

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 129

REKABET KURUMU

YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ 4. MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

MÜCTEBA ALTUN

**YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ
4. MADDE KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

MÜCTEBA ALTUN

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012
Rekabet Kurumu-Ankara

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

11/01/2012 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ali İhsan ÇAĞLAYAN
Başkanlığında, V. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Barış EKDİ,
Mesleki Koordinatör Dr. Ekrem KALKAN, Mesleki Koordinatör
Ömür PAŞAOĞLU ve Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR'dan oluşan Tez
Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş
ve Rekabet Kurulunun 12/01/2012 tarih ve 12-01/59 sayılı toplantısında
“Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi” olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-29-9

YAYIN NO

294

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	VII
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

Bölüm 1

YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARI ve REKABETİN KISITLANMASI

1.1. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARI - TANIM VE TÜRLER	3
1.2. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER.....	5
1.3. REKABETİN KISITLANMASI KAVRAMINA İLİŞKİN BİR TARTIŞMA.....	7
1.4. REKABETİN KORUNMASININ AMACI	10

Bölüm 2

AB’de YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ 101(1). MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. 101(1) ve 101(3). MADDELER ARASINDAKİ İLİŞKİ	16
2.2. MODERNİZASYON SÜRECİ ÖNCESİNDE 101(1). MADDE DEĞERLENDİRMELERİ	18
2.3. AB’DE YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ MEVCUT MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE 101(1). MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	22
2.3.1. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINDA TEK TEŞEBBÜS KAVRAMI.....	23
2.3.2. FİİLİ VEYA POTANSİYEL RAKİP KAVRAMI	29
2.3.3. ANLAŞMANIN ASLÎ UNSURU	30
2.3.4. REKABETİ KISITLAMA AMACI	31
2.3.4.1. Ar-Ge Anlaşmaları	32
2.3.4.2. Ortak Üretim Anlaşmaları.....	32

2.3.4.3. Ortak Alım Anlaşmaları	33
2.3.4.4. Ortak Ticarileştirme Anlaşmaları	34
2.3.4.5. Standardizasyon anlaşmaları	34
2.3.4.6. Standart şartlar	34
2.3.5. REKABETİ KISITLAMA ETKİSİ	35
2.3.5.1. Anlaşmanın Doğası ve İçeriği	37
2.3.5.2. Pazar Gücü ve Diğer Pazar Özellikleri	37
2.3.5.2. İlgili Pazarda Rekabetçi Baskının Ortadan Kalkması	38
2.3.5.3. Stratejik Bilgilerin Değişimi	38
2.3.5.5. Maliyet Benzerliği	39
2.3.5.6. Pazarın Rakiplere Kapanması	41
2.3.6. BEYAZ LİSTE	41
2.3.6.1. Teşebbüslerin Tek Başlarına Yürütemeyeceği Faaliyetler	42
2.3.6.2. Yeni Bir Pazar - Ürün	42
2.3.6.3. Pazar Payları	43
2.3.6.4. Standardizasyon Anlaşmaları	45
2.4. DEĞERLENDİRME	46
2.4.1. AB REKABET HUKUKUNUN YATAY İŞBİRLİKLERİ MEVZUATI PENCERESİNDEN YAPISI	46
2.4.2. GENEL DEĞERLENDİRME	49

Bölüm 3

YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ 4054 SAYILI KANUN'UN 4. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. ÖRNEK REKABET KURULU KARARLARI	54
3.1.1. Merck - Fako	54
3.1.2. Netcell	54
3.1.3. TR-1 Network Ağı	55
3.1.4. Ambarlı Liman	56
3.1.5. Knauf İzocam	57
3.1.6. Çilek Mobilya	57
3.1.7. Bireysel Emeklilik	58
3.1.8. Shell-BP-Total Oil	59

3.1.9. Mimeray–Basımevi	60
3.1.10. Hobi Kozmetik–Henkel Şampuan.....	60
3.1.11. Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları.....	61
3.1.12. Karaman Ekmek	62
3.1.13. Çinko Oksit–Geri Kazanım	62
3.1.14. Nokia–Juniper	63
3.1.15. Ezse ve Babadağ Elektrik.....	64
3.1.16. Atık Yağ.....	64
3.1.17. Arçelik-Sony – Ortak Dağıtım Anlaşması.....	65
3.1.18. Uludağ Elektrik Dağıtım	66
3.1.19. Arçelik-Sony – Ortak Üretim	67
3.2. DEĞERLENDİRME ve ÖNERİLER.....	68
ABSTRACT	72
KAYNAKÇA	73

TABLO DİZİNİ

Tablo 1: AB Mevzuatında Yatay İşbirliği Anlaşmalarında Rekabetin Kısıtlanmayacağı Kabul Edilen Pazar Payı Eşikleri.....	44
--	----

SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

4054 Sayılı Kanun	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
AB	: Avrupa Birliği
AB Antlaşması	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABD Kılavuzu	: Rakipler Arası İşbirlikleri İçin Antitröst Kılavuzu, ABD Adalet Bakanlığı ve ABD Federal Ticaret Komisyonu
A.g.k.	: adı geçen karar/kaynak
Ar-Ge	: Araştırma-geliştirme
Bkz.	: Bakınız
DOJ	: U.S. Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
FTC	: U.S. Federal Trade Commission (ABD Federal Ticaret Komisyonu)
Kılavuz	: AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 101. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine Dair Kılavuzu
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
No.	: Numara
OFT	: The Office of Fair Trading (Birleşik Krallık Adil Ticaret Ofisi)
OJ	: Official Journal
para.	: paragraf
s.	: sayfa
US	: United States of America
UK	: United Kingdom
V.	: Versus
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Yoğunlaşma işlemlerinin ve kartel kavramının dışında değerlendirilen yatay işbirliği anlaşmaları, genel olarak, teşebbüslerin diğer rakiplerle etkin bir şekilde rekabet edebilmek amacıyla, eksik yönlerini tamamlamak veya tek başlarına gerçekleştirmelerinin zor olduğu faaliyetleri gerçekleştirmek üzere başvurduğu refahı artıran anlaşmalardır. Ancak, önemli ekonomik faydalar ortaya çıkarabilen işbirliği anlaşmaları, aynı zamanda çeşitli rekabet sorunlarına da yol açabilmektedir.

Bu nedenle rekabet otoriteleri, bir yandan rekabeti, etkinliği, refahı artıran yatay işbirliği anlaşmalarının önünün açılması, diğer yandan başta karteller olmak üzere, rekabeti kısıtlayan¹ anlaşmaları engellemeye çalışmak gibi zor bir görevi üstlenmektedir. Türk rekabet hukukunda refahı artıran anlaşmaların önünün açılması ise, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (4054 sayılı Kanun)'un sahip olduğu ikili yapı nedeniyle, 4. madde kapsamında rekabetin kısıtlanmadığı sonucuna ulaşılması veya rekabetin kısıtlandığı ancak 5. madde kapsamında muafiyet verilmesi şeklinde uygulanabilmektedir. Bununla birlikte, Kanun'un sahip olduğu ikili yapının ve rekabetin kısıtlanması kavramının her durumda aynı şekilde anlaşılmasının Türk rekabet hukuku uygulamalarında refahı artıran anlaşmaların yasaklanması ve sonrasında muafiyet verilmesinin genel bir uygulama haline gelmesine neden olduğu düşünülmektedir. Bu çalışmanın savunduğu iktisadi analizi temel alan yöntem, refahı artıran anlaşmaların rekabeti kısıtlamadığının değerlendirilmesi ve 4. madde kapsamında ihlal olarak nitelendirilmemesi şeklindedir.

Bununla birlikte, böyle bir yaklaşımın geliştirilmesi için rekabetin kısıtlanması kavramının açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Bu çalışmada, öncelikle rekabetin kısıtlanmasına ilişkin kısa bir tartışmaya yer verilmekte ve rekabetin kısıtlanması kavramının “tüketici refahının azalması” şeklinde anlaşılması gerektiği, dolayısıyla 4. madde değerlendirmelerinin, anlaşmaların tüketici refahının azalmasına yol açıp açmadığını sorgulamaları gerektiği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda temellendirilen çalışmanın esasını yatay işbirliği anlaşmalarının 4. madde kapsamında değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

¹ Bu çalışmada “rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması”, “rekabetin kısıtlanması” olarak anılmaktadır.

Yatay işbirliği anlaşmaları kavramı, Ar-Ge, üretim, alım, dağıtım, satış, promosyon, standardizasyon, lisans anlaşmaları, taşeronluk sözleşmeleri ve standart şartlar gibi birçok işbirliği çeşidini kapsamaktadır. Bununla birlikte, çalışmada, yatay işbirliği anlaşma türleri ayrıntılı olarak incelenmemekte, 4. madde kapsamında yapılacak değerlendirmeler açısından da anlaşma türlerine göre detaylı bir inceleme yapılmamaktadır. Bu çalışmanın amacı daha çok, rekabet hukukunun amaç-araç denklemi bağlamında ana bir çerçeve sunmak ve yatay işbirlikleri açısından 4. madde değerlendirmeleri için bir başlangıç noktası oluşturmaktır.

Bu doğrultuda, mehz mevzuat olması açısından Türk rekabet hukukuyla mevzuat ve uygulama benzerliği gösteren Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku düzenlemelerinin ve modernizasyon sürecinin değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşünülmeye sebebiyle tezin bir bölümü AB mevzuat ve uygulamalarına ayrılmıştır. Bununla birlikte, tezin bazı bölümlerinde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) mevzuat ve uygulamaları da göz önüne alınmıştır.

Bu çerçevede, çalışmanın birinci bölümünde, yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin genel bir değerlendirme yapılmaktadır. Sonrasında, farklı şekillerde algılanan ve değerlendirilen rekabetin kısıtlanması kavramıyla ne kast edildiğini ortaya koymak amacıyla, öncelikle rekabetin kısıtlanması kavramı teorik olarak tartışılmaktadır.

İkinci bölümde ise, AB rekabet mevzuatının yapısına ilişkin bir tartışmaya yer verildikten sonra, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma (AB Antlaşması)'nın, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin eşdeğeri olarak nitelendirilebilecek 101(1). maddesinin modernizasyon öncesi uygulamalarına kısaca yer verilmektedir. Sonrasında ise, modernizasyon süreciyle birlikte yenilenen mehz AB mevzuat ve içtihadı çerçevesinde 101(1). maddenin yorumlanması ve uygulanması üzerinde durulmaktadır. Bu kısımda, 101(1). madde incelemelerinde, pratikte göz önüne alınması gereken hususlar sırasına göre dikkate sunulmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle, 101(1). maddenin ancak farklı teşebbüsler arasında yapılan bir anlaşmaya uygulanabilmesi nedeniyle, öncelikle birbirleriyle rakip olarak nitelendirilmeyen ve tek teşebbüs olarak kabul edilen iktisadi bütünlüklere ilişkin kısa bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu değerlendirmeye, yatay işbirliği anlaşmalarının en çok karşılaşılan türü olan ortak girişimlerin, ana teşebbüsleriyle rakip olup olmadıkları (veya olup olamayacakları) hususunu içerecek şekilde yer verilmektedir. Sonrasında, fiili veya potansiyel rakip kavramları çerçevesinde, yatay işbirliği anlaşmalarının amaç ve etki bakımından değerlendirilmesi ölçütleri sunulmaya çalışılmaktadır.

Son olarak üçüncü bölümde, bu noktaya kadar ortaya konulan çerçevede, Türk rekabet mevzuatı ve uygulamaları incelenmekte ve bu doğrultuda değerlendirme ve öneriler yapılmaktadır.

BÖLÜM 1

YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARI ve REKABETİN KISITLANMASI

1.1. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARI - TANIM VE TÜRLER

Rekabet hukuku literatüründe, yatay² işbirliği anlaşmalarına³ ilişkin çalışmalarda, genellikle yatay işbirliği anlaşmalarının kavram olarak tanımlanması üzerinde durulmamakta, anlaşma türleri göz önüne alınarak incelenmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu çalışmada, tanım ve türler açısından, ABD ve AB rekabet hukukunun yatay işbirliği anlaşmaları kavramına yaklaşımları benimsenmekte ve esas alınmaktadır.

Yatay işbirliği anlaşmaları, ABD antitröst hukuku kapsamında, ABD Adalet Bakanlığı⁴ (DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu⁵ (FTC) tarafından ortaklaşa olarak hazırlanan “Rakipler Arası İşbirlikleri İçin Antitröst Kılavuzu”⁶ (ABD Kılavuzu)’nda, “birleşmelerden farklı olarak, rakipler arasında bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek için yapılan bir ya da birden fazla anlaşma” şeklinde tanımlanmaktadır (s. 2). Avrupa Komisyonu (Komisyon)’nun 2010 yılında yayımladığı AB Antlaşması’nın 101. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine Dair Kılavuzu”⁷ (Kılavuz)’nda ise net bir tanım bulunmamakla birlikte, kılavuzun içeriği ve mahiyeti itibarıyla, ABD

² Tanım olarak mevcut ya da potansiyel rakipler arasında yapılan anlaşmalar “yatay niteliğe sahip” olarak nitelendirilmektedir.

³ İşbu çalışmada, teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler herhangi bir ayırım yapılmaksızın “anlaşmalar” olarak anılmaktadır.

⁴ U.S. Department of Justice.

⁵ U.S. Federal Trade Commission.

⁶ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, DOJ ve FTC, Nisan 2000.

⁷ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, 2011/C 11/C.

Kılavuzu'nun yapmış olduğu tanımın AB mevzuatı çerçevesinde de geçerli olduğu düşünülmektedir.

Yapılan yatay işbirliği tanımının da ortaya koyduğu gibi, karteller⁸ yatay işbirliği anlaşmaları kavramı kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira kartellerde etkinlik sağlamak, herhangi bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek gibi bir amaç söz konusu değildir.

Faaliyet alanlarına göre yatay işbirliği anlaşmaları genel olarak ortak araştırma geliştirme (Ar-Ge), üretim, pazarlama, dağıtım, satış, alım, standardizasyon gibi anlaşmalardan oluşmaktadır. Ayrıca, bazı bilgi paylaşımları da yatay işbirliği anlaşmaları kapsamında değerlendirilmektedir. Tanımda yer verildiği üzere yatay işbirliği anlaşmaları, genellikle, bu anlaşma türlerinin bir kaçını aynı anda içerecek şekilde gerçekleşmektedir.

Ancak, yatay işbirliği anlaşmalarının yukarıda sayılan faaliyetlerle sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim Kayar (2003, 4), gerek FTC, gerekse Komisyon tarafından yayımlanan kılavuzlarda yer alan yatay işbirliği anlaşmaları tanımlarının dışında kalan, ancak yine de yatay işbirliği anlaşması olarak nitelendirilebilecek çeşitli işbirliği anlaşmalarının mevcut olduğuna işaret etmektedir. Bu çerçevede, yatay işbirliği anlaşmaları, rakipler arasında yapılan ortak girişimleri⁹, stratejik işbirliklerini¹⁰ ya da [lisans anlaşmaları] gibi daha gevşek düzeydeki işbirliklerine yönelik oluşumların tamamını kapsayan bir kavramdır (a.g.k.).

⁸ Karteller, fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler⁹dir (Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik, 3(c). maddesi).

⁹ Ortak girişimler, "iki ya da daha fazla sayıda teşebbüsün, aksi durumda ayrı ayrı yerine getirmek durumunda oldukları bir işi birlikte gerçekleştirmek kaydıyla (Kayıhan, Karakeçili'ye atıfla 1997, 14) ve iktisadi bir amaca ulaşmak için yaptıkları bir anlaşma" (Kayıhan 2003, 3) olarak tanımlanabilir.

¹⁰ Stratejik işbirliği anlaşmaları:

iki veya daha fazla bağımsız teşebbüsün kendi özerkliklerini koruyarak, birbirlerine göre rekabet avantajına sahip oldukları teknoloji, uzmanlık, üretim vb. belirli spesifik faaliyetleri birlikte gerçekleştirmek veya ortak hedeflere ulaşmak amacıyla yaptıkları, basit ticari sözleşmelerle birleşme işlemleri arasında yer alan, kısa vadeli, esnek yapılı yeni bir hukuki varlığın kurulmasını gerektirmeyen (kontrolün el değiştirmesini gerektirmeyen), sözleşme bazlı anlaşmalardır (Uzun 2007, 5).

1.2. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Globalleşme ve yeni pazarların oluşması neticesinde yoğun rekabetle karşı karşıya kalan teşebbüsler, faaliyetlerini sürdürmek veya etkin bir şekilde rekabet edebilmek için yeni teknolojilere talebin fazlalığı, artan sermaye ihtiyacı, artan Ar-Ge maliyetleri, kısalmış ürün¹¹ yaşam döngüleri ve güçlü kalite talebi parametrelerini sağlamak durumunda kalmaktadırlar (Piraino 1994, 873). Ne var ki, birçok teşebbüsün rekabet etmek için yeterli sermaye, işçi veya teknolojisinin bulunmadığı da açık bir gerçektir (a.g.k.). Bu nedenle, teşebbüsler bazı durumlarda gerekli kaynaklara ulaşmak için rakipleriyle işbirliği yapma yolunu seçmektedir (a.g.k.).

Yatay işbirliği anlaşmalarının yapılma sebeplerini bu alana ilişkin AB ve ABD’de yayımlanan kılavuzlarda görmek mümkündür. Örneğin, ABD Kılavuzu’nun Giriş bölümünde, rekabet edebilmek için rakiplerin kimi zaman birbirleriyle işbirliği yapma ihtiyacında oldukları, yabancı pazarlara giriş yapmak, pahalı inovasyon çalışmalarına kaynak oluşturmak ve maliyetleri azaltmak gibi rekabetçi etkilerin firmaları kompleks işbirliklerine sevk ettiği belirtilmektedir.

Benzer şekilde, Kılavuz’da da (para.2), birbirini tamamlayıcı faaliyet, beceri veya varlıkları bir araya getiren yatay işbirliği anlaşmalarının, risk paylaşmak, maliyet tasarrufu yapmak, yatırımları artırmak, know-how havuzu oluşturmak, ürün kalitesi ile ürün çeşitliliğini artırmak ve daha hızlı yenilik yapmak için araç olabildiği, önemli ekonomik faydalar ortaya çıkarabildiği belirtilmektedir.

Anılan bu faydalar ekonomik gelişme ve refah için o kadar önemlidir ki rekabet otoriteleri yatay işbirliklerinin önünü açmak için adımlar atmakta ve diğer kamu otoriteleri bu tür anlaşmaları teşvik etmektedir. Örneğin, ABD Kılavuzu’nda (Giriş bölümü), işbirliklerinin genellikle rekabeti olumlu yönde etkilediği¹² belirtilmiş, rekabet otoritesinin rakipler¹³ arasındaki anlaşmalara kuşkucu yaklaşacağı algısının, rekabeti artıran işbirliklerinin gelişimini engelleyebileceği endişesi dile getirilmiştir. ABD Kılavuzu’nun çıkarılmasındaki amaç da böyle bir algıyı kırmak ve teşebbüslerin sunulan ana çerçevede işbirliği yapmasının önünü açmak olarak belirtilmiştir (a.g.k.).

AB’de de, Kılavuz benzer bir amaçla yayımlanmıştır. Bu kılavuzu değerlendirdiği çalışmasında, Woods (2011, 2), inovasyon ve rekabet edebilirliğin

¹¹ Bu çalışmada, “ürün” kavramı “her türlü mal ve hizmet” anlamında kullanılmaktadır.

¹² Ayrıca, son yirmi yıl içerisinde federal antitröst otoritelerince rakip işbirliklerine ilişkin az sayıda dava yürütüldüğü bilgisine de yer verilmektedir.

¹³ Teşebbüsler birbirlerine fiili veya potansiyel olarak rakip olabilmektedirler.

AB'nin "Avrupa 2020 Stratejisi"nin¹⁴ esasını oluşturduğuna yer vermekte, rakipler arasındaki etkinlik artırıcı işbirliği anlaşmalarının ve özellikle Ar-Ge ve standardizasyon anlaşmalarının Avrupa'nın inovasyon ve rekabet edebilirliğini ilerletebileceğini ifade etmekte, böylece refah artışı sağlanacağını ileri sürmektedir. Heim da (2011, 6), benzer şekilde Kılavuz'un, rekabet politikalarının belirleyici rol oynadığı, yeni bir büyüme ve dinamizm dönemini başarabilmek için nihai derecede önemli olan sanayi politikası gereklilikleriyle uyumlu olduğunu savunmaktadır.

Türk rekabet mevzuatında ise yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin yön gösterici bir doküman/belge bulunmamaktadır. Bununla birlikte, çeşitli kamu kurumları yukarıda anılan faydaları sağlamak üzere işbirliklerini teşvik etmektedir¹⁵.

İşbirliği anlaşmaları yukarıda sayılan potansiyel birçok faydasının yanı sıra, çeşitli rekabet sorunlarına da yol açabilmektedir. Bu sorunlar; tarafların fiyat, üretim, dağıtım veya arz miktarlarını belirlemek üzere anlaşması, ya da işbirliğinin, tarafların pazar gücü elde etmesi, pazar gücünü koruması ya da artırmasına ve böylelikle, fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ya da inovasyon bakımından pazarda olumsuz etkilerin ortaya çıkmasına yol açmasıdır (Kılavuz, para. 3; ABD Kılavuzu, 6). Ayrıca yatay işbirliği anlaşmaları gizli bir karteli oluşturmak veya danışıklı hareketlere yol oluşturmak için araç olarak kullanılabilir ve rakiplerin çıkarlarının ve motivasyonlarının değiştirilerek önceden var olan bir kartelin sürdürülmesine, yeni bir kartel oluşturulmasına veya açık anlaşmalar olmaksızın uyumlu eylemlere neden olabilecektir (Rabkin 2008, 68).

Bu nedenle, rekabet otoriteleri, bir yandan rekabeti, etkinliği, refahı artıran yatay işbirliği anlaşmalarını desteklemeye, diğer yandan başta karteller olmak üzere, rekabeti kısıtlayan anlaşmaları engellemeye çalışmak gibi zor bir görevi üstlenmektedir.

¹⁴ Avrupa 2020 Stratejisi, AB'nin önümüzdeki on yıllık süre için öngördüğü büyüme stratejisidir. Bu stratejinin amacı, "değişen dünyada AB'nin akıllı, sürdürülebilir ve kapsamlı bir ekonomi haline gelmesi"dir. Bu çerçevede, AB tarafından, istihdam, inovasyon, eğitim, sosyal katılım ve iklim/enerji hususlarıyla ilgili beş ana hedef belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm

¹⁵ Bunun en güzel örneği Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığının küçük ve orta ölçekli işletmelerin ortak tedarik, ortak tasarım, ortak pazarlama, ortak laboratuvar, ortak imalat ve hizmet sunumu ve benzeri konularda hazırlayacakları projelerin desteklenmesini amaçlayan "İşbirliği-Güçbirliği Destek Programı"dır. Detaylı bilgi için bkz: <http://www.kosgeb.gov.tr/Pages/UI/Destekler.aspx?ref=5>

Bu noktada, farklı şekillerde algılanan ve değerlendirilen rekabetin kısıtlanması kavramıyla ne kast edildiğini ortaya koymak amacıyla, öncelikle rekabetin kısıtlanması kavramı teorik olarak tartışılacak, sonrasında modernizasyon süreciyle birlikte yenilenen mevzuat ve içtihatları çerçevesinde, yatay işbirliği anlaşmalarının AB Antlaşması'nın rekabeti kısıtlayan anlaşmaları yasaklayan 101(1). madde kapsamında yorumlanması ve uygulanması üzerinde durulacaktır. Son olarak, ortaya konulan çerçevede Türk rekabet mevzuatı ve uygulamaları değerlendirilecektir.

1.3. REKABETİN KISITLANMASI KAVRAMINA İLİŞKİN BİR TARTIŞMA

Rekabetin kısıtlanması¹⁶ kavramının çerçevesi çizilmeden, bir yatay işbirliği anlaşmasının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, çalışmanın bu bölümü, rekabetin kısıtlanması kavramının ne şekilde değerlendirilebileceğine ilişkin bazı örneklere ve kavramın nasıl tanımlanması gerektiğine yer verilmesine ayrılmıştır. Rekabetin kısıtlanması kavramının tanımlanması için ise, öncelikle rekabet kavramının tanımlanması gerekmektedir.

Rekabet hukuku literatüründe, “rekabet” kavramının farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin, Hovenkamp (2005, 13), rekabetin, “fiyatların firmaların maliyetlerini karşılamaya yetecek kadar düşük, ya da aşırı olmayacak bir seviyede olduğu, firmaların inovasyon yapmaları için sağlanan doğru teşviklerin bulunduğu bir durum” olduğunu belirtmektedir. Türk kan ise rekabeti;

“nispeten adil bir yarışma ortamında, birden çok benzer konumdaki katılımcının, yarışma kurallarına bağlı kalarak, eş anlı olarak kıt bir şeyi veya istenilir bir konumu kazanma amacıyla yaptıkları çabalar”

olarak tanımlamaktadır (2001, 69). Akıncı'ya göre rekabet “bilgi akışının tam, malın homojen ve hiçbir alıcı ve satıcının kendi başına fiyatı ve toplam arz miktarını etkilemek gücüne sahip olmadığı bir piyasa şekli”dir¹⁷ (2001, 5-6). Kaplow ise rekabeti yarış olarak tanımlamakta, rekabetçi davranışın ise teşebbüslerin davranışlarında birbirlerinden bağımsızlığı, rekabetin eksikliğinin ise davranışların bağımlılığı anlamına geldiğini öne sürmektedir (2011, 23).

¹⁶ Türk rekabet mevzuatında “rekabetin kısıtlanması” ve “rekabetin sınırlanması” birbirinin yerine ve aynı anlamda kullanılmaktadır.

¹⁷ Akıncı'nın yapmış olduğu “rekabet” tanımının esasen “tam rekabet” kavramının tanımı olduğu düşünülmektedir.

4054 sayılı Kanun'un Genel Gerekeçesi'nde rekabet, "*kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşılık şeklindeki ilişkiler süreci*" (para. 3) olarak tanımlanmaktadır. Ancak Gerekeçe'nin 18. paragrafında, rekabeti yarış olarak nitelendiren görüşlerin geçerliliğini yitirdiği belirtilmekte, rekabet, "*verimlilik, daha kaliteli mal veya hizmet sunma ya da daha ucuz mal arz etme yolundaki uğraşlar*" olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, yine 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan tanımlar kısmında rekabet "*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" olarak tanımlanmaktadır.

Benzer şekilde, rekabet, çoğu rekabet otoritesince de, rakipler arasındaki bir yarış olarak adlandırılmaktadır (Birleşik Krallık Adil Ticaret Ofisi (OFT) ve Komisyon Yoğunlaşma Kılavuzu¹⁸, 16). OFT ve Komisyon'a göre, rakiplerin arasındaki bu yarış; teşebbüslerin fiyat düşürme, daha fazla ürün arz etme, maliyetleri düşürme, kaliteyi ve verimliliği artırma, yeni bir ürün sunma veya pazar ya da ürünlerin geliştirilmesi anlamında inovasyonu artırmayı amaçlamasını sağlamaktadır (a.g.k.). Tüketiciler de rekabetten daha kaliteli ürünlere ulaşmak ve daha düşük bedeller ödemek suretiyle faydalanmaktadırlar (a.g.k.).

Bu çalışmada benimsenen yukarıdaki tanımlama çerçevesinde, yarış anlamındaki rekabetin korunması katı bir şekilde yorumlanırsa, rakipler arasında gerçekleştirilen ve aslında rekabet etmek için yapılan işbirliği anlaşmaları da rekabeti kısıtlayıcı olarak nitelendirilecektir. Zira rakipler kendi aralarında işbirliği yaptığı zaman, o rakipler arasındaki yarışın, yapılan işbirliği çerçevesindeki kısmı itibarıyla bitmesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, bu çerçeveden bakıldığında, rakipler arasında yapılan bütün işbirliği anlaşmaları rekabeti kısıtlamaktadır denilebilir¹⁹. Ne var ki, ABD Kılavuzu'nun da ortaya koyduğu gibi rakipler kimi zaman rekabet edebilmek ve yukarıdaki tanım çerçevesinde rekabetten beklenen faydaların sağlanması için işbirliği yapmaktadırlar. Örneğin, Hovenkamp'a göre (2005, 14), en uygun fiyatlandırma firmaların birbirleriyle rekabet etmesini gerektirirken, en uygun inovasyon kompleks bir şekilde rekabet ve işbirliğinin karışımını gerektirebilecektir.

Bu çerçevede, rekabetin ve rekabetçi süreçlerin korunmasının, rekabetten beklenen faydaların sağlanması için bir araç olduğu değerlendirilebilecektir (Bennett ve Padilla 2009, 58; Gürkaynak 2003, 4). Çünkü fiili olarak rakip

¹⁸ Merger Assessment Guidelines, A joint publication of the Competition Commission and the Office of Fair Trading, Consultation Document, Nisan 2009, OFT1078.

¹⁹ Bu çerçevede yapılacak bir değerlendirmede, rakip teşebbüslerin birleşmeleri ya da birbirlerini devralmaları da rekabeti kısıtlamaktadır denilebilir.

bulunmadığı zaman etkin bir rekabetin söz konusu olamayacağına inanılmakta, ancak, rekabetin ve rekabetçi süreçlerin korunması amacıyla alınan kararlar kimi zaman rakipleri korumak anlamına gelebilmektedir (Bennett ve Padilla 2009, 58). Bu kapsamda değerlendirme yapan Bennett ve Padilla (a.g.k.), iktisatçı gözüyle bakıldığında rekabetin korunmasının pazarların etkin çalışmasını sağlamak olarak anlaşılabileceğini söylemektedir.

Bu bağlamda, rekabetin kısıtlanması kavramının tanımlanabilmesi için, rekabetin veya rekabetçi sürecin korunmasının amacı belirleyici olmaktadır. Rekabet hukukunun modern yaklaşımında²⁰, anlaşmaların rekabeti kısıtlamaları, amaç ve etkileri göz önüne alınarak yapılmaktadır²¹. Amaç kavramı çerçevesinde, genel olarak rakipler arası yarışın, hiçbir surette yararlı olamayacağına inanılan anlaşmalar yoluyla sonlandırılması durumlarıyla ilgilenilirken, etki kavramı çerçevesinde, yarışın belirli rakipler arasında sonlandırıldığı ancak yarıştan beklenen faydaların sağlanmasının muhtemel olduğu durumlarla ilgilenilmektedir.

²⁰ Modern yaklaşım, bir anlaşmanın biçiminden ziyade iktisadi etkisinin değerlendirilmesi anlamında kullanılmaktadır. Literatürde genel kabul gören iktisadi yaklaşımın neoklasik iktisatın sunduğu çerçeveden oluştuğu kabul edilmektedir (Hovenkamp 2005, 15). Bununla birlikte, neoklasik iktisat, ekonomik davranışları statik olarak inceleyerek dinamik etkinliği göz ardı etmesi (Peritz 2002, 108; Whish 2009, 9), ayrıca tam rekabetin pratikte gerçekleşmesi mümkün olmayacak kadar yüksek bir çıta olması, her durumda bireylerin rasyonel olmaması (Whish 2009, 7-8) nedenleriyle eleştirilmektedir.

²¹ ABD Yüksek Mahkemesi genel çerçeve olarak “*per se*” ve “*rule of reason*” olarak nitelendirilen iki çeşit analiz yapılarak rekabetin kısıtlanmasının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilebileceğini benimsemiştir.

Per se ihlal olarak nitelendirilen anlaşmalar, “*her zaman veya neredeyse her zaman fiyatları artırma veya çıktıyı azaltma eğilimi gösteren anlaşmalar*” olarak nitelendirilmektedir (ABD Kılavuzu, 3). ABD Kılavuzu’nda, bu tür anlaşmaların, rakipler arasında fiyat veya arz miktarı tespiti, ihalelerde danışıklı hareket etmek ve müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri ve ticaret sınırları belirlemek suretiyle pazarın paylaşılması ya da bölünmesi için yapılan anlaşmalar olduğu belirtilmektedir (s. 3). Açık kartel anlaşmaları olarak adlandırılan bu tip anlaşmalar tespit edildiğinde etkisine bakılmaksızın yasaklanmaktadır. *Rule of reason* analizi ise “*per se illegal olarak nitelendirilemeyecek anlaşmaların net rekabetçi etkisini belirleyebilmek için yapılan bir analiz*”dir (ABD Kılavuzu, 4). Bu çerçevede, anlaşmaların tek başlarına olsa *per se* ihlal olarak nitelendirilebilecek kısıtlamaları da, etkinlik artırıcı entegrasyonlar söz konusu olduğunda yan sınırlama doktrini çerçevesinde değerlendirilmektedir (Jones 2006, 779).

AB mevzuatında anlaşmaların amaç ve etki çerçevesinde değerlendirileceği açıkça belirtilmektedir (101(3) Kılavuzu*, 19). 101(3) Kılavuzunun ortaya koyduğu amaç ve etki kavramları ve bu kavramlar kapsamında yapılan analizler genel çerçeve olarak ABD mevzuatında yer alan *per se* ve *rule of reason* analizleriyle paralellik arz etmektedir.

*Guidelines On The Application of Article 101(3) of the Treaty, Official Journal C 101, 27.04.2004.

Çizilen bu çerçeve içerisinde, rekabet hukukunun amacının belirlenmesi hayati önem arz etmektedir. Gürkaynak'ın (2003, 7) dediği gibi;

“...doğru bir rekabet hukuku tanımı ve anlayışı için gerekli olan en önemli unsur bu hukuk disiplininin amacıdır... amaç konusuna ne şekilde yaklaşıldığı, bir rekabet hukuku rejimini ve o rejimin benimsediği rekabet hukuku politikalarını şekillendiren en önemli unsurdur.”.

Bu doğrultuda, rekabetin kısıtlanması kavramının tanımlanabilmesi için rekabet hukukunun amacının veya diğer bir deyişle rekabetin korunmasının nihai amacının belirlenmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

1.4. REKABETİN KORUNMASININ AMACI

Rekabet hukukunun amacının “tüketici refahı”, “etkinlik”, “özgürlük”, “küçük teşebbüslerin korunması”, “adil bir gelir dağılımının sağlanması”, “teşebbüslerin ticari tavırlarında hakkaniyetin gözetilmesi”, “enflasyonun düşürülmesi” gibi birçok kavram çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği tartışılabilecektir.

Bununla birlikte, iktisat biliminin rekabet hukuku sahasındaki rolünü nispeten sınırlı gören bir yaklaşımla²², “küçük teşebbüslerin korunması”, “adil bir gelir dağılımının sağlanması”, “teşebbüslerin ticari tavırlarında hakkaniyetin gözetilmesi” gibi amaçların (Gürkaynak 2003, 8) veya daha başka amaçların belirlenmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin bir tartışmaya çalışmamızda yer verilmeyecektir²³. Zira rekabetin korunmasının amacının ne olması gerektiği çok geniş ve kapsamlı bir konudur. Bu nedenle böyle bir tartışmaya girilmemekle birlikte, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde böyle bir yaklaşımın pratikte etkilerine yer verilmektedir. Bu çerçevede, ABD ve AB'nin tarihsel süreç içerisindeki ve hâlihazırdaki amaçlarına kısaca yer verilecek, sonrasında ABD ve AB'nin belirlediği temel yaklaşım kabul edilecektir.

²² Bu yaklaşımlar, genel olarak Ordoliberal ve Harvard okullarının görüşleri çevresinde şekillenmiştir.

Ordoliberal yaklaşım, diğer bir deyişle Freiburg okulu (Jones 2006, 742);

1930'larda Almanya'da, yapısal bir çerçevede rekabetçi bir ekonomik sistemin müreffeh, özgür ve adil bir toplum için gerekli olduğunu savunmuştur. Onlara göre, Almanya'nın politik olarak bölünmesine de neden olan özel ekonomik güç oluşturulması ve kullanımı engellenmelidir. Önde gelen Ordoliberal teorisyenleri Walter Eucken, Franz Böhm ve Hanns Grossman-Doerth'tir.

Harvard okulu (Piraino 2007, 348-350);

yirminci yüzyılın ortalarında Edward Chamberlein, Edward Mason ve Joe Bain gibi iktisatçılar tarafından görüşleri şekillendirilen ve ABD rekabet hukuku uygulamalarında özellikle 1970'lere kadar çok etkili olan bir okuldur. Harvard okulu, pazardaki rakip sayısı ve göreceli büyüklüklerine bakarak bir endüstrinin yapısının, teşebbüslerin pazarda ne kadar etkin olabileceklerini belirlediğini savunmuş, düşük maliyet ve fiyatlara yol açtığı durumlarda dahi pazar yoğunlaşmalarının karşısında olmuştur.

²³ Böyle bir tartışma için bkz: Gürkaynak 2003.

Tarihsel süreç içerisinde, rekabet otoriteleri, rekabet kurallarını farklı amaçlar için kullanmıştır. Rekabet yasa ve içtihatlarının günümüzdeki anlamı ile ilk olarak oluşturulduğu ABD’de, ilk dönemlerde, pazarlarda monopol oluşmamasını temin etmek üzere kimi zaman rakiplerin korunması olarak değerlendirilen rekabetin korunması amacı²⁴, küçük rakiplerin bir marka oluşturarak büyük rakipleriyle rekabet etmek amacıyla yaptıkları işbirliğini, içerdiği kısıtlamalar nedeniyle *per se* yasak kapsamında değerlendirecek kadar katı bir şekilde benimsenmiştir (Cudahy ve Devlin 2010, 66, 68). 1970’lerin ortalarından 1990’lara kadar etkinliğin rekabetin tek amacı olması gerektiği düşüncesi hâkim olurken, nihayetinde gelinen noktada genel olarak “tüketici refahının”²⁵ ve “etkinliğin”²⁶ artırılması hedeflenmiştir (Kovacic ve Shapiro 2000, 52-58). Bu noktada, “etkinliğin artırılması” amacının “toplam refahın artırılması”²⁷ anlamına geldiği not edilmelidir²⁸.

²⁴ Bu yaklaşımın ana çıkış noktası, tekellerin (en azından yalnızca üstün yetenek, ileri görüş ve çalışkanlıkla elde edilmeyenleri) kötü olduğu ve az yoğunlaşmış pazarların daha iyi olduğu (Ewing 2006, 102) görüşüdür. Bu yaklaşımı da rakiplik sürecinin kuvvetle korunması anlayışı takip etmektedir, dolayısıyla bu süreç içerisinde ABD’de rekabetçi sürecin korunması antitröst politikasının ana hedefi olmuştur (Cudahy ve Devlin 2010, s. 66, 68).

²⁵ Tüketici kavramı, bir ara veya nihai ürünün alıcısı olan gerçek ve tüzel tüm kişileri kapsayacak şekilde değerlendirilmektedir (Cudahy ve Devlin 2010, 88). Ayrıca, tüketici refahı iktisadi açıdan tüketici artışı anlamında değerlendirilmektedir (A.g.k.).

²⁶ Literatürde; dağılım, verimlilik ve dinamik olmak üzere üç çeşit etkinlik bulunmaktadır (Whish 2009, 4-6):

- Dağılım etkinliği; hangi kaynağın, hangi ürün için ve ne kadar üretileceğinin etkinliğinin sağlanmasıdır. Bu çerçevede, dağılım etkinliği, kaynakların bir kişiyi daha kötü yapmadan diğerini daha iyi yapma imkânı olmayacak şekilde dağıldığı tam rekabet durumuna işaret etmektedir. Dolayısıyla, dağılım etkinliğinin sağlanması için her ürünün fiyatı marjinal maliyetine eşit olmalıdır.
- Verimlilik etkinliği, yine tam rekabette fiyat veri olduğu için ürünlerin daha düşük maliyetle üretilme çabalarının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.
- Dinamik etkinlik ise, üreticilerin tüketicileri çekebilmek için daima inovasyon ve yeni ürün çıkarma çabalarıyla tanımlanmaktadır.

Bu kavramsal çerçevede içerisinde, çeşitli rekabet seviyeleri değişik etkinliklerle sonuçlanmaktadır (Billiet 2009, 14):

- Tüketim ürünlerinde rekabet dağılım etkinliği sağlarken
- Üretimde rekabet verimlilik etkinliği sağlamaktadır.
- İnovasyonda rekabet ise dinamik etkinlik sağlamaktadır. İnovasyon için rekabet de belirli bir zaman içinde verimlilik etkinliğinin ana kaynaklarından biri olduğu için aynı zamanda hem verimlilik hem de dinamik etkinlik sağlamakta olduğunun belirtilmesi de yanlış olmayacaktır.

Dağılım ve verimlilik etkinlikleri statik olarak incelenebilecekken, dinamik etkinlik ise dinamik olarak incelenebilmektedir (ICN 2011, 30). Statik etkinlikler belirli bir zaman içindeki kaynak dağılımıyla ilgilenmekte, dinamik etkinlikler ise inovasyon yapma teşvikleriyle ilgilenerek, refahı uzun dönemde artırmayı gözetmektedir (A.g.k.).

²⁷ Toplam refah, tüketici ve üretici artıklarının toplamı şeklinde formüle edilebilir (ICN 2011, 26).

²⁸ Gürkaynak 2003, 3.

Rekabet hukuku mevzuatı ve içtihatları Ordoliberal akımın etkisiyle şekillenen AB’de ise, rekabet hukukunun ilk amacı, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin hareket özgürlükleri ve ekonomik özgürlükleri önündeki engellerle ilgili endişeleri gidermek üzere bireysel girişimcilerin esenliği²⁹ olmuş, ancak bu akım süreç içerisinde tarihteki yerini almıştır (Jones 2006, 742). Ayrıca, AB rekabet hukuku yakın tarihlere kadar AB Anlaşmalarının temel amaçları olan pazar entegrasyonu ve serbest pazar arka planında AB’nin çevrenin korunması, istihdam, kültür, tüketicinin korunması ve bölgesel eşitsizliklerin giderilmesi gibi aslında politikayla ilgili olan amaçlarını da gözetmiştir (Jones 2006, 741).

Modernizasyon süreciyle birlikte, AB’de tek pazar entegrasyonu ve rekabetin korunması yoluyla “tüketici refahını artırmak” ve “kaynakların etkin dağılımını sağlamak” şeklinde iki nihai amaç belirlenmiş, tek pazar entegrasyonu ve rekabetin korunması amaçlarının çelişmediği ve aynı amaca hizmet ettikleri belirtilmiştir (Bennett ve Padilla 2009, 57). Ancak, hem anılan bu amaçların, hem de AB Antlaşması’nın diğer amaçlarının birbirleriyle çelişebileceği durumların söz konusu olabileceği iddia edilmektedir (Jones 2006, 741). Bununla birlikte, 101(3) Kılavuzu’nda (para. 42), topluluğun diğer amaçlarının ancak 101(3). madde kapsamında değerlendirilebilecek içerikte olduğu zaman dikkate alınacağı belirtilerek, AB Antlaşması’nın diğer amaçlarının aslen gözetilmesinden vazgeçildiği açıklanmıştır.

101(3) kılavuzunda (para. 33), rekabeti kısıtlayan anlaşmaların kimi zaman etkinlik kazanımlarıyla rekabeti artırıcı etkileri olabileceği, 101(3). maddenin de bu etkileri tartmak için bir araç olduğuna yer verilmektedir. Dolayısıyla, AB rekabet hukuku uygulamalarında, tüketici refahını azaltan veya azaltması kuvvetle muhtemel olan anlaşmaların, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar olarak nitelendirilebileceği, eğer etkinlik kazanımı söz konusuysa muafiyet verilebileceğinin değerlendirilebileceği ifade edilebilir.

Netice itibarıyla, AB ve ABD’nin toplam refahı artıran anlaşmalara izin verebilecek amaçlar belirledikleri düşünülmektedir. Ancak, ABD mevzuatında her iki amaç da aynı madde³⁰ kapsamında değerlendirildiği için anlam itibarıyla toplam refahı artıran anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı olmadığı değerlendirilerek³¹

²⁹ “*Well being of individual entrepreneurs*”.

³⁰ Sherman Yasası birinci madde.

³¹ ABD mevzuatında, anlaşmanın bulunduğu ve bulunmadığı durumlardaki rekabet durumunun göz önüne alınarak yapılması gereken ilk değerlendirmenin ana sorusu anlaşmanın varlığı nedeniyle (fiyatların yükselmesi, arz, kalite, hizmet ve inovasyonun azalması yoluyla) tüketici refahının azalmasının mümkün olup olmadığıdır (ABD Kılavuzu, 4). Sonrasında etkinliklerin değerlendirilmesi aşamasına geçilmekte ve net rekabetçi etki ölçülmektedir (Bkz: dipnot 21). Bu bilgiler ışığında, ABD mevzuatında anlaşmanın yasaklanması için net rekabetçi etki olumlu olmalıdır ve rekabetin kısıtlanması net etkinin negatif olduğu durumlar için geçerlidir.

yasaklanmaması mümkündür. AB mevzuatında ise, belirlenen amaç çerçevesinde teorik olarak, tüketici refahını azaltan anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı³² olarak nitelendirilmesi, eğer bu anlaşmalar toplam refahı artırıyorsa muafiyet verilmesi söz konusu olabilecektir³³.

Bununla birlikte, her iki rekabet hukuku sisteminde de bir refah artışı varsa bunun tüketiciye olumlu etkisi değerlendirilmektedir. Bu hususa tersinden bakılırsa, kısıtlayıcı uygulamaların değerlendirilmesi için, hem AB hem de ABD rekabet hukukunda, tüketici refahının esas alınması standart olarak genel kabul görmüştür (Kovacic 2008, 7; Pera ve Auricchio 2005, 153; Cudahy ve Devlin 2010, 78; Lopatka ve Page 2002, 130; Bennett ve Padilla 2009, 57; Evans 2009, 168; ICN 2011, 27).

Bu çerçevede, AB ve ABD rekabet hukukunun amaçları açısından benzerlik gösterdiği, rekabetin kısıtlanması kavramının tanımlanması açısından ise aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir³⁴.

AB ve ABD dışındaki rekabet hukuku düzenlemelerinin büyük kısmında da tüketici refahı nihai amaç olarak belirlenmiştir³⁵. 2011 yılında ICN’in 10. yıl konferansı kapsamında yapılan bir çalışma³⁶ (ICN 2011)’ya göre;

³² Çalışmanın bu bölümünden itibaren “rekabetin kısıtlanması” kavramı tüketici refahının azalması, yani anlaşmalar sonucunda fiyatların yükselmesi, çıktı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ve inovasyonun azalması anlamında kullanılmaktadır.

³³ Bkz: Bölüm 2.1.

³⁴ Bu noktada, toplam refahı artıran anlaşmalara izin verilmesini meşru kılabilecek bir amaç belirlenmişken, değerlendirmenin neden sadece tüketici refahını esas alarak yapıldığı önemli bir soru olarak karşımızda durmaktadır.

Bu hususa ilişkin literatürde oldukça farklı görüşler bulunmasına rağmen, bu çalışmanın da benimsediği görüşe göre, birinci neden, pratik açıdan toplam refahın artırılması veya azaltılmasının değerlendirme ölçütü olarak, tüketici refahı ölçütüne kıyasla daha belirsiz bir çerçeve sunmasıdır (ICN 2011, 26). Rekabet otoritelerinin toplam refahı esas ilke olarak kabul etmeme yönelimlerinin bir diğer önemli nedeni de, bu standardın refah dağıtımını içermesidir (ICN 2011, 26). Zira toplam refahın artması her durumda tüketiciye yarar sağlamayacağı gibi, bu artışın zarar oluşturması ve tüketici aleyhine, üretici lehine bir gelir paylaşımına neden olması da söz konusu olabilecektir. Böyle bir hedef çerçevesinde, açık kartellerin yasaklanması dahi tartışılır bir hale gelecektir. Toplam refahı esas alan ve kartellerin refah artırıcı yönlerine ilişkin değerlendirme yapan örnek bir çalışma için bakınız: BOS, I. ve E. POT (2010), “Welfare-Enhancing Hard Core Cartels”, Maastricht University Research School of Business and Economics, *Research Memoranda 2010*, RM/10/004.

³⁵ Bu konuda yapılabilecek bir diğer tartışma da, tüketici refahı değerlendirilirken uzun veya kısa dönem parametrelerinden hangisinin esas alınması gerektiğidir. Keynes’in meşhur “uzun vadede hepimiz ölüyoruz” sözünün doğrultusunda, bir uygulamanın rekabet üzerindeki etkisinin ölçülmesi için kısa dönemli tüketici refahı değerlendirilmektedir (Lopatka ve Page 2002, 150). Bununla birlikte, uzun dönemli tüketici refahı argümanlarının kısa dönemde gerçekleşen fiyat artışının üstesinden gelmeye yetecek şekilde olmasının zorluğu da bir sebep olarak belirtilebilir (ICN 2011, 78). Bu çerçevede, rekabet politikalarının amacı özetle, pazar gücünün rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin kısa dönemde tartılarak uzun dönem etkinliğinin artırılması çabası olarak nitelendirilebilir (Evans 2009, 168).

³⁶ ICN 10. Yıl Konferansı, 17-20/2011, The Hague, Özel Proje Tartışma Dokümanı “Competition Enforcement and Consumer Welfare: Setting the Agenda”
<http://www.icn-thehague.org/page.php?id=350&>

Tüketici refahı, dünya çapında rekabet hukuku uygulamalarının %39'unda tek nihai amaç olarak belirlenmiş, %50'sinde de birçok amaçtan biri olarak benimsenmiştir. Rekabet uygulamalarının %11'inde ise tüketici refahı, amaç veya amaçlardan biri olarak belirlenmemiş, olası bir sonuç olarak görülmüştür.³⁷ (s. 11)

Bu çalışmada, dünyadaki rekabet düzenleme ve uygulamalarının çoğunda olduğu gibi “tüketici refahı”nın rekabetin korunmasının amacı olarak belirlenmesi gerektiği, rekabetin kısıtlanması kavramının da bu amaç çerçevesinde tüketici refahının azalması olarak yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.

³⁷ Türk rekabet hukuku uygulaması, yukarıda belirtilen %11'lik dilimin içinde yer almaktadır. Ayrıca bakınız: ICN 2011, 13.

BÖLÜM 2

AB’de YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ 101(1). MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

AB Antlaşması’nın³⁸ 101. maddesinin; birinci fıkrasında rekabetin kısıtlanmasını amaçlayan veya bu sonucu doğuran tüm anlaşmalar yasaklanmakta, ikinci fıkrasında ihlal niteliği bulunan sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmekte, üçüncü fıkrasında ise belirli şartları taşıyan anlaşmalarla ilgili olarak birinci fıkra hükümlerinin geçerli olmayacağı ilan edilmektedir.

Tezin bu bölümünde, öncelikle 101. maddenin uygulanmasının ana çerçevesini ortaya koyabilmek amacıyla, maddenin yukarıda anılan birinci fıkrasıyla üçüncü fıkrası arasındaki ilişki dikkate alınacak ve AB rekabet hukukunun modernizasyon öncesi dönemine kısaca değinilecektir. Sonrasında, AB’nin mevcut mevzuatı kapsamında, yatay işbirliği anlaşmalarının (pratikte izlenebilecek bir sıra gözetilerek) değerlendirilebilmesi için dikkate alınacak unsurlara yer verilecektir.

³⁸ Bu çalışmada yer verilen kararlarda ve metinlerde geçen yargı mercilerinin isimleri ile hukuki metinlerin isim ve hükümlerine ilişkin numaralar, herhangi bir karışıklığa yol açmamak amacıyla mevcut durumları itibarıyla yer alacaktır. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma’nın maddeleri ilk olarak 1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile, daha sonra da 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile yeniden numaralandırılmıştır. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma da AB Antlaşması olarak güncellenmiştir. Mevcut durumda AB Antlaşması’nın rekabete ilişkin hükümleri “rekabet kuralları” başlığı altında 101 ila 109. maddeler olarak sıralanmıştır. Lizbon Antlaşması ile aynı zamanda, Avrupa Toplulukları Komisyonu Avrupa Komisyonu, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Adalet Divanı, İlk Derece Mahkemesi ise Genel Mahkeme olarak yeniden isimlendirilmiştir.

2.1. 101(1) ve 101(3). MADDELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

101. maddenin ikili yapısı, maddenin farklı şekillerde anlaşılmasına ve uygulanmasına yol açabilmektedir. Bu yapının yorumlanması, özellikle rekabetin kısıtlanması kavramının nasıl tanımlandığıyla doğrudan ilgili bir husustur. Jones ve Sufrin'e göre (2008, 207), 101(1). madde ve 101(3). madde arasındaki ilişki, literatürde üç farklı şekilde yorumlanmaktadır:

101(1). ve 101(3). maddeler arasındaki ilişkinin bir yorumu, 101(1). maddeyi rekabet kavramının kelime anlamına (yarış) uygun bir şekilde uygulayarak, birçok anlaşmanın anılan maddenin ağına takılmasının sağlanmasıdır. Bu şekilde ağa takılan anlaşmaların anti-rekabetçi ve rekabetçi her türlü etkisi ise 101(3). madde çerçevesinde değerlendirilecektir. Böyle bir yaklaşımda, rekabetin kısıtlanması kavramının tanımı, taraflarının özgürlüğünün kısıtlanması, ortak pazarın bölümlere ayrılması gibi potansiyel olarak problemlili olan her türlü hususu kapsayacaktır.

İkinci yaklaşım ise, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının değerlendirilmesi için, 101(1). madde uygulamasında iktisadi bir yaklaşımın benimsenmesi ve 101(3). maddenin rolünün sınırlanmasıdır. Bu çerçevede, tüketici refahını etkileyen rekabetçi ve anti-rekabetçi her türlü değerlendirme ve dengeleme 101(1). madde çerçevesinde yapılacaktır. 101(3). madde ise, rekabet üzerinde etkisinin olumsuz olduğu varsayılan, diğer bir deyişle rekabeti amaç bakımından kısıtlayan anlaşmalar ve çevre, sağlık, kültür ve istihdam gibi diğer kanıtlanabilir kamu politika yararlarını sağlayan anlaşmaların, anti-rekabetçi etkilerle dengelenecek şekilde değerlendirilmesi için kullanılabilir.

Üçüncü yaklaşım ise, değerlendirmenin asli unsurlarının 101. maddenin söz konusu her iki unsuru arasında paylaştırılmasıdır. Paylaştırma işleminin çok çeşitli şekillerde yapılması mümkün olmakla birlikte, bir yolu 101(1). maddenin varsayılan, fiili veya kuvvetle muhtemel anti-rekabetçi etkilerini tespit etmek, 101(3). maddenin ise, taraflara, anlaşmanın rekabeti olumlu etkileyen unsurlarını ispatlama imkanı tanımak üzere kullanılmasıdır. Örneğin, 101(1). madde dağılım etkinliğiyle ilgilenirken, 101(3). madde daha çok verimlilik etkinliği ve dinamik etkinlik sorgusu için kullanılabilir. Bu şekilde, anlaşmanın içerdiği kısıtlamaların tüketicileri olumlu anlamda etkileyecek etkinliklerin sağlanması için gerekli olduğu durumlarda taraflara izin verilebilecektir.

Genel Mahkeme ve Komisyon'un konuya yaklaşımları ve söz konusu maddelerin yorumlanması, süreç içerisinde belirgin bir şekilde değişmekle birlikte, yukarıda yer verilen yaklaşımlardan hiç birisinin tam olarak benimsendiği söylenememektedir (Jones ve Sufrin 2008, 207). Bu çerçevede, yapılan rekabetin

kısıtlanması tanımı çerçevesinde potansiyel ve fiili rakipler arasında yapılan bir anlaşma neticesinde, fiyat, çıktı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ve inovasyon gibi parametrelerin birbirleriyle çatışır tarzda ortaya çıkması durumunda hangisinin tercih edilmesi gerektiği tartışma konusudur.

101(3) Kılavuzu (para. 32-33), 101(1). madde değerlendirilmesinin tüketici refahını kısıtlayan unsurları ele alması gerektiğini, etkinlikten kaynaklanan olumlu etkilerin ise 101(3). maddede değerlendirilmesi gerektiğini, zira etkinlik kazançlarının tüketici refahını olumlu etkileyebileceğini belirtmektedir. Bu noktaya kadar ortaya konulan amaç-araç denkleminde göre ise, 101(1). maddenin tüketici refahının azaldığı durumlarda anlaşmaları yasaklaması gerekmektedir. Tüketici refahının azalması ancak bu parametrelerin toplam etkisiyle mümkündür. Nitekim Marcos ve Graells'e göre (2010, 191), modernizasyon süreci sonrasında, ilk bakışta 101(1) ve 101(3). madde uygulamalarının değerlendirilmesi eski rejimle aynı gibi görünse de, yeni sistem teşebbüslerin ve uygulayıcıların rekabetçi ve anti-rekabetçi etkileri koşulsuz ve limitsiz olarak değerlendirmelerini gerektirmektedir. Marcos ve Graells, bu durumun iktisadi yaklaşımın mantıksal bir sonucu olduğunu öne sürmektedir (a.g.k.).

101(1). madde kapsamında rekabetçi ve anti-rekabetçi etkilerin tartışılmasının gerekli olduğu şeklinde özetlenebilecek bu sav, Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından, dengeleme işinin 101(1). madde kapsamında yapılamayacağı yorumuyla reddedilmektedir³⁹. Bu yorumun ardında ise, dengeleme işinin 101(1). madde kapsamında yapılmasıyla, 101(3). maddenin işlevini yitireceği endişesi ve böyle bir değişikliğin ancak AB Antlaşmasında yapılacak bir değişikliklikle mümkün olacağı yorumu yatmaktadır⁴⁰.

A. Robertson (2007, 33), 101(3). maddeye işlevsellik kazandırmak adına rekabetin kısıtlanması kavramının daraltılması şeklinde sonuçlanan ve bir yasağın kapsamının bu yasağa ilişkin muafiyetin mevcudiyetine atıfta bulunarak tanımlanması olarak nitelendirilebilecek bu yaklaşımı, arabayı atın önünde koşmaya benzetmektedir.

B. Robertson'a göre (2007, 6), bu yaklaşım O2–T-Mobile kararının⁴¹ getirdiği bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının anlaşmanın bulunduğu ve bulunmadığı durumlar göz önüne alınıp, iktisadi analiz yapılarak

³⁹ Örneğin; Cases T-374, 375, 384, 388/94, *European Night Services v. Commission* [1998] ECR II-3141, 5 CMLR 718 (1998), para. 136; Case T-461/07, *Visa Europe Ltd.-Visa International Service v. Commission*, (2011), para. 67.

⁴⁰ Beyaz Kitap: White Paper on the Modernisation of the Rules Implementing Articles 101 and 82 of the EC Treaty [1999] OJ C132/1, [1999] 5 CMLR 208, para. 57.

⁴¹ Karar için bkz: s. 40-41.

değerlendirilmesi gerektiği içtihadıyla bir çelişki oluşturmaktadır. Zira böyle bir analizin yapılması tüm ilgili etkenlerin dikkate alınmasıyla mümkündür (a.g.k.). Jones da (2006, 779), 101(1). madde uygulamalarında değerlendirilen yan sınırlama kavramının⁴² herhangi bir dengeleme yapılmaksızın ele alınabileceği görüşünün kabul edilmesinin zor olduğu düşüncesindedir.

Bunun yanı sıra, B. Robertson'a göre (2007, 9), bir anlaşmanın ekonomik etkilerinin 101(3). madde kapsamında değerlendirilmesinin bir zararı da, şikâyetçilerin anlaşmaları savunmalarını kolaylaştırmasıdır. Bu yorum, 101(1). madde kapsamında ne kadar az analiz yapılırsa ispat yükünün o kadar çok teşebbüslerde olacağı ve teşebbüsler üzerinde ne kadar çok ispat yükü olursa, savunmanın da o kadar kolay yapılabileceği şeklindedir.

Bu noktada, mevzuat olması açısından Türk rekabet hukukuyla mevzuat ve uygulama benzerliği gösteren Avrupa rekabet hukuku düzenlemelerinin ve modernizasyon sürecinin değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir. Bu çerçevede, öncelikle modernizasyon süreci öncesinde AB rekabet hukukunun 101(1). madde uygulamalarına yer verilecek, sonrasında, gelinen mevcut durumda yatay işbirliği anlaşmalarının 101(1). madde kapsamında değerlendirilmesine başlangıç oluşturabilecek bir temel sunulmaya çalışılacaktır.

2.2. MODERNİZASYON SÜRECİ ÖNCESİNDE 101(1). MADDE DEĞERLENDİRMELERİ

Modernizasyon öncesi dönemde Komisyon, Ordoliberal yaklaşımın da etkisiyle, genel olarak 101(1)'in uygulanmasında katı ve şekilsel bir yaklaşım benimsemiştir (Ata 2009, 29; Jephcott 2005, 83).

⁴² Yan sınırlama kavramı, AB mevzuatında da yatay işbirliği anlaşmalarının değerlendirilmesinde kullanılan önemli bir araçtır.

Genel Mahkeme, 101(1). madde uygulamalarında, 1996 yılında görülen Societe La Tecnique Miniere kararından itibaren birçok kararda rekabet açısından yararlı bir işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli kısıtlamalara izin vermiştir. Bununla birlikte, 2001'de görülen ve yatay işbirliği yapan altı teşebbüsün oluşturduğu Metropole ile ilgili kararda, Yoğunlaşmalarda Yan Sınırlamalar Açısından Komisyon Duyurusu**'na atıfla, daha sonra 101(3) Kılavuzu'nda*** yerini alacak olan yan sınırlama kavramının genel çerçevesi çizilmiştir (Korah 2006, 60-65). Kararda, eğer anlaşmanın ana konusu 101(1). madde kapsamında değilse "anlaşmanın ana konusuyla doğrudan ilgili ve gerekli" kısıtlamaların da 101(1). madde kapsamında olmayacağı, eğer anlaşma 101(1). madde kapsamındaysa ve muafiyetten faydalanabiliyorsa bu sefer de 101(3). madde kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir (para. 116).

* Bu davalara örnek olarak, Remia, Metropol Television, O2-T-Mobile, Wouters (Korah 2006, 53-73) Gottrup Klim, ve Pronuptia de Paris (Jones ve Sufrin 2008, 254) davaları gösterilebilir.

** The Commission Notice of 14 Ağustos 1990 Regarding Restrictions Ancillary To Concentrations (OJ 1990 C 203, 5)

*** 101(3) Kılavuzu, para. 28-31.

Ordoliberal yaklaşımı eleştiren Robertson (2007, 3-4), bu yaklaşımla ilgili problemin, davranışların kısıtlanmasının rekabeti kısıtladığı anlayışının bir versiyonu olan “ekonomik özgürlük” kavramının makul bir şekilde tanımlanmasına ilişkin zorlukla ortaya çıktığını, ayrıca bu kavram her ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın 101(1). maddenin (rekabetin kısıtlanmasının) anlamının açıklığa kavuşmadığını aşağıdaki gerekçelerle ortaya koymaktadır:

...Siyasi liberaller özgürlüğü davranışlardaki dış kontrolün bulunmaması olarak görmektedirler. Dolayısıyla, teşebbüsler düzenlenmemiş sınıra kadar ekonomik davranışlarında özgürlüklerinden faydalanmaktadırlar. Bu çerçevede madde 101(1)'in amacı özgürlüğü korumak değildir. Zira rekabet hukuku da ekonomik bir düzenleme çeşididir.

Ayrıca 101(1). madde diğer teşebbüslerden bağımsız davranma anlamındaki ekonomik özgürlüğü korumamaktadır. Bu özgürlük rekabetçi hiçbir pazarda hiçbir surette bulunmamaktadır. Zira rakiplerden bağımsız hareket edebilme imkânı rekabetin değil hâkim durumun bir göstergesidir.

Son olarak, 101(1). maddenin teşebbüsleri, diğer teşebbüslerle anlaşmalar yoluyla özgürlüklerinin kısıtlanmasından koruduğunu ileri sürmek de yanlış olacaktır. Öncelikle, özgürce ve kendi istekleriyle yapılan anlaşmaların hiçbir surette özgürlüğü kısıtlamamasını önermek garip görünmektedir. Ayrıca, eğer böyle anlaşmalar özgürlüğü kısıtlıyorsa her türlü bağlayıcı anlaşmaların da özgürlüğü kısıtladığı söylenebilecektir. Açıkça görülmektedir ki, her türlü bağlayıcı anlaşma 101(1) çerçevesinde yasaklanmamaktadır. Diğer yandan, bağlayıcı olmayan ve özgürlüğü kısıtlamayan anlaşmaların da yasaklanabileceği açıkça ortadadır.

Bununla birlikte, AB ve dolayısıyla Türk rekabet hukukuna büyük katkı yapan Ordoliberal akım değerlendirilirken, bu akımın özellikle etkili olduğu dönemin kapitalizm ve komünizm arasında ideolojik bir mücadelenin sürdüğü bir dönem olduğunun göz önüne alınması gerekmektedir. Zira bu ideolojik savaş içerisinde asıl tartışma, tüketici refahının veya toplam refahın artırılması değil bu amaçların sağlanması için (serbest) bir pazarın gerekli olup olmadığıdır (Whish 2009, 23). Bu çerçevede, zayıfların korunması, özgürlüklerin korunması gibi hedeflerin esasen pazar mekanizmasının kurulabilmesi adına belirlendiği ileri sürülebilecektir (a.g.k.).

Jones ve Suftrin'e göre (2008, 1095), bu dönemde, özellikle yatay işbirliği anlaşmalarında taraflar arasında olası bir koordinasyon ve potansiyel rekabette azalma korkusu, Komisyon'u müdahaleci bir tutum sergilemeye itmiştir. Ancak,

yine de bu dönemde genel tutumun, ortak girişimlerin⁴³ 101(1). madde kapsamında yasaklanması ve bu anlaşmaların sağladığı faydalardan mahrum kalmamak için 101(3). madde kapsamında muafiyet tanınması olduğu belirtilmektedir (Jones ve Sufrin 2008, 1095). Nitekim Heim'a göre (2011, 3), özellikle inovasyonla ilgili anlaşmalar açısından bugüne kadar yerleşmiş bir problemin bulunmaması da, Komisyon'un inovasyon ve inovasyonların paylaşılması için teşvik edici düzenlemelerin yanında olma isteğinin göstergesidir⁴⁴.

1977 yılında verilen *Vacuum Interrupters*⁴⁵ ve *De-Laval-Stork*⁴⁶ kararları, Komisyon'un yukarıda bahsedilen şekilci ve müdahaleci tutumunun örnekleri olarak değerlendirilebilecektir. Bu kararlarda, Komisyon, anlaşma neticesinde ilgili pazarlarda ortak girişimle diğer teşebbüsler arasında rekabetin artmasına rağmen, ortak girişim kurulmasıyla iki rakip arasındaki rekabetin sonlanmasını 101(1). maddenin ihlali olarak yorumlamıştır (Jones ve Sufrin 2008, 209). Bununla birlikte, bu kararların 101(3). madde değerlendirmelerinde ortak girişimlerin daha yüksek satış kapasitesi olan ve ürünlerini bütün dünyaya pazarlayan çok büyük gruplarla rekabet etmeleri gerektiği belirtilerek muafiyet verilmiştir (a.g.k.). Bu noktada, çalışmanın üçüncü bölümünde katı ve şekilci bir yaklaşım gösterildiği ileri sürülebilecek bazı Rekabet Kurulu (Kurul) kararlarına yer verilmesi daha yararlı görüldüğü için, modernizasyon öncesi AB rekabet hukuku uygulamalarında 101(1). madde değerlendirmelerine ilişkin daha fazla örneğe yer verilmemektedir.

Literatürde, topluluk mahkemelerinin, yukarıda yer verilen yaklaşım çerçevesinde, uzun yıllar boyunca yararlı olabilecek anlaşmaların öncelikle 101(1). madde kapsamında yasaklanmasını ve sonrasında muafiyet verilmesini bir problem olarak görmediği savunulmaktadır⁴⁷. Jephcott (2005, 83), topluluk mahkemelerinin 101(1). maddenin her türlü anlaşmayı yasaklamasının bir problem olarak ortaya çıkmaması hususunu, muafiyet alan teşebbüslerin topluluk mahkemelerine başvurmaları için çıkarlarının çok az olması nedenine bağlamaktadır.

⁴³ AB rekabet hukuku literatüründe, ortak girişimler genellikle, ABD'de olduğu gibi diğer yatay işbirliği anlaşmalarını da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz: dipnot 69. Bu çalışmanın amacı açısından da böyle bir ayırım yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Bu çerçevede, işbu çalışmada, yatay işbirliği anlaşmaları ve ortak girişimler adına yapılan yorum ve değerlendirmelerin, çoğu durumda kavramların birbirlerinin yerine kullanılarak da yapılabileceği düşünülmektedir. Diğer durumlar için de, ortak girişimlerin değerlendirilmesi çalışma açısından önem arz etmektedir.

⁴⁴ Billiet, inovasyon konusuna verilen önemin artması, 1980'lerden itibaren AB ekonomisinin, daha işbirlikçi bir iş yapısıyla tanınan Japon ileri teknoloji sektörlerinden esinlenmesi ve yükselen Hint ve Çin ekonomileriyle rekabet edebilmek için yapılan bir hamle olarak değerlendirmiştir (Billiet 2009, 2-3).

⁴⁵ *Vacuum Interrupters*, [1977] OJ L48/32.

⁴⁶ *De Laval-Stork*, [1977] OJ L215/11.

⁴⁷ Örneğin bkz: Jephcott 2005, 83.

Bununla birlikte, değişen ideolojik ve iktisadi konjonktür çerçevesinde, Komisyon, özellikle işbirliği anlaşmalarını değerlendirmedeki katı tutumunun AB genelinde bir huzursuzluğa yol açtığını görmüştür (Jephcott 2005, 84). Bu doğrultuda, Komisyon, 1993'te "İşbirliği Niteliğindeki Ortak Girişimlerin Değerlendirilmesine İlişkin Duyurusu"yla bir ortak girişimin 101(1) kapsamında yasaklanabilmesi için gerçekçi bir ekonomik analizin yapılması gerektiği yönünde irade beyan etmiştir (Jones ve Sufrin 2008, 1095, 1099). Bununla birlikte, modernizasyon sürecine kadar söz konusu huzursuzluğu gidermede yetersiz kaldığı savunulmaktadır (Jephcott 2005, 84). Yine de, bu dönemde iktisadi yaklaşımı benimseyen bazı adımlar atılmıştır. Bu çerçevede, bir yatay işbirliği anlaşmasında özgürlüklerin kısıtlanmasının rekabetin kısıtlanması olarak nitelendirilmemesi gerektiğine örnek oluşturması yönüyle, 1996 yılında verilen *Gottrup-Klim Grovwareforening*⁴⁸ kararına yer verilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir.

İlgili kararın konusunu, Danimarka mahkemesinin, gübre ve bitki koruma ürünleri gibi tarım ürünlerinin ortak alımı için oluşturulmuş bir işbirliği teşekkülünün üyelerinin başka ortak alım teşekküllerine üye olmasını yasaklamasının 101(1). madde kapsamında ihlal olup olmadığını Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'a taşınması oluşturmaktadır⁴⁹. Anılan teşekkülün faal olduğu ortak alım pazarında faaliyet gösteren ve kendisi kadar pazar payı olan bir teşekkül daha bulunmaktadır⁵⁰. Kararda, ABAD, üyelere ilişkin kısıtlamanın ortak alımın etkin bir şekilde yapılması için gerekli (yan sınırlama) olduğuna hükmederek, 101(1). maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır⁵¹.

Bu dönemde, Komisyon'un rekabetin kısıtlanmasına ilişkin katı ve şekilci olarak nitelendirilen yaklaşımının amacının, o dönemin genel politikasının riskli olabilecek anlaşmaların Komisyon'un önüne gelmesini ve bu anlaşmalara izin verme yetkisinin Komisyon'un tekelinde olması sağlamak olduğu öne sürülebilecektir⁵². Bununla birlikte, aslında refahı azaltmayan çok sayıda anlaşmanın Komisyon'un önüne gelmesi, teşebbüslerin hangi davranışlarda bulunabileceği, hangilerini yapmamaları gerektiği konusunda da belirsizliğe yol açmış, bu durum aynı zamanda Komisyon'un iş yükünü oldukça artırmıştır. Bu nedenle, Komisyon, iş yükünü azaltmak (Marcos ve Graells 2010, 187-188) ve rekabet açısından problem oluşturması beklenmeyen davranışları belirleyerek teşebbüslerin kendi değerlendirmelerini yapmaları (Vogelaar 2002,

⁴⁸ Case C-250/92, *Gottrup-Klim Grovwareforening and Others v. Dansk Landbrugs Grovvaeselskab AmbA* [1994] ECR I-5641, [1996] 4 CMLR 191.

⁴⁹ Jones ve Sufrin 2008, 251-253.

⁵⁰ A.g.k.

⁵¹ A.g.k. Ayrıca, yan sınırlama kavramı için bkz: dipnot 42.

⁵² Bkz: s. 18, Jones ve Sufrin'den yapılan alıntının birinci paragrafı.

22) amaçlarıyla grup muafiyet tebliğleri çıkarılmıştır. Grup muafiyet tebliğleri bu dönemde, rekabetin kısıtlanması kavramına yüklenen anlamın farklı olduğu ve birçok anlaşmanın meşru olabilmesi için 101(3). madde kapsamında muafiyet alınmasına bağlı olduğu için (Jones 2006, 804), önemli bir görev üstlenmiş ve (modernizasyon sonrasında benimsenen rekabetin kısıtlanması kavramı çerçevesinde) ihlal olmayacağına inanılan anlaşmaların yapılmasının önünde engel olunmamasını belirli bir ölçüde sağlamıştır.

Sonuç olarak, Komisyon tarafından 1993 yılında açıklanan ve AB rekabet hukuku uygulamalarının daha iktisadi bir yaklaşıma yönelmesi olarak nitelendirilebilecek bu irade, 1990'ların sonunda Beyaz Kitap ile somutlaşmış ve sonrasında AB mevzuatı yeni düzenlemelere ve yeni kurallara sahip olmuştur⁵³.

2.3. AB'DE YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ MEVCUT MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE 101(1). MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Yatay işbirliği anlaşmalarının 101(1). madde kapsamında değerlendirilmesi için AB'nin yürürlükte olan mevzuatı 2010'da yayımlanan Kılavuz, 2004'te yayımlanan 101(3) Kılavuzu, 2001 yılında yayımlanan De Minimis Duyurusu⁵⁴dur⁵⁵. Ayrıca, tam işlevsel ortak girişimler yoğunlaşma olarak değerlendirilmekte, tam işlevsel olmayan ortak girişim anlaşmaları ise yukarıda belirtilen mevzuat kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁶.

AB mevzuatında, bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için rekabeti kısıtlama amacı ya da etkisi olması gerekmektedir⁵⁷ olup, tüketici refahının olumsuz anlamda etkilenmesi rekabetin kısıtlanması olarak nitelendirilmektedir. Tüketici refahının olumsuz etkilenmesi ise, 101(3) Kılavuzu'nda (para. 16) yer verildiği

⁵³ 1997 yılında yayımlanan İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz", 1999 yılında sayılı Dikey Kısıtlamalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü, 2002'de 1/2003 sayılı Tüzük, 2004'te bu Tüzüğü açıklayan Kılavuz, 2001 yılında Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz, 2004 yılında 101(3) Kılavuzu...

⁵⁴ Commission Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition Under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (De Minimis), OJ C 368, 22.12.2001.

⁵⁵ Çalışmanın konusunu oluşturan yatay işbirliği anlaşmalarının Avrupa rekabet mevzuatı açısından değerlendirilebilmesi için 101(3) kılavuzu ve yatay işbirliği anlaşmaları kılavuzunun bütünlük arz etmesi sebebiyle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, grup muafiyet tebliğleri de 101(1) ve 101(3). maddeler arasındaki ilişkinin anlaşılabilirliği açısından göz önüne alınabilir.

⁵⁶ Bu çalışmada, tam işlevsel ortak girişimler hariç bütün ortak girişimlerin 101(1). madde çerçevesinde değerlendirileceği kabulüyle, ortak girişimlerin birleşme devralma mevzuatı kapsamında değerlendirilmesine ilişkin bir hususa temas edilmeyecektir. Tam işlevsel ortak girişimlere ilişkin ayrıca bilgi için bkz: dipnot 78.

⁵⁷ 101(3), 11.

üzere, teşebbüsler arası anlaşmalar yoluyla pazarda fiyat, çıktı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ve inovasyon gibi rekabet parametrelerinin belirgin bir biçimde olumsuz etkilenmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Yapılacak bir değerlendirmede, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle anlaşma taraflarının farklı teşebbüsler olup olmadığı belirlenmesi gerekmektedir. Zira aynı ekonomik bütünlük⁵⁸ içerisinde olduğu kabul edilen farklı tüzel kişilikler arasındaki anlaşmalar rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşımamaktadırlar.

2.3.1. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINDA TEK TEŞEBBÜS KAVRAMI

Aynı ekonomik bütünlük içerisinde değerlendirilen tüzel veya gerçek kişiler tek teşebbüs olarak nitelendirilmekte, aralarındaki anlaşmalar da 101(1). madde kapsamında incelenmemektedir. Örneğin, bir yavru şirketin ana şirketten ayrı bir teşebbüs olarak nitelendirilmesinin iktisaden rasyonel olmadığı değerlendirilmektedir (Tokatlı 2009, 46).

Yatay işbirliği anlaşmaları bağlamında tek teşebbüs kavramı daha tartışmalı bir alanı da kapsamaktadır. Bu tartışma, ortak girişimle ana teşebbüslerin tek teşebbüs olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, ya da hangi durumlarda değerlendirilebileceği etrafında yapılmaktadır. Zira ortak girişimler ve ana teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, geleneksel yaklaşım çerçevesinde 101(1). madde kapsamında değerlendirilmekte iken, son yıllarda bu konuda önemli bir yaklaşım değişikliği göze çarpmaktadır. Bu yaklaşım değişikliği, ortak girişimin faaliyet alanı çerçevesinde, ana teşebbüsle ortak girişimin tek teşebbüs olarak değerlendirilmesidir. Dolayısıyla, ortak girişimin, amaçlarını yerine getirmek amacıyla ana teşebbüslerle yaptığı anlaşmalar rakipler arasında yapılan anlaşmalar olarak değerlendirilmeyecek ve 101(1). madde kapsamında olmayacaklardır.

Söz konusu yaklaşım değişikliğinin son yıllarda gerçekleşmesi nedeniyle, AB rekabet hukuku uygulamalarında bu yaklaşımı açıkça ortaya koyan örneklerin konuyu her yönüyle ortaya koyabilmek açısından yetersiz olabileceği düşünülmektedir. Bu bağlamda, her ne kadar bu çalışma AB mevzuatı açısından inceleme yapmakta ise de, ortaya çıkan bu yeni yaklaşımın aktarılabilmesi adına önem arz eden ve içtihat değişikliğine yol açan bir ABD rekabet hukuku uygulamasına yer verilmesi yararlı görülmektedir. Nitekim bu konu kapsamında AB rekabet hukuku anlayışında gerçekleştiği düşünülen yaklaşım değişikliğinin, ABD rekabet hukukunun söz konusu içtihadıyla doğrudan ilgili olduğu düşünülmektedir.

⁵⁸ Bu yaklaşım tek teşebbüs doktrini olarak da nitelendirilebilmektedir.

Rekabet hukukunda ortak girişimlerin ve ortak girişim taraflarının davranışlarının süregelen anlayışını değiştiren söz konusu içtihat ABD’de 2006 yılında görülen *Dagher* kararında⁵⁹ verilmiştir.

Karara göre, işlem öncesinde petrol ve benzin alanlarında birbirleriyle rekabet eden Texaco ve Shell, ham petrolün rafine edilerek benzin üretilmesi ve benzinlerin akaryakıt istasyonları gibi alt pazardaki alıcılarına sağlanmasıyla işteğal etmekteydiler. Taraflar, Batı ABD’de ham petrolü rafine etmek ve satmak üzere Equilon adlı bir ortak girişim kurmuşlardır. Texaco ve Shell, ortak girişim anlaşması kapsamında kaynaklarını birleştirme ve Equilon’un faaliyetlerinden doğacak karları ve riskleri paylaşma kararı almışlardır. Equilon’un yönetim kurulu (Shell ve Texaco yetkilileri) benzini akaryakıt istasyonlarına orijinal Shell ve Texaco markalarıyla satmaya karar vermiştir. Bu arada, Equilon’un kurulması için FTC’den gerekli izinler alınmıştır. [Shell’in pazar payı %8, Texaco’nun pazar payı %7’dir (Shulman 2007, 542).]

Ortak girişim faaliyete geçtikten sonra bazı istasyon sahipleri ortak girişim taraflarının her iki marka için fiyat tespit ederek *per se* kuralını ihlal ettikleri iddiasıyla mahkemeye başvurmuşlardır. Dokuzuncu Daire [Piraino’nun bir çalışmasına atıf yaparak (Piraino 2008, 737)]⁶⁰ yan sınırlama kavramına başvurmuş ve fiyat tespitinin ortak girişimin etkin çalışması için gerekli olmadığı gerekçesiyle anlaşmanın *per se* ihlal olduğuna karar vermiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi, tarafların ilgili pazarda rekabet etmediğini, tam tersine kurdukları ortak girişimle pazarda birlikte faaliyet gösterdiklerini, fiyatlama politikasının ise “*tek bir teşebbüsün fiyatlama politikasından ancak biraz daha fazla*”⁶¹ olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, bu doğrultuda *Maricopa*⁶² kararına atıf yaparak, kar fırsatlarını olduğu kadar zarar risklerini de paylaşan ve sermayelerini birleştiren (ve sözleşme olmadığı takdirde rakip olacak) kişilerin pazarda diğer satıcılarla rekabet eden tek bir teşebbüs olarak değerlendirileceğine yer vermiş ve Equilon’un fiyatlama politikasının bu

⁵⁹ Texaco Inc. v. Dagher Et Al. 547 U.S. (2005).

⁶⁰ Piraino’nun konuyla ilgili çalışmasının yan sınırlamaları incelediği bölümde yaptığı değerlendirmesinde (Piraino 1994, 926-927):

Geniş yan sınırlamalar ortak girişimlerin en faydalı niteliklerini yok edebilir: etkinliği artırırken tarafların diğer alanlarda rekabet etmeye devam etmesine izin vermek. Ortak girişimlerin bazı yan sınırlamaları taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayabilir. Ortak girişimin dışındaki alanlara yayılma etkisi, tarafların rekabetçi bilgi paylaşımı, ortak girişimin ürünlerini satarken fiyat tespit etmeleri veya anlaşma taraflarının satabileceği müşteri veya bölgeler belirlemek gibi anlaşmalar yapmalarıyla sonuçlanabilir.

ifadelerine yer vermekte ve bu doğrultuda fiyat tespiti ve pazar paylaşımının yan sınırlama olarak değerlendirilemeyeceğini söylemektedir (Piraino 1994, 928-929).

⁶¹ “...little more than price setting by a single entity...” (Dagher, 4)

⁶² *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 US. 332, 356 (1982).

kapsamda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kararda, ortak girişimlerin, diğer herhangi bir firma gibi, tek bir teşebbüs olarak ürünlerinin fiyatlarını belirleme, ayrı iki marka altında tek fiyat üzerinden satma ve benzeri uygulamalara hakkı olduğu belirtilmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi, yan sınırlama kavramının, girişim dışında olan bir kısıtlamanın⁶³ açık bir kısıtlama veya ortak girişimin kanuni ve rekabetçi olan faaliyetleri için gerekli bir kısıtlama olduğunun belirlenmesi için kullanıldığını, ancak bu kararda Equilon'un davranışının ortak girişimin ana faaliyetiyle⁶⁴ ilgili olduğunu belirterek yan sınırlama kavramına başvurulmasını reddetmiştir.

Kimilerince hakikatin şekle karşı zaferi olarak nitelendirilen⁶⁵ ABD Yüksek Mahkemesinin bu kararı, ortak girişimlerde tek teşebbüs kavramının değerlendirilmesinin ayrıntılı olarak belirtilmemesi⁶⁶ ve hangi düzeyde entegrasyonun yeterli olacağını değerlendirilmemesi⁶⁷ nedenleriyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte, Mahkemenin bu kararda ortaya koyduğu genel çerçevede, ortak girişimlerde;

- tarafların tek başlarına sağlayamayacakları etkinlikleri sağlamak amacıyla bir araya gelmeleri,
- kaynakların yeterli düzeyde entegre edilmesi, kar ve risk paylaşımı,
- ortak girişimin faaliyet alanı çerçevesinde tarafların aralarındaki rekabetin bitmesi⁶⁸

durumlarında ortak girişimin faaliyet alanı çerçevesinde, ana teşebbüslerle ortak girişimin tek teşebbüs olarak değerlendirileceği içtihadı yerleştirilmiştir. Ancak bu

⁶³ “Nonventure restraint”.

⁶⁴ “Core activity”.

⁶⁵ Holden 2007, 1467-1468.

⁶⁶ Bomse 2010, 3; Sagers 2009, 3; Holden 2007, 1474.

⁶⁷ Holden 2007, 1474; Shulman 2007, 555-556. Davacıların avukatı olan Shulman, bir adım ileri giderek, tarafların dava konusu anlaşmayı ittifak olarak adlandırdıklarını ve aslında teşebbüslerin ilgili pazarda tamamen entegre olmadıklarını dile getirmektedir (Shulman 2007, 556).

Entegrasyon düzeyi etkinlik artışının göstergesi olarak değerlendirilebilmektedir. Nitekim Piraino, yatay işbirliği anlaşmalarının sınırsız çeşitlilikte amaç, biçim, süre ve yapıda olmakla birlikte, entegrasyon derecelerine göre kartelle birleşme arasında üç geniş kategori içerisinde değerlendirilebileceklerini dile getirmektedir (Piraino 2008, 757).

⁶⁸ Rakip teşebbüslerin kaynaklarını bir araya getirip aralarındaki rekabeti bitirerek, bazı faaliyetlerini gerçekleştirmek için bir araya gelmeleri, literatürde kısmi birleşme olarak da adlandırılmaktadır (Werden 2010, 4). Werden, Başsavcılık makamına atıfla kısmi birleşmenin “*ilgili pazarda taraflar ve taraflarla girişim arasındaki fiili ve potansiyel rekabetin sonlanması*” ile gerçekleştiğine yer vermektedir (2010, 6).

noktada, ana teşebbüslerin kendi aralarında tek teşebbüs olarak tanımlanmadığı, her bir ana teşebbüsle ortak girişimin, ortak girişimin faaliyet alanı çerçevesinde tek teşebbüs olarak tanımlandıkları hususu ayrıca belirtilmelidir.

Bu çerçevede, ortak girişimlerin, ana faaliyet alanı içerisinde olan her türlü kararının (fiyat tespiti, bölge paylaşımı, girdi ve çıktı miktarlarının belirlenmesi) ana teşebbüslerce belirlenmesi Sherman Yasası'nın birinci maddesi kapsamının dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, teşebbüsler, bu nitelikteki davranışları nedeniyle, davranışların faaliyetle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu, etkinlik doğurucu olduğu gibi savunmalar yapmaktan kurtulmaktadır (Keyte 2006, 48). Bununla birlikte, Werden'e göre (2010, 5), *Dagher* yaklaşımı anlaşma sonrasında rakip değil yatırımcı olan tarafların fiyatlama ve arza ilişkin kararlarının dikkatlice incelenmesini engellemektedir. Zira bu tür davranışların tarafların yeni rolleriyle uyumlu olup olmadığı irdelenmelidir (Werden 2010, 5).

Ortak girişimleri, faaliyetleri kapsamında ana teşebbüslerden bağımsız bir teşebbüs olarak değerlendirmeyen bu karar, ABD rekabet hukukunda ortak girişimlerin fiyat tespiti ve benzeri davranışlarının hukuki değerlendirmesini değiştirmiş, ortak girişimlerin ve ortak girişim taraflarının eylemlerinin yasal olup olmadığına dair yapılacak analizler için yeni bir temel oluşturmuştur (Piraino 2008, 737)⁶⁹.

Dagher kararıyla çizilen bu çerçevede, ortak girişim anlaşmalarının içerdiği kısıtlamalar, ana unsura ilişkin kısıtlamalar, yan sınırlamalar ve anlaşmadan bağımsız kısıtlamalar olarak sınıflandırılabilir (Piraino 2007, 389-390; Werden 2010, 6-7). Kısıtlamalar eğer faaliyetin içeriğiyle ilgiliyse (veya ana unsuru ise), tek teşebbüs kavramı çerçevesinde değerlendirme yapıldığı için, anlaşma ayrıca hiçbir değerlendirmeye gerek duyulmaksızın Sherman Yasası'nın birinci maddesinin kapsamının dışında kalmaktadır (a.g.k.). Eğer kısıtlama anlaşmanın kendisiyle ilgili değilse ve yan sınırlama olarak değerlendiriliyorsa, bu kısıtlamaların Sherman Yasası'nın birinci maddesi kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır (a.g.k.). Söz konusu kısıtlamaların anlaşmanın doğası gereği gerçekleşmediği ve yan sınırlama olmadığı değerlendirilirse, bu kısıtlamalar ayrı bir anlaşma olarak değerlendirilerek rekabeti kısıtlıyorlarsa yasaklanmaları mümkün olabilecektir (a.g.k.). Görüldüğü üzere çizilen bu çerçeve, yan sınırlama kavramının kapsamını bir anlamda daraltmıştır.

Bununla birlikte, bu içtihadın aslında ABD rekabet hukuku uygulamaları açısından pratikte bir şeyi değiştirmede, karardan önceki uygulamaların da benzer olduğunu öne sürenler de olmuştur. Sokler ve diğerleri (2004, 314-

⁶⁹ ABD rekabet uygulamalarında ortak girişim kavramı genel olarak bütün yatay işbirliği anlaşmalarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

321)⁷⁰, ABD uygulamalarında tarafların pazar gücü yoksa anlaşmanın içerdiği kısıtlamaların yan sınırlama olarak değerlendirildiğinin herkesçe malum olduğunu belirtmiş, birçok kararı örnek olarak göstermiştir. Kessler ve diğerleri de (2006, 40, 43), *Dagher* öncesi uygulamalarda da etkinlik yaratan ortak girişimlerdeki kısıtlamaların genellikle yan sınırlama olarak değerlendirildiğini öne sürmüştür. Bu çerçevede, *Dagher* kararının genel kabul gören standartları uyguladığı belirtilmiştir (Sokler ve diğerleri 2004, 321; Kessler ve diğerleri 2006, 40).

ABD rekabet hukukundaki bu gelişmelerin⁷¹ AB rekabet hukuku uygulamalarını da etkilediği düşünülmektedir. Henüz yukarıda yer verilen ABD rekabet hukuku uygulama örnekleri gibi örnekler bulunmasa da, AB’de de ana teşebbüslerle ortak girişimler arasında tek teşebbüs kavramı kullanılmaya başlanmıştır.

Yakın zamanlara kadar Komisyon, ortak girişimlerin karıştığı ihlaller nedeniyle ortak girişim hissedarlarını sorumlu tutmamış ve hiçbir hissedarın tek başına kontrol etmemesi nedeniyle, ortak girişimlerin, ana teşebbüslerinden özerk bir iktisadi varlık olarak 101. maddenin amaçları çerçevesinde bağımsız bir teşebbüs olduğunu öne sürmüştür (Pree ve Molin 2010, 431). Ancak, Komisyon, özellikle 2007 yılından itibaren ortak girişim ihlallerinde ana teşebbüsleri de sorumlu tutmaya başlamıştır (a.g.k.).

*Gas Insulated Switchgear*⁷², *Avebe*⁷³, *Chloroprene Rubber*⁷⁴ ve *Candle Waxes*⁷⁵, *Spanish Raw Tobacco*⁷⁶ kararları bu kararlara örnek teşkil etmektedir (Pree ve Molin 2010, 431-446). *Candle Waxes* kararında yer verilen şu ifade bu trendin sebebini açıklamaktadır: “Ortak girişimlerde... ortak girişimle ana teşebbüslerin 101. maddenin uygulanması amaçları çerçevesinde tek bir teşebbüs oluşturduklarını tespit etmek mümkündür.”⁷⁷. *Candle Waxes* kararında

⁷⁰ Bu çalışmada anılan kararlara yer verilmemekle birlikte, *Three Tenor* kararında*, FTC’nin tanımladığı yan sınırlama kavramı önem arz etmektedir. FTC’nin bu kararda bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için, “tarafların belirli bir etkinliği sağlamaları için makul bir şekilde gerekli olması” gerektiğini belirtmiştir (Sokler ve diğerleri, 315).

* PolyGram Holding, Inc., FTC Docket No. 9298 (2003).

⁷¹ ABD’de *Dagher* içtihadından sonra, yukarıda yapılan tartışmalar, “*American Needle*”* davasıyla devam etmiştir.

* American Needle, Inc. v. National Football League Et Al., 560 US (2010).

⁷² Case COMP/F/38.899 - *Gas Insulated Switchgear* (2007).

⁷³ Case T-314/01, *Avebe v. Commission*, ECR II-3085 (2006).

⁷⁴ Case COMP/38629 - *Chloroprene Rubber* (2007).

⁷⁵ Case COMP/39181 - *Candle Waxes* (2008).

⁷⁶ Case COMP/C.38.238/B.2 - *Raw Tobacco — Spain*, OJ L 102, 19.04.2007.

⁷⁷ *Candle Waxes*, para. 481.

ihlal tarafı tam işlevsel bir ortak girişimdir⁷⁸. Ancak, Komisyon ana teşebbüslerin cezalandırılması için, bir ortak girişimin tam işlevsel olup olmamasının konuyla ilgisi olmadığını belirtmiş, belirleyici etkinin gösterilmesini yeterli bulmuştur (Pree ve Molin 2010, 439). Bu nedenle *Candle Waxes* kararı, Komisyon'un ortak girişimlerin 101. madde açısından yapacağı tek teşebbüs değerlendirmesinde tam işlevsel – işbirliği doğurucu ayrımı yapmadığını göstermesi yönüyle de önemlidir.

Bu çerçevede, yukarıda anılan kararlar, ortak girişim taraflarıyla ortak girişimin tek teşebbüs olarak değerlendirilmesi şeklindeki *Dagher* yaklaşımının, Komisyon tarafından da benimsendiğini göstermektedir. Kılavuz'un taslak çalışmasının⁷⁹ 11. paragrafı da bu yönelimi açıkça ortaya koymaktadır⁸⁰:

...Ortak girişimin kurulması AB rekabet hukukunu ihlal etmiyorsa, ortak girişim, kendisi üzerinde ortak belirleyici etkisi ve etken kontrolü bulunan⁸¹ ana teşebbüslerin her biriyle ayrı birer teşebbüs oluşturduğu için, ana teşebbüsler ve ortak girişim arasındaki anlaşmalara 101. madde uygulanmaz. Bununla birlikte, 101. madde, ana teşebbüslerin ortak girişim oluşturulurken yapılan anlaşma bakımından ortak girişimin faaliyet alanı dışında kalan anlaşmalarına uygulanabilir.⁸²

⁷⁸ Komisyon, Konsolide Kılavuz'da*, bağımsız bir iktisadi teşebbüsün tüm fonksiyonlarını yerine getirebilecek ortak girişimleri tam işlevsel olarak nitelendirmekte ve yoğunlaşma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (para. 92). Ortak girişimin sıfırdan kurulduğu veya tarafların eskiden sahip olduğu varlıkların ortak girişime aktardığı durumlar da aynı kapsamda değerlendirilmektedir (para. 92). Bununla birlikte, Konsolide Kılavuz, stratejik kararlarının alınması anlamında bir bağımsızlığın aranmadığını, aranacak olursa ortak kontrol edilen hiçbir teşebbüsün tam işlevsel olarak nitelendirilemeyeceğini ayrıca belirtmektedir (para. 93).

* Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (2008/C 95/01).

⁷⁹ Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, SEC(2010) 528/2.

⁸⁰ Alıntılanan bu kısım nihai Kılavuz'da yer almamıştır.

⁸¹ Kılavuz'un taslağının bu bölümünde 2006 yılında verilen *Avebe* kararına* atıf yapılmaktadır. *Avebe* kararının konusunu, Avebe ve Akzo sodyum glukonat içeren ürünler üretmek, pazarlamak ve satmak üzere kurdukları bir ortak girişimin, karıştığı bir rekabet ihlali oluşturmaktadır. Komisyon, öncelikle ortak girişim üzerinde her iki tarafın da belirleyici etkisini, ortak girişimin yapısı ve yöneticilerini göstermek suretiyle göstermiştir. Avebe ihlalin varlığından haberdar olmadığını iddia ederek bir takım deliller sunmuş ancak bu deliller Genel Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Bu davada dikkat çeken nokta, Komisyon'un ana teşebbüslerin cezalandırılması için ortak girişim üzerinde gerçekten belirleyici etkisi olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

* Case T-314/01, *Avebe v. Commission*, ECR II-3085 (2006).

⁸² Bu yaklaşım, kimilerince, AB yoğunlaşma düzenlemelerinde yer alan tam-işlevsel ortak girişim tanımı çerçevesinde karışıklığa yol açacağı nedeniyle eleştirilmiştir (bkz: Kinsella ve Meier 2009; Kılavuz'un taslağına katkılar: Hogan Lovells 2010, Van Bael&Bellis 2010). Bununla birlikte, bu yaklaşımı destekleyen bazıları da bu paragrafın daha geniş ve açık anlatılması, ayrıca örneklenilmesi gerektiğini dile getirmiştir

Bu bilgiler ışığında, ortak girişimler ve ana teşebbüsler arasındaki, ortak girişimin kapsamı çerçevesindeki ilişkilerin AB mevzuatı çerçevesinde 101(1). madde kapsamında değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

2.3.2. FİİLÎ VEYA POTANSİYEL RAKİP KAVRAMI

Bir anlaşmanın değerlendirilmesinde, tarafların farklı teşebbüsler olduğu tespit edildikten sonra göz önüne alınacak öncelikli husus, anlaşmanın bir yatay işbirliği anlaşması olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemek üzere tarafların fiilî veya potansiyel rakip olup olmadıklarının değerlendirilmesidir.

Bu çerçevede, öncelikle ilgili pazar belirlenmelidir. Pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler fiilî olarak rakip olarak değerlendirilirler. Ancak, AB mevzuatı aynı ilgili ürün pazarında faaliyet göstermekle birlikte farklı bir coğrafi pazarda faaliyet gösteren ve potansiyel rakip olmayan teşebbüs anlaşmalarını da yatay işbirliği anlaşmaları çerçevesinde değerlendirmektedir (Kılavuz, para. 1).

Modernizasyon öncesine ilişkin bölümde belirtildiği üzere, potansiyel rekabet kavramı, modernizasyon öncesinde katı bir şekilde yorumlanmış ve anlaşmaların 101(1) tarafından yasaklanmasının en önemli sebeplerinden biri olmuştur. Ancak bu kavram, modernizasyon süreciyle birlikte yeniden yorumlanmıştır. 1998 yılında görülen *European Night Services* kararı hem potansiyel rekabet kavramının yumuşatılmasının, hem de değerlendirmenin anlaşmanın hâlihazırdaki ekonomik şartlar çerçevesinde yapılmasının gerekliliğini dile getiren bir örnek oluşturmaktadır.

Kararda İngiliz, Fransız, Alman ve Hollanda menşeli demiryolu şirketlerinin İngiltere ve Kıta Avrupası arasında Manş Tüneli üzerinden gecelik yolcu taşımak üzere kurdukları *European Night Services* adlı ortak girişim incelenmektedir. Ortak girişim anlaşmasını değerlendiren Komisyon, ortak girişimin rekabeti rakipler arasında, rakiplerle ortak girişim arasında, karşılıklı olarak üçüncü taraflarla kısıtladığı ve bu kısıtlamaların ana teşebbüsler arasında ağ kurulması nedeniyle rekabet koşullarını daha da kötüleştirdiği kanaatine ulaşarak 101(1). madde kapsamında rekabetin kısıtlandığına⁸³, bununla birlikte, bazı koşullar getirilerek, anlaşmanın 101(3). maddedeki muafiyet hükmünden faydalanabileceğine karar vermiştir.

(Kılavuz'un taslağına katkılar: Clifford Chance 2010; BDI 2010; Baker&Mckenzie 2010, Joint Working Party 2010). Ancak, bu noktada, Komisyon'un yoğunlaşmalar bağlamında dile getirdiği bağımsızlığın sadece operasyonel anlamda bağımsızlık olduğu hatırlatılmalıdır (Bkz: dipnot 78). APDC de yaptığı katkıda (2010) Komisyon'un tek teşebbüs kavramının çerçevesine yeniden düşünmesi gerektiğini, ex ante yerine ex post analizin esas alınarak yan sınırlama kavramının kullanılabilceğini ileri sürmüştür.

⁸³ Kılavuz, para. 135.

Bununla birlikte, Genel Mahkeme, Komisyon'un, pazarın fiilî durumdaki koşullarını değerlendirmedeği ve rekabetin nasıl kısıtlandığını yeterince ortaya koymadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur⁸⁴. Mahkeme, 101(1). madde kapsamında yapılacak bir değerlendirmede, anlaşmanın hâlihazırdaki ekonomik şartlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Genel Mahkeme, ayrıca, bir pazardaki rekabet koşulları incelenirken sadece pazardaki fiili rekabetin değil, aynı zamanda potansiyel rekabetin de incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve potansiyel rekabetin varlığından bahsedebilmek için;

“pazarın işlediği ekonomik ve yasal bağlamdaki yapının ışığında, ilgili teşebbüslerin gerçekten birbirleriyle rekabet etmesi ya da pazara yeni bir teşebbüsün girmesi ve hâlihazırdaki teşebbüslerle rekabet etmesinin fiili olarak somut bir olasılık olarak bulunduğu”⁸⁵

tespitinin yapılması gerektiğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla potansiyel rekabetin değerlendirilmesinin gerçekçi bir zemine dayanması gereklidir.

2.3.3. ANLAŞMANIN ASLÎ UNSURU

Tarafların fiilî veya potansiyel rakip olduklarının belirlenmesinden sonraki değerlendirme adımı, yatay işbirliği anlaşmaları genellikle birden fazla işbirliği aşamasından oluştuğu için, öncelikle hangi işbirliği aşamasının, anlaşmanın aslî unsurunu oluşturduğunun belirlenmesidir. *“İşbirliğinin aslî unsurunun belirlenmesinde, özellikle işbirliğinin başlangıç noktası ve bir araya getirilen farklı işlevlerin entegrasyon düzeyi dikkate alınmaktadır.”⁸⁶* (Kılavuz, para. 14) Kılavuz (para.13), anlaşmanın bütün unsurlarına dair Kılavuz'da belirlenen ana çerçevede yapılacak değerlendirmelerin, anlaşmanın belirlenen aslî unsuruna göre yapılacağını belirtmektedir.

Fiilî veya potansiyel rakipler arasındaki bir yatay işbirliği anlaşmasının aslî unsuru belirlendikten sonraki adım, öncelikle anlaşmanın rekabetin kısıtlanması amacını taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi ve eğer amaç bakımından

⁸⁴ A.g.k., para. 136, 147, 234.

⁸⁵ A.g.k., para. 137.

⁸⁶ Komisyonun bu hususu açıklamak için verdiği örnek şu şekildedir:

...hem Ar-Ge, hem de üretimde işbirliğini içeren bir yatay anlaşmanın asli unsuru normal koşullar altında Ar-Ge olacaktır. Çünkü böyle bir durumda, üretimde işbirliği, ancak Ar-Ge'de işbirliğinin gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır. Bu durum, Ar-Ge'de işbirliğinin sonuçlarının, izleyen süreçte üretimde işbirliğinin gerçekleşmesi için belirleyici olduğu anlamına gelmektedir. Anlaşmanın asli unsurunun değerlendirilmesi, tarafların her koşulda üretimde işbirliği yapacağı; örneğin, anlaşmanın, Ar-Ge'de işbirliğinden bağımsız olarak üretimde tam entegrasyonu, ancak Ar-Ge faaliyetlerinde kısmi entegrasyon öngördüğü durumda farklı olacaktır. Bu durumda işbirliğinin asli unsuru ortak üretim faaliyeti olacaktır (Kılavuz, para. 14).

kısıtlanma söz konusu değilse anlaşmanın etkilerinin değerlendirilmesi olacaktır.

2.3.4. REKABETİ KISITLAMA AMACI

Fiyat tespiti, arz kısıtlaması, pazar veya müşteri paylaşımı gibi açık kısıtlamaların söz konusu olduğu yatay anlaşmaların rekabeti kısıtlamalarının kuvvetle muhtemel olduğu kabul edildiği için, bu tür anlaşmalar, pazardaki mevcut veya potansiyel etkilerinin incelenmesine gerek görülmezsizin yasaklanmaktadır⁸⁷.

Ne var ki, 101(3) Kılavuzu ve eski Yatay İşbirliği Kılavuzu ile AB rekabet hukuku uygulamalarında yalnızca açık kartel olan anlaşmaların rekabeti kısıtlama amacı taşıdıkları değerlendirilirken (Jones 2008, 761; Kjolbye 2011, 6; Rose ve Roth 2010, 27) yeni Kılavuz'un (aşağıda yer verilen) anlaşma türlerine göre getirdiği yeni kurullarla birlikte, rekabetin amaç bakımından kısıtlanmasının kapsamı genişletilmiş, bazı başka unsurlar da amaç kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır (Kjolbye 2011, 6). Bu çerçevede, yeni Kılavuz'la birlikte, önceden var olan rekabeti kısıtlama amacı bulunan anlaşmaların teoride muafiyete konu olabilmesine rağmen pratikte muafiyet alamayacağı karinesinin de geçersiz hale geldiği ileri sürülmektedir (Kjolbye 2011, 6).

Bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacının olup olmadığının değerlendirilmesinde, anlaşmanın içeriği, ulaşmaya çalıştığı hedefler ve parçası olduğu ekonomik ve hukuki çerçeve dikkate alınmaktadır⁸⁸. Ayrıca, gerekli bir koşul olmamakla birlikte, tarafların niyeti de değerlendirmede dikkate alınmaktadır⁸⁹.

Kılavuz'un çizdiği çerçevede, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacıyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususu, anlaşma türü göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, aşağıda anlaşma türlerine göre amaç kavramının nasıl değerlendirildiğine yer verilmektedir. Bununla birlikte, gizli kartel⁹⁰ oluşumlarının açık kısıtlamalar gibi değerlendirilmesi nedeniyle, bu oluşumların rekabeti kısıtlama amacı taşıdıkları her anlaşma türü için ayrı ayrı belirtilmemiştir.

⁸⁷ 101(3) Kılavuzu, para. 23; Kılavuz, para. 24.

⁸⁸ 101(3) Kılavuzu, para. 22; Kılavuz, para. 25.

⁸⁹ A.g.k.

⁹⁰ Anlaşmanın amacı, gerçekte etkinlik artırıcı ortak bir faaliyete ilişkin olmayıp kartel faaliyetlerinin bir aracı olmaya yönelikse gizli kartel olarak adlandırılabilir.

2.3.4.1. Ar-Ge Anlaşmaları

Ar-Ge anlaşmaları, yalnızca gizli kartelse 101(1). madde kapsamında yasaklanmaktadır⁹¹. Dolayısıyla bir Ar-Ge anlaşması sonrasında ortak üretim, dağıtım veya satış anlaşmalarının yapılması etki bakımından incelenmektedir.

2.3.4.2. Ortak Üretim Anlaşmaları

Kılavuz, açık kısıtlama olmasa dahi fiyat tespiti, arz kısıtlaması, pazar veya müşteri paylaşımının ortak üretim anlaşmalarında söz konusu olması durumunda rekabeti kısıtlama amacının ortaya çıkabileceğini belirtmektedir⁹². Bu durumun istisnaları ise şöyle belirtilmektedir:

- ...diğer rekabet parametrelerinin ortadan kaldırılmaması kaydıyla, tarafların üretim anlaşmasını doğrudan ilgilendiren (bir ortak girişimin kapasitesi ve üretim hacmi veya üçüncü kişilere ürettirilecek ürünlerin miktarı gibi) unsurlar üzerinde anlaşması; ya da
- tarafların, ortaklaşa üretim yapmak üzere anlaşması için mutlaka gerekli olması kaydıyla; işbirliği sonucunda üretilen ürünlerin ortaklaşa dağıtımını da öngören bir ortak girişim anlaşmasında, söz konusu ürünlerin satış fiyatlarının ortaklaşa belirlenmesi.

Bu bağlamda, birinci istisnanın aslında ortak üretim anlaşmalarının doğası gereği gerçekleşmesi beklenen bir durumu işaret ettiği savunulabilecektir. Dolayısıyla, birinci istisna esasen sadece bir ortak üretim anlaşmasının her durumda yasaklanmasını engellemektedir. İkinci istisna ise, eğer bir ortak üretim anlaşması aynı zamanda ortak dağıtım içeriyorsa, ortak girişimin ürettiği ürünün fiyatını belirleyebilmesi için beklenen kıstasın, ana teşebbüslerin fiyatı belirleyemeyecek olsa bu işe kalkışmayacakları olduğudur.

Bununla birlikte, Kılavuz'da ortaklaşa üretilen ürünlere ilişkin ortak dağıtım anlaşmalarının rekabeti kısıtlama etkisinin bulunma ihtimalinin genellikle, salt ortak dağıtım faaliyetini içeren anlaşmalara göre daha düşük olduğu belirtilmektedir:

“...ortak üretilen ürünler için yapılan ortak dağıtım anlaşmalarının rekabeti kısıtlama ihtimali, tek başına yapılan ortak dağıtım anlaşmasına kıyasla daha düşüktür”⁹³

⁹¹ Kılavuz, para. 128.

⁹² Kılavuz, para. 160.

⁹³ para. 167.

Ortak üretim anlaşmalarında rekabetin amaç bakımından kısıtlamasına ilişkin benimsenen yaklaşımla yukarıdaki ifade, amaç ve etki kavramları çerçevesinde bir çelişki oluşturmaktadır. Bu çelişkiye dikkat çeken Kjolbye, Kılavuz'un getirmiş olduğu bu yaklaşım çerçevesinde, ekonomik faaliyetlerin önemli ölçüde entegre edilmesini sağlayan anlaşmaların da rekabeti kısıtlama amacı taşıyor sayılmasını eleştirmektedir (2011, 5). Ayrıca, Kjolbye'ye göre (2011), teşebbüslerin sadece belirli faaliyetlerini içermeleri nedeniyle, çoğu işbirliği anlaşmasının, birleşmelerden çok daha fazla etkinlik potansiyeline sahip olduğu genel kabul görmektedir, bu bağlamda, böyle işbirliği düzenlemelerine yoğunlaşma alanında uygulanan standartlardan daha katı bir şekilde yaklaşılması anlamsızdır.

Bu çerçevede, ortak dağıtımına genişleyen bir ortak üretim anlaşmasının fiyatların belirlemesinin amaç kapsamında değerlendirilebileceği yaklaşımın, tarafların pazar gücü elde ettiği durumlar için geçerli olabileceği ve bu çerçevede yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Zira, bu noktada dikkat çeken husus, bu hükmün herhangi bir entegrasyon düzeyi veya tarafların pazardaki konumları ve ortak girişimle ana teşebbüslerin aynı pazarda bulunup bulunmadıkları gibi kriterleri değerlendirmeye almamasıdır.

Bu noktada, ABD uygulamasında önceki bölümde yer verilen ve davalı tarafını ortak girişimin ve birbirleriyle aynı pazarda rekabet etmeyen ana teşebbüslerin oluşturduğu Dagher kararında yer alan aşağıdaki ifadelere yer verilmesi uygun olacaktır (s. 6):

...benzin ticareti yapmak için üretim, nakliye, satış ve dağıtım birimlerinin hepsinin sahibi olan bir teşebbüs... herhangi bir teşebbüsün yapabileceği gibi ürünlerini aynı fiyatlamaya karar vermiştir... Bir işin yürütülmesine, kendi mal veya hizmetinin fiyatını belirlemekten daha tamamlayıcı ne olabilir?

2.3.4.3. Ortak Alım Anlaşmaları

Kılavuz'da alım fiyatlarını tespit etmeyi içeren anlaşmaların rekabeti kısıtlama amacı taşıyabilecekleri belirtilmektedir. Bununla birlikte, Kılavuz, bir ortak alım düzenlemesinin ödeyeceği ürünlerin fiyatlarının, anlaşma taraflarınca belirlenmesini amaç bakımından kısıtlanma olarak değerlendirmemiştir⁹⁴.

Bu çerçevede, Kılavuz'da seçilen “düzenleme”⁹⁵ ifadesi göz önüne alındığında bir ortak alım organizasyonunun bulunmasının beklenmediği düşünülmektedir. Zira küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin genellikle ayrı alım organizasyonları oluşturması mümkün olmayacaktır⁹⁶.

⁹⁴ para. 206.

⁹⁵ “arrangement”.

⁹⁶ BDI 2010, Kılavuz'un taslağına katkı, s. 14.

2.3.4.4. Ortak Ticarileştirme Anlaşmaları⁹⁷

Kılavuz'da, ortak satışla sınırlı anlaşmaların *genellikle* fiyat tespitini ve arz kısıtlamasını amaçladığı belirtilmektedir⁹⁸. Ayrıca, *“anlaşmanın fiyatların koordine edilmesine yol açacağı sonucuna varmak mümkün olduğu sürece, anlaşmanın münhasır olmaması⁹⁹ bu sonucu değiştirmez”* denilmiştir¹⁰⁰.

Farklı coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren taraflar arasındaki dağıtım anlaşmalarının da pazar paylaşmak için kullanılabileceğini belirten Kılavuz, anlaşma karşılıklı değilse pazar paylaşımı riskinin düşük olduğunu ifade etmiştir¹⁰¹. Ancak bu durumda da, anlaşmanın, tarafların birbirlerine ait pazarlardan kaçınmasına yönelik karşılıklı bir anlayışa temel oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰².

2.3.4.5. Standardizasyon anlaşmaları

Kılavuz'da standardizasyon anlaşmalarının, *“bir standardı, gerçek ya da potansiyel rakipleri dışlamayı hedefleyen daha geniş bir kısıtlayıcı anlaşmanın parçası olarak kullanıldığı”* takdirde rekabeti kısıtlama amacı taşımakta oldukları öngörülmektedir¹⁰³. Bunun yanı sıra, ayrı bir hüküm de şu şekildedir:

Alt pazardaki ürünlere, ikame fikri mülkiyet haklarına ya da teknolojilere ilişkin fiyatların birlikte tespit edildiğini gizlemek için kısıtlayıcı lisanslama koşullarını bir standardın kabul edilmesinden önce açıklayan rekabeti azaltmaya yönelik anlaşmalar, rekabetin amaç olarak kısıtlanması kapsamında¹⁰⁴.

2.3.4.6. Standart şartlar

Standart şartlar da, standardizasyon anlaşmalarına benzer şekilde, mevcut ya da potansiyel rakiplere yönelik daha geniş kapsamlı bir kısıtlayıcı

⁹⁷ Kılavuz'da kullanılan “commercialisation” tabiri Türkçe'ye “ticarileştirme” olarak çevrilmiştir. Bu tabir pazarlama, dağıtım ve promosyon faaliyetlerini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Ortak ticarileştirme anlaşmalarında, işbirliği, tüketiciye daha yakın bir seviyede gerçekleştiği için, genellikle satış fiyat ile miktarlarının ortaklaşa belirlenmesi gibi rekabet açısından en fazla risk taşıyan uygulamaları içerdiği kabul edilmektedir (Kılavuz, para. 167).

⁹⁸ para. 234.

⁹⁹ Tarafların anlaşma dışında münferit olarak satış yapmasının serbest olması.

¹⁰⁰ para. 235.

¹⁰¹ para. 236.

¹⁰² A.g.k.

¹⁰³ para. 273. Aynı paragrafta Kılavuz, *“bir üretici birliğinin bir standart belirleyerek üçüncü taraflara bu standarda uymayan ürünleri pazarlamamaları konusunda baskı yapabilmesini ya da mevcut bir ürünün üreticilerinin, yeni teknolojileri mevcut standardın dışında bırakma konusunda uzlaşmalarını sağlayan bir anlaşmanın”* bu kategoriye gireceğini örnek olarak göstermektedir.

¹⁰⁴ para. 274.

anlaşmanın bir parçası olarak kullanıldığında rekabeti kısıtlama amacı taşımaktadır¹⁰⁵. Kılavuz'da, "bir ticaret birliğinin piyasaya yeni giren bir şirkete, kullanılması pazara girmek açısından çok büyük önem taşıyan standart şartlara erişim tanımaması", bu duruma örnek olarak gösterilmektedir¹⁰⁶. Ayrıca, tavsiye edilen fiyatlar, geri ödemeler gibi fiyatları doğrudan etkileyecek hükümler içeren tüm standart şartların rekabeti kısıtlama amacı kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir¹⁰⁷.

2.3.5. REKABETİ KISITLAMA ETKİSİ

Eğer bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı yoksa, değerlendirmenin ikinci adımı anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkisi olup olmadığının incelenmesidir. Bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama etkisi olması için, o anlaşmanın fiyat, çıktı, inovasyon, ürünlerin kalite ve çeşitliliği üzerinde mevcut ve potansiyel olarak makul bir olasılık dâhilinde negatif etkisi olacak şekilde kısıtlayıcı olması gerekir¹⁰⁸.

2005 yılında verilen O2-T-Mobile kararı¹⁰⁹, 101(1). madde uygulamalarında bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama etkisinin değerlendirilmesine ilişkin olarak, anlaşmanın bulunduğu ve bulunmadığı durumların karşılaştırılması içtihadını¹¹⁰ getirmesi yönüyle oldukça önemlidir.

Kararda, Almanya'da ikinci nesil (2G) mobil ağında faaliyet gösteren O2 ve T-Mobile adlı teşebbüslerin bazı bölgeleri paylaşmak ve belirlenen bazı bölgelerde O2'nin T-Mobile'dan ulusal düzeyde üçüncü nesil (3G) dolaşım¹¹¹ hizmeti alabilmesi için yaptıkları bir anlaşma incelenmiştir. Deutsche Telekom'un bir iştiraki olan T-Mobile'ın 2002 yılında ilgili pazardaki payı %41,7'dir. O2 ise pazara dördüncü ve sonuncu olarak 2000 yılında giren ve pazar payı yaklaşık olarak %7,8 olan bir teşebbüstür.

O2 ve T-Mobile teşebbüsleri (her ikisi de) 3G lisanslarını satın almış durumdadırlar, ancak 3G'yi faaliyete geçirebilmek için bazı altyapı yatırımları yapmaları gerekmektedir. Bu kapsamda, O2 ve T-Mobile, bazı bölgeleri ve altyapıları paylaşmak, ayrıca O2'nin belirlenen bazı bölgelerde T-Mobile'nin ulusal düzeyde 3G dolaşım hizmetini alabileceği şeklinde bir anlaşma yapmışlardır. Bu durumda O2, T-Mobile'nin altyapısını kullanarak kendi müşterilerine 3G hizmetleri sağlayabilecek, bu şekilde henüz O2'nin kapsama alanına olmayan bölgelerde kendi altyapısını kurana kadar da hizmet verebilecektir.

¹⁰⁵ para. 275.

¹⁰⁶ A.g.k.

¹⁰⁷ para. 276.

¹⁰⁸ 101(3), 24; Kılavuz, para. 27.

¹⁰⁹ Case T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co, OHG v. Commission*, (2006).

¹¹⁰ Bu içtihadı, Kılavuz'da da yer verilmiştir (para. 29).

¹¹¹ "roaming".

Anlaşma, Komisyon tarafından, bölge paylaşımı cihetinden rekabetin kısıtlanması olarak değerlendirilmemiştir. Ancak Komisyon, anlaşmanın O2'nin kendi 3G ağını kurması yönündeki saikini azaltacağı, bunun da şebeke altyapısı rekabetini azaltacağı, azalan altyapı rekabetinin de kapsama alanında azalma, iletim oranları ve fiyatlarında artmaya yol açacağı gerekçeleriyle tanım itibarıyla rekabeti kısıtladığına, aynı zamanda anlaşmanın dolaşım maddeleri nedeniyle taraflar arasında ilgili hizmetleri sağlama noktasında büyük bir benzerlik oluşacağına, perakende seviyede de koordinasyon riskinin doğacağına karar vermiş işlemi 101(1) kapsamında değerlendirmiştir. 101(3) analizinde ise, Komisyon, anlaşma neticesinde 3G toptan ve altyapı pazarında çok daha hızlı bir şekilde daha iyi kapsama, kalite ve iletim oranları sağlanacağı gerekçeleriyle işleme 3 yıl muafiyet tanımıştır.

Taraflar anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı ya da etkisi olmadığı, anlaşmanın olduğu ve olmadığı durumlardaki koşullarda rekabetçi ve anti-rekabetçi etkilerin değerlendirilmediği gerekçesiyle, *rule of reason* analizi uygulanması talebiyle bu kararı temyize götürmüşlerdir.

Genel Mahkeme, anlaşmanın bulunduğu ve bulunmadığı durumların değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiş ancak *rule of reason* uygulaması anlamına gelebilecek rekabetçi ve anti-rekabetçi etkilerin dengelenmesinin 101(1) kapsamında yapılmasını, AB mevzuatına uygun olmayacağı gerekçesiyle reddetmiştir¹¹². Bununla birlikte, Mahkeme, anlaşmanın bulunduğu ve bulunmadığı durumlar çerçevesinde yaptığı değerlendirme neticesinde rekabetin kısıtlanmadığı sonucuna vararak Komisyon'un kararını bozmuştur.

Bu çerçevede, söz konusu negatif etkinin gerçekleşebilmesi; anlaşmanın bulunduğu ve bulunmadığı durumlar göz önüne alınarak, anlaşmanın doğası ve içeriği, tarafların tek başına veya ortaklaşa belirli bir düzeyde pazar gücü elde etme derecesi ve anlaşmanın pazar gücünün oluşması, sürdürülmesi veya güçlendirilmesine ya da tarafların pazar gücünü kötüye kullanmasına ne ölçüde olanak sağladığı gibi çeşitli etkenlere bağlıdır¹¹³. Dolayısıyla, pazar gücünün söz konusu olmadığı durumlarda, genel kural olarak anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı etki doğuramayacaklarını kaydetmek gerekmektedir. Bu noktada, Kılavuz'da yer verilen ve rekabet üzerinde negatif etkinin gerçekleşmesinde dikkate alınabilecek etkenlere aşağıda kısaca değinilmektedir.

¹¹² A.g.k., para.69.

¹¹³ Kılavuz, para. 26-31.

2.3.5.1. Anlaşmanın Doğası ve İçeriği

Anlaşmanın doğası ve içeriği, işbirliğinin faaliyet alanı ve amacının, taraflar arasındaki rekabet ilişkisinin ve faaliyetlerini birleştirdikleri kapsamın belirlenmesi gibi faktörlerle ilgilidir¹¹⁴.

Kılavuz'da, yatay işbirliği anlaşmalarının; içerdikleri münhasırlık, tarafların işbirliğine önemli ölçüde kaynak sağlayarak katkıda bulunması ve tarafların mali çıkarlarını etkilemesi gibi nedenlerle tarafların karar alma bağımsızlıklarını çeşitli yollarla azaltarak rekabeti kısıtlayabileceği ifade edilmektedir¹¹⁵. Ancak, tarafların karar alma bağımsızlıklarının engellenmesinin rekabetin kısıtlanması şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir. Zira bu noktaya kadar konulan çerçevede, rekabetin kısıtlanması fiyat, arz, kalite ve inovasyon parametrelerinin olumsuz etkilenmesidir. Bu nedenle, tarafların karar alma bağımsızlıklarının engellenmesi ancak rekabeti kısıtlayan veya kısıtlayabilecek durumlarda yasaklanmaktadır. Bu durumları değerlendirmek için, ayrıca; ilgili pazarda rekabetçi baskının ortadan kalkması, rekabete duyarlı (stratejik) bilgilerin açıklanması yoluyla işbirliğine konu alanda veya başka alanlarda taraflar arasında koordinasyona yol açılması, tarafların maliyetlerinin önemli ölçüde benzer hale getirilmesi ve pazarın rekabeti kısıtlayıcı şekilde rakiplerin erişimine kapatılması (pazarın rakiplere kapanması) hususlarının incelenmesi gerekmektedir¹¹⁶.

2.3.5.2. Pazar Gücü ve Diğer Pazar Özellikleri

Pazar gücü, fiyatları belirli bir süre boyunca kârlı bir şekilde rekabetçi fiyat düzeyinin üzerinde tutma ya da ürün miktarı, kalitesi ve çeşitliği ya da inovasyon gibi unsurları belirli bir süre boyunca kârlı bir şekilde rekabetçi düzeylerin altında tutabilme becerisidir¹¹⁷. Bununla birlikte Kılavuz, rekabeti kısıtlayıcı etkisi olan anlaşmalar yoluyla 101(1). maddenin ihlal edildiğini tespit etmek için gerekli olan pazar gücünün derecesinin, 102. madde çerçevesinde hakim durum tespiti için gerekli pazar gücünün derecesinden daha düşük olduğunu açıklamaktadır¹¹⁸.

Pazar gücünün oluşması, sürdürülmesi ve güçlendirilmesi, teşebbüsün üstün yeteneklerinin, öngörü ya da inovasyon becerisinin bir sonucu olabileceği gibi, anlaşmanın tarafları veya taraflardan biri ile üçüncü kişiler arasındaki rekabetin azaltılmış olmasından da kaynaklanabilir. Kılavuz bu duruma örnek olarak, anlaşmanın, rakiplerin maliyetlerini yükselterek ve anlaşma taraflarıyla

¹¹⁴ para. 32.

¹¹⁵ para. 33.

¹¹⁶ para. 35-38.

¹¹⁷ para. 39.

¹¹⁸ para. 42.

etkin şekilde rekabet etme imkânını ortadan kaldırarak, pazarın rakiplere kapanmasına yol açabilecek olmasını vermektedir¹¹⁹.

Pazar gücü analizinde tarafların pazardaki payları, konumları, pazarın dinamikliği veya pazar yapısının inovasyon ya da büyüme nedeniyle değişken olması gibi olası pazar koşulları ve pazardaki yoğunlaşmaya bağlı olarak, pazar paylarının zaman içerisinde sürdürülebilirliği, pazara giriş engelleri, pazara yeni giriş olanağı ve alıcıların ya da tedarikçilerin dengeleyici güçleri gibi faktörlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹²⁰.

Ayrıca, işbirliğini doğrudan ilgilendiren komşu pazarlarda, örneğin anlaşmanın üst ve alt pazarlarında yayılma etkileri de olabilir. Pazarların birbirlerine bağımlı olması ve tarafların yayılma pazarlarında güçlü bir konuma sahip olması halinde, yayılma pazarları da yapılacak değerlendirmede göz önüne alınmaktadır¹²¹.

2.3.5.2. İlgili Pazarda Rekabetçi Baskının Ortadan Kalkması

Rekabetçi baskının ortadan kalkması ve tarafların yanı sıra rakiplerin de bu durumdan faydalanması sonucunda ilgili pazarda fiyatlar yükselebilecektir. Anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde, anlaşma taraflarının pazar paylarının yüksekliği, tarafların yakın rakipler olup olmadığı, tüketicilerin tedarikçi değiştirme olanaklarının bulunup bulunmadığı, rakiplerin fiyatlar yükseldiğinde arzı artırıp artırmayacağı ve anlaşma taraflarından birinin pazarda önemli bir rekabetçi güç olup olmadığı gibi unsurlara bakılmalıdır¹²².

2.3.5.3. Stratejik Bilgilerin¹²³ Değişimi

Yatay işbirliği anlaşmaları, stratejik (rekabete duyarlı) bilgilerin açıklanması yoluyla işbirliğine konu alanda veya başka alanlarda taraflar arasında koordinasyona yol açabilir¹²⁴. İlgili pazarda, rakipler arasındaki koordinasyonun mümkün olması, bilgi değişiminin pazarda şeffaflığı artırması, pazarın karmaşıklığını azaltması, pazarı istikrarlı hale getirmesi ve asimetriyi

¹¹⁹ para. 41.

¹²⁰ para. 45.

¹²¹ para. 156.

¹²² para. 34.

¹²³ Kılavuz'da; fiyatlara, miktarlara, müşterilere, maliyetlere, cirolara, satışlara, alımlara, kapasiteye, ürün niteliklerine, pazarlama planlarına, risklere, yatırımlara, teknolojilere, Ar-Ge programlarına ve rakiplere ilişkin bilgilerin stratejik bilgiler olduğu kabul edildiği belirtilmektedir (para. 86). Ayrıca, genel olarak, fiyat ve miktara ilişkin bilgilerin, en stratejik bilgiler olduğu, maliyetlere ve talebe ilişkin bilgilerin de bunları takip ettiği belirtilmiştir (para. 86). Bununla birlikte, hangi bilgilerin stratejik olduğunu faaliyet alanının kapsamı belirleyecektir.

¹²⁴ para. 65.

azaltması gibi etkilerle söz konusu olmaktadır¹²⁵. Bu etkilerin rekabeti kısıtlaması ihtimali ise, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği ve/veya görece yoğunlaşmış pazarlarda mümkün görülmektedir (Pişmaf 2011, 25). Ne var ki, “az sayı”nın ve “yoğunlaşmanın oranı”nın her anlaşmaya uygun olacak şekilde bir ölçütünün belirlenmesi iktisadi açıdan mümkün değildir (a.g.k.).

Ortak ticarileştirme anlaşmaları, genellikle pazarlama stratejisi ve fiyatlandırmaya ilişkin rekabete duyarlı bilgilerin değişimini kapsamaktadır¹²⁶. Örneğin, bir ortak reklam anlaşması taraflarının fiyatlandırma bilgilerini paylaşmaları durumunda, anlaşma konusu ürünlerin satışına yönelik uyumlu eylem kapsamında değerlendirilebilecek bir koordinasyon/davranış ortaya çıkabilir. Kılavuz, bir ortak reklam anlaşması çerçevesinde bu tür bilgilerin paylaşılmasının, her halükarda söz konusu anlaşmanın hayata geçirilmesi için gerekli olan bilgi paylaşımını aştığına yer vermektedir¹²⁷.

2.3.5.5. Maliyet Benzerliği

Kılavuz’da, yatay işbirliği anlaşmaları, “tarafların maliyetlerinin önemli ölçüde benzer hale getirilmesi yoluyla fiyat ve üretim miktarı gibi rekabetçi parametreler açısından taraflar arasında koordinasyona yol açabilir” denilmektedir¹²⁸. Ancak maliyet benzerliğinin tek başına değil, pazar gücüyle birlikte olduğu durumlarda endişeye yol açabileceği ortaya konulmalıdır¹²⁹.

Yatay işbirliği anlaşmaları ile maliyetlerde sağlanan benzerlik; tarafların pazar gücünün bulunduğu, pazarın özelliklerinin koordinasyon için elverişli olduğu, işbirliği alanının, tarafların pazardaki değişken maliyetlerinin önemli bir kısmını teşkil ettiği ve tarafların, işbirliği alanındaki faaliyetlerini önemli ölçüde birleştirdiği durumda tarafların fiyatlarını ve çıktı düzeylerini daha kolay koordine etmelerine neden olabilecektir¹³⁰. Bu doğrultuda, tarafların önemli bir ara ürün ortaklaşa ürettiği veya satın aldığı ya da bir nihai ürünün büyük bölümünü ortaklaşa ürettiği veya dağıttığı durumlar buna örnek gösterilebilmektedir¹³¹.

Maliyetlerdeki benzerliğin az olduğu durumlarda, örneğin ilgili değişken maliyetlerin küçük bir kısmının üretim maliyetlerinden oluşması halinde, bir ortak üretim anlaşmasıyla rekabetin kısıtlanması ihtimali azalacaktır¹³².

¹²⁵ para. 66.

¹²⁶ Kılavuz, para. 238.

¹²⁷ para. 239.

¹²⁸ para. 35.

¹²⁹ Bkz: Kılavuz’un taslağına Clifford Chance’in katkısı 2010, 8.

¹³⁰ Kılavuz, para. 36.

¹³¹ A.g.k.

¹³² para. 178.

Bununla birlikte, maliyeti yüksek işlerin ortak yapılması durumlarında da rekabetin kısıtlanması ihtimali düşük görülmüştür. Pazarlama veya taşıma maliyetleri yüksek olan yeni veya heterojen ürünler bu durumun bir örneği olarak değerlendirilmektedir¹³³. Bununla birlikte, Kılavuz'da, bir ortak ticarileştirme anlaşmasının, tarafların değişken maliyetlerini uyumlu eyleme yol açabilecek kadar benzer hale getirdiği durumlarda, rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabileceği ayrıca belirtilmektedir¹³⁴.

Maliyetlerin benzerliğinin koordinasyona yol açabileceği bir başka durum, tarafların, alt pazarda birbirleriyle rekabet ettikleri nihai ürünün değişken maliyetlerinin büyük bir kısmını oluşturan bir ara ürünü üretmeye yönelik bir ortak girişim oluşturmaları halinde söz konusu olabilmektedir¹³⁵. Böyle bir durumda, taraflar, üretim anlaşmasını, alt pazardaki ürünlerinin önemli ortak girdisinin fiyatını artırmak için kullanabilmektedir¹³⁶. Bu durum alt pazardaki rekabeti zayıflatacak ve nihai ürünün fiyatını büyük olasılıkla yükseltecektir. Elde edilen kâr ise, alt pazardan üst pazara geçecek ve ortak girişim aracılığıyla taraflar arasında paylaşılacaktır.

Benzer şekilde, Kılavuz, *“iş sahibinin yükleniciden satın aldığı bir girdinin, tarafların rekabet ettiği nihai ürünün değişken maliyetlerinin büyük bir bölümünü oluşturduğu bir yatay fason üretim anlaşmasında da, maliyetlerin ortaklığının, rekabetin kısıtlanması riskini”* artırdığını belirtmektedir¹³⁷. Bu yaklaşım, maliyetlerin sadece bir tarafın diğer tarafın girdilerini bildiği tek taraflı olarak şeffaf olduğu durumların iki taraflı şeffaf olduğu durumların aynı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³⁸.

Kjolbye'ye göre (2011, 1), Komisyon, yeni Kılavuz'la yatay işbirliği anlaşmaları analizlerinin maliyet benzerlikleriyle sınırlanamayacağını, maliyet benzerliğinin resmin sadece bir parçası olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Dolayısıyla, Kjolbye, maliyet benzerliğinin dışında anlaşmanın içerdiği açık veya örtülü kısıtlamalar ve anlaşma taraflarının güdülerinin nasıl etkilediğinin de değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (2011, 1). Bununla birlikte, Gutermuth'a göre (2011, 8), Kılavuz, üretim anlaşmalarının maliyet ortaklığı hususuyla ilgili olarak 101. madde kapsamında her teşebbüsün kendisi için yapacağı değerlendirme açısından az miktarda gelişim sağlamıştır.

¹³³ A.g.k.

¹³⁴ para. 242.

¹³⁵ para. 179.

¹³⁶ A.g.k.

¹³⁷ para. 180.

¹³⁸ Kılavuz'un taslağına Arnold&Porter'in katkısı (2009).

2.3.5.6. Pazarın Rakiplere Kapanması

Üretim ve standardizasyon anlaşmaları gibi bazı yatay işbirliği anlaşmaları pazarın rakiplere kapanmasına neden olabilir¹³⁹. Örneğin, üst pazarda belirli ölçüde pazar gücü elde eden dikey bütünleşik teşebbüsler, alt pazar için kilit öneme sahip bir ürünün fiyatını yükseltebilir ve bu sayede, alt pazardaki rakiplerinin maliyetlerini artırarak, pazarın rakiplere kapanmasına neden olabilirler¹⁴⁰. Benzer şekilde, ortak alım anlaşmalarında, alım pazarındaki toplam hacmin büyük bir kısmının anlaşma kapsamında olması ve bu durumun pazarı rakip alıcıların erişimine kapatabilecek olması halinde, rekabetin kısıtlanması muhtemel görülmektedir¹⁴¹.

Ayrıca, rekabet açısından önemli derecede stratejik olan ve ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsayan bilgi değişimleri, anlaşmanın dışında kalan teşebbüsleri rekabet açısından önemli ölçüde dezavantajlı duruma getirmesi halinde pazarın rakiplere kapanması durumunu ortaya çıkarabilmektedir¹⁴². Bu yaklaşımın gerekçesi, bilgi paylaşımlarının bazı durumlarda pazarda yer alan bütün rakipler için stratejik belirsizliği azaltarak koordinasyon riskini artırmasıdır (Reindl 2011, 4).

Bununla birlikte, Kılavuz'da pazar kapama riskinin net bir ölçütü bulunmamaktadır. AMCHAM bu doğrultuda Kılavuz'a yaptığı katkıda, pazar kapamanın ancak 102. Madde Kılavuzu¹⁴³'nda yapılan "*tüketici zararına fiyatları karlı biçimde artırabilme pozisyonu*" durumunda rekabeti kısıtlayacağını açık bir biçimde yer almasını önermiştir. Kılavuz'da her ne kadar bu netlikte bir ifade bulunmasa da, uygulamanın bu yönde olmasının Kılavuz'un getirdiği yaklaşımın gereği olduğu düşünülmektedir.

2.3.6. BEYAZ LİSTE

Tezin bu bölümünde, yatay işbirliği anlaşmalarının pazardaki rekabeti kısıtlamasının beklenmediği hallere yer verilmektedir. Bu kapsamda kullanılan "beyaz liste" tabiri, anlaşmaların rekabeti kısıtlamayacağı durumların belirli olduğu halleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

¹³⁹ para. 38.

¹⁴⁰ para. 71.

¹⁴¹ para. 210.

¹⁴² para. 69-71.

¹⁴³ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.

2.3.6.1. Teşebbüslerin Tek Başlarına Yürütemeyeceği Faaliyetler

Kılavuz'un genel hükümler bölümünde aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

Bir teşebbüsün işbirliği kapsamındaki faaliyeti, teknik imkânların kısıtlı olması gibi nedenlerle, tek başına yürütemeyeceği objektif kriterler temelinde tespit edilen yatay işbirliği anlaşmaları, genellikle 101(1). Madde kapsamında rekabeti kısıtlayıcı etkilere yol açmayacaktır. *Tarafların, projeyi, rekabeti daha az kısıtlayarak gerçekleştirmelerinin mümkün olduğu haller, bu durumun istisnasıdır.*" (para. 30)

Bu paragrafın içeriği çerçevesinde, Komisyon'un, tarafların tek başlarına yürütemeyecekleri ancak tamamlayıcı becerilerini, teknolojilerini ve sahip oldukları diğer kaynakları bir araya getirerek gerçekleştirebileceği faaliyetlerin önünde engel oluşturmak istemediği görülmektedir. Bununla birlikte, yukarıda yer verilen ifadenin teşebbüsler açısından belirsizlik oluşturduğu da düşünülmektedir. Zira bu ifadede, yasaklanacak kısıtlamaların anlaşmanın içeriğiyle ilgili veya yan sınırlama yahut ayrı bir kısıtlama olup olmadığına yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu cümleler, bütün anılan kısıtlamaları içerecek şekilde anlaşılabilir. Bu çerçevede, Komisyon'un elini bağlamak istemediği, istisnai durumlar için müdahale etme imkânını koruma eğiliminde olduğu düşünülmektedir.

Bununla birlikte, yatay işbirliği anlaşmalarında en riskli türler olarak nitelendirilen ortak ticarileştirme anlaşmalarına ilişkin olarak, normal koşullar altında bir tarafın tek başına ya da işbirliğinde etkin olarak yer alan teşebbüslerden daha az sayıda teşebbüsle birlikte giremeyeceği bir pazara girebilmesini sağlamak için objektif olarak gerekli olduğu değerlendirilen bir ticarileştirme anlaşmasının rekabet sorunlarına yol açma olasılığı düşük görülmüştür¹⁴⁴. Bu kapsamdaki anlaşmalarda, taraflar potansiyel rakip teşkil etmediğinden 101(1). madde kapsamında değerlendirilmemektedir.

2.3.6.2. Yeni Bir Pazar - Ürün

Kılavuz, ortak üretim anlaşmaları neticesinde yeni bir pazarın oluştuğu hallerde rekabeti kısıtlayıcı etkilerin ortaya çıkma olasılığını düşük görmüştür¹⁴⁵. Aynı şekilde, tamamıyla yeni bir ürün veya teknolojiye yönelik ise, ortak Ar-Ge anlaşmalarının mevcut pazarlardaki ürün fiyat ve miktarlarını etkilemesi pek mümkün görülmemiştir¹⁴⁶.

¹⁴⁴ para. 237.

¹⁴⁵ para. 163.

¹⁴⁶ para. 138.

Fakat Komisyon, yeni bir ürün veya teknolojiye yönelik olarak yapılan ortak Ar-Ge çalışmaları söz konusu olduğunda, gelecekte üretilebilecek ürün veya teknolojilerin nitelik ve çeşitliliği ya da inovasyon hızı gibi, inovasyon üzerindeki olası kısıtlamalara odaklanmış, mevcut şartlar çerçevesinde bir analiz yapılmasını gerekli görmüştür. Bu bağlamda, yeni bir ürünün geliştirilmesi üzerinde birbirlerinden bağımsız olarak çalışan ve ürünü piyasaya sürmeye yaklaşmış olan az sayıdaki teşebbüsten iki veya daha fazlasının işbirliğine gitmesi rekabeti kısıtlayıcı olarak nitelendirilebilmektedir. Bunun dışında, kilit teknolojiler nedeniyle pazarın rakiplere kapandığı haller dışında, yeni bir ürün veya teknolojiye yönelik olarak yapılan ortak Ar-Ge çalışmalarının sonuçlarının ortaklaşa pazarlandığı durumlarda da, rekabetin kısıtlanmayacağı büyük ölçüde geçerli görülmektedir. Böyle bir durumda, Ar-Ge sonuçlarından ortaklaşa yararlanmanın yalnızca, kilit teknolojiler nedeniyle pazarın rakiplere kapandığı hallerde rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabileceği¹⁴⁷ değerlendirilmektedir¹⁴⁸.

Kılavuz, karşılıklı dağıtım anlaşmalarında da, söz konusu anlaşmanın tarafların birbirlerinin pazarlarına girmeleri için objektif olarak gerekli olduğu durumlarda, yatay nitelikte rekabet sorunlarına yol açılmayacağını öngörmektedir¹⁴⁹. Bu noktada değerlendirilebilecek husus, Kılavuz'da taraflardan birinin diğer tarafın pazar veya pazarlarına girmeye yönelik karar verme bağımsızlığını, bu yöndeki güdülerini sınırlandırmak suretiyle azaltılıp azaltılmadığıdır. Eğer anlaşma teşebbüsün pazara girmesini engelleyecek şekildeyse anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilere neden olma olasılığı yüksek görülmektedir. Ayrıca, aynı mantığın, rekabeti kısıtlama riskinin daha az belirgin olduğu, karşılıklı olmayan anlaşmalar için de geçerli olduğu belirtilmektedir.

2.3.6.3. Pazar Payları

Komisyon, tarafların belirli bir pazar payının altında olmasını, tarafların pazar gücü bulunmadığı ve rekabetin kısıtlanmasının söz konusu olmayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Bu çerçevede, Kılavuz'da, konuyla ilgili grup muafiyet tebliğleriyle uyumlu olacak şekilde, tarafların toplam pazar paylarını esas alan

¹⁴⁷ Bunun bir istisnası da, Kılavuz'da şöyle belirtilmektedir (para. 139):

... mevcut bir teknoloji pazarındaki önemli rakiplerin, gelecekte mevcut ürünlerin yerini alabilecek olan yeni bir teknoloji geliştirmek üzere yaptıkları işbirliği, tarafların mevcut pazarda pazar gücüne ve Ar-Ge bakımından güçlü bir konuma sahip olmaları halinde, yeni teknolojinin geliştirilmesini yavaşlatabilir. Mevcut bir pazarın büyük oyuncularından birinin, pazarda yerleşik teşebbüsün konumunu tehdit edebilecek yeni bir ürün veya teknoloji ile çıkış yapmak üzere olan kendisinden çok daha küçük mevcut ya da potansiyel bir rakibi ile işbirliği yapması durumunda da benzer bir etki meydana gelebilir.

¹⁴⁸ para. 138.

¹⁴⁹ para. 232.

pazar payı eşikleri belirlenmiştir. Kılavuz ve De Minimis Duyurusu esas alınarak türetilen ve yatay işbirliği anlaşmalarının rekabeti kısıtlamasının beklenmediği pazar payı eşiklerine yer veren tabloya aşağıda yer verilmektedir (Bkz: Tablo 1). Ancak, bu pazar payı eşiklerinin aşılmasının, tarafların pazar gücüne sahip olduğu anlamına gelmediği gözden kaçırılmamalıdır.

Tablo 1: AB Mevzuatında Yatay İşbirliği Anlaşmalarında Rekabetin Kısıtlanmayacağı Kabul Edilen Pazar Payı Eşikleri

	Tarafların Etkilenen Pazardaki/Pazarlardaki Toplam Payı	Açıklama
Ortak Ar-Ge Anlaşmaları	25%	Teknoloji pazarlarında lisans gelirleri ve nihai ürün pazarındaki gelirler hesaplanmaktadır. ¹⁵⁰
Ortak Üretim Anlaşmaları	20%	Bu eşik, hem uzmanlaşma, hem de ortak üretim anlaşmaları için geçerlidir. Eğer bir ara ürün ortak üretim anlaşması kapsamındaysa alt ve üst pazardaki toplam pay ayrı ayrı %20 olmalıdır. ¹⁵¹ Bu durumun istisnası, tarafların üretimlerini artırmak amacıyla yapılan taşeronluk anlaşmalarıdır ¹⁵² .
Ortak Alım Anlaşmaları	15%	İlgili pazar payı, satış pazarı ve alım yapılan pazarlar açısından değerlendirilmektedir. ¹⁵³
Ortak ticarileştirme Anlaşmaları	15%	Ticarileştirme anlaşmalarına ilişkin pazar payları değerlendirilirken dağıtım, promosyon, satış gibi bir ayırım yapılmamaktadır.
Diğer	10%	Burada belirtilen anlaşma türleri dışında bir anlaşma söz konusu olduğunda, Komisyon'un De Minimis Duyurusu çerçevesinde %10 pazar payı eşik olarak değerlendirilmektedir. ¹⁵⁴

¹⁵⁰ para. 124.

¹⁵¹ para. 169.

¹⁵² para. 170.

¹⁵³ para. 208.

¹⁵⁴ De Minimis Duyurusu, 7(a).

2.3.6.4. Standardizasyon Anlaşmaları

Pazar gücünün olmadığı hallerde, bir standardizasyon anlaşmasının, her yatay işbirliği anlaşması değerlendirmesinde olduğu gibi, rekabeti kısıtlayıcı etkiye neden olması söz konusu değildir¹⁵⁵. Bununla birlikte, Kılavuz, diğer yatay işbirliği anlaşma türlerinden farklı olarak, standardizasyon anlaşmalarında pazar gücünün bulunduğu durumlar için de normal şartlar altında rekabetin kısıtlanmayacağı durumu belirtmektedir¹⁵⁶:

...standart belirlemeye “katılımın kısıtlanmadığı”¹⁵⁷ ve söz konusu standardı kabul etme usulünün “şeffaf”¹⁵⁸ olduğu hallerde, standarda uyum yükümlülüğü taşımayan ve standarda “adil, makul ve ayrımcı olmayan”¹⁵⁹ (FRAND¹⁶⁰) şartlarda “erişim” tanıyan standardizasyon anlaşmaları 101(1). madde kapsamında rekabeti kısıtlanmaz.

Komasyon, FRAND değerlendirmesi yapmak için örnek oluşturmak açısından¹⁶¹ dört farklı yaklaşım önermektedir¹⁶². Ancak, literatürde Kılavuz tarafından önerilen bütün yaklaşımlar, hem böyle amaçlar için uygun, hem de doğrulanabilir olmadıkları gerekçeleriyle yetersiz görülmektedir (Padilla 2011, 6; Taffet 2011, 7).

Bunun yanı sıra, Padilla (2011, 5), bir standardizasyon anlaşmasının FRAND hükmünü karşılamadığı durumlarda Komasyon’un nasıl bir değerlendirme yapılacağını belirtmemesini, söz konusu standardizasyonla rekabet eden başka standartların olmadığı ve standardize edilmiş ve edilmemiş çözümler arasında

¹⁵⁵ Kılavuz, para. 277.

¹⁵⁶ para. 280.

¹⁵⁷ “Özellikle, katılımın kısıtlanmamasını sağlamak için, standart belirleme kuruluşunun getirdiği kurallar, standarttan etkilenen pazar ya da pazarlardaki tüm rakiplerin standardın seçimin sürecine katılabilmesini temin etmek zorundadır. Standart belirleme kuruluşları, oylama haklarının dağılımına yönelik ayrımcı olmayan nesnel usullerin yanı sıra, gerektiğinde standarda dâhil olacak teknolojilerin seçimine yönelik nesnel kriterler de belirlemek zorundadır.” (para. 281)

¹⁵⁸ “Şeffaflığa ilişkin olarak, ilgili standart belirleme kuruluşu, standardın geliştirilmesinin her aşamasında, gelecekte yapılacak, devam etmekte olan ve tamamlanan standardizasyon çalışmaları konusunda paydaşların vaktinde ve etkin bir şekilde bilgi sahibi olmasına imkân veren usuller belirlemelidir.” (para. 282)

¹⁵⁹ Kılavuz’da “Adil, makul ve ayrımcı olmama taahhütleri, özellikle, fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin, lisanslamayı reddetmek ya da endüstri bir standarda bağlandıktan sonra adil veya makul olmayan (fahiş) ücretler talep etmek ya da ayrımcı telif ücretleri istemek yoluyla bir standardın uygulanmasını güçleştirmelerini engelleyebilir” (para. 2101) denilmektedir. Bununla birlikte, lisanslama şartlarının ve özellikle istenilen ücretlerin adil, makul ve ayrımcı olmama taahhüdüne uyup uymadığını katılımcıların kendilerinin değerlendirmesi esas olarak kabul edilmiştir (para. 2101).

¹⁶⁰ “Fair, reasonable and non-discriminatory”.

¹⁶¹ para. 290.

¹⁶² para. 282-285.

etkin bir rekabetin bulunmadığı durumlarda, anlaşmanın kuvvetle muhtemel rekabeti kısıtlayacağı sonucuna ulaşılabileceği şeklinde yorumlamaktadır.

2.4. DEĞERLENDİRME

2.4.1. AB REKABET HUKUKUNUN YATAY İŞBİRLİKLERİ MEVZUATI PENCERESİNDEN YAPISI

AB rekabet hukukunun modernizasyon sürecinin başlatılması ve sürdürülmesi açısından AB'ye açık bir örnek oluşturan ABD rekabet hukukunun yapısıyla bir karşılaştırma yapılmaksızın, AB rekabet hukuku yapısının değerlendirilmesinin eksik kalacağı düşünülmektedir. Zira ilk uygulamalarından itibaren 101(1). maddenin ABD rekabet hukuku uygulamalarının bir ürünü olan “*rule of reason*” analizi gerektirip gerektirmediği tartışma konusu olagelmiştir (Jones 2006, 691). Modernizasyon süreci bağlamında, 101. maddenin fıkraları arasındaki ilişki¹⁶³ ve rekabetin kısıtlanması kavramı çerçevesinde yapılan bu tartışma, bu çalışmada da değinilen *O2-T-Mobile* kararı¹⁶⁴ etrafında devam etmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesi, genel çerçeve olarak “*per se*” ve “*rule of reason*” olarak nitelendirilen iki çeşit analiz yapılarak rekabetin kısıtlanmasının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilebileceğini benimsemiştir¹⁶⁵.

Geleneksel yaklaşımda, *per se* ve *rule of reason* iki ayrı uç olarak değerlendirilirken bu durumdan memnun olmayan alt federal mahkeme, DOJ ve FTC'nin, Sherman Kanunu'nun birinci maddesini uygulamak için, geleneksel *per se* ve *rule of reason* analizlerinin yanı sıra çeşitli pazar payını dikkate alan çeşitli tampon bölgeler oluşturmuş ve anlaşmalara hızlı bakış¹⁶⁶ denilen bir analizle bakmak gibi başka yaklaşımlar geliştirmişlerdir (Piraino 2007, 365; Christiansen ve Kerber 2006, 240).

*California Dental Association*¹⁶⁷ kararıyla, ABD Yüksek Mahkemesi, *per se* ve *rule of reason* analizlerinin farklı amaçlar için kullanılacak araçlar olmadığı gerekçesiyle, bu analizleri aynı doğrultudaki iki uç olarak görmüş, bu iki uç arasındaki her türlü analizin de kavramsal olarak geçerli olduğunu belirtmiştir¹⁶⁸.

¹⁶³ Bkz: Bölüm 2.1 ve 2.2.

¹⁶⁴ Bkz: s. 40-41.

¹⁶⁵ Bkz: dipnot 21.

¹⁶⁶ “*quick look*”. Literatürde bu tip analizler kısaltılmış (truncated) rule of reason veya yapılandırılmış (structured) rule of reason uygulamaları olarak da nitelendirilmektedir. (Christiansen ve Kerber 2006, 218)

¹⁶⁷ *California Dental Association v. FTC*, 526 U.S. 756, 770 (1999).

¹⁶⁸ Kovacic ve Shapiro 2000, 55.

Bu karar ışığında, *rule of reason* uygulaması, [“neredeyse pazara dair her türlü unsurun değerlendirildiği” (Hovenkamp 2005, 148)] geleneksel, tam kapsamlı *rule of reason* analizi olmak durumunda değildir (ABD Kılavuzu, 10). Piraino’ya göre (2007, 364) bu yaklaşım, ABD Yüksek Mahkemesinin Chicago ve Harvard okullarının en iyi yönlerinin birleştirilmesi şeklinde bir anlayışı benimseme isteğinin bir göstergesidir.

Bu çerçevede, *California Dental Association* kararı sonrasında, ABD rekabet hukuku literatüründe ne zaman daha hızlı bakış, ne zaman daha kapsamlı bir analiz yapılması gerektiğine ilişkin tartışmalar yapılmaya başlanmış, anlaşmanın doğası, içeriği ve pazar koşulları incelenerek bir anlaşmanın varsayımsal olarak ne zaman yasal olacağı¹⁶⁹, ne zaman yasal olmayacağının¹⁷⁰ değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin çalışmalar yapılmıştır¹⁷¹.

AB rekabet hukukunda, bu çalışmanın incelediği ve bu noktaya kadar ana hatları belirtilen yatay işbirliği anlaşmalarının değerlendirilmesi çerçevesinde görüldüğü üzere, kural bazlı bir anlayış benimsenmiştir. Modernizasyonla birlikte tüketici refahını esas alarak iktisadi etkiyi gözeten bir yaklaşımı benimseyen ve bu bağlamda esasen ABD rekabet hukukuyla benzer hedefleri sağlamaya çalışan AB rekabet hukukunun, kurala dayanan bir sistem kurmasıyla ABD rekabet hukuku uygulamalarından farklılaştığı görülmektedir.¹⁷²

Bununla birlikte, AB rekabet hukukunda, yatay işbirliği anlaşmalarının değerlendirilmesinde, genel ve anlaşma türlerine göre spesifikleşmiş çeşitli

¹⁶⁹ “*Presumptively legal*”.

¹⁷⁰ “*Presumptively illegal*”.

¹⁷¹ Örnek çalışmalar için bakınız: Piraino 2009; Hovenkamp 2005, 136-259.

¹⁷² İktisadi yaklaşımın benimsenmesi, her dosyada tam kapsamlı *rule of reason* analizi yapılması, yani iktisadi yöntemlerin her dosyada kullanılması anlamında algılanmak durumunda değildir. Bu hususta, iktisadi yöntemlerin, kuralların belirlenmesi aşamasında kullanılması gerektiğini düşünen Christiansen ve Kerber’e göre (2006, 216, 219, 220), kural bazlı yaklaşımın yararları teorik olarak üç başlık altında değerlendirilmektedir:

- Kurallar, beklentileri istikrarlı hale getirecek ve belirsizlikten doğan refah kayıplarını azaltacaktır. Zira yasal belirsizlik pazarda etkinlik için ciddi bir problem oluşturabilmektedir.
- Ayrıca, kurallar rant arayışlarını azaltmaktadır. Ordoliberal yaklaşımın ortaya koyduğu görüşe göre, devletin ve devlet kurumlarının etki alanının kısıtlanması, her türlü rant arayışından doğacak refah kayıplarının azaltılması için iyi bir enstrüman niteliği taşımaktadır. Eğer devletin veya kurumların geniş takdir yetkileri olursa, rekabet politikaları bazı ilgi gruplarının etkisine ve tahrifatına eğilimli olacaktır.
- Kurallar, bilgi yetersizliği problemlerini azaltmaktadır. Eğer rekabet otoriteleri rant arayışlarına maruz kalmasa dahi, çoğu kez bilgi kaynaklı eksiklikler nedeniyle karar hatalarına yol açılabilecektir. [Ayrıca, teknik bilgileri elde etmek, yeni ekonomilerde rekabet uygulamalarının en temel meselesi haline gelebilmektedir (Demiröz 2003, Bölüm 3.4)]

güvenli bölgelerin bulunduğu, iktisadi analizler ve uygulamalardaki tecrübeler ışığında kimi zaman (genel olarak ortak ticarileştirme anlaşmalarında olduğu gibi) *per se*'ye yakın, kimi zaman (Ar-Ge ve standardizasyon anlaşmalarının değerlendirilmesinde olduğu gibi) tam kapsamlı *rule of reason* analizini andıran farklı değerlendirme kalıplarının öngörüldüğü çalışmanın bu noktaya kadarki kısmında ortaya konulmuştur¹⁷³. Bu bağlamda, Kılavuz'un rekabetin amaç bakımından kısıtlanmasına ilişkin yorumları *per se* analizi, rekabetin etki bakımından kısıtlanmasının da *rule of reason* analizi benzeri olduğu görülmektedir. Bu noktada, Kılavuz'un etki analizinin tam kapsamlı *rule of reason* analizinden farkının anlaşma türlerine göre bazen daha az, bazen de daha çok kapsamlı inceleme gerektirmesidir.

Bu çerçevede, AB rekabet hukukunun benimsediği anlayışın, son dönem ABD uygulamalarıyla paralellik arz ettiği görülmektedir. Nitekim Christiansen ve Kerber (2006, 240), AB rekabet hukuku uygulamalarının çoğu durum için yapılandırılmış *rule of reason* analizini esas aldığını öne sürmektedir. Böyle bir yaklaşımın düzenleme ve refah açısından yararlı olacağı düşüncesi ise, Christiansen ve Kerber tarafından, olay bazında analiz yapılmasındansa, anlaşmanın doğası ve içeriğine göre daha fazla veya az farklılaştırılmış kurallar belirlenmesinin, "hata maliyetlerini"¹⁷⁴ azaltacağı gerekçesiyle açıklanmaktadır¹⁷⁵.

Ne var ki, AB rekabet hukuku uygulamalarının sahip olduğu, dengeleme işleminin 101(1). madde kapsamında yapılıp yapılmayacağı gibi yapısal sorunlar, çizilen bu çerçevenin kapsamının daraltılmasının mümkün olduğunun bir işareti olarak algılanabilmektedir. Nitekim Bennett ve Padilla (2009, 62-65), anlaşmaların 101. madde kapsamında değerlendirilmesi için çizilen çerçevenin ilk bakışta yapılandırılmış *rule of reason* yaklaşımı gibi görülebileceğini, ancak dengeleme analizinin ancak 101(3). madde kapsamında yapıyor olması ve özellikle 101(3). maddenin dördüncü koşulunun, rekabetçi sürecin potansiyel olarak her türlü rekabeti artırıcı etkilerden öncelikli tutulmasını gerektirmesi nedeniyle, AB rekabet hukuku uygulamaların yapılandırılmış *rule of reason* analizinden ziyade *per se* benzeri¹⁷⁶ bir analiz olduğunu öne sürmektedir.

¹⁷³ Bkz: Bölüm 2.3.

¹⁷⁴ Christiansen ve Kerber'in çalışmalarında (2006) ele aldığı hata maliyetleri Tip 1 ve Tip 2 hataların net etkisi olarak değerlendirilmektedir. Çalışmada ele alınan;

Tip 1 hata: karar hataları nedeniyle oluşan refah kayıplarını,

Tip 2 hata: kuralların uygulanmasının maliyetleri (regülasyon maliyetleri) nedeniyle oluşan refah kayıplarını esas almaktadır. (s. 223)

Yukarıda, (bir önceki dipnot) karar hatalarının kapsamına da işaret edilmektedir. Regülasyon maliyetleri ise, kuralların oluşturulmasının maliyetini, davalarda bilgi edinme ve değerlendirme maliyetlerini, genel gözetleme ve uyma maliyetlerini, ayrıca yasal belirsizlik nedeniyle oluşan maliyetleri kapsamaktadır (Christiansen ve Kerber 2006, 231-232). Bu yaklaşıma göre, rekabet kuralları ne kadar farklılaştırılırsa davalarda daha derin bir araştırma yapılması gerekecek ve karar hataları azalacak, ancak regülasyon maliyetleri artırılabilecektir (A.g.k., 223).

¹⁷⁵ A.g.k., s. 215.

¹⁷⁶ "Quasi *per se*".

Yeni Kılavuz'la getirilen bir yenilik olan, açık kısıtlamalar olmayan ancak rekabeti kısıtlama amacını taşıdıkları değerlendirilen anlaşmalar kategorisi de bu görüşü destekler mahiyettedir (Kjolbye 2011, 1).¹⁷⁷ Kjolbye (2011, 6), bu kategoriyi eleştirirken, kılavuzların geçmişte hem şirketlere kendi davranışlarını 101. madde kapsamında değerlendirmesi için yardımcı olmaya, hem de Komisyon'un AB rekabet uygulamalarını daha fazla etki bazlı analiz yönünde değiştirmesine hizmet ettiğini, ancak Komisyon'un bu yaklaşımının, yeni Kılavuz'la Komisyon'un istediği anlaşmaları getirmesini kolaylaştırmak şeklinde (etki analizi aleyhine) değiştirildiğini ifade etmektedir¹⁷⁸.

Bununla birlikte, her ne kadar AB mevzuatında belirlenen kuralların hedeflenen amaca ne kadar hizmet ettiği tartışılabilir olsa da, Komisyon'un konuya yaklaşımının Christiansen ve Kerber'in çerçevesini belirlediği hata maliyetlerini en düşük seviyeye indirebilmek adına kuralları bu şekilde belirlediği de savunulabilecektir.

Sonuç olarak, sahip olduğu ikili yapı, tüketici refahının yanı sıra tek pazar amacının varlığı¹⁷⁹ ve yapısal sorunlar nedeniyle bazı hususlarda oluşan uygulama belirsizliği ve açık kısıtlama içermeyen bazı anlaşmaların rekabeti kısıtlama amacı kapsamında değerlendirmesi AB rekabet hukuku uygulamalarını, ABD uygulamalarından farklılaştırmaktadır. Bununla birlikte, AB ve ABD uygulamalarının en azından teorik olarak benzer hale geldiği düşünülmektedir.

2.4.2. GENEL DEĞERLENDİRME

AB'de, özgürlüklerin ve (hiçbir iktisadi analiz dikkate alınmaksızın) rekabetin kısıtlanmasının rekabetin kısıtlanması kavramı çerçevesinde yorumlandığı ve 101(1). maddenin uygulanmasında katı ve şekilci bir yaklaşımın sergilendiği dönemler, 1990'ların sonundan itibaren başlayan modernizasyon süreciyle birlikte geride kalmıştır.

Modernizasyon sürecinde, rekabet politikalarının amacı "tüketici refahının artırılması ve kaynakların etkin dağılımı" olarak belirlenmiş ve bu

¹⁷⁷ "Rekabeti Kısıtlama Amacı" – "Ortak Üretim Anlaşmaları" bölümünde de belirtildiği üzere, bu kategori, kısıtlamalar taraflar arasında geniş manada bir entegrasyonun bir parçası olsa dahi, fiyatların, çıktının ya da işbirliğini kapsayan ürünlerin nereye ve kime satılacağına birlikte belirlenmesi gibi davranışların rekabetin amaç bakımından kısıtlanması kategorisinde değerlendirilebileceğini öngörmektedir.

¹⁷⁸ Aynı değerlendirme APDC'nin Kılavuz'un taslağına yaptığı katkıda (2010) da görülmektedir. Bu bağlamda, Van Bael&Bellis, Kılavuz'un taslağına yaptığı katkıda (2010), amaç ve etki bazlı kısıtlamalar arasında kesin bir çizgi bulunmasının, Kılavuz'un ulusal düzeyde kompleks iktisadi değerlendirmelerden kaçınılmak için yanlış yorumlanmasına neden olabileceğini belirtmiştir.

¹⁷⁹ Whish 2009, 131.

doğrultuda 101. madde yeniden yorumlanarak, 101(1). maddenin tüketici refahını, 101(3). maddenin de etkinliği esas alacağı bir yapı kurgulanmıştır. Bu çerçevede, yapılacak değerlendirmede öncelikli olarak önemli husus, bir anlaşmanın muafiyet alıp alamayacağı değil, rekabeti kısıtlayıp kısıtlanmadığının belirlenmesidir.

Aynı zamanda, modernizasyon süreci kapsamında 1/2003 sayılı düzenlemenin tesis edilmesiyle birlikte, bildirim sistemi kaldırılmış ve teşebbüslerin işlemlerini kendilerinin değerlendirmesi esas alınmıştır. Bu çerçevede, kılavuzlar yeni sistemin en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir. Zira kılavuzlar, hem teşebbüsler ve uygulayıcılar açısından belirli düzeyde belirlilik sağlayarak rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığının değerlendirilebilmesine yardımcı olmakta, hem de yeni değerlendirme kriterlerinin ortaya konulmasını sağlamaktadır. Bu çerçevede, Komisyon'un yayımladığı kılavuzlar, AB rekabet rejiminin modernizasyonunun önemli bir tamamlayıcısıdır (Heim 2011, 2).

Bununla birlikte, vaktiyle Komisyon'un iş yükünün azaltılması¹⁸⁰ ve teşebbüslerin kendi değerlendirmelerini yapmaları¹⁸¹ amaçlarıyla çıkarılan grup muafiyet tebliğleri yenilenerek&güncellenerek geçerliliklerini devam ettirmektedir. Nitekim Komisyon, yatay işbirliği anlaşmalarına bakışını gözden geçirirken Ar-Ge¹⁸² ve Uzmanlaşma¹⁸³ Grup Muafiyet Tebliğ'lerini de yenilemiştir. Yeni grup muafiyet tebliğleri, literatürde genel olarak, her açıdan olumlu bulunmamakla birlikte, üretim ve Ar-Ge anlaşmalarının değerlendirilmesi adına eski tebliğlere kıyasla daha kolay anlaşılır olduğu ve teşebbüslere daha net bir çerçeve sunduğu gerekçeleriyle olumlu karşılanmıştır¹⁸⁴. Bununla birlikte, modernizasyonla birlikte değişen anlayış ve yaklaşım tarzı sonucunda grup muafiyet tebliğlerinin varlığı sorgulanır hale gelmiştir.

Örneğin, Jones (2006, 771), anti-rekabetçi etki üretmesi beklenmeyen anlaşmaları kapsayan, geniş kapsamlı muafiyet tebliğlerine hala ihtiyaç olup

¹⁸⁰ Grup muafiyet tebliğleri, 17 sayılı Düzenleme'yle getirilen bildirim prosedürüyle oluşan Komisyonun iş yükünün azaltılması amacıyla ortaya çıkmıştır (Marcos ve Graells 2010, 187-188). Bu çerçevede, idari araçlar olarak değerlendirilebilecek bu tebliğler, Komisyon'un ciddi rekabet ihlallerine daha fazla kaynak aktarabilmesini amaçlamaktaydı (A.g.k.). Bu düzenlemeler, başlangıçta AB rekabet hukuku uygulamalarında gelişmeye neden olmakla birlikte, zaman içinde oluşturulan bu sistemin de etkin olmadığı ve bu düzenlemelerin Komisyon'un iş yükünün azaltmasını sağlamadığı görülmüştür (A.g.k.). Ancak, 1/2003 sayılı Düzenleme'yle teşebbüslerin kendi davranışlarını değerlendirmeleri esas alınarak yeni bir anlayış geçerli olmuştur.

¹⁸¹ Vogelaar 2002, 22.

¹⁸² Commission Regulation (EU) No 1217/2010, on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements.

¹⁸³ Commission Regulation (EU) No 1218/2010, on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements.

¹⁸⁴ Örneğin, bkz: Gutermuth, 2; Lugard, 2.

olmadığının sorgulanmasının şart olduğunu öne sürmektedir. Jones'a göre (a.g.k.), bu tebliğlerin varlığının yeni analitik çerçevede gerekçelendirilmesinin zorluğu nedeniyle, neyin anti-rekabetçi etki oluşturduğunun değerlendirilmesinde belirsizlik ve karışıklığa yol açabileceklerdir. Zira grup muafiyet tebliğleri, 101(1). maddenin geniş yorumlandığı (rekabetin kısıtlanması kavramına yüklenen anlamın farklı olduğu), birçok anlaşmanın meşru olabilmesi için 101(3). madde kapsamında muafiyet alınmasına bağlı olduğu eski rekabet rejiminin araçlarıdır (Jones 2006, 804).

Komisyon'un bir yetkilisinin, Kılavuz'un ve iki grup muafiyeti tebliğinin ana yaklaşımının rekabet açısından bir risk oluşturmaksızın refaha katkı yapan rakipler arası işbirliklerine izin verilmesi olduğu yorumu bu karışıklığı açıkça ortaya koymaktadır (Woods 2011, 3). Zira rekabet açısından risk oluşturmayan bir anlaşmanın grup muafiyet tebliğiyle dahi olsa, muafiyet konusu edilebilecek olması 101(1). maddenin anlamı ve mahiyeti açısından çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, Marcos ve Graells'e göre (2010, 190), AB rekabet hukukunun modernizasyonundan sonra, yeni sisteme uyması oldukça zor olan fosilleşmiş idari bir araç olarak görünebilecek grup muafiyet tebliğlerinin varlığını sürdürmesi kavramsal bir gariplik oluşturmaktadır¹⁸⁵. Zira bildirim zorunluluğu kalktıktan sonra, teşebbüslerin kendi faaliyetlerini değerlendirmesine yardımcı olunmasının kılavuzlar aracılığıyla sağlanabilecek olması nedeniyle, grup muafiyet tebliğlerini korumak için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır (Marcos ve Graells 2010, 193). Marcos ve Graells (2010, 183), bu doğrultuda, AB rekabet hukukunun modernizasyonunu ikinci bir dalgada tamamlamak için açıklık ve kolay anlaşılabilirlik politikası çerçevesinde bütün grup muafiyet tebliğlerinin kaldırılmasını ve bu tebliğlerle ulaşılmak istenen amaçların kılavuzlar aracılığıyla gerçekleştirilmesini önermektedir.

Sonuç olarak, AB rekabet hukukunda iktisadi analizi esas alan bir yaklaşımın benimsendiği, ancak 101. maddenin ikili yapıya sahip olması ve bu yapının korunması için alınan dengeleme işleminin 101(3). madde kapsamında yapılması gerektiği içtihadı, modernizasyon öncesi dönemden miras kalan grup muafiyet tebliğ sisteminin varlığını koruması gibi bazı yapısal sorunların bulunduğu düşünülmektedir.

¹⁸⁵ Marcos ve Graells'e göre (2010, 200);

Belirli bir endüstriye hitap eden grup muafiyet tebliğleri (neredeyse tamamen) düzenleme araçları haline gelmektedir. Her pazarın kendine has özelliklerinin bulunduğu da göz önüne alındığında, yapılacak muafiyet aracı pazarın içsel bozukluklarını ve olası rekabet sorunları üzerine yoğunlaşarak gizli bir regülasyon örneği olmaktadır. Bu durumda da düzenleme tekniği perspektifinden tartışılabilir bir durum ortaya çıkmaktadır.

Bu doğrultuda, genel grup muafiyet tebliğlerinin yerini kılavuzların alması ise kaçınılmaz bir sonuçtur (a.g.k., 184-185).

BÖLÜM 3

YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARININ 4054 SAYILI KANUN’UN 4. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları, uyumlu eylemleri ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini yasaklamaktadır. Kanun’un 5. maddesi ise, belirli koşulların sağlanması halinde 4. maddedeki yasaklama hükmünün uygulanmayacağını düzenlemektedir.

Bu bağlamda, AB Antlaşması’nın 101. maddesi; ilk fıkrası 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile, üçüncü fıkrası da 5. maddesi ile yapı ve içerik açısından benzeşmektedir. Bunun yanı sıra, özellikle AB rekabet hukukunun ve uygulamalarının Türk rekabet hukuku açısından tartışıldığı ve bir anlamda takip edildiği de bir gerçektir. Dolayısıyla, 2. Bölüm’de AB rekabet mevzuatı adına dile getirilen yapısal sorunların Türk mevzuatı için de söz konusu olduğu düşünülmekte ve tekrara yol açmamak adına aynı hususlara bir daha değinilmemektedir.

Bu noktada, öncelikle rekabetin kısıtlanması kavramının Türk rekabet hukuku mevzuatındaki kapsamı anlaşılmaya çalışılacaktır. Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun’da, rekabetin veya rekabetin korunmasının ayrıca bir nihai amacından bahsedilmemektedir. Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde şu ifadeler bulunmaktadır:

... Rekabete ilişkin hukuki düzenlemeler, devletin piyasalara veya ekonominin kendi doğal seyri içinde yönlendirilmesine müdahalesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu konudaki hukuki düzenlemeler, rekabet özgürlüğü

alanlarının belirlenerek teşebbüslere eşit ve serbest bir şekilde rekabet edebilme fırsatını vermek amacıyla vazedilmektedir.

...Tüm hukuk sistemlerinde genel kabul görmüş temel amaçlar; “rekabet sürecinin veya serbest rekabetin muhafazası” ya da “etkin rekabetin korunması” şeklinde ifade edilmektedir. Böylelikle rekabetin korunması ile ticaret serbestisi ve pazara giriş özgürlüğü sağlanmış olmaktadır... bireysel hareket edebilme özgürlüğü, demokratik anayasal sistemin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir.

...Rekabet düzeni ile yukarıda belirtilen amaçların yanında ikincil amaçlara ulaşmak da hedeflenmektedir. Her şeyden önce rekabet düzeni, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak küçük işletmelerin korunmasına yardımcı olmaktadır.

Görüldüğü üzere, 4054 sayılı Kanun’un gerekçesinde, rekabetin asıl amacı, rekabet sürecinin veya serbest rekabetin muhafazası olarak belirlenmiştir. Çizilen bu çerçevede, Türkiye’de rekabet mevzuatının oluşması aşamasında, AB rekabet mevzuatının oluşması ve gelişmesi aşamalarının ilk basamağında olduğu gibi, ciddi bir ekol olan Ordoliberal yaklaşımın benimsendiği ileri sürülebilecektir.

Bununla birlikte, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5 inci Maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına dair Kılavuz”da¹⁸⁶ (para. 5) fikri mülkiyet hakları ile rekabet kurallarının mutlak bir çatışma içinde olmadığı hususu, her iki hukuk dalının varmak istediği temel hedefin, “tüketici refahının artırılması ve kaynakların etkin şekilde tahsisinin sağlanması” olduğu savı ile gerekçelendirilmektedir. Bu çerçevede, Kurul’un 4054 sayılı Kanun’un uygulanması açısından Kanun’un gerekçesinde yer almayan hedefleri de dikkate aldığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra, Türk rekabet mevzuatında yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin bir kılavuz bulunmamaktadır. Bu bağlamda, yatay işbirliği anlaşmalarında rekabetin kısıtlanması kavramına nasıl yaklaşıldığı ancak Kurul kararları çerçevesinde ortaya konulabilecektir. Bu çerçevede, yatay işbirliği anlaşmalarında 4. madde uygulamalarının ana çerçevesini ortaya koyabilmek adına aşağıda bazı Kurul kararlarına yer verilmiştir¹⁸⁷.

¹⁸⁶ 13.5.2009 tarih ve 09-22/486 sayılı Kılavuz.

¹⁸⁷ Kararlar, Kurul’un yatay işbirliği anlaşmalarına yaklaşımını gösterecek şekilde seçilmeye çalışılmış ve tarihlerine göre sıralanmıştır. Kurul kararlarında geçen teşebbüslerin tam adları verilmemiş, kısaltmalar yapılarak anılmıştır.

3.1. ÖRNEK REKABET KURULU KARARLARI

3.1.1. Merck - Fako¹⁸⁸

Kararın çerçevesini, Fako'nun Merck adına fason üretim yapması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, ilgili karardan yaklaşık dört ay önce benzer bir işlem kapsamında alınan diğer bir karardan bahsetmek yerinde olacaktır. Söz konusu Abbott ve Fako arasında yapılan bir fason üretim anlaşmasına ilişkin kararda¹⁸⁹, her iki teşebbüsün de J1F makrolid grubu antibiyotik alanında rakip olması göz önüne alınarak, tarafların pazardaki durumları ve güçleri değerlendirilmeden anlaşma 4. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiş, ancak sözleşmede yer alan rekabet kısıtlamalarına ilişkin bazı hükümler değiştirildiğinde işleme muafiyet verilebileceğine yer verilmiştir.

Bununla birlikte, Fako'nun, Merck'e sağladığı bazı ürünlere rakip ürünlerinin bulunduğu ifade edilen Merck-Fako kararında ise Abbott-Fako kararından farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Yapılan değerlendirmede, Fako ve Merck'in rakip ürünleri birlikte değerlendirilerek her ürün kendi pazarında olmak üzere pazar payları tespit edilmiştir. Bu pazarlarda tarafların toplam pazar payları %5 olmaktadır. Ancak Kurul, bu durumu anlaşmanın rekabeti kısıtlamayacağına gerekçe göstermemiş, anlaşmanın rakipler arasındaki bir yatay üretim anlaşması olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde yorumlamıştır. Bunun dışında, anlaşmada yer alan diğer sınırlamalar yan sınırlama kavramı çerçevesinde değerlendirilmiş ve anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmiştir.

3.1.2. Netcell¹⁹⁰

Dosya konusunu, cep telefonu dağıtım pazarında faaliyet gösteren beş teşebbüsün Netcell'i kurarak cep telefonu distribütörü olarak faaliyet göstermeye başlamaları oluşturmaktadır. Bu çerçevede anlaşma, bir ortak alım anlaşması niteliği taşımaktadır. Yapılan 4. madde değerlendirmesi şu şekildedir:

Netcell A.Ş.'nin kurucu ortaklarının aynı piyasada faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin ortak ve yöneticileri olması, faaliyet alanının bu pazardaki dağıtım ve pazarlama faaliyetleriyle doğrudan ilgili olması sebebiyle kuruluş ana sözleşmesi, Kanun'un 4. maddesinde belirtilen "*rekabeti kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan*" bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir. Öneri çerçevesinde yapılan incelemede, Netcell A.Ş.'nin ve ortaklarının rekabeti ihlal edici fiili davranışlar içinde olmadıkları

¹⁸⁸ 11.9.2001 tarih ve 01-43/427-110 sayılı Kurul kararı.

¹⁸⁹ 29.5.2001 tarih ve 01-25/240-62 sayılı Kurul kararı.

¹⁹⁰ 19.9.2002 tarih ve 02-56/697-281 sayılı Kurul kararı.

tespit edilmekle birlikte, mevcut ortaklık yapısı ve faaliyet alanı itibarıyla rekabeti kısıtlama potansiyelini içinde barındıran bir oluşum olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu anlaşmaya menfi tespit verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bunun yanı sıra, kararda, yapılan yerinde incelemelerde haklarında önaraştırma yürütülen şirketlerin Netcell'den temin ettikleri ürünleri satma aşamasında ortakların temsil ettikleri firmaların satış fiyatlarını belirlemede birlikte hareket etmediklerinin, müşterileri paylaşma yoluna gitmediklerinin anlaşıldığına yer verilmektedir. Muafiyet bölümünde ise Netcell'in, KVK ve Genpa gibi güçlü distribütörlere bir rakip olarak ortaya çıktığı, böylece piyasanın bu seviyesindeki rekabetin arttığı değerlendirilmiştir. Ayrıca, anlaşma öncesinde distribütörlerden ürün temin eden ortak alım anlaşması taraflarının, Netcell'i kurarak üreticilerden doğrudan alım yapmaya başladığı, bu distribütörlerin de uyguladığı kar marjlarından daha düşük bir marj uygulayarak piyasadaki distribütör kar marjını aşağı çektikleri ifade edilmiştir. Bu çerçevede, anlaşmaya 5 yıl muafiyet verilmiştir.

Karar, tüm bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, Kurul'un fiyatları düşüren, (pazar kapama etkisi oluşturmadığı gibi) distribütör pazarına yeni bir rakibin girmesini sağlayan bir anlaşmayı dahi rakipler arasında yapıldığı zaman, olumsuz hiçbir amaç veya etkinin varlığını tartışmadan rekabeti kısıtlayıcı olarak yorumladığı görülmektedir.

3.1.3. TR-1 Network Ağı¹⁹¹

Başvuru konusu, internet servis sağlayıcısı (İSS) olan Superonline, Türk Nokta Net, Doğan İletişim, Koç.net, Siemens Business ve BNET'in, belirli teknik şartları sağlayacak şekilde birbirlerine arabağlantılar yapmak sureti ile üyeler arasında IP bazlı trafik değişimini yapmak amacıyla TR-1 Network isimli iletişim ağını kuran sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebidir. Kurulacak olan TR-1 Network ağı, TTNNet, TIX ve UlakNet gibi omurgalara alternatif teşkil edebilecek nitelikte bir internet omurgası biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Yapılan 4. madde değerlendirmesinde, anlaşma yoluyla rakipler arasında bir işbirliğinin söz konusu olması nedeniyle kurulan omurganın işletilmesinin, onu oluşturan şebekelerin asgari bazı konularda ortak kontrolünü zorunlu hale getirmekte olduğu dile getirilmiştir. Kararda da dile getirildiği gibi, esasen bu durum her türlü yatay işbirliği anlaşması için kaçınılmazdır.

¹⁹¹ 20.11.2003 tarih ve 03-75/909-384 sayılı Kurul kararı.

Kurul, rakipler arasında bir işbirliği anlaşması yapılmasının 4054 sayılı Kanununun 4. maddesi anlamında rakip teşebbüsler arasında koordinasyon riski doğurması olasılığını ortaya çıkarması ve bu teşebbüslerin şebekeleri arasında yapılacak olan arabağlantılarla sürekli bir işbirliği ve bilgi alışverişinin söz konusu olması nedenleriyle, ilgili anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesini uygun görmemiştir. Bununla birlikte,

- ağa dahil olmak isteyen İSS'lerin bu yöndeki taleplerinin değerlendirilmesinde objektif kriterler gözetilmesi,
- ağa transit olarak bağlanmak istemeyen İSS'lerin uygun koşulların varlığı halinde ağda yer alan İSS'ler ile "peering" anlaşması yapabilme serbestisine sahip olması,

koşullarıyla anlaşmaya 5 yıl süreyle muafiyet tanınmıştır.

Karar çerçevesinde, her yatay işbirliği anlaşmasının olası bir koordinasyon riskini taşıdığı da düşünüldüğünde, Kurul'un bütün yatay işbirliği anlaşmalarını 4. madde kapsamında değerlendirdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

3.1.4. Ambarlı Liman¹⁹²

Ambarlı Liman tesislerinde faaliyet gösteren altı terminal¹⁹³ şirketi, Altaş ve Alpaş adlı iki şirket kurmuş ve Ambarlı Limanı için gerekli pis su atıklarını tankerler ile boşalttırmak, temizlik işlerini kiralamak, güvenlik şirketlerini tespit etmek ve işi vermek, şirket terminallerinin imar işlerinde her türlü malzeme temin etmek, gıda alımında bulunmak ve taşeron şirketleri kiralamak gibi alım işlerini bu iki ortak girişim aracılığıyla yürütmüştür. Ortak alım anlaşması niteliği taşıyan bu ortak girişimlere ilişkin muafiyet değerlendirmesi kapsamında;

- Ambarlı Limanı'ndaki terminallerin yaptıkları ortak alım anlaşmalarının her bir tedarik pazarındaki toplam satışların önemli bir kısmını kapsamaması, tedarikçilerin terminaller dışında alternatif alıcılarının bulunması,
- Limanda ağırlıklı olarak konteyner elleçlemeye yönelik liman hizmetlerinin sunulması nedeniyle, konteyner taşımacılığının yapısı gereği uzak coğrafi bölgelerdeki limanların dahi birbirine alternatif oluşturabilmesi

dikkate alınmış ve liman hizmetleri pazarındaki teşebbüslerin sağlayıcıları veya müşterileri karşısında önemli bir üstünlüğe ulaşmaları mümkün görülmemiştir. Bu

¹⁹² 4.5.2004 tarih ve 04-32/373-94 sayılı Kurul kararı.

¹⁹³ Belirli bir yük ya da yük grubunun elleçlenmesinde uzmanlaşmış liman ünitesi (a.g.k.)

çerçevede, bu şirketler yoluyla üst pazarlarda faaliyet gösteren tedarikçiler aleyhine rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin ortaya çıkmasının “pek mümkün görünmediği” neticesine varılmıştır. Esasen, dosya kapsamında varılan sonucun 4. maddenin ihlal edilmediği anlamında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak, değerlendirme Kanun’un 5. maddesi çerçevesinde yapılarak bu sonuca ulaşılmıştır.

3.1.5. Knauf İzocam¹⁹⁴

Dosya konusu işbirliği anlaşması, ara bölme olarak da bilinen hafif bölme duvar yalıtım sistemlerinde kullanılan ve İzocam’ın ürettiği taşıyıcı yalıtım levhaları ile Knauf’un ürettiği alçıpanın “Everest” markası altında bir arada pazara sunulmasını amaçlamaktadır. Ara bölme pazarında rakip olan taraflar, bu yeni (geliştirilmiş) ürünün sektörün bütün ihtiyaçlarını¹⁹⁵ bir arada topladığını öne sürmektedir. Dosya kapsamında pazarın yapısına ve pazar paylarına ilişkin genel bilgiler ile tarafların görüşlerine yer verilmiş ve menfi tespit belgesinin verilmesi uygun görülmüştür.

Görüldüğü üzere Kurul, bu noktaya kadar yer verilen kararların aksine bu kararda, anlaşmanın rakipler arasında olmasını rekabetin kısıtlanması olarak yorumlamamış, iktisadi analizi esas alan bir “rekabetin kısıtlanması” kavramı benimseyerek, anlaşmanın rekabeti kısıtlamayacağı sonucuna varmıştır.

3.1.6. Çilek Mobilya¹⁹⁶

Kararın konusunu, altı mobilya üreticisinin kendi aralarında yaptığı “Çilek Grubu Markası Kullanım Protokolü” oluşturmaktadır. Kararda, pazarın yapısı, tarafların pazar güçleri ve güçlü rakiplerin varlığı değerlendirilerek anti-rekabetçi bir etkinin ortaya çıkmayacağı sonucuna varılmış, ancak Protokol’ün taraf teşebbüslerin bağımsız karar almalarını engellediği şeklinde yorumlanan hükümleri¹⁹⁷ 4. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmasına neden olmuştur.

¹⁹⁴ 15.7.2004 tarih ve 04-47/612-149 sayılı Kurul kararı.

¹⁹⁵ Isı ve ses yalıtımı ile yangına dayanıklılık.

¹⁹⁶ 13.6.2005 tarih ve 05-39/520-128 sayılı Kurul kararı.

¹⁹⁷ Bu hükümler şu şekildedir:

“... tarafların;

- kendi ürün portföylerinde yer almayan ürünler için iç ve dış pazardan gelebilecek satınalma taleplerini Grup içerisindeki diğer firmalara yönlendirmekle sorumlu oldukları,
 - grup içerisindeki diğer bir firmanın pazarını etkilememek kaydıyla karşılıklı olurları alınarak birbirlerinin ürünlerini pazarlayabilecekleri,
 - Çilek Grup markasına zarar verebilecek her türlü çalışmadan kaçınılacağı
 - Her bir firmanın ürün portföyünün Grup içerisindeki diğer firmaların ürün portföylerinden daha farklı olacağı, bu amaçla firmaların ürün tasarımlarını tescil ettirerek haksız rekabeti engelleyecekleri
- görülmektedir.”

Kurul, teşebbüslerin bağımsız karar almalarının engellenmesi çerçevesinde yer verilen hükümleri yan sınırlama kavramı kapsamında değerlendirmemiş, müşteri ve pazar paylaşımı söz konusu olduğu yorumuyla rekabetin kısıtlandığına hükmetmiştir. Bununla birlikte, muafiyet değerlendirmesi kapsamında bu hükümler yeniden değerlendirilmiştir:

...mobilya pazarındaki oyuncu sayısının çokluğu ve tarafların özellikle yurt dışı pazarlar için biraraya gelmeleri, ilgili ürün pazarlarındaki rekabetin önemli ölçüde etkilenmesini engelleyecektir. Taraflara getirilen kısıtlamaların ise bu işbirliğinin doğal bir sonucu olduğu, beklenen faydaların temin edilmesi açısından gerekli olduğu kanaatine varılmıştır.

Bu çerçevede, muafiyet değerlendirmesi kapsamında yan sınırlama değerlendirmesi yapılmış ve anlaşma hükümlerinin rekabeti kısıtlamadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu doğrultuda, anlaşmaya 5 yıl süre ile muafiyet tanınmıştır.

3.1.7. Bireysel Emeklilik¹⁹⁸

Kararda, bireysel emeklilik pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin oluşturdukları mutabakat metni değerlendirilmektedir. Anılan mutabakat metninde;

...emeklilik şirketleri arasındaki ilişkilerde dayanışmayı güçlendirmeye, şirketler arasında haksız rekabeti önleyici çalışmalar yapmaya, yurtiçinde ve dışında emekliliğe ait gelişmeleri izleyerek toplayacağı bilgileri şirketlere ve ilgililere ulaştırmaya, Emeklilik Şirketleri Etik Değerleri olarak isimlendirilen prensiplerin emeklilik şirketlerince uygulanmasına ve bu konuda emeklilik şirketleri arasında tek bir anlayışın sağlanmasına çalışmaya, şirketlerin amaçlarına uygun yayın yapmaya veya yaptırmaya, yayın ve içtihatları derleyerek üyelerin yararına sunmaya, bireysel emeklilik sistemi ile ilgili sorunlarının çözümü hakkında gerekli önerilerde bulunmaya ilişkin hükümler yer almaktadır.

Kurul, bu hükümler göz önüne alındığında, mutabakata katılan teşebbüsler arasında bilgi akışının ve işbirliğinin hedef alındığı izleniminin oluştuğunu dile getirmiş, sonrasında da;

Ülkemiz için nispeten yeni bir pazar niteliğindeki bireysel emeklilik hizmetleri alanında, Mutabakat Belgesi'nde yer verilen söz konusu hükümlerin olumlu katkılarının olabileceği göz önüne alınmakla birlikte, anlaşma metninin genel olarak taraflar arasında işbirliği doğurucu

¹⁹⁸ 22.2.2006 tarih ve 06-45/568-153 sayılı Kurul kararı.

etkileşimlere yol açabileceği ve rekabeti önleyici etkiler doğurabileceği değerlendirilerek, bu anlaşmaya 4054 sayılı Kanun çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı[na]

karar verilmiştir. Bununla birlikte, muafiyet değerlendirmesinde anlaşmanın, sektörün daha sağlıklı bir altyapıya kavuşmasını sağlayacağı belirtilmektedir. Ayrıca güçlenen altyapı ve sektörün kamuoyuna tanıtılmasının piyasaya yeni firma girişlerini kolaylaştıracağı ve sektördeki rekabete olumlu katkılarının olacağı dile getirilmiştir. Bu çerçevede, anlaşmaya 3 yıl muafiyet tanınmıştır. Bununla birlikte, bazı Kurul üyeleri karara karşı görüş yazmışlardır.

Bir Kurul üyesi, karşı görüşünde, mutabakat metninin rekabete aykırı bir hüküm içermediğini ve “*menfi tespit dahi alabilecek nitelikte bir anlaşma*” olduğunu ifade ederek anlaşmanın muafiyet süresinin 3 yıla sınırlandırılmasını uygun görmemiş, tarafların talep ettiği üzere 5 yıl süreyle muafiyet tanınması gerektiğine yer vermiştir. Diğer bir üye ise söz konusu anlaşmanın sektörde faaliyet gösteren bütün aktörlerin tamamını kapsamaması nedeniyle ilgili pazardaki rekabetin gerekenden fazla sınırlanarak koordinasyon riski doğurabileceği kanaatiyle karara katılmadığını belirtmiştir.

3.1.8. Shell–BP–Total Oil¹⁹⁹

Kararın konusunu, Shell, BP ve Total Oil arasında, BP’ye ait depolama tesisinin işletilmesi amacıyla kurulan ortak girişim oluşturmaktadır. Kararda 4. madde çerçevesinde yapılan değerlendirme şu şekildedir:

4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında yapılacak analizin başlangıç noktası, işbirliğinin etkili olduğu pazarda tarafların konumlarını belirlemektir. Anlaşma taraflarının toplam pazar paylarının düşük olduğu durumlarda işbirliğinin rekabeti kısıtlama olasılığının oldukça düşük olduğu belirtilmektedir. Bu tespit yapılırken kuşkusuz pazarın analiz edilmesi, diğer aktörlerin pazar paylarının ve pazardaki yoğunlaşma oranının da dikkate alınması gerekecektir.

Bu kapsamda, 4. madde incelemesinde tarafların pazar payları değerlendirilmiştir. Yapılan değerlendirmede, tarafların pazar payları, depolama konusundaki lojistiğe yönelik işbirliklerinin sektörde başka ortaklıklar şeklinde de gözlenmesi nedeniyle oluşan ağ etkisi ve esasen teşebbüslerin kendilerine ait depoları kurmalarının mümkün olduğu değerlendirilmesi göz önüne alınarak anlaşmanın 4. maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, muafiyet değerlendirmesinde;

¹⁹⁹ 25.7.2007 tarih ve 07-61/730-260 sayılı Kurul kararı.

Dolayısıyla, mevcut yapıda ... gerçekleştirilen ortaklığın ... rekabeti ortadan kaldıran bir etkisinin oluştuğunu ileri sürmenin söz konusu olmadığı görülmektedir. Nitekim ortaklığın Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu düşüncesinin gerekçesi, ortaklığın rekabeti kısıtlayıcı bir etkisi olması değil, rekabeti kısıtlayacak bir koordinasyona yol açma riskidir.

ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadenin lafzı itibarıyla bir değerlendirme yapıldığında, Kurul'un rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi olmayan anlaşmaları da yasaklayabileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, taraflar arasında koordinasyon söz konusu olduğunda, anlaşmanın rekabeti kısıtlama etkisi bulunduğu yorumunun yapılabileceği düşünülmektedir.

3.1.9. Mimeray–Basımevi²⁰⁰

Dosya konusu, ev dışı reklam mecralarına yönelik baskı işi yapan Mimeray Matbaacılık ile Basımevi İletişim'in Baskı Atölyesi adlı bir ortak girişim kurarak açık hava reklamcılığına yönelik baskı işini ortak yapmalarındadır. Bununla birlikte, taraflar müşteri bulma, fiyat ve satış koşullarına yönelik faaliyetlerini birbirlerinden ve ortak girişimden bağımsız olarak yürütmüşlerdir. Dolayısıyla ortak dağıtım ve satışa genişlemeyen bir ortak üretim anlaşması söz konusudur.

Kurul, yaptığı değerlendirmede, inceleme tarihinden önce gerçekleşmiş ve bitmiş bir işlem olan ortak girişimin rekabetin sınırlandırılması açısından ilgili pazarda herhangi bir etkisinin tespit edilmediğine, dolayısıyla anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte, anlaşmanın pazarda herhangi bir etkisinin olmadığını tespiti, anlaşmanın karar tarihinden 2-3 yıl önce gerçekleşmiş olması nedeniyle, gelen bir şikayet olmaması ve pazarda olumsuz bir etkinin tespit edilememiş olması nedenleriyle açıklanmaktadır.

3.1.10. Hobi Kozmetik–Henkel Şampuan²⁰¹

Dosya konusu, Hobi Kozmetik'in, Henkel'e kendisine verilen spesifikasyonlar çerçevesinde şampuan ve duş jeli üretmesidir. Bu çerçevede, anlaşma, bir fason üretim anlaşmasıdır.

Kurul, rakipler arasında işbirliği doğurucu bu tür anlaşmaların pazardaki rekabeti olumsuz etkileme olasılığını, tarafların maliyetlerinin ortaklaşması faktörünün de katkısıyla ortaya çıkacak koordinasyon etkileri ve pazar kapama etkileri biçiminde gerçekleşebileceğine ve tarafların ticari ilişkilerinin kapsamı büyüdükçe bağımsız biçimde rekabet etme motivasyonlarının da azalabileceğine yer vermiştir. Ayrıca, üretimin gerçekleştirilebilmesi için Henkel tarafından Hobi

²⁰⁰ 25.7.2007 tarih ve 07-61/718-250 sayılı Kurul kararı.

²⁰¹ 20.1.2009 tarih ve 09-03/46-16 sayılı Kurul kararı.

Kozmetik'e sağlanacak olan spesifikasyonlar, maliyet yapıları, ikmal kaynakları, formüller, muhasebe süreçleri gibi bilgiler kritik bilgiler olarak değerlendirilmiş ve rakipler arasında süresiz olarak kurulan, kritik ticari ve operasyonel bilgilerin aktarımını gerektiren bir anlaşmanın taraflar arasındaki rekabet güdüsünü en aza indirmesinin, hatta yok etmesinin de olasılık dâhilinde olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, anlaşmanın 4. maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Ancak, her ne kadar 4. madde değerlendirmesinde, pazar payları toplamda görece küçük olan teşebbüslerin yaptığı bir işbirliği anlaşmasının, toplamda görece yüksek pazar paylarına sahip teşebbüslerin yaptığı bir anlaşma kadar rekabetçi endişe uyandırmayacağına yer verilmiş olsa da pazar payı, giriş engelleri ve benzeri hususlar 5. madde çerçevesinde incelenmiştir.

Yapılan 5. madde değerlendirmesinde ise, tarafların pazar güçlerinin, pazar dinamikleri çerçevesinde teşebbüsler arası koordinasyonun kolaylaşması gibi bir imkânın ve giriş engellerinin bulunmadığı, ayrıca pazarda güçlü rakiplerin varlığının bulunduğu tespit edilerek pazarda rekabetçi bir endişenin oluşmayacağı belirtilmiş ve sonuç olarak anlaşmaya muafiyet tanınmıştır.

3.1.11. Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları²⁰²

Kararın konusunu, Türkiye sabun, deterjan ve bakım ürünleri pazarında faaliyet gösteren Unilever, P&G ve Henkel gibi sektörün belli başlı teşebbüslerinin üye olduğu Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği tarafından yürütülen Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları Projesi'ne izin verilmesi talebi oluşturmaktadır. Bu projeye taraflar, konsantre deterjan üretmek konusunda bağlayıcı olmayacak şekilde anlaşmakta, konsantre deterjan üretimi için standart şartları belirlemekte, bu ürünün tanıtımı için ortak promosyon anlaşması yapmaktadırlar.

Dosyaya ilişkin 4. madde incelemesinde, anlaşmanın içeriği ve doğası, bilgi paylaşımları, tarafların pazar payları ve pazara giriş koşulları değerlendirilmiştir. Ayrıca anlaşma öncesi ve sonrasındaki durum ortaya konulmak üzere ürün satış fiyatları, ortalama birim maliyetleri incelenmiştir. Bu parametreler çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda, projenin rekabet koşulları üzerindeki etkilerinin sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesinin ancak belirli bir süre sonra mümkün olabileceği belirtilmekle birlikte, projenin, satın alma kararlarını ve üreticiler arasındaki rekabeti etkileyeceği, ayrıca farklı üretim girdilerinin azaltılması sonucunda hammadde pazarlarındaki rekabetin de sınırlanabileceği, ambalaj üreticilerinden nakliye firmalarına kadar birçok teşebbüsün de iş hacminin daralacağı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, anlaşmanın 4. madde kapsamında olduğu sonucuna varılmış ancak anlaşmaya muafiyet tanınmıştır.

²⁰² 15.7.2009 tarih ve 09-33/727-167 sayılı Kurul kararı.

3.1.12. Karaman Ekmek²⁰³

Kararın konusunu Karaman’da faaliyet gösteren on altı fırından on ikisinin ürettiği ekmekleri Yedoy adlı bir şirketin dağıtması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, anlaşma, rakipler arasında yapılan bir ortak dağıtım anlaşması niteliği taşımaktadır.

Bununla birlikte, Kurul, Yedoy firmasının ortaklık yapısını değerlendirerek, öncelikle bir fırın dışında tüm fırın sahiplerinin Yedoy’da hissedar olmadıklarına, ancak Yedoy’un ortaklarının bazı fırın sahiplerinin akrabaları olduklarına yer vermiştir. Bu çerçevede, Yedoy’un ortaklarının fırınlar üzerinde, fırınların da Yedoy üzerinde kontrol sahibi olup olmadıklarını tespit etmek üzere tüm tarafların hissedarlık yapılarını dikkate almış ve fırın sahiplerinin Yedoy üzerinde belirleyici etkilerinin bulunmadığı ve Yedoy’un bağımsız bir teşebbüs olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede, Kurul, bağımsız bir teşebbüs olan Yedoy’un her bir fırın ile dikey anlaşma yapmak suretiyle dağıtım işini gerçekleştirdiği kanaatine varmıştır.

Bu bağlamda, Kurul, “*küçük ölçekli perakende satış noktaları bakımından dağıtım işinin fırınlar tarafından münhasıran Yedoy’a verilmesi*”ni dikey bir anlaşma olarak nitelendirerek anlaşmayı dikey açıdan değerlendirmiş ve sonuç olarak anlaşmaya 3 yıl süre ile muafiyet tanımıştır.

Kurul’un yatay işbirliği anlaşmalarına genel yaklaşımının, rakiplerin bir araya gelmesi nedeniyle rekabetin kısıtlandığı sonucuna varmak şeklinde olduğu da göz önüne alındığında bu karar, kartel veya gizli kartel olarak adlandırılabilir bir yatay işbirliği anlaşması olarak görünen bir anlaşmanın²⁰⁴ sadece tarafların hissedarlık yapıları dikkate alınarak yatay bir anlaşma olarak nitelendirilmemesi yönüyle dikkat çekmekte ve kararın Kurul’un benzer konularda önceki kararlarıyla da uyumsuz olduğu²⁰⁵ görülmektedir. Zira bu karar çerçevesinde, kartel kuracak teşebbüslerin, kartel faaliyetlerini anlaşma taraflarının hissedar olmadıkları bir şirket vasıtasıyla gerçekleştirmesinin, kartelin 4. maddenin uygulanmasından muaf kılabilceği savunulabilecektir.

3.1.13. Çinko Oksit–Geri Kazanım²⁰⁶

Kararın konusunu, beş demir-çelik üreticisinin, baca tozundan çinko oksit üretimi gerçekleştirmek amacıyla kurdukları Marzinc adlı ortak girişim oluşturmaktadır.

²⁰³ 6.8.2009 tarih ve 09-35/890-213 sayılı Kurul kararı.

²⁰⁴ “Birçok başarılı kartel, kontrolü bireysel üyelerden alıp bir organizasyona bırakarak faaliyet göstermektedir. Bir şirket gibi ticari bir organizasyon kartel yönetimi için ideal araç halini almaktadır.” (Hovenkamp ve Leslie 2011, 872)

²⁰⁵ Örneğin bkz: “Kütahya Ekmek” 17.8.2004 tarih ve 04-54/750-187 sayılı Kurul kararı.

²⁰⁶ 26.8.2009 tarih ve 09-39/946-233 sayılı Kurul kararı.

Kararda, Kurul, anlaşmanın rakipler arasında yapılması nedeniyle 4. maddeye aykırı olduğu kanaatine ulaşmıştır. Bununla birlikte, anlaşmanın tarafların tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri bir faaliyetin hayata geçirilmesini sağladığına ve anlaşma sonucunda Türkiye çinko oksit pazarına ikinci oyuncunun girmiş olacağına yer verilen 5. madde değerlendirmesi sonucunda anlaşmaya muafiyet verilmiştir.

3.1.14. Nokia–Juniper²⁰⁷

Dosya konusunu, Nokia ile Juniper arasında kurulacak bir ortak girişimin değerlendirilmesi oluşturulmaktadır. Ortak girişimin konusu ise, tarafların ürettikleri birbirini bütünleyici ürünlerin kullanılmasıyla kapsamlı bir taşıyıcı ethernet (CE) çözümünün üretilmesi ve satışlarıdır. Taşıyıcı ethernet çözümünün, NSN’ye ait metro erişim ürünü ve “tek tık” ağ yönetim sistemi ile Juniper’e ait metro toplama ürünü olmak üzere üç bileşene dayandığı da ayrıca belirtilmiştir. Tarafların her ikisi de ortak girişimin alanında faaliyet göstermemekle birlikte, ilişkili pazarlarda faaliyet göstermeleri nedeniyle, taraflar, potansiyel rakip olarak değerlendirilmişlerdir.

Kararda, yatay işbirliği anlaşmalarının literatürde nasıl değerlendirildiğine ilişkin tespitler yapılmıştır:

Literatürde... rakipler arasındaki stratejik işbirlikleri, tarafların önemli pazar paylarına sahip olmaları ve pazarı kapatma, arz ya da fiyat tespiti, bölge paylaşımı, taşma etkisi vb. riskleri taşınmaları, tarafların rekabeti engelleyici gizli niyetleri için bir kılıf veya uyumlu eyleme girebilmeleri için bir unsur olarak kullanılabilmesi ve tarafların birbirleri ve rakipleri hakkındaki gizli bilgilere ulaşılmasını kolaylaştırmaları sebepleriyle daha dikkatli olarak ele alınmaktadır.

Bununla birlikte yapılan 4. madde değerlendirmesinde yukarıda anılan pazar payı, pazar kapatma gibi hususlar göz önüne alınmamıştır. Kararın bu bölümünde, ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarın tarafların faaliyet gösterdiği pazarlara yakın ve ilişkili olması ile tarafların ortak girişimin faaliyeti dışında bu alanda faaliyet göstermeyeceklerini taahhüt etmesi nedenleriyle ana teşebbüsler arasındaki potansiyel rekabetin kısıtlandığı sonucuna varılmıştır.

Sonucunda işleme muafiyet tanınan 5. madde değerlendirmesinde ise, tarafların pazar payları, pazara giriş koşulları gibi hususlar incelenmiş, ayrıca ortak girişimin üreteceği ürünün, daha önce piyasaya sunulmamış kapsamlı bir çözüme yönelik yeni bir ürün olacağı ve tarafların bu özelliklere sahip birlikte çalışabilir taşıyıcı ethernet çözümü ürününü geliştiren ilk şirketler olacağı belirtilmiştir.

²⁰⁷ 4.11.2009 tarih ve 09-52/1250-317 sayılı Kurul kararı.

Ayrıca, rekabetin kısıtlanmasının gerekçesi olan “ tarafların ortak girişimin faaliyeti dışında bu alanda faaliyet göstermeyeceklerini taahhüt etmesi” hususu da söz konusu bu yeni ürününün piyasaya sunulması için doğrudan ilgili ve gerekli (yan sınırlama) görülmüştür.

3.1.15. Ezse ve Babadağ Elektrik²⁰⁸

Kararın konusunu, iki teşebbüsün rüzgâr enerjisi santral kurmak üzere yaptıkları bir ortak girişim anlaşması oluşturmaktadır. Teşebbüslerden birinin hâlihazırda kömür ve hidroelektrik santrallerinden enerji üretimi gerçekleştirdiği tespit edilmiş, bu nedenle ana teşebbüslerle ortak girişim arasında koordinasyon riskinin bulunduğu dile getirilmiştir.

Yapılan 4. madde değerlendirmesinde ise tarafların pazar payları, pazarın yapısı incelenmiş ve tarafların pazar gücünün bulunmadığı tespit edilerek anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı bir etkisinin söz konusu olmayacağı tespit edilmiştir. Bu bağlamda, anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmiştir.

3.1.16. Atık Yağ²⁰⁹

Dosyanın konusunu, yetkilendirilmiş kuruluş olarak atanan PETDER İktisadi İşletmesi ile 2008 tarihli Atık Yönetmeliği uyarınca atık motor yağlarını toplamak ve bertaraf etmekle yükümlü motor yağı üreticisi ve ithalatçısı teşebbüsler arasında imzalanan protokol oluşturmaktadır. Kararda:

...PETDER İktisadi İşletmesinin, Türkiye’de hâlihazırda ulusal anlamda atık yönetimi hizmeti veren ve üyelerine çevresel düzenlemelerden kaynaklanan sorumluluklarından bağımsızlık sağlayan fiilen tek sistem olduğu, bu sebeple bu tip bir sistemden hizmet almak isteyen üreticiler bakımından hayati olduğu, PETDER İktisadi İşletmesi ortak/üyelerinin başka sistemlerle anlaşma yapmak konusunda serbest oldukları dikkate alındığında, PETDER İktisadi İşletmesi yapısının 4054 sayılı Kanun kapsamında bir değerlendirmesi yapılmasının gerekli olmadığı düşünülmektedir. Üstelik 2008 tarihli Atık Yönetmeliğinin 4. maddesinde, motor yağı üreticilerinin bir araya gelerek kolektif sistemler kurabilecekleri açıkça belirtilmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere her ne kadar çevresel düzenlemeler gereği kurulan kolektif sistem yapılarının, rekabet hukuku bakımından bir sakınca doğurmadığı kabul edilse bile, faaliyet ve kararları yakından incelenmelidir.

²⁰⁸ 28.1.2010 tarih ve 10-10/96-43 sayılı Kurul kararı.

²⁰⁹ 4.2.2010 tarih ve 10-13/130-50 sayılı Kurul kararı.

denilmiş, ancak rakip konumundaki teşebbüsleri bir araya getiren yatay nitelikte bir ilişki olması nedeniyle, protokole 4054 sayılı Kanun kapsamında menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir. Bu kararda dikkati çeken, PETDER’in yapısının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirmesine gerek görülmemesine rağmen, anlaşmanın 4. madde kapsamında olduğu şeklinde yorumlanması ve 5. madde kapsamında değerlendirme yapılmış olmasıdır. Üyelik koşulları, giriş engelleri ve üyelik sürelerine ilişkin değerlendirmeler de 5. madde çerçevesinde incelenmiştir. Dosya bağlamında sonuç olarak ise, protokole muafiyet tanınmıştır.

3.1.17. Arçelik-Sony – Ortak Dağıtım Anlaşması²¹⁰

Dosya konusu anlaşmanın temel hedefi Arçelik ürünlerinin daha geniş bir ürün portföyüyle, Sony ürünlerinin ise ek ve etkin bir dağıtım kanalı üzerinden satışa sunulmasıdır.

Konuya ilişkin 4. madde değerlendirmesinde, anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacına sahip olmadığı, dolayısıyla mevcut ve olası etkilerinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş olup, aşağıdaki değerlendirmeler bu çerçevede yapılmıştır:

...bu tür anlaşmalar rekabeti doğrudan kısıtlayan bir hüküm içermeseler de, doğaları/nitelikleri gereği bazı rekabetçi endişeleri gündeme getirebilmektedirler. Rekabetçi endişelerden biri bu tür anlaşmaların tarafları arasındaki bilgi alışverişini kolaylaştırmasıdır.

Arçelik ile Sony Eurasia arasında imzalanan “Satış Sözleşmesi” de doğası gereği tarafların, özellikle Sony Eurasia’nın satış fiyatlarına, düzenleyeceği kampanyalara ya da promosyonlara ilişkin düzenli olarak bilgi alışverişinde bulunmalarını gerektirmektedir. Bu durum özellikle Arçelik’in söz konusu işbirliği çerçevesinde rakibinin fiyatlandırma ve pazarlama stratejileri hakkında elde ettiği bilgileri kendi rekabetçi davranışlarını belirlerken göz önünde bulundurmasına yol açabilecektir.

Her iki teşebbüsün de LCD TV ve dizüstü bilgisayar pazarlarında faaliyet göstermeleri nedeniyle böyle bir işbirliği rekabetin kısıtlanmasına yol açabilecektir. Dolayısıyla LCD TV ve dizüstü bilgisayar pazarlarında ilgili sözleşmenin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğu... sonucuna ulaşılmıştır.

²¹⁰ 4.2.2010 tarih ve 10-13/145-61 sayılı Kurul kararı.

Bu karar çerçevesinde, Kurul'un herhangi bir değerlendirme ve inceleme yapmaksızın teorik olarak rekabetin kısıtlanması ihtimalinin bulunmasını rekabetin kısıtlanması olarak yorumladığı görülmektedir. Rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığının tespit edilebilmesi için incelenebilecek olan tarafların pazardaki konumu, pazar payları, rakiplerin konumları, pazara giriş engelleri, pazarın doygunluk seviyesi, ürün özellikleri gibi hususlar ise muafiyet kapsamında incelenmiş ve anlaşmaya sözleşme süresi olan altı yıl boyunca muafiyet tanınmıştır.

3.1.18. Uludağ Elektrik Dağıtım²¹¹

Kararın konusunu Kolin İnşaat, Limak İnşaat ve Cengiz Holding tarafından kurulan ortak girişimin, Uludağ Elektrik Dağıtım'ın özelleştirme kapsamında devralınarak Balıkesir, Bursa, Yalova ve Çanakkale illerinde elektrik dağıtım hizmetleri işinin üstlenilmesi oluşturmaktadır.

Kararda, ortak girişim taraflarının ilgili pazarlardaki payları ve anlaşmanın yayılma etkisi incelenerek anlaşmanın 4. madde kapsamında olduğu tespit edilmiştir. Sektörün yeni serbestleştirilen bir pazar olduğu ve ortak girişimin ilgili coğrafi pazarda tekel olacağı göz önüne alındığında, bu kararda 4. madde çerçevesinde daha katı bir yaklaşımın benimsenmesinin de doğal karşılanabileceği düşünülmektedir.

Kurul, tarafların toplam pazar paylarını ve mevcut haliyle bu ortaklığın ardından tarafların bağımsız olarak tek başlarına veya başka ortaklarla bu alanda faaliyetlerine devam edebileceği ve ayrıca taraflardan Cengiz İnşaat'ın hâlihazırda bu alanda başka bir ortaklığının bulunmasını rekabetin kısıtlanması olarak yorumlamış, ancak anlaşmaya 5 yıl süreyle muafiyet tanınmıştır. Bununla birlikte, on iki ay içerisinde Cengiz İnşaat'ın ortak girişimden ayrılması veya ortak girişimin bütün taraflarının elektrik dağıtım faaliyetlerinin birleştirilmesi durumunda anlaşmanın 4. madde kapsamından çıkıp, yoğunlaşma işlemi olarak değerlendirileceğine karar verilmiştir.

Ayrıca, Kurul, bu kararda işbirliği doğurucu anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkisinin daha fazla olacağını düşünülmesi dışında yoğunlaşma doğurucu ve işbirliği doğurucu ortak girişimler arasında bir fark olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, birleşme devralma olarak değerlendirilen anlaşmalar, olumsuz önemli etkiler doğuracağı ispatlanmaksızın yasaklanmazken, bu bölümde yer verilen kararlar göz önüne alındığında, işbirliği doğurucu ortak girişimlerin ise çoğu durumda doğrudan rekabeti kısıtlayıcı olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Bu yorum farklılığının yapısal ve şekilci yaklaşımdan kaynaklandığı düşünülmektedir.

²¹¹ 26.8.2010 tarih ve 10-56/1069-399 sayılı Kurul kararı.

Son olarak, bu kararda, rekabetin kısıtlandığının, ancak rekabet karşıtı ve rekabetçi etkilerin dengelenerek tespit edilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Kurul'un dengeleme işlemine ilişkin yorumu, dengelemenin Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde yapılmasını gerektirmektedir.

3.1.19. Arçelik-Sony – Ortak Üretim²¹²

Dosya konusunu, Arçelik'in Sony'ye ait marka ve tasarımlara sahip LCD TV modellerini bir fason üretim anlaşması kapsamında sağlaması oluşturmaktadır.

Kurul, anılan kararın 4. madde değerlendirmesine ilişkin bölümünde, anlaşmanın genel olarak ve hükümleri itibarıyla rekabeti kısıtlama amacına sahip olmadığına hükmetmiş, mevcut ve olası etkilerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, yapılan değerlendirmede bir yatay işbirliği anlaşması dolayısıyla taraflar arasında gerçekleşmesi söz konusu olabilecek bilgi değişimi, maliyetlerin benzerliği, pazar kapama etkisi, işbirliği taraflarının işbirliklerinin kapsamı büyüdükçe bağımsız davranma güdülerinin azalabilecek olması ihtimali gibi unsurlardan bahsedilmiştir. Bununla birlikte, kararda, hem maliyet benzerliği, hem de pazar kapama etkilerinin değerlendirilmesi için tarafların pazar gücüne sahip olması gerektiğine yer verilmiştir. Kararda, ayrıca, Arçelik ve Sony arasında, Sony ürünlerinin Arçelik dağıtım kanallarında satışa sunulmasını konu alan 4.2.2010 tarih, 04-72/1049-261 sayılı Kurul kararı ile bireysel muafiyet tanınan dağıtıma yönelik bir işbirliği mevcut olması nedeniyle taraflar arasındaki mevcut işbirliğinin dosya konusu sözleşme ile farklı bir alana genişletilmesinin olası anti-rekabetçi etkilerinin göz önünde bulundurulması gerekliliğine yer verilmiştir.

Bunun yanı sıra, sözleşmenin “en çok kayırılan müşteri kaydı”²¹³ içermesinin rekabeti destekleyici yönlerinin de bulunabileceği kabul edilen kararda, ancak bu tür kayıtların bazı koşullar altında pazardaki firmalar arasındaki koordinasyonu kolaylaştırma veya rakiplerin maliyetini yükseltme gibi rekabet karşıtı yatay etkilerinin de olabileceği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, 4. madde kapsamında, pazar koşullarına ve tarafların ilgili pazardaki güçlerine ilişkin bir değerlendirme yapılmamış, ortaya konulan teorik çerçeve anlaşmanın olası (ihtimal dâhilindeki) etkileri bağlamında incelenmiştir. Bu bağlamda, anlaşmanın Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu kanaatiyle

²¹² 8.12.2010 tarih ve 10-76/1572-605 sayılı Kurul kararı.

²¹³ Sözleşmenin 7.1. maddesinde “...Şirket (Arçelik) Sony'ye, bu Anlaşma kapsamında satın alınan ürünlerin fiyatlarını, en azından, Şirketin Ürünlerle tam olarak aynı nitelikteki ürünleri satın alan diğer müşterilerine verilen fiyat kadar avantajlı olduğunu garanti etmektedir....” (A.g.k., para. 340)

5. madde çerçevesinde bireysel muafiyet değerlendirilmesi yapılmıştır. Her ne kadar pazar koşulları ve güçlerinin 4. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin görüş ortaya konulmuşsa da, bu hususlar 5. madde çerçevesinde ele alınmış ve söz konusu anlaşmaya 5 yıl süreyle muafiyet tanınmıştır.

3.2. DEĞERLENDİRME ve ÖNERİLER

Kurul'un, örnek oluşturması açısından yer verilen yukarıdaki kararları ve yer verilmeyen diğer kararları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, faaliyet göstermeye başladığı tarihlerden bugüne kadar Kurul'un yatay işbirliği anlaşmalarına ve rekabetin kısıtlanması kavramına farklı yaklaşımlar geliştirdiği görülmektedir.

Kurul; “*Abbott - Fako*”, “*Arçelik-Sony Ortak Üretim*”, “*Arçelik-Sony Ortak Dağıtım*”, “*Atık Yağ*”, “*Çay*”²¹⁴, “*Sigorta Bireysel Emeklilik*”, “*Hobi Kozmetik-Henkel Şampuan*”, “*Hobi Kozmetik-Henkel Jöle*”²¹⁵, “*Teba-Daikin*”²¹⁶, “*Ambarlı Liman*”, “*İzmir Kum*”²¹⁷, “*Ülker-Tiryaki*”²¹⁸, “*Desa-Samsonite*”²¹⁹, “*Gaziantep Yerel Gazete*”²²⁰, “*Kale Behr*”²²¹, “*Nokia-Juniper*” gibi kararlarda ilgili pazarlarda anlaşmaların bulunduğu ve bulunmadığı durumlarda, anlaşmaların doğası ve içeriğini göz önüne alarak tarafların tek başına veya ortaklaşa belirli bir düzeyde pazar gücü elde etme derecesi ve anlaşmanın pazar gücünün oluşması, sürdürülmesi veya güçlendirilmesine ya da tarafların pazar gücünü kötüye kullanmasına ne ölçüde olanak sağladığı gibi etkenleri değerlendirmeksizin rekabetin kısıtlandığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu yaklaşım çerçevesinde, “*LPG*”²²², “*TR-1 Network Ağı*”, “*Netcell*”, “*Çilek Mobilya*”, “*Çinko Oksit-Geri Kazanım*” gibi bazı kararlarda, tarafların tek başına gerçekleştiremeyecekleri faaliyetleri yapmak amacıyla yaptıkları veya pazara yeni bir oyuncunun girmesini sağlayan anlaşmalar da, rekabete olumlu etkilerinin olacağı belirtilmesine rağmen, yine yukarıdaki etkenler değerlendirilmeden 4. madde ihlali olarak nitelendirilmiştir. Bunun yanı sıra, yine anılan etkenler değerlendirilmeden, “*Yataş-Cauval*”²²³ ve “*JTI-Sunel*”²²⁴

²¹⁴ 18.6.2009 tarih ve 09-29/604-144 sayılı Kurul kararı.

²¹⁵ 20.1.2009 tarih ve 09-03/46-15 sayılı Kurul kararı.

²¹⁶ 6.2.2003 tarih ve 03-08/92-38 sayılı Kurul kararı.

²¹⁷ 8.10.2009 tarih ve 09-45/1134-284 sayılı Kurul kararı.

²¹⁸ 21.1.2010 tarih ve 10-08/66-30 sayılı Kurul kararı.

²¹⁹ 31.3.2010 tarih ve 10-27/392-145 sayılı Kurul kararı.

²²⁰ 17.8.2011 tarih ve 11-45/1033-353 sayılı Kurul kararı.

²²¹ 1.7.2010 tarih ve 10-47/869-302 sayılı Kurul kararı.

²²² 17.10.2000 tarih ve 00-39/434-240 sayılı Kurul kararı.

²²³ 6.12.2006 tarih ve 06-87/1125-328 sayılı Kurul kararı.

²²⁴ 14.9.2011 tarih ve 11-47/1178-419 sayılı Kurul kararı.

gibi bazı kararlarda anlaşmaların tarafların ticari kararlarını özgürce almalarını engelleyecek nitelikte olmaları nedeniyle 4. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, “Karaman Ekmek” kararında, tarafların hissedarlık yapıları dikkate alınarak, gizli kartel olarak görülebilecek anlaşmanın, ortak girişimin bağımsız bir teşebbüs olduğu sonucuna varılarak, yatay bir ilişkinin bulunmadığı şeklinde yorumlanmıştır.

Ancak yukarıda yer verilen bu yaklaşımın dışında, “Tofaş–Fiat–Peugeot”²²⁵, “Uçak Yakıtı 1”²²⁶, “Uçak Yakıtı 2”²²⁷, “Anten A.Ş.”²²⁸, “Knauf İzocam”, “Polisan Rohm”²²⁹, “Shell–BP–Total Oil”, “Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları”, “Ezse ve Babadağ Elektrik”, “Uludağ Elektrik Dağıtım” ve “Alcen”²³⁰ gibi bazı kararlarda Kurul, rekabetin kısıtlandığı veya kısıtlanmadığı sonucuna varmak için yukarıda anılan etkenlerden bazılarını ya da tamamını değerlendirmiştir. Bunun yanı sıra, “Mimeray–Basımevi” kararında olduğu gibi gerçekleşmiş bir anlaşmanın etkisine bakılarak rekabetin kısıtlanmadığı sonucuna ulaşıldığı da olmuştur. Ayrıca, Kurul’un, rakipler arasında yapılan ve standart şart veya standardizasyon anlaşmaları kapsamında olduğu değerlendirilebilecek anlaşmalara ilişkin “Müzik Eserleri”²³¹, “Model ve Cast”²³², “Reklamverenler Derneği”²³³, “ABC Tiraj”²³⁴ gibi bazı kararlarda da menfi tespit belgesi verdiği görülmektedir.

Bu çerçevede, Kurul’un genel yaklaşımının bir anlaşmanın yatay işbirliği anlaşması olduğu tespit edildiğinde, başka hiçbir değerlendirmeye gerek duyulmaksızın 4. maddenin ihlal edildiği olduğu ileri sürülebilecektir. Böyle bir yaklaşım ise çoğu zaman, örnek olarak verilen bazı kararlarda olduğu gibi, rekabeti kısıtladığı gerekçesiyle 4. maddeye aykırı bulunan anlaşmaların muafiyet değerlendirmesinde esasen rekabetin kısıtlanmadığı değerlendirilmesi yapılması gibi iki zıt yorumun aynı kararda yapılması sonucunu doğurmaktadır.

Bununla birlikte, Kurul’un bazı yatay işbirliği anlaşmalarını, yukarıda yer verildiği üzere modernizasyon sonrası AB mevzuatında olduğu gibi tüketici refahını esas alarak, amaç ve etki yönünden değerlendirerek 4. madde kapsamında incelediği görülmektedir.

²²⁵ 8.7.2005 tarih ve 05-44/628-161 sayılı Kurul kararı.

²²⁶ 28.12.2006 tarih ve 06-95/1202-365 sayılı Kurul kararı.

²²⁷ 9.7.2008 tarih ve 08-44/606-231 sayılı Kurul kararı.

²²⁸ 8.1.2008 tarih ve 08-03/35-11 sayılı Kurul kararı.

²²⁹ 19.10.2004 tarih ve 04-66/945-223 sayılı Kurul kararı.

²³⁰ 28.10.2009 tarih ve 09-49/1219-307 sayılı Kurul kararı.

²³¹ 7.5.2002 tarih ve 02-27/290-118 sayılı Kurul kararı.

²³² 6.7.2004 tarih ve 04-45/577-141 sayılı Kurul kararı.

²³³ 17.8.1999 tarih ve 99-38/403-259 sayılı Kurul kararı.

²³⁴ 11.3.2005 tarih ve 05-14/160-57 sayılı Kurul kararı.

Bu çerçevede, yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin Kurul kararlarında rekabetin kısıtlanması kavramına yüklenen anlamın yeknesak olmadığı, kimi zaman Ordoliberal anlayışın, kimi zaman ise iktisadi yaklaşımın esas alındığı görülmektedir. Bunun da ötesinde, teorik olarak tüketici refahının esas alınması gerekliliğine işaret edilen bazı kararlarda bile, tarafların özgürlüğünün kısıtlanmasının veya işbirliğinin rakipler arasında olmasının 4. maddenin ihlal edilmesi olarak yorumlandığı görülmektedir. Dolayısıyla, yatay işbirliği anlaşmalarının rekabetin kısıtlanması kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi açısından Türk rekabet uygulamalarının, esasen benzer yapısal sorunlarla karşı karşıya olan AB'nin hâlihazırda var olan uygulamalarından farklı olduğu net bir şekilde ortadadır.

Bu çalışmanın savunduğu tez, Kurul kararlarında tutarlılığın sağlanabilmesi için öncelikle, rekabetin kısıtlanması kavramının netleştirilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktır. Rekabetin kısıtlanması kavramının tanımlanması ise, öncelikle rekabet hukuku uygulamalarını şekillendirmek üzere rekabetten beklenen nihai amacın net bir şekilde tespit edilmesini gerektirmektedir. Zira araçlar ve amaçlar tam olarak belirlenmeden rekabetin kısıtlanması kavramının tanımlanması, filin hikâyesinde²³⁵ herkesin filin tuttuğu yerine göre yorum yapmasına benzeyecektir.

Bu bağlamda, AB ve ABD rekabet hukukunda olduğu gibi “tüketici refahını” esas alan bir amaç belirlenmeli ve 4. ve 5. maddeler bu amaç doğrultusunda yeniden yorumlanmalıdır. Bu kapsamda, anılan maddelerin yeni çerçevelerinin hem uygulayıcılar, hem de teşebbüsler nezdinde belirli olması adına, 4. ve 5. maddenin amaçları, kapsamı ve uygulamalarını sunan bir kılavuz hazırlanmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Bu adımlar atıldıktan sonra, AB ve ABD rekabet hukuku uygulama tecrübelerinden de yararlanılarak, bir yatay işbirliği kılavuzunun yayımlanması da yatay işbirliği anlaşmaları açısından belirliliği sağlamak adına yararlı olacaktır.

Bunun yanı sıra, iktisadi yaklaşımın esasını bir anlaşmanın hangi durumda muafiyet alabileceği hususu değil, hangi durumda rekabeti kısıtlayacağı hususunun oluşturacağı aşikârdır. Bu çerçevede, teşebbüslere belirlilik sağlama görevini yürütecek araçların kılavuzlar olması gerektiği düşünülmektedir. Bu şekildeki bir yaklaşım ise, muafiyet sisteminde değişikliğe gidilmesini

²³⁵ Hikâyeye göre; şehrin birinde bir kral, yanındaki hizmetkârlarından bir fil ve altı kör adam getirmesini istemiş. Gelen adamlara, file dokunarak onun nasıl bir hayvan olduğunu anlatmalarını söylemiş. Her adam filin farklı bir bölümüne dokunmuş. Kafasına dokunan adam filin büyük bir su kabına benzediğini, kulaklarına dokunan adam fana benzediğini, hortumuna dokunan adam büyük bir yılanı benzediğini... söylemiş.

öngörebilecek²³⁶, grup muafiyet tebliğlerini de işlevsiz hale getirebilecektir²³⁷. Bununla birlikte, hem anılan bu değişikliklerin yapılmasının, hem de anlaşmaların değerlendirilmesinde 4 ve 5. maddeler çerçevesinde uygulanan mevcut yapının oluşturduğu sorunların giderilmesinin bir Kanun değişikliği ile birlikte de gerçekleştirilebileceği düşünülmektedir²³⁸. Bu doğrultuda, net olarak belirlenmiş “rekabetin kısıtlanması” kavramı çerçevesinde, yapısal sorunları gideren ve 4. ve 5. maddeleri tek bir maddede toplayan bir kanun değişikliğinin, anılan sorunların giderilmesini sağlamakta çok önemli bir adım olacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte, kanun değişikliğinin zor, zahmetli ve uzun zaman alabilecek bir süreç kapsayabilecek olması nedeniyle, böyle bir adım atılmadan önce diğer adımların atılmasının yararlı olabileceği düşünülmektedir. Bununla birlikte, rekabetin kısıtlanması kavramının farklı şekillerde tanımlanması nedeniyle farklı uygulamaların ortaya çıkması, ayrıca 4. ve 5. madde uygulamalarının ve yatay işbirliği anlaşmalarının değerlendirilmesinin çerçevesini belirleyen kılavuzların bulunmaması nedenleriyle teşebbüslerin kendi eylemlerini değerlendirmeleri için hâlihazırda yeterli belirliliğin bulunmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle, isteğe bağlı muafiyet bildirimini yapılabilmesinin mevcut durumda engellenmesinin uygun olmadığı düşünülmekle birlikte, yeterli belirlilik sağlandıktan sonra bildirim sisteminin tamamen kaldırılabilmesi düşünülmektedir.

²³⁶ Rekabetin kısıtlanması kavramının iktisadi analizi esas alacak şekilde tanımlandığı zaman Rekabet Kurumunun iş yükünün artacağı düşünülmektedir. Nitekim anlaşmaların pazarda ne gibi etkilere yol açacağına tespit edilmesi eski yaklaşıma nazaran geniş bir analiz gerektirmektedir. Bunun yanı sıra, bir anlaşmanın pazarda yol açacağı etkileri, ticari hayatlarını sürdürmek için her türlü riski ve kar olasılığını değerlendiren teşebbüslerin kendilerinin belirlemesinin uygun olabileceği savunulabilecektir. Bu yaklaşım neticesinde teşebbüs ve uygulayıcılar açısından önemli ölçüde belirlilik sağlandıktan sonra, teşebbüsler kendi eylemlerini değerlendirecek ve ticari hayatın olağan akışının bozulmayacaktır. Dolayısıyla, Rekabet Kurumu faaliyetlerine devam ederken, teşebbüslerin ticari faaliyetlerine de gerekmedikçe müdahale edilmeyecek, ayrıca teşebbüslerin yaptıkları bildirim sonucunu beklemesi nedeniyle iktisadi faydaların gecikmesi önlenecektir.

²³⁷ “Grup muafiyetine ilişkin tebliğler; 4. madde yasağının uygulama alanını önemli ölçüde daraltmakta ve deyim yerindeyse, bu yasağı rekabet politikası tercihi doğrultusunda sınırlamakta” (Sanlı 2000, 405) ve rekabetin kısıtlanması kavramının anlaşılmasını güçleştirmektedir. Ayrıca bkz: Bölüm 2.4.2.

²³⁸ Çalışmanın konusu itibarıyla, yatay işbirliği anlaşmaları üzerinde yoğunlaşıldığı için, yapılan değerlendirmeler rekabet hukukunun bir penceresinden bakılarak genel hükümler çıkarmak şeklinde de yorumlanabilir. Bununla birlikte, hem dikey, hem yatay anlaşmaların, hem de yoğunlaşmaların değerlendirilmesinin amacının rekabet hukuku açısından aynı olduğu düşünülmektedir. Dikey anlaşmalar ve yoğunlaşmaların değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir tartışmaya girilmeksizin tündengeyim yöntemiyle ulaşılan bu çalışmanın tezinin, rekabet hukuku uygulamalarının anılan diğer alanları için de geçerli olduğu düşünülmektedir.

ABSTRACT

Horizontal cooperation agreements can lead to substantial economic benefits where it is a means of sharing risk, making cost savings, increasing investments, pooling know-how, enhancing product quality and variety, and launching innovation. On the other hand, they have also the potential to limit competition. For this reason, competition agencies need to distinguish the competitive and anti-competitive horizontal agreements. Besides, they should also clear the way for the competitive ones.

In Turkish practice, this can happen through the abolishing the dual system of the Act No. 4054 regarding the assessment of agreements. Instead of labeling an agreement as anti-competitive at first and exempting it thereafter, it might be better and explicit both for undertakings and law enforcers to clear an agreement at the beginning if it is pro-competitive, i.e. if it increases the economic welfare. However, to develop such a new way necessitates a clear definition of “restriction of competition”.

This thesis paper tries to define restriction of competition at first. After, it focuses on the EU legislation and relevant case law encompassing both “pre-modernization” and “post-modernization” periods. Lastly, the paper reviews the Turkish experience regarding horizontal cooperation agreements and proposes some amendments about the philosophy of the application of the Act No. 4054 on those agreements.

KAYNAKÇA

AKINCI, A. (2001), *Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara.

ATA, Ç. D. (2009), *Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet*, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 109, Ankara.

BENNETT, M. ve J. PADILLA (2009), “Article 81 EC Revisited: Deciphering European Commission Antitrust Goals and Rules”, X. Vives (der.), *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome* içinde, Oxford University Press, New York.

BILLIET, P. (2009), “Situating Cooperative R&D Joint Ventures Between the Need to Innovate and Innovation-Related Competition Rules”, *European Journal of Law Reform*, Volume 11, Issue 1, s. 1-34.

BOMSE, S. V. (2010), “Threading the American Needle: Is There Stil Room for a Unitary Action Doctrine in Antitrust Cases Involving Joint Ventures?”, *Competition Policy International Antitrust Journal*, June 2010, Hot Tub.

BOS, I. ve E. POT (2010), “Welfare-Enhancing Hard Core Cartels”, Maastricht University Research School of Business and Economics, *Research Memoranda 2010*, RM/10/004. http://www.fdewb.unimaas.nl/os_v2/staff/RM-10-004.pdf

CHRISTIANSEN, A. ve W. KERBER (2006), “Competition Policy With Optimally Differentiated Rules Instead of ‘Per se Rules vs Rule of Reason’”, *Journal of Competition Law and Economics*, Volume 2, s. 215-244, Oxford University Press.

CUDAHY, H. R. D. ve A. DEVLIN (2010), “Anticompetitive Effect”, *Minnesota Law Review*, Volume 95, s. 59-104.

DEMİRÖZ, A. (2003), *Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları*, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 20, Ankara.

EVANS, D. S. (2009), “Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules”, *Chicago Journal of International Law*, Volume 10, s. 161-187.

EWING, K. P. (2006), *Competition Rules for the 21th Century, Principles from America's Experience*, Second Edition, Kluwer Law International, Hollanda.

GUTERMUTH, A. (2011), “The Revised EU Competition Rules for Production and R&D Agreements Create a More Coherent Framework of Assessment and Provide Better Guidance to Companies”, *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Rekabet Kurumu, Özgün Eserler Serisi, No: 1, Ankara.

HEIM, M. (2011), “Some Observations on the Treatment of Standardization Agreements in the EC Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements”, *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

HOLDEN, J. H. H. (2007), “Joint Ventures and The Supreme Court’s Decision in *Texaco, Inc. V. Dagher*: A Win for Substance Over Form”, *The Business Lawyer*, Volume 62, s. 1467-1477.

HOVENKAMP H. (2005), *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, London.

HOVENKAMP, H ve C. R. LESLIE 2011, “The Firm as Cartel Manager”, *Vanderbilt Law Review*, Volume 64, No:3.

JEPHCOTT, M. (2005), *Horizontal Agreements and EU Competition Law*, Oxford University Press, New York.

JONES, A. (2006), “Analysis of Agreements Under US and EC Antitrust Law – Convergence or Divergence?”, *The Antitrust Bulletin*, Volume 51, No: 4, s. 691-811.

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

KAPLOW, L. (2011), “On The Meaning of Horizontal Agreements In Competition Law”, *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, No: 691. <http://ssrn.com/abstract=1873430>

KARAKEÇİLİ, F. (1997), *Avrupa Topluluğunda Piyasalarda Yoğunlaşmaların Denetimi*, İKV Yayını, İstanbul.

KAYAR, M. A. (2003), *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 46, Ankara.

KAYIHAN, L. (2003), *Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler*, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 5, Ankara.

KEYTE, J. A. (2006), “Dagher and “Inside” Joint Venture Restraints”, *Antitrust*, Volume 20, s. 44-50.

KESSLER, J. L.; D. G. FEHER ve R. L. MOORE (2006), “The Supreme Court’s Decision in Dagher: Canary in a Coal Mine or Antitrust Business as Usual?”, *Antitrust*, Volume 21, s. 40-44.

KINSELLA, S.; A. MEIER ve S. AUSTIN (2009), “Why Shareholders Should Not Share the Blame in the EU”, Competition Policy International, *Global Competition Policy: The Antitrust Chronicle*, Volume 9, Number 1.

KJOLBYE, L. (2011), “Escaping Effect Analysis: The Commission’s New Approach to Restrictions by Object”, *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

KORAH, V. (2006), *Cases and Materials on EC Competition Law*, Third Edition, Hart Publishing, Oxford-England.

KOVACIC, W. E. (2008), “Competition Policy in the European Union and the United States: Convergence or Divergence?”, Bates White Fifth Annual Antitrust Conference, Washington D.C., 2 Haziran 2008. <http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/080602bateswhite.pdf>

KOVACIC W. E. ve C. SHAPIRO (2000), “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives*, Volume 14, No: 1, s. 43-60.

LOPATKA, J. E. ve W. H. PAGE (2002), “‘Obvious’ consumer harm in antitrust policy: the Chicago School, the post-Chicago School and the courts”, A. CUCINOTTA; R. PARDOLESİ ve R. V. D. BERGH (der.), *Post-Chicago Developments In Antitrust Law* içinde, Edward Elgar Pub. Co., 2002.

LUGARD, P. (2011), "The New EU Competition Rules for the Assessment of Horizontal Agreements", *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

MARCOS, F. ve A. S. GRAELLS (2010), "A Missing Step in the Modernisation Stairway of EU Competition Law – Any Role for Block Exemption Regulations in the Realm of Regulation 1/2003?", *The Competition Law Review*, Volume 6, Issue 2, s. 183-201.

PADILLA, J. (2011), "The Good, The Bad and The Ugly Comments to the Commission's Horizontal Guidelines – Standardisation", *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

PERA, A. ve V. AURICCHIO (2005), "Consumer Welfare, Standart of Prof and the Objectives of Competition Policy", *European Competition Journal*, Volume 1, No:1, s. 153-177.

PERITZ, R. J. R. (2002), "Dynamic Efficiency and US Antitrust Policy", A. CUCINOTTA; R. PARDOLESI ve R. V. D. BERGH (der.), *Post-Chicago Developments In Antitrust Law* içinde, Edward Elgar Pub. Co., 2002.

PIRAINO, T. A. (2008), "The Antitrust Analysis of Joint Ventures After The Supreme Court's Dagher Decision", *Emory Law Journal*, Volume 57, Number 4, s. 735-808.

PIRAINO, T. A. (2007), "Reconciling the Harvard and Chicago Schools. A New Antitrust Approach for the 21st Century", *Indiana Law Journal*, Volume 82, s. 345-409.

PIRAINO, T. A. (1994), "Reconciling Competition And Cooperation: A New Antitrust Standart For Joint Ventures", *William & Mary Law Review*, Volume 35, Issue 3, s. 871-941.

PREE, J. K. ve S. C. H. Molin (2010), "Shareholder Liability for Joint Venture Infringements In the European Union", *Fordham International Law Journal*, Volume 34, s. 431-451.

REINDL, A. (2011), "Information Exchanges Among Competitors under the New Horizontal Guidelines – A Few Further Thoughts", *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

ROBERTSON, B. (2007), "What is a restriction of competition? The implications of the CFI's judgment in O2 Germany and the rule of reason", Sweet&Maxwell and its Contributors (2011), *European Competition Law Review*, 2007, 28(4), s. 252-263.

RABKIN, M. A. (2008), "Tactical Interdependence and Institutionalized Trust: The Unrecognized Risks of Joint Ventures Among Competitors", *DePaul Business & Commercial Law Journal*, Volume 7, No: 1.

ROSE, V. ve P. ROTH Der. (2010), *Bellamy and Child: European Community Law of Competition: Supplement to Sixth Edition*, Oxford University Press, New York.

SAGERS, C (2009), "American Needle, Dagher, and the Evolving Antitrust Theory of the Firm: What Will Become Of Section 1?", *Cleveland-Marshall College of Law Research Paper*, No: 09-176.

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: 2, Ankara.

SHULMAN, D. R. (2007), "Texaco v. Dagher: Opportunities missed and neglected", *The Antitrust Bulletin*, Volume 52, s. 531-590.

SOKLER, B. D.; Y. W. CHIN ve K. E. WALSH (2004), "A Consideration of Dagher and the Antitrust Standart for Joint Ventures", *NYU Journal of Law and Business*, Volume 1, s. 307-322.

TAFFET, R. (2011), "Further Reflections on the Impact of the EC Horizontal Cooperation Guidelines on Intellectual Property Rights and Innovation", *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

TOKATLI, A. (2009), *Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı*, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 97, Ankara.

TÜRKKAN, E. (2001), *Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadi*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.

VOGELAAR, F. (2002), "Modernisation of EC Competition Law, Economy and Horizontal Cooperation Between Undertakings", *Intereconomics*, Ocak 2002, 37(1), s. 19-27.

WERDEN, G. J. (2010), "When does a Joint Venture Act as a Single Economic Entity?", *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 3, Number 2.

WISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York.

WOODS, D. (2011), “The New EU Competition Rules for Co-operation Between Competitors of December 2010”, *Competition Policy International Antitrust Journal*, Volume 2, Number 1.

ABD Temyiz Mahkemeleri, Yüksek Mahkeme ve FTC Kararları

Arizona v. Maricopa County Medical Soc., 457 US. 332, 356 (1982).

California Dental Association v. FTC, 526 U.S. 756, 770 (1999).

PolyGram Holding, Inc., FTC Docket No: 9298 (2003).

Texaco Inc. v. Dagher Et Al. 547 U.S. (2005).

American Needle, Inc. v. National Football League Et Al., 560 US (2010).

Avrupa Komisyonu – Genel Mahkeme - ABAD Kararları

De Laval-Stork, [1977] OJ L215/11.

Vacuum Interrupters, [1977] OJ L48/32.

Case C-250/92, *Gottrup-Klim Grovwareforening and Others v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA* [1994] ECR I-5641, [1996] 4 CMLR 191.

Cases T-374, 375, 384, 388/94, *European Night Services v. Commission* [1998] ECR II-3141, 5 CMLR 718 (1998).

Case T-314/01, *Avebe v. Commission*, ECR II-3085 (2006).

Case T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co, OHG v. Commission*, (2006).

Case COMP/38629 - *Chloroprene Rubber* (2007).

Case COMP/F/38.899 – *Gas Insulated Switchgear* (2007).

Case COMP/C.38.238/B.2 - *Raw Tobacco — Spain*, OJ L 102, 19.04.2007.

Case COMP/39181 - *Candle Waxes* (2008).

Case T-461/07, *Visa Europe Ltd.-Visa International Service v. Commission*, (2011).

Kurul Kararları

“Reklamverenler Derneği”, 17.8.1999 tarih ve 99-38/403-259 sayılı Kurul kararı.

“LPG”, 17.10.2000 tarih ve 00-39/434-240 sayılı Kurul kararı.

“Abbott ve Fako”, 29.5.2001 tarih ve 01-25/240-62 sayılı Kurul kararı.

“Merck Fako”, 11.9.2001 tarih ve 01-43/427-110 sayılı Kurul kararı.

- “Müzik Eserleri”, 7.5.2002 tarih ve 02-27/290-118 sayılı Kurul kararı.
- “Netcell A.Ş.”, 19.9.2002 tarih ve 02-56/697-281 sayılı Kurul kararı.
- “Teba – Daikin”, 6.2.2003 tarih ve 03-08/92-38 sayılı Kurul kararı.
- “TR-1 Network Ağı”, 20.11.2003 tarih ve 03-75/909-384 sayılı Kurul kararı.
- “Ambarlı Liman”, 4.5.2004 tarih ve 04-32/373-94 sayılı Rkabet Kurulu kararı.
- “Model ve Cast”, 6.7.2004 tarih ve 04-45/577-141 sayılı Kurul kararı.
- “Knauf İzocam”, 15.7.2004 tarih ve 04-47/612-149 sayılı Kurul kararı.
- “Kütahya Ekmek” 17.8.2004 tarih ve 04-54/750-187 sayılı Kurul kararı.
- “Polisan Rohm”, 19.10.2004 tarih ve 04-66/945-223 sayılı Kurul kararı.
- “ABC Tiraj”, 11.3.2005 tarih ve 05-14/160-57 sayılı Kurul kararı.
- “Çilek Mobilya”, 13.6.2005 tarih ve 05-39/520-128 sayılı Kurul kararı.
- “Tofaş – Fiat – Peugeot”, 8.7.2005 tarih ve 05-44/628-161 sayılı Kurul kararı.
- “Bireysel Emeklilik Kararı”, 22.2.2006 tarih ve 06-45/568-153 sayılı Kurul kararı.
- “Yataş – Cauval”, 6.12.2006 tarih ve 06-87/1125-328 sayılı Kurul kararı.
- “Uçak Yakıtı 1”, 28.12.2006 tarih ve 06-95/1202-365 sayılı Kurul kararı.
- “Shell - BP - Total Oil”, 25.7.2007 tarih ve 07-61/730-260 sayılı Kurul kararı.
- “Mimeray – Basımevi”, 25.7.2007 tarih ve 07-61/718-250 sayılı Kurul kararı.
- “Anten A.Ş.”, 8.1.2008 tarih ve 08-03/35-11 sayılı Kurul kararı.
- “Uçak Yakıtı 2”, 9.7.2008 tarih ve 08-44/606-231 sayılı Kurul kararı.
- “Hobi Kozmetik - Henkel Şampuan”, 20.1.2009 tarih ve 09-03/46-16 sayılı Kurul kararı.
- “Hobi Kozmetik – Henkel Jöle”, 20.1.2009 tarih ve 09-03/46-15 sayılı Kurul kararı.
- “Çay”, 18.6.2009 tarih ve 09-29/604-144 sayılı Kurul kararı.
- “Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları”, 15.7.2009 tarih ve 09-33/727-167 sayılı Kurul kararı.
- “Karaman Ekmek”, 6.8.2009 tarih ve 09-35/890-213 sayılı Kurul kararı.
- “Çinko Oksit - Geri Kazanım”, 26.8.2009 tarih ve 09-39/946-233 sayılı Kurul kararı.
- “İzmir Kum”, 8.10.2009 tarih ve 09-45/1134-284 sayılı Kurul kararı.
- “Alcen”, 28.10.2009 tarih ve 09-49/1219-307 sayılı Kurul kararı.
- “Nokia – Juniper”, 4.11.2009 tarih ve 09-52/1250-317 sayılı Kurul kararı.
- “Ülker – Tiryaki”, 21.1.2010 tarih ve 10-08/66-30 sayılı Kurul kararı.

- “Ezse ve Babadağ Elektrik”, 28.1.2010 tarih ve 10-10/96-43 sayılı Kurul kararı.
- “Atık Yağ”, 4.2.2010 tarih ve 10-13/130-50 sayılı Kurul kararı.
- “Arçelik - Sony – Ortak Dağıtım Anlaşması”, 4.2.2010 tarih ve 10-13/145-61 sayılı Kurul kararı.
- “Desa – Samsonite”, 31.3.2010 tarih ve 10-27/392-145 sayılı Kurul kararı.
- “Kale Behr”, 1.7.2010 tarih ve 10-47/869-302 sayılı Kurul kararı.
- “Uludağ Elektrik Dağıtım A.Ş.”, 26.8.2010 tarih ve 10-56/1069-399 sayılı Kurul kararı.
- “Arçelik - Sony – Ortak Üretim”, 8.12.2010 tarih ve 10-76/1572-605 sayılı Kurul kararı.
- “Gaziantep Yerel Gazete”, 17.8.2011 tarih ve 11-45/1033-353 sayılı Kurul kararı.
- “JTI – Sunel”, 14.9.2011 tarih ve 11-47/1178-419 sayılı Kurul kararı.

Diğer Kaynaklar

4054 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5 inci Maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına dair Kılavuz.

American Chamber of Commerce to the European Union (AMCHAM) (2010), “Amcham EU Response to the Commission’s Public Consultation on the Review of Rules for Assessing Horizontal Cooperation Agreements”.

Arnold&Porter LLP (2009), “Review of the European Competition Law Regime for the Assessment of Horizontal Cooperation Agreements”.

Association Des Avocats Pratiquant Le Droit De La Concurrence (APDC) (2010), “Response to the European Commission’s Consultation on the Current Regime for the Assessment of Horizontal Cooperation Agreements”

“Avrupa 2020 Stratejisi”, http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm.

Baker&Mckenzie (2010), “Response to Consultation on Horizontal Co-operation Guidelines and Related Block Exemptions”.

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BID) (2010), “European Commission Consultation on the Revision of Block Exemption Regulations and Guidelines for Horizontal Cooperation Agreements”.

Clifford Chance LLP (2010), “Response to Consultations on the Horizontal Cooperation Guidelines and the Related Block Exemptions”.

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (2008/C 95/01).

Commission Regulation (EU) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, (OJ L 1, 2003)

Commission Regulation (EU) No 1217/2010, on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements.

Commission Regulation (EU) No 1218/2010, on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements.

Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), OJ C 368, 22.12.2001.

DOJ/FTC Antitrust Guidelines for Colloborations Among Competitors (April 2000).

Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, SEC(2010) 528/2.

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

Guidelines on the Application of Article 101(3) of the Treaty, Official Journal C 101, 27.04.2004, p. 97-118.

Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings

Hogan Lovells 2010, “Recommendations of Hogan Lovells International LLP on the European Commission’s Revised Rules for the Assessment of Horizontal Cooperation Agreements”.

ICN 10. Yıl Konferansı, 17-20/2011, The Hague, Özel Proje Tartışma Dokümanı “Competition Enforcement and Consumer Welfare: Setting the Agenda” <http://www.icn-thehague.org/page.php?id=350&>.

Joint Working Party of the Bars and Law Societies of the United Kingdom on Competition Law (Joint Working Party) (2010), “Response to the European Commission’s Public Consultation on Revised Guidelines for the Assessment of Horizontal Co-operation Agreements”.

Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik, 3(c). Maddesi, 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete.

“İşbirliği-Güçbirliği Destek Programı”, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı <http://www.kosgeb.gov.tr/Pages/UI/Destekler.aspx?ref=5>

Merger Assessment Guidelines, A joint publication of the Competition Commission and the Office of Fair Trading, Consultation Document, Nisan 2009, OFT1078, s. 16.

PİŞMAF, Ş. (2011), “İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi” (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara.

Rekabet Terimleri Sözlüğü.

ROBERTSON, A. (2007), “AT 81. Madde: Haklı Sebep Kuralı ve Muafiyet”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri.

The Commission Notice of 14 Ağustos 1990 Regarding Restrictions Ancillary To Concentrations (OJ 1990 C 203, 5).

Van Bael&Bellis (2010), “Draft R&D Block Exemption Regulation, Draft Specialisation Block Exemption Regulation, Draft Horizontal Guidelines”.

White Paper on the Modernisation of the Rules Implementing Articles 101 and 82 of the EC Treaty [1999] OJ C132/1, [1999] 5 CMLR 208, para. 57.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
ISBN 978-605-5479-29-9
<http://www.rekabet.gov.tr>