- Competitions, No 21256, July.

bilgi değişimi ilgili firmaların gelecekte rekabete aykırı anlaşma yapmalarına ve böyle bir anlaşmaya uymayanları tespit edip cezalandırmalarına da olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla Otorite bilgi değişiminin potansiyel olarak rekabete aykırı etkileri olabileceği gerekçesi ile rekabete aykırı olduğuna hükmetmiştir. Ancak kararda bilgi değişimi yasaklanmakla birlikte, soruşturma açılması ile birlikte firmaların paylaşımına son vermeleri nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Otorite'ye göre soruşturma esnasında paylaşımına son verildiği için eylemin rekabete olumsuz etkileri de sona ermiştir¹⁰⁶.

7. ÇEK CUMHURİYETİ

25 Şubat 2009 tarihinde Çek Yüksek İdare Mahkemesi, Rekabet Otoritesi'nin Brno Bölge İdare Mahkemesi kararına karşı açmış olduğu iptal davasına ilişkin nihai kararını vermiştir. Karar ile Brno Bölge İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararı onanmıştır. Rekabet Otoritesi'nin iptale konu olan 19 Aralık 2006 tarihli kararı, 1997- 2004 yılları arasında altı bankaya yapı tasarrufları pazarında bilgi paylaşımında bulunmaları nedeniyle para cezası verilmesine ilişkindir. Otorite'ye göre ilgili bilgi değişimi anlaşması rekabetin sınırlandırılması potansiyeline sahiptir bu nedenle yasaklanması ve geçersiz addedilmesi gerekir.

Otorite'nin bahis konusu kararı verme süreci de karmaşık geçmiştir. Şöyle ki, ofis başkanı alınan kararı iki kez ilgili teşebbüslerin sadece bilgi değıştirdikleri, bunun dışında daha kompleks bir ihlal gerçekleştirmedikleri sebebiyle iptal edilmiştir.

Başkanın iptal gerekçeleri arasında pazarın hatalı tanımlandığı, yeterli delil bulunmadığı, özellikle bilgi paylaşımının pazardaki ekonomik etkilerinin yeterince analiz edilmediği dolayısıyla Otorite'nin paylaşımı hatalı değerlendirdiği yer almaktadır. Başkana göre ilgili delillerden bilgi değişiminin rekabeti bozduğu sonucuna ulaşılamamaktadır. Otorite'nin böyle bir sonuca ulaşabilmesi için pazarın yapısını ve somut olayın şartlarını derinlemesine incelemesi gerekirdi. Karara göre bu durumda bilgi değişiminin sadece rekabeti sınırlandırma potansiyeline sahip bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkündür ancak, paylaşımın bu şekilde nitelendirilmesi eylemin gerçekten rekabeti bozma potansiyeline sahip olup olmadığını göstermemektedir. Bunun için anlaşmanın kendine özgü hükümlerinin incelenmesi gerekir.

¹⁰⁶ RASINKANGAS S. (2008), "The Finnish Competition Authority closes its investigation into exchange of confidential information in the daily consumer goods retail trade market (RuokaKesko, Suomen Osuuskauppojen Keskuskunta, Tradeka)", e-Competitions, No 19963, June.

Başkan tarafından eylem nedeni ile para cezasının % 1 olarak belirlenmiş olması da orantılı görülmemiş ve daha önceki yıllarda çok daha ağır ihlaller için bu oranda ceza verildiğini belirterek, Otorite'nin eylemin ağırlığı ile cezanın miktarını doğru biçimde dengeleyemediği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca başkan, Otorite'nin bilgi değişimiyle ilgili anlaşmanın rekabeti sadece potansiyel olarak engellemiş olduğu hususunu dikkate almayarak haksız bir şekilde yüksek bir para cezası oranına hükmettiği sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁷. Ancak 18 Nisan 2007 tarihinde başkan kararın esasa ilişkin bazı kısımlarının değiştirilmesi ertesinde Otorite'nin kararını kabul etmiştir.

Gelişme üzerine ilgili teşebbüsler Brno Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme 8 Ocak 2008 tarihinde ilgili kararı iptal etmiştir. Karara göre Mahkeme, Otorite'nin anlaşmanın rekabete aykırı etkileri olduğu görüşüne katılmamaktadır. Mahkeme'ye göre yatay bilgi değişimi anlaşmaları kârî olarak rekabete aykırıdır denilemez, bunların amaçlarının ve etkilerinin dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerekir. Mahkeme'ye göre böyle bir anlaşma sadece katılımcı teşebbüslerin geleceğe ilişkin davranışlarını ifşa etme kabiliyetine sahip olduğunda rekabete aykırı olabilir. Eğer geleceğe ilişkin davranışları ifşa kabiliyeti farazi olarak değil, somut olarak ortaya koyulamıyorsa anlaşmanın yasaklanması mümkün değildir. Bölge İdare Mahkemesi delilleri ve Otorite'nin gerekçelerini anlaşmanın rekabete aykırı etkisi olduğunu kanıtlamaktan uzak olduğunu ifade etmiştir.

Otorite Bölge İdare Mahkemesi'nin söz konusu kararına karşı Yüksek İdare Mahkemesi önünde karşı çıkmıştır. Ancak Yüksek İdare Mahkemesi, Otorite'nin temyiz talebini reddetmiştir. Kararın gerekçesi incelendiğinde Yüksek İdare Mahkemesi'nin, Bölge İdare Mahkemesi'nin tespitlerinin çoğuna katıldığı görülmektedir. Mahkeme'ye göre sadece rekabeti fark edilir biçimde sınırlandıran anlaşmalar yasaklanabilir.

Yüksek Mahkeme, somut olayda bilgi değişiminin yüksek derecede yoğunlaşmış bir oligopol pazarda gerçekleştiğini, paylaşım konusu verilerin oldukça detaylı olup aleni olmadığını, paylaşım nedeniyle teşebbüslerin birbirlerinin pazar pozisyonlarını ve pazardaki gelişimlerini takip edebildiklerini kabul etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme'ye göre, sayılan bu hususlar anlaşmanın rekabete aykırı olduğunun ortaya koyulması bakımından yeterli değildir. Tıpkı Bölge İdare Mahkemesi'nin ifade etmiş olduğu gibi, Otorite böyle bir etkinin ispatlanabilmesi için yeterli delil ortaya koyamamıştır. Ayrıca Yüksek Mahkeme,

¹⁰⁷ JICHOVA J. (2006), "The Czech Competition Authority annuls a decision having found 8 banks guilty of exchange of information (Stavebni sporitelny)", e-Competitions, No 12532, August.

Otorite'nin pazar koşullarını anlaşmanın mevcut olduğu ve olmadı iki durum için ayrı ayrı değerlendiren bir analiz gerçekleştirmediğini ifade etmiştir. Nihayet Yüksek Mahkeme'ye göre, anlaşma nedeniyle katılan teşebbüslerin gelecekteki davranışlarının belirlenebildiği de Otorite tarafından ispat edilememiştir, dolayısıyla Otorite'nin kararının iptali gerekmektedir¹⁰⁸.

8. İSPANYA

İspanya Rekabet Otoritesi Film Dağıtıcıları Birliği üyesi beş teşebbüse bilgi değişimi nedeniyle açtığı bir soruşturma neticesinde para cezası vermiştir. Soruşturma süreci İspanya Sinemacılar Birliğinin 2003 yılında gerçekleştirmiş olduğu bir şikayet ile başlamıştır. İddiaya göre film dağıtıcıları birlikleri aracılığı ile rekabete hassas bilgi değişimi gerçekleştirmektedirler. Ayrıca dağıtıcıların uygulamakta oldukları sözleşmelerdeki bazı hükümlerde paralellik mevcuttur.

Kararda ilgili piyasanın oligopol nitelikli olduğu ve ilgili teşebbüslerin toplam pazar paylarının % 70 civarında olduğu ifade edilmektedir. Otorite'ye göre film dağıtıcıları gösterilen filmlerle ilgili daha güvenilir bilgi almak amacıyla bir 1999- 2004 yılları arasında bir veritabanı oluşturmuşlardır. Her ne kadar birlik veritabanındaki bilgilerin hassas olmadığını çünkü farklı kanallardan da ilgili verilere ulaşılabileceğini ileri sürmüşse de Otorite bu iddiayı reddetmiştir. Otorite'ye göre veritabanında sadece halka açık bilgiler değil, çok daha detaylı veriler paylaşılmıştır. Bu paylaşım sayesinde dağıtıcılar birbirlerinin önemli filmleri hangi tarihlerde vizyona koyacaklarını önceden öğrenebilmişler ve en iyi gişe filmleri açısından rekabet etmemişlerdir.

Kararda bilgi değişiminin yanında dağıtıcıların 1998 yılından itibaren sözleşmelerine birbirine çok benzeyen hükümler koymaları hususuna da değinilmiştir. Bu çerçevede önemli gişe filmleri için tüm dağıtıcıların sinemalardan filmin gösterime girdiği ilk hafta için elde edilen cironun % 60'ını talep ettikleri, izleyen haftalarda talep edilen ücretlerin de aynı oranlarda azalarak seyrettiği belirtilmiştir. Ayrıca ilgili sözleşmelerdeki indirimler gibi diğer ödeme koşullarının da aynıyet gösterdiği ifade edilmiştir. Kararda Otorite bu paralelliğin sadece danışıklılıktan kaynaklanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Teşebbüsler arasında bu konuda akdedilmiş herhangi bir anlaşma bulunmadığı için davranış uyumlu eylem olarak nitelendirilmiştir. Kararda ayrıca sinemaların uyumlu eylemi dengeleyen bir alıcı gücünün bulunmayışı da dikkate alınmıştır. Bu

¹⁰⁸ KINDL J. (2009), "The Czech Supreme Administrative Court takes a liberal approach towards information exchange agreements (Building saving banks)", e-Competitions, No 26574, July.

çerçevede birliğe 900.000 EUR, her bir teşebbüse ise 2,4 milyon EUR para cezası verilmiştir¹⁰⁹.

9. İNGİLTERE

İngiltere’de 50 adet bağımsız okulun bilgi paylaşımı yoluyla fiyat belirlemede buldukları iddiası ile OFT tarafından bir soruşturma başlatılmış ancak ilgili teşebbüslerin taahhütte bulunmaları neticesinde soruşturma kapatılmıştır. Olayda okul ücretlerinin artırılması ve seviyesine ilişkin bir bilgi değişimi söz konusudur. Taahhüt uyarınca okulların bilgi değişimine katılmalarının rekabeti bozduğunu kabul etmeleri ayrıca her bir okulun 10.000 sterlin tutarında para cezası ödemesi gerekmektedir. Sayılanların dışında ilgili okulların beş yıl boyunca yılda 12.000 sterlini (toplam 3.000.000 sterlin) öğrencilerin yararına hayır işlerinde bulunan bir tröst fonuna aktarmaları söz konusudur. Bu sayede ilgili teşebbüsler haklarında açılacak özel hukuk davalarının önüne geçmiştir. OFT’nin uzlaşmayı kabul etmesindeki en önemli etken somut olayın şartları çerçevesinde ilgili teşebbüslerin yaratıcı ve orantılı bir öneride bulunmuş olmalarıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki OFT, herhangi bir okulun taahhüt kararına karşı iptal davası açması durumunda para cezalarını artırma ve uzlaşma amacıyla yaptığı masrafları talep hakkını saklı tutmuştur. Benzer bir durum okullardan herhangi birinin taahhüde uymaması halinde de söz konusudur. Uzlaşmada ve OFT tespitlerinde ilgili anlaşmanın etkilerinden ve özellikle ücretlerde fiilen bir artışa neden olup olmadığından bahsedilmediği belirtilmelidir. İlgili karar 20 Kasım 2006 tarihinde, CA98/05/2006- Case CE/2890-03 sayılı ile yayımlanmıştır¹¹⁰.

10. İTALYA

10.1. Gemi Kaplamaları Pazarı

25 Ocak 2007 tarihli bir karar ile İtalyan Rekabet Otoritesi gemi kaplama endüstrisinde faaliyet göstermekte olan beş teşebbüs hakkında kartel oluşturdukları ve ihalelerde müşteri paylaştıkları gerekçesi ile rekabetin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ayrıca haklarında soruşturma açılan teşebbüslerin bazı

¹⁰⁹ COLOMO P. I. (2006) , “The Spanish NCA fines the main association of film distributors € 900,000 for exchange of sensitive information- Hollywood majors’ subsidiaries in Spain are moreover fined € 2,400,000 for concerted practices in the distribution of films (Distribuidores Cine-FEECE)”, e-Competitions, No 1329, May.

¹¹⁰ GILES M. (2006), “The OFT finds that an exchange of information on independent school fees violates national competition provisions but accepts a structured settlement (Independent Schools)”, e- Competitions No 12743, November.

JONES A. (2005), “The OFT proposes for the first time a settlement in order to cease information exchange and price- fixing (Independent Schools)”, e- Competitions, No: 684, November.

ürünlerin fiyatlarını birlikte belirledikleri de tespit edilmiştir. İlgili teşebbüsler ihalelerde danışıklı davranabilmek amacıyla düzenli olarak iletişim içinde bulunmuşlar ve hassas bilgi paylaşımı gerçekleştirmişlerdir. Ayrıca ilgili teşebbüslerin üyesi oldukları sektör derneğinin de veri toplanması ve işlenmesi konusunda önemli rolünün bulunduğu tespit edilmiştir. İlgili teşebbüsler cezadan kurtulabilmek amacıyla uzlaşma talebinde bulunmuşlar, ayrıca bilgi paylaşımını sona erdirmek, Otorite'nin ihale pazarını izlemesini sağlamak ve rekabet uzmanları ile birlikte sektöre ilişkin davranış kuralları hazırlamak gibi taahhütlerde bulunmuşlardır. Ancak Otorite, pazar paylaşma ve fiyat belirleme eylemlerini ciddi ihlal kategorisinde değerlendirerek bu nitelikli eylemlerde bulunan firmaların yaptırımdan kurtulamamaları gerektiğini ifade etmiş ve taahhütleri reddetmiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki ilgili teşebbüslerin soruşturma sürecinin başlaması ile birlikte bilgi değişimine son vermiş olmaları cezadan indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulmuştur¹¹¹.

10.2. Makarna Üretim Pazarı

26 Şubat 2009 tarihinde İtalyan Rekabet Otoritesi 26 makarna üreticisinin ve iki teşebbüs birliğinin, dağıtıcılara uygulanan fiyat artış oranlarını birlikte belirledikleri gerekçesi ile rekabeti ihlal ettiklerine hükmetmiştir. İlgili teşebbüsler birlikleri aracılığı ile gerçekleştirdikleri toplantılarda, artan hammadde fiyatları karşısında nihai ürün fiyatlarını arttırmaya karar vermişler ve fiyat artış oranı belirlemişlerdir. Uygulamada her teşebbüs fiyatını aynı oranda artırmamıştır ancak düzenli olarak yapılan toplantılarda katılımcı tüm teşebbüsler fiyatların arttırılması gerektiği konusunda fikir birliğine varmış, ayrıca rekabete hassas bilgili paylaşımında bulunmuşlardır. Teşebbüsler arasında konuyla ilgili dört farklı toplantı gerçekleşmiş, Otorite'nin soruşturma açması ile birlikte bu toplantılara son verilmiştir.

Otorite ilgili teşebbüslerin bu uygulamasının 81'inci madde ile yasaklanan bir anlaşma olduğuna karar vermiştir. Kararda ilgili teşebbüslerin planlanan fiyat artışları ile ilgili olarak bilgi değişiminde buldukları, bu durumun firmalara, rakiplerinin geleceğe ilişkin ticari politikalarını öğrenme ve kendi pazar konumlarını bu bilgiye göre belirleme imkanı verdiği iddia edilmektedir. Otorite, rakiplerin geleceğe ilişkin ticari politikalarına ilişkin bilgilerin rekabete hassas olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca

¹¹¹ GIANNINO M. (2007), "The Italian Antitrust Authority fines more than 4 M € firms on the basis of Art. 82 EC for having exchanged information on the marine coatings market (Vernici Marine)", e-Competitions, No 13245, January.

ilgili teşebbüslerin toplantılardan sonra ortak bir pazar davranışını belirledikleri tespit edilmiştir¹¹².

11. TÜRKİYE

11.1. Rekabet Kurumu'nun Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi Hakkında Görüşü

Rekabet Kurumu, Petrol Piyasası'nda Uygulanacak Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi'nin yeniden yapılandırılmasına ilişkin düzenleme taslağı hakkında görüşünde, ilgili taslağın bilgi paylaşımını öngören hükümleri hakkında bazı tespitlerde bulunmuştur¹¹³. Kurum'a göre piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin satış ve üretim miktarlarını ayrıca özellikle fiyat gibi ticari bilgilerini paylaşmaları rekabet hukuku açısından sıkıntı yaratabilmektedir.

Görüşte ODD kararına atıfla bilgi değişiminin pazarın şeffaflaşmasına ve rekabetçi davranışların koordinasyonuna neden olabileceği belirtilmektedir¹¹⁴. Bilgi değişiminin rekabete etkileri değerlendirilirken pazarın yapısının ve değiştirilen bilginin niteliğinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca oligopolistik pazarlarda bilgi değişiminin rakiplerinin birbirleriyle anlaşmalarını veya bu anlaşmaları uygulayabilmelerini kolaylaştırdığı ve ürünlerin homojen olduğu pazarlarda rekabetin çok daha kolay bir şekilde sınırlanabileceği dile getirilmektedir. Nihayet, bilgi değişimine neden olan anlaşma değerlendirilirken pazar yapısının, yoğunlaşma düzeyinin, giriş engellerinin ve değiştirilen bilginin doğasının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.

Kurum, ilgili görüşünde PETDER kararını hatırlatarak, geçmişe ilişkin satış miktarı bilgilerinin derlenerek yayınlanmasının rekabeti sınırlandırmadığını ancak fiyata, stok ve üretim kapasitesine ayrıca ticari koşullara ilişkin bilgi değişim sistemlerinin rekabeti kısıtlama ihtimalinin daha yüksek olduğunu ifade etmektedir¹¹⁵. Bu çerçevede Kurum'a göre teşebbüslerin uyguladıkları fiyatlara ilişkin bilgilerin EPDK tarafından yayınlanması rakipler arası koordinasyon veya piyasadaki rekabetin azalması riskini taşımaktadır. Ayrıca akaryakıt ürünlerinin homojen ve pazardaki CR4 oranının % 80'den fazla olması hususunun söz konusu riski arttırdığı ifade edilmektedir.

¹¹² FOSSELD D., AURICCHIO V., MOSCA V. (2009), "The Italian Competition Authority inflicts a fines over € 12 M upon the main 26 producers of pasta and two associations of undertakings, for allegedly exchanging information and adopting other initiatives to increase prices (Listino prezzi della pasta)", e- Competitions, No 25933, February.

¹¹³ Rekabet Kurumu (2007), Petrol Piyasasında Uygulanacak Fiyatlandırma Sistemine İlişkin Taslak hakkında görüş.

¹¹⁴ Rekabet Kurulu'nun 04-26/287-65 sayılı, 15.04.2004 tarihli kararı.

¹¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 07-76/ 907- 345 sayılı, 20.09.2007 tarihli kararı.

Açıklanan nedenlerle Kurum; iletim ve depolama lisansları çerçevesinde oluşturulan tarifelerin ilan edilmesine karşı çıkmamıştır. Dağıtım firmalarının bayilerine uyguladıkları tavan veya tavsiye fiyatların internette ilan edilmesinin rekabeti sınırlandırma riski olduğu belirtilmiş ancak tüketicilerin ilgili fiyatlara erişimi kolaylaştığı için uygulamaya gözetim altında tutulması koşulu ile izin verilmiştir. Görüşte, akaryakıt toptan fiyatının ve dağıtım fiyatının kamuya duyurulmasında herhangi bir tüketici yararı bulunmadığı gerekçesi ile bunların güncel olarak yayınlanmasına izin verilmemiştir. Ancak bir yıllık gecikmelerle ilan edilmelerinde bir sakınca olmadığı ifade edilmiştir. Nihayet Kurum, tüketicilerin akaryakıt istasyonundaki panolarda gördükleri fiyat ile satış fiyatı arasında fark olmaması gerektiğini dile getirmiş dolayısıyla bayilerin tavan fiyatı değil, fiilen uyguladıkları fiyatı panolarında yayınlamalarının daha doğru olacağını belirtmiştir.

11.2. Rekabet Kurulu Kararları

11.2.1. Rekabet Kurulu'nun Bilgi Değişimine Değindiği Kartel Kararları

Yonga ve lif levha karteli kararları¹¹⁶ ile Rekabet Kurulu, satış fiyatlarını sektör derneği aracılığı ile gerçekleştirdikleri aylık toplantılarda birlikte belirledikleri gerekçesi ile ilgili teşebbüslere toplam 652 milyar Lira para cezası vermiştir. Kartele taraf teşebbüsler hem dernek toplantılarında geleceğe yönelik fiyat stratejilerini paylaşmak sureti ile ortak fiyat artış miktarlarında ve tarihlerinde uzlaşmışlar hem de kararlaştırılan artış tarihinden sonra hazırladıkları fiyat listelerini birbirlerine fakslamak yoluyla verilen karara uyulup uyulmadığını kontrol etmişlerdir. Kurul, Komisyon'un *Polypropylene* kararına atıfla, teşebbüslerin söz konusu eylemlerinin farklı anlaşmalar teşkil etmediğini, 1993 yılından beri süre gelen tek bir anlaşmanın yürütülmesi veya uygulanmasına yönelik ayrıntılar, tali mutabakatlar niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Nitekim teşebbüslere ihlal nedeni ile verilecek ceza oranlarını belirlerken teşebbüslerin kendi aralarında veya dernek aracılığı ile gerçekleştirdikleri bilgi değişimleri ayrı bir ihlal kalemi veya ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmamıştır. Tek ihlal yorumundan yola çıkılarak her bir teşebbüse münferit eylemleri nedeni ile belirlenen oranların toplamı değil tek bir ceza oranı uygulanmıştır¹¹⁷.

Gübre Karteli kararı¹¹⁸ ile Rekabet Kurulu, ilgili pazarda faaliyet göstermekte olan altı teşebbüse, satış fiyatlarını anlaşarak tespit ettikleri, toplu gübre alım ihalelerinde bölge ve miktar paylaşımı gerçekleştirdikleri, birlikte bazı

¹¹⁶Rekabet Kurulu'nun 03-12/135-63 sayılı, 25.02.2003 tarihli ve 02-53/685-278 sayılı, 06.09.2002 tarihli kararları.

¹¹⁷Kararla ilgili bilgi için bkz. ASLAN İ.Y. (2007), Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 309.

¹¹⁸Rekabet Kurulu'nun 02-07/57-26 sayılı, 08.02.2002 tarihli kararı.

ihalelere girmedikleri ve rakipleri olan ithalatçı kuruluşların faaliyetlerini zorlaştırmak için anlaştıkları gerekçesi ile toplamda 7,3 trilyon lira para cezası vermiştir. Karardan anlaşıldığı üzere, ilgili teşebbüsler hem sektör dernekleri vasıtası ile hem de kendi aralarında fiyat listelerini birbirlerine göndermek sureti ile rekabete hassas bilgileri paylaşmışlardır. Kurul, söz konusu bilgi paylaşımının pazar paylaşımı, fiyat tespiti (oligopolistik fiyat ayarlaması) gibi rekabet ihlallerinin gerçekleşmesi bakımından uygun bir ortam hazırladığını ve rakipler arasında koordinasyonu kolaylaştırdığını ifade etmiştir. Dernek aracılığı ile meydana gelen bilgi değişimi, dernek toplantıları, dernek istatistik bülteni ve derneğin kamu kuruluşlarına gönderdiği bilgiler bazında ayrılarak incelenmiştir. Kurul dernek toplantılarında arz, talep durumu, satış politikaları, fiyatlar, maliyetler, satış sistemleri gibi konular hakkında gerçekleşen bilgi paylaşımının pazardaki belirsizlik unsurunu ortadan kaldırdığını ifade etmiş ve bu eylemleri yasaklamıştır. Derneğin hazırladığı istatistik bültenlerde yer alan aylık, kümülatif üretim, kapasite, kapasite kullanım oranları ve satış miktarlarına ilişkin bilgiler ile, üç aylık ithalat- ihracat miktarları hakkındaki bilgiler bakımından Kurul herhangi bir yasaklama getirmemiştir. Ancak Kurul söz konusu bilgilerin teşebbüslerin bireysel verilerini göstermesi durumunda pazarın aşırı derecede şeffaflaşabileceğini ifade etmiştir. Belirtmek gerekir ki söz konusu istatistik bilgiler kapsamında fiyat verileri bulunmamaktadır. Kamu kurumlarına gönderilmek üzere dernek tarafından toplanan bilgiler bakımından, rakiplerin bireysel verilerinin (özellikle teşebbüslerin cari satış fiyatları verilerinin) birbirleri ile kıyaslandığı tablolar haline getirilmesi ve daha sonra ilgili tüm teşebbüslere söz konusu tabloların gönderilmesi eyleminin de pazarı şeffaflaştırdığı ifade edilmiştir. Kurul para cezalarını hesaplarken her bir ihlal kalemini ve söz konusu ihlal kalemi nedeni ile ilgili teşebbüse uygulanacak olan ceza oranını ayrı ayrı belirtmiştir (dört ayrı ihlal kaleminin her biri için ayrı bir yüzde belirlenmiştir). Söz konusu ihlal kalemleri arasında bilgi değişimi bulunmadığı gibi, ayrıca söz konusu eylem ağırlaştırıcı sebep olarak dahi para cezalarının tespitinde dikkate alınmamıştır.

İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara bölgeleri çimento karteli kararı¹¹⁹ ile Rekabet Kurulu söz konusu bölgelerde faaliyet göstermekte olan teşebbüslere, ilgili ürünlerin fiyatlarını birlikte belirledikleri, rekabetçi davranışlarını koordine ettikleri, pazar paylaştıkları, bayilik anlaşmaları aracılığı ile bölgeler arası ticareti engelledikleri gerekçeleri ile toplam 5 trilyon Lira para cezası vermiştir. Söz konusu kararda teşebbüsler arasında gerçekleşmiş olan bilgi değişimi ihlaller bakımından kolaylaştırıcı eylem olarak dikkate alınmıştır. Verilen para cezalarının belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin geleceğe yönelik ticari stratejilerini de

¹¹⁹ Rekabet Kurulu'nun 02-06/51-24 sayılı, 01.02.2002 tarihli kararı.

kapsayan bilgi değişimi, belirli bir oranda ceza verilmesini gerektiren ayrı bir ihlal kalemi olarak değerlendirilmediği gibi ağırlaştırıcı bir sebep olarak dahi göz önünde bulundurulmamıştır.

11.2.2. Kurulun Bilgi Değişimi Hakkında Menfi Tespit/ Muafiyet Kararları

TÇMB Görüşü: Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği 01.12.1997 tarihinde klinker ve çimento üreticisi üyeleri arasında gerçekleştirmekte olduğu bilgi değişimi sistemine menfi tespit verilmesi amacı ile Rekabet Kurumu'na başvurmuştur. İlgili sistem sayesinde TÇMB üyeleri tüm çimento ve klinker üreticisi rakiplerinin aylık üretim, iç satış, ihracat ve stok bilgilerine ulaşabilmektedirler. Kurum 15.05.1998 tarihli, 1054 sayılı görüşü ile söz konusu sistemin çimento pazarının kendine has özellikleri nedeni ile bilgi değişiminin rekabetin ihlaline sebebiyet verebileceği, piyasanın aşırı derecede şeffaflaşabileceği ve durağan bir pazar yapısına neden olabileceği gerekçeleri ile menfi tespitten yararlanamayacağını belirtmiştir. Kurum ilgili görüşünde söz konusu sakıncaların ne şekilde ortadan kaldırılabileceğine de yer vermiştir. Buna göre, TÇMB üyeleri arasındaki bilgi değişiminin rekabeti sınırlayıcı olmaması için miktar verilerinin bireysel olmaması gerekmektedir. Örneğin ilgili coğrafi birimlerde birden fazla sayıdaki teşebbüslerin bilgilerinin birleştirilmesi ile elde edilecek verilerin paylaşılması daha uygun olacaktır. Ancak ilgili coğrafi birimde üçten fazla teşebbüs faaliyet göstermiyorsa söz konusu bölge verilerinin en yakın bölge verileri ile birleştirilerek paylaşılması gerekmektedir. Ayrıca miktara ilişkin veriler ürün gruplarına göre ayrıştırılmak istendiğinde, söz konusu alt kırılım ilgili ürünler en fazla üç gruba ayrılarak gerçekleştirilmeli ve bölgesel toplamlar halinde paylaşılmalıdır. Belirli bir veri gurubuna ilişkin olarak teşebbüslerin birbirleri ile kıyaslandığı tabloların hazırlanması, tabloların yanında yorum, analiz veya tavsiyelere yer verilmesi ve tablolarda yer alan istatistiklerin birlik üyelerinin bir araya geldikleri toplantılarda tartışılması uygun olmayacağı gibi, geleceğe ilişkin verilerin paylaşılması da uygun değildir. Kurum, TÇMB'den teşebbüslerin miktar bilgileri gibi bireysel verilerinin gizliliğinin sağlanması ve söz konusu bilgilerin hiçbir şekilde üye teşebbüs temsilcileri ile paylaşılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Nihayet Kurum'a göre teşebbüslerin aylık verilerini gösteren tabloların ilgili ayın bitiminden itibaren iki ay geçmeden üyeler ile paylaşılmaması gerekmektedir. Kurum TÇMB'den bilgi değişimi sistemini yukarıda özetlenen çerçevede revize edilerek uygulanması gerektiğini ifade etmiş ve TÇMB'nin yeni kurallar ışığında hazırlayacağı tabloları üyeleri ile paylaşmadan önce Kurum'a incelenmek üzere göndermesini talep etmiştir. TÇMB 22.05.1998 tarihinde Kurum'a gönderdiği bir yazı ile üyelerinden aylık ve devrelik olarak üretim, iç satış, ithalat, ihracat ve stok bilgilerini almaya devam edeceğini, üretici bazında hazırlanmış bölgesel sonuçları içeren tabloları üyelerine iki aylık gecikmeler ile

göndereceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak TÇMB yine teşebbüslere ilişkin bireysel bilgileri diğer üyeleri ile paylaşacak ancak bunu aylık değil de iki aylık periyotlar ile gerçekleştirecektir. TÇMB olayı ile Kurum potansiyel olarak rekabeti sınırlandırabilecek olan bilgi değişimi sistemine doğrudan ceza vermek yerine, ilgili sistemin hangi şartları taşıması halinde rekabeti sınırlandırmayacağı belirtmiş ve ilgili teşebbüs birliğine bu şartlara uyması halinde menfi tespit vereceğini ifade etmiştir.

*Ortak Havacılık Operasyon Sözleşmesi:*¹²⁰ Rekabet Kurulu BP, Mobil, Shell arasında imzalanan Türk Hava Meydanlarında Depolama ve Uçaklara Yakıt İkmali İçin Ortak Havacılık Operasyon Sözleşmesine 17.01.2006 tarihinde menfi tespit vermiştir. Söz konusu sözleşme, ilgili teşebbüslerin İstanbul Atatürk, Antalya, İzmir Adnan Menderes ve Bodrum havaalanındaki münferit depolama tesislerini bir araya getirmeleri sureti ile depolama ve ikmal hizmetlerini tek elden yürütmelerine ilişkindir. Taraflar depolama ve ikmal hizmetleri dışındaki konularda, örneğin müşteri bulma, fiyatlandırma, stratejik karar alma gibi konularda tamamen birbirlerinden bağımsızdırlar. İşlemin gerekçesi maliyetlerde tasarruf sağlamak, havaalanlarındaki sınırlı depo alanlarını etkin biçimde kullanmak ve çevre kirliliğini azaltmaktır. Kurul ilgili sözleşmeye taraflar arasındaki rekabete hassas bilgilerin değişimine ve dolayısıyla rekabetçi davranışların koordinasyonuna neden olmayacağından bahisle menfi tespit vermiştir. Kurul'a göre ortaklık ilişkisinin tarafların satış fiyatlarını ve koşullarını etkileyebilecek bir yanı bulunmamaktadır. Şöyle ki tarafların satış fiyatları ve satış miktarları zaten tüm ilgili teşebbüslerin katıldıkları ihaleler ile daha önceden belirlenmektedir, ortaklık ilişkisi neticesinde tarafların sadece birbirlerinin güncel miktar bilgilerini öğrenmeleri söz konusudur, ancak Kurul güncel satış miktarı bilgilerinin rekabete duyarlı sayılmayacağını ilgili kararında açıkça ifade etmiştir. Bahis konusu kararda ilgili sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'a aykırı bir yönü bulunmamıştır.

*PETDER:*¹²¹ Petder akaryakıt, ihrakiye, madeni yağ ve LPG sektörlerinin büyüklüğü ve gelişimine ilişkin istatistik bilgileri teşebbüs bazında aylık satış miktarları ve ülkesel toplamları olarak düzenlemek ve aylık olarak internet sitesinde yayınlamak amacı ile Kurul'a menfi tespit veya muafiyet başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu veriler sadece Petder üyelerinin değil, tüm ilgililerin kullanımına açık olacaktır. Dernek tarafından düzenlenip yayınlanacak olan bilgiler hiçbir şekilde fiyat, stok, gibi diğer satış koşulları hakkında herhangi bir bilgi içermeyecektir. Kurul yaptığı değerlendirmelerde özellikle oligopolistik

¹²⁰ Rekabet Kurulu'nun, 06-65/1202-365 sayılı, 28.12.2006 tarihli kararı.

¹²¹ Rekabet Kurulu'nun, 07-76/907-345 sayılı, 20.09.2007 tarihli kararı.

pazarlarda periyodik bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkileri olabileceğini ancak bu tür bilgi değişimlerinin rekabet hukuku kapsamında sistematik bir biçimde yasaklanmadığını ifade etmektedir. Nitekim Kurul benzer bir değerlendirmeyi ODD kararında da yapmış ve sadece bilgi değişimlerinin rekabet ihlali oluşturamayacağını ifade etmiştir. Kurul'a göre rekabete hassas bilgilerin değişimi nedeni ile rakiplerin arasında koordinasyon veya rekabete aykırı anlaşma oluşursa veya daha önce yapılmış olan rekabete aykırı bir anlaşmanın izlenmesi amacı ile bilgi değiştiriliyorsa söz konusu bilgi değişimi fiilen rekabeti ihlal ediyor sayılacaktır. Kurul'un bu açıklamaları bilgi değişiminin kartel anlaşmalarının kolaylaştırıcı eylemi niteliğinde olduğu zamanlarda fiilen rekabeti sınırlandırabileceği şeklinde bir içtihadının mevcut bulunduğunu ortaya koymaktadır. Sonuç olarak kararda Jet yakıtı, akaryakıt, madeni yağ ve LPG pazarlarına ilişkin olarak teşebbüs bazında bireysel miktar bilgilerinin aylık biçimde yayımlanmasının rekabeti ihlal etmeyeceği ifade edilmiştir.

*ODD:*¹²² Kurul, 15.04.2004 tarihinde Otomotiv Distribütörler Derneği'nin internet sitesi aracılığı ile gerçekleşecek olan bilgi değişimi sistemine menfi tespit belgesi verilmesine karar vermiştir. İlgili sistem ile ODD üyelerinin ve büyük müşterilerinin Türkiye'de satılan yeni otomobil ve ticari araçlara ilişkin olarak yıllık ve aylık bazda satış ve ithalat miktarına, bu bilginin marka bazında alt kırılımlarına ve yine marka bazında ilgili teşebbüslerin pazar payı bilgilerine ulaşmaları mümkündür. Kurul, satış ve ithalat miktarı verilerinin marka bazında alt kırılımlarının olması durumunu verinin aşırı derecede detaylı olarak değerlendirilmesini gerektirmeyeceğini ifade etmiştir. Şöyle ki Kurul'a göre otomotiv sektöründe değiştirilen miktar verilerinin aşırı derece detaylı sayılabilmesi için bölge veya il bazında ayrıştırılmış olmaları veya ürünlerin alt segmentlerine ilişkin kırılımlar içermeleri gerekmektedir. Ayrıca sistem ile yalnızca satış miktarına ilişkin verilerin paylaşılacak olması, bir başka deyişle rekabete daha hassas olan fiyat bilgilerinin paylaşılmayacak olması ve nihayet bilgilerin teşebbüslerin geleceğe ilişkin ticari stratejilerine ilişkin olmaması hususları da ilgili sistemin rekabete aykırı olmadığı değerlendirmesi yapılırken göz önünde bulundurulmuş olan hususlardır¹²³.

¹²² Rekabet Kurulu'nun 04-26/287-65 sayılı, 15.04.2004 tarihli kararı.

¹²³ İlgili karara ilişkin bilgi için bkz. ASLAN (2007), s. 308, 309.

12. DEĞERLENDİRME

12.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunda bilgi değişimi iki veya daha fazla rakip teşebbüsün, birbirlerinin ticari kararlarını etkileyebilecek ve dolayısıyla aralarındaki rekabeti sınırlandırabilecek nitelikteki verileri değiştirmeleri şeklinde tanımlanabilir. Bilgi değişimi ilgili teşebbüslerin mutabakata vardıkları konularda taahhütlerine uygun davranıp davranmadıklarının saptanmasını kolaylaştırdığı durumlarda kolaylaştırıcı eylem¹²⁴ olarak tanımlanmaktadır¹²⁵.

Tek ve büyük ihlalin tali unsuru, kartelin izlenmesinin ve uygulanmasının aracı yorumuna paralel olarak Rekabet Kurulu ve AB Komisyonu tarafından hiç bir kartel kararında para cezalarının belirlendiği ihlal kalemleri arasında bilgi

¹²⁴ KEKEVİ 2003, s. 2, 3, 6. Yazara göre kolaylaştırıcı eylem, teşebbüslerin rekabete aykırı uzlaşmaya varmalarına ve bu uzlaşmayı sürdürmelerine imkan veren fiyat duyuruları, teslim fiyatlaması, bilgi değişimi, en çok kayırlan müşteri şartı, dikey sınırlamalar ve rekabete cevap verme şartı gibi eylemlerdir. Kolaylaştırıcı eylemler üç çeşittir. 1. Rakiplerin uzlaşmaya varmasını kolaylaştırıcı araçlar, 2. Rakiplerin uzlaşmadan sapanları tespit etmesini kolaylaştırıcı araçlar, 3. Rakiplerin uzlaşmadan sapanları cezalandırmalarını kolaylaştıran araçlar. Bilgi değişimi, yazar tarafından uzlaşmadan sapanların tespit edilmesini sağlayan, ikinci grup kolaylaştırıcı eylem olarak değerlendirilmektedir. Kolaylaştırıcı eylemlere ve bilgi değişimine ilişkin yazarca yapılan açıklamaların Kurum tarafından kabul edildiği ifade edilebilir. Şöyle ki, Kurum'ca yayınlanan Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde kolaylaştırıcı eylemlere ve bilgi değişimine ilişkin olarak yapılan tanımlar KEKEVİ'nin uzmanlık tezinden derlenmiştir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü (2009), Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 121.

¹²⁵ Rekabet Terimleri Sözlüğü 2009, s. 58. KEKEVİ 2003, s. 6. GÜVEN P. (2008), Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 164- 165. Yazar kolaylaştırıcı eylemleri KEKEVİ'ye atıfla tanımladıktan sonra, kolaylaştırıcı eylem niteliğindeki dikey kısıtlamalara ilişkin Rekabet Kurulu uygulamasına işaret etmiştir. Yazar, Rekabet Kurulu'nun 00-24/255-138 sayılı, 27.06.2000 tarihli Maya kararına atıfla konuyu izah etmektedir. "Kurul'un maya üreticileri kararında, üretici firmaların bir alt kademedeki bayilerin satış fiyatlarını yükseltmeye çalışmaları sadece dikey bir kısıtlama olarak değerlendirilmemiş, bu durumun üreticiler arasındaki yatay rekabeti de doğrudan etkileyeceği belirtilmiştir. Kurul'a göre bayi fiyatlarının yükseltilmesi ile üreticilerin piyasaya deklare ettikleri liste fiyatları arasında çok önemli bir ilişki bulunmaktadır. Bayilerin düşük fiyatla maya satmaları engellemek sureti ile üretici firmaların yeni liste fiyatlarını yayınlamaları yeni fiyata geçişleri kolaylaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, bayilerin arasındaki rekabetin engellenmesi, yeni liste fiyatlarının yayınlanmasına ve fiyat geçişlerine gerekli zemini hazırlamış olmaktadır. Bu durum rekabet ihlalinin ortaya çıkmasına ve sürdürülmesine yardımcı nitelikte eylemler arasında, kolaylaştırıcı eylemler kapsamında değerlendirilir. Dikey kısıtlamalar yatay uzlaşmaları da kolaylaştırmaktadır."

değişiminin ayrı ve bağımsız bir ihlal kalemi olarak veya ağırlaştırıcı sebep olarak sayılmadığı da yeri gelmişken ifade edilmelidir¹²⁶.

Bu çerçevede, Fransız Rekabet Konseyi'nin mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında bilgi paylaşımı nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası vermesinin uygun olmadığı düşünülmektedir. Şöyle ki, ilgili kararda bizzat Konsey bilgi paylaşımının pazar paylaşma ve fiyat belirleme gibi üst bir anlaşmanın kolaylaştırıcı eylemi niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Buna rağmen paylaşım bağımsız bir ihlal olarak nitelenerek, bu eylem nedeniyle ayrıca para cezasına hükmedilmesi makul görülmemektedir. Keza Komisyon'un yerleşik uygulaması, kolaylaştırıcı eylem niteliğindeki bilgi paylaşımının uygulanmasına yardımcı olduğu ihlalden bağımsız değerlendirilemeyeceği yönündedir¹²⁷.

AB Komisyonu'nun bilgi paylaşımına ilişkin kararları incelendiğinde, ilgili teşebbüslere para cezası verilmiş olan tüm kararlarda, eylemin kartel gibi daha büyük bir ihlalin kolaylaştırıcısı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Rakip teşebbüslerin sadece bilgi değiştirdikleri durumlarda ise paylaşım nedeni ile hiçbir teşebbüse ceza verilmediği görülmektedir. Bu tip kararlarda bilgi değişiminin anlaşma olarak yorumlanarak *rule of reason* analizine tabi tutulduğu, rekabeti henüz sınırlandırmayan ancak ileride sınırlandırma potansiyeline sahip olan bilgi değişimleri bakımından da ilgili teşebbüslere ceza verilmediği ve sadece bilgi değişiminin yasaklanması ile yetinildiği gözlenmiştir¹²⁸.

Bu çerçevede Fransız Rekabet Konseyi'nin *Parisian Palaces* kararına, Litvanya Rekabet Otoritesi'nin ham süt pazarındaki teşebbüsler aleyhine verdiği karara ve Alman Rekabet Otoritesi'nin lüks kozmetik ürün üreticileri hakkında verdiği karara katılmamaktayız. Fransa Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin açıkça ifade ettiği gibi bilgi paylaşımının *rule of reason* analizine tabi tutulması ve sadece eylemin fiilen rekabeti sınırlaması durumunda para cezası verilmesi gerekmektedir. Ayrıca Mahkeme'ye göre sadece rakiplerin pazar davranışlarının belirsizliğinin azaldığı veya ortadan kalktığı durumlarda bilgi paylaşımının gelecekte rekabeti sınırlandırma potansiyeli olduğundan bahisle yasaklanması söz konusu olabilir. Benzer bir sonuca Çek Brno Bölge İdare Mahkemesi de varmıştır. İlgili mahkeme ayrıca geleceğe ilişkin davranışların ifşa kabiliyetinin farazi olarak değil, somut olarak ortaya koyulması gerektiğini ifade etmektedir.

¹²⁶ Bilgi paylaşımı ağırlaştırıcı sebep olarak görülmemekle birlikte, soruşturma sürecinin başlaması ile paylaşıma son verilmesi hafifletici sebep olarak değerlendirilmektedir. Bkz. İtalya gemi kaplamaları pazarındaki kartel kararı.

¹²⁷ 86/398/EEC, OJ L 230, 18.08.1986.

¹²⁸ WHISH 2005, s. 495.

Kanımızca bilgi değişiminin *rule of reason* analizi çerçevesinde fiilen rekabeti sınırladığı sonucuna ulaşıldığı tüm durumlarda, paylaşımın daha üst bir ihlalin kolaylaştırıcı eylemi olması söz konusudur. Böyle bir durumda, daha önce ifade edilmiş olduğu üzere, paylaşım nedeniyle değil, parçası olduğu ihlal nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilmesi gerekir. Bir bilgi değişimi anlaşmasının kendi başına ihlal sayılması kanımızca paylaşımın gelecekte rekabeti sınırlandırma potansiyeli taşıdığı hallerle sınırlıdır. Bir başka ifade ile bilgi paylaşımının, üst bir ihlal olmaksızın rekabeti fiilen sınırlandırması ve dolayısıyla bu nedenle herhangi bir teşebbüse para cezası verilmesi tarafımızca mümkün görülmemektedir. Paylaşımın gelecekte rekabeti sınırlandırma potansiyeline sahip olduğu durumlarda ise eylemin ihlal teşkil ettiği gerekçesi ile yasaklanması mümkündür. Ancak bu durumda da eylemin rekabet üzerinde fiili bir etkisi olmaması nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilmesi kanımızca orantılı değildir. Nitekim Fin Rekabet Otoritesi de ilgili kararında oligopol nitelikli pazarda, sık ve detaylı bilgi paylaşımının gelecekte rekabeti sınırlama riski taşıdığına, bu nedenle eylemin yasaklanması gerektiğine karar vermiş, ancak paylaşım fiilen rekabeti sınırlandırmadığı için ilgili teşebbüsler aleyhine para cezasına hükmetmemiştir. Rekabet Kurulu da ODD kararında izah edilen görüşe paralel bir tutum izlemiş ve fiilen rekabet ihlal edilmedikçe, sadece bilgi paylaşımı nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilemeyeceğini ifade etmiştir¹²⁹.

12.2. Değiştirilen Bilginin Niteliği

Bilindiği gibi rakip teşebbüsler arasında rekabete hassas bilgilerin paylaşılması rekabetin sınırlandırılması endişelerini beraberinde getirir. Bu durumda hangi bilgilerin rekabete hassas (veya AB terminolojisi ile ticari açıdan hassas) sayılacağına da ortaya koyulması gerekir. İçtihatlarla göre, teşebbüslerin güncel ve bireysel iç ve dış satış fiyatı, maliyet, üretim, kapasite, kapasite kullanım oranı, stok durumları, müşteri bazında teslimat ve satış fiyatı bilgileri, indirim oranları, müşteri ve ürün bazında detaylı iç ve dış satış miktarı verileri, ithalat, ihracat miktarları, geleceğe ilişkin pazar stratejileri, satış politikaları, yatırım planları, bütçe öngörülerini gibi rekabet parametrelerine ilişkin bilgiler rekabete hassas olarak kabul edilmektedir. Ancak güncel satış fiyatı verileri olmaksızın, müşteri bazında ayrıştırılmamış olan satış miktarı verilerinin rekabete hassas sayılmayacağı Kurul kararlarında açıkça ifade edilmektedir.

Komisyon miktar bilgilerini rekabete hassas sayılmadığını ifade etmiştir. Nitekim Rekabet Kurulu da önceki uygulamalarında miktar bilgilerini rekabete hassas olarak değerlendirmemiş ve bunların paylaşımına izin vermiştir. Örneğin ODD kararında Kurul satış ve ithalat miktarı verilerinin marka bazında alt

¹²⁹ Rekabet Kurulu'nun 04-26/287-65 sayılı, 15.04.2004 tarihli kararı.

kırılımlarına yer verilmesinin çok detaylı sayılmayacağını, ancak markaların alt segmentlerine ve satış miktarı bilgilerinin bölge ve illere göre ayrıştırılması halinde bilginin hassaslaşacağını ifade etmiştir¹³⁰. PETDER¹³¹ ve Ortak Havacılık Operasyon Sözleşmesine¹³² ilişkin kararlarında da Kurul açıkça, güncel satış miktarı bilgilerinin rekabete hassas sayılmayacağını kabul etmiştir. Ayrıca Kurul TÇMB'nin üyelerinin bireysel satış, ithalat, ihracat ve stok bilgilerinin iki aylık gecikmeler ile paylaşılmasına izin vermiştir¹³³. Benzer açıklamalara Gübre Karteli kararında da rastlanmaktadır¹³⁴. Söz konusu kararda derneğin hazırladığı istatistik bültenlerde yer alan aylık, kümülatif üretim, kapasite, kapasite kullanım oranları ve satış miktarlarına ilişkin bilgiler ile, üç aylık ithalat- ihracat miktarları hakkındaki bilgiler bakımından Kurul her hangi bir yasaklama getirmemiştir.

12.3. Pazarın Yapısı

Yüksek derecede yoğunlaşmış oligopol nitelikli pazarların bilgi değişiminin rekabeti sınırlandırması için yeterli olmadığı düşünülmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun farklı pazarlarda çok yüksek derecelerde yoğunlaşma oranları bulunmasına rağmen bilgi değişimi sistemlerine izin verdiği kararları mevcuttur. Örneğin PETDER kararında akaryakıt ve jet yakıtı pazarındaki yoğunlaşma oranı son derecede yüksek olmasına (CR4 % 80'in üzerinde), ilgili ürünlerin homojen nitelikte bulunmalarına, EPDK'nın ilgili sağlayıcı firmaların belirledikleri satış fiyatlarını yayınlıyor olmasına ve dağıtım şirketlerinin pazar konumlarının durağan olmasına rağmen bahis konusu miktar verilerinin geçmişe ilişkin olması gerekçesi ile bu bilgilerin paylaşılmasının rekabete aykırı olmayacağına karar vermiştir. Jet yakıtı pazarında ise sadece dört adet teşebbüsün faaliyet gösteriyor olmasına rağmen Ortak Havacılık Operasyon Sözleşmesi kararına atıf ile ilgili pazarda rakiplerin birbirlerinin güncel satış miktarı bilgilerini öğrenmelerinin rekabeti ihlal etmeyeceğine karar verilmiştir.

Benzer şekilde LPG pazarında faaliyet göstermekte olan 12 teşebbüs bulunmasına ve pazarın akaryakıt pazarı kadar olmasa da son derece yoğunlaşmış olmasına (CR4 % 70'ten fazladır) rağmen Kurul, ilgili sektöre ilişkin olarak EPDK raporlarının yayınlıyor olması gerekçesi ile bu alandaki bilgi değişiminin de rekabeti ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.

Söz konusu kararda LPG pazarına benzer bir durumun madeni yağlar bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir. İlgili pazarda toplam yedi oyuncu

¹³⁰ Rekabet Kurulu'nun 04-26/287-65 sayılı, 15.04.2004 tarihli kararı.

¹³¹ Rekabet Kurulu'nun, 07-76/907-345 sayılı, 20.09.2007 tarihli kararı.

¹³² Rekabet Kurulu'nun 06-65/1202-365 sayılı, 28.12.2006 tarihli kararı.

¹³³ Rekabet Kurumu'nun 1054 sayılı, 15.05.1998 tarihli görüşü.

¹³⁴ Rekabet Kurulu'nun 02-07/57-26 sayılı, 08.02.2002 tarihli kararı.

faaliyet göstermekte olup pazar yoğunlaşmıştır. İlgili pazardaki en büyük dört sağlayıcının pazar payının toplamını gösteren CR4 oranı % 70'in üzerinde, HHI ise 1601'dir. Kurul ilgili pazara yeni girişlerin mevcut bulunması ve ilgili ürünün akaryakıtla oranla daha heterojen nitelikte olması nedenleri ile bu alandaki bilgi paylaşımının da rekabeti ihlal etmeyeceğine karar vermiştir¹³⁵.

Benzer şekilde ODD kararında Kurul, ilgili sektörün gübre ve çimento sektörlerine kıyasla kartelleşme bakımından sicilinin temiz olması, yoğunlaşmanın geçmiş yıllara nispetle azalması, ekonomik durgunluğun otomotiv sektörünü olumsuz etkilemiş olması, talebin senelere göre değişken olması, ürünün homojen olmaması, rekabetin sadece fiyat üzerinden değil, kalite, ürün çeşitliliği gibi parametrelerin üzerinden gerçekleşmesi hususlarını göz önünde bulundurarak böylesi bir sistemin rekabeti ihlal etmeyeceğine karar vermiştir¹³⁶.

12.4. Rekabet Kurulu'nun Güncel Borçelik Kararının Yukarıdaki Saptamalar Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Rekabet Kurulu'nun 2.4.2008 tarih ve 08-27/313-M sayılı kararı uyarınca Yassı demir çelik ürünleri pazarında 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespiti için, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmıştır. Soruşturma raporunda "*Erdemir'in Borçelik'teki azınlık hissedarlığı ve yönetim kurulu üyesi nedeniyle ilgili teşebbüsler arasında koordinasyon ortaya çıktığı ve bu koordinasyon neticesinde bilgi paylaşımı meydana geldiği*" iddia edilmiştir. Soruşturma raporunda ilgili teşebbüsler hakkında rekabeti ihlal ettiği iddia edilen tek eylem bilgi değişimidir.

Türkiye Yassı Demir Çelik Ürünleri pazarı oligopol nitelikli ve yoğunlaşmış bir pazar olmasına rağmen talep durağan değildir ve uzun süredir artış trendindedir. Ayrıca pazarda üretim açığı vardır. Şöyle ki talebin yarısı ithalat ile karşılanmaktadır. Bu durum pazarın doymamış olduğunu göstermektedir. Pazarda rekabet sadece fiyat üzerinden gerçekleşmemekte; kalite, zamanında teslimat, müşteri için stok tutma, çelik servis merkezi hizmeti verme gibi hususlar üzerinden de rekabet edilmektedir. Pazarda artan talebi karşılamak üzere yeni yatırımlar gündemdedir, bu durum pazara yeni girişlerin mevcut olduğunu gösterir. Ayrıca alıcı gücünün yüksek olduğu pazarda yoğunlaşma oranı aşırı yüksektir¹³⁷.

Paylaşım konusu bilgiler Deniz Taşımacılığı Hizmetlerine 81'inci Maddenin Uygulanmasına İlişkin Komisyon Kılavuzu uyarınca ticarete hassas

¹³⁵ Rekabet Kurulu'nun 07-76/907-345 sayılı, 20.09.2007 tarihli kararı.

¹³⁶ Rekabet Kurulu'nun 04-26/287-65 sayılı, 15.04.2004 tarihli kararı.

¹³⁷ Galvanizli ürünlerde CR4: % 60, HHI: 1500. Soğuk ürünlerde CR4: %70, HHI: 2250.

olarak nitelendirilmeyen iç ve dış pazardaki satış miktarlarına ilişkindir¹³⁸. Söz konusu verilerin bir kısmı halka ve müşterilere açıktır. Bilgiler birer aylık gecikmelerle paylaşılmıştır. Ayrıca paylaşılan veriler arasında geleceğe ilişkin pazar stratejileri veya fiyat bilgileri bulunmamaktadır. Paylaşım konusu veriler müşteri ve fiyat bazında ayrıştırılmamıştır. Bilgilerden hangi sektöre ne miktarda satış yapıldığı da anlaşılmadığı gibi ilgili veriler kalite, coğrafi bölge, il- ilçe bazında da detaylandırılmamıştır.

Ancak sayılanlara rağmen soruşturma neticesinde Borçelik'te Erdemir'in sahip olduğu %9,34 hissedarlığın, taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığına ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin ihlal edildiğine ve ilgili teşebbüslere cirolarının %0,02'si oranında idari para cezası verilmesine; ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca rekabetin tesisi için Erdemir'in hissedarlığına son verilmesine karar verilmiştir¹³⁹.

Kanımızca bilgi paylaşımının rekabeti sınırlandırma potansiyeline sahip sayılabilmesi için gerekli koşullar olayda yerine gelmediği halde eylem nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilmesi; Kurul'un oligopol pazarlarda rakipler arası bilgi değişimini *per se* rekabet ihlali kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir. Ancak bu yorum AB Komisyonu'nun ve Mahkemeleri'nin, Amerika, Fransa, Çek, Fin Rekabet Otoriteleri'nin ve/ veya Mahkemeleri'nin ve bizzat Kurul'un konuyla ilgili izah edilen görüşleri ile çelişmektedir.

Olayda bilgi paylaşımı nedeniyle fiilen rekabet sınırlanmamaktadır. Paylaşımın üst bir ihlalin kolaylaştırıcı eylemi olması söz konusu değildir. Bilgi değişimi nedeniyle teşebbüslerin geleceğe ilişkin pazar davranışları üzerindeki belirsizlik azalmamaktadır, şöyle ki değişim konusu bilgiler geçmişe ilişkindir. Dolayısıyla paylaşım nedeniyle gelecekte rekabetin sınırlanması riskinin mevcut olduğu iddia edilemeyecektir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi bilgi paylaşımının gelecekte rekabeti sınırlandırma potansiyeli olması halinde yasaklanması söz konusu olabilir. Aksi halde paylaşımın serbest bırakılması gerekir. Rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanması dahi söz konusu olamayacak bir eylem nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilmesi, ayrıca tedbir olarak aralarındaki yapısal bağın ayrıştırılmasına karar verilmesi kanımızca orantılı değildir.

¹³⁸ European Commission (2008), Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to the maritime transport services.

¹³⁹ <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=915>

Kanımızca, gerekçeli karar yayımlandıktan sonra doktrinde oldukça tartışma yaratacak ve rakiplerinde yönetsel bazı haklara sahip azınlık hissedarı teşebbüsler açısından oldukça kaygı verici bulunacaktır. Keza Kurul ilgili kararıyla oligopol piyasalarda rakipler arası azınlık hissedarlığı ilişkilerinin bilgi değişimine neden olmaları sebebiyle otomatik olarak rekabeti ihlal ettikleri ve ihlalin sadece ayırıştırma ile giderilebileceği şeklinde yeni bir karine yaratmış olmaktadır. Ayrıca Kurul'a göre bu karinenin aksi, eylemin pazarda fiilen etki doğurmamış olduğu gösterilerek kanıtlanamamaktadır. Dolayısıyla bu nitelikli pazarlarda rakiplerinde azınlık hissesine sahip tüm teşebbüslerin ya yönetsel haklarından vazgeçmeleri, diğer bir deyişle hissedarlıklarını pasif hale getirmeleri veya da hissedarlık ilişkisine son vermeleri gerekmektedir. Aksi takdirde bu şirketlerin rekabet hukuku sorumlulukları doğabilecektir.

SONUÇ

Sonuç olarak rekabet hukukunda teşebbüslerin bilgi paylaşımının *per se* yasak olarak değerlendirilmediği ifade edilebilir. Uygulamada iki tür bilgi değişiminden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki bilgi değişiminin *per se* yasak ihlaller veya karteller için zemin hazırlayan kolaylaştırıcı eylem niteliğinde olmasıdır. Bu durumda paylaşım rekabet otoritelerince yasaklanabilecek ve ilgili teşebbüslere para cezası verilebilecektir.

Paylaşım *per se* bir ihlalin kolaylaştırıcı eylemi niteliğinde değil ise, bilgi değişiminin *rule of reason* analizine tabi tutulması gerekir. Bu çerçevede fiili veya potansiyel bir rekabet ihlali olup olmadığı değerlendirilir. Analiz neticesinde ihlal sonucuna ulaşırsa bilgi değişiminin yasaklanması veya değişime koşullu izin verilmesi söz konusu olabilecektir.

Her ne kadar Avrupa'daki bazı yerel rekabet otoriteleri ve Türk Rekabet Kurulu sadece bilgi değişiminin mevcut olduğu bazı dosyalarda ihlal sonucuna ulaşarak ilgili teşebbüslere para cezası vermişlerse de, Komisyon henüz bu durumdaki bir teşebbüse para cezası vermemiştir.

Kanımızca bilgi değişiminin fiilen rekabeti sınırladığı ispat edilmeksizin ilgili teşebbüslere para cezası verilmemelidir. Özellikle rekabet otoriteleri, adeta bir karine yaratarak, oligopol pazarlarda rakip teşebbüsler arası her türlü bilgi değişimini yasaklayarak, teşebbüslere otomatik olarak para cezası vermekten imtina etmelidir.

Bilgi değişiminin pazardaki fiili etkilerinin ortaya koyulması son derece güç olabilir ayrıca bu durumun sadece paylaşımın üst bir ihlalin parçası olduğu hallerde ortaya çıkabileceği iddia edilebilir. Dolayısıyla, genelde paylaşım nedeniyle gelecekte bir rekabet ihlalinin ortaya çıkması ihtimali söz konusu

olacaktır. Kanımızca henüz rekabeti fiilen sınırlandırmayan ancak gelecekte sınırlandırma potansiyeli bulunan bilgi paylaşımı nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilmemesi gerekir. Böyle bir durumda paylaşımın yasaklanmasıyla veya sınırlandırılması ile yetinilmelidir. Benzer bir durum fiili etkileri ispatlanamamış paylaşımlar bakımından da söz konusudur. Sadece, bilgi paylaşımı nedeniyle fiilen rekabetin sınırlandığının somut deliller ve analizlerle ortaya koyulduğu durumlarda ilgili teşebbüslere para cezası verilmesi uygun olacaktır.

İrtibat nedeniyle pazarda normalde mevcut bulunmayan koşullar ortaya çıkmışsa, pazar koşulları elverişliyse ve değiştirilen bilgi niteliği gereği rekabete hassas ise paylaşım rekabeti sınırlama potansiyeline sahiptir. İrtibat nedeniyle pazarda normalde mevcut bulunmayan koşulların ortaya çıkıp çıkmadığı belirlenirken, değişimin olmadığı durum ile mevcut durumun karşılaştırılması gerekir. Ayrıca yüksek derecede yoğunlaşmış oligopol pazarlarda bilgi paylaşımının rekabeti sınırlandırmaya daha elverişli olduğu ifade edilebilir.

Kronik aşırı kapasite ve arz fazlası olan, talebin düşük veya sabit seyrettiği, ürünler arasında kalite farkı bulunmayan, yani ürünlerin homojen olduğu, ilgili teşebbüslerin pazar paylarının sabit seyrettiği, oligopol nitelikli, yüksek derecede yoğunlaşmış ve doygun pazarlarda ilgili pazarın koşulları nedeniyle paylaşımın rekabeti sınırlandırma potansiyeli mevcuttur.

Halka açık, müşteriler ile de paylaşılan, geçmişe ait ve seyrek değişim sıklığı olan, bireysel işlemler anlaşılacak kaydı ile miktara, kapasiteye ve rakip bulunmayan pazarlara ilişkin bilgiler rekabete hassastır.

Nihayet, miktar verilerinin rekabete hassas sayılmaması için sadece müşterilere yapılan bireysel satış miktarları anlaşılacak şekilde birleştirilmesi yeterli değildir. Bu bilgilerin aynı zamanda müşteri ve fiyat bazında ayrıştırılmamış olması, verilerden hangi sektöre ne miktarda satış yapıldığının anlaşılabilmesi ayrıca verilerin kalite, coğrafi bölge, il- ilçe bazında detaylandırılmamış olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Bilimsel Eserler

ASLAN İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.

GÜVEN P.(2008), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.

JONES A. ve SUFRIN B (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, New York.

KEKEVİ H., G. (2003), *Anlaşma Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, No: 21, Ankara.

REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Ankara.

SANLI K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, *Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi* No: 3, Ankara.

VAN BAEL ve BELLIS (2005), *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Netherlands.

WHISH R (2005), *Competition Law*, Oxford University Press, New York.

Makaleler

BERMIG C. ve RITTER C. (2008), "The New Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to the maritime sector", *CPN* No:3, s. 25- 29.

COLOMO P. I. (2006) , "The Spanish NCA fines the main association of film distributors € 900,000 for exchange of sensitive information- Hollywood majors' subsidiaries in Spain are moreover fined € 2,400,000 for concerted practices in the distribution of films (Distribuidores Cine-FEECE)", *e-Competitions*, No 1329, May.

DEBROX M. (2006), "The Paris Court of Appeal upholds France's highest antitrust fine ever and confirms a strict- yet not entirely clear- approach towards exchange of information between competitors in oligopoly markets (Bouygues Telecom, SFR, Orange France)", *e- Competitions*, No 12728, December.

FOSELARD D., AURICCHIO V. ve MOSCA V. (2009), "The Italian Competition Authority inflicts a fines over € 12 M upon the main 26 producers of pasta and two associations of undertakings, for allegedly exchanging information and adopting other initiatives to increase prices (Listino prezzi della pasta)", *e-Competitions*, No 25933, February.

GIANNINO M. (2007), “The Italian Antitrust Authority fines more than 4 M € firms on the basis of Art. 82 EC for having exchanged information on the marine coatings market (Vernici Marine)”, e-Competitions, No 13245, January.

GILES M. (2006), “The OFT finds that an exchange of information on independant school fees violates national competition provisions but accepts a structured settlement (Independent Schools)”, e- Competitions No 12743, November.

GOYER J. (2006), “The French Competition Authority issues an opinion regarding a sharing of confidential information system designed for hotels under both art. 81 EC and national provisions (CCI Mulhouse)”, e-Competitions, No 12635, October.

JICHOVA J. (2006), “The Czech Competition Authority annuls a decision having found 8 banks guilty of exchange of information (Stavebni sporitelny)”, e-Competitions, No 12532, August.

JONES A. (2005), “The OFT proposes for the first time a settlement in order to cease information exchange and price- fixing (Independent Schools)”, e-Competitions, No: 684, November.

KESERAUSKAS S. (2008), “The Lithuanian NCA inflicts its highest fine ever on a professional association running confidential information exchange scheme on the raw milk procurement and dairy products market (Dairies III)”, e-Competitions, No 17676, February.

KESERAUSKAS S. (2008), “The Lithuanian Administrative Court upholds the NCA’s findings of illegal information exchange among dairies (Dairies/ Competition Council)”, e- Competitions, No 22374, August.

KINDL J. (2009), “The Czech Supreme Administrative Court takes a liberal approach towards information exchange agreements (Building saving banks)”, e-Competitions, No 26574, July.

KRISTOF M. (2006), “Developments in cartel case-law: Commission decision and Court Judgments of 2005”, CPN, No:1, Spring, s. 57- 60.

LENOIR N., ROSKIS D ve DOREMUS C. M. (2007), “The French Commercial Supreme Court partly annuls the Paris Court of Appeal’s Judgment on illicit exchange of sensitive information in the mobile telephony cartel, thus strengthening the standard of proof (Bouygues Telecom SFR and Orange)”, e-Competitions, No 14050, June.

LEPINE L. ve ENJOIRAS D. (2007), “The French Commercial Supreme Court rules that exchange of information between competitors in an oligopolistic market is not per se contrary to Art. 81 EC and national equivalent provision (Bouygues Telecom, Orange, SFR)”, e- Competitions, No: 14162, June.

LEVEQUE F. (2006), “Exchange of information: The John Deere case law under review”, Concurrences, No: 176, March, Law& Economics, p.33- 37.

OVERGAARD P.B. (2003), “Market Transparency, Information Exchange and Competition”, Helsinki, s.20.

PALLINGER K. (2008), “The German Federal Cartel Office imposes multi-million fines on account of market information exchange”, e- Competitions, No 21256, July.

PHILIPPE J. (2006), “Caroline Evrard, The Paris Court of Appeal confirms the NCA’s record fine on three mobile telephony operators for exchanging market shares (Boygues Telecoms, SFR, Orange France)”, e- Competitions, No: 12702, December.

RASINKANGAS S. (2008), “The Finnish Competition Authority closes its investigation into exchange of confidential information in the daily consumer goods retail trade market (RuokaKesko, Suomen Osuuskauppojen Keskuskunta, Tradeka)”, e-Competitions, No 19963, June.

RIVOLLIER M. (2007), “The French Commercial Supreme Court rules that exchange of information is not prohibited per se and recalls that imposing fine in an oligopolistic market requires to demonstrate a concrete anticompetitive object or effect (Bouygues Telecom, Orange, SFR, “Mobile telephony case”)”, e-Competitions, No: 13983, June.

SEIKYTE S. (2006), “The Lithuanian Competition Authority concludes that sharing of confidential information in the wholesale paper distribution market violates both national competition provisions and art. 81 EC (Schneidersöhne Baltija)”, e- Competitions, No 12738.

Sürelî Yayınlar

AB Rekabet Politikası Bülteni/ EC Competition Policy News Letter (CPN)

CPN, Vol:1., No:3, 1994, s. 22, 23.

CPN, No:1, February, 2002, 31, 37, 42.

CPN, No: 3, October, 2002, 55.

CPN, No: 1, Spring, 2003, 65, 66.

CPN, No:1, Spring, 2005, s.68, 71.

CPN, No:1, Spring, 2006, 64, 66.

CPN, No: 3, Autumn 2006, 31, 33.

CPN, No:1, Spring 2007, s.65.

CPN, No:3, 2008, s. 58.

Rekabet Politikası Raporu/ Reports on Competition Policy (RCP)

RCP, 1999, s. 156, 157.

RCP, 2000, s.36.

RCP, 2002, s. 181.

RCP, 2003, s. 182.

RCP, 2004, s. 41.

RCP, 2005, s. 68.

AB Komisyonu Kararları

IV.29.176, Vegetable Parchment, 78/252/EEC, OJ L 070, 13.03.1978, s. 54- 68.

Case IV/31.149, Polypropylene, 86/398/EEC, OJ L 230, 18.08.1986, s. 1-66.

Case IV/31.370 and 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, 92/157/EEC, OJ L 068, 13.03.1992, s. 19-33.

European Producers of Beams, 94/215/ECSC, OJ L 116, 06.05.1994, s. 1- 62.

Case IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, 98/4/ECSC, OJ L 1, 03.01.1998, 10- 21.

Case COMP/37.152, Plasterboard Cartel.

Case COMP/37.533, Choline Chloride Cartel.

Case COMP/ 37.773, Monochloroacetic Acid (MCAA) Cartel.

Case COMP/E1-37.370, Sorbates Cartel.

Case COMP/E-2/37.667, Specialty Graphite Cartel.

Case COMP/E-1/37.671, Food Flavour Enhancers Cartel.

Case COMP/ 38.281, Raw Tobacco Italy Cartel.

Case COMP/ 38.337, Industrial Tread Cartel.

Case COMP 38.354, Industrial Bags Cartel.

Case COMP/ 38.443, Rubber Chemicals Cartel.

Case 38.695, Sodium Chlorate Cartel.

Case 39.180, Aluminium Fluoride Cartel.

CFI Kararları

Case T-35/92 John Deere v Commission [1994] II-0957.

Case T-34/92 New Holland v Commission [1994] II-0905.

ATAD Kararları

Case C- 194/99 P, Thyssen Stahl AG v Commission [2003], 2 October 2003.

Case C- 49/ 92 P, Commission v Anic Partecipazioni SpA [1999], 8 July 1999.

Case C-7/95 John Deere v Commission [1998] I-3111, 28 May 1998.

Case C-8/95 New Holland v Commission [1998] I-3175.

Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C- 117/85, C-125/85, C-129/85, A. Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission, [1993].

Case C-8/08, 4 June 2009, T- Mobile, KPN Mobile, Orange, Vodafone v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

AB Mevzuatı

Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to maritime transport services, Brussels, 1.7.2008, SEC (2008) 2151 final.

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ C 31, 05.02.2004.

Guidelines on the Horizontal Cooperation Agreements, OJ [2001] C3/2, 4 CMLR 819.

Notice on Cooperation Agreements, OJ [1968] CMLR D5.

Fransa Yüksek Temyiz Mahkemesi Kararları

Conseil de la Concurrence, November 25th 2005, decision O5-D-64, regarding Parisian Luxry Hotels.

Conseil de la Concurrence, June 29th 2007 decision, U 07-10.303, Z 07-10.354, W 07-10.397 regarding Mobil Telecommunication Operators.

Amerika Mevzuatı ve Temyiz Mahkemesi Kararı

FTC& US DoJ (2000), Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.

Todd v. Exxon Corp., 275 F.3d 191 (U.S. 2nd Circuit Court of Appeals 2001)

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurumu'nun 1054 sayılı, 15.05.1998 tarihli TÇMB görüşü.

Rekabet Kurulu'nun 02-06/51-24 sayılı, 01.02.2002 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu'nun 02-07/57-26 sayılı, 08.02.2002 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu'nun 02-53/685-278 sayılı, 06.09.2002 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu'nun 03-12/135-63 sayılı, 25.02.2003 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu'nun 04-26/287-65 sayılı, 15.04.2004 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu'nun, 06-65/1202-365 sayılı, 28.12.2006 tarihli kararı.

Rekabet Kurulu'nun, 07-76/907-345 sayılı, 20.09.2007 tarihli kararı.

Rekabet Kurumu'nun Petrol Piyasasında Uygulanacak Fiyatlandırma Sistemine İlişkin Taslak Hakkında 11.10.2007 tarihli görüşü.

Rekabet Kurulu'nun 08-23/237-75 sayılı, 10.03.2008 tarihli kararı.

İnternet Kaynakları

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=915>

**THE EVALUATION OF THE PRESUMPTION OF CONCERTED
PRACTICES IN THE TURKISH COMPETITION ACT AND OF
ITS UTILIZATION UNDER THE CASE LAW OF THE
EUROPEAN COURT OF JUSTICE**

*TÜRK REKABET KANUNU'NDAKİ
UYUMLU EYLEM KARİNESİNİN VE KULLANIMININ
AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANI KARARLARI
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ*

Bahadır BALKI, LL.M*

Abstract

Anti-competitive agreements are made confidentially and the parties involved in a cartel put forth a great effort to suppress evidence. Therefore, in cases where no clear proof of collusion exists, detailed economic analyses become the decisive factor to determine the violation of law. The presumption of concerted practices in Article 4 / (3), (4) of the Act on the Protection of Competition enables Competition Authority to reveal cartels through utilization of economic analyses even in the absence of other proof. Hence, like its counterparts created by the European Court of Justice, the presumption of concerted practices is a remarkable weapon against secret cartels. However, in each case, to prevent false convictions, its utilization requires investigation of market conditions in detail. The application of the presumption of concerted practices without detailed market investigation in oligopolistic markets could lead undertakings to produce market strategies not to maximize profits but to prevent the appearance of tacit coordination.

Keywords: *Presumption of concerted practice, oligopoly, parallel behaviours, proof of concerted practice, market investigation.*

* Legal Intern, ACTECON Competition and Regulation Consultancy.

Email: bahadir.balki@actecon.com

I am thankful to two anonymous reviewers for their comments. I am also grateful to Prof. Dr. Hagen Lichtenberg for enabling me to get the chance to study in the field of EC Law, and to my father for all his support.

Öz

Rekabete aykırı anlaşmalar gizli şekilde yapılmakta ve bir kartele dahil olan taraflar delilleri gizlemek için yoğun çaba sarfetmektedirler. Dolayısıyla danışıklığın açık delilinin bulunmadığı vakalarda, detaylı ekonomik analizler kanunun ihlal edildiğinin tespitinde belirleyici etken olmaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yer alan "uyumlu eylem karinesi" Rekabet Kurumu'nun, diğer delillerin yokluğunda dahi yalnızca ekonomik analizlerden yararlanmak suretiyle kartelleri ortaya çıkarmasını mümkün kılmaktadır. Bu yüzden Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından oluşturulan emsalleri gibi, uyumlu eylem karinesi de gizli kartellere karşı çok önemli bir silah görevini görmektedir. Fakat karinenin kullanımı hatalı cezalandırmaları önlemek amacıyla her vakada pazar koşullarının detaylı bir şekilde incelenmesini gerektirmektedir. Detaylı pazar incelemesi olmadan uyumlu eylem karinesinin kullanılması oligopolistik pazarlarda teşebbüslerin karlarını en yüksek seviyeye çıkarmak amacıyla değil zımni danışıklığın ortaya çıkmasını önlemek için pazar stratejileri üretmelerine sebep olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Uyumlu eylem karinesi, oligopol, paralel davranışlar, uyumlu eylemin delili, pazar incelemesi.*

1. INTRODUCTION

Turkey's competition law regime was established on 13.12.1994 by the beginning of enforcement of the Act on the Protection of Competition (hereinafter referred to as "Turkish Competition Act")¹. There were three main bases for establishing the competition law regime in Turkey. First, according to Article (hereinafter referred to as Art.) 167 of the Constitution of the Republic of Turkey², "The state shall take measures to ensure and promote the sound, orderly functioning of the money, credit, capital, goods and services markets; and shall prevent the formation, in practice or by agreement, of monopolies and cartels in the markets." Art. 167 of the Constitution of the Republic of Turkey entrusts the state with the formation of the competition law regime to ensure and protect the competitiveness of national markets.

Second, even if there were not a constitutional obligation, the formation of the competition law regime in itself is an economic obligation for Turkey. Today, Turkey's economy is strongly dominated by modern industry. Economic growth and national industrial development can be ensured by the proper

¹ Published in the Official Gazette numbered 22140 dated 13.12.1994, Law No. 4054.

² Available at <http://www.byegm.gov.tr/mevzuat/anayasa/anayasa-ing.htm>, last visited on 26.02.2009.

operation of free market economy. Powerful undertakings operating in conformity with the conditions of international trade can only be established under a market structure where equality of opportunity in the market is ensured and enforced by the competition law regime.

The final basis for establishing a competition law regime and the building structure of this paper is the Decision No. 1/95 of the European Community (hereinafter referred to as EC) – Turkey Association Council on the implementation of Customs Union established between the EC and Turkey (hereinafter referred to as “Customs Union Decision”)³. The remarkable feature of the Customs Union Decision for this paper is that Turkey fully adopted the views of EC competition law and policy. According to Art. 39 / (1); “*with a view to achieving the economic integration sought by the Customs Union, Turkey shall ensure that its legislation in the field of competition rules is made compatible with that of the EC, and is applied effectively.*” Art. 39 / (2)(a) detailed the obligations undertaken by Turkey, stating that “*Turkey shall: ..., adopt a law which shall prohibit behaviours of undertakings under the conditions laid down in Art. 81 and 82 of the EC Treaty*”. It shall also ensure that, ..., “*the principles contained in block exemption regulations in force in the Community, as well as in the case law developed by EC authorities, shall be applied in Turkey*”.

In this framework generated by the Customs Union Decision, Turkish competition law regime has been established pursuant to the principles of EC competition law. Turkish and EC competition laws can therefore be regarded as alike to a great extent. Nevertheless, this likeness seems to disappear, not because of its existence, but because of its interpretation, in Art. 4 / (3), (4) of the Turkish Competition Act known as the presumption of concerted practices⁴.

As will be scrutinized in detail, the literal construction of Art. 4 / (3) allows that the parallel behaviours observed can in themselves be regarded as furnishing proof of concertation. Consequently, based merely on the demonstration of parallel behaviours, the burden of proof can be shifted and must be overcome by the defendants.

Even though such a “presumption” is not specified by the legislation in the field of EC competition law, the European Court of Justice (hereinafter referred to as “ECJ”) also created legal tests concerning whether parallel

³ Available at [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21996D0213\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21996D0213(01):EN:NOT), last visited on 07.03.2009.

⁴ Available at <http://www.rekabet.gov.tr/word/ekananun.doc>, last visited on 01.03.2009.

behaviours would amount to furnishing proof of concerted practices and clearly drew the conditions of their utilization by the case law. Contrary to the literal construction of Art. 4 / (3), the ECJ does not regard the mere demonstration of parallel behaviours as furnishing proof of concertation.

Until 2005, the Turkish Competition Board (hereinafter referred to as “TCB”) had not merely relied on the literal construction of “the presumption of concerted practices” in its decisions and followed the case law of the ECJ. However, in 2005, the TCB changed its interpretation and application by invoking a literal construction of “the presumption of concerted practices”, which contradicts its intended use. In the case of Bread Yeast III⁵, the TCB explicitly emphasized that without the support of a detailed market investigation or any other evidence, the mere demonstration of parallel behaviours observed in an oligopoly can in themselves be regarded as furnishing proof of concertation among the investigated undertakings.

This paper will first deal with the position of parallel behaviours in the concept of concerted practices established by the case law of the ECJ. Second, it will explain the “presumption of concerted practices” in the Turkish Competition Act. The decisions of the TCB on the utilization of the presumption of concerted practices will then be analyzed under the principles established by the ECJ. Finally, the conclusions drawn will be presented to the reader.

2. PARALLEL BEHAVIOURS AND THE CONCEPT OF CONCERTED PRACTICES ESTABLISHED BY THE ECJ

2.1. Definition of Concerted Practices

An anti competitive behaviour could easily come into existence without a full fledged agreement between the parties to the cartel or even without originating sole evidence. Therefore, the effective protection of competition requires prohibitions applied not only to agreements, but also to every form of anti-competitive behaviours falling short of an agreement, in order to block attempts of undertakings ensuring a way-out of being punished⁶. This is why Art. 81 of the EC Treaty includes the concept of concerted practices.

⁵ The decision of TCB, “Bread Yeast III”, referenced no. 05-60 / 896-241, dated 23.09.2005.

⁶ VAN BAEL, I. and J. F. BELLIS (2005), *Competition Law of the European Community*, Fourth Edition, Kluwer Law International, p. 51, GOYDER, D. (2003), *EC Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, p. 71, JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law*, Second Edition, Oxford University Press, p. 150.

In the “Dyestuffs” case⁷, the ECJ held that a concerted practice is “*a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation for the risks of competition*”⁸. It further added that “*... a concerted practice does not have all the elements of a contract but may inter alia arise out of coordination which becomes apparent from the behaviours of the participants*”⁹.

The definition of concerted practice was broadened in the “Sugar”¹⁰ case. The ECJ stated that concerted practice “*refers to a form of coordination between undertakings which, without having been taken to the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes for the risks of competition practical cooperation between them which leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market having regard to the nature of the products, the importance and number of the undertakings as well as the size and nature of the said market*”¹¹. It should be noted that the reference to “normal conditions of the market” is not an innovation for the definition of concerted practices. It had already been stated by the ECJ in the Dyestuffs case in considering whether parallel behaviours in themselves are sufficient to prove concerted practices¹². Besides, the ECJ, in both the Dyestuffs and the Sugar cases, ruled that concerted practice is never established as long as the undertakings independently configure their course of conducts in the market. This independence naturally provides the undertakings with the right to realign their own conducts intelligently to the present and anticipated conducts of their rival undertakings¹³. The ECJ recalled this principle in the Sugar case by adding an innovation to the definition of concerted practices. The ECJ introduced that an actual plan among the participants of the concertation concerned is not required to conclude that there is a concerted practice¹⁴. It further held that “*any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to*

⁷ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619.

⁸ Ibid., para. 64.

⁹ Ibid., para. 65.

¹⁰ Cases 40 / 73 etc, Suiker Unie v. Commission (1975) ECR 1663.

¹¹ Ibid., para. 26.

¹² Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 66.

¹³ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 118, Cases 40 / 73 etc, Suiker Unie v. Commission (1975) ECR 1663, para. 173 and 174.

¹⁴ Cases 40 / 73 etc, Suiker Unie v. Commission (1975) ECR 1663, para. 173, WHISH, R. (2005), Competition Law, Fifth Edition, Oxford University Press, p. 100, Jones and Sufrin 2004, p. 154.

disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market"¹⁵ is strictly precluded by Art. 81.

Another remarkable point stated by the ECJ, both in the Dyestuffs and the Sugar cases, is that contacts between members of the cartel shall ensure "the prior elimination of all uncertainty" related to the future conducts of the competitors¹⁶. This condition was, in particular, strengthened by the ECJ in the Woodpulp case¹⁷ as a condition establishing concertation between the competitors¹⁸.

In the Züchner case¹⁹, it ruled that if an information exchange is established among competitors, the information exchange alone could amount to a concerted practice. In such a case, the existence of contacts among the competitors is no longer required in establishing the concertation²⁰.

Especially, in light of Dyestuffs and Sugar, elements establishing the definition of concerted practice are as follows²¹:

- Undertakings concerned must establish "a collusive form of coordination or practical cooperation", which does not require an "actual plan" among the competitors but eliminates the risks of competition
- A direct or indirect contact ensuring "*a collusive form of coordination or practical cooperation*" must be accomplished between the undertakings concerned.
- The purpose or the result of such contacts must affect the course of conduct of the undertakings concerned on the market and in particular eliminate all uncertainty about the future conduct of the rival undertakings in advance.

¹⁵ Cases 40 / 73 etc, Suiker Unie v. Commission (1975) ECR 1663, para. 174.

¹⁶ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 118, Cases 40 / 73 etc, Suiker Unie v. Commission (1975) ECR 1663, para. 180.

¹⁷ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307.

¹⁸ Please refer to section 2.3.3. for the discussion of this issue.

¹⁹ Case 172 / 80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank, (1981) ECR 2021.

²⁰ Ibid., para.21, SOAMES, T. (1996) "An Analysis of the Principles of Concerted Practices and Collective Dominance: A Distinction Without a Difference?", European Competition Law Review (hereinafter referred to as E. C. L. R.), Volume 2, p. 26, VAN GEVREN, G. and E. NAVARRO VARONA (1994), "The Woodpulp Case and The Future of Concerted Practices", Common Market Law Review (hereinafter referred to as C. M. L. R.) Volume 31, p. 591.

²¹ Van Bael and Bellis 2005, p. 52.

2.2. Market Conditions Enabling Oligopolistic Interdependency and Parallel Behaviours

Because this paper is mostly related to parallel behaviours and their value for standard of proof in the concept of concerted practices, market conditions enabling parallel behaviours must be identified before considering the case law of the ECJ regarding parallel behaviours under the scope of concerted practices.

*“Where related conduct by the parties did not result from an agreement that could be proved that conduct could nevertheless be viewed as constituting a concerted practice”*²². This sentence from a decision of the Commission of the EC (hereinafter referred to as Commission) was proof of efforts to deal with the oligopolistic interdependence in the concept of concerted practices. The essence of the problem is that competitors operating on an oligopolistic market have to engage in tacit coordination, which is a key requirement for the successful operation of their businesses, by monitoring the market concerned. The price rigidity or joint price increases in an oligopoly, therefore, do not directly prove a continuing concertation among the competitors concerned²³.

The oligopoly is a market structure which enables rival undertakings to align their conduct and ascertain a price at a supra-competitive level. In a perfectly competitive market, reduction in price does not have a deep impact on the market strategy of rival undertakings and the reduction in question is not necessarily followed by rivals. However, especially in a homogeneous, or pure, oligopoly, if an undertaking cuts its price, this reduction must immediately be matched by its competitors. Otherwise, customers would prefer the lower-priced production as the only differentiation between competitors' productions is their price. The competitor would face the same risk if it increased its price and the price increase was not followed by the rivals. This theory is the core of the oligopolistic interdependence²⁴.

Considering the competitors' immediate reaction to match the reduction in price in an oligopoly, undertakings are much less willing to engage in price competition because the initial profit obtained by the new reduced price is neutralized by a price war which will be to everyone's disadvantage in long term. However, oligopolists also aim at maximizing their own profits. Because there are only few competitors operating on an oligopolistic market, after some period of

²² Polypropylene Decision (1986) O. J., L 230/1, (1988) 4 C. M. L. R. 347, judgment T-7 / 89, (1992) 4 C. M. L. R. 84, ALESE, F. (1999), “The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly”, E. C. L. R., Volume 20 No. 7, p. 379.

²³ Alese 1999, p. 379.

²⁴ Whish 2005, p. 507.

repeated actions, a market player would be aware of the pricing and output policy of the others. It could then consciously implement, without the need to enter into an anti-competitive agreement or concerted practices, its own conduct in accordance with the anticipated reactions of its rivals. As the pricing and output policies of an undertaking influence the conduct of its competitors, these policies could be matched by merely monitoring the market concerned and implementing the repeated parallel behaviours to avoid the loss of customers in case of the alteration of market policy by a competitor. In such a case, the factor creating parallel behaviours is not the intention of concertation among the competitors, but the regular consequence of the market structure. These repeated non-collusive parallel behaviours, which are called tacit coordination and regarded as legitimate, could enable the competitors to increase the prices towards the level of supra-competitive profits by taking advantage of the oligopolistic market structure, particularly its interdependence and heightened awareness of competitors' strategies²⁵.

As oligopoly, not absolute monopoly or perfect competition is the prevailing market structure in many sectors, market conditions enabling the appearance of oligopolistic interdependency must be clarified. This issue is crucial for determining whether parallel behaviours observed on the market are the result of oligopolistic interdependency or concertation among the undertakings. Before separately considering the market conditions enabling oligopolistic interdependency and parallel behaviours, none of the conditions taken into account individually can precisely lead to a high probability of oligopolistic interdependency. On the other hand, oligopolistic interdependency and lawful conscious parallelism can be observed if there are a limited number of undertakings operating with high market shares, barriers to entry into the market are sufficiently high, the products are homogeneous and the market is transparent²⁶.

Where there are a few undertakings operating with high market shares in a given market, the probability of oligopolistic interdependency is heightened because these few undertakings can easily monitor each competitor's behaviour. As a result of the heightened awareness of the strategies followed by competitors through monitoring, the undertakings concerned have the possibility of matching their own conduct to the anticipated strategy of the rival undertakings²⁷. Once the

²⁵ Whish 2005, p. 507, Jones and Sufrin 2004, p. 818.

²⁶ OECD (1999), Oligopoly, DAFPE / CLP(99)25, available at [http://www.oilis.oecd.org/oilis/1999doc.nsf/LinkTo/NT00002AE6/\\$FILE/10E91728.PDF](http://www.oilis.oecd.org/oilis/1999doc.nsf/LinkTo/NT00002AE6/$FILE/10E91728.PDF), p. 21, last visited on 26.02.2009, Van Gevren and Navarro Varona 1994, p. 603.

²⁷ OECD 1999, p. 21-22.

number of undertakings operating in a given market is increased, the incentive of undertakings concerned to follow each other's conduct is decreased due to the possible differentiation in the market strategy of the newcomer undertakings, especially in terms of costs, manufacturing, and sales. Therefore, more undertakings operating in a given market cause difficulty in monitoring the market conditions. It is obvious that low barriers to entry into a market prevent concentration on the market on the ground that competition would be increased by newcomer undertakings trying to steal market shares²⁸.

The symmetry in the undertakings' sizes is another condition facilitating the appearance of oligopolistic interdependence. When market shares, sales volumes, manufacturing capacity and cost structures of the undertakings concerned are similar in a given market, prediction of competitors' strategies is facilitated and may result in lawful conscious parallel behaviour²⁹.

Product differentiation is one of the biggest barriers for the existence of oligopolistic interdependency because product differentiation results in differentiation in terms of sales. This is the case in particular where the price of production concerned is determined by considering the high degree of product customization³⁰. Product homogeneity would be established if the shape, nature, quality and function of the products manufactured by different undertakings are equivalent. In such a case, cost, manufacturing and sales conditions could be matched on the market without collusion between the rival undertakings through product homogeneity³¹. On the other hand, still, a certain degree of product differentiation can leave the door open for the consideration of product homogeneity and lawful conscious parallelism in a case where there are clear references or focal points on production concerned. These focal points ensure the possibility of predicting the price of competitors' production³².

Product homogeneity would generally be seen in conjunction with a lack of product innovation. If product technology has already matured and stabilized, it is not plausible for an oligopolist to sacrifice a vast amount of money for the purpose of product innovation to steal a competitor's business. In such a case, the

²⁸ Ibid., p. 23.

²⁹ Ibid., p. 25.

³⁰ BRIONES-ALONSO, J. (1995), "Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach In Different Jurisdictions?", available at http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1995_036_en.html, last visited on 26.02.2009, para. 30.

³¹ CENGİZ, D. (2006), *Türk Rekabet Hukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları*, First Edition, Beta, p. 182.

³² Briones-Alonso 1995, para.28.

undertakings, which cannot gain a competitive advantage through technological developments and product innovation, would prefer to avoid active price competition in conformity with their mutual advantage. Thus, the lack of product innovation provides the stability of parallel behaviours by blocking unpredictability and aggressive moves on the market that quickly steal a competitor's business³³.

A market with inelastic demand where there are no possible substitutes outside the market concerned is also an appropriate condition for engaging in parallel behaviour. Price competition in such a market would be much more harmful for the undertakings involved than price competition in a market with elastic demand, as the loss of revenue incurred by the reduction in prices could not be recovered. Because inelasticity of demand does not depend on the prices, but on the special features belonging to the product concerned, the reduction in prices in a market with inelastic demand does not lead to increased sales, and the price competition results in decreasing overall profits³⁴. Therefore, the inelasticity of demand discourages the competitors from engaging in price competition and could ensure the stability of parallel behaviours on the market.

The decisive condition enabling efficient monitoring and tacit coordination in a given market is market transparency. The lack of market transparency, therefore, removes the probability of oligopolistic interdependency³⁵. The essence of market transparency is the accessibility of information on prices and sales among oligopolists³⁶. Market concentration, product homogeneity, the existence of market statistics and of focal points for prices, and the essence of commercial relations with consumers are decisive elements in determining whether or not the market concerned is transparent³⁷. The crucial issue regarding market transparency is whether the transparency is the nature of the market concerned or artificially created by the competitors with a view to facilitating exchange of information through coordination³⁸. One method resorted in creating an artificial transparency is to directly provide competitors with information on cost and sales conditions in advance, particularly through price announcements. The establishment of trade associations or publishing of a trade press with a view to collecting and disseminating information are also efficient ways of creating an artificial transparency. Competitors may also opt to

³³ Ibid., para. 29, 31, 48.

³⁴ Ibid., para. 34

³⁵ TOY, O. Y. (2004), *Rekabet Hukunda Uyumlu Eylem*, Turkish Competition Authority, p. 35.

³⁶ Briones-Alonso 1995, para 42.

³⁷ Ibid., para 44.

³⁸ ASLAN, İ. Y. (2005), *Rekabet Hukuku*, Third Edition, Ekin Press, p. 149.

indirectly inform each other through third parties. In this case, competitors are sure about the fact that the information revealed will be attained by the others with the assistance of third parties³⁹.

As explained above, the oligopoly means neither a market structure in which only few undertakings operate in a given market⁴⁰ nor one in which any parallel behaviour observed is regarded as collusive. Rather it means a market structure in which there is interdependency among few undertakings holding market power. Without engaging in explicit coordination such interdependency enables competitors through parallel behaviours to decrease the volume of production and/or to increase the prices prejudice to customers. In this manner competitors tacitly coordinate their operations, following their mutual interest, namely profit maximization, and thinking that other market participants also follow this interest⁴¹.

It must be borne in mind that market conditions enabling oligopolistic interdependency also facilitate the implementation of collusive behaviours between competitors. Therefore, oligopoly is just on the border between lawful conscious parallelism and concertation⁴². The utilization of parallel behaviour in itself as circumstantial evidence of concerted practice requires a detailed investigation of market conditions in order to avoid unfair and unlawful penalization of the undertakings concerned.

2.3. Case Law of the ECJ Regarding Parallel Behaviours

Discussions of the evaluation of conscious parallel behaviours implemented by the oligopolists in the concept of concerted practices got their start with the Dyestuffs case and were finalized by the Woodpulp case. In this part of the paper, the process on the issue will be detailed by considering the Dyestuffs case, the Sugar case, the Züchner case and the Woodpulp case.

2.3.1. The Dyestuffs Case

The definition⁴³ of concerted practices made by the ECJ in the Dyestuffs case seems, *prima facie*, as if it includes conscious, but non-collusive, parallel behaviours in the scope of concerted practices. However, after establishing the definition concerned, the ECJ excluded conscious, but non-collusive, parallel

³⁹ OECD 1999, p. 27–29.

⁴⁰ Whish 2005, p. 507, 512.

⁴¹ KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, First Edition, Beta Publishing, s. 46.

⁴² Jones and Sufrin 2004, p. 818.

⁴³ Case 48 / 69, *ICI v. Commission* (1972) ECR 619, para. 64–65.

behaviour from the scope of concerted practices, stating that even though parallel behaviour cannot in and of itself be regarded as concerted practice, it may be considered “*strong evidence of concerted practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market having regard to the nature of the products, the importance and number of the undertakings as well as the size and nature of the said market*”⁴⁴. This quotation indicates the market conditions under which parallel behaviours can be utilized as indirect evidence of alleged concerted practices, and, at the same time, indicates that non-collusive parallel behaviour stemming from oligopolistic interdependency is not regarded even as evidence of alleged concerted practices. Because those criteria, namely “*the nature of the products, the importance and number of the undertakings and the size and nature of the said market*”, are conducive market conditions to differentiate the oligopoly from other market structures, and accordingly, to distinguish between the conscious, but non-collusive, parallel behaviours stemming from oligopolistic interdependency and collusive parallel behaviours⁴⁵ on the ground that the oligopoly provides the competitors with the most appropriate market structure for tacit coordination.⁴⁶ Furthermore, the ECJ approved the right of each undertaking to realign their own conduct intelligently to the present and anticipated conducts of their rival undertakings. According to this right, concerted practice is never established as long as the undertakings independently configure their courses of conduct in the market⁴⁷. The right in question clearly strengthens the fact that conscious, but non-collusive, parallel behaviours arising from oligopolistic interdependency are excluded from the concept of concerted practices. In addition, by means of this right, the ECJ clarified that the concept of concerted practices only prohibits coordinated course of actions created by collusive cooperation of competitors with a view to removing in advance all uncertainty regarding the future conduct of competitors and making the market concerned artificially transparent. Accordingly, the differentiation between the concept of conscious, but non-collusive, parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependence and the concept of concerted practices was constructed on the basis of collusive cooperation among the competitors⁴⁸.

Nevertheless, the evaluation of the ECJ on advance price announcements was in contradiction with the differentiation between the concept of conscious, but

⁴⁴ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 66.

⁴⁵ Cengiz 2006, p. 234.

⁴⁶ Please refer to section 2.2. for a detailed discussion of this issue.

⁴⁷ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 118.

⁴⁸ Ibid., Cengiz 2006, p. 234–235.

non-collusive, parallel behaviours and the scope of concerted practices. According to the ECJ, the advance price announcements concerned showed the competitors' will to increase prices and enabled them to monitor one another's conduct on the market and to realign themselves accordingly⁴⁹. The ECJ added, without evidence of concertation, that the advance price announcements concerned therefore ensured the prior elimination of all uncertainty regarding their future conduct and the risk of changing the conditions of competition between the competitors⁵⁰. However, to reach such a conclusion on advance price announcements, the ECJ had to establish concertation among the competitors. Non-collusive advance price announcements cannot eliminate all uncertainty as to the future conduct of competitors because responses of the competitors to movement of prices are ambiguous for the undertaking making price announcement. For instance, an announced price could not be followed by the competitors and this nonreactive stance could be an opportunity for them to entice away customers. Accordingly, advance price announcements could simply result in customer attrition for the undertaking making a price announcement in advance⁵¹.

It can be inferred from the evaluation of the ECJ that by means of these announcements, monitoring one another and the intention of increasing prices by adapting own conduct to competitors' conduct, which could also be characteristic signs of non-collusive parallel behaviour, are sufficient conditions to eliminate all uncertainty as to the future conduct of competitors. Under these conditions, in a given case, advance price announcements, which are a form of non-collusive parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency, could in themselves be considered as concerted practices. Because the ECJ did not make a differentiation between unilateral, independent parallel price announcements implemented in accordance with oligopolistic interdependency and anti-competitive parallel price announcements implemented by collusive cooperation of competitors within the scope of concerted practices⁵². In this framework, even an advance price announcement made to customers that increases the risk of competition would be regarded as a concerted practice. However, to establish concerted practices, the competitors must form a contact ensuring collusive cooperation against the risk of competition and the prior elimination of all

⁴⁹ Case 48 / 69, *ICI v. Commission* (1972) ECR 619, para. 100.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 101.

⁵¹ İKİZLER, M. (2005), *Rekabet Hukunda Uyumlu Eylemler*, First Edition, Seçkin Publishing, p. 130-131, OSTI, C. (1994), *Information Exchanges in the Obscure Light of Woodpulp*, E. C. L. R, Volume 3, p. 179.

⁵² Cengiz 2006, p. 235-236.

uncertainty as to the future conduct of competitors⁵³. As a result, the ECJ, by not making this differentiation, clouded the concept of conscious, but non-collusive, parallel behaviours emanating from oligopolistic interdependency by causing uncertainty as to whether advance parallel price announcements are a prohibited form of conscious parallelism among competitors in the scope of concerted practices⁵⁴.

Also, the broad definition⁵⁵ of concerted practice complicates making a clear differentiation between the concept of lawful conscious parallelism and the scope of concerted practices. The word “knowingly” in the definition concerned definitely excludes unconscious parallel behaviours from the scope of concerted practices⁵⁶. On the other hand, the scope of the meaning of “knowingly” cannot be clearly differentiated from the conscious, but non-collusive parallel behaviours implemented by the oligopolists, who are well aware of each other’s oligopolistic interdependency with the purpose of increasing their common profit⁵⁷.

Without relying on clear evidence of concertation, the ECJ concluded that there had been concertation among the competitors involved merely on the basis of parallel price announcements and parallel price increases. Although the ECJ did not take them into account, the Commission had also found meeting minutes drawn up by the competitors concerned and instructions in similar wordings sent to their subsidiaries regarding advance price announcements and price increases. In fact, those documents and meeting minutes had been clear corroborative evidence of concertation among the competitors in question⁵⁸. Nevertheless, in this case, it is impossible to reach the conclusion that the conscious parallel behaviours implemented in accordance with oligopolistic interdependency in themselves were regarded as concerted practices. Although the ECJ contradicted its own principle⁵⁹ on weighing the legal nature of parallel behaviours by failing to examine the market conditions concerned in detail, the dyestuffs market was not transparent on the grounds that customers from different member states were not aware of the prices of the product charged in other member states and the products manufactured by the undertakings were not homogeneous⁶⁰. Therefore, it

⁵³ JOLIET, R. (1974), “La’ Notion De Pratigue Concertee Et L’Arret ICI Dans Une Perspective Comparative”, *Cahiers De Droit European*, p. 267–271.

⁵⁴ *Cengiz* 2006, p. 236.

⁵⁵ Case 48 / 69, *ICI v. Commission* (1972) ECR 619, para. 64–65.

⁵⁶ Soames 1996, p. 26.

⁵⁷ BLACK, O. (1992), “Communication and Obligation in Arrangements and Concerted Practices”, *E.C.L.R.*, Volume 5, p. 199.

⁵⁸ *Van Bael and Bellis* 2005, p. 56.

⁵⁹ Case 48 / 69, *ICI v. Commission* (1972) ECR 619, para. 66.

⁶⁰ *Goyder* 2003, p. 72–73, *Van Gerven and Navarro Varona* 1994, p. 603.

was safe to assume that parallel price announcements and parallel price increases in question had not been non-collusive parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency.

2.3.2. The Sugar Case and the Züchner Case

In the Sugar case, recalling the principles specified in the Dyestuffs case, the ECJ reemphasized that the conscious, but non-collusive, parallel behaviours arising from oligopolistic interdependency are not contained in the scope of concerted practices⁶¹. Nonetheless, the reference made in paragraph 174 of the Sugar case to “indirect contact”⁶², which either results in or aims at eliminating in advance the uncertainty regarding future conduct of the competitors, resumed discussions that lawful conscious parallelism such as advance price announcements and price leadership in an oligopoly could be defined as illegal in the ambit of concerted practices⁶³. However, according to economic theory, in a non-collusive oligopoly, market strategies are independently implemented without establishing any forms of contact among competitors. A contact among competitors simply turns the non-collusive oligopoly into a collusive market. Therefore, there is not room for the word “contact” in the concept of non-collusive oligopoly. As a result, the word “contact” stressed by the ECJ, whether it is direct or indirect, excludes the conscious, but non-collusive, parallel behaviours arising from oligopolistic interdependency, and only indicates collusive cooperation among competitors. In other words, rational parallel behaviours implemented independently in an oligopoly, such as advance price announcements or price leadership do not fall within the scope of concerted practices⁶⁴. On the other hand, it would not be plausible to confine the concept of concerted practices to direct contacts among competitors because many forms of indirect contact facilitating collusive cooperation could be easily formed by the competitors.

The Züchner case followed the principles⁶⁵ held in the Dyestuffs case and the Sugar case. The ECJ added that in establishing concerted practices there must be a contact or, at least, exchange of information among competitors⁶⁶. In light of this, in defining parallel behaviours as concerted practices, they must arise out of collusive cooperation established among competitors⁶⁷.

⁶¹ Cases 40 / 73 etc, *Suiker Unie v. Commission* (1975) ECR 1663, para. 26, 173–174, *Van Gerven and Navarro Varona* 1994, p. 590–591.

⁶² Cases 40 / 73 etc, *Suiker Unie v. Commission* (1975) ECR 1663, para. 174.

⁶³ *Van Gerven and Navarro Varona* 1994, p. 591.

⁶⁴ *Alese* 1999, p. 381–382.

⁶⁵ Case 172 / 80, *Züchner v. Bayerische Vereinsbank*, (1981) ECR 2021, para. 12–13–14.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 21.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 22.

2.3.3. The Woodpulp Case

The judgment in the Dyestuffs case had casted a doubtful light on the fact that advance price announcements, which could appear in a form of non-collusive parallel behaviour caused by oligopolistic interdependency, could in themselves amount to a concerted practice among competitors⁶⁸. In the Woodpulp case, the ECJ made the scope of lawful conscious parallelism definite by differentiating unilateral, independent price announcements from anti-competitive price announcements implemented by collusive cooperation of competitors. In addition to the criteria determined in the Dyestuffs case, it also adjudged on the value of parallel behaviours as circumstantial evidence of concerted practices and finalized the issue⁶⁹.

The detailed economic evaluation of the woodpulp market drawn up by economic experts played a decisive role in the Woodpulp case. In fact, such an economic approach was the requirement of the principle⁷⁰, precisely ruled but not precisely fulfilled by the ECJ in the Dyestuffs case, stipulating the detailed analysis of market conditions to determine whether parallel behaviours in question were legitimate or not.

The economic experts stated that, even though there were more than a few number of manufacturers, purchasers, and types of woodpulp, the market in question was oligopolistic. According to the experts, groups of oligopolies had been formed by a few manufacturers (woodpulp suppliers) and a few purchasers (paper manufacturers). They had lived in dependence within their own groups as each group dealt with only one type of woodpulp. In addition, the interdependence in each group was reinforced by the long term contracts signed by members of the group concerned⁷¹. As a matter of fact, in fostering these long term contracts guaranteeing the security of supply and demand between producers and customers, the advance parallel price announcements in question had been made to customers at the instance of customers themselves. Moreover, the advance parallel price announcements in question were vital for the customers (paper manufacturers) in predicting their costs and ascertaining their pricing⁷². These explanations were clear economic justifications. They proved that the advance parallel price announcements in question had not been implemented by woodpulp

⁶⁸ Please refer to section 2.3.1. for a detailed discussion of this issue.

⁶⁹ Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 575–576.

⁷⁰ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 66.

⁷¹ Cases C–89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstroem Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I–1307, para. 76, 102, Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 584.

⁷² Cases C–89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstroem Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I–1307, para 77, Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 584.

suppliers with a view to rendering the pulp market artificially transparent. In the absence of evidence of concertation, these economic justifications substantiated the assertion that the advance parallel price announcements concerned were simply independent and rational market behaviours⁷³.

The ECJ determined the criteria as to whether parallel price announcements would be regarded as concerted practices or conscious, but non-collusive parallel behaviours. If they are not made to customers and there is no economic justification for the price announcements in question, they simply amount to information exchange among the competitors and sufficient proof of concertation⁷⁴. If, as in the Dyestuffs case, there exist market conditions making tacit coordination impossible, parallel behaviours arising from advance price announcements cannot be observed in an independent and unilateral form. In such a case, after a detailed investigation of the market structure concerned, it is safe to conclude that parallel price announcements are a result of collusive cooperation among the competitors which aim at creating an artificial transparency in the market concerned⁷⁵.

Contrary to the Dyestuffs case, in Woodpulp, the ECJ exactly approved that non-collusive parallel price announcements do not diminish uncertainty as to the future conduct of the competitors. Because at the time when an undertaking announces its price for an upcoming period of time, responses of the competitors on movement of prices are ambiguous for the undertaking making the price announcement⁷⁶. As a result, the ECJ found that the advance parallel price announcements in question were not in themselves regarded as concerted practice.

Experts' reports specified that the structure of the woodpulp market was appropriate for tacit coordination by reason of oligopolistic interdependency and inherent transparency. According to the judgment of the ECJ, all justifications submitted on market transparency⁷⁷, in conjunction with the oligopolistic structure of the woodpulp market, made the implementation of simultaneous, parallel price announcements concerned possible without concertation among competitors⁷⁸. In other words, concertation did not correspond to "the only plausible explanation"

⁷³ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, para. 126, Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 595.

⁷⁴ Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 595.

⁷⁵ Ibid., p. 603.

⁷⁶ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, para. 64, İközler 2005, p. 130-131, Osti 1994, p. 179.

⁷⁷ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, para. 83-88.

⁷⁸ Ibid., para. 126.

for parallel behaviours observed on the woodpulp market. Therefore, parallel behaviours did not amount to sufficient proof of concerted practices.

While reaching this conclusion, the ECJ developed the legal test⁷⁹, which had been established in the Dyestuffs case, to determine whether parallel behaviours in themselves could amount to sufficient proof of concerted practices. The ECJ, in the Dyestuffs case, had controversially excluded the conscious, but non-collusive, parallel behaviours caused by oligopolistic interdependency from the scope of concerted practices⁸⁰. Moreover, it had regarded parallel behaviours that do not fall within “the normal conditions of the market” as “a strong evidence of concerted practices”⁸¹. However, references to “the normal conditions of the market” and “strong evidence” led to the uncertainty. In fact, it is almost impracticable in an oligopoly to determine a certain definition of the normal conditions of the market⁸². In addition, the Dyestuffs test also had not indicated the conditions under which parallel behaviours defined as “strong evidence” would be sufficient proof of concerted practices⁸³.

The legal test created in the Woodpulp case cannot be defined as innovative, since both the Woodpulp and Dyestuffs tests regulate the criteria for the utilization of parallel behaviours as evidence of concerted practices⁸⁴. Nevertheless, it was definitely a reformulation. The ECJ adjudged that “... *parallel conduct cannot be regarded as furnishing proof of concertation unless concertation constitutes the only plausible explanation for such conduct*”⁸⁵. Furthermore, it added the key requirement of the Dyestuffs test into the Woodpulp test, stating that in determining whether there is a plausible explanation inferred from parallel behaviours to indicate the absence of concertation, “*the nature of the products, the size and the number of the undertakings and the volume of the market in question*” must be taken into account⁸⁶.

First, by means of this legal test, the ECJ eliminated the uncertainty caused by the reference to “strong evidence”. The reference to “furnishing proof” finalized that parallel behaviours themselves amount to sufficient evidence of concerted practices if and only if there is no reasonable and legitimate

⁷⁹ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 66.

⁸⁰ Please refer to section 2.3.1. for a detailed discussion of this issue.

⁸¹ Case 48 / 69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 66.

⁸² Alese 1999, p. 380.

⁸³ Cengiz 2006, p. 280.

⁸⁴ Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 601–602.

⁸⁵ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, para. 71.

⁸⁶ Ibid., para. 72.

justification indicating the absence of concertation among competitors⁸⁷. Second, the reference to “the only plausible explanation” abolished the ambiguous reference of the Dyestuffs test to “the normal conditions of the market” and also broadened the scope of legitimate parallelism. The essence of the test was no longer to determine “the normal conditions of the market” but to establish whether parallel behaviours can be defined in a manner other than concertation among competitors⁸⁸. In addition, by means of this reference, along with lawful conscious parallelism resulting from oligopolistic interdependency, parallel behaviours having an economic and legitimate justification would, in case by case form, be regarded as within the scope of lawful parallelism⁸⁹. Finally, also in the Woodpulp case, the ECJ reapproved the legitimacy of conscious, but non-collusive, parallel behaviour arising from oligopolistic interdependency, stating that “*Art. 81 of the EC Treaty does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors*”⁹⁰.

2.4. Burden of Proof by Utilizing Parallel Behaviours in the Absence of Proof of Concertation

The decisive factor establishing concerted practices is the submission of proof of contact among the competitors. The Commission must prove that the information that is the subject of the contact is deliberately, directly sent to the competitors or directed into an area where members of the cartel can knowingly reach it⁹¹. Contact among competitors can be established through proof of meetings or the minutes of a meeting held, exchange of information or any documentary proof indicating that the practices concerned resulted from concertation. If parallel behaviours appear along with even one of these forms of corroborative proof, such behaviours undoubtedly amount to sufficient proof of concerted practices.⁹²

⁸⁷ Cengiz 2006, p. 284

⁸⁸ ALLENDESALAZAR, R. (2006), “Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation” available at [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Allendesalazar.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Allendesalazar.pdf), last visited on 27.02.2009, p. 5.

⁸⁹ For example CRAM and Rheinzink case, Cases 29 and 30 / 83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission, (1984) ECR 1679. It would fall within this concept. The allegation of the Commission on the prevention of parallel imports was rebutted by a business justification of the undertakings concerned. Indeed, the reason of the termination of deliveries to Belgium was antecedent debts of Belgian distributor to the undertakings concerned.

⁹⁰ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, para. 71.

⁹¹ Goyder 2003, p. 74.

⁹² RITTER, L., D. BRAUN and F. ROWLINSON (2000), European Competition Law: A practitioner’s Guide, Second Edition, Kluwer Law International, p. 88.

Nevertheless, by means of legal tests⁹³ created in the Dyestuffs and Woodpulp cases, if a high standard of proof going well beyond their mere demonstration can be fulfilled, parallel behaviours themselves can also correspond to furnishing proof of concerted practices, even in the absence of evidence of concertation⁹⁴.

It is clear that the standard of proof designed in the Dyestuffs test is different from the standard designed in the Woodpulp test. As mentioned above, the reference of the Dyestuffs test to “strong evidence” caused uncertainty on the standard of proof. The ECJ found that in establishing concerted practices, according to the Dyestuffs test, it is sufficient to demonstrate parallel behaviours as strong, but accordingly not conclusive, evidence of concerted practices. Obviously, the standard of proof designed had been based on the balance of probabilities. Therefore, it had not required proof beyond reasonable doubt that parallel behaviours only indicate the existence of concertation. For instance, in a market where conditions are almost, but not fully appropriate for tacit coordination, there are still some low barriers to the emergence of tacit coordination. In such a market, parallel behaviours could amount to strong evidence of concerted practices even if there were other explanations regarding the absence of concertation. Because signs indicating both the existence and the absence of concertation can be seen together. In such a case, if the probability of the existence of concertation inferred from parallel behaviours is more preponderant than the probability of its absence, concerted practices have been established in light of the Dyestuffs test.

The Woodpulp test abolished this uncertain standard of proof by referring to “only plausible explanation”. This reference clearly requires conclusive evidence to establish concerted practices. As a result, the new standard of proof designed by the Woodpulp test is that of “beyond reasonable doubt”.

As both tests prescribe, conditions of the product market in question must be examined in detail by the Commission. Nonetheless, this examination should not be the only duty of the Commission to adjudge the illegality of parallel behaviours in question. The Commission must enable the undertakings to raise their objections to the results of the examination, then address their objections, which could result in new plausible explanations to counter the accusation⁹⁵. This procedure, which has to be entirely fulfilled by the Commission under its own initiative, is the requirement of executing a “fair trial” resulting from Art. 6 of the

⁹³ Case 48 / 69, *ICI v. Commission* (1972) ECR 619, para. 66, Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, *A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission* (1993), ECR I-1307, para. 71, 72.

⁹⁴ Allendesalazar 2006, p. 5.

⁹⁵ Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 605.

European Convention on Human Rights⁹⁶. Therefore, it is impossible to infer from the tests concerned that the mere demonstration of parallel behaviours is a sufficient condition in shifting the burden of proof from the Commission to the undertakings.

As a matter of fact, in light of the principle of the “presumption of innocence” resulting from Art. 6 / (2) of the said convention, the burden of proof is on the Commission. In the absence of evidence of concertation, the Commission must prove its allegations on the basis of conclusive and precise justifications resulting from the parallel behaviours in question. This procedure will be justified in the next three paragraphs by the application of the case law of the ECJ.

The ECJ ruled in the CRAM and Rheinzink case⁹⁷ that the presumption established by the Commission did not have a solid basis as the proof submitted by the undertakings had been disregarded by the Commission⁹⁸. Though the Commission had not established a presumption having a solid basis in the absence of evidence of concertation, it had established concerted practices between the undertakings concerned. Hence, the decision was annulled by the ECJ. It approved that the undertakings have a right to submit their own rational or economic justifications “*which cast the facts established by the Commission in a different light and which thus allow another explanation*” indicating the absence of concertation among competitors⁹⁹. It further added that the Commission is obliged to consider them on its own initiative¹⁰⁰. This right attributed to the undertakings shall never be considered to mean that the Commission is no longer required to search alternative explanations¹⁰¹. It means neither shifting the burden of proof to the undertakings nor lightening the burden of proof of the Commission¹⁰².

As the ECJ ruled in both the CRAM and Rheinzink case¹⁰³ as well as the Woodpulp case¹⁰⁴, “the evidence must be firm, precise and coherent” to conclude

⁹⁶ Please refer to <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>, for the full wording of Art. 6 of the European Convention on Human Rights.

⁹⁷ Cases 29 and 30 / 83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission*, (1984) ECR 1679.

⁹⁸ *Ibid.*, paras. 17, 19–20.

⁹⁹ *Ibid.*, para 16.

¹⁰⁰ *Ibid.*, para.17.

¹⁰¹ Allendesalazar 2006, p. 8.

¹⁰² Van Bael and Bellis 2005, p. 57.

¹⁰³ Cases 29 and 30 / 83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission*, (1984) ECR 1679, para. 20.

that parallel behaviours result from concerted practices among competitors. The mere demonstration of parallel behaviours without the examination of market conditions in detail does not fall within this formula, since there is a possibility that conscious parallel behaviours in a given oligopoly could appear in a non-collusive form¹⁰⁵. At that point, the Woodpulp test must be considered in light of “the presumption of innocence”. The ECJ approved¹⁰⁶ in the Hüls case¹⁰⁷ that “the presumption of innocence”, which appears in Art. 6 / (2) of the European Convention on Human Rights, is a part of Community legal order and a fundamental right, which also protects an undertaking in the procedure regarding the competition rules of the EC¹⁰⁸. Therefore, as Advocate General Darmon stressed in the Woodpulp case, the Commission must establish “a degree of certainty that goes beyond any reasonable doubt”¹⁰⁹, at least “beyond the point of proving parallel behaviours”¹¹⁰, in securing “the principle of the presumption of innocence” and concluding that “concertation constitutes the only plausible explanation for parallel behaviours”.

Though the ECJ never explicitly held that the mere proof of parallel behaviours is not sufficient to shift the burden of proof from the Commission to the undertakings, the applicability of the principle of the “presumption of innocence” to the competition rules, the clear standard of proof established by the Woodpulp test, and the procedure followed by the ECJ in the Woodpulp case clearly solved the problem. In the absence of evidence of concertation, the ECJ did not shift the burden of proof to the defendants for the alleged concertation upon the mere proof of parallel behaviours by the Commission. The ECJ took into account the objections of the defendants and, as prescribed in the Dyestuffs test, examined conditions of the woodpulp market in detail before reaching a conclusion.

¹⁰⁴ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, para. 70.

¹⁰⁵ Please refer to section 2.2. for a detailed discussion of this issue.

¹⁰⁶ Sanctions regulated in the EC competition law have an administrative nature. However, due to the fact that they are punitive and deterrent, they fall within the scope of Art. 6 of the European Convention on Human Rights and are deemed as criminal in nature. (Please refer to the judgments of the European Court of Human Rights on the evaluation of administrative sanctions in the scope of Art. 6 of the said Convention, Case of Öztürk v. Germany, Application no. 8544 / 79, dated 21.02.1984, Case of Lutz v. Germany, Application no. 9912 / 82, dated 25.08.1987)

¹⁰⁷ C-199 / 92, Hüls v. Commission (1999), ECR I-4287.

¹⁰⁸ Ibid., paras. 149-150.

¹⁰⁹ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, Opinion of Advocate General Darmon, para. 195.

¹¹⁰ Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 605.

After carrying out this procedure, if the Commission can establish well-grounded presumptions going beyond any reasonable doubt that the parallel behaviours observed do not indicate the existence of any legitimate alternative explanation rebutting the alleged concertation, such parallelism amount to furnishing proof of concerted practices. However, it must be noted that the reference to “the only plausible explanation” ensures that the establishment of concerted practices among competitors is nearly impossible in the absence of evidence of concertation¹¹¹.

It is safe to assume that the mere demonstration of parallel behaviours in an absolute oligopoly or in a perfectly competitive market are excluded from the scope of the Woodpulp test. In an absolute oligopoly like the woodpulp market, parallel behaviours are inherent and are a regular outcome of the market's operation. The undertakings operating in such a market have complete information on each other's market strategy. Thus, in an absolute oligopoly, in the absence of evidence of concertation, the parallel behaviours in question always have an alternative plausible explanation indicating the absence of concertation.

Furthermore, coordination is impossible in a perfectly competitive market. There would be lots of barriers banging the door on coordination and the appearance of parallel behaviours. Even if the rivals engage in concertation somehow, they cannot distort the competition.

Even if the market concerned is not an absolute oligopoly, it could have a structure that is appropriate for tacit coordination among the competitors. In such a case, a detailed investigation of the market conditions could not give a definite answer as to whether parallel behaviours have arisen from collusive cooperation among competitors or they simply amount to conscious, but non-collusive, parallelism implemented in the ambit of oligopolistic interdependency. Hence, in cases where no proof of concertation exists, due to the fact that the question of whether concertation constitutes the only plausible explanation for parallel behaviours cannot be definitely answered, in light of the principle of the “presumption of innocence”, the Commission must drop the case.

It is safe to allege that the Woodpulp test can detect the parallel behaviours observed in an almost perfectly competitive market. In fact, coordination in such a market is rarely established through concerted practices; it generally requires anti-competitive agreements among the competitors. Nevertheless, if they establish coordination through concerted practices, a detailed market investigation would only indicate the existence of concertation. Parallel

¹¹¹ Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 608, Alesse 1999, p. 383.

behaviours can hardly be justified by the conditions observed in a market including a large number of market participants, product differentiation, non-existent transparency, and advanced product technology.

2.5. The Question of Whether a Concerted Practice is Necessarily Implemented Through Parallel Behaviours on the Market

From the Dyestuffs case to the Polypropylene cases¹¹², the ECJ dealt with concerted practices implemented through parallel behaviours of the undertakings concerting with each other. In this period, the ECJ answered the question of whether concerted practice can be inferred from parallel behaviours having anti-competitive effects on the market. Therefore, concerted practices not introduced through parallel behaviours on the market were not discussed by the ECJ, and “concertation plus parallel behaviour” was the prevailing view in the concept of concerted practice¹¹³.

However, according to the Commission’s view in the Polypropylene cases, because Art. 81 does not include any legal differentiation between the treatment of concerted practices and agreements, the concertation between undertakings must be caught by Art. 81, even if no parallel behaviours or anti-competitive effects exist on the market. Accordingly, the Commission put forward that it makes no difference whether or not the undertakings involved have entered into an agreement or a concerted practice, or in other words, whether or not an anti-competitive behaviour stems from an agreement or a concerted practice. In the words of Art. 81, both terms aim at preventing the coordinated behaviour of the undertakings¹¹⁴.

As was the fact in the Polypropylene cases, complex cartels exhibit the systematic anti-competitive behaviours formed by both agreements and concerted practices. Such behaviours could appear simultaneously or follow one another in a very long period between various undertakings contributing to the cartel itself in a different manner or efficiency in different time periods¹¹⁵. In the Polypropylene cases, it was obvious that the concertation concerned had characteristics of both

¹¹² C-49 / 92P, *Anic v. Commission* (1999), ECR I-4125, C-51 / 92P, *Hercules v. Commission* (1999), ECR I-4235, C-199 / 92, *Hüls v. Commission* (1999), ECR I-4287, C-200 / 92P, *ICI v. Commission* (1999), ECR I-4399, C-227 / 92P, *Hoechst v. Commission* (1999), ECR I-4443, C-234 / 92P, *Shell v. Commission* (1999), ECR I-4561, C-235 / 92P, *Montecatini v. Commission* (1999), ECR I-4539, C-245 / 92P, *Chemie Linz v. Commission* (1999), ECR I-4643, C-5 / 93, *DSM v. Commission* (1999), ECR I-4695.

¹¹³ Cengiz 2006, p. 111.

¹¹⁴ Whish 2005, p. 101.

¹¹⁵ FAULL, J. and A. NIKPAY (1999) “The EC Law of Competition”, First Edition, Oxford University Press, p. 79

agreements and concerted practices. However, because the components or results of all agreements and concerted practices put into effect in a complex cartel were fully affiliated with each other, it was difficult to make sure the starting point of an agreement or a concerted practice or to differentiate the results of each agreement or concerted practice¹¹⁶.

Due to the framework of this difficulty, according to the Commission, in the case of a complex cartel, Art. 81 does not require the precise classification of whether the infringements stemmed from agreements or concerted practices. As a result, the Commission held that since there is no need to specifically classify the infringements as agreements or concerted practices and since Art. 81 does not include any legal differentiation between the treatment of concerted practices and agreements, the concept of concerted practices does not require the implementation of concertation creating anti-competitive effects on the market. Hence, the concertation can be punished based on merely its anti-competitive object.

The appellant undertakings alleged that although an agreement would be punished regardless of its effect by the mere reason of its anti-competitive object, a concerted practice caught by Art. 81 requires, besides the proof of its anti-competitive object, subsequent conduct ensuring the implementation of concertation in the market¹¹⁷. In the Huls case¹¹⁸, one of the Polypropylene cases, the ECJ verified the appellants' argument, stating that "*the concept of concerted practice, ... implies, besides undertakings' concerting with each other, subsequent conduct on the market, and a relationship of cause and effect between the two*"¹¹⁹. Nonetheless, it ruled that "*a concerted practice is caught by Art.81, even in the absence of anti-competitive effects on the market*"¹²⁰ and it is "*prohibited, regardless of their effect, when they have an anti-competitive object*"¹²¹. Once the Commission proves that the undertakings contacting each other have the purpose of restricting competition, it does not have to submit further proof regarding the subsequent conduct of the concertation and effects of the conduct on the market since there is a presumption that the concertation has been followed by the parallel behaviour of the undertakings concerned¹²².

¹¹⁶ Faull and Nikpay 1999, p. 79–80, Jones and Sufrin 2004, p. 151.

¹¹⁷ Jones and Sufrin 2004, p. 152.

¹¹⁸ C–199/92P, Huls AG v. Commission (1999), ECR I–4287.

¹¹⁹ Ibid., para. 161.

¹²⁰ Ibid., para. 163.

¹²¹ Ibid., para. 164.

¹²² Ibid., para. 167, Van Bael and Bellis 2005, p. 52, Whish 2005, p. 102.

The reason for the creation of this presumption¹²³ was that when the undertakings concert with each other on a regular basis over a long period of time, they take into account the information exchanged with their competitors with a view to determining their conduct on the market¹²⁴. In view of this presumption, the undertakings concerned must prove the absolute nonexistence of the contemplated course of action, and that their own conduct on the market was not affected in any form whatsoever by the information gained through concertation¹²⁵.

As a result, the ECJ held that, contrary to the Commission's view, the concept of concerted practice differs from the concept of agreement on the ground that the former is formed by both concertation and anti-competitive parallel behaviours on the market. In light of this principle, it would easily be assumed that the parallel behaviour implemented in accordance with the concertation is the essential element of the concept of concerted practice. However, through the above mentioned presumption, the ECJ has put this essential element out of operation because it seems ambiguous to establish the conditions in which the conduct of the undertaking was not affected in any form whatsoever by the information gained through concertation. According to the ECJ's view, the only and decisive question to be considered, if the undertakings concerned cannot prove the contrary to the presumption, is whether or not the undertakings concerned have engaged in a concertation. Therefore, the distinction between the concepts of agreement and concerted practices is left on the paper. Parallel behaviours are not regarded by the ECJ as a necessary element to establish concerted practices among competitors¹²⁶.

3. THE PRESUMPTION OF CONCERTED PRACTICES IN THE TURKISH COMPETITION ACT

Art. 4 / (3) of the Turkish Competition Act states that *"in cases where the existence of an agreement cannot be proved, that the price changes in the market, or the balance of demand and supply, or the operational areas of undertakings are similar to those markets where competition is prevented, distorted or restricted, constitutes a presumption that undertakings are engaged in a concerted practice"*. According to Art. 4 / (4) *"each of the parties may*

¹²³ Please refer to p. 33–34 and p. 35–36 for the discussion of how the presumption established in the Hüls case provides guidance for the utilization of presumption of concerted practices in the Turkish Competition Act.

¹²⁴ C–199/92P, Hüls AG v. Commission (1999), ECR I–4287, para. 162.

¹²⁵ Van Gerven and Navarro Varona 1994, p. 599, Jones and Sufrin 2004, p. 152.

¹²⁶ WESSLEY, T. W. (2001), "Polpropylene Appeal Cases", C. M. L. R., Volume 38, p. 764–765, Jones and Sufrin 2004, p. 153.

*relieve itself of the responsibility by proving not to engage in concerted practice, provided that it is based on economic and rational facts*¹²⁷. Art. 4 / (3), (4), known as the presumption of concerted practices, aim at dealing with parallel behaviours observed in oligopolistic markets, especially in the absence of proof of concertation among competitors.

As it exists in a competition law regime, which follows both the primary and secondary legislation of EC competition law as well as the case law of the ECJ in the framework of Art. 39 of the Customs Union Decision¹²⁸, at first sight, the presumption of concerted practices in the Turkish Competition Act would seem a disparity from EC competition law. Such a presumption is not explicitly specified by the legislation in the field of EC competition law. However, the Woodpulp test and Dyestuffs test can be defined as counterparts of the presumption of concerted practices in the Turkish Competition Act, since they are utilized in EC competition law in determining whether parallel behaviours can be regarded as furnishing proof of concerted practices in the absence of proof of concertation among the competitors¹²⁹. As a matter of fact, the official reasoning of the presumption of concerted practices is granted as *“in a legal system in which agreements limiting competition are prohibited, such agreements are made secretly and proving their existence becomes very hard and sometimes impossible...It has been aimed that the Law does not become inoperative due to difficulty of proof”*¹³⁰.

Since the tests created by the ECJ and the presumption of concerted practices in the Turkish Competition Act serve the same legal purpose, conditions of the utilization of the presumption of concerted practices should be consistent with the application of the case law of the ECJ. However, in 2005, the interpretation of the presumption of concerted practices made by the TCB in the case of “Bread Yeast III”¹³¹ led to an artificial disparity between EC and Turkish competition law regime.

Parallel behaviours covered by Art. 4 / (3) regarding price changes, balance of supply and demand and partition of the areas of activity are initially

¹²⁷ Available at <http://www.rekabet.gov.tr/word/ekanun.doc>, last visited on 01.03.2009.

¹²⁸ Please refer to section 1. INTRODUCTION.

¹²⁹ Please refer to section 2.3.1 and 2.3.3 for a detailed discussion of this issue.

¹³⁰ Reasoning of Art. 4 of the Turkish Competition Act, “Record Book of Grand National Assembly of Turkey”, 10.05.1993. Please refer to [http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD\(2006\)17_ENG.pdf](http://www.cade.gov.br/Internacional/OECD/DAF_COMP_GF_WD(2006)17_ENG.pdf) for its official translation, p. 4.

¹³¹ Decision of the TCB, “Bread Yeast III”, referenced no. 05–60/896–241, dated 23.09.2005.

considered before dealing with the controversial interpretation and the proper utilization of the presumption of concerted practices.

3.1. Parallel Behaviours Triggering the Utilization of the Presumption of Concerted Practices

3.1.1. Market Conducts Regarding Price Changes

According to Art. 4 / (3) of the Turkish Competition Act, price changes in a given market trigger the utilization of the presumption of concerted practices in cases where the price changes in question resemble those observed in an anti-competitive market. The TCB must prove the price changes that are deemed anti-competitive by demonstrating¹³²

- predatory price cutting or price increases collectively introduced by the competitors at the same date or substantially contemporaneous, and/or at the same percentage or at very similar percentages, or
- price rigidity in a given market during given periods of time, or
- the same modalities of payment or the same installment plan introduced by the competitors.

3.1.2. Market Conducts Regarding Balance of Supply and Demand

- Decrease of manufacturing capacity collectively put into effect on the same date or on very close dates by the competitors, or
- the limitation of supply introduced synchronously and collectively by the competitors

fall within Art. 4 / (3) of the Turkish Competition Act as types of anti-competitive market conducts, which must be demonstrated by the TCB¹³³.

3.1.3. Parallel Behaviours Regarding Partition of the Areas of Activity

Proving anti-competitive market conduct regarding the partition of the areas of activity among competitors is much harder than proving such conduct as to the balance of supply and demand or price changes. When deciding on the alleged market partitioning, it is hard to benefit from a tangible, measurable, comparable, or supportable instrument such as prices or the statistics obtained from inside the undertakings concerned. As a result of the absence of such an instrument, the

¹³² GÜRKAYNAK, G. (2001), "The Presumption of Concerted Practice in Turkish Competition Law: An Institution of Legal Uncertainty With an Uncertain Future", available at www.geocities.com/gonencgurkaynak/Research.html, last visited on 28.02.2009, p. 5, İkizler 2005, p. 312.

¹³³ İkizler 2005, p. 312.

TCB shall answer the question of whether some of the competitors prudently behaved by withdrawing from the market concerned or abstaining from engaging in competition. To do so, it shall consider the distribution capacity of the undertakings, reasons for changing the areas of distribution and their activity, and whether the market share can be increased by remaining active in that market¹³⁴.

Types of anti-competitive market conduct observed among competitors in a shared market are as follows¹³⁵:

- collective rejection of establishing distributorships in a given territory or each other's territory, or
- collective rejection of supplying to given territories or collective rejection of demands coming from customers operating in a given area.

All market conducts in each group listed above in light of Art. 4 / (3) of the Turkish Competition Act, prove that the subject matter in each group consists of parallel behaviours collectively introduced on the same date or on very close dates. In this framework, in the absence of evidence of concertation, the presumption of concerted practices aims at inferring concertation among competitors from only parallel behaviours if such behaviours bear resemblance to those observed in anti-competitive markets¹³⁶. Indeed, the reference to similarity with an anti-competitive market in the presumption of concerted practices clearly corresponds to the criteria of “the normal conditions of market”¹³⁷ established by the ECJ in the Dyestuffs case¹³⁸. However, the ECJ has already departed from the utilization of the Dyestuffs test by establishing the Woodpulp test and the criteria of “the only plausible explanation”. Therefore, the TCB should follow the Woodpulp test in deciding on the legality of parallel behaviours in question since the ECJ requires different standards than the Dyestuffs test¹³⁹.

3.2. Literal Construction of the Presumption of Concerted Practices Exercised by the Turkish Competition Board

A decision¹⁴⁰ made by the TCB demonstrated that, in the absence of proof of concertation, the mere demonstration of parallel behaviours observed in a given market and in a given period is a sufficient tool in establishing the presumption of concerted practices. Then, according to Art. 4 / (4) of the Turkish Competition

¹³⁴ Gürkaynak, G. 2001, p. 6–7.

¹³⁵ İkizler 2005, p. 312–313.

¹³⁶ Ibid., p. 313.

¹³⁷ Case 48/69, ICI v. Commission (1972) ECR 619, para. 66.

¹³⁸ İkizler 2005, p. 313.

¹³⁹ Please refer to section 2.3.3. and 2.4. for a detailed discussion of this issue.

¹⁴⁰ Decision of the TCB, “Bread Yeast III”, referenced no. 05–60/896–241, dated 23. 09. 2005.

Act, the TCB shifted the burden of proof to the undertakings involved and expected economic and rational justifications that parallel behaviours had not arisen from collusive cooperation of the competitors but from their own independent and unilateral market strategies¹⁴¹.

Indeed, the literal construction of the presumption of concerted practices allows such an application. Due to its uncertain scope, the reference to “the similarity with anti-competitive markets” can catch all types of parallel behaviours¹⁴² specified in Art. 4 / (3) of the Turkish Competition Act. Because such behaviours are inherent in a market where conditions of imperfect competition prevail, and the operation in imperfect competition could lead to an effect on that market which could also be observable on an anti-competitive market. Under these circumstances, it is clear that such an interpretation of the presumption of concerted practices does not differentiate between the concepts of concerted practices and lawful conscious parallelism and, therefore, contradicts with the case law of the ECJ¹⁴³. Because, by means of the utilization of its literal construction, the TCB does not bear the burden of proving either that “concertation constitutes the only plausible explanation for parallel behaviors” or that such behaviours caused the restriction of competition in the market concerned.

According to Art. 40 of the Turkish Competition Act, “*on its own initiative or upon the applications filed with it, the Board decides to open a direct investigation, or to conduct a preliminary inquiry for determining whether or not it is necessary to open an investigation*”. As a result of Art. 40, an investigation shall not be initiated without serious doubt relating to an infringement of law. Therefore, proper initiation of an investigation requires findings strengthening the seriousness of the alleged violation and the probability of being punished¹⁴⁴. At that point it must be noted that in competition law, the mere proof of parallel behaviours, without making a detailed market investigation, is never regarded as a convincing finding since such behaviours could appear in a non-collusive form by means of oligopolistic interdependency. Because of this economic reason, in the absence of a detailed market investigation, the mere demonstration of parallel behaviours is not a sufficient legal base to directly initiate an investigation. Therefore, the TCB should firstly initiate an inquiry report for the case based on merely parallel behaviours. It is clear that it is not possible to utilize the presumption of concerted practices with a view to shifting

¹⁴¹ The wording of the presumption of concerted practices is provided above under section 3.

¹⁴² Please refer to section 3.1. for a detailed discussion of this issue.

¹⁴³ Please refer to section 2.3. for a detailed discussion of this issue.

¹⁴⁴ Gürkaynak 2001, p. 19.

the burden of proof to the undertakings concerned in the absence of proof of concertation and a detailed market analysis made by the TCB. Besides, Art. 27 of the Turkish Competition Act¹⁴⁵ compels the TCB to carry out a research regarding alleged violations of this Act. The existence of such a presumption shall not negate this duty of the TCB. As being the only and fully authorized body, its decision shall not be based on only the arguments submitted by the investigated parties¹⁴⁶. Accordingly, it is clear that even though the literal construction of the presumption of concerted practices allows this controversial utilization, it is not lawful to activate the presumption concerned upon the mere demonstration of parallel behaviours. In addition, because of the absence of a tangible instrument, parallel behaviours regarding partition of the areas of activity can never be proved without examining the economic interests of the undertakings. If this examination were not carried out, there would not be any findings other than suppositions adducing market sharing¹⁴⁷.

The main unlawful result of this interpretation is the violation of “the presumption of innocence” specified in Art. 6 / (2) of the European Convention on Human Rights¹⁴⁸ and Art. 38 / (4) of the Constitution of the Republic of Turkey¹⁴⁹. Since the ECJ recognized the “presumption of innocence” in the Hüls case for the undertakings, which may incur a fine at the end of the proceedings due to the violation of competition rules, it is also applicable before the TCB and the Council of State on the ground that “case law of the ECJ shall be applied in the Republic of Turkey” under Art. 39 / (2), (a) of the Customs Union Decision¹⁵⁰.

On the other hand, even if Turkish competition law regime were not absolutely bound with EC competition law, the principle of the “presumption of innocence” would be applicable to the proceedings with respect to the violations of the Turkish Competition Act since the Republic of Turkey is also a contracting state of the European Convention on Human Rights¹⁵¹.

According to Art. 18 of the Turkish Competition Act, sanctions imposed on the undertakings have administrative character. However, according to case law of the European Court of Human Rights, the application of said convention is

¹⁴⁵ Available at <http://www.rekabet.gov.tr/word/ekanun.doc>, last visited on 01.03.2009.

¹⁴⁶ Gürkaynak 2001, p. 21.

¹⁴⁷ İvizler 2005, p. 313.

¹⁴⁸ Please refer to footnote 95.

¹⁴⁹ Please refer to footnote 2.

¹⁵⁰ The wording of Art. 39 of the Decision on implementing the final phase of the Customs Union between Turkey and the EC is provided above under section 1. INTRODUCTION.

¹⁵¹ It was ratified by the Republic of Turkey on 18.05.1954.

not confined to sanctions placed in criminal law of the contracting states. The main issue is whether or not the sanction in question has penal character from the perspective of the European Convention on Human Rights, regardless of the seriousness of the penalty concerned. Those administrative sanctions regulated in the Turkish Competition Act threaten the undertakings to be incurred fines or periodic penalty payments. In addition to paying fines, the commercial prestige of the undertakings would be affected on the market. Therefore, due to their punitive and deterrent character, they also have a criminal nature in the ambit of Art. 6 of the European Convention on Human Rights and make the principle of the presumption of innocence applicable before the TCB and the Council of State under the case law of the European Court of Human Rights¹⁵².

At first, it is possible to assume that the presumption of concerted practices obligates the undertakings involved to bear the burden of proving a negative. Because the undertakings shall prove the absence of concertation among each other without the existence of conclusive proof submitted by the TCB on alleged concertation. However, in most cases, the presumption of concerted practices would be a rebuttable one through proof of positive. The undertakings concerned can submit market-based justifications, such as oligopolistic interdependency, pursuance of the price leader, or cost-based justifications, such as runaway inflation, movement in foreign exchange rates or prices of raw material, etc. in order to overcome the burden of proof. However, even if it is a rebuttable presumption, its utilization by the TCB shall be compatible with the case law of the European Court of Human Rights under Art. 6 of the European Convention on Human Rights. The utilization of a presumption in the scope of Art. 6 of said convention shall be constrained within reasonable limits¹⁵³ and based on proper weighing of the evidence in question¹⁵⁴. It prohibited the direct utilization of a presumption relied upon without carrying out “the power of assessment on the basis of the evidence adduced”¹⁵⁵. If the TCB shifts the burden of proof to the undertakings upon the mere demonstration of parallel behaviours without engaging in a detailed investigation of market conditions and undertakings’ possible justifications, the undertakings involved incur the burden of disproving the existence of concertation. In which case it is impossible to allege that the TCB fulfilled its power of assessment and the presumption of concerted practices is utilized within reasonable limits, since the burden of disproving an

¹⁵² Case of Öztürk v. Germany, Application no. 8544/79, 21.02.1984, para. 53, Case of Lutz v. Germany, Application no. 9912/82, 25.12.1987, para. 55.

¹⁵³ Case of Salabiaku v. France, Application no. 10519/83, 07.10.1988, para. 28.

¹⁵⁴ Case of Pham Hoang v. France, Application no. 13191/87, 25.09.1992, para. 36.

¹⁵⁵ Case of Salabiaku v. France, Application no. 10519 / 83, 07.10.1988, para. 30.

essential element of concerted practices – the existence of concertation – shall be borne by the undertakings in the absence of proof beyond reasonable doubt established by TCB.

At this point, it must be restated that according to the Woodpulp test, the Commission shall carry out its “power of assessment” by examining the market concerned in detail and taking into account objections and explanations of the undertakings. Moreover, the reference to “*unless concertation constitutes the only plausible explanation for such behaviours*” clearly requires the Commission, on the basis of proof beyond reasonable doubt, to establish the essential element of concerted practices called concertation.

In light of the precedents of the European Court of Human Rights, such an interpretation of the presumption of concerted practices, which does not require the TCB to carry out its power of assessment on the legality of parallel behaviours and establish the concertation, simply amounts to illegal direct utilization of a presumption. It illegally places the undertakings concerned under the burden of proof, violating “the presumption of innocence”.

As a result, the literal interpretation of the presumption of concerted practices contradicts with legislative intent. The purpose of establishing such a presumption was to catch unlawful parallel behaviours, which is well-preserved under the cover of the difficulty of providing evidence of concertation. However, by means of the literal interpretation, it serves illegality by violating the presumption of innocence and threatening lawful conscious parallelism with being punished. The threat imposed by literal interpretation of the presumption in question would constitute a barrier impeding the natural operation of a non-collusive oligopoly. In such a case, the undertakings would produce market strategies not to maximize profits but to prevent the appearance of tacit coordination¹⁵⁶.

3.3. Interpretation of the Presumption of Concerted Practices in the Framework of Fitness for the Desired Purpose

In the absence of proof of concertation, the most appropriate application of the presumption of concerted practices would result from the interpretation ensuring a synthesis between its wording and the application of the case law of the ECJ. The CRAM and Rheinzink case¹⁵⁷ serves as a guide, even if this case did not specify

¹⁵⁶ ATİYAS İ. and G. GÜRKAYNAK (2006), “Presumption of Concerted Practices: A Legal and Economic Analysis”, available at <http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/atiyas-gurkaynak-concerted-practice-may-2006.pdf>, p. 13–14.

¹⁵⁷ Cases 29 and 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission*, (1984) ECR 1679.

shifting the burden of proof to the undertakings. In this case, the undertakings avoided liability by proof that could not have been noticeable by the Commission. Indeed, they justified their refusal to supply on the ground that their distributor had not made payments for previous deliveries¹⁵⁸. In light of this case, in making the presumption of concerted practices fit for its purpose, it would be fair to allege that the TCB shall deal with noticeable facts in detail, beginning with market conditions and possible alternative explanations resulting from market conditions. However, after detailed examinations, only if there is not a noticeable justification rebutting the alleged concertation, the TCB can trigger the presumption of concerted practices by utilizing parallel behaviours. The burden of proof would then be shifted to the undertakings to provide a justification which may be only they have knowledge¹⁵⁹. The TCB must accurately analyze explanations and proof submitted by the undertakings to overcome the burden of proof.

It is safe to assume that this interpretation does not contradict the application of the case law of the ECJ and the desired purpose of the presumption. Because by means of a detailed market investigation, and taking into account all noticeable alternative explanations, lawful conscious parallelism cannot be included in the concept of concerted practices.

The interpretation of the presumption of concerted practices is a controversial subject in cases where there is no proof of concertation. However, its utilization would be beyond dispute in cases where there is documented evidence that cannot clearly establish concertation among the competitors, but indicates its signs. In such a case, if the documented evidence were seen as the trigger of parallel behaviours observed in a given market, the presumption of concerted practices should be activated and the burden of proof should be shifted to the undertakings concerned upon the proof of parallel behaviours without a need of further examination. The document first regarded as a sign of concertation would serve as furnishing proof of concertation upon the demonstration of parallel behaviours¹⁶⁰ since in light of the Polypropylene cases, there is a presumption that the concertation has been followed by the parallel behaviour of the undertakings concerned¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ibid., para. 18.

¹⁵⁹ İkişler 2005, p. 341–342.

¹⁶⁰ Atiyas and Gürkaynak 2006, p. 20–25.

¹⁶¹ C–199/92P, Hüls AG v. Commission (1999), ECR I–4287, para. 161, 163, 164, 167.

4. THE EVALUATION OF DECISIONS OF THE TCB ON THE UTILIZATION OF THE PRESUMPTION OF CONCERTED PRACTICES

4.1. Previous Decisions Avoiding the Utilization of the Literal Construction of the Presumption of Concerted Practices

The common feature of the decisions¹⁶² made in this period is that the TCB did not apply to the presumption of concerted practices by relying on parallel behaviours in the absence of proof of concertation. Before reaching a decision, in order to determine the legality of parallel behaviours, it regularly carried out detailed market investigations and dealt with alternative explanations resulting from those investigations. In accordance with the case law of the ECJ¹⁶³ the TCB approved that parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency do not fall within the concept of concerted practices in the absence of proof of concertation.

In 2000, the TCB initiated an investigation against bread yeast manufacturers¹⁶⁴. It alleged that the undertakings concerted with each other to increase the factory sales price and dealer sales price of the bread yeast.

In the course of spot inspections, the TCB did not find documented evidence related to the alleged concertation on factory sales price. As a result of the detailed market investigation, the TCB found that there were a small number of equally large manufacturers manufacturing a homogeneous production. There was no brand dependence on the market, and more than one brand was used by the same bakery at the same time. Therefore, customers did not depend on only one manufacturer and could easily decide to purchase from other manufacturers. In addition, frequent contacts between manufacturers and customers heightened awareness and ensured transparency of the market in question. According to the TCB, these findings demonstrated the oligopolistic structure of the bread yeast market. It added that an undertaking operating in an oligopoly must take into account the probable reactions of its competitors because the success of each undertaking depends on monitoring the other's reactions. As a result, in such a market, the appearance of parallel behaviours was the regular result of the natural operation of the undertakings. Accordingly, the TCB approved that oligopolistic

¹⁶² Decisions of the TCB; "Turkcell-Telsim", referenced no. 99-57/614-391, dated 14.12.1999, "Milk", referenced no. 00-11/109-54, dated 23.03.2000, "Bread Yeast I", referenced no. 00-24/255-138, dated 27.06.2000, "Bread Yeast II", referenced no. 02-46 / 557-227, dated 01.03.2002, "PMSA-JTP", referenced no. 02-80/937-385, dated 24.12.2002.

¹⁶³ Please refer to section 2.3. for a detailed discussion of this issue.

¹⁶⁴ Decision of the TCB "Bread Yeast I", referenced no. 00-24/255-138, dated 27.06.2000.

interdependency could result in non-collusive, legitimate parallel behaviours. It held that even though the parallel price increases in question were not connected with cost factors, they did not emanate from concerted practices. Due to the facts that the oligopolistic interdependency on the bread yeast market enabled the undertakings to follow one another regarding price increases, that there was not a direct or indirect contact removing the uncertainty among the competitors, and that the parallel price increases observed were under the consumer price index announced by the State Statistic Institute in the course of time period investigated, alleged concerted practices on factory sales price against the undertakings were dismissed¹⁶⁵.

In this case, the TCB clearly excluded the conscious, but non-collusive, parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency from the scope of concerted practices, stating that although they form important findings of concerted practices, conscious parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency cannot by themselves be regarded as collusion without being reinforced by corroborative evidence. It is clear that the application of the TCB was compatible with the application of the ECJ. The TCB carried out a detailed market investigation and considered oligopolistic interdependency as an economic justification of parallel behaviours. This decision, however, is still open to criticism. The undertakings concerned had activated their price increases through parallel price announcements made to customers. In its decision, the TCB did not deal with the question of whether the parallel price announcements had constituted an indirect contact among the competitors and made the market in question artificially transparent, or whether announcements concerned had an economic or rational justification¹⁶⁶.

In the same investigation, the TCB found documentary evidence demonstrating concertation among competitors with a view to increasing dealer sales prices. The content of those documents was clearly anti-competitive. Exchange of mail and meetings held among the competitors revealed the existence of bargains on dealer sales prices. The TCB, upon the proof of anti-competitive objects of contacts, established concerted practices among the competitors without proving subsequent conducts of the undertakings. This application of the TCB was fully compatible with the presumption established by the ECJ in the Polypropylene cases¹⁶⁷. According to this presumption, the undertakings concerned have the burden of disproving the anti-competitive content of the documents found. One of the undertakings alleged that it had not attended the

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 32–33.

¹⁶⁶ Toy 2004, p. 60.

¹⁶⁷ Please refer to section 2.5. for a detailed discussion of this issue.

meeting with an anti-competitive intent; however, contents of the documents did not justify this allegation, since its agent actively participated in bargains on dealer sales prices. The common defense of the undertakings was that concertation had not been followed by subsequent conduct. This allegation was justifiable, but not sufficient to disprove the accusation because there existed some documents proving the continuous effort of the undertakings to increase the dealer sales prices, even though they had not succeeded in increasing the price. As a result, they were not able to prove that their own conduct on the market had not been affected in any form whatsoever by the information gained through concertation¹⁶⁸.

In the Newspaper decision¹⁶⁹ of the TCB, parallel price increases introduced at the same date and the same percentage were the subject of the investigation. This case involved three biggest newspapers in Turkey. The TCB found that these newspapers constituted a submarket in the newspaper market because their market shares, prices, ad revenues, net sales, and editorial staffs differed from the other newspapers operating on the market. The submarket in question was inherently transparent due to the constant contact between the distribution channels of the undertakings concerned and newspaper stalls. Although the production was not homogeneous, but highly substitutable, the TCB accepted the oligopolistic structure of the submarket concerned¹⁷⁰. In this case, the TCB defined elements of concerted practices as follows¹⁷¹:

- *“There must have been positive contacts between the parties such as meetings, discussions, exchanges of information, which are generally expressed orally or in writing,*
- *such contacts must have been aimed at influencing the market behaviour and especially eliminating the uncertainty of an undertaking’s future competitive behaviour in advance,*
- *they must have influenced or changed the commercial behaviour of the undertaking concerned in a manner that cannot fully be explained with reference to competitive effects.”*

These elements were clearly formed in parallel with elements established by the case law of the ECJ. Besides, it is clear from the illustration of the positive contacts that the point of origin of the elements determined by the TCB was collusion.

¹⁶⁸ Atiyas and Gürkaynak 2006, p. 24–25.

¹⁶⁹ Decision of TCB, “Newspaper”, referenced no. 00–26/291–161, dated 17.07.2000.

¹⁷⁰ Ibid., p. 6, 22.

¹⁷¹ Ibid., p. 15, Atiyas and Gürkaynak 2006, p. 23.

The Newspaper decision of the TCB has special feature regarding the utilization of the presumption of concerted practices. It ruled that to activate the presumption concerned in an investigation held in an oligopoly, *“it is not sufficient to claim that prices were set in a manner similar to price-setting in markets where competition is restricted. In addition to this, it is necessary to prove the existence of a relationship between the undertakings that would not have existed under competitive conditions and that prevented them from acting independently”*¹⁷². Accordingly, it is clear that the TCB rejected the utilization of the presumption of concerted practices upon the mere demonstration of parallel behaviours implying the restriction of competition. Therefore, it is approved that in the absence of proof of concertation the detailed economic findings resulting from explanations of market conditions must prove beyond reasonable doubt the existence of relation between competitors. The presumption of concerted practices can be triggered only if this process is fulfilled by the TCB. The undertakings should then come up with a justification rebutting the existence of concertation.

In addition to the above, the criteria established shed fresh light on the utilization of said presumption in cases where the existence of a relationship is proved but its content or object remain ambiguous. In light of the interpretation made by the TCB on the utilization of said presumption, if there existed some documentary findings, which do not clearly prove concertation among competitors but demonstrate the existence of relationship, upon the proof of parallel behaviours on the market concerned, the presumption of concerted practices shall be activated and the undertakings shall disprove the alleged concertation among each other.

When the criteria established in the Newspaper decision on the utilization of the presumption of concerted practices and the reference to “positive contacts” regarding the elements of concerted practices are considered together, it was evident that the TCB definitely excluded the conscious, but non-collusive, parallel behaviours from the scope of concerted practices. “Positive contacts” can be defined as the main element differentiating lawful conscious parallelism from the scope of concerted practices. In this case, the undertakings alleged that simultaneous parallel price increases can be explained by market transparency. The TCB also confirmed the transparent structure of the submarket concerned. However, during dawn raids, the TCB found documentary evidence demonstrating the exchange of information on prices and promotions contemplated. Indeed, simultaneous parallel price increases had been observed on

¹⁷² Decision of TCB, “Newspaper”, referenced no. 00-26/291-161, dated 17.07.2000, p. 15, Atiyas and Gürkaynak 2006, p. 23-24.

the market immediately following meetings held among the undertakings. Therefore, transparent market structure did not enable the undertakings concerned to justify parallel price increases due to the existence of documentary evidence demonstrating clear anti-competitive objects of the undertakings concerned.

In the PMSA-JTI¹⁷³ decision, parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency were considered within the framework of price leadership. Parallel price increases in the cigarette market introduced on the same date or on very close dates were subject of the investigation. Market analyses carried out by the TCB demonstrated that the market concerned was a concentrated oligopoly involving three undertakings, one of which was the state-controlled price leader. Due to relevant legislation regulating the cigarette market, the state-controlled price leader was entitled to oversee the manufacturing of the respondent undertakings. Direct inside information obtained by the price leader from the respondent undertakings made the market transparent. In addition, the state-controlled price leader was in a dominant position in the market concerned and able to put pressure on the prices charged. As a result, the market structure obliged the respondents to follow the price leader. Even though in the course of dawn raids, the TCB found documents demonstrating the existence of a relationship between the respondents, it was clear that the documents did not indicate any anti-competitive object between the undertakings concerned. Accordingly, they were excluded from the investigation. As a result the only finding at hand was observed parallel behaviours in an oligopoly¹⁷⁴. The TCB held that because the market concerned has a concentrated oligopolistic structure with high transparency, the undertakings concerned constantly and easily monitor one another and therefore can gain information regarding each other's conduct, in particular on the price movements of rivals. In a market where a few undertakings are active, interdependency arises, resulting in an influence on rivals' price strategies. Therefore, the market structure in question constitutes a balance among a few undertakings in pursuance of the price leader. When a follower increases the price, all others are informed and catch the new trend in price¹⁷⁵. It concluded that "*there is no sufficient evidence to prove that the price parallelism established during the investigation is the result of concerted practices*"¹⁷⁶.

Although the literal construction of the presumption of concerted practices allows its utilization upon the mere demonstration of parallel

¹⁷³ Decision of TCB, "PMSA-JTI", referenced no. 02-80/937-385, dated 24.12.2002.

¹⁷⁴ Ibid., p. 21.

¹⁷⁵ Ibid., p. 22.

¹⁷⁶ Ibid., p. 23.

behaviours, the TCB did not rely on said presumption. Instead it followed the principle established in the case of Newspaper that the mere proof of parallel behaviours is not a sufficient condition in triggering the presumption of concerted practices. Then, in accordance with the case law of the ECJ, it examined whether or not price leadership resulting from oligopolistic interdependency exists between the competitors as an economic justification of the appearance of parallel behaviours.

This settled application of the TCB related to the treatment of parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency and the utilization of the presumption of concerted practices was changed in 2005. The decision of the TCB illustrating an aggressive literal construction of said presumption will be addressed next.

4.2. Decision of the Turkish Competition Board Illustrating the Literal Construction of the Presumption of Concerted Practices

Parallel price increases observed on the bread yeast market were, for the third time, the subject of investigation in the absence of proof of concertation¹⁷⁷. In the case of Bread Yeast III, the TCB reapproved its tight oligopolistic structure. Indeed, there existed a small number of undertakings operating on a transparent market without product differentiation and brand loyalty. The undertakings in question were not able to create competition by advertising or product development. Therefore, the only competitive element on the bread yeast market was the price. Nonetheless, due to the absence of product differentiation and brand loyalty, the customers were continuously in contact with all bread yeast suppliers. To obtain the lowest price, the customers disclosed the prices set by the other competitors to each manufacturer. Therefore, the prices charged by the rivals had been easily gathered from the customers. As a result, a heightened awareness of prices had inherently emerged among the competitors¹⁷⁸.

The TCB stated that in an oligopoly where a homogeneous product is sold under high market transparency, an undertaking has to monitor and take into account its rivals' conduct. Such observation would result in realignment among the competitors in accordance with trends in the market. Therefore, the natural operation of an oligopoly could lead to non-collusive parallel behaviours, in particular parallel price movements, among the competitors. Nonetheless, as correctly pointed out by the TCB, even if there exists high market transparency and product homogeneity, it would still remain to be established whether the

¹⁷⁷ Decision of the TCB, "Bread Yeast III", referenced no. 05-60/896-241, dated 23. 09. 2005.

¹⁷⁸ Ibid., p. 5.

parallelism in question stems from oligopolistic interdependency or anti-competitive conduct of the competitors¹⁷⁹. However, in this case, such a differentiation was not clearly established before punishing the undertakings concerned as the criterion determined to clarify this differentiation was whether or not the parallel price increases in question can be explained by the increase in inflation rate.

Indeed, parallel price increases were not explainable by the increase either in inflation rate or in cost. At that point, the decision of “Bread Yeast I”¹⁸⁰ must be evaluated. In that case, parallel price increases were also not connected with cost factors, as in the third investigation initiated against the same manufacturers. Nonetheless, the price increases had remained below the increase in inflation rate. Hence, the parallelism in question was also justified as a response to the increase in inflation rate.

As a result of the first investigation, on the basis of oligopolistic interdependency, the TCB had held that the appearance of parallel behaviours is the regular result of the natural operation of the undertakings in the bread yeast market. Therefore, it is clear that the only differentiation between these two investigations initiated under the same market conditions is that the parallel price increases in “Bread Yeast III” were considerably higher than the increase in the inflation rate¹⁸¹. Under the circumstances, contrary to its previous precedents, the TCB activated the presumption of concerted practices and shifted the burden of proof to the undertakings concerned. As a result it imposed fine merely by relying on proof of parallel behaviours in the absence of a detailed market investigation and evidence of concertation among the undertakings operating in a tight oligopoly.

It is impossible to evaluate “Bread Yeast III” without taking into account the previous precedents of the TCB and the case law of the ECJ. In the “Newspaper” decision, the TCB rejected the utilization of the presumption of concerted practices in an oligopoly upon the mere demonstration of parallel behaviours implying the restriction of competition¹⁸². However, in the view of the TCB, in “Bread Yeast III”, it also established concertation among the competitors on the ground that there was no alternative explanation other than the concertation for parallel price increases initiated much above the increase in inflation rate¹⁸³.

¹⁷⁹ Ibid., p. 4.

¹⁸⁰ Decision of the TCB “Bread Yeast I”, referenced no. 00-24/255-138, dated 27.06.2000.

¹⁸¹ Parallel price increases in question were approximately thirty times bigger than the increase in inflation rate.

¹⁸² Decision of TCB, “Newspaper”, referenced no. 00-26/291-161, dated 17.07.2000, p. 15.

¹⁸³ Decision of the TCB, “Bread Yeast III”, referenced no. 05-60/896-241, dated 23. 09. 2005, p. 39.

Supposedly, this form of wording is compatible with both the Woodpulp test created by the ECJ and the interpretation established in the Newspaper decision by the TCB. However, the content of the decision in question was in contradiction with both principles formed.

First, the TCB confirmed the tight oligopolistic structure of the bread yeast market, but did not evaluate the oligopolistic interdependency among the competitors in detail. Its decision was merely based on the high rate of parallel price increases over the increase in inflation rate. At that point, the test established in the Woodpulp case is clear. It determined that concerted practices cannot be established “*unless concertation constitutes the only plausible explanation for parallel behaviours*”¹⁸⁴. In this framework, if there was a noticeable alternative justification, such as the probability of oligopolistic interdependency as was the case in Bread Yeast III, the concertation cannot be established beyond reasonable doubt until the existence of this alternative is disproved¹⁸⁵. Since oligopolistic interdependency was not taken into account as an alternative explanation for the appearance of parallel behaviours in “Bread Yeast III”, according to the Woodpulp test, concertation was not established by the TCB. Therefore, it is not possible to utilize the presumption of concerted practices in light of the principle established in the Newspaper decision.

In fact, if the TCB had carried out a detailed market analyses, it would have been possible to confirm the existence of oligopolistic interdependency among the undertakings concerned. The decision in question covered the price movements initiated in only a ten-month period. As a result of inadequate analyses of price movements in a very limited time period, the TCB overlooked the fierce price competition on the bread yeast market which had been terminated prior to the time period under investigation. At that time, bread yeast was sold under cost price. It is obvious that continuation of such a price trend would have been unbearable for the undertakings in question. In accordance with oligopolistic interdependency, loss-making undertakings operating in this tight and highly transparent oligopoly had to take into account the price increases initiated by the competitors. As a result, this monitoring simply brought about the increase in prices. Under these circumstances, parallel price increases resulting from oligopolistic interdependency amounted to a business justification¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129 / 85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307, para. 71.

¹⁸⁵ İkizler 2005, p. 337.

¹⁸⁶ Decision of the TCB, “Bread Yeast III”, referenced no. 05-60/896-241, dated 23. 09. 2005, Dissenting Opinion of Mehmet Akif Ersin, p. 41.

Therefore, as the TCB established in Bread Yeast I, if the market investigation proves that parallel behaviours result from oligopolistic interdependency, undertakings concerned cannot be penalized unless documented evidence proves the concertation among the competitors. It should be pointed out that the Woodpulp test also supports this previous interpretation of the TCB¹⁸⁷.

Even though the first two charges against the same undertakings had been dismissed, the TCB in Bread Yeast III implied, by violating the presumption of innocence, the existence of a long-lasting cartel structure on the market in question. It stated that although these undertakings were investigated three times in the last six year, even a sole piece of documented evidence establishing the concertation on the parallelisms between factory sales prices was not found and it will not be brought to light without intercepting their phone calls¹⁸⁸.

The decision was mainly based on the fact that the rate of parallel price increases implemented had been considerably higher than the increase in inflation rate¹⁸⁹. The TCB, without carrying out a detailed market investigation and duly taking into account three expert reports submitted by the undertakings in question¹⁹⁰, only made a simple comparison between the rate of parallel price increases and the inflation rate in establishing concerted practices and shifting the burden of proof. By doing so, the TCB did not exercise its power of assessment on the market conditions. It also did not deal with alternative explanations submitted by the undertakings. Such an application was a clear illustration of a direct utilization of the presumption of concerted practices and of the violation of the presumption of innocence under the case law of the European Court of Human Rights¹⁹¹.

The decision of “Bread Yeast III” clearly demonstrated that the utilization of the presumption of concerted practices based on the mere proof of parallel behaviours contradicts the purpose of the presumption of concerted practices and the case law of the ECJ, since it places the conscious, but non-collusive, parallel behaviours resulting from oligopolistic interdependency under the scope of concerted practices.

¹⁸⁷ Please refer to section 2.4. for a detailed discussion of this issue.

¹⁸⁸ Decision of the TCB, “Bread Yeast III”, referenced no. 05-60/896-241, dated 23. 09. 2005, p. 38, para. 1500.

¹⁸⁹ Please refer to footnote 179.

¹⁹⁰ Decision of the TCB, “Bread Yeast III”, referenced no. 05-60/896-241, dated 23. 09. 2005, Dissenting Opinion of Mehmet Akif Ersin, p. 41.

¹⁹¹ Please refer to section 3.2. for a detailed discussion of this issue.

5. CONCLUSION

In competition law, in which economic data looms large, it is impossible to exclude economic findings resulting from market conditions. In particular, in cases where no clear proof of concertation exists, detailed economic analyses become the decisive factor to determine the violation of law. Because anti-competitive agreements are made confidentially and the parties involved in a cartel put forth an effort to suppress evidence. Hence, the presumption of concerted practices, like its counterparts created in *Dyestuffs* and *Woodpulp*, is a remarkable weapon against secret cartels.

Bread Yeast III was the first decision the TCB established concerted practices among competitors in the absence of proof of concertation. Unfortunately, reversing in part the decision in question, the Council of State affirmed the utilization of the presumption of concerted practices without examining whether market investigation in detail has been fulfilled¹⁹². Finally in its decision in which Bread Yeast III was reexamined¹⁹³ upon the judgments of Council of State the TCB demonstrated that Bread Yeast III will be a precedent in cases where there is no proof of concertation.

On the one hand, in the absence of proof of concertation, drawing a clear line between secret cartels and parallel behaviors observed in an oligopoly is one of the most difficult issues in competition law. Removal of this difficulty is not legally possible by regarding the mere demonstration of parallel behaviours as furnishing proof of concerted practices, since such an unreasonable standard of proof exercised by the TCB violates the presumption of innocence and places non-collusive courses of conduct of the undertakings under the threat of punishment.

On the other hand because it is an absolute legal power, it shall be invoked – in the absence of documented evidence – in light of economic findings demonstrating the concertation. Therefore the existence of other evidence in addition to parallel behaviours shall not be necessary to activate the presumption of concerted practices because proof of concertation plus parallel behaviours already amount to concerted practices without any necessity of utilizing the presumption concerned. Such a standart would make the presumption a useless/ineffective legal power. As long as the TCB carries out, going well beyond the mere demonstration of parallel behaviours, a detailed market

¹⁹² Judgments of the Council of State, decree no 2008/4389 – docket no 2006/1381, decree no 2008/4390 – docket no 2006/1031, decree no 2008/4391 – docket no 2006/1521, decree no 2008/4392 – docket no 2006/1150, dated 23.05.2008.

¹⁹³ Decision of the TCB, referenced no. 08-63/1050-409, dated 12.11.2008.

investigation and deals with possible market-based explanations before activating the presumption of concerted practices, it remains as a remarkable legal power against cartels, “the supreme evil of antitrust”¹⁹⁴.

¹⁹⁴ The U.S Supreme Court has referred to cartels in the case of “Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V Trinko.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS AND ARTICLES

ALESE, F. (1999), "The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly", E. C. L. R., Volume 20 No. 7.

ALLENDESALAZAR, R. (2006), "Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation" available at [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Allendesalazar.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Allendesalazar.pdf).

ASLAN, İ. Y. (2005), *Rekabet Hukuku*, Third Edition, Ekin Press.

ATİYAS, İ. and G. GÜRKAYNAK (2006), "Presumption of Concerted Practices: A Legal and Economic Analysis", available at <http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/atiyas-gurkaynak-concerted-practice-may-2006.pdf>.

BLACK, O. (1992), "Communication and Obligation in Arrangements and Concerted Practices", E.C.L.R, Volume 5.

BRIONES-ALONSO, J. (1995), "Oligopolistic Dominance. Is There A Common Approach In Different Jurisdictions?" para. 30, available at http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1995_036_en.html.

CENGİZ, D. (2006), *Türk Rekabet Hukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları*, First Edition, Beta Publishing.

FAULL, J. and A. NIKPAY (1999), *The EC Law of Competition*, First Edition, Oxford University Press.

GOYDER, D. (2003), *EC Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press.

GÜRKAYNAK, G. (2001), "The Presumption of Concerted Practice in Turkish Competition Law: An Institution of Legal Uncertainty With an Uncertain Future", available at www.geocities.com/gonengurkaynak/Research.html.

İKİZLER, M. (2005), *Rekabet Hukunda Uyumlu Eylemler*, First Edition, Seçkin Publishing.

JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law*, Second Edition, Oxford University Press.

JOLIET, R. (1974), "La' Notion De Pratigue Concertee Et L'Arret ICI Dans Une Perspective Comparative", *Cahiers De Droit European*.

KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, First Edition, Beta Publishing.

OECD (1999), *Oligopoly*, DAFPE / CLP(99)25, available at [http://www.oilis.oecd.org/oilis/1999doc.nsf/LinkTo/NT00002AE6/\\$FILE/10E91728.PDF](http://www.oilis.oecd.org/oilis/1999doc.nsf/LinkTo/NT00002AE6/$FILE/10E91728.PDF).

OSTI, C. (1994), "Information Exchanges in The Obscure Light of Woodpulp", E. C. L. R., Volume 3.

RITTER, L., D. BRAUN and F. ROWLINSON (2000), *European Competition Law: A practitioner's Guide*, Second Edition, Kluwer Law International.

SOAMES, T. (1996), "An Analysis of the Principles of Concerted Practices and Collective Dominance: A Distinction Without a Difference?", E. C. L. R., Volume 2.

TOY, O. Y. (2004), *Rekabet Hukunda Uyumlu Eylem*, Turkish Competition Authority.

VAN BAEL, I. and J. F. BELLIS (2005), *Competition Law of the European Community*, Fourth Edition, Kluwer Law International.

VAN GEVREN, G. and E. NAVARRO VARONA (1994), "The Woodpulp Case and The Future of Concerted Practices", C. M. L. R. Volume 31.

WESSLEY, T. W. (2001), "Polpropylene Appeal Cases", C.M.L.R., Volume 38.

WHISH, R. (2005), *Competition Law*, Fifth Edition, Oxford University Press.

JUDGMENTS OF THE ECJ

"Dyestuffs", Case 48/69, ICI v. Commission (1972) ECR 619.

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

Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG, (1981) ECR 2021.

"CRAM and Rheinzink", Cases 29 and 30/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission, (1984) ECR 1679.

"Woodpulp II", Cases C-89, 114, 116 to 117, 125 to 129/85, A. Ahlstrom Osakeyhtiö and others v. Commission (1993), ECR I-1307.

"Polypropylene Judgments", C-49/92P, Anic v. Commission (1999), ECR I-4125, C-51/92P, Hercules v. Commission (1999), ECR I-4235, C-199/92, Hüls v. Commission (1999), ECR I-4287, C-200/92P, ICI v. Commission (1999), ECR I-4399, C-227/92P, Hoechst v. Commission (1999), ECR I-4443, C-

234/92P, *Shell v. Commission* (1999), ECR I-4561, C-235/92P, *Montecatini v. Commission* (1999), ECR I-4539.

JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Case of *Öztürk v. Germany*, Application no. 8544/79, February 21, 1984.

Case of *Lutz v. Germany*, Application no. 9912/82, August 25, 1987.

Case of *Salabiaku v. France*, Application no. 10519/83, October 07, 1988.

Case of *Pham Hoang v. France*, Application no. 13191/87, September 25, 1992.

DECISIONS OF THE TURKISH COMPETITION BOARD

“Turkcell–Telsim”, referenced no. 99–57/614–391, dated December 14, 1999.

“Milk”, referenced no. 00–11/109–54, dated March 23, 2000.

“Bread Yeast I”, referenced no. 00–24/255–138, dated June 27, 2000.

“Newspaper”, referenced no. 00–26/291–161, dated July 17, 2000.

“Bread Yeast II”, referenced no. 02–46/557–227, dated August 1, 2002.

“PMSA–JTI”, referenced no. 02–80/937–385, dated December 24, 2002.

“Bread Yeast III”, referenced no. 05–60/896–241, dated September 23, 2005.

“Bread Yeast III” (reexamined upon partial reversal by Council of State), referenced no.

08–63/1050–409, dated November 12, 2008.

JUDGMENTS OF THE COUNCIL OF STATE

Case of *Mauri v. The Turkish Competition Authority*, decree no 2008/4389 – docket no 2006/1381, dated 23.05.2008.

Case of *Pak Gıda v. The Turkish Competition Authority*, decree no 2008/4390 – docket no 2006/1031, dated 23.05.2008.

Case of *Akmaya v. The Turkish Competition Authority*, decree no 2008/4391 – docket no 2006/1521, dated 23.05.2008.

Case of *Özmaya v. The Turkish Competition Authority*, decree no 2008/4392 – docket no 2006/1150, dated 23.05.2008.

**TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA
KAMU TEŞEBBÜSLERİ VE KAMU KURULUŞLARININ
REKABETİ BOZUCU DAVRANIŞLARI**

*DISTORTION OF COMPETITION
BY PUBLIC UNDERTAKINGS AND PUBLIC AUTHORITIES
UNDER TURKISH COMPETITION LAW*

Ahmet Fatih ÖZKAN*

Öz

Mal veya hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında rekabet, bu piyasalarda faaliyet gösteren özel teşebbüslerin yanı sıra kamu teşebbüsleri tarafından veya piyasada bizzat faaliyet göstermeyip ancak piyasayı düzenleme amaçlı müdahalelerde bulunan ya da bazı hallerde tıpkı kamu teşebbüsleri gibi teşebbüs faaliyeti (ekonomik faaliyet) gerçekleştiren kamu kuruluşları tarafından bozulabilmektedir. Devletin gerek müteşebbis, gerekse de düzenleyici olarak piyasalara doğrudan ya da dolaylı müdahalelerde bulunabilmesi sonucu, söz konusu piyasalarda faaliyet gösteren özel teşebbüsler ile kamu teşebbüsleri arasındaki veya özel teşebbüslerin kendi aralarındaki serbest ve adil rekabet koşulları bu niteliğinden uzaklaşmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre rekabet ihlallerinin incelendiği önaraştırma ve\veya soruşturmalarda taraf olmanın ön koşulunu oluşturan "teşebbüs" kavramı sonucu, 3. maddede düzenlenen teşebbüs tanımına girmeyen kamu kuruluşları ve kamu teşebbüsleri olduğu kadar, bu tanıma girse bile faaliyetlerini gerçekleştirirken kamusal yetki kullanan kamu kuruluşları, hatta kamu teşebbüsleri de bulunmaktadır. Bu durum, ilgili kamu teşebbüsü veya kamu kuruluşunun 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalması sonucunu doğurmakta, böylece teşebbüsler arasındaki eşitliği bozmak suretiyle rekabet düzenini ihlal etmektedir. Bu çalışmada seçilmiş Kurul kararları ışığında, Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlallerine yaklaşımı incelenmekte ve bu ihlaller sonucu

* LL.M. (Ekonomi Hukuku, Bilkent Üniversitesi) Çalışmanın bu aşamaya gelmesinde büyük emekleri olan ve baştan sona desteğini esirgemeyerek yaptığı önemli tespitler ile değerli katkılarda bulunan sayın hocam Prof.Dr.Turgut Tan'a ve yorumlarıyla çalışmanın zenginleşmesini sağlayan anonim hakemlere teşekkür ederim.

ortaya çıkan olumsuz durumun giderilmesi için çözüm önerilerine yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: kamu teşebbüsü, kamu kuruluşu, kamu kurumu, kamu müdahalesi, rekabet ihlali

Abstract

Competition in goods or services markets might be distorted by public undertakings operating in these markets or by public authorities that are not directly operating in, but rather regulating these markets. However, in some occasions the latter can be engaged in economic activities just like the former does. As a consequence of either direct or indirect state intervention in markets, the effective and free competition between private undertakings and public undertakings or among private undertakings is exposed to distortion. Due to the key role given to the concept of “undertaking” defined in Law on The Protection of Competition No: 4054, there remain public undertakings and public authorities that do not come within this definition or that exercise regulatory powers (ius imperii) meanwhile coming within the definition. Since this situation results in public undertakings or public authorities falling outside the scope of the said Law, the competition is distorted owing to the inequality created between public undertakings and private undertakings. In this article, the approach of Turkish Competition Authority towards distortion of competition by public undertakings and public authorities is examined in the light of selected decisions of the said Authority and solutions to the problems arised out of this distortion are proposed.

Keywords: public undertakings, public authorities, public bodies, state intervention, distortion of competition

GİRİŞ

Modern iktisat biliminin kurucusu kabul edilen Adam Smith; devletin ekonomideki rolünün sınırlı olması gerektiğini, bireyler arasındaki kâr elde etme güdüsünün bireyleri etkin olmaya yönelteceğini ve bunun sonucunda da, ekonominin adeta bir ‘görünmez el’ tarafından yönlendirileceğini ifade ederek, ekonomik hayatın işleyişinin büyük ölçüde arz ve talep ile şekillenmesi sonucu piyasaya koşullarına dayanan “serbest piyasa ekonomisi” adı verilen bir ekonomik modeli ileri sürmüştür.

Ancak bu modelin büyük ölçüde varsayımlara dayalı olması, piyasanın kendi yapısından kaynaklanan aksaklıklar veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasanın yapısını zedeleyecek birtakım davranışları gerçekleştirmeleri sonucu, sistem düzgün bir şekilde işlemeyebilecektir. Bu

nedence, serbest piyasa ekonomilerinde devletin temel görevlerinden biri de, sistemin gereği gibi işleyebilmesi için rekabet hukukunu oluşturmaktır.

Rekabet hukuku kuralları ile bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin, serbest rekabeti bozucu nitelikte bazı davranışlarda bulunması yasaklanır. Bu bağlamda, piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirdikleri zaman, bu davranışları rekabet kanunları nezdinde değerlendirilecektir. Ancak gerek Avrupa Topluluğu (AT) hukukunda, gerekse de Türk hukukunda, özel teşebbüslerle birlikte aynı mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri de bulunmaktadır. Rekabet kanunlarının kamu teşebbüslerine uygulanmasında ise bunlara özgü durumlar ve özel teşebbüslere göre birtakım farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

Bu çalışmada “kamu kesimi”nin gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışlar incelenirken, temel ikili bir ayırım benimsenmiş ve devletin bizzat işletmeci olarak mal veya hizmet piyasalarında faaliyet göstermesi ile bu piyasaları düzenleyici ve denetleyici olarak faaliyet göstermesi karşısında, birinci tür faaliyeti yerine getirenlere “kamu teşebbüsleri”; ikinci tür faaliyeti yerine getirenlere ise “kamu kuruluşları” adı verilerek her biri kendi bölümü altında incelenmiştir.

“Kamu teşebbüsü” ibaresiyle “kamu iktisadi teşebbüsleri” ve “belediye iktisadi teşebbüsleri”ni kapsayan bir üst kavram ifade edilmiştir. Kamu teşebbüslerinin de geniş anlamda birer kamu kuruluşu olmalarına rağmen, herhangi bir iltibasa yer vermemek amacıyla, “kamu kuruluşları” ibaresi ile kamu iktisadi teşebbüsleri ve belediye iktisadi teşebbüsleri dışında kalan tüm kuruluşları kapsayan üst bir kavram ifade edilmiştir.

Çeşitli ve birbirinden farklı kuruluşları içermesi sonucu, rekabet kanunları karşısında bunların durumu son derece karmaşıktır. Genellikle piyasaları düzenlemek ve denetlemek amacıyla, kamusal yetki kullanarak piyasalara doğrudan veya dolaylı müdahalede bulunmalarına rağmen bazı hallerde “ekonomik faaliyet” (teşebbüs faaliyeti) gerçekleştirmeleri sonucu, kamu kuruluşlarının da 4054 sayılı Kanun uyarınca “teşebbüs” olarak değerlendirildiği durumlar görülmektedir.

Rekabet hukuku normlarının genel norm niteliğini taşıması sonucu, somut olayda neyin hukuka uygun neyin hukuka aykırı olduğunun anlaşılabilmesi için, rekabet otoritelerinin bazı öne çıkan kararlar ve bu kararlarda geliştirilen bazı kurallar ile yakın ilişki içinde bulunulmalıdır.¹ Çalışmamızda bu gereksinim

¹ VISCUSI, W. K., HARRINGTON JR. J. E. ve VERNON, J. M. (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th Revised Edition, MIT Press, USA, s.63

sonucu, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışları incelenirken Kurul'un seçilmiş bazı önemli kararlarına değinilecektir.

1. Rekabet Hukuku Uygulaması Açısından Kamu Kesimi

1.1. Rekabet Hukukunda “Teşebbüs” Kavramı

1.1.1. Türk Hukukunda

4054 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre “*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 hâkim olan ‘teşebbüslerin’ bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler*” Kanunun kapsamına girmektedir.

Bu maddeye göre rekabeti bozucu² amaç veya etki taşıyan anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararı (m.4), hakim durumun kötüye kullanılması (m.6), hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalar (m.7) Kanunun kapsamına girmekte ve belli koşullar altında yasaklanmaktadır. Başka bir deyişle, yasaklanan davranışlar 4054 sayılı Kanundan kaynaklanmaktadır. Maddede sayılı davranışlardan başka bir durum örneğin bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini kötülemesi, 4054 sayılı Kanunun kapsamına girmeyecektir. Bu durumda “haksız rekabet”i

² 4054 sayılı Kanunun 1., 2. ve 4. maddelerinde yasaklanan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların etkilerinden bahsedilirken ‘*rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı*’; 5. maddesinin (c) bendinde ‘*rekabetin ortadan kalkmaması*’; 6. maddesinin (d) bendinde ‘*rekabet koşullarını bozma*’; 7. maddesinde ise ‘*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*’ olmak üzere birbirinden farklı ibareler kullanılmıştır. Sanlı’ya göre bunun nedeni çeşitli durumları kapsayacak şekilde geniş bir ifadenin kullanılmak istenmesidir. Ancak farklı terimler kullanılmış olsa bile, önemli olanın rekabete olumsuz bir etkinin gerçekleşmesi veya gerçekleşme ihtimalinin bulunması olduğundan, somut olayda sınırlama bozma ve kısıtlama terimlerinden herhangi birinin tercih edilmesi, hukuksal netice açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. SANLI, K. C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.90. Kanımızca her üç ibarenin de amacı, somut olaydaki rekabet ihlallerinin çeşitliliği karşısında Kanunun daha etkin uygulanmasını sağlamaktır. Çalışmamızda ağırlıklı olarak “rekabeti bozucu” ibaresi kullanılacaktır.

düzenleyen, 4054 sayılı Kanundan başka bir pozitif hukuk kaynağı gündeme gelebilecektir.^{3 4}

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, 4054 sayılı Kanuna uyarınca yasaklanan davranışların ancak bir veya birden fazla ‘teşebbüs’ tarafından yapılması halinde Kanuna aykırı olacaktır. Başka bir deyişle söz konusu rekabeti bozucu davranışlar, teşebbüs dışında başka bir birim tarafından yapılması halinde, örneğin kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanmak suretiyle teşebbüs sayılmadığı hallerde, Kanunun kapsamına girmeyecektir. Bu nedenle, rekabet hukuku kurallarının uygulanması açısından piyasada faaliyet gösteren bir “aktörün” teşebbüs olup olmadığına benimsenmesi önem kazanmaktadır.

4054 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmıştır. Cümle yapısı itibariyle pek de başarılı olmayan bu tanımdan iki farklı teşebbüs türü çıkmaktadır: “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen, ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden gerçek ve tüzel kişiler” ile “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimler”.

İlk tür teşebbüslerde önemli olan unsur gerçek veya tüzel kişiliktir. Birer özel hukuk terimi olan gerçek ve tüzel kişilik kavramları sonucu Rekabet Hukuku, Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku ile ilişki içerisinde bulunacaktır.⁵ Ancak rekabet hukukundaki teşebbüs kavramı ile medeni hukuk ve ticaret hukukundaki kişilik kavramı özdeş olmak zorunda değildir. Bir gerçek veya tüzel kişi piyasada

³ Rekabet hukuku ile haksız rekabet kurumunun, ortak ve farklı yönlerinin iyi bir karşılaştırması için bkz. TOPÇUOĞLU, M. (2001) Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.28-41

⁴ Haksız rekabet hükümlerinin amacının rekabetin iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kötüye kullanılmasını engellemek olduğunu ifade eden ve bu hükümlerle menfaati korunanları ise haksız rekabetten zarar gören veya görecektir olan rakipler, müşteriler ve mesleki menfaatleri zarar görenler olarak gösteren Aşçıoğlu Öz’e göre amaçları ve işlevleri farklı, ancak terminolojik açıdan benzer bu iki kavramdan rekabet hukuku kurallarıyla korunması hedeflenen, doğrudan bu süreci oluşturan kişilerin ya da rakiplerin menfaati değil, hukuki bir kurum olarak rekabetin kendisidir. AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000a), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.6-22.

⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 8 v.d. maddelerinde gerçek kişilik ve buna bağlı olarak hak ve fiil ehliyetleri; 47 v.d. maddelerinde ticari nitelikte olmayan (dernek, vakıf vb.) tüzel kişilikler; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 136 v.d. maddelerinde ise şirket şeklinde örgütlenmiş tüzel kişilikler ile diğer maddelerinde başka şekillerde örgütlenmiş (tellal, komisyoncu, acente vb.) kişilikler düzenlenmektedir.

faaliyet gösterirken bağımsız karar veremiyorsa, rekabet hukuku açısından teşebbüs sayılmazken, Medeni Kanun (MK) veya Türk Ticaret Kanunu (TTK) açısından gerçek veya tüzel kişi olmaya devam edecektir. Benzer şekilde MK veya TTK açısından gerçek veya tüzel kişi sayılmayan bir birim, rekabet hukuku uygulamasında teşebbüs sayılabilecektir.

İkinci tür teşebbüs ise MK veya TTK açısından gerçek veya tüzel kişiliğe sahip değildir. Bu türde; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen, ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden bir birim olmasına rağmen, herhangi bir gerçek veya tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Örneğin adi şirket⁶ veya donatma iştiraki⁷ bir tüzel kişilik sahibi olmasa da, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bütünlüğe sahip bir birim olması durumunda, 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs sayılabilecektir.

Buradan çıkan sonuç ise, gerçek veya tüzel kişilik sahibi olmayıp, bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütünlük teşkil eden birimler teşebbüs sayılacakken, bu durumun tersinin doğru olamayacağıdır. Bir başka deyişle, gerçek veya tüzel kişilik sahibi bir birim, ancak bağımsız karar verebilme ve ekonomik açıdan bir bütünlük teşkil etme koşulunu yerine getirmesi halinde, 4054 sayılı Kanuna göre bir teşebbüs sayılacaktır.

Ekonomik faaliyet gerçekleştirmek, her iki türde de ortak bir unsurdur. Kanun, ekonomik faaliyet konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Ancak piyasada mal veya hizmet satmak, üretmek, pazarlamak gibi faaliyetler genellikle ticari bir faaliyete işaret etmektedir.⁸ Piyasada faaliyet göstermek bir mal veya hizmetin üretilmesi, piyasaya sunulması veya satılmasını gerektireceğinden, somut olayda bu unsurun varlığı açık bir şekilde belirlenebilir.

Diğer bir ortak unsur ise bağımsızlıktır. 4054 sayılı Kanun, teşebbüslerin bağımsızlığı ile ilgili olarak hukuki bağımsızlığı değil, ekonomik bağımsızlığı esas almaktadır. Bununla kastedilen teşebbüsün hukuken statüsünün ne olduğu değil,

⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 520. maddesi adi şirketi "...iki veya ziyade kimseler(in), sayilerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam" ettiği şirket olarak tanımlamıştır. Yeterli olmayan bu tanımla ifade edilmek istenen aslında aynı amaca yönelmiş en az kişi tarafından belli bir amaç için kurulmuş tüzel kişiliği olmayan bir şirkettir.

⁷ TTK m. 951'e göre "Birden ziyade şahsın müşterek mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, aralarında yapmış oldukları akit gereğince, cümlesi nam ve hesabına deniz ticaretinde kullanmaları halinde donatma iştiraki mevcuttur."

⁸ 4054 sayılı Kanunda teşebbüs tanımlanırken, ekonomik bir faaliyet yerine getirmesi koşulu aranırken teşebbüslerin çap ve büyüklükleri hakkında ise herhangi bir koşul aranmadığından, teşebbüs kavramı küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere kadar irili ufaklı, iktisadi hayatı kontrol eden bütün iktisadi sülheleri kapsayabilecek genişliğe sahip bir kavramdır. Topcuoğlu 2001, s.103

iktisadi politikalarını kendi başına oluşturabilme ve iktisadi faaliyetinin geleceği açısından kendi başına karar verebilmektir.⁹

Hukuken bağımsız olan ancak iktisadi olarak bağımsız olmayan birimlere de ticari hayatta sıkça rastlanılmaktadır. Bu duruma tipik örnek olan holding örgütlenmesinde, bir ana şirket ve ona bağlı yavru (kız şirket) şirketler bulunmakta ve yavru şirketler ana şirketin yönetimi altında yer almakta ve ana şirket tarafından alınan kararlara göre yönetilmektedir.¹⁰ Bu nedenle ekonomik bütünlüğe sahip olmamaları sonucu teşebbüs niteliğini haiz olmayacaklarından, yavru şirketler arasında yapılan bir anlaşma, 4. maddeye aykırı olsa bile Kanunun kapsamına girmeyecektir.^{11 12}

Hemen belirtelim, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan teşebbüs tanımının, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 1. maddesi ile "*Hukuki statüsü ve finansman şekline bakılmaksızın piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden ve bağımsız karar verebilen tüm birimler*" şeklinde değiştirilmesi öngörülmüştür. Böylece ekonomik bütünlük ve bağımsız karar verebilme unsurları aynen korunmuş; gerçek veya tüzel kişi ibaresi ise tanımdan çıkarılarak hem mevcut tanımın cümle yapısı düzeltilmiş hem

⁹ Sanlı 2000, s.29-30

¹⁰ İlk bakışta 4054 sayılı Kanunun uygulanmasının bir istisnası gibi görünen bu durum, aslında işin doğası gereğidir. Zira hukuken birlerinden bağımsız tüzel kişiliklere sahip olsalar da, yavru şirketler ekonomik açıdan ana şirkete bağlı olacaklardır. Böylece adeta tek bir çatı altında yönetildiklerinden dolayı, kanımızca aralarında rekabet etmelerini beklemek de bir hayalden öteye gitmeyecektir.

¹¹ Rekabet Kurulu BİAK kararında "*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.*" denilmek suretiyle, holdinge bağlı şirketlerin rekabet hukuku uygulaması açısından teşebbüs niteliğinin bulunmadığı vurgulanmıştır. BİAK Kararı (04.03.1999, 99-13/99-40).

¹² Danıştay ise bir kararında konu ile ilgili olarak "*...ilke olarak yavru şirketler ekonomik açıdan bağımsız olmadıkları gibi bunlar arasında rekabetin bulunduğu varsayımı da geçerli olamaz. Bu nedenle de temel olarak rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası irade uyumlarını önlemeye yönelik 4054 sayılı Yasa'nın 4.maddesi hükmü, ana ortaklık-yavru ortaklık ilişkilerinde bağımsız bir irade ve irade uyumundan söz edilemeyeceğinden uygulanma yeteneğine sahip*" olmadığına karar vermiştir. (12.11.2003 tarih ve E.2002/4495, K.2003/4374 sayılı Danıştay 10.Daire kararı) Bu bakımdan Danıştay'ın görüşünün, Kurul'un uygulaması ile uyum içinde olduğu görülmektedir.

de rekabet hukuku uygulamasında gerçek veya tüzel kişiliği olmayan birimlerin de teşebbüs olduğu hususu duraksamaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir.¹³

1.1.2. AT Hukukunda

Avrupa (Ekonomik) Topluluğu'nu kuran 1957 yılında imzalanan ve 1958 yılında yürürlüğe giren Roma Antlaşması'nın 81 ila 88 maddeleri rekabet hukuku ile ilgili hükümlere ayrılmıştır. Buna göre Antlaşma'nın "*Teşebbüslere Uygulanacak Kurallar*" bölümü başlıklı 81. maddesi, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine; 82. maddesi ise 4054 sayılı Kanunun 6. maddesine denk gelmektedir.¹⁴ 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen birleşme ve devralmalar ise Roma Antlaşması'nda değil, bir tüzükte (*regulation*) düzenlenmiştir.¹⁵

4054 sayılı Kanunun mehzarı olan Roma Antlaşması'nda, 4054 sayılı Kanunun aksine, teşebbüs tanımı yapılmamış; bu kavramın içinin doldurulması yargı kararları ve doktrine bırakılmıştır. AT rekabet hukuku çerçevesinde genel kabul gören tanıma göre teşebbüs, piyasa için ekonomik faaliyette bulunan bir varlıktır.¹⁶ Bu bağlamda şirketler, dernekler, federasyonlar, iş ve işçi bulma kurumları gibi pek çok birim teşebbüs sayılarak, geniş bir tanım benimsenmiştir.¹⁷

Kamu teşebbüsü ise ekonomik faaliyette bulunan ve kamu tüzel kişiliği olsun ya da olmasın, bir üye devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilen teşebbüstür.¹⁸ Daha ayrıntılı ifade etmek gerekirse; kamu otoritelerinin mülkiyet veya yönetime ilişkin kurallar aracılığıyla dolaylı veya

¹³ Söz konusu Taslağın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>
Erişim Tarihi: 07.07.2009

¹⁴ Amsterdam Antlaşması'nın 01.05.1999 tarihinde yürürlüğe giren 12. maddesi uyarınca Roma Antlaşması'nın 85 ve 86 maddeleri sırası ile 81. ve 82. madde olarak yeniden numaralandırılmıştır. Çalışmamızın geri kalan kısmında ilgili maddelere yeni numaraları ile gönderme yapılacaktır.

¹⁵ Tam adı "*Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings*" olan bu tüzük kısaca "*EC Merger Regulation*" olarak anılmaktadır. Buna ek olarak bir de 139/2004 sayılı Tüzüğün uygulanmasına ilişkin olarak usul kurallarını düzenleyen, tam adı "*Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*", kısa adıyla "*Implementing Regulation*" olan uygulama tüzüğü bulunmaktadır.

¹⁶ SIERRA, J. L. B. (1999), *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Great Britain, s.32-35

¹⁷ GOYDER, D.G. (2003), *EC Competition Law*, 4th Edition, Oxford University Press, Great Britain, s.60

¹⁸ Sierra 1999, s.35

dolaysız olarak üzerlerinde hakim etkiye sahip oldukları işletmeler kamu teşebbüsü olarak kabul edilmektedir.¹⁹

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) *Höfner* kararında²⁰ “rekabet hukuku çerçevesinde ekonomik faaliyet sürdüren her varlık... bir teşebbüstür.” diyerek Alman Federal İş ve İşçi Bulma Kurumu’nu teşebbüs saymıştır. *Eurocontrol* kararında²¹ hava trafiğini kontrol eden ve bu faaliyeti sırasında ücret alan bir uluslararası örgütün yaptığı bu faaliyet, özü ve amacı bakımından yolcuların güvenliği için olduğu gerekçesiyle ekonomik faaliyet olarak değil de, kamusal bir yetki olarak değerlendirilmiş ve söz konusu örgüt teşebbüs sayılmamıştır. *SPEG* kararında²² ise Cenevre limanının temizliği ve kirlilikten arındırılması işini üstlenen bir şirketin, limana giren gemilerden ücret almasının bir ekonomik faaliyet olmadığı, deniz ve liman kirliliğini önlemek gibi kamusal nitelik taşıyan bir faaliyet gerçekleştirdiğine karar verilmiştir.

Dolayısıyla ATAD’ın kararları sonucu, asıl önemli olanın teşebbüsün niteliği değil, yürüttüğü faaliyetler olduğu açıkça ifade edilmiştir. Örneğin ekonomik olmayan bir faaliyet için özel veya inhisari hak tanınmış olsa bile 86. madde uygulama alanı bulmayacaktır.²³ Teşebbüs incelemesinde ön plana çıkan bu ekonomik faaliyet unsuru AT hukuku uygulamasında oldukça geniş yorumlanmakta ve bu bağlamda, kar elde etmek veya sadece bu amaçla faaliyet göstermek dahi teşebbüs sayılabilmeyen koşulu olarak aranmamaktadır.²⁴ Akıncı’ya göre Komisyon ve ATAD kararlarında, teşebbüs kavramına çok geniş bir içerik verilmekte; ekonomik nitelikte faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin tümü teşebbüs kavramı içine girmekte ve uygulamada bu konuda herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır.²⁵

1.2. Rekabet Kanunları Kapsamında Kamu Kesiminin Durumu

1.2.1. Türk Hukukundaki Durum

Serbest piyasa ekonomisinin öngördüğü ekonomik düzende, bir mal veya hizmetin sağlanması genellikle özel teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmekle birlikte,

¹⁹ FAULL J. ve NIKPAY, A. (2007), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Second Edition, Great Britain, s.600.

²⁰ *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macroton GmbH Case C-41/90 [1991] European Court Report (ECR) I-1979*

²¹ *SAT v. Eurocontrol Case C-364/92 [1994] ECR I-43*

²² *Diego Cali v. Servizio Ecologico Porto di Genova (SPEG) Case C-343/95 [1997] ECR I-1547*

²³ Sierra 1999, s.59.

²⁴ Sanlı 2000, s.30.

²⁵ AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.262.

kamuya ait teşebbüslerin çeşitli mal veya hizmet piyasalarında tekel olarak veya özel teşebbüslerle birlikte faaliyet gösterdiklerine de rastlanılmaktadır. Bu sistemde, sistemin öngördüğü rekabetçi düzenin bozulması sonucunu doğurabilecek bazı davranışlar yasaklanır.

Bu davranışlar genellikle özel teşebbüsler tarafından yapıldığı gibi kamu teşebbüsleri tarafından, hatta kamu kuruluşları tarafından da yapılabilmektedir. Ancak rekabeti bozucu bir davranışın bir kamu teşebbüsü tarafından gerçekleştirilmesi halinde kamu teşebbüslerinin, rekabet hukuku kurallarına tabi olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

4054 sayılı Kanunda düzenlenen teşebbüs tanımında, lafzı itibariyle özel teşebbüs veya kamu teşebbüsü ayrımı yapılmamakta,²⁶ Kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddesinde de, kamu teşebbüsleri ile ilgili herhangi bir ibare yer almamaktadır. Dolayısıyla Kanunda, kamu teşebbüslerinin bu Kanuna tabi olup olmadığı sorusuna bir cevap bulunmamaktadır.

Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde ise konuya ışık tutacak ibareler yer almaktadır. Buna göre “*Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına ya da özel kişilere ait olmasının önemi yoktur.*”²⁷ Gerekece metninde açıkça görüldüğü üzere kanun koyucu, kamu teşebbüslerinin de mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösterirken, rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını açık bir dille ifade etmiştir.²⁸ Benzer şekilde, Anayasa’nın 167. maddesinin

²⁶ Tan’a göre 4054 sayılı Kanunda yer alan teşebbüs tanımında “tüzel kişiler” denilerek, nitelikleri ayrıca belirtilmediğine göre “kamu tüzel kişileri” de “özel hukuk tüzel kişileri” de bu tanım kapsamına girmektedir. TAN, T. (2000), “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, *Rekabet Dergisi* Sayı: 4, Ankara, s.7.

²⁷ Mevzuatımızda 4054 sayılı Kanun dışında kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüslerin aynı kurallara tabi olduğu bir alana diğer bir örnek ise 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’ndan verilebilir. Söz konusu Kanunun 1. maddesinde kurumlar vergisi mükellefleri arasında sermaye şirketleri, kooperatifler, iş ortaklıklarının yanında “*iktisadi kamu kuruluşları*” da yer almaktadır. Buna ek olarak 2. maddesinde de iktisadi kamu kuruluşlarının “*kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerini etkilemez.*” diyerek bir adım daha ileri gitmiştir. Bu düzenlemeyle kamu kuruluşları ile özel şirketler arasında rekabet dengesi sağlanmak istenmiştir. MUTLUER, K. (2007), *Vergi Özel Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.204.

²⁸ 4054 sayılı Kanunda “*kamu ya da özel teşebbüs ayrımı yapılmaması sebebiyle*” kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarına tabi olacağı Kurul tarafından da ifade edilmiştir. Bkz. TÜPRAŞ kararı (16.4.2002, 02-24/244-99) s.7.

gerekçesinde de devletin piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleşmeyi önleme görevinin “hem özel hem de kamu kesimi için” öngörüldüğü ifade edilmiştir.

Rekabet kuralları sadece özel teşebbüslere uygulanacak olursa, aynı piyasada faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasındaki eşitlik bozulacaktır. Buna ek olarak, kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışları nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmaması, kamu teşebbüslerini dilediği gibi davranmaya teşvik edecek, bu durum da rekabetten beklenen faydalara ulaşılammama sonucunu doğuracaktır. Bu yüzden, rekabet kurallarının etkin uygulanabilmesi için, kamu işletmelerinin de rekabet kurallarına tabi olması gerekir.²⁹ Doktrinde de kamu teşebbüslerinin, tıpkı özel teşebbüsler gibi, rekabet hukuku kurallarına tabi olacağı konusunda bir duraksama olmayıp, yasal düzenleme ile fikir birliği içinde bulunduğu görülmektedir.³⁰

1.2.2. AT Hukukundaki Durum

1.2.2.1. 86 (1). Madde

4054 sayılı Kanununun mehzamı teşkil eden Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde, 4054 sayılı Kanunda bulunmayan bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre “*Kamu teşebbüsleri ve kendisine özel veya inhisari haklar tahsis edilmiş teşebbüsler açısından, hiçbir üye ülke bu Antlaşmanın özellikle 12. ve 81 ila 89. hükümlerine aykırı bir düzenleme yapamaz veya mevcut bir düzenlemeyi yürürlükte tutmaya devam edemez.*”

Burada ifade edilmek istenen aslında kamu teşebbüslerinin de Roma Antlaşması'nın rekabet kurallarını düzenleyen 81 ile 89. maddelerine tabi olacaktır. Böylece AT Hukuku uygulaması açısından kamu teşebbüsleri de, söz konusu Antlaşma hükümleriyle açıkça, rekabet hukuku kurallarına tabi tutulmuştur.³¹ Başka bir deyişle, bu maddeler ile üye devletlere, kamu işletmeleri hakkında rekabet kurallarına aykırı düzenleme ve uygulama yapmama yükümlülüğü öngörülmüştür.³² Önemli bir ayrıntı olarak, Antlaşmanın 81. ve 82. maddeleri, özel teşebbüslerin yanı sıra piyasada faaliyet gösteren ve teşebbüs niteliğini taşıyan kamu teşebbüsleri için uygulanabilir nitelikte olduğundan,

²⁹ Aşçıoğlu Öz 2000a, s.68

³⁰ Tan 2000, s.7; ASLAN, İ.Y. (2006), Rekabet Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, s.44; Sanlı 2000, s. 31-32; Aşçıoğlu Öz 2000a, s.150; Topçuoğlu 2001, s.83; EĞERCİ, A. (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.31; GÜZEL, O. (2003), Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:30, Ankara, s.56.

³¹ CRAIG, P. ve DE BURCA, G. (2003), EU Law Texts Cases and Materials, Oxford University Press, Great Britain, s.889; Sierra 1999, s.276.

³² Aşçıoğlu Öz 2000a, s.67.

devletin düzenleyici olarak faaliyet göstermesi halinde 86. ve 87. maddeler devreye girecektir.

Doktrinde; kamu teşebbüsleri, özel veya inhisari hakka sahip teşebbüsler hatta teşebbüs faaliyetinde bulunan devlet organları dahi teşebbüs sayılmıştır. Buna tek istisna olarak, kamusal yetki kullanan devlet organları gösterilmiştir.^{33 34} Ticari veya sınai bir faaliyetin değil de, devlet otoritesinin kullanıldığı hallerde rekabet kuralları uygulama alanı bulmayacaktır.³⁵ Dolayısıyla AT hukuku, kamusal yetki kullanan devlet ile işletmecî devleti birbirinden ayırmaktadır.³⁶

Komisyon çıkardığı bir direktifte³⁷ özel ve inhisari hakları tanımlamıştır. Buna göre özel haklar “bir üye devlet tarafından, herhangi bir yasal, düzenleyici ya da idari yolla, sınırlı sayıda teşebbüse, belirli bir coğrafi alanda olmak üzere verilen haklar”; inhisari haklar ise “bir üye devlet tarafından, herhangi bir yasal, düzenleyici ya da idari yolla belirli bir ekonomik faaliyeti belirli bir süre ve coğrafi alanda yerine getirebilmesi için, kamu ya da özel tek bir teşebbüs lehine verilen haklar” olarak tanımlanmıştır.³⁸ Bu tanımda, inhisari hakların

³³ Goyder 2003, s.60; Faull ve Nikpay 2007, s.605. Örneğin ulusal güvenlik, pasaport tanzimi, motorlu araçların muayenesi, çevre koruma hizmetleri vb. birer ekonomik faaliyet teşkil etmediğinden, bu faaliyetleri yerine getiren kamu kurumları hakkında 86. madde uygulanmayacaktır. Sierra 1999, s.45

³⁴ Amerika Birleşik Devletleri’nde de (ABD) benzer bir durumun kabul edildiğini belirtmekte fayda vardır: 1943 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Parker v. Brown* (317 US 341) davası ile “kamusal müdahale doktrini” (*state action doctrine*) adı verilen, devlet düzenlemelerinden kaynağını alan belirli bir kısıtlamaya, belli şartların gerçekleşmesi halinde, rekabet kurallarından muafiyet verilebilmesine yönelik bir doktrin kabul edilmiştir. Bu doktrin uyarınca rekabet kurallarının, daha üstün bir amaç uğruna, kamu kurumları eliyle yapılan veya devletin zorlaması ya da teşvikiyle gerçekleştirilen rekabeti bozucu davranışlara uygulanmaması mümkün olabilecektir. Böyle bir muafiyetten yararlanabilmek için en öncelikli koşul ise rekabetin uğruna feda edileceği daha üstün bir kamusal çıkarın açıkça ifade edilmiş olmasıdır. (*clearly articulated purpose to displace competition*) Bu konu hakkında daha fazla bilgi ve mahkeme kararları için bkz. ÖZDEN, M. (2004), Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:60, Ankara, s.34 v.d.

³⁵ Faull ve Nikpay 2007, s.192.

³⁶ Sierra1999, s.33.

³⁷ *Commission Directive on Satellite Communications* (EC) 94/46 [1994] OJ. L268/15-24. Daha sonra çıkarılan ve çalışmanın hazırlandığı sırada hala yürürlükte bulunan *Commission Directive on Competition In The Markets For Electronic Communications Networks and Services* (EC) 2002/77 adlı başka bir direktifte de aynı tanımlar benimsenmiştir.

³⁸ AT hukukuna göre özel veya inhisari haklara, kamu teşebbüsleri sahip olabilecekleri gibi özel teşebbüsler de sahip olabilirler. Roma Antlaşması bu iki tür teşebbüs arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Sierra 1999, s.35; Faull ve Nikpay 2007, s.603. Özel veya inhisari hakların özel bir teşebbüse de verilebilmesi sonucu, çalışmamızda, bu haklara sahip teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışlarının incelenmesi yerine, böyle bir hakka sahip olup olmadıkları dikkate alınmaksızın, bizzat kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşları açısından bir inceleme yapılacaktır.

sadece tek bir teşebbüse; özel hakların ise birden fazla teşebbüse verilebilmesi dikkati çekmektedir. Bunun sonucu olarak bazı yazarlarca inhisari hakların tekele; özel hakların ise oligopole denk geldiği ileri sürülmüştür.³⁹

86. maddenin Antlaşmaya dahil edilmesinin nedeni, üye devletlerin kendi kamu teşebbüslerine daha ılımlı yaklaşabilmeleri olasılığı karşısında, söz konusu üye devletin mal veya hizmet piyasalarındaki rekabetin önemli ölçüde zarar görme riski bulunması ve bu durumun sonuç olarak üye devletler arasındaki ticareti kötü yönde etkileyebilecek olmasıdır.⁴⁰

1.2.2.2. 86(2). Madde

Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin 2. fıkrasında ise, yine 4054 sayılı Kanunda yer almayan bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre “*Genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş veya gelir elde eden tekel niteliğine sahip olan teşebbüslere Antlaşma hükümleri ve özellikle rekabete ilişkin hükümler, bu hükümlerin uygulanması söz konusu işletmelere verilen özel görevin hukuken veya fiilen yerine getirilmesini engellemedikleri ölçüde uygulanır.*”⁴¹

Bu maddede iki tür teşebbüsün, rekabet kurallarının uygulanması dışında bırakılabileceği öngörülmüştür. Birincisi “genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş”⁴² teşebbüs, ikincisi ise “gelir elde eden tekel niteliğine sahip olan”⁴³ teşebbüstür. Eğer rekabet hukuku kuralları, bu

³⁹ EGE, Y. (2002), “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, Rekabet Dergisi Sayı:9, Ankara, s.7; Sierra 1999, s.5; Faull ve Nikpay 2007, s.601.

⁴⁰ Goyder 2003, s.483

⁴¹ Aslında Antlaşmanın 86. maddesinin 2. fıkrasında, 1. fıkrasında olduğu gibi, kamu teşebbüsü ibaresine yer verilmemiştir. Ancak bu maddenin uygulanması büyük ölçüde kamu teşebbüsleri için mümkün görünmektedir. Aynı zamanda, sistematik bir yorum yöntemi ile maddenin yorumlanması halinde 2. fıkranın, 1. fıkranın hemen ardından, maddenin asıl düzenlemek ve farklı kurallar getirmek istediği kamu teşebbüsleri arasında düzenlenmesi de, 2. fıkrada kastedilen teşebbüslerin kamu teşebbüsü olarak öngörüldüğü sonucunu doğurmaktadır. Hem kamu teşebbüsleri, hem de özel teşebbüslerinin madde kapsamına girdiğine dair görüş için bkz. Sierra 1999, s.276.

⁴² Roma Antlaşması'nın resmi İngilizce metninde yer alan ibare aynen şöyledir: “*Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest*”. Türkçeye “*genel ekonomik faydaya hizmet ile görevlendirilmiş teşebbüs*” şeklinde de çevrilebilen ibare için yukarıda “*genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş*” teşebbüs ibaresi tercih edilmiştir. Bu ibare aslında üye devletlerde kullanılan “kamu hizmeti” kavramını yaklaşık olarak karşılayan bir AT hukuku ibaresidir.

⁴³Roma Antlaşması'nın resmi İngilizce metninde yer alan ibare aynen şöyledir: “*Undertakings... having the character of a revenue-producing monopoly*”. Sanlı, bu ibareyi “*mali tekel niteliğine sahip*” teşebbüs olarak tercüme ettikten sonra, bununla ifade edilmek istenenin devlet bütçesine gelir sağlamak için monopol veya tekel haline getirilmiş teşebbüsler olduğunu ileri sürmektedir.

türdeki teşebbüslere üye ülkeler tarafından verilen görevlerin yerine getirilmesini engelliyorsa, o zaman bu teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasından imtina edilebilir.⁴⁴ Kanımızca bu madde ile bir kamu teşebbüsü tarafından yapılan hizmetin topluma bir fayda teşkil etmesi ve bu faydanın rekabetin bozulmasına oranla daha üstün ve önemli olması halinde, rekabet kurallarının uygulanmasında ısrar etmek yerine kamusal menfaati öne çıkarmak amaçlanmıştır.

ATAD *De Danske Statsbaner* kararında,⁴⁵ limanları işletmede tekel olan bir kamu teşebbüsünün yaptığı faaliyetin, genel ekonomik faydaya olan bir hizmet olarak değerlendirmemiş; böyle bir hizmet olarak değerlendirilse dahi rekabet kurallarının uygulanmasının, Anlaşmaya aykırı olarak limanların işletilmesinde kullanım ücreti alma faaliyetinin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemeyeceğini belirtmiştir. *Müller* kararında⁴⁶ ise ATAD, bir üye devlet için önem taşıyan su yollarının yönetilmesi faaliyetini genel ekonomik faydaya olan bir hizmet olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Serbest piyasa ekonomisinin (hatta AT için tek pazar entegrasyonun hedeflendiği rekabetçi bir düzenin) kabul edildiği bir sistemde, özel teşebbüsler rekabet kurallarına tabi iken kamu teşebbüslerinin tabi olmaması, eşitlik ilkesine aykırı olmasının yanı sıra rekabetten beklenen faydaların da elde edilmesini tehlikeye sokabileceğinden, bu düzenlemenin arkasında somut ve haklı bir gerekçe olmalıdır.

Sanlı 2000, s.67, dn.211. Burada amaç genel ekonomik faydaya olan bir hizmeti sunmak yerine, salt gelir elde etmek olduğunu ileri süren Sierra, tütün ve alkol işletmelerinin buna en güzel örneği oluşturduğunu ifade etmiştir. Sierra 1999, s.286-287

⁴⁴ Topçuoğlu, bu duruma şu örneği vermektedir: “*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 karlı yerel posta dağıtımlarından elde edilen gelirlerle finanse edilmesi, 86. maddedeki istisna hükmünün bir sonucu olabilir. Zira bu tekellerden, normal olarak kamu yararına yönelik belki de kâr getirmeyen bir hizmeti üstlenmeleri istenmektedir.*” Topçuoğlu 2001, s.53. Benzer şekilde Sierra da aynı örnek üzerinden giderek, her yere hizmet verecek tekel bir teşebbüsün bulunmaması halinde diğer teşebbüslerin piyasaya girerek, fiyatların maliyetlerden yüksek olduğu yerlerde hizmet edeceklerini, diğer yerlere ise yatırım yapmayacaklarını belirtmiş ve bu durumu “*kaymağını yeme*” (*cream skimming*) olarak nitelendirerek, ‘evrensel hizmet yükümlülüğü’ getirilmesinin bu muafiyetten yararlanılması için haklı bir gerekçe olduğunu ileri sürmüştür. Sierra 1999, s.305 Ancak ATAD *Corbeau* davasında, Belçika Posta İdaresi’ne tanınan tekel yetkisinin Antlaşmayı ihlal eder nitelikte olduğuna karar vermiş ve temel posta hizmetleri dışında kalan, örneğin alıcının adresinden teslim alınan ya da daha hızlı veya güvenli bir teslim garantisi sunan katma nitelikte posta hizmetlerinin bu muafiyetten yararlanmaması gerektiğine karar vermiştir. *Corbeau v. The Régie des Postes Case C-320/91 [1993] ECR I-2533.*

⁴⁵ *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB) Case C-242/95 [1997] ECR I-04449*

⁴⁶ *Ministère Public of Luxembourg v. Müller Case C-10/71 [1971] ECR I-723*

Tan'a göre Fransa ve Türkiye gibi kamu hizmeti anlayışına sahip ülkelerde kamusal makamlar, doğrudan bazı mal veya hizmetleri sunarak veya bazı faaliyetlere sınırlamalar getirerek ekonomiye müdahalelerde bulunabilmekte, bu nedenle rekabet hukuku mantığı ile kamu hizmeti anlayışı arasında bir bağdaşmazlık veya karşıtlık görülmektedir.⁴⁷

Kanımızca bu görüş, böyle bir istisnanın neden getirildiği hususunu kavramaya ışık tutmaktadır. Gerçekten de Fransa ve Türkiye gibi ülkelerde idare hukukunun, uygulamada önemli bir yere sahip olduğu ve bu hukukun özünde, idareyi bireye karşı üstün tuttuğu göz önüne alındığı zaman, kamu teşebbüslerinin özel teşebbüsler ile aynı durumda olması mümkün olmayacaktır. Kamu hizmeti anlayışının 19. yüzyıldan itibaren var olması, buna karşın rekabet hukukunun Avrupa'da 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkmaya başlaması da, kanımızca kamusal menfaatin, rekabet hukukunun uygulanmasından elde edilen faydaya göre bir adım öteye geçebileceğine dair, en azından bir fikir vermektedir.

Ancak kesin olan şu ki, 86. maddenin 2. fıkrası bir istisna hüküm niteliği taşıdığından, yukarıdaki kararlarda olduğu gibi dar yorumlanarak çok sınırlı hallerde uygulanmalı ve uygulandığı hallerde haklı bir iktisadi gerekçe bulunmalıdır. Zira keyfi bir uygulama rekabet kurallarının işlevsiz kalmasına yol açacak, bu da maddede öngörülen amaca aykırı olacaktır. ATAD da istisna kapsamındaki halleri oldukça dar yorumlayarak, rekabet kurallarını kamu kesimine yaygın bir şekilde uygulamaktadır.⁴⁸

Sonuç olarak Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin 2. fıkrası gibi bir düzenlemenin 4054 sayılı Kanunda yer almamış olması sonucu Türk hukukunda, genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş bir teşebbüs bulunsun ya da bulunmasın, her durumda 4054 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır. Böylece kamusal menfaatin daha fazla olması, rekabet hukuku kurallarının uygulanmasına engel olmayacaktır. Böyle bir istisnanın öngörülmemiş olmasının, Türkiye'de kamu teşebbüslerinin ve kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarını içeren durumların sayısının artmasına neden olup olmayacağı akla gelen bir soru olmaktadır.

2. Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Örgütlenmesi

2.1. Kamu Teşebbüslerinin Örgütlenmesi

Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde ve 4054 sayılı Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere, kamu teşebbüsleri de özel teşebbüsler gibi bir

⁴⁷ Tan 2000, s.3

⁴⁸ Sanlı 2000, s.37

mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösterirken, rekabet hukuku kurallarına tabi olacaklardır. Bunun bir sonucu olarak kamu teşebbüsleri, faaliyetlerini gerçekleştirirken 4054 sayılı Kanuna aykırı bir davranış sergilemeleri halinde, ihlal karşılığında öngörülen yaptırıma muhatap olabileceklerdir.⁴⁹ Bu davranışları incelemeye geçmeden önce, kamu iktisadi teşebbüslerinin tanımı, yapıları, özellikleri ve ekonomideki rollerini incelemek yerinde olacaktır.

2.1.1. Kamu İktisadi Teşebbüsleri⁵⁰

2.1.1.1. Tanım, Yapı ve Özellikleri

Kamu iktisadi teşebbüsleri, Cumhuriyet tarihimizde ilk kez 1938 tarihli ve 3460 sayılı “Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatı İle İdare ve Murakabeleri Hakkında Kanun” ile hukukumuzda girmiştir. İlk düzenleme niteliğindeki bu Kanun, otuz yıl kadar uygulandıktan sonra 1964 tarihli ve 440 sayılı “İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Benzer şekilde 440 sayılı Kanun da, 1983 tarihli ve 60 sayılı “İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁵¹ Son olarak, bugün halen yürürlükte olan 1984 tarihli ve 233 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile 60 sayılı KHK yürürlükten kaldırılarak, ilgili yasal düzenleme son halini almıştır.

Kamu iktisadi teşebbüsü ibaresi parçalara ayrılıp incelenince, “kamu” sözcüğünün devlete ait, sermayesinin sahibinin devlet olduğu; “iktisadi” sözcüğünün ekonomik, ekonomiyle ilgili olduğu; “teşebbüs” sözcüğünün ise bir faaliyet, girişim olarak bir anlam çağrıştırdığı ileri sürülebilir. Tüm sözcükler bir arada yorumlandığı zaman ise bu ibareyi, devletin sahip olduğu ve piyasalarda mal veya hizmet üreten, satan, pazarlayan piyasa aktörleri olarak nitelendirmek

⁴⁹ Aşçıoğlu Öz, rekabeti bozucu nitelikteki davranışları, kaynakları açısından genel olarak iki ana grupta toplamanın mümkün olduğunu ifade ettikten sonra, ilkinin “devletin piyasalara düzenleyici işlevi gereği veya piyasada faaliyet gösteren bir birim olarak, doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmesi”; diğerini ise “devletin ilk türdeki gibi bir müdahalesi olmaksızın, bizzat işletmeler arası bir etkileşim sonucu bozulması” olarak belirlemiştir. Aşçıoğlu Öz 2000a, s.16.

⁵⁰ “Kamu iktisadi teşebbüsü” ibaresi 233 sayılı KHK’da kullanılan gerek özel hukuk, gerekse de kamu hukuku terminolojisi için geçerli olan bir kavram iken, kamu teşebbüsü kavramı daha çok iktisat biliminde kullanılan ve devletin bir girişimci olarak iktisadi faaliyette bulunduğu kuruluşlarını ifade eden bir kavramdır.

⁵¹ 60 sayılı KHK’nin değiştirilerek kabulü hakkında daha sonra 19.10.1983 tarihli ve 2929 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

mümkündür. Böylece devlet, bir girişimci olarak iktisadi faaliyette bulunmaktadır.⁵²

233 sayılı KHK'nın "Kapsam ve amaç" başlıklı 1. maddesinden de yararlanmak suretiyle kamu iktisadi teşebbüslerini; özerk bir tarzda ve ekonominin kurallarına uygun olarak ticari esaslara göre yönetilen, ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve kârlılık⁵³ ilkeleri doğrultusunda, kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım eden ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratan, özel hukuk hükümlerine tabi mal veya hizmet sağlayıcı kamu kuruluşları olarak tanımlamak mümkündür.

233 sayılı KHK'ya göre kamu iktisadi teşebbüsleri; iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları olmak üzere iki farklı türe ayrılmakta ve kamu iktisadi teşebbüsü ibaresi bu iki türün ortak adı olarak ifade edilmektedir. Söz konusu KHK'nın "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 2. maddesinde iktisadi devlet teşekkülü; "sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsü" ve kamu iktisadi kuruluşu; "sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü" olarak tanımlanmıştır. Ancak kamu iktisadi teşebbüsleri için Anayasa'nın 165. maddesinde "Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları" terimi kullanıldığından, 233 sayılı KHK ile Anayasa arasında bir tutarsızlık meydana gelmiştir.⁵⁴

⁵² GÖZÜBÜYÜK, Ş. ve TAN, T. (2004), İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 311

⁵³ Dikkati çeken bir husus olarak kârlılık ibaresine, kamu iktisadi kuruluşlarının amacı belirtilirken yer verilmemiştir.

⁵⁴ Kamu iktisadi teşebbüslerinin ortaklık yapısı ve sermayelerinin düzenlediği 1984 tarihli ve 233 sayılı KHK'da, 1982 Anayasası'nda yer alan "sermayesinin yarısından fazlası" ibaresi daha da genişletilerek, hem kamu iktisadi kuruluşları hem de iktisadi devlet teşekkülleri için "sermayesinin tamamı"nın devlete ait olduğu vurgulanmıştır. Anayasa koyucunun en azından sermayede, yarından fazlasının devlete ait olması koşulunu aramasıyla kanun koyucu için genel bir sınır çizmek istemesi ve bu sınırın altına düşülmemesi gerektiği üzerinde durduğu ileri sürülebilir. Bu durumu doğrulayabilecek bir husus da Anayasanın 165. maddesinin başlığıdır. Zira 165. maddenin başlığı "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetimi" olup, ne madde metninde ne de madde başlığında kamu iktisadi teşebbüsleri, 233 sayılı KHK'daki gibi ikiye ayrılmamış, bunun yerine genel bir ifade tercih edilmiştir.

Kamu iktisadi teşebbüsleri, niteliği tartışmalı olmakla birlikte⁵⁵ bir tüzel kişiliğe sahip olup, bunun sonucu olarak da 233 sayılı KHK'nın 3. maddesine göre kendisini kurma yetkisini haiz Bakanlar Kurulu'ndan 'hukuken' bağımsız bir varlıktır. Ancak kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerine, çoğu zaman merkezi idare tarafından müdahalelerde bulunduğğu görülmektedir. Örneğin 233 sayılı KHK'nın 35. maddesine göre kamu iktisadi teşebbüslerine Bakanlar Kurulu'nca, faaliyet alanlarına uygun iktisadi, mali ve idari konularda çeşitli görevlerin verilebilmesi ve gerektiğinde ürettikleri ürünlerin fiyatlarının belirlenebilmesi mümkündür.⁵⁶

Ancak 4054 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan 'bağımsız karar verebilen' ibaresinin, lâfzî ve katı bir yorumla uygulanması sonucu kamu iktisadi teşebbüslerini, neredeyse bütünüyle Kanun kapsamı dışında bırakabileceği ifade edilmiştir.⁵⁷

Bu durum karşısında bir görüşe göre kamu iktisadi teşebbüsleri bu yüzden, teşebbüs tanımına girmemekte ve bu nedenle de teşebbüsler için öngörülen rekabet kuralları kamu iktisadi teşebbüslerine uygulanamayacaktır.⁵⁸ Diğer bir görüş, kamu teşebbüslerinin söz konusu maddede belirtilen bu ibareye

⁵⁵ Bu tartışma ve farklı görüşler için bkz. Gözübüyük ve Tan 2004, s.315-316; OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö. ve OKTAY, S. (2002), Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.174-175; AKİPEK, J. ve AKINTÜRK, T. (2004), Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Kitabevi, Cilt:1, 5.Bası, İstanbul, s.537-540

⁵⁶ Serbest piyasa ekonomisinde bir kamu kuruluşunun, özel bir teşebbüsün ürettiği ürünlerin fiyatını tespit etmesi veya bunlara çeşitli görevler vermesi gibi doğrudan müdahalesi – regülasyona tabi sektörler dışında- düşünülemez. Pozitif hukukumuzda buna ilişkin en çarpıcı örnek TTK'nın 1466. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “...bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya yetkili makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır.” Buradan çıkan sonuç ise, örneğin yetkili makam tarafından en yüksek sınır fiyatının belirlenmesi halinde bu sınırın üzerinden daha yüksek bedel ile yapılan bir sözleşme, yetkili makamın belirlediği bedel üzerinden yapılmış sayılacaktır. Bu ise dolaylı olsa bile ilgili özel teşebbüsün belirlediği fiyata müdahale teşkil etmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. ARKAN, S. (2005), Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 8. Bası, Ankara, s.84-85. Benzer şekilde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, 4822 sayılı Kanunla değişik 12. maddesinin 4. fıkrasına göre “Fiyatı; Bakanlar Kurulu, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından belirlenen mal veya hizmetlerin, belirlenen bu fiyatın üzerinde bir fiyatla satışa sunulması yasaktır.” Böylece özel sektörün ürettiği bir ürünün fiyatının, piyasa dışında belirlenmesi mümkün olabilecektir.

⁵⁷ Ege 2002, s.15

⁵⁸ ÇAMLICA, B. (1999), “Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf Mıdır?”, Rekabet Bülteni ESC Yayını, Sayı:1, İstanbul, s.46-47

bakılmaksızın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁹

Başka bir görüş ise kamu iktisadi teşebbüslerinin, Bakanlar Kurulu'nun müdahaleleri de olsa, 4054 sayılı Kanundan kaynaklanan, rekabet kurallarına uygun bir şekilde faaliyet gösterme sorumluluklarının ortadan kalkmayacağını ileri sürmüştür.⁶⁰ Bu görüşe göre kamu iktisadi teşebbüslerinin yerine karar alan Bakanlar Kurulu, dışarıdan müdahale eden bir organ değil, söz konusu kamu teşebbüsünün yönetiminin yerine geçen bir irade olduğu için o olayla sınırlı olarak, adeta bir karar organı gibi değerlendirilmelidir.⁶¹ Aksi takdirde kararlarından sorumlu tutulamayan bir varlık kabul edilecek ve bu durum eşitlik ve hukuki güven ilkelerini olumsuz etkileyecektir. Gerek aynı piyasada özel teşebbüsler ile beraber faaliyet göstereceklerse de tekel olsun, adil ve dengeli bir rekabetin gereği olarak kamu teşebbüsleri de rekabet kurallarına tabi olmalıdırlar.

2.1.1.2. Ekonomideki Roller

İktisat biliminde, devletin girişimci olarak piyasalarda mal veya hizmet üretmesi karşılığında “kamu işletmeciliği” ibaresi kullanılmaktadır.⁶² Bununla kastedilen ise iktisadi mal ve hizmetlerin doğrudan kamu eliyle üretilerek tüketicilere sunulmasını içeren ve tüm kaynakları devlet tarafından sağlanan ticari, endüstriyel veya finansal faaliyetlerdir.⁶³ Başka bir anlatımla, doğal tekel niteliği taşıyan pazarlarda⁶⁴ mal veya hizmet üretimi ve pazarlanmasının doğrudan kamu

⁵⁹ İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Perşembe Konferansları Rekabet Kurumu Yayınları No:1, Ankara, s.20

⁶⁰ KÖKSAL T. (2002), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.143

⁶¹ Ancak burada Bakanlar Kurulu'nun yaptığı işlemin teşebbüs faaliyeti olarak kabul edilmesi ile kamusal yetkiye dayanarak yapılan bir işlem olarak kabul edilmesi arasında çok farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bir teşebbüs faaliyeti kabul edilmesi halinde, kararlarını kendisinin değil Bakanlar Kurulu'nun aldığı bir teşebbüsten bahsedilecek; diğer halde ise 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılamayacaktır.

⁶² Viscusi vd. 2005, s.503 v.d.; ARDIYOK, Ş. (2002), Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.37 v.d.; GÖKDEMİR, B. (2008), Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleşme ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.32 v.d.

⁶³ Ardiyok 2002, s.37.

⁶⁴ Bir mal veya hizmet piyasasında iki veya daha fazla teşebbüsün üretimine göre tek bir teşebbüsün üretim yapması toplam üretim maliyetlerini düşürmekteyse, o piyasadaki tek teşebbüse doğal tekel adı verilmektedir. Bu durumda, bir teşebbüsün üretim yapması iktisadi etkinliğinin daha fazla sağlanmasına yol açar. CARLTON, D. W. ve PERLOFF, J. M. (2005), Modern Industrial Organization, Pearson Addison Wesley Press, 4th Edition, USA, s.104. Doğal tekel bir piyasa aksaklığı olarak algılanmakta ve bu yüzden tüketicilerin özellikle tekeli fiyatlarından dolayı refah kaybına uğramamaları ve diğer teşebbüslerin de yüksek ilk yatırım maliyetlerini tekrarlayıp ekonomik kayba yol açmamaları için, regüle edilmektedir. Rekabet,

otoritesi ya da kamu ve özel sektör ortaklığında yürüyen teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesidir.⁶⁵

Devletin iktisadi hayatta bizzat faaliyet göstermesini tetikleyen temel nedenleri, özel sektörün sermaye birikiminin yetersiz olması ve toplumun ihtiyaç duyduğu birtakım mal ve hizmetlerin biran önce sağlama gereği gösterilebilir. Ülkemizde kamu teşebbüslerinin kuruluş ve gelişim nedenleri olarak ekonomiyi yeniden yapılandırmak, özel sektör tarafından başılamayacak büyüklükteki yatırımları yapmak ve böylece özel sektöre öncülük etmek, üretim dağıtım ve fiyatları düzenlemek, ekonominin önemli alanlarını işletmek, sosyal ihtiyaçları karşılamak ve hazineye gelir sağlamak gösterilebilir.⁶⁶

Özel teşebbüslerin piyasaya girmeye başlamasıyla, bazı mal veya hizmet piyasalarında devlet, özel teşebbüslerle birlikte faaliyet göstermeye devam etmiş, bazılarında ise piyasadan tamamen çekilmiştir. Bu süreçte yaşanan başka bir gelişme de, “kamu hizmeti” anlayışının anlamını kaybederek; yeni, sınırları daha belirli olan “evrensel hizmet” kavramının ortaya çıkmasıdır.⁶⁷

Ancak kamu işletmeciliğinin benimsenmesinin ardında sadece iktisadi gerekçelerin olmadığı durumlar da yok değildir. Siyasi nedenler,⁶⁸ ideolojik

doğal tekel bir teşebbüsün olduğu bir piyasada yıkıcı sonuçlar doğuracaktır. Viscusi vd. 2005, s.401. Doğal tekeller genellikle büyük miktarda ilk yatırım gerektiren ve sabit maliyeti yüksek olan elektrik, doğal gaz, su, demiryolları ile temel telekomünikasyon hizmetleri gibi fiziki şebeke endüstrileridir. Ardiyok 2002, s.34. Burada sayılanlardan hemen hemen hepsi ATAD ve Komisyon tarafından tartışılmaksızın Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde yer alan “genel ekonomik faydaya olan hizmet”lerden sayılmıştır. Sierra 1999, s.282, Faulk ve Nikpay 2007, s.626-631.

⁶⁵ Gökdemir 2008, s.32.

⁶⁶ Köksal 2002, s.109 v.d.

⁶⁷ Kamu hizmeti bir önceki devrin bir kavramı olarak, ortak ihtiyaçları karşılamak üzere bizzat devlet tarafından tüm vatandaşlara eşit şartlarda sunulması gereken hizmetleri ifade ederken, evrensel hizmet ise adeta bir insan hakkı gibi, tüm insanların temel bazı hizmetlere uygun fiyatlarda sürekli ve kaliteli bir şekilde ulaşabilmesinin temin edilmesi olarak ifade edilmektedir. Elektrik, su, telefon ve ulaşım gibi eskiden kamu hizmeti olarak kabul edilen pek çok hizmet, artık evrensel hizmet olarak kabul edilmektedir. ARDIYOK, Ş. et al, (2007), Enerji Hukuku Cilt: 1 - Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ekin Kitabevi, İstanbul, s.291. Ayrıca bkz. 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu m.2.3 ve 5.

⁶⁸ İktisadi nedenlerin olmadığı çoğu durumda, kamu iktisadi teşebbüslerinin görülmesi ve kamu işletmeciliğinin benimsenmesinin altında siyasi nedenlerin olduğu söylenebilir. Örneğin II. Dünya Savaşı sonrasında otomobil üreticisi Renault'un, Fransa tarafından millileştirilmesi ve bir kamu teşebbüsü olarak faaliyetine devam ettirilmesinin nedeni olarak, Renault'un o zamanlarda Fransa ile savaş halinde bulunan Almanya ile işbirliği yapması gösterilmektedir. Viscusi vd. 2005, s.504

nedenler⁶⁹ ve ülkenin geçmişte yaşadığı tecrübelerin⁷⁰ olduğu durumlara da rastlanmaktadır. Bu yüzden kamu teşebbüslerinin ekonomideki rolü, sadece iktisadi nedenlerle anlatılamamaktadır.

Kamu teşebbüslerinin, varlık kazanma ve varlıklarını kaybetmelerinin altında bir ülkenin benimsediği ekonomik düzen ve rekabet politikası yatmaktadır. Karma ekonomi modelinde devlet, kamu işletmecisi olarak pek çok piyasada tekel olarak faaliyet göstermekte; yeterli sermayeye ulaşıldığı ve yatırım planlarının hazırlanmasıyla karlı ve güvenli olarak görülen piyasalarda ise özel teşebbüslerle birlikte faaliyet göstermektedir.

Piyasaların arz ve talep kuralları içinde kendi dinamikleriyle işlemesi esasına dayanan serbest piyasa ekonomisinde ise ekonomik hayatın işleyişi, büyük ölçüde özel teşebbüslere bırakılmaktadır. Bu tür sistemlerde devlet, işletmeci olmaktan çok düzenleyici olma eğilimindedir. Kamu teşebbüsleri yerine, bağımsız idari otorite adı verilen sektörel düzenleyici kurumlar kurulmakta, regülasyon ve rekabet hukuku kuralları ile mal veya hizmet piyasalarındaki piyasa aksaklıkları giderilmeye çalışılmaktadır. Türkiye’de 24 Ocak 1980 kararları ile serbest piyasa ekonomisinin, devletin tüm kurumlarıyla benimsenmesinin bir sonucu olarak,⁷¹ kamu iktisadi teşebbüsleri tür ve sayı olarak azalma eğilimindedir.

2.1.2. Belediye İktisadi Teşebbüsleri

Belediyelerin kurdukları ya da sermayesine katıldıkları, TTK’da düzenlenen anonim veya limited şirket statüsündeki ticari kuruluşlar “belediye iktisadi teşebbüsü” olarak nitelendirilmektedir.⁷² Belediye iktisadi teşebbüsleri, kamu iktisadi teşebbüslerine ek olarak, devletin müteşebbis olarak ekonomik hayatta faaliyette bulunmasının diğer bir örneğini oluşturmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin son yıllarda özelleştirilmesi sonucu ekonomik hayatta rollerinin azalması ve son yıllarda yürürlüğe giren 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun ortak yerel ihtiyaçların

⁶⁹ Komünist rejim ile yönetilen Kuzey Kore ve Küba gibi ülkelerde kamu işletmeciliğinin var olmasının nedeni, bu ülkelerin ideolojik düşüncelerinden kaynaklanmaktadır. “Üretim araçlarının özel kişilere ait olması ve özel teşebbüslerin kar elde etme güdüsü Marksist sistemlerde lanetlenmiştir.” Viscusi vd. 2005, s.504

⁷⁰ ABD’de devlet ve din gibi yıllar boyu baskı aracı olarak kullanılmış güç odaklarından kaçmak için özel teşebbüslere yönelme eğilimi yaşanmıştır. Bu yüzden kamunun “kamu iktisadi kuruluşu” şeklinde tekel olarak faaliyette bulunabildiği Türk hukukundaki kamu tekeli yöntemi ABD’de pek uygulanmamıştır. Tek istisnası posta hizmetleri ile birkaç elektrik üretim tesisidir. Ardiyok 2002, s.37-38.

⁷¹ Ardiyok vd. 2007, s.187

⁷² Gözübüyük ve Tan 2004, s. 292. GÖZLER, K. (2007) İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, s.238.

karşılabilmesi için belediyelerce şirket kurulmasına izin vermesiyle birlikte, kamu iktisadi teşebbüslerine göre belediye iktisadi teşebbüslerinin ekonomik hayatta ön plana çıkmakta olduğu söylenebilir.

Belediye iktisadi teşebbüsleri, teknik anlamda, birer kamu iktisadi teşebbüsü değildir. Kamu iktisadi teşebbüsü olmamaları sonucu 233 sayılı KHK'ya tabi olmayacaklardır. Söz konusu KHK'nun 58. maddesi "...il özel idareleri ve belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi değildir." diyerek bunları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile aynı kurallara dahil etmemiştir. Özellikle elektrik, su, havagazı, otobüs, metro, mezbaha, sebze ve meyve halleri, pazar yerleri gibi alanlarda belediyeler bizzat girişimci sıfatıyla teşebbüsler kurabilmektedir.⁷³

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun çeşitli maddeleri belediyelere bazı görevler vermiş ve bu görevlerin nasıl yerine getirileceği konusunda belediyenin yetkilerini de düzenlemiştir. Örneğin "*Belediyenin Görev ve Sorumlulukları*" başlıklı 14. maddede "*İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı... çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık... ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır.*" denmektedir. "*Belediyenin Yetkileri ve İmtiyazları*" başlıklı 15. maddede ise belediyenin "*Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunmak; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek...*" gibi birtakım ekonomik faaliyetlerde bulunmasına izin vermektedir.⁷⁴

Söz konusu görevlerin yerine getirilmesi konusu ile ilgili olarak, 5393 sayılı Kanunun "*Şirket Kurulması*" başlıklı 70. maddesinde "*Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir.*" hükmü yer almaktadır. Belediye iktisadi teşebbüslerinin yasal dayanağını oluşturan bu madde sonucu, belediyeler, gerek gördükleri takdirde ortak yerel ihtiyaçları giderebilmek için, Bakanlar Kurulu'nun izni ile kendilerinden ayrı bir tüzel kişilik sahibi şirketler kurabileceklerdir.^{75 76}

⁷³ Topçuoğlu 2001, s.119

⁷⁴ Benzer hükümlere 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda da rastlanmaktadır. (m.7-11)

⁷⁵ Bu maddenin Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde incelenmesi sırasında Mahkeme "...belediyelerce kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve

Rekabet hukuku uygulaması açısından kamu teşebbüslerinin, kamu iktisadi teşebbüsü mü yoksa belediye iktisadi teşebbüsü mü olduğu önem taşımayıp, önemli olan teşebbüs niteliği taşıyıp taşımadıklarıdır.⁷⁷ Bu bağlamda belediye iktisadi teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanunun 3. maddesi anlamında “teşebbüs” niteliği taşıdığı ifade edilmektedir.⁷⁸ Kurul’un bir kararında,⁷⁹ belediye iktisadi teşebbüslerinin de, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi 3. madde anlamında teşebbüs sayılacağı ve 4054 sayılı Kanuna tabi olacağı belirtilmiştir.

2.2. Kamu Kuruluşlarının Örgütlenmesi

Merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerinin benimsenmesi sonucu, Türkiye’nin idari yapılanmasında “merkezi idare” ve hizmetlerin ülke geneline yayılabilmesi için “yerel idare” olmak üzere iki temel kategori altında kamu kuruluşları örgütlenmiştir.

2.2.1. Merkezi İdare

Merkezi idare, merkez örgütü (başkent teşkilatı) ve taşra örgütü şeklinde ikiye ayrılmakta; “il” “ilçe” ve “bucak” idareleri taşra örgütünü oluşturmaktadır. Merkez teşkilatında ise Cumhurbaşkanı, kamu teşebbüslerinin rekabete aykırı davranışlarının gerçekleşmesinde kimi zaman aldığı bazı kararlarıyla etkin rol oynayan Bakanlar Kurulu, Başbakanlık, düzenleyici ve bireysel idari işlemleri ile

sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır.“ diyerek belediyelerin bazı hizmetleri yerine getirmek için şirketleşmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. 21.01.2007 tarih ve E.2005/95, K.2007/5 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

⁷⁶ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 52. maddesine göre “*il özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurabilir*”. Böylece hukukumuzda belediye ek olarak, diğer bir yerel (mahalli) idare olan il özel idarelerinin de iktisadi teşebbüs kurmalarına izin verilmiştir.

⁷⁷ Aynı görüşte bkz. Topçuoğlu 2001, s.120.

⁷⁸ Güzel’e göre bir işletmenin bütünü devlete veya onun alt kurumlarına (örneğin belediye) ait ise, bu işletmelerin kamu teşebbüsü olarak nitelendirilmesinde tereddüt yoktur. Güzel 2003, s.56.

⁷⁹ “*...teşebbüs tanımına dönecek olursak, merkezi veya yerel idare bünyesinde yer alan ayrı bir tüzel kişiliği olmayan birimlerin dahi teşebbüs niteliği taşıdığı kabul edildiği düşünüldüğünde, müstakil bütçeye, belediyeden ayrı gelir kaynaklarına ve ayrı bir yönetime sahip olan ASKİ’nin bağımsız olduğu ve bu çerçevede teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.*” diyerek Rekabet Kurulu, su ve kanalizasyon hizmetlerini yerine getirmek üzere Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin kurduğu bir belediye iktisadi teşebbüsü olan Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi’ni (ASKİ) 4054 sayılı Kanunun uygulanması açısından teşebbüs olarak nitelendirmiştir. ASKİ kararı (13.03.2001, 01-12/114-29)

kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışlarının dayanağını oluşturan Bakanlıklar ve merkezi idareye yardımcı kuruluşlar gelmektedir.⁸⁰

2.2.2. Yerel İdareler

Yerel nitelikteki hizmetlerin etkili bir biçimde yerine getirilmesi ve ilgili yerin yönetiminin sağlanması amacıyla, ülkemizde yerel (mahalli) idareler kurulma yoluna gidilmiştir. Anayasanın 127. maddesinin 1. fıkrası yerel idareleri “*il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri*” olarak tanımlamıştır.

Türkiye’de yerel idareler “il özel idaresi”, “belediye” ve “köy idaresi” olarak üç türde kurulmuşlardır.⁸¹ Bunlar için doktrinde “yer yönünden yerinden yönetim” kuruluşları ibaresi de kullanılmaktadır.⁸²

2.2.3. Kamu Kurumları

Kamu kurumları, ne merkezi idarenin merkez ya da taşra teşkilatına ne de yerel idarelere dahil olan ancak idarenin içinde yer alan kamu kuruluşlarıdır. Bunlar yerel idarelerin bulunduğu yerlerde örgütlenmelerine rağmen, teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bazı işleri yapmaları gibi niteliği gereği o yerin yönetimi ile ilgisi bulunmayan; ekonomik, sosyal, teknik, kültürel vb. işlevlere sahiptirler. Doktrinde kamu kurumları için “hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları” ibaresi de kullanılmaktadır.⁸³

“Kamu kurumu” ile “kamu kuruluşu” ibareleri esasen birbirlerinden farklıdır. Şöyle ki “kamu kuruluşu” ibaresi kamu kurumlarını da içeren, ancak ondan daha geniş kapsamlı bir ibaredir. Kamu kurumu niteliğinde olmayıp, ancak birer kamu kuruluşu olan kuruluşlar da vardır. Örneğin, belediyeler birer “yerel (mahalli) idare” olup kamu kurumu niteliğini taşımamaktadır. Çalışmamızda bu iki ibare birbirlerine ikame olarak kullanılmamıştır.

⁸⁰ Danıştay (Anayasa m.155) , Sayıştay (Anayasa m.160), Milli Güvenlik Kurulu (Anayasa m.118) ve Devlet Planlama Teşkilatı vb. bunların başında gelmektedir.

⁸¹ Anayasada yer verilmemekle birlikte, yerel idareye dahil olan diğer bir kuruluş da “büyükşehir belediyesi”dir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 3.maddesinde büyükşehir belediyesi; “*En az üç ilçe veya ilk kademe belediyesini kapsayan, bu belediyeler arasında koordinasyonu sağlayan; kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; idarî ve malî özerkliğe sahip ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisi*” olarak tanımlanmıştır.

⁸² Gözübüyük ve Tan 2004, s.250 v.d; Gözler 2007, s.112 v.d.

⁸³ Gözübüyük ve Tan 2004, s.305 v.d., Gözler 2007, s.207 v.d.; GÜNDAY, M. (2003), İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, s.453 v.d.

Kamu kurumlarıyla ilgili olarak “klasik kamu kurumları”, “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” ve tartışmalı olmakla birlikte “bağımsız idari otoriteler” şeklinde üçlü bir ayırım yapmak mümkündür.⁸⁴ Zira bütçelerinin, personel statülerinin, niteliklerinin ve görev ve yetkilerinin birbirinden farklı olması da böyle bir ayırım yapılmasını haklı kılmaktadır. Hukuki nitelikleri tartışmalı olmakla birlikte,⁸⁵ kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu niteliğine sahip olmamaları; görev alanına giren piyasaları düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi birtakım yetkilerinin olması sonucu da klasik kamu kurumlarından farklı olmaları sebebiyle, bağımsız idari otoritelerin ayrı bir kategoride ele alınması gerekmektedir.

2.2.3.1. Klasik Kamu Kurumları

Klasik kamu kurumları; kamu tüzel kişiliğini haiz, ayrı bir bütçeye sahip özerk nitelikte bulunan, merkezi idarenin hiyerarşik denetimine tabi olmayıp idari vesayet denetimi altında olan, belirli bir hizmeti tüm ülke düzeyinde yürütmek için faaliyet göstermek üzere kurulan birer uzmanlık kuruluşlarıdır.

Kamu iktisadi teşebbüsleri ile Kurul kararlarına da konu olan, Türk Standartları Enstitüsü, Türk Patent Enstitüsü, Türkiye Cumhuriyeti Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, Sosyal Sigortalar Kurumu, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu vb. kuruluşlar klasik kamu kurumları kategorisine girmektedir.

⁸⁴ Doktrinde farklı ayırımların yapıldığı görülmektedir. Kamu kurumlarını “milli kamu kurumları”, “mahalli kamu kurumları” ve “bölgesel kamu kurumları” olarak üçlü bir üst ayırma ve idari; iktisadi; sosyal; bilimsel, teknik ve kültürel; düzenleyici ve denetleyici olmak üzere beş farklı alt ayırımlara tabi tutan bir görüş için bkz. Gözler 2007, s.218. Yazara göre bağımsız idari otoriteler “düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları” altında yer almaktayken, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bir kamu kurumu olarak ele alınmamaktadır. Günay, kamu kurumlarını “faaliyet alanları” “yönetim biçimleri” ve “faaliyet konuları” şeklinde üçlü bir üst ayırma ele alıp, buna ek olarak idari; iktisadi; sosyal; bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları şeklinde alt ayırımlarda incelemektedir. Yazara göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da kamu kurumu başlığı altında ele alınmakta, bağımsız idari otoriteler ise ayrı bir başlık altında incelemektedir. Günay 2003, s.456 v.d Duran ise, Günay’a benzer bir şekilde, kamu kurumlarını idari; iktisadi; sosyal; bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları şeklinde alt ayırımlarda incelemektedir. Yazar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını “kamu kurumu” olarak nitelendirmemektedir. DURAN, L. (1982) İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayınları, İstanbul, s.195 v.d.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi bir kararında “*Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği olmasına rağmen, tümüyle idareden ayrı düşünülmesi de olanaklı değildir*” dedikten sonra Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nu hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirmiştir. (21.09.2004 tarih ve E.2002/100, K.2004/109 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı) Danıştay ise bir kararında Sermaye Piyasası Kurulu’nu bir “kamu kurumu” olarak nitelendirmiştir. (25.11.1996 tarih ve E.1995/6027, K.1996/7741 sayılı Danıştay 10.Daire kararı)

2.2.3.2. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları

Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları “belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikler” olarak tanımlanmıştır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları; doktor, avukat, mühendis, mimar, tacir, esnaf, çiftçi gibi serbest meslek mensuplarının ortak ihtiyaçlarını karşılamak, meslek disiplinini ve ahlakını korumak üzere kanunla kurulan, kamu tüzel kişiliği haiz, mesleğin yürütülmesi koşullarına ilişkin düzenlemeler yapma yetkisine sahip, organları kendi üyeleri arasından seçilen, zorunlu üyelik esasına dayanan, kendi bütçesine sahip özerk bir yapıda olan ve hiyerarşik denetime tabi olmayıp vesayet denetimine tabi kuruluşlardır.

Çoğu Kurul kararlarına da yansıyan, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği,⁸⁶ Türkiye Barolar Birliği,⁸⁷ Türk Tabipler Birliği,⁸⁸ Türkiye Dış Hekimleri Birliği,⁸⁹ Türk Eczacılar Birliği,⁹⁰ Türkiye Bankalar Birliği,⁹¹ Türkiye Kalkınma Bankaları Birliği,⁹² Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği,⁹³ Türkiye Serbest Muhasebeci Mâli Müşavirler ve Yeminli Mâli Müşavirler Odaları Birliği,⁹⁴ Türkiye Noterler Birliği,⁹⁵ Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği,⁹⁶ Türkiye Seyahat Acentaları Birliği,⁹⁷ Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu⁹⁸ ile bazı ticaret ve sanayi odaları, esnaf ve ziraat odaları kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

⁸⁶ 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu m.54 v.d.

⁸⁷ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.109 v.d.

⁸⁸ 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m.1 v.d.

⁸⁹ 3224 sayılı Türkiye Dış Hekimleri Birliği Kanunu m.19 v.d.

⁹⁰ 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu m.1 v.d.

⁹¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.79 v.d.

⁹² 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.79 v.d.

⁹³ 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu m.1 v.d.

⁹⁴ 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m.28 v.d.

⁹⁵ 1512 sayılı Noterlik Kanunu m.163 v.d.

⁹⁶ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.24 v.d.

⁹⁷ 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m.32 v.d.

⁹⁸ 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu m.26 v.d. (Bu Kanununun 76. maddesi ile önceki 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.)

Rekabet hukuku uygulaması açısından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları “teşebbüs birliği” olarak nitelendirilmektedir.⁹⁹ ¹⁰⁰ Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinileceği üzere, ülkemiz uygulamalarında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının teşebbüs birliği olarak değerlendirilmesinde sorun görülmemekle birlikte, yerleşik idari anlayış ve yürürlükteki kanunlardan doğan çatışmalarla rekabetin etkin şekilde tesisi ve korunmasında güçlükler çekildiği görülmektedir.¹⁰¹

2.2.3.3. Bağımsız İdari Otoriteler

Bağımsız idari otoriteler;¹⁰² siyasi karar odaklarının etkilerinden uzak, tarafsız ve etkili bir şekilde faaliyet gösteren, idari ve mali özerkliğe sahip, hiyerarşi ve vesayet denetimine tabi olmayan, kararları kesin hüküm oluşturmayıp idari yargı denetimine tabi olan, görev alanına giren piyasaları düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi klasik kamu kurumlarının sahip olmadığı birtakım yetkilere sahip kuruluşlardır.

⁹⁹ Kurul’un kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında bugüne kadar verdiği kararlardan anlaşıldığı kadarıyla; meslek mensuplarını teşebbüs, söz konusu kuruluşları ise teşebbüs birliği saydığına tereddüt bulunmamaktadır. Özden 2004, s.63.

¹⁰⁰ Danıştay’ın da “*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin olarak herhangi bir istisnaya yer verilmediğinden, davacı TEB’in 4054 sayılı Yasa uygulamasında teşebbüs birliği olduğu... açıktır.*” ibaresi ile söz konusu kuruluşları teşebbüs birliği olarak değerlendirme eğiliminde olduğu görülmektedir. 09.03.2004 tarih ve E.2001/4801 ve K.2004/2386 sayılı Danıştay 10.Daire kararı

¹⁰¹ Güzel 2003, s.62

¹⁰² Türkiye’nin de dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde ilk örnekleri 1970li yıllarda ortaya çıkmaya başlayan bağımsız idari otoriteler (*independent regulatory agencies, autorité administrative indépendante*), Anglo-Sakson hukuk sisteminde 1880li yıllardan beri faaliyet göstermektedir. Örneğin 1887 tarihli Eyaletlerarası Ticaret Kanunu ile kurulan ve demiryollarına ilişkin ruhsatlama ve fiyat tarifelerini onaylama yetkisi ile donatılan Eyaletler arası Ticaret Komisyonu (*Interstate Commerce Commission*) ABD tarihindeki ilk bağımsız idari otoritedir. Türkiye’de ise bağımsız idari otoritelerin, 24 Ocak 1980 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan serbest piyasa ekonomisinin benimsenmesiyle birlikte ekonomik alanda yaşanan değişimin ve devletin ekonomik alanda üstlendiği rolün değişiminin bir sonucu olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda 1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile Türk hukukunda ilk bağımsız idari otorite olan Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuş, daha sonra ise radyo ve televizyon, bankacılık, telekomünikasyon, enerji, şeker, tütün ve alkol gibi piyasaları düzenlemek ve denetlemek üzere bağımsız idari otoritelerin sayıları ve çeşitleri artmıştır. Bağımsız idari otoriteler hakkında daha fazla bilgi için bkz. TAN, T. (2005), “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, s.9-38; ULUSOY, A. (2003), Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara.

Rekabet Kurumu'na ek olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu,¹⁰³ Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu,¹⁰⁴ Radyo ve Televizyon Üst Kurulu,¹⁰⁵ Sermaye Piyasası Kurulu,¹⁰⁶ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu,¹⁰⁷ Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu,¹⁰⁸ Kamu İhale Kurumu¹⁰⁹ ve Şeker Kurumu¹¹⁰ Türk hukukunda birer bağımsız idari otorite olarak nitelendirilmektedir.

3. Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları

3.1. Kamu Teşebbüslerinin Rekabeti Bozucu Davranışları

Rekabetin bozulduğu bir piyasada daha ucuz fiyatlardan, daha fazla çeşitten, daha iyi kaliteden, verimlilikten, teknolojik gelişmeden kısacası iktisadi etkinlikten söz edilemeyeceği gerçeği karşısında, serbest piyasa ekonomilerinde rekabeti bozucu davranışların yasaklanması, bu sistemin sağlıklı olarak işleyebilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışları, büyük ölçüde, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir.¹¹¹ Bu durumun nedeni olarak, kamu teşebbüslerinin çoğu zaman tekel niteliği taşıması sonucu hakim durumda olması gösterilebilir. Böylece, örneğin tekel durumda olan kamu iktisadi teşebbüslerine, 233 sayılı KHK'nın 35. maddesi ile çeşitli iktisadi, mali ve idari konularda Bakanlar Kurulu tarafından görev verilebilmesi sonucu, kamu iktisadi teşebbüslerinin söz konusu görevleri yerine getirirken gerçekleştirdiği davranışlar veya "yıkıcı fiyat" (*predatory pricing*) ya da "fahiş (aşırı) fiyat" (*excessive pricing*) olarak belirlediği fiyatlar ile ilgili pazarda rekabet bozulabilmektedir.

Kamu teşebbüsleri ile ilgili olarak 6. madde ihlallerine kıyasla, Kanunun 4. maddesi açısından özellikle teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylem olmak

¹⁰³ 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun m.5 v.d. (5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanun'un 67. Maddesiyle, daha önce "Telsiz Kanunu" ismini taşıyan 2813 sayılı Kanunun ismi "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun" olarak değiştirilmiştir.)

¹⁰⁴ 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.4 v.d.

¹⁰⁵ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.5 v.d.

¹⁰⁶ 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.17 v.d.

¹⁰⁷ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.82 v.d.

¹⁰⁸ 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.2 v.d.

¹⁰⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.53 v.d.

¹¹⁰ 4634 sayılı Şeker Kanunu m.7 v.d.

¹¹¹ Aynı görüş için bkz. Aşçıoğlu Öz 2000a, s.67

üzere sınırlı bir ihlal görülmektedir.¹¹² Halbuki kamu kuruluşları ile ilgili kararlarda daha çok, 4. maddede düzenlenen diğer bir yasak davranış çeşidi olan teşebbüs birliği karar ve eylemleri açısından, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihlallere rastlanmaktadır.

Kanımızca kamu teşebbüslerinin 4. maddeyi ihlal eden bir davranışa girmesi, özel teşebbüslerin böyle bir davranışta bulunmasından çok daha düşük bir ihtimaldir. Özel teşebbüslerin kar elde etme güdüsü, rakipleri ile rekabet etmek yerine uzlaşarak ortak hareket etmek suretiyle üretimi miktarını ve fiyatı belirlemeleri sonucu bu uzlaşmadan şirket yöneticilerinin ve/veya ortaklarının doğrudan menfaat elde edeceği düşünüldüğünden, kamu teşebbüsleri açısından bu durum pek geçerli olmayacaktır. Zira kamu teşebbüslerinin sermayesinin tamamının devlete veya belediyelere ait olması ve yöneticilerinin şirkette katılım paylarının bulunmaması sonucu, doğrudan menfaat elde edemeyeceklerinden 4. maddeyi ihlal edici davranışlar içinde bulunmaları söz konusu olmayacaktır. En azından, kamu teşebbüslerinin 4. maddede ifade edilen “rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı” taşımadığı, olsa olsa “bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte” eylemler gerçekleştirebileceği düşünülebilir.

7. madde ihlallerinin ise kamu teşebbüsleri tarafından gerçekleştirilmesi pratik olarak mümkün değildir. Kamu teşebbüslerinin, özel teşebbüsler tarafından devralınmaları halinde bu işlem “özelleştirme” niteliği taşıdığından, hukuki süreç kamu teşebbüslerinin kendi iradeleriyle gerçekleştirilmemekte ve Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun işlemlerini gerektirmektedir. Kamu teşebbüslerinin kendi aralarında birleşmeleri veya bir kamu kuruluşu tarafından devralınmaları halinde¹¹³ ise kontrol unsurunda bir değişiklik olmayacağından 7. madde uygulama alanı bulmayacaktır. Özelleştirmelerin, Özelleştirme Yüksek Kurulu

¹¹² AT hukuku uygulaması açısından da 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin mehzarı olan Roma Antlaşması’nın 81. maddesinin, kamu teşebbüsleri hakkında uygulandığı durumlar yok denecek kadar azdır. Sierra 1999, s.19. Faull ve Nikpay ise aynı görüşe katılarak, 81. maddenin uygulanmasına ilişkin belki de tek istisna olarak iki kamu teşebbüsünün veya en azından bir kamu teşebbüsü ile bir özel teşebbüsün, düzenleyici olan devletin teşviki ya da zorlaması ile anlaşma yapmalarını göstermiş ve bu durumun “zorunlu kartel” (*compulsory cartel*) olduğunu ileri sürmüştür; ancak kamusal yetki kullanan bir kamu kurumu ile özel teşebbüsün anlaşma yapması halinin ise 81. ve 86. maddeler kapsamına girmeyeceğini de eklemiştir. Faull ve Nikpay 2007, s.616

¹¹³ 1998/4 sayılı Tebliğin 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre “mahalli idareler dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yapılan devirler” bu Tebliğ kapsamına girmediğinden; bir kamu teşebbüsünün, bir kamu kuruluşuna devredilmesi halinde bu işlem hakkında Tebliğ’de yer alan hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Esasen bu durumda, 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi anlamında teşebbüsler arası bir devralmadan bahsedilemeyecek; teknik anlamında bir özelleştirme de olmayan bu devir işlemi, yasama organının veya Bakanlar Kurulu’nun bir tasarrufu olacaktır.

veya diğer kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesi sonucu, kamu teşebbüslerinin bu süreç içerisinde inisiyatifleri olamayacağından, 7. madde ihlalleri de söz konusu olmayacaktır.

Konu ile ilgili 1998/4 sayılı “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumu’na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in 3. maddesine göre, kamu teşebbüslerinin özelleştirme yolu ile devralınması halinde teşebbüsün “*ilgili ürün piyasasındaki pazar payının % 20’yi veya cirosunun 20 trilyon Türk Lirasını aşması ya da bu eşikler aşılmaya bile özelleştirilecek teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması*” durumunda Kurul’a ön bildirimde bulunulması zorunludur.¹¹⁴ Özelleştirmelerin “*hukuki geçerlilik kazanabilmeleri*” için, ön bildirimde bulunulması zorunlu olanlar veya olmamakla birlikte 5. madde uyarınca taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25’i veya cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını aşması sonucunu doğuranlar için Kurul’dan izin alınması zorunludur.

3.1.1. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Rekabeti Bozucu Davranışları

3.1.1.1. ETİ Holding Kararı

Rekabet Kurulu’nun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı kararında Ceytaş Madencilik Tekstil San. ve Tic. A.Ş.’nin, kısa adıyla Ceytaş tarafından kendisine yapılan ‘yoğunlaştırılmış kolemanit’ adlı hammaddenin temin edilmesi talebini reddetmek suretiyle ETİ Holding A.Ş.’nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir.

Kararda, şikâyet konusu ürün için ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazar belirlendikten sonra ilgili yasal düzenlemeler incelenmiştir. Buna göre 2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun’un 2. maddesinde “*Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır.*” hükmü yer almaktadır.¹¹⁵ Bu

¹¹⁴ “Mahalli idareler dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yapılan devirler” bu Tebliğin kapsamına girmediğinden, bunlar için Kurul’a ön bildirim ve/veya izin başvurusunda bulunulması da zorunlu olmayacaktır. Benzer şekilde 3. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde “*Pazar payının ve cironun hesaplanmasında, özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin bir mevzuat hükmüne dayalı olarak mahalli idareler de dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yaptığı satışlar dikkate alınmaz.*” denilerek söz konusu kamu kuruluşları, Tebliğ genelinde çoğu durumdan ayrık tutulmuştur.

¹¹⁵ Yukarıda değinilen “*Rekabet Kurumu ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi*” adlı çalışmada, 2840 sayılı Kanunun 2. maddesinin de, ETİ Holding’e bor madenini topraktan çıkarılmasından nihai ürün üretimine ve bunların pazarlanmasına kadar olan süreçte yasal bir tekel hakkı verdiği

madde ile bir kamu iktisadi teşebbüsü olan ETİ Holding'e bor madenlerinin aranması ve işletilmesi ile ilgili yasal tekel hakkı verilmiştir.

Kurul, daha sonra ETİ Holding'in davranışını 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin (a) ve (b) bendlerine uygunluğu açısından ayrı ayrı incelemiş ve Çeytaş'ın üretimini yapmak istediği öğütölmüş kolemanitin, ETİ Holding'in yasal tekel alanına girdiği gerekçesiyle (a) bendinde belirtilen eylemin; bir yurtiçi alıcı olan Ceytaş ile yurtdışı alıcıların eşit durumda olmadığı gerekçesiyle de (b) bendinde belirtilen eylemin gerçekleşmediğini ifade ederek "önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına" karar vermiştir.

Böylece Kurul, bu olayda yasal tekel hakkının varlığını saptamasına rağmen, bu haktan kaynaklanan bir davranışın 4054 sayılı Kanuna uygunluğu açısından bir değerlendirme yaparak karar vermiş ve önceki bir kararı ile farklı bir sonuca ulaşmıştır. Nitekim Kurul'un TŞOF kararında¹¹⁶ TŞOF'un basılı kağıt ve plaka basım ve satımı konusunda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun kendisine verdiği yasal tekel hakkı karşısında Türkiye Şöförler ve Otomobilciler Federasyonu'nun (TŞOF) "yasadan kaynaklanan bir tekel hakkı 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalmakta olup, buna ilişkin itiraz mercii"nin Kurum olmadığı ve "bu kanundan kaynaklanan (2918 sayılı Kanun) haklarını aştığı iddiasının muhatabının da Rekabet Kurumu değil vesayet makamları olması" nedenleriyle "önaraştırma açılmasına gerek bulunmadığına" karar vermiştir.

Bu iki kararın birlikte değerlendirilmesi sonucu, Kurul'un her ikisinde de yasal tekel hakkının kullanılması sonucunda gerçekleşen davranışlar hakkında, sonraki tarihlide 4054 sayılı Kanun açısından bir değerlendirme yapıp Kanuna aykırı olmadığına; önceki tarihlide ise 4054 sayılı Kanun açısından hiçbir değerlendirmeye yapmayıp Kanunun kapsamı dışında olduğuna karar vererek, önceki kararlarını dikkate almadan karar verdiği ya da önceki kararında konuya ilişkin izlediği politikada değişiklik yaptığı ortaya çıkmaktadır.

Bu karara karşı Danıştay'da açılan iptal davasında, Danıştay "...kanunun verdiği yasal tekel hakkına sahip bulunan Etibank'ın hakim durumu kötüye kullandığından bahisle yapılan şikayet başvurusu üzerine ön inceleme yaptırılarak söz konusu iddiaların, yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı ve 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığından bahisle, ETİ Holding A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda

gerekçesiyle rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürölmüştür. Bkz. Rekabet Dergisi, Sayı:9, Ankara 2002, s.50-51.

¹¹⁶ TŞOF kararı (03.03.1999, 99-12/91-33)

tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık” bulunmamaktadır diyerek davayı reddetmiştir.¹¹⁷

Aslında kararda rekabet ihlalinin, yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığına veya 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığına hiç değinilmemiştir. Bu konuya hiç değinilmeden bir kararın verilmesi, kanımızca Danıştay’ın yasal tekellere karşı 4054 sayılı Kanunun uygulanmaması yolundaki kendi görüşünü ortaya koymaya çalışmasından kaynaklanmaktadır. Danıştay’ın önüne gelen yasal tekellerle ilgili olaylar için süreklilik arz eden bir içtihat oluşturması hukuken isabetli olacaktır.

3.1.1.2. TMO Kararı

Rekabet Kurulu’nun 14.08.2008 tarih ve 08-50/720-280 sayılı kararında Toprak Mahsülleri Ofisi’nin (TMO), fındığı aldığı fiyatın çok altında satışa sunarak yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle fındık piyasasında hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir.

Kararda TMO’nun, sermayesinin tamamı devlete ait bir iktisadi devlet teşekkülü olduğu, faaliyet alanına giren tarım ürünlerinin piyasalarını düzenlemeyi ve bu piyasalardaki üreticileri, oluşabilecek düşük fiyatlara; tüketicileri ise yüksek fiyatlara karşı korumayı amaçladığı belirtildikten sonra, 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığı incelenmiş ve “*TMO Ana Statüsü ve (233 sayılı) KHK hükümleri, TMO’ya faaliyetlerine yönelik alım ve satım fiyatlarını belirleme serbestisi tanımakla beraber bazı durumlarda bu serbestinin ortadan kalkma olasılığının bulunduğu anlaşılmaktadır.*” denilmiştir. TMO’nun asıl olarak teşebbüs niteliğine sahip olduğu, ancak “*faaliyetlerine müdahale edilebilmesi olasılığından hareketle istisnai bazı durumlarda müdahalede bulunulan faaliyeti bakımından TMO’nun teşebbüs niteliğinde*” olamayabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda 233 sayılı KHK’nın 35. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından satış fiyatlarının belirlenmesi ya da TMO’ya görev alanına giren bir konuda görev verilmesi, kararda ifade edilen istisnai durumlara girmelidir. Şikâyete konu eylem açısından ise teşebbüs niteliğinin oluştuğuna karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu, TMO’nun Ana Statüsü’nde yer alan kuruluş amacının, yıkıcı fiyat uygulamalarına imkan veremeyeceğini ifade ettikten sonra “*KHK’nın 37. maddesi gereğince kuruluşlara ait fiyat ve tarifelere sosyal faydayı artırmak amacı ile Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu’na müdahale*

¹¹⁷ 05.02.2003 tarih ve E.2001/306, K.2003/424 sayılı Danıştay 10.Daire kararı.

edilebileceği dikkate alındığında, TMO'nun böyle bir eylemi sonrası hasat¹¹⁸ imkanı bulunmamaktadır.” diyerek bu görüşünü temellendirmiştir. Böylece ortada bir yıkıcı fiyat uygulamasının olmadığına kanaat getiren Kurul, hakim durumun araştırılmasına gerek görmeyip, “4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir.

TMO kararı, kamu kuruluşları bir kenara kamu iktisadi teşebbüslerinin dahi, bazı hallerde, teşebbüs sayılamayacağını ve rekabet hukuku kurallarının bunlar hakkında uygulanamayabileceğini belirtmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Böylece Kurul, kamu iktisadi teşebbüslerinin 3. maddedeki “bağımsız karar verebilen” ibaresine bakılmaksızın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesini öngören görüşü¹¹⁹ benimsemeyerek, bazı hallerde kamu teşebbüslerinin teşebbüs tanımına girmediği ve haklarında rekabet kurallarının uygulanamayacağı görüşüne¹²⁰ uygun bir karar vermiştir.

3.1.1.3. ÇAY-KUR Kararı

Rekabet Kurulu'nun 22.06.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı kararında Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün (ÇAY-KUR) TEKEL ile imzaladığı “Çay Satış Protokolü”nün ilgili pazarda yarattığı etki itibarıyla rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olduğu ve ÇAY-KUR'un Kanun'un 4. maddesinin (a) bendini ihlal ettiği iddiaları incelenmiştir.

Kararda ÇAY-KUR'un iktisadi devlet teşekkülü olduğu; ürettiği veya ithal ettiği kuru çayların iç ve dış pazar isteklerine uygun olarak harmanlanmasını, paketlenmesini ve pazarlanmasını sağlamak üzere ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterdiği ve 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir.

Kurul ise bayilik sistemine ilişkin sözleşmeler ile buna bağlı ek sözleşmelerin ve ayrıca TEKEL ile imzalanan “Çay Satış Protokolü'nde yer alan maddelerin 4054 sayılı 4 ve 6'ncı maddelerini ihlal ettiğine; ancak, söz konusu sözleşmeler ile protokolün dayanağının, ÇAY-KUR'un bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanan ve anılan teşebbüsün irade

¹¹⁸ “Hasat” ibaresinden ne anlaşılması gereği kararda ifade edilmiş ve yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün, bu şekilde uygulama döneminde girdiği zararları kapatabilmekte ve üstüne fazladan kar elde edebilmek için rakipleri etkisizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmesi olarak tanımlanmıştır. Kararda TMO'nun satım fiyatının maliyetin altında olabileceği, ancak buradaki amacın piyasadaki rakiplerin dışlanması olmayıp, genel ekonomik menfaatin sağlanması olacağı, bu sebeple de şikâyete konu olayda TMO'nun, yıkıcı fiyatın unsurlarından olan niyeti taşımadığı kanaatine varılmıştır.

¹¹⁹ İnan 1999, s.20.

¹²⁰ Çamlıca 1999, s.46-47.

özgürlüğünü ortadan kaldıran düzenlemenin geniş yorumlanmasından kaynaklanması” nedeniyle ne ÇAY-KUR ne de TEKEL hakkında “soruşturma açılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir.

Burada da, yukarıda incelenen kararlara benzer bir şekilde, kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanununun 4. maddesini ihlal edici nitelikte bir davranış gerçekleştirdiği, ancak bu ihlalin nedenin aslında kamu teşebbüsünün kendi kararlarından değil de, Devlet Bakanlığı’nın düzenlemelerinden kaynaklanması sebebiyle ilgili kamu teşebbüsü aleyhinde rekabet hukuku kuralları uygulanmamıştır. Karar doktrinde eleştirilmiş Gürzumar, Kanun’un yeni olmasının yanı sıra ilgili piyasaya yönelik uygulamanın da ilk kez yapıyor olması sonucu Kurul’un ‘*şimdilik affediyorum ve ceza vermiyorum, ama sözleşmelerini düzeltmezsen cezalandırırım*’ demeye getirdiğini iddia etmiştir.¹²¹

Soruşturma açılmamasıyla ilgili olarak Aslan, ilgili mevzuatın rekabeti sınırlayıcı davranışta bulunmaya zorlayıcı olmamasına rağmen ÇAY-KUR’un rekabeti bozucu davranışlarına karşı soruşturma açmak konusunda Kurul’un çekingen davrandığını ileri sürmüştür.¹²² Benzer şekilde Eğerci de, kamu teşebbüslerinin rekabet ihlallerine ilişkin incelemelerin, büyük çoğunlukla şikâyet üzerine gerçekleştiğini; Kurul’un res’en harekete geçmediğini belirtmiştir.¹²³

3.1.2. Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Rekabeti Bozucu Davranışları

3.1.2.1. BELKO Kararı

Rekabet Kurulu’nun 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı kararında Umumi Hıfzıssıhha Kurulu’nun bir kararı ile Ankara ili sınırları içerisinde tekel olarak kömür ithalatı ve satışı hakkı verilen BELKO Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti, kısa adıyla BELKO’nun, ilgili piyasada hakim duruma geldiği ve tekel hakkı kapsamında kömür satışlarında aşırı fiyat uyguladığı iddiaları incelenmiştir.

Kararda, tekeli fiyatlama yolu ile hakim durumun kötüye kullanılmasının rekabeti bozucu bir davranış olduğu belirtildikten sonra, BELKO’nun fiyatlama stratejisinin tamamen kendi inisiyatifine bırakıldığı, bu durumun alımlarda şirket çıkarlarına azami düzeyde özen gösterilmemesi, aşırı istihdam yaratılması, etkin olmayan bir yönetim tarzı benimsenmesi sonucu maliyetlerin olması gerekenden yüksek gerçekleştiği ve malın nihai olarak da yüksek fiyatlar ile satıldığı

¹²¹ GÜRZUMAR, O. (2007), “Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna”, Rekabet Kurumu 10.Yıl Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.90.

¹²² ASLAN, İ.Y. (2005), Rekabet Hukuku, Teori Mevzuat Uygulama, Ekin Yayınları, Bursa, s.57.

¹²³ EĞERCİ A. (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.33.

belirtmiştir. Kurul, fiyatlarının İstanbul ve Bursa gibi farklı coğrafi pazarlardaki kömür satıcılarına göre çok yüksek olduğunu, ancak BELKO'nun alış fiyatlarının, satış fiyatlarına göre aşırı olmadığını da vurgulamıştır. Ancak kararda aşırı kar elde etmenin, fahiş fiyat uygulamasının zorunlu bir unsur olmadığı da eklenmiştir.¹²⁴

Böylece Kurul, BELKO'nun aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmaktan dolayı 6. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmış ve idari para cezası ile cezalandırmıştır. Bu karara karşı iptal davası açılmasıyla konu önüne gelen Danıştay, ilk önce BELKO'nun niteliği üzerinde durarak ve BELKO'yu “*ticari bir işletme olmakla birlikte belediye sermayeli bir kamu teşebbüsü*” olarak nitelendirmiş,¹²⁵ daha sonra kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığını tartışmış ve Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin olaya uygun olup olmadığı açısından da bir değerlendirme yapmıştır.¹²⁶

Davacı BELKO'nun, kendisinin yasal tekel olması nedeniyle rekabet hukuku kurallarının uygulanamayacağını iddia etmesi üzerine Danıştay, “*4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun rekabet kurallarına uyma yükümlülüğü konusunda kamu kurum ve kuruluşları ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir farklılık öngörmemiştir*” dedikten sonra kamu teşebbüslerinin faaliyetlerinin, rekabet kurallarına tabi olmasını “*genel kural*” olarak nitelendirmiştir. BELKO'nun durumunu Antlaşma'nın 86. maddesi açısından da değerlendiren Danıştay, BELKO'nun üstlendiği hizmeti “*genel ekonomik yarar sağlayan hizmet*” olarak nitelendirmiş, ancak “*buna karşın uyumsuzlukta uygulanan rekabet kurallarının, bu hizmetin fiilen ve hukuken yürütülmesini olanaksız hale getirmeyeceği*” sonucuna varmıştır. Kanımızca Danıştay'ın bu

¹²⁴ Rekabet hukuku kurallarının, fiyat kontrol kanunları düzenlemeleri gibi teşebbüslere nasıl davranmaları gerektiğine dair reçeteler veremeyeceğini ileri süren Selçuk'a göre Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüslerine yönelik uygulamasının, rekabet hukukunun sınırlarını tehlikeli bir biçimde olması gerekenden çok daha geniş bir şekilde çizdiği gerekçesiyle eleştirmiş ve BELKO kararını bu anlamda örnek gösterilebilecek en iyi karar olarak nitelendirmiştir. SELÇUK, İ. (2004), “Türk Rekabet Hukukunda Devlet Tekelleri ve Münhasır Haklar”, Rekabet Dergisi Sayı 18, Ankara, s.90-93. Kanımızca yazarın burada varmak istediği sonuç, bizzat tekel yetkisi vermenin rekabeti bozucu bir davranış olduğu ve rekabetin korunması isteniyorsa bu tarz düzenlemeler hakkında bir şeyler yapılması, aksi taktirde tekelci fiyatlamanın sadece faaliyetinde başarılı olamayan kamu teşebbüslerinin cezalandırılmasına yol açtığıdır.

¹²⁵ Bu ibareden “belediye iktisadi teşebbüsü” anlaşılmalıdır. Danıştay bu ibareleri kullanarak, kamu iktisadi teşebbüsleri ile belediye iktisadi teşebbüsleri arasında bir fark görmeyerek, hem “kamu teşebbüsü” şeklinde ortak bir kavram kullanmış hem de her ikisinin de 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs olduklarını belirtmiştir.

¹²⁶ 05.12.2003 tarih ve E.2001/4817, K. 2003/4770 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

kararı, kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığı tartışmalarına yüksek yargının görüşünü yansıtması nedeniyle büyük önem taşımaktadır.¹²⁷

3.1.2.2. İZULAŞ Kararı

Rekabet Kurulu'nun 12.09.2000 tarih ve 00-34/368-206 sayılı kararında İzmir Büyükşehir Belediyesi'ne ait bir belediye iktisadi teşebbüsü olan İzmir Ulaşım Hizmetleri ve Makine Sanayi A.Ş, kısa adıyla İZULAŞ'ın, İzmir Körfezi'nde deniz yoluyla yolcu taşımacılığı pazarında maliyetin altında bir fiyat uyguladığı iddiası incelenmiştir.

İzmir Körfezi'nde yolcu taşıma hak ve imtiyazı İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından kendi kuruluşu olan İZULAŞ'a verilmiş, bir ihale sonucu bedel karşılığı bu hak ve imtiyaz da İZULAŞ tarafından bir özel teşebbüse bırakılmıştır. Ancak İZULAŞ ve söz konusu Belediyeye bağlı başka bir kamu teşebbüsü, buna rağmen İzmir Körfezi'nde yolcu taşımaya devam etmişler ve bu hizmeti maliyetlerinin altında bir fiyatla ile sunmuşlardır.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan ancak daha sonra 2004 yılında 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 31. maddesiyle birlikte yürürlükten kaldırılan 3030 Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (g) bendine göre "*Büyükşehir dahilindeki...toplu taşıma hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettmek*" büyükşehir belediyelerine verilen bir görev olarak düzenlenmiştir.

Aynı Kanununun 7. maddesinin 3. fıkrasına göre ise "*Büyükşehir dahilindeki... kara ve deniz taşımacılığı hizmetlerinin bir koordinasyon içinde yürütülmesi amacıyla... bir 'Alt Yapı Koordinasyon Merkezi' ile bir 'Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin kurulacağı; 6. fıkrasında ise Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin "toplu taşıma araçlarının güzergah, zaman ve bilet tarifelerini yapmaya ve bu tarifeleri uygulamaya yetkili"* olduğu düzenlenmiştir.

Kararda, "*İZULAŞ'ın tek taraflı irade beyanı ile bilet fiyatlarının maliyetlerin altında oluşması mevzuat çerçevesinde mümkün bulunmamaktadır*" denildikten sonra "*Dolayısıyla, söz konusu teşebbüsün 'fiyatları maliyetin altında tutarak rakip teşebbüsleri pazarın dışına ittiği' iddiasının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği*" sonucuna varılmış ve fiyat tarifelerinin 3030 sayılı Kanundan kaynaklanan yetki çerçevesinde Ulaştırma Koordinasyon Merkezi tarafından belirlenmiş olması nedeniyle İZULAŞ hakkında

¹²⁷ Danıştay'ın başka kararlarında da kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. 09.01.2001 tarih ve E.1999/1253, K. 2001/3 sayılı Danıştay 10.Daire; 09.01.2001 tarih ve E.1999/2611, K.2001/4 sayılı Danıştay 10.Daire kararları 150

soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.¹²⁸ Selçuk'a göre Kurul'un, bu tür kanunları 4054 sayılı Kanun çerçevesinde sorgulamadığı ve bunların varlığını kabul ederek kullanım tarzları hakkında bir değerlendirmede bulunduğu görülmektedir.¹²⁹

Karara karşı oy yazan üyeler¹³⁰ ise fiyat belirlemelerini yasadan kaynaklanan bir yetkiden kaynaklanıyor olmasından doğan koruma olarak ifade ederek, böyle bir halde rekabet hukuku kurallarının uygulanamayacağına katılmakla birlikte, "Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon Yönetmeliği"nin 25. maddesinde yer alan "Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin toplu taşımacılıkla ilgili görevi tanımlanırken bilet tarifelerinde maliyetin altında ücret tespit edilmemesi esası göz önünde tutulur." hükmüne aykırı olarak maliyet altında yapılan satış yapıldığı gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edildiğini iddia ederek, konunun soruşturma açılarak incelenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹³¹

Burada dikkat edilmesi gereken husus yıkıcı fiyatlama suretiyle rekabeti bozucu davranış gerçekleştiren bir kamu teşebbüsünün, fiyatların bir kanun ya da yönetmelik gibi yasal düzenleme sonucu belirlenmesi karşısında ceza

¹²⁸ Kurul, İDO ve Orsa kararında da (29.04.1999, 99-21/169-88) benzer ifadeler kullanmış ve ücret tarife belirleme yetkisinin Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne ait olduğu, bu nedenle "İDO'nun fiyatları maliyetin altında tutarak rakip teşebbüsleri pazarın dışına itmesinin söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır" diyerek İstanbul Deniz Otobüsleri A.Ş. (İDO) hakkında soruşturma açmamıştır.

¹²⁹ Selçuk 2004, s.69. Ancak Kurul, özellikle kamu teşebbüsleri ile ilgili birleşme ve devralmalarda özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu imtiyazları incelemektedir. 1998/4 sayılı Tebliğin 3. maddesinde Rekabet Kurulu'nun "özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirileceği" bir öngörüşün alınması zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Kurul bu hallerde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na gönderdiği görüşlerde özelleştirilecek kamu kuruluşunun sahip olduğu imtiyazların korunup korunmayacağı veya sona erdirilip erdirilemeyeceği veya başka teşebbüs/teşebbüslere devredilip devredilemeyeceği hakkında çeşitli beyanlarda bulunabilmektedir. Örneğin 02.09.2004 tarihli 04-57/797 sayılı toplantısında, sesli görüşme hizmetleri piyasasında fiili tekel olan Türk Telekomünikasyon A.Ş'nin (TTAŞ) özelleştirilmesi sırasında verdiği ön görüşünde, "daha rekabetçi bir yapısının oluşmasını sağlayacağı" gerekçesi ile Kablo TV'nin yapısal olarak ayrıştırılmasını ve TTAŞ'nin internet faaliyetlerini sürdürdüğü TTNet'in ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması yolunda beyanda bulunmuştur.

¹³⁰ Kurul üyelerinden Mehmet Zeki Uzun, Nejdet Karacehennem ve Murat Gencer karara muhalif kalmışlardır.

¹³¹ Rekabet uzmanlarından oluşan bir çalışma gurubu tarafından hazırlanan "Rekabet Kulları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi" adlı bir çalışmada, söz konusu Yönetmeliğin 25. ve 26. maddeleri, Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne ulaşım ve toplu taşıma araçlarının güzergah, zaman ve bilet tarifeleri yapmak ve uygulamak yetkisi verdiği için rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Rekabet Dergisi, Sayı:9, Ankara 2002, s.49

almayacağıdır.¹³² Ancak böyle bir yasal düzenlemenin kamu teşebbüslerine, rekabet hukukunun uygulanmaması için adeta bir “kurtuluş imkânı” getirmesine karşın, aynı piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler açısından bir düzenleme içermemesi, bir başka deyişle özel teşebbüslerin faaliyetlerini rekabet hukuku kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirmek zorunda olması, teşebbüsler arası adil ve rekabetçi bir düzenin oluşmasını önleyecektir.

3.1.3. Rekabeti Bozucu Davranışların ve Bu Bağlamda Yaşanan Sorunların Genel Değerlendirmesi ve Çözüm Önerileri

3.1.3.1. Genel Değerlendirme

Kamu teşebbüsleri ile ilgili verdiği kararlar sonucu, Kurul’un kamu teşebbüslerine rekabet kurallarını uygulamak konusunda çekingen davrandığı eleştirilmektedir.¹³³ Kurul’un kamu teşebbüsleri ve kendisine özel inhisari haklar bahşedilmiş teşebbüsler hakkında re’sen harekete geçerek verdiği önaraştırma veya soruşturma kararlarına rastlanılmadığı gibi¹³⁴ yapılan şikâyet ve başvuruların büyük çoğunluğu hakkında da Kurul, önaraştırma veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.¹³⁵ BELKO kararı, Kurul’un kamu teşebbüslerine rekabet kurallarını ihlalden dolayı ceza uyguladığı ilk karardır.¹³⁶

Gerçekten de Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığı zaman, kamu teşebbüslerinin yer aldığı kararlarda genellikle Kurul’un söz konusu teşebbüslere ceza vermediği görülmektedir.¹³⁷ Kurul’un, yaptığı incelemede teşebbüs olarak

¹³² Rekabeti bozucu davranış, bir yasadaki kaynaklanıyorsa, yasaları çıkaran devlet organının herhangi bir şekilde rekabet hukuku kurallarına tabi olması söz konusu olmayacaktır. Özden’e göre yasama organının rekabeti kısıtlayıcı kararları (yasaları) zaten otomatik olarak rekabet kurallarından muaftır. Özden 2004, s.34.

¹³³ Eğerci 2005, s.33

¹³⁴ Köksal 2002, s.239

¹³⁵ AŞÇIOĞLU ÖZ G. (2002), “Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt: 1, Ankara, s.306.

¹³⁶ Köksal 2002, s.229.

¹³⁷ Kurul’un kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşları hakkında verdiği, bu çalışmada incelenen altmışa yakın kararı arasında sadece BELKO’ya (06.04.2001, 01-17/150-39), TMMOB’ye (22.01.2002, 02-04/40-21), özelleştirme öncesi TTAŞ’ye (02.10.2002, 02-60/755-305) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı TTAŞ & ISS (II) kararı ile yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.) TÜRSAB’a (17.12.2003, 03-80/967-397) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 22.06.2006 tarih ve 06-45/572-156 sayılı TÜRSAB (II) kararı ile Türkiye Seyahat Acentaları Birliği’ne yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.), TEB’e (04.11.2004, 04-70/1012-247) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 02.11.2006 tarih ve 06-79/1021-295 sayılı TEB (II) kararı ile Türkiye Eczacılar Birliği’ne yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.) ve TESK’e (05-02/18-09) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 26.05.2006 tarih ve 06-36/461-123 sayılı TESK (II) kararı ile yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.) idari para cezası verdiği görülmektedir. Böylece Kurul’un, kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşlarıyla ilgili toplam kararları ile bunlara ceza

kabul ettiği, ancak herhangi bir rekabet ihlalinin olmadığına karar verdiği haller bir yana¹³⁸, birçok kararında özellikle 6. maddeye aykırı davranışlar tespit etmesine rağmen kamu teşebbüslerine ceza vermekten kaçındığı görülmektedir.¹³⁹ Hatta Kurul'un bazı kararlarında, rekabet ihlalinin olduğuna karar vermesine rağmen, kanımızca kabul edilebilir bir gerekçe göstermeden herhangi bir ceza vermediğine dahi rastlanmaktadır.¹⁴⁰

Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüsleri hakkında verdiği kararlardan, genel olarak kamu teşebbüslerinin özel teşebbüsler ile aynı ve eşit çizgide olmadığı gibi bir izlenim edinilmektedir. “*Tek taraflı irade beyanı ile belirleyememe*”,¹⁴¹ “*serbestçe belirleyememe*”,¹⁴² ve “*irade özgürlüğünü ortadan*

verdiği kararları oranlandığında, kamunun gerçekleştirdiği rekabet ihlallerine ceza verme oranının düşük olduğu ortaya çıkmaktadır. Verilen altı cezadan ikisinin kamu teşebbüslerine, dördünün ise kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik olduğu görülmektedir.

¹³⁸ HAVAŞ kararı (03.03.1999, 99-12/89-31), ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167), PETKİM kararı (17.08.1999, 99-38/404-260), ETİ Holding kararı (21.12.2000, 00-50/533-295) TEDAŞ (II) Kararı (30.04.2002, 02-26/262-102), TDİ kararı (21.05.2002, 02-30/344-140), TSE kararı (08.03.2002, 02-13/126-53), PTT kararı (30.01.2003, 03-07/74-29), TCDD kararı (17.09.2003, 03-61/748-352), TMO kararı (14.08.2008, 08-50/720-280), BOTAS kararı (14.08.2008, 08-50/750-305)

¹³⁹ TÜRKŞEKER kararı (13.08.1998, 78/603-113), ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167), İZULAŞ kararı (12.09.2000, 00-34/368-206), TÜPRAŞ kararı (16.04.2002, 02-24/244-99), DHMİ (I) kararı (04.07.2007, 07-56/668-231)

¹⁴⁰ TTAŞ & Eser Kablo Net kararı (10.02.2005, 05-10/81-30) Bu kararda, TTAŞ'nin rakip internet servis sağlayıcılarına, kendisinin tekel olduğu kablo TV altyapısını kullanılmamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği belirlenmiş, ancak “*TTAŞ ile Telekomünikasyon Kurumu arasında kablo TV altyapısının diğer İSS'lerin erişimine açılmasına yönelik görüşmelerin ve çalışmaların devam ettiğinin anlaşılması*” ve bu durumun “*ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik olumlu çabalar*” olması gibi tatmin edicilikten yoksun gerekçelerle “*Bu eyleminden dolayı Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin idari para cezası ile cezalandırılmasına gerek olmadığına*” oyçokluğu ile karar verilmiştir. Ancak Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrasında “*Bu Kanunun 4, 6 ve 7 inci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara... Kurul tarafından saptanacak olan... idari para cezası verilir.*” hükmü yer almaktadır. Dikkat edilirse maddede “*verilebilir*” değil “*verilir*” ibaresi kullanılmıştır. Bu yüzden yedi kurul üyesinden, üçü karara karşı oy yazmış ve kararın Kanunun hükümlerine ve ruhuna aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kanımızca da bu kararda Kanunun hükümlerine aykırı bir karar alınmıştır. Zira 9. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca Kurul'un teşebbüslere sadece “*ihlale nasıl son verileceklerine ilişkin görüşlerini*” bildirerek herhangi bir ceza vermeyebileceği durumu burada söz konusu değildir, zira söz konusu fıkrada “*karar vermeden önce*” ibaresi yer almaktadır. Söz konusu kararda ise, TTAŞ'nin 6. madde ihlali sabit görülmüş buna rağmen, Kanuna aykırı bir şekilde, ceza verilmemiştir. Ancak kararın verildiği sırada TTAŞ'nin özelleştirme sürecinin devam ediyor olması akıllara, bu durumun ceza verilmemesine bir gerekçe olup olamayacağı ihtimalini getirmektedir.

¹⁴¹ İZULAŞ kararı (12.09.2000, 00-34/368-206)

¹⁴² TÜRKŞEKER kararı (13.08.1998, 78/603-113)

*kaldırma*¹⁴³ gibi ibarelerin kullanılması ile kamu teşebbüslerine rekabet hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olmayabilmektedir. Özel teşebbüsler için ise, yukarıda değinilen holding ve yavru şirket yapılanmasının bulunduğu durumlar bir yana, bu gibi ibareler kullanılmamakta ve ihlalin olduğu hallerde, buna bağlı idari para cezası ya da Kanunda öngörülen diğer yaptırımlara hükmedilmektedir.

Kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışlarına karşı herhangi bir yaptırım uygulanmamasının nedeni olarak devletin, toplumsal refahı artırmak için böyle düzenlemeler yaptığı veya davranışlar gerçekleştirdiği ileri sürülebilir. İktisat biliminin bir terminolojisi olan “toplumsal refah” kavramının, hukuk terminolojisinde “kamu yararı” olarak ifade edilmesi mümkündür. Zira bir görüşe göre kamu teşebbüsleri “kamu hizmeti” yapmaktadırlar.¹⁴⁴ Buna göre devlet, kamu hizmeti yerine getirerek kamu yararına faaliyet göstermektedir.¹⁴⁵ Bu görüşle ilgili eleştirisinde Kumcu şu ifadeleri kullanmaktadır:

“Kamu kurumları ürettikleri ve sattıkları malları dilediği gibi fiyatlandırabilirler. Zira onlar ‘kamu görevi’ yapmaktadırlar. Hiçbir belediye otobüsüne trafik kurallarını çiğnediği için ceza kesildiğini gördünüz mü? Göremezsiniz. Çünkü belediye otobüsleri kamu görevi yapmaktadırlar. Özel halk otobüslerine hatalı hareketleri için ceza kesilmesi ise normaldir. Onlar da kamu görevi yapmaktadırlar, ama devlet değillerdir. Aynı şekilde belediye otobüsleri bayramda bedava yolcu taşıyabilirler, ama özel otobüsler aynı şeyi yapamazlar, çünkü onların arkasında Hazine yoktur. Rekabetin önünde en büyük engellerden biri aynı sektörde kamu ve özel sektör şirketlerinin beraberce bulunmalarıdır.”¹⁴⁶

¹⁴³ ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167)

¹⁴⁴ Tan, kamu hizmeti anlayışına sahip ülkelerde kamu hizmeti kavramının, bazı hallerde rekabet hukuku mantığı ile bağdaşmadığını ileri sürmekte ve “*Rekabet hukukunun ekonomik aktörler arası ilişkilerin adil, eşit ve dengeli yürümesi ile ilgilenmesine karşın, idarenin kamu yararını gerektirdiğinde özel yararlar üstün tutması ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması nedeniyle ikisi arasında mantıksal bir zıtlık görünse de...*” diyerek kamu hizmeti kavramının, rekabet hukuku uygulaması açısından bir sorun kaynağı olabileceğine işaret etmektedir. Tan 2000, s.3

¹⁴⁵ Kurul, TÜRKŞEKER kararında söz konusu teşebbüsün “*faaliyetlerinin, kamu yararı gözetilerek, kanun ve kanun hükmünde kararname ile ve 4054 sayılı Kanun anlamında birer ‘teşebbüs’ olmayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından belirlenmekte olduğu*” şeklinde bir nitelendirmede bulunmuştur.

¹⁴⁶ KUMCU, E. (2008), Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.31-32

Bu ifadeye tamamen katılmamakla birlikte,¹⁴⁷ piyasalarda adil, sürekli ve sağlıklı bir rekabetin sağlanması açısından, ilgili pazarda kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüslerin birlikte bulunması, ister istemez o piyasa için birtakım sorunları da beraberinde getirecektir. Aynı piyasada faaliyet göstermesine rağmen kamu teşebbüslerinin, özel teşebbüslerin sahip olmadığı ve olamayacağı birtakım avantajları ya da yetkileri olması sonucunda piyasalarda arzu edilen rekabet ortamı zedelenebilecektir.¹⁴⁸ Böyle bir durumda rekabet, bizzat devlet tarafından bozulmaktadır.¹⁴⁹

Tüm bunlar kamu iktisadi teşebbüslerinin, kendileri ile aynı piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüslere göre ayrıcalıklı bir konumda olduğunu göstermektedir. Şüphesiz bu durum, teşebbüsler arası adil rekabet ve eşit uygulamaya gölge düşürmektedir. Pazarda faaliyet gösteren bir kısım işletmelerin, rekabet kurallarına tabi olması karşısında, aynı pazarda faaliyet gösteren diğer bir kısım teşebbüslerin, sadece kamu teşebbüsü olmaları nedeniyle rekabet kurallarının uygulama alanı dışında tutulmaları, devletin 4054 sayılı Kanunun uygulanması konusunda ayrımcı bir tutum içinde olması sonucunu doğurur.¹⁵⁰ Rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanması, devletin bütün

¹⁴⁷ Kumcu'nun bu ifadesi esasen eksiktir. Söz gelimi özel teşebbüslerin de bayramlarda bedava yolcu taşımaları mümkün olabilir. İdare ile imzalanan imtiyaz sözleşmesinde özel teşebbüslere bayramda bedava yolcu taşımak gibi bir yükümlülük getirilebilir. Böyle bir sözleşme hükmünün varlığı halinde özel teşebbüsler, "arkalarında" Hazine olmasa da, bedava yolcu taşımak zorunda kalabileceklerdir.

¹⁴⁸ Bu bağlamda piyasada özel teşebbüslerle birlikte faaliyet gösteren bir kamu teşebbüsünün aynı zamanda ilgili piyasayı düzenleyici bir rolünün de olması halinde, söz konusu piyasada düzgün bir rekabet ortamının olduğundan bahsetmek zorlaşacaktır. Böyle bir durumda söz konusu kamu teşebbüsü açısından "menfaat çatışması" (*conflict of interest*) gündeme gelebilecektir. Esasen bu duruma Kurul'un bir kararında da değinilmiş ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile pazarın yeniden yapılandırılmasından önce tütün ve alkol piyasalarında hem müteşebbis olarak faaliyet göstermesi, hem de bu piyasalarda fiyatın belirlenmesi, tütün tekeli kapsamındaki maddelerin fabrikaya giriş ve çıkış miktarını kontrol etmek gibi düzenleyici ve denetleyici yetkilere sahip olması sonucu, "TEKEL'in varlığı ve önemli ayrıcalıklara sahip olması sağlıklı ve serbest bir piyasa ortamının oluşmasına engel olabilmektedir. Düzenleyici görevlerle donatılan bir kuruluş, piyasada mal ve hizmet üreten teşebbüslerden bağımsız olmalıdır. Tekelci yetkilerle donatılmış bir kuruluşun aynı zamanda piyasayı düzenlemeye yetkili bir kuruluş olarak piyasada faaliyet göstermesi, sağlıklı bir rekabet ortamının oluşması ve gelişmesi açısından sakıncalıdır." denilerek, kamu teşebbüslerine tanınan bazı yetkilerin, ilgili piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler açısından olumsuz sonuçlarına işaret edilmiştir. Philip Morris ve JTI kararı (24.12.2002, 02-80/937-385)

¹⁴⁹ Aşçıoğlu Öz 2002, s.84

¹⁵⁰ Eğerci 2005, s.32

birimleri ile kendi koyduğu kurallara öncelikle kendisinin uymasının bir gereğidir.¹⁵¹

3.1.3.2. Çözüm Önerileri

3.1.3.2.1. 4054 sayılı Kanunla Uyumsuz Mevzuatın Düzeltilmesi

Kamu teşebbüslerinin karşılaştığı en önemli sorun, hükümetler tarafından hazırlanan kalkınma planları ve yıllık planlar, programlar ve bütçeler gibi çeşitli ekonomik gereklere veya kanun, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı gibi hukuki düzenlemelere uygun bir şekilde faaliyetlerini ayarlamak zorunda olmalarıdır. Bunun sonucunda kamu teşebbüsleri faaliyetlerinde özel teşebbüsler kadar serbest olamamaktadırlar. Hatta bazı durumlarda bunların, 4054 sayılı Kanun anlamında “bağımsız karar verebilme” imkanına dahi sahip olduğu söylenemez. Bu bağlamda kamu iktisadi teşebbüslerinin, özellikle Bakanlar Kurulu tarafından kendilerine görev verilmesi ve bu görevi yerine getirmek zorunda olmaları (233 sayılı KHK m.35/son), ürettikleri ürünlerin fiyatlarının Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi (233 sayılı KHK m.35/2) ve yatırım ve finansman programlarının Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilip onaylanması (233 sayılı KHK m.29) karşısında kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinde ne kadar bağımsız olabilecekleri şüphelidir.

Bu bağlamda Kanunun 3. maddesindeki teşebbüs tanımının değiştirilerek, “bağımsız karar verebilen” ibaresinin Kanundan çıkarılması akla gelmektedir.¹⁵² Zira kamu teşebbüsleri ile ilgili mevzuat hükümleri bu teşebbüslerin pek çok kritik konuda bağımsızca karar alabilmesine olanak tanımadığından,¹⁵³ bağımsız olmadıklarına dair bir savunmanın kabul edilmesi, rekabet ihllalarının önlenmesinde bir çözüm olmayacak sadece ilgili teşebbüsün cezalandırılmasını önleyebilecektir.

Ancak söz konusu ibarenin tanımdan çıkarılması halinde ise başka bir sorun ortaya çıkacak ve kamu teşebbüslerinin, kendisinin almadığı bir karardan ya da gerçekleştirmediği bir eylemden sorumlu tutulması söz konusu olacaktır. Kamu teşebbüsünün davranışlarının hiçbir serbestlik bırakmayacak şekilde kamu kuruluşları tarafından belirlendiği durumlarda, bu davranışlar nedeniyle kamu teşebbüsünün cezalandırılmasının söz konusu olmayacağı doktrinde ileri

¹⁵¹ Aşçıoğlu Öz 2000a, s.150

¹⁵² Selçuk, bağımsız karar verebilen ifadesinin basitçe ana şirket-yavru şirket arası ilişkiye referansta bulunan bir ifade” olduğunu; bunun kamu teşebbüslerine uygulanması durumunda Kurul açısından kimi zorluklar doğurabildiğini belirterek 4054 sayılı Kanunun teşebbüs tanımını, “*Türk Rekabet Hukukuna mahsus bir çarpıklık*” olarak nitelendirmiştir. Selçuk 2004, s.84-85

¹⁵³ Ege 2002, s.15

sürülmektedir.¹⁵⁴ Böyle bir durumda, kamusal yetki kullanılarak yapılan davranışların 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında olması sonucu, kararı alan ya da eylemi gerçekleştiren kamu kuruluşuna karşı müdahale imkanı da olmayacaktır.

AT rekabet hukuku uygulamasına baktığımızda, ATAD bir kararında¹⁵⁵ rekabeti sınırlayıcı davranışların yasa ile emredildikleri ve teşebbüsler açısından rekabetçi bir davranışta bulunma ihtimalini ortadan kaldırdığı durumlarda Roma Anlaşması'nın 81. ve 82. maddelerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Ancak bu hallerde 86. madde devreye girerek; kamu teşebbüslerine olmasa da üye devletlere anlaşmayı ihlalden dolayı ceza verilebilecektir.¹⁵⁶ Ayrıca bu durumda Komisyon ihlale neden olan düzenlemeyi, Anlaşmaya aykırı olarak yürürlükte tutan üye devlet aleyhine ATAD nezdinde ihlal davası açmaktadır.¹⁵⁷

Türk hukukunda ise Roma Anlaşması'nın 86. maddesi gibi bir madde bulunmamaktadır. Ancak böyle bir maddenin bulunması halinde dahi, kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışlarının önlenmesi pratikte mümkün olmayacaktır. Zira rekabet kurallarının uygulanmasının, kamu teşebbüslerinin faaliyetlerini yerine getirmesine hukuki veya fiili engel teşkil etmesi halinde, söz konusu teşebbüslere bu kuralların uygulanmaması imkanı, rekabet ihlallerini önlemede bir çözüm olmayacak, sadece ilgili teşebbüsün cezalandırılmasını önleyebilecektir.

Tüm bu gerçekler karşısında, kanımızca kamu teşebbüslerinin rekabet ihlallerinin önlenmesinde en etkin çözüm olarak, 4054 sayılı Kanun ile uyumsuz mevzuatın değiştirilmesi gösterilebilir. Bu sayede teşebbüs tanımının neden olduğu güçlükler ve kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemediği haller en aza indirilerek, kamu teşebbüslerinin rekabet ihlalleri engellenebilecek ve özel teşebbüsler ile adil ve dengeli bir rekabet ortamı tesis olacaktır. Dolayısıyla Kurul'un, rekabet ihlalleri dolayısıyla kamu teşebbüslerine yaptırım uygulamamasını eleştirmek yerine mevzuatta değişiklik yapılması isabetli olacaktır.

¹⁵⁴ Eğerci 2005, s.40. Ancak yazara göre kamu teşebbüsü, davranışlarını belirlemede az da olsa bir özgürlüğe sahip ise, bu durumda rekabeti bozucu davranışları 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmelidir. Eğerci 2005, s.41

¹⁵⁵ *Joined Cases Commission and France v. Ladbroke Racing C-359/95 [1997] ECR I-6265, Altair Chimica SpA and ENEL Distribuzione SpA C-207/01 [2003]*

¹⁵⁶ Esasen Roma Antlaşması'nın 86. maddesi teşebbüslerden çok üye devletlere hitap eden ve doğrudan uygulanma özelliğine sahip bir hükümdür. Sierra 1999, s.131

¹⁵⁷ Köksal 2002, s.145

3.1.3.2.2. Özelleştirme Uygulamaları

9. Kalkınma Planı'nda¹⁵⁸ “Devletin ticari mal ve hizmetlerin üretiminden çekilerek; politika oluşturan, düzenleme ve denetleme işlevlerinin güçlendirilmesi esas olacaktır” hedefine yer verilmiştir. Böylece kamu teşebbüslerinin gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışların etkin olarak önüne geçebilmek hatta bu davranışları tamamen sona erdirebilmek için, kamu iktisadi teşebbüslerinin varlıklarının azaltılması ima edilmektedir.¹⁵⁹ Burada işletmeci devletten, düzenleyici devlete bir geçiş hedeflenerek, 24 Ocak 1980'den itibaren benimsenmeye başlanan serbest piyasa ekonomisinin gereği yerine getirilmek istenmiştir.

Gerek dünyada, gerekse Türkiye'de kamu iktisadi teşebbüslerinin ekonomik hayattaki rolü azalma eğilimindedir.¹⁶⁰ Özel teşebbüs faaliyetlerinin artması ve genişlemesiyle birlikte kamu teşebbüslerine olan talebin ve desteğin azalması sonucu, yeni kamu iktisadi teşebbüslerinin kurulması özellikle son on yılda bir hayli azalmış ve mevcut kamu iktisadi teşebbüsleri için de özelleştirme uygulamaları başlamıştır.¹⁶¹

Rekabet kurallarının ekonomide fırsat eşitliğini ve kaynakların etkin dağılımını hedeflemesi karşısında; rekabeti bozucu, özel teşebbüsler ile eşit şartlarda olmayan, serbest piyasa ekonomisine aykırı olan uygulamaların terk edilmesi için kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilerek, özel teşebbüslerin faaliyet gösterdiği mal veya hizmet piyasalarından çekilmesi, soruna kesin bir çözüm bulmak açısından değerlendirilebilir bir çözümdür.

¹⁵⁸ 01.07.2006 tarihli ve 26215 sayılı Resmi Gazete (RG)

¹⁵⁹ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) “*Competition Law and Policy In Turkey*” adlı raporunda da, benzer şekilde, Türkiye'nin kamu iktisadi teşebbüslerini özelleştirmesi veya daha sıkı bir kontrol altına alması ve devlet tekellerini sona erdirmesi tavsiye edilmiştir. OECD (2005), *Competition Law and Policy In Turkey*, OECD, Paris. Kaynak: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/7/34645128.pdf> Erişim Tarihi: 18.03.2009

¹⁶⁰ İlk defa İngiltere'de Thatcher hükümeti döneminde başlayan ve 1984 yılında *British Telecom* ile dönüm noktasını yaşayan özelleştirme uygulamaları, aynı yıl içerisinde Türkiye için de 1984 tarihli 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun ile kamu iktisadi teşebbüslerindeki devlete ait hisselerin hisse senedi çıkarma, işletme hakkı verilme ve gelir ortaklığı senedi düzenlenmesi suretiyle başlamıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. ATİYAS, İ. ve ODER, B. (2004), *Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*, TEPAV Yayınları, Ankara, s.1 v.d.

¹⁶¹ İktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının özellikle ürettikleri mal ve hizmetlerin tekel niteliğinde olup olmamasına göre birbirlerinden farklı niteliklere sahip olduklarından dolayı özelleştirme yöntemlerinin de farklı olması gerektiğine dair bir görüş için bkz. ARDIYOK, Ş. (2001), *Türk Telekom A.Ş.'nin Özelleştirilmesi: Sektörde Doğum Sancıları*, Rekabet Dergisi Sayı:5, Ankara, s.48.

3.2. Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları

Kamu teşebbüslerinin; ekonomik alanda işletmeci olarak faaliyet göstermek üzere kurulmaları, faaliyetlerinin “teşebbüs faaliyeti” olması ve esasen kamu iktisadi teşebbüsü ve belediye iktisadi teşebbüsü olmak üzere iki farklı türde olmaları sonucu, 4054 sayılı Kanun karşısında teşebbüs olarak nitelendirilmelerinde genellikle bir duraksama yaşanmamaktadır. Ancak kamu kuruluşları açısından durum o kadar basit değildir.

Gerek merkezi ya da yerel idare olsun, gerekse de kamu kurumları olsun, kamu kuruluşları birbirinden çok farklı konumlarda bulunmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, gerçekleştirdikleri işlemlerin niteliği de değişiklik gösterecektir. Örneğin, kamusal yetki kullanılarak yapılan bir işlem ile herhangi bir kamusal yetki kullanılmaksızın yapılan bir işlem, rekabet hukuku uygulaması açısından farklı sonuçlar doğuracaktır. Kamusal yetkiye dayanılarak yapılan işlemler (örneğin kamulaştırma), ekonomik sonuçlara sahip olsa da, işlemi gerçekleştiren kamu kuruluşuna teşebbüs niteliği kazandırmaz.¹⁶²

Şüphesiz, bir kamu kuruluşunun yaptığı işlem veya gerçekleştirdiği faaliyete bakılarak, teşebbüs veya teşebbüs birliği niteliğine sahip olup olmadığı, Rekabet Kurulu tarafından somut olayda incelenecek ve teşebbüs (veya teşebbüs birliği) olmadığına karar verildiği zaman, rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirmiş olsa bile ilgili kamu kuruluşunun herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Zira 4054 sayılı Kanun’un 4. 6. ve 7. maddelerinde hep “teşebbüs” ibaresi kullanılmakta olduğundan, ilgili kamu kuruluşu eğer teşebbüs kabul edilmemiş ise bu maddeler uygulama alanı bulamayacaktır.

AT hukuku bakımından da benzer şeyler söylenebilir. Kamu işletmeleri, Roma Antlaşması’nın 81. maddesi anlamında teşebbüs sayılmakta iken, tüzel kişi olarak devletin yerel idarelerin ve kamu kurum niteliğinde benzer kuruluşların, 81. madde anlamında teşebbüs sayılıp sayılmayacağı konusu, uygulamada ve öğretide tartışılmaktadır.¹⁶³

¹⁶² Bir görüşe göre yukarıdaki gibi bir sınıflandırmaya tabi tutulan kamu kuruluşlarının, her birinin gerçekleştirdiği faaliyetlerin niteliğinin olay bazında incelenerek, ekonomik faaliyet olarak kabulü halinde teşebbüs niteliğinde kabul edilmeleri mümkün olacaktır. 4054 sayılı Kanundaki tanıma göre, hukuki statüleri ne olursa olsun bu kuruluşların da teşebbüs olarak kabul edilmeleri imkanı bulunmaktadır. Güzel 2003, s.55 Bu görüşün kabulü ile birlikte örneğin kamu teşebbüslerinin ürettiği mal veya hizmetlerin fiyatı, kalitesi veya miktarı gibi ekonomik parametrelerin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi işleminin, bir ekonomik faaliyet mi olacağı yoksa kamusal yetkiye dayalı bir faaliyet mi olacağı sorusu bir hayli önem kazanacaktır.

¹⁶³ Aşçıoğlu Öz, 2000a s.68. Köksal ise devletin, düzenleyici olarak faaliyet gösterdiği zaman da rekabeti kısıtlayabilmekte olduğunu ifade ettikten sonra, bu açıdan AT rekabet sisteminin kendine özgü yanlarından birinin, rekabet kurallarının sadece kamu teşebbüslerine değil,

Merkezi idare ve yerel idareler ile kamu kurumları, kamu teşebbüsleri gibi tek bir türde olmadıkları için, rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirdikleri takdirde, Kurul'un bunları nasıl değerlendireceği farklılaşacağından, ayrıca rekabeti bozucu etkiye sahip işlemin ve bu işlemi yapan kamu kuruluşunun hukuki niteliği de bu sonuca etki edeceğinden, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarının ayrı ayrı incelenmeleri gerekmektedir.

3.2.1. Merkezi İdarenin Rekabeti Bozucu Davranışları

Ekonomik alanda faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri ile ilgili düzenleme yapma, politika belirleme, ürettikleri ürünleri fiyatlandırma gibi rekabet ihlali yaratacak davranışlara ek olarak; doğrudan rekabet ihlali yaratmayan, ancak özel teşebbüsler karşısında eşitliği bozabilecek nitelikte olan, örneğin teşebbüs yöneticilerini atama veya görevden alma, talimat ve görev verme, bazı kararlarını onama gibi, uygulamalar sonucu rekabetin merkezi idare tarafından bozulması gündeme gelebilecektir.

Merkezi idareye dahil kamu kuruluşları arasında, teşebbüsler arası rekabeti bozucu davranış gerçekleştirme potansiyeli en fazla olan Bakanlar Kurulu ile bakanlıklar olmaktadır. Zira Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı kararnamelemler ile doğrudan ekonomik hayata müdahale edebilmesi ve Bakanlıkların da kendilerine bağlı kamu teşebbüsleriyle ilgili birtakım düzenlemeler yapabilmesi sonucu, rekabetin bozulması söz konusu olabilmektedir.

Bakanlar Kurulu ve bakanlıkların yaptıkları düzenlemeler veya aldıkları kararlarla, kamu teşebbüsleriyle birlikte aynı piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler dezavantajlı konuma gelebilmektedir. Örneğin Bakanlığın, gerçekleştireceği bir ihalenin şartlarına ilişkin bir düzenlemesi sonucu, buna uyum göstermek amacıyla özel teşebbüslerin gerçekleştirecekleri davranışlar 4054 sayılı Kanuna aykırı olabilir.¹⁶⁴ Buna ek olarak, 233 sayılı KHK'nın 35. maddesinin verdiği yetki ile bir kamu teşebbüsünün ürettiği bir mal veya hizmetin fiyatını, piyasada arz ve talep dengesinin sağlandığı fiyatın marjinal maliyetlere eşit olduğu denge noktasının altında belirlenmesi mümkündür.¹⁶⁵

Benzer şekilde, merkezi idarenin gerçekleştirdiği devlet yardımları (sübvansiyonlar) da uygulamada özel teşebbüsler ile kamu teşebbüsleri arasında

düzenleyici görevini ifa eden devlete de uygulanabilmesi olduğunu vurgulayarak, kamu kuruluşlarının bazı hallerde teşebbüs sayılması gerektiğini belirtmektedir. Köksal 2002, s.5.

¹⁶⁴ Süt kararı (19.01.2004, 04-05/54-15)

¹⁶⁵ Yukarıda değinilen "*Rekabet Kulları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi*" adlı çalışmada, 233 sayılı KHK'nın 35. maddesinin bu gerekçe yüzünden rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürülmüştür. s.65

rekabeti bozabilmektedir. Hatta devlet yardımlarıyla sadece özel teşebbüsler arasındaki rekabet dahi, serbest piyasa ekonomisinin temel mantığına aykırı olarak bozulabilmektedir. Devlet kimi sektörleri veya belli bölgedeki teşebbüsleri teşvik, vergi politikası gibi araçlarla kayırmak suretiyle, rakip teşebbüsler aleyhine rekabet şartlarını bozabilir.¹⁶⁶

3.2.1.1. TÜRKŞEKER Kararı

Rekabet Kurulu'nun 13.08.1998 tarih ve 78/603-113 sayılı kararında Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin (TÜRKŞEKER) şekerpancarı alış fiyatını ve şeker satış fiyatını maliyetin altında belirlediği, rakiplerini zor durumda bırakarak piyasa dışına itmeye çalıştığı ve hakim durumunu kötüye kullandığı iddiaları incelenmiştir.

Kararda TÜRKŞEKER'in bir iktisadi devlet teşekkülü olduğu, -ticari sır nedeniyle açıklanmayan- pazar payı ve "kanunen sahip olduğu münhasır hakları" nedeniyle ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu kabul edilmekle beraber, fiyatları serbestçe belirleyemediği vurgulanmıştır. Ancak, her ne kadar şekerpancarı alış fiyatını ve şeker satış fiyatını maliyetinin altında belirleyerek rekabeti ihlali gerçekleştirme ihtimali olsa da, Kurul'un ifadesiyle fiyatlarını "serbestçe belirleyememekte olduğu" için, TÜRKŞEKER hakkında rekabet hukuku kuralları uygulanmamıştır.

TÜRKŞEKER hakkında 6. maddeye aykırı davranışın bulunup bulunmadığı açısından herhangi bir önaraştırma yapılmasına gerek olmadığına karar verilirken "şirketin bu faaliyetlerinin, kamu yararı gözetilerek, kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile ve 4054 sayılı Kanun anlamında birer "teşebbüs" olmayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından belirlenmekte olduğu" gerekçe gösterilmiştir.¹⁶⁷ Buna göre TÜRKŞEKER'in kullandığı şekerin hammaddesi olan şekerpancarının alım ve satım fiyatlarını Başbakanlık ve bakanlıklar belirleyecek, bu fiyatlar piyasa denge noktasındaki fiyatın altında ya

¹⁶⁶ Topçuoğlu 2001, s.44

¹⁶⁷ Kurul başka kararlarında da, merkezi idareye dahil bazı kamu kuruluşlarını benzer şekilde teşebbüs saymamıştır: Data Teknik (Kamu İhalesi) kararında şikâyet konusu olayda rekabeti bozucu davranış gerçekleştirdikleri iddia edilen İçişleri Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı teşebbüs olarak kabul edilmemişlerdir. (03.12.1997, 41/269-19) Kurul'un, özel sürücü kurslarının asgari ücretlerinin Milli Eğitim Bakanlığı tarafından tespit edilmesiyle ilgili rekabeti bozucu davranış iddiasıyla önüne gelen diğer bir olayda ise Milli Eğitim Bakanlığı'nın teşebbüs olmadığı ifade edilmiştir. (27.05.2003, 03-35/416-182) Bu kararda, kurs ücretlerinin 625 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu ve Motorlu Taşıt Sürücüleri Kursu Yönetmeliği hükümleri uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlendiği belirtildikten sonra, bu nedenle "soruşturma açılmasına gerek olmadığına" kanaat getirilerek, ilgili kamu kuruluşuna 4054 sayılı Kanununun 27. maddesinin (g) bendine göre görüş bildirilmekle yetinilmiştir.

da çok üstünde, neredeyse tekelci fiyat seviyesinde olsa dahi, teşebbüs niteliğini hazi olmayan söz konusu kamu kuruluşları hakkında 4054 sayılı Kanuna göre herhangi bir işlem yapılamayacaktır.

Kararı eleştiren Köksal'a göre burada, TÜRKŞEKER nezdinde devletin uyguladığı politikaların ve mevcut hukuki düzenlemelerin rekabeti bozması söz konusudur. Her ne kadar TÜRKŞEKER'in faaliyeti, kendisi tarafından serbestçe tayin edilemese ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin kapsamına girmese de, yapılan uygulamalar şikâyet eden üç özel şeker firmasını zarara uğratabilmekte ve piyasadaki rekabeti sınırlandırabilmektedir.¹⁶⁸ Böylece rekabeti bozucu bir davranışın gerçekleşmesine rağmen, ne bu davranışı gerçekleştiren kamu teşebbüsü, ne de bu davranışa yol açan merkezi idareye dahil birer kamu kuruluşu olan Başbakanlık ve Bakanlıklar hakkında yaptırım uygulanamamıştır.

Aslan ise, bu olayda olduğu gibi, kanun ve kararnamelerle bir kamu teşebbüsünün pazar davranışlarının hiçbir serbestlik bırakılmayacak şekilde devlet veya hükümet tarafından belirlendiği hallerde, bu davranış nedeniyle o kamu teşebbüsün cezalandırılmasının söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Yazar bu konuda AT hukukunda uygulanan kıstasa da değinmiş ve kamu teşebbüslerinin, hükümetin emirleriyle bir işlemi yapıp yapmama konusunda tüm özgürlüğünü yitirdiği taktirde Roma Antlaşması'nın 81. maddesi kapsamına girmediğini belirterek görüşünü desteklemiştir.¹⁶⁹

3.2.1.2. TÜPRAŞ Kararı

Rekabet Kurulu'nun 02-24/244-99 sayılı kararında Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin (TÜPRAŞ), Petrol Ofisi A.Ş. müşterilerine doğrudan veya rafineri çıkış fiyatının altında satış yapmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir.¹⁷⁰

Kararda TÜPRAŞ'ın bir kamu iktisadi teşebbüsü olduğu, Kanunda "*kamu ya da özel teşebbüs ayrımı yapılmaması nedeniyle*" 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs olduğu ve rafinaj pazarında hakim durumda bulunduğu

¹⁶⁸ Köksal 2002, s.160.

¹⁶⁹ Aslan 2005, s.73.

¹⁷⁰ 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre "*... kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları... ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca üretilen mal ve hizmet bedellerinde işletmecilik gereği yapılması gereken ticari indirimler hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaz.*" TÜPRAŞ'ın, Petrol Ofisi A.Ş.'ye rafineri çıkış fiyatının altında satış yapmasının, 4736 sayılı Kanun uyarınca bir kuruma uygulanan 'indirimli tarife' olabilmesi ihtimali karşısında, incelenmesi gerekmektedir. Kararda ise buna yönelik herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır.

ifade edilmiştir. Hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası hakkında ise Kurul, TÜPRAŞ'ın “*Batman Rafinerisi'nden yaptığı fuel oil satışlarında ve Kırıkkale Rafinerisi'nden yaptığı nafta satışlarında, nihai tüketicilere dağıtım firmalarından daha düşük fiyat uygulamasının, ...rekabete daha açık olan liman bölgelerine bu imkanın bulunmadığı bölgelere göre daha düşük fiyatla satış yapmasının esas itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında olduğu*”nu ifade etmiştir.

Ancak Kurul, takip eden cümlede “*şikâyete konu olan dönemde yapılmış olan uygulamaların LPG'ye uygulanan sübvansiyondan ve sınır ticaretinin yarattığı istisnai piyasa şartlarından kaynaklandığı kanaati ile söz konusu faaliyetlerin ‘hakim durumun kötüye kullanılması’ olarak değerlendirilemeyeceğine*” karar vermiş ve TÜPRAŞ hakkında soruşturma açmamıştır. Karara karşı oy yazan bir üye¹⁷¹ ise, 6. maddeye giren bir ihlalin varlığı saptanmışken “*sınır ticareti ile LPG'ye uygulanan sübvansiyonların pazar yapısında belirsizliğe ve dengesizliğe yol açtığı, dolayısıyla üretim planlamasında oluşan sıkıntıları aşmak amacıyla belirtilen faaliyetlerin yapıldığı ve bu gerekçelerin haklı ve kabul edilebilir olması*” gibi soyut bir gerekçeye dayanılarak soruşturma açılmamasını eleştirmiştir.

Bu kararda rekabet ihlalinin varlığına rağmen, devlet yardımları (sübvansiyon) gibi bir gerekçe ile TÜPRAŞ hakkında soruşturma açılmamıştır. Kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilen ve rekabet hukuku ve politikası üzerinde olumsuz etkileri olan devlet yardımlarına, çalışmanın kapsamına girdiği ölçüde, değinmek kanımızca isabetlidir.

Devlet yardımları, en basit tanımıyla, devletin kamu teşebbüslerine veya özel teşebbüslere çeşitli yöntemlerle, maddi yönden bir katkı sağlayacak şekilde avantajlar sunmasıdır. Sadece belli bölgeleri kapsayan teşvikler olduğu kadar, yöresel ve bölgesel bir ayırım içermeyen, ülkenin tümünde uygulanabilen teşvikler de bulunmaktadır. Esas itibarıyla korumacı bir politikanın ürünü olan devlet yardımları; genel olarak bir teşebbüsün yeniden yapılandırılması, mali açıdan zor durumdaki bir teşebbüsün durumunun iyileştirilmesi, işlem maliyetlerinin ödenmesinde katkıda bulunulması gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir.¹⁷²

AT hukukunda¹⁷³ Roma Antlaşması'nın “*Üye Devletler Tarafından Verilen Yardımlar*” (*Aids Granted by States*) bölüm başlıklı 87. ve 88. maddeleri

¹⁷¹ Kurul üyesi Murat Gencer karara muhalif kalmıştır.

¹⁷² Craig ve De Burca 2003, s.1138

¹⁷³ AT Hukukunda devlet yardımlarının denetimi hakkında bilgi için bkz. ÇETİNKAYA, M. ve AYGÜN, E. (2006), Avrupa Birliği'nde Vergi Aracı Kullanılarak Yapılan Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Dergisi Sayı:26, Ankara; GÜNGÖRDÜ, A. (2006), AB'de Devlet

üye devletler tarafından yapılan devlet yardımlarına ayrılmış ve Komisyon'un denetimine tabi tutulmuştur. Türkiye'de ise ne 4054 sayılı Kanunda devlet yardımlarına ilişkin hiçbir hüküm yer almakta,¹⁷⁴ ne de devlet yardımlarını düzenleyecek ve denetleyecek bir kamu kuruluşu bulunmaktadır.^{175 176}

Türkiye'de devlet yardımları birer teşvik olarak, yatırım indirimi, gümrük muafiyeti, enerji desteği, katma değer vergisi ve benzeri vergi, resim ve harç istisnası, Ar-Ge yatırımlarının desteklenmesi, KOBİ'lerin hizmet ve altyapı yatırımlarının desteklenmesi vb. amaçlarla gerçekleştirilmektedir. Temel olarak, Türkiye'de devlet yardımlarından sorumlu olan kamu kuruluşları merkez idareye dahil olan Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı ile Türkiye İhracat ve Kredi Bankası (Eximbank)'dır.¹⁷⁷ Yerli ve yabancı yatırımlara devlet yardımları

Yardımlarının Kontrolü, De Minimis Kuralının Uygulanması ve KOBİ Grup Muafiyet Tüzüğü'nün Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi Sayı:27, Ankara.

¹⁷⁴ Mevzuat olan Roma Antlaşması'nda devlet yardımları rekabete ilişkin hükümler arasında ele alınmışken, 4054 sayılı Kanunda devlet yardımlarına ilişkin hiçbir maddenin bulunmaması ilginçtir. Kanımızca üye devletlerden oluşması sonucu, tek pazar entegrasyonuna dayalı bir rekabet politikası izleyen Toplulukta, üye devletlerin farklı uygulamaları ile Topluluk düzeyinde rekabeti bozmalarının önüne geçebilmek ve devlet yardımlarını her üye devlet için belli koşullara bağlamak üzere Topluluğunun kurucu antlaşması olan Roma Antlaşması'na devlet yardımlarıyla ilgili maddeler dercedilmiştir. Böylece Komisyon üye devletlerin gerçekleştirdiği devlet yardımlarının rekabet kurallarına uygun olup olmadığını denetleyebilmektedir. Türkiye'de ise tek pazar entegrasyonu gibi bir amacın bulunmaması ve düzenlemelerin ulusal düzeyde kalması karşısında, devlet yardımları 4054 sayılı Kanuna alınmamıştır. Benzer şekilde Sanlı'ya göre devlete yönelik rekabet kurallarının ulusal düzenlemelerde ele alınması anlamsız olup, bu tip bir düzenleme ancak AT hukuku gibi ulus üstü (*supranational*) hukuk düzenlerinde bir anlam ifade eder. Sanlı 2000, s.55, dn.126. (Ulus üstü nitelik hakkında bkz. Sierra 1999, s.145; Faull ve Nikpay 2007, s.625)

¹⁷⁵ OECD'nin "*Competition Policy and Law In Turkey*" adlı raporunda da bu duruma işaret edilmiş ve Türkiye'nin rekabeti bozucu devlet yardımlarını düzenleyecek bir mekanizma kurarak bir an önce 1/95 sayılı Ortaklar Konseyi Kararı uyarınca Gümrük Birliği'ne karşı taahhüt ettiği yükümlülükleri yerine getirmesi gereği ifade edilmektedir. OECD 2005, s.4.

¹⁷⁶ Rekabet perspektifinden ele alınması gereken bu görevin esasen mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşup gelişmesi için kurulan ve konuya ilişkin tecrübe ve bilgi birikimine sahip olan Rekabet Kurumu tarafından yerine getirilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir. KÖKSAL, T. (2001), "Avrupa Birliği Tam Üyelik Sürecinde Türkiye'de Devlet Yardımlarının Hukuki Çerçevesi", Rekabet Dergisi, Sayı:7, Ankara, s.25. Ancak bu görevin "Devlet Yardımları İzleme ve Denetleme Kurumu" adı altında düzenleyici otorite kurulmak suretiyle yerine getirilmesine ve bu konu hakkında hazırlanan kanun teklifi ve tasarılar hakkında bilgi için bkz. ÖZKARABÜBER, M.M. (2003), Avrupa Birliği ve Türkiye'de Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:47, Ankara s.62 v.d.

¹⁷⁷ Köksal 2001, s.17. Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, merkezi idare içerisinde yer alan Başbakanlığın birer "bağlı kuruluşu" iken, Türkiye İhracat ve Kredi Bankası ise Başbakanlığın "ilgili kuruluşu"dur. Bu terimler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Gözübüyük ve Tan 2004, s.196 v.d.; Gözler 2007, s.127 v.d.

Hazine Müsteşarlığı tarafından; ihracat desteği olarak yapılan devlet yardımları Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından; ihracat kredisi ve sigortası uygulamaları olarak yapılan devlet yardımları ise Türkiye İhracat ve Kredi Bankası tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁷⁸ Ayrıca yatırım teşviki olarak KOBİ'lere, bir kamu bankası olan Halk Bankası tarafından ucuz kredi verilmektedir.¹⁷⁹

Uygulanan devlet yardımları, hedefledikleri ekonomik, sosyal, siyasi amaçlara ulaşmada kısmen başarılı olsalar da, kaynakların yüksek maliyetli ve verimsiz endüstrilere aktarılmasına neden olmakta ve bunun sonucunda da piyasalarda rekabetin bozulmasına yol açabilerek tüketici refahını olumsuz etkilemektedir.¹⁸⁰ Devlet yardımından yararlanan teşebbüs, yararlanmayana göre bir avantaj kazanmakta, böylece eşit rekabet koşulları ihlal edilebilmektedir. Bu nedenle devlet yardımları, devletin piyasaların işleyişine müdahale ederek gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışlarına bir örnek teşkil etmektedir.¹⁸¹

TÜPRAŞ kararında, devlet yardımlarının varlığı halinde, bundan yararlanan kamu teşebbüsü hakkında rekabet hukuku kurallarının uygulanamayacağına karar verilmiştir.¹⁸² Rekabeti bozucu nitelik taşıyan devlet yardımlarının engellenmesi veya engellenemiyorsa da, belli bir denetime tabi tutulması, merkezi idarenin bu suretle rekabeti bozucu davranışlar

¹⁷⁸ Köksal 2001, s.10-11.

¹⁷⁹ Özkarabüber 2003, s.55.

¹⁸⁰ Köksal 2001, s.5

¹⁸¹ Çakal, devlet yardımlarının, piyasalarda beraber faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler arasındaki rekabeti nasıl bozduğunu şu sözler ile ifade ederek serbest, adil ve etkin rekabet açısından, devlet yardımlarının tehlikesine işaret etmiştir: "Hükümetler KİT'leri vergiler ile destekleyerek özel sektördeki rakipleri karşısında kayırmışlar... KİT'lere sübvansiyon, ucuz kredi, kredi garantisi, vergide fon istisnası sağlamışlar, KİT'leri ödenmemiş vergi ve diğer borçları için cezalandırmamışlardır. Kamu ihalelerinde KİT'leri tercih etmişler ve KİT'lerin kamu ve özel tedarik kaynaklarına büyük ölçekte borçlanmasına izin vermişlerdir. Aynı zamanda KİT'lere çoğu kez sübvansiyon ihtiyacını artıran istihdam yaratma ve bölgesel kalkınma gibi ticari olmayan görevler vermişlerdir. KİT'ler... hükümetleri rekabeti daha çok kısımaya ve engellemeye zorlamışlardır." ÇAKAL, R. (1996), Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları No: 2455, Ankara, s.20-21.

¹⁸² Kurul, başka bir kararında "şikâyet konusu olayın bir devlet yardımı uygulaması olması nedeniyle, değerlendirme yapılırken öncelikle konunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığı belirlenmesi gerekir... Karar merciinin Bakanlar Kurulu olması, kararın yürütülmesinde ise Hazine ve Denizcilik Müsteşarlıklarının ilgili idareler olarak görevlendirildiği... bu nedenlerle, Bakanlar Kurulu kararının uygulanması ile görevlendirilen kurumların işlemlerinin teşebbüsler arası işlem olarak değerlendirilemeyeceği... anlaşılmaktadır." diyerek devlet yardımlarının idari bir kararla verildiğini, bu nedenle Kanun kapsamında olmadığını belirtmiştir. Türkiye Sınai Kalkınma Bankası kararı (29.05.2001, 01-25/241-63)

gerçekleştirmesini azaltacaktır. Kanımızca belli bir düzene ve denetlemeye tabi tutulmaksızın devlet yardımlarının sürdürülmesi, rekabet hukuku uygulamasını aksatacaktır.

3.2.2. Yerel İdarelerin Rekabeti Bozucu Davranışları

Yerel idareler, halkın ortak yerel ihtiyaçlarını karşılamak için kendilerine bağlı iktisadi teşebbüsler kurabileceği gibi, bizzat kendileri de doğrudan hizmet sağlamak suretiyle faaliyet gösterebileceklerdir. Ancak ilgili mal veya hizmet piyasasında bizzat faaliyet gösteren yerel idareler, rekabet hukuku kurallarına aykırı davranışlar içine girdiği takdirde rekabet hukuku uygulaması açısından birtakım sorunlar doğacaktır.

Bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren yerel idarelerin, fiyatın belirlenmesi gibi bu mal veya hizmetin sağlanmasıyla ilgili alacağı kararlar, ekonomik faaliyetten çok bir idari işlem niteliğinde olarak kamusal yetki kullanarak yaptığı bir işlemin sonuçlarını doğuracaktır. Söz konusu işlemin rekabeti bozucu bir sonuç doğurması halinde, Kurul'un önüne gelen olayda, o işlemi yapan yerel idarenin 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınması konusunda ise bir duraksama yaşanabilecektir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Kurul kararlarına yansıyan rekabeti bozucu davranışları gerçekleştiren yerel idareler arasında belediyeler ve büyükşehir belediyeleri başta gelmekte, il özel idaresi ile köy idaresi hakkında ise Kurul kararına rastlanılmamaktadır.

3.2.2.1. Ayvalık Belediyesi Kararı

Rekabet Kurulu'nun 14.09.2006 tarih ve 06-63/856-246 sayılı kararında Ayvalık Belediyesi'nin, Ayvalık beldesi sınırları içerisinde özel teşebbüsler tarafından verilen tekne turu hizmetlerinin kişi başı ücretlerini belirlediği iddiası incelenmiştir..

Olayda Ayvalık Belediyesi, tekne turu hizmetlerinin "*standartlarının yükselmesi*" gerekçesiyle bir belediye meclisi kararı ile söz konusu hizmetler için teşebbüslerin uygulayacağı fiyatı belirlemiştir. Buna ek olarak, gelecekte fiyat düzenlemelerinin daha iyi şekilde gerçekleştirilebilmesi amacıyla tekne turu hizmeti veren teşebbüslerin "Patrica Tur S.S. Ayvalık Deniz Motorlu Taşıyıcıları Kooperatifi" adı altında kooperatif şeklinde bir örgütlenmeye girdikleri de kararda ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu, kararında tekne turu hizmet ücretlerinin, bizzat bu hizmetleri veren teşebbüsler tarafından değil, Ayvalık Belediyesi Meclisi'nin bir kararı ile belirlendiğini ifade etmiş ve söz konusu yerel idare hakkında soruşturma

açmamıştır. Kurul, bu kararın 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu ve aykırılığın giderilmesini için gerekli işlemlerin yapılması yönünde 4054 sayılı Kanunun 27. maddesi (g) bendi uyarınca Ayvalık Belediye Başkanlığı ve Ayvalık Kaymakamlığı'na görüş bildirmiştir.

Tekne turu hizmeti veren özel teşebbüslerin aralarında böyle bir fiyat belirlemesi halinde durumun büyük olasılıkla 4. maddeye aykırı olacağı açıkken,¹⁸³ aynı davranışın bir belediye tarafından gerçekleştirilmesi halinde, belediyenin teşebbüs olmaması sonucu, Kanun kapsamı dışında kalması eşit olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Dolayısıyla, bu karardan çıkarabilecek bir sonuç olarak, kamusal yetki kullanılarak yapılan işlemlerin rekabeti bozucu etki doğurması durumunda, 4054 sayılı Kanun karşısında Kurul'un bu duruma yaklaşımı, haklı olarak, ilgili kamu kuruluşuna rekabet ihlaline son verilmesi hususunda 27. maddenin (g) bendi uyarınca görüş bildirmektir.

3.2.2.2. Bakacakadı Belediyesi Kararı

Rekabet Kurulu'nun 12.06.2008 tarih ve 08-39/511-187 sayılı kararında, aldığı bir belediye meclisi kararıyla Bakacakadı Belediyesi'nin, Bakacakadı beldesi (Zonguldak) sınırları dışında üretilen ekmeğin, Bakacakadı beldesinde satışını engellediği iddası incelenmiştir.

Kararda, ekmeğin satışına ilişkin yasaklamamanın civar bazı yerel belediyeler tarafından da uygulandığı, bu nedenle Bakacakadı Beldesinde de bu tür bir uygulamanın yapıldığı iddia edilmiş ve bu durum Kurul tarafından da doğrulanmıştır. Bu gerekçeyle, söz konusu belediye de belde sınırlarında faaliyet göstermek isteyen teşebbüsler için piyasa giriş engeli yaratan bir idari işlem gerçekleştirmiştir.

Kurul, kararda 5393 sayılı Belediye Kanunu'nu değerlendirerek, söz konusu belediyenin bu şekildeki bir işlemi yapmak için yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırmıştır. "...görev ve yetkiler incelendiğinde, belediye sınırları dışından ekmeğin tedarik edilmesini önleme uygulamasına kaynaklık edecek bir hüküm bulunmadığı görülmektedir." diyen Kurul, belediyenin böyle

¹⁸³ 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde örnek niteliğinde sayılan bendlerin hiçbirinde yer almamasına rağmen, teşebbüslerin bir araya gelerek fiyat tespitinde bulunması, bu tespit amacına ulaşmamış olsa dahi, "per se" adı verilen mutlak bir rekabet hukuku ihlali olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Aşçıoğlu Öz 2000a, s.27; Aslan 2005, s.198. Fiyat tespitinin "per se" yasak olduğuna ilişkin bir Kurul kararı için bkz. 13.08.2003, 03-55/645-296 sayılı Rekabet Kurulu kararı. "Per se" kavramının rekabetçi etki ve etkinlik iddialarının hepten dinlenmemeleri yönünde bir duruma neden olduğundan hatalı olduğu görüşü için bkz. GÜRKAYNAK, G. (2003), Türk Rekabet Hukuku Uygulaması Açısından 'Hukuk ve İktisat' Perspektifinden 'Amaç' Tartışması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.90, dn.234.

bir işlem yapmak için yetkisi olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Kurul, kararı verirken yaptığı bu yetki araştırmasını esas almamış, onun yerine belediyelerin teşebbüs olup olmadığı hakkında bir değerlendirmede bulunmuştur.

*“Kamu otoritesi niteliğine sahip olmaları nedeniyle anılan madde gereğince teşebbüs sayılmalarına olanak bulunmayan belediyeler tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemler nedeniyle belediyeler hakkında Kanun çerçevesinde bir işlem tesisi”*nin mümkün olmadığını belirten Kurul, söz konusu belediye hakkında herhangi bir işlemin yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Ayrıca Kurul *“idari organlarca yasal dayanağı bulunmadan gerçekleştirilen rekabeti bozucu uygulamalar hakkında ilgili idari organa ya da bu organın bağlı olduğu üst makamlara görüş bildirme konusunda”* kendisini yetkili görmüş ve Bakacakadı Belde Belediyesi’ne ve diğer belediyelerin de benzer uygulama yaptıkları gerekçesiyle Zonguldak Valiliği’ne görüş bildirmiştir.

Bu kararda, rekabet ihlali gerçekleştirildiği iddiası ile önüne gelen olayda Kurul, meseleyi incelerken belediyenin böyle bir işlem yapmak için yetkisinin olup olmadığına bakmak suretiyle, kanımızca son derece yanlış bir yol izlemiştir.¹⁸⁴ Kurul, bu yetkinin olmadığını tespit ettikten sonra ise belediyenin teşebbüs niteliğini incelemeye geçmiş; belediyeyi 4054 sayılı Kanuna göre bir teşebbüs saymamış,¹⁸⁵ ancak teşebbüs sayması halinde bir işlemin yapıp

¹⁸⁴ İdari işlemin unsurlarından biri olan “yetki”, ilgili idarenin o hukuki işlemi yapmakta kanunen ya da idari düzenlemeler ile yetkili olup olmadığını saptamak üzere idari yargı organlarının somut olayda incelediği bir husustur. Bu niteliği itibarıyla yetki, idari işlemin hukuka uygunluk açısından denetimi sırasında ancak yargı organlarının inceleyebileceği bir unsur olup, Rekabet Kurulu gibi idareye dahil olan bir kamu kuruluşunun diğer bir kamu kuruluşunun yetkisini incelemesinde hukuki isabet bulunmamaktadır. Ancak bu durumdan başka bir tartışma konusu çıkabilir. Acaba 4054 sayılı Kanuna aykırılık, yetki unsuru dahil idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi sırasında bir hukuka aykırılık sebebi olarak göz önüne alınabilir mi? Tan’a göre 4054 sayılı Kanunun teşebbüs ve teşebbüs birliklerine uygulanabileceği ve kamusal organ ve makamların kamusal yetki kullanarak yaptığı işlemlerin bu tanıma dahil edilemeyeceği gerekçeleri sonucu bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. TAN, T. (2004), “Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İstanbul, s.57. 4054 sayılı Kanunun “süjelerinin” kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler olduğuna göre, idarenin kamusal yetki kullanarak yaptığı işlemlerin yargısal denetiminde 4054 sayılı Kanunun hukuka uygunluk bloğunun bir parçasını oluşturduğunu söylemenin olanaksız olduğunu ifade eden yazara göre, Kurul’un yetki araştırması yaparak yetkisiz gördüğü hallerde teşebbüsler hakkında yönetmelikte değişiklik yapmasını isteme gibi kararlar alması halinde, idari yargının görev alanına giren bir konuda karar aldığından bu durum “görev gasbı” olarak dahi nitelendirilebilir. Tan 2004, s.56-61. Gürzumar’a göre ise 4054 sayılı Kanun, idari işlemin yargısal denetiminde hukuka uygunluk bloğunun bir parçasını oluşturmaktadır. Gürzumar 2007, s.91.

¹⁸⁵ Rekabet Kurulu’nun 20.02.2003 tarih ve 03-11/126-59 sayılı başka bir kararında, Pınarlı Belediyesi’nin toplu taşıma ücretlerinde yıkıcı fiyat uyguladığı iddiaları karşısında Kurul

yapılamayacağına değinmeyerek “4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir.

3.2.2.3. Hamidiye Su Kararı

Rekabet Kurulu'nun 20.05.2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı kararında İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin, kendisine ait bir belediye iktisadi teşebbüsü olan İstanbul Kültür ve Sanat Ürünleri Ticaret A.Ş., kısa adıyla Kültür A.Ş tarafından işletmecilere kiraya verilen İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne ait büfelerde, yine kendisine ait başka bir teşebbüs olan Hamidiye Kaynak Suları Sanayi ve Ticaret A.Ş., kısa adıyla Hamidiye A.Ş'nin ürettiği suların satılmasının zorunlu kılındığı ve buna uymayan büfeleri kira sözleşmelerinin sonlandırılması suretiyle tehdit ettiği iddiaları incelenmiştir.

Kararda söz konusu belediye iktisadi teşebbüslerinin, pazar paylarının düşük olması ve ilgili ürün pazarında çok sayıda büfe olmasından dolayı, bu uygulamayı kendilerinin değil ancak Büyükşehir Belediyesi'nin yapabilmesi üzerinde durulmuş ve 6. madde açısından da bir inceleme yapılmıştır.

Kurul “...teşebbüsün bağlama içeren bir anlaşmayı aynı kurullarla işletilen bir alıcı teşebbüse kabul ettirebilmesi, sağlayıcı teşebbüs önemli bir pazar gücüne sahip olmadıkça” mümkün olmadığını belirttikten sonra “sağlayıcı durumundaki Kültür A.Ş.'nin bu eylemde kendi pazar gücüne değil İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin idari iradesine dayanmakta olduğu açıktır.” demiştir. Böylece rekabeti bozucu davranışın aslında belediyeye bağlı bir teşebbüs tarafından değil de bizzat büyükşehir belediyesi gibi “bir kamu otoritesinin iradesi” ile gerçekleştirildiği vurgulanmıştır.

Sonuç olarak, gerçekleşen davranışın münhasırlık niteliği taşıdığından 4054 sayılı Kanununun 4. maddesine aykırı olduğuna ve münhasırlığın süresiz olarak öngörülmesi sonucu 5. maddeye göre de herhangi bir muafiyet verilemeyeceğine oybirliği ile karar vermiştir. Ancak buna rağmen “pazarda uygulamasının fiilen başlayıp başlamadığı belli olmadığı” gerekçesi ile Kurul,

“Belediyenin 4054 sayılı Kanun 3.maddesi anlamında bir teşebbüs olmaması dikkate alınarak, iddialara yönelik bir araştırma yapılmasına ve soruşturma açılmasına yer olmadığına” karar vermiştir. Bkz. dn. 280 Buradan hareketle, Rekabet Kurulu'nun belediyeleri, teşebbüs olarak kabul etmeme hususundan bir içtihadı olduğu düşünülebilir. Ancak ASKİ kararında (13.03.2001, 01-12/114-29), Kurul tam aksi yönde “Merkezi veya yerel kamu idarelerinin kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda, kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayırık tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekir.” ibarelerine yer vermiştir. Kanımızca “kamu idareleri” ibaresi ile belediyeyi kasteden Kurul, belediyeyi teşebbüs saydığı bu görüşünden Pınarlı Belediyesi ve Bakacaklı Belediyesi kararları ile dönmüştür.

4054 sayılı Kanununun 9. maddesi uyarınca münhasırlık uygulamasının kaldırılmasına ilişkin bir görüş yazısı göndermekten başka, herhangi bir işlem yapmamıştır.

Bu kararda, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin teşebbüs niteliği tartışılmamış, yukarıdaki iki karardaki gibi teşebbüs sayılmama nedeniyle işlem yapılmaması yoluna da gidilmemiş, onun yerine, belediye iktisadi teşebbüsü davranışının rekabeti bozucu nitelikte olduğu ve bu uygulamanın ancak bir büyükşehir belediyesinin otoritesi ile gerçekleştirilebileceği saptandıktan sonra, “münhasırlığının başlayıp başlamadığının belli olmaması” gibi ilginç bir gerekçeyle her iki kamu kuruluşu hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Bu durum Kurul'un kamu kuruluşlarının rekabet ihlali durumlarında, çekinliğini üzerinden atamaması olarak değerlendirilebilir.¹⁸⁶

3.2.3. Kamu Kurumlarının Rekabeti Bozucu Davranışları

3.2.3.1. Klasik Kamu Kurumlarının Rekabeti Bozucu Davranışları

Klasik kamu kurumları piyasalarda bizzat mal veya hizmet satan teşebbüsler olmasa da, gerçekleştirdikleri davranışlar tıpkı böyle bir teşebbüsün davranışları şeklinde olabilir. Bunlar hakkında verdiği kararlarında genellikle Kurul, kamu kurumlarının rekabeti bozucu davranışlarını incelerken, söz konusu kuruluşların hukuki niteliklerinden çok, somut olayda gerçekleşen davranışın ekonomik bir faaliyet (teşebbüs faaliyeti) olup olmadığını incelemektedir.

3.2.3.1.1. SSK Kararı

Rekabet Kurulu'nun 27.05.2003 tarih ve 03-35/416-182 sayılı kararında ilaç alımlarına yönelik bazı düzenlemeleri ile Sosyal Sigortalar Kurumu'nun (SSK) 4054 sayılı Kanununun 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiaları incelenmiştir.

Kararda SSK'nın; sosyal bir işlev yerine getirdiği, yürüttüğü sigorta ve sağlık hizmetlerinin ekonomik faaliyetler olmadığı, bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi açısından yapılan ilaç alımlarının “teşebbüs davranışı sayılamayacağı” ifade edilmiştir.

Kurul, SSK'nın yürüttüğü sigorta ve sağlık hizmetlerinin sosyal nitelikli olduğu ve ekonomik faaliyet sayılamayacağı, SSK'nın ilaç alımlarına yönelik düzenlemeler getirmesinin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir “teşebbüs davranışı olmadığı” gerekçeleriyle, SSK'nın düzenlemelerinin 4. ve 6. maddeler

¹⁸⁶ Aslan 2005, s. 78

kapsamına girmediğine, bu nedenle hakkında “önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına” karar vermiştir.^{187 188}

ATAD bir kararında¹⁸⁹ sosyal güvenlik kuruluşlarının toplumsal bir işlev yerine getirmeleri ve bunun bir ekonomik faaliyet olmaması sonucu, rekabet kuralları anlamında teşebbüs sayılamayacaklarına karar vererek, Kurul ile benzer bir yaklaşım sergilemiştir.

3.2.3.1.2. TSE Kararı

Rekabet Kurulu’nun 08.03.2002 tarih ve 02-13/126-53 sayılı kararında Türk Standartları Enstitüsü’nün (TSE); “TSE” ve “TSEK” garanti markalarını kullanan teşebbüslerin, bu markanın üzerine konulduğu ürünlerin satışından elde edilen cironun belirli bir oranını marka kullanım ücreti olarak aldığı ve yurt içi üretici ve yurt dışından ithal edici şirketler arasında farklı ücretlendirme yoluyla ayrımcılık yaptığı iddiaları incelenmiştir.

Kurul “Belgelendirme faaliyetleri yurt içinde ve dışında serbest ticaret ve rekabet ortamında yürütülen ticari faaliyetlerdir.” dedikten sonra “Her iki piyasanın birbirinden ayrı olduğunu, farklı rekabet koşullarının mevcut bulunduğunu” vurgulanmıştır. Kararda tartışılan husus ise bir kamu kuruluşu olan TSE’nin yaptığı faaliyetin, ekonomik bir faaliyet olup olmadığıdır.

¹⁸⁷ Benzer şekilde Kurul, diğer bir sosyal güvenlik kurumu olan Emekli Sandığı ile ilgili verdiği kararda, hemen hemen aynı gerekçelerle Emekli Sandığı’nın sigorta hizmeti ve ilaç bedeli geri ödemesine ilişkin referans fiyat uygulamasını ekonomik faaliyet olarak görmemiş ve söz konusu kamu kurumunu teşebbüs saymamıştır. Emekli Sandığı kararı (19.06.2003, 03-44/501-221)

¹⁸⁸ Bu kararında Kurul, kamu ihalelerinin denetiminde 4054 sayılı Kanunun uygulanıp uygulanmayacağına da değinmemiştir. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanun’un “Temel İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasına göre “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” 41/269-19 sayılı Kamu İhalesi (Data Teknik) kararında ise Kurul, kamu ihalelerindeki rekabet ilkesinin, 4054 sayılı Kanun karşısında durumunu incelerken “Öncelikle, 4054 sayılı RKHK’un kamu alımlarını kapsamadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak dayanağını 4054 sayılı Kanundan alan herhangi bir işlem yapma olanağı” olmadığını belirterek kamu ihalelerini 4054 sayılı Kanun kapsamı dışında tutmuştur. Tan’a göre, Kurul’un bu değerlendirmenin, yargı organlarının yetkisinde olduğunu mu, yoksa kamusal düzenlemenin 4054 sayılı Kanun kapsamına girmediğini mi anlatmak istediği açık değildir. Tan 2000, s.15. Kamu ihalelerinden sonra oluşan durumun denetimi yetkisinin Rekabet Kurulu’na ait olduğu bir karar ve bu kararın eleştirisi için bkz. Aslan 2005, s.270-271.

¹⁸⁹ *Joined Cases Christian Poucet v. Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Regionale du Lanquedoc- Roussillon C-159/91 and Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l' Assurance Vieillesse des Artisans C-160/91 [1993] ECR at I-637*

Burada Kurul, “TSE tarafından bir bedel karşılığında yapılan belgelendirme hizmeti iktisadi bir faaliyettir” diyerek, TSE’nin ürün ve sistem belgelendirme faaliyetlerinin ekonomik faaliyet olduğuna karar vermiş ve bu faaliyetleri nedeniyle TSE’nin teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.¹⁹⁰ Böylece ekonomik faaliyetin varlığı halinde Kurul’un, kamu kurumlarını teşebbüs sayma eğiliminde olduğu görülmektedir.^{191 192} Kanımızca bu yaklaşım 4054 sayılı Kanunla da uyumludur. Zira 2. maddenin gerekçesinde “Kanun ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının bir önemi” olmadığı ifade edilmiştir.

3.2.3.2. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, profesyonel yeterliliğe ve meslek için gereken vasıflara ilişkin standartların belirlenmesine; buna ek olarak meslekteki rekabet şartlarını etkileyen; fiyata, piyasaya girişe ve reklama ilişkin olmak üzere iki temel düzenleme yapmaktadırlar. Ancak hizmet kalitesinin temini ve mesleki yeterlilik düzeyinin yüksek tutulması gibi amaçlar, bazı hallerde iktisadi etkinliğin kısıtlanarak rekabetin bozulması gibi arzu edilmeyen yan etkiler

¹⁹⁰ Selçuk, TSE’nin uygunluk belgelerinin belirli bir ücret karşılığı verilmesi faaliyetlerinin Kanununun 3. maddesinde yer alan ‘hizmet’ tanımına uygun olması sonucu Kurul’un, TSE’nin teşebbüs sayılması gerektiği sonucuna ulaştığını ileri sürmüştür. Selçuk 2004, s.80-82.

¹⁹¹ Benzer şekilde TFF & TeleOn kararında, hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte kanımızca bir kamu kurumu olmaya daha yakın olan Türkiye Futbol Federasyonu’nun (TFF), TeleOn ile Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının yayın haklarına ilişkin yaptığı sözleşmenin 4054 sayılı Kanununun 4. maddesine aykırı olduğu iddiaları incelenmiştir. Raportörlerce “TFF’nin yürüttüğü faaliyet açısından kamusal yetkiler kullandığını, futbol maçlarına ilişkin yaptığı düzenlemenin ve bu düzenleme çerçevesinde tek bir yayıncı belirlemesinin; bir kamu otoritesince bir piyasanın düzenlenmesi niteliğinde işlem tesis etmesi niteliği taşıdığı” ifade edilerek “... bir teşebbüs faaliyetinde bulunmayan TFF’nin bu işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında sayılamayacağı” belirtilmiştir. Ancak Kurul, kararında “TFF ekonomik nitelik taşıyan faaliyetleri dolayısıyla bir teşebbüs olarak kabul edilmektedir.” diyerek TFF’nin bir teşebbüs olduğuna karar verilmiştir. (06.02.2001, 01-07/62-19) Sonraki tarihli TFF & Digitürk kararında ise TFF’nin teşebbüs olup olmadığı ile ilgili bir değerlendirme yapılmamış, hatta TeleOn kararının aksine, yayın haklarının devrine ilişkin sözleşmenin “idari bir işlem olan Yayın Talimatı’na dayandığı” ve Kanunun kapsamında olmadığı ileri sürülmüştür. Daha fazla bilgi için bkz. dn. [251](#)

¹⁹² AT hukukunda Komisyon’un verdiği bir kararda, reklam ve televizyon yayın hakları konusunda anlaşmalar yapmak suretiyle ekonomik faaliyette bulunduğu ifade edilen *Federation Internationale de Football Association (FIFA)* 81. madde anlamında bir teşebbüs olarak kabul edilmiştir. *World Cup Tickets OJ. L.136/31 [1992]*

de doğurabilir.¹⁹³ Özellikle fiyat tespiti gibi yetkilerinin bulunması sonucu rekabet hukukuna aykırı bir faaliyet içine girmeleri kaçınılmaz olacaktır.¹⁹⁴

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, üyeler açısından bağlayıcı olan asgari ücret tarifeleri hazırlaması, mesleğin icra şekline yönelik sınırlamalar ile reklam yasakları, ülkemizde en fazla rastlanan rekabet kısıtlamalarıdır.¹⁹⁵ Söz konusu kuruluşlar mesleğe yeni başlayanlar için ruhsat, staj, sınav vb. yükümlülükler ile piyasaya giriş engeli yarattıkları kadar, mesleğini icra etmeye başlamış meslek mensupları için de çeşitli sınırlamalar getirmiş, örneğin meslek mensuplarının kendi reklamlarını yapmasını ya tamamen yasaklamış ya da sıkı şekil şartlarına bağlamıştır.¹⁹⁶ Ancak en önemli ve

¹⁹³ Özden 2004, s.9.

¹⁹⁴ Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının rekabet hukuku uygulamalarına tabi olduklarında ilk olarak dile getirdikleri savunma noktası kendilerinin kamu hizmeti yapan kamu kurumları oldukları ve bu nedenle rekabet hukuku uygulamasından muaf oldukları hususudur. Özden 2004, s.8. Ancak bunların kamu yararı mı yaptığı, yoksa kendilerine üye olanların menfaatlerini mi koruduğu tartışılmaktadır. Carroll ve Gaston, mesleki sınırlamaların kalitenin üzerindeki etkilerini başta elektrik teknisyenleri, diş hekimleri, musluk tesisatçıları olmak üzere çeşitli meslekler açısından ampirik olarak incelemiş ve getirilen sınırlamaların aslında kaliteyi artırmadığını, bunun yerine meslek mensuplarının sayısını azaltarak aslında kaliteyi düşürdüğü sonucuna varmıştır. Yazarlara göre, sınırlamaların kaliteyi artırmak için getirildiği iddiası sonucu “kişisel çıkar”, “kamu yararı” olarak haklı gösterilmeye çalışılmaktadır. CARROLL, S. L. ve GASTON, R. J. (1981), “Occupational Restrictions and Quality of Service Received: Some Evidence”, Southern Economic Journal, Vol.47, No.4.

¹⁹⁵ Özden 2004, s.57.

¹⁹⁶ Ancak reklamlara ilişkin getirilen bu kısıtlamaların mesleki ahlak ve yetkinliğin korunması amacına mı hizmet ettiği yoksa tam tersine salt meslek mensuplarının menfaatlerini mi korumaya yönelik olduğu tartışılabilir. Bu kısıtlamaların iktisadi bir mantığının olmaması halinde kaldırılmasının, bu hizmetlere ilişkin pazarların rekabetçi bir yapıya ulaştırıp ulaştırmadığı hususunda bir etkisinin olup olmadığı incelenmelidir. Bu bağlamda, ABD’de serbest mesleklere ilişkin reklam yasakları kaldırıldıktan sonra fiyatların (ücretlerin) düştüğü, bazı serbest meslek faaliyetlerine örneğin avukatlık hizmetlerine olan talebin arttığı ve hizmet sağlayıcılarının sayısında da bir artış olduğu tespit edilmiştir. Özden 2004, s.20. OECD tarafından avukatlık mesleğinde reklam yapmanın fiyat ve kalite üzerindeki etkileriyle ilgili yapılan bir çalışmada, düşük hizmet ücretlerini reklamlarla kamuya duyuran bir hukuk firmasının, hizmet kalitesinde herhangi bir düşüş olmadığı ortaya konmuş, ayrıca reklam sayesinde iş hacmini artırarak müşteri başına sabit maliyetlerini azaltan söz konusu firmanın, bu düşüşü fiyatlarına yansıttığı ve kaliteden ödün vermeksizin daha düşük ücretle hizmet verebildiği tespiti yapılmıştır. Aynı konuda ELÇİN, S. (2006), “Profesyonel Hizmet Faaliyetleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları Dünya Örnekleri”, *Rekabet Dergisi* Sayı: 25, Ankara, s.37. Aynı konuda ABD’de, rekabet otoritelerinden biri olan Federal Ticaret Komisyonu uzmanlarıncı yapılan bir çalışmada, hizmet fiyatlarının, reklam yasağı bulunan şehirlerde nispeten yüksek olduğu ortaya konulmuştur. Elçin 2006, s.37.

uygulamada en çok karşılaşılan rekabet kısıtlaması ise asgari ücretler ile ilgilidir.¹⁹⁷

Meslek mensuplarının, verdiği hizmetin karşılığı olarak alması gereken asgari ücret miktarını belirleme yetkisi, kuruluş kanunları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına verilmiş bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹⁸ Nitekim bunlar da bu yetkilerini asgari ücret tarifeleri şeklinde, ilgili hizmetlerden alınması zorunlu en az ücretleri gösteren tarifeler yayınlamaktadırlar. Fiyat tespitini yasaklayan 4054 sayılı Kanun hükümlerine rağmen bu uygulamaların hala devam ettirilmesinin makul bir izahı olamaz.¹⁹⁹

3.2.3.2.1. TMMOB Kararı

Rekabet Kurulu'nun 22.01.2002 tarih ve 02-04/40-21 sayılı kararında Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) tarafından kendi birliklerine bağlı meslek odalarının ve TMMOB üyesi olan Şehir Plancıları Odası tarafından da kendisine bağlı şehir plancılarının verdiği hizmetlerin asgari ücret tarifelerini belirlediği iddiaları incelenmiştir.

Kurul, TMMOB'nin bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğunu belirttiikten sonra rekabet ihlaline yol açan uygulamanın yasal dayanağını araştırma yoluna gitmiştir. TMMOB'un çıkardığı "TMMOB Asgari Ücret ve Çizim Standartları Tespit Komisyonu ve Kontrol Bürolarının Kurulmasına İlişkin Yönetmelik"²⁰⁰ 5. maddesinde söz konusu Komisyonun görevleri arasında "Mimarlık ve mühendislik hizmetlerine ilişkin uygulamaları incelemek, diğer kamu kuruluşlarının çalışmalarından da yararlanarak birim fiyat ve asgari ücret tespitinde bulunmak" hükmü yer almakta; 12. maddede ise hizmetler karşılığı alınan ücretlerin "odalarca belirtilen asgari ücretten aşağı olamayacağı" belirtilmektedir.²⁰¹

¹⁹⁷ Rekabet Kurumu (2000), 2.Yıllık Rapor, Ankara, s.24

¹⁹⁸ Aslan'a göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına kanunla verilmiş bir yetki olan asgari ücret tarifeleri hazırlama yetkisinin, rekabeti sınırlayıcı olmasına rağmen TBMM tarafından verilmesi sonucu, Kurul tarafından denetlenmesinin söz konusu olmayacaktır. Aslan 2005, s.170.

¹⁹⁹ Topçuoğlu 2001, s.219.

²⁰⁰ 24.06.1981 tarihli ve 17410 sayılı RG

²⁰¹ Bu yönetmeliğe ek olarak, kararda yine TMMOB'nin çıkardığı "Mimarlık Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret-Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliği", "Serbest Mühendislik ve Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Yönetmeliği" ile "TMMOB Şehir Plancıları Odası Serbest Şehircilik Hizmetleri Büro Tescil, Mesleki Denetim ve En Az Ücret Yönetmeliği" de incelenmiş, benzer şekilde bunlarda da uyulması zorunlu asgari ücret belirleme yetkisinin bulunduğuna değinilmiştir.

TMMOB, savunmasında asgari ücret tarifesi haklı göstermek için “ülkemizde, belirli hizmet alanlarında sosyal hukuk devleti ilkesine uygun olarak kişi ve kuruluşların mağduriyetinin önüne geçmek için ‘asgari’ sınırlar çizilir. Serbest çalışan üyelerimizin alacakları ücretin emek, tecrübe, bilgi, deneyim ışığında üretilen bir hizmet karşılığı olması... mesleki gelişimin sağlanabilmesi... teknolojik ve mesleki gelişmelerin takip edilerek ülke yararına sunulabilmesi, nitelikli hizmet üretilerek kamu yararına uygun hizmet elde edilebilmesi için asgari ücretin belirlenmesi” gerektiğini ifade etmiştir. “...fiyatın aşağıya çekilmesinin ancak kaliteden vazgeçilmesiyle sağlanabileceğini” savunan TMMOB, hizmet kalitesinin devam ettirilebilmesi için fiyatın belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu yönetmelikler ve TMMOB’in savunması karşısında, serbest meslek faaliyetlerindeki durumu değerlendiren Kurul ise; söz konusu faaliyetlerin rekabet içinde yapılması gerektiğini, rekabetin hizmet kalitesi üzerinden yapılabileceğini, kalitenin korunması için asgari bir ücretin tespit edilmesi görüşüne katılmadığını,²⁰² fiyat tespitinin rekabet kurallarını ağır bir şekilde ihlal ettiğini ve pazara giriş ile mesleki gelişmeyi engellediğini ifade etmiştir.²⁰³ Bunlara ek olarak Kurul “Meslek örgütlerinin mesleği ve meslek mensuplarını korumaya ve geliştirmeye yönelik belli düzeyde düzenlemelerde bulunabilmeleri”nin doğal olduğunu ancak “Serbest meslek örgütlerinin mesleği korumaya ve meslek ahlakına yönelik uygulamalarının çoğu rekabeti sınırlayıcı olup sadece üyelerinin çıkarlarını korumaya” yönelik olduğunu ifade etmiştir. Böylece Kurul, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu hizmeti mi yaptığı yoksa üyelerinin menfaati mi koruduğu tartışmasında kendi görüşünü dile getirmiştir.

Kararın sonuç bölümünde, TMMOB’in aslında yasal dayanağı olmadan, yönetmelikler ile bazı hizmetler için asgari ücret tarifesi belirlenmesinin, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğuna ve 56. maddesine göre geçersiz

²⁰² Karşılaştırmalı hukuktan benzer bir uygulama için kararda, İtalyan Rekabet Kurumu’nun önüne gelen bir olaya yer verilmiştir. Söz konusu Kurum, apartman binası profesyonel idare hizmetleri birliği hakkında verdiği kararında, asgari fiyat belirlenmesinin belirli bir hizmet kalitesinin yakalanması açısından kaçınılmaz olduğu yönündeki savunmayı inandırıcı bulmayarak, bu eylemi rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. ibid s.25

²⁰³ Kurul kararda, ATAD’ın benzer kararlarına da değinmiştir. Örneğin *Commission v. Italy Case C-35/96 [1998] ECR I-3851* kararında Komisyon, İspanya’da faaliyet gösteren, görevleri patent ofisi işlemlerinde müşterilerini temsil etmek olan serbest sınaî mülkiyet acentelerinin oluşturduğu kamu kurumu niteliğinde bir meslek birliği olan *Coapi*’nin, üyelerinin uygulayacağı asgari ücret tarifelerini belirlemesi karşısında, kanunla kendisine fiyat belirleme yetkisinin verildiği, dolayısıyla bunu yaparken kamu gücünü kullandığı yönündeki itirazlarını kabul etmeyerek, 81. madde kapsamında rekabet ihlali olduğuna karar vermiştir. ibid s.21

olduğuna oybirliği ile; rekabeti bozucu bu davranıştan dolayı da idari para cezası verilmesine ve TMMOB'nin söz konusu karar ve uygulamalarına son vermesine oyçokluğu ile karar vermiştir.

Karar; bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu hakkında, rekabetin fiyat tespiti yoluyla ihlal edildiği iddiasıyla açılan ilk soruşturma olmasından ve ilk kez söz konusu kuruluşlar hakkında bir idari para cezası verildiğinden dolayı, profesyonel mesleklerin rekabete aılmasında bir dönüm noktasıdır.²⁰⁴

Esasen Kurul'un, birbiri ardına verdiği Türkiye Barolar Birliği hakkında 03-73/876 (a)-374 sayılı, Türkiye Diş Hekimleri Birliği hakkında 03-73/876 (b)-375 sayılı, Türk Tabipler Birliği hakkında 03-73/876 (c)-376 sayılı,²⁰⁵ TMMOB hakkında 03-73/876 (d)-377 sayılı²⁰⁶ ve Türkiye Serbest Muhasebeci Mâli Müşavirler ve Yeminli Mâli Müşavirler Odaları Birliği hakkında 03-73/876 (e)-378 sayılı kararlarında²⁰⁷ da asgari ücret tarifelerinin rekabeti bozucu nitelikte

²⁰⁴ Özden 2004, s.63-64.

²⁰⁵ Bu kararda, TTB'nin düzenlediği asgari ücret tarifesinin rekabeti bozucu olduğu iddiası sonucu daha önceden hakkında verilen 30.10.2003 tarih ve 03-70/851-369 sayılı karar ile şikâyet konusunun karara bağlandığı ve bu durum karşısında "4054 sayılı Kanun kapsamında başkaca yapılacak bir işlem bulunmadığına" karar vermiştir. 03-70/851-369 sayılı bu kararda (TTB (I) kararı) Kurul, TTB'nin düzenlediği asgari ücret tarifesinin 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğunu belirtmiş, ancak 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu ile ücret belirlemeye yetkili olduğu karşısında, TMMOB kararının aksine, söz konusu kamu kuruluşuna herhangi bir idari para cezası vermeyerek sadece "6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu ile 4054 sayılı Kanun arasındaki ihtilafın, özel muayene ve tahlil hizmetleri asgari tarifesi yerine rehber bir tarifenin tespitine ilişkin olarak 6023 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklik ile giderilmesinin mümkün olduğu yönünde yasal düzenleme değişikliği talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık"a 4054 sayılı Kanunun 27 maddesinin (g) bendi çerçevesinde görüş bildirilmesine karar vermiştir.

²⁰⁶ Bu kararda, yukarıda adı geçen TMMOB ile ilgili 02-04/40-21 sayılı kararda şikâyet konusunun karara bağlandığı ve bu nedenle de, bu karar açısından "4054 sayılı Kanun kapsamında başkaca yapılacak bir işlem bulunmadığına" karar vermiştir. TMMOB'nin mimarlık hizmetlerinin asgari ücretlerini belirleme uygulamasına karşı Kurul'a daha sonra da benzer şikâyetlerde bulunulmuş, bu bağlamda Kurul'un yeni tarihli bir kararında TMMOB'nin yukarıda adı geçen yönetmelikleri hakkında Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen kararın temyiz sürecinin, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu nezdinde devam ettiği belirtilerek "şikâyet konusu ile ilgili olarak, bu aşamada işlem yapılmasına gerek bulunmadığına" karar verilmiştir. TMMOB (III) kararı (22.04.2009, 09-17/384-92) Bu dava süreci için ayrıca bkz. bölüm 3.2.4.2.3

²⁰⁷ Bu kararda asgari ücret tarifelerinin rekabeti sınırlayıcı etkileri olduğu vurgulanmasına karşın, 22.01.2002 tarih ve 02-03/35-16 sayılı başka bir kararda söz konusu birliğin (TÜRMOB), asgari ücret tarifesi belirlememesi sonucu meslek mensupları arasında haksız rekabet yarattığına ve asgari ücret tarifesinin uygulanmamasının aslında 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu

olduğu iddiasıyla şikâyetle bulunmuş ancak Kurul, TMMOB kararından farklı bir şekilde, bu kararların hiçbirinde ilgili kuruluşa idari para cezası vermemiş; “tarife belirleme yetkisinin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu ve anılan uygulamanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin” olduğunu vurgulayarak “4054 sayılı Kanun'un 27 (g) ve 30 (f) maddeleri çerçevesinde ilgili süreç işletilerek yasal düzenleme değişikliği talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına” karar vermiştir.

Bu uygulamaların artık iktisadi hayatın rekabet boyutunu düzenleyen 4054 sayılı Kanunun 4. maddesindeki yasak faaliyetlerden fiyat tespiti çerçevesine girdiği, dolayısıyla da sona erdirilmesi gerektiği açıktır.²⁰⁸ Kararda AT'nin serbest mesleklerde, hem serbest meslek sahipleri ile tüketicilerin yararını gözeten, hem de gelişmeyi sağlayan bir rekabet politikası oluşturmaya çalıştığı vurgulanmıştır.²⁰⁹ Son yıllarda özellikle AB veya OECD üyesi ülkelerde serbest meslek faaliyetlerine rekabet hukuku kurallarının uygulanması konusunda büyük değişimler yaşandığı görülmektedir.²¹⁰

Buna bağlı olarak rekabetin, serbest meslek ahlakı ile bağdaşmadığına dair, eskiden kalmış görüşün²¹¹ de terk edilmesi gerekmektedir. Sanıldığı gibi aksine, rekabetin etkin hale gelmesi ile birlikte tüketiciler, serbest mesleklerden daha kaliteli ve daha düşük fiyatla yararlanabileceklerdir. Rekabetin varlığı halinde mesleğini en iyi yapanlar ile vasat bir performansla yapanlar arasındaki fark ortaya çıkacak; mevcut durumun aksine her ikisi de farklı kalitedeki hizmet için aynı veya benzer bir ücreti almayıp, mesleğini daha iyi icra eden daha yüksek, yetersiz bir şekilde icra eden ise daha düşük ücret alarak her ikisi de aslında hak ettiği ücreti alacaktır.²¹²

gereğesiyle şikâyetle bulunularak birbirine zıt ilginç bir durum yaşanmıştır. Yayımlanmamış bu kararın özeti için bkz. Rekabet Dergisi (2002), Sayı:9, Ankara s.86.

²⁰⁸ Topçuoğlu 2001, s.122.

²⁰⁹ ibid s.20-21.

²¹⁰ Elçin 2006, s.51.

²¹¹ Özden eserinde, serbest mesleklerde fiyat rekabeti yapmanın çoğunlukla ahlak dışı bir davranış olarak değerlendirildiğine dair bir görüşe yer vererek bu görüşü eleştirmiştir. Özden 2004, s.19.

²¹² Asgari ücret tarifesinin bir kalite düzeyi sağlaması bir yana, hangi kalitede olursa olsun kim tarafından yapılırsa yapılsın, aynı ücretin alınması zorunluluğu karşısında, en iyi şekilde hizmeti sunan serbest meslek mensupları, aslında hak ettikleri ücretleri alamayacak ve uzun vadede pazarı terk etmek zorunda kalacaktır. Kanımızca bu durum Nobel ödüllü iktisatçı Akerlof'un “The Market for Lemons” adlı makalesinde ileri sürülen duruma benzemektedir: Bu makalede yazar, kalitesiz malların (lemons) kaliteli malları zamanla piyasa dışına iteceğini belirtirken; tüketicilerin tam bir bilgi sahibi olmamalarının yarattığı bir durum olarak malın kalitesini anlayamamaları ve satıcıya da güvenmemelerinin, aslında kaliteli olan bir mala dahi kalitesiz mal gözüyle bakıp daha düşük fiyat vermelerine neden olduğuna, bu yüzden de satıcıların pazara

3.2.3.2.2. TBB Kararı

Rekabet Kurulu'nun 01.08.2002 tarih ve 02-46/563-229 sayılı kararında finansal hizmetler piyasasında yürütülen bankacılık hizmetlerinin fiyatlandırılmasına dair Türkiye Bankalar Birliği (TBB) tarafından verilen bir kararın Kanununun 4. maddesine aykırı olduğu iddiası incelenmiştir.

TBB savunmasında, bu uygulamanın nedenlerini “...*finansal krizler sonrası bankacılıkta pek önem verilmeyen maliyet ve bankacılık hizmetlerinin fiyatlanması konusunun önem kazanması, bu hizmetlerin ücretlendirilmesine tüm bankaların aynı önemi vermemesi sonucu oluşan farklılıklardan doğan müşteri şikâyetlerinin olması, fiyatlandırmada asgari bir düzeyin tespit edilmesinin sorunların aşılmasında yararlı olması, bankalarca sağlanan bu hizmetlerin bir maliyeti olmasına karşın bu maliyetlerin kimi bankalarca müşterilere yansıtılmamasının bankalar arasında haksız rekabet yaratması*” olarak ifade etmiştir.

Kurul yaptığı değerlendirmede TBB Yönetim Kurulu tarafından, bankaların vadesiz mevduat hesaplarının açılması ve izlenmesi nedeniyle oluşan maliyetlerin müşterilere yansıtılması için asgari ücretleri gösterecek şekilde alınmış bir karar olduğunu saptamış, ancak bunun bağlayıcı değil, tavsiye niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Kurul, teşebbüs birliği kararı özelliğini taşıyan bu kararın rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiye sahip olmadığını belirtmiş, ancak “*tavsiye mahiyetinde dahi olsa bankalara bu şekilde bir bildirimde bulunulamayacağı hususunda TBB'nin bilgilendirilmesine*” karar vermiştir.

Buna ek olarak Kurul, TBB'ye bir de yükümlülük getirerek “*daha önce bankalara bildirilen... Türkiye Bankalar Birliği Yönetim Kurulu kararı uyarınca işlem yapılmaması ve her bankanın bankacılık hizmet bedellerini serbest piyasa koşullarında kendilerinin serbestçe tayin edebilecekleri hususunda bir yazı ile bankaların bilgilendirilmesi*”ni uygun bulmuştur.

Kararda, TMMOB kararının aksine, uyulması zorunlu bir asgari ücret tarifesi değil, sadece tavsiye niteliğinde bir tarife söz konusudur. Kurul'un tavsiye niteliğindeki asgari ücret tarifeleri hakkında temkinli yaklaşım, ceza vermese de durumun söz konusu tarifenin muhataplarına bildirilmesi için TBB'ye yükümlülük getirmesi isabetlidir. Zira teşebbüs birlikleri, üyeleri için ‘tavsiye’

kalitesiz mal sunacağına dikkat çekmiştir. AKERLOF, G. (1970), “The Market For ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.84, No:3, s.488-500. Böylece “hizmet kalitesinin korunması” gerekçesiyle uygulanan asgari ücret tarifeleri, aslında tam tersine uzun vadede hizmet kalitesinin düşmesine neden olacaktır.

niteliğinde olduğunu iddia ederek, aslında bağlayıcı nitelikteki kararları için 'kanuna karşı hile' yoluna başvurabilir.²¹³ Ücret tarifeleri tavsiye niteliğinde de olsa, tarifeyi uygulamak istemeyen üyeler üstünde psikolojik bir baskı oluşturabileceği gerçeği karşısında, fiilen bağlayıcı hale gelme ihtimali her zaman bulunmaktadır. Komisyon ve ATAD'ın görüşü de, birlik tavsiyelerinin bağlayıcı kararlardan farklı olmadığı, dolayısıyla tavsiyelerin de kararlar gibi aynı muameleyle tabi tutulması gerektiği yönündedir.^{214 215}

3.2.3.2.3. TESK Kararı

Rekabet Kurulu'nun 07.01.2005 tarih ve 05-02/18-09 sayılı kararında Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu (TESK) ile Türkiye Fırıncılar Federasyonu'nun ekmekte taban fiyatının belirlenmesine yönelik kararlar aldığı iddiası incelenmiştir.

Söz konusu teşebbüs birlikleri savunmalarında ekmeğin fiyatını piyasa aksaklıklarını gidermek için belirlediklerini iddia etmiş, ancak Kurul bu iddialara katılmamıştır. Kurul "TESK'in, ekme fiyat tarifelerinde tavan fiyatla birlikte taban fiyatın da tespit ve ilan edilmesine yönelik genelge yayımlaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği kanaatine" ulaştıktan ve "Federasyon ise TESK'in almış olduğu karar neticesinde hazırlanan genelgeyi tüm Fırıncı Odalarına" gönderdiği sonucuna vardıldıktan sonra TESK'e idari para cezası vermiş; Fırıncılar Odası'nın ise 4054 sayılı Kanunu ihlal edici bir eyleminin bulunmadığına karar vermiştir.

²¹³ Topçuoğlu 2001, s.187

²¹⁴ Akıncı 2001, s.182. Gerçekten de AT hukukunda benzer bir durumun kabul edildiği görülmektedir. ATAD bir kararında, Hollandalı çimento satıcılarının oluşturduğu bir teşebbüs birliğinin çimento fiyatlarını belirlemesi karşısında, fiyatların tavsiye niteliğinde olduğu savunmasına katılmamış ve bağlayıcı olmasa da, fiyatların bu şekilde belirlenmesinin gelecekteki belirsizliği ortadan kaldırarak, teşebbüs birliği üyesi olan teşebbüslerin davranışlarını etkileyeceği gerekçesiyle 81. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir. *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission Case C-8/72 [1972] ECR I-977*

²¹⁵ Benzer bir durumun ABD rekabet hukuku uygulaması açısından da söz konusu olduğu görülmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Goldfarb v. Virginia State Bar* (421 US 773 [1975]) kararında, Virginia Eyalet Barosu tarafından hazırlanan ve 'tavsiye' niteliğinde olduğu iddia edilen, ancak uygulanmaması halinde 'etiğe aykırı' davranış gerekçesi ile disiplin cezası verilebileceğini öngören asgari ücret tarifesinin *Sherman Act*'e aykırı olduğu oybirliği ile kabul edilmiş ve "state action doctrine" kapsamında da değerlendirilmemiştir. Bu davadan sonra Amerikan rekabet otoriteleri (Federal Ticaret Komisyon ve Adalet Bakanlığı Antitröst Departmanı) serbest meslek hizmetlerine ilişkin mesleki düzenlemeleri için, fiyatların artmasına ve kalitenin düşmesine neden olacak iddialarına karşı mücadeleye başlamıştır. Özden 2004, s.32-33. Ayrıca bkz. dn. [34](#)

Bu karar Danıştay tarafından *"soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu"* gerekçesi ile iptal edilmiş²¹⁶ ve Kurul, Danıştay'ın iptal kararı üzerine 26.05.2006 tarih ve 06-36/461-123 sayılı kararı ile yeniden bir değerlendirme yaparak benzer bir karar almıştır. TESK hakkında aldığı bu ikinci kararın da iptali için Danıştay'da dava açılmış ve Danıştay, bu sefer kararı esastan inceleyerek, *"TESK tarafından... ekmeğin azami satış fiyatı ile birlikte ekmeğin maliyet (taban) fiyatının da tespit edilmesi ve tespit edilen bu fiyatın ekmeğin ücret tarifelerinde yer alması davranışıyla açıkça 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ihlal edildiğinden, dava konusu işlemde hukuka aykırılık"* olmadığı sonucuna varmıştır.²¹⁷

Bu kararda Kurul, bir malın fiyatının teşebbüs birliği olan bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu tarafından tespitini, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı bularak, söz konusu kuruluşa idari para cezası vermiştir. Ancak Kurul, daha önceki bir kararında Ankara Minibüsçüler Odası'nın yolcu taşıma ücretlerini saptaması ile ilgili olarak *"507 sayılı Kanun'un kendisine yüklediği bir görev olması nedeniyle"*²¹⁸, 4054 sayılı Kanun'un *4üncü maddesi (a) bendinde konu edilen anlamda bir hizmet fiyatının tespit edilmesi olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır"* diyerek *"önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına"* karar vermiştir.²¹⁹ Kurul bu kararında, TESK kararının aksine, teşebbüs birliğinin davranışını 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı bulmamıştır. Böylece birbirine son derece benzer iki konu hakkında farklı sonuçlara varılmıştır.

²¹⁶ 15.02.2006 tarih ve E.2005/7776, K.2006/999 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

²¹⁷ 28.12.2007 tarih ve E. 2006/4598, K. 2007/9522 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

²¹⁸ Karar tarihinde yürürlükte olup, daha sonra 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 125. maddesine göre *"Bu kanuna tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilen mal ve hizmetlerin ücret tarifeleri, bağlı buldukları derneklerce hazırlanır ve... onandıktan sonra yürürlüğe girer"*. Dolayısıyla 507 sayılı Kanun ile esnaf odalarına da ücret tarifeleri belirleme yetkisi verilmiştir. 5362 sayılı Kanunun 62. maddesine göre *"Bu Kanuna tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilen mal ve hizmetlerin fiyat tarifeleri, bağlı buldukları odalarca hazırlanır ve odanın mensubu olduğu birlik yönetim kurulu tarafından fiyat tarifesinin sunulmasından sonra otuz gün içinde onaylanır veya reddedilir. Onaylanan fiyat tarifesi belediye, mülki amirlik ve ilgili odaya yedi gün içerisinde bildirilir ve bu andan itibaren yürürlüğe girer. Fiyat tarifeleri, uygulanacak azami hadleri gösterir."* Böylece 507 sayılı Kanunun 125. maddesine benzer bir hüküm, yeni kanunda da aynen bulunmaktadır. Yukarıda değinilen *"Rekabet Kulları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi"* adlı çalışmada, 125. maddenin rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürülmesine rağmen, yeni hazırlanan Kanunda da aynen düzenlenmesine bir anlam verilmesi mümkün değildir.

²¹⁹ Ankara Minibüsçüler Odası kararı (25.01.2000, 00-4/33-15)

3.2.3.3. Bağımsız İdari Otoritelerin Rekabeti Bozucu Davranışları

Bağımsız idari otoritelerin rekabeti bozucu olduğu iddia edilen davranışları incelenirken ortaya farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira her birinin, belirli bir alanı düzenleme ve denetleme yetkilerine sahip olmasıyla birlikte, düzenledikleri sektörlerle ilgili getirdiği kurallar ve aldığı kararların rekabet kuralları karşısında durumu, ilgili sektörlerin regülasyona tabi olması sonucu, tartışmalı bir konu olup çalışmamızın da dışındadır.²²⁰ Burada sadece bağımsız idari otoritelerin, Kanun karşısında nasıl ele alındığı üzerinde durulacaktır.

3.2.3.3.1. Şeker Kurumu Kararı

Rekabet Kurulu'nun 14.09.2006 tarih ve 06-63/853-244 sayılı kararında, Şeker Kurulu'nun 124/7 sayılı kararının 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu iddiası incelenmiştir.

Kararda, Şeker Kurumu'nun şeker piyasasını düzenlemek ve denetlemek ile görevli bir bağımsız idari otorite olduğu belirtilmiş, şikâyete konu olan idari işleminin 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 7 maddesinin (g) bendinde yer alan bilgi isteme yetkisine dayandığı tespit edilmiştir. Rekabet Kurulu, Şeker Kurumu'nun teşebbüs niteliğini tartışmış ve *“teşebbüs niteliği haiz olmayan kamu kurum ve kuruluşlarının idari işlemlerine 4054 sayılı Kanun kapsamında müdahale olanağı bulunmamaktadır”* sonucuna varmıştır.

Böylece Rekabet Kurulu, Şeker Kurulu kararlarına karşı 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir müdahale olanağının bulunmadığından, şikâyetin reddine

²²⁰ Burada değinilebilecek bir husus olarak, bağımsız idari otoritelerin çıkardıkları bazı düzenleyici işlemlerin rekabeti bozucu etkiler doğurabilecek nitelikte olması sonucu Rekabet Kurulu'nun, rekabet savunuculuğu görevi karşısında ilgili bağımsız idari otoriteye görüş bildirdiğine rastlanmaktadır. Örneğin 2004 yılında Kurul, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na (EPDK), doğal gaz dağıtım konusunda teklif edilen bir düzenleme hakkında görüşler sunmuştur. EPDK, Kurul'un görüşlerine dayanarak bazı değişiklikler yapmış ve nihai düzenlemeyi çıkarmıştır. Bununla birlikte, yayınlanmadan tam önce, EPDK, dağıtım şirketlerinin üstlendiği sermaye yatırımı projeleri için bankaların verdiği “teminat mektupları”yla ilgili yeni bir hüküm eklemiştir. Hüküm, bu garanti mektuplarının sadece Türkiye'deki en büyük 10 banka arasındaki mali kurumlarca verildiği taktirde Kurum tarafından kabul edilebilir olarak görüleceğini belirtmiştir. Kurul, EPDK'ya, böyle bir kısıtlamanın bankalar arasında gereksiz şekilde ayrımcılık yaptığını bildirmiş ve ondan sonra EPDK, hükmü iptal etmiştir. OECD 2005, s.57. Diğer bir örnek ise Kurul'un, “Petrol Piyasasında Uygulanacak Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemine İlişkin Taslak” hakkında yine EPDK'ya bildirdiği görüştür. Bu görüşünde Kurul, ilgili taslağın ‘Fiyat İlanı’ başlıklı 12. maddesinde yer alan akaryakıt toptan ve dağıtım fiyatlarına ilişkin toplanan bilgilerin, internet ortamında güncel olarak kamuoyuna duyurulmasının rekabete duyarlı bilginin paylaşılması niteliğinde olduğu, rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açma riski içerdiği, dolayısıyla bu bilgilerin gecikmeli yayınlanmak yerine güncel olarak yayınlanmasının yerinde olmayacağı yönünde görüş bildirmiştir.

ve “Şeker Kurulu’nun yapısına ilişkin, 4634 sayılı Kanun’dan kaynaklanan rekabete aykırılığın giderilmesini teminen, 4634 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesi ya da yeniden düzenleme yapılması gerektiği yönündeki Rekabet Kurulu görüşününün 4054 sayılı Kanun’un 27. maddesi (g) bendi uyarınca T.B.M.M. Başkanlığı, Başbakanlık ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bildirilmesine” karar vermiştir.

Kararın önemi ise, bir bağımsız idari otorite olan Şeker Kurumu hakkında, rekabeti bozucu nitelikte olabilecek bir karardan dolayı herhangi bir soruşturma yapılmayarak, bir bağımsız idari otoritenin diğer bir bağımsız otoritenin kararını denetlemesi gibi bir uygulama içine girilmemesidir. Zira bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargı denetimine tabi olması sonucu²²¹ yargılama makamları dışında herhangi bir kuruluş tarafından, bu arada Rekabet Kurulu’nca 4054 sayılı Kanuna aykırı olsa bile, denetlenmesi mümkün olmadığı gibi aksine bir uygulama, söz konusu otoritenin bağımsızlığını da olumsuz etkileyecektir.

3.2.3.3.2. Telekomünikasyon Kurumu Kararı²²²

Rekabet Kurulu’nun 24.06.2004 tarih ve 04-43/534-131 sayılı kararında Telekomünikasyon Kurumu’nun, uzak mesafe telefon hizmetleri sunmak isteyen firmalardan (A), (B) ve (C) tipi telekomünikasyon ruhsatları için lisans bedelinin yanı sıra banka teminat bedeli de belirlediği ve bu uygulamanın KOBİ’lerin rekabet edebilmelerini kısıtlayan, bozan ve önleyen bir girişim olduğu iddiaları incelenmiştir.

Kararda Telekomünikasyon Kurumu’nun bağımsız idari otorite olma özelliğinin ve işlemlerinin 4054 sayılı Kanun karşısında durumunun incelenmesi yerine, daha çok Türk Telekom’un yasal tekelinin kaldırılması ve uzak mesafe telefon hizmeti lisansları değerlendirilmiş ve sonuç olarak “başvuruya konu işlemin ‘düzenleyici’ bir tasarruf niteliğinde olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak bir işlem bulunmadığına” karar verilerek, Şeker Kurumu kararı ile benzer bir sonuç ortaya çıkmıştır.

Burada ortaya çıkan bir husus da rekabeti bozucu olabilmesine rağmen bağımsız idari otoritelerin kararlarına karşı 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılamaması sonucunda, bunların düzenledikleri sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin bu kararlara göre davranışlarda bulunmaları

²²¹ Gözübüyük ve Tan 2004, s.378; Gözler 2007, s.231-232.

²²² 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile ismi “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu” olarak değiştirilmeden önceki, karar tarihi itibarıyla “Telekomünikasyon Kurumu” ibaresi kullanılmıştır.

halinde, bunun 4054 sayılı Kanuna aykırı olup olmayacağı konusudur. Bir başka deyişle, Telekomünikasyon Kurumu'nun bir işlemi, örneğin bir fiyat tarifesini onaylaması, sonucu regülasyona tabi pazarlarda teşebbüs davranışlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Çalışmamızın dışında kalan bu durum hakkında,²²³ Kurul kararlarında farklı sonuçlara varıldığını belirtmekle yetiniyoruz.²²⁴

3.2.4. Rekabet Bozucu Davranışların ve Bu Bağlamda Yaşanan Sorunların Genel Değerlendirmesi ve Çözüm Önerileri

3.2.4.1. Genel Değerlendirme

Kamu kesimi, ya mal veya hizmet piyasalarında bizzat faaliyet göstererek ya da bu piyasaları düzenlemek ve denetlemek amacıyla getirdiği düzenlemeler ve kurullarla rekabeti bozabilmektedir. Dolayısıyla bu anlamda rekabet, ya piyasada bizzat bir girişimci olan devlet veya piyasada faaliyet göstermeyip ancak piyasayı düzenleyen devlet tarafından ihlal edilebilmektedir.²²⁵

Kamu iktisadi teşebbüsleri, bağımsız karar verebilme unsuru bir yana, 4054 sayılı Kanunda yer alan teşebbüs tanımına girmeye daha elverişli iken, kamu kuruluşları için aynı şeyi söylemek zordur. Tan'a göre kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptıkları işlemler, 4054 sayılı Kanunun uygulama

²²³ Rekabet Kurumu ile diğer düzenleyici kurumlar arasındaki ilişki hakkında bilgi ve farklı ülke uygulamaları için bkz. Ardiyok 2002, s.88-107.

²²⁴ 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı Turkcell & Telsim Arabağlantı kararında, GSM operatörü Turkcell ve Telsim'in, Avea'nın piyasa girmesiyle birlikte eş zamanlı olarak arabağlantı ücretlerini 2.5 cent'ten 20 cente çıkarmaları sonucu haklarında Kurul tarafından bu teşebbüsler hakkında inceleme yapılmış ve "işletmecinin iradesini ortadan kaldıran, işletmeci yerine geçilmek suretiyle alınan bir karar ve/veya düzenlemenin bulunup bulunmadığı şeklindeki kriterin uygulanması sonucunda, (fiyatların bildirim veya onay yoluyla belirlenmesi durumlarında) mer'i mevzuat gereği Rekabet Kurumu'na inceleme yapılmasına engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bunun gerekçesi ise, tarifelerin bildirildiği ve onaylandığı hallerde işletmecilerin iradesinin ortadan kalkmamasıdır." denilerek Kanun kapsamında ele alınmıştır. 11.09.2008 tarih ve 08-52/792-321 sayılı TTAŞ & UMTH kararında ise "Türk Telekom'un şikâyet konusunu oluşturan perakende ve toptan tarifelerinin ilgili mevzuat çerçevesinde TK tarafından belirlendiği/onaylandığı göz önüne alındığında, şikâyet konusuna yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği kanaatine" ulaşarak daha önceki kararda benimsenen ile tam tersi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Kurul'un, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun düzenlemeye yetkili olduğu piyasalarda nasıl bir yaklaşım sergilediğine ilişkin kararları için ise bkz. TEDAŞ (II) kararı (30.04.2002, 02-26/262-102) ve Çukurova Elektrik AŞ kararı (10.11.2003, 03-72/874-373).

²²⁵ Selçuk, kamu teşebbüslerinin davranışlarını piyasa içi; kamu kuruluşlarının düzenleyici olarak yaptığı davranışları ise piyasa dışı şeklinde bir ayrıma tabi tutmuş ve 4054 sayılı Kanunun yalnızca piyasa içi davranışların ele alınabilmesine olanak tanıyan bir çerçeve çizdiğini iddia etmiştir. Selçuk 2004, s.68,82-83.

alanına girmediği gibi; Kurul'un da görev alanı dışındadır.²²⁶ Bu durum hem Kurul,²²⁷ hem de Danıştay²²⁸ tarafından kabul edilmiştir. Kamusal yetkiye dayanılarak yapılan işlemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirildiği tek istisna Özelleştirme Yüksek Kurulu veya diğer kamu kuruluşlarının gerçekleştirdiği özelleştirme yoluyla yapılan devirlerdir.

Kamu teşebbüsü dışında kalan kamu kuruluşlarının gerçekleştirdiği davranışlar, bunların mal veya hizmet piyasalarında bizzat faaliyet göstermemelerinden dolayı, genellikle ekonomik faaliyet olmayıp, daha çok kamusal yetkiye dayalı birer davranış olduğundan 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Ancak rekabet kurallarına aykırı bir nitelik taşıdıkları zaman, bu davranışlardan, piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler etkilenmekte ve söz konusu davranışı gerçekleştiren kamu kuruluşunun sorumlu tutulmaması sonucu teşebbüsler arasında eşitsizlik yaşanmaktadır.

Burada ortaya çıkan diğer bir olumsuz sonuç ise kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptığı işlemlere dayanarak faaliyet gösteren özel teşebbüslerin, rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirdiklerinin ileri sürülmesidir. Nitekim Kurul bir kararında,²²⁹ özel teşebbüslerin rekabet ihlallerinin gerçekleşmesinde ilgili Bakanlığın etkili bir rol oynadığını kabul edip, bu durumun Kanunun uygulanmasına engel olmayacağını, ancak cezanın tespitinde hafifletici unsur olarak göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.^{230 231}

²²⁶ Tan 2004, s. 61; Sanlı 2000, s.45 dn.27. Benzer şekilde Aslan'a göre rekabet kuralları, kamusal yetki kullanılmak suretiyle yapılan işlemlere uygulanamaz. Aslan 2005, s.74.

²²⁷ Kurul, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin (TOBB) tır karnesi düzenlemek ve karşılığında teminat almakta ayrımcılık yaptığı iddia edilen işleminin, kaynağı ve dayanağının bir Bakanlar Kurulu kararı olması ve kamusal yetki kullanılması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir. TOBB kararı (20.05.1999, 99-24/217-130)

²²⁸ "4054 sayılı Kanun'un teşebbüslere uygulanacağı, bu itibarla, teşebbüs niteliği taşımayan ve kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde kamu gücünü kullanarak düzenleme ve yürütme faaliyetlerinde bulunan kamu kurumlarının eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kaldığı... görülmektedir" 10.10.2005 tarih ve E. 2005/1746, K. 2005/4934 sayılı Danıştay 13.Daire kararı.

²²⁹ Süt kararı (19.01.2004, 04-05/54-15)

²³⁰ Bu karar tarihinde yürürlükte olmayan, Kurul tarafından çıkarılan 15.01.2009 tarih ve 27142 sayılı RG'de yayımlanan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in "Hafifletici unsurlar" başlıklı 7. maddesine göre "... ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin... olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa" cezanın indirileceği düzenlenmiştir.

²³¹ AT hukukunda da benzer durum söz konusudur. ATAD, CIF kararında bir teşebbüsün rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirmesine, üye devletin milli hukukunun yol açması halinde dahi söz konusu teşebbüse ceza vermiş, ancak bu durumun cezanın belirlenmesinde

Bu kararlar birlikte, kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak gerçekleştirdiği davranışların muhatabının bir kamu teşebbüsü ile özel teşebbüs olmasına göre, birbirinden farklı ve eşit olmayan bir sonucun ortaya çıktığı açıkça görülmektedir. Muhatabın bir özel teşebbüs olması halinde, bu durum Kanunun uygulanmasına engel olmayacak²³²; kamu teşebbüsü olması halinde ise, örneğin TÜRKŞEKER kararında olduğu gibi, Kanun kapsamında işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilebilecektir. Dolayısıyla Kurul açısından devletin piyasanın bir aktörü olarak gerçekleştirdiği davranışlar ile piyasaları düzenleme amacıyla yaptığı işlemler arasında bir ayırım yapılması sorun oluşturmakta, bu sorun ekonomik faaliyetlerle ekonomik olmayan faaliyetler arası yaşanan belirsizlikten kaynaklanmaktadır.²³³

Kamu kesimi ile ilgili bu sıkıntılı durum kalkınma planlarına da yansımıştır. 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda²³⁴ “kendilerine kanunla özel veya inhisari haklar verilen kamu kurumlarının faaliyetlerinin rekabet kuralları ile denetlenmesi ve bu alanlarda daha fazla serbestleşmeye gidilmesi için gereken hazırlıklar yapılacaktır” denilmektedir. Böylece söz konusu kuruluşların faaliyetlerinin, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmekte zorlandığı ve serbest piyasa ekonomisinin öngördüğü düzen karşısında sorunlara yol açtığı ima edilmektedir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından ise, Kurul'un teşebbüsler arasındaki anlaşmalarla rekabetin sınırlandırılmasını yasaklarken, teşebbüs birliklerinin üyelerini organize etmek suretiyle rekabet kısıtlamalarına müsamaha ile bakması düşünülemez.²³⁵ ²³⁶ Zira meslek kuruluşlarının fiyat

hafifletici sebep olarak kabul edilebileceğini öngörmüştür. *Consorzio Industrie Faimmiferi (CIF) v. Autorità Garante Della Concorrenza del Mercato Case C-198/01 [1993] ECR-8055.*

²³² Sanlı'ya göre böyle bir durumda, kamusal bir yetkiye dayanılarak yapılan işlemler karşısında, herhangi bir seçeneği olmaksızın bu işlem doğrultusunda hareket etmekle yükümlü olan teşebbüslerin eylemleri, rekabet kurallarından bağışık tutulabilmelidir. Sanlı 2000, s.60 dn.165.

²³³ Selçuk 2004, s.94.

²³⁴ 05.07.2000 tarihli ve 24100 mükerrer sayılı RG.

²³⁵ Topçuoğlu 2001, s.183.

²³⁶ Burada Adam Smith'in yıllar önce yaptığı şu mükemmel saptamaya değinmek gerekir: “Aynı işi yapan insanlar eğlenme ve eski günleri anımsamak için nadiren bir araya gelirler, ancak sohbet, halka karşı işbirliği ya da fiyatları attırmaya yönelik bir iş ile noktalanır. Gerçekten de bu tür bir araya gelmeleri, özgürlük ve adalet ile uygun bir kanunla önlemek imkansızdır. Ancak hukuk aynı işi yapan insanların ara sıra bir araya gelmesini önleyemese bile, en azından bunların bir araya gelmesini kolaylaştıracak ya da zorunlu hale getirecek düzenlemeleri yapmaması gerekir.” Burada Smith, teşebbüslerin bir araya gelmesinin, rekabetin sınırlandırılmasına oldukça elverişli bir vasıta olduğundan, rekabet açısından potansiyel bir tehlike oluşturduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde bir araya gelen serbest meslek mensupları veya temsilcilerinin, kendi çıkarlarını korumak üzere

tarifesi hazırlaması, tespit etmesi ya da onaylaması, ilgili pazardaki rekabetin ortadan kalkmasına yol açacak nitelikte bir uygulamadır ve bu bakımdan 4054 sayılı Kanun ile açık bir çelişki halindedir.²³⁷

Ancak Kurul'un, fiyat tarifelerinin merkezi idareye dahil bir kamu kuruluşu tarafından yapıldığı bir kararda, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının aksine söz konusu kamu kuruluşuna ceza vermediğine rastlanmaktadır.²³⁸ Karara konu olan olayda gözlükçü dernekleri, resmi reçetesi olmayan veya olup da bundan farklı özelliklerde gözlük camı almak isteyenler için, "Fenni Gözlükçüler Orijinal Fiyat Listesi" ve "Gözlük Camları Rehberi" adı altında çeşitli fiyat listeleri yayımlamakta, buna ek olarak Maliye Bakanlığı da resmi kurum ve kuruluşlarda çalışanlar ile bu kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kimseler için gözlük camı ücretleri ve indirim oranlarına ilişkin tarifeler yayımlamaktadır. Kararda gözlükçü derneklerinin düzenledikleri fiyat listeleri 4054 sayılı Kanun 4. maddesine aykırı bulunurken, resmi fiyat tarifesi aracılığı ile düzenleme yetkisinin bulunması sonucu Maliye Bakanlığı'nın düzenlediği fiyat listesinin "4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı" belirtilmiştir.²³⁹

Böylece, her ikisi de fiyat tespitine yönelik ve bağlayıcı olmasına rağmen, özel hukuk tüzel kişisi olan dernekler ile merkezi idareye dahil kamu kuruluşu olan Maliye Bakanlığı'nın hazırladığı fiyat listeleri, 4054 sayılı Kanun karşısında birbirinden taban tabana zıt bir şekilde ele alınmıştır. Aynı davranış bir özel teşebbüs tarafından (veya teşebbüs birliği tarafından) gerçekleştirildiğinde rekabet ihlali sayılıp yasaklanırken, bir kamu kuruluşunca gerçekleştirildiği takdirde Kanun kapsamı dışında kalıp, gerçekleştirilmeye devam edilebilmektedir. Kanımızca bu kararlar, kamu kuruluşlarına tanınan kamusal güce dayalı bazı yetkilerin kullanılması sonucu ortaya çıkan durumların önlenmesi hususunda, bugünkü hali ile 4054 sayılı Kanunun nasıl yetersiz kaldığı açıkça görülmektedir.

Kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerini incelerken bazı kararlarında Kurul'un, rekabeti bozucu davranışlara karşı "kamu hizmeti" veya "kamu yararı" gibi soyut ve sınırları belli olmayan nitelendirmelerde bulunarak, bunları kararına dayanak olarak kullandığı görülmektedir: "TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Teknik Uygulama Sorumluluğu Uygulama Esasları Yönetmeliği'nin 5.2. maddesinin yapıların elektrik tesisatının kamu güvenliği ve sağlığı açısından

asgari ücret tarifeleri hazırlamaları da, bunu açıkça yasaklayan bir kanun hükmünün olmaması karşısında, kaçınılmaz hale gelecektir. Serbest piyasa ekonomisinin bir gereği olan fiyatın, arz ve talep dengesine göre belirlenmesi prensibinin, serbest mesleklerde 24 Ocak 1980'den beri bir türlü uygulanamaması, kanımızca Smith'in saptamasının haklı olduğunu göstermektedir.

²³⁷ Rekabet Kurumu (2003), 5.Yıllık Rapor, Ankara, s.98

²³⁸ Gözlükçü Dernekleri kararı (31.08.2001, 01-42/424-107)

²³⁹ *ibid* s.12-13.

taşıdığı önem ve kar amacıyla yapabileceğinden fazla kontrollük hizmetinin üstlenilmesiyle ortaya çıkabilecek yaşamsal önemdeki sorunlara meydan vermemek için kamu yararına getirilen bir hüküm olduğu düşünülmektedir”²⁴⁰ ve “dosya konusu uygulamanın TOBB tarafından yerine getirilen bir ‘kamu hizmeti’ olması nedeniyle... TOBB hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına... karar verilmiştir”²⁴¹

4054 sayılı Kanunun gerekçesi dikkate alındığında, bir hizmetin ekonomik faaliyet sayılıp sayılmaması ile o hizmetin kamu hizmeti teşkil edip etmediği hususları arasında bir ilişki kurulmadığı görülmektedir.²⁴² Rekabet ihlali soruşturmalarının daima iktisadi analize dayanması gerektiğini belirten Aslan, Kurul’un kamu yararı gibi soyut kavramlardan mümkün olduğunca uzak durması gerektiğini ifade etmiştir.²⁴³ Ancak kanımızca, söz konusu kararların Kurul’un teşkilatını oluşturduktan hemen sonra alınması ve o tarihlerde rekabet hukuku bakış açısının daha yeni gelişmeye başlaması dikkate alındığında, rekabet hukukuna yabancı olan bu kavramların kullanılmasını olağan karşılanmak gerekir. Nitekim Kurul’un sonraki kararlarında, bu kavramlar kararlara esas teşkil edecek şekilde kullanılmamıştır.²⁴⁴

Kurulun teşkilatını yeni oluşturmaya başladığı yıllarda yaptığı diğer bir uygulama da, işletme hakkı devri sözleşmelerini ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi anlamında “birleşme ve

²⁴⁰ Elektrik Mühendisleri Odası kararı (19.02.1998, 53/384-44)

²⁴¹ TOBB kararı (20.05.1999, 99-24/217-130)

²⁴² Selçuk 2004, s.77.

²⁴³ Aslan 2005, s.95-96.

²⁴⁴ Yukarıda incelenen Gözlükçü Dernekleri kararında, bu husus üzerinde de durulmuştur. Danıştay’ın 1998 yılında verdiği bir kararda, söz konusu gözlükçü derneklerinin bir araya gelerek fiyat listeleri hazırlamaları, hatta bu listelere Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan bir düzenleyici işlemde dahi yer verilmesi hususu ile ilgili “...Gözlükçüler Derneğinin dava konusu düzenlemelerle bazı gözlük camı bedellerinin belirlenmesi ve bazı cam bedellerinin ise tasdik edilmesinde yetkili kılınmasıyla gözlük camları fiyatlarında yeknesaklık sağlanarak farklı fiyat uygulamalarının önüne geçilmiş, böylece Hazine zararı önlenerek harcamalarda tasarruf sağlanması gözetilmiştir” ifadelerine yer verilmiştir. (15.12.1998 tarih ve E.1996/1467, K.1998/3085 sayılı Danıştay 5.D kararı) Konu ile ilgili Kurul’un 2001 yılında verdiği bir kararda ise gözlükçü derneklerinin, gözlük camı fiyatlarına ilişkin “Fenni Gözlükçüler Orijinal Fiyat Listesi” ve “Gözlük Camları Rehberi” adı altında çeşitli fiyat listeleri hazırlamaları, Kurul’un önceki kararlarında olduğu gibi kamu yararı ya da kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş, aksine 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olarak görülmüştür. Ayrıca ilgili dernek tüzüklerinde yer alan ve 4054 sayılı Kanuna aykırı olan, fiyat listeleri düzenlenmesine ve bunlara uymayanlar hakkında soruşturma açılmasına yönelik hükümlerin, söz konusu dernek tüzüklerinden çıkarılmasına karar verilmiştir. Tan’a göre bu karar, Rekabet Kurulu ile Danıştay’ın yaklaşımları arasındaki temel farklılığı açıkça ortaya koymaktadır. Tan 2004, s.58.

devralma” saymasıdır. Kurul, bir kararında²⁴⁵ TEDAŞ’a ait elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrini öngören Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile devralacak şirket arasında imzalanacak işletme hakkı devri sözleşmesini incelemiş ve bu “devir işlemi”ne koşullu olarak izin vermiştir. Başka bir kararında²⁴⁶ ise Kurul, GSM 1800 ihalesini kazanmış şirket ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanacak olan frekans tahsis lisansının verilmesini öngören imtiyaz sözleşmesini incelemeyen geçirmiş ve “izin verilmesinde herhangi bir sakınca olmadığına” karar vermiştir.

Selçuk, bu kararlarında Kurul’un, Kanunun kendisine tanıdığı sınırların dışına taşıdığı ve Kanuna hakim anlayışla ters düştüğünü ifade etmiştir.²⁴⁷ Kanımızca TEDAŞ (I) kararı isabetlidir, zira elektrik dağıtım tesisleri 1998/4 sayılı Tebliğ’in 2. maddesi anlamında birer “mal veya hizmet üretim birimleri” olup aynı madde uyarınca, özelleştirme yolu ile devirleri söz konusu Tebliğ’e tabidir. GSM 1800 kararında ise isabet bulunmamaktadır, zira burada bir birleşme veya devralmadan ziyade, ilgili Ulaştırma Bakanlığı’nın yaptığı bir inhisari hak tahsisi bulunmaktadır. Ne Ulaştırma Bakanlığı’nın teşebbüs olduğu, ne de yaptığı lisans verme faaliyetinin teşebbüs faaliyeti olduğu gerçeği karşısında (ki bunun teknik olarak Tebliğ’e tabi özelleştirme yoluyla bir birleşme veya devralma olduğu dahi söylenemez), teşebbüslerin birleşmesi veya teşebbüsler arası devralmayı düzenleyen 7. madde kapsamında bir inceleme yapılması isabetsiz bir uygulamadır.²⁴⁸

Kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarını incelerken Kurul’un gerçekleştirdiği başka bir uygulama ise, yasal dayanak araştırmak suretiyle yetki incelemesi yapmaktır. Kurul bazı kararlarında ilgili kuruluşun, rekabeti bozucu işlemi gerçekleştirmesinde yetkisinin olup olmadığına bakmaktadır. Yukarıda incelenen Bakacakadı Belediyesi kararında “Bu noktada, belediyelerin böyle bir yasal yetkilerinin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.” denilerek, yapılan inceleme sonucunda böyle bir yetkinin bulunmadığı belirtilmiştir. Yine TMMOB kararında “6235 sayılı Kanun’da TMMOB ve bağlı odalara asgari ücret belirleme yetkisini veren açık bir hükmün” bulunmadığı ifade edilmiştir.²⁴⁹

²⁴⁵ TEDAŞ (I) kararı (16.10.1998, 87/693-138)

²⁴⁶ GSM 1800 kararı (16.08.2000, 00-30/332-187)

²⁴⁷ Selçuk 2004, s.74.

²⁴⁸ Burada ifade edilen karşı bir görüş ise işletme hakkı devri, imtiyaz sözleşmesi veya lisans vb. yöntemlerin, özelleştirme yoluyla yapılan devralma niteliğini taşıması sonucu Kurul’un denetimine tabi olmasıdır. Bu görüş için bkz. BÜLBÜL M.O. (2007), Doğal Gaz Piyasasında Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:77, Ankara, s.74.

²⁴⁹ TEB’in yetkisinin incelendiği bir karar için bkz. TEB (I) kararı (04.11.2004, 04-70/1012-247)

Ancak yetki incelemesiyle ilgili başka kararlarında, Kurul farklı sonuçlara ulaşmıştır. Sağlık Bakanlığı'nın sadece Türk Sağlık Eğitim Vakfı'na "hologramlı shrink" üretimi yetkisi vererek, hakim durum yaratması iddiası sonucu Bakanlığın, "181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'dan kaynaklanan yetkilerini aştığı iddiasının muhatabının Kurum olmadığına" karar verilmiştir.^{250 251} Buna karşın yukarıda değinilen başka bir kararda, birliğin işyeri hekimleri için ayrı asgari ücret tarifesi düzenlemesi karşısında "kanunla kendisine verilen yetkinin aşıldığı"na karar verilmiştir.²⁵² Böylece Kurul, aynı konuyla ilgili birbiriyle çelişik kararlar vermiştir.

Danıştay bir kararında "teşebbüs faaliyetlerinin mevzuata uygun olup olmadığının hukuki denetimi görevi idari makamlara ve yargı mercilerine ait olduğundan, bu konularda 4054 sayılı Kanuna uyulmadığı gerekçesiyle yaptırım uygulanamayacağı kuşkusuzdur." diyerek Kurul'un yetki incelemesi yapmasını isabetsiz bulmuştur.²⁵³ Doktrinde de kamu kuruluşlarının kendilerine verilen yetkileri kullanmalarının Kurul'un değil, Danıştay'ın denetim yetkisinde olması gerektiği ifade edilmektedir.²⁵⁴

²⁵⁰ Promodirekt kararı (22.11.2001, 01-56/562-133)

²⁵¹ Benzer şekilde Kurul'un TFF & Digitürk kararında, TFF'nin Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi müsabakalarının yayını için yayıncı kuruluş ile sözleşme imzalaması ve bu sözleşmede bir münhasırlık unsurunun bulunması iddiaları sonucu Kurul, böyle bir münhasırlık kaydının konulup konulamayacağı değerlendirirken TFF'nin bir düzenleyici işlemi olan "TFF Yayın Talimatı"nın böyle bir yetki vermesi karşısında "dayanağını doğrudan Yayın Talimatı'ndan alan söz konusu düzenlemeye 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında müdahale edilmesi mümkün görünmemektedir. Yayın Talimatı'nın bazı hükümlerinin içerik ve kapsam bakımından 3813 sayılı Kanun ile TFF'ye verilmiş olan yetkilerin kapsamında olup olmadığı ise Rekabet Kurumu tarafından çözüme kavuşturulabilecek bir konu değildir." diyerek "Sözleşmede yer alan münhasırlık konusunun TFF tarafından 3813 sayılı Kanuna istinaden yayımlanan ve bir idari işlem niteliğinde olan Yayın Talimatı'na dayanması... karşısında 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlalin var olduğunun ileri sürülemeyeceği" karar vermiştir. (28.08.2002, 02-50/636-258) Bu kararda, TFF & TeleOn kararının aksine, TFF'nin teşebbüs kabul edildiğine dair bir değerlendirmeye yer verilmemiş, daha çok yapılan işlem hakkında bir değerlendirme yapılmıştır. Halbuki her iki kararda da TFF ile yayıncı kuruluş arasında imzalanan sözleşmenin futbol müsabakalarının yayınına yönelik olmasına rağmen, bu sözleşme TeleOn kararında "4054 sayılı Kanunun uygulama alanında" kabul edilmiş, Digitürk kararında ise bu sözleşmeye "4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında müdahale edilmesi mümkün görünmemektedir." denilerek, birbiriyle çelişkili sonuçlara varılmıştır.

²⁵² TTB (II) kararı (13.11.2003, 03-73/876 (c)-376)

²⁵³ 09.03.2004 tarih ve E.2001/4801 ve K.2004/2386 sayılı Danıştay 10.Daire kararı. Kararın sonuç kısmında ise Danıştay "TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde sürşarjla ilgili alınan kararın ve bu kararlar ilgili olarak verilen cezanın onaylanması uygulamasının, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında bir ihlal olduğuna ilişkin kısmı yönünden oyçokluğu ile iptaline" karar vermiştir.

²⁵⁴ Aslan 2005, s. 59.

Birbirinden farklı tüm bu uygulamaların sonucunda kanımızca, kamu kuruluşlarının rekabet ihlalleri açısından yaşanan sıkıntıların en temel nedeni, Rekabet Kurulu'nun bunlar hakkında karar verirken daha önceden verdiği kararları dikkate almaması, bu yüzden de birbirleriyle çelişen kararların ortaya çıkmasıdır. Eğer Kurul, bunlar hakkında somut olayla sınırlı olmayan ortak bir uygulama ve kararlı bir tutum sergilerse, rekabeti bozucu davranışların kaynağının neler olduğu daha net ortaya çıkacak ve bunlara karşı yasama organı gerekli değişiklikleri yapabilecek ve yargı organları, ülke genelinde uygulama birliğini sağlamak üzere yerleşik içtihatlar oluşturabileceklerdir.

3.2.4.2. Çözüm Önerileri

3.2.4.2.1. 4054 Sayılı Kanun İle Uyumsuz Mevzuatın Düzeltilmesi

Kamu kuruluşlarına piyasaya müdahale olanağı veren hukuki düzenlemelerin, devletçi politikaların izlendiği dönemde çıkarılmış, çoğu eski tarihli yasalardan kaynaklandığı dikkate alınırca,²⁵⁵ bunların değiştirilerek 4054 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekecektir.²⁵⁶ Zira durum bu iken, kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerinde yaşanan sorunlara *de lege lata* bir çözüm bulmak mümkün görünmemektedir.

İnan “*Mesela bir devlet kuruluşuna pazarda işlem gören bir ürünün fiyatını belirleme yetkisi verilmişse, tabii bu kural önce uygulanacaktır. Bunun fiyat belirleme olduğu açıktır, ancak yapacak bir şey yoktur*” dedikten sonra çözümü, “*Yapılacak iş, bunun rekabet politikasına uygunluğunun saptayıp rekabet kurulu açısından devlete ya da hükümete gereken önerileri*” götürmek olarak belirlemiştir.²⁵⁷

Arz miktarı, fiyat ve kalite gibi ekonomik parametrelerin Bakanlar Kurulu, bakanlık, belediye gibi ekonomik hayatta doğrudan faaliyet göstermeyen kamu kuruluşları tarafından belirlenmesini öngören veya piyasaya giriş engeli yaratan ya da başka bir suretle rekabet ihlallerine yol açan yasal düzenlemelerin değiştirilmesi,²⁵⁸ hem kamu kuruluşlarına karşı 4054 sayılı Kanun kapsamında

²⁵⁵ Eğerci 2005, s.33.

²⁵⁶ Mevzuatta yer alan ve 4054 sayılı Kanun ile uyumsuz birtakım yasal ve idari düzenlemeleri gösteren bir çalışma için bkz. “*Rekabet Kulları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi*” Rekabet Dergisi, Sayı:9, Ankara 2002.

²⁵⁷ İnan 1999, s.12.

²⁵⁸ Rekabet Kurumu'nun 2. Yıllık Raporu'nda rekabeti bozucu nitelik taşıyan asgari ücret tarifeleri ile ilgili olarak “*serbest meslek mensupları arasında rekabeti ortadan kaldıran... kaynağını bir yasadan alan düzenlemeler için süratle söz konusu yasaların değiştirilmesi yoluna gidilmelidir.*” denilerek, Kurul tarafından da bu çözüm yolunun benimsendiği ileri sürülebilir. Rekabet Kurumu (2000), s.24.

işlem yapılamayan durumların azalmasında, hem de 4054 sayılı Kanun ile bu Kanunla uyumsuz mevzuat arasında özel kanun-genel kanun tartışmasının sona erdirilmesinde yarar sağlayacaktır.²⁵⁹

Kanımızca sorunun genel kanun, özel kanun ilişkisi ile çözülmeye çalışılması, yetersiz sonuçlar vermesi kadar bizzat bu düşüncenin kendisi sorunlara yol açmaktadır. İki norm arasında çatışma gerçekleştiği zaman sonraki özel kanunun, önceki genel kanununun ilgili hükmünü zimnen yürürlükten kaldırdığı kabul edilse bile, rekabeti bozucu hükümler içeren kanunlar karşısında 4054 sayılı Kanunun genel kanun mu yoksa özel kanun mu olduğu sorununa ek olarak,²⁶⁰ 4054 sayılı Kanun kapsamında olmayan ancak rekabeti bozucu sonuçlara yol açan kanunlar veya diğer düzenlemeler için de bir çözüm yolu bulunamayacaktır.²⁶¹

3.2.4.2.2. Kurul'un Görüş Bildirmesi

4054 sayılı Kanun uyarınca, Devletin yasa ve diğer mevzuatla veya yürütme organı olan Bakanlar Kurulu kararları ile rekabeti bozucu uygulamalarda bulunması halinde Rekabet Kurulu'nun, Kanun'un 27 nci maddesinin (g) bendi uyarınca ilgili mevzuatta değişiklik yapılmasını bildirme görevi bulunmaktadır.²⁶² Kurul, görüşlerini yasal veya idari düzenlemelerin hazırlık aşamasında doğrudan veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine de bildirebilmektedir.

Kurul'un görüş bildirme yetkisini kullanması rekabeti bozucu etki doğuran kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğlerin vb. değiştirilmesi bakımından olumlu bir gelişme olacağı kadar, bu yetkinin soruşturma kapsamında da

²⁵⁹ Bu tartışma için bkz. İnan 1999, s.20 v.d; Özden 2004, s.64-67; Aslan 2006, s.33 v.d. Kanımızca bu tartışma Türk rekabet hukukuna özgü olup, AT uygulamasında AT hukukunun üye devletlerin hukukuna üstünlüğü ilkesinin (*supremacy*) bir sonucu olarak, Roma Antlaşması'nın rekabet kurallarının uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

²⁶⁰ Örneğin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına asgari ücret tarifesi hazırlama yetkisi veren yukarıda sayılan birçok kanunun 4054 sayılı Kanundan önce çıkarılmasına rağmen, kanımızca 4054 sayılı Kanun karşısında özel kanun olması sonucu, 4054 sayılı Kanun ile bu kanunlar arasındaki uyumsuzluğun bu yolla giderilmesi mümkün olmayacaktır.

²⁶¹ Örneğin 233 sayılı KHK ile Bakanlar Kurulu'nun kamu iktisadi teşebbüslerinin ürettiği mal veya hizmetlerin fiyatını belirleme yetkisi, Bakanlar Kurulu'na tanınan bir kamusal yetki olduğundan 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınamayacak, ancak bu durum fiyatların maliyetlerin altında belirlenmesi halinde piyasada rekabetin bozulması sonucunu değiştirmeyecektir. Söz konusu düzenlemenin bir KHK olmasının yanı sıra, 4054 sayılı Kanundan önce çıkarılması sonucu, bu iki düzenlemenin arasındaki uyumsuzluğun bu yolla giderilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kendi içinde sorunlar barındıran özel kanun-genel kanun uygulamasının, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirerek piyasada olumsuz sonuçlar yaratmaları gibi son derece önemli bir soruna çözüm olmakta yetersiz olduğu ortadadır.

²⁶² Rekabet Kurumu (2003), s.97.

kullanılabilmesi sonucu,²⁶³ rekabet ihlali gerçekleştiren kamu kuruluşları bu durumun farkına varabilecek ve bu davranışlarına son verebileceklerdir. Bu bağlamda Kurul'un, bağımsız idari otoritelerin çıkardıkları bazı düzenleyici işlemlerin, rekabeti bozucu etkiler doğurabilecek nitelikte olması sonucu ilgili kamu kuruluşuna görüş bildirmesiyle birlikte, söz konusu düzenlemenin değiştirildiği görülmektedir.²⁶⁴

Çoğu kararında Rekabet Kurulu'nun, rekabeti ihlal eden kamu teşebbüslerine veya kamu kuruluşlarına; ihlale nasıl son verilip, rekabet ortamının ne şekilde tesis edileceği hakkında görüş bildirmesi sonucu, rekabet ihlalinin sona erdirildiğine de rastlanmaktadır. Nitekim Kurul'un BELKO'ya ilişkin olarak görüş bildirdiği Ankara Valiliği Hıfzıssıhha Kurulu, Rekabet Kurulu görüşü doğrultusunda 02.11.2001 tarihli kararıyla, daha önce yaptığı idari işlemi geri alarak kömür satışında BELKO'nun sahip olduğu tekeli ortadan kaldırmıştır.²⁶⁵

3.2.4.2.3. Kurul'un İdari Yargıda İptal Davası Açabilmesi

Kurul'un bazı kararlarında, kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarının kaynağının bir düzenleyici veya bireysel idari işlem olabildiği görülmektedir. Bu taktirde kendisi bir idari organ olan Rekabet Kurumu'nun, başka bir idari organın düzenleyici veya bireysel idari işlemi iptal etmesi veya başka bir yolla ortadan kaldırması söz konusu olamaz. Ancak bu durum karşısında, piyasada gerçekleşen rekabeti bozucu etkiler giderilemeyecektir.

Burada yapılması gereken, 4054 sayılı Kanuna aykırı bir düzenleyici veya bireysel idari işleme karşı idari yargıda iptal davası açarak, söz konusu düzenlemenin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Doktrinde, Kurul'un idari yargıda iptal davası açmak için İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca "menfaati" olup olmadığı konusunda duraksama yaşanmaktadır.²⁶⁶ Aslan'a göre

²⁶³ 4054 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre "Kurul... bu Kanunun 4, 6 ve 7 inci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir."

²⁶⁴ Bkz dn. [220](#)

²⁶⁵ Rekabet Kurumu (2001), 3.Yıllık Rapor, Ankara, s.45. Ayrıca bkz. "Belko Tekeli Kırılıyor" 05.11.2001 tarihli Sabah gazetesi.

²⁶⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 maddesinin (a) bendine göre "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve makat yönlerinden dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından" iptal davası açılacaktır. Bu ibareden "menfaati olma" koşulunun, iptal davası açılabilmesi için bir dava şartı olduğu anlaşılmaktadır. Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK Ş. ve TAN, T. (2003), İdare Hukuku Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s.337 v.d.

Kurul'un, bir idari işlemin 4054 sayılı Kanuna aykırılığının giderilmesi nedeniyle iptali için dava açmaya yetkili olup olmadığı tartışmalıdır.²⁶⁷ Gürzumar ise Kurul'un, temsil ettiği menfaat kıstası bakımından, kamusal menfaate dayanarak Danıştay'da iptal davası açabilmesinin mümkün olması gerektiğini ileri sürmüştür.²⁶⁸

Uygulamada Kurum'un iptal davası açtığına rastlanmaktadır. Rekabet Kurumu, yukarıda incelenen TMMOB'ye asgari ücret tarifesi hazırlama yetkisi veren düzenleyici işlem niteliğindeki "Mimarlık Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliği"nin bazı hükümlerinin iptali için Danıştay'da dava açarak,²⁶⁹ yasal dayanağı bulunmayan ilgili yönetmelik hükümlerinin, 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini istemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi, Kurum'un 4054 sayılı Kanuna aykırı düzenlemelerin iptali istemiyle dava açmakta sübjektif ehliyetinin olduğuna kanaat getirmiş,²⁷⁰ ancak Danıştay "4054 sayılı Kanun hükümlerinin ihlali halinde yaptırım uygulama yetkisi bulunan Kurum'un, TMMOB'ce yapılan düzenlemelerin rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı olduğu ileri sürülerek iptalleri için dava açmakta ehliyeti bulunmamaktadır." diyerek davayı ehliyet yönünden oy çokluğu ile reddetmiştir.²⁷¹ Karara karşı oy yazan üyeler ise,

²⁶⁷ Aslan 2005, s. 60.

²⁶⁸ Gürzumar 2007, s.91. Benzer şekilde Eğerci de Kurum tarafından ilgili düzenlemeler aleyhine, 4054 sayılı Kanuna aykırı olduklarından bahisle iptal davası açılmasına engel bir durum bulunmadığını ifade etmiştir. Eğerci 2005, s.275.

²⁶⁹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1 fıkrasının (c) bendine göre "Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere" karşı açılacak iptal davaları, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür.

²⁷⁰ "İptal davalarındaki sübjektif ehliyet koşulu, doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorundur. Dolayısıyla sübjektif ehliyet koşulunun, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir... Ayrıca iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağladığından, bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir... Rekabet Kurumu'nun... doğrudan dava açma konusunda, sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle... dava açmasının mümkün olması gereklidir."

²⁷¹ 16.11.2007 tarih ve E.2007/10830, K. 2007/7326 sayılı Danıştay 13.Daire kararı. Rekabet Kurumu, 13. Dairenin bu kararını 07.01.2008 tarihinde temyiz etmiş, ancak çalışmamızın hazırlandığı sırada dosyanın görülmesine İdari Dava Daireleri Genel Kurulu nezdinde devam edildiğinden, söz konusu karar henüz kesinleşmemiştir.

tetkik hakiminin düşüncesindeki gerekçelere de uygun olarak, Kurum'un dava açma ehliyetinin bulunduğunu ileri sürmüştür.²⁷²

Kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarının dayanağının düzenleyici veya bireysel idari işlemler olması karşısında, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılamaması ve konunun kendi önüne gelmesi sonucu, Danıştay'a da görev düşecektir. Başka bir deyişle, kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerinin önlenmesinde Danıştay da, en az Kurul kadar aktif rol üstlenmeli ve çözümün bir parçası olmalıdır.²⁷³ ²⁷⁴ Örneğin bu durumda Danıştay, 4054 sayılı Kanuna uygun bir çözüm yolu geliştirebilir.

Ancak bu karardan da açıkça ortaya çıktığı üzere, Kurum'un dava açarak, 4054 sayılı Kanuna aykırı olarak rekabeti bozucu sonuçlar yaratan düzenleyici veya bireysel idari işlemlerin iptalini sağlaması, *de lege lata* mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak, açık bir şekilde, Kurul'un iptal davası açmaya yetkili olduğu düzenlenmelidir.²⁷⁵

²⁷² "...rekabete aykırılığın tespiti halinde Kurum'a verilen görev ve yetkiler kapsamında gerekli idari yaptırımların uygulanması gerekmekte; bu durumda da, mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı davranışlara yönelik olarak gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasının sağlanması, bu piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişiminin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kurulan Rekabet Kurumu'nun, bu davada dava ehliyetinin bulunduğu anlaşılmaktadır... davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin karara katılmıyoruz."

²⁷³ Gürzumar, Kurul'un verdiği kararların ezici bir çoğunluğunun Danıştay'da usulşekil incelemesini aşmadığını, bu incelemeyi aşanların ezici çoğunluğunun ise Danıştay tarafından onandığını ileri sürmüştür; Türkiye'de maddi rekabet hukukunun genel normların somutlaştırılması suretiyle yaratılmasında Danıştay'ın rolünün ikinci planda kaldığını vurgulayarak Danıştay'ın Kurul kararlarını incelemesindeki mevcut durumunu yetersiz bulmuştur. Gürzumar 2007, s.111. Tan ise Danıştay kararlarında öne çıkanın, rekabetin korunmasından çok genel anlamda kamu düzeninin korunması olduğunu ifade etmiş ve kamu yararının varlığı halinde, rekabeti bozucu sonuçların ihmal edebileceğini ileri sürmüştür. Tan 2004, s.60. Dolayısıyla, Kurul kararlarının Danıştay incelemesi sırasında birtakım sorunlar yaşandığı görülmektedir. Kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerinin önlenmesi için yaşanan bu sorunların da çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

²⁷⁴ Ancak bu konuda olumsuz bir görüş olarak Rekabet Kurumu gibi bağımsız idari otoritelerin kararlarının Danıştay tarafından incelemesinin pek de sağlıklı olmayacağı ve bu durumun bu tür kuruluşların anlamını ortadan kaldıracağı da ifade edilmektedir. Ulusoy, rekabet ihlallerini Türkiye'de tespit etmeye en yetkili makamın Rekabet Kurulu olduğunu, bu konudaki bir kararın Danıştay'ın önüne geldiğinde Danıştay'ın esastan karar vermesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Eğerci 2005, s.295 dn. 970.

²⁷⁵ Kurul BBD-YAYSAT-BİRYAY (III) kararında, daha önce hakkında iki kez karar vermesine rağmen 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı nitelik taşıyan Ana sözleşme hükümlerinde bir değişiklik yapmayarak Kurul kararının gereğini yerine getirmek istemeyen BİRYAY hakkında "hukuki ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla... dava açma yoluna gidilmesine" karar

Hemen belirtelim, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 6. maddesinde “*Kurum, mal veya hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu etkiye sahip idari işlemleri veya düzenlemeleri tespit etmesi halinde, söz konusu işlemlerin veya düzenlemelerin bir kısmının veya tamamının iptali için yargı yoluna gidebilir.*” hükmü yer almaktadır. Tasarının bu haliyle yasalaşmasıyla Kurul’a, düzenleyici veya bireysel idari işlemlere karşı idare mahkemeleri veya Danıştay nezdinde açtığı iptal davalarında subjektif ehliyet tanınmış olacaktır.

3.2.4.2.4. Teşebbüs Tanımının Değiştirilmesi

Kamu kuruluşlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi sürecinde sorun yaşanmasına yol açan bir diğer neden de teşebbüs tanımından kaynaklanmaktadır. Esasen bu neden Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2002 Yılı İlerleme Raporu'nda da dile getirilmiştir.²⁷⁶

Selçuk, Kanunun kaleme alınış tarzında “*teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşma*”, “*bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması*” veya “*teşebbüslerin birleşmesi*” gibi ibarelere yer verildiğini, bu nedenle de kamu kuruluşlarının gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışlarda “*Bakanlık teşebbüs müdür değil midir?*” gibi gereksiz tartışmalara ve uygulamalara yol açabilme riski taşıdığını ve bunun bir faydasının da olmadığını ileri sürmüştür.²⁷⁷

vermiştir. (06.11.2002, 02-68/821-333) Kurul bu kararı uygulamaya geçirmiş ve kuruluş amacı 4054 sayılı Kanuna aykırı olan söz konusu teşebbüsün, butlanının tespit edilmesi için dava açmıştır. Davayı bakan Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi “*...davalı şirketin ana sözleşmesinin 4054 sayılı Kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu açık ve sabittir... MK m.47/2'de öngörülen “amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz” ve Borçlar Kanunu m.19/2'de kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağı temel norm olarak kabul edilmiştir.*” diyerek davayı kabul etmiş ve BİR-YAY'ın butlanının tespitine karar vermiştir. (18.06.2008, E.2007/96, K.2008/320) Kararı BİR-YAY temyiz etmiş; çalışmamızın hazırlandığı sırada dosyanın görülmesine Yargıtay nezdinde devam edildiğinden, söz konusu karar henüz kesinleşmemiştir. Böylece Rekabet Kurumu -karar henüz kesinleşmese de- adli yargıda açtığı bir dava ile 4054 sayılı Kanuna aykırı bir durumun ortadan kaldırılmasını sağlamıştır. Kanımızca idari yargıda da 4054 sayılı Kanuna aykırı durumların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla, Rekabet Kurumu'na subjektif ehliyet tanımak yerinde olacaktır.

²⁷⁶ “*Rekabet Kurumu, teşebbüs tanımını kamu kurumlarını da içine alacak şekilde daha geniş yorumlamalı ve taktir yetkisini, rekabet hükümlerini kamu tarafından kontrol edilen sektörlerde uygulayabilmek için daha fazla kullanmalıdır.*” Selçuk 2004, s.84, dn.73.

²⁷⁷ Selçuk 2004, s.75. Selçuk'un tespitlerinin isabetli olduğunu gösterir nitelikte Kurul'un DHMİ (I) ve DHMİ (II) kararlarında bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Devlet Hava Meydanları İşletmesi'nin (DHMİ) gerçekleştirdiği davranışların 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığı noktasında farklı sonuçlara ulaşılmıştır. 233 sayılı KHK'ya uygun olarak bir kamu iktisadi teşebbüsü olan DHMİ'nin, 4054 sayılı Kanuna tabi ve bağımsız karar verebilen bir teşebbüs

Çözüm olarak ise teşebbüs kavramındaki “kişi odaklı” inceleme yerine “eylem odaklı” bir incelemenin benimsenmesini önermiş, böylece davranışı gerçekleştiren kamu kuruluşunun “statüsünün tespiti” yerine, bu davranışın “etkilerinin tespiti” noktasına gelineceğini belirtmiştir.²⁷⁸ Dolayısıyla kamu kuruluşlarının davranışlarının da 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenebilmesi ve bunlara rekabeti bozucu nitelikte olduğu hallerde yaptırım uygulanabilmesi için teşebbüs tanımının tümünden kaldırılarak, olay bazında bir değerlendirme

olduğu vurgulanan DHMİ (I) kararına göre, AT hukuku terminolojisine de uygun olarak, “genel ekonomik menfaate yönelik hizmetler” bulunduğu ifade edilen DHMİ, “4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde bir teşebbüstür.” Bu kararda DHMİ tarafından düzenlenen “Yer Tahsis Tarife”si uyarınca DHMİ’nin eşit durumdaki alıcılara, aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı fiyat tarifeleri uygulayarak, “hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal edilebileceğine” karar verilmiş, ancak ceza verilmeyerek, DHMİ’nin söz konusu Tarifede yer alan bazı hükümlerde değişiklik yapmasına karar verilmiştir. DHMİ (I) kararı (04.07.2007, 07-56/668-231). İkinci kararda ise ilk karara göre çok farklı bir sonuca ulaşılmış ve “Esasen, Kurul tarafından alınan çeşitli kararlarda DHMİ 4054 sayılı Kanun kapsamında bir “teşebbüs” olarak kabul edilmiştir. Önceki Kurul kararlarındaki maddi unsurların tekrar ettiği vakalarda DHMİ’nin teşebbüs kabul edileceği muhakkaktır; ancak tetkik konusu somut vakada DHMİ bir teşebbüs olarak değil bir düzenleyici olarak rol oynamıştır.” denmiştir. Bu karara konu olan olay ise Ankara Esenboğa Havaalanı’nın Yap-İşlet-Devret yolu ile inşa edilmesine yönelik “Esenboğa Hava Limanı Yeni İç-Dış Hatlar Terminal Binası ve Mütemmimlerine Ait İhale Şartnamesi” ve ekindeki DHMİ tarifeleri uyarınca, otopark ücretinin bizzat DHMİ tarafından belirlenmesidir. Ayrıca kararda, Selçuk’un da ifade ettiği gibi Kanunun kaleme alınış tarzında ağırlıklı olan unsurun teşebbüs kavramı olduğu vurgulanmış ve “Öte yandan, idare olarak karar veren DHMİ ile TAV Esenboğa arasında akdedilen Sözleşme Kanun’un 4. maddesi kapsamında da değerlendirilemez. Zira anılan Kanun maddesi teşebbüsler arası anlaşmaları içermektedir.” denilmiştir. DHMİ (II) kararı (13.04.2009, 09-14/315-79) Aslında her iki kararda da DHMİ’nin, bir kamu iktisadi teşebbüsü olsa da, kamusal yetki kullanarak düzenlediği tarifeler bulunmasına rağmen, ilk kararda teşebbüs kabul edilip ikinci kararda ise böyle kabul edilmemesinde isabet bulunmamakta, her iki kararda da DHMİ’nin 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kararlarda DHMİ teşebbüs müdür, değil midir gibi gereksiz tartışmalar yapılmak durumunda kalmış ve Kurul, 4054 sayılı Kanunun kaleme alınış tarzının sonucu olarak, mevcut rekabet ihlalinin zarar gören ilgililerin durumunun ne olacağı konusunda bir çözüm getiremeden soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Esasen rekabet ihlalinin yol açtığı adil olmayan bu duruma DHMİ (II) kararının raportörleri de değinerek “Kati fiyatları belirleyen T.C. Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, (DHMİ)’nin ilgili hizmet pazarında hizmet pazarlayan bir birim olmaması nedeniyle bir teşebbüs olarak kabul edilmesinin 4054 sayılı Kanun’un ilkeleriyle uyumlu olmayacağı; ancak idari otorite tarafından belirlenen kati fiyatın gözle görülür şekilde ilgili hizmet piyasasında aksaklık oluşturduğu ve tüketici refahı kaybına neden olduğu” şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bu yüzden 4054 sayılı Kanundaki teşebbüs tanımının değiştirilmesi, hem kamu kuruluşlarının hem de bu iki karardan da görüldüğü üzere kamu teşebbüslerinin rekabet ihlallerinin önlenmesi ve ortaya çıkan gayri adil sonuçların giderilmesi açısından yerinde olacaktır.

²⁷⁸ Selçuk 2004, s. 75.

yapılması uygun bir çözüm olabilecektir. Mevaz AT hukuku uygulaması gibi, her somut olayın özelliklerine göre hareket etmek ve teşebbüs kavramını dar kalıba sokmamak uygun olacaktır.²⁷⁹

Bu değişikliğin kamusal yetkiyle yapılan rekabet ihllalleri önlemesi konusunda bir etkisi olmasa da, örneğin belediyenin 5395 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 15. maddesinin (p) bendi uyarınca toplu taşıma araçlarının bilet ve ücret tarifelerini belirlemesi, en azından kamu kuruluşlarının bizzat iktisadi hayatta yer alarak faaliyet göstermesi durumunda, örneğin belediyenin, bir belediye iktisadi teşebbüsü aracılığı ile değil de bizzat toplu taşıma hizmeti vermesi, olay bazında değerlendirilerek teşebbüs sayılması mümkün olacaktır.²⁸⁰

Yukarıda değinilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 1. maddesinde düzenlenen teşebbüs tanımının bu bağlamda bir çözüm getirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira tanımdaki tek farkın gerçek veya tüzel kişilik ibaresinin kaldırılması olduğundan, hukuken kamu tüzel kişiliği haiz kamu teşebbüsleri veya kamu kuruluşlarının Kanu nezdinde teşebbüs sayılmasında veya sayılmamasında bir etkisi olmayacaktır. Gerek mevcut halinin gerekse değişiklik öngören halinin kamu kuruluşlarını kapsayamaması; kamu teşebbüsleri açısından da esas sorunun, Taslakta aynen benimsenen, bağımsızlık unsuruyla ilgili olması sonucu, kanımızca kamu kesiminin rekabet ihllallerini önlemede yeni tanım da yetersiz kalacaktır.

²⁷⁹ Sanlı 2000, s.61 dn.176.

²⁸⁰ Yukarıda değinilen Kurul'un Pınarlı Belediyesi kararında (20.02.2003, 03-11/126-59) bu durum yaşanmıştır. Şikâyet dilekçesinde Pınarlı Belediyesi'nin belediyeye ait araçlar ile taşımacılık yaptığı ve yolcu bilet ücretlerini yetişkinler için 600.000TL'den 100.000 TL'ye; öğrenciler için ise 400.000TL'den 50.000TL'ye düşürmesi sonucu yıkıcı fiyat uyguladığı iddialarına yer verilmiştir. Raportörlerin görüşünde, söz konusu eylemin 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca incelenmesi için önaraştırma açılması gerektiği ifade edilmiş, Kurul tarafından yapılan değerlendirmede ise "*Dosya mevcudu bilgi ve belgeler çerçevesinde, Belediye'nin, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında bir "teşebbüs" olmaması dikkate alınarak, iddialara yönelik bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığı kanaatine*" varılmıştır. Böylece piyasada hizmet satan belediyenin yaptığı bu davranış, sırf 4054 sayılı Kanunun teşebbüs tanımına uymadığı gerekçesiyle- ki bu gerekçe de açıkça belirtilmemiş, hangi açıdan tanıma uymadığı örneğin bağımsız mı olmadığı yoksa ekonomik bütünlük sahibi mi olmadığı vb. dile getirilmemiştir- rekabet kuralları nezdinde değerlendirilmemiştir. Bu kararın mefhumu muhalifinden 4054 sayılı Kanunun mevcut teşebbüs tanımı olmasaydı, belediyenin bu eyleminden dolayı kanun kapsamında değerlendirilebileceği sonucu çıkmaktadır.

3.2.4.2.5. Düzenleyici Etki Analizi Uygulanması

Düzenleyici etki analizi²⁸¹ kamu kuruluşlarının başarılı politikalar geliştirmesi ve daha iyi düzenlemeler yapabilmesi için kilit bir araçtır. Düzenleyici müdahalelerle, ekonomik ve sosyal alanlarda daha iyi sonuçlara ve karar almada daha iyi süreçlere katkıda bulunabilir. Dolayısıyla düzenleyici etki analizi ile kanun, kanun hükmünde kararname, yönetmelik ile Başbakanlıkça uygun görülecek diğer düzenleyici işlemlerin niteliğinin artırılması²⁸² ve diğer düzenlemelerle tutarlı bir hale getirilmesi sağlanabilir.

İlk önce sorunun ve bu sorunun çözümü için hedeflerin belirlenmesi ile başlayan, alternatif çözüm yollarını gösteren, bunların etkilerini değerlendiren ve avantaj ve dezavantajlarını ortaya koyan, danışma ve katılım süreci içeren ve tüm bunların sonunda ortaya çıkan düzenleyici etki analiziyle, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirmesine yol açan düzenlemeler daha yürürlüğe girmeden engellenebilecektir.

²⁸¹ 2000 yılında Avrupa Konseyi Lizbon zirvesi ile başlatılan ‘Daha İyi Düzenleme Çalışmaları’na paralel olarak, ülkemizdeki düzenleyici çerçeveyi iyileştirmek, bakanlıklar ile diğer kamu kuruluşlarınca yapılacak düzenlemelerin kalite kontrolünü gerçekleştirmek gibi amaçlarla 2004 yılında ‘Daha İyi Düzenleme Çalışma Grubu’ oluşturulmuştur. TEPAV’ın eğitim konusunda danışmanlığını üstlendiği bu çalışma grubu, kamu kuruluşlarınca uygulanacak olan “Düzenleyici Etki Analizi Rehberi”ni oluşturmuş ve 03.04.2007 tarihli ve 26482 sayılı RG’de yayımlanan 2007/6 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile söz konusu rehber, mevzuatımızın bir parçası haline gelmiştir. Buna göre 17.02.2007 tarihinden itibaren hazırlanacak kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile Başbakanlıkça uygun görülecek diğer düzenleyici işlemler için Düzenleyici Etki Analizi yapılması öngörülmektedir. Ayrıca düzenleyici etki analizi uygulamasının hayata geçirilmesini temin etmek amacıyla 08.09.1992 tarihli ve 21339 sayılı RG’de yayımlanan “Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmelik Tasarılarının Hazırlanmasına İlişkin Esaslar Yönetmeliği”ni yürürlükten kaldırılmış ve yerine 17.02.2006 tarihli ve 26083 sayılı RG’de yayımlanan, düzenleyici etki analizi uygulamasını da içeren ve belli şartlarla yapılmasını zorunlu dahi tutan “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır. Söz konusu yönetmeliğin 3. maddesinde düzenleyici etki analizi “*Taslağın bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin ne olacağını göstermek üzere hazırlanan ön değerlendirme*” olarak tanımlanmış; 24. maddesinde de “*Yürürlüğe konulması hâlinde etkisinin on milyon YTL’yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname tasarıları için düzenleyici etki analizi yapılması*” zorunlu tutulmuştur. Bu Yönetmeliğin sadece bir maddesinin düzenleyici etki analizine ayrılması ve daha çok usul, yazım kuralları, atıflar gibi şekli unsurlara yer verilmesi sonucu, düzenleyici etki analizi uygulamasını asıl gösteren mevzuat, bu yönetmelikten sonra çıkarılan 2007/6 sayılı Genelge olmuştur.

²⁸² Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), Düzenleyici Etki Analizi Rehberi, 2004, s.2 Kaynak:

http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/Duzenleyici_Etki_Analizi_Rehberi.pdf

Erişim Tarihi: 13.04.2009.

Böylece, bir düzenleme yapılmadan önce 4054 sayılı Kanunun yasakladığı davranışlar dikkate alınıp buna göre bir değerlendirme yapıp, 4054 sayılı Kanun ile uyumsuz olası düzenlemeler önlenebilecektir. Örneğin kamusal yetkiye dayanarak gerçekleştirilen işlemlerin kaynağı olan düzenlemelere 4054 sayılı Kanun uyarınca müdahalede bulunulamaması bir sorun oluşturduğundan, bu sorunun belirlenmesinden sonra ikinci adım olarak, bu tür işlemleri içeren düzenlemeler yapmaktan kaçınmak veya kamu teşebbüslerinin kendi iradeleri ile karar almalarını sağlayacak düzenlemeler yapmak suretiyle, söz konusu soruna alternatif çözüm yolları getirilip daha iyi düzenlemeler yapılabilecektir.

Sonuç olarak, başta bağımsız idari otoriteler olmak üzere, ilgili tüm kamu kuruluşlarının, yasama ve idari düzenlemelerin yapılması sırasında Rekabet Kurumu ile işbirliği içinde olması gerekmektedir. Zira bu sayede kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışları önlenebileceği gibi, sadece rekabeti bozucu davranışları yasaklayan ve bu yasakların ihlal edilmesi halinde de rekabet örgütü tarafından yaptırım uygulanmasını öngören kurallardan başka, geniş anlamıyla devletin piyasalarda rekabeti sağlamaya ve korumaya yönelik olarak aldığı bütün önlemleri ve bu amaca yönelik düzenlemeleri ifade eden bir rekabet politikası da oluşturulmuş olacaktır.²⁸³

Hemen belirtelim, konu ile ilgili olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 6. maddesinde "*Mal veya hizmet piyasalarında rekabet koşullarını etkileyecek olan ya da kamu teşebbüslerine veya özel teşebbüslere imtiyazlar veren mevzuatın veya piyasaların düzenlenmesine ilişkin hükümler içeren kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik taslakları hakkında Kurum görüşünün alınması zorunludur.*" hükmü yer almaktadır. Kurum görüşünün bağlayıcı olup olmadığı ya da alınmaması halinde yaptırımının ne olacağı belirtilmese de, taslağın bu haliyle yasalaşması halinde; kanun, yönetmelik vb. taslaklarının, düzenleyici etki analizine göre oluşturulmalarına ek olarak, hazırlanmalarında Kurum'un da görüşü gerekecek, böylece Kurum'un da dahil olduğu düzenleme sürecinde 4054 sayılı Kanuna aykırı düzenlemeler daha yürürlüğe girmeden engellenebilecektir.²⁸⁴

²⁸³ AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000b), "Rekabet Hukuku ve Politikası", Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, s.101.

²⁸⁴ Ayrıca, düzenleyici etki analizinin yukarıda değinilen "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in 24. maddesine göre, yürürlüğe konulması hâlinde etkisinin on milyon YTL'yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için zorunlu tutulması karşısında, Taslağın bu miktarın altında kalan düzenlemeler için de Kurum'un görüşünü gerektirmesi, 4054 sayılı Kanuna aykırı düzenlemelerin engellenmesi hususunda etkili olacaktır.

SONUÇ

4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, 4054 sayılı Kanuna uyarınca yasaklanan davranışların ancak bir veya birden fazla 'teşebbüs' tarafından yapılması halinde Kanuna aykırı olacağıdır.

4054 sayılı Kanunda düzenlenen teşebbüs tanımında, lafzî itibariyle özel teşebbüs veya kamu teşebbüsü ayrımı yapılmamakta; Kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddesinde de, kamu teşebbüsleri ile ilgili herhangi bir ibare yer almamaktadır. Ancak 2. maddenin gerekçesinde kamu teşebbüslerinin mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösterirken rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını açık bir dille ifade etmiştir. Doktrinde de kamu teşebbüslerinin, tıpkı özel teşebbüsler gibi, rekabet hukuku kurallarına tabi olacağı konusunda bir duraksama olmayıp, yasal düzenleme ile fikir birliği içinde bulunduğu görülmektedir.

4054 sayılı Kanunun mehzazı olan Roma Antlaşması'nda, 4054 sayılı Kanunun aksine, teşebbüs tanımı yapılmamış; bu kavramın içinin doldurulması yargı kararları ve doktrine bırakılmıştır. ATAD'ın kararları sonucu, asıl önemli olanın teşebbüsün niteliği değil, yürüttüğü faaliyetler olduğu açıkça ifade edilmiştir. AT Hukuku uygulamasında kamu teşebbüsleri, özel veya inhisari hakka sahip teşebbüsler hatta teşebbüs faaliyetinde bulunan devlet organları dahi teşebbüs sayılarak Antlaşma hükümleriyle rekabet hukuku kurallarına tabi kılınmıştır. Buna tek istisna olarak, kamusal yetki kullanan devlet organları gösterilmiştir.

Devlet bir girişimci olarak, kamu iktisadi teşebbüsleri ve belediye iktisadi teşebbüsleri aracılığıyla mal ve hizmet piyasalarında faaliyette bulunmaktadır. Rekabet hukuku uygulaması açısından kamu teşebbüslerinin, kamu iktisadi teşebbüsü mü yoksa belediye iktisadi teşebbüsü mü olduğu önem taşımayıp, önemli olan teşebbüs niteliği taşıyıp taşımadıklarıdır

Ancak kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerine, çoğu zaman merkezi idare tarafından müdahalelerde bulunduğu görülmektedir. Bunun sonucu olarak, 4054 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan 'bağımsız karar verebilen' ibaresinin, lâfzî ve katı bir yorumla uygulanması sonucu kamu iktisadi teşebbüslerini neredeyse bütünüyle Kanun kapsamı dışında bırakabileceği ifade edilmiş, rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine uygulanamayacağını veya uygulanacağına ilişkin farklı görüşler doktrinde ileri sürülmüştür.

Kurul'un kamu teşebbüsleri hakkında verdiği kararlarında “*tek taraflı irade beyanı ile belirleyememe*”, “*serbestçe belirleyememe*” ve “*irade özgürlüğünü ortadan kaldırma*” gibi ibarelerin kullanılması sonucu kamu teşebbüslerine rekabet kurallarının uygulanması söz konusu olmayabilmektedir.

Kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışları, büyük ölçüde, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir. 6. madde ihlallerine kıyasla, Kanunun 4. maddesi açısından özellikle teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylem olmak üzere sınırlı bir ihlal görülmektedir. Teşebbüs birliği karar ve eylemleri açısından, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihlallere rastlanmaktadır. 7. madde ihlallerinin ise kamu teşebbüsleri tarafından gerçekleştirilmesi pratik olarak mümkün değildir.

Kamu teşebbüsleri ile ilgili verdiği kararlar sonucu, Kurul'un kamu teşebbüslerine rekabet kurallarını uygulamak konusunda çekingen davrandığı eleştirilmektedir. Kurul'un kamu teşebbüsleri ve kendisine özel veya inhisari haklar bahşedilmiş teşebbüsler hakkında resen harekete geçerek verdiği önaraştırma veya soruşturma kararlarına rastlanılmadığı gibi yapılan şikâyet ve başvuruların büyük çoğunluğu hakkında da Kurul, önaraştırma veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Kamu kuruluşları açısından ise yaptıkları işlem veya gerçekleştirdiği faaliyete bakılarak, teşebbüs veya teşebbüs birliği niteliğine sahip olup olmadığı, Kurul tarafından somut olayda incelenecek ve teşebbüs (veya teşebbüs birliği) olmadığına karar verildiği zaman, rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirmiş olsa bile ilgili kamu kuruluşunun herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Zira 4054 sayılı Kanun'un 4. 6. ve 7. maddelerinde hep “teşebbüs” ibaresi kullanılmakta olduğundan, ilgili kamu kuruluşu eğer teşebbüs kabul edilmemiş ise bu maddeler uygulama alanı bulamayacaktır.

Kararlarında, ekonomik faaliyetin varlığı halinde Kurul'un, kamu kuruluşlarını teşebbüs sayma eğiliminde olduğu görülmektedir. Ancak kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptıkları işlemlerin, 4054 sayılı Kanunun kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Kamusal yetki kullanılarak yapılan işlemlerin rekabeti bozucu etki doğurması durumunda, Kurul'un bu duruma yaklaşımı, haklı olarak, ilgili kamu kuruluşuna rekabet ihlaline son verilmesi hususunda 27. maddenin (g) bendi uyarınca görüş bildirmektir.

Kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerini incelerken, özellikle teşkilatını yeni oluşturduğu sırada verdiği kararlarında Kurul'un, “kamu hizmeti” veya “kamu yararı” gibi soyut ve sınırları belli olmayan nitelendirmelerde bulunarak,

bunları kararına dayanak olarak kullandığı görülmektedir. Kurul'un gerçekleştirdiği başka bir uygulama ise, yasal dayanak araştırmak suretiyle yetki incelemesi yapmaktır.

Rekabet Kurulu'nun özellikle kamu kuruluşları ile ilgili kararlarında birbirinden farklı uygulamalar benimsemesinin sonucunda, kamu kuruluşları rekabet ihlalleri açısından yaşanan sıkıntıların en temel nedeni Kurul'un bunlar hakkında karar verirken, daha önceden verdiği kararları dikkate almaması, bu yüzden de birbirleriyle çelişen kararların ortaya çıkmasıdır. Eğer Kurul, bunlar hakkında somut olayla sınırlı olmayan ortak bir uygulama ve kararlı bir tutum sergilerse, rekabeti bozucu davranışların kaynağının neler olduğu daha net ortaya çıkacak ve bunlara karşı yasama organı gerekli değişiklikleri yapabilecek ve yargı organları, ülke genelinde uygulama birliğini sağlamak üzere yerleşik içtihatlar oluşturabileceklerdir.

KAYNAKÇA

- AKERLOF, G. (1970), “The Market For ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.84, No:3
- AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- ARDIYOK, Ş. et al (2007), *Enerji Hukuku Cilt: 1 Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, Ekin Kitabevi, İstanbul
- ASLAN, İ. Y. (2006), *Rekabet Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa
- ASLAN, İ. Y. (2005), *Rekabet Hukuku, Teori Uygulama Mevzuat*, 3. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000a), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000b), “Rekabet Hukuku ve Politikası”, *Danıştay 137. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2002), “Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, Cilt: 1, Ankara
- CARLTON, D. W. ve PERLOFF, J. M. (2005), *Modern Industrial Organization*, Pearson Addison Wesley Press, 4th Edition, USA
- CARROLL, S. L. ve GASTON, R. J. (1981), “Occupational Restrictions and Quality of Service Received: Some Evidence”, *Southern Economic Journal*, Vol.47, No.4
- CRAIG, P. ve DE BURCA, G. (2003), *EU Law Texts Cases and Materials*, Oxford University Press, Great Britain
- ÇAKAL, R. (1996), *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları No: 2455, Ankara
- ÇAMLICA, B. (1999), “Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf Mıdır?”, *Rekabet Bülteni ESC Yayını*, Sayı:1, İstanbul

- DURAN, L. (1982), İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul
- EGE, Y. (2002), “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri”, Yasal Tekeller ve Rekabet, *Rekabet Dergisi* Sayı: 9, Ankara
- EĞERCİ, A. (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- ELÇİN, S. (2006), “Profesyonel Hizmet Faaliyetleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları Dünya Örnekleri”, *Rekabet Dergisi* Sayı: 25, Ankara
- FAULL, J. ve NIKPAY, A. (2007), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Second Edition, Great Britain
- GOYDER, D. G. (2003), *EC Competition Law*, 4th Edition, Oxford University Press, Great Britain
- GÖKDEMİR, B. (2008), Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleşme ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- GÖZLER, K. (2007), İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa
- GÖZÜBÜYÜK, Ş. ve TAN, T. (2004), İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara
- GÜNDAY, M. (2003), İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara
- GÜRZUMAR, O. (2007), “Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna”, Rekabet Kurumu 10.Yıl Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara
- GÜZEL, O. (2003), Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:30, Ankara
- İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Perşembe Konferansları Rekabet Kurumu Yayınları Sayı:1, Ankara
- KÖKSAL, T. (2001), “Avrupa Birliği Tam Üyelik Sürecinde Türkiye’de Devlet Yardımlarının Hukuki Çerçevesi”, *Rekabet Dergisi* Sayı:7, Ankara
- KÖKSAL, T. (2002), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- KUMCU E. (2008), Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

MUTLUER, K. (2007), Vergi Özel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul

OECD (2005), Competition Law and Policy in Turkey, OECD, Paris

ÖZDEN, M. (2004), Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:60, Ankara

ÖZKARABÜBER, M. M. (2003), Avrupa Birliği ve Türkiye’de Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara

REKABET KURUMU (2000), 2.Yıllık Rapor, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

REKABET KURUMU (2001), 3.Yıllık Rapor, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

REKABET KURUMU (2003), 5.Yıllık Rapor, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

SANLI, K. C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara

SELÇUK, İ. (2004), “Türk Rekabet Hukukunda Devlet Tekelleri ve Münhasır Haklar”, Rekabet Dergisi Sayı 18, Ankara

SIERRA, J. L.B. (1999), Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, Oxford University Press, Great Britain

TAN, T. (2000), “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, Rekabet Dergisi Sayı: 4, Ankara

TAN, T. (2004), “Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 2, İstanbul

TEPAV (2004), Düzenleyici Etki Analizi Rehberi, TEPAV Yayınları, Ankara

TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara

VISCUSI, W. K., HARRINGTON JR., J. E. ve VERNON, J. M. (2005)
Economics of Regulation and Antitrust, 4th Revised Edition, MIT Press, USA

Kararlar Dizini

Rekabet Kurulu

- Ankara Minibüsçüler Odası kararı (25.01.2000, 00-4/33-15)
- ASKİ kararı (13.03.2001, 01-12/114-29)
- Ayvalık Belediyesi kararı (14.09.2006, 06-63/856-246)
- Bakacakkadı Belediyesi kararı (12.06.2008, 08-39/511-187)
- BBD-YAYSAT-BİRYAY (III) kararı (06.11.2002, 02-68/821-333)
- BELKO kararı (06.04.2001, 01-17/150-39)
- BİAK kararı (04.03.1999, 99-13/99-40)
- BOTAŞ kararı (14.08.2008, 08-50/750-305)
- ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167)
- Data Teknik (Kamu İhalesi) kararı (03.12.1997, 41/269-19)
- DHMİ (I) kararı (04.07.2007, 07-56/668-231)
- DHMİ (II) kararı (13.04.2009, 09-14/315-79)
- Emekli Sandığı kararı (19.06.2003, 03-44/501-221)
- Elektrik Mühendisleri Odası kararı (19.02.1998, 53/384-44)
- ETİ Holding kararı (21.12.2000, 00-50/533-295)
- Gözlükçü Dernekleri kararı (31.08.2001, 01-42/424-107)
- GSM 1800 kararı (16.08.2000, 00-30/332-187)
- Hamidiye Su kararı (20.05.2008, 08-34/451-158)
- HAVAŞ kararı (03.03.1999, 99-12/89-31)
- İDO & Orsa kararı (29.04.1999, 99-21/169-88)
- İZULAŞ kararı (12.09.2000, 00-34/368-206)
- Özel Sürücü Kursları kararı (27.05.2003, 03-35/416-182)
- PETKİM kararı (17.08.1999, 99-38/404-260)
- Philip Morris ve JTI kararı (24.12.2002, 02-80/937-385)
- Pınarlı Belediyesi kararı (20.2.2003, 03-11/126-59)
- Promodirekt kararı (22.11.2001, 01-56/562-133)
- PTT kararı (30.01.2003, 03-07/74-29)
- SSK kararı (27.05.2003, 03-35/416-182)
- Süt kararı (19.01.2004, 04-05/54-15)
- Şeker Kurumu kararı (14.90.2006, 06-63/853-244)
- TBB kararı (01.08.2002, 02-46/563- 229)

- TCDD kararı (17.09.2003, 03-61/748-352)
- TDİ kararı (21.05.2002, 02-30/344-140)
- TEB (I) kararı (04.11.2004, 04-70/1012-247)
- TEB (II) kararı (02.11.2006, 06-79/1021-295)
- TEDAŞ (I) kararı (16.10.1998, 87/693-138)
- TEDAŞ (II) kararı (30.04.2002, 02-26/262-102)
- Telekomünikasyon Kurumu kararı (24.06.2004, 04-43/534-131)
- TESK (I) kararı (07.01.2005, 05-02/18-9)
- TESK (II) kararı (26.05.2006, 06-36/461-123)
- TFF & Digitürk kararı (28.08.2002, 02-50/636-258)
- TFF & TeleOn kararı (06.02.2001, 01-07/62-19)
- TMMOB (I) kararı (22.01.2002, 02-04/40-21)
- TMMOB (II) kararı (13.11.2003, 03-73/876 (d)-377)
- TMMOB (III) kararı (22.04.2009, 09-17/384-92)
- TMO kararı (14.08.2008, 08-50/720-280)
- TOBB kararı (20.05.1999, 99-24/217-130)
- TSE kararı (08.03.2002, 02-13/126-53)
- TŞOF kararı (03.03.1999, 99-12/91-33)
- TTAŞ & Eser Kablo Net kararı (10.02.2005, 05-10/81-30)
- TTAŞ & ISS (I) kararı (02.10.2002, 02-60/755-305)
- TTAŞ & ISS (II) kararı (05.01.2006, 06-02/47-8)
- TTAŞ & UMTH kararı (11.09.2008, 08-52/792-321)
- TTB (I) kararı (30.10.2003, 03-70/851-369)
- TTB (II) kararı (13.11.2003, 03-73/876 (c)-376)
- Turkcell & Telsim Arabağlantı kararı (25.10.2004, 04-68/976-236)
- TÜPRAŞ kararı (16.04.2002, 02-24/244-99)
- Türkiye Barolar Birliği kararı (13.11.2003, 03-73/876 (a)-374)
- Türkiye Dış Hekimleri Birliği kararı (13.11.2003, 03-73/876 (b)-375)
- Türkiye Sınai Kalkınma Bankası kararı (29.05.2001, 01-25/241-63)
- TÜRKŞEKER kararı (13.08.1998, 78/603-113)
- TÜRMOB kararı (13.11.2003, 03-73/876 (e)-378)
- TÜRSAB (I) kararı (17.12.2003, 03-80/967-397)
- TÜRSAB (II) kararı (22.06.2006, 06-45/572-156)

Anayasa Mahkemesi

- 21.09.2004 tarih ve E.2002/100, K.2004/109 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı
- 21.01.2007 tarih ve E.2005/95, K.2007/5 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

Danıştay

- 25.11.1996 tarih ve E.1995/6027, K.1996/7741 sayılı Danıştay 10.D kararı
- 15.12.1998 tarih ve E.1996/1467, K.1998/3085 sayılı Danıştay 5.D kararı
- 09.01.2001 tarih ve E.1999/1253, K. 2001/3 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 09.01.2001 tarih ve E.1999/2611, K.2001/4 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 05.02.2003 tarih ve E.2001/306, K.2003/424 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 12.11.2003 tarih ve E.2002/4495, K.2003/4374 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 05.12.2003 tarih ve E.2001/4817, K. 2003/4770 sayılı Danıştay 13. Daire kararı
- 09.03.2004 tarih ve E.2001/4801, K.2004/2386 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 10.10.2005 tarih ve E. 2005/1746, K. 2005/4934 sayılı Danıştay 13.Daire kararı
- 15.02.2006 tarih ve E.2005/7776, K.2006/999 sayılı Danıştay 13. Daire kararı
- 16.11.2007 tarih ve E.2007/10830, K. 2007/7326 sayılı Danıştay 13.Daire kararı
- 28.12.2007 tarih ve E. 2006/4598, K. 2007/9522 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

ATAD

- Commission v. Italy Case C-35/96 [1998] ECR I-3851
- Consorzio Industrie Faimmiferi (CIF) v. Autorità Garante Della Concorrenza del Mercato Case C-198/01 [1993] ECR-8055
- Corbeau v. The Régie des Postes Case C-320/91 [1993] ECR I-2533

- *Diego Cali v. Servizio Ecologici Porto di Genova (SPEG)* Case C-343/95 [1997] ECR I-1547
- *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB)* Case C-242/95 [1997] ECR I-04449
- *Joined Cases Commission and France v. Ladbroke Racing* C-359/95 [1997] ECR I-6265 and *Altair Chimica SpA v. ENEL Distribuzione SpA* Case C-207/01 [2003]
- *Joined Cases Christian Poucet v. Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Regionale du Lanquedoc- Roussillon* C-159/91 and *Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l' Assurance Vieillesse des Artisans* C-160/91 [1993] ECR at I-637
- *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macroton GmbH* Case C. 41/90 [1991] ECR I-1979
- *Ministère Public of Luxembourg v. Müller* Case C-10/71 [1971] ECR I-723
- *SAT v. Eurocontrol* Case C-364/92 [1994] ECR I-43
- *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission* Case C-8/72 [1972] ECR I-977

Komisyon

- *World Cup Tickets* OJ. L.136/31 [1992]

Amerikan Yüksek Mahkemesi

- *Goldfarb v. Virginia State Bar* 421 US 773 [1975]
- *Parker v. Brown* 317 US 341 [1943]

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ
THE SUMMARIES OF THE COMPETITION BOARD DECISIONS

(01.04.2009 - 30.06.2009)

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ**REKABET İHLALLERİ**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	09-14/289-69	Yazıcı üreten firmaların garanti koşulları ile rekabeti sınırlandırdıkları iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir	13.4.2009
2	09-14/292-70	Perakendecilik sektöründe faaliyet gösteren CarrefourSa Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş.'nin mobil telefon satışlarında yıkıcı fiyat uyguladığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir	13.4.2009
3	09-14/297-71	BBD Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Paz. ve Dağıtım A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlali ve BİRYAY Ana Sözleşmesi'ne ilişkin menfi tespit başvurusu ile ilgili olarak yürütülen soruşturmaya yönelik alınan 17.7.2000 tarih, 00-26/292-162 sayılı Kurul kararının davacılar yönüyle Danıştay kararları ile iptali üzerine konunun yeniden değerlendirilmesi sonucunda; dosya konusuna ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.	13.4.2009
4	09-14/298-72	BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş.'nin varlığının ve Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında yeni bir rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının incelenmesine yönelik olarak yürütülen soruşturma sonucunda alınan 6.11.2002 tarih, 02-68/821-333 sayılı Kurul kararı ile ilgili Danıştay kararları ertesi konunun davacılar yönüyle yeniden değerlendirilmesi sonucunda; dosya konusuna ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.	13.4.2009
5	09-14/304-75	Çorum il merkezinde faaliyet gösteren ekmek fabrikası ve fırınlarının Çorum Ekmek Dağıtım Pazarlama San. Tic. Ltd. Şti. vasıtasıyla 4054 sayılı Kanun'a aykırı davranışta bulunduğuna ilişkin iddiaları destekler nitelikte herhangi bir belge ya da bulguya rastlanmadığına, bu nedenle anılan teşebbüsler hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine karar verilmiştir	13.4.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
6	09-14/305-76	Johnson Diversey Kimya San. ve Tic. A.Ş.'nin Akman Dış Ticaret A.Ş. ile yapmış olduğu sözleşmeye uymayarak hakim durumunu kötüye kullandığı ve rekabeti sınırlayıcı eylemlerde bulunduğu iddiası ile yapılan başvuru üzerine verilen 06-44/542-144 sayılı Kurul kararı ile ilgili Danıştay 13. Dairesinin 28.10.2008 tarihli ve 2006/4215 E., 2008/7016 K. sayılı kararı ertesi dosyanın yeniden değerlendirilmesi sonucunda; Johnson Diversey Kimya San. ve Tic. A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	13.4.2009
7	09-14/315-79	Ankara Esenboğa Havaalanı otoparkında 27 saat süresince aracını park etmesi sonrasında şikayetçiden istenen bedelin yüksek olduğu iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	13.4.2009
8	09-16/373-87	Medical Measurement Systems B.V. ve ADS Elektronik Tıbbi Cihazlar İthalat İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin ürodinami cihaz ve sarf malzemeleri pazarında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettikleri iddiasına ilişkin olarak Medical Measurement Systems B.V. ve ADS Elektronik Tıbbi Cihazlar İthalat İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin ilgili pazarda hakim durumda bulunmadıklarına, bu nedenle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal etmediklerine, şikayetin reddine karar verilmiştir.	20.4.2009
9	09-16/374-88	Sanofi Aventis İlaçları Ltd. Şti.'nin ilaç dağıtım pazarında küçük ölçekli ecza depolarını pazar dışına çıkarmaya yönelik uygulamalarda bulunarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak Risedronate, Leflunomide, Enoxaparin Sodium, Amiodarone, Dacarbazine, Acetazolamide, Propranolol, Oxaliplatin, Rasburicase, Deflazacort, Griseofulvin, Telithromycin, Insulin Glargine, Methocarbamol, Pimozide, Acerpromazine, Riluzole, Vigabatrin, Levamisole, Amisulpride, Buserelin, Teicoplanin, Docetaxel, Clorazepic Acid, Articaine, Alfuzosin, Cefodizime etken maddeli ilaçlar pazarında hakim durumda bulunan Sanofi Aventis İlaçları Ltd. Şti.'nin Mart 2008 tarihinde yürürlüğe koyduğu satış koşulları aracılığıyla ilaç sektörünün toptan dağıtım aşamasındaki rekabeti bozduğuna ve bu nedenle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine; bu ihlalinden dolayı, adı geçen teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yer verilen hususlar dikkate alınmak suretiyle, 2008 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin taktiren binde beşi idari para cezası ile cezalandırılmasına ve ihlale konu uygulamalara son vermesine karar verilmiştir.	20.4.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
10	09-17/376-89	Eti Elektrometalurji A.Ş. tarafından üretilen karpit (kalsiyum karbür) ürününün fiyatının bir yıl içinde %100'ün üzerinde arttığı iddiasına ilişkin olarak adı geçen teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir bulguya ulaşılamadığına, bu nedenle adı geçen teşebbüs hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine karar verilmiştir.	22.4.2009
11	09-17/381-90	Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve hisselerinin tamamına sahip olduğu Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş.'nin baz istasyonlarının/kulelerinin kurulmasına ilişkin tarafı olduğu sözleşmelerde yer alan tek alıcıya sağlama yükümlülüğüne dair münhasırlık hükümlerinin ilgili piyasalarda rekabeti engelleyerek 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	22.4.2009
12	09-17/383-91	Nallıhan İpek Turizm Nakliyat ve Petrol Tic. Ltd. Şti. ve Han-Tur Turizm Nakliyat ve Tic. Ltd. Şti.'nin birbirlerinin karşılıklı acenteleri olmaları şeklindeki eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle adı geçen teşebbüslerin bu eylemlerine son vermelerini teminen aynı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince görüş yazısı gönderilmesi; işbu kararın tebliğinden itibaren 45 gün içinde yukarıda belirtilen ihlale son verilmesine yönelik işlemlerin yapılarak Rekabet Kurumuna tevsih edilmesi, aksi halde 4054 sayılı Kanun çerçevesinde haklarında işlem başlatılacağına taraflara bildirilmesi konusunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	22.4.2009
13	09-17/384-92	Mimarlar Odası tarafından mimarlık hizmetlerinin en az bedelinin hesaplanmasında kullanılan yöntemin rekabeti engeller nitelikte olduğu iddiası üzerine herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	22.4.2009
14	09-17/386-93	Kartepe Kayak Merkezi'nde yer alan Liftlerin (veya ski-pass) işletme hakkının tek bir seyahat acentasına verildiği ve bu acentanın da bu hizmeti günübirlik kayak turu düzenleyen diğer seyahat acentalarına fahiş fiyattan satarak pazardaki rekabeti engellediği iddiası ile ilgili olarak Ark Turizm Ltd. Şti. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	22.4.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
15	09-17/387-94	İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ)'nin eski adı Oyakbank olan ING Bank ile yaptığı anlaşma sonucunda diğer bankaların internet şubelerinden yapılan fatura ödemelerinde ve kendi internet sayfasından yapılan kredi kartı ile fatura ödeme işlemlerinde günlük ödenebilecek İSKİ faturası sayısını iki adet ile sınırladığı iddiası ile ilgili olarak İSKİ hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, İSKİ, ING Bank ve işletmeciler arasında kurulan "Yetkilendirilmiş İşletmeciler Fatura Tahsilat Sistemi"nin ve bu sistemin kurulması amacıyla İSKİ ve ING Bank arasında yapılan anlaşmanın 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında dikey ilişki olduğuna ve taraflar arasında yapılan sözleşmelerde yer verilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, süresinin 5 yılı aşmayacak şekilde belirlenmesi halinde anılan Tebliğ kapsamında muafiyetten yararlanacağına karar verilmiştir.	22.4.2009
16	09-20/400-96	D-Smart Mozaik İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ayrımcılık yapmak suretiyle rekabeti engellediği iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	29.4.2009
17	09-20/404-99	Tez-Tur Ltd. Şti ve Alkan Group Turizm İşletmeleri A.Ş arasında uyumlu eylem olduğu ve Türkiye'deki otellerle Alkan Group Turizm İşletmeleri arasında yapılan anlaşma ile Kazakistan menşeli turizm acentelerinin piyasa dışına çıkarıldıkları iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	29.4.2009
18	09-20/408-102	Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları A.Ş.'nin "yassı demir çelik" pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	29.4.2009
19	09-21/438-106	İzmir ili Ödemiş ilçesinde süt toplayıcılığı yapan bazı firmaların aralarında anlaşarak çiğ süt alım fiyatlarını tespit ettikleri iddiasına ilişkin olarak bu aşamada önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına; bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca aynı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma niteliğindeki her türlü eylemlerine son vermeleri, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağına bildirilmesi yönünde bahse konu teşebbüslere ve ayrıca Ödemiş Ticaret Borsasına görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	6.5.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
20	09-21/441-108	“Ankara İli Sürücü Olur Sağlık Raporu” ilgili pazarında faaliyet gösteren Özel Sincan Bilgi Tıp Merkezi (Genç Gama Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.) ve Umar Uzman Doktorlar Tıp Merkezi Ltd. Şti.’nin aynı pazarda faaliyet gösteren Özel Yeni Anıl Polikliniği, Özel Kızılay Mithatpaşa Polikliniği, Özel Başkent Sıhhiye Polikliniği, Özel Ziya Gökalp Polikliniği, Özel Yeni Dışkapı Polikliniği, Özel Ortadoğu Polikliniği, Özel Servet Ünsal Polikliniği ve Özel İlkiz Polikliniği ile birlikte açılan banka hesapları ile bir havuz oluşturarak pazar paylaşımında bulunmak ve fiyat tespiti yapmak şeklindeki eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan örneklerle uyumlu olduğuna ve yasak kapsamında rekabet ihlali oluşturduğuna; bu nedenle aynı Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, 2001 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirleri üzerinden % 2 oranında olmak üzere Özel Sincan Bilgi Tıp Merkezi (Genç Gama Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.)’ne ve Umar Uzman Doktorlar Tıp Merkezi Ltd. Şti. idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	6.5.2009
21	09-21/444-110	Bazı reçete gruplarının bölge eczacı odaları tarafından belirlenen sıra ve kotalar dahilinde eczaneler arasında paylaşılması uygulamasının 4054 sayılı Kanun’a aykırı olduğu iddiasına ilişkin olarak; Danıştay 10. Dairesinin 9.2.2009 tarih, E: 2008/11058 sayılı kararı karşısında, dosya kapsamındaki başvurularla ilgili herhangi bir işlem tesis edilmesine yer olmadığına ve başvuruların reddine; bununla birlikte, Danıştay 10. Dairesinde açılmış bulunan 2008/11058 E. numaralı davaya Kurumumuzun müdahil olarak katılmasına karar verilmiştir.	6.5.2009
22	09-21/446-111	Özen Film Filmcilik ve Sinemacılık A.Ş.’nin Diyarbakır Dilan Sinemaları’na bazı sinema filmlerini vermeyerek ve bu filmleri rakip firmalara vererek, sinema filmlerinin sinema salonlarında gösterimine yönelik dağıtım pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	6.5.2009
23	09-21/447-112	Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin Tüm İş+Ofis tarifesi kapsamında sabit hatlara doğru yapılan aramalar için Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin çağrı sonlandırma ücretlerinin dahi altında fiyatlandırma yaptığı iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	6.5.2009
24	09-22/455-113	Diyanet İşleri Başkanlığının hac ve umre seyahatleri organizasyonunda özel firmaları sıkıntıya sokacak şekilde haksız rekabet içinde bulunduğu ve Bakanlıklar arası Hac ve Umre Kurulunun kararına ilişkin TÜRİSAB uygulamasının rekabet ih-	13.5.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		lali yarattığı iddialarına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetlerin reddine karar verilmiştir.	
25	09-22/456-114	9-12 Nisan 2009 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenecek olan 11. Uluslararası Asansör Fuarı'na şikayetçi firmaların katılmalarının engellendiği iddiası ile ilgili olarak İFO Fuarcılık Hizmetleri A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	13.5.2009
26	09-22/457-115	Bimaş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş.'nin, Star Televizyon Hizmetleri A.Ş. ve Aks Televizyon Reklamcılık ve Filmcilik San. ve Tic. A.Ş. ile ve Ülke Televizyon Programcılık Reklam Film Yapım Yayın Pazarlama A.Ş. ile reklam yeri satışına ilişkin olarak yaptığı sözlü anlaşmalara menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini içeren bildirim formlarında anlaşmaların uygulanmasına yönelik olarak belirtilen ifadelerin, uygulamada bir süre için dahi belirtildiği şekliyle gerçekleşmemesi, dolayısıyla bildirimlerde yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi nedeniyle bildirimde bulunan Bimaş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş.'ne iki ayrı bildirim için ayrı ayrı olmak üzere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 2001/1 sayılı Tebliğ uyarınca İdari para cezası verilmesine; Danıştay 13. Dairesinin 25.11.2008 tarih ve 2006/2166 E., 2008/7425 K. sayılı ve 25.11.2008 tarih ve 2006/2167 E., 2008/7424 K. sayılı kararlarının temyiz edilmemesine karar verilmiştir.	13.5.2009
27	09-22/461-116	Kayseri il merkezinde konumlandırılmış billboardlara reklam verilmesi için yetkili firma olan Clear Channel Tanıtım ve İletişim A.Ş.'nin ve bu firmanın Kayseri şubesi olan Pozitif Medya Tanıtım ve İletişim Tic. Ltd. Şti.'nin alıcılar arasında ayrımcılık ve aşırı fiyatlandırma yaparak haksız kazanç elde ettiği iddiasına ilişkin olarak anılan şirketler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	13.5.2009
28	09-23/491-117	Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin bayileri ile yapmış olduğu sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eden hükümler içermesi ve anılan teşebbüsün bayilerin satış fiyatlarını belirlemeye yönelik girişimlerinin, rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine; bu nedenle; a) Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmasına, b) İdari para cezasının belirlenmesinde, ihlalin 2002 yılında da devam ediyor olması göz önüne alınarak, adı geçen teşebbüsün 2001 yılı cirosunun esas alınmasına,	20.5.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		c) Ceza hesaplamalarında; - İhlalin tekerrürünün ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmesine, - 20.5.2009 ihlalin kartel niteliğinde olmayıp, ilgili ürün pazarındaki tek bir firmanın bayileri ile yaptığı dikey anlaşmaları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi, söz konusu teşebbüsün soruşturma sürecinde Kurum ile işbirliği içinde olması nedenlerinin hafifletici unsurlar olarak kabul edilmesine, d) Bu çerçevede Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 2001 yılı cirosunun takdiren % 0,5 (binde beş)'i oranında idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	
29	09-23/492-118	Polaris Sigorta ve Reasürans Brokerlik Hizmetleri A.Ş., 2004 yılından bu yana Atateks Şirketler Grubu'nun (Atateks) sigorta brokerliğini yürütmekteyken, Atateks ile kredi ilişkisi içerisinde bulunan Garanti Bankası A.Ş.'nin Euroka Sigorta A.Ş. ile uyumlu eylem içerisinde hareket ederek, Atateks'i Euroka Sigorta A.Ş. için sigorta acenteliği hizmeti sunan Garanti Bankası A.Ş.'nin Merter Şubesi ile çalışmaya zorladığı ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	20.5.2009
30	09-23/493-119	Afyon ilinde faaliyet gösteren dersanelerin İl Milli Eğitim Müdürlüğü öncülüğünde anlaşma yaparak kurs fiyatlarını birlikte belirledikleri iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına; bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabet ihlali oluşturabilecek davranışlardan kaçınmaları gerektiği yönünde Afyon'da faaliyet gösteren özel dersanelere ve ayrıca Afyon İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne görüş yazısı gönderilmesi konusunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	20.5.2009
31	09-23/494-120	Aydın ilinde ÖSS'ye hazırlık kursu veren özel dersanelerin fiyat birliği yaparak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak Aydın ilinde ÖSS'ye hazırlık kursu veren özel dersaneler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, şikayet konusu uygulamalara ne şekilde son vereceklerine dair en geç 31 Mayıs 2009 tarihine kadar üyelerinin bilgilendirilmesine ve bunun 30 gün içerisinde Rekabet Kurumuna tevsik edilmesine, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağına bildirilmesine yönelik olarak Aydın Dersaneler Birliği Derneği (AYDERBİR)'ne görüş yazısı gönderilmesi; aynı yazının ayrıca	20.5.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		dernek üyelerine gönderilmesi hususunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	
32	09-25/521-122	Ankara-Anamur arasında faaliyet gösteren otobüs firmalarının kendi aralarında fiyat anlaşmaları yapmak suretiyle tek fiyat uygulamasına gittikleri iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, şikayet konusu uygulamalara ne şekilde son vereceklerine dair Ankara-Anamur arasında yolcu taşımacılığı yapan firmalara görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	27.5.2009
33	09-26/533-124	Meslek Birlikleri Ortak Lisanslama Birimi'nin Çivril Radyo ve Televizyonu Reklamcılık ve Yayıncılık A.Ş.'ye ayrımcı ve fahiş fiyat uyguladığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	3.6.2009
34	09-26/535-125	Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ve Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.'nin kontör dağıtım sistemleri aracılığıyla rekabet ihlali gerçekleştirdiği iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	3.6.2009
35	09-26/536-126	Perakende internet erişim hizmetleri pazarında, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'den talep edilen Veri Akış Erişimi teknolojisi ile erişim hizmetlerinin Superonline Uluslararası Elektronik Bilgilendirme Telekomünikasyon ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş.'ye sunulmasının reddedildiği iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	3.6.2009
36	09-26/537-127	Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından TNet A.Ş.'ye, diğer operatörlere sağlanmayan satış ve tahsilat hizmetlerinin sağlandığı iddiası ile ilgili olarak Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	3.6.2009
37	09-26/542-130	Bostancı İskelesi'nde şebeke suyu temininde hakim durumda bulunan Hamidiye Kaynak Suları San. Tur. ve Tic. A.Ş.'nin ayrımcı fiyat uyguladığının sabit olduğuna, deniz taşıtı ile tatlı su taşımacılığı hizmetinin sunulması esnasında yaşanan etkinsizlik sorununun çözümü doğrultusunda ilgili pazarda faal teşebbüslerin bir işbirliği kurmalarının gereklilik olduğuna ancak bu işbirliğinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin temel ilkelerini ihlal etmemesi	3.6.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		gerektiğine, S.S. Marmara Dökme Tatlı Su Temin Tevzi Kooperatifi'ne ve üyelerine, 2009 yılı başında uygulamaya koyduğu ancak ilgili Rapor'un hazırlandığı tarih itibarı ile uygulanmadığı anlaşılan ve "S.S. Marmara Dökme Tatlı Su Temin Tevzi Kooperatifi Yönetmeliği" olarak adlandırılan belgede yer alan ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuata aykırılık taşıyan maddelerin uygulamadan kaldırılmasına ve bundan sonra da bu nitelikte uygulamalardan kaçınılmasına, işbu kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde gerekli işlemlerin yapılarak Rekabet Kurumuna tevsik edilmesine, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağına bildirilmesine yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	
38	09-27/570-131	1-SATEL Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş ile DTV Haber ve Görsel Yayıncılık A.Ş.'nin kendilerine ait olan TV reklam yerlerinin satış fiyatları ile diğer satış koşullarını birlikte belirlemek, rakipleri olan SHOW TV adıyla yayın yapan AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik San. ve Tic. A.Ş.'nin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine; bu nedenle aynı Kanun'un 16. maddesinde yer verilen hususlar dikkate alınmak suretiyle; 2004 yılı gayrisafi gelirinin takdiren % 1'i oranında olmak üzere SATEL Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş.'ye, 1997 yılı gayrisafi gelirinin takdiren % 1'i oranında olmak üzere DTV Haber Görsel Yayıncılık A.Ş.'ye idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	11.6.2009
39	09-27/571-132	Konya ilinde faaliyet gösteren hazır beton üreticilerinin anlaşarak hazır beton fiyatını artırdıkları iddiası ile ilgili olarak Çalılıoğlu Beton Madencilik Akary. San. ve Tic. A.Ş., Erdiç Hazır Beton ve Mam. Nak. Ltd. Şti., Arslan Otomotiv San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Komyapı Hazır beton Prefabrik İnşaat Taahhüt San. ve Tic. A.Ş hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	11.6.2009
40	09-27/574-134	Sabancı Üniversitesinin yemekhane ve servis hizmetlerinde tekelleşme olduğu, bu nedenle yüksek fiyatlama yapıldığı iddiası ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	11.6.2009
41	09-27/575-135	Mey İçki San. ve Tic. A.Ş.'nin 10.9.2007 tarihli, 07-70/863-326 sayılı muafiyetin geri alınmasına dair Rekabet Kurulu Kararının gereğini yerine getirmediği ve rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştıran nitelikte davranışlarda bulunarak hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile ilgili olarak Mey İçki	11.6.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		San. Ve Tic. A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetlerin reddine karar verilmiştir.	
42	09-27/576-136	Erbaa-Ankara, Erbaa-Samsun ve Erbaa-Tokat arası yolcu taşımacılığı yapan Erova ve Erektaş otobüs işletmelerinin ortak hareket ederek dönüşümlü sefer düzenlemeleri sonucu, bu hatlardaki diğer otobüs ve minibüs firmaları ile tüketicilerin zarar gördüğü iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte, rekabet ihlali teşkil edebilecek davranışların sona erdirilmesini teminen 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Erbaa Otobüs İşletmesi ve Erektaş Otobüs İşletmesine görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.	11.6.2009
43	09-27/596-140	Kırıkkale Şehirlerarası Otobüs Terminali Yapma ve İşletme Birliği'nin il otogarında yer tahsis etmemek suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı ve Ankara-Kırıkkale hattında karayoluyla yolcu taşımacılığı pazarında rekabeti kısıtladığı iddiası ile ilgili olarak Kırıkkale Şehirlerarası Otobüs Terminali Yapma ve İşletme Birliği hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte Kırıkkale Şehirlerarası Otobüs Terminali Yapma ve İşletme Birliği'nin, Kırıkkale Valiliğince konuya ilişkin olarak 26.3.2009 tarihinde yayımlanan Yolcu Taşıma Yönergesinden kaynaklandığı anlaşılan rekabet ihlali teşkil edebilecek uygulamalarının sona erdirilmesini teminen adı geçen işletmeye 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmesine karar verilmiştir.	11.6.2009
44	09-28/600-141	Yassı demir çelik ürünleri pazarında 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğine ilişkin olarak; ArcelorMittal Grubu ile Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. arasındaki ArcelorMittal Ambalaj Çeliği San. ve Tic. A.Ş.'nin %25'lik hissesinin Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.'ye devrine ilişkin "Hisse Devir Anlaşması" ile ekindeki "Ticari Anlaşma" ve bu anlaşmalara ilişkin uygulamaların taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığına ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olduğuna, böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine; bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ArcelorMittal Ambalaj Çeliği San. ve Tic. A.Ş.'ye ve Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.'ye idari para cezası uygulanmasına, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca rekabetin tesisi için ArcelorMittal Ambalaj Çeliği San. ve Tic. A.Ş.'deki Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. hissedarlığına verilen taahhüt	16.6.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<p>çerçevesinde, gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren 12 ay içinde son verilerek durumun Rekabet Kurumuna tevsik edilmesi gerektiğinin ilgili teşebbüslere bildirilmesine; bu süre içerisinde rekabeti ortadan kaldıracı faaliyetlerden kaçınılmasına, aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca idari para cezası uygulanacağına ilgili teşebbüslere bildirilmesine,</p> <p>Önaraştırma ve soruşturma sürecinde yapılan incelemelerde ArcelorMittal FCE Çelik Ticaret A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılamaması nedeniyle ilgili teşebbüse idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına,</p> <p>Borusan Grubu ve ArcelorMittal Grubu tarafından ortaklaşa yönetilen ve bir ortak girişim şirketi olan Borçelik Çelik San. ve Tic. A.Ş.'de Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.'nin sahip olduğu %9,34 hissedarlığın, taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığına ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olduğuna, böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine; bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.'ye ve Borçelik Çelik San. ve Tic. A.Ş.'ye idari para cezası verilmesine,</p> <p>4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca rekabetin tesisi için Borçelik Çelik San. ve Tic. A.Ş.'deki Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. hissedarlığına verilen taahhüt çerçevesinde gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren 12 ay içinde son verilerek durumun Rekabet Kurumuna tevsik edilmesi gerektiğinin ilgili teşebbüslere bildirilmesine; bu süre içerisinde rekabeti ortadan kaldıracı faaliyetlerden kaçınılmasına, aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca idari para cezası uygulanacağına ilgili teşebbüslere bildirilmesine</p> <p>karar verilmiştir.</p>	
45	09-29/604-144	<p>Kayseri ilindeki Çay-Kur bayileri Özdörtler Gıda Tem. Mad. ve Med. İnş. Bilg. Tarım San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Kay-Çay Gıda ve İhr. Mad. Ltd. Şti.'nin bir araya gelerek kurdukları Erciyes Çay Gıda ve İht. Mad. San. Tic. Ltd. Şti. ile koordinasyon içerisinde Çay-Kur'un verdiği indirimleri uygulamayarak müşterilerini mağdur ettikleri iddiasına yönelik herhangi bir bulguya rastlanmadığına, bu nedenle anılan teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine; Çay-Kur'un Ankara, İzmir, Malatya, Kayseri, Mersin, Rize, Samsun ve Erzurum bölge müdürlüklerine bağlı illerdeki bayilerin bir araya gelerek</p>	18.6.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<ul style="list-style-type: none"> - Anka Çay Dağ. ve Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (Ankara Bölgesi) - Güneydoğu Çay Gıda Paz. Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (Malatya Bölgesi) - Doğu Anadolu Çay Rekl. ve Tanıtım Tic. Paz. A.Ş. (Erzurum Bölgesi) - Marmara Çay Gıda Paz. ve Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (İstanbul Bölgesi) - Özüm Ege Çay Gıda Paz. ve Basın Yayın Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (İzmir Bölgesi) - İç Anadolu Çay Gıda Paz. ve Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (Kayseri Bölgesi) - Doğu Karadeniz Çay Paz. ve Gıda Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (Mersin Bölgesi) - Ye-Kar Yeşil Karadeniz Çay Paz. ve Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (Rize Bölgesi) - Özde Karadeniz Çay Gıda Paz. ve Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. (Samsun Bölgesi) <p>unvanlı teşebbüsleri ve bu teşebbüslerin bir araya gelerek ÇAYTAŞ Gıda Paz. ve Rekl. Hizm. San. ve Tic. A.Ş. unvanlı teşebbüsü kurmaları işlemlerinin siyah çay toptan ticareti pazarında birbirleriyle rakip teşebbüsler olmaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı nitelikte işbirliği anlaşmaları olduğuna; bununla birlikte söz konusu işlemlere 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.</p>	
46	09-29/605-145	<p>Ankara'da faaliyet gösteren sürücü kurslarının kurmuş oldukları Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneği vasıtasıyla kurs fiyatlarını birlikte belirledikleri iddiası ile ilgili olarak Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneği hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunan sürücü kurslarının uygulayacakları kurs fiyatlarını belirlemeye ve sürücü kurslarının belirlenen fiyatların altında kursiyer kabul etmesini önlemeye yönelik her türlü eylemlerine son vermesi, bunun için gerekli işlemlerin işbu kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde yapılarak Rekabet Kurumuna tevsik edilmesi, aksi takdirde haklarında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem başlatılacağına bildirilmesi yönünde Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Birliği Derneğine 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmesi hususunda Başkanlığa yetki verilmesine karar verilmiştir.</p>	18.6.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
47	09-29/607-146	Mazda Motor A.Ş.'nin münhasır bölge içinde başka bayi atamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak Mazda Motor A.Ş hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı, şikayetin reddine karar verilmiştir.	18.6.2009
48	09-29/608-147	Anadolu Sigorta A.Ş., Aksigorta A.Ş., Allianz Sigorta A.Ş., Başak Groupama Sigorta A.Ş., Güneş Sigorta A.Ş., Ankara Sigorta A.Ş., Birlik Sigorta A.Ş., HDI Sigorta A.Ş., AIG Sigorta A.Ş. ve Aviva Sigorta A.Ş. unvanlı sigorta şirketlerinin kasko sigortası kapsamında sundukları mini hasar onarımı hizmetini münhasıran AutoKing markasıyla faaliyet gösteren Beken Otomotiv San. Tic. A.Ş.'den almaları sonucu söz konusu şirketin piyasada tekel konumuna geldiği, CNK Ticaret Ltd. Şti.'nin rekabete aykırı bir şekilde piyasa dışına itildiği ve piyasaya girişlerin engellendiği iddiası ile CNK Ticaret Ltd. Şti.'nin Yapı Kredi Sigorta A.Ş. ve Doğu Otomotiv Pazarlama ve Ticaret A.Ş. ile imzalamış olduğu mobil tampon ve plastik parça onarımı sözleşmelerini söz konusu teşebbüslerin feshetmesi ile pazar dışına itildiği iddiasına ilişkin olarak; 1- a) Kasko sigortası kapsamında mini hasar onarımı hizmetini, Anadolu Sigorta A.Ş., Aksigorta A.Ş., Allianz Sigorta A.Ş., Başak Groupama Sigorta A.Ş., Güneş Sigorta A.Ş., Ankara Sigorta A.Ş., Birlik Sigorta A.Ş., HDI Sigorta A.Ş., AIG Sigorta A.Ş. ve Aviva Sigorta A.Ş.'nin münhasıran Beken Otomotiv San. Tic. A.Ş.'den almaları sonucu; <ul style="list-style-type: none"> - söz konusu şirketin piyasada tekel konumuna geldiği, - CNK Ticaret Ltd. Şti.'nin piyasa dışına itildiği ve - piyasaya girişlerin engellendiği iddialarının gerçeği yansıtmadığına, b) - CNK Ticaret Ltd. Şti. ile Yapı Kredi Sigorta A.Ş. arasındaki "Mobil Tampon ve Plastik Parça Onarımı" hizmetine ilişkin sözleşmenin Yapı Kredi Sigorta tarafından sebepsiz bir şekilde feshedildiği, <ul style="list-style-type: none"> - CNK Ticaret Ltd. Şti. ile Doğu Otomotiv Pazarlama ve Ticaret A.Ş. arasında mobil parça onarımına ilişkin bir anlaşma bulunmasına rağmen Doğu Otomotiv servislerine gelen hasarlı parçaların sigorta şirketi eksperleri tarafından belli onarım firmalarına tamir ettirildiği ve bu suretle CNK Ticaret Ltd. Şti.'nin pazar dışına itildiği iddialarının 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına, c) Kasko sigortacılığı alanında faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında anlaşma veya uyumlu eylemleri sonucu mini hasar onarımı hizmetlerinde rekabeti engellediği iddiasına ilişkin herhangi bir belgeye ulaşılamadığına, d) Beken Otomotiv San. Tic. A.Ş.'nin ilgili pazarda hakim durumda olmadığı ve dolayısıyla Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmediğine,	18.6.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<p>bu nedenle anılan teşebbüsler hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine;</p> <p>2- a) Kasko sigortası kapsamında mini hasar onarımı hizmeti satın alan 15 sigorta şirketi ile Beken Otomotiv San. Tic. A.Ş. arasında "mini hasar onarımı" hizmetine ilişkin yapılan dikey anlaşmaların,</p> <ul style="list-style-type: none"> - sözleşmelerde yer almasa dahi uygulamasında oluşan münhasır satın alma nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte olduğuna, - söz konusu dolaylı rekabet etmeme yükümlülüğü nedeniyle 2005/4 sayılı "Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında grup muafiyetinden yararlanmadığına, <p>b) ancak söz konusu anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.</p>	
49	09-29/632-148	Fida Film Yapım Dağıtım ve Reklamcılık A.Ş.'nin tüm büyük sinema salonu grupları ile münhasır sözleşmeler akdederek pazarın yaklaşık %80'ini kapadığı iddiası ile ilgili olarak Fida Film Yapım Dağıtım ve Reklamcılık A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.	18.6.2009
50	09-30/637-150	Yeni binek otomobil ve hafif ticari araç üreticisi ve dağıtıcısı teşebbüslerin ÖTV indirimi sonrasında birlikte hareket ederek fiyat artışına gittikleri ve mal arzını kısıtladıkları iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetlerin reddine karar verilmiştir.	25.6.2009
51	09-30/658-153	Hyundai Assan Otomotiv San. ve Tic. A.Ş.'nin Mastek Yedek Parça Oto Servis San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin yetkili servis başvurusunu niteliksel kriterleri karşılmasına rağmen reddettiği iddiasına yönelik olarak mevcut durumda herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına, taraflar arasında mahkeme sürecinin Mastek Yedek Parça Oto Servis San. ve Tic. Ltd. Şti. lehine sonuçlanması ve niteliksel kriterlerin karşılandığının tespit edilmesi halinde anılan teşebbüsün yetkili servis olarak belirlenmesine;	25.6.2009
		<p>Kağan Otomotiv Servis Tic. Ltd. Şti.'nin yetkili servis olma talebini reddetmesi ya da kriterleri karşıladığı halde kendisi ile yetkili servis sözleşmesi imzalamaktan kaçınması gibi bir durumun söz konusu olmadığına, bu nedenle anılan teşebbüs hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına,</p>	

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		Hyundai Assan Otomotiv San. ve Tic. A.Ş. yetkili satıcılarının birlikte fiyat belirlediklerine ilişkin herhangi bir tespitin bulunmadığı ve bu nedenle bu teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına şikayetlerin reddine karar verilmiştir.	

MENFİ TESPİT/MUAFİYET

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	09-14/310-78	Anadolu Cam Sanayi A.Ş. ile Başarır Meşrubat Hammaddeleri ve Ambalaj Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında akdedilen "Anadolu Cam Sanayi A.Ş. Tedarik Sözleşmesi"ne Rekabeti sınırlayıcı bir hüküm içermemekle birlikte ekinde yer alan sirküler ile getirilen prim sistemi aracılığıyla fiili münhasırlık yaratma potansiyeline sahip olması nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, Cam ambalajı pazarında 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"ndeki pazar payı eşliğinin geçilmesi nedeniyle anlaşmanın aynı Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamadığına ancak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca 3 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	13.4.2009
2	09-14/316-80	Türkiye Garanti Bankası A.Ş. ile ING Bank A.Ş. arasında 17.6.2008 tarihinde imzalanan "Bonus Kredi Kartı Program Paylaşımı Sözleşmesi"ne, çeşitli hükümlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; taraflarının ilgili ürün pazarında rakip teşebbüsler olmaları nedeniyle, sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda; anılan maddede sayılan şartların tamamının karşılandığı göz önüne alınarak başvuru konusu sözleşmeye imza tarihinden itibaren muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	13.4.2009
3	09-14/317-81	11.7.2007 tarih, 07-59/684-240 sayılı Kurul kararı ile 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olduğuna hükmedilen Hyundai Yetkili Satıcı Sözleşmesi'nin ayrılmaz eki niteliğinde olan Bayi Önlem Protokolü ve Ek Satış Noktası Destek Protokolü'nün söz konusu Tebliğ'e aykırı herhangi bir hüküm içermediğine karar verilmiştir.	13.4.2009
4	09-14/318-82	Akbank T.A.Ş. ve CarrefourSA Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş. arasında 20.08.2008 tarihinde imzalanan "İşbirliği Sözleşmesi"nin 16.1. ve 16.2. maddeleri dışında kalan maddelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına, taraflara belirsiz süreli rekabet yasağı getiren ve grup muafiyetinden yararlanamayan sözleşme maddelerine 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet de tanınamayacağına karar verilmiştir.	13.4.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
5	09-14/319-83	Yapı Kredi Bankası A.Ş. ile Kıbrıs İktisat Bankası Ltd. arasında 21.7.2008 tarihinde imzalanan "World Kredi Kartı Programı İşbirliği Sözleşmesi"ne, çeşitli hükümlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, tarafların ilgili ürün pazarında rakip teşebbüsler olmaları nedeniyle, sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda; anılan maddede sayılan şartların tamamının karşılandığı göz önüne alınarak başvuru konusu sözleşmeye imza tarihinden itibaren bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	13.4.2009
6	09-20/403-98	Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. ile Doğadan Gıda Ürünleri San. ve Paz. A.Ş. arasında imzalanan münhasır distribütörlük sözleşmesine % 40 pazar payı eşliğinin aşıldığı ilgili ürün pazarı olan "paketlenmiş bitki ve meyve çayları" pazarı bakımından 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	29.4.2009
7	09-20/406-100	Yapı Kredi Bankası A.Ş. ile Kıbrıs Kooperatif Merkez Bankası Ltd. arasında 24.10.2008 tarihinde imzalanan "Yapı Kredi-Kıbrıs Kooperatif World Kredi Kartı Programı İşbirliği Sözleşmesi"ne, çeşitli hükümlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, tarafların ilgili ürün pazarında rakip teşebbüsler olmaları nedeniyle, sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda; anılan maddede sayılan şartların tamamının karşılandığı göz önüne alınarak başvuru konusu sözleşmeye imza tarihinden itibaren 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	29.4.2009
8	09-20/407-101	Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. ile Fortis Bank A.Ş. arasında 30.1.2009 tarihinde imzalanan "2.6.2008 tarihinde imzalanan Yapı Kredi-Fortis Bank World Kredi Kartı Programı İşbirliği Sözleşmesi'ne Ek Sözleşme"ye, çeşitli hükümlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; tarafların ilgili ürün pazarında rakip teşebbüsler olmaları nedeniyle, sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda; anılan maddede sayılan şartların tamamının karşılandığı göz önüne alınarak başvuru konusu sözleşmeye imza tarihinden itibaren 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	29.4.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
9	09-27/577-137	Air France ve KLM S.A. ile Northwest Airlines Inc. ve Delta Airlines Inc. arasında 12.6.2007 tarihinde imzalanan ve 20.5.2009 tarihinde yenilenen "Transatlantik Ortak Girişim Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, söz konusu sözleşmeye 12.6.2007 tarihinden itibaren bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.	11.6.2009
10	09-30/643-151	Erk Petrol Yatırımları A.Ş. - Petrol Ofisi A.Ş. iktisadi bütünlüğü ile Aksaray Korkmaz Petrol Nakliye Taahhüt Ticaret Ltd. Şti. arasında imzalanan 25.12.2003 tarihli "akaryakıt bayilik sözleşmesi", 11.3.2005 tarihli "istasyonlu bayilik sözleşmesi" ve 24.4.2004 tarihli intifa senedinden oluşan dikey anlaşmaya 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; taraflar arasında mevcut olan bayilik sözleşmesi sona ermiş olmakla birlikte, bununla bağlantılı intifa senedinin 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet değerlendirmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.	18.6.2009
11	09-30/644-152	Shell&Turcas Petrol A.Ş. ile Gürpet Petrol - Fikret GÜRE arasındaki 30.9.1999 tarihli protokol, 27.9.1999 tarihli resmi senet ve 30.9.2004 tarihli bayilik sözleşmesinden oluşan dikey anlaşmaya 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, 18.9.2005 tarihi itibarıyla taraflar arasındaki dikey anlaşmanın ve bununla bağlantılı kira sözleşmesinin bakiye süresinin 5 yıldan fazla olması nedeniyle, dikey anlaşmanın kira sözleşmesi de dahil olmak üzere 18.9.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet değerlendirmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.	18.6.2009

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	09-14/300-73	VeriFone Inc. tarafından Lipman Electronics'in tüm mal varlığı ve hisselerinin devralınması işlemine izin verilmesine, bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle Verifone Elektronik ve Danışmanlık Ltd. Şti.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve 2006/1 sayılı Tebliğ uyarınca idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	13.4.2009
2	09-14/301-74	Doğan Elektronik Aracılık Hizmetleri Satış ve Pazarlama Yayıncılık A.Ş. hisselerinin tamamının D-Market Elektronik Hizmetler ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin tarafların aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	13.4.2009
3	09-14/309-77	Galip ÖZTÜRK'e ait ve Metro Turizm Seyahat Organizasyon Ticaret A.Ş.'nin sermayesinin %99,38'ini temsil eden hisselerin Van Et Ticaret Yatırımlar Gıda Sanayi Turizm İç ve Dış Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin kontrol değişikliğine yol açmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığına karar verilmiştir.	13.4.2009
4	09-14/320-84	Austrian Airlines AG'nin tam kontrolünün Deutsche Lufthansa AG tarafından Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft'dan devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	13.4.2009
5	09-15/343-85	Unitim Marka Mağazacılık A.Ş.'nin Tommy Hilfiger marka giyim-aksesuar ürünlerinin dağıtım ve perakende faaliyetine ilişkin mal varlıklarının Tommy Hilfiger Marka Dağıtım ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	15.4.2009
6	09-15/372-86	Sandras Su Gıda Turizm Taşımacılık İnşaat A.Ş.'nin Muğla İli Köyceğiz İlçesi Zeytinalanı Köyünde yer alan ve kendi mülkiyetinde bulunan ambalajlı su üretim tesisine ilişkili gayrimenkullerin, menkullerin su kaynakları üzerindeki hakların ve bu kaynaklara ilişkin ruhsatların Coca Cola İçecek A.Ş. tarafından satın alınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	15.4.2009
7	09-17/388-95	Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları ve Kardemir Karabük Demir Çelik Sanayi ve Tic. A.Ş. ile VAE GmbH, VAE Eisenbahnsysteme GmbH ve Weichenwerk Wörth GmbH arasında imzalanacak olan "Anonim Şirket Anlaşması" aracılığıyla kurulması planlanan ortak girişim işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	22.4.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
8	09-20/401-97	The Manitowoc Company Inc. ile Warburg Pincus LLC arasında gerçekleşen ve "Edonis Buz Grubu"nun ihraç edilmiş bütün hisseleri ile maddi-gayri maddi varlıklarının devrine ilişkin işleme izin verilmesine karar verilmiştir.	29.4.2009
9	09-20/409-103	Egemer Elektrik Üretim A.Ş.'nin sermayesinin %99'una tekabül eden hisselerinin Akenerji Elektrik Üretim A.Ş., Raif Ali DİNÇKÖK, Ayça DİNÇKÖK, Gamze DİNÇKÖK YÜCAOĞLU tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	29.4.2009
10	09-20/410-104	Ergaz San. ve Tic. A.Ş.'nin sermayesinin % 73'üne tekabül eden hisselerinin İpragaz A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	29.4.2009
11	09-20/434-105	Accentiv Hediye ve Danışmanlık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin sermayesinin % 91'ine tekabül eden hissesinin Accor Servisleri International A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine; bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle Accor Servisleri International A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 23.1.2008 tarih, 5728 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2008 yılında elde ettiği gayri safi gelirinin binde biri oranında olmak üzere idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	29.4.2009
12	09-21/439-107	"Mudurnu markası" ve "Mudurnu markasına ait üretim tesisleri"nin aynı anda farklı iki teşebbüse satılması işlemlerine izin verilmesine; bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 23.1.2008 tarih, 5728 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesinin birinci fıkrası ve para cezasında lehe düzenlemeler dikkate alınarak 2007/1 sayılı "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31.12.1997 tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ" uyarınca devralan teşebbüsler Pak Tavuk Gıda San. ve Tic. A.Ş. ve Kılıç Deniz Ürünleri Üretimi İhr. İth. ve Tic. A.Ş.'ye idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.	6.5.2009
13	09-21/442-109	İsotlar Grup A.Ş.'nin % 49.261 oranındaki hissesinin Mayer Cars and Trucks Co. Ltd. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	6.5.2009
14	09-23/495-121	The International Investor Company'nin, halihazırda Hamit Mürşit Unat, Erim Ekşioğlu, Ekin Ekşioğlu, Müzeyyen Karlı, Ragıp Ekşioğlu, Gürcan Gürel ile birlikte kontrol ettiği FleetCorp Operasyonel Taşıt Kiralama ve Turizm A.Ş.'nin tam kontrolünü devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	20.5.2009

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
15	09-25/522-123	Celesio AG'nin, hisse devri yolu ile Pharmexx GmbH'nin tek başına kontrolünü devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	27.5.2009
16	09-26/538-128	Buga Otis Asansör Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Eduard MATSCHNIGG, Irene MATSCHNIGG, Bora GÜLAN ve Gül ŞATIROĞLU'na ait %7 oranındaki hissesinin Otis S.P.A tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	3.6.2009
17	09-26/540-129	Gumlink A/S ile Yıldız Holding A.Ş. arasında sakız ve şekerleme ürünlerinin Türkiye'de üretimi ve pazarlanması ile iştiğal edecek bir ortak girişim kurulması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	3.6.2009
18	09-27/572-133	Ticketmaster Entertainment, Inc. ile Live Nation, Inc.'in birleşmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	11.6.2009
19	09-27/578-138	Coster Aerosol Valf Sanayi A.Ş. ile Aerosol Valf Sanayi A.Ş.'nin %75 oranındaki hisselerinin Centragroup Fareva S.A.S.'ye devredilmesi işleminin izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	11.6.2009
20	09-29/601-142	Midlands Generation (Overseas) Limited'in Trakya Elektrik Üretim ve Ticaret A.Ş.'de sahip olduğu ve bu şirketin sermayesinin %31'ine tekabül eden hisselerini Mesquite Holdings B.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.6.2009
21	09-29/602-143	Beckman Coulter, Inc.'in Olympus Corporation'a ait Diagnostik Sistemler İşi'ni devralması işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	18.6.2009
22	09-30/635-149	Süphan Öngül tarafından işletilen "Kantar" isimli süpermarketin sabit değerleriyle birlikte kira sözleşmelerinin devri yoluyla işletilmesinin CarrefourSA Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesine karar verilmiştir.	25.6.2009
23	09-30/663-154	Yeni İsviçre Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.'ye ait Özel Yeni İsviçre Hastanesi'nin tüm malvarlığının Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş. tarafından devralınması işleminin izne tabi olmadığına karar verilmiştir.	25.6.2009

KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ
THE LIST OF THE COUNCIL OF STATE JUDGMENTS

(01.04.2009-30.06.2009)

KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
1	Danıştay 10. Daire		04/7304	Biryay A.Ş., Yaysat A.Ş.	31.07.2001 tarih ve 01-37/364-M sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
2	Danıştay 13. Daire	05/1026	05/3388	Cabbaroğlu Akaryakıt Ltd. Şti., Cabbaroğlu Kollektif Şirketi	02.10.2003 tarih ve 03-64/770-356 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
3	Danıştay 13. Daire	05/1040	05/3107	Ere Elektrik üretim ve Dağıtım Tic. A.Ş.	27.02.2003 tarih ve 03-13/140-67 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
4	Danıştay 13. Daire	05/1701	05/3254	Erdem Bakkaliye Gıda Tem. Mad. Kozmetik ve Züç. Ürn. İmalat San. ve Tic. Ltd. Şti.	18.03.2004 tarih ve 04-20/225-M ve 25.03.2004 tarih ve 04-22/249- M sayılı Kararların iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
5	Danıştay 13. Daire	06/1772	08/6999	Yıldız Sunta MDF orman Ürünleri San. Tes. İth. İhr. Ve Tic. A.Ş.	19.12.2005 tarih ve 05-85/1181-335 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
6	Danıştay 13. Daire	06/2325	07/389	Dostlar Gıda İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.	18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı kararın iptali istemiyle açılan davada yöneticiler açısından ehliyet yönünden şitket yönünden ise Danıştay 13 Dairesinin 2007/388 K. sayılı kararı ile işlemin iptaline karar verildiğinden bahisle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir .

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
7	Danıştay 13. Daire	06/2166	08/7425	Yalçın Erceber, Ö. Faruk Bayhan, A. Fatih Ediboğlu, Soner Gedik, Mustafa Dinçer, M. Ali Yalçındağ, Zühtü Sezer	05.01.2006 tarih ve 06-02/48-9 sayılı Kararına karşı açılan davada yönetim kurulu üyesi olan davacılara Kanununun 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca para cezası verilmesi hukuka aykırı olduğundan bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
8	Danıştay 13. Daire	06/2167	08/7424	Bimaş Birleşik Medya Paz. A.Ş.	05.01.2006 tarih ve 06-02/48-9 sayılı Kararına karşı açılan davada 2001/1 sayılı teblig uyarınca para cezası verilmesi gerekirken 2002/1 sayılı teblig uyarınca para cezası verilmesinde hukuka uyarlılık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
9	Danıştay 13. Daire	06/4175	08/7015	Vezirköprü Orman Ürünleri ve Gıda Tic. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/365-94 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
10	Danıştay 13. Daire	06/4171	08/7010	Teverpan Ağaç San. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/365-94 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
11	Danıştay 13. Daire	06/4172	08/7009	Köseoğlu Orman Ürünleri Elek. İnş. Taah San. ve Tic. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/365-94 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
12	Danıştay 13. Daire	06/4173	08/7005	Samedoğlu Orman Ürünleri Dağ. San. ve Tic. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/365-94 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
13	Danıştay 13. Daire	06/4169	08/7002	Mastaş Mudurnu Abant Sunta A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/364-93 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
14	Danıştay 13. Daire	06/4174	08/7008	Foça sunta San. Tic. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/365-94 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
15	Danıştay 13. Daire	06/4176	08/7006	Tever Ağaç Sanayi ve Tic. İşlt. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/365-94 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
16	Danıştay 13. Daire	06/4168	08/7003	Düzsan Düzce Birlik Orman Ürünleri A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/364-93 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
17	Danıştay 13. Daire	06/4170	08/7012	Dekor Orman Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/364-93 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
18	Danıştay 13. Daire	06/4167	08/7004	Devkertaş Devrek Orman Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.	24.04.2006 tarih ve 06-29/364-93 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
19	Danıştay 13. Daire	06/4185	08/7011	Yontaş Yonga Levha San. ve Tic. A.Ş.	22.05.2006 tarih ve 06-35/441-113 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
20	Danıştay 13. Daire	06/5918	08/7690	Bursa Çimento Fab. A.Ş.	19.09.2006 tarih ve 06-66/889-M sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
21	Danıştay 13. Daire	06/6277	08/6997	SFC Entgere Orman Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.	19.12.2005 tarih ve 05-85/1181-335 sayılı Kararın iptali için açılan davada işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.
22	Danıştay 13. Daire	07/367	09/170	Fida Film Yapım Dağıtım ve Reklamcılık A.Ş.	15.11.2006 tarih ve 06-84/1069-311 sayılı Kararın iptali için açılan davada 2577 sayılı kanunun 15/1-b maddesi uyarında davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.
23	Danıştay 13. Daire	07/368	09/171	Fida Film Yapım Dağıtım ve Reklamcılık A.Ş.	15.11.2006 tarih ve 06-84/1069-311 sayılı Kararın iptali için açılan davada 2577 sayılı kanunun 15/1-b maddesi uyarında davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

SIRA NO	MAHKEME	13. DAİRE ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
24	Danıştay 13. Daire	08/553	09/4683	Sercem Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.	04.10.2007 tarih ve 07-77/917-351 sayılı Kararına karşı açılan davada ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı kanuna uyarlık görülmediğinden bahisle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
25	Danıştay 13. Daire	09/1950	09/4852	Umar Uzman Doktorlar Tıp Merkezi	13.08.2003 tarih ve 03-55/645-296 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
26	Danıştay 13. Daire	09/1949	09/4953	Satel Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş.	01.02.2000 tarih ve 00-04/41-19 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
27	Danıştay 13. Daire	09/1948	09/4958	DTP Haber ve Görsel Yayıncılık A.Ş.	01.02.2000 tarih ve 00-04/41-19 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
28	Danıştay 13. Daire	09/1947	09/4954	Bibaş Birleşik Medya Paz. A.Ş.	01.02.2000 tarih ve 00-04/41-19 sayılı Kararına karşı açılan davada soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.
29	Ankara 12. İdare Mahkemesi	08/277	09/90	Atilla Ölçe	Kurumumuz kayıtlarına 05.06.2006 tarih, 3537 sayılı ile intikal eden başvurunun 11.05.2006 tarih ve 06-33/421 M sayılı Kurul kararı ile benzer konulu bir şikayet ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verildiğinden bahisle 09.06.2006 tarih ve B.50.0.REK.0.08.00.00-110/407 (1887) sayılı ile reddedilen işlemin iptali istemiyle açılan davada dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, 2009 yılında Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 500 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında

gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading "Publication Policy" and "Notes for Contributors". Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Competition Authority shall pay **net TL 500** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal in 2009. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page.

Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text should be in italics.

5. Headings within the text should be arranged as follows, without letters or Roman numerals:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as "a", "b", "c" should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France,

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed:
08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.