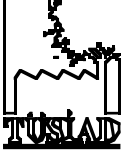


TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

REKABET HUKUKU'NDA
ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM
VE
KARARLAR



TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

REKABET HUKUKU'NDA ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM VE KARARLAR

Aralık 1998
(Yayın No. TUSIAD-T/98-12/244)

Meşrutiyet Caddesi, No.74 80050 Tepebaşı/İstanbul
Telefon: (0212) 249 54 48 - 249 07 23 • Telefax: (0212) 249 13 50

*Bu yayının tamamı veya bir bölümü
TÜSİAD “Rekabet Hukuku’nda Anlaşma, Uyumlu
Eylem ve Kararlar”
referansı yazılmak kaydıyla yayımlanabilir.*

ISBN : 975-7249-65-3

Lebib Yalkın Yayınları ve Basım İşleri A.Ş.

ÖNSÖZ

TÜSİAD, özel sektörü temsil eden sanayici ve işadamları tarafından 1971 yılında, Anayasamızın ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun olarak kurulmuş, kamu yararına çalışan bir dernek olup gönüllü bir sivil toplum örgütüdür.

TÜSİAD, demokrasi ve insan hakları evrensel ilkelerine bağlı, girişim, inanç ve düşünce özgürlüklerine saygılı, yalnızca asli görevlerine odaklanmış etkin bir devletin varolduğu Türkiye'de, Atatürk'ün çağdaş uygarlık hedefine ve ilkelerine sadık toplumsal yapının gelişmesine ve demokratik sivil toplum ve laik hukuk devleti anlayışının yerleşmesine yardımcı olur. TÜSİAD, piyasa ekonomisinin hukuksal ve kurumsal altyapısının yerleşmesine ve iş dünyasının evrensel iş ahlakı ilkelerine uygun bir biçimde faaliyette bulunmasına çalışır. TÜSİAD, uluslararası entegrasyon hedefi doğrultusunda Türk sanayi ve hizmet kesiminin rekabet gücünün artırılarak, uluslararası ekonomik sistemde belirgin ve kalıcı bir yer edinmesi gerektiğine inanır ve bu yönde çalışır. TÜSİAD, Türkiye'de liberal ekonomi kurallarının yerleşmesinin yanı sıra, ülkenin insan ve doğal kaynaklarının teknolojik yeniliklerle desteklenerek en etkin biçimde kullanımını; verimlilik ve kalite yükselişini sürekli kılacak ortamın yaratılması yoluyla rekabet gücünün artırılmasını hedef alan politikaları destekler.

Dünyada küreselleşmenin süratle arttığı ve aynı zamanda bölgesel blokların giderek belirginleştiği 1980 sonrası dönemde ülkelerin ticaret politikalarıyla rekabet politikaları arasında çok önemli bir bütünlük oluşmuştur. Türkiye ekonomisinin de dışa açık piyasa ekonomisi modelini benimsediği bu dönemde Rekabet Kanunu'nun oluşturulması ve Rekabet Kurulu'nun göreve başlamasıyla yeni bir aşamaya geçilmiştir. Türkiye, böylece piyasa ekonomisinin kurumsal ve hukuki çerçevesinin önemli bir eksikliğini tamamlamıştır. Türkiye'nin iç ekonomik ortamının daha etkin ve saydam işlemlerini sağlayacak ve dış ekonomik ilişkilerini kolay-

laştırıcı rol oynayacak Rekabet Kanunu ve Rekabet Kurulu sadece gümrük birliğinin getirdiği bir yükümlülük olarak değerlendirilmemelidir.

Konunun Türkiye açısından taşıdığı önemden hareketle, TÜSİAD Sanayi ve Şirket İşleri Komisyonu altında faaliyet gösteren Rekabet Çalışma Grubu sorumluluğunda Temmuz 1997 tarihinden beri çalışmalar sürdürülmektedir. Bu projede Türk rekabet mevzuatı Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukuyla karşılaştırmalı bir şekilde incelenerek bu konudaki bilgi eksikliğinin giderilmesi amaçlanmaktadır.

Proje toplam beş rapordan oluşmaktadır. Bu raporlarda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yanısıra Türkiye’de yürürlükte olan rekabet mevzuatının kapsamı çerçevesinde Avrupa Birliği’ndeki rekabeti bozan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumun kötüye kullanılması, blok muafiyetler ve şirket birleşmeleri hakkındaki mevzuat incelenmiştir.

Geniş ve karmaşık bir konu olan rekabet mevzuatının ülkemiz sanayicisi ve işadamları tarafından tanınması ve anlaşılması amacıyla hazırlanan bu raporlar, rekabet mevzuatına giriş niteliğindedir. Gelecekte Türkiye’deki uygulamaların da gelişmesi ve bilgi birikiminin artmasıyla beraber Türk rekabet mevzuatını ve Rekabet Kurulu politikalarını daha kapsamlı ele alacak çalışmalar için bir kaynak oluşturacağını umduğumuz bu çalışma AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri A.Ş. ve ESC Danışmanlık tarafından hazırlanmıştır.

Aralık 1998

ÖZGEÇMİŞ

Prof. Dr. Arif Esin

Prof. Dr. Arif ESİN, 14 Ocak 1956'da İstanbul'da doğdu. Orta ve Lise öğrenimini Saint-Benoît Lisesinde tamamladı. Paris Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunu olan Arif ESİN, aynı Üniversitede Avrupa Topluluğu üzerine Yüksek Lisans ve Doktora yaptı. Paris Üniversitesi, Uppsala Üniversitesi (İsveç) ve Erasmus Üniversitesinde (Hollanda) öğrenim üyeliğinde bulunan Prof. Dr. Arif ESİN, halen İstanbul Üniversitesi'nde görev ifa etmektedir. Finansal Forum Gazetesi'nin başyazarı olan Prof. Dr. Arif ESİN, ayrıca AT hukuku alanında uzmanlaşmış Türk sermayeli yegâne hukuk ve danışmanlık firması olan ESC Consulting Ltd.'nin sahibidir. Prof. Dr. Arif ESİN'in AT Hukuku ve ekonomisi konularında Türkçe ve yabancı dillerde yayımlanmış 23 adet kitabı ve 200'ü aşkın makalesi bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

YÖNETİCİ ÖZETİ	9
-----------------------------	----------

GİRİŞ	15
--------------------	-----------

1. ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM VE KARARLAR İLE İLGİLİ

TEMEL KAVRAMLAR VE AVRUPA TOPLULUĞU

UYGULAMALARI	19
---------------------------	-----------

1.1. Rekabet Hukuku'nda Temel Kavramlar	21
---	----

1.1.1. Teşebbüs Kavramı	23
-------------------------------	----

1.1.2. Tek Ekonomik Bütünlük Kavramı	24
--	----

1.1.3. Anlaşma Kavramı	25
------------------------------	----

1.1.4. Teşebbüs Birlikleri Kararı Kavramı	26
---	----

1.1.5. Uyumlu Eylem Kavramı	27
-----------------------------------	----

1.1.5.1. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Arasındaki Fark	33
--	----

1.1.5.2. Topluluk Rekabet Hukuku'nda Uyumlu Eylemlerde İspat Vasıtaları	34
--	----

1.1.6. Rekabet Hukuku'nda Bir İstisna: Tek Ekonomik Bütünlük Kavramında Ana Teşebbüs ve Bağlı Unsurları Arasındaki Uyumlu Eylem Hali	38
--	----

1.1.7. Rekabet kuralları Kapsamında Anlaşma ve kararların Butlan Kılınması	43
---	----

1.1.7.1. Üye Ülke Hukuk Sistemlerinde Anlaşma ve Kararların Butlan Kılınması	45
---	----

1.1.7.2. Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Butlan Kılınması Hususunda Türkiye Uygulamaları	46
---	----

2. REKABET KANUNU'NDA ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM

VE KARARLAR	49
--------------------------	-----------

2.1. Rekabet Hukuku'nun Ana Esasları Çerçevesinde Anlaşma Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları'na Getirilen Yasaklar	51
--	----

Sayfa

2.2. Anlaşma Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları'na Getirilen Yasaklar ile Muafiyet Rejimi	59
2.3. Anlaşma Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları'na Getirilen Yasakların Oluşturduğu Cezai Sorumluluk	62
2.4. Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu'nun Diğer Düzenlemeleri ile Oluşan Mevzuat Ortamında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sayılan Fiillerin Konumu	66

REKABET HUKUKU'NDA ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM VE KARARLAR

Rekabet mevzuatımızın çok yeni olması nedeniyle henüz bu hukuk dalına ilişkin içtihat oluşmamış olduğundan, 4054 sayılı Kanun'un büyük benzerlikler gösterdiği AB Rekabet Mevzuatından ve bu çerçevede oluşmuş içtihatlardan yararlanmak, ülkemiz Rekabet Hukuku uygulamalarının daha sağlıklı olabilmesi açısından önemlidir.

Esasen, Türkiye-AB Ortaklık Konseyi'nce alınan 1/95 sayılı karar da iki mevzuat arasındaki uyumlaştırmayı gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin, Roma Antlaşması'ndaki karşılığı olan 85 (1) maddesine ilişkin açıklamalar önem kazanmaktadır.

Madde 85 (1) Ortak Pazar'da amacı veya etkisi rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma olan, Üye Devletler arası ticareti etkilemesi mümkün teşebbüsler arası anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve işletme birliklerinin kararlarına karşı genel bir yasaklama getirmektedir. Bu hüküm, resmi ve resmi olmayan, bütün işletmeler arası anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere geniş bir şekilde uygulanır. Bu hükmün temel amacı, her bir işletmenin kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, bağımsız olarak belirlemesidir. Rakiplerin bağımsız hareket etme zorunluluğu, teşebbüslerin rakiplerinin varolan veya öngörülen faaliyetleri karşısında ustaca hareket etmelerinin engellenmesi anlamına gelmez. Ancak yine bu zorunluluk; işletmelerin aralarındaki, dolaylı veya dolaysız, amacı veya etkisi piyasadaki mevcut veya potansiyel rakiplerinin davranışlarını etkileyebilecek herhangi bir iletişimi ya da rakiplerin uygulamaya karar verdikleri ya da düşündükleri davranış biçimlerinden haberdar etmelerini yasaklar.

Roma Antlaşması'nın 85. maddesi, teşebbüslerarası rekabete aykırı her türlü anlaşma, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylemi yasaklar. Önemli olan işbirliğinin şekli değil amacı ve içeriğidir. Her ne kadar anlaşmalar genellikle taraflar arasında uyumlu eylemden farklı olarak iradelerini açıkça ortaya koydukları daha üst düzey bir uzlaşma biçimi olsa da, anlaşma, karar ve uyumlu eylem kavramları arasında kesin bir ayırım yoktur; değişik davranış biçimleri rekabete aykırı benzer sonuçlar ortaya koyar ve bunlar aynı şekilde ele alınırlar. Birçok işbirliği anlaşma, karar ve uyumlu eylem eylemin unsurlarını barındırdığından, bu durum ekonomik gerçekliğe de uygundur. ATAD, 85/1'in uygulanabilmesi için mevcut ve potansiyel rakiplerin rekabeti bozacak ve sınırlayacak şekilde etkileyecek eşgüdümün ve işbirliğinin kanıtlarını arar, ancak bu işbirliğinin bir anlaşmadan mı yoksa uyumlu eylemden mi kaynaklandığı hususunu ciddi bir sorun olarak değerlendirmez. Aynı şekilde Ko-

misyon, "kurumsallaşmış ve sistematik işbirliğine" yol açan anlaşma ve uyumlu eylemlere ilişkin bulguları bir arada değerlendirme eğilimindedir ve bunlar arasında bir ayırım yapmaya gerek duymaz. Temel farklılık; anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin değişik şekilleri arasında değil, uyum ile bağımsız, tek taraflı davranış arasındadır.

Rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, per se bir rekabet ihlali oluşturur ve anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerini incelemeye gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır. Böylelikle, imzalandığı halde henüz uygulanmamış rekabete aykırı anlaşmaların da Roma Antlaşmasının 85(1) maddesini ihlal etmesi mümkündür. Bu hüküm potansiyel rekabeti etkileyici, sınırlandırıcı etkileri de ortadan kaldırabilmek amacıyla düzenlenmiştir.

Bir anlaşmanın, kararın veya uyumlu eylemin amacı yeterince açık olmalıdır. Anlaşmalar ve kararlar, çoğu zaman diğer kaynaklarla desteklenmesine gerek kalmadan rekabete aykırı bir amacın tespit edilebileceği kadar açıktır. Bununla beraber, arkasındaki amacı anlamak noktasında herhangi bir kuşkuyla yer vermemek için, anlaşmanın koşullarının ve yapısının incelenmesi önemlidir. Bir anlaşma formuna ulaşmayan, paralel davranış gibi uyumlu eylemlerde, tarafların rekabete aykırı niyetleri, davranışlarından ve bu durumun (uyumlu eylemin) olduğu mevcut şartlardan anlaşılabilir. Rekabete aykırı amacın varlığı rekabeti sınırlayıcı davranışın mevcut etkisine dayanmaz. Örneğin, bir dağıtıcının bir ihracat yasağına tam anlamıyla uymaması ya da uymayanlara yaptırım uygulamaması, uyulmayan bu hükümlerin etkisiz olduğunu göstermez. Tam anlamıyla uyulmayan bir ihracat yasağı yine de ihracata karşı güçlü bir psikolojik engel oluşturabilir ve bu şekilde pazarı bölme amacına yine de ulaşabilir. Aynı şekilde, belirlenen veya uyumlaştırılan fiyatların tam anlamıyla uygulanmaması veya bir anlaşmayla izin verilenden daha fazla miktarlarda indirim yapılması, anlaşmanın tamamen etkisiz olduğu anlamına gelmez. Fiyat artışlarını uygulamak için yapılan uyumlu girişimlerin rekabete aykırı sonuçları, hedeflenen fiyatlardan sapmaların tartışıldığı fiyatlara ilişkin bilgi alışverişleri sırasında ve oluşturulan denetim mekanizmaları sonucunda ortaya çıkabilir. Neticede, fiyat yakınlaşmaları neredeyse kaçınılmaz olarak oluşacaktır. Benzer şekilde, bir teşebbüs birliğinin bir anlaşmaya veya karara dayanan fiyat tavsiyelerine uyulması konusundaki başarısızlığı da rekabete aykırı amacı ortadan kaldırmaz.

Öte yandan, rekabete aykırı herhangi bir amaç ortaya konulmasa da rekabete

aykırı etkiler varsa, bu tür anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerin de 85(1)'e aykırı olması mümkündür. Ancak, bu sonuçlar anlaşma, karar veya uyumlu eylemden doğmalıdır. Anlaşmadan kaynaklanan açık ve kesin sonuçlar sadece rekabeti bozucu etkinin tespiti için gereklidir ve bu nedenle "doğal ve olası sonuçlar"ın belirlenmesi gerekir. ATAD, yalnızca anlaşma hükümlerinin değerlendirilmesi ile, anlaşmanın rekabeti bozucu etkilerinin yeterli derecede ortaya konulmadığı durumlarda, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin dikkate alınmasının ve yasak kapsamına girmesi için, rekabetin gerçekten önemli ölçüde engellendiği, kısıtlandığı veya bozulduğunu gösteren faktörlerin tespit edilmesinin gerektiğini ifade etmiştir. Bir anlaşmanın sonuçları; sadece kısa vadedeki etkileri değil, gelecekteki potansiyel etkileri ve bir anlaşmanın uzun vadeli bir başka planın veya daha geniş kapsamlı bir işbirliğinin bir parçası olma ihtimalini de içerir. Bir anlaşmanın bölümleri tek başlarına Roma Antlaşması'nın 85(1) maddesini ihlal etmediği halde birlikte ele alındıklarında rekabete aykırı sonuçlar doğurabilir. Rekabete aykırı sonuçların piyasadaki ve diğer rakipler üzerindeki etkilerinin hemen ortaya çıkması gerekmez. Roma Antlaşması'nın 85(1) maddesinin kapsamına giren, üretimi sınırlayan veya teknik gelişme ya da yatırımı düzenleyen anlaşmalar gibi bazı kısıtlayıcı faaliyetler, yalnızca tarafların birbirleriyle olan ilişkilerini hemen etkiler. Aynı şekilde, piyasa üzerinde kısa vadede hissedilebilecek sonuçları olmayan birtakım hassas ticari bilgi alışverişinin de, rakiplerin ticari kararlarını, birbirlerinin piyasa stratejilerini ve amaçlarını bilerek almalarına izin vermesi nedeniyle 85(1)'i ihlal eder nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

Madde 85(1), doğrudan ya da dolaylı olarak alım veya satım fiyatlarının tespit edildiği anlaşma veya uyumlu eylemleri yasaklar. Fiyat rekabeti, rekabetin en kolay hissedilen ve en önemli şeklidir ancak tek rekabet şekli de fiyat rekabeti değildir. Fiyat rekabeti, fiyatları olabilecek en alt seviyede tutarak rekabeti teşvik eder ve bu sayede şirketlerin kaynaklarını, verimlilik ve rekabet koşullarına uyabilme yeteneğiyle doğrudan bağlantılı olarak, en uygun şekilde dağıtmasına olanak verir ve tüketiciye geniş bir ürün ve hizmet yelpazesinden yararlanabilme avantajları sağlar. Fiyat, üretim ile yakından ilgili olduğundan üretim kotaları fiyat rekabetini doğrudan etkileyebilir.

Rekabet Hukuku açısından fiyat tespitine yönelik anlaşmalar en ciddi rekabete aykırılık halleri arasında değerlendirilmiş ve çok açık bir biçimde yasaklanmıştır.

Öte yandan pazar paylaşımları ve arz boykotları ile oluşan rekabet ihlalleri de 85(1) madde ile yasaklanan en önemli rekabeti sınırlayıcı uygulamalar arasındadır.

Roma Antlaşması'nın 85(1) maddesi ile büyük ölçüde eş yapı sergileyen 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi hükümleri, hangi tür

eylemler ile rekabetin sınırlandırılabilceğini anlatmakta ve fakat bu tip uygulamaları tahdit etmemektedir.

Ayrıca hem 85(1), hem de Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi, "teşebbüsler arasındaki" anlaşma ve uyumlu eylemler ile teşebbüs birlikleri kararları ile rekabetin sınırlandırılmasını yasaklamaktadır. Bir veya birden çok sayıdaki teşebbüsün münferiden veya beraberce oluşturdıkları hakim piyasa gücünü kötüye kullanarak rekabeti bozmaları, Roma Antlaşması'nın 86. maddesi ile Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi hükümleriyle yasaklanmaktadır. Bu tip rekabet ihlalleri ile müeyyideleri, bu raporda incelenmemektedir. Fakat bunula birlikte 85(3) maddeye uygun olarak Rekabet Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında yer alan "muafiyet rejimi" ile bu maddeye istinaden oluşturulan Grup Muafiyetleri ile bireysel muafiyet mekanizması, 85(1) madde ya da Kanun'un 4. maddesi ile getirilen yasakların uygulama alanını belirginleştirmektedir.

Anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere ilişkin getirilen kısıtlamadan muafiyet kazandıran "muafiyet rejimi" önemlidir. Kısıtlanan bir uygulama, tüketici lehine sonuçlar doğuracağı biçimde, dağıtımın ve teknolojik gelişmenin desteklendiği bir sürece hizmet ediyorsa, ya mevcut grup muafiyetleri kapsamına girerek otomatik olarak muafiyet kazanmaktadır veya bireysel muafiyet talep edilmesi suretiyle muafiyet alabilecek nitelikte bulunabilir. Fakat hem grup muafiyetlerinin, hem de bireysel muafiyetlerin şartları ve süreleri Rekabet Otoriteleri'nce belirlenmektedir.

Teşebbüsler arasındaki rekabet sınırlamaları yasaklarının yalnızca rakip teşebbüsler ile içine girilebilecek işbirliklerinden kaynaklanmadığı; tedarik ve dağıtım anlaşmaları ile bu yöndeki karar ve uyumlu eylemlerin de kısıtlamalar kapsamında bulunduğu unutulmamalıdır. Rekabet Hukuku yatay anlaşmalar ve dikey anlaşmalar olarak ayırdettiği bu alanları müştereken kapsamaktadır.

GİRİŞ

Giriş

Bu çalışmanın temel amacı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile yasaklanan teşebbüsler arası uyumlu eylem, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının, Avrupa Topluluğu rekabet mevzuatı kapsamında, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) içtihatlarının da yardımıyla incelenmesidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda yer aldığı şekli ile "haksız rekabet" hususunun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamında yer almadığıdır. Nitekim Rekabet Kanunu'nun Genel Gereğiğinde de belirtildiği üzere, rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı olarak veya aldatıcı davranışlarla bozulmasına genel olarak "haksız rekabet" denilmektedir. Rekabet Kanunu ise BK ve TTK'dan farklı olarak teşebbüsler arasındaki serbest yarışı muhafaza etmeyi amaçlamaktadır.

Rekabet Kanunu'nda 3 temel yasak alanı bulunmaktadır. Bunlar;

- Rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuran, amaçlayan veya bu yönde tehdit oluşturan teşebbüsler arası uyumlu eylem, anlaşma ve teşebbüs birliği kararları,
- Tek bir teşebbüs tarafından sahip olunan veya müştereken ulaşılan hakim durumun kötüye kullanılması,
- Hakim durum yaratacak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirecek biçimde birleşme veya devralmalarla, ülkenin tamamı veya bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak işlemlerin yapılması olarak özetlenebilir.

Bu rapor ile Rekabet Kanunu'nun birinci temel yasak alanı olan teşebbüsler arası anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerle rekabetin sınırlandırılması yasağı incelenmektedir. Fakat Rekabet Hukuku tüm yasak alanların ve muafiyet rejiminin bir bütün içerisinde incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Zira 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 4, 6 ve 7. maddeleri ile getirilen temel yasaklar ile 5. maddesi kapsamındaki muafiyet rejimi birbiriyle bağlantılıdır ve her bir madde uygulaması diğer maddelerin uygulama alanlarını şekillendirmektedir.

Bu itibarla, Roma Antlaşması'nın 85. maddesinin birinci paragrafı ile büyük ölçüde benzer olan Rekabet Kanunu'nun 4. maddesini inceleyen çalışmamızda ele alınan konular, yeri geldikçe Rekabet Kanunu'nun diğer yasak alanları ve muafiyet rejimi ile ilintilendirilecektir.

Türkiye'deki rekabet hukuku sisteminin büyük bir ölçüde Topluluk Rekabet Hukuku sisteminin oluşum sürecine benzer aşamalardan geçeceğini ve yine benzer uygulamalara sahne olacağını söylemek yanlış olmaz. Bunun en önemli nedeni, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ana esaslarının Avrupa Top-

lulukları'nın kurucu Roma Antlaşması'nın 85, 86 ve 90. maddelerine dayandırılmış olmasıdır. Nitekim, Kurucu Antlaşma'nın anılan maddelerinde vazedilen hükümler, Türkiye'nin uluslararası yükümlükleri içerisinde yer alan Ankara Anlaşması'nın (1963) 16. ve Katma Protokol'ün (1971) 43. maddelerinde yer alan esaslar doğrultusunda 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 32, 33 ve 39. maddelerinin emrettiği mevzuat uyumu kapsamında yasalaşan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun vasıtasıyla hayata geçirilmiştir. Öte yandan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) içtihatlarının Türkiye tarafından da kabulü, Türkiye'deki rekabet hukuku sisteminin uygulama alanını genişletecek niteliktedir.

Rekabetin sınırlandırılması, kısıtlanması ve engellenmesine ilişkin olarak rakip teşebbüslerin kendi aralarındaki ilişkiler sonucunda birbirlerinden bağımsız olarak hareket etme serbestisini ortadan kaldıran, kendi aralarında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen çıkar yollu davranışları yasaklayan Kurucu Roma Antlaşması'nın 85. maddesinin birinci paragrafı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile büyük ölçüde benzerlikler taşımaktadır. Ayrıca, ilgili maddenin Türkiye uygulamasında Topluluk kurumlarının geliştirdikleri içtihatlar, Rekabet Kurumu tarafından gözönünde bulundurulmaktadır. O bakımdan da Kurucu Antlaşma'nın 85. maddenin 1. fıkrası incelenirken, Türk kamuoyuna ve ilgili mercilere ışık tutması amacıyla, sözkonusu maddenin tetkik edilmesi ATAD ve Komisyon kararları ile bezendirilmiştir.

Bu raporda ayrıca Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmekle beraber mevcut muafiyet rejimine uyan anlaşma ve uyumlu eylemler ile, muafiyet rejimi kapsamına girmeyen ve 4. maddeye aykırı fiillerin rekabet mevzuatında konumu incelenecek, Kanun'un 4. maddesinden doğan hak ve yükümlülükler açıklanmaya çalışılacaktır. Bu itibarla Rekabet Kanunu ve Rapor'un konusunu teşkil eden uyumlu eylem, anlaşma ve kararlara getirilen yasaklara ilişkin temel kavramlar Topluluk içtihat hukukunun da açıklayıcı katkıları doğrultusunda ele alınacaktır.

B Ö L Ü M

ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM
VE KARARLAR İLE İLGİLİ
TEMEL KAVRAMLAR VE
AVRUPA TOPLULUĞU
UYGULAMALARI

ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM VE KARARLAR İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR VE AVRUPA TOPLULUĞU UYGULAMALARI

Bu bölümde anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına ilişkin Roma Antlaşması'nın 85(1). maddesi hükümleri dairesinde Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku uygulamaları değerlendirilecektir.

Türkiye'de uygulama alanı yeni oluşan Rekabet Hukuku çerçevesinde, 5 Kasım 1997 tarihinden itibaren Rekabet Kurulu tarafından bir çok önaraştırma ve soruşturma başlatılmıştır. Fakat Rekabet Kurulu'nun İnceleme ve Araştırmalarında Usul'e ilişkin Kanun maddeleri doğrultusunda mevcut durumda Rekabet Kurulu'nun Nihai Karar'ları henüz hasıl olmamıştır.

Bu itibarla Türkiye'de yeni uygulama alanı bulan Rekabet Hukuku'na ilişkin, Rekabet Kurulu nihai kararları ile içtihatlar üzerinden Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulamaları somuta indirgenerek aktarılması, soruşturmaların tamamlanmamış ve kararların hasıl olmamış olduğu mevcut durumda mümkün değildir.

Bu nedenden ötürü piyasa ekonomisinin istikrarlı olmayan iç yapısı ve iç dinamiği ile şekillenen rekabet ortamı içindeki ekonomik birimlerin doğal olarak rekabetten kaçma eğilimlerinin somut uygulamalarla irdelenmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında doğan hak ve yükümlülüklerinin örneklenebilmesi; Rekabet Hukuku'nun temel kavramlarının açıklanabilmesi, yine Avrupa Topluluğu'ndaki 85(1) madde hükümleri doğrultusunda oluşan içtihat hukuku verilmek suretiyle mümkün olabilecektir.

Aşağıda Topluluk uygulamaları, Rekabet Otoritelerinin Karar ve Görüşleri ile içtihat hukuku çerçevesinde aktarılmakta, temel kavramlara açıklamalar getirilmekte ve yer yer 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un teknik yapısından da sözedilerek, iş kesimine somut uygulamalar çerçevesinde 4. madde ile getirilen yasaklara, hak ve yükümlülüklerine ilişkin konularda bilgiler verilmektedir.

1.1. Rekabet Hukuku'nda Temel Kavramlar

Teşebbüsler arası bir anlaşmanın, bir uyumlu eylemin veya teşebbüs birliklerinin bir kararının "rekabeti" sınırlandırdığının anlaşılabilmesi için rekabet ve rekabetin kısıtlanması kavramları arasındaki rabitanın iyi kurulması gerekmektedir. Bu noktada iki temel doktrinin çatıştığı görülmektedir.

Birinci yaklaşıma göre; ekonomik ilişkilerde mükemmel bir rekabet ancak arz ve talep tarafından belirlenebilir. Bu bakımdan da piyasa şartlarına göre bağımsız karar alan teşebbüslerin kararlarına müdahale edilmesi zaten rekabeti kısıtlayıcı bir

husustur. Ancak "böylesine vahşi bir piyasa ekonomisini hiçbir serbest piyasa ekonomisinin kaldırması mümkün değildir".¹

İkinci yaklaşıma göre ise rekabetin etkili kılınması gerekmektedir. Bu bakımdan da pazar şartları, teşebbüslerin konumu, ilgili ürünler, vb. tüm parametrelere göre rekabet ortamları değerlendirilmelidir. Böylelikle de piyasalarda zaten varolduğu kabul edilen mükemmel rekabetin ne şekilde kısıtlandığının ve bu hallerin neler olduğunun araştırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Topluluk Rekabet Hukuku, bu bağlamda "ekonomik ilişkilerde mükemmel bir rekabetin ancak arz ve talep tarafından belirlenebileceğini ve bu bakımdan da piyasa şartlarına göre bağımsız karar alan teşebbüslerin kararlarına müdahale edilmesinin zaten serbest rekabeti kısıtlayıcı bir husus olduğu görüşünü savunan" ikinci doktrini benimsemiştir.

Nitekim ATAD, LTM/MBU Kararı'nda bu yaklaşımı teyid edici bir karar vermiştir. Yüce Divan'a göre "Rekabet oyununun gerçek çerçevesi içerisinde anlaşma marifetiyle bozulduğunun anlaşılması gereklidir".²

Bu Karar'dan on yıl sonra 1977 yılında Metro k. Saba vakasında Yüce Divan bu yaklaşımını pekiştiren diğer bir karar vermiştir: "Kurucu Antlaşma'nın hedeflerine ulaşmada önemli bir merhale olan Tek Pazar'da rekabetin sınırlandırılması ancak ürünlerin ya da verilen hizmetlerin ilgili pazarın kendi şartları doğrultusunda değerlendirilmesi ile mümkündür".³

Bu noktada söylenmesi gerekir ki, Rekabet Hukuku "teşebbüsler arasındaki" ilişkileri düzenlemektedir. Zira rekabet, birbirlerinden bağımsız ekonomik birimlerin içinde bulundukları yarışır ve bu birimler Rekabet Hukuku'nda "teşebbüs" olarak tanımlanır.

85(1) madde hükümleri, rekabetin "anlaşma", "uyumlu eylem" ve "teşebbüs birlikleri kararı" ile sınırlandırılmasını yasaklamıştır.

İşte burada beş ayrı temel kavramın Rekabet Hukuku uygulamaları çerçevesinde açıklanması önem taşımaktadır. Türk Hukuk Sistemine Rekabet Kanunu ile giren bu yeni kavramlar, Rekabet Hukuku'nun -4. madde hükümleri temelinde- Türkiye'de uygulanmasını şekillendirecek ana kavramlardır.

4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinin anlaşılmasını sağlayacak ve bu maddeyi şekillendiren bu yeni kavramlar, "teşebbüs", "tek ekonomik bütünlük", "anlaşma", "uyumlu eylem" ve "teşebbüs birlikleri kararı" kavramlarıdır.

1 GAVALDA C. & PARLEANI G.: *Droit communautaire des affaires*, Litec, Paris, 1995, s:274

2 Aff. 56/57, LTM k. MBU, Rec. 1966, s:337

3 Aff. 26/76, Metro k. Komisyon, Rec. 1977, s:1875

1.1.1. Teşebbüs Kavramı

Teşebbüs kavramı, gerek Komisyon gerekse ATAD kararları ve dolayısıyla mevcut içtihatlar çerçevesinde şekillenmektedir. Bir kurumun teşebbüs olarak değerlendirilmesinde, hukuki yapısından çok yürüttüğü ticari faaliyetler belirleyicidir. Ticaret hukuku anlamındaki teşebbüs kavramı, Rekabet Hukuku kapsamında geçerli değildir. Rekabet Hukuku'nda teşebbüs kavramı her türlü gerçek ve tüzel kişileri kapsayabilmektedir. Nitekim Komisyon, Reuter/BASF kararında bir gerçek kişiyi bile teşebbüs olarak kabul etmiştir.⁴

Öte yandan, konuya ilişkin bir ATAD Kararı da mevcuttur. Mannesmann k. High Authority davasında ATAD teşebbüs tanımını "Kişisel, somut ve soyut unsurlardan oluşarak bir bütün teşkil eden, hukuken bağımsız bir özneye bağlı, belirli bir ticari amacı sürekli bir biçimde güden örgütlenmeler"⁵ şeklinde yapmıştır.

Yukarıda yer alan tanımdan anlaşıldığı üzere, burada belirleyici kriter belirli bir ticari faaliyetin sürekli bir biçimde yürütülmesidir. Nitekim, kendi şahsı adına veya bir kuruluş adına ticari faaliyetler içerisinde bulunan bir gerçek kişi bile rekabet hukuku açısından teşebbüs olarak nitelendirilebilmektedir. Bu doğrultudaki AO-IP/Beyrard Kararı'nda⁶ Komisyon, Bay Beyrard'ın 85. maddeye göre bir teşebbüs olarak değerlendirilmesine karar vermiştir. Komisyon, Bay Beyrard'ın -sahip olduğu bir patenti satarak- ticari bir faaliyet içerisine girdiği ve dolayısıyla bir teşebbüs olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Tüm gerçek ve tüzel kişiler, ticari bir faaliyet göstermeleri ve bu faaliyetlerinin ticari bir amaca yönelik olup, süreklilik arz etmesi halinde teşebbüs olarak kabul edilmektedirler; hatta öyle ki burada bir gerçek veya tüzel kişinin yaptığı faaliyetlerden maddi bir amaç gütmesi gerekmez, maddi kâr dışında fayda bile üretmesi onun teşebbüs olarak kabul edilmesi için yeterli bir nedendir.⁷

Yukarıda yer alan açıklamalar doğrultusunda anlaşıldığı üzere, teşebbüs kavramı, özel ve kamunun sahip olduğu şirketleri doğal olarak kapsadığı gibi, kâr amacı gütmeyen oluşumları veya birlikleri de kapsamına alarak, onların da bir teşebbüs sayılmasını ve bu bağlamda mütalaa edilmesini içermektedir. Nitekim Eurocontrol vakasında⁸; ATAD, uluslararası bir Birlik olan ve Üye Ülkeler arası hava trafiğini düzenleyen Eurocontrol'ün 85. ve 90. maddeler kapsamında bir teşebbüs olmadığını, Üye Devletler adına kamu hizmeti yaptığını ve kamu yararını gözettiğini, havacılık

⁴ Reuter/BASF Komisyon Kararı, ATRG, I 254, 1976

⁵ Aff. 19/61, Mannesmann k. High Authority, Rec. 1962, s:687

⁶ AOIP-Beyrard Komisyon Kararı, ATRG, I 6, 1976, s:8

⁷ Aff. 209-215, 218/78, Van Landewick k. Komisyon, Rec. 1980, s:3125

⁸ Aff. 364/92, SAT Fluggesellschaft GmbH k. Eurocontrol, Rec. 1994, s:43

alanında güvenliği arttırıcı faaliyetlerde bulunduğunu ve faaliyetlerinin iktisadi amaçlı olmadığını teyit etmesine rağmen Eurocontrol'ü bir teşebbüs olarak kabul etmiştir.

Bütün bunların yanısıra, ortak bir teşebbüsün de teşebbüs olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu önem kazanmaktadır. Ortak bir teşebbüsün de teşebbüs olarak kabul görmesi gerekir; çünkü böyle bir oluşumun, bir ana teşebbüs tarafından değil, ama bir çok ana teşebbüs tarafından kontrol edilmesi onun teşebbüs olarak kabul edilmesi için yeterlidir.⁹

Teşebbüs kavramına ilişkin bu açıklamalar özetlenerek bir kez daha açıklamak gerekirse, "ekonomik anlamda bağımsız olarak karar verebilen tüm mal ve hizmet üreten birimler" tanımına ulaşılır.

İşte bu noktada yeni bir kavram daha önem kazanmaktadır: "Tek Ekonomik Bütünlük". Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler bağımsız olarak karar verebildikleri ölçüde teşebbüs tanımına uymaktadırlar. Fakat münferiden ve bağımsız olarak karar veremeyen veya karar almaları beklenemeyecek olan ve ekonomik anlamda birbirlerine bağlı olan şirketlerin konumu Rekabet Hukuku'nda nedir?

"Hukuken bağımsız olmakla birlikte, karar alma ve fonksiyonlarını deruhte etme konusunda ekonomik anlamda birbirine bağlı olan tüm gerçek ve tüzel kişiler", Rekabet Hukuku'nda Tek Ekonomik Bütünlük Kavramı'na uyarlar.

1.1.2. Tek Ekonomik Bütünlük Kavramı

Ekonomik bütünlük terimi, ekonomik olarak birbirlerine ya da ortak bir gerçek veya tüzel kişiye bağlı ekonomik unsurların, ekonomik bütünlük oluşturduğunu ifade eder. Bu kavramda da anlaşıldığı üzere, bu terim genellikle hukuken bağımsız olmakla birlikte ekonomik olarak ya birbirlerine ya da ortak bir ana şirkete bağlı işletmeler hakkında kullanılır.¹⁰

Burada bahsedilen, esasen birden fazla hukuki bağımsızlığı olan tüzel kişinin şirketler grubu, şirketler topluluğu ve benzeri oluşumlar içerisinde bulunmaları halinde, bunların tümünün tek bir teşebbüsü oluşturması hadisesidir.

ATAD, ana teşebbüs ve ona bağlı teşebbüslerin uyumlu eylem halinde girdikleri faaliyetlerin 85. maddenin 1. fıkrası kapsamına girmemesi halinin esas itibarıyla bu teşebbüslerin bir ekonomik bütünlük arzemesi konusuna Viho vakasında¹¹ yeniden açıklık getirmiştir. Yüce Divan'a göre bir ekonomik bütünlük içerisinde yer

⁹ Aff. 170/83, *Hydrotherm k. Andreoli*, Rec. 1984, s:2999

¹⁰ ASLAN Y.: *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*, Ekin, Bursa, 1997, s:41

¹¹ Aff. 73/95P, *Vibo k. Komisyon*, Rec. 1995, s:1050

alan bir bağlantılı teşebbüsün kendi serbest iradesi ile bağımsız karar alabilme yeteneğinin bulunmaması, ilgili bağlantılı teşebbüsün ana teşebbüs ile bir ekonomik bütünlüğü oluşturduğu anlamını taşımaktadır.

1.1.3. Anlaşma Kavramı

Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasının uygulamasında "anlaşma" kavramı sadece sözleşmeleri kapsayacak kadar dar bir şekilde yorumlanmamalıdır. Burada anlaşma kavramından anlaşılması gereken husus, arada yazılı sözleşme olmaksızın da taraflardan birinin diğer tarafın da rızası ile hareket serbestisini kısıtlama etkisini oluşturan her türlü irtibattır. Nitekim Komisyon, Roulement à billes Franco-Japonaise Kararı'nda¹² böyle bir sonuca varmıştır.

Sözleşmelerin yanısıra centilmenlik anlaşmaları¹³ veya sözlü anlaşmalar¹⁴ da ATAD tarafından anlaşma olarak kabul edilmektedir. Bunların yanı sıra, örneğin ana firma tarafından bayilere gönderilen sirkülerler de Komisyon tarafından anlaşma olarak kabul görür. Komisyon, BMW Belgique Kararı'nda¹⁵ bir üreticinin yeniden satıcılarına gönderdiği bir sirküleri de bir anlaşma olarak kabul etmiştir. Yine bu konuya ilişkin olan diğer bir Komisyon Kararı'nda (Distillers Kararı),¹⁶ genel satış koşullarının belirtildiği basılı bir belgenin anlaşma olarak kabul edildiği görülmektedir.

Rekabet Hukuku'ndaki anlaşma kavramı Borçlar Kanunu'nun icap-kabul müessesesi ile benzeşmekte, fakat Borçlar Kanunu sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle yazılı veya başka türlü bir şekil şartına bağlı olması şartı aranmamakta, sözlü dahi olabilmektedir.

Ayrıca, taraflar arasında bağlayıcı olmayan "centilmenlik anlaşmaları" dahi Rekabet Hukuku kapsamında anlaşma olarak değerlendirmektedir. Rekabet Kurulu'nun anlaşma kavramını bu yönde kabul ettiği süregelen soruşturmalarda da görülmektedir. Hatta bu tip anlaşmaların yazılı veya imzalı olmamasından da öteye, teşebbüs dahilinde temsil ve ilzam yetkisini haiz olmayan personelin dahi rakip teşebbüslerle ulaştığı yazılı ve sözlü mutabakatlar, eğer teşebbüslerin bilgileri veya yönlendirmeleri doğrultusunda gerçekleşmişse ya da yazılı/sözlü mutabakat etkileri itibariyle rekabeti sınırlandırma tehdidi oluşturuyorsa, Rekabet Kurulu'nca anlaşma olarak kabul etmektedir.

Rekabet Kurulu bu yargıya ulaşırken Rapor'da yer verildiği gibi Topluluk uygulamaları, karar ve görüşlerini referans olarak kullanmaktadır.

¹² Roulement à billes Franco-Japonaise Komisyon Kararı, ATRG, L 343, 1974, s:19

¹³ Aff. 41/69, ACF Chemiefarma k. Komisyon, Rec. 1970, s:661

¹⁴ Aff. 28/77, Tepea k. Komisyon, Rec. 1978, s: 1391

¹⁵ BMW-Belgique Komisyon Kararı, ATRG, L 46, 1978, s:33

¹⁶ Distillers Company Komisyon Kararı, ATRG, L 50, 1978, s:16

Tekrar Topluluk uygulamalarına dönerek anlaşma kavramını anlamaya çalışırsak, Komisyon'un mevcut bulunan çeşitli anlaşmaların yanı sıra, arz boykotunun uygulandığı piyasalarda da bir anlaşmanın varolabileceği görüşüne vardığını görürüz. Nitekim AEG vakasında¹⁷ ATAD, AEG'nin tek elden dağıtım sistemine katılmak isteyen bir yeniden satıcının şebekeye kabul edilmemesinde, AEG'nin yeniden satıcıları ile arasında bir anlaşmanın var olduğunu kabul etmiştir. Burada Yüce Divan, AEG'nin tek yanlı olarak yeni bir yeniden satıcıya mal vermemesini dikkate almamış, buna karşılık mevcut yeniden satıcılar ile AEG arasında sürekli bir anlaşmanın var olduğunu ve bu anlaşmaya istinaden şebekeye yeni teşebbüslerin dahil edilmediğini kabul etmiştir.

Yukarıda bahsi geçen anlaşma çeşitlerinin yanı sıra, sirküler ve talimatlarda anlaşma olarak kabul görür. Örneğin, Ford Werke¹⁸ ve Tipp-Ex¹⁹ vakalarında da ATAD, gönderilen bir sirküler ile ve Tipp-Ex vakasında ise bir talimat ile paralel ticaretin önlenmek istendiği ve uygulamanın bir anlaşma niteliği taşıdığı sonucuna varılmıştır.

Sandoz Kararı'nda²⁰ ise ATAD, icap-kabul müessesesinin benzeri olarak, yeniden satıcının sağlayıcının faturalarını ödemek suretiyle, sağlayıcının getirdiği kısıtlayıcı uygulamaları da kabul ettiği yönünde karara varmıştır.

1.1.4. Teşebbüs Birlikleri Kararı Kavramı

Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesi, teşebbüslerin taraf olduğu anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerle birlikte teşebbüslerin bağlı oldukları teşebbüs birlikleri vasıtasıyla gerçekleştirdikleri benzer eylemleri de kapsamaktadır.

"Birlik" sözcüğünün Topluluk Rekabet Hukuku'nda ifade ettiği anlam, tarım kooperatifleri²¹, hukuki şahsiyet iktisap etmesi kanunca mümkün olmayan cemiyetler, kâr amacı gütmeyen dernekler²² ve federasyon veya konfederasyonlardır.²³

Yukarıda tanımlanan teşebbüs birliklerinin kararlarını; Genel Kurulları'nın aldığı kararlar, yetkili organlarının ilke kararları, iç işleyişlerine ait tüzükleri, üyelik şartlarına ilişkin esaslar veya eylem planları kapsamaktadır. Teşebbüs birliklerinin üyelerine gönderdiği bağlayıcı olmayan tavsiye kararları da ayrıca "karar" olarak kabul edilmektedir.²⁴

¹⁷ Aff. 107/82, AEG k. Komisyon, Rec. 1983, s:3151

¹⁸ Ford-Werke AG. Komisyon Kararı, ATRG, L 327, 1983, s:31

¹⁹ Tipp-Ex Komisyon Kararı, ATRG, L 222, 1987, s:1

²⁰ Aff. 277/87, Sandoz k. Komisyon, Rec. 1990, s:45

²¹ Aff. 61/80, Stremsel k. Komisyon, Rec. 1981, s:851

²² Aff. 209-215, 218/78, Van Landewyck k. Komisyon, Rec. 1980, s:3125

²³ BPICA I Komisyon Kararı, ATRG, L 299, 1977, s:18

²⁴ Aff. 71/74, Frubo k. Komisyon, Rec. 1975, s:1031 ve Navewa/Anseu Komisyon Kararı, ATRG, L 167, 1982, s:39

Komisyon, bir yandan birliklere üye olmanın bazı kurallara uyma zorunluluğu getirdiğini kabul etmekle birlikte diğer yandan birliklerin kurallarının da üyelerinin görüşlerinden oluştuğunu kabul etmiştir. Çimento davasında²⁵ Komisyon, bu görüşten hareketle, rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici eylemlerde bulunmanın teşebbüs tarafından birlik üyeliğinin önlenemeyecek bir sonucu olarak gösterilmesi çabalarına karşı çıkmıştır. Aynı şekilde, bu tip eylemlerin damping uygulamalarına ve ya üçüncü ülkelerden yapılan teşvikli ithalata karşı durmak amacıyla zorunluluktan doğduğu söylemini de kabul etmemiştir.

Türkiye'deki Rekabet Hukuku uygulamalarında da, Rekabet Kurulu'nun teşebbüs birlikleri kararı kavramını, Topluluk makamları ile aynı yönde yorumladığı ve 4. maddenin getirdiği yasaklamayı uygulamaya aynı biçimde aldığı görülmektedir.

Öte yandan, Rekabet Kurulu üyelerinin hammadde, ara mamul ve mamul stokları ile üretim ve satış istatistiklerini toplayarak sektörün ortak kullanımına sunan bir teşebbüs birliğinin uygulamalarının, üyeleri açısından Kanun'un 4. maddesinde belirtilen yasak uygulamalara olanak oluşturduğu/olusturabileceği biçimde belirsizlikleri ortadan kaldırdığı gerekçesiyle, teşebbüs birliğinin bu uygulamadan vazgeçmesi yönünde karar almıştır. Bu kararda ilgili sektör ve mamülün niteliğine göre bu tip bilgilerin rekabetin kısıtlanması tehditini oluşturmayacağı bir süre sonrasında üyelere duyurulabileceği ve bu bilgilerin üyeler bazında olmayıp genel toplamalar üzerinden olması halinde Rekabet Hukuku ile bağdaşabileceği görüşüne yer verilmiştir.

1.1.5. Uyumlu Eylem Kavramı

Rekabetin sınırlandırılması, kısıtlanması ve engellenmesine ilişkin olarak rakip teşebbüslerin kendi aralarındaki ilişkiler sonucunda birbirlerinden bağımsız olarak hareket etme serbestisini ortadan kaldıran, kendi aralarında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen çıkar yollu davranışlar bütünü olarak tanımlanabilen uyumlu eylemlerin, teşebbüs ve teşebbüs birlikleri tarafından alınan kararlar ve anlaşmalarla karşılaştırıldığında belirleyici olmayan müşterek bir hareket biçimi olduğu görülmektedir. Uyumlu eylem halinin varolabilmesi için bir sözleşmenin varlığı gerekmemektedir. Uyumlu Eylem'in 85. madde kapsamına alınmasının ana sebebi, teşebbüslerin ispatı zor olan eşgüdümlü davranışlarıyla rekabeti kısıtlamaya yönelik davranışlarının önüne geçilebilmesidir.

İleride daha geniş çerçeveye yer verileceği üzere, buradaki ispat unsuru ve ispatın müşküllüğü, uyumlu eylemleri, Kanun'un 4. maddesinde belirtilen diğer ya-

²⁵ *Ciment Komisyon Kararı, ATRG, L 343, 1994, s:1*

sak fiillerden farklı kılar. Bu nedenledir ki, Kanun'un 4. maddesinin son paragraf hükmü ile, beyine külfeti uyumlu eyleme taraf olduğu Rekabet Kurumu'nca isnad edilen taraflara geçer. Diğer bir deyişle, uyumlu eyleme taraf olunmadığının teşebbüslerce ispatı gerektirir. Zira 4. madde, Rekabet Kurumu'na "karine" ile uyumlu eylem olduğu yönünde iddia oluşturmaya olanak tanımakta, bu iddiasına dayanak olarak piyasalardaki fiyat değişimleri, arz-talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin sınırlandırıldığı piyasalara benzerlik gösterdiğinin tespitini yeterli kabul eder.

Topluluk uygulamalarına bakıldığında, ATAD'ın Suiker Unie vakasında uyumlu eylem hali çerçevesinde Topluluğun rekabet kurallarını tanımlarken, "her işletmenin ortak pazar içerisinde bağımsız olarak kendi politikasını saptaması veya saptayabilmesi gerektiği" ²⁶ olgusuna işaret ettiği görülmektedir.

ICI k. Komisyon davasında ise Yüce Divan uyumlu eylemi "Teşebbüsler arası koordinasyonun henüz anlaşma aşamasına ulaşmamış, ancak rekabetin doğurabileceği dezavantajlara karşı icrası mümkün işbirliği hali" ²⁷ şeklinde tanımlamıştır.

Öte yandan Suiker Unie & ORS k. Komisyon davasında ATAD, uyumlu eylemin içeriğini tekrar tanımlayarak, ICI davasının tanımındaki "koordinasyon" ve "işbirliği" terimlerini açıklamıştır.

Buna göre uyumlu eylem "teşebbüsler arasında, kendi bağımsız faaliyetlerinin yerine geçen, bir çeşit koordinasyon ya da icrası mümkün işbirliği halinin olması; bu koordinasyona doğrudan veya dolaylı bir temasla ulaşılması ve amacın "rakiplerin gelecekteki faaliyetleri hakkındaki belirsizlikleri daha önceden ortadan kaldırmak" olmasıdır". ²⁸

Ancak ATAD, sürekli olarak rakiplerin faaliyetlerinin birbirleriyle aynı doğrultuda olması ve bu sebeple rakip teşebbüslerin hareketlerinin etkilenmesi sonucunu doğuran her durumun uyumlu eylemin varlığına yeterli kanıt olmadığını da kabul etmektedir.

Bununla birlikte Ahlström & Ors k. Komisyon davasında, Yüce Divan yukarıda anlatılanlara karşın oldukça değişik bir karar aldığı görülmektedir.

Buna göre:

"AT Antlaşması, teşebbüslerin rekabetin gerektirdiği oluşumlara akıllıca ayak uydurmalarını engellemeyebilir. Buna karşılık, eğer rakiplerin faaliyetlerinin birbirleriyle aynı doğrultuda olması olağan pazar şartlarının dışında ürünlerin yapısı, teşebbüslerin büyüklüğü ve sayısı ya da pazar hacmi ile ilgili durumlarda bir değiş-

²⁶ Aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, *Suiker Unie k. Komisyon, Rec. 1975, s:1663*

²⁷ Aff. 48/69, *ICI k. Komisyon, Rec. 1972, s:619*

²⁸ Aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, *Suiker Unie k. Komisyon, Rec. 1975, s:1663*

me yol açıyorsa, bu aynı doğrultudaki faaliyetler uyumlu eylem için bir kanıt olarak öne sürülebilir".²⁹

Öte yandan yukarıda incelenen ICI k. Komisyon davasında, davalı firmalar, teşebbüslerin fiyat oluşumlarının aynı doğrultuda olmasının, oligopolistik bir sektörde pazar liderlerinin fiyat arttırmalarına karşı doğal bir tepki olduğunu savunmuşlardır.

Ancak Komisyon, davalı firmaların bu savını kabul etmeyerek, firmaların fiyatlandırmalarıyla ilgili olarak önceden teşebbüsler arasında detaylı bir anlaşma olmadandan da, üreticilerin devamlı olarak çeşitli ürünlerde aynı oranda ve yaklaşık aynı zamanda fiyat arttırmalarının ve bağlı kuruluşlarına fiyat artışları ile ilgili talimatlarında benzer kelimeler kullanmalarının uyumlu eylem halinin varlığına yeterli kanıt teşkil ettiğini kabul etmiştir.

Ayrıca, Komisyon'un incelemelerinde, üreticilerin sık sık biraraya geldikleri ve fiyatları tartıştıkları ve bunun sonucunda uyumlu eylem içerisine girdikleri ortaya çıkmıştır.

Yüce Divan, Komisyon'un kararını onaylayarak, üreticilerin yaklaşık aynı zamanda, aynı pazarlarda ve aynı ürünlerde fiyat arttırmalarında bulunmalarının akıllmaz olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, Yüce Divan, Komisyon'un öne sürdüğü bağlı kuruluşlara verilen talimatlarda benzer kelimelerin kullanılması ve sektördeki teşebbüslerin sık sık bir araya gelerek toplantı yapması gibi diğer bulguları gözönünde bulundurmamıştır.

Buna karşılık, Suiker Unie & ORS k. Komisyon davasında ise Yüce Divan, haberleşme, teleks mesajları ve toplantı tutanaklarını, Komisyon'un uyumlu eylemin varlığına delil olarak gösterdiği belgeleri incelemiştir.

Sonuç olarak, ATAD, bir Alman ile iki Hollandalı şeker üreticisi arasındaki Hollanda pazarı için iddia edilen uyumlu eylem durumunu kanıtlamaya yönelik Komisyon'un bulgularını delil olarak kabul etmiştir.

Ahlström & Ors k. Komisyon davası ise, Komisyon'un üçer aylık dönemlerle yapılan fiyat duyurularının uyumlu eyleme kanıt oluşturduğuna dair savına ilişkindir.³⁰

Komisyon, üçer aylık dönemlerle fiyat açıklama yöntemlerinin ve duyuruların ardarda, fiyat artışlarının da aynı oranda olmasını uyumlu eylem olarak kabul ediyordu. Komisyon'un üreticiler arasında uyumlu eylem olduğuna dair başka kesin bir kanıt bulamaması nedeniyle, 1975-1981 dönemi fiyat duyurularının paralelliğinin uyumlu eylemin oluşması için kesin ve geçerli bir mesnet oluşturup oluşturmadığı savının düşünülmesi gerekiyordu.

³⁰ Aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, *Suiker Unie k. Komisyon, Rec. 1975, s:1663*

ATAD, Kararı'nın başlıca gerekçelerine bakıldığında, kağıt hamuru üretimi pazarına özel bir takım hususlara yer verdiği görülmektedir:

- "• Davaya konu olan kağıt hamuru üretimi pazarının uzun dönemli bir pazar olmasından dolayı, fiyat duyuruları sisteminin bu pazarın olası bir sonucu olduğuna,
- Alıcıların ve satıcıların ticari riskleri kısıtlama ihtiyacına karşın akılcı bir cevap oluşturduğuna,
- Fiyat duyuru tarihlerindeki benzerliğin, pazarın şeffaflığının doğrudan sonucu olduğunu,
- Fiyatlardaki ve fiyat eğilimlerindeki paralelliğin, pazarın oligopolistik yapısıyla ve belli dönemlerde oluşan belirli durumlarla açıklanabilirliğine."

Meseleye bu açıdan bakıldığında, Komisyon'un öngördüğü aynı doğrultudaki davranışlar uyumlu eylem olduğuna dair delil teşkil etmemektedir.

Neticede; Adalet Divanı, uyumlu eylem tesbitinin ekonomik göstergelerini incelerken, ICI Komisyon davasında sadece üreticilerin çeşitli ürünlerde aynı oranda ve yaklaşık aynı zamanlardaki fiyat artışlarını göz önüne alırken, Ahlström & Ors k. Komisyon davasında ise ekonomik göstergelere daha fazla ağırlık verip, bu davada fiyat duyuruları sisteminin oluşumunda pazarın uzun dönemli olması , tarafların ticari riskleri kısıtlama ihtiyacı, pazarın şeffaflığı ve oligopolistik yapısını da değerlendirmeye almıştır. Buna istinaden, Adalet Divanı uyumlu eylem halinin kanıtlanması için asgari bir standart oluşturmaya çalışmıştır.

Halbuki Komisyon, ICI k. Komisyon davası sırasında, rakip firmaların gelecekte uygulayacakları tutumları önceden birbirlerine bildirmelerinin ve böylece kendi tutumlarını bu bilgiye dayanarak ve diğer firmaların da aynı doğrultuda davranacağını gözönüne alarak ayarlamalarının yeterli delil olacağını belirtmiştir.

Buna karşılık ATAD, Ahlström & Ors k. Komisyon davasında, Komisyon'un üç aylık dönemlerle fiyat duyuru sisteminin, Kurucu Anlaşma'yı ihlal ettiğini ya da böyle bir sistemin uyumlu eylem için daha evvelki aşamalarda duyurulmuş fiyatların delil teşkil ettiğini belirten savını reddetmiştir.

Yüce Divan şöyle bir açıklama yapmıştır:

"Bu davada iletişim, kullanıcılara duyurulan fiyatlardan oluşur. Pazarın tutumu da teşebbüsler için rakip firmaların ilerde izleyeceği politikaların ne olabileceği üzerine belirsizlikleri azaltmamaktadır. Herbir teşebbüs bu tavır içerisinde olduğunda, diğerlerinin gelecekteki tutumları evvelden kesin olarak bilinemez".³¹

Uyumlu eylemin tanımı ayrıca zaman içerisinde teşebbüslerin şu ilişkilerini de kapsamak üzere Komisyon tarafından genişletilmiştir: "Bir kartelin çevresinde olan

31 Aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, Suiker Unie k. Komisyon, Rec. 1975, s:1663

ancak bu kartelle işbirliği içinde bulunan ve bilerek kendilerini bu kartelin amacı-
la bağdaştıran teşebbüsler uyumlu eylem içinde addedilir".³²

Nitekim LdPE k. Komisyon davasında, Komisyon, üreticileri iki kategoriye ayır-
mıştır:

- kartelin kurulmasında ve gelişmesinde rol alan üreticiler
- kartelin çevresinde rol alan üreticiler

Komisyon'a göre, "herhangi bir teşebbüsün kartelle doğrudan veya dolaylı ola-
rak ilişki kurması ve kendini gayrinizami bir şekilde kartel ile ilintilendirmesi duru-
munda kartelin içinde asli rolü olmamasına rağmen, bu teşebbüs uyumlu eylem için
bir taraf olabilir. Örneğin; kartelin bir üyesiyle muhtemel fiyat artışları üzerine ara-
da bir yapılan telefon konuşmaları ve yerel toplantılar gayrinizami bir ilişkinin ku-
rulduğuna ve uyumlu eyleme yeterli delil teşkil eder".³³

Tekrar Türkiye'deki Rekabet Hukuku uygulamalarına dönersek, uyumlu eylem
hususunun Türkiye'de Avrupa Topluluğu'ndan da ileri boyutta önem taşıdığını gö-
rürüz. Zira Kanun'un 4. maddesi hükümleri, fiyat değişimleri, pazar tercihleri (pay-
laşimleri), arz-talep dengesindeki değişimlerin rekabetin sınırlandırıldığı piyasalara
benzerlik göstermesi karinesi üzerine, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde oldu-
ğu sonucuna ulaşmasına olanak tanımakta; objektif ve rasyonel gerekçelerle aksi-
nin ispatı ile teşebbüslerin sorumluluktan kurtulabilecekleri esasını getirmektedir.

Bu nokta, Türkiye'deki iş kesiminin meseleyi kavrayabilmesi açısından son de-
rece önem taşımaktadır. Zira Türkiye'nin Topluluk pazarlarından ayrıldığı en belir-
gin özelliklerden biri, piyasaların yüksek enflasyona maruz kalmasıdır.

Rekabet Hukuku, teşebbüslerin "akıllıca ayak uydurma" biçimindeki piyasa
davranışlarının, "rekabetin var olması" halinde uyumlu eylemden kaynaklanmadığı-
nı kabul etmektedir. Yani arz ile talep arasındaki sağlıklı dengede, tüm teşebbüsle-
rin bu dengede oluşan fiyata akıllıca ayak uydurmaları neticesinde oluşan eşit se-
viyedeki zam oranlarının veya fiyat uygulamalarının, uyumlu eylem neticesinde be-
lirlendiği iddia edilmemektedir.

Farklı teşebbüsler açısından fiyat artışlarının aynı ekonomik şartlardan kaynak-
lanması, doğal olarak bir uyumlu eylem olarak kabul edilmese de, işletmelerin fark-
lı mali yapıları, farklı faktör maliyetleri, ölçekleri ve fiyata etki yaratacak birçok un-
surda farklı özellikler taşıması karşısında, müşterek dış çevre faktörü olan enflasyo-
nun varlığını çoğu zaman "akıllıca ayak uydurmak için zorunlu kalınan faktör" ola-
rak değil, fiyat kartelli oluşturma fırsatının "akıllıca yönlendirildiği" uygulamalar ola-
rak ele alınabilecektir.

³² PVC Komisyon Kararı, ATRG, L 74, 1989, s:1

³³ LdPE Komisyon Kararı, ATRG, L 74, 1989, s: 26

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, nominal fiyat artışlarından ziyade reel anlamda fiyat artışlarında yaşandığı düşünülen uyumlu eylemlerin rekabet ihlallerine iddia konusu olabileceğidir. Reel fiyatın yanısıra, stoklar, piyasa giriş süreçleri ve pazarlama teknikleri gibi diğer konuların fiyat artışlarını etkileyebilecek diğer önemli unsurlardan bazıları olduğu gözönünde bulundurulursa, enflasyonist ortamda oluşacak fiyat hareketlerinin, AT'de oldundan daha dikkatli bir biçimde incelenmesi faydalı olacaktır.

Enflasyonist ortamda teşebbüslerin sermaye kârlılığı ve alternatif maliyet unsurunu göz önünde bulundurarak fiyat ayarlamaları yapmaları, doğal olarak Rekabet Hukuku'na aykırılık teşkil etmemektedir. Fakat, bu ayarlamaların münferit mali unsurlar neticesinde, ekonomik ve rasyonel olması gerekmektedir. Farklı mali yapılarla sahip olunmasına rağmen, eş zamanlı ve eşit oranlarla zam uygulamaları, çoğu zaman "akıllıca ayak uydurma" olarak değil, "rekabetten kaçınma" olarak ele alınmaktadır. Bu noktada dikkat edilecek husus, herhangi bir teşebbüsün rakiplerinden bağımsız olarak fiyat zammı yapmama olanağının bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir. Bu olanak yoksa, uyumlu eylem iddiası da oluşamaz. Fakat "zam yapmama", bir diğer deyişle "rekabet arama" imkanı olduğu halde tüm teşebbüslerce uyulan fiyat davranışı, ihlal iddiasını gündeme getirebilecektir. Böyle bir iddia karşısında, teşebbüslerin "ekonomik ve rasyonel" gerekçelerle uyumlu eylemde bulunmadığının ispatlanması gerekecektir. Bu ispat için ise, faaliyet gösterilen sektörün genel yapısı ve ilgili teşebbüsün konumu önem kazanmaktadır. Eğer bu fiyata teşebbüsün uyması, pazar liderinin veya arz ile talebin belirlediği fiyata akıllıca uymak olarak değerlendirilebilecekse, bu durumda teşebbüs sorumluluktan kurtulabilecektir. Yani teşebbüs, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak aksini ispat edebilecektir. Fakat, teşebbüsler arasındaki iletişimin, rakiplerin ticari kararlarındaki belirsizlikleri ortadan kaldıracağı ölçüde olduğu tespit edilirse ve reel zamların frekans ve seviyeleri zorunlu olmadığı halde eşit olarak tespit edildiği görülürse, "enflasyonun varlığı" uyumlu eylemin bulunmadığı anlamında bir açıklama olarak değerlendirilmeyecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, uyumlu eylem bahsi, yalnızca fiyat hareketleri ile ilgili değildir. Bir teşebbüsün sistematik olarak rakibi konumundaki bir teşebbüsün faaliyet alanına girmekten kaçınması, eğer rakibi tarafından da benimsenmiş bir uygulamaysa, piyasalar bölüşülmüş olarak addedilmektedir. Bir teşebbüsün rakibinin faaliyet bölgesine girmemesi, çoğunlukla "rekabetsizliğe çağrı" olarak ele alınmakta, rakibinin de bu belirgin olmayan çağrıya uyum göstererek diğerinin faaliyet bölgesine girmemesi, uyumlu eylemin varlığını göstermektedir. Bunun bir uyumlu eylem olmadığının ispatı, yalnızca teşebbüsün "başka şekilde davranmasının ekono-

mik olarak mümkün olmadığını" ispatlaması ile anlam kazanabilecektir. Örneğin hukuki engeller, tüketici davranışı kalıpları, maliyetler gibi birçok objektif ve rasyonel gerekçe piyasaların yapısal olarak birbirlerinden ayrılmasına neden oluşturabilir. Bu durumda bu iki piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerinin piyasalarında faaliyet gösteremiyor olmaları rekabetten kaçınma olarak ele alınamaz. Fakat maliyet unsurları nedeniyle var olan rekabet etme gücünden imtina etmek, arz fazlasının diğer piyasalara yönlendirilmesi, girilemediği iddia edilen piyasa ile aynı yapıdaki diğer piyasalarda sürdürülen faaliyetler gibi bir dizi faktör de bu incelemede önem kazanmaktadır.

Uyumlu eylemler ile ilgili bir diğer önemli bahis, arz veya talep boykotu uygulanması ile ilgilidir. Teşebbüsler "müşterek sorunlarını" kimi zaman Kanun'un 4. maddesine aykırı davranışları uyumlu eylem ile uygulayarak çözme eğilimindedirler. Müştereken tedarikten imtina etmek, talep boykotu ile bir teşebbüsün faaliyetlerini zora sokma amacını taşıyabilir. Yahut müştereken arz boykotu uygulamak, belirli alıcıları piyasa dışına çıkarmayı hedefliyor olabilir. Bu tip uygulamalar açısından Kanun'un 4. maddesini "hakim durumda olmayan teşebbüslerin müştereken güç birliğine girmeleri suretiyle rekabeti sınırlama eylemlerine getirilen yasaklar" olarak algılamak yanlış olmaz. Bir teşebbüsün "münferiden rekabet piyasalarının işleyişini etkileyebilecek gücünün bulunmaması ve alternatif temin olanaklarının kolaylıkla bulunması" halinde, arz veya talepten imtina etmesi, Rekabet Hukuku'nda yasak değildir. Fakat aynı konumdaki birçok teşebbüsün aynı davranışı benimseyerek, aralarında hiç bir anlaşma bulunmasa dahi faaliyetlerini organize etmeleri, Kanun'un 4. maddesi kapsamında uyumlu eylem olarak tanımlanır ve yasaktır.

1.1.5.1. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Arasındaki Fark

Topluluk Rekabet Hukuku uygulamaları açısından incelendiğinde, anlaşma ve uyumlu eylemler ayrı ayrı kavramlar olabilmekle birlikte birbirlerinin devamı niteliğinde de olabilirler. Bir uyumlu eylem, rekabeti bozma amacını güden bir anlaşmanın devamı olabilir. Ancak, söz konusu kavramlar, tek başlarına da bir vakaya konu olabilirler. Burada üzerinde önemle durulması ve bilinmesi gereken husus, bir anlaşmanın varlığının tespiti ihlale konu olabilirken, bir uyumlu eylemin varlığının tespiti, ortak niyetin ispatına kadar ancak "ihlal iddiasına" konu olabilir.

Bir uyumlu eylemin ihlale konu olarak kabul edilebilmesi için, taraflar arasında bir yükümlülük veya görev dağılımını somut olarak ortaya koyamayan bir mutabakatın veya ispatı mümkün olmayan bir uzlaşmanın varolması gerekmektedir. Her durumda da, tarafların ortak hareket etmeleri esastır. Bu durumda da, ortak hareketi doğuran paralel davranışların ne tür pazar şartlarında ortaya çıktığı dikkate alınmaktadır.

Flat Glass adı altında bilinen Società Italiano Vetro k. Komisyon davasında Bidayet Mahkemesi: "rekabeti bozucu nitelikte olduğu iddiasıyla yargıya intikal eden uyumlu eylemlerin ihlal niteliği taşıyıp taşımadıklarının tespitine, uyumlu eylemin vuku bulduğu pazarın yapısı göz önüne alındıktan sonra hüküm verilebilir ve ihlal iddiası taşıyan uyumlu eylemlerin amaç ve etkilerinin, içerisinde bulundukları pazar şartları soyutlanarak tespit edilemeyeceği" kararını vermiştir. ³⁴

Anlaşmaların rekabet hukuku açısından incelenmesi sırasında, ilgili pazar şartlarının gözönünde bulundurularak, anlaşma hükümlerinin rekabeti bozucu, kısıtlayıcı veya engelleyici unsurlar içerip içermediği dikkate alınır. Bu durumda da, ilgili ürün, ilgili ürünü üreten üreticilerin sayısı ve büyüklükleri ve "ilgili ürünün çeşitli özellikleri gözönünde bulundurularak yürürlüğe konan ve ürünün ticari aşamalarında ilgili pazarda, doğal şartlarda oluşması gereken rekabet ortamının tesisini doğrudan etkileyen diğer hukuki mevzuatlardan oluşan pazar şartları" dikkate alınır.

Flat Glass davası, yukarıda belirtilen şartların Komisyon tarafından dikkate alınmaması sonucunda Bidayet Mahkemesine intikal etmiştir. Bidayet Mahkemesi de Komisyon'u, Topluluk içtiyatını, gayri ciddi bir yaklaşımla, yeterli ve somut bulgular elde etmeden devreye soktuğu için kınamıştır.

Völkl k. Etablissements J. Vervaecke ³⁵ davasında da, uyumlu eylemin rekabeti kısıtlayıcı etki yaratıp yaratmadığına dair bir kararın, pazar şartları dikkate alınmadan verilemeyeceği hükmüne varılmıştır.

Sonuç olarak, Topluluk Rekabet Hukuku'nda olaya iki açıdan bakılmaktadır; bir uyumlu eylemin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığına karar verilebilmesi için, bir taraftan uyumlu eylemdeki kötü niyetin ispat edilmesi, bir diğer taraftan da pazarın özel şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bazı durumlarda da, bu unsurların birlikte değerlendirildiğini belirtmekte fayda vardır.

1.1.5.2. Topluluk Rekabet Hukuku'nda Uyumlu Eylemlerde İspat Vasıtaları

Türkiye'de Rekabet Hukuku uygulamalarının yeni başlamış olması ve birçok rekabet soruşturmasının uyumlu eylem iddiası üzerine açılmış olması ile birlikte, mevcut durumda, uyumlu eylemlerin ispat vasıtalarına ilişkin alınmış bir Rekabet Kurulu Kararı henüz bulunmadığı için somut açıklama yapmak mümkün değildir. Türk Rekabet Hukuku uygulamalarında, uyumlu eylemlere ilişkin önceki "uyumlu eylem kavramı" bölümünde, Kanun'un işleyiş biçimi Türkiye örnekleri ile anlatılmış ve Türk iş kesimi için meselenin önemi vurgulanmıştır. Aşağıda, Topluluk Rekabet Hu-

³⁴ Aff. T-68, 77, 78/89, Società Italiano Vetro k. Komisyon, Rec. 1992, s:1403

³⁵ Aff. 5/69, Völkl k. Etablissements J. Vervaecke, Rec. 1969, s:295

kuku'nda uyumlu eylemlerin ispat vasıtaları, Topluluk makamlarının karar ve görüşleri doğrultusunda somuta indirgenmektedir.

Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasının uygulama aşamasında ortaya çıkan sorunların başında, uyumlu eylemlerin ispat edilmesi sorunu gelmektedir. Uyumlu eylem içerisinde olduğu düşünülen teşebbüslerin, piyasa içerisindeki ticari davranışlarının tam olarak tespit edilemediği durumlarda uyumlu eylemin tespiti ve ispatı için ilgili teşebbüslerin rekabetin kısıtlanmasına ya da engellemesine yol açan ve ortak çıkarlarının gözetilmesine dair eylemlerinin tespit edilmesi gibi çeşitli ispat vasıtaları bulunmaktadır. Bu noktada iki tür ispat tarzından söz etmek mümkündür: Doğrudan ispat ve karine vasıtasıyla ispat.

Doğrudan ispat:

Bazı durumlarda, teşebbüslerin çıkar ortaklıkları doğrudan tespit edilebilmektedir. Hasselblad vakasında³⁶, fotoğraf malzemesi üreten bir firma ve çeşitli Topluluk ülkelerinde faaliyet gösteren altı tek elden dağıtıcısının, ürünlerin Üye Ülkeler arasındaki ticaretini engellemeye yönelik bir uyumlu eylem içerisinde oldukları doğrudan ispat edilmiştir.

Uyumlu eyleme taraf teşebbüsler, zaman zaman paralel ticaretten rahatsızlık duyup, ilgili ürünlerin üye ülkeler arasında ticareti ile iştigal eden teşebbüslere bir daha paralel ticaret yapmayacaklarına ve bunu yapanlarla mücadele edeceklerine ilişkin yazılar dahi yazmışlardır. Bunun en iyi örneği, Komisyon'un, Hasselblad vakasında uyumlu eyleme taraf teşebbüslerin birbirleriyle gerçekleştirdikleri ve paralel ithalatlardan duydukları rahatsızlıkları konu alan yazışmalarını ele geçirmiş olmasıdır. Komisyon ayrıca, aynı teşebbüslerin hitaben yazmış oldukları benzer içerikli mektupları ve bu mektupların muhattaplarının, cevap yazılarını da ele geçirmiştir.

Hasselblad vakasına konu uyumlu eylem; tarafların, davadan önce 67/67 Sayılı Tüzük³⁷ uyarınca bildirimini yaptıkları, tek elden dağıtım anlaşmalarındaki ihracat yapmamaya ilişkin hükümlere de Komisyon'un itiraz etmiş olduğu dikkate alındığında, daha açık bir şekilde Komisyon tarafından kesinlik kazanmıştır.

Karine vasıtasıyla ispat:

Bazı durumlarda ise, teşebbüslerin çıkar ortaklıkları doğrudan tespit edilememekte ve dolayısıyla, karine vasıtasıyla ispat yoluna başvurulmaktadır. Bu metod ilk defa Compagnie Royal Asturienne des Mines & Rheinzink k. Komisyon³⁸ davasıyla geçerlilik kazandı. Bu vakada Yüce Divan, "Komisyon, ilgili teşebbüslerin para-

³⁶ Aff. 86/82, Hasselblad Ltd. k. Komisyon, Rec. 1984, s:883

³⁷ 2591/72 Sayılı Komisyon Tüzüğü (L 276, 1972) ve 3577/82 Sayılı Komisyon Tüzüğü (L 373, 1982) ile değişik 67/67 Sayılı Komisyon Tüzüğü, ATRG 57, 1967, s:849

³⁸ Aff. 29-30/83, Compagnie Royal Asturienne des Mines & Rheinzink k. Komisyon, Rec. 1984, s:1679

lel davranışlarının, bu teşebbüslerin arasında mevcut bir uyumlu eylemden kaynaklandığına ilişkin yeterli derecede güçlü ve rabıtalı ispat unsurlarına ulaşamamıştır"³⁹ hükmüne varmıştır.

Bu vakada, bir Fransız ve bir Alman çinko üreticisi, Almanya'ya satış yapan Belçikalı bir ithalatçıya uyumlu eylem vasıtasıyla arz boykotu kararı almış ve bu ürünün paralel ithalat yoluyla Almanya pazarına girmesini engellemiştir. Bu hareketin ana sebebi, üreticilerin Almanya pazarı dışında satılacağını düşündükleri çinkoların tekrar Almanya'da satışa sunulmasıydı. Komisyon Kararı'nda üreticilerin, ithalatçıya mal vermeyi durdurmalarının aralarında bilgi alışverişi olmaksızın, aynı anda gerçekleşmesinin mümkün olamayacağı belirtilmekteydi.

Yüce Divan, üreticilerin, Komisyon'un tezlerini çürütebilecek ve Komisyon'un varmış olduğu sonucun aksine iddiaları öne sürerek bir savunma geliştirebileceklerini belirtmiş ve öte yandan bir ihlal sözkonusu olsa dahi, bu ihlalin sadece varsayım ile ispat edilemeyeceğini belirtmiştir. Üreticiler ise, Adalet Divanı'nda Komisyon'un, uyumlu eylem olduğunu kanıtlamaya dair yeterli ispat vasıtalarına sahip olmadığını ve Komisyon'un, iddia ettiği görüşlerin dışındaki oluşumları gözardı ettiği tezini öne sürmüşlerdir. Bu sebeplerden dolayı Adalet Divan'ı, Komisyon Kararı'nı da iptal etmiştir.

Yukarıda belirtilen çinko davasına benzer bir tezi daha kuvvetli ispat vasıtalarıyla öne süren Komisyon, Pioneer firması'nı⁴⁰, bazı tek elden dağıtıcılarıyla birlikte, Pioneer ürünlerinin İngiltere ve Almanya üzerinden Fransa'ya girişini engellemeye yönelik bir uyumlu eylem içerisine girmesini mahkum etmek için yeterli görmüştür.

Karine yoluyla ispat yöntemi göz önünde bulundurulduğunda, birçok firmanın taraf olduğu, yıllarca süren ve pazar paylaşımı gibi kapsamlı ihlalleri konu alan yatay uyumlu eylemler, basit bir iddiaya, varsayım veya yeterince kuvvetli olmayan delillere dayandırılarak hükme bağlanabilecek nitelikte değildir. Yukarıda incelenen davaların çoğu, dikey yapıda, az sayıda firmanın taraf olduğu kısa dönemli uyumlu eylemleri konu almaktadır. Dikey yapıdaki uyumlu eylemlerde taraflar, genellikle doğrudan ispat vasıtalarını ortadan kaldırmaya yönelik davranışlar içerisine girmektedirler.

Böyle durumlarda en geçerli ve rasyonel ispat vasıtası olarak, pazar yapısı analizlerine dayandırılan ispat yöntemleri kullanılmaktadır.

Pazar yapısının göz önüne alınarak ispat vasıtası olarak değerlendirildiği ilk vaka *Matières Colorantes* vakası'dır.⁴¹

Komisyon'un, aynı zamanda ve oranlarda yapılan fiyat artışlarının, rekabet hu-

³⁹ De ROUX X. & VOILLEMONT D: *Les Ententes*, Dictionnaire Jolly Concurrence, Paris, 1997, s:26

⁴⁰ Pioneer Komisyon Kararı, ATRG, L 60, 1980, s:21

⁴¹ *Matières colorantes* Komisyon Kararı, ATRG, L 195, 1969, s:11

kuku anlamında ve ilgili piyasa şartlarında uyumlu eylem teşkil edip etmediğine dair yapmış olduğu inceleme ve kararlara verilebilecek bir örnek de renklendirici madde üreticilerine ilişkin olanıdır. Komisyon, renklendirici madde üreticisi birçok büyük teşebbüsün neredeyse aynı zamanda ve aynı oranlarda fiyat artışına gitmeleri üzerine, inceleme başlatmıştı. Üreticiler, Komisyon'un ihlal iddiaları üzerine oligopolistik bir pazar yapısı sergileyen renklendirici madde pazarında, rakip teşebbüslerin benzer kararlar almasının kaçınılmaz olduğu tezini öne sürmüşlerse de; Komisyon, elde ettiği bulguların da doğrultusunda, aynı zaman ve oranlarda yapılan bu fiyat artışlarının sadece pazarın oligopolistik yapısından kaynaklanmadığını belirterek bu tezi kabul etmemiştir.

Ancak, "Komisyon, yapmış olduğu bu açıklamayla, aynı zaman ve oranlarda yapılan fiyat artışlarının, sadece ilgili pazarın oligopolistik yapısından kaynaklandığı durumda uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceği fikrini de dolaylı olarak kabul etmektedir".⁴² Bu kararında Komisyon, fiyatların artış oran ve dönemlerini incelerken, renklendirici madde pazarının üye ülkeler arasında farklılıklar gösterdiğini ancak üreticilerin fiyat artışlarını pazar farkı gözetmeksizin, bütün üye ülkeleri kapsayacak bir biçimde gerçekleştirdiğini tespit etmiştir.

ATAD, yukarıdaki örneğe benzer bir vakada, "teşebbüslerin benzer davranışlarının, tek başına bir uyumlu eylemin varlığının tespitinde yeterli olmadığı durumlarda, bu benzer davranışların, ürünün vasfı, teşebbüslerin sayıları ve büyüklükleri ve pazar hacmi de dikkate alındığında normal pazar koşullarıyla bağdaşmayan bir rekabet ortamının doğmasına yol açması, ve böyle bir durumda da, teşebbüslerin benzer davranışlarının rekabetçi bir piyasada olması gerekenden farklı, Ortak Pazar'da malların serbest dolaşımını engellemeye yönelik ve tüketicilerin, sağlayıcılar arasında tercih yapma özgürlüklerini kısıtlayan bir fiyat dengeleme arayışına meydan verecek seviyelere ulaşması, ilgili ürün pazarının özelliklerinin ve uyumlu eylemin varlığına dair bulguların bir bütün olarak değerlendirilmesi kaydıyla önemli bir delil olarak değerlendirilebilir"⁴³ hükmüne varmıştır.

ATAD, bu hüküm doğrultusunda, renklendirici madde üreticisi teşebbüslerin, 1964, 1965 ve 1967 yıllarında uyguladıkları fiyat artışlarının bir uyumlu eylemin neticesi olduğu kararına varmıştır. Böylelikle konuya ilişkin ATAD içtihadı da oluşmuştur.

İçtihatlar, ispat vasıtaları ile ilgili geçerli sentezler ortaya koymaktadır. Bu nedenle, Topluluk içtihatları içerisinde ispat vasıtalarıyla ilgili yukarıda incelenen yöntemlerin bir gruptandırmasını yapmak mümkündür.

⁴² De ROUX X. & VOILLEMONT D: *Dictionnaire Jolly Concurrence*, Paris, 1997, s:27

⁴³ Aff. 48/69 *Impérial Chemical Industries k. Komisyon*, Rec. 1972, s:619

Topluluk hukukunda uyumlu eylemler, kuvvetli ve rabıtalı karineler vasıtasıyla kanıtlanabilmekte ve ihlal olarak değerlendirilebilmektedir. Bu sebeptendir ki, doğrudan ispat vasıtalarının mevcut olmadığı durumlarda karine vasıtasıyla ispat yoluna başvurulur.

Teşebbüslerin benzer davranışlarına pazarın, doğal şartlarının yol açığının kanıtlanması dışındaki hallerde, teşebbüslerin benzer davranışlarının, ilgili pazarda oluşması gereken doğal rekabet şartlarından farklı bir rekabet ortamının ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği düşünülür ve bu durum uyumlu eylemin varlığına dair önemli bir delil teşkil eder. Örneğin, "fiyatlar sözkonusu olduğunda, şayet bir teşebbüsün, rakiplerinin piyasadaki hareketlerini birebir takip ettiği, pazarda fiyat belirleyici rolü oynayan teşebbüsün fiyat politikasını takip ettiği veya ilgili pazarın yapısının (mesela devlet müdahalelerinin söz konusu olduğu pazarlar) bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin farklı fiyat politikaları gütmelerine izin vermediği tespit edilirse, sözkonusu teşebbüsün bir uyumlu eyleme taraf olduğu iddia edilememektedir".⁴⁴

1.1.6. Rekabet Hukuku'nda Bir İstisna: Tek Ekonomik Bütünlük Kavramında Ana Teşebbüs ve Bağlı Unsurları Arasındaki Uyumlu Eylem Hali

Teşebbüs kavramı ile tek ekonomik bütünlük kavramı önceki başlıklarda incelenmiştir. Genel hatları ile teşebbüs kavramı yeniden tanımlanırsa, ekonomik olarak bağımsız birimler tarafından oluşturulan her bir unsurun teşebbüs olduğu söylenebilir. Öte yandan tek ekonomik bütünlük kavramı, hukuken birbirlerinden bağımsız olan ekonomik birimlerin, ekonomik olarak birbirlerine bağlı olmaları durumunda, bu bağlantıyla kurulan ekonomik unsurlar bütünüdür.

Bu noktada, 4054 sayılı Kanun'un Kapsam maddesinin hatırlanmasında yarar vardır: "... her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı... bu Kanun kapsamına girer". Yani Rekabet Hukuku, 4. maddesinin uygulanması açısından bir teşebbüsü oluşturan bağımlı ekonomik unsurlar arasındaki davranışları kapsamaz. Fakat nereye kadar? Bu konu, Avrupa Topluluğu'nda olduğu gibi Türkiye'de de önemli münakaşaları beraberinde getirecek niteliktedir.

Bu konu, öte yandan, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulaması ile hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yasaklar getiren 6. maddesinin uygulaması arasında köprü kuracak niteliktedir. Zira Kanun'un 6. maddesi, bir piyasada edinilen gücün, bir diğer piyasadaki rekabetin bozulmasını amaçlayan eylemler için kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu madde, tek ekonomik bütünlük kavramı içinde ye-

⁴⁴ De ROUX X.& VOILLEMONT D: *Dictionnaire Jolly Concurrence*, Paris, 1997, s:31

ralan unsurların aralarında yaptıkları çıkar yollu uygulamaları, Kanun'un 4. maddesi kapsamında yasaklanmamış olmasıyla beraber, bir başka yoldan Kanun'un kapsamına sokmakta ve 6. madde ile yasaklamaktadır.

Bu noktada Rekabet Kanunu'nun, Kurucu Antlaşma'nın 86. maddesinde belirtilmemiş olan bir uygulama alanı yarattığı söylenebilir. Rekabet Kanunu'nun bu noktaya erişmesi süreci, Topluluk içtihat hukukunun gelişme süreci ile ilintilendirilmelidir. Zira topluluk içtihadı, 85(1) madde uygulamalarından yola çıkarak, 86. madde uygulamalarını da şekillendirmiş ve tek ekonomik bütünlük kavramı ile ilgili ihtilaflarda hangi vakaların 85(1) kapsamında yer almadığı halde 86. maddeye aykırılık teşkil ettiğini belirlemiştir.

Komisyon'un, rekabet ilişkisini gözönünde bulundurmasının zorunlu ve öncelikli olduğu konuların başında, ilişkili kuruluşlar arasında yapılan anlaşmaların 85. madde kapsamına girip girmediği hususu gelmektedir.

Bu konuda bir takım tereddütler de mevcuttur. Bununla ilgili olarak, bir kuruluşla, bu kuruluşun tamamına sahip olduğu bir başka kardeş kuruluşun aralarında yapacağı bir anlaşma 85. madde kapsamına girmemektedir, çünkü aralarında bir rekabet ilişkisi yoktur. Nitekim, Komisyon, Christiani ve Nielsen adındaki bağlantılı şirketlerin aralarında yaptıkları anlaşmanın, Christiani'nin ve Nielsen'in tümüne sahip olması sebebiyle sadece iş bölümü yapmaya yönelik bir anlaşma olduğu kararına varmıştır.⁴⁵

ATAD da Komisyon'un görüşünü onaylayarak, ekonomik varlık veya bütünlük kavramı ile ilgili olarak kardeş kuruluşlar arası anlaşmaların 85. madde kapsamına girmediği kanaatine varmıştır.

Bu konuyla ilgili olarak; Commercial Solvents k. Komisyon davasında⁴⁶ ATAD'ın yorumu; ayrı bir tüzel kişiliğin, ekonomik olarak bağımsız hareket edemesini bir kavram olarak geliştirmesi üzerinedir. Böylelikle bir teşebbüs, piyasadaki faaliyetlerini bağımsız olarak belirleyemediği sürece, bağlı olduğu diğer kuruluşlar ile arasında bir ekonomik bütünlük oluşturmuş olmaktadır.

Kardeş kuruluşlar arasındaki anlaşmalarda yoruma açık noktalar bulunmaktadır. İlişkili kuruluşların, aralarında yapmış oldukları anlaşma veya uyumlu eylemlerin, üçüncü bir tarafla olan rekabeti sınırlayıcı amaçlar taşıması ya da sonuçlar doğurması durumunda bu eylem 85. madde kapsamına girebilmektedir. Bu duruma örnek teşkil eden Centrafarm ve Sterling Drug arasındaki vakadır. Burada, "ilişkili kuruluşların, farklı pazarlama stratejileri mevcut olmasına rağmen uyumlu eylem

⁴⁵ Christiani & Nielsen Komisyon Kararı, ATRG, I 165, 1969, s:12

⁴⁶ Aff. 6, 7/73, Commercial Solvents k. Komisyon, Rec. 1974, s:223

içerisinde bulunmaları durumu, üçüncü teşebbüse karşı rekabet koşullarının bozulması sonucunu ortaya çıkarmaktadır".⁴⁷

Neticede, bir teşebbüsün diğer bir teşebbüs üzerindeki kontrolü aralarındaki ilişkiyi belirlemektedir. Örneğin, azınlık hissesi ile bir teşebbüsün ticari faaliyetlerinin kontrolü durumu ekonomik bütünlük kavramı içerisinde yorumlanırken, bunun tersine bir teşebbüsün %50 hissesine sahip olup ticari faaliyetlerinde belirleyici bir kontrol gücüne sahip olmayan teşebbüs ile bu ortak teşebbüs arasındaki anlaşmalar 85. madde kapsamı içerisinde yorumlanabilir. Burada kesin olan ise, bir teşebbüsün hisselerinin yarıdan fazlasına sahip olunması durumunun ekonomik bütünlük içerisinde inceleneceğidir.

Commercial Solvents Corp. (CSC) k. Komisyon⁴⁸ davasında, bazı ilaç başlangıç maddeleri üreten CSC'nin, diğer bir hammadde üreticisi olan CSC Istituto adlı bir İtalyan firmasının % 51 hissesine sahip olduğu halde, bu İtalyan firması aracılığı ile rekabeti sınırlandırdığı, İtalyan firmanın münferiden hakim duruma sahip bulunmamasına karşın, CSC'nin oluşturduğu mali güç ve pazar hakimiyetinin İtalyan fiyali açısından piyasa konumunu kötüye kullanmaya olanak tanıdığı sonucuna ulaşmıştır.

Metro II davasında ATAD, yavru şirket üzerinde yakın kontrol uygulamayan ana şirketin pazar payını göz önüne almamış, böylelikle de, onları tek teşebbüs olarak değerlendirmemiştir. Buna karşın, Hydrotherm k. Andreoli davasında Bay Andreoli, sahip olduğu ortaklık ve kontrol ettiği şirket tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmiştir.

Viho Europe BV k. Komisyon⁴⁹ davasında Viho, Parker Pen'in bağımsız dağıtıcılarının ve de yavru teşebbüslerini kendilerine ayrılan bölgelerin dışında satış yapmalarının Parker tarafından engellendiğine dair Komisyon'a şikayette bulunmuştur. Komisyon, soruşturmasında, Viho'nun, Parker ürünlerini herhangi bir bağımsız dağıtıcıdan temin edebildiğini saptamıştır. Bununla birlikte burada, Komisyon'un teşebbüs tanımına ilişkin önemli kararı ise, 85. maddenin, grup şirketler içerisindeki ilişkilere uygulanmayacağını öne sürerek şikayeti reddetmesidir. Böylelikle de, grup içerisindeki teşebbüslerin varlığı dikkate alınmayarak, bir grubun tüm teşebbüsleri tek teşebbüs olarak kabul edilmektedir.

Komisyon'un red gerekçelerine bakıldığında:

Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen yasaklamalar, yavru şirketin pazardaki faaliyetlerini belirlemede bağımsız hareket edememesi halin-

⁴⁷ Aff. 15/74, *Centrafarm BV k. Sterling Drug Inc.*, Rec. 1974, s:1147

⁴⁸ Aff. 6, 7/73, *CSC k. Komisyon*, Rec. 1974, s:223

⁴⁹ Aff. T-102/92, *Viho BV k. Komisyon*, Rec. 1995, s: 562

de, yavru teşebbüsün, ekonomik bakımdan bir bütün oluşturduğu ana teşebbüs ile ilişkilerine uygulanmaz.

Yavru teşebbüsün bağımsız hareket edememesi konusunda, Parker'in yavru teşebbüslerinin işlemlerine ilişkin verdiği tanımın, bu teşebbüslerin satış ve pazarlama faaliyetlerinin, Parker tarafından tayin edilen bir alan takımı ile yönetildiğinin ve özellikle bu takımın, yavru teşebbüslerin satış hedeflerini, brüt kar marjını, satış maliyetlerini, nakit akışını ve de stoklarını kontrol ettiğinin göstergesi olması, tereddüte sebep olmuştur. Yoksa burada tartışma konusu yapılan nokta, Parker'in, yavru teşebbüslerinin sermayesinin %100'üne sahip olup olmadığı değildir.

"Teşebbüs kavramı Rekabet Hukukunda; hukuken var olan gerçek kişileri ve tüzel kişileri içermesine rağmen, buradaki sözkonusu anlaşma, konu ve kapsamı bakımından oluşturulan bir ekonomik birlik olarak anlaşılmaktadır. Bu yüzden, rekabet kurallarının uygulanmasında, ana şirket ile yavru şirketlerin pazardaki faaliyetlerini birlikte yürütmeleri, bu şirketlerin farklı tüzel kişiliklerinden kaynaklanan resmi ayrımın önüne geçmektedir".⁵⁰

Komisyon'un, 67/67 Sayılı Tüzük uyarınca, muafiyet kapsamında bulunduğunu belirttiği Hydrotherm k. Andreoli⁵¹ davasında ise; Dr. Andreoli, Ghibli markası adı altında radyatör yapan ve satan ve limited ortaklık olan Compact'ı kontrol etmektedir. Yapılan iki sözleşme ile önce Compact, Hydrotherm'e tek elden dağıtım haklarını vermiştir. İkinci sözleşme de Compact, Dr. Andreoli ve Dr. Andreoli'nin bütün hisselerine sahip olduğu başka bir şirket tarafından imzalanmıştır. Hydrotherm, diğer markalı radyatörleri bulundurmamayı kabul etmiştir. Ayrıca Hydrotherm, sahibinin ismi ile (Ghibli) birkaç ülkede marka tescili yaptırmıştır. Zaman içerisinde zorluklar yaşanmış ve Hydrotherm, Compact'tan mamül satın alımını durdurmuştur. Bunun üzerine Compact dava açmıştır. Ancak Hydrotherm, anlaşmanın geçersiz olduğunu öne sürmüştür ve bu noktada anlaşmanın 67/67 Sayılı⁵² tek elden dağıtım imkanı tanıyan grup muafiyeti tüzüğüne uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Fakat Komisyon anlaşmanın, 67/67 Sayılı Tüzük uyarınca muafiyet kapsamında bulunduğunu belirtmiştir.

Bu konuda Komisyon'un gerekçelerine bakıldığında; 67/67 Sayılı Tüzüğün birinci maddesinde, Kurucu Anlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin maddesinin, sadece iki teşebbüsün taraf olduğu anlaşmalara uygulanacağı belirtilmiştir. Bu davada, bu hükmün uy-

⁵⁰ KORAH V.: *Cases & Materials on EC Competition Law*, Oxford, 1997, s:22

⁵¹ *Aff. 170/83, Hydrotherm Geratebau GmbH k. Compact de Dott., Rec. 1984, s:2999*

⁵² 2591/72 Sayılı Komisyon Tüzüğü (L 276, 1972, s:15) ve 3577/82 Sayılı Komisyon Tüzüğü (L 373, 1982, s:584) ile değişik 67/67 Sayılı Komisyon Tüzüğü, ATRG 57, 1967, s:849

gulanması şüphe yaratabilir, çünkü dava konusu anlaşma, bir tarafta Hydrotherm ile diğer taraftan üç ayrı hükmi kişilik tarafından imzalanmıştır -gerçek şahıs olan Dr. Andreoli ile teşebbüs olan Compact ile Officine Sant'Andrea-. Ancak, Dr Andreoli'nin her iki teşebbüs üzerinde tam kontrole sahip olduğu tartışılmaz bir durumdur. Söz konusu olayda teşebbüs kavramı, anlaşmanın konu ve kapsamı amacıyla oluşturulan ekonomik birlik olarak anlaşılmalıdır. Ancak Rekabet Hukuku'nda teşebbüs kavramı, hukuken birkaç gerçek şahsı ve tüzel kişiliği içerebilmektedir.

Bu sebeplerden dolayı 67/67 Sayılı Tüzüğün uygulanabilirliği, sözleşme taraflarından birini oluşturan, hukuken birbirinden bağımsız olan teşebbüslerin ekonomik birlik oluşturduğunun saptanmasıyla onaylanmıştır.

Rekabet Hukuku'nda Teşebbüs kavramına ilişkin olan diğer önemli bir dava da Metro-SB-Gro·mÑrkte ve Co KG k. Komisyon (Metro II) ⁵³ arasında geçmiştir.

SABA, renkli televizyonlarının dağıtımını için 'seçici dağıtım' sistemi uygulamakla beraber, Metro'nun SABA markalı televizyonları satma talebini gerekli bazı kriterleri yerine getirmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Bu durum karşısında Metro ise, SABA'nı Almanya pazarında hakim durumda bulunduğunu iddia ederek, SABA'nın uyguladığı seçici dağıtım sisteminin rekabeti sınırlayıcı etki yarattığını öne sürerek muafiyet kapsamına girmemesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak Komisyon, Metro'nun ileri sürdüğü bu gerekçeyi kabul etmeyerek, SABA'nın muafiyet kapsamında olmasını kabul etmiştir (Metro I davası).⁵⁴

SABA, İlk muafiyetten sonra, toptancılarının onay koşullarını sağlayan ağ dışındaki toptancılara tedarikte bulunmalarına izin vererek, bir ölçüde kısıtlamalarını azaltmıştır. İlk muafiyetin sona ermesiyle SABA, muafiyetin yenilenmesi için başvurmuştur. Metro, tekrardan büyük elektronik firmalarının dağıtım anlaşmalarında önemli ölçüde bir artış olduğunu iddia ederek soruşturma açılması yönünde başvuruda bulunmuştur.

Metro, iddiasında, dağıtım sistemini kurarken ve Metro'nun mal tedarikini reddederken, SABA'nın, hakim durumunu kötüye kullandığını ileri sürmüştür. Metro bu iddiasını, SABA'nın da üyesi olduğu Thomson-Brandt grubundaki şirketlerin tek bir ekonomik birlik oluşturduğuna ve Ortak Pazar'ın önemli bir bölümünde genel olarak tüketici elektroniği pazarında ve özellikle renkli televizyon setleri ile video pazarında hakim durumda olduğuna dayandırmıştır.

Grup içinde yer alan Alman teşebbüslerinin -SABA, Telefunken, Nordmende ve Dual- üretim seviyesindeki birliktelikleri ve yönetim ve idaredeki merkezileşmeleri açısından artık rakip olarak görülemeyeceğini ileri süren Metro, bu durumu da id-

⁵³ Aff. 75/84, Metro-SB-Gro·mÑrkte GmbH & Co KG k. Komisyon (Metro II), Rec. 1986, s.3021

⁵⁴ Aff. 26/76, Metro-SB-Gro·mÑrkte GmbH & Co KG k. Komisyon (Metro I), Rec. 1977, s.1875

diasına eklemiştir. Metro ayrıca, Thomson-Brandt grubunun devralma işlemleri sonucunda, Almanya renkli televizyon pazarında (1983 yılında %27 pazar payı ile) ve aynı sektörde Fransa ve İtalya pazarında (sırasıyla %34 ve %27 pazar payı ile) lider konumda olduğunu ileri sürmüştür. Bu sektördeki yoğunlaşma eğiliminin, pazara Thomson-Brandt ile Philips-Grundig gibi iki büyük grubun hakim olması sonucunu doğuracağını ve bunun piyasalardaki etkin rekabeti önemli ölçüde tehdit edeceğini belirtmiştir.

Bu iddia karşısında Komisyon, Thomson-Brandt grubundaki teşebbüslerin ürünlerinin dağıtımını için farklı ağılara sahip olduklarını ve ticari stratejileri açısından bağımsız olduklarını ileri sürerek bu iddiaya karşı çıkmıştır. Bu yüzden, pazarda bir hakim durum olduğunun belirlenmesi için, sadece SABA'nın pazardaki konumuna bakmak gerektiğini belirtmiştir. Sadece renkli televizyon setleri düşünüldüğünde, SABA'nın Ortak Pazar'daki payı %3'e tekabül ederken bu pay Almanya pazarı için %7.5'tir. Bu yüzden de Komisyon, SABA'nın, dar anlamda tanımlanan ilgili ürün pazarlarında ayrı ayrı hakim durumda olmadığını belirtmiştir.

İlgili pazarda yoğunlaşmaların son zamanlarda arttığını kabul eden Komisyon, bu artışın rekabet yapısını etkilediğini reddetmektedir. Ancak Komisyon, Thomson-Brandt grubundaki bireysel teşebbüslerin arasındaki ilişkinin, en azından ürünlerinin dağıtımını açısından rekabetçi kaldığını belirtmiştir. Öncelikle, Komisyon'un ATAD'a sunduğu açık ve kapsamlı bilgiye karşın Metro, Thomson-Brandt grubundaki teşebbüslerin sermaye açısından bağlı olmalarının yanı sıra, aynı zamanda, ana şirketin talimatları doğrultusunda koordineli bir pazar stratejisi veya aralarında anlaştıkları bir plan yürüttüklerine dair herhangi bir kanıt sunamamıştır. Böyle bir kanıtın mevcut olmaması halinde, ATAD, yürütmesinde SABA ürünlerinin dağıtımını esas alarak, SABA'nın, ana şirketten ve gruptaki diğer teşebbüslerden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır.

1.1.7. Rekabet kuralları Kapsamında Anlaşma ve Kararların Butlan Kılınması

ATAD, bir anlaşmanın hukuk düzeninde hükümlerini doğurmaması ve geçersiz sayılması için, anlaşmanın somut etkilerine bakılmaksızın, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan unsurları bulundurmasının yeterli kanıt teşkil edeceğine inanmaktadır.

Roma Antlaşması'nın 85. maddesinin 2. fıkrası açıkça şunu vazetmektedir: "*İşbu madde (85. madde) uyarınca yasaklanan anlaşmalar ya da kararlar kesinlikle yok sayılır*".⁵⁵

⁵⁵ GÜNGÖR H.: *Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma*, TOBB, Ankara, 1988, s:85

17/62 Sayılı Tüzüğün birinci maddesinde ⁵⁶ de teşebbüsler arasındaki hukuka aykırı anlaşma ve kararların yer aldığı sözleşmelerin batıl olduğu yer almaktadır.

85 (1) maddeye aykırı bir sözleşmenin akibetinin ne olacağına, ulusal Rekabet Kurumları kendi mevzuatları doğrultusunda karar vermektedirler. Yüce Divan, konunun hallini ulusal mercilere bırakmıştır. ⁵⁷ Böylelikle de ulusal Rekabet Kurumları konuyu çözümlemekle yükümlüdür.

Özellikle Yüce Divan'ın ilgili kararına göre; "sözleşmelerdeki mali hükümler Rekabet Hukuku'nun konusunu oluşturmadığından, sözleşmelerin batıl kalması halinde, bu hükümlere bağlı mali yükümlülüklerin taraflarca yerine getirilmesi konusu tamamen ulusal mevzuatlara bırakılmıştır". ⁵⁸

Zaten, Kurucu Antlaşma'nın 85. ve 86. maddelerinin doğrudan uygulanabilirlik özellikleri, 85. maddenin 2. fıkrası, sadece Komisyon tarafından değil, aynı zamanda, Üye Ülkelerin milli kurumları veya mahkemeleri tarafından da tatbik edilir hale getirilmesini gerekli kılmaktadır.

Kurucu Antlaşma'nın 85. ve 86. maddelerinin doğrudan uygulanabilirlik özelliği, Komisyon'un yaptırım uygulama imkanının olmadığı gerçek kişilere de, milli mahkemeler tarafından doğrudan tatbiki mümkün hak ve hükümlülükler getirmektedir. Bu itibarla, 85. maddenin 1. fıkrası tarafından yasaklanan anlaşmaların butlan kılınmasına ilişkin yaptırımlar, üye ülkelerin kendi iç hukuk sistemleri içerisinde düzenlenmektedir.

Nitekim, Automec vakası ⁵⁹, Topluluk ve milli rekabet kurumlarının 85. maddenin 2. fıkrası çerçevesindeki konumlarını açıkça ortaya koymaktadır. Bu vakada davacı taraf, otomobil üreticisi BMW firmasının aralarındaki bayilik sözleşmesini, 85. maddenin 1. fıkrası kapsamına aykırı şekilde sona erdirdiği iddiasıyla ve BMW'nin mal arzına devam etmesine yönelik bir geçici önlem kararı alınması talebiyle Komisyon'a şikayette bulunmuştur. Komisyon ise, İtalyan mahkemelerinin zaten olaya el koyduğu ve Komisyon'un soruşturma yapmasını gerektirecek Topluluk boyutunun mevcut olmadığı gerekçeleriyle şikayeti değerlendirmeye almamıştır. Bunun üzerine, şikayetçi taraf konuyu Bidayet Mahkemesi'ne taşımıştır.

Bidayet Mahkemesi ise, Komisyon'un şikayeti değerlendirmeye almama kararını yerinde bulmuş ve Topluluk Rekabet Hukuku'nda, Komisyon'a yapılan şikayetlerin mutlaka bir kararla sonuçlanacağına dair bir hükmün bulunmadığını belirtmiştir. ⁶⁰ Bidayet Mahkemesi'nin bu hükmüne, doğal olarak 17/62 ve 99/63 Sayılı Tü-

⁵⁶ 17/62 Sayılı Konsey Tüzüğü, ATRG 13, 1962, s:204

⁵⁷ Aff. 319/82, *Société de Vente de Ciments et Bétons k. Kerpen & Kerpen, Rec. 1983, s:4173*

⁵⁸ GRYNFOGEL C.: *Droit Communautaire de la Concurrence, LGDJ, Paris, 1997, s:50*

⁵⁹ Aff. 24/90, *Automec Srl k. Komisyon, Rec. 1992, s:2223*

⁶⁰ Ancak, şikayet 85 (3) kapsamında tanınan bir muafiyetin geri alınmasına ilişkin ise Komisyon nihai karar almakla yükümlüdür.

zük'ler temel teşkil etmektedir.

Bu genel değerlendirmeden sonra Bidayet Mahkemesi de konunun İtalyan mahkemelerinde çözüme ulaştırılmasının yeterli olacağını; milli yargı organlarının Kurucu Anlaşma'nın 177. maddesi uyarınca gerektiği zaman Adalet Divanı'na başvurabileceklerini; şayet İtalyan mahkemeleri iç hukuk marifetiyle cezai müeyyide uygulayamayacak ise 85. maddenin 2. fıkrası uyarınca BMW ile bayisi arasındaki anlaşmayı butlan kılabilceği hükümlerine varmıştır.

1.1.7.1. Üye Ülke Hukuk Sistemlerinde Anlaşma ve Kararların Butlan Kılınması

Roma Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasının ihlali, sadece ihlale konu anlaşmanın butlan kılınması sağlamaz. Bu olay anlaşmanın butlan kılınmasının yanı sıra, Üye Ülke mevzuatlarınca düzenlenen, özel hukuk alanında da bazı sonuçlar doğmaktadır. Dolayısıyla, Topluluk rekabet kuralları yasaklayıcı hükümleri ve ihlalin kapsamını düzenlerken; Üye Ülke mevzuatları, anlaşmaların kısmen ya da tamamen butlan kılınma kriterlerini ve ihlalden dolayı zarar ziyana uğrayanların tazminat ve geçici önlem talep etme haklarını düzenler. Bu gibi haller, taraflara, geçici önlem ve mevcut zararlarının tazminini talep etme hakkını doğururken, bu bağlamda da, maddi zarar gören tarafın, rekabetin bozulması sonucunda mahrum kaldığı zararın tazminini de talep etme hakkını doğurmaktadır.

Ayrıca, bir anlaşmanın butlan kılınması, anlaşma taraflarının her birine, anlaşma çerçevesinde diğer taraflara sağladıklarını talep etme hakkı da doğurur. Bu talep, anlaşma kapsamında diğer tarafa veya taraflara yapılan ödemeleri ve arz edilen malları da kapsar. Şayet bu mallar işleme tabi tutulduğu için iadesi mümkün olmayacak fiziki değişime uğramışlarsa nakdi karşılığının talebi mümkündür.

Bir anlaşmada "ayrılabilirlik" özelliğinin bulunmaması ve Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasına aykırı anlaşma maddeleri içermesi bu anlaşmanın bütünü'nün butlan kılınmasını gerektirir. Bir anlaşmada rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici etki yaratan veya yaratması mümkün olan hükümler, Rekabet Hukuku kapsamına girsin girmesin anlaşmanın diğer hükümlerinden ayrı mütala edilebiliyorsa, anlaşmanın rekabet kurallarıyla uyumlu kısmının akıbeti yine Üye Ülke yargı organlarınca belirlenir. Bu yüzden ki, Topluluk Kurumları ayrılabilirlik ilkesine ilişkin herhangi bir uygulama prensibi tavsiye etmemektedir.

İngiliz hukukunda anlaşmanın ayrılabilirlik ilkesi çerçevesinde akıbeti "mavi kalem" uygulaması sonucunda belirlenir: Anlaşma içerisindeki geçersiz hükümler tamamen çıkarılır ve kalan hükümlerin taraflar arasında tatbiki mümkün bir anlaşma

niteliği taşıyıp taşımadığı incelenir. Ancak mahkeme, hiçbir şart altında, anlaşmaya madde ekleme veya mavi kalem uygulaması sonucunda ortaya çıkan anlaşmanın taraflarca uygulanmasını zorunlu tutma gibi yetkilere sahip değildir.

Diğer Üye Ülke yargı organları da rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici hükümler içeren anlaşmaların tamamının ya da aykırı hükümlerinin butlan kılınmasının belirlenmesine ilişkin İngiltere'dekine benzer hukuki düzenlemelere sahiptirler. Bu düzenlemeler genelde anlaşma taraflarının nihai anlaşma metnini uzlaşma yoluyla tespit etmelerine imkan tanımaktadır.⁶¹

Öte yandan Roma Antlaşması'nın 85. maddesinin 1. fıkrası kapsamına giren ancak 85. maddenin 3. fıkrası ile grup muafiyetine ya da bireysel muafiyete konu olmuş sözleşmelerin, 85. maddenin 2. fıkrası ile butlan kılınması söz konusu değildir.

Ancak bir anlaşma rekabeti kısıtlama ya da engelleme amacını taşımasa dahi, yine de anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici bir etkisinin olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Bu da bir anlaşmanın etkilerinin, anlaşmanın etrafındaki ekonomik ve hukuki çerçevenin içinde ve ayrıca, rekabete toplam etki yapacak diğer etkenlerle birlikte düşünülmesi gerektiği anlamına gelmektedir.

Topluluk Rekabet Hukuku'nda bir anlaşmanın ekonomik ve hukuki çerçevesi de göz önüne alınarak toplam etkisinin saptanmasının gerektiği durumlarda;

- anlaşma metni,
- anlaşma etkisi (taraflar arasında ve ayrıca tarafların faaliyet gösterdikleri piyasalarda),

birlikte değerlendirilerek karar verilmektedir.

1.1.7.2. Kanun'un 4. maddesine Aykırı Sözleşmelerin Butlan Kılınması Hususunda Türkiye Uygulamaları

Bu husus Türkiye'de henüz uygulama alanı bulmamıştır.

Kanun'un 56. maddesi Özel Hukuk alanında Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliğini belirlemektedir.

"Madde 56. - Bu Kanunun 4 ncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan

⁶¹ Lüksemburg kanunları anlaşma taraflarının, anlaşmanın geçersiz hükümlerinin ayrılabilirlik özelliğine sahip olmadıkları iddiasıyla anlaşmanın tamamının butlan kılınmasına ilişkin taleplerini, ispat yükümlülüğü iddia eden tarafın olmak kaydıyla değerlendirmeye almaktadır.

edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafları iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 ncü maddelerine tabidir.

Borçlar Kanununun 65 nci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz."

Fakat Türkiye’de rekabet mevzuatı, tıpkı Avrupa Topluluğu mensubu ülkelerdeki gibi sözleşmelerin butlan kılınması meselesine Özel Hukuk alanında çözüm aramaktadır.

Özel Hukuk alanında aranacak çözümlerin ise Türkiye’de rekabet mevzuatının ve içtihat hukukunun gelişmesine katkıda bulunacağı düşünülmektedir.

B Ö L Ü M

REKABET KANUNU'NUNDA ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM VE KARARLAR

REKABET KANUNU'NDA ANLAŞMA, UYUMLU EYLEM VE KARARLAR

2.1. Rekabet Hukuku'nun Ana Esasları Çerçevesinde Anlaşma Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları'na Getirilen Yasaklar

Konuya AT Rekabet Hukuku'nun temel bakış açısını vererek girmek, Türkiye'de yeni uygulama alanı oluşturan Rekabet Hukuku'nun yapısını tanımlamak için yararlıdır.

25 Mart 1957 tarihinde imzalanan Roma Antlaşması'nın başlıca hedefi, Üye Devletler arasındaki ekonomik birliğin tesisini ortak pazar marifetiyle gerçekleştirmektir. Bu hedefin başarısı ise Topluluk Rekabet Hukuku'nun başarılı bir şekilde tesis edilmesine bağlıdır.

Bu doğrultuda, Roma Antlaşması'nın 2. Maddesi temel bir çerçeve çizmektedir:

*"Topluluk, ortak bir pazarın, ekonomik ve parasal bir birliğin kurulması ve 3 ve 3 A maddelerinde yer verilen ortak politikaların ve faaliyetlerin yürürlüğe konulması yolu ile Topluluğun bütünü içinde ekonomik faaliyetlerin uyumlu ve dengeli kalkınmanın, çevreye saygılı, sürekli ve enflasyonist olmayan bir büyümenin, ekonomik performansların yüksek derecede bütünlüğünün, yüksek seviyeli bir istihdam ve sosyal korumanın, yaşam seviyesinin, Üye Devletler arasında ekonomik ve sosyal bütünlükle dayanışmanın iyileştirilmesi görevine sahiptir".*⁶²

Birlik Antlaşması'nın 3. maddesi ise Topluluğun iktisadi bütünleşmeye ilişkin görevlerini belirlemektedir. Söz konusu 3. maddenin (g) paragrafı *"iç pazar dahilinde rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir rejim"* ifadesi ile rekabet politikasının Topluluğun ana görevleri arasında yer aldığını belirtmektedir. Ayrıca, Birlik Antlaşması'nın 3.maddesinin (I) paragrafı, bir yeniliği Kurucu Antlaşma'ya ilave etmiş ve Topluluğun asıl görevleri arasında Topluluk sanayinin rekabet gücünü artırılması görevinin de Topluluk tarafından üstlenilmesi gerekliliğine işaret etmiştir.

Komisyon, XXI.Genel Raporu'nda (1992); rekabet politikasının Tek Pazar'ın temel unsurlarından biri olduğuna işaret etmiştir.

Yukarıda belirtilen hususların ışığında ortaya çıkmaktadır ki, Topluluk Rekabet Hukuku'nun esas itibarıyla üç temel hedefi vardır:

- Birinci temel hedef, işletmeler arasında rekabeti bozucu ya da kısıtlayıcı ticari engeller geliştirilmesinin, hakim durumun kötüye kullanılmasının ve rekabeti sınırlayıcı ya da bozucu devlet yardımlarının önlenmesidir.

62 BAYDAROL C.: Avrupa Birliğini Kuran Andlaşma, İKV, İstanbul, 1993

• İkinci temel hedef, etkin bir rekabetin tesis edilerek, Tek Pazar'ın kurulmasını sağlamaktır.

• Üçüncü ve son temel hedef ise, ticari etkinliğin, gelişmenin ve tüketicinin yararına doğru hareket eden bir fiyat rekabetinin sağlanmasıdır.

Bu temel hedefler, Roma Antlaşması'nın 85, 86 ve 90. maddelerinin ve bu maddelere uyumlu olarak oluşan Üye Ülke mevzuatlarının etkin biçimde uygulanması ile gerçekleşmektedir.

Ülkemizde de etkin uygulama alanı bulan Rekabet Hukuku'nun temel hedefleri Topluluk ile aynıdır.

Sıralanan üç temel hedefe Rekabet hukuku marifetiyle ulaşılmasındaki ortak kesen, rekabet mevzuatının anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına getirdiği yasaklar ile bu yasaklara muafiyet kazandıran muafiyet rejimidir.

Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrası anlaşma, uyumlu eylemler ve kararların hangi durumlarda yasaklandığını tanımlamaktadır:

"Madde 85 (1)

1- Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve Ortak Pazar içindeki rekabeti önleyecek, sınırlayacak ya da bozacak etkileri olan işletmeler arası tüm anlaşmalar, işletmelerin ortaklık kararları (teşebbüs birlikleri kararları), çıkar yollu uygulamalar (uyumlu eylemler) ve özellikle:

a) Doğrudan doğruya ya da dolaylı şekilde alış veya satış fiyatlarını ya da diğer uzlaşma koşullarını saptamaya,

b) Üretimi, pazarları, teknik gelişmeyi, ya da yatırımları sınırlamaya veya kontrol etmeye,

c) Pazarları veya gereç kaynaklarını paylaşmaya,

d) Ticari hasımlar bakımından, eşdeğerdeki edimlerle aynı olmayan koşulları, uygulayarak, onları bu nedenle rekabette dezavantajlı duruma düşürmeye,

e) Akitlerin yapılmasını, niteliği gereği olarak ya da ticari törelere göre bu akitlerin, konusuyla ilişkisi olmayan ek edimlerin hasımlar tarafından kabul edilmesine bağlamaya,

varanlar Ortak Pazar ile bağdaşmaz ve yasaklanmıştır". ⁶³

85. maddenin 1. fıkrası kapsamında, teşebbüsler arası faaliyetlerin Topluluk rekabet hukukuna aykırı olduğunun tespiti için aşağıda sıralanan üç şartın oluşması gerekmektedir:

"• Teşebbüsler arası bir anlaşmanın, bir uyumlu eylemin veya teşebbüs birliklerinin bir kararının varlığı;

63 GÜNGÖR H.: Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, TOBB, Ankara, 1988, s:65

- Teşebbüsler arası bir anlaşmanın, bir uyumlu eylemin veya teşebbüs birliklerinin bir kararının varlığının rekabeti kısıtlaması ya da engellemesi;
- Teşebbüsler arası bir anlaşmanın, bir uyumlu eylemin veya teşebbüs birliklerinin bir kararının varlığının Üye Ülkeler arası ticareti etkilemesi." ⁶⁴

Yukarıda belirtilen üç şartın oluşması halinde, orataya çıkmış bulunan ihtilafın, Topluluk boyutunda olduğu kabul görür ve söz konusu ihtilafın Topluluk Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerekebilir.

Türkiye’de Rekabet Hukuku’nun ana esasları Topluluk ile eş yapıdadır. Fakat Rekabet Kanunu’nun Kapsam maddesi, Kanun’un 4. maddesi ile getirilen yasaklar anlamında " *Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararları*" yasaklamaktadır.

Kanun’un Kapsam maddesinin, Türkiye’deki her türlü mal ve hizmet piyasasında, rekabet şartlarını etkileyen anlaşma ve uygulamaları kapsadığı şüphesizdir. Fakat, Kapsam maddesinin boyutu Türkiye Cumhuriyeti sınırları ile tahdit edilmemiştir ve Türkiye’deki piyasaları etkileyen tüm teşebbüsler arasındaki anlaşma ve uygulamaları da, teşebbüslerin Türkiye’de mukim olup olmadığından bağımsız olarak kapsamaktadır.

Diğer bir deyişle, Rekabet Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti’nde teşebbüsler arasındaki tüm dağıtım, satın alma, işbirliği anlaşmaları ve daha pek çok anlaşma ile uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yanında; Türkiye piyasalarını etkilemesi halinde, lisans anlaşmalarını, ithalat-ihracat anlaşmalarını, ortaklık ve işbirliği anlaşmaları gibi pek çok uluslararası anlaşmayı, ayrıca çıkar yollu uygulamaları ve teşebbüs birliği kararlarını da kapsamaktadır.

Rekabet Kanunu’nun Genel Gerekçesi’nde " *...Rekabet, ancak belirli bir takım şartların varlığı halinde gerçekleşebilmektedir. Rekabet, piyasa ekonomisinin işlerliğini sağlayan araç durumundaki bir süreç olduğu için, rekabeti oluşturacak şartların bulunmaması durumunda piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlemesi de söz konusu olamamaktadır.*

Doğal olarak rekabet ortamı içindeki ekonomik birimler sürekli olarak rekabetten kaçma eğilimindedir. Piyasa ekonomisinin istikrarlı olmayan bir iç yapısı ve iç dinamiği vardır. Bu nedenle, piyasa ekonomisinin etkin bir şekilde işleyebilmesi için öncelikle sağlıklı bir rekabet sürecinin varlığı gereklidir.

Rekabetin varolabilmesi için piyasa yapılarının aldığı şekil önemlidir. Piyasa-

64 GRYNFOGEL C.: *Droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 1997, s:13

ların, yeni gireceklere açık tutulmasını sağlayacak yapıda olması esastır. Giriş engellerinin olduğu piyasalarda rekabetin işleyiş dinamiği azalma eğilimi gösterir. Böylece, piyasalardaki yoğunlaşma eğilimi artarak rekabetin sınırlandırılmasına neden olur..." görüşüne yer verilmiştir.

Bu genel görüş doğrultusunda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararları "Yasaklanan Faaliyetler" Bölümü'nde 4. madde ile tadad etmiştir.

"MADDE 4.

Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğrudan yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır :

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

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

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

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

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

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

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder,

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir."

Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, 4. madde ile rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamalar yasak-

lanmıştır. Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile, tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkilerde de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır.

Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir. Çoğu zaman teşebbüsler ortak sorunlarıyla ilgilenmek üzere aralarında tüzel kişiliği olan veya tüzel kişiliği olmayan birlikler oluştururlar. Bu birlikler zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazançlar elde etmelerine hizmet edici kararlar alabilirler. Bu gibi kararlar da rekabet sistemine aykırıdır ve yasaklanmıştır.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey veya yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşten hareketle maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır. Şuna da dikkat çekilmelidir ki bu fıkra da zikredilen örnekler tahdidi değil taddidir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesi kabul edilmiştir. Böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü, ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakla ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Yukarıda Avrupa Topluluğu'nda Rekabet Hukuku uygulamaları ve Türkiye'deki Rekabet Hukuku uygulamaları arasındaki eş yapı vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'de Rekabet Hukuku'nun uygulama alanının yeni olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Rekabet Kurulu'nun ve Rekabet Kurumu'nun Topluluk ve Türkiye uygulamaları arasındaki benzerliği hangi biçimde ele aldığı ve yorumladığı fevkalade önem kazanmaktadır. Bu hususa ilişkin bir değerlendirme, Rekabet Kurulu'nun Kanun'un 4. maddesi kapsamında sürdürmekte olduğu bir soruşturma da yer verdiği görüş ile yapılabilir. Rekabet Kurumu *"Rekabet mevzuatımızın çok yeni olması nedeniyle benüz bu hukuk dalına ilişkin içtihat oluşmamış olduğundan, 4054 sayılı Kanun'un büyük benzerlikler gösterdiği AB Rekabet Mevzuatın-*

dan ve bu çerçevede oluşmuş içtihatlardan yararlanmak, ülkemiz Rekabet Hukuku uygulamalarının daha sağlıklı olabilmesi açısından önemlidir. Esasen, Türkiye-AB Ortaklık Konseyi'nce alınan 1/95 sayılı karar da iki mevzuat arasındaki uyumlaştırmayı gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinin, Roma Antlaşması'ndaki karşılığı olan 85/1 maddesine ilişkin açıklamalar önem kazanmaktadır..." görüşüne yer vermiştir.

Rekabet Kurumu'nun meseleye bakış açısı Topluluk ve Türk Rekabet Hukukçularının, AT'nin Kurucu Anlaşmasının 85(1) ve Rekabet Kanunumuzun 4. maddeye yaklaşımları ve bağlantıları ile ilgili olarak farklılık göstermemektedir. Rekabet Kurumu'nca kaleme alınan aşağıdaki metin, ortak görüşlerin temel çerçevesini oluşturmaktadır.

"Madde 85/1 Ortak Pazar'da amacı veya etkisi rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma olan, Üye Devletler arası ticareti etkilemesi mümkün teşebbüsler arası anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve işletme birliklerinin kararlarına karşı genel bir yasaklama getirmektedir. Bu hüküm, resmi ve resmi olmayan, bütün işletmeler arası anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere geniş bir şekilde uygulanır. Bu hükmün temel amacı, her bir işletmenin kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, bağımsız olarak belirlemesidir. Rakiplerin bağımsız hareket etme zorunluluğu, teşebbüslerin rakiplerinin varolan veya öngörülen faaliyetleri karşısında ustaca hareket etmelerinin engellenmesi anlamına gelmez. Ancak yine bu zorunluluk; işletmelerin aralarındaki, dolaylı veya dolaysız, amacı veya etkisi piyasadaki mevcut veya potansiyel rakiplerinin davranışlarını etkileyebilecek herhangi bir iletişimi ya da rakiplerin uygulamaya karar verdikleri ya da düşündükleri davranış biçimlerinden haberdar etmelerini yasaklar.

Roma Antlaşması'nın 85. maddesi teşebbüsler arası rekabete aykırı her türlü anlaşma, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylemi yasaklar. Önemli olan, işbirliğinin şekli değil amacı ve içeriğidir. Her ne kadar anlaşmalar genellikle taraflar arasında uyumlu eylemden farklı olarak iradelerini açıkça ortaya koydukları daha üst düzey bir uzlaşma biçimi olsa da, anlaşma, karar ve uyumlu eylem kavramları arasında kesin bir ayırım yoktur; değişik davranış biçimleri rekabete aykırı benzer sonuçlar ortaya koyar ve bunlar aynı şekilde ele alınırlar. Birçok işbirliği anlaşma, karar ve uyumlu eylem eylemin unsurlarını barındırdığından, bu durum ekonomik gerçekliğe de uygundur. ATAD, 85/1'in uygulanabilmesi için mevcut ve potansiyel rakiplerin rekabeti bozacak ve sınırlayacak şekilde etkileyecek eşgüdümün ve işbirliğinin kanıtlarını arar, ancak bu işbirliğinin bir anlaşmadan mı yoksa uyumlu eylemden mi kaynaklandığı hususunu ciddi bir sorun olarak değerlendirmez. Aynı şekilde Komisyon, "kurumsallaşmış ve sistematik işbirliğine" yol açan anlaşma ve uyumlu ey-

lemlere ilişkin bulguları bir arada değerlendirme eğilimindedir ve bunlar arasında bir ayırım yapmaya gerek duymaz. Temel farklılık; anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin değişik şekilleri arasında değil, uyum ile bağımsız, tek taraflı davranış arasındadır.

Rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, *per se* bir rekabet ihlali oluşturur ve anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerini incelemeye gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır. Böylelikle, imzalandığı halde henüz uygulanmamış rekabete aykırı anlaşmaların da Roma Antlaşmasının 85/1. maddesini ihlal etmesi mümkündür. Bu hüküm potansiyel rekabeti etkileyici, sınırlandırıcı etkileri de ortadan kaldırabilmek amacıyla düzenlenmiştir.

Bir anlaşmanın, kararın veya uyumlu eylemin amacı yeterince açık olmalıdır. Anlaşmalar ve kararlar, çoğu zaman diğer kaynaklarla desteklenmesine gerek kalmadan rekabete aykırı bir amacın tespit edilebileceği kadar açıktır. Bununla beraber, arkasındaki amacı anlamak noktasında herhangi bir kuşkuyla yer vermemek için, anlaşmanın koşullarının ve yapısının incelenmesi önemlidir. Bir anlaşma formuna ulaşmayan, paralel davranış gibi uyumlu eylemlerde, tarafların rekabete aykırı niyetleri davranışlarından ve bu durumun (uyumlu eylemin) olduğu mevcut şartlardan anlaşılabilir. Daha önce de ifade edildiği gibi, rekabete aykırı amacın varlığı rekabeti sınırlayıcı davranışın mevcut etkisine dayanmaz. Örneğin, bir dağıtıcının bir ihracat yasağına tam anlamıyla uymaması ya da uymayanlara yaptırım uygulamaması, uyulmayan bu hükümlerin etkisiz olduğunu göstermez. Tam anlamıyla uyulmayan bir ihracat yasağı yine de ihracata karşı güçlü bir psikolojik engel oluşturabilir ve bu şekilde pazarı bölme amacına yine de ulaşabilir. Aynı şekilde, belirlenen veya uyumlaştırılan fiyatların tam anlamıyla uygulanmaması veya bir anlaşmayla izin verilenden daha fazla miktarlarda indirim yapılması, anlaşmanın tamamen etkisiz olduğu anlamına gelmez. Fiyat artışlarını uygulamak için yapılan uyumlu girişimlerin rekabete aykırı sonuçları, hedeflenen fiyatlardan sapmaların tartışıldığı fiyatlara ilişkin bilgi alışverişleri sırasında ve oluşturulan denetim mekanizmaları sonucunda ortaya çıkabilir. Neticede, fiyat yakınlaşmaları neredeyse kaçınılmaz olarak oluşacaktır. Benzer şekilde, bir ticaret odasının bir anlaşmaya veya karara dayanan fiyat tavsiyelerine uyulması konusundaki başarısızlığı da rekabete aykırı amacı ortadan kaldırmaz.

Öte yandan, rekabete aykırı herhangi bir amaç ortaya konulmasa da, rekabete

aykırı etkiler varsa, bu tür anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerinde 85/1'e aykırı olması mümkündür. Ancak, bu sonuçlar anlaşma, karar veya uyumlu eylemden doğmalıdır. Anlaşmadan kaynaklanan açık ve kesin sonuçlar sadece rekabeti bozucu etkinin tespiti için gereklidir ve bu nedenle "doğal ve olası sonuçlar"ın belirlenmesi gerekir. ATAD, yalnızca anlaşma hükümlerinin değerlendirilmesi ile, anlaşmanın rekabeti bozucu etkilerinin yeterli derecede ortaya konulmadığı durumlarda, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin dikkate alınmasının ve yasak kapsamına girmesi için, rekabetin gerçekten önemli ölçüde engellendiği, kısıtlandığı veya bozulduğunu gösteren faktörlerin tespit edilmesini gerekli gördüğü bilinmektedir. Bir anlaşmanın sonuçları; sadece kısa vadedeki etkileri değil, gelecekteki potansiyel etkileri ve bir anlaşmanın uzun vadeli bir başka planın veya daha geniş kapsamlı bir işbirliğinin bir parçası olma ihtimalini de içerir. Bir anlaşmanın bölümleri tek başlarına Roma Antlaşması'nın 85/1. maddesini ihlal etmediği halde birlikte ele alındıklarında rekabete aykırı sonuçlar doğurabilir. Rekabete aykırı sonuçların piyasadaki ve diğer rakipler üzerindeki etkilerinin hemen ortaya çıkması gerekmez. Roma Antlaşması'nın 85/1. maddesinin kapsamına giren, üretimi sınırlandıran veya teknik gelişme ya da yatırımı düzenleyen anlaşmalar gibi bazı kısıtlayıcı faaliyetler, yalnızca tarafların birbirleriyle olan ilişkilerini hemen etkiler. Aynı şekilde, piyasa üzerinde kısa vadede hissedilebilecek sonuçları olmayan birtakım hassas ticari bilgi alışverişinin de, rakiplerin ticari kararlarını, birbirlerinin piyasa stratejilerini ve amaçlarını bilerek almalarına izin vermesi nedeniyle 85/1'i ihlal eder nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

Madde 85/1 doğrudan ya da dolaylı olarak alım veya satım fiyatlarının tespit edildiği anlaşma veya uyumlu eylemleri yasaklar. Fiyat rekabeti, rekabetin en kolay hissedilen en önemli şeklidir. Ancak tek rekabet şekli de fiyat rekabeti değildir. Fiyat rekabeti, fiyatları olabilecek en alt seviyede tutarak rekabeti teşvik eder ve bu sayede şirketlerin kaynaklarını, verimlilik ve rekabet koşullarına uyabilme yeteneğiyle doğrudan bağlantılı olarak, en uygun şekilde dağıtmasına olanak verir ve tüketiciye geniş bir ürün ve hizmet yelpazesinden yararlanabilme avantajları sağlar. Fiyat, üretim ile yakından ilgili olduğundan üretim kotaları fiyat rekabetini doğrudan etkileyebilir".

Rekabet Hukuku açısından fiyat tespitine yönelik anlaşmalar en ciddi rekabete aykırılık halleri arasında değerlendirilmiş ve çok açık bir biçimde yasaklanmıştır. Bunların bir türü de rakipleri pazar dışına itmek ve faaliyetlerini güçleştirmek suretiyle rekabeti bozan "yıkıcı fiyat" uygulamalarına neden olan anlaşmalardır.

Teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları yoluyla maliyetin altında bir fiyatın belirlenmesi suretiyle, bu uygulamaya uzun süre da-

yanabilecek yeterli finansal kaynakları bulunmayan bir rakibi pazar dışına atmak veya pazara girmeye istekli olan firmaları caydırmak suretiyle potansiyel rekabeti ortadan kaldırmaya yönelmek için girişilecek fiyat rekabeti, Roma Antlaşmasının 85/1. maddesinde olduğu gibi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine de açık bir aykırılık oluşturur.

Benzeri örnekler çoğaltılabilir. İki üreticinin rekabetten kaçınmak için birbirlerinin pazarlarına bir anlaşma hükümleri çerçevesinde girmemeleri veya bağlayıcılığı olan bir anlaşma bulunmasa dahi çıkar yollu uygulamalara girerek bir anlaşma varmışçasına eş güdüm doğrultusunda pazarları bölüşmeleri, Roma Antlaşmasının 85/1. maddesinde olduğu gibi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine de açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Ya da teşebbüslerin belirli piyasalara tedariki reddetmeleri veya satın alım boykotu uygulamaları, Roma Antlaşmasının 85/1. maddesinde olduğu gibi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine de açık bir aykırılık oluşturur.

2.2. Anlaşma Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları'na Getirilen Yasaklar ile Muafiyet Rejimi

Anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına getirilen Rekabet Hukuku düzenlemesi, rekabet politikasının ana ögesini oluşturmaktadır. Bu düzenleme Roma Antlaşması'nın 85(1) maddesi ve Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi ile yatay ve dikey piyasalardaki anlaşmalara "yasaklar" getirmektedir.

Öte yandan serbest piyasa ekonomisinde etkin bir rekabetin tesis edilmesi, böylelikle ticari ve teknolojik etkinliğin, gelişmenin ve bunların bileşkesiyle birlikte fiyat rekabeti sağlanarak tüketici yararına sonuçlar oluşturulmasının başlangıç noktası, teşebbüsler arasında yatay ve dikey piyasalarda çeşitli anlaşmaların yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Çelişkili gibi görülen bu durum, esasında Topluluk ve Türkiye'deki Rekabet Hukuku'nda, anlaşma uyumlu eylem ve kararlara getirilen yasaklar ile muafiyet rejiminin rekabet politikasına ve hedeflerine uyumlu olarak işletilebilmesini sağlamaktadır.

Zira, Roma Antlaşmasının 85(1) maddesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi, neredeyse rekabeti bozduğu düşünülen her türlü anlaşmayı yasaklamaktadır. Fakat, Roma Antlaşması'nın 85(3) maddesi ile Rekabet Kanunu'nun 5. maddesi, rekabet politikasının öngördüğü doğrultuda ticari ve teknolojik gelişimin sağlanarak markalar arası ve marka içi rekabetinin tesis edilmesini, teknoloji kullanımının yaygınlaşmasını, rekabeti tehdit etmemek kaydıyla teşebbüslerin rekabetçi özelliklerin arttırılmasını teminen "muafiyet rejimini" oluşturmaktadır.

Muafiyet rejimi temel yasağın uygulanmasına "mutlak" bir muafiyet getirmekte ve şartları ile süreleri belirlemek suretiyle anlaşmalara temel yasaktan daha dar anlamda bir kısıtlama getirmektedir. Teşebbüsler arası faaliyetlere asgari olarak rekabeti sınırlandırma izni tanımakta, böylelikle dengeli piyasa oluşumlarında toplam rekabetin etkinliğini tüketici yararına arttırmayı hedeflemektedir.

Teşebbüslerin kurallarına uyum sağlaması halinde muafiyet rejimi, anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara getirilen yasaklardan teşebbüslere muafiyet kazandırmaktadır.

Yani sonuç itibarıyla piyasalardaki tüm anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları içerisinden rekabet politikasının temel hedeflerine uyumlu olduğu için muafiyet kazanmış olaylar çıkarılırsa, geriye kalanlar Avrupa Topluluğu'nda 85(1), Türkiye Cumhuriyeti'nde 4. madde kapsamına girmekte ve yasaklanmaktadır.

Rekabet Hukuku'nun teorik olarak dolaylı olan sistematığı, pratikte Rekabet Hukuku'nun etkin olarak uygulama alanı bulmasına olanak sağlamaktadır.

Her ne kadar Rapor muafiyet rejimini açıklamayı konu almasa da, Kanun'un 4. maddesi ile getirilen yasakların uygulama alanının tam olarak anlaşılabilmesi için muafiyet rejiminin temel hatlarının da açıklanması gerekmektedir.

Muafiyet rejimi, iki farklı muafiyet tanımlamaktadır. Bunlardan birincisi Grup Muafiyetleri, ikincisi ise bireysel muafiyetlerdir.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku uygulamalarında, Roma Antlaşması'nın 85(1) maddesi ile getirilen yasaklardan, 85(3) madde hükümleri doğrultusunda bireysel muafiyetlerin tanınmaya başlaması süreci, sonraki dönemlerde grup muafiyetlerinin uygulamaya alınmasını beraberinde getirmiştir. Bireysel muafiyetler ferdi muafiyetlerdir. Yani belirli bir anlaşma veya çıkar yollu uygulama ya da karara taraf olan teşebbüslerin faaliyetleri, muafiyet müracaatının Komisyon tarafından incelenmesi neticesinde 85(3) maddeye uyumlu olduğu tespit edilirse, bireysel muafiyet kazanır. Fakat bu muafiyet, benzer olan diğer faaliyetlere veya başkaca teşebbüslerin aralarındaki faaliyetlere otomatik olarak teşmil edilmez. Muafiyet verilmesinin temel koşullarına uyumlu olduğu düşünülen her vaka ayrı ayrı bireysel muafiyet talebi ile Komisyona intikal ettirilmelidir.

Bu süreçte birbiri ile çok benzer mali, iktisadi ve hukuki yapısı olan ve rekabet piyasalarına etkileri itibarıyla de farklılıklar oluşturmayan birçok müracaata ayrı ayrı bireysel muafiyet verilmesi neticesinde, grup muafiyetleri sistemi oluşmuştur. Komisyon, distribütörlük anlaşmaları, tek marka satıcılığı anlaşmaları gibi birçok eş yapıli anlaşmaların 85(1) madde hükümlerinin uygulamasından muafiyet kazdırmak için ayrı ayrı grup muafiyeti yönetmelikleri çıkarmıştır. Bu durumda ürün veya coğrafi piyasa farklılığı gözetilmeksizin, eş yapıdaki anlaşmalar otomatik olarak

muafiyet kazanmaktadır. Önceden de belirttiğimiz gibi bu muafiyetlerin de kendilerine özgü yeni kuralları bulunmakta ve muafiyetler teşebbüslerin bu kuralların fevkinde bir yükümlülük yüklememeleri halinde geçerli olmaktadır. Aksi takdirde muafiyet geri alınmakta ve ilgili teşebbüslerin muafiyete aykırı davranışları tekrardan 85(1) madde tahtında işlem görmektedir. Ayrıca grup muafiyetlerinin uygulanabilmesi için ilgili rekabet piyasasının muafiyet edinilmesine mazhar olacak biçimde rekabete açık olması şartı bulunmaktadır. Bir piyasa muafiyetinin uygulanabileceği kadar rekabete açık dahi olsa, muafiyetin uygulanması rekabetin etkin olarak işlemesine ve piyasaya girişlere mani oluşturması durumunda, muafiyet yine geri alınmaktadır.

AT Rekabet Hukuku uygulamalarındaki bu genellemeler ışığında Türkiye'deki Rekabet Hukuku'nun işleyiş biçimine baktığımızda, 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun ve muafiyet rejiminin Topluluk ile aynı ilkelere oturtulduğunu görmekteyiz.

Bu bağlamda Kanun'un 4. maddesi ile teşebbüsler arasında rekabeti sınırlandıran, sınırlandırma amacını taşıyan veya bu tehditi oluşturan anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve teşebbüs birliği kararlarına getirilen yasaklar incelenmelidir.

Türkiye'de mevcut durumda Rekabet Kurulu;

- distribütörlük anlaşmalarına (Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına),
- tek marka satıcılığı anlaşmalarına (Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına) o otomotiv ürünlerinin dağıtım anlaşmalarına (Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına)

ilişkin Grup Muafiyeti Tebliğlerini yürürlüğe sokmuştur.

Bu Grup Muafiyetleri'nin kapsamına giren ve tanımladığı "rekabet kısıtlaması çerçevesinde" rekabeti kısıtlamayan, şartlarına ve sürelerine uyan anlaşmalar, yekûnen ve otomatik olarak Kanun'un 4. maddesinin uygulamasından muafiyet kazanmışlardır.

Bir diğer deyişle, Kanun'un 4. maddesi ile getirdiği yasaklar, yukarıda sayılan Grup Muafiyetleri dışında kalan tüm anlaşmalara ve ilgili Grup Muafiyeti'nin şartlarını aksatan teşebbüsler arası anlaşmalara uygulanmaktadır.

Uyumlu eylemler ile teşebbüs birliği kararları da, bu kapsamda incelendiğinde, yalnızca ilgili Grup Muafiyetlerine uyumlu olan uyumlu eylemlerin muafiyet kapsamında bulunduğu ve rekabeti sınırlandıran, bu amacı taşıyan veya bu tehditi oluşturan diğer her türlü uyumlu eylemin ve teşebbüs birliği kararının Kanun'un 4. maddesi ile getirilen yasaklar kapsamında bulunduğu görülmektedir.

2.3. Anlaşma Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları'na Getirilen Yasakların Oluşturduğu Cezai Sorumluluk

Kanun'un 4. maddesi kapsamına giren her türlü teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin kararları -Grup muafiyetleri ile Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muafiyet kazanmamış olanlar ve bireysel muafiyet alanlar hariç- Kanun'a aykırıdır ve yine Kanun'un 16. maddesinde belirtildiği üzere teşebbüslere 12 milyar 400 milyon TL'den aşağı olmamak üzere, cirolarının % 10'una kadar cezai sorumluluk yüklemektedir. Öte yandan Kanun'un 57. ve 58. maddeleri, rekabetin sınırlandırılmasının Özel Hukuk alanındaki sonuçları anlamında, zarar görenlerin her türlü zararlarının üç misline kadar tazminat hakkının doğabileceği hükmünü getirmektedir.

Yani bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem tarafları, eğer faaliyetlerini herhangi bir muafiyeti sınırları içerisinde deruhte etmiyorlarsa veya Rekabet Kurulu'na yaptıkları müracaat ile bireysel muafiyet kazanmamışlarsa, önemli miktarda idari para cezasına çarptırılabilirler. Özel Hukuk alanında bu tip uyumlu eylemler içinde bulunan taraflar aleyhine zarar görenlerin tazminat davaları açma hakları doğar.

Fakat buna rağmen yine de bilinmektedir ki, birçok anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı, Kanun'un 4. maddesinde belirtilen uygulamalara sahne olsalar bile, Kanun'un 5. maddesinde öngörüldüğü üzere toplam rekabeti pekiştirecek ve tüketici yararına etki yaratacak biçimde ticari ve teknolojik yapılanmayı desteklemekte ve esasen rekabeti sınırlandırmamaktadır.

İşte bu yöndeki düşünceyle bu yargıya ulaşma yetki ve sorumluluğu, Rekabet Kanunu'nun 5. maddesine istinaden Rekabet Kurulu'na verilmiştir. Yani süreçleri ve sonuçları itibarıyla rekabetin sınırlandırılmasını amaçlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar 4. madde kapsamına giriyorsa ve fakat mevcut bir Grup Muafiyeti'nin kapsamında yer almıyorsa, yine de yasaktır ve 4. madde kapsamında işlem göreceği biçimde 16. madde kapsamında cezai sorumluluk oluşturmaktadır. Rekabet Kanunu'nun 16. maddesinin 2. paragrafında teşebbüslerin cirolarının % 10'una kadar veran ceza uygulamasının asgari 12 milyar 400 milyon TL⁶⁵ sınırının üzerinden başlatılmasının temel anlamı budur.

Diğer bir deyişle, bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı, Kanun'un 4. maddesi ile yasaklanan unsurları taşıdığı halde rekabeti sınırlandırmıyor olsa da, sınırlama tehdidi oluşturduğu gerekçesiyle 16. madde kapsamında cezai sorumluluk oluşturmaktadır.

⁶⁵ 1.1.1998 tarihi itibarıyla

Rekabetin bulunduğu piyasalarda, düşük pazar paylarına sahip bazı rakip teşebbüslerin, müşterek satınalma faaliyetlerine girmelerinin, müşterek davranışları yasaklayan 4. madde hükümlerine rağmen, esasen toplam rekabetçiliği pekiştirdiği söylenebilir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Satın alımın müşterek yapılması gibi, ar-ge giderlerinin yüksek olduğu ürün piyasalarında rakip teşebbüslerin ar-ge faaliyetlerini müştereken organize etmeleri veya bir çok işbirliği çeşidi ile rekabeti aksatmayarak toplam rekabetçiliği, ekonomik, teknolojik gelişmeyi hızlandırdığı ve bunların sonuçlarının tüketici lehine olduğu bilinmektedir. Bu tip anlaşmaların, Rekabet Kurulu'nun 1997/6 sayılı Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ⁶⁶ hükümleri doğrultusunda Bireysel Muafiyet veya Menfi Tespit istemiyle Rekabet Kurulu'na bildirimi zorunludur.

Bu bildirimler ile Teşebbüsler, bildirim konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı ile esasen rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmadığını ve sınırlandırma tehditinin oluşturmadığını ekonomik ve hukuki gerekçeler ile açıklamalıdır. Rekabet Kurulu, bildirim yapan teşebbüslere ölçülebilir ve gerçekçi açıklamaları çerçevesinde, eğer bildirim konusu uygulama Kanun'un 5. maddesi ile belirtilen koşullara uyuyorsa "bireysel muafiyet" verebilir, veya menfi tespit belgesi vermek suretiyle Kanun'un 4. maddesine aykırı olmadığını belirleyebilir.

Bir Grup Muafiyeti'ne girmedigi halde Kanun'un 4. maddesinin tadadi nitelikte yasakladigi uygulamalara veya bu uygulama örnekleri ile benzer etki ve özellik taşıyan her türlü anlaşma, karar ve uyumlu eylem Kanun'un 4. maddesi kapsamına girer ve Kanun'a aykırı ve yasaktır.

Örneğin Avrupa Topluluğu'nda 85(1) madde hükümlerinin uygulamasından muafiyet kazandıran bazı Grup (Blok) Muafiyeti Yönetmelikleri, mevcut durumda Türkiye'de yürürlüğe sokulmamıştır. Avrupa Topluluğu'nda -Türkiye'de henüz yürürlüğe girmemiş olan-Franchising anlaşmalarına, teknoloji transferi anlaşmalarına, Ar-Ge anlaşmalarına, ihtisaslaşma anlaşmalarına, sigortacılık sektörüne ilişkin anlaşmalara, hava taşımacılığı sanayine ilişkin anlaşmalara ve deniz taşımacılığı sanayine ilişkin anlaşmalara uygulanmakta olan Grup Muafiyetleri bulunmaktadır.

Ekonomik yapının gelişimi ve rekabet piyasalarının gereksinimi doğrultusunda Rekabet Kurulu bu tip anlaşmaları Grup Muafiyetleri çıkararak yürürlüğe sokabilir. Fakat mevcut durumda bu tip anlaşmalar Türkiye'de yürürlükte bulunan Grup Muafiyetleri'nin kapsamlarına girmemekte ve bu doğrultuda Kanun'un 4. maddesi ile tanımlanan yasak alanlarına uymaktadır ve Rekabet Kurulu'na bireysel muafiyet veya menfi tespit istemi ile bildirimi gerekmektedir.

66 TCRG sayı: 23167 (Asıl), tarih: 11.11.1997, Tebliğ No: 1997/6

Kesin hatlarla tefrik edilememekle beraber, 4. madde ihlalleri iki ayrı kategoride incelenebilir. Bu anlamda bir sınıflama Kanun'un 16. maddesinin son paragraf hükmünde bulunmaktadır. Bu hüküm "ihlalin açıklığı" kavramını getirmektedir. Rekabet Kurumu'nun 4. madde kapsamında sürdürdüğü bir soruşturmada açık ihlallerin "fiyat anlaşmaları, pazar paylaşımları, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla pazar dışına çıkartılması gibi Rekabet Otoritelerinin müsamahakar yaklaşamayacağı, ilk bakışta rekabet ihlali olarak nitelendirilebilecek türden ihlaller" olduğu görüşüne yer vermiştir.

Rekabet Hukuku'nda bir anlaşmanın uyumlu eylemin ya da kararın amacı ve etkisinin saptanması önemlidir. Zira ceza kararlarında "kastın varlığı ve kusurun ağırlığı" değerlendirilmesine yer verileceği, suç ile ceza arasındaki dengenin oluşturulması amacıyla önem kazanmaktadır.

Bu noktada tekrar Topluluk uygulamalarından bir örnek inceleyecek olursak, nihai kararda anlaşma veya karar ya da uyumlu eylemin amaç ve etkisinin saptanmasına hangi ölçütlere göre ulaşıldığı ve saptamanın kasıt ve kusur anlamında ne şekilde değerlendirildiği görülecektir.

Consten & Grundig ile Komisyon arasındaki dava⁶⁷ ATAD'ın ilk yorum-kararıdır. Grundig, Consten'e Fransa'da elektronik ürünlerinin dağıtımını için inhisari dağıtım hakkı vermiştir. Anlaşmaya göre, Consten asgari bir miktarda ürün almak, reklam, satış sonrası hizmet vermekle ve de rakip firmaların ürünlerini satmamakla yükümlüdür. Grundig'in diğer ülkelerdeki dağıtıcıları gibi Consten de anlaşma bölgesi dışında satış yapma hakkına sahip değildi, ancak Grundig, Consten'e ticari markası olan GINT'i vererek dağıtım anlaşması olmayan yeniden satıcılara karşı kullanmasına izin verdi.

1961'de UNEF adında bir teşebbüs Grundig mallarını Almanya'daki yetkili satıcılardan aldı ve bu malları Fransa'da Consten'den daha düşük fiyatlarda satışa sundu. Consten, dağıtım hakkı anlaşmasına dayanarak, kendi satış bölgesinde rekabet yaratan UNEF şirketinin kendi markasına tecavüz yarattığını öne sürdü. UNEF ise Grundig ile Consten arasındaki dağıtım anlaşmasının 85. maddeye aykırı olduğunu iddia etti.

Grundig ve Consten, Komisyon'un sadece Grundig ürünlerinin dağıtımını ele aldığı için rekabet kavramını yanlış değerlendirdiğini, asıl olanın farklı markalar arasındaki rekabet olduğunu, sözkonusu dağıtım anlaşmasının farklı markalar arası rekabete etkisinin araştırılması gerektiğini ve bu anlaşmanın Rekabeti engellemek bir yana, markalar arası rekabeti arttırdığını ileri sürdü.

67 Aff. 56, 58/64, Consten & Grundig k. Komisyon, Rec. 1966, s:299

Komisyon ise; üreticiler arası rekabetin aynı markanın dağıtıcıları arasındaki rekabetten daha dikkat çeker olmasına rağmen, dağıtıcılar arası rekabeti kısıtlayan bir anlaşmanın da 85. maddenin 1. fıkrası kapsamına gireceğini belirtti.

Nitekim Yüce Divan'a göre de; dağıtım maliyeti ürünün toplam maliyetini etkilemektedir. Bu bağlamda bayiler arası rekabetin de teşvik edilmesi önemlidir. Söz konusu anlaşmanın Fransız pazarında çok iyi tanınan bir marka olan Grundig ürünlerini bu piyasada yaygınlığını azaltacağı ve suni olarak Topluluk içinde milli pazarları muhafaza etmeye yönelik sonuçlar doğuracağı için Ortak Pazar'da rekabeti bozmaya yönelik olduğunu belirtmiştir.

Adalet Divanı'na göre, dağıtım anlaşmasının Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiğini belirten Komisyon'un kararı doğrudur. Ayrıca ATAD, nihai kararında, anlaşmanın farklı markalarda benzer ürünlerin rekabeti üzerindeki etkilerinin incelenmemiş olmasının Komisyon kararında bir eksiklik oluşturmaz görüşüne yer vermiştir.

ATAD'ın konuya ilişkin bu yorum-kararına binaen, Komisyon uzun yıllar dikey anlaşmaların rekabeti engelleyici ya da kısıtlayıcı özelliği üzerinde durmuştur. Ancak Tek Pazar'ın oluşması sürecine girilmesi ile Komisyon, yatay anlaşmaları daha dikkatle izlemeye başlamıştır. Nitekim, yatay anlaşmalar ile Ortak Pazar'ın satış ve dağıtım bölgeleri halinde bölünerek rekabetin sınırlandırılması sözkonusu olabilmektedir.

ATAD ve Komisyon'un anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarda amaç ve etki göstergelerinin farklılığını açık olarak ayırıcı bir anlayış içerisinde olduğunu ileri sürmek gerçekçi bir yaklaşım olmamakla beraber, Yüce Divan, Société Technique Minière vakasında "sözleşmenin öncelikle amacına bakılması ve bu sözleşmenin ayrıca etkilerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir" ⁶⁸ şeklinde bir yorum getirmiştir.

Ancak ATAD'ın genel yaklaşımı, yatay anlaşmalara ilişkin rekabeti engelleyici ya da kısıtlayıcı hallerde fiyat belirleme kriterleri ile ilgili olarak 85. maddenin 1. fıkrasının uygulaması ve anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve kararların dikey yapılanmalardaki ihracat kısıtlaması halinin (bölgesel paylaşım) mevcudiyeti karşısında ise Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması için yeterli neden olduğu yönündedir.

68 Aff. 56/65, Société Technique Minière k. Maschinenbau Ulm GmbH, Rec. 1966, s:235

2.4. Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu'nun Diğer Düzenlemeleri ile Oluşan Mevzuat Ortamında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sayılan Fiillerin Konumu

Türkiye'de Rekabet Hukuku düzenlemeleri Kurucu Antlaşma'nın 85., 86. ve 90. maddelerine uyumlu olarak mevzuata aktarılmıştır. Fakat Topluluk'daki Rekabet Hukuku düzenlemelerinin Topluluk Hukuku'nu oluşturan Roma Antlaşması dahilinde diğer düzenlemeler ile birlikte yürürlüğe girdiği göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye Cumhuriyeti'nin mer'i mevzuatı dahilinde bulunan bazı düzenlemelerin ileriki yıllarda Rekabet Kanunu paralelinde geliştirilmesi gerekliliği görülmektedir.

Kurucu Antlaşma'nın 5. maddesinin 2. fıkrası "*Üye Devletler, işbu Antlaşma'nın amaçlarının gerçekleşmesini tehlikeye koyabilecek tüm girişimlerden kaçınır*"⁶⁹ ilkesini vazetmektedir.

Böyle bir durumun ortaya çıkmasında ve bir Üye Devlet'in rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici bir kararı teşebbüslere uygulatması durumunda Komisyon'un ilgili Üye Devlet'i ATAD'da dava konusu etmesi gerekmektedir. Bu temel ilkelere göre oluşturulan Üye Ülke mevzuatlarında 85(1). maddeye aykırı düzenlemeler en alt düzeye indirgenebilmiştir. Buna rağmen üye Ülke mevzuatlarında teşebbüslerin 85(1) maddeyi ihlal etmelerini doğuracak nitelikteki düzenlemelerin bulunması halinde, yine 85(1) madde amir kılınmıştır ve sadece bir devlet merciinin müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda bir anlaşmanın ya da uyumlu eylemin Kurucu Antlaşma'nın 85. maddesi tahtında incelenmemesi söz konusu olabilmektedir. Bunun dışındaki izin, teşvik, onay ve tolerans gibi devlet tutumları sadece idari cezayı hafifletici sebepler olarak kullanılabilir.

"İki ya da bir çok teşebbüsün, ulusal makamların emirleri ve haklarında alınan kararlar doğrultusunda hareket ederek rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici eylemlerde bulunmaları 85. madde kapsamında mütalaa edilmemektedir".⁷⁰

Fakat bu genel yaklaşımın Türkiye Rekabet Hukuku uygulamalarına doğrudan teşmil edilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira "ulusal makamların kararları doğrultusunda hareket etmek" tanımı çerçevesinde 85(1) maddeye aykırı davranışların oluşması Toplulukta da önemli tartışmalara yol açmıştır. Alüminyum vakasında⁷¹, Alman ve İngiliz davalılar, Komisyon'un itiraz ettiği müşterek satın alma sisteminin devlet müdahalesi kapsamına girdiğini ve 85. madde kapsamında değeri-

69 GÜNUĞUR H.: *Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma*, TOBB, Ankara, 1988, s:8

70 BUHART J.: *Principes de Droit Européen de la Concurrence*, Bruxelles, 1997, s:15

71 *Aluminum Imports from Eastern Europe Komisyon Kararı*, ATRG, L 92, 1985, s:1

dirilmemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu iddia, Komisyon tarafından hemen reddedilmiştir, çünkü bu anlaşmalar, ne devletlerin taraf olduğu faaliyetlerdir ne de devletler teşebbüsleri bu anlaşmalara katılmaya zorlamışlardır.

Devlet tarafından bir anlaşma, uyumlu eylem ya da karara göz yumuluyor olması, bu anlaşmanın, uyumlu eylemin ya da kararın 85. madde kapsamında değerlendirilmemesi için yeterli bir neden olmadığı gibi, yine Devlet tarafından 85. madde kapsamına giren bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin açıkça teşvik edilmesi de aynı sonucu doğurmaktadır. Zinc Producer Group vakasında⁷² Komisyon bu konuya açıklık getirmiştir. Bu vakada öne sürülen ve üye ülkelerin ve hatta Komisyon yetkililerinin teşebbüslerin taraf olduğu fiyat belirleme anlaşmalarından haberdar olduğuna ve hatta bazı üye ülke mercilerinin bu anlaşmaları desteklediğine ve açıkça onayladığına ilişkin iddialara karşı, Komisyon, üye ülke mercilerinin anlaşmalardan haberdar olmasının, anlaşmalara katılması ya da teşvik etmesinin teşebbüslerin Topluluk Rekabet Hukuku'na tabi olmaları durumunu değiştirmeyeceği hükmüne varmıştır.

Rekabet Hukuku uygulamalarında bu temel yaklaşımlar Türkiye açısından karmaşık bir süreci çalıştıracak niteliktedir. Mer'i mevzuatımızdaki düzenlemelerin Rekabet Kanunu doğrultusunda süzgeçten geçirilmesi önemlidir. Fakat mal ve hizmet piyasalarına Kanun'un 4. maddesi alanında etkide bulabilecek nitelikteki mer'i mevzuatta yer alan ayrı ayrı düzenlemelerin tek elden uyumlaştırılması, pratikte olanaksızdır. Bu durumda Rekabet Kurulu'nun teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'dan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini hatırlatan 1997/6 sayılı Tebliği önemli bir uygulama alanı yaratmaktadır. Zira bu tebliğde teşebbüslerin Kanun'un 4. maddesine aykırı olup olmadığını ayırt edemediği ve mütereddit kaldığı uygulamaları da Rekabet Kurulu'na bildirme esasını getirmiştir.

Bu kolaylık, hem Kamu'nun mevcut düzenlemelerini Rekabet Kanunu'na uyumlu hale getirmelerindeki müşkülâtları, hem de Rekabet Kurulu'nun ayrı ayrı düzenlemeleri inceleyerek Bakanlar Kurulu'na Kanun'un 27. maddesi kapsamında görüş bildirmesi sürecindeki olası aksaklıklara önemli bir çıkış yolu oluşturmaktadır. Zira her teşebbüs içinde yaşadığı mevzuat ortamını ve bu mevzuatın Rekabet Kanunu ile getirilen sınırlamalara uyup uymadığını tahlil edebilir. Tereddüt oluşması halindeyse Rekabet Kurulu'na bildirerek ya menfi tespit veya bireysel muafiyet edinebilir, ya da Rekabet Kurulu'nun Kanun'un 27. maddesine istinaden Rekabet Hukuku'nu etkileyen mevzuatta yapılması gereken değişiklikler doğrultusunda faaliyetlerini yürütmesini sağlayabilir.

⁷² Zinc Producer Group Komisyon Kararı, ATRG, I 220, 1984, s:27

Örnekle geliştirmek gerekirse, sigara ürünlerinin perakende fiyatlarının gazete-lerden üretici işletme tarafından ilan edilmesinin Kanun'un 4. maddesine açıkça ih- lal oluşturduğu söylenebilir. Bu durumda ilgili işletmelerin perakende satış fiyatını belirleyen bu davranışlarından derhal vazgeçmeleri gerektiği görölmektedir. Fakat Maliye Bakanlığı'nın uygulamaya aldığı bir diğer mevzuat, Devletin KDV gelirlerin-deki kayıplarını önlemek için tütün mamullerinin perakende satış fiyatlarının üreti- ci tarafından belirlenmesini öngörmekte ve burada oluşan katma değeri bir başka usul ile tahsil etmektedir, yani teşebbüs, perakende fiyatları bir başka mevzuat hü- kümleri doğrultusunda belirlemek durumunda kalmaktadır. İşte Rekabet Hukuk bu tip durumlarda teşebbüsün "bir nevi" Rekabet Kurulu'na verilmiş hak ve yetkileri kullanarak konumu ve faaliyetlerinin Kanun'un 4. maddesine aykırı olmadığı sonu- cuna hükmetmesine olanak tanımamaktadır. Teşebbüs, faaliyetlerini şekillendiren mevzuat ortamını tanımlayarak, Rekabet Kurulu'na başvurmalıdır. Bu durumda Re- kabet Kurulu, ya ilgili işletmenin bu faaliyetinin Kanun'a aykırı olmadığını tespit eder belgeyi verecek, ya da bireysel muafiyet tanıyacaktır. Fakat her hal ve karda ilgili mevzuat bütünü Türkiye'deki rekabet piyasalarını etkileyecek boyuttaysa, yi- ne teşebbüse tanıyacağı belirli bir muafiyet sürecinde, ilgili mevzuatın değiştirilme- si konusunda devreye girecektir.

Dikkat edilirse sigara ürünlerinin dışında LPG sektörü, ilaç sektörü, ekmek ve fırıncılık sektörü gibi bir çok sektörde bu tip devlet müdahaleleri bulunmaktadır.

Bilinmektedir ki, devlet müdahalelerinin yoğun olduğu sektörler, teşebbüslerin yakın ilişkiler kurmalarını zorunlu kılmakta veya bu süreci pekiştirmektedir. Bu noktada teşebbüslerin birlikte davranışları, devlet müdahalelerinin bulunmadığı sektörlerle göre oldukça yoğundur. Bu durum, bu tip sektörlerin Kanun'un 4. mad- desi kapsamında bir çok ihlal yaptıkları gerekçesiyle şikayete konu olmaktadır.

Örneğin Topluluk uygulamalarında "devlet müdahalesinin bulunduğu piyasa- larda 85(1) çalıştırılmaz" genellemesi, yalnızca ilgili müdahale sınırları için geçerlilik kazanmaktadır. Yani bir ürünü tüm teşebbüsler "şu" fiyattan satacak biçiminde oluşan bir devlet müdahalesinde, teşebbüslerin uyumlu eylem ile aynı fiyatı belir- ledikleri gibi bir dava konusu olamaz. Fakat bu istisna, ilgili teşebbüsleri "aynı fiyat uygulaması" hususunun dışındaki rekabetçi davranışlarını koordine etme veya rek- abet etmekten kaçınma serbestisi getirmemektedir. Zira rekabet, yalnız fiyat rek- abeti değildir.