REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-IX

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu

Değerlendirme Kurulu Üyeleri

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP - Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN
Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN- Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR - Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK - Doç. Dr. Nurkut İNAN
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI - Doç. Dr. Mustafa ATEŞ
İsmail Hakkı KARAKELLE

Düzenleme Komitesi Üyeleri

Prof. Dr. İsmail KAYAR - Art. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY
Ebru ÖZKAN - Hakan SABUNCU

6 Mayıs 2011
KAYSERİ

Sayfa Düzeni ve Yayına Hazırlama
Özlem ERDOĞAN

Fotoğraflar
İlkay ULUSOY

Basıldığı Yer
Sarıyıldız Ofset

İvedik Organize Sanayi,
Ağaç İşleri Sanayi Sitesi 523. Sok. D: 31
Yenimahalle/ ANKARA

ISBN 978-605-5479-10-7 **YAYIN NO** 0269

IX Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR 3
ERÜ Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI 7
Rekabet Kurumu Başkanı

Prof. Dr. H. Fahrettin KELEŞTEMUR 13
ERÜ Rektörü

I. OTURUM

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN (Oturum Başkanı)
(İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Doç. Dr. Erhan TEMEL (Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
ALMAN REKABET HUKUKU AÇISINDAN
YANILTICI İLAÇ REKLAMLARI 17

Prof. Dr. İsmail KAYAR (ERÜ Hukuk Fakültesi)
Araş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY (ERÜ Hukuk Fakültesi)
YENİ TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN
REKABET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 55

Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ (ODTÜ İİBF)
KONULARI, KARARLARI, KURUMLARI VE
SORU(N)LARIYLA BANKACILIK VE REKABET HUKUKU 99

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY (PAÜ İİBF)
Araş. Gör. Murat ŞAHİN (PAÜ İİBF)
REKABET HUKUKUNDA ALTERNATİF BİR YAPTIRIM:
TEŞEBBÜS YÖNETİCİLERİNİN
GÖREVDEN UZAKLAŞTIRILMASI 137

SORU ve CEVAPLAR 165

İçindekiler

II. OTURUM

Doç. Dr. Mustafa ATEŞ (Oturum Başkanı)
(Rekabet Kurumu II. Başkanı)

Gökşin KEKEVİ (Rekabet Başuzmanı)
Burcu CAN (Rekabet Uzman Yardımcısı)
Zeynep ŞENGÖREN (Rekabet Uzman Yardımcısı)
UYUMLU EYLEM KARİNELERİ:
MİTLER VE GERÇEKLER 175

Av. Hülya KESİM
REKABET HUKUKUNDA KOLAYLAŞTIRICI
EYLEMLER VE MUKAYESELİ UYGULAMA..... 241

Av. Haluk ARI
Av. Benan KIRMIZIGÜL
KARTEL SORUŞTURMALARINDA DELİL VE
İSPATA DAİR MESELELER..... 337

SORU ve CEVAPLAR..... 383

IX Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR
ERÜ Hukuk Faültesi Dekanı

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

Prof. Dr. H. Fahrettin KELEŞTEMUR
ERÜ Rektörü

IX Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu





Prof. Dr. İsmail KAYAR

ERÜ Hukuk Fakültesi Dekanı



Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Sayın Rekabet Kurumu Başkanı ve üyeleri, Sayın Rektörüm, Sayın Kaymakam, Sayın Belediye Başkanı, değerli konuklar; Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumunun 9'uncusuna hoş geldiniz.

Bu sempozyumu Rekabet Kurumuyla birlikte 9 yıldır, her yılın bu günlerinde, aylarında düzenliyoruz.

Efendim, bir-iki cümleyle ifade etmek gerekirse, iyi işleyen, bozulmamış, kısıtlanmamış, sınırlanmamış rekabet ortamı serbest piyasa ekonomisinin temelidir. Sanayiden ticarete, gıdadan ilaca, sağlıktan turizme, hayatımızı kolaylaştıran birçok gelişmenin temelinde serbest rekabet ortamı bulunmaktadır. Rekabet sayesinde; teşebbüs kabiliyeti, teknolojik gelişmeler, mal ve hizmetlerin kalitesi, işletmelerin verimi, tüketiciye sunulan hizmetler artarken fiyatlar düşer ve bundan da hem ülke ekonomisi, hem de tüm kişiler, ilgililer, taraflar yararlanır. Anayasamız, rekabetin bu pozitif sonuçlarını dikkate alarak devlete rekabet ortamını sağlama vazifesi vermiştir. Anayasamızın 167'nci maddesi diyor ki, "devlet, para, sermaye, kredi, mal ve hizmet piyasalarında rekabet ortamını sağlar, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi de önler." Anayasanın devlete verdiği bu vazifeyi ifa etmek üzere 1994 yılında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmış, bu kanunla Rekabet Kurumu oluşturulmuş ve çalışmalarına başlamıştır. Düzenlemeleriyle, uygulamalarıyla, cezalarıyla Rekabet Kurumu kendisini her yıl daha da yakından hissettirmektedir; mesela bu sene de bankacılar Rekabet Kurumunu fark ettiler, hissettiler.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Rekabet Kurumunun uygulamalarıyla birlikte ortaya çıkan rekabet pratiğinin Türkiye'de 16-17 senelik bir mazisi var. Bu uygulamanın içinde Üniversitemiz ve Fakültemiz de, son 9 yıldır bu sempozyumu düzenlemek suretiyle yer almaktadır. Bu sempozyumlarda 9 yıldır 100 civarında tebliğ sunulmuştur. Bu tebliğler rekabet hukuku alanında

başlıca referans kaynağı, başvuru kaynağı hâline gelmiştir. Bu sempozyum, Rekabet Kurumu çalışanları, uygulayıcıları, akademik çevreler ve rekabet savunucularının her yıl bir araya geldiği, tebliğ sunduğu, katıldığı, tartıştığı bir forum hâline gelmiştir. Kurumla birlikte, Üniversitemiz ve Fakültemiz adına, böyle bir sempozyumu başlatmaktan, sürdürmekten son derece memnunuz. Bu anlamda katkı sağlayan herkese teşekkür ediyoruz.

Bugün sempozyum, sabah ve öğleden sonra oturumu olmak üzere iki oturumda gerçekleştirilecek. 12 konuşmacı tarafından tebliğ sunulacaktır. Bazı tebliğler birden fazla konuşmacı tarafından sunulacak; o yüzden sayı kalabalık.

Katılanlar biliyorlar ama, yeni olanlar için söylüyorum; sabah oturumunda davetli konuşmacılar konuşma yapıyorlar, öğleden sonraki oturumlarda ise, sempozyum tarihinden 5-6 ay önce kabul edilen tebliğ özetleri, isimleri görülmeden Değerlendirme Kurulu üyeleri hocalarımız tarafından puanlandırılıyor ve bu puanlamada ilk 3'e giren tebliğler sunuluyor. Yani öğleden sonraki oturumda konuşma yapan arkadaşlarımız, bir yarışmada başarılı bulunmuş tebliğ sahipleridir. Bu bakımdan, tabii ki sabahkiler de kıymetli ama, öğleden sonrakiler daha kıymetli. Bir de, sabah oturumunda ben de konuşma yapacağım, o yüzden sabah oturumuyla ilgili fazla bir şey demek istemiyorum.

Kısaca, bu sempozyumun düzenlenmesinde, oluşmasında katkısı bulunanlara teşekkür edip sözü Hocama bırakacağım.

Öncelikle Rekabet Kurumu Başkanı ve üyeleri başta olmak üzere tüm çalışanlarına teşekkür ediyorum; bu sempozyumun canlı, diri şekilde yürümesinde katkıları büyük.

Sempozyum için bütün isteklerimizi olumlu karşılayan Rektörümüze, Rektör yardımcılarımıza, Üniversite üst yönetimimize teşekkür ediyorum.

Sempozyumu bu yıl Kapadokya Meslek Yüksek Okulunda gerçekleştiriyoruz. Alev Alatlı Hanım ve Arda Bey başta olmak üzere Yüksek Okulun bu otantik mekânlarında sempozyumu yapmamızı sağlayan Kapadokya Meslek Yüksekokulu yöneticilerine çok teşekkür ediyorum.

Tebliğ sunmak suretiyle sempozyumda görev alan hocalarımızı, konuşmacıları bu emeklerinden dolayı kutluyorum, teşekkür ediyorum.

Değerlendirme Kurulu üyeleri, tebliğ yarışmasında özetleri değerlendirmek suretiyle seçtiler; onlara teşekkür ediyorum.

Türkiye'nin muhtelif yerlerinden buraya konuşma yapmak üzere, dinlemek üzere gelen katılımcılara ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Yoğun işleri arasında sempozyumun açılışını şereflendiren Rektörümüze, Kaymakam Hanıma, Belediye Başkanımıza, Dekanımıza, tüm protokole çok teşekkür ediyorum.

Fakültemizde bu sempozyumun bütün faaliyetlerini titizlikle yürüten akademik ve idari personelimize de ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Hepinize saygılar sunuyorum efendim.


REKABET KURUMU
BİLGİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
2003

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Rekabet Kurumu Başkanı



Sayın Kaymakam, çok değerli Rektörüm, değerli dekanlar, Rekabet Kurumunun çok değerli üyeleri, çok değerli misafirler; bu sempozyumun başarılı geçmesini, önümüzdeki yıllarda da artan bir ilgiyle, teveccühle karşılanmaya devam etmesini diliyorum.

Bir konunun, senede bir gün dahi olsa 9'uncu kere ele alınması anlamlı, önemli, bunun sürdürülmesi önemli. Bu süreçte bir anlama çabası var, değerlendirme çabası var, geliştirme amacı var; belki test amacı var, bildiklerimizi, yaptıklarımızı gözden geçirme amacı var, bir tür tahkim amacı var. Bu arayışların devam etmesini, gelenekselleşmesini, kurumsallaşmasını diliyorum; çünkü eğer son sayfayı kapattığımızı düşünürsek herhâlde çağdaş dünyadan koparız, gerçeklerden koparız, hayattan koparız. Bir işi yapmanın çok farklı yolları, yöntemleri olabiliyor. Dünyanın her tarafında her alanda mallar ve hizmetler üretilir, özel sektör kuruluşları vardır, kamu kurumları vardır, fakat dünyanın her tarafında aynı kalitede, aynı standartta mal ve hizmet üretilmez; klâs farkı vardır, lig farkı vardır, kalite farkı vardır; uluslararası derecelendirmeleri biliyorsunuz. Sağlık hizmeti üretilir, eğitim hizmeti üretilir, adalet hizmeti üretilir, çok çeşitli diğer alt başlıklarda başka mal ve hizmetler üretilir, ama bazıları çok daha kalitelidir, çok daha rekabette öne çıkabilen vasıflar taşır. Biz, "Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler" derken, yaptığımız işi daha kaliteli hâle getirmek istiyoruz ve bunun da sonunun olmadığını, hep konuşulması gerektiğini düşünüyoruz.

Rekabet Kurulu kararlar veriyor ve bu kararların yerinde olmasını, hakkaniyete uygun olmasını, etkili olmasını, sonuç vermesini istiyor, bunu teminen de, aklını, bilgisini, birikimini geliştirmek istiyor, kendi ilgili kamuoyuyla bunu paylaşmak istiyor, örgütlü bir ortamda etkili, etkin kararlar tahsil etmek istiyor; amacımız budur.

Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler başlığı altındaki bu toplantılara öteden beri, -herhâlde 8'inci keredir- katılıyorum ve en az 5'inde de açış konuşması yapmaya çalıştım. Geleneksel Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler başlığı altında ele alınan konulara, bugünkü programda da yer verdiğimiz konulara herhâlde başka başlıkları da eklemek gerekiyor, başka unsurlar üzerinde de durmak gerekiyor, önemsizdir, marjinaldir diye belki ihmal etmemek gerekiyor.

Arkadaşlar, "bir zincir en zayıf halkası kadar güçlüdür" diye bir laf var. Rekabet Kurulu çalışıyor, etkin olmak istiyor, başarılı olmak istiyor. Rekabet Kurulu karar veriyor ve bu kararların etkin olmasını istiyor, tabii ki başta hukuka uygunluk esas olmak üzere sonuç doğurmasını istiyor.

Peki, karar verme süreci, karar verme sistemi denilince acaba akla hangi alt başlıklar gelir? Kartelleri nasıl anlamak gerektiği, hâkim durumun nasıl, hangi durumlarda kötüye kullanıldığı-kullanılmadığı, anlaşmaların yatay ve dikey ne şekilde olması gerektiği hususlarında ve muafiyete, yoğunlaşmalara ilişkin, klasik, dünyanın her tarafındaki uluslararası platformlarda ve bizim katıldığımız yerli-yabancı toplantılarda ele alınan malum başlıklar var. Bunlar üzerinde hakikaten hâlâ konuşulacak çok şey var, çünkü algılama meselesi var, anlama meselesi, uygulaması var. Eğer bu algılama, anlama ve uygulama meselesi fark etmeseydi, nasıl olsa aynı şekilde anlaşılıyor, aynı şekilde uygulanıyor deyip herhâlde insanlar bu tecrübelerini paylaşmazlardı, dünyanın bir yerinde bir araya gelmezlerdi. Algılamanın, anlamanın ve uygulamanın sonuç vermesi için üzerinde durulması gereken başka unsurlar üzerinde de durmak gerekiyor; etkinlik için başka konuları da öne çıkarmak gerekiyor.

Bu başlık altında sadece pozitif kurallardan, pozitif hukuktan bahsetmiyorum. Birincil düzenleme anlamında kanun metninin tabii ki önemli olduğunu kabul etmek lazım. Ama ikincil düzenlemelerin de kesinlikle çok önemli olduğunu kabul etmemiz lazım ve ikincil düzenlemeler listesinin ne olması gerektiği üzerinde, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler başlığı altında yapılan bir sempozyumda bir gün bir tebliğ sunulması gerekir diye düşünüyorum. "İkincil düzenlemeler" denilince, hangi alanlarda daha belirgin, daha öngörülebilirliği sağlayacak, disiplini ve kaliteyi nispi de olsa teminat altına alacak başlıklar bulunmalıdır; bunun üzerinde durulması gerekir diye düşünüyorum. Ayrıca başka başlık ve konular da var.

"Karar vermek" dediğimiz şey mekanik bir süreç değildir. Bir kurulun bir araya gelip bir alanda, bir konuda bir hüküm vermesi, çok kestirme bir süreç değildir. Kurul kararları için, etkinlik için herhâlde kurul üyelerinin formasyonu önemli, kurula gelen raportörlerin formasyonu önemli, raporun niteliği önemli, formatı önemli. Eğer bunlar ihmal edilirse, süreç mekanik bir süreç gibi

algılanırsa, "mevzuat belli, ikincil düzenlemeler belli, kararımız budur" gibi çok sade, çok kestirme bir anlayış ortaya çıkar ki, -böyle olduğu için, böyledir diye söylemiyorum, sadece konunun anlaşılması için bir örneği geliştiriyorum- herhâlde bir yanlışlık olur.

Hepimiz biliyoruz ki, dünyanın başka ülkelerinde ve özellikle gelişmiş ülkelerde komisyonlar var, kurullar var, ama bir de mahkemeler var. Peki, Türkiye'de mahkemeler var mı? Usul açısından en azından şimdilik ağırlıklı olarak gördüğümüz Danıştay'ın ilgili dairesi ve Danıştay süreci var. Mahkeme dediğimiz, -ihtisas mahkemesi anlamında söylüyorum- Rekabet Kurulu kararlarının belki biraz daha hukukî bakış açısıyla, kriminal perspektifle ele alındığı merciler yok, en azından sürecin, zincirin halkalarından biri bizde bu anlamda bulunmuyor. Buna dikkat etmek lazım, bunu fark etmek lazım. Mahkeme yoksa o zaman başka sorumluluklar, başka hassasiyetler herhâlde ortaya çıkacaktır, çıkmalıdır.

Delillerin, belgelerin standardizasyonundan söz etmek mümkün. Delil, belge ve ispat standardını yükseltmek için elimizden geleni yapmamız lazım ve bu konu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler başlığı altında incelenmeli. Yerinde inceleme nasıl yapılmalı; sadece bu başlık altında belki bir gün, iki gün tartışmak lazım. Hangi belgelere, bilgilere ne şekilde ulaşmak gerektiği konusunda, bunun sistematiği konusunda bir tartışmanın yapılması gerekir.

Sadece usul hukukuna işaret etmiyorum, hepinizin bildiği bu husus; usul tabii ki çok önemli. Ama yine ayrıca bir konuyu sizinle paylaşmama müsaade ediniz. Genel hukuk prensipleri dediğimiz, bütün dünyada, uluslararası platformlarda artık üzerinde durulan ve normlar hiyerarşisinde Anayasanın da üstünde olan, kanunların, kuralların da üstünde olan bazı genel kurallar var.

Genel hukuk ilkeleri nedir? Eğer bir kurul, bir idare, bir organizasyon, bunlardan yoksun şekilde karar istihsal ediyorsa, muhtemelen hem dünyanın gerçekleriyle, hem hukukun gerçekleriyle paralel değildir.

Genel hukuk prensipleri dediğimiz, genel ilkeler dediğimiz şey tabii ki adalet meselesi, tabii ki hakkaniyet meselesi, tabii ki birey hakları, tabii ki çok temel haklar; aramızda hukukçular var, onlar çok daha iyi ifade eder.

Genel hukuk prensiplerini rekabet hukukuna indirgeyecek, rekabet hukuku perspektifinde bu genel prensipleri algılayacak, anlayacak ve uygulayacak bir mekânizmayı Rekabet Kurumunun, -şahsım adına, birinci derecede sorumlu olduğumu düşünerek söylüyorum- realize etmesi lazım. Bunun anlamı şudur: Biz Kurumumuzu bir şekilde en azından bu açıdan güçlendirmek, geliştirmek durumundayız. Bu belki 5 yıl önce, 10 yıl önce mümkün değildi, çünkü

Türkiye'nin insan kaynağı açısından o dönemde zaafiyeti vardı ama gittikçe, ilgili kamuoyumuz güçlendi, insan kaynağımız genişledi ve yurt dışından gelenlerle birlikte yerli üniversitelerimizde de bu alanda insan kaynağı potansiyeli doğdu. Rekabet Kurulunu güçlendirmekten söz etmiş oldum. "Kurul" derken, hukuk dokusunu Kurumun karar süreçlerine, organizasyonel manada yansıtmamız lazım, ağırlıklı olarak hissettirmemiz lazım.

Peki, hukuk dokusu, iktisat dokusu birlikte önemli değil mi? Tabii ki, gerçekleri bölemezsiniz. Eğer etkili dediğimiz, hukuki dediğimiz, başarılı dediğimiz, yüksek vasıflı, kaliteli karar dediğimiz bir süreci ifade etmek istiyorsak tabii ki hukuki perspektifin de, iktisadi bakış açısının da bu süreçte payının aynı ölçüde olması lazım. Bu açıdan da Kurumu, Kurulu, sistemimizi, organizasyonumuzu güçlendirmemiz gerekiyor.

Kararın nasıl yazılacağının bir tartışma konusu olduğunu düşünüyorum. "Efendim, kısa karar, gerekçeli karar, basit bir mesele"; değildir. Karar yazma, bir hukuk metnini geliştirmek gibi önemli olsa gerek. Bu konuda hukuk teknisyenleri ne der bilmiyorum ama, kararlar çok önemli, kelimeler, kavramlar çok önemli, kararın girişi-çıkışı çok önemli, gerekçesi tabii ki çok önemli. Çok uzatmak istemiyorum. Diyelim ki, kararımızı kamuoyuyla nasıl paylaşacağız, nasıl duyuracağız, etkili şekilde nasıl arşivleyeceğiz, standartlaştıracağız, güncel mesele olarak bunların da üzerinde durulması gerektiğini düşünüyorum. Dediğimiz gibi, klasik konular mahfuz. Onları arkadaşlarımız, sizler biliyorsunuz ve tartışılıyor. Söylediğim şeyler şimdiye kadar belki üzerinde çok fazla durulmayan ama biliyoruz ki, kesinlikle sonucu etkileyen türden şeyler. Bir makinede küçük bir parça bütün makineyi altüst edebilir. Bir otomobilde tek bir tekerin havasının olmaması bile otomobilden beklenen yararı sağlamaz; kıyastır, belki kaba benzetmedir, teşbihtir ama konu tamamen böyle. Bir organizasyondan, bir sistemden söz ediyorsak, en küçük unsur dahi sonuç bakımından önemlidir.

Kurumlar, insanlar, toplumlar eğer gerçekle barışık yaşamak istiyorlarsa; arayışın bu açıdan çok önemli olduğunu, arayışın tevazu ifade ettiğini ve dürüstlük anlamına geldiğini, dürüst olmak için kesinlikle mütevazı olmak gerektiğini, megaloman olmamak gerektiğini ifade etmek isterim. Dolayısıyla, kafalarımızdaki alışkanlıklardan, zihin konforundan da gerekirse taviz vermek lazım. İdeolojik, politik, peşin hükümler, basmakalıp yargılar, alışkanlıklar vb. kararlara kesinlikle etki etmemesi gerektiğini hatırlatmayı bile fazla buluyorum.

Benden bu kadar olsun!

Efendim geçen yıl Alev Alatlı Hanım, "Batı'ya Yön Veren Metinler" başlığı altında Kuruma 4 cilt kitap gönderdi; baktım, 3000 yıllık Batı dünyasının hikâyesi, biraz hepimizin, insanlığın hikâyesi -bu günlerde doğuyu, bizim

dünyamızı hazırladıklarını biliyorum- ve şaştım kaldım, çünkü Türkiye'de bunu hayal etmek bile inanın büyük bir kalite göstergesidir. Binlerce yıl öncesinden, eski Yunandan başlayarak, insanlığın bugünkü noktaya geliş hikâyesini Batı metinlerinden, 1000 tane metin üzerinden hikâye etmeye çalışmak, derlemeye çalışmak, -belki kendi abartmam olarak da kabul edin ama - benim gözümde olağanüstü bir proje. Bu projeye, bu hayale teşekkür etmek lazım, saygı duymak lazım. Hayal değil, gerçek; önümüzde 4 ciltlik kitap var ve hem de, Anadolu'nun ortasındaki Nevşehir'in Ürgüp ilçesinin Mustafapaşa Beldesindeki Kapadokya Meslek Yüksek Okulunun yayını olarak. Çok güzel. Mevzu ilk planda anlaşılır türden gibi değil ama gerçek. Bu vizyon, eğer uygulanmaz ise çok teorik, uçuk gibi bulunabilir. Gördüm ki, -belki bir kere daha hayat gerçeğine kendi elimle dokunmuş oldum- bir teori ne kadar sağlamsa o kadar pratiğe uygundur, o kadar pratiğe yakındır; kötü teori uygulamaya uzaktır, başarısızdır. Teoriniz iyiyse, vizyonunuz tutarlıysa pratiğe çok yakınsınız. Alev Alatlı, olağanüstü bir vizyona sahip ve Mustafapaşa'da Meslek Yüksek Okulun, parasız pulsuz, bence çok namüsait şartlarda baniliğini yapmış oluyor. Ama, hem vizyon hem de uygulama var; esasen ikisi birbirine çok yakın şeyler. Bir jest olsun diye değil ama hürmeten, bu programın burada yapılmasını arkadaşlarımdan rica ettim, onlar da kabul ettiler. Bu bakımdan, Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Doktor İsmail Kayar ve Sayın Rektörümüz başta olmak üzere Üniversitemize ve bizim cenahtan bütün arkadaşlarıma minnetlerimi, saygılarımı sunuyorum.

Bu programın nice güzelliklerle devam etmesini, önümüzdeki yıllarda da gelişerek, güçlenerek, daha çok ilgi çekerek gelenekselleşmesini diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.


REKABET KURUMU
IX Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu

Prof. Dr. Fahrettin KELEŞTEMUR

ERÜ Rektörü



Sayın Kaymakam, Sayın Belediye Başkanı, Sayın Rekabet Kurumu Başkanı, muhterem misafirler, değerli basın mensupları; hepiniz 9'uncu Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumuna hoş geldiniz.

Sayın Dekan ve Sayın Başkan konuyla ilgili detaylı bilgiler verdiler. Doğal olarak ben, kavram olarak değil, rekabet günlük hayatımızda da kullandığımız bir kavram ama, mesleğim hekimlik olduğu için, teknik bakımdan bu meselenin çok uzağındayım. Bir bilim dalı olduğunu düşünüyordum ama, onun öyle olmadığını biraz önce şaşırarak öğrendik. Hocam, Batı üniversitelerinde bunun bir bilim dalı olarak okutulduğunu, incelendiğini söyledi ve doğrusu beni şaşırttı.

Üniversitelerimiz yaygınlaştı; bu tabii çok olumlu bir şey. Üniversite yöneticileri ve ben de Rektör olarak çok ilgisiz konularda muhtelif konuşmalar yapmak zorunda kalıyoruz. Dün mesela mimarlıkla ilgili bir toplantı vardı, ziraatla ilgili bir toplantı vardı, gazetecilikle ilgili bir toplantı vardı; tabii, bunların hepsiyle ilgili bir şeyler söylerken, emeği geçenlere teşekkür etmek dışında, konuyla ilgili bilgi de vermek gerekiyor. Bunların bir kısmına hazırlanmak gerekiyor, bir kısmında da, çok bildiğiniz, aşina olduğunuz veya mesleğiniz dışında da ilgilendiğiniz konular olursa hazırlanmadan da bazı şeyler söyleyebiliyorsunuz. Dolayısıyla, bu tür toplantılara çok sık gitmek durumundayız. Bir tecrübe edindim; toplantıya girmeden önce binanın önündeki afişe bakıyorum. Çok şükür benim için bir sorun yok. Geçen Erciyes Üniversitesi Rektörlüğünün karşısındaki Turizm Meslek Yüksek Okulunda Veteriner Fakültesi tarafından düzenlenen küçük hayvanlarla ilgili bir toplantı vardı. Afişte "Küçük Hayvanlar Sempozyumuna Hoş Geldiniz" yazıyormuş ama, karşıdan, "Küçük Hayvanlar Hoş Geldiniz" diye okunuyordu. Çok şükür burada böyle bir problemle karşılaşmadan rahatça gelebildim.

Bilim adamı olarak bu tür toplantıların düzenlenmesinden son derece mutlu oluyorum, çünkü bu tür detaylar üzerinde konuşmak lazım. Ortaya çıkacak

sonuçlar tabii ki önemli olacaktır. Bunlar yeteri kadar değerlendirildiği zaman da, kanun yapıcılar, tasarı yapıcılar bunlardan faydalanarak birtakım kanunları yapıyorlar, birtakım yönetmelikleri hazırlıyorlar. O bakımdan bu toplantıların çok önemli olduğuna inanıyorum.

Tabii, işin sevindirici tarafı da, Hocamın da belirttiği gibi, artık Anadolu'daki kasabalarda da çok güzel şeyler yapılıyor, çok teknik konular tartışılıyor. 20-30 sene öncesinde olduğu gibi, bilim sadece 3-4 büyükşehirde yapılmıyor, artık Anadolu'nun her tarafında yapılıyor; işte burada bu rekabet kavramı karşımıza çıkıyor. Bugün bu sempozyuma gayet güzel ev sahipliği yapan Kapadokya Meslek Yüksek Okulu bir kasabada çok güzel işler yapıyorsa, başkası da, ben de düşünmek zorundayım; benim Yüksek Okulumun buradan daha güzel şeyler yapması gerektiğine inanıyorum ve bir yarışma ortamı çıkıyor, bir rekabet ortamı oluşuyor. Dolayısıyla, üniversitelerimizin, fakültelerimizin gelişmesi bakımından rekabetin ne kadar önemli olduğunu hepiniz biliyorsunuz.

Şimdi Üniversite Kanunu değişiyor; 2547 Sayılı Kanunla ilgili çalışmalar devam ediyor. Muhtemelen 2012 yılında yeni bir kanunla karşı karşıya kalacağız. YÖK yöneticileri bununla ilgili geniş kapsamlı görüşmeler yapıyor. Rektörler toplanıyor, sivil toplum örgütleri yöneticilerinin görüşleri alınıyor; çok geniş kapsamlı bir platform oluşturuldu. Sonuçta bu kanun değişecek. Yeni kanunun daha uygulanabilir olması, daha faydalı olabilmesi için üzerinde durduğum, yukarıya ilettiğim konu gene bu rekabet konusu; tabii ben bunu adını koymadan söylüyorum.

Maalesef üniversitelerimiz arasında, öğretim üyeleri arasında rekabet ortamı yoktur. Gelişmiş ülkeler demek, gelişmiş üniversitelere sahip olan ülkeler demektir. Amerika'ya, Fransa'ya, İngiltere'ye, Japonya'ya bakarsanız, üniversiteler arasında ciddi bir rekabet vardır, hangi üniversite daha çok yazı üretiyorsa, hangi üniversite daha çok atıf alıyorsa, hangi üniversite daha çok bağış alıyorsa, hangi üniversiteden daha çok patent alınıyorsa, devlet veya kurumlar o üniversiteyi daha çok destekliyorlar. Üniversitelerin kendi içerisine bakarsanız; ciddi bir rekabet ortamı vardır ve hangi bilim adamı daha çok orijinal bilgi üretiyorsa o daha çok para alıyor, daha çok kadro alıyor. Biz eğer üniversitelerimizi geliştirmek istiyorsak bunu mutlaka oluşturmak zorundayız; aksi takdirde üniversitelerimizin orijinal bilgi üreten kurumlar hâline dönüşmesi mümkün olmayacaktır. Çalışanla çalışmayanın aynı şekilde kategorize edildiği bir üniversite sistemini sürdürecek olursa ne yazık ki geri kalmaya mahkûm olacağız.

Sözü daha fazla uzatmayayım. Ben çok teşekkür ederim. Hukuk Fakültesi Dekanımıza, Rekabet Kurumu Başkanımıza bu toplantıyı düzenledikleri için teşekkür ediyorum. Kapadokya Meslek Yüksek Okulu yöneticilerine ev sahipliği yaptıkları için teşekkür ediyorum. Başarılı geçmesini diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

I. OTURUM

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
(Oturum Başkanı)
İstanbul Aydın Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Erhan TEMEL
Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR
ERÜ Hukuk Fakültesi

Araş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY
ERÜ Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ
ODTÜ İİBF

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY
PAÜ İİBF

Araş. Gör. Murat ŞAHİN
PAÜ İİBF

ALMAN REKABET HUKUKU AÇISINDAN YANILTICI İLAÇ REKLAMLARI

IRREFÜHRENDE ARZNEIMITTELWERBUNG AUS WETTBEWERBRECHTLICHER SICHT

Doç. Dr. Erhan TEMEL*



I. Alman Hukuk Sisteminde Terminolojik Bakımdan Rekabet Hukuku Kavramı

Alman hukuk sisteminde rekabet hukuku, Almanca "Wettbewerbsrecht" terimi ile ifade edilmektedir. Bu sistemde rekabet hukuku terimi bir üst kavram olarak kullanılmakta ve bu kavram, hem *dürüst (düzgün) rekabet* ("Lauterkeitsrecht"), yani Türk hukukunda kullanılış şekliyle *haksız rekabet* kavramı hem de *kartel hukukunu*[1] ("Kartellrecht") kapsamaktadır[2] Terminolojik olarak "dar anlamda rekabet hukuku" denildiğinde, bundan *haksız rekabet hukuku* anlaşılmakta, geniş anlamda rekabet hukuku ise "hem haksız rekabet hukukunu hem de kartel hukukunu" ifade etmektedir[3] Dolayısıyla Alman hukuk sisteminde rekabet hukuku ("Wettbewerbsrecht") terimi tek başına daha ziyade haksız rekabet hukuku terimini karşılayacak şekilde kullanılmaktadır.[4]

*Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Almanya (erhan.temel@jura.uni-augsburg.de).

[1] Türk hukukunda yaygın anılış şekliyle rekabet hukuku.

[2] Karş. **UWG-Köhler/*Bornkamm*, Joachim**, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München 2011, Einl. 6.11; **Fezer/*Fezer***, Lauterkeitsrecht 2005, Einleitung E. knr. 39; ***Köhler*, Helmut**, Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005, 645; ***Rittner*, Fritz/*Kulka***, **Michael**, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 7. Aufl. Heidelberg usw. 2008, Einl. knr. 1; ***Ekey*, Friedrich**, Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 2. Aufl. Heidelberg usw. 2008, s.2 knr. 4.

[3] **Fezer/*Fezer***, Einleitung E. knr. 39; ***Ekey***, s. 3 knr. 6; ***Rittner*/*Kulka***, Wettbewerbs- und Kartelrecht, 7. Aufl. Heidelberg usw. 2008, Einl. knr. 1.

[4] ***Ekey***, s.2 knr. 3, s. 3 knr. 7.

Rekabet hukuku teriminin üst kavram olarak kullanıldığı olgusunun en belirgin örneği, Alman literatüründe haksız rekabet hukuku ve kartel hukukununun genellikle tek ciltlik monografik eserin içinde -tek kitap olarak- işlenmesidir.[5]

Dar anlamda rekabet hukuku (haksız rekabet) ve geniş anlamda rekabet hukukunu (kartel hukuku) birlikte genel bir bakış açısıyla değerlendirdiğimizde, her iki hukuk dalının da aslında birbirinden ayrılması mümkün olmayan, bir bütünün iki parçası olduğu görülecektir. Bu hukuk dallarının *öz ve yapı itibarıyla birbirini tamamlayan*[6] alanlar olduğu görüşü, Alman literatüründe genel kabul görmektedir.[7] Çünkü her iki hukuk dalı da *rekabet*i konu edinmekte ve ***rekabeti*** farklı yönlerden korumak istemektedir. Her iki hukuk dalının kaynaklarını oluşturan yasal düzenlemelerin genel olarak konusu, *rekabetin bozulması,* başka bir ifadeyle *zedelenmesi*dir.[8] Bu iki hukuk dalının koruma amaçları da biribirinden farklı olmayıp, bilakis birbiriyle örtüşür niteliktedir. Zira haksız rekabet hukukunun koruma amacı *dürüst rekabetin piyasa iştirakçileri menfaatine olacak şekilde teminidir*. Buna karşılık, kartel hukukunun koruma amacı ise *kamu menfaatine uygun olacak şekilde serbest rekabetin korunmasıdır.*[9] *Bu yüzden her iki hukuk dalının koruma amaçlarında* birbiriyle tezat teşkil eden bir durumun olmadığı aşikardır.[10] Yasal düzenlemeler bu söylenilenleri teyit eder niteliktedir. Zira dar anlamda rekabet hukukunun (haksız rekabet hukuku) asli kaynağı olan Haksız Rekabet Kanunu (HRK=UWG) § 1'de, "Kanunun Amacı" başlığı altında "kanunun rakip teşebbüsleri, tüketicileri ve diğer piyasa iştirakçilerini haksız rekabet teşkil eden ticari davranışlara karşı korumayı amaç edindiği" belirtilmektedir. Aynı maddenin takip eden cümlesinde ise, "kanunun aynı zamanda kamunun bozulmamış rekabetteki menfaatini de koruduğu" ifade edilmektedir.

Kartel hukuku serbest (özgür) rekabeti sınırlamalara karşı korurken, haksız rekabet ise dürüst rekabeti haksız rekabet metodlarına karşı korumak

---

[5] Karş. Dipnot 2'de anılan monografik eserler; ***Schwintowski,*** **Hans-Peter**, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4. Aufl. München 2007; ***Haberstumpf*****, Helmut**, Wettbewerbs- und Kartelrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl. München 2003.

[6] Bu yüzden bazı ülkelerde haksız rekabet ve kartel hukuku tek bir yasada düzenlenmiştir. ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646 dipnot 13.

[7] **UWG-Köhler/*Bornkamm,*** Einl. knr. 6.11 ve knr. 6.13; ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646; ***Ekey***, s. 3 knr. 7.

[8] Bilindiği gibi Alman hukuk sisteminde dar anlamda rekabet hukukunun (haksız rekabet) yasal kaynağını Alman Haksız Rekabet Kanunu (UWG), kartel hukukunun kaynağını ise Rekabetin Sınırlanmasına İlişkin Kanun (GWB) oluşturmaktadır.

[9] Başka bir ifadeyle, piyasadaki rekabetçi ortamın korunmasıdır.

[10] **UWG-Köhler/*Bornkamm,*** Einl. knr. 6.11; ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646.

istemektedir. Bu yüzden her iki hukuk dalı arasında bir bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Zira serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı bir ekonomik düzende, serbest rekabet ve dürüst (düzgün) rekabet olguları birbirine tezat teşkil eden olgular değildir. Tam tersine bunlar birbirini tamamlayan[11], biri olmazsa diğerinin temini mümkün olmayan olgulardır.

Haksız rekabet ve kartel hukukunun koruma amaçlarının farklı olmadığı her türlü şüpheden uzaktır. Bu hukuk dallarının münferit normlarını içerik açısından incelediğimizde, bunların birbiriyle örtüşen konuları düzenlediği görülecektir[12]: Her iki hukuk dalı da, uyulması zorunlu piyasaya özgü birtakım *davranış kuralları* koymaktadır. Bazı davranış türleri, kanun koyucu veya mahkemeler tarafından rekabete herhangi bir olumsuz etki edebileceği varsayımıyla yasaklanmakta ve bu şekilde *bozulmamış rekabet*in temini hedeflenmektedir. Rekabeti olumsuz etkileyeceği varsayılan bu yasak davranışlar, zaman içerisinde ve piyasanın algısına göre değişebilmektedir.

Köhler'in[13] haklı olarak belirttiği gibi burada asıl soru, bir normun ne zaman haksız rekabet (dar anlamda rekabet) ne zaman kartel hukuku normu sayıldığıdır. Zira kartel yasağını, yani "doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, kısıtlama ya da bozma amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran teşebbüsler arası anlaşmaları veya teşebbüs birliklerinin bu tür kararlarını, uyumlu eylemlerini" yasaklayan Rekabetin Sınırlanmasına İlişkin Kanun'un (RSK=GWB) § 1 hükmünün bir an için yürürlükte olmadığı varsayılsa dahi, teşebbüsler arası bu tür bir anlaşma Haksız Rekabet Kanunu § 3 anlamında zaten haksız rekabet teşkil eden bir davranış olarak değerlendirilebilir.[14] Haksız Rekabet Kanunu § 3 genel nitelikte bir norm ("Generalklausel") olduğundan, kartel hukukunda yer alan aktörlerin davranışlarını düzenleyen bütün normları, -prensip olarak- haksız rekabet hukukunda düzenlenen dürüst davranış halleri olarak değerlendirmek mümkündür.[15] Aynı şekilde kartel hukukunun piyasa iştirakçilerini hedef aldığı durumlarda, Haksız Rekabet Kanunu (UWG) § 4 Nr. 1'de düzenlenen piyasa iştirakçilerinin karar serbestisini hakkaniyete aykırı etkilerle zedeleme durumu söz konusu olacaktır.[16] Zira kartel anlaşmalarının hedefi, tek fiyat ve benzeri uygulamalar yoluyla piyasa iştirakçilerinin karar özgürlüğünü ortadan kaldırmaktır.

[11] **UWG-Köhler/*Bornkamm*,** Einl. knr. 6.11.
[12] ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646.
[13] ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646.
[14] ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646.
[15] ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646.
[16] ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646 vd.

Sonuç olarak, dar anlamda rekabet hukuku ve kartel hukuku arasında yapısal farklılıkların bulunmadığı söylenebilir. Her iki hukuk dalının birbirinden faklı olan yönleri, aslında bu dalların geçirdikleri tarihi gelişim sürecinden kaynaklanmaktadır.[17]

Kartel hukuku metod olarak rekabeti zedeleyen davranış tarzına genel bir yasaklama getirmek yerine, somut olarak tanımlanmış ve sınırları çizilmiş belirli davranış türlerini – emumeratif sayım ile[18] - yasaklama yolunu tercih etmiştir. Bu yasaklamaların öncelikli saiki piyasanın kontrol altında tutulmasıdır (ancak yasaklamaların tek saiki piyasayı kontrol altında tutmak değildir). Buna karşılık haksız rekabet hukuku (dar anlamda rekabet hukuku) genel nitelikteki HRK § 3'deki düzenleme yoluyla, yasak olan belirli somut davranış tarzları belirtmeksizin, dürüst olmayan (haksız, düzgün olmayan) ticari davranışların yasak olduğunu bildirmektedir. Ancak bu maddede dürüst olmayan davranışın (haksız rekabetin) tanımı yapılmamaktadır. HRK § 4 hangi davranışların haksız rekabet teşkil edeceğini örnekseme yöntemiyle belirtmektedir. Bu açıklamalardan hareketle, ***Köhler***'in[19] de haklı olarak ileri sürdüğü gibi, kartel hukukunu (yani Türk hukukundaki anılış şekliyle rekabet hukukunu) **özel rekabet hukuku**, haksız rekabet hukukunu (Alman hukukundaki anılış şekliyle dar anlamda rekabet hukukunu) **genel rekabet hukuku** olarak nitelendirmek mümkündür.

Bu makalenin konusu dar anlamda rekabet hukuku açısından yanıltıcı ilaç reklamlarıdır. Konu seçiminde rol oynayan önemli etkenlerden biri de 'Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VIII'de benzer bir çalışmaya yer verilmiş olması ve konunun bu kez de Alman hukuku perspektifinden değerlendirilmek istenmesidir.[20]

II. Giriş

Veciz sözleriyle de tanınan Amerikalı *Jean Paul Getty*'nin reklam hakkında söylediği cümle dünya iktisat literatüründe sıkça kullanılmaktadır. Getty "*eğer reklamlar olmasaydı bugün milyoner olurdum"*, diyerek reklamın kendi iş hayatındaki rolünü dile getirmektedir. Bu sözlerde geçen hakikatin anlamı, hakikati söyleyenin kim olduğu anlaşılınca bir kat daha artacaktır: Peki Jean Paul Getty kimdir? Amerikalı bir petrol **milyarderi!**

---

[17] ***Köhler***, WRP 2005, 645, 646.
[18] Yani burada sayılan yasak davranış türleri örnek kabilinden değildir.
[19] ***Köhler***, WRP 2005, 645, 647.
[20] Karş. ***Naipoğlu*, Sinan/*Göçen*, Deniz Ulaş/*Tonbul*, Bengi**, Rekabetin Reklamlar Yoluyla Sınırlandırılması, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VIII (14-15 Mayıs 2010 Kayseri) Sempozyum Kitabı, Ankara 2010, s. 349 vd.

Artık günümüzde reklam insan hayatının ayrılmaz bir parçası haline gelmiş durumdadır. Ticaret ve ekonomi dünyasında ürettiği, pazarladığı mal ve hizmeti daha iyi şartlarda satışa sunmak isteyen kişi ve teşebbüsler için reklam, vazgeçilmez araçların başında gelmektedir. Reklam modern insanın günlük hayatını kuşatmış durumdadır. Kahvaltıya günlük gazeteyle başlayan birey, akşam yatağına girinceye kadar çeşitli yöntem ve biçimlerde reklam yağmuruna tutulmaya mahkumdur. Sabah gazeteyle başlayan reklam yağmuru, gün boyunca toplu taşım araçlarındaki reklam pano ve ekranları, cep telefonuna gelen kısa mesajlar, mailler, el ilanları, internet, yazılı ve görsel-işitsel medya üzerinden bireyin iliklerine kadar işlemektedir. Hatta bazı ürünlerin ambalaj ve dış yüzeylerinde başka mal ve hizmetin reklamı dahi yapılmaktadır. Futbolcu formalarından, konferans afişlerine kadar, reklam her yerde karşımıza çıkmaktadır.

Reklamın üretici ve aracı birimler için faydası inkar edilemez. Reklam sayesinde ürün ve hizmetin tüketimi teşvik edilmektedir. Bu da üreticinin veya pazarlamacının cirosunun artışında doğrudan veya dolaylı bir katkı sağlamaktadır. Ayrıca reklamı yapılan ürün için pazarda yer edinmek veya mevcut pazar payının yükselmesi, herşeyden önce ürünün başarılı reklamına bağlıdır. Bu çalışma kapsamında cevaplandırılması gereken ilk soru; acaba üretilen her mal ve hizmetin reklamı hukuksal açıdan serbest midir? Günlük hayatta kullanılan tüketim ve ihtiyaç maddelerinin reklamı kural olarak herhangi bir sınırlandırma[21] olmaksızın serbesttir. Ancak sağlığa zararlı bazı tüketim mallarının satışının kontrol altına alınması ve bu sayede çocuk ve gençler başta olmak üzere vatandaşların sağlığının korunması açısından, bu malların reklamı belirli sınırlandırmalara tabidir. Alman hukukunda tütün ürünlerinin, yazılı basında, TV'de, radyolarda ve internette reklamı prensip olarak yasaktır.[22] Alkollü içeceklerin televizyonlarda reklamı ise ancak saat 18'den sonra mümkündür.

Tüketim ve tüketici tercihi açısından bakıldığında ilaçların günlük tüketim mallarından ve lüks mallardan farklı bir statüye sahip olduğu görülmektedir.[23] Zira ilaçlar alışılmış tüketim mallarından farklı olarak *kullanımı zorunlu ürün*lerdendir. Oysa normal tüketim malları ve lüks malların tüketimi sağlık

[21] Haksız rekabet ve tüketici hukukundaki aldatıcı veya yanıltıcı reklam yasağı, gerçek anlamda reklama yönelik bir sınırlama olmayıp, dürüstlük kuralının bir gereğidir.
[22] Bu konuda 6 Haziran 2010 tarihli Geçici Tütün Yasasının Değiştirilmesine İlişkin İkinci Yasa (Zweites Gesetz zur Aenderung des Vorlaeufigen Tabakgesetzes) hükümleri uygulanır. BGBl. I s. 848. Bu yasa sayesinde 2007/65/EG Yönergesi iç hukuka aktarılmış oldu.
[23] Karş. ***Poschenrieder*, Angela**, Werbebeschränkung für Arzneimittel, Berlin 2008, s. 24 vd.

açısından zorunlu olmadığından, bunların tüketimleri ancak tüketicinin tercihine kalmıştır.

İlaçlar insan sağlığına zarar verecek riskleri bünyelerinde taşıyan ürünler olmaları nedeniyle de normal tüketim mallarından ayrılırlar. İlaçların taşıdığı riskler, ilacın yanlış dozajda kullanımından, ilacın yan etkilerinden, ilacı başka ilaç ve gıdalarla etkileşiminden ya da ilacın kontraendikasyonlarından kaynaklanabilir. Bu nedenle ilaçların piyasaya sürülmesi ve ilaç reklamlarına ilişkin yasal düzenlemeler, normal tüketim maddeleriyle ilgili yasal düzenlemelerden farklıdır.

İlaçların bu özellikleri nedeniyle Alman kanun koyucusu, ilaç reklamının usül ve esaslarını yasal bir zemine kavuşturmak amacıyla Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun olarak Türkçeye çevirilebilen *Heilmittelwerbegesetz*'i çıkarmıştır. Adı geçen yasa 15 Temmuz 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir[24] Tarihi süreç içerisinde, 19. yüzyıl sonlarında endüstri devrimiyle birlikte hazır ilaç endüstrisinin kaydettiği seri üretim alanındaki gelişmelerin yanı sıra, ilaç ve ilaçların riskleri konusunda edinilen yeni bilgiler, ilaç reklamlarının devlet eliyle bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasını zorunlu kılmıştır. Bu meyanda ilk yasal düzenleme 23.05.1903 tarihli Eyaletler Meclisi ("Bundestag") kararı ile yürürlüğe giren Kocakarı İlaçları ve Diğer Benzer İlaçlar Hakkında Tüzük ("Verordnung über den Verkehr mit Geheimmitteln und aehnlichen Arzneimitteln") teşkil etmektedir. Bu tüzüğü 01.10.1941 tarihinde yürülüğe giren Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Tüzük ("Heilmittelwerbeverordnung") izlemiştir. Adı geçen tüzük şu an yürürlükte olan Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun? yürülüğe girinceye kadar geçerliliğini korumuştur.

Kamu hukukuna dahil olan bu özel kanunun birbiriyle yarışan üç farklı menfaati gözeterek dengelemesi gerekmektedir. Bu düzenlemeyle özellikle ilaç üretimi yapan üreticinin, ürününü tanıtarak mümkün olduğunca fazla satış yapabilmesine imkan tanınmalıdır. Zira ilaç sektöründe faaliyet gösteren işletmenin ürettiği ilaçların pazarda edineceği yer, ilacın tüketiciye başarılı ve sınırlandırmadan uzak bir reklam tanıtımıyla doğrudan ilgilidir. Bu bakımdan yasadaki düzenlemeler, ilacı öven ve pozitif yanlarını ön plana çıkaran reklamlara imkan tanımalıdır. Ancak bu sayede üretici sektörde daha fazla alıcıya ulaşabilir ve kârını optimal düzeye çıkarabilir.

Diğer taraftan ise, tüketici sıfatını taşıyan ilaç kullanıcısı, ilaç üreticisinin tabi olduğu bilgilendirme yükümlülüğü vasıtasıyla, tedavide kullanılan ilacın

[24] Heilmittelwerbegesetz von 11.7.1965, BGBl. I s. 3068.

belirli özellikleri hakkındaki nesnel bilgilerle donatılmalıdır. Zira hastanın reçetesiz satılan ilaçları kullanarak, kendi kendini tedavi etmesi, anayasada düzenlenen yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının bir uzantısıdır[25] (kendi kendini tedavi hakkı="*Recht auf Selbstbehandlung*"). Kendi kendini tedavi hakkını kullanmak isteyen tüketici, reklam sayesinde ilacın tedavi ve kullanımına ilişkin gerekli bilgilere ulaşabilmelidir.

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'un gözetmek durumunda olduğu üçüncü menfaat tüketici menfaatidir. Taşıdığı risk ve yan etkilerinden dolayı tehlikeli bir ürün olan ilacın, bu risk ve tehlikelerine karşı, tüketici kanundaki düzenlemeler yardımıyla korunmalıdır. Böyle bir koruma, ancak ilaç reklamlarının hergün kullanılan herhangi bir tüketim malının reklamından farklı bir yapıya kavuşturulmasıyla mümkün olabilir. İlaç reklamları, reklamın muhatabı olan hedef kitle, reklamda kullanılan metin ve reklam metodları bakımından normal tüketim maddesinin reklamından farklı olmalıdır. Normal tüketim maddelerinin reklamları doğası gereği, tüketim arzusu oluşturmaya yöneliktir; genellikle nesnellikten uzak, tek taraflı ve abartılıdır.[26] Sağlığı bozulan tüketici, içinde bulunduğu psikolojik durum, çaresizlik ve ilaç konusunda bilgi eksikliği nedeniyle, ilaç endüstrisinin cezbedici ve büyüleyici reklam spotlarının daha çabuk etkisinde kalabilir.[27] Reklamdan etkilenmiş tüketici "bin bir ümitle" sarıldığı ilacın *yanlış* veya *eksik* kullanımı ya da *etkisiz* bir ilaç seçimi sonucunda, kendi sağlığına zarar verebilir.

Bunun dışında ilaç reklamlarının tamamen serbest olması durumu, hekim hasta ilişkisinde gereksiz bir gerginliğe veya ilişkinin zedelenmesine ve hatta ileri aşamalarda ilişkinin kopmasına neden olabilir. İlaç reklamından etkilenen hasta, istediği ilacı hekime reçete ettirmek için, onu rica ile ikna etmeye ve hatta ona baskı kurmaya çalışabilir. Bu da doğal olarak hekimin *tedavi* ve *ilaç seçme*

---

[25] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*, Marcus**, Arzneimittelrecht, 1. Aufl. Stuttgart 2010, §28 knr. 14.

[26] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, §28 knr. 1.

[27] Zira Türk kültür mirasının önemli bir kısmını oluşturan atasözlerinden birinde belirtildiği gibi „*Denize düşen, yılana sarılır*." Hastalıktan kurtulmak isteyen tüketici, içinde bulunduğu çaresizlikten dolayı, abartılı ve nesnellikten uzak reklamlara kanıp - ne pahasına olursa olsun - çeşitli ilaçları denemek isteyebilir. Tüketicinin bu yöndeki eğilimini Türkiye'de modern tıbbın yeterli/gerekli tedaviyi sunamadığı bazı hastalıklara yakalanmış veya hastalığı ileri bir safhaya ulaşmış olan hastalarda gözlemlemek mümkündür. Çoğu kanser hastasının veya yakınlarının tedavi için çok çeşitli yöntemleri denemeye hazır olması, yine bu çaresizliğin beraberinde getirdiği bir sonuçtur. Türkiye'de bitkisel karışım, baharat ve attar ürünlerinin satışlarının son on yıl içinde önemli derecede arttığı dikkatlerden kaçmamaktadır. Bu da tüketicinin basın ve yayın kuruluşlarında yer alan reklam/bilgilendirme programları etkisinde kalarak, alternatif tedavi/geleneksel tedaviye yöneldiklerinin göstergesidir.

*serbestisi*nin sınırlanması anlamına geleceğinden, hasta hekim ilişkisi gereksiz yere zarar görebilir. İşte kanun koyucunun reçete ile satılan ilaçları yasaklaması olgusunun arkasında yatan sebeplerden biri de ilişkide yaşanması olası gerginlik kaygılarıdır.[28]

III. Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun ("Heilmittelwerbegesetz")

1. Kanunun Gerekçesine Göre Korunan Menfaatler

Gerek görsel-işitsel ve gerekse basılı medyada ilaç reklamlarının ardından gelen spotu Almanya'da ezbere bilmeyen yoktur: "*İlacın riskleri ve yan etkileri için prospektüsü okuyunuz ve hekim veya eczacınıza danışınız.*"[29]Bu spotun ilaç reklamının hemen arkasından yayınlanması Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun (§ 4 f. 3) gereğince zorunludur. Günlük hayatta kullanılan neredeyse hiçbir mal ve hizmetin reklamında böyle bir sınırlandırma olmamasına rağmen, ilaç reklamlarındaki bu tür sınırlandırmanın nedeni; ilaçların kanun koyucu tarafından potansiyel risk ve tehlike kaynağı olarak görülmesindendir.[30]

Yukarıda da kısaca değinildiği gibi, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun (TMRK) en başta ilaç tüketicisini ilacın neden olabileceği risk ve tehlikelerden korumayı hedeflemektedir. Bu hedef, kanunun *resmi gerekçe*sinde[31] ("amtliche Begründung") açıkça ifade edilmektedir: "*İlaç, kullanımı genellikle risksiz olmayan özel bir mal türüdür. İlaç üreticileri veya ilaçları piyasaya sürenler, satışlarını artırmak için, mesleklerini icra ederken*[32] *prensip olarak ürünleri hakkında tüketicileri bilgilendirme hakkına sahiptirler. Ancak bu reklam hakkı sınırlandırılmak zorundadır. İlaçların büyük bir kısmı, acemilerin gözünden kaçacak etki ve yan etkileri olan maddeleri içermektedir, bu yüzden bu ilaçlar sadece hekim kontrolünde kullanılabilmelidir. Halk sağlığı açısından, ihtisas sahası* ("Fachkreis") *dışındakilerine bu tür ilaçların reklamının yapılması ve bu sayede hastanın bu ilaçlarla kendi kendini tedavi*

[28] Karş. **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, §28 knr. 6.

[29] Almanca Spot "Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker" şeklinde ifade edilmektedir. Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun § 4 f. 3 gereği bu spotun ilaç reklamının hemen arkasından yayınlanması mecburidir.

[30] Kanun koyucunun ilaca karşı bu kuşkulu ve tüketici lehine tedbirli yaklaşımı, Alman İlaç Yasası'nın (Arzneimittelgesetz=AMG) da genel karekteristik özelliğidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ***Temel,* Erhan**, Alman Hukukunda İlaç Üreticisinin Özel Hukuk Sorumluluğu, Fırat Öztan'a Armağan Ankara 2010, C. II s. 2053 vd.

[31] BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.

[32] İlaç üretici ve pazarlayıcılarının ürünlerini reklam yaparak tanıtabilmesi Alman Anayasası m. 12'de düzenlenen "mesleğin serbestçe icrası" hakkı ve özgürlüğüne dayanmaktadır.

etmeye teşvik edilmesi kabul edilemez. Bunun dışında bir dizi hastalık, acı, vücut bütünlüğü zararları ve hastalığa bağlı şikayetler vardır ki, bunları zararsız denilen ilaçlarla bile kendi kendini tedavi etme yönündeki her deneme zararlı sonuçlar doğurabilir.

Kanun gerekçesi tüketicinin ilacın neden olduğu tehlike ve riskleri bu şekilde dile getirmekle birlikte, şu ifadelerle tüketicinin ilaçlarla kendini tedavi etme hakkına da işaret etmektedir[33]: "*Prensip olarak her vatandaş hastalık durumunda ilaçlar yardımıyla kendi kendini tedavi etme hakkına sahiptir; bu yüzden vatandaşın hangi ilaçların piyasaya çıkarıldığını ve bu ilaçların nelere faydalı olduğunu öğrenme konusunda haklı menfaati vardır. Ancak tüketici, hakkında kolay kolay genel bir fikir edilmesi zor olan bu alanda kendisi uzman olmadığı için, bir ilacın fayda ve etkisi hakkında bir doğru yargıya varamaz. Bunun dışında hasta olan bir kimse, genellikle psikolojik zaruret içinde olduğundan, aldatıcı veya abartılmış bir ilaç reklamının kolayca kurbanı olur. Bu kanun tasarısının ana hedefi, insanların reklam ile yanıltılarak ilaçları yanlış kullanmasına engel olmaktır.*"

Yine gerekçede, kanunun Haksız Rekabet Kanunu ve Ceza Kanunu'ndan farklı bir koruma amacı taşıdığı aşağıdaki cümlelerle ifade edilmektedir[34]: "*Haksız rekabet ve ceza hukukunun genel nitelikteki hükümleri, sağlık sektöründe uygulanan ticari reklamlar için yetersiz kalmaktadır. Halk sağlığı bu alanda haksız rekabet ve ceza hukukunu aşan özel düzenlemeleri gerektirmekte ve haklı kılmaktadır. Haksız Rekabet Kanunu birincil olarak hukuksal alanda dürüst rekabeti temin eder ve rakibin haksız metodlarına karşı, piyasaya katılan bireyin korunmasını sağlar. Ceza Kanunu'ndaki hükümler, özellikle bu bağlamdaki dolandırıcılığa ilişkin münferid düzenlemeler tüketicinin menfaatini korumasına rağmen, bu koruma malvarlığına ilişkindir. Bu yasayla bireyin ve toplumun sağlığının korunması hedeflenmektedir."*

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun ile ilaç reklamlarının sahip olması gereken özellikleri ise kanun koyucu şu cümlelerle ifade etmektedir[35]:*"Bu kanun teklifi gerçeğe uygunluk, açıklık ve nesnellik prensiplerini benimser. Bu prensipler genel geçerliliğe sahiptir. Adı geçen prensipler açısından ihtisas sahibi kişilere yönelik reklamlar ile tüketicilere yönelik reklam arasında bir fark yoktur. İlacı satın almak veya kullanmak isteyenlerin, karar verirken doğru veya nesnel olmayan iddialarla etki altında*

[33] BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.
[34] BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.
[35] BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1 s. 5 vd.

kalmaları engellenmelidir. Bu, özellikle doğrudan tüketiciye yönelik reklamlar için geçerlidir."

Gerekçede de belirtildiği gibi, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'un *asli koruma amacı*, ilaç reklamlarına getirilen bir takım sınırlama ve yasaklar sayesinde, toplum ve birey sağlığının korunmasını temindir. Birey tüketici konumunda olduğundan, kanun, tüketici haklarını da bireyin korunmasına paralel olarak korumaktadır. Buna karşılık ilaç piyasasındaki diğer iştirakçilerin, yani ilacı üreten, pazarlayan ve satışını yapan teşebbüslerin rekabet hukukundan kaynaklanan menfaatleri ise, bu kanunun koruduğu menfaatler arasında yer almamaktadır. Bu tür menfaatleri korumayı asli amaç edinen yasal düzenleme Alman Haksız Rekabet Kanunudur.

Başka bir perspektiften bakıldığında, TMRK'un ilacı satın alan kesimi de koruduğu söylenebilir.[36]İlacı satın alanlar ilk etapta tüketiciler ve ilacı tekrar satmak amacıyla üreticiden veya toptancıdan satın alan kimselerdir. Zira bu kanun ile kanun koyucu nesnellikten uzak veya aldatıcı reklamlardan dolayı tüketicinin ve diğer alıcıların gereksiz veya yanlış ilaç kullanımını engellemek istemiştir.[37]Kanun koyucu burada ilaç satış cirolarını düşürmek gibi bir gaye taşımamakta, en azından reklam konusunda getirdiği şart, yasak ve sınırlamalarla ilaç piyasalarının değişik reklam metodlarıyla kızışması sonucunda tüketici ve diğer alıcıların sömürülmesini ve zarar görmesini engellemek istemektedir.

2. Reklama Konu Olan Tedavi Edici Maddeler

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun, adından da anlaşılacağı üzere sadece ilaç reklamlarını düzenleyen bir kanun değildir. Kanunun hangi maddeler için uygulama alanı bulacağı § 1'de açıkca hükme bağlanmıştır. Buna göre:

(1) Bu kanunda geçen tedavi edici maddeler kavramına öncelikle İlaç Yasası § 1'de tanımlanan ilaçlar girer.

(2) Bunun dışında, Tıbbi Ürünler Kanunu ("Medizinproduktegesetz") § 3'de tanımlanan tıbbi ürünlerde bu kanunun kapsamına dahildir.

(3) Ayrıca hastalıkların, acıların ve vücut bütünlüğü zararlarının, hastalıktan kaynaklanan şikayetlerin ortadan kaldırılması ya da dindirilmesine ilişkin tıbbi yöntem (proses) ve terapilerin reklamları ile bu amaca hizmet eden araç ve cisimler de bu kanunun uygulama alanı içindedir.

[36] ***Doepner***, **Ulf**, Heilmittelwerbegesetz Kommentar, 2. Aufl. München 2000, Einl. knr. 40.
[37] Karş. ***Doepner***, Einl. knr. 40.

(4) Tıbbi endikasyonu olmayan ve vücutta şekil değişikliğine neden olan estetik ameliyatları konu alan reklamlar yine bu kanunun uygulama alanına dahildir.

(5) Eğer Kozmetik ürünlerin ve vücut bakımında kullanılan maddelerin; hastalıkları, acıları ve vücut bütünlüğü zararlarını veya hastalıktan kaynaklanan şikayetleri ortadan kaldırma ya da dindirme özelliği taşıdığını vurgulayan bir reklamlar sözkonusuysa bu tür reklamlar da Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da öngörülen reklam yasak ve sınırlandırmalarına tabidir. Örneğin "bir kremin selülitleri sürekli kullanımda azalttığı", "bir şampuanın saç dökülmesine karşı etkili olduğu" veya "manyetik bakır bileziklerin romatizmal ağrıları azaltığı veya sterese iyi geldiği", gibi ifadeleri içeren reklamlar Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'a tabidir.

Sayılan tüm bu tedavi edici maddeler, ilaçlar, cisimler, araçlar, kozmetik ürünler, tıbbi yöntemler, estetik ameliyatlar reklamların objesi konumundadır. Dolayısıyla bu objeleri ilgilendiren bütün reklamlar, kanunda öngörülen usül ve tarzda olmalıdır. Kanunda düzenlenen yasak ve sınırlamalara uygun olmayan reklamlar caiz olmadığından, bunlara muhalif hareket edenler hapis ve/veya idari para cezası ile cezalandırılırlar (§ 13 ve § 14 TMRK).

IV. Yanıltıcı İlaç Reklamları

1. İlaç Reklamı

a) Genel Anlamda Reklam Kavramı

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun, "ihtisas çevresi[38]", "ilaç", "tedavi edici maddeler" gibi terimlerin tanımlarına yer vermiştir. Oysa kanunun en merkezi kavramı olan ***reklam***dan ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklamaya gidilmemiştir. Kanunun gerekçesinde, "reklamın yasal tanımının yapılmadığı, zira bu kavramın değişik kanunlarda da kullanılmasına rağmen, tanımının herhangi bir kanunda yapılmadığı ve buna gerek olmadığı" belirtilmektedir.[39] Reklam kavramının anlamını belirleme işi, zorunlu olarak yüksek yargı ve doktrine kalmıştır.

Reklam kavramının anlamını tespit etmek, bu makale bağlamında öncelikle çözülmesi gereken son derece önemli sorunlardan birini teşkil etmektedir. Ancak bu kavramın içeriği belirlendikten sonra, ilaç üreticisi veya pazarlayıcısının ilaca ilişkin tanıtım faaliyetinin reklam olup olmadığına karar verilebilir. Zira reklamı diğer benzer kavramlardan ayırdığımız zaman, ilaç üreticisinin ve pazarlamacısının davranışlarının bu kanun kapsamında değerlendirilip

[38] Bu kavram Almancada „Fachkreis" şeklinde ifade edilmektedir.
[39] BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1, s. 5.

değerlendirilmeyeceği sorunu çözülmüş olur. Örneğin ilaç üreticisinin faaliyeti reklamdan ziyade, bilimsel bir toplantı kapsamında ilacın farmakolojik özelliklerinin açıklanması amacını taşıyan, salt bir bilgilendirme faaliyeti olarak değerlendirilebiliyorsa, bu durumda kanundaki reklam yasak ve sınırlandırmaları gündeme gelmeyecektir.[40]

Genel anlamda reklam, insanları etkileyen araçları bir plan dahilinde kullanmak suretiyle kişileri somut bir fikre ya da davranışa sevketmeye yönelik faaliyetler olarak anlaşılmaktadır.[41] Reklam araçları kullanarak, insanlardan yapması beklenilen davranışlar ise reklamın hedefini, yani reklam ile ulaşılmak istenen sonucu ifade eder. Reklam genel anlamda hedef kitlenin düşünce veya davranışlarını değiştirmeye yönelik olan bir *komünikasyon ve etkileme işlemi*dir.[42]

b) Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun Bakımından Reklam Kavramı

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da düzenlenen reklam kavramı ise, Kanun gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi ***ticari reklam***ları ("Wirtschaftswerbung") ifade etmektedir.[43] Buna karşılık Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da reklamlar konusunda getirilen şartlar, yasak ve sınırlamalar tüm ticari reklamları değil, sadece ürün (yani ilaç ve tedavi edici diğer madde ve araçlara) ve hizmete (yani tıbbi yöntem ve terapiye) ilişkin reklamları kapsamaktadır. Başka bir anlatımla Kanun kapsamına giren reklamlar belirli ya da belirlenebilir bir *ürün* ya da hizmete yönelik olan ticari reklamlar olup, *firma reklamı* (işletmenin imajını ve ona olan güveni destekleyici reklamlar)[44] bu Kanunun uygulama alanı dışında kalmaktadır.[45]

Firma reklamlarının odak noktasında işletmenin genel anlamda tanıtımı ve işletmenin iş ve faaliyetleri bulunmaktadır.[46] Bu itibarla firma reklamının kanunun kapsamına girmemesi oldukça mantıklı bir çözümdür. Zira kendi kendine ilaç

---

[40] Karş. ***Stallberg,* Christian**, Information und Werbung in und auf Arzneimittelverpackungen – Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen, PharmR 2010, 215.

[41] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 30; ***Doepner***, § 10 knr. 10.

[42] ***Doepner***, § 10 knr. 10.

[43] BT-Drucksache IV/1867 Anlage 1, s. 5.

[44] Bu terimler Almancada „Imagewerbung" ve „Vertrauenswerbung" olarak ifade edilmektedir.

[45] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 32; ***Doepner***, § 1 knr. 12; **Dieners/Reese/*Reese,* Ulrich/*Holtorf***, **Marc**, Handbuch des Pharmarechts, München 2010, § 11 knr. 105; **FAKomm-MedR/*Mand*, Elmar**, Fachanwaltkommentar Medizinrecht (Hsgr: Dorothea Prütting), HWG § 1 knr. 40; **Engler/Geserich/Rapple/Rieger/*Engler*, Cornelia,** Werben und Zuwenden im Gesundheitswesen, 2. Aufl. Heidelberg 2000, s. 12; ***Poschenrieder***, s. 30 vd.

[46] BGH, GRUR 1995, 223.

tedavisi uygulayan tüketicinin, yanlış bir ilaç veya dozaj nedeniyle zarara uğraması tehlikesi, sadece somut bir ilaç ya da ürünün reklam yoluyla bazı özelliklerini övülerek, ön plana çıkarılması durumunda ortaya çıkabilir.[47] Normal şartlarda makul bir tüketici işletmenin reklamından etkilenerek, ürettiği ilaçları kullanma veya satın alma yoluna gitmez.

Uygulamada ürüne ilişkin reklamları, firma ve imaj reklamlarından ayırt etmek oldukça önemli bir sorun oluşturmaktadır. Zira ilacı konu alan her reklam en azından dolaylı da olsa, ilacı üreten firmanın imajının yükselmesine neden olur.[48] Bu konuda Federal Yüksek Mahkeme[49] tarafından geliştirelen kriter, öğreti[50] tarafından da baskın olarak kabul görmektedir: Buna göre önemli olan reklamın *dışa yansıttığı genel görünüm*dür. Reklamın bu genel görünümde hangi amaca hizmet ettiği belirleyici rol oynamaktadır. Eğer reklam bu bağlamda işletmenin - dış dünyaya – tanıtımı ve anlatılması amacına hizmet ediyorsa firma reklamından söz edilir. Buna karşılık reklamda belirli ya da belirlenebilir bir ilacın övülmesi *merkezi konum*da ise, ürün reklamından söz edilir. Örneğin bir ilacın ticari (müstahzar) adı reklamda açıkça belirtilmişse bu bir ürün reklamıdır.[51] Buna karşılık ilaç üreticisi bir işletme gazetede yeralan reklamda ilacın ismini vermeden, ilacın kullanıldığı alanlardan bahsetse, örneğin doğum kontrol ilacından sözetse ve bu reklam sadece çok sınırlı sayıda tüketicide belirli bir ilaç ismini çağrıştırsa, bu durumda işletme veya imaj reklamından söz edilir.[52]

Federal Yüksek Mahkeme'nin[53] haklı olarak belirttiği gibi, reklamın *ürün* veya i*şletme reklamı* olarak nitelendirilmesi konusunda, reklam metninin veya reklam sloganının ne şekilde formüle edildiğinden ziyade, bunların ilgili hedef kitlenin *gözardı edilemeyecek önemli bir kesimi*[54] tarafından nasıl algılandığı

---

[47] BGH, GRUR 1992, 873; **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 105.

[48] Karş. ***Doepner***, § 10 knr. 18.

[49] BGH, GRUR 1995, 223 (aynı karar NJW 1995, 1617); BGH, NJW 1992, 2964 vd.; BGH NJW 1983, 2634, 2635.

[50] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, §28 knr. 32; ***Doepner***, § 1 knr. 12; **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 106; **Engler/Geserich/Rapple/Rieger/*Engler***, s. 12 ; ***Riegger*, Hans-Georg**, Heilmittelwerberecht, München 2009, s. 12 knr. 33; ***Poschenrieder***, s. 32; ***Tillmans*, Christian**, Publikumswerbeverbote – jüngere Rechtsprechung und Tendenzen, PharmaR 2010, 382, 383.

[51] **Engler/Geserich/Rapple/Rieger/*Engler***, s. 12; ***Doepner***, § 1 knr. 12.

[52] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 32.

[53] BGH, GRUR 1983, 393.

[54] Buna karşılık çok azınlıkta kalan bir kesimin *farklı* ya da *yanlış algıları* burada dikkate alınmaz. Zira ölçü ilgili ürünün hitap ettiği, makul, mantıklı ortalama tüketicidir. Örneğin kadın hastalıklarının tedavisinde kullanılan bir ilacın reklamının, çok azınlıkta kalan bazı erkek tüketiciler tarafından yanlış algılanması durumu, reklamın yanıltıcı olarak nitelendirilmesinde ölçü olarak alınmamalıdır.

esastır. Dolayısıyla reklam verenin - veya reklamcının – reklamı hazırlarken taşıdığı *subjektif niyet* bazı durumlarda ikinci planda kalabilir.[55]

Söylediklerimizi bir cümlede özetlemek gerekirse, bir reklamın Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da düzenlenen reklam kavramına dahil edilebilmesi için aranılan ilk unsur; reklamın ürüne veya hizmete ilişkin ticari bir reklam olmasıdır. Bu birinci unsura ek olarak aranacak ikinci unsur ise; reklamın *ürünün satış ve sürümünü destekleyici,* yani *ürünün pazarlanmasını artırıcı* nitelikte olmasıdır.[56] Bu bakımdan, ilaç hakkında nesnel bilgilendirme ve aydınlatma faaliyeti reklam olarak nitelendirilemez. Bu bilgilendirme ve aydınlatma faaliyeti bilimsel bir makale formatında olabileceği gibi, hastaların sağlık konusunda aydınlatılmasına ilişkin bir çalışma veya bir gazetede yayınlanan ve haber niteliği taşıyan ilaca ilişkin bir yazı şeklinde de olabilir.[57] Bunun gibi ticari herhangi bir amaç taşımayan kurum ve kuruluşların, çocukları aşı kampanyasına çağırması veya insanları sağlıklı yaşama teşvik için çalışmalar yapması da, bu kanun anlamında reklam sayılmaz.[58]

İlacın satışını destekleyici reklamları, ilacı tanıtım amacıyla yapılan çalışmalardan ayırt etmek uygulamada önemli bir sorun teşkil etmektedir. Zira ilacın objektif ve tarafsız tanıtımı faaliyetinin bile, ilaç hakkında tamamen olumsuz bilgiler içermediği sürece, ilacın satışına olumlu etki yapacağı şüphesizdir. Bu sorunun çözümü için ilaca yönelik çalışmayı hem subjektif hem de objektif açıdan irdelemek gerekir.[59] Üretici firmanın faaliyetinin ilacın satımını destekleyici reklam çalışması olarak değerlendirilebilmesi için, bunun ilacın satışını desteklemesi maksadıyla (niyetiyle) yapılması gerekir[60] (subjektif unsur). İlaç firması, ürününü konu olan faaliyeti aşikar bir şekilde satışları artırmak kastıyla yapmış olmasına rağmen, ilaç satışlarında artış kaydedilememiş olsa dahi, bu faaliyet reklam olarak değerlendirilmelidir.

---

[55] **Dieners/Reese/*Reese /Holtorf***, § 11 knr. 106.

[56] BGH, GRUR 1991, 860; BGH, GRUR 1995, 612; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/ *Zimmermann***, § 28 knr. 34; **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 99 vd.; **Engler/Geserich/Rapple/Rieger/*Engler***, s. 9 vd.; ***Doepner***, § 1 knr. 11; ***Poschenrieder***, s. 30 vd.; ***Wutzo*, Petra**, Arzneimittelwerbung des Herstellers und Verbraucheransprüche im deutschen und französischen Recht, Frankfurt am Main 2009, s. 40.

[57] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 34.

[58] **Engler/Geserich/Rapple/Rieger/*Engler***, s. 10.

[59] BGH, GRUR 1983, 393 vd.; BGH, NJW 1995, 3054 vd.

[60] **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 99; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 35; ***Riegger***, s. 12 knr. 31; ***Willi*, Christoph**, Der informierte Patient ist der beste Patient, PharmaR 2007, 412, 415 vd.

Ancak pratikte ilaç firmasının niyeti tam olarak anlaşılamayabilir veya ispatlanamayabilir. Örneğin üretici firma asıl amacı olan ilaç satışını destekleyici reklam çalışmasını, kültürel, sportif ya da bilimsel aktivite olarak lanse edilen bir toplatı ya da gazetede çıkan bir haberin arkasına gizlemiş olabilir.[61] Bu durumda *kamufle edilmiş* ("getarnte") ya da *gizli* ("versteckte") *reklam*dan söz edilir. Zira reklam veren, satışı artırma niyetini gizlemektedir. Reklamı, nesnel bilgi içeren aktiviteden ayırabilmek için, faaliyet sonucunda ortaya çıkan ***genel görünüş objektif açıdan*** irdelenmelidir: İlaca yönelik bir aktivite nesnel bilgilerin aktarıldığı bir toplantı dahi olsa, bu aktivite *objektif olarak reklam etkisi yapabilecek nitelikte* ise, bunun satışı destekleyici reklam olduğu kabul edilmelidir.[62] Aktivite sonucunda ortaya çıkan genel görüntüde, asıl niyet ne kadar arka planda tutulmuş ise, aktivitenin objektif reklam etkisi de buna ters orantılı o denli kuvvetli olur. Bu durumda reklam verenin aktivitesinin satışı destekleyici reklam çalışması olduğu kabul edilmelidir.[63] Örneğin ilaç firması bilim adamlarının ilaç araştırmalarına sponsorluk yapıp, araştırma sonuçlarını bilimsel bir toplantıda kamuoyuna aktarır ve burada ilaç firmasının kendi pereparatı ya da etkili maddesi oldukça pozitif bir biçimde ön plana çıkarsa, bu durumda objektif reklam etkisinden ve dolayısıyla satışa yönelik reklamdan söz edilir.[64]

Gerek Alman yüksek yargı kararlarında[65] ve gerekse öğretinin[66] önemli bir kesiminde, nesnel bilgi içeren çalışmaların az da olsa objektif reklam etkisinin olduğu her durumda, bunun satışa yönelik reklam olarak kabul edilmesi yönünde bir tandans (eğilim) bulunmaktadır. Zira bu görüşü savunanların haklı olarak belirttiği gibi, reklamdan söz edebilmek için mutlaka renkli, gözalıcı ya da ürünün özelliklerini ön plana çıkarıcı abartılı, dikkat çekici sloganların veya metinlerin kullanılması şart değildir.[67] Reklam gayet objektif sunulmuş bir *nesnel bilgi*

---

[61] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 34; ***Bülow*, Peter/*Ring*, Gerhard**, Heilmittelwerbegesetz, 2. Aufl. Köln 2001, § 1knr. 5.

[62] **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 99; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 34, 36; ***Riegger***, § 1 knr. 31; ***Willi*,** PharmR 2007, 412, 416.

[63] Karş. **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 35.

[64] Karş. ***Riegger***, § 1 knr. 42.

[65] OLG Hamburg, GRUR 2004, 274 vd.; OWG Lüneburg RdL 2006, 330 vd.; VG Osnabrück NVwY-RR 2005, 714. Karş. BGH, WRP 1993, 469, 470; BGH, WRP 1995, 701, 702. Benzer görüş için BGH, GRUR 2009, 984.

[66] ***Poschenrieder***, s. 28; ***Riegger***, § 1 knr. 42 vd.; ***Doepner***, § 1 knr. 12. Karş. ***Bülow*/Ring**, § 1knr. 5 vd.

[67] Federal Yüksek Mahkeme oldukça yeni bir kararında, kanunun korumayı amaçladığı menfaatin kamu sağlığı gibi üstün nitelikli bir menfaat olması nedeniyle, reklam etkisi düşük olan reklamların TMRK anlamında reklam kabul edilmesine engel teşkil etmediğine hükmetmiştir. BGH, GRUR 2009, 984 knr. 18.

("Sachinformation) şeklinde de karşımıza çıkabilir.[68] İlaç üreticisi ve/veya ilaç pazarlamacısı, ilaç satışlarını artırmak maksadıyla ilaç hakkında nesnel bilgiler içeren tanıtıcı çalışmalar yapabilir. Ancak her objektif reklam etkisi olan tanıtımı, reklam olarak değerlendirmek hakkaniyete uygun adil bir çözüm değildir.

Etki derecesine bakmadan, objektif reklam etkili her tanıtımı, satışları artırmaya yönelik reklam olarak kabul etmek, Alman Anayasası m. 5'de düzenlenen "ifade ve enformasyon özgürlüğüne" sınırlandırma anlamına gelir.[69] Bu yüzden Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin eski ve yeni bazı kararlarında belirtildiği gibi, her somut olayın özelliğine göre bir çözüme ulaşmak gerekir.[70] Burada somut olayda ilaca ilişkin aktivite çerçevesinde *reklam etkisinin*, aktivitenin hedeflediği diğer amaçların arasında *ağırlıklı bir yer* teşkil edip etmediği önemlidir. Eğer reklam etkisi, diğer hedeflerin arasında önemsiz bir yere sahipse, nesnel bilgilendirme aktivitesini, satışı destekleyici reklam kategorisine sokmak mümkün değildir.[71] Buna karşılık aktivitenin *ağırlık noktasını (özünü)* reklam etkisi oluşturuyorsa, bu aktivite ürüne yönelik satışı destekleyici reklam olarak değerlendirilmelidir.[72]

---

[68] ***Riegger***, § 1 knr. 42 vd.; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 36.

[69] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 36; ***Sodan*, Helge/*Zimmermann*, Markus**, Das Spannungsfeld zwischen Patienteninformierung und dem Werbeverbot für verschreibungspflichtige Arzneimittel, Berlin 2008, s. 90.

[70] BGH, NJW 1972, 339, 340; BGH NJW 1983, 2637; BGH, NJW 1990 1529, 1531; BGH, NJW 1995, 3054. Karş. OLG Karlsruhe, PharmaR 2007, 383, 385.

[71] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 36; **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr.100.

[72] Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir olayda, amacı çok aşamalı oksijen tedavi yöntemini tanıtmak olan kamuya yararlı bir derneğin kurucusu ve yönetici üyesi olan bir fizik profesörü, kendi buluşunu tanıtmak amacıyla ilgililere, talep etmeleri halinde postayla tanıtım için hazırladığı broşürleri göndermektedir. Bu broşürde, profesör kendi buluşu olan tedaviyi anlatmakta ve bu tedaviyi başarıyla uygulayan hekimlerin ad ve adres listesini de birlikte postalamaktadır. Bunun üzerine hekimlerden oluşan bir meslek birliği, fizik profesörünün hareketinin hekimin reklam yasağına girdiği ve ayrıca Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'un hükümlerine muhalefet teşkil ettiği gerekçesiyle, profesör aleyhine dava açmıştır. Davalı fizik profesörü mahkemede kendisinin derneğin kuruluş amacına uygun olarak, oksijen tedavi yöntemini ilgililere istek üzerine gönderdiği broşür ile tanıttığını, bu faaliyetin ürünün satışına ilişkin bir faaliyet olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Federal Yüksek Mahkeme kararında, profesörün faaliyetinin dernek amacı çerçevesinde değerlendirildiğinde caiz olduğunu, fakat bu durumun faaliyeti reklam olarak nitelendirmeye engel teşkil etmediğini, sağlık sektöründe başvurulan reklamın sadece ürünü tek taraflı olarak öven reklamsal ifadelerden ibaret olmadığını, çok objektif ve nesnel bilgilerin de reklam olarak değerlendirilebileceğini, bu tür bir reklamın kamuya yararlı bir dernek eliyle de yapılabileceğini ifade etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme somut olayda, "davalı fizik profesörünün her ne kadar temelinde nesnel bilgiler olan bir tanıtım yapmış olsa da, gönderilen broşürde sadece aydınlatıncı bilgilerin yer almadığını, profesörün çok etkileyici biçimde kendi buluşu olan terapi

Anlatılanlardan hareketle Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'da düzenlenen reklam kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz: İlacın ve Kanununda belirtilen diğer tedavi edici araç ve hizmetlerin satış ve sürümünü artırmaya elverişli olan, insanları bilgilendirmeye veya insanların görüşlerini etkilemeye yönelik ifade ve beyanlardır.[73] Bu tanımın Avrupa Birliği Hukukunun bir parçasını oluşturan 2001/83/EG-Yönergesi'nin m. 86 f. 1'de (ve 92/28/EWG-Yönergesi'nin m. 1 f. 3'de)[74] yer alan tanım ile örtüştüğünü gözlemleyebiliriz[75] Bu yönergelerdeki tanıma göre reklam; enformasyon, piyasa araştırması ve ilacın cazip kılınması için yapılan çalışmalardır. İlacın cazip kılınması maksadıyla yapılan bu çalışmaların temel hedefi ise, ilaçların hekimlerce reçete edilmesi, pazarlanması ve satışında artış sağlanmasıdır.

TMRK'daki hükümler yorumlanırken, varılan sonucun ilgili AB yönergeleriyle uyumlu olması gerektiği konusunda Alman doktrini hemfikirdir.[76] Zaten Avrupa Topluluk Hukuku milli hukukların üstündedir. Bu yüzden Topluluk hukukunun kaynaklarına aykırı milli hukuk normları konulamayacağı prensibi, tüm AB üyesi devletlerince kabul edilen *en üst prensip*tir. Avrupa Birliği'nin sadece coğrafi bir birlikten öte, bir hukuk birliği de olduğu bu sözünü ettiğimiz prensip ile bir kez daha teyit edilmektedir.[77]

---

ile hastaların tedavisinde büyük başarılar sağlandığını, terapiyi uygulayan hekimlerin ad ve adres listesinin gönderilmesi durumunun tanıtıcı faaliyetin reklam karekterini ön plana çıkardığını" söyleyerek davalının TMRK'a muhalefet ettiğine hükmetmiştir. Bkz. BGH, NJW 1995, 3054.

[73] Karş. ***Doepner***, § 1 knr. 11; BGH, GRUR 1991, 860, 861.

[74] Bu yönerge 2001/83/EG-Yönergesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[75] İlaç reklamları konusunda Topluluk hukukunda ikincil (sekunder) kaynakları olan Topluluk Yönergelerinin önemli bir konuma sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar Haksız Rekabet Uygulamalarına İlişkin 2005/29/EG-Yönergesi; Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklama İlişkin 2006/114/EG-Yönerge ve Tıpta Topluluk Kodeksine İlişkin 2001/83/EG-Yönerge (Bu Yönerge 18.6.2009 tarihli 2009/53/EG-Yönerge ile değişikliğe uğramıştır); İlaç Reklamlarına İlişkin 92/28/EWG-Yönergedir.

[76] Karş. **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 22 vd.; **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr.8 vd; **FAKomm-MedR/*Mand***, s. 588 knr. 42 vd.

[77] Topluluk hukuku kaynakları primer ve sekunder kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılır. Primer kaynaklar Avrupa Birliğini kuran anlaşmalar ve bunların tüm ekleri, protokolleri ve bildirilerden oluşturmaktadır. Ayrıca bütün katılım anlaşmaları da primer (birinci, asli) kaynak olarak kabul edilir. Kurucu anlaşmalar Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Maastrich Antlaşması (1993), Amsterdam (1999), Nis (2003) ve Lizbon (2009) Antlaşmalarıdır. Bu anlaşmalar AB ülkelerinde doğrudan uygulanır. Bunun gibi Topluluk Tüzükleri de doğrudan uygulama alanı bulur. Bu prensip Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 249. maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Buna karşılık Topluluğun sekunder (ikincil, tali) hukuk normlarından olan yönergelerin, üye devletlerdeki, kişi, kurum, kuruluş ve devletin organları açısından bağlayıcı olabilmesi için, bu hukuk normlarının Topluluk ülkelerinde yeknesaklaştırılması çerçevesinde iç hukuka aktarılması gerekir.

Federal Yüksek Mahkeme de 2009 yılındaki bir kararında, 2001/83/EG-Yönergesi'ndeki tanımdan hareketle, ilaç reklamlarını "ürüne veya hizmete ilişkin, reklamı yapılan şeyin sürümünü artırmayı hedef tutan ifadeler" olarak tanımlamıştır.[78]

2. Yanıltıcı İlaç Reklamları Yasağına İlişkin Normatif Düzenleme

Yanıltıcı ilaç reklamları TMRK § 3'de düzenlenmiştir. Maddenin başlığı "Yanıltıcı İlaç Reklamları" şeklinde kaleme alınmıştır. Bu başlık altında aşağıdaki hükümlere yer verilmektedir:

"*Yanıltıcı reklam caiz değildir. Özellikle şu hallerde yanıltma mevcuttur*,

1. Eğer ilaçlara, tıbbi ürünlere, tıbbi *yönteme, terapilere, cisimlere ya da diğer araçlara kendilerinde olmayan tedavi edici etkinlik ya da etkiler atfedilirse* (isnad edilirse)[79]*,*

2. Şu hallerde yanlış kanı (intibağ)[80] *uyandırılırsa*

a) Kesin bir başarı beklenebilineceği konusunda
b) Öngörülen şekilde kullanım ya da uzun süreli kullanımda zararlı etkilerin oluşmayacağı konusunda
c) Reklamın rekabet amacıyla organize edilmediği konusunda

3. Gerçek olmayan veya aldatmaya elverişli olan

a) İlaçların terkip (bileşim)[81] *veya yapısı hakkında*
b) Üreticinin, buluşu yapan kişinin ya da bunlar için çalışan veya çalışmış kişilerin şahsı, eğitimi, yetenekleri, başarıları hakkında beyanda bulunmak.

Kanundaki bu normatif düzenlemeden hareketle öncelikle incelenmesi gereken konu reklamlardaki "yanıltıcılık" hususudur.

3. Yanıltıcı Reklam Kavramı

a) Genel Açıklamalar

TMRK § 3 cümle 1'de yanıltıcı reklamın caiz olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu madde tedavi edici maddeler ve özellikle ilaç reklamları hususunda genel hüküm niteliğindedir. Maddenin ikinci cümlesinde ise, örnek

[78] BGH, GRUR 2009, 984.
[79] Bu kelime, orjinal Almanca metinde mevcut olmayıp, metnin Türkçeye tercümesinde daha iyi anlaşılması amacıyla ilave edilmiştir.
[80] Bu kelime, orjinal Almanca metinde mevcut olmayıp, metnin Türkçeye tercümesinde daha iyi anlaşılması amacıyla ilave edilmiştir.
[81] Bu kelime, orjinal Almanca metinde mevcut olmayıp, metnin Türkçeye tercümesinde daha iyi anlaşılması amacıyla ilave edilmiştir.

kabilinden yanıltıcı reklamların neler olduğu belirtilmiştir. Kanunda sayılan bu münferid durumlarda, yanıltıcı reklamın varlığı kesin karine (yani aksinin ispatı mümkün olmayan) olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu yanıltıcı reklamları bu şekilde katalog halinde sıralamak suretiyle, uygulamaya yol göstermek istemiştir. Zira yanıltıcı reklamın caiz olmadığını hükme bağlayan *genel hüküm*, çeşitli yanıltıcı reklam örneklerinden oluşan bir katalog sayesinde somutlaştırılmıştır. Bunların dışında kalan durumlarda da, yanıltıcı reklamın mevcut olup olmadığını tespit görevi yargıya düşmektedir.

Yukarıda ürüne veya hizmete ilişkin, satışı destekleyici nitelikte olan her türlü reklamların kanunun genel olarak uygulama alanına dahil olduğu tespit edildi. Aldatıcı reklamların caiz olmadığını öngören bu genel hükmünün, her türlü ilaç reklamları için geçerli olup olmadığı kanundaki düzenlemeden anlaşılmamaktadır. Burada akla gelen ilk ihtimal olarak, "bu hükmün uygulama alanının sadece ilacın hastalıkların, acılar ve vücut bütünlüğü zararlarının teşhis, tedavi ve azaltılmasına yönelik olan reklamlarını kapsadığı" yönünde daraltıcı bir yorum ileri sürülebilir. İkinci bir ihtimal olarak ise, ilacın sadece sayılan bu tıbbi özelliklerine yönelik reklamlar değil, ilacı *ekonomik bir mal olarak tanıtan* her türlü reklamın aldatıcı reklam yasağına dahil olduğu düşünülebilir.

Ne kanunun sistematiğinden ne de § 3 cümle 1'in lafzından daraltıcı yorumu haklı çıkaracak bir ibare bulunmaktadır. Ayrıca Kanunun genel gerekçesi de daraltıcı yorumu destekler nitelikte değildir.[82] Bunun dışında maddenin koruma amacı da, daha ziyade genişletici yorumu, yani ilacın ekomik bir mal olarak reklamının yapıldığı her durumda, yanıltıcı reklamın yasak olduğu fikrini destekler niteliktedir. Zira Kanunun asıl koruma amacı tüketicinin sağlığının korunması olmakla birlikte tali koruma amacı, tüketicinin iktisadi çıkarlarının da korunması olduğu gözardı edilmemelidir.[83] Bu itibarla örneğin ilacın fiyatının reklamlarda gerçekten daha ucuz gösterilmesi, yanıltıcı reklam kapsamında değerlendirilmelidir.[84]Sonuç olarak belirtmek gerekirse; fiyata ilişkin aldatıcı reklamların sadece haksız rekabeti yasaklayan Alman Haksız Rekabet Kanunu § 3 (UWG) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, ürünün tıbbi özelliklerine ilişkin aldatıcı reklamların ise TMRK § 3'ün uygulama alanına girdiğini savunan azınlık görüşünün isabetli olmadığı söylenebilir.[85]

---

[82]Karş. BT-Drucksache IV/1867, s. 6. Aynı görüş için bkz. **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/** ***Zimmermann***, § 28 knr. 49; ***Poschenrieder***, s. 110.
[83] ***Doepner***, § 3 knr. 8.
[84]***Bülow*/Ring**, § 3 knr. 26; ***Doepner***, § 3 knr. 8; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/** ***Zimmermann***, § 28 knr. 49; ***Poschenrieder***, s. 110.
[85] ***Doepner***, § 3 knr. 8.

b) Yanıltma Kavramı

Kanun koyucu yanıltıcı reklamları örnek vererek somutlaştırmasına karşın, bu kavramın tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Alman hukuk sisteminde, TMRK'a paralel olarak Haksız Rekabet Kanunu'nda da benzer bir aldatma yasağının düzenlendiğini görebiliriz.[86] Alman HRK § 3 haksız rekabet teşkil eden fiillerin caiz olmadığını hükme bağlamaktadır. Yine aynı Kanunun § 5 f. 1'nde ise, yanıltıcı ticari eylemlerde bulunmanın haksız rekabet olduğu belirtilmektedir. Alman HRK § 5 ve § 5a hükümlerinin tamamını değerlendirdiğimizde, büyük ölçüde TMRK § 3'deki düzenlemeyle örtüştüğü görülür. Bu hukuk düzeninin bir bütün teşkil etmesi ve bu yüzden birbiriyle çelişen normlar içermemesi prensibinin bir gereğidir. Dolayısıyla "haksız rekabet hukukundaki yanıltıcılık" ile "ilaç reklamlarındaki yanıltıcılık" kavramı anlam ve içerik açısından farklılık arzetmez.[87]

Hem Haksız Rekabet Kanunu hem de TMRK uyarınca **yanıltıcı reklamı**, *yanlış veya aldatmaya elverişli bilgiler veya beyanlar sayesinde reklamın hitap ettiği kesimin önemli bir bölümünde gerçekle örtüşmeyen kanı uyandırmak ve bu sayede onların karar sürecini etkilemek için yapılan reklamlar* olarak tanımlayabiliriz.[88] Yanıltıcı ilaç reklamında amaç reklamın hedef kitlesini kendi istedikleri doğrultuda karar almaya yöneltmektir. Örneğin yanıltıcı reklamla hekim reklamı yapılan ilacı reçete etmeye, tüketici sıfatıyla hasta ilacı kullanmaya, eczacı bu ilacı satın almaya yöneltilmektedir. Ancak ilaç reklamının yanıltıcı reklam sayılması için, reklamın hedef kitlenin kararını gerçekten etkileyip etkilemediği önemsizdir.[89]Burada esas olan reklamcının veya reklam verenin davranışının, yani bilgi, beyan veya ifadelerinin aldatmaya elverişli olmasıdır.[90]

---

[86] Şu an yürürlükte olan Alman Rekabet Kanunu 30.12.2008 tarihinde bir dizi yenilikle birlikte yürürlüğe girmiştir (BGBl I 2008, 2949). Bu Kanun tabir yerinde ise, menfaatlerini koruduğu kesim bakımından eksen kaymasına neden olmuştur. Zira 1.10.1909 tarihinde yürürlüğe giren ilk Rekabet Kanunu'nda (RGBl, s. 499) gözardı edilen, ancak yargısal ve bilimsel içtihatların görüşleri doğrultusunda 8.7.2004'de reforme edilen yeni kanunda ilk defa korunan menfaatler arasında yer bulan tüketiciler, 2008'deki kanun değişikliği ile diğer menfaat sahipleri karşısında *özel ve ayrıcalıklı* bir konuma getirilmiştir. Bunun neticesinde, kanunun koruduğu rakip teşebbüslerin, diğer piyasa iştirakçilerinin ve kamunun menfaatinin biraz geri plana düştüğü söylenebilir. Haksız Rekabet Kanunu'nda yapılan son değişiklikler büyük ölçüde 2005/29/EG-Yönergesi'nin iç hukuka aktarılması amacıyla gerçekleştirilmiştir.

[87] Karş. ***Bülow*/Ring**, § 3 knr. 4; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 50.

[88] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 50; ***Bülow*/Ring**, § 3 knr. 5; ***Riegger***, § 3 knr. 4.

[89] ***Bülow*/Ring**, § 3 knr. 5; ***Riegger***, § 3 knr. 4.

[90] ***Riegger***, § 3 knr. 4; ***Poschenrieder***, s. 111.

Yanıltma reklamcının olumlu bir davranışıyla oluşabileceği gibi, olumsuz bir davranışıyla, örneğin bilgi vermemek, kaçınmak, susmak suretiyle de gündeme gelebilir. Reklamcı, olumlu davranış ile yapılan yanıltma ve aldatmada gerçekte mevcut olmayan bir şeyi, olay ve durumu mevcutmuş gibi gösterir veya gerçekte mevcut olan bir şeyi örtbas eder ve gizler. Örneğin grip için kullanılan bir ilacın saman nezlesine iyi geldiği yönünde reklamda ya da bir ilacın yan etkilerinin bazılarının gizlenmesi durumunda olumlu davranış ile yanıltma söz konusudur.

c) Reklamın Hedef Kitleyi Yanıltmaya Elverişli Olup Olmadığı Sorunu

İlaç reklamlarının hedef kitlesi *ihtisas sahasına dahil*[91] *olanlar* ve ihtisas sahası dışındaki normal tüketiciden oluşan *halk* olmak üzere iki gruptur. Reçeteyle satılan ilaçların reklamı sadece ihtisas çevresine dahil olan kimselere yapılabilir (§ 10 f. 1). Aynı şekilde, reçeteyle satılmasa dahi, uyku ilaçlarının ve psikiyatri ilaçlarının halka reklamı yasaktır (§ 10 f. 1). Bunun gibi ihtisas çevresine dahil olmayan kimselere ilaç ve diğer tedavi edici madde ve hizmetlerin, bilirkişi raporları, reklamı yapılan şeyin etkileri ve faydalarının anlatıldığı tebliğler, bilimsel tavsiyeler, ilacı kullanmadan önceki ve kullandıktan sonraki sağlık ve vücut durumundaki değişikliği gösteren, resimler, şekil ve şemalar ile reklamı yapılamaz[92] (§ 11). Sigara hariç, madde bağımlılığı ve hamilelikteki komplikasyonların tanısı, tedavisi ve şikayetlerin ortadan kaldırılması için kullanılan ilaçların ve tıbbi ürünlerin halka reklamı yasaktır (§ 12 f. 1).

İlaç reklamının, yanıltıcı sayılabilmesi için reklamın hedef kitlesinin gerçekten yanıltılıp yanıtılmadığından ziyade, reklamın bu kitleyi *yanıltmaya elverişli olma*sı gerekli ve yeterlidir. Reklamın yanıltmaya elverişli olup olmadığı sorusu, reklamın muhatabına göre farklı şekilde cevaplandırılabilir. O halde reklamın yanıltıcılık niteliğini reklamın muhatabının *anlayışına (algısına)* göre

[91] İhtisas çevresinin hangi mesleklerden oluştuğu § 2'de hükme bağlanmıştır. Buna göre ihtisas çevresi hastalıkların tedavisini amaç edinen mesleklerin veya hastalıkların tedavisi için kurulmuş işyerlerinin ve insan sağlığıyla uğraşan kurumların mensuplarından oluşmaktadır. Ayrıca ilaç ve diğer tedavi edici maddelerin ticaretini yapan veya kendi mesleklerini icra ederken bu maddeleri kullanan kişiler de, ihtisas çevresinin mesuplarıdır. Bu tanıma göre hekimler, diş hekimleri, hemşireler, ebeler, hastabakıcılar, hastane, klinik ve sair sağlık kurumlarında çalışan sağlık personeli ve bu kurumların işletmecileri, alternatif ve/veya geleneksel tıp uygulayanlar, ecza ve tıp ürünlerini pazarlayanlar ihtisas çevresine dahildir.

[92] İlaç ve tedavi edici diğer maddelerin reklamlarında kullanılan usüle ve metodlara ilişkin diğer sınırlamalar için bkz. TMRK § 11.

belirlenmelidir.[93] Reklamın muhatabının, yani reklamın hedef aldığı kitlenin anlayışını saptamak için, üç aşamalı bir yol takip edilmelidir:[94]

(1) Öncelikli olarak reklamın ihtisas çevresini mi, yoksa halkı mı hedef aldığı tespit edilmelidir. Reklam belirli bir ihtisas çevresine hitap edebilir, örneğin hekimleri hedef kitle olarak seçmiş bir reklam söz konusu olabilir. Reklam daha da spesifik bir reklam olabilir ve sadece belli bir tıbbi uzmalık dalının mensuplarına yönelmiş olabilir. Örneğin belirli bir göz hastalığının tedavisinde kullanılan ve reçeteyle satılan bir damlanın reklamının, yanıltıcı olup olmadığı göz hekimlerinin anlayış ve algılamasına göre değerlendirilir.
(2) İkinci aşamada reklamın yöneldiği kesimin, bilgi ve dikkat seviyesi ve ihtisas durumu (yani anlayış veya algılama durumu) saptanmalıdır. Halka yapılan bir reklamda yanlış anlaşılmaya yol açacak terim veya ibareler kullanılmışsa, örneğin latince kelimelere yer verilmişse, bu durumda reklamın yanıltmaya elverişli olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık aynı reklam hekim ya da eczacılar için yanıltıcı sayılmayabilir. O halde reklamın yanıltıcılık niteliğini saptamada, reklamın hedef tuttuğu kitlenin "anlayış" ve "kavrayışı" en belirleyici kriterdir.
(3) Nihayet son aşamada, reklamda kullanılan bilgi ve ifadelerin, reklamın muhatabı tarafından doğru algılanıp algılanmadığı tespit edilmelidir. Eğer gerçek durum ile muhatabın anladığı şey birbiriyle örtüşmüyorsa, reklam doğru kavranmamıştır ve dolayısıyla bu yanıltmaya elverişli bir reklamdır.

Saydığımız bu aşamalardan ikincisi, yani reklamın muhatabının anlama ve kavrama durumunun tespiti, uygulamda en fazla sorunun yaşandığı aşamadır.[95] Zira reklamın hedeflediği kesimin algı ve anlama (anlayış) durumu, insanların sahip olduğu "önbilgi" ve "dikkat seviyesi", "detayları farkedebilme yeteneği" gibi kişiden kişiye değişen faktörlere bağlıdır. Bu yüzden reklamın yanıltcılık özelliğini tespit ederken, kişiye göre değişen farklı sonuçlarla karşılaşılabilinir.

Hedef kitlesi halk olan reklamlarda, muhatabın anlayış ve algısını belirlerken, ölçü olarak *tüketici* alınır. Ancak serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı Almanya'da tek tip tüketiciden söz etmek imkansızdır. 1990'lı yılların sonuna kadar, yargı kararlarında "dikkati ve bilgi seviyesi fazla olmayan"[96] bir tüketici tipi ölçü olarak alınmıştır.[97] Bu profildeki bir tüketici,

[93] Hedef kitlesinin anlayışı ve algısı kavramlarıyla ifade edilmek istenen, reklamın hedef kitlesi tarafından nasıl anlaşıldığı ve algılandığıdır.
[94] ***Riegger***, § 3 knr. 5.
[95] Karş. ***Riegger***, § 3 knr. 6.
[96] Bu kavram Almancada *flüchtiger Verbraucher* terimi ile ifade edilmektedir.
[97] ***Strunz*, Heinrich**, Heilmittelwerbegesetz und Verbraucherschutz, München 1987, s. 68 vd. s. 70 ve orada anılan mahkeme kararları ve literatür; ***Riegger***, § 3 knr. 6.

reklamı yapılan ürün hakkıda sadece *yüzeysel bilgiye* sahiptir ve reklamda geçen ifadeleri de fazla dikkat etmeden, *üstünkörü algı*lar.[98]

Günümüzdeki yargı kararlarında ise, *ortalama bilgi ve anlayışa sahip (makul) tüketici*[99] profili ölçü olarak alınmaktadır.[100] Ancak bu profilin, sürümü yapılan mal ve hizmetin türüne göre de farklılık gösterebileceği göz ardı edilmemelidir. Reklamın yanıltmaya elverişli olup olmadığını belirlenirken, bu *makul ve ortalama tüketici*nin[101] reklamda geçen ifadeleri yüzeysel değil, detaylı şekilde değerlendirmesi ve algılaması beklenir.[102]Ayrıca reklamın yöneldiği tüketici, somut olayın özelliklerine ve ağırlığına uygun bir dikkat sarf etmelidir.[103] Örneğin tansiyon ilacının reklamı söz konusu olduğunda, reklamın hitap ettiği iç hastalıkları uzmanı ve eczacının detaylı bir önbilgiye sahip olması yetmez, bu kişilerin reklamda geçen ifadeleri mesleki sorumlulukları gereği titiz ve dikkatlice irdelemesi de gerekir.[104] Bu dikkat ve özene rağmen reklamdaki ifadeler, hekimler ve eczacılar tarafından farklı şekilde anlaşılmaya elverişliyse, reklamın yanıltıcı olduğu kabul edilmelidir.

Haklı olarak yargı kararlarında[105] ve literatürde[106], makul ve ortalama bir tüketici profilinde bir kimsenin görüş ve anlayışını belirlerken çeşitli faktörlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu faktörler:

(1) Hedef kitlenin menfaatlerinin korunmaya muhtaç olup olmadığı
(2) Reklamın hangi mecrayla yapıldığı
(3) Tüketim malının fiyatı, önemi ve kullanım ömrü
(4) Reklamda geçen ifadenin bilgi değeri

---

[98] Yüzeysel bilgi ve dikkate sahip tüketici profili Avrupa Adalet Divanı'nın ilgili bir kararından sonra, Alman mahkemeleri tarafından ölçü olarak kabul edilmemeye başlanmıştır.

[99] Bu kavram Almancada *durchschnittlich informierter und vestaendiger Verbraucher* ya da *informierter und vestaendiger Durchschnittverbraucher* terimi ile ifade edilmektedir.

[100] BGH, GRUR 2000, 619, aynı karar için bkz. NJW-RR 2000, 1490; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann***, § 28 knr. 50; ***Riegger***, § 3 knr. 6; ***Poschenrieder***, s. 112 vd; ***Wutzo***, s. 49.

[101] Türk hukukunda da reklamın aldatıcılık/yanıltıcılık özelliğini tespitte ortalama dikkat ve bilgiye sahip tüketici ölçü alınmakla birlikte, Reklam Kurulunun pek çok kararında ortalama dikkat ve bilgi seviyesinin altındaki tüketiciyi kıstas aldığı görülmektedir. Karş. ***Naipoğlu/Göçen/Tonbul***, s. 360.

[102] ***Riegger***, § 3 knr. 6; ***Poschenrieder***, s. 112 vd.

[103] BGH, GRUR 2000, 619; BGH, WM 2001, 1962, 1964; BGH, NJW 2001, 3193, 3195; ***Riegger***, § 3 knr. 6; ***Poschenrieder***, s. 112 vd.

[104] Karş. ***Riegger***, § 3 knr. 6.

[105] BGH, GRUR 2007, 978, 980; BGH, GRUR 2002, 81, 83; BGH, GRUR 2000, 619, 621.

[106] **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 64.

Sayılan bu kriterleri örnek bir olayda şu şekilde somutlaştırabiliriz: Televizyonda yayınlanan bir ciklet reklamında, "cikletin hem fala hem de dişe baktığı" ifade edilirse ve tüketicilerden bir kısmı bu ifadeden, ciklet sayesinde artık diş fırçası kullanmaya gerek olmadığı sonucuna varsa, bu olayda hedef kitlenin korunmayı gerektirecek bir menfaati olmadığı[107], ürünün çok düşük değer ve kullanım ömrüne sahip olduğu ve reklamda geçen ifadenin, tüketicinin anladığı şekilde anlaşılacak bir değerde olmadığı görüleceğinden, bu ifade ortalama bir tüketici için yanıltıcı değildir.

d) Yanıltcı İfade ve Bilgiler Türüne Göre Yanıltıcı Reklam Çeşitleri

aa) Objektif Olarak Yanlış Olan Bilgi ve İfadeler İçeren Yanıltıcı Reklamlar

Kural olarak objektif bakımdan yanlış olan bilgi ve ifade içeren reklamlar yanıltıcıdır.[108] Zira bu reklamlar sonucunda, reklamın muhatabı olan tüketici ya da uzmanlık alanının mensuplarında gerçek durumla örtüşmeyen bir kanı oluşur. Yanlış bilgi ve ifadeden etkilenen tüketici, aslında gerçek durumu bilmesi halinde satın almayacağı bir ilacı satın alarak kullanabilir. Bu da tüketicinin hukuk tarafından korunan değerlerinin en önemlisi olan sağlık ve vücut bütünlüğünde önemli zararlara neden olabilir. Örneğin ülser hastası olan bir kimsenin, "hiçbir yan etkisi yoktur" şeklinde reklamı yapılan bir ağrı kesici ilaç kullanması ve ilacın yan etkisi neticesinde mide kanaması geçirmesi durumu böyledir.

TMRK § 3 'de örnek olarak sayılan yanıltıcı reklamların pek çoğu, objektif olarak yanlış olan bilgi ve ifadeler nedeniyle yanıltma halleridir: İlacın belirli bir hastalığın tedavisinde etkili olmamasına rağmen, reklamda bu hastalığa da iyi geldiğinin ifade edilmesi (TMRK § 3 c. 2 Nr. 1); reklamlarda ilacın terkip ve bileşimi hakkında yanlış bilgi verilmesi (TMRK § 3 c. 2 Nr. 3a); ilaç üreticisinin veya ilacı bulan kişinin şahsı, eğitimi, yetenek ve başarıları hakkında yanlış bilgi aktarılması (TMRK § 3 c. 2 Nr. 3b) bu türden yanıltma halleridir.

bb) Objektif Olarak Doğru Olan Bilgi ve İfadeler İçeren Yanıltıcı Reklamlar

Objektif bakımdan doğru olan bilgi veya ifadeler içeren bir reklam da, reklamın hedef aldığı kitlede yanıltıcı etki yapabilir. Burada yukarıda da değinildiği gibi reklamın yöneldiği kitlenin anlayış ve algısı belirleyici rol oynar.[109] Eğer doğru bilgi içeren reklam, hedef kitlenin önemsiz sayılmayacak bir kısmında,

---

[107] Zira ciklet tüketicisinin hukukça korunan değerlerinde reklamın yanlış anlaşılması neticesinde, doğrudan bir zarar meydana gelmemektedir.

[108] ***Riegger***, § 3 knr. 8.

[109] Türk hukukunda benzer görüşler için bkz. ***Naipoğlu/Göçen/Tonbul***, s. 359 vd.

farklı anlaşılıyorsa, yanıltıcı reklamdan söz edilir.[110] Alman yargı kararlarına[111] yansımış bir olayda, reklamcı etkili maddesi sakinleştirici bir madde olan badrian-preparatlarının reklamında, *"ekstra etkili, her draje 2700 miligrama kadar baldrian maddesi içerir"* şeklindeki ifadenin objektif olarak doğru olmasına rağmen, yanıltıcı olduğuna karar verilmiştir. Zira her draje normalde zaten 1350-2700 mg etkin madde içermektedir. Buna göre kullanılan ifade objektif bakımdan doğrudur. Ancak Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin de haklı olarak belirttiği gibi, "*ekstra etkili" ve "her draje 2700 miligrama kadar etkin madde içerir*" ifadeleri birlikte ele alındığında, ortalama bilgiye sahip bir tüketicide, mutlaka her drajenin en az 2700 mg etkin madde içerdiği kanısı uyandırır. Oysaki her drajenin 1350 miligram da içerebilir. Ancak "ekstra etkili" ibaresi tüketiciyi, haklı olarak her drajenin mutlaka 2700 mg etkin madde içerdiği, bu yüzden ilacın ekstra etkili olduğu beklentisine iter.

Yine bir başka kararda İmparatorluk Mahkemesi, "mineral çamur" ibaresi içeren reklamı yanıltıcı bulmuştur.[112] Zira ortalama bilgi ve anlayışa sahip bir tüketicinin bu ibareden anladığı şey, başka bir ifadeyle reklamı yapılan şeyden beklentisi, doğal olarak oluşmuş ve su içeren bir karışımdır.[113] Oysa reklamı yapılan şey çamur niteliğini taşımasına rağmen, doğal bir karışım değildir.

Bunun gibi reklamı yapılan ürünün açıklama gerektirmeyen, yapısı gereği zaten öyle olması gereken özelliklerinin reklamda ön plana çıkarılması da, duruma göre yanıltıcılık unsuru içerebilir.[114]Sadece doğal arı balı "bal" ibaresiyle reklamı yapılabileceğinden, reklamda "hakiki bal" ibaresinin kullanılması yanıltıcı olabilir.[115] Zira tüketici hakiki bal ibaresini içermeyen ürünlerin doğal bal olmadığını, sadece böyle bir ibare ile reklamı yapılan balın doğal bal olduğunu düşünebilir. Bunun gibi, ilacın yasal olarak zaten belirtilmesi gereken etkili maddesinin vurgulanması, ilacın içinde zaten bulunması yasak olan bazı maddelerin bulunmadığının belirtilmesi, ilacın olması gereken ticari ambalajda piyasaya sürüldüğünün önemli bir özellikmiş gibi reklamda belirtilmesi de tüketiciyi yanıltabilir.[116]

[110] ***Riegger***, § 3 knr. 8.
[111] OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2006, 241.
[112] RG, RGZ 153, 57.
[113] RG, RGZ 153, 57; ***Bülow***/**Ring**, § 3 knr 8.
[114] ***Bülow***/**Ring**, § 3 knr. 10.
[115] Karş. ***Bülow***/**Ring**, § 3 knr. 10.
[116] ***Doepner***, § 3 knr. 52.

cc) Birden Fazla Anlamı Olan İfadeler İçeren Yanıltıcı Reklamlar

İlaç ve tedavi edici diğer maddelerin reklamında kullanılan bilgi ve ifadelerin birden çok anlama gelen ifade ve işaretlerden oluşmaması gerekir. Eğer reklamda bu tür ifadeler kullanılmış ve reklamın hitap ettiği kitlenin önemsiz sayılmayacak bir kesiminde yanlış anlaşılmaya neden olmuşsa, bunun neticelerine reklam veren katlanmak zorundadır.[117]Reklamda kullanılan ifade objektif olarak doğru olmasına rağmen, birden fazla anlama geliyor ve bu anlamlardan biri ürünün gerçek durumunu yansıtmıyorsa, bu reklamı yanıltıcı reklamlar kategorisine dahil etmek gerekir.[118]

dd) Açıklayıcı Bilgi ve İfade İçermeyen Yanıltıcı Reklamlar

Yanıltıcı reklam, pasif olarak, yani *ihmali hareketle* yapılabilir. Burada tüketiciyi yanılgıya sevk eden şey, reklamcının belirli olguları varmış gibi göstermesinden ya da mevcut olan olguların gizlenerek örtbas edilmesinden değil, bu olgular hakkında açıklama yapmamasından kaynaklanır. Bu bağlamda öncelikle şu soru cevaplandırılmalıdır: Acaba reklamcı, ilaç ve diğer tedavi edici maddeler hakkında negatif yönler de dahil olmak üzere kapsamlı bir açıklayıcı bilgi vermek zorunda mıdır? Zira ancak aydınlatma yükümlüğünün bulunduğu ve fakat bunun yerine getirilmediği durumlarda, yanıltıcı reklamdan söz edilebilir.[119] Borçlar hukukunda *irade özerkliği* ve bunun uygulama alanı olan *sözleşme serbestisi prensibi* gereği, tarafların akit kurulurken, karşı tarafın kararını etkileyecek ve onun menfaatine olan tüm noktalar hakkında *genel bir bilgilendirme* yükümlülüğü bulunmamaktadır. Prensip olarak her iki taraf da, sözleşmeninin kuruluşu esnasında, kendisi için önemli olan (kararına etki edecek) olan noktaları kendileri araştırıp bulmak zorundadır. Sözleşenler, araştırma ve bilgi edinme esnasında çıkacak masrafı yine bizzat karşılamak ve edindiği hatalı bilginin neticelerine kendileri katlanmak durumundadır. Ancak, ilaç reklamları kamu hukukunu ilgilendiren ve asli amacı tüketici ve halk sağlığını korumak olan bir hukuk dalıdır. Bu itibarla kanun koyucu ilaçların hem kutularında hem de prospektüsünde ilaca ilişkin bazı standart bilgilerin yeralmasının gerekliliğini İlaç Yasası § 10 ve § 11'de hükme bağlamıştır.

Alman rekabet hukuku bakımından incelendiğinde, reklamı yapılan şeyin tüm vasıfları hakkında ve özellikle de negatif özelliklerini de içeren genel bir aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığı görülür. Ancak *ihmali hareketle yanıltma* hususunu düzenleyen Rekabet Kanunu § 5a f. 1'de reklamı yapılan ürün hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı ve içeriğini

[117] Karş. ***Riegger***, § 3 knr. 9; ***Doepner***, § 3 knr. 56.
[118] BGH, GRUR 1982, 563, 564; BGH, GRUR 1992, 66, 68.
[119] ***Riegger***, § 3 knr. 10.

belirlerken iki kriter öngörülmektedir: Bu kriterlerden birincisi; reklam konusu ürüne ilişkin olan ve hakkında açıklama yapılmayan olguların, *ilgili çevresindeki genel kanı*ya göre, reklamın muhatabının sözleşme yapma kararı için nasıl bir öneme sahip olduğudur. İkinci kriter ise hakkında susulan bu olguların reklamın hedef kitlesinin kararını gerçekten etkileyecek nitelikte olup olmadığıdır. O halde reklamı yapılan ürün hakkındaki bilgi, ilgili çevresindeki kanıya göre, reklamın hedef kitlesinin kararı için önemli bir etken konumundaysa ve tüketici bu bilgiye sahip olsaydı ürünü satın almayacak idiyse, reklamcının susulan bu husus bakımından bilgilendirme yükümlülüğünü kabul etmek gerekir. Dolayısıyla söz konusu bilgiyi içermeyen reklam, yanıltıcı reklam olarak nitelendirilir.[120]

TMRK § 4 f. 1'de ilaç reklamlarında bulunması zorunlu bilgiler sayılmaktadır: Bunlar, ilacın bileşimi, kullanım alanları, yan etkileri, riskleri,[121] etkileşimleri, ilaç firmasının ünvanı ve merkezi gibi bilgilerdir. Bu bilgileri içermeyen reklamlar yanıltıcı niteliktedir. Bunun dışında ilaç reklamlarında susma suretiyle yanıltma, eğer ilaca ilişkin bazı hususların ilgili *çevredeki genel kanı*ya göre açıklanması gerekli ise, yani reklamın muhatabının bu yönde haklı bir beklentisi varsa ve buna rağmen bir bilgilendirme yapılmamışsa, söz konusu olacaktır.[122] Böyle bir gereklilik ise - haksız rekabet hukukunda kabul edilen kritere göre - ancak tüketicinin ürünü satın alması için öneme sahip olduğu ve açıklanmayan bu hususların tüketici kararını etkileyecek nitelikte olduğu durumda gündeme gelebilir.

Halka yönelik reklamlar, kanunda aranılan zorunlu bilgileri kapsıyorsa, genel olarak başka bir açıklamaya gerek kalmaz. Zira bu zorunlu bilgileri aşan hususlarda yapılan açıklamalar, ortalama bilgi ve dikkate sahip olan tüketicide tüketicinin aydınlatılmasını değil, bilgi taşkınlığı ("İnformation Overkill") nedeniyle yanıltılmasına yol açabilir.[123] Bu yüzden ihtisas çevresini hedef tutan ilaç reklamlarında, kanunen zorunlu olan bilgilerin dışındaki konularda ekstra bilgi ve açıklamaya ihtiyaç duyulur. Bu bilgilerin kapsam ve içeriği ise, az önce

[120] Ürün ve hizmetlerin piyasaya sürülmesi esnasında, bunlara ilişkin hangi olguların açıklanması gerektiği ise Alman Haksız Rekabet Kanunu § 5a f. 2 ve f. 3'de sayılmıştır.

[121] İlaçlara ilişkin bu düzenleme, diğer tedavi edici maddelerin ve özellikle de tıbbi ürünlerin reklamlarına kıyas yoluyla uygulanabilir. Buna göre reklamlarda tıbbi ürünlerin insan sağlığı için taşıdığı önemli risk ve tehlikeler hakkında bilgi verilmelidir. ***Riegger***, § 3 knr. 11. Aksi takdirde reklamın yanıltıcı olduğu sonucuna varılır.

[122] Karş. ***Riegger***, § 3 knr. 11; ***Bülow/*Ring** § 3 knr. 22.

[123] Ortalama bir tüketici tarafından anlamı anlaşılıp, değerlendirilemeyen bu bilgiler bilgi kirliliğine yol açacaktır.

belirtildiği gibi ilgili ihtisas çevresindeki genel kanı ve haklı beklentiye göre belirlenir.[124]

İlgili çevredeki genel beklentiyi belirleme görevi, hukuki problemi çözmek durumunda olan mahkemeye düşmektedir. Mahkeme önüne gelen olayda, ilgili çevrenin ortalama bir tüketici kitlesinden mi oluştuğunu yoksa reklamın belirli bir hastalıktan muzdarip olan hastaları mı hedef aldığını tespit etmelidir. Örneğin ilaç kronik solunum yolları rahatsızlığı veya saman nezlesi olan bir hasta grubunu hedef kitle olarak seçmişse, bu kategorideki ortalama bilgi ve dikkate sahip hastalardan hareket ederek, bu hastaların reklamdan bekledikleri bilgi ve açıklamalar, reklamın yanıltıcı olup olmadığı konusunda ölçü alınmalıdır.[125] Eğer reklam bu haklı beklentileri karşılamıyorsa, yani gerekli açıklamaları içermiyorsa, reklam aldatıcıdır. Bu şekilde somut olayın özelliklerine uygun ve üretici/reklamcı ve tüketici menfaatlerini daha iyi dengeleyen, adil çözümlere varılabilir.

e) Yanıltıcı Reklamların İspatı

Uygulamada yanıltıcı ilaç reklamı nedeniyle aleyhine dava açılan taraf (reklam veren, reklamcı), davalı tarafın (rakip teşebbüs, tüketici birlikleri, meslek birlikleri) aksine, reklamın yanıltıcı olmadığını iddia edecektir. Reklamda geçen bilgi veya açıklamanın, yanıltıcı niteliğinin kabulü için ne hedef kitlenin tamamının yanılmış olması gerekli ne de küçük bir azınlığın aldanmış olması yeterlidir. Hak dağıtarak adaleti sağlama görevi olan mahkemelerce, yanıltıcılık unsurunun kabülü için, hedef kitlenin belirli oranda, reklamı yanlış anlamış olması gerekir. Acaba hedef kitlenin ne kadarlık bir yüzdesindeki yanılma, reklamın yanıltıcı olduğunu kabul etmeye yeterli olur? Belirlenecek bu oran herşeyden önce taraf menfaatlerini dengeleyen ve hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaya elverişli olmalıdır.

Federal Yüksek Mahkeme, tüketici profili olarak yüzeysel bilgi ve dikkate sahip tüketicinin baz alındığı yıllarda, ilgili çevredeki kişilerin % 10-15'lik bir kesiminin reklamı yanlış anlaması durumunda, reklamın yanıltıcı nitelikte olduğunu kabul etmekteydi.[126]Yanılma oranlarının tespiti ise ilgili çevrelerde yapılan anketler sonucunda belirlenir. Ortalama bilgi ve dikkate sahip tüketicinin ölçü alındığı daha sonraki yıllarda, Federal Yüksek Mahkeme bu oranı daha da yükseltmiştir. Örneğin Federal Yüksek Mahkeme 2003 yılında vermiş olduğu bir

[124] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ***Doering***, § 3 knr. 25.
[125] Karş. ***Bülow*/Ring,** § 3 knr. 18 vd; ***Doering***, § 3 knr. 25 vd.
[126] BGH, GRUR 1981, 71, 74; BGH, GRUR 1992, 66, 68; BGH, GRUR 1995, 60, 62; ***Riegger***, § 3 knr. 14; ***Wutzo***, s. 49. Vgl. ***Strunz***, s. 71.

kararda, reklamın hitap ettiği çevreye dahil olan kişilerin % 15-20'lik kesiminin yanılgısını, reklamın yanıltıcı kabul edilebilmesi için yeterli görmemiştir.[127]

Federal Yüksek Mahkeme bu son kararından sonra, yanıltıcılık unsuru için hedef kitlede herhangi bir yanılma oranı hakkında bir karar vermemiştir. Öğretide haklı olarak, yanılgı oranının % 25-33 oranında olması gerektiği görüşü savunulmaktadır.[128]Ancak bu oran hedef kitlesi halk olan reklamlar için geçerlidir. İhtisas çevresine hitap eden reklamlarda daha düşük yanılma oranları aranmalıdır. Zira tüketicide aranılacak oranların ihtisas çevresinde de aranması hakkaniyete ve taraf menfaatlerine aykırı düşer. Bunun nedeni ise, bu kesimin mesleklerinin gereği olarak, ilgili reklamları detaylı ve uzmanca inceleyip değerlendirmek durumunda olmaları ve ilacı kendileri kullanmayacaklarından reklamdaki ifadeleri daha nesnel ve etkiden uzak bir perspektiften irdeleyebilme yeteneğine sahip olmalarıdır.[129]

Son yıllarda çeşitli Eyalet Yüksek Mahkemelerinin[130] vermiş olduğu kararlarda, reklamda geçen bilgi ve açıklamaların, hedef kitledeki yanılma oranının çok düşük olmasına rağmen, reklamdaki yanıltıcılık unsurunu bazı durumlarda kabul etmeye yeterli olacağına hükmedilmiştir. Özellikle reklamın "asıl hedefinin" hitap edilen kitleyi bilerek "yanıltmak" olduğu durumlarda, yanılgıya düşen kesimin oranı çok düşük de olsa, reklamın yanıltıcı sayılması gerekir.[131]Zira burada reklam verenin kötü niyeti (aldatma kastı) karşısında, oranları çok düşük de olsa reklamı yanlış anlayarak ürünü satın alan tüketicilerin menfaatleri daha üstün tutularak korunmaktadır.[132] Mahkemeye yansıyan bu olayda, reklam veren reklamda geçen bilgilerin gerçek anlamının tüketicilerin büyük bir çoğunluğu tarafından anlaşılacağını ve reklamın dikkate alınmayacağını tahmin edebilmekteydi. Ancak reklam ile hedeflenen şey, çok az da olsa küçük bir tüketici grubu tarafından reklamın yanlış anlaşılması ve bu sayede ürünün pazarlanmasıydı.[133]

Buna karşılık objektif olarak doğru ifade ve bilgiler içeren reklamların, yanıltıcı reklamlar kategorisine dahil edilebilmesi için, reklamın hedef kitlesindeki yanılma oranının, objektif olarak "yanlış bilgi içeren" diğer reklamlardaki yanılma

---

[127] BGH, GRUR 2004, 162, 163, BGH, GRUR 2002, 550, 552; ***Riegger***, § 3 knr. 14; **UWG-Köhler/*Bornkamm***, § 3 knr. 2.102.

[128] **UWG-Köhler/*Bornkamm*,** § 3 knr. 2.106; ***Wutzo***, s. 49. Karş. OLG München, PharmaR 2005, 181, 186.

[129] Karş. ***Strunz***, s. 71; ***Doepner***, § 3 knr. 32.

[130] OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145, 146; OLG Düsseldorf, BekcRS 2010, 12046.

[131] OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145, 146; OLG Düsseldorf, BekcRS 2010, 12046.

[132] Karş. OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145, 146.

[133] Karş. OLG Frankfurt, GRUR 2011-RR, 145.

oranından daha yüksek olması gerekir.[134]Zira tarafların menfaati tartıldığında, şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Objektif olarak doğru bilgiler içermesine rağmen, reklamı yanlış anlayan tüketicinin menfaati karşısında, reklam verenin ve reklamı doğru anlayanların menfaati daha ağır basmakta ve bu yüzden korunmayı daha fazla hak etmektedir.[135]

Yanıltıcı reklam nedeniyle açılan haksız rekabet davalarında mahkeme, reklamın gerçekten ilgili çevrede yanlış anlaşılmaya elverişli olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Reklamın ilgili çevrede yanlış anlaşılmaya (yanılgıya) sebebiyet verip vermediği ise ilgili çevrede oluşan genel kanıya (anlayışa) göre belirlenir.[136] Eğer ihtisas sahası dışındakilere yönelik bir reklam söz konusu ise, reklamdaki ifadelerin ortalama bilgi ve dikkate sahip, makul bir tüketici çevresinde yanılgı meydana getirip getirmeyeceğine, hakim, kendi anlayış ve bilgisini baz alarak karar verebilir.[137] Hakim, reklamdaki bu ifadeleri değerlendirdiğinde, kendisi bir yanılgıya düşüyorsa[138] reklamın yanıltıcı olduğuna hükmetmelidir, çünkü kendisi de ortalama tüketici profilinde bir kimsedir.[139]

Reklamın ihtisas çevresini hedef aldığı ve kendi bilgi ve anlayışının, ilgili çevrenin anlayışını (veya reklamdan beklentisini) tespit etmeye yeterli olmadığı durumlarda, hakim (Alman Medeni Usul Kanunu § 144 f. 1 ve § 402 gereğince) ilgili çevrenin anlayışının tespiti için bilirkişi raporu hazırlanmasına karar verebilir.[140] Bilirkişi ilgili çevrenin genel kanısını (anlayışını) belirlemek için, metod olarak genellikle ihtisas çevresinde anket uygulamasına başvurur.[141] Ayrıca ilgili çevrenin anlayışının belirlenmesi için, hakimin meslek birliklerinden (hekimlerden, eczacılar odasından, ticaret ve sanayi odasından) enformasyon veya bilirkişi raporu alması da mümkündür.[142] Bunların dışında, hakimin tarafların mahkemeye sunduğu uzmanların görüşlerini yansıtan mütalaalardan yararlanarak,

[134] BGH, GRUR 1992, 66, 68; BGH, GRUR 1995, 512; **UWG-Köhler/*Bornkamm***, § 5 knr.78 2.108; ***Riegger***, § 3 knr. 15; ***Doepner***, § 3 knr.31.
[135] **UWG-Köhler/*Bornkamm***, § 5 knr. 2.108; ***Riegger***, § 3 knr. 15.
[136] ***Riegger***, § 3 knr. 16.
[137] ***Bülow*/Ring** § 3 knr. 23; ***Riegger***, § 3 knr. 16; **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 67.
[138] Başka bir anlatımla; hakim reklamdaki ifadelerden, reklamın gerçek anlamından farklı bir anlam çıkarıyorsa, reklam yanıltıcıdır.
[139] ***Bülow*/Ring** § 3 knr. 23; ***Riegger***, § 3 knr. 16; **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 67.
[140] **UWG-Köhler/*Bornkamm***, § 5 knr. 3.16; ***Riegger***, § 3 knr. 16; ***Bülow*/Ring** § 3 knr. 23; ***Doepner***, § 3 knr.33.
[141] **UWG-Köhler/*Bornkamm***, § 5 knr. 3.16; ***Riegger***, § 3 knr. 18.
[142] **UWG-Köhler/*Bornkamm***, § 5 knr. 3.17; ***Doepner***, § 3 knr.33.

ilgili çevrenin anlayışını tespit ederek, reklamın aldatıcı olup olmadığına karar vermesi de olanaklıdır.[143]

f) Yüksek Yargı Kararlarında İlgili Çevrenin Anlayışı Kavramı

(1) OLG Hamburg, NJOZ 2007, 1604: Karara konu olan olayda bir jenerik ilaç reklamında "ilacın ismi ve fiyatı dışındaki herşey aynı" ifadesi yanıltıcı bulunmuştur. Zira Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin görüşüne göre, ortalama tüketici bu ibareden, jenerik ilacın isim ve fiyat hariç, orijinal ilacın sahip olduğu tüm vasıflara sahip olduğu ve özellikle ilacın kullanım alanlarının da aynı olduğu sonucunu çıkarır.
(2) OLG Frankfurt a.M., LMRR 2000, 134: Karara konu olan olayda, banyo suyuna katılarak kullanılan tabletler "termal banyo" şeklinde isimlendirilmiştir. Mahkeme, bu ibarenin ilgili çevrenin önemli bir kısmında, ürünün gerçek termal banyo sularından elde edildiği zannı uyandırmayacağı sonucuna varmıştır. Zira ambalajın hiçbir yerinde aksine bir ibare bulunmamaktaydı. Ayrıca ambajda, "ürünün termal kaynak sularına eşdeğer bir bileşim olduğu ve bilimsel esaslara göre geliştirildiği" bilgisi yer almamaktaydı.
(3) OLG Hamburg, NJOZ 2007, 5162: Karara konu olan olayda, ilaç reklamında, "ilaç çok koruyucu ("dikkatli", "zarar vermeden" anlamında) şekilde etki eder" ibaresi, Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından yanıltıcı bulunmamıştır. Mahkemenin gerekçesinde, ortalama bir tüketicinin "ilaç çok koruyucu şekilde etki eder" ibaresi taşıyan bir ilacın da, özellikle uzun ya da sürekli kullanımda yan etkilerinin ortaya çıkacağını düşünebileceği (bilebileceği) sonucuna varmıştır.
(4) LG Konstanz, Doepner, § 3 knr. 91: Karar konu olan olayda tedavi edici araç olarak kabul edilen manyetik bileziğin reklamında şu ifadelere yer verilmiştir: "Kalıcı manyetik araçla ağrıdan kurtulma". Mahkemenin de haklı olarak belirttiği gibi, ağrıdan kurtulma ibaresi, tarafsız bir okuyucuda, her türlü ağrıdan kurtulma intibağı oluşturduğundan yanıltıcıdır.
(5) LG Hamburg, Doepner, § 3 knr. 78: Karara konu olan olayda kozmetik banyo ürünü için "kür" ibaresi kullanılmıştır. Mahkeme bu ibareyi yanıltıcı bulmuştur. Çünkü ilgili çevrenin anlayışına göre kür ibaresinden anlaşılan şey, kozmetik amaçlı banyo değil, daha uzun süren ve sağlığın tekrar kazanılması için uygulanan banyo kürüdür. Oysa pazarlanan ürün kozmetik amaçlı kür olduğundan, reklam haklı olarak yanıltıcı bulunmuştur.
(6) OLG Düsseldorf, Doepner, § 3 knr. 78: Karara konu olan olayda, reklamı yapılan bir zayıflama yöntemi için, "terapi" kelimesi kullanılmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bu ibare yanıltıcıdır. Çünkü halkın terapiden beklediği (anladığı)

[143] **UWG-Köhler/*Bornkamm***, § 5 knr. 3.12; ***Riegger***, § 3 knr. 18. Karş. BGH, GRUR 2007, 1079; OLG Hamburg, NJOZ 2007, 5153.

tedavi edici veya sağlığı temin edici bir uygulamadır. Bu yüzden terapi kelimesinden reklamda kastedildiği şekilde "sadece jimnastik ve masaj uygulamasını içeren bir uygulama" anlaşılması olanaklı değildir.

6) İlaç ve Diğer Tedavi Edici Maddelerin Reklamlarının Kamusal Denetimi

İlaç ve tedavi edici maddelerin reklamlarında TMRK hükümlerine uygun hareket edilip edilmediği, iki farklı şekilde denetlenmektedir. Bunlardan birincisi devlet eliyle yapılan kamusal denetimdir (§ 64 f. 3 İlaç Yasası). Bu denetimi devleti temsilen görev icra eden resmi bir kurum yerine getirir. Bu kurum; basında, radyoda, televizyonda, internette, broşür ve afişlerde yer alan reklamlarda yasalara aykırılık teşkil eden durumların mevcut olup olmadığını denetler (§ 7 f. 2 İlaç Yasasının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik =AMGVwV). Denetçi kurum reklam veren firmaları ve reklam mecra kuruluşlarının kendi yetki alanları çerçevesinde yaptıkları çalışmaları denetler. Tüketici şikayeti ve diğer şikayetlere ilişkin usul ve esasları da yine bu kurum belirlemek durumundadır. Denetçi kurum kanuna aykırı bir durum veya akırılık kuşkusu olduğunda, başta savcılık olmak üzere derhal yetkili makamlara bildirmek zorundadır[144] (§ 7 f. 2) İkinci denetim ise rekabet hukukuna mahsus mekanizmalar (davalarla) yardımıyla yapılan denetimdir. Burada esas itibarıyla haksız rakabetten kaynaklanan özel hukuka ilişkin taleplerin dava yoluyla ileri sürülmesi söz konusudur.

7) Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun ile Haksız Rekabet Kanunu Arasındaki İlişki

Şimdiye kadarki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanunu'un asıl amacı tüketici ve halk sağlığını, ilaç ve tedavi edici maddelerin reklamına ilişkin getirdiği bir takım şartlar, kısıtlamalar ve yasaklar sayesinde korumaktır. Kanun, kamu hukukuna dahil olan bir yasal düzenleme niteliğindedir. Buna karşılık Haksız Rekabet Kanunu § 1'de kanunun amacı "*rakip teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer piyasa iştirakçilerinin (katılımcılarının) haksız rekabete karşı korunması*" olarak ifade edilmiştir. Ayrıca maddenin ikinci cümlesinde kanunun, "*aynı zamanda kamunun bozulmamış bir rekabete ilişkin menfaatini*" de korumayı amaçladığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere her iki kanunun da korumayı amaç edindiği ortak menfaat tüketici menfaatidir. Fakat bu cümleden, Haksız Rekabet Kanunu'nun koruma alanına dahil olan rakip teşebbüsler ve diğer piyasa iştirakçilerinin TMRK hükümlerine dayanarak, yanıltıcı ilaç reklamından kaynaklanan ve haksız rekabet hukukuyla ilgili bazı talep haklarını ileri süremeyecekleri sonucu

[144] Savcılık TMRK § 14 anlamında bir ihlal olduğu kanısına varırsa, cezai takibat başlatır. Eğer TMRK § 14 anlamında bir kabahat kuşkusu varsa, bu durumda denetçi kurum kabahatların takibi konusunda yetkili olan makama haber verir.

çıkarılmamalıdır. Nitekim TMRK § 17'de, ilaç ve diğer tedavi edici maddelerin reklamlarında sadece bu yasadaki kısıtlama ve yasaklar değil, Haksız Rekabet Kanunu'nun da uygulama alanı bulacağı açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla TMRK'da ilaç reklamları konusunda düzenleme yapılmayan hususlarda, Haksız Rekabet Kanunu'nun ilgili maddeleri uygulama alanı bulacaktır.[145]

Her iki kanunun hükümleri birlikte incelendiğinde, TMRK'un düzenlemelerinin HRK'ndaki reklama ilişkin bazı düzenlemelerle tamamen örtüştüğü, bazı düzenlemeleri daha da detaylı ele aldığı, bazı düzenlemelere ise daha katı sınırlandırma getirdiği görülecektir[146] (§ 4 Nr. 1 HRK/§7 TMRK; § 4 Nr. 2 HRK/§ 11 f. 1 c. 1 Nr. 7, 12 TMRK; § 4 Nr. 3 HRK/§ 11 f.1 c. 1 Nr. 9 TMRK; § 5 HRK/§ 3 TMRK).

Her iki kanunun örtüşen düzenlemeleri arasında, yanıltıcı reklama ilişkin § 5 HRK ve § 3 TMRK hükümleri de bulunmaktadır. Burada cevaplandırılması gereken ilk soru, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'daki yanıltıcı reklama ilişkin düzenlemenin, Haksız Rekabet Kanunu'nda düzenlenen genel nitelikteki aldatıcı reklam yasağı hükümlerine[147] nazaran özel norm (lex specialis) hükmünde olup, öncelikli uygulanıp uygulanmayacağıdır. Gerek yargısal içtihatlarda[148] ve gerekse doktrinde, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'daki yanıltıcı reklama ilişkin düzenlemenin, Haksız Rekabet Kanunu'ndaki yanıltıcı reklam yasağı hükümleriyle birlikte uygulanacağı ve talepler yarışmasının söz konusu olmayacağı görüşü genel kabul görmektedir[149] Yanıltıcı reklamın düzenlendiği Haksız Rekabet Kanunu § 5 daha genel nitelikte olan bir normdur. Yanıltıcı ilaç reklamını düzenleyen Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun § 3 hükümleri ise bu normu örnek vererek daha somut hale getirmiştir.[150] Bu yüzden TMRK'a göre yanıltıcı sayılan bir reklamın, tekrar

---

[145] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann,*** § 28 knr. 150.

[146] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann,*** § 28 knr. 150.

[147] HRK § 5'in aslında yanıltıcı tüm ticari işlemleri yasakladığını, yanıltıcı reklamların da haksız rekabet hukuku bakımından yanıltıcı ticari fiil kategorisine dahil olduğunu belirtmek gerekir. Bu hükümün başlığı "Irreführende geschaeftliche Handlungen" yani Yanıltıcı Ticari Fiillerdir (Hareketlerdir). Bu başlık altında şu hükme yer verilmiştir: *"Yanıltıcı ticari harekette bulunan kişinin fiili haksız rekabet teşkil eder. Ticari hareket, gerçege aykırı ifadeler veya aldatmaya elverişli başka ifadeler içerdiği takdirde, yanıltıcı sayılır."*

[148] Karş. BGH, GRUR 1979, 415; BGH, GRUR 1989, 440, 441; BGH, GRUR 1998, 498; BGH, GRUR 2003, 628.

[149] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann,*** § 28 knr. 149; **Dieners/Reese/*Reese/ Holtorf***, § 11 knr. 68; ***Doepner***, § 3 knr.14; ***Bülow*/Ring**, Einl. knr. 26 ve § 3 knr. 26 ; ***Poschenrieder***, s. 110 vd.

[150] Yukarıda belirtildiği gibi, TMRK § 3 sadece ürün veya hizmete ilişkin yanıltıcı reklamları kapsamakta, firmaya ilişkin yanıltıcı reklamlar maddenin uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bu yüzden firmaya ilişkin yanıltıcı reklamlarda, haksız rekabet davası açmak, sadece HRK § 5'e

rekabet hukukunda haksız rekabet teşkil eden bir reklam olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Örneğin bir ilaçta bulunmayan bir tedavi edici etki reklamda varmış gibi gösterilerek yanıltıcı reklam yapılmışsa (TMRK § 3 c. 2 Nr. 1), bu fiil otomatik olarak haksız rekabet teşkil eden bir fiildir (HRK § 5). O halde yanıltıcı bir reklamdan dolayı menfaati ihlal edilen bir rakip teşebbüs veya tüketici birliği, rekabet hukukundan kaynaklanan talep haklarını ilaç firmasına karşı kullanabilir. Bu hakların başında reklamın durdurulması veya reklamdan kaynaklanan zararının tazmini talepleri gelmektedir.

Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun ve Haksız Rekabet Kanunu arasındaki ilişki bağlamında cevaplandırılması gereken ikinci soru ise, Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun hükümlerinin, Haksız Rekabet Kanunu § 4 Nr. 11 anlamında yasal bir düzenleme olup olmadığıdır. Zira § 4 Nr. 11'e göre, piyasadaki arz, talep ve reklam gibi işlemleri[151] düzenleyen ve diğer amaçların yanı sıra en azından piyasa iştirakçilerinin menfaatini de korumayı amaçlayan bir kanun hükmünün ihlali, haksız rakabet teşkil eden (ticari) fiildir. Burada sözü edilen, piyasa iştirakçileri kavramına, rakip teşebbüsler, tüketiciler ve mal ve hizmetleri arz ve talep eden kişiler dahildir. (HRK § 2 f. 1 Nr. 2). Eğer Tedavi Edici Maddelerin Reklamı Hakkında Kanun'u, piyasa iştirakçilerinin menfaatlerini korumayı amaçlayan bir yasal düzenleme olarak kabul edersek, bu durumda sadece yanıltıcı reklam yasağının değil, bu Kanunun herhangi bir hükmünün ihlali haksız rekabet teşkil eden bir fiil sayılacaktır. Bunun pratikteki anlamı ise, ilgililerin gerekli diğer şartların da mevcut olması durumunda, haksız rekabet davalarını açabilmesinin) mümkün olmasıdır. Alman yargısal[152] ve bilimsel içtihatlarında[153], TMRK'daki reklama ilişkin düzenleme ve yasaklamaların, piyasa işlemlerini düzenleyen ve iştirakçilerin menfaatini korumayı hedefleyen hükümler olduğu ve bu normların ihlalinin haksız rekabet teşkil eden fiil olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, haksız rekabet teşkil bir ticari fiilin, rakip teşebbüsün, tüketicinin ve diğer piyasa iştirakçilerinin menfaatlerini hissedilir derecede zedelemesi gerekir (HRK § 3 f. 1). TMRK hükümlerinin ihlali prensip olarak menfaati korunan bu kişilerin menfaatlerini önemli derecede zedeleyecek niteliktedir.[154]

---

dayanarak mümkündür. Zira burada ürün ve hizmetin dışında, firmaya ilişkin aldatıcı reklamlar da yasaklanmaktadır. Karş. **Dieners/Reese/*Reese/Holtorf***, § 11 knr. 68.

[151] **UWG-Köhler/*Bornkamm*,** § 3 knr. 11.34.

[152] BGH, GRUR 1992, 873; BGH, NJW 1995, 1617; BGH, GRUR-RR 2006, 243, 244.

[153] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 145; **FAKomm-MedR/*Mand***, s. 578 knr. 2 ve 12; ***Bülow*/Ring,** Einl. knr. 28.

[154] BGH, GRUR-RR 2006, 243, 244; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 145.

8) Yanıltıcı İlaç Reklamlarından Kaynaklanan Haksız Rekabet Davaları

a) Genel Olarak

Gerek doğrudan TMRK § 3'e dayanarak ve gerekse HRK § 5'den hareketle *yanıltıcı ilaç reklamlarından dolayı*[155] haksız rekabet davası açılabilir. Açılacak haksız rekabet davaları; haksız rekabetin yasaklanması (HRK § 8), ortadan kaldırılması (HRK § 8) haksız rekabetten kaynaklanan zararların tazmin edilmesi (HRK § 9) ve haksız rekabetten elde edilen kazançların geri alınması (HRK § 10) olmak üzere dörde ayrılır. İşte bu davalar sayesinde, ilaç ve diğer tedavi edici maddelerin reklamlarının yargısal yoldan denetimi sağlanmış olur.

b) Dava Açma Hakkına Sahip Olanlar (Aktif Dava Ehliyeti)

Haksız rekabetten kaynaklanan *maddi durumun ortadan kaldırılması* ve *haksız rekabetin yasaklanması davası*nda, kimlerin dava açma hakkına sahip olduğu HRK § 8 f. 3'de belirtilmiştir. Buna göre: Rakip teşebbüsler, tüzel kişiliği haiz ticaret yapanlar ile serbest meslek erbablarının çıkarlarını gözeten birlikler (teşekküller), nitelikli kuruluşlar, sanayi ve ticaret odaları ve esnaf odalarıdır (zanaatkarlar odası).

aa) Rakip Teşebbüsler (§ 8 f. 3 Nr. 1): Her rakip teşebbüsün yasaklama ve ihlali ortadan kaldırma davası açma hakkı vardır. Rakip teşebbüs, kasıtlı ya da taksirli olarak haksız rekabet oluşturan fiili işleyen teşebbüse karşı, bu yüzden uğradığı zarar için tazminat davası da açabilir (§ 9). *Rakip teşebbüs* kavramı § 2 f. 1 Nr. 3'de "*mal veya hizmetleri arz veya talep eden sıfatıyla bir veya daha fazla müteşebbis ile somut bir rekabet ilişkisi içinde bulunan her teşebbüs"* olarak tanımlanmış olduğundan, sadece haksız rekabet faili ile somut haksız rekabet ilişkisi içinde bulunan rakip teşebbüsler aktif dava ehliyetine sahiptir.[156] Somut bir rekabet ilişkisi, teşebbüslerin aynı veya aynı türden mal ya da hizmeti aynı müşteri çevresine pazarlamaya çalıştıkları durumda söz konusu olur. Ayrıca somut rekabet ilişkisinden söz edebilmek için ilgili teşebbüsün haksız rekabet teşkil eden fiilinin, diğer teşebbüsün sürümünü engellemesi ya da sürümüne zarar verebilmesi gerekir.[157] İlaç reklamı hukukunda, aynı veya benzer türden ilaç

[155] Ayrıca TMRK hükümlerinin herhangi birinin ihlali durumunda, tüketicinin, rakip teşebbüsün veya diğer piyasa iştirakçilerinin menfaatleri hissedilir derecede zedelenmişse, HRK § 4 Nr. 11'den hareketle de haksız rekabet davası açılabilir.

[156] Karş. ***Bülow*/Ring,** Einl. knr. 37.

[157] **UWG-*Köhler*/Bornkamm,** § 2 knr. 94; **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 146.

üretenler veya ilaç üretenler ile ilaç ithal edenler[158] rakip teşebbüslerdir. Buna karşılık eczacı ve müşteriler için dergi çıkaran yayınevi rakip teşebbüs değildir.[159]

bb) Ticaret ve Serbest Meslek Erbablarının Menfaatini Gözeten Tüzel Kişiliği Haiz İktisadi Birlikler (§ 8 f. 3 Nr. 1): Tüzel kişiliği haiz bu birliklerin aktif dava ehliyetine sahip olabilmeleri için bunların, üyelerinin ticaret ve serbest meslek icrasından kaynaklanan ortak menfaatlerini desteklemek amacıyla kurulmuş olması; tüzel kişiliği haiz olması; önemli sayıda müteşebbisin kendilerine üye olması ve bu üyelerin aynı ya da benzer türden mal ve hizmeti aynı piyasada pazarlıyor olması; personel açısından, maddi ve finansal bakımdan kendi mesleki menfaatlerini gerçekten takip edecek donanıma sahip olması gerekir. Ayrıca aktif dava ehliyeti için ek bir şart olarak, haksız rekabet teşkil eden fiilin birlik üyelerinin menfaatine dokunmuş olması gerekir. TMRK hükümlerinin ihlali, özellikle de yanıltıcı reklamlar söz konusu olduğunda, menfaati hissedilir derecede zedelenebilen ve bu nedenle aktif dava ehliyetine sahip olan *iktisadi meslek birlikleri*ne örnek olarak, ilaç endüstrisinde faaliyet gösteren birlikleri, eczacılar veya hekimler birliğini, hastaneler birliğini gösterebiliriz.

Konuyu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, cilt kırışıklıklarını zehir enjekte ederek gideren bir estetik cerrah, internet sayfasında kırışıklık giderme metodu olarak "botox uygulaması" ifadesini kullandığında, TMRK §11'deki reçete ile satılan ilaçların halka reklam yasağını ihlal etmiş olur ve bu yüzden, estetik cerrahın bu fiili haksız rekabet teşkil eden bir davranıştır.[160] Zira Botox, etkili maddesi "botolinustoxin" olan bir ilaçın ticari adıdır. Bu durumda estetik cerrahlar birliği, hekimler birliği, eczacılar birliği, yasaklama veya önleme davası açabilir. Bu davaları ayrıca serbest çalışan herhangi bir estetik cerrah da açabilir. Ayrıca ilgili etkili maddeyi üreten rakip bir ilaç firması da her iki davanın yanı sıra, uğradığı zararın tazmini maksadıyla açılacak tazminat davasında aktif dava ehliyetine sahip olacaktır. Bunun dışında haksız rekabetle mücadele için kurulmuş ve tüzel kişiliği haiz dernekler de, aktif dava ehliyetine sahiptir.[161]

cc) Nitelikli Kuruluşlar: Bu tür kuruluşlardan ne anlaşılması gerektiği, TMRK'nun Men Davaları Hakkında Kanunun ("Unterlassungsklagengesetz") §4'deki ve 98/27/EG-Yönergesi'nde belirtilen listeye yaptığı atıftan çıkarılmaktadır. Bu listede bahsedilen nitelikli kuruluşlardan biri de tüketici

[158] ***Doepner***, Einl. knr. 48.
[159] OLG Stuttgart, WRP 1995, 347, 350; ***Doepner***, Einl. knr. 48.
[160] Benzer bir olay için, LG Bonn, NJOZ 2003, 3529.
[161] Bu dernekler hakkında ayrıntılı bilgi için karş. ***Doepner***, Einl. knr. 50.

haklarını korumayı kendisine amaç edinen ve en az bir seneden beri faaliyet gösteren, en az 75 üyeye ve tüzel kişiliğe sahip *tüketici birlikleri*dir.

Tüketicinin tek başına aktif dava ehliyeti yoktur. Kanun koyucunun tüketiciye bu yetkiyi vermemesinin nedeni, ilaç firmaları ve pasif dava ehliyetine sahip diğer kimselere karşı açılması muhtemel popüler davaların önüne geçilmek istenmesidir.[162] Yanıltıcı reklamdan dolayı menfaati zedelenen tüketiciler adına tüzel kişiliği haiz tüketici birlikleri dava açabilir. Bu birlikler menfaat ihlali konusunda objektif bir ön bir inceleme yapacağından, bu sayede haksız ya da kötü niyetli münferit davaların mahkemeleri boşu boşuna meşgul etmesi engellenmekte ve haksız davalarla ilaç üreticisi firmaların imajının zedelenmesinin önüne geçilmektedir.

dd) Sanayi ve Ticaret Odaları ve Esnaf Odalar: Bu odalar da haksız rekabet davalarını açmaya yetkilidir.

c) Davalılar (Pasif Dava Ehliyetine Sahip Olanlar)

Haksız rekabetin yasaklanması ve ortadan kaldırılması davasında davalı HRK § 8 gereği, ihlal edilen haksız rekabet normunun muhatabı olan ve bu normun ihlalinden sorumlu olan kimsedir.[163] Daha açık bir ifadeyle haksız rekabet davasında davalı, ilgili haksız rekabet normunu ihlal eden *fail* ve bu fiile yardım eden *iştirakçi*dir. Bu itibarla işletmelerde işletme sahibi, kendi çalışanlarının haksız rekabet fiilinden sorumlu olur.[164] Ayrıca fail ya da iştirakçi olmamasına rağmen, isteyerek bir başkasının menfaatlerinin zedelenmesine illi hareketiyle katkıda bulunmuş kimseler de, rekabetin yasaklanması ve ortadan kaldırılması taleplerinin muhatabı, yani davalı tarafı olabilir.[165]

İlaç reklamı hukukunda davalılar, ilaç firması, ilaç üreticisi, ilaç pazarlamacısı, ithalatçı, toptancı, perakendeci, eczacı, hekim, ilaç represantı olabilir. Bunların dışında ilaç firmasının veya üreticinin talebi üzerine ilacın reklamını profesyonel olarak yapan reklam ajansları da pasif dava ehliyetine sahiptir.[166] Reklamda faaliyet göstermesine karşın, içeriğinden sorumlu olmayan matbaa sahibi, afişleri yapıştıran veya el ilanlarını dağıtan kimselere karşı dava açılamaz.

Bu sayılan kimselerin dışında *mecra kuruluşları* da haksız rekabet davasında davalı olabilir. Ancak mecra kuruluşların haksız rekabet sorumluluğu,

---

[162] Karş. ***Bülow*/Ring,** Einl. knr. 40.
[163] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 147.
[164] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 147.
[165] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 147.
[166] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 42.

diğer davalılara nazaran daha sınırlıdır. Bu bağlamda TV, radyo, yazılı basın gibi kuruluşların sorumluluğu, eğer reklam metni ya da sloganını kendileri hazırlamadılar ise, reklamda geçen ifadelerin yasaları açık ve ağır biçimde ihlal edip etmediklerini denetlemekle sınırlıdır.[167] Mecra kuruluşları lehine sorumluluğun bu şekilde sınırlandırılmasının nedeni, anayasal bir hak ve özgürlük olan basın özgürlüğünün, haksız rekabet davaları ile zedelenmesinin önüne geçilmek istenmesidir.[168]

[167] **Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Zimmermann*,** § 28 knr. 147.
[168] Karş. BGH, GRUR 1973, 203, 204; BGH, GRUR 1972, 722.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNİN REKABET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. İsmail KAYAR (*)
Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY(*)



13.01.2011'de kabul edilerek 14.02.2011'de Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (Yeni TTK), hâlihazırda yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) mevcut olmayan, rekabet hukuku ile ilgili olabilecek müessese, kavram ve hükümler bulunmaktadır. Şirketler topluluğundaki *hâkimiyet-kontrol kavramları*, *teşebbüs kavramı*, birleşme ve devralmalarda *RK hükümlerinin saklı tutulması* ve haksız rekabet hükümlerinin amacı olarak esas alınan *dürüst ve bozulmamış rekabet* kavramları bunlar arasında sayılabilir.

I. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

A. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri

1. Genel Olarak

TTK'da şirketler topluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte TTK'da sözkonusu olan *şirketin bağımsız bir özne olduğu varsayımı* artık geçerliliğini yitirmektedir. Şirketler topluluğu içinde bulunsa (veya bağlı şirket olsa) dahi bir şirketin bağımsız olduğu hukuki varsayımı, ekonomik yaşam gerçekliğine yabancı olduğu gibi; bu varsayımın yanlışlığı da gün geçtikçe daha da belirginleşmektedir[1]. Bu doğrultuda ekonomik gerçeklik ve gelişmeler gözönünde bulundurularak Yeni TTK ile şirketler

(*) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

[1] 195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3**, Haz: Mutlu Dinç, Seçkin, Ankara, 2011, s. 292.

topluluğu müessesi (195 ila 209. maddelerde) düzenlenmiştir[2]. Yeni TTK ile şirketler topluluğunun düzenlenmiş olması, Türk Hukuku bakımından önemli bir yeniliktir. Şirketler topluluğu, hâkim şirket ve ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerden oluşur. Hâkim şirket ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır (Yeni TTK m. 195/4).

Şirketler topluluğunun düzenlenmesinde iki ilkeden biri seçilir: *tek elden yönetim ilkesi* veya *kontrol ilkesi*. Kontrol ilkesi bir şirketin, ikinci bir şirketin yönetimi ile ilgili kararların kendi politikaları ve istekleri doğrultusunda alınmasını sağlayan hukuki araçlara sahip olması durumunda, yalnızca bu olgunun varlığında (ayrıca birinci şirketin ikinci şirketi kendi tekelden yönetimi altıda tutuyor olması şartı aranmadan) ikinci şirketin birinci şirketin kontrolü (hâkimiyeti) altında olduğu esasına dayanmaktadır[3]. Bu ilke kontrolün varlığı halinde esasen kontrolü haiz şirketin bağlı şirkete istediği kararları zaten aldırabileceği varsayımına dayanır[4].[5] Kontrol ilkesinde hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki etkilerinin araştırılmasına gerek olmadığı gibi, kontrolün varlığı belirli olgulara bağlanmakta, sadece bu olguların varlığı aranmakta ve bu olgulardan birinin varlığı tespit edildiğinde kontrolün de varolduğu sonucuna varılmaktadır[6]. Kontrol sisteminde; hâkimiyetin uygulanıp uygulanılmadığına bakılmadığı gibi, hâkimiyetin uygulanmadığının ispatına da bir sonuç bağlanmaz[7]. Bu ilke bazen faraziyeler bazen de aksi ispat edilebilen karineler içerir[8]. Kontrol sistemini benimseyen düzenlemelerde kontrol araçları çoğunlukla, sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu gibi, sıra ile sayılır[9]. Tek elden yönetim ilkesi ise; şirketler topluluğunun mevcudiyeti için yalnızca kontrol araçlarının varlığını yeterli saymaz, bağlı şirketlerin hâkim şirketin tek elden

---

[2] *"Tasarı ekonomik hayat gerçeği ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesine ağırlık tanımış ve şirketler topluluğunu bazı temel kurallara bağlamıştır."* (195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 292).

[3] Ünal Tekinalp, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1548.

[4] Tekinalp, Topluluk, s. 1548.

[5] *"Kim hakimse, hakimiyeti de uyguluyordur."* (195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 293).

[6] Sıtkı Anlam Altay, **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler [Equity Joint Ventures]**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 364, dn. 902.

[7] 195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 293.

[8] Tekinalp, Topluluk, s. 1548.

[9] 195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 293.

yönetimi altında bulunmalarını ve tek elden yönetimin bağlı şirketlere fiilen uygulanıyor olmasını şart koşar[10].[11]

Bu açıklamalar doğrultusunda belirtmek gerekir ki; Yeni TTK, 195. maddenin birinci fıkrasından açıkça anlaşıldığı gibi kontrol ilkesini temel almakla birlikte; maddenin ikinci fıkrasında bir karine kabul edildiği için, karineye dayanılması halinde karşı taraf bunun aksini ispat edebilecektir[12]. Yeni TTK'da kontrol ilkesi yerine tek elden yönetim ilkesi esas alınmış olsa hâkimiyet ilişkisinin saptaması daha zor olacağı ve bu suretle şirketler topluluğunun azınlık pay sahipleri ve alacaklıları koruyan yaptırımlarının uygulanması güçleşeceği için, Yeni TTK'nın bu yaklaşımı esasen isabetlidir[13]. Zira kontrol ilkesinin temel alınması, Yeni TTK'nın müesseseyi düzenleme amacına daha iyi hizmet edecektir.

2. Hâkimiyet Kavramının Tespiti

Yeni TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde, hangi koşullarda hâkimiyetten söz edilebileceği ve hâkimiyete bağlanacak hukuki sonuçlar belirlenmiştir[14]. Yeni TTK'da hâkimiyet, hem bir şirketin karar alma mekanizması üzerinde etki etme imkânı verdiği kabul edilen hukuki araçlara sahip olunması manasında kontrol kavramını (m. 195/1/a) hem de bir şirketi sözleşme veya başka yollarla kontrol edebilme imkânına sahip olunması durumunu (m. 195/1/b ve 195/2) kapsar[15]. Zira Yeni TTK'da kontrol araçları sayılırken açıkça belirtilenler dışında 'veya başka bir yolla hâkimiyet' de bir kontrol aracı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla Yeni TTK, hukuken kontrolü elde tutma imkânı veren araçlara sahip olunması durumunda veya somut olayda hâkimiyetin fiilen elde bulundurulması halinde şirketler topluluğunun mevcudiyetini kabul etmektedir[16].[17] Bunun yanında, yeni TTK'nın 195. maddesinin ikinci fıkrasında bir karine kabul

---

[10] Tekinalp, Topluluk, s. 1544.

[11] *"Hâkimiyet ve tek elden yönetim ölçüsüne dayalı sistemde ise hâkimiyet olanaklarının sadece varlığı, per se, hâkimiyetin de uygulandığı şeklinde yorumlanmaz, hâkimiyetin gerçekten uygulanıyor olması gerekli görülür; bunun (gereğinde) ispatı istenir."* (195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 293.)

[12] 195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 293.

[13] Altay, s. 340.

[14] Altay, s. 364.

[15] Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 96.

[16] Nilsson, Şirketler, s. 97.

[17] Aksi görüş için bkz. Altay, s. 427.
"Diğer yandan, Ortaklıklar Hukuku'nda, rekabet hukuku'nun aksine fiili olarak elde edilen kontrole herhangi bir önem izafe edilmemekte, bu olasılıkta şirketler topluluğuna özgü hükümler uygulama alanı bulmamaktadır." (Altay, s. 427).

edildiği için, karineye dayanılması halinde karşı tarafın bu karinenin aksini ispat edebilme imkânı olacaktır. Bu doğrultuda, Yeni TTK kapsamında kontrol araçlarının ötesinde *hâkimiyet kavramının* da belirlenmesi gerekir[18].

Yeni TTK'nın kontrol-hâkimiyet kavramının belirlenmesinde şirket yönetiminde etkili olmaya vurgu yapması doğrultusunda denilebilir ki, hâkim şirketin bağlı şirketin genel kurulunda ağırlaştırılmış nisaplar gerektirdiği için *birleşme, tür değiştirme, bölünme, tahvil çıkarma, esas sözleşmeyi değiştirme, sermayenin artırılması, azaltılması, ortağın ihraç edilmesi, yeni ortak alınması, payın devri, devrin pay defterine yazılması, şirketin tesislerinin toptan satılması, taşınmazların devredilmesi gibi* şirketin yapısı, ortaklar düzenine ilişkin temel kararları alamaması; (bu kararların şirketin yönetimi ile bir ilgisi ve şirketin yönetiminde bir etkisi olmadığı için) kontrol ögesini ortadan kaldırmaz[19]. Dolayısıyla bir şirketin temel ve ortaklık yapısı ile ilgili kararlarının alınmasında etkili olup olamamak hâkimiyetin tespitinde olmazsa olmaz bir unsur olarak aranmamalı, kontrol edilen şirketin *işletme konusunun elde edilmesi için gereken mutad işlemler ile ilgili kararlarının alınması* kontrol edence *sağlanabiliyorsa* kontrolün de varlığı sonucuna varılmalıdır[20].[21]. Bu doğrultuda hâkimiyet, *şirketin yönetimi ile ilgili kararların alınmasında belirleyici olabilme*dir[22].

---

[18] Nilsson, Şirketler, s. 97.

[19] Tekinalp, Topluluk, s. 1551,1552.
"Sistemin bu özelliği hem Tasarının 195 (1), N. 2 düzenlemesinden hem de 195 (2) hükmünden anlaşılmaktadır. Tasarının 195 (1), N. 2 düzenlemesinde yönetim organında "karar alabilecek çoğunluk" ibaresini kullanılarak şirketin "yönetimi"ne gönderme yapılmıştır. Çünkü, yönetim kurulu yönetim ve yürütme organıdır. Bu organda alınacak kararların şirketin yönetimi ile ilgili olması doğaldır. Azlık hakları ile veto yetkileri yönetim organında karar alınmasını önlüyorsa kontrol kurulamaz demektir. Tasarının 195 (2) maddesi de "şirketi yönetebilecek miktarda paylara sahip bulunmayı kontrol karinesinin varlığı için yeterli görmüştür." Bu hükümdeki "yönetebilecek" kelimesi, kontrol olgusunun, şirketin sadece yönetimi ile ilgili olduğunu kanıtlarken, Tasarının sistemini de açığa çıkarmaktadır. Şirketin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi vs. hakkındaki kararlar "yönetim" değil "yapı değişikliği"yle ilgilidir; tahvil, intifa senedi, finansman bonosu ihracı, teminat, özellikle ipotek verilip kredi alınması kural olarak "yönetim" kavramının dışındadır. Ancak şirketin sermayesi yoksa ve sağlanamıyorsa, şirket teminat veremiyorsa, kontrolün mevcut bulunmadığı sonucuna varılabilir." (Tekinalp, Topluluk, s. 1552).

[20] Tekinalp, Topluluk, s. 1551.

[21] Aynı şekilde *Tekinalp* Yeni TTK'nın 203. maddesinde *şirketler topluluğunun belirlenmiş ve somut politikalarının bulunduğunu veya bulunabileceğini* varsaymasını da kontrol kavramı ve yönetim arasındaki ilişkiye işaret eden bir destek noktası olarak belirtmektedir. (Tekinalp, Topluluk, s. 1552).

[22] Nilsson, Şirketler, s. 97 ve s. 97, dn 269'da anılan yazarlar. Ayrıca bkz. Jorg Schwichtenberg, **"Going Private und Freezeouts" (Der Rückzug von der Borse und der Ausschluss von**

Şirket işlerinin yönetimi konusunda ise Türk ve Uluslararası Muhasebe Standartları'nın yaklaşımı dikkate alınırsa; sözkonusu standartlar, kontrolü "finans ve faaliyet politikalarını belirleyebilme gücü" olarak tanımlar[23]. UFRS'de 'finans ve faaliyet politikaları' tanımlanmamış olmakla birlikte, bunların bütçe, yatırım harcamaları, mali işler, temettü politikası, üretim, pazarlama, satış ve insan kaynakları alanlarını kapsadığı kabul edilmektedir[24].

Hâkimiyet kavramının belirlenmesinde rekabet hukukunda kullanılan stratejik kararlar ile ticaret hukukunda kullanılan şirketin faaliyet ve finans politikalarını biçimlendiren kararlar kavramlarının örtüştüğü[25] ve stratejik kararlar kontrolün içeriğini oluştururken, bizatihi kontrolün yapısını değişikliğe uğratacak belki de onu ortadan kaldıracak kararların da stratejik karar olarak nitelendirilmesi gerektiği[26] de doktrinde belirtilmiştir.

3. Yeni TTK'da Hâkimiyet

a. Faraziyeler (Yeni TTK m. 195/1)

Yeni TTK m. 195/(1):

"(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

Minderheitsaktionaren nach deutschem und US-amerikanischem Recht), Dissertation, Universitat Bayreuth, Hamburg 2003, s. 13.

[23] Nilsson, Şirketler, s. 98.

[24] Bonham/Crisp/Curtis vd, International GAAP 2009, s. 853'ten naklen Nilsson, Şirketler, s. 98.

[25] Altay, s. 428.

Rekabet hukukunda stratejik kararlar ile ilgili olarak benimsenen ölçütler ve stratejik karar olarak örnek olarak sayılan kararlar, büyük ölçüde Sermaye Piyasası Hukuku'ndaki teşebbüsün faaliyet ve finans politikalarını belirleme gücünün konusunu oluşturan karalar ile örtüşmektedir. (Altay, s. 428). Bir şirketin faaliyet ve finans politikalarını etkileyen kararlar, aynı zamanda o şirketin stratejik kararları olduğu için, belirleyici etkinin içeriği şirketler hukuku ve rekabet hukuku'nda aynıdır. (Altay, s. 431). Bir anonim şirket üzerinde kontrolün varlığından bahsedebilmek için sözkonusu şirketin yönetim ve finans politikaları üzerinde belirleyici etki icra edilmesi koşulu aranmaktadır; zira bu etkinin elde edilmesi durumunda anonim şirketin pazar davranışları biçimlendirilebilir. (Altay, s. 455). Bu doğrultuda, pazara özgü haklar dışındaki stratejik kararların, örneğin yönetim organının tespiti, iş planının hazırlanması, bütçenin ve yatırım planının oluşturulması ve onanması gibi rekabet hukuku tarafından stratejik karar olarak nitelendirilen tüm kararların Şirketler Hukuku bakımından da faaliyet ve finans politikalarını biçimlendiren kararlar olarak nitelendirilmesi gerekir. (Altay, s. 431).

Şirketin genel kurul ve yönetim kurulunda alınan her türlü karar geniş anlamda yönetim ve finans politikalarını ilgilendirmekle birlikte, burada faaliyet ve finans politikalarını biçimlendiren kararlar ile bu kararların uygulanmasına ilişkin yani bu politikaların konusunu oluşturan kararlar arasında ayrım yaparak, anonim şirketin faaliyet ve finans politikalarını *biçimlendiren* kararların stratejik kararlar olduğunu belirtmek gerekir. (Altay, s. 456, 457).

[26] Altay, s. 456.

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa,

birinci şirket hakim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye'de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır."

Yeni TTK m. 195/1'de kontrol ilkesine uygun şekilde hâkimiyet araçları sayılmış olmakla birlikte, bunlardan herhangi birinin varlığı durumunda fiili şirketler topluluğu[27] meydana gelir[28]. Hâkimiyetin varlığının kanunen kabulü için a bendindeki üç durumun *birarada bulunması aranmaz*, bunlardan *herhangi birinin varlığı yeterlidi*r ki; bu husus madde metninde *'veya'* sözcüğü kullanılarak vurgulanmıştır[29]. Hükümde bu üç durumdan herhangi biri sözkonusu ise birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir denilerek, bu üç durumdan birinin varlığı halinde hâkimiyetin de mevcut olduğuna ilişkin bir *hukuki faraziye* getirilmiştir[30]. Faraziye olarak nitelendirilen bir kontrol aracının varlığının belirlenmesi halinde, kontrolün *varolmadığı* veya *uygulanmadığı* ispat edilemeyeceği gibi; bu hususta ancak kontrol aracının mevcut olup olmadığı yolunda uyuşmazlıklar sözkonusu olabilir ki bu uyuşmazlıklar ise mahkeme tarafından karara bağlanacaktır[31].

aa. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olunması

Yeni TTK m. 195 1/a-1'e göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahipse; birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. İmtiyazlı veya oydan yoksun paylar bulunması sebebiyle bir şirketteki *oy haklarının sayısı* ile *payların sayısı*nın farklı olabileceği gerçeği karşısında, hükümde 'oy haklarının çoğunluğu' ibaresi ile

[27] *"Bu, sözleşmesel şirketler topluluğundan farklı bir topluluğu ifade eder."* (Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 294).
[28] Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 294
[29] Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 294.
[30] Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.
[31] Tekinalp, Topluluk, s. 1551.

sözkonusu şirketteki toplam oy hakları ifade edilmek istenmiş ve oy hakları ibaresi bilinçli olarak tercih edilmiştir[32].[33]

Çoğunluk ibaresinden ne anlaşılması gerektiği konusunda ne Kanun metninde ne de Gerekçede açıklama bulunmaması karşısında, çoğunluk ile *salt çoğunluğun mu* yoksa nisapların yükseltilmiş olması durumunda *ağırlaştırılmış nisapları karşılayan çoğunluğunun mu* ifade edilmek istendiği sorusu sorulabilir[34]. Çoğunluk kelimesini salt (mutlak) çoğunluk şeklinde anlamamak gerekir ki, bu kelime somut olaya göre özellikle *şirketin yönetimi* örneğin *yönetim kurulunun seçimi ile ilgili kararlardaki çoğunluğu* ifade eder[35]. Faraziyenin yorumunun, kontrol edilen şirketin işletme konusunun elde edilmesi için gereken mutad işlemler ile ilgili kararlarının alınması kontrol edence sağlanabiliyorsa kontrolün de varolduğu sonucuna ulaşılacağı şeklinde yapılması gerekir[36]. *Toplam oyların yarıdan bir fazlasına sahip olmak* kural olarak bu imkânı sağlasa da, esas sözleşmede *temel finans ve işletme politikalarına ilişkin kararlar* ile ilgili nisaplar ağırlaştırılmışsa, bu durumda sözkonusu ağırlaştırılmış nisapları sağlayan oy çoğunluğu aranmalıdır[37]. Ancak hâkim şirket, bağlı şirketin genel kurulunda ağırlaştırılmış nisaplar gerektirdiği için, birleşme, tür değiştirme, bölünme, tahvil çıkarma, esas sözleşmeyi değiştirme, sermayenin artırılması, azaltılması, ortağın ihraç edilmesi, yeni ortak alınması, payın devri, devrin pay defterine yazılması, şirketin tesislerinin toptan satılması, taşınmazların devredilmesi gibi kararları aldırtamayabilse de; bu durum, bu kararlar *şirketin yapısı, ortaklar düzeni ve malvarlığı durumuna ilişkin temel kararlar olduğu* ve bu kararların *şirketin yönetimi ile bir ilgisi ve şirketin yönetiminde bir etkisi olmadığı için* kontrol ögesini ortadan kaldırmayacaktır[38].

---

[32] Tekinalp, Topluluk, s. 1553.

[33] Pay ve oy oranlarının hesaplanması Yeni TTK m. 196'da düzenlenmiştir. 196. madde hâkimiyetin mevcudiyetinin tespitinde pay ve oy miktarlarının hesaplanmasının yöntemini ve yorumunu belirleyen emredici bir hükümdür. (Gerekçe, m. 196, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 296).

[34] Nilsson, Şirketler, s. 103.

[35] Tekinalp, Topluluk, s. 1554.
"İkinci olarak, "çoğunluk" kelimesi mutlak (salt) çoğunluğu çağrıştırmakla birlikte ona açıkça göndermede bulunmamıştır; bu bilinçli bir kaçınmadır. Onun için "çoğunluğu" kelimesini salt (mutlak) çoğunluk şeklinde anlamak Tasarının sistemine uygun düşmez. Tasarıda kullanılan "çoğunluk" kelimesi "renksiz" ve "yansız"dır. Kanunlar "çoğunluk" kelimesini "yansız" olarak kullanmayı tercih ederler. Bu kelime somut olaya göre özellikle şirketin yönetimi, mesela yönetim kurulunun seçimi ile ilgili kararlardaki çoğunluğu ifade eder." (Tekinalp, Topluluk, s. 1554).

[36] Tekinalp, Topluluk, s. 1551.

[37] Nilsson, Şirketler, s. 105.

[38] Tekinalp, Topluluk, s. 1551,1552.

bb. Şirket Sözleşmesi Uyarınca Yönetim Organında Karar Alabilecek Çoğunluğu Oluşturan Sayıda Üyenin Seçimini Sağlayabilmek Hakkını Haiz Olma

Yeni TTK m. 195 1/a-2'ye göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak; şirket sözleşmesi uyarınca, *yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üye*nin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Hemen belirtmek gerekir ki; hüküm, hâkim şirketin bağlı şirketin yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına, *şirket sözleşmesine* göre haiz olmasını şart koşmuş, dolayısıyla bu kontrol aracına ortaklık düzenin bir parçası olarak öngörülmek şartıyla kontrolü sağlayan bir araç niteliği vermiştir[39].

Yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyeyi seçebilmek veya seçtirebilmek iki şekilde olabilir: ya genel kurulda yönetim kurulunun bağımsız üyeler hariç olmak üzere tamamını seçerek veya sermayenin gruplara ayrıldığı durumda gruplara tanınan bağlayıcı aday gösterme hakkına dayanarak[40]. Dolayısıyla *oy haklarının çoğunluğuna sahip pay sahiplerinin* yönetim organının üyelerini de belirleyebileceği kuralı, *şirket sözleşmesine konulabilecek bazı hükümlerle* üye seçtirme hakkının başkalarına tanınması (özellikle *yönetim organına aday gösterme imtiyazı*) ile ortadan kaldırılabilir[41].

Yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına sahip olmanın bir kontrol aracı olarak öngörülmesinin nedeni, hak sahibinin bu hak sayesinde yönetim organına seçtireceği üyelerin oylarını belirleyerek dilediği kararları aldırabileceği varsayımıdır[42]. Hemen belirtmek gerekir ki, burada da kontrolün varlığı için yönetim kurulunda tüm kararları alabilecek üye sayısına sahip olmaya lüzum yoktur[43].

Önemle belirtmek gerekir ki, bu kontrol aracının varlığından söz edebilmek için yönetim organının bazı üyelerinin sahip olduğu veto haklarının karar almaya mani olmaması gerekir; dolayısıyla yönetim kurulunun geçerli karar alabilmesi, eğer çoğunluk içinde bazı üyelerin olumlu oy vermeleri koşuluna bağlanmış ve

[39] Altay, s. 374.
[40] Tekinalp, Topluluk, s. 1555.
[41] Nilsson, Şirketler, s. 126.
[42] Altay, s. 376.
[43] Tekinalp, Topluluk, s. 1555.

bunların sayısı şirketin yönetimine imkan vermiyorsa bu hükümdeki şart gerçekleşmiş sayılmaz[44].

cc. Kendi Oy Hakları Yanında Bir Sözleşmeye Dayanarak Tek Başına veya Diğer Pay Sahipleri ya da Ortaklarla Birlikte Oy Haklarının Çoğunluğunu Oluşturma

Yeni TTK m. 195/1/a-3'e göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa; birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.

Gerekçede burada oy sözleşmeleri ile sağlanan çoğunluğun ifade edildiği belirtilmiştir[45]. Bu kontrol aracının oy haklarının çoğunluğuna sahip olmadan farkı; burada oy haklarının çoğunluğunu oluşturma durumunun *esas sözleşme ile değil*, *oy sözleşmeleri*[46] ile sağlanmasıdır[47]. Oy sözleşmesi vasıtasıyla oy çoğunluğunu *tek bir pay sahibi* sağlayabileceği gibi *birden fazla pay sahibi* de sağlayabileceği için ve bu suretle hükümde gerek tek başına gerek birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturmanın kontrol aracı varsayılması doğrultusunda; hüküm, hem *oy sözleşmesi taraflarının birlikte hâkim olması* hem de *taraflardan birinin tek başına hâkim olması* durumlarını kapsamaktadır[48]. Bu hususta, oy sözleşmesi ile oluşan oy havuzunu kimin *yönettiğine* bakmak gerekmekle beraber, birlikte hâkimiyet durumunda ise tarafların her biri hâkim şirket konumunda olacaktır[49].

dd. Bir Ticaret Şirketinin Diğerini Bir Sözleşme Gereğince veya Başka Bir Yolla Hâkimiyeti Altında Tutması

Yeni TTK m. 195/1/b'ye göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, *bir sözleşme gereğince* veya *başka bir yolla* hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. 195. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen durumlar, hâkimiyet açısından aksi ispat edilemeyen kanuni varsayımlardır[50].

Yeni TTK m. 195/1/b'de fiili hâkimiyet olgusuna yer verilmekte, hâkimiyet sözleşmesinin yapılmış olması başlı başına kontrolü sağlayan bir durumken, fiili

---

[44] Tekinalp, Topluluk, s. 1555.
[45] Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 294.
[46] Oy sözleşmeleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Erdoğan Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri**, İstanbul, 2007; Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2004.
[47] Tekinalp, Topluluk, s. 1555.
[48] Nilsson, Şirketler, s. 130; Tekinalp, Topluluk, s. 1555.
[49] Nilsson, Şirketler, s. 130, 131.
[50] Gerekçe, m. 195, İkinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.

hâkimiyet "diğer yollardan" hâkimiyetin kazanılması bakımından önem taşımaktadır[51].

aaa. Sözleşme ile Hâkimiyet Altında Tutma

Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir *sözleşme* gereğince hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir (Yeni TTK m. 195/1/b). Hükümde sözleşme ile öncelikle borçlar hukuku bağlamında *hâkimiyet sözleşmeleri* kastedilmiş olmakla birlikte, bu sözleşmeler temelinde *sözleşmesel şirketler topluluğu* kurulur[52]. Hâkimiyet, bu sözleşmelerden başka sözleşmeler ile örneğin *pay sahipleri sözleşmeleri* ile de sağlanabilir[53]. Burada pay sahipleri sözleşmelerinin hâkimiyet sözleşmesi olmadığı, bunların farklı sözleşmeler olduğu vurgulanmıştır[54]. Zira hâkimiyet sözleşmeleri, doğrudan doğruya hâkim şirket ile bağlı şirket arasında yapılırken; pay sahipleri sözleşmeleri (veya oy sözleşmeleri) ise bağlı şirketin kendi pay sahipleri arasında yapılır ve bu kişilerin kendi arasında güç birliği oluşturarak şirkete hâkim konuma gelmelerini sağlar[55].

Fransa ve İngiltere'de geçerli sayılmayan, Alman POK'da ise ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan hâkimiyet sözleşmeleri; Yeni TTK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, Yeni TTK bu sözleşmelere *olumlu* yaklaşmaktadır[56]. Ancak Yeni TTK'da hâkimiyet sözleşmesinin unsurları tanımlanmamış olduğu için, hangi sözleşmelerin "hâkimiyet sözleşmesi" olarak nitelendirilebileceği ancak temel ilkelerden yola çıkılarak belirlenebilir[57].

Yeni TTK'nın hâkimiyet sözleşmesine ilişkin 198. maddesinin 3. fıkrası'na göre ise; hâkimiyet sözleşmesinin *geçerli* olabilmesi için bu sözleşmenin *ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır*. Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklere ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. Hâkimiyet sözleşmelerinin tescil ve ilanına ilişkin yükümlülük bir geçerlilik kuralı olmakla birlikte, hâkimiyet sözleşmesinin yazılı olarak yapılması mecburiyeti öngörülerek ilişkinin kayıt altına alınması ve kamuya tanıtılması istenmiştir[58]. Hükümde hâkimiyet sözleşmesinin geçerliliğinin sözkonusu sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmiş olmasına bağlanmasının, şirketler topluluğuna ilişkin yükümlülük ve sorumluluk

[51] Nilsson, Şirketler, s. 97.
[52] Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.
[53] Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.
[54] Nilsson, Şirketler, s. 136.
[55] Nilsson, Şirketler, s. 135, 136.
[56] Tekinalp, Topluluk, s. 1555.
[57] Nilsson, Şirketler, s. 135.
[58] Gerekçe, m. 198, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 298.

hükümlerinin uygulanmamasına, yükümlüler ile sorumluların sorumluluktan kurtulmalarına ve bu şekilde kötüye kullanmalara yol açmasını önlemek amacıyla Adalet Komisyonunca, üçüncü fıkraya ikinci cümle eklenerek[59], sözleşmenin geçersizliğinin şirketler topluluğuna dair yükümlülüklere ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı düzenlenmiştir.

İçerik olarak hâkimiyet sözleşmesi, bir şirkete diğer bir şirketin yönetimine müdahale etme, o şirkete talimat verme yetkisini vermeli; dolayısıyla sözkonusu sözleşme ile hâkim konuma geçen şirket, bağlı şirket üzerinde adeta m. 195/1/a'daki kontrol faraziyelerinden birini yerine getirmişçesine bir güce erişiyor olmalı ve bu gücü doğrudan bağlı şirketin yöneticilerine vereceği talimatlar ile uygulama yetkisini kazanmalıdır[60].

bbb. Başka Yollar ile Hâkimiyet Altında Tutma

Yeni TTK m. 195/1/b'ye göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Hükümde başka bir yolla ifadesinin kullanılmış olması, geniş yoruma imkan sağlar ve birleşmeler, bölünmeler ile pay alımları bu ifadeye dâhil edilebilir[61].

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; Yeni TTK m. 195/1/b'de herhangi bir kontrol aracı belirtilmediği ve başka bir yolla hâkimiyet altında tutma kavramı ile ilgili olarak hâkimiyeti sağlayan olguların önceden belirlenmesi mümkün olmadığı için; burada ancak somut olayın özelliklerine göre hâkimiyetin var olup olmadığının, dolayısıyla somut durumda hâkimiyetin fiilen tesis edilmiş olup olmadığının, hâkimiyetin fiilen kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerekecektir[62].[63] Hükmün lafzından da (lafız başka bir yolla hâkimiyeti altında *tutabiliyorsa* şeklinde olduğu için) hâkimiyetten söz edebilmek için hâkimiyetin fiilen kullanılmakta olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir[64].

Diğer bir görüşe göre ise; Yeni TTK m. 195/1/b hükmünün hâkimiyetin hangi araçlarla elde edildiğinden ziyade hâkimiyetin mevcut olup olmadığına önem vermesi doğrultusunda fiili olguların hâkimiyete yol açabileceği

[59] Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 299.
[60] Nilsson, Şirketler, s. 136.
[61] Gerekçe, m. 195, Birinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.
[62] Nilsson, Şirketler, s. 140.
[63] *"Örneğin yönetim organının fiilen, hâkim olduğu söylenenler tarafından belirleniyor olması, yönetimde bulunan kişilerin hâkim olduğu söylenen şirketin yönetiminde bulunanlarla aynı kişiler olması gibi yollarla, bu hâkimiyetin fiilen tesis edilmiş olduğu ortaya konulabilir."* (Nilsson, Şirketler, s. 140).
[64] Nilsson, Şirketler, s. 140.

düşünülebilirse de; hükmün gerekçesi incelendiğinde, başka bir yolla hâkimiyetin elde edilmesinden, kontrole yol açan fiili olguların değil, pay devri gibi başka sözleşmeler yoluyla kontrolün elde edilebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmakta ve bu nedenle hâkimiyetin elde edilmesi açısından fiili olgulara itibar edilmemektedir[65].

Gerekçede hükümde başka bir yolla ifadesinin kullanılmış olmasının geniş yoruma imkan sağladığı belirtildiği için *ortaklıklar hukuku dışında kalan* kredi ilişkileri, tedarik ilişkileri gibi ilişkilerin hâkimiyete yol açabileceği düşüncesinin baştan reddedilmemesi gerekmekle birlikte; hâkimiyetin şirketin finans, üretim, satış, pazarlama gibi temel politikaları üzerindeki yönlendirmeyi ifade etmesi doğrultusunda ancak sıradan bir kredi ilişkisinin ötesine geçen ve kredi ilişkisine bağlı olarak şirketin somut olayda yönetsel kararlarının alınabilmesini sağlayabilme iktidarının ele geçirildiği bir ilişkide kredi verenin hâkimiyetinden söz edilebilmelidir[66].[67] Dolayısıyla kredi sözleşmesinde yer alan hükümlerle bankaya şirketin temel politikalarını belirleme konusunda imkân tanınması durumu hâkimiyetin başka yollardan tesisine örnek olarak gösterilmektedir[68].

b. Karineler (Yeni TTK m. 195/2)

Yeni TTK m. 195/2'ye göre; birinci fıkrada öngörülen haller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir. Hükümde, maddenin birinci fıkrasından farklı olarak; kanuni varsayım değil, *karine* düzenlenmiştir[69]. Bu doğrultuda hükümde karine düzenlendiği için karineye dayanılması halinde karşı taraf bunun aksini ispat edebilecektir[70].

---

[65] Altay, s. 366.
[66] Nilsson, Şirketler, s. 142.
[67] Nitekim rekabet hukukunda da istisnai hallerde salt ekonomik ilişki kuran uzun dönemli tedarik anlaşmaları veya tedarikçiler yahut müşteriler tarafından sağlanan krediler, **yapısal bazı bağlantılarla desteklenirse** belirleyici etki kazandırabilmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu Açıklaması N. 20'den naklen Nilsson, Şirketler, s. 95.
[68] İsmail Kırca, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Şirketler Kesimine Getirdiği Yenilikler**, "Türkiye Ekonomisi için Mikro Reformlar ve Rekabet Politikası" Sempozyumu, 23 Mart 2011, Ankara, Rekabet Kurumu Yayın No: 0265, s. 95.
[69] Gerekçe, m. 195, İkinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.
[70] 195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 293.

aa. Bir Ticaret Şirketinin Başka Bir Ticaret Şirketinin Paylarının Çoğunluğuna Sahip Bulunmasının Hâkimiyetin Varlığına Karine Olması

Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir (Yeni TTK m. 195/2).

Gerekçede de açıkça ifade edildiği gibi bir sermaye şirketinde payların çoğunluğuna sahip olmak, hâkimiyetin varlığı için yeterli değildir[71]. Oyda imtiyaz hakları ve yönetim organındaki çoğunluk; sermaye çoğunluğunu etkisiz hale getirebileceği ve bu doğrultuda oyların çoğunluğuna sahip olmak önemli olduğu için, bir sermaye şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip olmak, hâkimiyetin varlığı açısından yalnızca bir karine olarak öngörülmüştür[72].

bb. Bir Ticaret Şirketinin Başka Bir Ticaret Şirketini Yönetebilecek Kararları Alabilecek Miktarda Paylarına Sahip Bulunmasının Hâkimiyetin Varlığına Karine Olması

Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin, onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir (Yeni TTK m. 195/2).

Şirketin karar almasında kendi menfaatlerini uygulayabilecek yeterlilikte paya sahip olmak her zaman şirket sermayesinin çoğunluğunu elde tutmayı şart koşmaz[73]. Şirket toplantılarına katılım oranının azlığı ile hem ABD'de hem de Almanya'da üçüncü kişilerin oy haklarını mutad şekilde kullanmaları temelinde daha düşük bir katılım miktarı kontrol için yeterli olur[74]. Bunun gibi Yeni TTK'nın sözkonusu hükmünde de pay senetleri geniş halk yığınlarına yayılmış yani atomize olmuş borsa şirketlerinde yüzde yirmibeş - otuz, hatta daha küçük orandaki pay sahiplikleri ile hâkimiyet kurulabilmesine ilişkin karine düzenlenmiştir[75].

B. Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümler ve Rekabet Hukuku İlişkisi

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'un birleşme veya devralmaya ilişkin 7. maddesine göre bir ya da birden fazla teşebbüsün *hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak*, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde

[71] Gerekçe, m. 195, İkinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.
[72] Gerekçe, m. 195, İkinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.
[73] Schwichtenberg, s. 12.
[74] Schwichtenberg, s. 12, 13.
[75] Gerekçe, m. 195, İkinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.

birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu (Kurul)'na bildirilerek izin alınması gerektiğini ise Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.

Kurul, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmalar ile bu işlemlerin bildirimine ilişkin usul ve esasları önce 1997/1 sayılı Tebliğ ile belirlemişti. 1997/1 sayılı Tebliğ ile izne tabi birleşme ve devralmaların belirlenmesinde pazar payını da içeren bir eşik sistemi öngörülmesi nedeniyle, gerek uygulayıcılar gerekse teşebbüsler açısından yeterince hukuki belirliliğin sağlanamaması doğrultusunda; ***2010/4 sayılı yeni Tebliğ*** (Tebliğ) ile hukuki belirliliği sağlayacak şekilde pazar payı eşiğinden vazgeçilmiş ve ciro esaslı bir bildirim eşiği getirilmiştir[76].

Tebliğin birleşme veya devralma sayılan halleri düzenleyen 5. maddesinin birinci fıkrasına göre; *kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde*,

- iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da
- bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, RKHK 7. maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.

Tebliğin 5. maddesinin ikinci fıkrasında ise kontrolün tanımı yapılmıştır. Buna göre bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde *belirleyici etki uygulama olanağı*nı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.

[76] 07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4)", Genel Gerekçe, http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/teblig/teblig83.pdf.

Tebliğin izne tabi birleşme ve devralmaların düzenlendiği 7. maddesine göre[77] ise; 5. maddede belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde,

- işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya
- işlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi

aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

Bu düzenlemeler ışığında denilebilir ki; rekabet hukukunda kontrol kavramı yasak veya izne tabi birleşme veya devralmaların belirlenmesinde anahtar bir rol oynamaktadır. Zira bir birleşme veya devralma işleminin izne tabi olup olmadığını Tebliğin 7. maddesine göre tarafların ciro eşikleri doğrultusunda belirleyebilmek için taraflar arasındaki sözkonusu işlemin RKHK'nın 7. maddesi anlamında birleşme veya devralma işlemi olması gerekir. Bunun tespitinde ise Tebliğ'in 5. maddesi; *kontrolde kalıcı şekilde değişiklik meydana getirmesi şartıyla* iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesini **yahut** bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınmasını RKHK m. 7 kapsamında birleşme veya devralma işlemi saymıştır. Dolayısıyla bu tespitlerde *kontrol kavramı* anahtar bir rol oynayacaktır. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki; yeni TTK'nın kontrolün – hâkimiyetin tespitine ilişkin belirlemesinin amaçları ve buna bağladığı sonuçlar rekabet hukuku ile farklılık arz etmektedir. Zira yeni TTK'da hâkimiyet müessesesi, esasen hâkimiyet ilişkisine şirketler topluluğuna özgü hukuki sonuçlar

[77] *"**MADDE 7** – (1) Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;*
a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya
b) İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi,
aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.
(2) Ortak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez.
(3) Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler, bu Tebliğin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yılda bir Kurul tarafından yeniden belirlenir."

bağlanması için düzenlenmiştir[78]. Sonuç olarak iki düzenleme arasında amaç ve bağlanan hukuki sonuçlar bakımından farklılıklar sözkonusudur.

Tebliğdeki tanım doğrultusunda kontrol, bir teşebbüs üzerinde *belirleyici etki uygulama olanağı* olarak belirlendiği ve belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklara haiz olmak veya bunları kullanmaya yetkili kılınmak ile kontrol sağlanabileceği için, rekabet hukuku bakımından kontrolün varlığı için mutlaka belirleyici etki araçlarının kullanılmış veya kullanılıyor olması yani kontrolün fiilen uygulanıyor olması aranmayacak, bu araçların istenildiği zaman kullanılmaya hazır olması yani kontrolü sağlayan araçlara hâkim olmak yeterli olacaktır[79]. Bununla birlikte; rekabet hukukuna göre kontrol fiilen de elde edilebilir, dolayısıyla *fiilen* belirleyici etki uygulama olanağına sahip olmak da kontrolün varlığını sağlar[80].[81] Bu bilgiler ışığında yeni TTK'daki hâkimiyet ile rekabet hukukunun kontrol anlayışının, her ikisinde de kontrol ilkesinin temel alınmış olması noktasında, paralellik gösterdiği ancak bu iki düzenlemenin yeni TTK'da kontrolü sağlayan araçların tek tek sayılmış olması, Tebliğde ise genel prensiplerin getirilmiş olması noktasında ayrıldığı söylenebilir[82].

Yeni TTK, şirketler topluluğunu ve bu çerçevede hâkimiyet – kontrol olgusunu ticaret şirketlerini esas alarak düzenlemektedir. Bununla birlikte, yeni TTK'da yalnızca şirketler topluluğunun hâkiminin bir teşebbüs olması durumunda da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Buna karşılık rekabet hukuku kontrol olgusunu (ticaret şirketlerini de kapsayacak şekilde) teşebbüs kavramını esas alarak düzenlemektedir. Dolayısıyla iki düzenleme arasında düzenlemelerde esas alınan aktörler açısından da farklılık vardır.

---

[78] Altay, s. 364.

[79] Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 327; Nilsson, Şirketler, s. 93; Altay, s. 424.

[80] Altay, s. 425, 426; Sanlı, s. 327, 328; Pelin Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 195; Nilsson, Şirketler, s. 93 ve s. 93, dn. 252'de anılan yazarlar.

[81] "*Rekabet otoritesinin, kontrolün hiç bir hukuki araç söz konusu olmaksızın münhasıran ekonomik verilere istinaden oluşabileceğini kabul etmesinin ardında şu düşünce yatmaktadır: Rekabet hukuku, kontrolün nasıl oluştuğuna değil, pazar üzerinde ne tür etkiler doğurduğuna önem izafe etmektedir. Rekabet hukuku'nun kontrolün oluna ilişkin düzenlemelerinin temel amacı, ortada bir yoğunlaşma işleminin bulunup bulunmadığı noktasında önem taşır ve yoğunlaşmanın rekabet düzenine yönelik etkilerinin belirlenmesinde sadece bir aşamayı oluşturmaktadır. Oysa, rekabet hukuku'nun nihai amacı, yoğunlaşmanın rekabet düzeni üzerindeki etkilerinin saptanmasıdır.*" Altay, s. 426.

[82] Nilsson, Şirketler, s. 93.

Rekabet hukuku açısından teşebbüsler de şirketler gibi yoğunlaşmanın öznesi olabildiği için hisse iktisabının yanı sıra varlıkların alımı da kontrolü sağlayabilirken[83] yeni TTK'daki düzenlemelerde ticaret şirketleri esas alındığı için varlık alımı kontrolü sağlayan bir araç olamaz[84]. Rekabet hukuku ile yeni TTK'nın sözleşmesel kontrole bakış açısı da aynı nedenle farklı olabilmekte, rekabet hukukunda teşebbüs kavramı esas alındığı için yeni TTK'dan farklı olarak teşebbüsün devralınması veya teşebbüsün sahip olduğu kaynakların yönetilmesi imkânının kazanılması da yoğunlaşma olmaktadır[85]. Diğer bir deyişle; sözleşmesel kontrolde yeni TTK hâkimiyet sözleşmeleri veya diğer sözleşmelerle ticaret şirketinin yönetimini esas alırken, rekabet hukuku burada aktör teşebbüs de olabileceği için bunların yanında işletmenin veya işletmenin sahip olduğu kaynakların yönetimini esas alabilir.

Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki; yeni TTK ile rekabet hukukundaki kontrol arasında birçok benzerlikler de bulunmaktadır. Yeni TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde olduğu gibi, rekabet hukukuna göre de kontrolün tek başına veya birlikte kazanılması mümkündür[86]. Rekabet hukukunda da aynı yeni TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde olduğu gibi oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak kontrole sahip olmak anlamına geldiği gibi[87]; stratejik kararlar bakımından nisapların yükseltilmiş olması durumunda salt çoğunluk kontrolü sağlamayacaktır[88].

Daha önce de ifade edildiği gibi yeni TTK'da bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketini yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarını elinde bulundurarak, pay senetleri geniş halk yığınlarına yayılmış olan şirketlerde yüzde yirmibeş – otuz hatta daha küçük orandaki pay sahipliği ile hâkimiyet kurabilmesine ilişkin karine düzenlenmiştir. Rekabet hukukunda oyların yarısından fazlasına sahip olmayan ancak oyların çok sayıda pay sahibine dağılmış olması ve güç boşluğu doğması durumunda genel kurulda hazır bulunan oyların çoğunluğuna sahip olan bir pay sahibinin kontrolü ele geçirebilmesi için geçmişteki oylamalara ve diğer pay sahiplerinin durumuna göre, sözkonusu pay

[83] Avrupa Birliği Komisyonu Açıklaması N. 17'den naklen Nilsson, Şirketler, s. 94.
[84] Nilsson, Şirketler, s. 94.
[85] Nilsson, Şirketler, s. 94.
[86] Sanlı, s. 327; Nilsson, Şirketler, s. 95.
[87] Avrupa Birliği Komisyonu Açıklaması N. 56'dan naklen Nilsson, Şirketler, s. 95; Güven, s. 195.
[88] Avrupa Birliği Komisyonu Açıklaması N. 56'dan naklen Nilsson, Şirketler, s. 95; doktrinde aynı şekilde bir işletmenin yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araç hangisi olursa olsun, yetkinin karar alma mekanizmasında istediği kararları çıkarmaya yetecek kadar olması gerektiği ifade edilmiştir. (İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat**, Ekin Kitabevi, 4. Baskı, 2007, s. 542).

sahibinin istikrarlı şekilde genel kurulda hazır bulunan oyların çoğunluğunu ele geçirmesi yüksek olasılık teşkil etmelidir[89].

II. Yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki Teşebbüs Kavramının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

A. Yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki Teşebbüs Kavramı

TTK, ticari işletme kavramını esas almıştı. Ticari işletmeden daha geniş bir kavram olan ve birden fazla işletmeyi veya şirketi de kapsayabilen teşebbüs kavramı, TTK'ya yabancıdır. Geçen 50 yılı aşkın sürede rekabet hukuku, haksız rekabet hukuku ve işletmeler topluluğu hukuku gibi alanlarda işletme - teşebbüs kavramları etrafında düzenlemeler yapıldığı dikkate alınmış ve yeni TTK ile ticari işletme yine sistemin merkezine oturtulmakla birlikte, farklı olarak şirketler topluluğu bağlamında teşebbüs kavramına da yer vermiştir.

Yeni TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde hâkimiyetin tespitinde ticaret şirketleri esas alınarak düzenleme yapılmış; 195, 198 ve 202. madde hükümlerinde ise teşebbüs kavramına açıkça yer vermiştir.

Yeni TTK Tasarısı şirketler topluluğunun önce yalnızca sermaye şirketlerinden oluşmasını öngörmüş, şirket sıfatını taşımayan kişi topluluklarının, şahıs şirketlerinin, gerçek kişilerin ve tek kişiye, derneğe, iktisadi devlet teşekküllerine ve kamu tüzel kişilerine ait ticari işletmelerin yani geniş anlamda "teşebbüs"lerin, topluluk üyesi olmasını kabul etmemişti[90]. Tasarı, önce şirketler topluluğunu sermaye şirketleri topluluğu olarak düzenlemiş ve yalnızca 195. maddesinin beşinci fıkrasında topluluğun tepesinde herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin bulunmasına ilişkin bir hükme yer vermiş olmakla birlikte; Alt Komisyon tarafından bu dar sistemin bazı sakıncalar doğurabileceği göz önünde bulundurularak gerekli olan yerlerde ticaret şirketine veya teşebbüse yer verilmesi öngörülmüştür[91]. Şirketler topluluğunun özellikle salkım veya piramit şeklinde olduğu durumlarda aralara şahıs şirketlerinden oluşan hâkim şirketler konularak boşluk yaratılabileceği dikkate alınarak, 195. maddenin birinci fıkrasında sermaye şirketi yerine ticaret şirketi kavramı esas alınarak sistem genişletilmiştir[92].

---

[89] Avrupa Birliği Komisyonu Açıklaması N. 59'dan naklen Nilsson, Şirketler, s. 95; E. Erdem, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, 2003, s. 54'ten naklen Nilsson, Şirketler, s. 95; bkz. Sanlı, s. 328; Aslan, Rekabet, s. 542, 543'teki Rekabet Kurulu Kararı.

[90] Gerekçe, m. 195, Beşinci Fıkra, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295.

[91] Alt Komisyonca Tasarının 195'inci maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin gerekçeler, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295, dn. 15.

[92] Alt Komisyonca Tasarının 195'inci maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin gerekçeler, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 295, dn. 15.

Yeni TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerinde 3 ayrı maddede ise teşebbüs kavramına yer verilmiştir.

1. **Şirketler topluluğunun hâkiminin** merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan **bir teşebbüs olması halinde,** 195 ila 209'uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. (Yeni TTK m. 195/5[93]).
2. Yeni TTK'da bir sermaye şirketinin belirli yüzdeleri aşan paylarının iktisabı ve pay devirlerinin **bildirim yükümlülüğü** de **teşebbüs** bağlamında düzenlenmiştir. (Yeni TTK m. 198[94]).
3. Hâkimiyetin hukuka aykırı şekilde kullanılmasından doğan sorumluğu düzenleyen 202. madde hükmünde de **hâkim teşebbüs** kavramı esas alınmıştır.

1. Şirketler topluluğunda hâkim şirketin bu hâkimiyetini bağlı şirketin zararına olacak şekilde kötüye kullanması halinde pay sahiplerinin ve alacaklıların bir takım talep hakları vardır. **Hâkim teşebbüsün** merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. (Yeni TTK m. 202/1-e).

2. Hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, bunlara itiraz eden pay sahipleri; **hâkim teşebbüsten**, zararlarının tazminini veya paylarının usulünce bir değerle satın alınmasını mahkemeden isteyebilirler. (Yeni TTK m. 202/2).

3. Bağlı şirketin yöneticileri, bu madde hükümleri dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki

---

[93] *"Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması halinde de, 195 ilâ 209'uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır."* (Yeni TTK m. 195/5).

[94] *"Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu sözkonusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196'ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip bulundukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur."* (Yeni TTK m. 198/1)

sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini **hâkim teşebbüsten** isteyebilir (Yeni TTK m. 202/5).

Yeni TTK'nın 195. maddesine göre, şirketler topluluğu hakkındaki hükümler[95] ancak şirketler topluluğuna "hâkim" olan teşebbüse uygulanabilmekle birlikte; Yeni TTK'nın 198. maddesi bakımından ise, hükümde farklı olarak hükmün teşebbüslere uygulanacağı açıkça belirtildiği ve doğrudan teşebbüse sonuç bağlandığı için teşebbüsün hâkim konumda olması aranmayacaktır[96]. Yeni TTK m. 198'de düzenlenen bildirim yükümlülükleri, karşılıklı katılmalar başta olmak üzere katılma ilişkilerinin açıklanması, bu yolla kamunun aydınlatılması, sermaye piyasasında şeffaflığın sağlanması ve sorumluluk hükümlerinin uygulanması bakımından önemlidir[97].

198. maddedeki bildirim yükümlülüğünün teşebbüs bağlamında düzenlenmiş olmasının ve yine 195. maddenin beşinci fıkrasında ve diğer maddelerde teşebbüs kavramının kullanılmasının nedeni bu kavramın ticari işletmeden daha geniş bir kavram olması ve şirketler topluluğu düzenlemelerinde yaygın bir uygulamasının sözkonusu olmasıdır[98].

Yeni TTK bakımından teşebbüs kavramı, bağımsız karar alabilme iktidarına sahip olması kaydıyla gerçek kişileri, özel veya kamu hukuku tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği bulunmayan oluşumları kapsamına alır[99].

B. Yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki Teşebbüs Kavramı ve Rekabet Hukuku İlişkisi

Yeni TTK m. 195'te hâkim teşebbüsün tacir sayılacağının düzenlenmiş olması, ticari işletme ile teşebbüs arasındaki bir farkı ortaya koymakta; ticari işletme[100] ekonomik faaliyeti, 195. maddedeki anlamıyla teşebbüs ise ekonomik faaliyeti değil, onu yürüteni ifade etmektedir[101]. RKHK m. 3'teki tanım doğrultusunda rekabet hukuku anlamında da teşebbüs kavramı; ticari işletme gibi bir malvarlığını ifade etmek üzere kullanılmamakta, dolayısıyla ekonomik faaliyetin kendisini değil faaliyeti yerine getiren kimseyi yani müteşebbisi ifade

---

[95] *Yeni TTK* m. *195 ila 209 ve yeni TTK'daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler*
[96] Nilsson, Şirketler, s. 78.
[97] Gerekçe, m. 198, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 298.
[98] Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 298. Alt Komisyonca sözkonusu gerekçelerle yapılan değişiklikler Adalet Komisyonunca da kabul edilmiştir. (Yeni Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi 3, s. 299).
[99] Nilsson, Şirketler, s. 78.
[100] *"Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir."* (Yeni TTK m. 11/1)
[101] Nilsson, Şirketler, s. 73, 74.

etmektedir[102].[103]. Bu doğrultuda rekabet hukukunda da teşebbüs ve ticari işletme kavramları arasında Yeni TTK'dakine benzer bir fark olduğu söylenebilir[104].[105]

RKHK m. 3'e göre teşebbüs; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder. Bu tanımdan yola çıkarak rekabet hukuku anlamında teşebbüs kavramının "ekonomik faaliyeti yerine getirmek" ve "bağımsızlık" olmak üzere iki temel unsurdan oluştuğu söylenebilir[106]. Rekabet hukukunda geçerli olan bu unsurların yeni TTK'da açıkça belirtilmemiş olması doğrultusunda şirketler topluluğu hukuku piyasa üzerinde bir etkiyi araştırmadığı için "ekonomik faaliyeti yerine getirmek" unsurunun şirketler topluluğu hukuku açısından vazgeçilmez bir unsur olmadığı söylenebilirse de; Yeni TTK'da şirketler topluluğu yönünden önemli olanın hâkim şirketin bağlı şirketi kontrol edebilmesi olduğu ve tepedeki teşebbüsün "hâkim" konumda olması onun ekonomik bakımdan bağımsız karar alabilmesini de gerektireceği için "bağımsızlık" unsuru şirketler topluluğu hukukunda da aranmalıdır[107].

III. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Rekabet - Haksız Rekabet İlişkisi

A. Genel Olarak

1926 tarihli ETK döneminde haksız rekabet BK. m. 48 ve ETK. m. 56–62 hükümlerinde düzenlenmişti. 1956 tarihli yürürlükteki TTK'da m. 56 vd.'da yer alan haksız rekabet hükümleri İsviçre'nin 1943 tarihli Haksız Rekabete Dair Federal Kanun'undan alınmıştır. İsviçre'de bu kanunun yerini 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun almıştır. Yeni TTK'nın haksız rekabet hükümleri düzenlenirken 1986 tarihli İsviçre'deki Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun esas alınmış, ayrıca 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun esasını oluşturan rakip, tüketici ve pazarda bulunan diğer ilgililer üçlüsü bozulmamış, rekabet yaklaşımında koruma altına alınmıştır[108]. Böylece yeni TTK'nın haksız

[102] Sanlı, s. 29, 32.
[103] Bununla birlikte yazar uygulamada örtüşmelerine rağmen rekabet hukuku anlamında teşebbüsün tacirden geniş bir anlam ifade ettiğini belirtmektedir. (Sanlı, s. 32).
[104] Nilsson, Şirketler, s. 74, dn. 202.
[105] *Sanlı*, Yeni TTK'nın kabulünden önceki dönemde yazdığı eserinde, Ticaret Hukuku anlamında teşebbüs ve ticari işletme kavramları arasında böyle bir fark olmadığını, her iki kavramın da bir malvarlığı değerini ifade ettiğini belirtmiştir. (Sanlı, s. 32).
[106] Sanlı, s. 29; Nilsson, Şirketler, s. 74; aynı şekilde *Aslan,* işletmeyi bu unsurları kapsayacak şekilde: *"İşletme, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır."* şeklinde tanımlamakta ve işletmenin *bağımsız kararlar verebilmesi* ve *ekonomik bir varlık olması* unsurlarının önplanda olduğunu belirtmektedir. (Aslan, s. 47, 48).
[107] Nilsson, Şirketler, s. 75.
[108] **TTK Tasarısı**, Ankara 2005, Genel Gerekçe, Prg : 108, s. 36.

rekabet hükümleri düzenlenirken rekabet yaklaşımı yönünden İsviçre Kanunu'nun esas alındığı, Alman Kanunu'nun ise dikkate alındığı söylenebilir.

Haksız rekabetin TTK'nın yanı sıra BK. m. 48'de de düzenlenmiş olması çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. 1956 tarihli TTK'nın kanunlaşması sürecinde İsviçre'de söz konusu BK hükmünün haksız rekabet kanunu ile yürürlükten kaldırılması dikkate alınarak, haksız rekabetle ilgili TTK. m. 56 vd. hükümlerinin yeterli olduğu ve BK. m. 48'in yürürlükten kaldırılması teklif edilmiş ve tartışılmış ise de neticede bu hüküm kaldırılmamış, bu maddeye "Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır" şeklinde ikinci fıkra eklenmiştir. Yeni TTK ile birlikte yasalaşan ve birlikte yürürlüğe girecek olan yeni BK'da da BK. m. 48'in muadili olan hüküm (m. 57) esas itibariyle korunmuştur. Bu düzenleme karşısında yeni dönemde de ticari işlerle ilgili olmayan haksız rekabet fiillerine BK. m. 57, ticari işlerle ilgili haksız rekabet fiillerine ise TTK. m. 54 vd. hükümleri uygulanacaktır. Böylece haksız rekabet müessesesinin iki ayrı kanunda düzenlenmiş olmasının hatalı olduğu, İsviçre kanununun da ticari olsun olmasın bütün haksız rekabet hallerine uygulandığı, Türk hukuku bakımından BK. m. 48'in bir kenara bırakılarak her türlü iktisadi rekabetin ticari sayılarak TTK. m. 56 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği ve yapılacak kanun açısından yürürlükten kaldırılması gerektiği yönündeki görüş ve eleştiriler[109] Yeni BK'da da dikkate alınmamış, haksız rekabet alanında ikili düzenleme yeni dönemde de korunmuştur.

Bütün olumlu amaç ve sonuçlarına rağmen rekabet özgürlüğünün sınırlarının çizilmesi gereklidir. Haksız rekabet hükümleri öncelikle bu amaca hizmet eder. Haksız rekabet hükümlerinin bir amacı rakiplerin ekonomik varlıklarını korumaktır. Haksız rekabete ilişkin 1926 tarihli BK. m. 48 hükmü bu düşüncenin ışığı altında hazırlanmıştır[110].Ancak zamanla haksız rekabet konusunun rakipler açısından olduğu kadar, toplumun ekonomik çıkarları yönünden de ele alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede haksız rekabet halinde sadece rakiplere değil müşterilere, mesleki-ekonomik birliklere de dava açma hakkı tanınmıştır. 1943 tarihli İsviçre'nin Haksız Rekabete Dair Kanunu ve bu kanun esas alınarak hazırlanan 1956 tarihli TTK'nın haksız rekabet hükümleri bu doğrultudadır. İsviçre'nin 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal

[109] Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku, Giriş Ticari İşletme,** Ankara 1968, s. 451, 452; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 277; Rıza Ayhan, **Ticari İşletme Hukuku,** 2. Baskı, Ankara 2007, s. 455, 456; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, **Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar** 1. Baskı, Ankara 2009, s. 225, 226; Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Bası, Konya 2005, s. 200; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Baskı, Ankara 2009, s, 299, 300.
[110] Arkan, s. 299.

Kanun'u ve Almanya'nın 2004 tarihli Haksız Rekabet Kanunu ise rekabeti tehlikeye sokan ve rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini engelleyen tüm davranışları haksız rekabet olarak kabul etmiştir[111].

Yeni TTK ise, haksız rekabeti «iktisadi rekabet» ve «suistimal» esasları üzerine kuran 1956 tarihli TTK'ya göre tamamen "değişik ilkeler" içeren yeni ve değişik bir sistem getirmiştir. Yeni sistem rekabeti ve haksız rekabeti temelde aynı amaca hizmet eden müesseseler olarak kabul eden, konuyu tüm katılanların yararına ele alan, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını sağlamayı hedefleyen, böylece İsviçre ve Alman kanunlarına paralel ilke ve amaçlar içeren bir sistemdir.

B. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlenirken Türk Rekabet Hukuku Müktesebatı Dikkate Alınmıştır

Yeni TTK'nın haksız rekabet hükümleri düzenlenirken, bu alanda gerek AB hukukunda gerekse Almanya ve İsviçre hukukunda ortaya çıkan gelişmeler dikkate alınmıştır. Bu kapsamda, rekabetin dürüstlük ilkesi bağlamında düzenlenmesi, yanıltıcı ve gerçeği uymayan reklâmlara karşı haksız rekabet kuralları konulması, tüketicinin haksız rekabete karşı koruma kapsamına alınması sayılabilir. İsviçre ve Almanya'nın Haksız Rekabete ilişkin kanunları haksız rekabet düzenlemelerinde amacın bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması olduğu vurgulanmış ve rakipler-tüketiciler-diğer piyasa ilgilileri şeklindeki üçlünün korunması amaçlanmıştır[112].

TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin kaynağı İsviçre'nin 1943 tarihli Haksız Rekabete Dair Federal Kanun'udur. İsviçre'de bu kanunun yerini 1988'de yürürlüğe giren 1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun almış, bu kanun da çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramıştır. İsviçre'nin yürürlükteki bu kanunu yeni TTK'nın 54. ve 55. maddelerine doğrudan kaynaklık etmiş, diğer maddeleri de sınırlı olarak etkilemiştir. Kaynak İsviçre kanunundan sınırlı şekilde yararlanılmasının bir sebebi de İsviçre haksız rekabet hukukunun 1985 tarihli Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Kanununa koşut bir gelişme izlemesi, buna karşılık Türkiye'de ise 1994 yılına kadar rekabeti koruyan bir kanunun bulunmaması ve 1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İsviçreden değil Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 85 ve 86. Maddeleri ile 17/62 sayılı Tüzükten alınmış olmasıdır[113].

Yeni TTK'nın genel gerekçesinde 1986 tarihli İsviçre'nin Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'un 54 ve 55. Maddelere doğrudan kaynaklık etmiş ise de

[111] Arkan, s. 300.
[112] TTK Tasarısı, Ankara 2005, Genel Gerekçe, Prg : 50, s. 19-20.
[113] TTK Tasarısı, Ankara 2005, "54 ila 63. Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar, s. 14.

diğer hükümler yönünden sınırlı şekilde yararlanılmış olmasının, İsviçre ve Türk rekabet hukukunun kaynaklarının, sisteminin ve gelişiminin farklı olması sebebiyle olduğu açıkça belirtilmiştir. Diğer yandan yeni TTK'da haksız rekabet hükümleri düzenlenirken gerek amaç gerekse terminoloji bakımından Türk rekabet hukukunun terminolojisi ile uyum sağlanmasına özen gösterilmiştir. Nitekim 54. Maddenin gerekçesinde yeni TTK'nın da tıpkı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun gibi "dürüst ve bozulmamış rekabet"i esas aldığı ve buna aykırılığa sonuçlar bağladığı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca birinci fıkra gereğine dürüst ve bozulmamış rekabetin "tüm katılanların menfaatine" sağlanacağı, tüm katılanların ise rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan ekonomi, tüketici ve kamu olduğu, böylece rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülemenin yolunun kapatıldığı belirtilmiştir.

C. Rekabet Hukukunun ve Haksız Rekabet Hukukunun Amaç ve Terminoloji Yönünden Yakınlaşması

Rekabet hukukunun mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arası özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlamayı, haksız rekabet hukukunun ise esasen rakipleri korumayı amaçlamakla birlikte her iki hukuk dalının da sonuçta rekabeti koruyucu, adil, haklı ve sağlıklı bir rekabet ortamı yaratılmasına katkıda bulunduğu ifade edilse de[114] 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen 56 vd. hükümleri bu amaç birliğini doğrudan ifade etmeden farklı düzenlemeler içermektedir. Oysa Yeni TTK, haksız rekabet hükümlerinin amacının, "bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" olduğunu açıkça belirterek esasen haksız rekabet hükümlerinin nihai amacının da tıpkı RKHK'da olduğu gibi sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması olduğunu ortaya koymuştur.

D. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabetin Düzenlenişi ve Rekabet Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi

Haksız rekabet Yeni TTK'da m. 54 ila 63 hükümlerinde düzenlenmiştir. Öncelikle Amaç ve İlke hükmüne (m. 54) yer verilmiş, sonra Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışlar, Ticari Uygulamalar başlığı altında başlıca haksız rekabet halleri altı ana grup ve alt başlıklar halinde sayılmıştır (m. 55). Devamında ise Hukuki Sorumluluk ve Cezai Sorumluluk başlıkları altında haksız rekabetin sonuçları düzenlenmiştir (m. 56-63).

Haksız rekabet hükümlerinin "dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" şeklindeki temel amacını ve "aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranış ve

[114] Yılmaz Aslan/Doğan Şenyüz/Mevci Ergün, **İşletme Hukuku**, 2. Baskı, Bursa 2005, s. 111.

ticari uygulamalar"ı haksız rekabet sayan ana ilkeyi ortaya koyan hüküm şöyledir:

MADDE 54*-(1)Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*

(2)Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.

Yeni TTK. m. 54'ün gerekçesine göre, haksız rekabet hükümleri iki taşıyıcı kolon üzerine oturtulmuştur[115]:

Birinci kolon, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Bütün katılanlara ekonomi, tüketici, taraflar ve kamu dâhildir. Böylece rekabet rakipler arası bir iş olmaktan çıkarılmıştır. Dürüst ve bozulmamış rekabet rekabetin kalitesini ifade eder. Oyunun kanuna, dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak oynandığı, katışıksız, saf ve güven duyulan bir rekabet ortamını ifade eder.

Haksız rekabeti tanımlayan ve özel haller dışında haksız rekabet hallerini belirleyen TTK. m. 56'da esas alınan "iktisadi rekabet" ölçüsü, hukuki bir kavram olmaması, yalnızca rakipler arası rekabeti akla getirmesi ve iktisadi olmayan bir rekabet alanı bırakması gibi sebeplerle yorumlanması güç bir terim olarak ortaya çıkmaktaydı. RKHK da bozulmamış, engellenmemiş, kısıtlanmamış rekabeti esas alır ve engellenmiş, bozulmuş ve kısıtlanmış rekabete sonuçlar-yaptırımlar bağlar. Bu yönüyle yeni TTK'nın haksız rekabet hükümleri ile RKHK hükümleri amaç yönünden büyük ölçüde paralellik arz etmektedir.

Haksız rekabet hükümlerinin ikinci taşıyıcı kolonu ise; dürüst davranış kuralıdır. TTK sisteminde bir eylemin haksız rekabet oluşturması için hem dürüst davranış kuralını ihlal etmesi hem de iktisadi rekabetin kötüye kullanılması niteliği taşıması gerekir. Yeni TTK'ya göre dürüst ve bozulmamış rekabet ortamında piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenilir, dürüstlük kuralına aykırı davranış bizatihi haksız rekabet oluşturur. TTK'daki "suistimal" kavramındaki anlam ağırlığı yeni TTK'da "dürüstlük kuralı"na geçmiştir.

Dürüst davranma kuralı artık haksız rekabetin teşhis edilmesinde belirleyicidir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında tüm katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenmek hakkını haizdir. Dürüstlük kuralını ihlal eden, bu güvene aykırı hareket

[115] TTK Tasarısı, Ankara 2005, Gerekçe, s. 14, 15.

etmiş olur; bu da haksız rekabet oluşturur. Dürüstlük kuralına aykırılık iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğe ters, aldatıcı, yanıltıcı veya kandırıcı davranışlarla ya da ticari uygulamalarla olur. Bunlar rekabetin işlevsel kurallarını zedeler, rekabetten beklenen sonuçların alınmasını engeller.

Netice olarak yeni TTK'daki haksız rekabet hükümleri düzenlenirken, haksız rekabet hukukunun temel amacının bütün katılanların menfaatine olacak şekilde dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu belirtilerek, yürürlükteki TTK'dan farklı olarak, rekabet ve haksız rekabet kurallarının temelde aynı amaca hizmet eden hükümler olduğu vurgulanmıştır. Bu düzenleme tarzı rekabet hukukunun ve haksız rekabet hukukunun amaç, terminoloji ve içtihatlar yönünden yakınlaşması sonucunu doğuracaktır.

IV. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Birleşmelerde Rekabet Kanunu Saklı Tutulmuştur

Şirket birleşmelerinin hukuki sonuçlarının düzenlendiği yeni TTK m. 153/3 hükmü "7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır" şeklindedir. Bu hükümle birleşme ile hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi halinde, kanunun birleşmelere cevaz vermesinin RKHK'nın getirdiği sınırlamaların bertaraf edilmesini gerektirmeyeceği ifade edilmiş olmaktadır[116]. Yani yeni TTK'nın izin verdiği şekilde yapılan şirket birleşmelerinde de RKHK m. 7'deki sınırlamalar geçerliliğini koruyacaktır. Böylece şirket birleşmeleri konusunda Yeni TTK hükümleri, emredici nitelikteki RKHK'nın yasakladığı veya izne tabi tuttuğu birleşme ve devralmalar yönünden ikincil nitelikte olacaktır.

[116] TTK Tasarısı, Ankara 2005, Gerekçe, s. 55.

Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY

Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX
Kapadokya MYO, 6 Mayıs 2011 Ürgüp

1

ANLATIM PLANI

- Yeni TTK'da, TTK' da mevcut olmayan, rekabet hukuku ile ilgili olabilecek müessese, kavram ve hükümler bulunmaktadır.
  - Şirketler topluluğundaki **hakimiyet-kontrol** kavramları,
  - **Teşebbüs** kavramı,
  - Birleşme ve devralmalarda **RK hükümlerinin saklı tutulması,**
  - Haksız rekabet hükümlerinin amacı olarak esas alınan **dürüst ve bozulmamış rekabet** kavramları bunlar arasındadır.

2

ŞİRKETLER TOPLULUĞU

- TTK'da şirketler topluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. TTK'daki, şirketler topluluğu içinde bulunsa (veya bağlı şirket olsa) dahi *her bir şirketin bağımsız olduğu hukuki varsayımı*, ekonomik gerçeklere yabancı olduğu gibi; bu varsayımın yanlışlığı da gün geçtikçe daha da belirgin hale gelmiştir.
- Yeni TTK'nın 195 ila 209. maddelerinde şirketler topluluğu düzenlenmiştir. Şirketler topluluğunun Yeni TTK'da düzenlenmiş olması Türk Hukuku bakımından önemli bir yeniliktir.
- Şirketler topluluğu, hâkim şirket ve ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirket veya şirketlerden oluşur. Hâkim şirket ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır (m. 195/4)

3

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN DÜZENLENMESİNDE İLKELER

Şirketler topluluğunun düzenlenmesinde iki ilkeden biri seçilir

Kontrol ilkesi :

Bir şirketin, ikinci bir şirketin yönetimi ile ilgili kararların kendi politikaları ve istekleri doğrultusunda alınmasını sağlayan *hukuki araçlara sahip olması* durumunda, yalnızca bu olgunun varlığında ikinci şirketin birinci şirketin kontrolü (hâkimiyeti) altında olduğu esasına dayanmaktadır.

Bu ilke kontrolün varlığı halinde esasen kontrolü haiz şirketin bağlı şirkete istediği kararları zaten aldırabileceği varsayımına dayanır. (*Kim hakimse, hakimiyeti de uyguluyordur*)

Hâkimiyetin *fiilen uygulanıp uygulanılmadığına bakılmadığı* gibi, hâkimiyetin uygulanmadığının ispatına da bir sonuç bağlanmaz.

Bu ilke bazen faraziyeler bazen de aksi ispat edilebilen karineler içerir. Kontrol sistemini benimseyen düzenlemelerde kontrol araçları çoğunlukla, sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu gibi, sıra ile sayılır.

Tek elden yönetim ilkesi :

Şirketler topluluğunun mevcudiyeti için yalnızca kontrol araçlarının varlığını yeterli saymaz,

Tek elden yönetimin bağlı şirketlere *fiilen uygulanıyor olmasını* şart koşar.

4

Yeni TTK'da ve Rekabet Hukukunda KONTROL İLKESİ

- Yeni TTK m. 195/1'de kontrol araçlarını saymak suretiyle *kontrol ilkesini* temel almaktadır. Kontrol olgusu Yeni TTK'nın şirketler topluluğu ile ilgili bu düzenlemeleriyle kanuna girmiştir.

- Rekabet Hukukunda da hakimiyetin belirlenmesinde *kontrol ilkesi* benimsenmiştir.

- Fark, Yeni TTK'da kontrol araçları (sınırlı olmaksızın) sayıldığı halde 2010/4 sayılı Tebliğde sadece genel prensipler konulmuş olup rekabet hukukunda kontrol, esas olarak bir teşebbüs üzerinde *"belirleyici etki uygulama olanağı"* olarak kabul edilmektedir.

5

HAKİMİYET KAVRAMININ TESPİTİNİN GEREKLİLİĞİ

- Yeni TTK'da kontrol araçları sayılırken açıkça belirtilenler dışında "veya başka bir yolla hakimiyet" de bir kontrol aracı olarak sayılmıştır (Yeni TTK. m. 195/1-b).

- Yeni TTK m. 195/2'de de bir şirketin başka bir şirketin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması hakimiyetin varlığına karine sayılmış ve bunun aksini ispat edebilme imkanı getirilmiştir.

- Yeni TTK'nın bu iki düzenlemesi karşısında, şirketler topluluğunda kanunda açıkça sayılan kontrol araçlarından başka yollarla da hakimiyet sağlanabileceğinden ve hakimiyet karinesinin aksi ispat edilebileceğinden ***hakimiyet*** kavramının belirlenmesi gereklidir.

6

HAKİMİYET KAVRAMININ TESPİTİ

- Yeni TTK kontrol ve hakimiyet kavramlarının belirlenmesinde **şirket yönetiminde etkili olmaya** vurgu yapmıştır.
  - Bu durum hem kanunun*195 /1/a-2 düzenlemesinden hem de 195 (2) hükmünden anlaşılmaktadır. Gerçekten,* kanunun*195 /1/a-2 hükmünde yönetim organında "karar alabilecek çoğunluk" ibaresini kullanılarak şirketin "yönetimi"ne gönderme yapılmıştır. Kanunun195 (2) maddesi de şirketi "yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunma" yı kontrol karinesinin varlığı için yeterli görmüştür. Bu hükümdeki "yönetebilecek" kelimesi, kontrol olgusunun, şirketin yönetimi ile ilgili olduğunu göstermektedir.*
- Şirketin **temel ve ortaklık yapısıyla ilgili kararların alınmasında etkili olup olmamak** hakimiyetin tespitinde belirleyici değildir.
  - Birleşme, tür değiştirme, bölünme, tahvil çıkarma, esas sözleşmeyi değiştirme, sermayenin artırılması, azaltılması, ortağın ihraç edilmesi, yeni ortak alınması, payın devri, devrin pay defterine yazılması, şirketin tesislerinin toptan satılması, taşınmazların devredilmesi gibi şirketin yönetimi ile bir ilgisi ve şirketin yönetiminde bir etkisi olmayan kararların alınamaması kontrol öğesini ortadan kaldırmaz.
- Hakimiyet kavramının belirlenmesinde rekabet hukukunda kullanılan stratejik kararlar ile ticaret hukukunda kullanılan şirketin faaliyet ve finans politikalarını biçimlendiren kararlar kavramlarının örtüştüğü, bizatihi kontrolün yapısını değişikliğe uğratacak belki de onu ortadan kaldıracak kararların da stratejik karar olarak nitelendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür.

7

AKTÖRLERİN FARKLILIĞI

- Yeni TTK şirketler topluluğunu ve bu çerçevede düzenlediği hakimiyet (kontrol) olgusunu ticaret şirketlerini esas alarak düzenlemektedir. Ancak, şirketler topluluğunun nihai hâkiminin bir teşebbüs olması durumunda, teşebbüse de şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

- Buna karşılık rekabet hukuku kontrol olgusunu (ticaret şirketlerini de kapsayacak şekilde) teşebbüs kavramını esas alarak düzenlemektedir.

8

Yeni TTK'DA KONTROL ARAÇLARI (m. 195)

1. **FARAZİYELER (m. 195/1)**
   - **Oy haklarının çoğunluğuna** sahip olmak
   - Şirket sözleşmesi uyarınca, **yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına** sahip olmak
   - Kendi oy hakları yanında, **bir sözleşmeye dayanarak**, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, **oy haklarının çoğunluğunu** oluşturmak
   - Bir **sözleşme** gereğince hâkimiyeti altında tutabilmek
   - **Başka bir yolla** hâkimiyeti altında tutabilmek
2. **KARİNELER (m. 195/2)**
   - **Payların çoğunluğuna** sahip olmak
   - **Yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylara** sahip olmak

9

FARAZİYELER

- Faraziye olarak nitelendirilen bir kontrol aracının varlığının belirlenmesi halinde, kontrolün var olmadığı veya uygulanmadığı ispat edilemez. (Kontrol imkanı varsa kullanılır)
- Sadece, *kontrol aracının mevcut olmadığı* ileri sürülebilir.

10

Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak- 1

- Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahipse; birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.
- İmtiyazlı veya oydan yoksun paylar bulunması sebebiyle bir şirketteki **oy haklarının sayısı** ile **payların sayısı** farklı olabilir. Bu nedenle, hükümde oy hakları ibaresi bilinçli olarak tercih edilmiş ve 'oy haklarının çoğunluğu' ibaresi ile sözkonusu şirketteki toplam oy hakları ifade edilmek istenmiştir.

Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak- 2

- *Çoğunluk* ibaresinden ne anlaşılması gerektiği konusunda ne Kanun metninde ne de Gerekçede açıklama yoktur.
- Çoğunluk ile *salt çoğunluk mu* yoksa nisapların yükseltilmiş olması durumunda *ağırlaştırılmış nisapları karşılayan çoğunluk mu* ifade edilmektedir?

Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak- 3

- Çoğunluk kelimesini salt (mutlak) çoğunluk şeklinde anlamamak gerekir.
  - Bu kelime somut olaya göre özellikle şirketin yönetimi (örneğin *yönetim kurulunun seçimi*) ile ilgili kararlardaki çoğunluğu ifade eder. *Toplam oyların yarıdan bir fazlasına sahip olmak* kural olarak bu imkânı sağlasa da, esas sözleşmede temel finans ve işletme politikalarına ilişkin kararlar ile ilgili nisaplar ağırlaştırılmışsa, bu durumda sözkonusu ağırlaştırılmış nisapları sağlayan oy çoğunluğu aranmalıdır.
- Ancak hâkim şirket bağlı şirketin, genel kurulunda ağırlaştırılmış nisaplar gerektirdiği için, şirketin yapısı, ortaklar düzeni ve malvarlığı durumuna ilişkin temel kararları aldırtamayabilir. (*Birleşme, tür değiştirme, bölünme, tahvil çıkarma, esas sözleşmeyi değiştirme, sermayenin artırılması, azaltılması, ortağın ihraç edilmesi, yeni ortak alınması, payın devri, devrin pay defterine yazılması, şirketin tesislerinin toptan satılması, taşınmazların devredilmesi gibi*)
  - Ancak bu durum, bu kararların şirketin yönetimi ile bir ilgisi ve şirketin yönetiminde bir etkisi olmadığı için kontrol ögesini ortadan kaldırmaz.

13

Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına sahip olmak - 1

- Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak; şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.
- Hâkim şirketin bu hakka, *şirket sözleşmesine* göre haiz olmasını şart koşmuş, dolayısıyla bu kontrol aracına ortaklık düzenin bir parçası olarak öngörülmek şartıyla kontrolü sağlayan bir araç niteliği verilmiştir.

14

Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına sahip olmak - 2

- Oy haklarının çoğunluğuna sahip pay sahiplerinin yönetim organının üyelerini de belirleyebileceği kuralı, şirket sözleşmesine konulabilecek bazı hükümlerle üye seçtirme hakkının başkalarına tanınması (*özellikle yönetim organına aday gösterme imtiyazı*) ile ortadan kaldırılabilir.
- Bu kontrol aracının varlığından söz edebilmek için yönetim organının bazı üyelerinin sahip olduğu veto haklarının karar almaya mani olmaması gerekir.
  - Zira yönetim kurulunun geçerli karar alabilmesi, eğer çoğunluk içinde bazı üyelerin olumlu oy vermeleri koşuluna bağlanmış ve bunların sayısı şirketin yönetimine imkan vermiyorsa bu hükümdeki şart gerçekleşmiş sayılmaz.

15

Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturmak - 1

- Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa; birinci şirket hakim, diğeri bağlı şirkettir.
- Gerekçede burada oy sözleşmeleri ile sağlanan çoğunluğun ifade edildiği belirtilmiştir. Bu kontrol aracının oy haklarının çoğunluğuna sahip olmadan farkı; burada oy haklarının çoğunluğunu oluşturma durumunun esas sözleşme ile değil, oy sözleşmeleri ile sağlanmasıdır.
- Oy sözleşmesi vasıtasıyla oy çoğunluğunu tek bir pay sahibi sağlayabileceği gibi birden fazla pay sahibi de sağlayabileceği için hem oy sözleşmesi taraflarının birlikte hâkim olması hem de taraflardan birinin tek başına hâkim olması durumları hükmün kapsamaktadır.
  - Birlikte hakimiyet durumunda ise tarafların her biri hakim şirket konumunda olacaktır.
  - Bu hususta, oy sözleşmesi ile oluşan oy havuzunu kimin yönettiğine bakmak gerekecektir.

16

Bir sözleşme gereğince hâkimiyeti altında tutabilmek-1

- Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir **sözleşme** gereğince hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.
- Hükümde sözleşme ile öncelikle borçlar hukuku bağlamında hâkimiyet sözleşmeleri kastedilmektedir. Bu sözleşmeler temelinde sözleşmesel şirketler topluluğu kurulur.
- Hâkimiyet, bu sözleşmelerden başka sözleşmeler ile örneğin pay sahipleri sözleşmeleri ile de sağlanabilir.
- Hakimiyet sözleşmeleri ile pay sahipleri sözleşmeleri farklı sözleşmelerdir. Zira hakimiyet sözleşmeleri, doğrudan doğruya hâkim şirket ile bağlı şirket arasında yapılırken; pay sahipleri sözleşmeleri veya oy sözleşmeleri ise bağlı şirketin kendi pay sahipleri arasında yapılır ve bu kişilerin kendi arasında güç birliği oluşturarak şirkete hakim konuma gelmelerini sağlar.

17

Bir sözleşme gereğince hâkimiyeti altında tutabilmek-2

- Hâkimiyet sözleşmesinin unsurları YTK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, YTK bu sözleşmelere olumlu yaklaşmaktadır.
- YTK m. 198 (3)'e göre; hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin *ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır.* Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklere ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.
- Hâkimiyet sözleşmesinin geçerliliğinin sözkonusu sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmiş olmasına bağlanmasının, **yükümlüler ile sorumluların sorumluluktan kurtulmalarına yol açmasını önlemek amacıyla** sözleşmenin geçersizliğinin şirketler topluluğuna dair yükümlülüklere ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı düzenlenmiştir.

18

Başka bir yolla hâkimiyet

- Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.
- Gerekçeye göre başka bir yolla ifadesinin kullanılmış olması geniş yoruma imkan sağlar ve birleşmeler, bölünmeler ve pay alımları bu ifadeye dahil edilebilir.
- Bir şirketin, bir başka şirketi başka bir yolla hâkimiyeti altında tutup tutmadığını belirleyebilmek hâkimiyet kavramı ile doğrudan ilişkilidir.
- Başka bir yolla hâkimiyet araştırılırken kanunda sayılanlar dışında ancak onlar gibi etki doğurabilecek şekilde hâkimiyetin fiilen tesis edilmiş olup olmadığına bakılması gerekir. Örneğin yönetim organının fiilen, hâkim olduğu iddia edilenler tarafından belirleniyor olması, yönetimde bulunan kişilerin hâkim olduğu iddia edilen şirketin yönetiminde bulunanlarla aynı kişiler olması gibi.

19

KARİNELER

- **Payların çoğunluğuna sahip olmak**
- **Yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylara sahip olmak**

20

Payların çoğunluğuna sahip olmak

- Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.
- Oyların çoğunluğuna sahip olmak önemlidir. Oyda imtiyaz hakları ve yönetim organındaki çoğunluk; sermaye çoğunluğunu etkisiz hale getirebileceği için, bir sermaye şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip olmak, hâkimiyetin varlığı açısından bir faraziye olarak değil, yalnızca bir karine olarak öngörülmüştür.

21

Yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylara sahip olmak

- Bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin, onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.

- Hükümde pay senetleri çok dağılmış olan borsa şirketlerinde yüzde yirmibeş - otuz, hatta daha küçük orandaki pay sahiplikleri ile hâkimiyet kurulabilmesine ilişkin karine düzenlenmiştir.

22

FARKLAR

- Hakimiyetin tespitinde, Yeni TTK'nun ve RKK'nun amaçları ve buna bağladığı sonuçlar farklıdır
- Hisse iktisabı hem Yeni TTK'ya göre ve rekabet hukukuna göre kontrol aracıdır, ancak TTK yönünden varlık iktisabı bir kontrol aracı değildir
- Sözleşmesel kontrolde rekabet hukuku işletmenin veya işletmenin sahip olduğu kaynakların yönetimini, ticaret hukuku ise hakimiyet sözleşmeleri veya diğer sözleşmelerle şirketin yönetimini esas alır

23

BENZERLİKLER

- Yeni TTK'da olduğu gibi rekabet hukukunda da kontrol araçları sınırlandırılmamıştır. Kontrolün "diğer yollardan" elde edilmesi mümkündür.
  - Rekabet hukuku yönünden, salt ekonomik ilişki kuran uzun dönemli tedarik ve kredi anlaşmaları **yapısal bazı bağlantılarla desteklendiği takdirde** belirleyici etki kazandırabilir. Burada ekonomik bir bağlılığın, fiilen kontrol imkanı verebileceği dikkate alınmakta, ancak salt ekonomik ilişki titizlikle incelenerek, yapısal bazı bağlantılarla desteklenmesi aranmaktadır.
  - Yeni TTK yönünden ise, Gerekçede, başka bir yolla ifadesinin kullanılmış olmasının geniş yoruma imkan sağladığı belirtildiği için sıradan bir tedarik veya kredi ilişkisinin ötesine geçen ve bu ilişkiye bağlı olarak şirketin yönetim organını belirleme veya yönetime talimat verme gibi olağanüstü yetkilerin de tanındığı bir ilişki, hâkimiyeti doğurabilir. Yani, önemli olan, somut olayda yönetsel kararların alınabilmesini sağlayabilmektir.
- Şirketler topluluğu hukukunda olduğu gibi Rekabet hukukuna göre de kontrolün tek başına veya birlikte kazanılması mümkündür.
- Rekabet Hukukunda da aynı şirketler topluluğu hukukunda olduğu gibi, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak kontrole sahip olmak anlamına gelir. Ancak, stratejik kararlar bakımından nisapların yükseltilmiş olması durumunda salt çoğunluk kontrolü kazandırmaz.
- Her iki hukuk alanında yönetim organının üyelerinin yarısından çoğunu atama yetkisine sahip olmak da kontrolü kazandırır.
- Rekabet Hukuku'nda da oyların yarısından fazlasına sahip olmamakla birlikte, oyların çok sayıda paysahibine dağılmış olması ve güç boşluğu doğması durumunda azınlıkta kalan bir paysahibinin genel kurulda hazır bulunan oyların çoğunluğuna sahip olması yoluyla kontrolü ele geçirmesi mümkündür. Bunun için, geçmişteki oylamalara ve diğer pay sahiplerinin durumuna bakıldığında, azınlık paysahibinin istikrarlı şekilde genel kurulda hazır bulunan oyların çoğunluğunu ele geçirmesinin yüksek olasılık arz etmesi gerekir.

24

Yeni TTK'da «Teşebbüs» Kavramı

- 1956 tarihli TTK ticari işletme kavramını esas almıştı. İşletmeden daha geniş bir kavram olan ve birden fazla işletmeyi veya şirketi de kapsayabilen teşebbüs kavramı TTK'ya yabancıdır. Geçen 50 yılı aşkın sürede rekabet hukuku, haksız rekabet hukuku ve işletmeler topluluğu hukuku gibi alanlarda işletme (teşebbüs) kavramları etrafında düzenlemeler yapıldığı dikkate alınarak, Yeni TTK ticari işletmeyi yine sistemin merkezine oturtmakla birlikte, farklı olarak şirketler topluluğu bağlamında teşebbüs kavramına da yer vermiştir.

- Şirketler topluluğunun temel taşları ticaret şirketleridir. Ancak, Yeni TTK, şirketler topluluğunun düzenlendiği 195., 198. ve 202. maddelerinde teşebbüs kavramına da açıkça yer vermiştir.

- Yeni TTK Tasarısı önce şirketler topluluğunun yalnızca sermaye şirketlerinden oluşmasını öngörmüş, şirket sıfatını taşımayan kişi topluluklarının, şahıs şirketlerinin, tek kişiye, derneğe, iktisadi devlet teşekküllerine ve kamu tüzel kişilerine ait ticari işletmelerin ve gerçek kişilerin, yani geniş anlamda "teşebbüs"lerin, topluluk üyesi olmasını kabul etmemişti. Alt komisyon tarafından, bu dar sistemin bazı sakıncalar doğurabileceği, özellikle şirketler topluluğunun salkım veya piramit şeklinde olduğu durumlarda aralara şahıs şirketlerinden oluşan hakim şirketler konularak boşluk yaratılabileceği dikkate alınarak sermaye şirketi yerine ticaret şirketi kavramı benimsenerek sistem genişletilmiş ve şirketler topluluğu düzenlemelerinde 3 ayrı maddede teşebbüs kavramına da yer verilmiştir.

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TEŞEBBÜS KAVRAMI

1. Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, **bir teşebbüs olması halinde**, 195 ila 209'uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. [YTK m. 195/(5)].
2. Yeni TTK'da bir sermaye şirketinin belirli miktarları aşan pay iktisabı ve pay devirlerinin bildirim yükümlülüğü de teşebbüs bağlamında düzenlenmiştir. (m. 198).
3. Hakimiyetin hukuka aykırı şekilde kullanılmasından doğan sorumluğu düzenleyen m. 202 hükmünde de «**hakim teşebbüs**» kavramı esas alınmıştır.

    1. Şirketler topluluğunda hakim şirketin bu hakimiyetini bağlı şirketin zararına olacak şekilde kötüye kullanması halinde pay sahiplerinin ve alacaklıların bir takım talep hakları vardır. Hâkim teşebbüsün merkezinin yurt dışında bulunması hâlinde tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. (m. 202/1-e)
    2. Hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde, bunlara itiraz eden pay sahipleri; hâkim teşebbüsten, zararlarının tazminini veya paylarının usulünce bir değerle satın alınmasını mahkemeden isteyebilirler. (m. 202/2).
    3. Bağlı şirketin yöneticileri, bu madde hükümleri dolayısıyla pay sahiplerine ve alacaklılara karşı doğabilecek sorumluluklarının tüm hukuki sonuçlarının, bir sözleşme ile üstlenmesini hâkim teşebbüsten isteyebilir (m. 202/5)

HAKİM TEŞEBBÜS KAVRAMI

- Yeni TTK'nın 195. maddesine göre, şirketler topluluğu hakkındaki hükümlere tabi olan teşebbüs, şirketler topluluğuna "hakim" olan teşebbüstür. Yeni TTK açısından, "hakim teşebbüs" kavramı, şirketler topluluğu hukukunun temel amacından hareketle tanımlanmalıdır.
- Yeni TTK bakımından teşebbüs, bağımsız karar alabilme iktidarına sahip olması kaydıyla gerçek kişileri, özel veya kamu hukuku tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği bulunmayan oluşumları kapsamaktadır.
- Yeni TTK'nın 198. maddesinde ise, açıkça hakimiyet şartı aranmayıp, doğrudan teşebbüse sonuç bağlandığından, teşebbüsün hakim konumda olması aranmaz.

27

BENZERLİKLER

- YTK m. 195'te hâkim teşebbüsün tacir sayılacağı düzenlenmiştir. Bu kabul, ticari işletme ile teşebbüs arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Ticari işletme, esnaf işletmesi sınırını aşan düzeyde gelir sağlayıcı faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir (m. 11). Dolayısıyla ticari işletme, ekonomik faaliyeti ifade eder. Oysa 195. maddedeki anlamıyla teşebbüs, ekonomik faaliyeti değil, onu yürüteni ifade etmektedir. Rekabet hukukunda da teşebbüs ile işletme kavramları arasında benzer fark gözlemlenmektedir.

28

FARKLAR

- Rekabet hukukunun temel aktörü olan teşebbüs, RKK'nun 3. maddesinde, ***"piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler"*** olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdaki temel unsurlar, *ekonomik faaliyet yürütme* ve *ekonomik bağımsızlıktır*.

- Rekabet hukukunda benimsenen ***ekonomik faaliyet yürütme ve ekonomik bağımsızlık*** şeklindeki yasal kriterler yeni TTK'da açıkça belirtilmemiştir.
  - Şirketler topluluğu hukuku, piyasa üzerinde bir etkiyi araştırmadığı için, ***ekonomik faaliyet yürütüyor olmak***, şirketler topluluğu hukuku açısından vazgeçilmez bir unsur değildir.
  - ***Ekonomik bağımsızlık*** kıstası ise rekabet hukukunda olduğu gibi şirketler topluluğu hukukunda da aranmalıdır. Zira Yeni TTK'da şirketler topluluğu yönünden önemli olan, hakim şirketin bağlı şirketi kontrol edebilmesidir. Tepedeki teşebbüsün "hakim" konumda olması, onun ekonomik bakımdan bağımsız karar alabilmesini de gerektirir.

29

BİRLEŞME ve DEVRALMALAR-1

- Bir malvarlığının veya işletmenin devri BK. m. 179, Yeni BK. m. 202' de düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, işletme devrini kolaylaştırmak ve devir edilen işletmenin borçlarından sorumluluğu düzenlemektir.
- Şirket birleşmeleri TTK'nın 146 ila 151. maddelerinde ve Yeni TTK 'nın 134 ila 158. maddelerinde düzenlenmiştir.
  - Birleşme ya devralma suretiyle ya da yeni kuruluş yoluyla olabilir m. 136/1
  - Birleşmede devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bütün olarak devir alır ve devrolunan şirket ortakları devralan şirketin paylarını kendiliğinden iktisap eder. Devrolunan şirket ortaklarına payla birlikte veya yalnızca ayrılma akçesi de verilebilir. M. 136/2-3
  - Sırasıyla Birleşme Sözleşmesi, Birleşme Raporu ve Denetleme Raporu hazırlanır. Ortaklara İnceleme Hakkı tanınır ve Birleşme Kararı alınır.
- Ticaret şirketlerinde birleşmenin hukuki sonuçlarının düzenlendiği 153. maddede, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı tutulmuştur.

30

BİRLEŞME ve DEVRALMALAR-2

- Yeni TTK şirket birleşmelerinde, hangi şirketlerin birleşebileceğini, birleşme usulünü, birleşmede devralan ve devrolan şirket ortaklarının haklarını, birleşmenin maddi hukuk yönünden sonuçlarını düzenlemiş, ancak RKK hükümlerini saklı tutmuş olduğundan, birleşme ve devralmalarda eşiklerin aşılıp aşılmadığı, kontrol olgusu, birleşme veya devir alma yoluyla hakim durum yaratma veya hakim durumu güçlendirme gibi hususların tespiti ile bunlara bağlanan yaptırımları tamamen rekabet hukuku alanına bırakmıştır.

31

HAKSIZ REKABETTE YENİ SİSTEM

I - Amaç ve ilke

MADDE 54*-(1)Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*

(2)Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.

- 1926 tarihli Borçlar Kanunu'nda haksız rekabet, rakipler arası bir konu olarak ele alınmış ve "müşterilerin azalması" ve kusur esası üzerinden düzenlenmiştir. BK. m. 48
- 1956 tarihli TTK, haksız rekabeti kısmen rakiplerin dışına da taşımış, haksız rekabet hükümlerinin rakipler dışında tüketicileri, mesleki kuruluşlarını vs.de ilgilendirdiği kabul edilmiştir.
- TTK haksız rekabet sistemini «iktisadi rekabet» ve «suistimal» esası üzerine kurmuştur.
- Yeni TTK haksız rekabet hükümlerinde tamamen değişik ilkeleri içeren yeni bir sistem getirmiştir

32

Yeni TTK'da Haksız Rekabet-Rekabet İlişkisi

Yeni TTK haksız rekabet hükümlerin iki taşıyıcı kolon üzerine oturtmuştur:

1. Bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması
    1. Bütün katılanlara ekonomi, tüketici, taraflar ve kamu dahildir. Rekabet rakipler arası bir iş olmaktan çıkarılmıştır.
    2. Dürüst ve bozulmamış rekabet rekabetin kalitesini ifade eder. Oyunun kanuna, dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak oynandığı, katışıksız, saf ve güven duyulan bir rekabet ortamını ifade eder.
    3. **RKK da bozulmamış, engellenmemiş, kısıtlanmamış rekabeti esas alır ve engellenmiş, bozulmuş ve kısıtlanmış rekabete sonuçlar-yaptırımlar bağlar. Bu yönüyle Yeni TTK'nın haksız rekabet hükümleri ile RKK hükümleri amaç yönünden büyük ölçüde paralellik arz etmektedir.**
2. Dürüst davranış kuralı
    1. TTK sisteminde bir eylemin haksız rekabet oluşturması için hem dürüst davranış kuralını ihlal etmesi hem de iktisadi rekabetin kötüye kullanılması niteliği taşıması gerekir. Yeni TTK'ya göre dürüst ve bozulmamış rekabet ortamında piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenilir, dürüstlük kuralına aykırı davranış bizatihi haksız rekabet oluşturur.
    2. Dürüstlük kuralına aykırılık iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğe ters, aldatıcı, yanıltıcı veya kandırıcı davranışlarla ya da ticari uygulamalarla olur. Bunlar rekabetin işlevsel kurallarını zedeler, rekabetten beklenen sonuçların alınmasını engeller.

33



KONULARI, KURUMLARI, KARARLARI VE SORU(N)LARIYLA BANKACILIK VE REKABET HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. GAMZE AŞÇIOĞLU ÖZ



PLAN

I. Giriş
II. Rekabet Hukukunun Temel Kavramları ile Bankacılığa Bakış: Kavramları-Konuları-Kurumları-Soru(n)larıyla
III. Bankacılık alanında Rekabet Hukuku Uygulamaları
   1. AB Hukukunda
   2. ABD Hukukunda
   3. Türk Hukukunda

GİRİŞ

Sempozyumun bu oturumunun bu bölümünde, bu yıl hem Rekabet Kurumunun ve hem de bankaların gündemini uzun süre meşgul etmiş olan bir konuya yer verilmesi düşünülmüş: Rekabet hukuku kurallarının bankacılık alanında uygulanması Ben bu oturumda bana ayrılan süre içinde bankacılık alanında rekabet hukuku uygulamalarına değineceğim ancak, bankacılık alanında Rekabet Kurulu'nun Mart 2011'de verdiği karara ve ilgili soruşturmaya henüz gerekçeli karar yayımlanmadığından Tebliğ'imde yer vermeyeceğim.

Başlıktan da anlaşılacağı üzere, bankacılık uygulamalarının ABD ve AB'nde hangi yönleriyle rekabet hukuku uygulanmasına konu olduğu, Türk rekabet hukukunun bankacılık alanında nasıl uygulandığı, temel kurum kavramların neler olduğu ve buradan hareketle de ortaya çıkan soru(n)lar üzerinde durulacaktır[1].

Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren enerji, telekomünikasyon, ulaştırma gibi düzenlemeye tabi sektörlerde rekabet hukukunun yoğun olarak uygulanıyor olması, bir yandan konuyu sürekli güncel tutmakta, diğer yandan bu konunun

[1] Bu Tebliğ'de yapılan sunumun daha geniş bir hali 15-16 Ekim 2011 tarihinde Ankara'da, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsünde yapılan Rekabet Kurulu ve Danıştay kararları Sempozyumunda sunulmuş olup, yayına hazırlanmaktadır.

disiplinler arası yönüyle ve sektöre özgü kurallar dikkate alınarak birlikte tartışılmasını gerektirmektedir. Düzenlemeye tabi sektörlerden biri olarak bankacılık alanında da rekabet hukuku uygulamaları pek çok ülkenin gündeminde olan konu başlıklarından biridir.

Örneğin rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında, bankacılık piyasalarının kendine has özelliklerinin etkisi, rekabet-istikrar ilişkisi, sektördeki yoğunlaşmanın rekabete etkisi bankacılık piyasaları için sağlıklı bir rekabet ortamı oluşturulmasında çeşitli kurumların rolü, ilgili pazarların tanımı, vb sorular, yalnız Türk rekabet hukukunun uygulanmasında değil, başka sistemlerde de güncel olan konulardır.

Günümüzde bankacılık piyasalarının düzenli ve etkin biçimde denetlenmesi gerektiği konusu tartışmasız kabul edilmektedir. Çeşitli özellikleri nedeniyle yoğun denetim ve gözetime tabi bir sektör olarak bankacılığın, iyi işleyen bir ekonomik sistemin lokomotifi olması; işletmelerin, büyüme ve inovasyon gibi rekabetçi piyasaların asli unsuru sayılan değerlere, çoğu zaman bankalardan sağlayacakları finansmanla kaynak yaratmaları bankacılıkta rekabetle ilişkili konularda dikkate alınmaktadır.

Finansal piyasaların sınırlarının ulusal sınırları çoktan aşmış olması karşısında, olası bir ulusal krizin, kısa sürede uluslararasılaşma olasılığı da, bankaların makroekonomik sistem içindeki rolünün, ulusal sınırlar ötesinde dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle bankacılık piyasaları, hem kendi iç dinamikleri ve hem de rekabet hukuku kurallarının uygulanması bakımından uluslararası unsurları da olabilecek çok boyutlu tartışmalara yol açacak bir potansiyele sahiptir[2].

Türk hukuku bakımından da bankacılık hukuku bankaların türü, kuruluşu, yapısı, işleyişi ve faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi bakımından kamu hukuku normlarının egemen olduğu[3] ve bankacılık işlemleri bakımından da özel hukuk normlarının uygulandığı, özetle işleyişinin özel hukuk kurallarına ve denetiminin de kamu hukuku kurallarına tabii olduğu (karma) bir alan olarak ortaya çıkmaktadır.

Bankacılık uygulamaları ve bankaların denetlenmesi özel kanunlarla düzenlenmiş olup, bu alan bağımsız bir hukuk dalı olarak değerlendirilmektedir.

[2] Özellikle AB Hukukunda bankacılık hizmetlerinin, sermayenin serbest dolaşımıyla ilişkisi konunun bu yönünü açıkça ortaya koymaktadır.

[3] Bankalar Kanunu ve Merkez Bankası ilkeleri nedeniyle bir bütün halinde kamu hukuku alanına dahil olması gereği de öğretide ifade edilmiştir. Bkz. Tekinalp Ü.; Banka Hukukunun Esasları.

Gerçekten de bu alana ilişkin yürürlükte olan yasa ve idari düzenlemeler ve görevli olan kurumlar, bankacılık konusunun çok sayıda düzenlemeye ve buna paralel olarak da birçok kurumun düzenleme ve denetimine tabi bir alan olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Bankacılık alanında, sektörel düzenleme oldukça yoğundur ve bu düzenlemelerin geçmişi de enerji, telekomünikasyon gibi diğer sektörel düzenlemeye tabi alanlarla karşılaştırıldığında, sektörün ve hizmetin niteliği gereği bankacılık uzun yıllardır özel düzenlemeye tabi olmuştur.

Bankacılık sözleşmelerinde sadece iki taraflı bir hukuki ilişki olmayıp, ürün ve hizmetin çeşitliliğine bağlı olarak üç ve hatta kimi zaman daha çok taraflı hukuki ilişkiler yumağı vardır. Bir de bu süreçlerde (bankacılık düzenleme kurumu, rekabet kurumu, sermaye piyasası kurumu gibi) düzenleyicilerin etkisi dikkate alındığında, yukarıdaki önermeyi doğrulayacak şekilde, bütün bu ilişkilerin ve bunların birbirine etkisinin doğru kurgulanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Rekabet hukuku kurallarının bankacılık piyasalarında uygulanmasına ilişkin olarak yapılacak bir araştırmada öncelikle dikkati çekecek güncel soru(n)lar, ağırlıklı olarak ilgili pazarlardaki yoğunlaşma oranları, rekabet ve istikrar ilişkisi ve son dönemde ekonomik krizlerin etkisiyle AB'nde yeniden önem kazanan devlet yardımlarıdır. Bununla beraber esas itibarıyla bankacılık bu güncel kavramlardan başka, rekabet hukuku temel kavram ve kurumlarının incelenmesi bakımından özellik arz eden bir piyasa olarak kabul edilmelidir.

I. Rekabet Hukuku'nun Temel Kavramları ile Bankacılığa Bakış: Kavramları-Konuları-Kurumları-Soru(n)ları

Bankacılık işlem ve piyasaları gerek hukuki, gerek iktisadi bakımdan ele alınarak çeşitli açılardan incelemeye tabii tutulabilir. Bankacılık alanında yapılacak bu inceleme, incelemenin amacı ve işlevine göre hukukun diğer alanlarıyla, bazısı iktisadi kurum ve kavramlarla yoğun olarak ilişkilidir. Rekabet hukuku açısından yapılan bir incelemede ise rekabet hukukunun yapısına da uygun olarak konunun hem iktisadi ve hem de hukuki yönünün dikkate alınması gerekebilir. Bu nedenle rekabet hukukunun en temel kavramlarından biri olan pazar kavramı incelenirken, piyasanın nasıl işlediği kadar, hangi kuralların piyasayı nasıl şekillendirdiğinin de öncelikle belirlenmesi gerekir.

Bankacılık alanında rekabet hukukunun uygulanmasının hukukun diğer alanlarıyla ilişkisi ele alındığında, rekabet hukuku uygulamaları gündeme gelmeden çok daha önce, sistemin işleyişi gereği bankacılık uygulamalarının temelinde var olan rekabet yasağı ve haksız rekabet gibi -antitröst hukuku olarak

dar anlamda ele alındığında rekabet hukukunun konusu dışında kalabilecek- ancak uygulama alanları bakımından örtüşen ve bazen de çatışabilen konular, bankacılık söz konusu olduğunda rekabet hukukunun daha geniş bir perspektifte ele alınmasını gerektirebilir. Nitekim Rekabet Kurulu tarafından bankacılık alanında yürütülen son soruşturmada ileri sürülen hususlar ve işletmelerin savunmaları da bu tespiti teyit eder niteliktedir.

Bankacılık piyasalarındaki rekabetçi yapı ve bunun belirleyenleri doğal olarak iktisatçıların çalışmalarına sıkça konu edilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere öğretide bankacılık ve rekabet kavramları birlikte incelendiğinde karşılaşılan çalışmalar, özellikle bankacılıkta yoğunlaşma oranları ve bunun piyasanın rekabetçi yapısı üzerindeki etkisi ile rekabet-istikrar ilişkisi üzerine yoğunlaşmaktadır[4]. Bankacılık alanında rekabet konusu özellikle iktisatçıların ampirik çalışmalarına da konu olan ve daha çok yoğunlaşma oranları ile son yıllarda da dünyanın gündemini meşgul eden finansal krizlerle de ilişkilendirilerek, piyasada istikrar-rekabet ilişkisinin ele alındığı bir alan olmuştur. Ancak öğretide ve uygulamada bu konuda bir görüş birliği olmadığı da yapılan tespitler arasındadır.

Bankacılık piyasalarında rekabet-istikrar ilişkisi, ilgili pazarlarda rekabetin istikrara potansiyel olumsuz etkilerinin tespiti ve bunları düzenleme fonksiyonuyla bertaraf etme çabası, teorik ve pratik olarak tartışılan konuların başında gelmektedir. Örneğin Türkiye'de bankacılık sektöründe rekabet-istikrar ilişkisine dair 1990-2008 yılları arasına ilişkin bir çalışmada, bankacılık piyasalarında makroekonomik koşulların, bankacılıkta mülkiyet yapısının, kamu veya özel ayrımının önemli olduğuna işaret edilmiştir[5].

İngiltere'de de 2010 yılında rekabet-istikrar ilişkisi üzerine yapılan araştırmalardan birinde bankacılık sektöründe mali istikrar ve rekabet ilişkisini araştırmakla görevli bir Komisyon oluşturulmuş ve bu Komisyon hazırladığı raporda bankalar arası yoğun rekabetin karlılığı azaltabileceği ve daha fazla risk almayı teşvik edebileceği gerekçesiyle, bir yandan rekabeti mali istikrar bakımından olumsuz olarak nitelendirmiş, ancak bazı hallerde bunun tam tersinin de doğru olabileceğine işaret etmiştir. İngiltere'de bankacılık piyasasında yapısal

[4] V. Cerasi, B. Chizzolini, M. Ivaldi; The impact of mergers on the degree of competition in the banking industry; s.1-29; [http//ssrn.com/abstract=15220006]; Emek U;

[5] OECD Roundtable on Competition, Concentration and Stability in the Banking Sector; Turkey, 27 January 2010 (www.rekabet.gov.tr). Emek U.; Bankacılık Sisteminde Rekabet ve İstikrar İkileminin Analizi: Türkiye Örneği, MBV Yayınları: 34, Tezler Dizisi: 16, Ankara 2007.

önlemlere başvurmak gerekip gerekmediği bu Komisyon çalışmalarını tamamladığında ortaya konulacaktır[6].

Bu ve benzeri çalışmalarda ortaya konulan ortak düşünce, rekabet hukuku alanında yapılacak düzenleme ve uygulamaların bankacılık piyasasının özelliklerini dikkate alarak sektörün istikrarlı işlemesi hedefine zarar vermemesi ve bu hedefi desteklemesi gerektiğidir.

II. Bankacılık alanında Rekabet Hukuku Uygulamalarına Örnekler

1. AB'nde

AB'nde bankacılık alanında AB rekabet hukuku kurallarının uygulanmasının gösterdiği gelişim ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Zira bir yandan AB rekabet kurallarının uygulanması, bir yandan da serbest dolaşım ilkelerinin tümüyle hayata geçirilmesi projesi, bir çatışma olmadan eş zamanlı olarak nasıl uygulanabilecektir?

Bu soruya cevap; AB'nde bankacılık hizmetleri pazarında gerçekleşen rekabet ihlallerine karşı AB Komisyonunun harekete geçerek soruşturma açtığı ve böylece serbest dolaşım ilkelerinin konusu olan sermayenin serbest dolaşımının konusu olan bankacılık hizmetlerinin rekabet kurallarının uygulanmasından istisna tutulmadığının karara bağlandığı Züchner kararıdır[7].

Karara konu olayda ilgili Alman bankası, bankaların, ekonomik sistem içindeki rolü nedeniyle, genel ekonomik çıkarlara hizmet eden kurumlar olarak değerlendirilmesi ve böylece Roma Antlaşmasının o zaman yürürlükte olan 90.maddesinde yer alan istisna kapsamında değerlendirilebilmesi gerektiği görüşüyle rekabet kurallarının bankalara uygulanmaması gerektiğini savunmuş, Adalet Divanı ise bankaların ekonomik sistem içindeki önemini ve işlevini kabul ederken, sırf bu nedenle AB rekabet hukuku kapsamı dışında tutulamayacaklarına hükmetmiştir. Züchner'le ortaya konan AB politikası; bankacılığın da içinde olduğu sermayenin serbest dolaşımına ilişkin ilkelerin, Topluluğun –o yıllardaki- öncelikli hedefi olduğunun kabul edildiği, ancak bununla birlikte rekabet politikası bakımından da bankacılık hizmetlerinin istisna tutulmadığı yönündedir. Züchner'den sonra Komisyon bankacılık alanında kendisine bildirilen anlaşmalara büyük bir çoğunlukla muafiyet tanımış ve herhangi bir yaptırım uygulamamıştır. Bu yaklaşım da esas itibarıyla o yıllarda öncelikli amacın rekabet olmamasından hareketle, AB'nde istisnai bir örtülü alan yaratılıp yaratılmadığı sorusunu akla getirmektedir. Zira 1970'li yılların ikinci yarısına kadar AB'nin önceliği rekabet

[6] R. Bull and M. Schonberg, UK Banking Comission to consider competition and reform; 27 September 2010, Global Competition Law Review.
[7] Case C-172/80, Gerhard Züchner V Bayerische Vereinsbank AG [1981] ECR 2021.

hukuku kurallarının uygulanmasından ziyade serbest dolaşım ilkelerinin gerçekleştirilmesi olmuştur.

1980-2001 arasında, serbest dolaşıma öncelik verilmiş gibi yorumlanabilecek ve bu nedenle toleranslı bir döneme işaret eden bu süreci, 2000'li yıllarda önceliğin bankacılık alanında sektör araştırmalarına ve soruşturmalara verildiği bir dönemin takip ettiği söylenebilir. AB Komisyonu 2005 yılında biri bireysel bankacılık hizmetleri, diğeri sigortacılık alanında olmak üzere iki kapsamlı sektör araştırması yapmıştır. Bu sektör araştırmalarını takiben 2007 yılında yayımladığı nihai Raporda Komisyon, bankacılık alanında pazara giriş engellerinin yüksek; pazarın ulusal sınırlarla bölünme riskiyle karşı karşıya ve ödeme sistemleri pazarında yoğunlaşma oranlarının yüksek olduğunu; bunlara ek olarak bazı üye devletlerde fiyatlandırma politikalarının yakınlık arz etmesinin de rekabet hukuku bakımından sorunlu alanlar arasında sayılması gerektiğini tespit etmiştir.

AB Komisyonu tarafından 2001-2010 yılları arasında bu piyasada alınan kararların konuları çeşitlilik arz etmekte, çoğu yatay anlaşmalara yönelik olmakla beraber, 102.maddenin ihlali iddiaları da incelenen konular arasında yer almaktadır. Kararlara kısaca yer verecek olursak;

MasterCard Europe/International kararında[8], Avrupa Ekonomik Alanında, Mastercard ve Maestro kredi kartlarının kullanıldığı uluslararası işlemlerde, perakendeciler tarafından kart kabul ücretleri, muafiyet hükümlerinden yararlanamayacak şekilde arttırılmış olduğundan, ilgili işletmelerin ABİA'nın 101.maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir.

Groupement des Cartes Bancaires[9] kararında soruşturmaya konu bankalar, banka kartlarının çıkarılması konusunda pazara daha düşük fiyatla girmek isteyen aktörleri engellemek amacıyla, yeni nesil kartların çıkarılmasını sınırlandırmak suretiyle, Fransız pazarını paylaştıkları gerekçesiyle ABİA'nın 101.maddesini ihlal iddiasıyla soruşturmaya muhatap olmuşlardır.

VISA Association[10] *k*ararında ise, Visa objektif bir haklı neden olmaksızın, bir başka piyasa aktörünü (Morgan Stanley), yönetim kurulu kararıyla VISA ağı dışında bırakmak konusunda, YK'na yetki vermiş ve bu yetkinin kullanılmış olması nedeniyle de rekabet kurallarını ihlal ettiği tespit edilerek Visa hakkında para cezasına karar verilmiştir.

[8] Case COMP/38096.
[9] Case COMP/38606.
[10] Case COMP/37860.

Clearstream Banking AG[11] kararında Clearstream'in, Euroclear Bank'a sınır ötesi takas ve uzlaşma hizmetleri vermeyi reddetmesi ve Euroclear'a ayrımcı fiyatlar uygulaması soruşturmaya konu olmuştur. Karara konu piyasada muhtemelen bir sektör araştırmasının da henüz yapılmamış olması nedeniyle, önceki kararlarının aksine Komisyon para cezasına hükmetmekten imtina etmiş, şirketin ilgili davranışlarının rekabet hukukuna uygun hale getirilmesi yönünde uyarılmasıyla yetinmiştir.

Bu kararından da hareketle Komisyonun, temelinde ilgili pazarları ayrıntılı olarak incelemesine ve piyasanın duyarlılık ve sorunlarına ayrıntılı olarak vakıf olmasına imkan veren bir sektör araştırması olmadan ceza verme eğiliminde olmadığı söylenebilir.

Yukarıda özetlenen Komisyon kararlarının yanı sıra bankacılık alanında AB içtihatlarının oluşmasına imkan veren Avrupa Adalet Divanı Kararları da mevcuttur.

Züchner davasından çok sonra Adalet Divanı önüne gelen *Carlo Bagnasco and Others v. Banca Popolare di Novara and Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA*[12]; Alman Bankaları *(German Banks*) ve *Lombard Club* davalarında, artık rekabet hukuku kurallarının bankalara uygulanabilirliği tartışılmamıştır.

Lombard Club[13] kararı sekiz Avusturyalı bankanın Avusturya'da çok sayıda bankacılık ürününün fiyatlandırması konusunda uzun süreli fiyat anlaşması yapması üzerine yapılan soruşturmada Komisyon kararı 124 milyon Euro para cezasına hükmetmiştir. Kararın dava edilmesi üzerine 2006 yılında Avrupa İlk Derece Mahkemesi de Komisyonu haklı bulmuş ancak soruşturulan bankalardan biri hakkında verilen para cezasının indirilmesine karar vermiştir.

Finansal piyasaları ilgilendiren çok daha yakın tarihli (29 Nisan 2011) soruşturma da, ABİA 101 ve 102.md.'nin ihlali iddiasıyla Kredi Temerrüt Takas (KTT) Piyasası (*Credit Default Swaps*) uygulamalarına ilişkin olarak açılan iki ayrı soruşturmadır. KTT pazarında faaliyet gösteren 16 yatırım bankası hakkında önemli bilgileri sadece tek bir işletmeye (*Markit*) sağlıyor olmaları nedeniyle, bu uygulamanın birlikte hakim durumun kötüye kullanılması ve/veya uyumlu eylem yoluyla rekabetin bozulmasına sebep olup olmadığı konusunda inceleme başlatılmıştır. Kredi Temmerrüt Takas Merkezi (*Clearing House*) ile ilgili olarak dokuz KTT işlemcisiyle ICE Clear Europe arasındaki anlaşmanın diğer takas

[11] Case COMP/38096.
[12] Joined Cases C-215/96 Carlo Bagnasco and Others V BancaPopolare di Novara soc. Coop arl. And Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA [1999] ECR1-135.
[13] Commission Decision of 11 June 2002 (Case COMP/36.571/D-1: Austrian banks -'Lombard Club')

merkezlerini dışlayıcı olup olmadığı ve ICE Clear Europe'un ücretlendirme politikasının, bu dokuz işlemci lehine ayrımcılık olduğu iddiasıyla açılan soruşturma da devam etmektedir.

AB'ne üye devletlerden Fransa'dan güncel bir örnek de geçtiğimiz yıl Fransız Rekabet Kurumu'nun, aralarında Credit Agricole, BPCE, Societe Mutuel, HSBC ve Bank of Finance'in de olduğu 11 Fransız Bankası hakkında; çek hizmetlerinden talep edilen komisyona ilişkin fiyat anlaşması yaptıkları gerekçesiyle adı geçen bankalar hakkında toplam 385 milyon Euro para cezasına hükmettiği kararıdır[14].

2. ABD'nden Örnekler

ABD'nde bu konuyla ilgili kararların en güncel olanı, finansal hizmetler alanında ilgili düzenleyici kurumların yetkilerinin tartışıldığı, *Credit Suisse* kararıdır. *Credit Suisse* kararında Yüksek Mahkeme, rekabet hukuku kurallarının sektörel düzenlemeye tabi bir alan olan finansal hizmetler piyasasında uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Karara konu olayda bir grup yatırımcı, ABD'lerindeki büyük kurumsal yatırımcılar aleyhine, halka açılan teknoloji piyasalarındaki hisse satışlarında, eyalet ve federal rekabet yasalarına aykırı anlaşmalar yapmış oldukları iddiasıyla dava açmışlardır.

Yapılan savunmalarda ve Sermaye Piyasaları ve Borsalar Komisyonunun *(Securities and Exchanges Commission-SEC)* görüşünde, iddia edildiği şekilde bir ihlal var olsa dahi bu alanda münhasıran Sermaye Piyasaları ve Borsalar hakkındaki mevzuatın uygulanması gerektiği ileri sürülerek, ihlale uygulanacak hukuk ve kurumların yetkileri tartışılmıştır.

Bölge Mahkemesi kararında ilgili mevzuatı; *"...Kongre'nin (yasa koyucunun), menkul kıymetler hukukuna tabi olan ilgilileri, rekabet hukukundan muaf tuttuğu yönünde bir iradesi olmadığı..."* şeklinde yorumlayarak davayı reddetmiştir.

Yüksek Mahkeme ise kararında, *"...Kongre (yasa koyucu) bu konuyu yasal düzenlemede açıkça düzenlememiş olsa dahi, (menkul kıymetler piyasalarını düzenlemek için kurulmuş olan) SEC'in kuruluşunun, düzenlemeye tabi menkul kıymetler piyasalarını zımnen rekabet otoritesinin inceleme yetkisi dışına çıkardığı....."* şeklinde yorumlamıştır.

[14] Fransız Rekabet Otoritesi'nin 20 Eylül 2010 tarihli kararı.

ABD hukuku ve Yüksek Mahkeme kararları bakımından bu kararın, gerçek bir devrim (*genuine revolution)* olarak nitelenmekten çok, bir gelişme (*evolution*) olarak nitelenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Zira *Credit Suisse* kararı yüksek mahkemenin düzenlemeye tabi başka bir sektörde verdiği önceki tarihli bir kararında yer alan yaklaşımıyla uyumlu bir karar olduğuna ilişkin yorumlar yapılmaktadır.

Son olarak ABD Rekabet Hukukundaki güncel gelişmelerden kısaca bahsetmek gerekirse; 4 Ekim 2010'da Adalet Bakanlığı, American Express, Visa ve Mastercard hakkında, üye işyerlerini, tüketici indirimleri, ödül sistemleri önermekten ve kartların maliyetleri konusunda bilgi sahibi olmaktan alıkoymaları nedeniyle rekabet kurallarını ihlal ettikleri iddiasıyla bir dava açmış, web sitesinde Visa ve Mastercard'la uzlaşma için hazırlıkların yapıldığı ve uzlaşma koşullarının da Mahkeme'nin onayına sunulacağını duyurmuştur.

3. Türk Rekabet Hukukunda

Bankacılık hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi çok sayıda hukuki düzenleme ile çeşitli kurumların bu alanda bir arada görevli ve yetkili olması sonucunu doğurmuştur. Türk hukukunda bankacılık alanında Merkez Bankası, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu; Sermaye Piyasası Kurumu, Maliye Bakanlığı'nın yanı sıra son yıllarda bu alandaki kararlarına bakıldığında, bu kurumlar arasında Rekabet Kurumu'nu da eklemek gerekir. Görev ve yetki alanları ilgili özel düzenlemelerle belirlenmiş olmakla beraber, izlenen politikaların birbiriyle uyumlu ve kararların da çatışmaması gereği söz konusu kurumların etkileşim içinde olmasını gerektirmektedir.

Bankacılık hizmetleri ve bu piyasanın Rekabet Kurumu gündemine gelmesi, son yıllardaki soruşturma kararlarından çok daha önce, 2000'li yılların başında Rekabet Kurumunun kuruluşunu takip eden ilk yıllara denk gelmektedir[15].

[15] Ö.F.Çolak; Bankacılık Sektöründe Birleşme Eğilimleri ve Türk Bankacılık Sektörü, Perşembe Konferansları, Nisan 2000; G. Sak; Mali Sistem ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Haziran 2000; O. Güzel; AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektöründe Uygulanması, Rekabet Kurumu Yayını Lisansüstü Tez Serisi No. 10, 2003; H. Akkaya Karayol; Kartlı Ödeme Sistemlerinde Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını; OECD Working Party No. 2 on Competition and Regulation; Enhancing the Role of Competition in the Regulation of Banks-Turkey- 4 February 1998; Competition and Efficient usage of Payment Cards (Turkey) dated 1 June 2006; Competition and Regulation in Turkey on Retail Banking in Turkey dated 28 September 2006; Competition and Financial Markets in Turkey dated 16 February 2009; Roundtable on Competition, Concentarion and Stability in the Banking Sector dated 27 January 2010.

Rekabet Kurulu'nun bankacılık hizmetlerine ilişkin olarak Kanunun 4.maddesinin dikey anlaşma yoluyla ihlal edildiğine ilişkin kararında Kurul, taksitli kredi kartlar pazarında faaliyet gösteren bankaların gıda ve akaryakıt sektörlerinde taksit uygulamalarına centilmenlik anlaşması yaparak ve Türkiye Bankalar Birliği ("TBB") nezdinde karar almak suretiyle son verdikleri ve böylece rekabeti bozduklarına ilişkin şikayet üzerine yapılan inceleme yapmış ve delil yetersizliği ve TBB'nin de bu yönde bir kararı olmaması gerekçesiyle soruşturma açılmamasına karar verilmiştir[16].

Rekabet Kurulu TBB'nin, bankaların vadesiz hesapların açılması ve izlenmesi nedeniyle oluşan maliyetlerini müşterilerine yansıtmalarının amaçlandığı, yapılan çalışmalar sonucu sektör ortalamasını gösterir asgari bir rakamın önerildiği ve bu yöndeki yönetim kurulu kararının bir tavsiye kararı olduğu ve birlik üyelerini bağlayıcı nitelikteki bir mesleki tanzim kararı olmadığı yönündeki savunmasına karşılık; Rekabet Kurulu TBB kararının rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin bulunmamasına karşın, asgari tutar belirtilmesinin 4054 sayılı Kanun çerçevesinde uygun olmadığı, tavsiye mahiyetinde dahi olsa bankalara bu şekilde bir bildirimde bulunulamayacağı hususunda TBB'nin bilgilendirilmesine karar vermiştir.

Teşebbüs birliği kararlarının da Rekabet Kanunu kapsamında olduğuna ilişkin bir örnek olarak Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikasının şikayeti üzerine açılan soruşturmada bankaların, Bankalar Arası Kart Merkezi bünyesinde bir araya gelerek, takas komisyonu oranlarını belirlediği yönünde yapılan incelemede Rekabet Kurulu, Bankalararası Kart Merkezi'nin takdiren asgari para cezası ile cezalandırılmasına, ancak belirli koşulların sağlanması halinde ortak takas komisyonu belirlenmesine ilişkin uygulamaya belirli bir süre muafiyet tanınabileceğine karar vermiştir[17].

Rekabet Kurulu'nun Kanunun 4. 5. ve 7.maddelerinin uygulamasına ilişkin olarak, bir dizi karar alarak aynı uygulama (sözleşme hükmü) için önce menfi tespit kararı verip, daha sonra koşullu izin kararını takiben açılan soruşturmada, dikey anlaşmanın yararlandığı grup muafiyetinin kaldırılması ve 4.maddenin ihlal edilmiş olduğuna ilişkin kararı da bankacılık alanında o dönemde uygulama alanı bulan taksitli kartlar piyasasında uygulanan münhasırlık hükmüne ilişkin bir karardır[18].

[16] Rekabet Kurulu'nun 28.6.2005 tarih ve 05-41/598-152 sayılı Kararı.
[17] Rekabet Kurulu'nun 1.7.2005 tarih ve 05-43/60-153 sayılı Kararı.
[18] Rekabet Kurulu'nun 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Kararı

Sonraki yıllarda Rekabet Kurulu gerek rakipler arasında olan gerek rakipler arasında olmayan çok sayıda anlaşma hakkında muafiyet kararı vermiştir[19].

Birleşme ve devralmalar açısından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda belirtilmiş herhangi bir istisnai sektör veya piyasa yoktur. Bununla beraber Rekabet Kanununun uygulanmasından açıkça istisna tutulmuş tek alan birleşme ve devralmaların kontrolü bakımından banka birleşme ve devralmalarıdır. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 19.maddesinde *"..Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz"* hükmü yer almakta olduğundan Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olan banka birleşme ve devralmalar, yukarıdaki tanımın dışında kalan birleşme ve devralmalardır.

Yukarıda örnekleme yoluyla yer verilen Kurul kararlarına bakıldığında özellikle muafiyet ve birleşme ve devralma kararlarında, Kurul'un bankacılık hizmetleri alanında gelişen ihtiyaçları, teknolojik yenilikler ve bankacılık hizmetlerinin çeşitliliğini dikkate alarak ayrıntılı pazar tanımları yaptığı görülmektedir.

Buna karşın kurumlar arası etkileşim ve rekabet savunuculuğu açısından konuya yaklaşıldığında, Rekabet Kurumu'nun bu alanda bir karar almadan önce, özellikle sözkonusu uygulamalar sektöre özgü düzenlemelerle de ilişkili ise bankacılık alanında yetkili ve görevli, üstelik denetim konusunda da geniş yetkileri haiz BDDK ve diğer kurumlarla etkileşim içinde olduğu, yani rekabet savunuculuğu mekanizmasının işletilebildiği karar olup olmadığı karar metinlerinden anlaşılamamaktadır.

Bankacılık alanında Rekabet Hukuku uygulamaları diğer sektörlerle karşılaştırıldığında rekabet hukuku uygulaması bakımından istisnai bir alan oluşturmasa da uygulanmasında belirli hassasiyetlerin ve önceliklerin olduğu tartışmasız kabul edilen bir alandır. Bu alandaki kamu hukuku düzenlemelerinin yoğunluğu da piyasaların işleyişini yönlendiren düzenlemelerdir. Yukarıda da belirtildiği gibi bankacılık alanındaki kurumlar, çok ve çeşitli olup, bunların görev

[19] BKM'nin OTK belirlemesine koşullu muafiyet kararları (2008, 2009); RK 05.08.2010 tarihli Garanti Bankası-Eurobank; RK 30.07.2004 tarihli Garanti Bankası-THY; RK 14.08.2008 tarihli YKB ve Anadolu Bank; RK 15.07 tarihli Garanti Bankası-Migros; RK 24.4.2006 tarihli Oyakbank-Kent Kart; RK 13.04.009 tarihli Akbank-CarrefourSa; RK 5.7.2009 tarihli Garanti Bankası-Migros kararları.

ve yetkileri kimi zaman örtüşmekte, kimi zaman birbirini tamamlar nitelikte kimi zaman da çatışabilir niteliktedir. Yetki konusundaki bu belirsizlik bazı durumlarda ilgili kurumların uygulamalarıyla çatışmayı bertaraf etmekteyken, bazı hallerde de yargı kararlarına konu olmaktadır.

Örneğin düzenlemeye tabi alanlardan biri olarak ilaç piyasasında denetim konusunda yetkili kurumların yetki alanlarına ilişkin güncel bir örnek, Danıştay 13. Dairesinin Rekabet Kurulu'nun 10.07.2007 tarihli (TEB) kararına ilişkin iptal kararıdır. Rekabet Kurulu'nun TEB Hakkında, TEB tarafından protokolde belirlenen iskonto oranın tüm yurtta uygulanmak suretiyle rekabetin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı, bunun da Kanunun 4.maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle vermiş olduğu kararı[20], Danıştay 13. Dairesi iptal etmiştir[21]. Kararda Danıştay 13. Daire *"Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu belirtilen, TEB karar ve uygulamalarının, Birliğin kendi görev alanına giren bir konudaki yasa maddesinin uygulanmasından kaynaklandığının öne sürülmesi nedeniyle; söz konusu karar ve uygulamaların Birliğin görev alanını belirleyen 6643 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilerek mevzuata ve hukuka uygunluğunun saptanması, dolayısıyla konunun açılacak bir iptal davasında incelenmesi gerektiğinden, Rekabet Kurulu'nun yetkisi olmadığı…"* yönünde karar vermiştir.

Bankacılık alanında da görevli ve yetkili kurumların çok ve çeşitli olup, görev ve yetki alanların yakınlığı ve birbirini tartışmasız etkileyebilir nitelikte olması, özellikle düzenlemeye tabi bir piyasa olması, rekabet hukukunun son yıllardaki en önemli konu başlıklarından birini kurumlar arası koordinasyonu ve Rekabet Savunuculuğu imkanını ve araçlarını bankacılık hizmetleri piyasası bakımından tartışmayı gerektirmektedir.

Bu çerçevede sektör araştırmasının önemi genel olarak ve özellikle de bankacılık hizmetleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Özellikle Rekabet Kurumu tarafından yürütülen ve Mart 2011'de karara bağlanan, kısaca "maaş promosyonları" soruşturması olarak anılan yakın tarihli soruşturma da göstermiştir ki, Kurum uzmanlarının sektörü tanıma ve öğrenme süreci soruşturma süreçlerine tabi ve bununla sınırlı olmamak gerekir. Zira böyle bir durumda sektörün işleyişinin tabi olduğu kural ve dinamikler gerek süre kısıtı, gerek tek yönlü bakış açısının olumsuz sonuçları etkisiyle, gereği gibi incelenemediğinden ortaya tartışmalı kararlar çıkma olasılığı artmaktadır.

[20] Rekabet Kurulu'nun 10.07.2007 tarih ve 07-58/674-233 sayılı kararı.
[21] Danıştay 13. Daire E. 2007/13980 K. 2010/7119 no'lu karar.

Bu nedenle tamamlanan karar süreçleri, bir yandan bankalar bakımından maliyetli öğrenme süreçleri ortaya çıkarırken, Rekabet Kurumu bakımından da bazı gerekliliklere işaret etmelidir. Bankacılık alanında yapılan incelemeler, bir yandan kurumlar arası diyalogun zorunluluğuna işaret ederken, özellikle bankacılık gibi sektörler bakımından da, Rekabet Kurumu'nun hatalı müdahalesi veya müdahaleden hatalı olarak kaçınması gibi riskleri en aza indirgeyebilecek ve piyasada faaliyet gösteren aktörleri de yönlendirecek işlevleri olan sektör araştırmalarına, kurumsal süreçler arasında öncelik verilmesini sağlamalıdır.

Konuları, Kurumları, Kararları ve Soru(n)larıyla Bankacılık ve Rekabet Hukuku

YRD. DOÇ. DR. GAMZE AŞÇIOĞLU ÖZ
ODTÜ İİBF
AÜHF

6 Mayıs 2011
Kapadokya Meslek Yüksek Okulu
Ürgüp
NEVŞEHİR

Plan

I. Giriş
II. Kavramları-Konuları-Kurumları :
   I. Sektör olarak Bankacılığın ve Banka Hukukunun Temel Özellikleri ve Rekabet Hukukunun Temel Kavramları
   II. Kararlarıyla
      1. AB Rekabet Hukukundan
      2. Üye Devlet Hukuklarından
      3. ABD Hukukundan
      4. Türk Rekabet Hukukundan Örnekler
III. Soru(n)ları ??

Banka Hukuku

- Bankaların türü, kuruluşu, yapısı, işleyişi ve faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi bakımından ➤ Kamu hukuku normları
- Bankacılık işlemleri ➤ Özel hukuk normları
- BanK. ve MB ilkeleri nedeniyle bir bütün halinde kamu hukuku alanına dahil olması (Tekinalp Ü.; Banka Hukukunun Esasları)
- Özel kanunla düzenlenmiş
- Bağımsız bir hukuk dalı

9/21/2011 3

Rekabet Hukuku'nun Temel Kavramları ile Bankacılığa Bakış

- Düzenleme ve denetime (Regülasyon) tabi
- Temel özellikleri gereği benzerlik ve farklılıkları : rekabet-haksız rekabet-rekabet yasağı; BDDK; TBB görev ve yetkileri
  - Doğal tekel piyasalardan farkı
  - Aktör sayısı ve büyüklüğü
  - Güven unsuru
  - Rekabet-istikrar ilişkisi
  - Banka Hukukunun Niteliği

9/21/2011 4

Rekabet Hukukunun Temel Kavramlarıyla Bankacılığa Bakış

- Düzenlemelerin ve kurumların niteliği ve çeşitliliği (TMB, BDDK, SPK, Maliye Bk., RK)
- Bankacılık Hizmetlerinin çeşitliliğine göre çok taraflı hukuki ilişkiler
- Rekabet-İstikrar
- Devlet yardımları
  - AB'nde kriz döneminde
  - Türkiye'de

9/21/2011 5

5411 sayılı BanK. Ve BDDK

- Bankacılık faaliyetlerinin düzenlenmesi ve bankaların denetlenmesi :
  - 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
- BanK. 65.md. *"Bu Kanun kapsamındaki kuruluşlar ve bunların faaliyetleri, Kurumun denetim ve gözetimine tâbidir."*
- BanK. 95. md. Gereği görev ve yetkileri sadece BanK. kapsamındaki işlemlerini denetleme değil; bankaların diğer kanunlara uygun davranıp davranmadığını denetleme görevi de bulunmaktadır.

9/21/2011 6

Bankacılık piyasalarında rekabet

- İstikrar önceliği-Rekabet ilişkisi
- Rekabete duyarlılık
- Makroekonomik koşulların etkisi (Ör BanK. 19)
- Mülkiyet yapısı (kamu-özel bankacılık)
- Ürünlerin çeşitliliğine göre ilgili pazar tanımları
- Hizmetlerin ve Sermayenin serbest dolaşımı
- Krizlerin Uluslar-arasılaşması

REKABET KURUMU'NUN GÜNDEMİNDE BANKACILIK:

- Ö.F.Çolak; Bankacılık Sektöründe Birleşme Eğilimleri ve Türk Bankacılık Sektörü, Perşembe Konferansları, Nisan 2000;
- G. Sak; Mali Sistem ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Haziran 2000,.
- O. Güzel; AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektöründe Uygulanması, Rekabet Kurumu Yayını Lisansüstü Tez Serisi No. 10, 2003;
- H. Akkaya Karayol; Kartlı Ödeme Sistemlerinde Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını
- OECD Working Party No. 2 on Competition and Regulation; Enhancing the Role of Competition in the Regulation of Banks-Turkey- 4 February 1998;
- Competition and Efficient usage of Payment Cards (Turkey) dated 1 June 2006;
- Competition and Regulation in Turkey on Retail Banking in Turkey dated 28 September 2006;
- Competition and Financial Markets in Turkey dated 16 February 2009
- Roundtable on Competition, Concentarion and Stability in the Banking Sector dated 27 January 2010.

Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Alanında Uygulanması

RKHK 4.md: Yatay ve dikey anlaşmalar, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları

RKHK 5.madde: Dikey anlaşmalar, Muafiyet Menfi tespit kararları

RKHK 6.madde :Hakim durumun kötüye kullanılması

RKHK 7.madde: Birleşme ve devralmaya izin

Yatay Anlaşma RKHK 4.md.

Maaş ödeme sistemlerindeki promosyonlar hakkındaki kararı

Soruşturmaya muhatap olan bankalar hakkında para cezası (3 Mart 2011)

Gerekçeli Karar bekleniyor…

Centilmenlik Anlaşması ve Teşebbüs Birliği Kararı

Taksitli kredi kartlar pazarında faaliyet gösteren bankaların gıda ve akaryakıt sektörlerinde taksit uygulamalarına **centilmenlik anlaşması yaparak** ve

TBB nezdinde karar almak suretiyle son verdikleri ve böylece rekabeti bozduklarına ilişkin şikayet üzerine yapılan incelemedir.

Kurul : Delil yetersizliği ve TBB'nin de bu yönde bir kararı olmaması gerekçesiyle soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.

(RK'nun 28.6.2005 tarih ve 05-41/598-152 sayılı kararı)

Teşebbüs Birliği Kararı Türkiye Bankalar Birliği

- TBB'nin:
  - bankaların vadesiz hesapların açılması ve izlenmesi nedeniyle oluşan maliyetlerini müşterilerine yansıtmalarının amaçlandığı,
  - yapılan çalışmalar sonucu sektör ortalamasını gösterir **asgari bir rakamın önerildiği**,
  - Bu yöndeki Yönetim Kurulu kararının bir tavsiye kararı olduğu ve birlik üyelerini bağlayıcı nitelikteki bir mesleki tanzim kararı olmadığı yönündeki savunmasına karşılık:

TBB Kararı

Rekabet Kurulu :

TBB kararının rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin bulunmamasına karşın,

asgari tutar belirtilmesinin 4054 sayılı Kanun çerçevesinde uygun olmadığı, tavsiye mahiyetinde dahi olsa bankalara bu şekilde bir bildirimde bulunulamayacağı hususunda TBB'nin bilgilendirilmesine karar vermiştir.

RK'nun 1.8.2002 tarih ve 02-46/563-229s. kararı

Teşebbüs Birliği Kararı
BKM Kararı (RKHK 4 ve 5.md)

Şikayetçi: Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikası

Bankalar Arası Kart Merkezi (BKM)

Konu: Bankaların, BKM bünyesinde bir araya gelerek takas komisyonu oranlarını belirlediği

Karar: BKM'nin takdiren asgari para cezası ile cezalandırılmasına, ancak belirli koşulların sağlanması halinde ortak takas komisyonu belirlenmesine ilişkin uygulamaya belirli bir süre muafiyet tanınabileceğine karar vermiştir.

RK'nun 1.7.2005 tarih ve 05-43/60-153 sayılı Kararı

Menfi Tespit-Koşullu İzin-Dikey Anlaşma-Muafiyetin Kaldırılması- İzin-İhlal RKHK 4. ve 5. ve 7. maddeleri

Taksitli Kartlar pazarında faaliyet gösteren Benkar'ın ve soruşturma sırasında Benkar'ı devralan HSBC'nin, üye işyeri sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü hükümlerinin, Kanunun 4. ve 5.maddelerine aykırı olup olmadığı hakkında

(RK'nun 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Kararı)

Menfi Tespit ve Muafiyet Kararları (RKHK 5.madde)

1. BKM'nin OTK belirlemesine koşullu muafiyet kararları (2008, 2009)
2. RK 05.08.2010 tarihli Garanti Bankası-Eurobank
3. RK 30.07.2004 tarihli Garanti Bankası-THY
4. RK 14.08.2008 tarihli YKB ve Anadolu Bank
5. RK 15.07 tarihli Garanti Bankası-Migros
6. RK 24.4.2006 tarihli Oyakbank-Kent Kart
7. RK 13.04.009 tarihli Akbank-CarrefourSa
8. RK 5.7.2009 tarihli Garanti Bankası-Migros

Birleşme ve devralmalar
(RKHK 7.md.; BanK. 19.md.; 2010/4 s. RK Tebliğ)

RKHK 7.maddesi

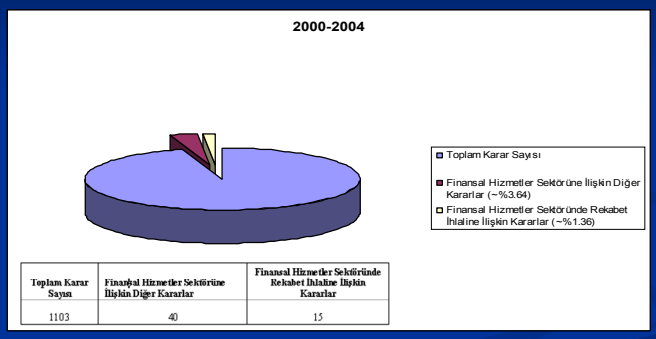
5411 s. BanK. 19.md : Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz.

Birleşme ve Devralmaların Kontrolü hakkında 2010/4 s. RK Tebliğ

Kurul kararlarına genel bakış

- Ayrıntılı pazar tanımları
  - Gelişen ihtiyaçlar
  - Teknolojik yenilikler
  - Bankacılık Hizmetlerinin çeşitliliği
- Kurul'un yaklaşımı; RK 9. madde; 27.md.
- Rekabet Savunuculuğu-Kurumlararası İşbirliği İşbölümü (düzenleyici sektörler); Yetki Çatışması

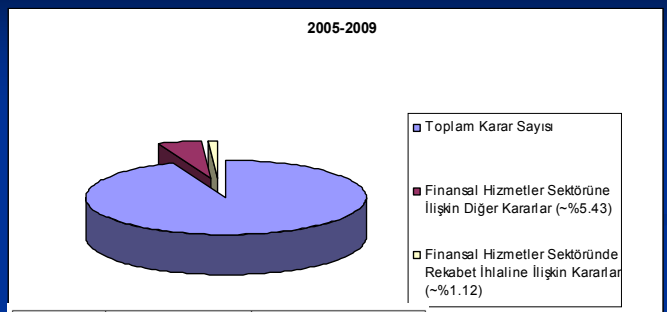
Rekabet Kurumu Gündeminde Bankacılık (2000-2004) (Kaynak: RK Yıllık Raporları)



Toplam Karar Sayısı	Finansal Hizmetler Sektörüne İlişkin Diğer Kararlar	Finansal Hizmetler Sektöründe Rekabet İhlaline İlişkin Kararlar
1103	40	15

9/21/2011 19

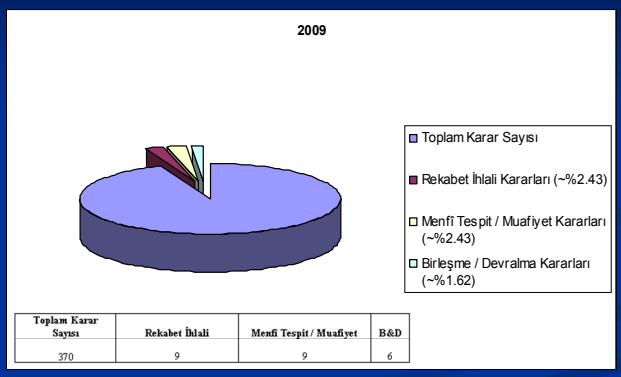
2005 -2009



Toplam Karar Sayısı	Finansal Hizmetler Sektörüne İlişkin Diğer Kararlar	Finansal Hizmetler Sektöründe Rekabet İhlaline İlişkin Kararlar
1877	102	21

9/21/2011 20

2009



Toplam Karar Sayısı	Rekabet İhlali	Menfi Tespit / Muafiyet	B&D
370	9	9	6

Avrupa Birliği ve Üye Devletlerin Ulusal Rekabet Hukukunda Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Alanında Uygulanması

Züchner Davası (1979)

Alman banka, bankaların ekonomik sistem içindeki rolü nedeniyle, genel ekonomik çıkarlara hizmet eden kurumlar olarak değerlendirilmesi gerektiğinden rekabet kurallarının bankalara uygulanmaması gerektiğini savunmuş,

AD ise bankaların ekonomik sistem içindeki önemini ve işlevini kabul ederken, AB rekabet hukuku kapsamı dışında tutulamayacaklarına hükmetmiştir.

9/21/2011 23

Züchner'le ortaya konan AB rekabet politikası

Genel ekonomik çıkarlara yönelik olarak faaliyet gösteren teşebbüsler arasında kabul edilmemiştir.

AB'nin ekonomi politikalarının uyumlaştırılmasına yönelik düzenlemelere tabi olup, rekabet kurallarının uygulanmasından muaf değillerdir.

Özel-kamu bankacılığı ayrımı olmaması

9/21/2011 24

Züchner'den sonra

Komisyon bildirilen anlaşmalara büyük bir çoğunlukla muafiyet tanımış veya ihlal varsa dahi yaptırım uygulamamıştır.

Örtülü bir istisna??

AB'nin önceliği: Rekabet hukuku kurallarının uygulanmasından ziyade serbest dolaşım ilkelerinin gerçekleştirilmesi

9/21/2011 25

2001-2010 AB Hukukunda Bankacılık

1980-2001: Toleranslı dönem

2001 sonrası : Bankacılık alanında sektör araştırmalarına önceliği

2005 Bireysel bankacılık hizmetleri, diğeri sigortacılık

2007 yılında yayımladığı nihai Raporda:

- bu pazarda pazara giriş engellerinin yüksek olması,
- pazarın ulusal sınırlarla bölünme riskiyle karşı karşıya olması, ödeme sistemleri pazarında yoğunlaşma oranlarının yüksek olması ve
- bazı üye devletlerde fiyatlandırma politikalarının yakınlık arz etmesinin rekabet hukuku bakımından sorunlu alanlar

9/21/2011 26

AB Komisyonunun 2001-2010 yılları arasında aldığı kararlar

MasterCard Kararında, AEA'da, Mastercard ve Maestro kredi kartlarının kullanıldığı uluslararası işlemlerde, perakendeciler tarafından kart kabul ücretleri, muafiyet hükümlerinden yararlanamayacak şekilde arttırılmış olduğundan ilgili işletmelerin ABİA'nın 101.maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir.

Mastercard'ın ekonomik olarak haklı gerekçe olmaksızın arttırılmış olan komisyon ücretlerini altı ay içinde düşürmesini, aksi takdirde günlük cirosunun %3.5'undan az olmamak üzere periyodik para cezasına hükmedeceğini ifade etmiştir.

- ***GCB*** Kararında soruşturmaya konu bankalar, banka kartlarının çıkarılması konusunda pazara daha düşük fiyatla girmek isteyen aktörleri engellemek amacıyla, yeni nesil kartların çıkarılmasını sınırlandırmak suretiyle, Fransız pazarını paylaştıkları gerekçesiyle ABİA'nın 101.maddesini ihlal iddiasıyla karşı karşıya kalmıştır.

VISA Kararında ise, Visa objektif bir haklı neden olmaksızın, bir başka piyasa aktörünü (Morgan Stanley), yönetim kurulu kararıyla VISA ağı dışında bırakmak konusunda, YK'na yetki vermiş ve bu yetkinin kullanılmış olması nedeniyle de rekabet kurallarını ihlal ettiği tespit edilerek Visa hakkında para cezası

9/21/2011 29

Clearstream Kararı

Clearstream'in, Euroclear Bank'a sınır ötesi takas ve uzlaşma hizmetleri vermeyi reddetmesi ve Euroclear'a ayrımcı fiyatlar uygulaması

9/21/2011 30

Clearstream kararında, karara konu piyasada sektör araştırmasının yetersiz olması nedeniyle, önceki kararlarının aksine para cezasına hükmetmekten imtina etmiş, şirketin ilgili davranışlarının rekabet hukukuna uygun hale getirilmesi yönünde uyarılmasıyla yetinmiştir.

Bireysel bankacılık, ödeme sistemleri ve sigortacılık alanlarında olduğu gibi bu alanda da sektör araştırmasının gerekliliğine işaret etmiştir.

Komisyonun, temelinde ilgili pazarları ayrıntılı olarak incelemesine imkan veren bir sektör araştırması olmadan ceza verme eğiliminde olmadığı söylenebilir.

9/21/2011 31

Adalet Divanı Kararları

1990'lı yıllarda ise Adalet Divanı kararları

Carlo Bagnasco and Others v. Banca Popolare di Novara and Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA

Alman Bankaları *(German Banks)* kararı ve

Lombard Club davalarında rekabet hukuku kurallarının bankalara uygulanabilirliği tartışılmamış,

German Banks kararında Genel Mahkeme Komisyon kararını delil yetersizliği nedeniyle iptal etmiştir.

9/21/2011 32

Lombard Club kararı sekiz Avusturyalı bankanın Avusturya'da çok sayıda bankacılık ürününün fiyatlandırması konusunda uzun süreli fiyat anlaşması yapması.

Komisyon kararı: 124 milyon Euro para cezası

Kredi Temerrüt Takas Piyasası (*Credit Default Swaps*) Soruşturması 29 Nisan 2011

- Kredi Temerrüt Takas Piyasası (*Credit Default Swaps*)'na ilişkin ABİA 101 ve 102.md.'nin ihlaline ilişkin iki ayrı soruşturma.
- KTT pazarında faaliyet gösteren 16 yatırım bankası hakkında önemli bilgileri sadece tek bir işletmeye (*Markit*) sağlıyor olmaları nedeniyle, bunun birlikte hakim durumun kötüye kullanılması mı yoksa uyumlu eylem mi olup olmadığı;
- Kredi Temmerrüt Takas Merkezi (*Clearing House*) ile ilgili
- 9 KTT işlemcisiyle ICE Clear Europe arasındaki anlaşmanın diğer takas merkezlerini dışlayıcı olup olmadığı ve ICE Clear Europe'un ücretlendirme politikasının, bu 9 işlemci lehine ayrımcı olup olmadığı hakkında .

AB'ne Üye Devletlerden Örnekler

Fransız Rekabet Kurumu aralarında Credit Agricole, BPCE, Societe Mutuel, HSBC ve Bank of Finance'in de olduğu 11 Fransız Bankası hakkında;

Çek hizmetlerinden talep edilen komisyona ilişkin fiyat anlaşması

385 milyon Euro para cezası

9/21/2011 35

ABD Bankacılık Alanında Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulan(ama)ması

İlgili düzenleyici kurumların yetkilerinin tartışıldığı, *Credit Suisse* kararıdır.

Credit Suisse kararında Yüksek Mahkeme, rekabet hukuku kurallarının sektörel düzenlemeye tabi bir alan olan bankacılıkta uygulanamayacağına hükmetmiştir.

9/21/2011 36

Credit Suisse Kararı

Bir grup yatırımcı, ABD'lerindeki büyük kurumsal yatırımcılar aleyhine, halka açılan teknoloji piyasalarındaki hisse satışlarında, eyalet ve federal rekabet yasalarına aykırı anlaşmalar yapmış oldukları iddiasıyla dava açmışlardır.

Yapılan savunmalarda ve Sermaye Piyasaları ve Borsalar Komisyonunun *(Securities and Exchanges Commission-SEC)* görüşünde, iddia edildiği şekilde bir ihlal var olsa dahi bu alanda münhasıran Sermaye Piyasaları ve Borsalar hakkındaki mevzuatın uygulanması gerektiği ileri sürülerek, ihlale uygulanacak hukuk ve kurumların yetkileri tartışılmıştır.

9/21/2011 37

Bölge Mahkemesi'nin kararı

ilgili mevzuatı,

"…Kongre'nin (yasa koyucunun), menkul kıymetler hukukuna tabi olan ilgilileri, rekabet hukukundan muaf tuttuğu yönünde bir iradesi olmadığı…"

yorumlayarak davayı reddetmiştir.

9/21/2011 38

Yüksek Mahkeme Kararı

Yüksek Mahkeme ise kararında,

"…Kongre (yasa koyucu) bu konuyu yasal düzenlemede açıkça düzenlememiş olsa dahi, (menkul kıymetler piyasalarını düzenlemek için kurulmuş olan) SEC'in kuruluşunun, düzenlemeye tabi menkul kıymetler piyasalarını zımnen rekabet otoritesinin inceleme yetkisi dışına çıkardığı….."

şeklinde yorumlamıştır.

9/21/2011 39

Credit Suisse

ABD hukuku ve Yüksek Mahkeme kararları bakımından bu kararın, gerçek bir devrim (*genuine revolution)* olarak nitelenmekten çok, bir gelişme (*evolution*) olarak nitelenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Zira *Credit Suisse* kararı yüksek mahkemenin düzenlemeye tabi başka bir sektörde verdiği önceki tarihli bir kararında yer alan yaklaşımıyla uyumlu bir karar olduğuna ilişkin yorumlar yapılmaktadır.

9/21/2011 40

ABD Güncel Gelişmeler

4 Ekim 2010'da Adalet Bakanlığı, American Express, Visa ve Mastercard hakkında, üye işyerlerini, tüketici indirimleri, ödül sistemleri önermekten ve kartların maliyetleri konusunda bilgi sahibi olmaktan alıkoymaları nedeniyle rekabet kurallarını ihlal ettikleri iddiasıyla bir dava açmış, web sitesinde Visa ve Mastercard'la uzlaşma için hazırlıkların yapıldığı ve uzlaşma koşullarının da Mahkeme'nin onayına sunulacağını duyurmuştur.

Bankacılık ve Rekabet Hukuku

- **Konuları :** Bankacılık işlemleri alanında ve kamu hukuku düzenlemelerinin yoğun
- Kurumları : Çok ve çeşitli
  - Koordinasyon-Rekabet Savunuculuğu imkanı
  - Yetki Çatışması riski
- **Kararları**

  ve
- **Soru(n)larıyla**

Credit Suisse 'den, Maaş Promosyonları Kararına

- "PROMOSYON ESKİ ZAMAN BANKACILIĞININ ENSTRÜMANI"
- Soruşturmayı ve Kurul kararını takiben BDDK Başkanı (10 Mart 2011)

- "Eski zaman bankacılığından kastım, zamanında bu ülkede mevduat sahiplerine piyango da verilmiş, araba da hediye edilmiş. Ondan hiçbir farkı yok. özellikle kamu mevduatını ya da kamu maaşlarını bir bankaya yatırmanız karşılığında size belli imkanlar sağlanıyor. Bunu ilgili kurumlar da kullanıyor, bankalar da kullanıyor.
- İlgili kurumlar bankaları birbirine kırdırıyor. Bankalarımız da maalesef bu oyuna geliyor. Buna belki yardımcı oluyorlar.
- Bu bir anlamda kredi maliyetlerini de yükselten bir unsur. **Bana göre promosyon işinin tamamen kalkması gerekir.** Promosyon gerçek modern bankacılık enstrümanı değildir. Bu anlamda Rekabet Kurulu'nun kararını hep beraber gördük. Rekabet Kurulu da Türkiye'deki önemli kurumlarımızdan biridir. Aldığı son karar da bana göre oldukça profesyonel bir karardır."

Sektör araştırmasının önemi/işlevi

Kurum uzmanlarının sektörü tanıma ve öğrenme süreci (soruşturma sürecinde sınırlı usul kurallarına bağlı çalışmanın getirdiği kısıtlar)

Kurul bkm.

Takip eden süreçlerde yürütülecek soruşturmalar bkm önemi

İşletmelerin bilgilendirilmesi ve uyarılması

Kamuoyunu bilgilendirme ve kamuoyu desteği

Düzenleyici kurumları (rekabet politikalarıyla uyumlu düzenleme konusunda) ikna aracı

Akademik çalışmalara/çalışmalardan katkı (istatistik, data, vb)

Danıştay 13. Dairesinin RK'nun 10.07.2007 tarihli (TEB) kararına İlişkin İptal kararı

- Rekabet Kurulu'nun TEB Hakkında, TEB tarafından protokolde belirlenen iskonto oranın tüm yurtta uygulanmak suretiyle rekabetin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı, bunun da Kanunun 4.maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle vermiş olduğu 10.07.2007 tarih ve 07-58/674-233 sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesi iptal etmiştir. (Esas No : 2007/13980 Karar No : 2010/7119)

- "Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu belirtilen, TEB karar ve uygulamalarının, Birliğin kendi görev alanına giren bir konudaki yasa maddesinin uygulanmasından kaynaklandığının öne sürülmesi nedeniyle; söz konusu karar ve uygulamaların Birliğin görev alanını belirleyen 6643 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilerek mevzuata ve hukuka uygunluğunun saptanması, dolayısıyla konunun açılacak bir iptal davasında incelenmesi gerektiğinden, Rekabet Kurulu'nun bu konuda inceleme yapmasına ve karar tesisine yetkisi bulunmamaktadır. "

Deneyimler, Dersler

- Bankalar bakımından
  - Süreç=Eğitim
  - Öğrenme maliyeti
  - Hassasiyetler/Refleksler
  - Bankalar ve Rekabet Kurumu bakımından maaş promosyonları) algılama farklılığı
- Rekabet Kurumu bakımından
  - Sektörün işleyişi ve banka hukukuna ilişkin analizlerdeki zaafiyetlerin giderilmesi: Sektör araştırması; hukukun diğer alanları ile ilişkilendirme
  - Rekabet Savunuculuğunun daha etkin kullanılması
- Diğer Paydaşlar bakımından

İlginiz ve sabrınız için teşekkür ederim.

Gamze ÖZ

agamze@metu.edu.tr


Rekabet Hukukunda
Güncel Gelişmeler
Sempozyumu
REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA ALTERNATİF BİR YAPTIRIM: TEŞEBBÜS YÖNETİCİLERİNİN GÖREVDEN UZAKLAŞTIRILMASI (YÖNETİCİLİK YAPMA YASAĞI)

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY[•]
Arş. Gör. Murat Şahin[••]





GİRİŞ

Rekabet hukuku düzenlemelerinin amacı rekabeti bozabilecek davranışların yasaklanması yahut denetim altında tutulmasıdır. Bu kuralların piyasa oyuncuları tarafından ihlâl edilmesi durumunda ise, ihlâle ve doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılmasına yönelik kamu hukuku ve özel hukuktan doğan çeşitli yaptırımlar söz konusu olmaktadır.

Amacı, rekabetin korunması yoluyla ekonomik etkinliğin sağlanması ve toplumsal refahın artırılması olan kamu hukuku yaptırımları, yetkili idarî otoritelerce ihlâli gerçekleştirenleri hedef alarak uygulanan yaptırımlardan oluşmaktadır. Bu yaptırımlar arasında, hapis cezaları, para cezaları, ihlâle yönelik geçici tedbirler, ihlâlden önceki durumun yeniden tesisi, yöneticilikten uzaklaştırma (yöneticilik yapma yasağı) vb. bulunmaktadır. Özel hukuk

yaptırımları arasında ise, rekabet hukuku kurallarına aykırı hukuki işlemlerin geçersizliği ve tazminat sorumluluğu yer almaktadır[1].

Rekabeti ihlâl eden teşebbüsler, genellikle bu ihlâl kararını almadan önce, ihlâlin ortaya çıkması halinde karşılaşacakları yaptırımlarla, ihlâlin kendilerine sağlayacağı faydaları, karşılaştırarak hareket etmektedirler. Bu itibarla, teşebbüslerin ihlâl kararından vazgeçmelerinde "etkili yaptırım politikaları" önemli bir yere sahiptir[2]. Yürürlükteki düzenlemelerin içerdiği yaptırımların bu manada ne derece "etkili" olduğu üzerinde durulması gereken konuların başında gelmektedir.

Teşebbüsleri rekabet ihlâline sevk eden davranışlarda yöneticilerin önemli bir rolünün olduğu açıktır. Bu yüzden, doğrudan teşebbüsleri hedef alan yaptırımların yanı sıra eylem ve kararlarıyla ihlâle neden olan yöneticiler hakkında uygulanacak yaptırımlar da son derece önemlidir. Yöneticilere dönük yaptırımlar arasında, hapis ve para cezaları, kamu hizmetine girme yasağı ve yöneticilik yapma yasağı gelmektedir. Çoğu ülkede mevzuatında yer almayan yöneticilik yapma yasağı İngiliz hukukunda özel bir kanunla düzenlenmiştir[3]. Söz konusu kanuna istinaden Adil Ticaret Ofisi (OFT) tarafından Teşebbüs Yöneticilerinin Rekabet İhlallerinde Görevden Uzaklaştırılmasına Dair Yönerge *(Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document)* 29 Haziran 2010 tarihinde yayınlanmıştır.

Bu çalışmada, İngiliz hukukundaki rekabet ihlalinde uygulanacak olan yöneticilik yapma yasağı üzerinde durulacak, ardından Türk hukukunda rekabet ihlali sebebiyle yöneticilerin karşı karşıya kalabilecekleri yaptırımlara değinilerek bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1. REKABET İHLÂLLERİNİN ORTAYA ÇIKARILMASI VE OPTİMUM YAPTIRIM SORUNU

Rekabet ihlallerinin ekonomide meydana getirdiği zararlı etkilerle mücadele amacıyla birçok ülkede düzenlemeler yapılmıştır[4]. Ancak hali hazırda

---

∗Pamukkale Üniversitesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi
∗∗ Pamukkale Üniversitesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Elemanı

[1] *Komninos*, A.: "Public and Private Enforcement in Europe", The Competition Law Review, Vol. 3. Issue 1, 2006, s. 6-7.

[2] *Kekevi*, G.: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartelle Mücadele, Ankara 2008, s. 83.

[3] *Rodger*, B ve *Macculloch*, A.: Competition Law and Policy in the EC and UK, 4th Edition, Newyork 2009, s.81.; *Walters* A. ve *Davis* M.: Directors' Disqualification & Bankruptcy Restrictions**,** Sweet & Maxwell, London 2006, s. 259 vd**.**

[4] Daha önceleri bu tür düzenlemelerin bulunmadığı Latin Amerika, Afrika ve Asya ülkelerinde bile artık rekabet hukukuna ilişkin temel düzenlemeler yapılmakta ve uygulanmaya

rekabet ihlâlleriyle etkin mücadeleye engel teşkil eden önemli sorunlar vardır. Bunlar, ihlâlin ortaya çıkarılmasında karşılaşılan zorluklar ile optimum ve caydırıcı yaptırım politikalarının oluşturulmasına ilişkin güçlüklerdir.

1.1. Rekabet İhlallerinin Ortaya Çıkarılmasına Yönelik Uygulamalar

Bilindiği gibi, başta kartel anlaşmaları olmak üzere rekabet kurallarını ihlâl eden davranışlar gizli yapılmaktadır. Buna bağlı olarak ta ihlâlin tespiti çoğu kez uzun zaman almakta ve oldukça maliyetli olabilmektedir. Bu bağlamda, ihlâllerin ortaya çıkarılması amacıyla bir takım yeni düzenlemeler yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Birçok ülkede, henüz ihlâl oluşmadan önlemek amacıyla teşebbüsler ve toplum bünyesinde rekabet kültürünü yerleştirme faaliyetlerine özel bir önem verilmekte, bu kapsamda teşebbüsler için rekabet uyum (*compliance*) programları oluşturma çalışmaları devam etmektedir[5]. Ayrıca, ihlâllerle mücadele eden otoritelerin yetkileri artırılmakta, pişmanlık programları (*Leniency- Amnesty Programmes*) devreye sokulmakta, belli piyasalar sürekli gözlem altında *(Monitoring)* tutularak daha etkili ve caydırıcı yaptırım politikaları oluşturulmaya çalışılmaktadır[6].

İhlâllerin ortaya çıkarılmasında pişmanlık programları önemli bir yere sahiptir. Pişmanlık programlarının temel amacı, ağır zararlara yol açan büyük ve organize rekabet ihlâlleriyle etkili biçimde mücadele edebilmektir. Kapsamı bakımından farklı pişmanlık programları söz konusu olabilmektedir. Kimi programlar sadece verilecek cezalarda indirim öngörürken, kimileri ise işbirliği yapan teşebbüsü tümüyle cezadan kurtarabilmektedir[7]. Pişmanlık programlarının yürürlüğe konulması rekabet kurallarının daha etkin bir şekilde uygulanmasına önemli katkılar sağlayabilmektedir. Nitekim ABD'de rekabet otoritelerinin, özellikle uluslararası büyük kartelleri ortaya çıkarmakta yaşadıkları güçlükleri aşmada pişmanlık programlarından önemli ölçüde yararlandıkları görülmektedir[8]. AB'de de pişmanlık programları özellikle son yıllarda kartellerle mücadelede

başlanmaktadır (*Douglas* H. ve *Wright*, G.: Antitrust Sanctions, The European Antitrust Review, 2010, s. 1 vd.).

[5] Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law, an OFT Report. 2010, s. 2. vd.

[6] *Douglas* H. ve *Wright*, G., Antitrust Sanctions, s. 12 vd.; *Fingleton*, J. ve *Williams S.:* The Fight Against Cartels: is a 'Mixed' Approach to Enforcement the Answer?, International Antitrust Law and Policy: Fordham Competition Law 2006, s 1. vd.

[7] *Hamond*, S.: Corner Stone of an Effective Leniency Program, Work Shop on Leniency Programs, Sydney 2004, s. 6.

[8] *Hamond*, S.: Cracking Cartels with Leniency Programs, OECD Working Committee Working Party, no.3, 2005, s. 2; *Özsunay*, E.: ABD ve Kartel Hukuklarında Pişmanlık Programları ve Türk Rekabet Hukuku Üzerine Düşünceler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2006, s. 33-38.

önemli enstrümanlardan birisi haline gelmiştir[9]. Komisyon tarafından 1996'da yayımlanan 96/C 207/04 Sayılı "*Pişmanlık Bildirimi"*nin[10] ardından, çoğu üye ülkenin ulusal hukuklarında pişmanlık programlarına yer verdiği görülmektedir. Komisyon 2002'de yayımladığı Pişmanlık Bildirimi[11] ile 1996 tarihli pişmanlık bildiriminde önemli değişiklikler yaparak pişmanlık uygulamalarını daha etkin kılmayı amaçlamıştır. Komisyon 2002 tarihli pişmanlık bildirimi ile işbirliğinde bulunan ilk teşebbüse ceza verilmemesini güvence altına almıştır. Ayrıca, karteli ilk bildiren teşebbüs yanında daha sonra işbirliği yapan diğer kartel üyelerine de para cezalarında indirim imkanı sağlamıştır[12].

AB rekabet hukuku uygulamasında pişmanlık programlarına yapılan başvurular hızla artmakla birlikte henüz istenilen düzeyde fayda sağlanamamıştır[13]. Bunda pişmanlık uygulamalarının yeni olması ve pişmanlık başvurusu yapan teşebbüslere halen ihbarcı gözüyle bakılmasının etkili olduğu söylenebilir. Ayrıca, pişmanlık programları kapsamında başvuru yapan teşebbüslerin ihlâl nedeniyle zarara uğrayan kişilerin tazminat talepleriyle karşı kaşıya kalabilmeleri ve pişmanlık başvurusunda ortaya çıkan belgelerin tazminat davalarında teşebbüslerin aleyhine delil olarak kullanılması teşebbüsleri pişmanlık programlarına başvurmaktan alıkoyabilmektedir[14].

Türk rekabet hukukunda, "*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)"* 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, Pişmanlık Yönetmeliği'nin uygulanması için Rekabet Kurulu tarafından bir birim özel olarak görevlendirilmiştir. Bununla birlikte, hukukumuzda oldukça yeni olan pişmanlık programı uygulamalarının yaygınlaştığı söylenemez.

---

[9] Komisyon'un, yapılan çok sayıdaki pişmanlık başvurusuyla, özellikle gizli kalmış birçok ihlâlden haberdar olarak, çok sayıda soruşturma başlattığı görülmektedir (*Eilmansberger*, T.: The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC, Common Market Law Review, 2007 s. 435).

[10] Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases [1996] O.J.: C207, 18.07.1996.

[11] Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2002/C, OJ C 45/3 of 19.2.2002.

[12] AB rekabet hukukunda, pişmanlık programlarına ilişkin olarak yapılan en yeni düzenleme, AB Komisyonu tarafından 2006 yılında yayımlanan, "*Kartel Davalarında Para Cezalarından Muafiyet ve Para Cezalarının İndirilmesine İlişkin Bildiri"*dir (Commission Notice on Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases. O.J. 2006/C 298/11).

[13] *Antalics*, M.: Developments in International Leniency Agreements: 2007 to 2008", The Antitrust Review of the Americas, 2009, s. 8-9.

[14] *Basedow*, Private Enforcement, s. 221.

1. 2. Optimum Yaptırım Politikalarının Oluşturulması

Rekabet ihlâlleriyle mücadelede "etkili yaptırım politikaları" önemli bir yere sahiptir[15]. Bu yaptırım politikaları oluşturulurken optimum seviyenin yakalanması son derece önemli ve bir o kadar da güçtür. Yaptırım politikaları oluşturulurken piyasa yapıları ve dengeleri dikkate alınmaktadır. Ayrıca optimum yaptırım düzeyinin belirlenmesi amacıyla ekonometrik modellemeler yapılmakta, bu sayede ihlâlden elde edilen fayda ile yaptırım arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır[16]. Optimum ceza miktarını açıklamaya yönelik teoriler de bu tartışmalar etrafında gelişmiş ve cezalandırmanın neye dayanacağı noktasında yoğunlaşmıştır. Bazıları optimum cezanın belirlenmesinde ihlalin yaratmış olduğu zarardan yola çıkılması gerektiğini savunurken, bazıları ihlalden elde edilen kazanca dayalı bir hesaplama yapılması gerektiğini savunurlar[17].

Optimum yaptırım politikalarının oluşturulması rekabet hukuku uygulaması bakımından oldukça önemlidir. Zira aşırı caydırıcı yaptırımlar *(over deterrence)* ihlâli gerçekleştirenlerin ekonomik yıkımına sebep olacağından piyasada (piyasa aksaklığı, tekelleşme gibi) istenmeyen sonuçlar ortaya çıkabilir. Yaptırımların yetersiz kalması *(under deterrence)* halinde ise ihlâllerle mücadelede istenilen sonuçlar elde edilemeyebilir[18]. Burada temel sorun, aynı zamanda ihlâller karşısında caydırıcı etki muhafaza edilerek optimum yaptırım araçlarının ve türlerinin tespit edilmesidir.

Rekabet ihlâlleri karşında uygulanan yaptırımlar kamu hukuku yaptırımları (*public enforcements*) ve özel hukuk yaptırımları (*private enforcements*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çoğu ülke rekabet hukukunda her iki yaptırım türü benimsenmiştir. Örneğin ABD'de teşebbüslere (ve kimi zaman yöneticilere) para cezaları, hapis cezaları ve tazminat talepleri birlikte uygulanabilmektedir. AB'de ise para cezaları yaygın olarak uygulanmakta olup, tazminat talepleri ulusal düzenlemelere bırakılmıştır[19].

Kamu hukuku yaptırımları *teşebbüslere yönelik* ve *bireysel* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Teşebbüsleri kapsayan yaptırımlar arasında idari para cezaları, teşebbüse dönük geçici bir takım tedbirler, kamu ihalelerine katılma

---

[15] *Douglas* H. ve *Wright*, G., Antitrust Sanctions, s. 2 vd.
[16] *Douglas* H. ve *Wright*, G., Antitrust Sanctions, s. 6-7.
[17] *Aygün*, E.: Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama**,** Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, Seri No: 86, Ankara 2008, s. 12.
[18] *Lee*, B.: The Harmonization of Public and Private Enforcement, 5th. Seoul International Competition Forum, Seoul 2008, s. 2-3.
[19] *Wils*, W.: Is Criminalization of EU Competition Law the Answer ? World Competition, Volume 28, 2005, s. 44.

yasağı gibi yaptırımlar yer alır. Bu yaptırımlardan en etkili olanı para cezalarıdır. Para cezaları genellikle azami sınır belirlenerek uygulanmakta, aksi takdirde teşebbüsleri iflasa sürükleyecek bir sonuç ortaya çıkabilmektedir[20]. Öte yandan, para cezaları (özellikle ihlâl nedeniyle elde edilen kârın para cezalarından yüksek olduğu veya teşebbüsün para cezalarını tüketicilere yansıttığı hallerde) istenilen düzeyde caydırıcı etki yaratmayabilecektir[21].

Bireysel yaptırımlara ise hapis cezası, para cezası, kamuda çalışma yasağı, yöneticilik yapma yasağı örnek verilebilir. İhlâlde etkisi olan bireylere dönük yaptırımların etkinlik ve caydırıcılığı artıracağı genel olarak kabul edilmektedir[22]. Bu sebeple teşebbüslere uygulanan para cezalarının yanı sıra, ihlâli gerçekleştiren kişilere ve özellikle teşebbüs yöneticilerine dönük diğer yaptırımların birlikte uygulanmansın gerekliliğine dikkat çekilmektedir[23]. Bireysel yaptırımlardan bazılarının (yöneticilik yapma yasağı gibi) uygulanmasında ihlâlde rolü olan kişinin teşebbüsteki konumu dikkate alınırken, bazılarında (hapis cezaları ve para cezalarında olduğu gibi) kişinin teşebbüsteki konumundan çok ihlâle olan katkısı dikkate alınmaktadır. Bireysel yaptırımların genellikle teşebbüsün yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdür ve yardımcıları, satış veya pazarlama müdürleri gibi üst düzey yöneticiler hakkında uygulandığı görülmektedir[24].

Hapis cezası, rekabet ihlâllerinin ortaya çıkarılması ve caydırıcılığın tesisi bakımından etkili bir yaptırımdır. Rekabet ihlâli nedeniyle bireylere uygulanacak hapis cezası konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Hapis cezasının uygulanması gerektiğini ileri sürenlere göre bireylere caydırıcılığı sağlayacak kadar para cezası

---

[20] *Kekevi*, Kartelle Mücadele, s.85 vd.; *Fingleton*, J.: The Appropriate Balance Between Corporate and Individual Sanctions, Mentor Group's London Forum on 16 September 2010 , s. 8-9. Firmaların yüksek cezalar sebebiyle iflas etmeleri, rakiplerden birinin pazar dışına itilmesi anlamına gelecek ve bu durum ileride tekelleşmeye sebep olabilecektir. Orantısallık ilkesi gereğince, ihlale katılanların ekonomik kapasiteleri ile orantılı olarak cezalandırılmaları ve cezanın bu firmaların finansal kapasitelerini zorlayacak büyüklükte olmaması gerekmektedir. Aksi halde daha büyük ekonomik ve sosyal kayıplar ortaya çıkacaktır. Uygulamada genellikle rekabet mevzuatında cezalar için bir üst sınır konulması veya ödeme yeterliliğinin cezanın belirlenme koşullarından birisi olarak dikkate alınması suretiyle bu sorun giderilmeye çalışılmaktadır *Aygün*, Para Cezaları, s. 17

[21] *Orman*, H.: Kartellerde Bireylere Uygulanacak Yaptırımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 110, Ankara 2009, s. 32.

[22] *Douglas* H. ve *Wright*, G., Antitrust Sanctions, s. 29-30; *Whelan*, P.: *A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment Under EC Cartel Law"*, The Competition Law Review, Volume 4 Issue 1, 2007 s. 28.

[23] *Fingleton*, Fight Against Cartels, s 2. vd.; *Gordon*, F. ve *Squires*, D.: The Deterrent Effect of Uk Competition Enforcement, De Economist, 156, no. 4, 2008, s. 414 vd. ; *Douglas* H. ve *Wright*, G., Antitrust Sanctions, s. 3-4.

[24] *Orman*, Kartellerde Bireylere Uygulanacak Yaptırımlar, s. 8-9.

uygulamak pek mümkün değildir, dolayısıyla para cezasına nazaran hapis cezası çok daha caydırıcı bir etkiye sahiptir[25]. Hapis cezasının karşısında olanlar ise, ihlâle neden olan bireylere evleviyetle para cezası verilmesi gerektiğini, zira belli bilgi birikimi ve tecrübesi olan kişilerin yönetimden uzaklaştırılıp hapse konmasının teşebbüslere (dolaylı olarak ise ülke ekonomisine) hizmet edecek kişileri verimsiz kılacağını, bu sebeple aslında bu cezanın kamu için ayrı bir maliyet teşkil edeceğini belirtmektedirler[26].

Hapis cezası çoğu ülke rekabet hukukunda öngörülmemiştir[27]. ABD rekabet hukukunda uzun zamandan beri başarılı bir şekilde uygulanan bu yaptırımın[28] ihlâllerin ortaya çıkarılmasında önemli bir etkiye sahip olduğu görülmüştür[29]. AB rekabet hukukunda hapis cezasına yer verilmemiş, bununla birlikte 1/2003 Sayılı Tüzük hükümleri gereği ulusal düzenlemelerde yer almasına karşı çıkılmamıştır. Fakat üye ülkelerin birçoğunda hapis cezası benimsenmemiştir[30].

Yöneticilere verilen para cezaları ise genellikle ihlâli gerçekleştiren teşebbüslerce üstlenildiğinden, hapis cezası veya yöneticilik yapma yasağı kadar caydırıcı etki yaratmayabilecektir[31].

Yöneticilik yapma yasağının hürriyeti bağlayıcı cezalar kadar etkin olmasa da, yöneticilere uygulanan para cezalarından daha etkili ve caydırıcı bir yaptırım olduğu kabul edilmektedir[32]. Yöneticilik yapma yasağı, bilhassa henüz emekli olmayı düşünmeyen ve ödediği para cezası veya tazminat ilgili teşebbüs tarafından karşılanmayan üst düzey yöneticiler bakımından caydırıcı bir etki doğurabilecektir. Ayrıca psikolojik olarak ta yöneticiler üzerinde etkili olabilecektir. Bu yaptırımın profesyonel yöneticilerin mesleki kariyerlerini menfi anlamda önemli ölçüde etkileyebilecek, teşebbüs yönetiminde bulunan ortaklar bakımından ise kendi ortaklığının yönetiminde söz sahibi olamama tehlikesiyle

---

[25] *Calvani, T.:* Competition Penalties & Damages in a Cartel Context; Criminalisation & Teh Case for Custodial Sentences, Amsterdam Centre for Law and Economics, 2004, s. 6.
[26] OECD, 2005, Cartels; Sanctions Against the Individuals, DAFF/COMP(2004), s. 23.
[27] Bunda altında arasında ekonomik suçlarda hapis cezasının tercih edilmemesi gerektiği, hapis cezası ile müteşebbis ruhun zafiyete uğrayacağı gibi düşünceler yatmaktadır. *Whelan*, Personal Criminal Sanction, s. 28.
[28] Hapis cezası uygulanan diğer ülkelere İngiltere, Fransa, Slovenya, Romanya örnek verilebilir. *Douglas* H. ve *Wright*, G., Antitrust Sanctions, s. 30.
[29] *Kekevi*, Kartelle Mücadele, s. 93.
[30] *Whelan*, Personal Criminal Sanction, s. 24 -25; *Wils,* Criminalization, s. 4.
[31] *Wils,* Criminalization, s. 37-38; *Morgan*, J.: Criminal Cartel Sanctions Under the UK Enterprise Act: An Assessment, International Journal of the Economics of Business, Vol. 17, No. 1, 2010, s. 67–86.
[32] *Wils,* Criminalization, s. 38.

karşı karşıya bırakabilecek olması, yöneticileri ihlâle ilişkin kararlar almaktan alıkoyabilecektir. Ayrıca bu yaptırım yöneticileri görev yaptıkları teşebbüslerde rekabet uyum programları tatbik etmeye zorlayacağından, rekabet kültürünün oluşması ve yaygınlaşması bakımından da katkı sağlayabilecektir.

Yöneticilik yapma yasağı henüz ABD ve AB rekabet hukuku sistemlerinde uygulanan bir yaptırım değildir. Ancak bu yaptırım son yıllarda kartelle mücadelede yaşanan sıkıntılar nedeniyle bazı üye ülkelerde tartışılmaya başlanmıştır. Hali hazırda İngiltere başta olmak üzere, İsveç, İrlanda, Slovenya, İspanya gibi üye ülkelerde uygulamaya sokulmaya başlanan bir yaptırım türüdür[33].

Özel hukuk yaptırımlarının en önemlileri arasında ihlâlden doğan zararların tazmini (*claims for damage*) ve rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşmaların geçersizliği (*invalidity of agreements*) yer alır[34]. ABD'de kamu hukuku yaptırımları yanında tazminat davalarına sıklıkla başvurulması rekabet hukuku uygulamasını güçlendirmiştir. AB ve Türk rekabet hukukunda ise kamu hukuku yaptırımları ön plana çıkmış, tazminat davaları geri planda kalmıştır. Ancak, AB ve Türk rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının rekabet hukuku kurallarının bütünlüğü ve etkinliği içindeki öneminin arttırılması amacıyla çalışmalar yürütülmektedir[35].

2. ALTERNATİF BİR YAPTIRIM TÜRÜ OLARAK İNGİLİZ REKABET HUKUKUNDA YÖNETİCİ MEN KARARLARI

İngiliz rekabet hukukundaki yaptırımlar arasında para cezası, hapis cezası, tazminat ve yöneticilik yapma yasağı bulunmaktadır. Para cezaları ve tazminat talepleri teşebbüslere, hapis cezaları ve yöneticilik yapma yasağı ise bireylere yönelik yaptırımlardır[36]. Görüldüğü üzere, İngiliz rekabet hukuku benimsediği çoklu yaptırım sistemi ile rekabet kurallarının caydırıcı etkisini artırmayı hedeflemektedir[37]. Öte yandan ihlâllerle mücadelede etkili bir yaptırım politikası oluşturma arayışları da devam etmektedir. Bu kapsamda, 1986 tarihli Şirket Yöneticilerinin Görevden Uzaklaştırılmasına Dair Kanun *(Company Directors Disqualification Act)* ve 2002 tarihli Şirketler Kanunu'nda *(Enterprise Act)*

[33] *Gomez*, L. ve *Murray*, G.: Getting Personal, Director Disqualification for Competition Law Violations, Baker&McKenze European Legal Bulletin, 2010, s. 51.
[34] Ky P. Ewing, Competition Rules for The 21st Century (Second Edition. Netherlands: Kluwer Law International, 2006), s. 234-236.
[35] *Wils,* Criminalization, s. 38.
[36] Ayrıca, hapis cezaları ve yöneticilik yapma yasağı birlikte uygulanmaktadır. (*Wils,* Criminalization, s. 38).
[37] *Fingleton*, Corporate and Individual Sanctions, s. 7-8.

yapılan değişikliklerle yöneticilik yapma yasağı düzenlenmiş ve 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Şirketler Kanunu ile (Bölüm 204 m. 9A- 9E) OFT ve diğer düzenleyici kurumlara[38] rekabet kurallarını ihlal eden teşebbüs yöneticileri aleyhine yöneticilikten men kararı verilmesi amacıyla mahkemeye başvurma yetkisi tanınmıştır[39].

Ancak bugüne kadar bu yaptırıma neredeyse hiç başvurulmamıştır. Bunda ilgili kanun hükümlerinin yeni olması, birçok ihlalin kanunun yürürlüğe girdiği Haziran 2003'ten önce gerçekleştirilmiş olması ve pişmanlık programı kapsamında yaptırım uygulanmamasının etkisi büyüktür. İlk kez 2008 yılında *Marine Horse Cartel* davasında 3 yönetici hakkında 5 ila 7 yıl arasında yöneticilikten men cezası verilmiştir. Söz konusu olayda teşebbüs yöneticilerinin eylem ve kararları hapis cezasını öngören hükümler kapsamında değerlendirilmiş, hapis cezasından sonra mahkeme tarafından yönetici men kararı verilmiştir[40].

OFT yöneticilik yapma yasağına ilişkin yasa hükümlerinin daha etkin bir şekilde uygulanması sağlamak amacıyla 2003 yılında çıkarmış olduğu Klavuzu, 2010'da yenileyerek tekrar yayınlamıştır. Ayrıca, konuyu kamuoyunun tartışmasına açarak bu yaptırımı önemsediğini ve bundan böyle daha etkili bir şekilde uygulanacağını belirtmiştir[41].

2.1. Yöneticilikten Uzaklaştırma (Men) Kararının Şartları

Şirket Yöneticilerinin Görevden Uzaklaştırılmasına Dair Kanun kapsamında, OFT ve diğer düzenleyici kurumlar[42] rekabet kurallarını ihlal eden teşebbüs yöneticileri aleyhine yöneticilikten men kararı verilmesi amacıyla mahkemeye başvurma yetkisine sahiptirler. Böyle bir başvuru karşısında mahkeme aşağıda belirtilen iki koşulun varlığı halinde teşebbüs yöneticileri hakkında yöneticilikten men kararı vermek **zorundadır**. Bu koşullardan ilki kişinin yöneticiliğini yaptığı teşebbüsün rekabet hukuku kurallarını ihlal

[38] Söz konusu düzenleyici kurumlar arasında şunlar yer alır: "Office of Communications", "The Gas and Electricity Markets Authority", "The Water Services Regulation Authority", The Office of Rail Regulation", "The Civil Aviation Authority".

[39] Şirket Yöneticilerinin Men Edilmesine Dair Kanun Bölüm 204 m. 9Ave 9B'de yönetici men kararına ilişkin temel esaslar; 9C'de başvuru koşulları; 9D'de yetkili otoriteler arasındaki işbirliği; 9E'de Kanunda geçen çeşitli kavramların tanımlamasına ilişkin hükümler yer almaktadır (*Morgan*, Criminal Cartel Sanctions s. 68, 79; *Walters*, Directors' Disqualification, s. 259).

[40] Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP: U.K. Imposes First Criminal Sentences On Cartel Participants, 2008. s. 1 vd.

[41] Director Disqualification Orders in Competition Cases Summary of Responses to the OFT's Consultation, and OFT's Conclusions and Decision Document, May 2010. OFT 1244; *Fingleton*, Corporate and Individual Sanctions, s. 12.

[42] Tekrardan kaçınmak maksadıyla aşağıda sadece OFT zikredilecek, "diğer düzenleyici kurumlar" ibaresi kullanılmayacaktır.

etmesidir. İkincisi bu kişinin yönetici sıfatıyla gerçekleştirmiş olduğu davranışların yönetim standartlarına uygun bulunmamasıdır[43]. *Buna göre, öncelikli olarak kişinin yöneticilik yaptığı teşebbüsün rekabeti ihlâl ettiğinin tespiti, ikinci olarak ihlâlde yöneticinin dahlinin araştırılması gerekmektedir*[44].

Yöneticilikten men kararı azami 15 yıllığına verilebilir. Yönetici kavramının, fiili (de facto) yöneticiyi[45] de kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak orta kademe yöneticiler (*middle management*) ve çalışanlar bu uygulama kapsamında değerlendirilmemektedir[46]. Yasaklama konusu süre içerisinde hakkında yöneticilikten men kararı bulunan kişinin doğrudan veya dolaylı olarak yöneticilik yapması ya da bir teşebbüsün yönetim işlerine kısmen de olsa katılması halinde hapis cezası uygulanabilecektir[47].

2.1.1. Yöneticisi Olduğu Teşebbüsün Rekabet Kanununu İhlâl Ettiğinin Tespiti

OFT tarafından mahkemeye yöneticilikten men hususunda bir başvuru yapılmadan önce değerlendirilecek ilk husus, kişinin yöneticisi olduğu teşebbüsün rekabet hukuku kurallarını ihlal edip etmediğidir. Şirket Yöneticilerinin Görevden Uzaklaştırılmasına Dair Kanun'un 9A maddesi uyarınca "rekabet ihlali" İngiliz Rekabet Kanununun (CA, 98) Bölüm I'de ve Bölüm II'de belirtilen hükümlerinin ve ABA m. 101. ve 102. hükümlerinin ihlâlini kapsamaktadır.

İngiliz Rekabet Kanunu Bölüm I'de, Birleşik Krallık dâhilinde rekabeti

---

[43] *Walters,* Directors' Disqualification**,** s. 260.

[44] *Walters,* Directors' Disqualification**,** s. 260.

[45] Fiili yönetici kavramı; şirket hisselerinin önemli bir çoğunluğu ya da şirket yönetiminde kontrolünü elinde bulunduran, fakat resmi olarak yönetici sıfatı olmayan, ancak şirket yöneticileri ve çalışanlarının emir ve direktiflerine uymak durumunda oldukları (şirkete danışmanlık yapan profesyoneller hariç) kişileri ifade eder. Bu yöneticiler, şirketin resmi yöneticileri gibi şirket borçlarından sorumludurlar (Bkz. 741(2) of the Companies Act 1985; *Butler*, A. ve *Holmes*, S.: Cartel Regulation in the UK- the Two Pronged Approach, The European Antitrust Review 2011, s. 4).

[46] *Wils*, Criminalization, s. 38; Yönetici men kararlarının yalnızca üst düzey yöneticileri kapsayıp, orta kademe yöneticileri ve çalışanları kapsamamasının, bu yaptırımın eksik bir yönü olduğu ileri sürülmüştür. Zira teşebbüsün yapısına göre alt kademe yöneticilerin ve çalışanların da ihlâlde rolü olabileceği, bu nedenle aynı fiili gerçekleştirenlerden yalnızca üst kademe yöneticilerinin yaptırımla muhatap olmasının bir eksiklik olarak algılanabileceği ifade edilmektedir (*Orman*, Kartellerde Bireylere Uygulanacak Yaptırımlar, s. 44- 45).

[47] *Wils*, Criminalization**,** s. 3. Bu noktada hakkında yönetici men kararı verilen bir kişinin, bu karardan sonra bile imza yetkisine haiz olmadan veya resmi bir sıfatı olmaksızın teşebbüs politikalarına yön verebileceği, bu yasaklamanın kontrolünün oldukça zor olduğu ifade edilmektedir. Wils, W.: EC Competition Fines: To Deter or Not Deter", The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law Essays in Law and Economics içinde, Kluwer Law International, The Hague/Landon/New York 2001, s. 29.

engelleme, kısıtlama veya bozmaya yönelik amaç veya etkide bulunan, teşebbüsler arası anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmaktadır. Bölüm 2'de ise Birleşik Krallık dâhilindeki ticari faaliyetlere etki eden bir veya birden fazla teşebbüs tarafından hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır[48].

ABA m. 101 rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamakta, yasaklanan anlaşma ya da kararları hükümsüz saymakta ve belli koşulların varlığı halinde, yasaktan muaf tutulabilecekleri hâlleri düzenlemektedir. ABA m. 102 ise, hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır[49].

Söz konusu düzenlemeler uyarınca ilk olarak OFT'nin rekabet ihlalinin diğer yetkili otoritelerce bir hükme bağlanıp bağlanmadığını tespit etmesi gerekir. Buna göre OFT, AB Komisyonu, İngiliz Rekabet Yüksek Mahkemesi (Competition Appeal Tribunal), Avrupa Birliği Adalet Divanı veya ilgili diğer makamların vermiş olduğu ihlâl kararının olması gerekli ve yeterlidir. Rekabet ihlâlinin tespitine ilişkin bir hüküm veya karar bulunmamakla birlikte OFT'nin yönetici men kararının uygulanmasının uygun olacağına inandığı istisnai durumlar olabilir. Bu gibi durumlarda OFT'nin rekabet kanununun ihlal edildiğine dair mahkemeyi ikna etmesi gerekir.

2.1.2 Yöneticilikten Uzaklaştırma (Men) Başvuruları

Yöneticilikten men başvuruları, mahkemenin ihlâl kararına ilişkin temyiz sürecinin devam etmesi halinde gerçekleştirilemez. Ancak istisnaen ihlâle ilişkin hükmün temyiz edilmiş olması yöneticilikten men başvurularına engel teşkil etmeyebilir. Örneğin ihlâle ilişkin hükmün yalnızca para cezasına yönelik kısmı temyiz edilmişse, hükmün ihlâlin varlığına ilişkin kısmı kesinleşeceğinden yöneticilikten men başvurusu temyiz sürecine rağmen mümkün olabilmektedir[50].

OFT'nin yöneticilikten men kararı için mahkemeye başvurmadan önce bir takım değerlendirmeler yapması gerekir. Öncelikle rekabet hukuku kurallarının ihlal edildiğine ilişkin bir hükmün olup olmadığı; ihlâl kararı verilmişse ihlalin mahiyetini ve ilgili teşebbüsün para cezasına maruz kalıp kalmadığı tespit edilir. Daha sonra teşebbüsün pişmanlık hükümlerinden yararlanıp yararlanmadığına bakılır. Nihayet söz konusu rekabet ihlalinde yöneticinin dahli ve sorumluluğu

[48] *Walters,* Directors' Disqualification, s. 261.
[49] Christopher Bellamy/Graham Child, Common Market Law of Competition, 5th. Edition, London: Sweet& Maxwell, 2001, s. 71.
[50] *Howe,* D. ve *Lawrence*, J.: OFT Expands Directors' Personal Liability, Global Competition Review, Volume 13, Issue 10, 2010, s. 39; Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document, 2010, s. 8-9.

olup olmadığı araştırılır[51]. Bu faktörlerin değerlendirilmesine yardımcı olmak amacıyla OFT, Rekabet Kanununun (CA 98) 26 ve 28. Bölümlerinde yer alan bilgi toplama kapsamındaki tüm yetkileri kullanabilmektedir.

2.2. İhlalin mahiyeti

OFT'nin değerlendireceği bir sonraki husus ise rekabet kanunu ihlalinin mahiyetidir. OFT ekseriyetle fiyat tespiti, pazar paylaşımı gibi daha ciddi ihlallerin yöneticilikten men başvuruları için daha uygun olduğu görüşündedir. Şirket Yöneticilerinin Görevden Uzaklaştırılmasına Dair Kanunun'da ihlâlin mahiyeti bakımından bir ayırım yapılmasa da, uygulamada OFT'nin ağır bir rekabet ihlâli (hard core cartel) olmadığı sürece yöneticilikten men başvurusu yapma eğiliminde olmadığı görülmektedir[52].

2.3. Pişmanlık Hükümlerinden Yararlanılması

OFT ihlalin mahiyet ve ağırlığını değerlendirdikten sonra ilgilinin yöneticisi olduğu teşebbüsün pişmanlık hükümlerinden faydalanıp faydalanmadığına bakar. Burada OFT'nin *Cezalara İlişkin Kılavuzu* (the Penalties Guidence) veya AB Komisyonu'nun "*Kartel Davalarında Para Cezalarından Muafiyet ve Para Cezalarının İndirilmesine İlişkin Bildirisi"*[53] kapsamında gerçekleştirilen pişmanlık uygulamaları kastedilmektedir.

Teşebbüsün pişmanlık hükümlerinden yararlandığı hallerde OFT şirket yöneticisi aleyhine men başvurusu yapamayacaktır. Fakat belli hallerde, teşebbüs pişmanlık hükümlerinden yararlanmış olsa bile OFT men başvurusunda bulunabilir. Örneğin, pişmanlık sürecinde OFT veya AB Komisyonu ile işbirliği yapmayı reddeden yöneticiler aleyhine, teşebbüsün pişmanlık hükümlerinden faydalanma hakkına sahip olup olmamasına bakılmaksızın men başvurusu

[51] Tüm bu değerlendirmelerden sonra OFT, mahkemeye yönetici men başvurusunda bulunmadan önce söz konusu kişiye bir tebliğde bulunur. Bu tebliğde; OFT'nin söz konusu kişi ile ilgili yönetici men başvurusunda bulunacağı, yönetici men başvurusunun kişi açısından doğuracağı hukukî sonuçlar, OFT'nin söz konusu uygulamayı desteklemek amacıyla mahkemeye sunacağı deliller, OFT'nin talep halinde ilgilinin dosyaya (ilgili dosyadaki gizli bilgiler çıkarılarak) erişime izin vereceği, kişinin yazılı beyanda bulunması için OFT'ye sözlü beyanda bulunma talebini belirtir bir son tarih, kişinin söz konusu tarih çerçevesinde herhangi bir yazılı beyanda bulunmaması veya sözlü beyanda bulunmak için imkân talep etmemesi halinde aleyhine bir yönetici men başvurusunun derhal yapılabileceği ve kişiye ait beyanların kendisi veya bir avukat tarafından hazırlanabileceği, gibi hususların yer alması zorunludur. Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document, 2010, s. 7.

[52] *Howe,* Personal Liability, s. 39; Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document 2010, s. 9.

[53] "European Commission Notice on Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases", (Leniency Notice, O.J. 2006/C 298/11.

yapılabilecektir. Bu halde pişmanlık uygulamalarının bile yöneticiler bakımından artık tam bir koruma sağlamamakla beraber, sonraki ihlaller yönünden yöneticilerin pişmanlık uygulamalarına aktif bir şekilde katılmalarını sağlayacağı söylenebilir[54].

2.4. Yöneticinin İhlâldeki Rolü

OFT tarafından değerlendirilecek bir diğer mesele yöneticinin, teşebbüsün rekabet kurallarını ihlalindeki sorumluluğunu tespit etmektir. OFT aşağıdaki belirteceğimiz üç halde ihlâlin gerçekleşmesinde yöneticinin sorumluluğu olduğuna kanaat getirebilir. Bunlardan ilki, yöneticinin teşebbüsün rekabet kurallarını ihlal etmesine katkıda bulunmasıdır. İkincisi, yöneticinin teşebbüsün rekabet kurallarını ihlaline katkıda bulunmamakla birlikte, teşebbüsün faaliyetlerinin rekabet kurallarına aykırılığı ile ilgili şüphe duyması için yeterli sebep bulunmasına rağmen herhangi bir önlem almamasıdır. Üçüncüsü ise, yöneticinin söz konusu teşebbüsün bir kanun ihlaline yol açacağını bilmemekle birlikte, bilmesinin gerekmesidir. OFT yöneticinin davranışlarının yukarıdaki kategorilerden bir veya birkaçına uyduğunu kanıtlamaya yeterli delil elde etmesi halinde men kararı için mahkemeye başvuruda bulunabilecektir[55]. Aşağıda yönetici sorumluluğuna yol açan bu halleri ayrıntılı şekilde açıklamaya çalışacağız.

2.4.1. Yöneticinin İhlale Katkıda Bulunması

OFT aşağıda belirtilen delillerin varlığını halinde yöneticinin tek başına veya diğer kişilerle birlikte ihlale katkıda bulunmuş olunduğu kanaatine varabilir.

- Faal olarak ihlali gerçekleştirecek davranışlarda bulunmak (örneğin şirket fiyat listesini herhangi bir rakibe göndererek karşı tarafın fiyatlarını o doğrultuda düzenlemesine yardımcı olmak veya yıkıcı fiyat stratejisi uygulamak),
- İhlale sebep olan faaliyeti planlamak, akıl etmek veya onaylamak,
- Belirtilen davranışlar doğrultusunda talimat vermek, baskı kurmak veya desteklemek suretiyle ihlale sebep olan faaliyette doğrudan veya dolaylı olarak rol oynamak,
- İhlale sebep olan faaliyetin gerçekleştiği veya tartışıldığı toplantılara katılmak veya bunları (dâhili veya harici şekilde) yönetmek,
- Teşebbüs çalışanları üzerinde, ihlâl kararını güçlendirmek amacıyla talimat vermek, baskı kurmak, destek vermek veya bu amaçla düzenlenen toplantılara katılmaya zorlamak,

[54] Clifford Chance: New OFT Policy on Disqualification of Directors for Competition Breaches, 2010, s. 2. www.cliffordchance.com ; *Dabbah,* M.: EC and UK Competititon Law , Cambridge Universtiy Press, 2004, s. 264.
[55] Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document, 2010, s. 10.

Teşebbüs çalışanlarına ihlâl kararını güçlendirmek amacıyla talimat vermek, onlar üzerinde baskı kurmak, destek olmak veya bu amaçla düzenlenen toplantılara katılmaya zorlamak,

- Rekabet kanununu ihlal eden faaliyete katılımda bulunmayı reddeden veya isteksiz olan diğer çalışanlara misilleme yapmak için talimat vermek veya desteklemek.

2.4.2. İhlalden Şüphe Etmek İçin Yeterli Sebep Bulunmasına Rağmen Herhangi Bir Tedbir Alınmaması

OFT yöneticinin söz konusu ihlalden şüphe etmek için yeterli sebebin bulunduğu, fakat konu ile ilgili herhangi bir önlem almadığı yönünde bir kanıya varabilir[56]. Örneğin,

- Yöneticinin şirket çalışanlarının doğrudan veya dolaylı olarak ihlalin gerçekleşmesine katkıda bulundukları bilgisine sahip olmasına rağmen bu faaliyetlerini durdurmak için girişimde bulunmaması,
- Yöneticinin, ihlal kapsamında herhangi bir faaliyeti finanse etmek adına ilgili harcamaları onaylamaya yetkili olması ve söz konusu finansmanın ihlal faaliyeti kapsamında kullanılacağına dair bilgiye sahip olmasına rağmen bu faaliyeti durdurmak için girişimde bulunmaması.

2.4.3. Yöneticinin İhlali Bilmesinin Gerekmesi

Bir yöneticinin ihlali hakkında bilgisi olmamakla birlikte, bilmesinin gerektiği durumlarda OFT diğer unsurların yanısıra aşağıdaki halleri de göz önünde bulundurarak men başvurusu yapabilir[57].

- Yöneticinin teşebbüs yapılanmasındaki konumu ve yöneticinin ihlalden sorumlu tutulan kişilerle olan yönetim ilişkisi,
- Söz konusu yöneticinin sahip olduğu genel bilgi, beceri ve deneyim düzeyi

[56] Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document 2010, s. 10; *Dabbah,* EC and UK Competititon Law, s. 265.

[57] Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document, 2010, s. 11: Yönetici men başvuruları için *"yöneticinin ihlali bilmesinin gerekmesi"* kriterinin küçük işletmeler bakımından, büyük işletmelere nispeten orantısız bir etkiye sahip olabileceği ileri sürülmüştür. Zira küçük işletmelerde büyük ölçekli işletmelere nispeten yöneticilerin ihlâlden haberdar olmaması pek mümkün değildir (*Howe,* Personal Liability, s. 40; The Institute of Directors Response: Director Disqualification Orders in Competition Cases Summary of Responses to the OFT's Consultation, and OFT's Conclusions and Decision Document, May 2010. OFT1244, s. 8). Buna karşın *"yöneticinin ihlali bilmesinin gerekmesi"* kriterinin, Kanunun yaptırım gücünü artırdığı ve teşebbüs yöneticilerini daha dikkatli davranmaya sevk ettiği ve nihayetinde yöneticilerin rekabet kurallarını ciddiye almasını sağladığı da ifade edilmektedir (*Gomez*, Getting Personal, s. 49).

veya o konumda olan bir kişinin sahip olması gereken bilgi, beceri ve deneyim düzeyi,
- Yöneticinin ihlalle ilgisi olan bilgi ve belgelere ulaşabilme yetkisinin olup olmadığı.

OFT, yöneticilerin rekabet hukuku kapsamında özel bir uzmanlığa sahip olmalarını beklememekle birlikte, teşebbüs faaliyetlerinin rekabet hukukuna uygunluğu konusunda yöneticilerin gerekli dikkat ve özeni göstermesini beklemektedir. Bununla birlikte, şirket yöneticilerinin fiyat sabitleme, piyasa paylaşımı ve ihaleye fesat karıştırma anlaşmalarının rekabet hukukunu ihlal edebileceğini bilmeleri de gerekir[58]. Öte yandan, OFT yöneticinin rekabet hukuku kurallarına uyumun sağlanması veya rekabet kanununun ihlalinin engellenmesine yönelik almış olduğu tedbirleri de göz önünde bulunduracaktır.

2.4.4. Cezayı Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Faktörler

OFT'nin yöneticilikten men başvurusu yaparken değerlendireceği son husus, ihlâl nedeniyle uygulanabilecek cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici unsurların bulunup bulunmadığıdır. Cezayı ağırlaştırıcı unsurların varlığı OFT'nin yöneticilikten men başvurusunda bulunması ihtimalini artıracaktır.

2.4.4.1. Ağırlaştırıcı Faktörler

Ağırlaştırıcı unsurlar şunlardır[59]:

- Yöneticinin geçmişte doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir rekabet ihlaline karışmış olması,
- Söz konusu ihlali gizlemek maksadıyla ilgili kayıtları imha etmiş veya bu doğrultuda talimatta bulunmuş olması,
- OFT veya AB Komisyonu'nun herhangi bir ihlalle ilgili soruşturmasını engellemiş olması, bu yönde bir girişimde bulunması veya başkalarına salık vermesi,
- Herhangi bir ihlalle ilgili bir soruşturma esnasında OFT veya AB Komisyonu çalışanlarının şirket yerleşkesine girmelerine yasadışı bir şekilde mani olması veya diğer kişilere bu yönde davranmaları hususunda talimat vermesi,
- OFT veya AB Komisyonu'nun ilgili ihlal kapsamında soruşturmaya

[58] OFT teşebbüs yöneticilerin rekabet kuralları hakkındaki bilgi düzeylerini artırmak amacıyla çeşitli eğitim programları düzenlemektedir. Ayrıca OFT yöneticilerin teşebbüs faaliyetlerini rekabet kurallarıyla uyumlu hale getirmesi için nelere dikkat etmesi gerektiğine dair çeşitli klavuzlar yayımlayarak (Company Directors and Competition law. 2010; How Your Businesas Can Achieve Compliance) teşebbüs yöneticileri üzerinde rekabet bilincini artırmaya çalışmaktadır. *Howe,* Personal Liability, s. 40; *Gomez*, Getting Personal, s. 49. *Dabbah,* EC and UK Competititon Law, s. 262 vd.

[59] Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document, 2010, s. 12.

başlamasını takiben ihlalin sürdürülmesi yönünde talimat ve destek vermesi veya savunuculuğunu yapması.

2.4.4.2. Hafifletici Faktörler

Hafifletici unsurlar şunlardır[60]:

- Teşebbüsün ihlali diğer bir teşebbüsün tehdidi altında gerçekleştirmiş olması (örneğin, hakim durumda olan teşebbüsün tehdidinden veya baskısından kurtulmanın tek yolunun söz konusu ihlalin gerçekleştirilmesi olması gibi),
- İhlal öncesinde, fiilin ihlale sebep olup olmayacağı hususunda ciddi belirsizlik olması,
- Söz konusu ihlal yöneticinin dikkatine sunulduğunda, yöneticinin rekabet uyum programının uygulanması veya gözden geçirilmesi de dâhil olmak üzere, zaman kaybetmeden iyileştirici önlemler alınmasını sağlaması,
- Yöneticinin ihlalden sorumlu olan çalışanlar hakkında disiplin önlemleri alması,
- Yöneticinin kendisinin, ihlale katkıda bulunmak veya gerçekleşmesine izin vermek yönünde (örneğin şirketin hisse sahipleri veya bir ana şirketin yöneticileri tarafından) iç baskı altında olması.

2.4.5. Hapis Cezaları ve Mahkemelerin Re'sen Yöneticilikten Men Kararı Vermesi

Şirketler Kanunu m. 188 ve 190 hükümlerinde fiyat sabitlemesi, pazar ve ihale paylaşımı gibi ihlâl hallerinde kartele taraf olan bireyler için 5 yıla kadar hapis ve sınırsız para cezası öngörülmektedir[61]. Bir şirket yöneticisinin Şirketler Kanunu m. 188 hükümleri uyarınca rekabet ihlali kapsamında hüküm giymesi ve ihlalin söz konusu şirket bünyesinde gerçekleştirilmiş olması halinde, kararı veren mahkeme bu yönetici aleyhine yöneticilikten men kararı verebilir[62]. Bu hallerde OFT'nin yöneticilikten men başvurusu yapmasına da gerek görülmemektedir.

3. TÜRK HUKUKUNDA TEŞEBBÜS VE TEŞEBBÜS BİRLİĞİ YÖNETİCİLERİNE YÖNELİK YAPTIRIMLAR

Türk hukukunda rekabeti ihlal eden teşebbüsler bakımından iki temel yaptırım söz konusudur: İdari para cezası ve tazminat.

---

[60] Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document, 2010, s. 13.
[61] *Howe,* Personal Liability, s. 39; *Gomez*, Getting Personal, s. 49 vd.
[62] *Whelan*, Personal Criminal Sanction, s. 28 vd.; Director Disqualification Orders in Competition Cases an OFT Guidance Document 2010, s. 13.

İdari para cezaları Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 16. maddesinde düzenlenmiştir[63]. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında usule ilişkin ihlaller sebebiyle uygulanacak (binde bir ila binde beş arasında değişen miktarlarda) para cezaları öngörülmüştür. Üçüncü fıkrada ise, esasa ilişkin ihlaller nedeniyle verilecek para cezasına yer verilmiştir. Bu fıkra uyarınca, RKHK'nun 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı davranışlarda bulunan teşebbüs, teşebbüs birlikleri ile bu birliklerin üyelerine yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilebilecektir.

RKHK'da teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticileri hakkında yalnızca idari para cezası öngörülmüştür. RKHK madde 16/4 uyarınca, **rekabet ihlalinde belirleyici etkisi** saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği **yöneticilerine ya da çalışanlarına** teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idari para cezası verilir[64]. Bu hükmün 2008 yılında 5728 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten[65] önceki hali şu şekilde idi: "Tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada[66] belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu **tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere** de şahsen **verilen cezanın yüzde onuna kadar** ayrıca para cezası uygulanır".

Yürürlükteki düzenleme, önceki düzenlemeden yaptırım açısından bazı noktalarda ayrılmaktadır.

Bunlardan ilki, önceki düzenlemede ceza verilebilecek kişilerin "tüzel kişiliğin yönetim organlarında görevli" kişilerle sınırlandırılmış olmasıdır. Yani tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri yöneticilerinin

[63] Rekabet ihlali sebebiyle RKHK madde 16 kapsamında verilecek cezaların tespitine ilişkin usul ve esaslar Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) ile belirlenmiştir.

[64] Ceza Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda para cezası verilir. Buna göre, yönetici ve çalışanlara kartellerde yüzde üçün altında bir ceza verilmesi mümkün değildir. Diğer ihlaller bakımından ise bir alt sınır getirilmemiştir. Ayrıca gerek kartellerde, gerekse kartel dışındaki diğer ihlallerde Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına ceza verilmeyebilecek veya cezada indirime gidilebilecektir (Bkz. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik, madde 7, 8).

[65] 5728 Sayılı Kanun ile RKHK'da yapılan değişiklikler hakkında genel bir değerlendirme için bkz. *Aslan*, İ. Y.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da "5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" İle Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler (I), (II) ve (III), Rekabet Forumu 2008, S. 40 s. 4-9; S. 41, s. 6-12; S. 42, s. 5-10.

[66] Söz konusu fıkra usule ilişkin ihlalleri düzenlemekteydi.

(örneğin bir adi şirket yöneticisinin) cezalandırılması maddenin lafzı itibariyle mümkün değildi. Mevcut düzenleme ile bu ayrım kaldırılmıştır.

İkincisi, önceki düzenlemeye göre usule ilişkin ihlaller sebebiyle teşebbüs veya teşebbüs birliğine ceza verilmesi halinde, bunların yöneticilerine de ayrıca ceza verilebilmekteydi. Mevcut düzenleme ile bu imkan kaldırılmıştır. Usule ilişkin ihlallerde artık sadece teşebbüs hakkında idari para cezası verilebilecektir.

Üçüncüsü, önceki düzenlemeden farklı olarak esasa ilişkin ihlallerde teşebbüs yöneticilerine de idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

Söz konusu değişikliklere bakıldığında, kanun koyucunun teşebbüs yöneticilerine uygulanacak yaptırımlarda gerek failler, gerekse cezalar yönünden daha etkin bir yaptırım politikası benimsediği söylenebilir. Gerçekten de tüzel kişiliğe sahip olup olmadığına bakılmaksızın, rekabet ihlalinin faili olan tüm teşebbüs ve teşebbüs birliği yöneticilerine ve hatta çalışanlarına yaptırım uygulanması caydırıcılık açısından olumludur. Aynı husus, daha önceki düzenlemede yer almayan *esasa ilişkin ihlallerde ayrıca teşebbüs yöneticilerine para cezası verilebilmesi* için de geçerlidir[67].

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun (Kurul), RKHK madde 16/4 hükmünü uygulamakta çekingen davrandığı görülmektedir. Maddedeki "ihlalde belirleyici etkisi saptanan yöneticilere idari para cezası verilir" şeklindeki -bizce Kurul'a takdir yetkisi bırakmayan-[68] ifadeye rağmen rekabeti ihlal etmiş teşebbüslerin yöneticileri hakkında herhangi bir yaptırımın uygulanmadığı çok sayıda Kurul kararı bulunmaktadır.

Kurul'un henüz 8 ay önce bazı kargo şirketleri hakkında vermiş olduğu karar bunlardan birisidir. Söz konusu kararda Aras, MNG ve Yurtiçi Kargo hakkında RKHK'nun 4. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle yaklaşık 17.000.000 TL para cezasına hükmedilmiştir. Raportörler tarafından ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin ihlalde belirleyici etkileri bulunduğu savıyla bazı yöneticiler hakkında %3 ila %4 arasında değişen cezalar teklif edilmiştir. Ancak Kurul, raportörlerin görüş ve teklifleri hakkında hiçbir değerlendirmede bulunmaksızın

[67] Ancak kanaatimizce usule ilişkin ihlallerde yöneticilere ceza verilmesinden vazgeçilmesi doğru olmamıştır. Örneğin Kurul'a yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi yahut birleşme veya devralma işlemini izinsiz olarak gerçekleştirilmesi halinde yöneticilere ceza verilmeyecek olması caydırıcılığı sağlamak bakımından yetersiz kalabilecektir. Ayrıca bu durum "sorumsuz ve özensiz" yöneticilerin davranışlarının sonuçlarının teşebbüs ortakları veya teşebbüs birliği üyelerinin sırtına yüklenmesine yol açabilecektir.

[68] RKHK madde 16/3 hükmü bakımından aynı yönde *Gönen*, K. E.: Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2003, s. 57).

teşebbüslere ceza vermekle yetinmiştir[69]. Oysa bir teşebbüs yöneticisi (yahut çalışanının) davranışı olmadan rekabet ihlalinin gerçekleştirilebileceğini tasavvur etmek son derece güçtür. Kurul'un rekabet ihlaline hükmettiği kararlarında, teşebbüs yöneticilerinin ihlalde belirleyici etkileri bulunup bulunmadığını ayrıca araştırması ve bu araştırma neticesinde varılan sonucu gerekçeli şekilde izah etmesi gerekir.

Esasen Kurul'un bu yükümlüğünü yerine getirdiği kararlar da –az sayıda olmakla birlikte- yok değildir. Nitekim *Beyaz Et Sanayicileri* kararında[70] bir teşebbüs yöneticisinin davranışlarının rekabet ihlaline yol açtığı, haftalık ortalama satış fiyatları karşılaştırılmak suretiyle ortaya konulmuştur. Böylece teşebbüs yöneticisinin davranışı ile ihlal arasındaki illiyet bağı objektif kriterlere dayandırılmış, verilen ceza hukuki olarak temellendirilmiştir.

Kurulun önüne gelen olaylarda sergilediği bu farklı tutum hukuk güvenliği ile bağdaşmamaktadır.

Teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerinin maruz kalabileceği yaptırımlar RKHK madde 16/4'teki idari para cezasıyla sınırlı değildir. Yürürlükteki diğer kanunlar sebebiyle *dolaylı* yaptırımlar da söz konusu olabilecektir. Bu yaptırımlar şunlardır:

1- Rekabet ihlali nedeniyle para cezası ve/veya tazminat ödemek zorunda kalan bir teşebbüsün, rekabet ihlaline neden olan yönetici veya çalışana rücû etmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 336/1'de anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları sözleşme veya işlemlerden kaynaklanan zararlar sebebiyle müteselsilen sorumlu olacakları ifade edilmiştir[71]. Maddenin devamında **kanun veya esas sözleşmenin yüklediği vazifelerin kasten veya ihmal ile yapılmaması** sorumluluk sebebi olarak gösterilmiştir (TTK madde 336/5)[72]. Maddedeki "kanun" ifadesi TTK ile sınırlı olmayıp, yürürlükte olan ve yönetim kurulu üyelerine sorumluluk yükleyen tüm

[69] Dosya Sayısı: 2008-4-264, Karar Sayısı: 10-58/1193-449, Karar Tarihi: 3.9.2010. Kurul'un Türk Telekom ve TT Net hakkında "fiyat sıkıştırması" sebebiyle 12.394.781,16 TL cezaya hükmettiği kararda ise hem raportörler, hem de Kurul tarafından teşebbüs yöneticilerinin cezai sorumluluklarına hiç değinilmemiştir (Dosya Sayısı: 2007-2-65, Karar Sayısı: 08-65/1055-411, Karar Tarihi: 19.11.2008).

[70] Dosya Sayısı: 2008-3-116, Karar Sayısı: 09-57/1393-367, Karar Tarihi: 25.11.2009.

[71] Yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğuna 6102 Sayılı TTK madde 557/1'de de yer verilmiş, fakat yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından "farklılaştırılmış teselsül" ilkesi benimsenmiştir (Bkz. 557. madde Gerekçesi).

[72] Keza, TTK madde 320 uyarınca yönetim kurulu üyeleri ortaklık işlerini görürken özenli bir yönetici gibi hareket etmekle yükümlüdür.

mevzuat hükümlerini kapsar[73]. Bilhassa şirket menfaatlerini ilgilendiren hukuki düzenlemelerin tümü bu kapsamda değerlendirilmelidir. RKHK da söz konusu düzenlemelerden birisidir ve bu kanunun (para cezası veya tazminata ilişkin hükümlerinin) ihlali durumunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilecektir[74]. TTK madde 336 kapsamındaki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusura dayanan bir sorumluluktur[75]. Bu itibarla, çoğu zaman kasten davranışı gerektiren kartel uygulamaları bakımından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna kolaylıkla gidilebilecektir[76]. Ayrıca, RKHK madde 58 uyarınca rekabet ihlalinin sebep olduğu zararın üç katı oranında tazminata hükmedilebilecektir. Böylece, idari para cezalarının yanı sıra bir de yüksek oranda tazminata hükmedildiği durumlarda teşebbüs yöneticileri rücu sebebiyle ağır bir yaptırımla karşı karşıya kalabileceklerdir[77].

2- Türk rekabet hukukunda failler hakkında hapis cezası öngörülmemiştir. Bununla birlikte, rekabet ihlalinin aynı zamanda bir suç teşkil ettiği durumlarda teşebbüs yöneticileri hapis cezasıyla karşı karşıya kalabilecektir. Örneğin, ihaleye katılan teşebbüslerin aralarında anlaşarak rekabeti ihlal etmeleri aynı zamanda TCK madde 235'te düzenlenmiş olan "ihaleye fesat karıştırma" suçunu[78]

---

[73] *Helvacı*, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s. 67.

[74] *Pınar*, H.: Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2009, C. XXV, S. 4, s. 388-389. Aynı sonuca, BK madde 528/2 uyarınca adi şirket yöneticileri, TTK madde 138'in BK madde 528/2'yi de kapsayan atfı nedeniyle kolektif ve komandit şirket yöneticileri ve nihayet TTK madde 556 hükmü gereği limited şirket müdürleri bakımından da varmak mümkündür.

[75] *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu:* Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2005, s. 335.

[76] Dikey anlaşmalar ve hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle ortaya çıkan rekabet ihlalleri bakımından ise kusurun tespiti somut olayın özelliklerine göre güçlük arzedebilecektir (Pınar, s. 389).

[77] Teşebbüs yöneticilerinin bu ağır yaptırımlardan *sorumluluk sigortası* ile kaçınmaları mümkün olabilir. *Kervankıran,* bu sigorta türünün ülkemizde yeterince gelişmemiş olduğunu, yöneticilerin sorumluk sigortasına ilişkin hukuki bir düzenleme bulunmadığını, ancak uygulamada sigorta sözleşmelerinin "mesleki sorumluluk sigortası" kapsamında yapıldığını belirtmektedir (*Kervankıran*, E.:Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası (D&O- Insurance), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 266 vd.).
6102 Sayılı TTK madde 361 konuyla ilgili bir düzenleme içermektedir. Madde şu şekildedir: *"Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır".* Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu düzenleme ile "yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken şirkete verebilecekleri zararların güvence altına alınması konusunda ilk çekingen adım atılmıştır".

[78] "İhaleye Fesat Karıştırma" başlığını taşıyan TCK madde 235 hükmü şu şekildedir:

oluşturabilecektir[79]. Gerçekten de maddede *ihaleye katılımı engellemek* (TCK md. 235/2, a.1*)* ve *ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek amacıyla açık veya gizli anlaşmalar yapmak* (TCK md. 235/2, d) gibi aynı zamanda rekabet ihlali oluşturabilecek eylemler suç olarak tanımlanmıştır[80]. Kurul bir kararında tıbbi sarf malzemeleri ve laboratuar hizmetleri alanında faaliyet gösteren bazı teşebbüsler hakkında alım ihalelerini paylaştıkları, ihalede rekabetçi fiyat oluşumunu engelledikleri gerekçesiyle başlatılan soruşturma neticesinde idari para cezası vermiştir[81]. Bu olayda Kurul failler hakkında Sinop Ağır Ceza Mahkemesi'nde ihaleye fesat karıştırma suçundan açılmış olan davanın sonucunu beklemeye gerek görmemiştir. Keza, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu madde

---

Madde 235 - (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, **beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası** ile cezalandırılır.
(2) Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:
a) Hileli davranışlarla;
1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,
2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,
3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,
4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.
b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.
c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.
d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.
(3) İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.
(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.
(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması hâlinde de uygulanır.

[79] Keza "Fiyatları Etkileme" başlıklı TCK madde 237'de zikredilen fiiller aynı zamanda rekabet ihlali oluşturabilecektir.

[80] Bkz. *Arslan*, Ç.: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara 2008, s. 133, 149.

[81] Dosya Sayısı: 2007-2-87, Karar Sayısı: 08-74/1180-455, Karar Tarihi: 19.12.2008.

15/3'teki *"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir..."* hükmü uyarınca Sinop Ağır Ceza Mahkemesi'nin nihai kararının beklenmesi gerektiği yönündeki karşı oy görüşüne -bizce de haklı olarak- itibar etmemiştir. Zira ceza mahkemesinin, teşebbüs yöneticisi gerçek kişiler hakkında ceza vermesi söz konusudur. Kurul ise teşebbüsler hakkında cezaya hükmetmiştir. Bir diğer ifadeyle, TCK madde 235'te düzenlenen suç ve bu suçun failleri ile, RKHK madde 4'te yer alan kabahat ile bu kabahatin failleri farklıdır. Bu itibarla, ceza mahkemesince failler hakkında cezaya hükmedilse bile 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu madde 15/3'ün temelinde yatan *aynı eylemden dolayı mükerrer ceza verilmemesi (ne bis in idem*) kuralının ihlali söz konusu değildir. Kurul failler hakkında para cezası vermiş olsaydı ancak o zaman söz konusu maddeye aykırılıktan bahsedilebilirdi. Ancak Kurul failler hakkında böyle bir ceza uygulamış değildir.

Burada bir hususa işaret etmekte yarar vardır. İhaleye fesat karıştırma suçunu düzenleyen TCK madde 235'in gerekçesinde bu suç ile korunan hukuki değerin "kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güven" olduğu belirtilmiştir. Ancak doktrinde de çoğunlukla kabul edildiği üzere, *söz konusu suçla korunan asıl hukuki değer ekonomiye ilişkin kuralların ve bunların başında serbest rekabet düzeninin bir takım hileli hareketlerle bozulmasının engellenmesidir*[82]. Buna karşın, amacı (ihale piyasaları da dahil olmak üzere) tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunması olan RKHK'da yasaklanan ihlaller bakımından hapis cezası öngörülmemiş olması dikkat çekicidir[83].

Nihayet, rekabet ihlaline neden olan yöneticilerin hapis cezasına maruz kalmalarının son derece istisnai (ve hatta TCK madde 235 hükmü ile sınırlı) bir durum olduğunu belirtmek gerekir.

Ayrıca, Kamu İhale Kanunu'nun (KİK) 17, 58. maddeleri uyarınca ihalelerde rekabeti bozucu davranışta bulunanlar hakkında bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilecektir. Ancak burada haklarında ihaleye katılma yasağı uygulanacak kişiler şirket veya ortaklarla sınırlı tutulmuş, yöneticiler hakkında ayrıca bir yaptırım öngörülmemiştir (KİK madde 58/2).

---

[82] *Arslan*, s. 106 ve orada dn. 393'te zikredilen yazarlar. Keza, maddenin 2. fıkrasının (d) bendine ilişkin fıkra gerekçesinde, fıkrada belirtilen fiillerin ihalenin objektif ve serbest rekabet şartlarında yapılmasını engellediği belirtilmektedir.

[83] Karş. Orman, Kartellerde Bireylere Uygulanacak Yaptırımlar, s. 61.

3- Türk hukukunda, teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerinin hukuka aykırı davranışları sebebiyle resmi makamlarca re'sen görevden alınmasına imkan veren bir genel düzenleme bulunmamaktadır. Bu tür uygulamalar çoğunlukla ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ortakları veya organlarının insiyatifine bırakılmıştır.

Nitekim şahıs şirketleri ile limited şirket yöneticilerinin, gerek ortakların (atanma şekline göre oybirliği ya da oyçokluğuyla) alacakları kararla, gerekse haklı sebeplerin varlığı halinde ortakların müracaatı üzerine mahkeme kararıyla azledilmeleri mümkündür (Borçlar Kanunu madde 524, 529; TTK madde161, 162, 168)[84]. Dolayısıyla, rekabet ihlaline sebep olan yöneticiler ortaklarca görevden alınabileceği gibi, rekabet ihlali nedeniyle maruz kalınan yaptırımın haklı sebep teşkil etmesi durumunda mahkeme kararıyla da görevlerine son verilebilecektir.

Anonim şirketlerde ise, yönetim kurulu üyelerini azletme yetkisi genel kurulun yetkisindedir (TK madde 316). Yönetim kurulu üyelerinin rekabet ihlaline sebep olmaları halinde genel kurul azle karar verebilecektir.

Keza, derneklerde genel kurul yönetim kurulu üyelerini haklı sebeple görevden alabilir (Medeni Kanun madde 80/2). Teşebbüs birlikleri çoğu kez dernek şeklinde örgütlenmektedirler. Böyle bir teşebbüs birliği hakkında rekabet ihlali nedeniyle yaptırım uygulanmış olması, somut olayın özelliklerine göre haklı sebep teşkil edebilecek ve yöneticilerin görevden alınmasına yol açabilecektir.

Bu noktada, yukarıda bahsedilen düzenlemeler sebebiyle teşebbüs veya teşebbüs birlikleri yöneticilerinin azli söz konusu olsa bile, azledilen yöneticilerin bir başka teşebbüste yönetici olmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmadığına dikkat çekmek gerekir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar Türk hukukunda rekabet ihlaline sebebiyet veren yöneticilerin çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalabileceklerini göstermektedir[85]. Mamafih, bu yaptırımların yeterli, adil ve etkin olduğu noktasında bazı tereddütler bulunmaktadır.

---

[84] Daha fazla bilgi için bkz. *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu,* s. 70-72, 164-165 ve 929-930.

[85] Hatta bu yaptırımların kümülatif şekilde uygulanması da olasıdır. Örneğin, ihaleye katılan teşebbüslerin fiyat anlaşması yaptıklarını ve bu fiilin RKHK madde 4'e aykırılığın yanı sıra ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğunu varsayalım. Söz konusu teşebbüs yöneticilerinin RKHK madde 16/4 kapsamında idari para cezası, TCK madde 235 uyarınca hapis cezası, TTK madde 336 uyarınca teşebbüsün ödemiş olduğu idari para cezası ve tazminattan müteselsil sorumluluğun yanı sıra teşebbüs ortak veya organlarının kararıyla azil ile karşı karşıya kalmaları mümkündür. Ancak kuşkusuz bu ekstrem bir örnektir.

İlk olarak, 5728 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle esasa ilişkin ihlaller bakımından teşebbüs yöneticilerine ayrıca ceza verilmesi benimsenmiş olmakla birlikte, Kurul'un yöneticilere ceza verdiği vaka sayısı oldukça düşüktür. Nitekim, Kurul'dan elde ettiğimiz bilgilere göre, 5728 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten bu yana sadece bir olayda (Beyaz Et Sanayicileri Kararı'nda) yöneticiler hakkında idari para cezası uygulanmıştır[86].

İkinci olarak, teşebbüs aleyhine hükmedilecek idari para cezası veya tazminatın rücu yoluyla yöneticilerden tahsil edilmesi mutlak bir kural değildir. Burada teşebbüs veya ilgili diğer kişilere verilmiş bir yetki söz konusudur. Bu yetkinin kullanılmadığı durumlarda yöneticiler bakımından ilave bir yaptırım da söz konusu olmayacaktır. Aynı husus "azil" için de geçerlidir.

Üçüncü olarak, idari para cezası ve tazminat gibi failin malvarlığı üzerinde etki doğuran yaptırımlar her failin malvarlığının farklı olması nedeniyle aynı düzeyde caydırıcı olmayabilecektir[87].

SONUÇ VE ÖNERİLER

Rekabet ihlalleri ile mücadeledeki başarı etkin yaptırım politikaları ile yakından ilişkilidir. Bu alandaki yaptırımlar bir hukuk politikası tercihi olarak ülkeden ülkeye farklılıklar gösterebilmektedir. Rekabet ihlali oluşturan fiillerin asıl faillerinin teşebbüs yöneticileri olduğu düşünüldüğünde, etkin bir rekabetin olduğu piyasaların tesisi bakımından teşebbüs yöneticilerine uygulanacak yaptırımlar ayrı bir öneme sahiptir.

Ayrıca suç olarak tanımlanmış davranışlar bir tarafa bırakılacak olursa, Türk hukukunda rekabet ihlalleri sebebiyle yöneticiler hakkında uygulanabilecek en etkili yaptırım para cezasıdır. Oysa, parasal yaptırımlar failin mali ekonomik durumuna bağlı olarak aynı düzeyde etki yaratmayabilecektir. Ayrıca, bu tür yaptırımların ilgili teşebbüsler yahut sigorta firmalarınca üstlenilebileceği göz ardı edilmemelidir. RKHK'nın açık hükmüne rağmen Kurul'un yöneticiler hakkında para cezası uyguladığı vaka sayısı oldukça azdır. Bu yüzden Türk hukukunda etkin yaptırım politikalarının *yöneticiler bakımından* yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Rekabet kültürünün henüz oluşmadığı toplumlarda yöneticilere yönelik yaptırımlara ağırlık verilmesi bilinçlenme sürecine önemli katkılar sağlayabilecektir. Aksi taktirde, verilen para cezalarının (belki de ihlalden haberi

[86] Söz konusu verilerin temininde yardım ve emeklerini esirgemeyen Rekabet Başuzmanı Sn. Gökşin Kekevi ve Rekabet Kurumu Özel Büro Müdürlüğünde görevli yetkililere teşekkürlerimizi sunarız.

[87] Aynı yönde *Orman*, Kartellerde Bireylere Uygulanacak Yaptırımlar, s. 33.

bile olmayan) teşebbüs ortaklarının omuzlarına yüklenmesi, yahut alıcılar veya tüketicilere yansıtılması kaçınılmaz olacaktır.

Bu nedenle, Türk rekabet hukukunda etkin bir yaptırım politikası oluşturulabilmesi için öncelikle teşebbüs yöneticilerinin rekabet kuralları hakkında bilinçlendirilmesi, bu kapsamda rekabet uyum programlarının yaygınlaştırılması (hatta büyük ölçekli firmalar bakımından zorunlu hale getirilmesi) yararlı olacaktır.

Ayrıca, ihlalin asli faili konumunda olan teşebbüs yöneticilerine mağfiret edici yaklaşımlardan kaçınılması, kanunda öngörülen yaptırımların eşit ve yeknesak biçimde uygulanması gerekir. Para cezalarının subjektif etkisi sebebiyle alternatif yaptırımlara da yer verilmesi düşünülebilir. Bu bağlamda, aynı zamanda yöneticileri görev yaptıkları teşebbüslerde rekabet uyum programları tatbik etmeye zorlayacak olan *men cezası* benimsenebilir. Bu yaptırımın aşırı caydırıcılık yaratabileceği yönündeki kaygılar ise İngiliz hukukundaki gibi ağır rekabet ihlalleriyle sınırlandırılması yahut rekabet ihlalinin tekerrürü halinde uygulanması suretiyle giderilebilir.

KAYNAKÇA

Antalics, M.: Developments in International Leniency Agreements: 2007 to 2008", The Antitrust Review of the Americas 2009.

Arslan, Ç.: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ankara 2008.

Aslan, İ. Y.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da "5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" İle Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler (I), (II) ve (III), Rekabet Forumu 2008.

Aygün, E.: Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama**,** Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, Seri No: 86, Ankara 2008.

Basedow, J.: Private Enforcement of EC Competition Law. Kluwer Law International, 2007.

Butler, A. ve Holmes, S.: Cartel Regulation in the UK- the Two Pronged Approach, The European Antitrust Review 2011.

Calvani, T.: Competition Penalties & Damages in a Cartel Context; Criminalisation & Teh Case for Custodial Sentences, Amsterdam Centre for Law and Economics 2004.

Dabbah, M.: EC and UK Competititon Law , Cambridge Universtiy Press 2004.

Eilmansberger, T.: The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC, Common Market Law Review 2007.

Ewing Ky P., Competition Rules for The 21st Century (Second Edition. Netherlands: Kluwer Law International 2006.

Fingleton, J. ve Williams S.: The Fight Against Cartels: is a 'Mixed' Approach to Enforcement the Answer?, International Antitrust Law and Policy: Fordham Competition Law 2006.

Fingleton, J.: The Appropriate Balance Between Corporate and Individual Sanctions, Mentor Group's London Forum on 16 September 2010.

Gomez, L. ve Murray, G.: Getting Personal, Director Disqualification for Competition Law Violations, Baker&McKenze European Legal Bulletin 2010.

Hamond, S.: Corner Stone of an Effective Leniency Program, Work Shop on Leniency Programs, Sydney 2004.

Hamond, S.: Cracking Cartels with Leniency Programs, OECD Working Committee Working Party, No.3 2005.

Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001.

Howe, D. ve Lawrence, J.: OFT Expands Directors' Personal Liability, Global Competition Review, Volume 13, Issue 10, 2010.

Kekevi, G.: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartelle Mücadele, Ankara 2008.

Kervankıran, E.: Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası (D&O- Insurance), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008/1.

Komninos, A.: "Public and Private Enforcement in Europe", The Competition Law Review, Vol. 3. Issue 1, 2006.

Lee, B.: The Harmonization of Public and Private Enforcement, 5th. Seoul International Competition Forum, Seoul 2008.

Morgan, J.: Criminal Cartel Sanctions Under the UK Enterprise Act: An Assessment, International Journal of the Economics of Business, Vol. 17, No. 1, 2010.

Orman, H.: Kartellerde Bireylere Uygulanacak Yaptırımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 110, Ankara 2009.

Özsunay, E.: ABD ve Kartel Hukuklarında Pişmanlık Programları ve Türk Rekabet Hukuku Üzerine Düşünceler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2006.

Pınar, H.: Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2009, C. XXV, S. 4.

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2005.

Rodger, B ve Macculloch, A.: Competition Law and Policy in the EC and UK, 4th Edition, Newyork 2009.

Walters A. ve Davis M.: Directors' Disqualification & Bankruptcy Restrictions**,** Sweet & Maxwell, London 2006.

Whelan, P.: A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment Under EC Cartel Law"**,** The Competition Law Review, Volume 4 Issue 1, 2007 s. 28.

Wils, W.: EC Competition Fines: To Deter or Not Deter", The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law Essays in Law and Economics içinde, Kluwer Law International, The Hague/Landon/New York 2001.

Wils, W.: Is Criminalization of EU Competition Law the Answer ? World Competition, Volume 28, 2005.

DİĞER KAYNAKLAR

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP: U.K. Imposes First Criminal Sentences On Cartel Participants, 2008.

Clifford Chance: New OFT Policy on Disqualification of Directors for Competition Breaches, 2010, www.cliffordchance.com

Commission Notice on Immunity From Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases. O.J. 2006/C 298/11.

Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, 2002/C, OJ C 45/3 of 19.2.2002

Director Disqualification Orders in Competition Cases Summary of Responses to the OFT's Consultation, and OFT's Conclusions and Decision Document, May 2010. OFT 1244.

Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law, an OFT Report. 2010.

OECD, 2005: Cartels; Sanctions Against the Individuals, DAFF/COMP (2004).

The Institute of Directors Response: Director Disqualification Orders in Competition Cases Summary of Responses to the OFT's Consultation, and OFT's Conclusions and Decision Document, May 2010. OFT 1244.

SORU ve CEVAPLAR

Hülya …- Merhaba.

Rekabet Kanunuyla yeni Türk Ticaret Kanununun birbirine çok yaklaştığını söylediniz; gerçekten de öyle. Bu, ileride Rekabet Kurumu ve adli mahkemeler arasında bir görev uyuşmazlığına sebep olabilecek bir husus. Böyle bir durumda, Rekabet Kurulu, Danıştay ya da Yargıtay açısından görev uyuşmazlığının nasıl giderilebileceğini düşünüyorsunuz, nasıl bir çözüm düşünüyorsunuz; bunu sormak istiyorum.

Bir soru daha sormak istiyorum. Türk hukukunda sözleşmelerden kaynaklanan hapis cezalarının kaldırıldığı bir ortamda (karşılıksız çek suçu da dahil olmak üzere) yöneticiler için hapis cezalarını ne ölçüde savunuyorsunuz?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkürler. Buyurun Kerem Cem Sanlı.

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI *(İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi)*- İsmail Hocama Yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki Haksız Rekabet hükümleri ile ilgili bir soru sormak istiyorum.

Yeni Kanun'un haksız rekabete ilişkin 55. maddesinin (b) beninde şöyle bir düzenleme var: "*Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle; 1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek…, haksız rekabet teşkil eder*." Bu hüküm hakkında genel olarak ne düşünülüyor? Biraz daha somutlaştırayım. Şu anlamda soruyorum: ticaret hayatında aslında bu tipik bir rekabetçi davranıştır. Siz başkalarının müşterilerini elde etmek için, doğal olarak daha avantajlı teklifler sunarsınız ve müşteri, eğer sizin teklifiniz mevcut (bağlı olduğu) sözleşme şartlarından daha iyiyse, sözleşmesini fesheder ya da kendi edimini ifa etmez (yani sözleşmeye aykırı davranır) ve sizinle sözleşme akdeder. Doğal olarak feshettiği ya da ihlal ettiği sözleşmeden bir tazminat borcu doğabilir. Doğal olarak bu tazminat borcunu da genel esaslar çerçevesinde ödemek durumundadır. Bu istenilen bir sonuç mudur? Şüphesiz burada sözleşmeye aykırı davranış vardır ama netice itibarıyla bu davranış daha rekabetçi bir teklif nedeniyle gerçekleşmiş ve kaynakların daha etkin bir şekilde tahsis edilmiştir. Şimdi böyle bir eylemin haksız rekabet kapsamında olması, aslında rekabetçi olan bir davranışın, haksız rekabet teşkil etmesi ve dolayısıyla hukuka aykırı kabul edilmesidir. Bunun yaratabileceği olumsuz güdülemeyi tahmin etmek kolaydır. Bu hüküm kabul edilirse bundan böyle avukatlar iş dünyasına şöyle bir mesaj

vereceklerdir: "Başkası ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan potansiyel müşterilerinize daha rekabetçi teklifler vermeyin!". Peki bu durumda rekabet nasıl işleyecektir? Şirketler olası müşterilerinin sözleşme sürelerinin ne zaman başladığını ve bittiğini mi bileceklerdir? Ya da anonim olarak kamuya bazı teklifler mi yapacaklardır? Bu itibarla hükmün son derece sakıncalı olduğunu düşünüyorum? Bu çerçevede sizin görüşünüzü ve hükmün ne şekilde yorumlanması gerektiğini sormak istiyorum. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Buyurun İsmail Bey.

İsmail Hakkı KARAKELLE ***(Rekabet Kurulu Üyesi)-*** Öncelikle tebliğ sahiplerine ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Ayhan Kortunay ve Murat Şahin Beylere iki sorum/değerlendirmem var. Ayhan Hoca'yı yine daha önce hiç ya da çok az ele alınmış bir konuyu işlediği için kutluyorum. Birinci husus, yöneticilere verilen ceza 2008 değişikliği ile %10'dan % 5'e indirildi dediniz. Bir atlama oldu galiba. Değişiklikten önceki %10, teşebbüslere kanunun 16/1. maddesi uyarınca verilen maktu cezanın %10'uydu. Bu cezalar esasen çok düşüktü, bir de bunun %10'unu aldınız mı ortaya gerçekten komik denilebilecek rakamlar çıkıyordu. Değişiklik sonrası %5 ise esastan verilen cezanın ki, bunun hatırı sayılır bir ceza olduğunu biliyoruz, %5'i dir. İkincisi "yöneticilere verilecek cezada Kanun Kurul'a takdir yetkisi vermemiştir"dediniz. Kanunda "….verebilir." denmiyor. "…verir" diyor dediniz. Bu doğru ancak bir şartla; yöneticinin ya da çalışanın "ihlalde belirleyici etkisi(nin) saptanması" halinde. Belirleyici yetkiliyi kim saptayacak? Kurul. Kuşkusuz bu Kurul'a keyfilik vermez. Objektif ölçülere dayanmak kaydıyla Kurul hangi davranışın "belirleyici etki" olduğunu hangisinin de "olmadığını" belirleyecek. Bir defa belirleyici etki vardır dedikten sonra ceza vermemezlik edemez. Söylenmek istenen buysa bu doğru. Tekraren belirtmek gerekirse, ihlalin varlığı otomatik olarak yöneticilere ya da çalışanlara cezayı gerektirmez. Kurul, ayrıca bu kişi ya da kişilerin ihlalde belirleyici rol oynadıklarını ispatlamalı. Özetle, bu ceza bir "kırmızı ışık cezası" değil.

İsmail Hoca ve Özlem Hanıma sorumu yöneltmeden önce özellikle teşekkür etmek istiyorum. Yeni Ticaret Kanununun getirdiklerini daha önce yetkin ağızlardan dinledik. Ancak Rekabet hukuku açısından ilk kez dinleyeceğiz, daha doğrusu kendi adıma ilk kez dinleyeceğim. Sorum Kerem Hocanın sorusuyla paralel.Yeni Ticaret Kanununun 55/1(b) maddesi Rekabet Kanununun 4.maddesini uygulama dışına çıkartacak şekilde yorumlanabilir mi? Tabii bu konuda Gamze Hoca Hanımın da değerlendirmesini alabilirsek mutlu oluruz.

Prof. Dr. İsmail KAYAR- İki tane soru geldi: Birisi, "haksız rekabet hükümleri ve Rekabet Kanunu hükümleri arasında yapılacak uygulamada ne olur, görev uyuşmazlığı olur mu?" Ben öyle bir şey olacağını düşünmüyorum. Tabii ki

bir yaklaşma olmuştur, fakat amaçları ve sonuçları farklıdır demiştim. Haksız rekabet olup olmadığı, bu açıdan açılacak davalar bireysel talepleri içerecektir ve mahkemenin konusudur; haksız rekabet olup olmadığı yönünden Rekabet Kurulu bir değerlendirme yapacak değil. Malum, mahkemeler, "bir olayda acaba bekletici mesele yapılabilir mi, bakalım Rekabet Kurulu ne diyecek" diye, duruşmaları uzun atarak, bir şeyler bahane ederek, adını koymadan bunu yapar. Yargılama sırasında karşılıklı yararlanmalar olabilir ve sonuçta, ilerideki benzer olaylarda verilen kararlardan etkileşim olabilir diye düşünüyorum. Rekabet Kurulu bir kere mahkeme değil. Bildiğimiz usul hukuku anlamındaki hüküm uyuşmazlığı veya görev uyuşmazlığı burada asla olmaz diye düşünüyorum.

Diğer soru, 55/1-B'deki konu. Soru şuydu:

Eskiden 57'nci madde, "haksız rekabet hâlleri özellikle şunlardır" diye 10 bent sayardı, şimdi 5 fıkraya ayrıldı, altında bir sürü sayılıyor. Bunlardan birisi de, sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek. Sözleşmelerden doğan yükümlülükler, borçlar nispidir; sözleşmenin tarafları tarafından ihlal edilebilir ya da sözleşme feshedilebilir, sonlandırılabilir. Burada ilginç bir durum var; dışarıdan biri sözleşmenin taraflarından birini ihlale yöneltiyor, ya baskı yapıyor, ya daha cazip bir şey yapıyor. Soruyu anladığımı düşünüyorum. Bence burada sihirli kavram, dürüstlük kavramıdır. Eğer bu ihlale sevk eden taraf, mesela "ben daha ucuza veririm" diyor ve maliyetler, kâr marjları vesaire açısından ciddi ve inandırıcıysa burada bir haksız rekabet filan olmayacağını düşünüyorum. Şöyle düşünelim: Sırf rakiplerinden birini zora koşmak için ya da insanları, onun elde ettiği daha önceki kazanımları, sözleşmeleri, bağlantıları sonlandırmaya sevk etmek için kıyasıya, öldürücü, yıkıcı şeyler öneriyor, dürüst bir insan bunu yapar mı; ölçü bu. Malum, Medeni Kanun 2'yle tam örtüşmüyor ama, burada bir dürüstlük kavramı var. Dolayısıyla, İsmail Beyin okuduğu B-1'i müsaadenizle okuyayım. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları, başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek renksiz bir kavramdır, bir önceki maddedeki dürüstlük kavramıyla birlikte değerlendirmek gerekir diye düşünüyorum. O durumda haksız rekabet oluşturur. Bu fıkranın gerekçesinden bir cümle okuyayım. Diyor ki, "B bendiyle Türk haksız rekabet hukuku yeni bir boyut kazanmıştır, boyut, sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmenin dışından gelen eylemlerle sözleşmeyi ihlale veya son erdirmeye yöneltilmesidir, bu yeni boyut ile saf, bozulmamış rekabet, rakip, tüketici, tedarik eden ve genel olarak kanun korunmaktadır."

Şimdi, detaya giremediğim için, uzatmayayım diye keseceğim ama, burada yine de bir düzenleme sorunu olduğunu düşünüyorum. Rekabet hukukuyla aynı terminoloji kullanılsın diye yapılmış ama, amaçlarının farklı olduğunu, dürüstlük

kuralının sonuçlarının farklı olduğunu birlikte mütalaa edersek mesele hâlloluyor. Rekabet Kanununun 4'üncü maddesinin B bendindeki, "rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması" konusuyla paralel gibi geliyor bana. Yalnız, rekabet hukuku açısından bunun ihlal sayılması için, sistemli bir anlaşmayla, uyumlu eylemle, birlikle hareket edilerek yapılması gerekir. Ticaret hukuku açısından haksız rekabet oluşması için, buna tek kişinin dahi zorlaması yeter diye düşünüyorum.

Umarım açıklayıcı olmuştur. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederiz. Gamze Hanıma söz vereyim; buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu ÖZ- Teşekkür ederim.

Hocam izin verirseniz ben bu konuda iki cümle sarf edeceğim, ondan sonra devam edeceğim.

Kanun koyucunun yeni TTK'nda yukarıda bahsedilen çerçevede haksız rekabet teşkil eden yeni haller öngörmesiyle, haksız rekabet hükümleriyle rekabet hukukunun düzenlediği alanlar, korunmaya çalışılan menfaatler elbette birbirinden farklı olmakla beraber, artık birbirinden çok keskin çizgilerle ayrılabilecek tamamen farklı alanlar gibi düşünülmemelidir. Bizler ve herhâlde bu salonda Rekabet Kanununun yeni yürürlüğe girdiği yıllarda rekabet hukuku çalışmaya başlamış olanlar, rekabet hukuku ile ilk tanıştığımızda rekabet hukukunun ve haksız rekabetten farklı alanları düzenlediği, farklı menfaatleri koruduğunu öğrenerek yetiştik, hâlâ da temel kavramları böyle öğretiyoruz. Rekabet hukukunu hiç bilmeyen bir kimseye bahsederken böyle bir tanımlama yapmak doğru; ama şimdi haksız rekabet hükümleriyle birlikte düşündüğümüzde konuyu daha ayrıntılı düşünmek, başka bir noktadan değerlendirmemiz gerekir kanaatindeyim. Kanun koyucunun burada sözleşme hürriyetini, rekabet hukukuyla korunan menfaatin üstüne koyduğunu düşünüyorum.

Bir başka husus da, aslında bu kuralların amaçlarından yola çıkılarak yorum yapılabileceğidir. Burada Avrupa Birliği hukukunda antlaşma metinlerinin yorumlanmasında sıkça başvurulan bazı kavramlardan yararlanarak yorumlar yapılabileceği kanaatindeyim. AB Komisyonu ve mahkemeleri rekabet hukuku ile ilgili karar ve davalarda "işleyebilir bir rekabet hukuku, işleyebilir bir piyasa" diye bir kavram kullanır. Bu kavram 1980'li yıllarda ortaya çıkmıştır. İsterseniz bunu biraz açayım: Rekabet hukukunun da, haksız rekabetin de aslında öngördüğü, her koşulda hukuka uygun ve işleyebilir bir rekabet sistemi olması, bir piyasa olmasıdır.

Bir basit örneği çarpıcı olması bakımından biraz farklı piyasadan vermek istiyorum: konuyu sadece dikkatlerinize sunarak bu bahsi kapatayım, diğer soruları cevaplamaya çalışayım. "Acaba haksız rekabet ev rekabet hukukunu bu kadar birbirinden ayrı ve bağımsız alanlar olarak değerlendirmek her olayda mümkün müdür? Yoksa daha bütüncül bir değerlendirme yapmak gereği olan haller olabilir mi? Vereceğim örnek özel okulların işleyişi ve uygulamalarıyla ilgili ve bir yönüyle Rekabet Kurulu kararına da konu edilmiş: Özel bir eğitim kurumunda çalışan bir öğretmen, dönemin ortasında başka bir okuldan daha iyi bir teklif alıp, cezai şartını da ikinci okulun ödemesi üzerine anlaşarak işi bırakıp bir diğer okula gidiyor olsa; burada rekabet hukukunun gerekleri gerçekleşmiştir mi diyeceğiz. Kanun koyucu'nun rekabet hukuku kurallarıyla amaçladığı acaba gerçekten nedir bunu iyi düşünmemiz lazım.

Konuyu bankacılık açısından düşündüğümüzde başka noktalara ve sonuçlara gidebilir. Tabii ki, tutarlı bir yorum yapmak gerekir. Bir bütün olarak bankacılık sisteminin ve daha genel ifadeyle ticari hayatın, sözleşme ilişkileri ve haksız rekabet teşkil eden haller de dahil olmak üzere, akışını doğru anlamak ve kanun koyucunun bu bütün içinde rekabet hukuku kurallarıyla hangi menfaatleri korumayı amaçladığını doğru değerlendirebilmek önem arz eder diye düşünmekteyim. Süre elverdiği ölçüde daha ayrıntılı tartışmaya hazırım; anlamış olduğunuz üzere Rekabet kurulu kararlarından iki güncel örnek aslında yukarıda belirttiklerim. Kurul kararlarına doğrudan atıf yapmadım.

Tabii ki önemli bir farklılık. Ancak cezai şartı ödemeyi acaba taahhüt etti mi etmedi mi, bu konuda anlaştılar mı anlaşmadılar mı, Rekabet Kurulu olarak onu her zaman bilemeyebilirsiniz. Hatta soruşturma sürecinde bu durumu bilmek sizin kararınızı etkileyebilecekse de bunu ortaya koyamayabilirsiniz. Bu ayrımı yaparken, konunun sadece cezai şartı ödeme taahhüdüyle ilişkilendirmesini, yukarıda söylediklerim ışığında fazlaca daraltılmış bir çerçeve olarak görüyorum.

Bu kısmı şöyle bitireyim: Rekabetin ölçüsü ve niteliği önemli diye düşünüyorum. "Her koşulda ve ne pahasına olursa olsun rekabet" zaten ne kanun koyucunun amacıdır, ne de işleyebilir bir sistemin, sağlıklı bir ticaret ortamının gereğidir diye düşünüyorum. Bunu bu şekilde, amaçtan yola çıkarak, her iki sistemin amacı ve işlevi dikkate alınarak beraber değerlendirmek gerekir. Nihayetinde Rekabet Kurulu kararlarında bunu gözetmeyecekse de bu konu, görev konusunun yanı sıra yargı organlarınca değerlendirilecektir.

Hemen diğer iki soruya geçeyim. Sinan'ınkiyle devam edeyim:

Ben, sadece asli bankacılık hizmetleri rekabet hukukunun konusu olabilir demedim, hemen düzelteyim. Sorunuzu o anda müdahale ederek kesmek istemedim, O örneği şunun için vermiştim: Avrupa Birliği'nde ihlal kararı olan,

Komisyonun ceza verdiği bütün kararlar (faiz oranlarının belirlenmesi gibi), asli bankacılık hizmetlerine yöneliktir. Rekabet Kurulu'nun önüne zaten bankacılık hizmetleri alanında çok sayıda soruşturma dosyası gelmemiştir.

Rekabet Kurulu önüne gelen soruşturma dosyaları bakımından da güncel örneği tartışıyorsak, benim tebliğimin başlığına da uygun olarak bazı soruları, -şu an için "sorun" diye telaffuz etmeyelim- düşünmemiz gerekir. Bu sorulardan biri de: Bu örnek bakımından ilgili pazarı nasıl tanımlamak gerekir? Maaş ödemeleri acaba bir ilgili pazar oluşturabilir mi, yoksa daha geniş veya daha dar bir pazardan mı bahsetmek gerekir? Burada Pazar tanımı doğru yapılmış mıdır? Bankacılık Kanununun 4'üncü maddesi, -onu da açtım şimdi, hepsini okumayacağım tabii ki- bankaların faaliyet konularını saymıştır ve bu tahdididir, bankacılık faaliyetiyle iştigal eden şirketler bunun dışında bir işlem yapamaz. Dolayısıyla, bu kadar sınırlı bir alandan söz ediyorsanız, o zaman bu mevzuatın bazı gereklerini uygulamalarda dikkate almak gerekir. Oradan hareketle de pazar tanımını doğru yapmak gerekir. Bu, üzerinde düşünülmeye değer önemli bir kavramdır diye ona işaret ettim; yanlış anlaşıldıysam düzelteyim.

Buradan da Oğuzkan'ın sorusuna döneyim: "düzenleyici kurumlar düzenledikleri piyasalardaki rekabet ihlallerine müdahale edebilmeleri konusunda yetkinler midir?" Sorunun kendisi çok iddialı ama, ben bu tuzağa düşmeyeceğim. Her bir düzenleyici kurumu ve yetkinliklerini ayrı değerlendirmek gerekir diye düşünüyorum. Toptancı bakış açısını doğru bulmuyorum. Burada bir elmalar-portakallar karşılaştırması yapmayı da çok anlamlı bulmuyorum doğrusu. Amerika Birleşik Devletleri'nde öyle olabilir, Avrupa Birliği'nde de böyle olabilir; Türk hukukunda, senin de çok iyi bildiğin gibi, telekomünikasyon piyasasında, ilgili kanunlar çatışma yaratacak şekilde kaleme alınmıştır. Bugüne kadar hiç çatışma olmamıştır; bu, olmayacağı anlamına gelmez. "Çatışma olmamıştır" derken, bu alan bir iş birliğine dönüştürülüp, rekabet savunuculuğu yoluyla çözümlenmiş olabilir veya başka bir düzenleme yapılıp açıkça yetki alanları belirlenebilir. Bu yapılmazsa da, bugün değilse yarın, yarın değilse 10 yıl sonra, yargı organının, bugün baktığımızda, düşündüğümüzde bizi çok şaşırtacak ama, o gün için evet böyle olması gerekir diyebileceğimiz bir kararıyla veya tam tersiyle karşılaşıyor olabiliriz. Dolayısıyla, tabii ki bu bir yetkinlik sorusu bugün için önemli soru(n) olarak ele alınmalıdır ancak nihayetinde, kanun koyucunun bunu bir çatışmaya sebebiyet vermeyecek şekilde belirlemesi bence bizim sistemimiz bakımından en sağlıklı olan. Aksi takdirde, yargı organı önüne geldiğinde, örneğin Rekabet Kurulu'nun Türkiye Eczacılar Birliği kararında olduğu gibi, yargı organı yetki meselesine işaret edecektir diye düşünüyorum. Dolayısıyla yetkinlik konusunun da soru(n) oluşturabileceğine değineyim. Ancak

bu açıdan da her bir otoritenin ve konuyla ilgili mevzuatın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir görüşündeyim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkürler. Son olarak Kortunay'a söz vereyim; buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Hülya Hanım, "karşılıksız çek için hapis cezası kalktı, siz hangi yüzle hapis cezasını savunuyorsunuz" dedi. Bir kere, biz hapis cezası olsun demedik, olmalıdır demedik, Türk hukukunda mutlaka olsun demedik, bazı ülkelerde vardır, etkindir dedik.

İkincisi; bildiğim kadarıyla karşılıksız çekde kalkmadı, tekerrürden sonra yine hapis cezası uygulanabiliyor. "Ekonomik suça ekonomik ceza" söylemi çerçevesinde bu değişiklik yapıldı. Hatırladığım kadarıyla İzzet Özgenç, "hiçbir ceza hukukçusu, ekonomik suça ekonomik ceza tekerlemesine itibar etmez" diyor. Bildiğim kadarıyla bu, ceza hukukunun temel ilkesi değil. Biz sadece, yönetici men kararlarının uygulanabilirliğini tartışmaya açmak istedik; onun altını çizeyim.

Hatırladığım kadarıyla İsmail Beyin iki sorusu var. "Yüzde 10'dan yüzde 5'indirildi diyorsunuz, böyle bir şey yok" dediniz. Bir de, "yeni konuları ele alıyorsunuz, sağ olun" dediniz. Yeni konuları ele almanın böyle riskleri de var, dikkatli gözlere böylece sunmuş oluyoruz. Yüzde 10'dan yüzde 5'e çekilme konusunu düzelteceğiz.

Usule ilişkin cezalardan dolayı yöneticilere ceza verilmemesini ben şahsen algılamakta güçlük çekiyorum. Sorumsuz bir yönetici birleşme ve devralma konusunda bildirimde bulunmamış, bunun cezasını hiç haberi olmayan ortaklara, belki de halka açık şirketlerde hiç ilgisi olmayan, günahı olmayan ortaklara yansıtmak ne derece doğru; tartışılması lazım. Suyun başında kimler varsa belki onlara biraz gözdağı vermek lazım diye düşünüyorum.

"Bana göre takdir yetkisi vardır" dediniz. Kanun açık, "verilir" diyor, "verilebilir" demiyor.

Söylemek istediğimiz husus şu: Kurul mutlaka ceza versin demiyoruz, belirleyici etkisi var mı yok mu, lütfen araştırsın diyoruz. Gördüğümüz kadarıyla Kurul bunu kararlarında yapmıyor. Varsa neden var, yoksa neden yok, bunu açıklamakla mükellef diye düşünüyoruz; kanun Kurula böyle bir yükümlülük getiriyor.

Ozan Bey, "yeni tasarıda tüzel kişiler yönetici olabilecek, o zaman men cezasını kime uygulayacağız" diye sordu.

Evet, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olacak ama, en nihayetinde orada bir gerçek kişi onu temsilen görev yapacak. Hiçbir tüzel kişi yoktur ki öğle yemeği yesin ya da elbisesini portmantoya assın. Mutlaka bir gerçek kişi olacak, defakto, fiili yönetici mutlaka olacak; bu ceza onun hakkında uygulanabilir. Dolayısıyla, bizce orada bir sorun yok diye düşünüyorum.

Hatırlayabildiğim kadarıyla sorular bu kadar.

Katkılar için teşekkür ederim.

IX Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu

II. OTURUM

Doç. Dr. Mustafa ATEŞ
(Oturum Başkanı)
Rekabet Kurumu II. Başkanı

Gökşin KEKEVİ
Rekabet Başuzmanı
Burcu CAN
Rekabet Uzman Yardımcısı
Zeynep ŞENGÖREN
Rekabet Uzman Yardımcısı

Av. Hülya KESİM

Av. Haluk ARI
Av. Benan KIRMIZIGÜL

IX Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu

UYUMLU EYLEM KARİNELERİ: MİTLER VE GERÇEKLER

PRESUMPTIONS OF CONCERTED PRACTICES: MYTHS AND FACTS

Gökşin KEKEVİ
Burcu CAN
Zeynep ŞENGÖREN[♣]



Öz

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların genellikle gizli yapılması bunların varlığının ispatlanmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde ispat yükünü azaltmak üzere yasayla ve/veya içtihatla uyumlu eylem benzeri kavramlar ve karineler geliştirilmiştir. Nitekim Türk rekabet hukuku incelendiğinde de 4054 sayılı Kanun'un lafzı, gerekçesi, mehaz teşkil eden AB ve ABD uygulamaları ile doktrin çerçevesinde gelişen iki uyumlu eylem karinesinin bulunduğu görülmektedir.

Bu karinelerden ilki, fiyatların yakın aralıklarla artırılması, rakiplerin pazarına girilmemesi gibi paralel davranışların gösterilmesine ilişkindir. Teşebbüsler ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 59. maddelerinde düzenlenen bu karineye ilişkin olarak doktrinde geniş tartışmalar yürütülmüştür. Buna karşılık anılan karine kullanılarak ihlal

♣ Rekabet Kurumu meslek personeli. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

sonucuna ulaşılan yalnızca iki karar, Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento ve Maya III bulunmaktadır (Bu karinenin Ege Çimento II kararında da kullanıldığı iddia edilebilir ancak anılan kararda ilave deliller de mevcuttur).

İkinci karine ise, pazarda bir etki/paralel davranış bulunmasa bile teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri değiştirdiklerinin gösterilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Teşebbüsler bu sorumluluktan kurtulabilmek için, diğer teşebbüslere rekabeti sınırlayabilecek bu tür eylemlere taraf olmadıklarını açıkça belirttiklerini ispatlamalıdır. Rekabet Kurulunun Seramik, Ege Hazır Beton, Özel Okullar II gibi pek çok kararında karşımıza çıkan ve kullanımının daha da artması beklenen bu ikinci karinenin, ilkinden farklı olarak, Türkçe kaynaklarda fazla tartışılmadığı görülmektedir.

Bu çerçevede, tebliğde, öncelikle ABD ve AB'deki anlaşma ve uyumlu eylem kavramları ile karineler incelenerek, Rekabet Kurulu kararlarındaki mevcut eğilimin gelişmiş rekabet hukuku sistemlerine paralel olup olmadığına bakılacaktır. Ardından da Rekabet Kurulu ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararları, doktrindeki tartışmalar ışığında incelenecek, böylece Türk rekabet hukukunda olması gerekenler üzerine görüşler ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Uyumlu Eylem Karineleri, Paralel Davranışlar ve Oligopolistik Bağımlılık, Bilgi Değişimi ve Toplantılar*

Abstract

It is difficult to prove agreements restricting competition which are generally clandestine. Hence, concepts like concerted practices and presumptions have been developed by the help of acts and/or case law in the mature competition law systems in order to reduce the burden of proof. Similarly two presumptions of concerted practices which have been developed according to the Turkish Competition Act, its reasoning, the EC and US law as well as doctrine can be observed in Turkish competition law.

One of these two presumptions derived from the articles 4 and 59 of Turkish Competition Act may be raised if parallel conduct such as price increases within close intervals or partitioning of markets can be established. Undertakings may relieve themselves of the responsibility by proving not to engage in concerted practice, provided that it is based on economic and rational facts. However, other than Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento and Yeast III, no Competition Board decision has been based on this presumption on which a wide range of literature exists (It can be claimed that this

presumption was also used in Aegean Cement II case. However there were some plus factors in that decision).

The second presumption may be raised if undertakings' attending to the meetings or exchanging the information whose object is to restrict competition can be established even if there is no effect on competition or parallel conduct. Undertakings may relieve themselves of the responsibility by proving that they were not a party to these practices was explicitly stated to other undertakings. This presumption has been used in many decisions such as Ceramic, Aegean Ready Mix Concrete, Private Schools II and it is expected that this trend will continue. However, unlike the first one, this presumption has not been the subject of many studies in Turkey.

In that context, first the concept of agreements and concerted practices along with the presumptions in the US and EC will be examined in order to conclude whether the current trends in the Competition Board decisions are parallel to the ones in the developed competition law systems. Subsequently the Competition Board decisions and the Supreme Administrative Court judgments will be analyzed in the light of doctrine so that opinions should be introduced on what should be done in Turkish competition law.

Keywords: *Presumptions of Concerted Practice, Parallel Conduct and Oligopolistic Interdependence, Information Exchange and Meetings*

GİRİŞ

Rekabeti sınırlayıcı uzlaşmaların[1] genellikle gizli yapılması bunların varlığının ispatlanmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde ispat yükünü azaltmak üzere yasayla ve/veya içtihatla uyumlu eylem benzeri kavramlar ve karineler geliştirilmiştir. Nitekim Türk rekabet hukuku incelendiğinde de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'un lafzı, gerekçesi, mehaz teşkil eden Avrupa Birliği (AB) ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) uygulamaları ile doktrin çerçevesinde gelişen iki uyumlu eylem karinesinin bulunduğu görülmektedir.

Bu karinelerden ilki, fiyatların yakın aralıklarla artırılması, rakiplerin pazarına girilmemesi gibi paralel davranışların gösterilmesine ilişkindir. Teşebbüsler ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. RKHK'nin 4. ve 59. maddelerinde düzenlenen bu karineye ilişkin olarak doktrinde geniş tartışmalar yürütülmüştür. Buna karşılık anılan karine kullanılarak ihlal sonucuna

[1] Makalede, "uzlaşma" ifadesi, rekabeti sınırlayabilecek anlaşma, uyumlu eylem veya düzenlemeleri kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.

ulaşılan yalnızca iki karar, *Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento*[2] ve *Maya III*[3] bulunmaktadır (Bu karinenin *Ege Çimento II*[4] kararında da kullanıldığı iddia edilebilir ancak anılan kararda ilave deliller de mevcuttur).

İkinci karine ise, pazarda bir etki/paralel davranış bulunmasa bile teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri değiştirdiklerinin gösterilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Teşebbüsler bu sorumluluktan kurtulabilmek için, diğer teşebbüslere rekabeti sınırlayabilecek bu tür eylemlere taraf olmadıklarını açıkça belirtiklerini ispatlamalıdır. Rekabet Kurulunun *Yonga Levha I*[5], *Yonga Levha II*[6], *Seramik*[7], *Ege Hazır Beton*[8], *Emaye Bobin*[9], *Özel Okullar II*[10]gibi pek çok kararında karşımıza çıkan ve kullanımının daha da artması beklenen bu ikinci karinenin, ilkinden farklı olarak, Türkçe kaynaklarda fazla tartışılmadığı görülmektedir.

Bu çerçevede, tebliğin birinci ve ikinci bölümlerinde, ABD ve AB'deki anlaşma ve uyumlu eylem kavramları ile karineler incelenerek, Rekabet Kurulu kararlarındaki mevcut eğilimin gelişmiş rekabet hukuku sistemlerine paralel olup olmadığına bakılacaktır. Bu iki bölüm aynı zamanda, anılan karinelerin faydalarına ve eleştiri konusu yönlerine giriş niteliği taşıyacaktır.

Tebliğin üçüncü bölümünde ise Rekabet Kurulu ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararları, doktrindeki tartışmalar ışığında incelenecek, böylece Türk rekabet hukukunda olması gerekenler üzerine görüşler ortaya konacaktır.

[2] Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento, 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı karar.
[3] Maya III, 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar.
[4] Ege Çimento II, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar.
[5] Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar.
[6] Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar.
[7] Seramik, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar.
[8] Ege Hazır Beton, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı karar.
[9] Emaye Bobin, 04.07.2007 tarih ve 07-56/672-209 sayılı karar.
[10] Özel Okullar II, 03.03.2011 tarih ve 11-12/226-76 sayılı karar.

1. BÖLÜM
ABD REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEM KARİNELERİ

1.1. Temel Kavramlar: Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Karineler

ABD rekabet hukukunun temel düzenlemesi olan Sherman Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, ticareti kısıtlayan her sözleşme, tröst ve benzeri şekillerdeki kombinasyon ve gizli planlar hukuka aykırıdır. Sherman Kanunu'nun yukarıda yer verilen lafzı, gelişmiş rekabet hukuku sistemlerine paralel olarak, yoruma açık niteliktedir. Bu niteliğiyle, yargıçlara geniş yetkiler vermekte; uygulama mahkemelerin yorumlarına bağlı olarak şekillenmektedir. Mahkeme kararları çerçevesinde gelişen hususlardan ilk olarak vurgulanması gereken; Kanun'da "sözleşme, kombinasyon ve gizli plan (*contract, combination, conspiracy*) şeklinde bir üçleme yer alsa da, uygulamada bu kavramların birbirlerinin yerine kullanıldığıdır[11]. Keza bu üçünü kapsayan bir üst kavram olarak "anlaşma/uyumlu eylem/uzlaşma" kavramları kullanılabilmektedir[12].

Sherman Kanunu'nun 1. maddesinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüsler, rekabetin sınırlanmasından zarar görenlere, zararın ya da elde edilen/edilmesi muhtemel karın üç katına kadar tazminat ödemeye mahkum edilebilmektedir. Keza eğer eylem kartel[13] niteliğindeyse ilgili teşebbüslere para cezası; ilgili gerçek kişilere ise hem hapis hem de para cezası verilebilmektedir[14]. Bu ağır yaptırımların da etkisiyle, rekabeti sınırlayabilecek uzlaşmalar, özellikle de karteller gizlenebilmektedir[15]. Dolayısıyla bunların ortaya çıkarılabilmesi ve soruşturulabilmesi için mahkeme kararlarıyla çeşitli ispat kolaylıkları geliştirilmiştir.

Bu ispat kolaylıklarından biri, Yüksek Mahkeme'nin 1940 tarihli *US v. Socony-Vacuum Oil Co.*[16]'dan beri, amacı veya etkisi fiyat tespiti, arzın belirlenmesi, pazar paylaşımı ya da ihalelerde danışıklı hareket olan yatay uzlaşmalar, kaçınılmaz olarak rekabete zarar verecekleri gerekçesi ile *per se*

---

[11] AREEDA, P.E. (1986), *Antirust Law An Analysis Of Antitrust Principles And Their Application, Volume VI*, Little, Brown and Company, USA, s.7; YÜKSEL, O.Y. (2005), *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.3.; POSNER, A.R. (2001), *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, s.262.

[12] AREEDA, P.E., KAPLOW, L. ve A.S. EDLIN (2004), *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases,* Sixth Edition, Aspen, s. 214.

[13] Kartel tanımı için bkz. KEKEVİ, H.G. (2008a), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele,* Rekabet Kurumu, Ankara, s.7-9.

[14] ABD'de kartellere uygulanan yaptırımlar için bkz. Kekevi 2008a, s.99-100.

[15] Kartellerin gizliliğine ilişkin açıklamalar için bkz. Kekevi 2008a, s.12-16.

[16] 310 U.S. 150 (1940).

yasak olmasıdır[17]. *Per se* kuralı sayesinde, doğası gereği zararlı olduğu varsayımından hareketle, bu kapsamdaki ihlallerin varlığını ispatlamak yeterlidir. Bu çerçevede, *rule of reason* analizinde olduğu gibi, zarara yol açılıp açılmadığını, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığını, etkinliğin bulunup bulunmadığını incelemek gerekmemektedir. Keza ilgililer, örneğin, yıkıcı rekabetten kaçınmak için makul seviyede fiyat belirlediklerini ya da pazar paylarının düşük olduğunu iddia edemez[18].

Mahkeme kararları ile gelişen diğer bir ispat kolaylığı, özellikle *per se* kapsamındaki ihlaller bakımından uzlaşma kavramının geniş yorumlanmasıdır. Yüksek Mahkeme 1946 tarihli *American Tobacco, Co. v. US*[19]'den beri uzlaşmayı *"amaçların tekliği, ortak bir plan ve anlayış ya da bir irade uyuşması"* olarak tanımlamaktadır. Bu tanım çerçevesinde formel, informel, yazılı, sözlü, açık veya gizli her tür uzlaşma şayet rekabeti sınırlandırıyorsa Sherman Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir[20]. Bu durum bir temyiz mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Manalı bir göz kırpma kelimelerden çok daha fazla şey ifade edebilir."[21]

Yukarıda belirtildiği üzere, ağır yaptırımların da etkisiyle, rekabeti sınırlayabilecek uzlaşmalar, ilgili taraflarca gizlenebilmektedir. Dolayısıyla bu tür ihlallerin dolaylı/tali/ikincil delillerle[22] de ispatlanabilmesi önem arz etmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin *Interstate Circuit, Inc. v. US*[23], *Socony-Vacuum*, *American Tobacco, Co. v. US*[24], *US v. Paramount Pictures, Inc.*[25] ve *Theatre*

[17] KOVACIC, W.E. (2001), "Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.784-785.

[18] CALVANI, T. (2004), "Competition Penalties & Damages in a Cartel Context: Criminalisation & the Case for Custodial Sentences", *ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*, s.6; ICN (2005), "Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties—Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes", *Report Prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany*, s.14; Kovacic 2001, s.785-786. *Rule of reason* analizi yerine *per se* kuralının kullanılması ve etki yerine amaca vurgu konusuna ilişkin olarak bkz. Kekevi 2008a, s.72-74.

[19] 328 U.S. 781 (1946).

[20] HAY, G.A. (2006), "Horizontal Agreements Concept and Proof", *The Antitrust Bulletin*, Vol.51, No.4/Winter, s.880-881; OECD (2006), *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement*, OECD, Paris, s.19; PAGE, W. (2007), "Communication and Concerted Action", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol 38, s.114.

[21] Esco Corp. v. US, 340 F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965).

[22] Doğrudan/asli/birincil ve dolaylı/tali/ikincil delil ayrımı için bkz. KEKEVİ, H.G. (2008c), "İktisadi Analiz Kartellerin Ortaya Çıkarılmasına Yardımcı Olabilir mi?", *Rekabet Ekonomisi ve Politikası Sempozyumu-I 14-15 Kasım 2008 Denizli* içinde, s.54-55.

[23] 306 U.S. 208 (1939).

[24] 328 U.S. 781 (1946).

Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.[26] gibi kararları çerçevesinde Sherman Kanunu'nun 1. maddesi kapsamındaki uzlaşmalar ikincil delillerle de ispatlanabilmektedir[27]. İkincil delillerle ispat imkanı, delil standardının daha yüksek olduğu ceza davalarında bile geçerlidir. Nitekim ABD'nin en zengin iş adamlarından Alfred Taubman'a, üstelik 78 yaşında, 1 yıl hapis cezası verilmesi ile sonuçlanan *Art Auction* karteline ilişkin davada, yargıç tarafından jüriye sunulan yönergede şu ifadeler yer almaktadır:

"Kanun birincil ve ikincil delil arasında herhangi bir ayrım yapmamakta ve fakat basit olarak davalıyı suçlu bulmadan önce jürinin davadaki tüm delillerden elde edilen makul şüphelerin ötesinde davalının suçlu olduğu konusunda ikna olması gerekmektedir. Gizli bir ittifakı kanıtlamak için, hükümetin yazılı veya sözlü bir anlaşmayı delil olarak göstermesine gerek yoktur. Bunun gibi pek çok davada, böyle bir delil ulaşılabilir değildir. Bireyler arasında görüşmeler aracılığıyla gerekçeleşen iletişim biçimleri veya sadece bireylerin davranışlarından hareketle anlaşma veya gizli ittifakın varlığını bulabilirsiniz"[28].

İkincil delillere ilişkin olarak ABD'de özellikle doktrinde yürütülen tartışmalar incelendiğinde iki grup delilin ele alınmasının önem arz ettiği görülmektedir. Bunlardan ilki, teşebbüslerin paralel davranışlarının gösterilmesi; ikincisi ise rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri paylaştıklarının gösterilmesidir. Bunlar sırasıyla aşağıda incelenecektir.

1.2. Paralel Davranışların Gösterilmesi

Sherman Kanunu 1. madde kapsamındaki uzlaşmaların, teşebbüslerin paralel davranışlarının gösterilmesi suretiyle ispatlanıp ispatlanamayacağına sorusuna cevap verebilmek için öncelikle doktrindeki konuya ilişkin tartışmalar aktarılmalıdır:

1933'te, Edward Chamberlin, oligopol pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, rakiplerinin karşılık vereceğini bildiğinden rekabete isteksiz olacağını; bu nedenle oligopol piyasalardaki iktisadi parametrelerin, tekellerin bulunduğu pazarlara benzediğini söylemiştir. Chamberlin'in ardından, Harvard Üniversitesi'nden Edward S. Mason 1939'da, ve Joe S. Bain 1951 ve 1956'da yaptıkları çalışmalarla "Yapı-Davranış-Performans (Y-D-P)" paradigmasını geliştirmiştir. Yapısalcı Okulun bu paradigması şu şekilde özetlenebilir. Bir

[25] 334 U.S. 131 (1948).
[26] 346 U.S. 537 (1954).
[27] KOVACIC, W.E. (1993), "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.22-23; Kovacic 2001, s.785-786.
[28] OECD 2006, s.17.

endüstrideki pazar sonuçları (tüketici faydası, istihdam, fiyat istikrarı, teknolojik ilerleme, ar-ge üretmedeki başarı), alıcı ve satıcıların davranışlarına bağlıdır. Bu davranışları, ilgili pazarın yapısı belirler. Pazarın yapısı ise, teknoloji ve tercihlere bağlıdır. Dolayısıyla devlet, antitröst politikası, vergi gibi araçlarla bu temel koşullara müdahale ederek, yapı, davranış ve performansı belirleyebilir. Yoğunlaşmış pazarlardaki firmaların karlılığının daha yüksek olduğu, Bain'in 1951'deki çalışmasıyla ortaya konulmuştur. Bu nedenle, yoğunlaşmış pazarların oluşması engellenmeli; mevcut olanlara da müdahale edilmelidir[29].

İktisadi alandaki bu görüşlerin antitröst hukukuna uyarlanması Turner tarafından yapılmıştır. Turner, teşebbüslerin özellikle de oligopolistlerin salt paralel davranışlarda bulunmasının Sherman Kanunu 1. madde çerçevesinde ihlal kabul edilmesi görüşünü reddetmektedir. Turner'a göre, oligopol pazarlarda paralel davranışlar karşılıklı bağımlılığın gereği olarak kaçınılmazdır. Dolayısıyla bu davranışı cezalandırmak, en başta ceza hukuku ilkelerine aykırıdır. Çünkü eylem, masumane bir şekilde, rakiplere bağlı olarak gerçekleştirilmiştir ve rekabetçi piyasalarda hoşgörülen bu davranışın, oligopol pazarlarda cezalandırılması doğru değildir. Keza, bu kaçınılmaz eyleme uygun bir yaptırım bulmak da mümkün değildir. Örneğin teşebbüslerden maliyetlerine bağlı olarak fiyat değiştirmelerinin istenmesi pratik nedenlerle imkansızdır. Maliyetler net olarak hesaplanamadığı gibi, her değişmesinde fiyatın da ayarlanabilmesi için mahkemeye dilekçe verilmesi gerekecektir. Oligopolistlerin, rakiplerinin davranışlarını dikkate almadan hareket etmelerini istemekse zaten mümkün değildir. Son olarak, oligopolistlerin paralel davranışlarını Sherman Kanunu 1. madde çerçevesinde cezalandırmak, tek taraflı ve karşılıklı davranışlar arasındaki ayrımı da bulanıklaştıracaktır[30]. Bütün bu hususları, sonradan Yüksek Mahkeme üyesi olacak Yargıç Breyer'ın şu sözleri çok güzel ifade etmektedir:

"...Bireysel fiyat kararları, rakibin de aynısını yapacağı inancına dayansa bile, Sherman Yasası m.1 kapsamındaki bir anlaşma olarak değerlendirilemez. Bunun nedeni, karşılıklı bağımlılık içinde yapılan fiyatlandırmanın arzulanması değil (çünkü istenen bir durum değildir), böyle bir fiyatlandırmaya uygun yargısal yaptırımın bulunabilmesinin neredeyse

[29] BAKER, J.B. (1993), "Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem and Contemporary Economic Theory", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.149; KOVACIC, W.E. ve C. SHAPIRO (1999), "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", http://www.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf, Erişim Tarihi: 16.04.2011.s.12;

[30] TURNER, D.F. (1962), "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", *75 Harvard Law Review*, s.655-706. Ayrıca bkz. Baker 1993, s.171-173; LOPATKA, J.E. (1996), "Solving the oligopoly problem: Turner's Try", *The Antitrust Bulletin*, Winter 1996, s.843-908.

imkansız olmasıdır. Bir firmaya rakiplerinin olası tepkilerini dikkate almadan fiyat belirlemesini nasıl emredebilirsiniz?"[31]

Buna karşılık Chicago Üniversitesi'nden Stigler'a göre, rakipler arasında bir uzlaşmanın kurulup yürütülebilmesi için üç koşul gereklidir. İlk olarak, uzlaşma unsurları açıkça belirlenebilmelidir. Çünkü, örneğin, fiyat dışındaki rekabet unsurları ile satışlar artırılarak uzlaşma delinebilir. İkinci olarak, uzlaşmadan sapanları tespit edecek bir mekanizma kurulmalıdır. Üçüncü olarak da, tespit edilen bu sapmaların cezalandırılmasına imkan veren mekanizmalar gereklidir. Eğer bu unsurların üçü birden yoksa firmalar rekabetçi davranışları tercih edecektir. Çünkü her teşebbüs rakibinin güçlü bir aldatma güdüsüne sahip olduğunun farkındadır ve rakibinin bu yöndeki davranışının kendisine maliyeti büyük olacağından rekabetçi fiyatı tercih edecektir. Dolayısıyla oligopol pazarlarda rekabet seviyesinin üzerinde bir fiyat kaçınılmaz değildir. Nitekim çalışmasının devamında yoğunlaşma ile karlılık arasında ilişki olmadığını gösteren bulgulara yer vermiştir[32].

Stigler'in görüşleri çerçevesinde, Posner, "oligopolistik piyasalarda rekabetçi seviyenin üzerinde fiyatlandırma, kaçınılmaz olmadığına göre, teşebbüslerin uzlaşmalarının sonucudur" görüşünü ortaya atmıştır. Bu uzlaşma yalnızca geleneksel araçlarla değil, iktisadi delillerle de ortaya konulabilir. Bu delillere örnek olarak "endüstrinin yapısal özelliklerinin rekabetten kaçınılmasını kolaylaştırması", "anormal derecede yüksek karlar, uzun süredir değişmeyen pazar payları, aşırı kapasite sorununa rağmen indirim yapılmasının reddi gibi teşebbüslerin performanslarının yatay işbirliği sonucunu desteklemesi ve pazardaki duruma uyumlu eylem dışında rasyonel açıklama getirilememesi", "çok önceden yapılan fiyat duyuruları, fiyatların kamuya açık bir şekilde tartışılması vb kolaylaştırıcı eylemlerin varlığı" söylenebilir. Paralel davranışlar "yapısal" değil, "gönüllü" olduğundan, Sherman Kanunu 1. madde çerçevesinde müdahale edilebilecek; böylece, "pazar yapısına müdahale" yerine, "davranışsal yaptırımlar" kullanılabilecektir[33].

Konuya ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde, öncelikle Yüksek Mahkeme'nin 1940'lardaki yukarıda değinilen *Interstate Circuit*, *Socony-Vacuum*, *American Tobacco*, *Paramount Pictures* gibi kararlarıyla anlaşma

[31] DeSANTI, S.ve D.A. YAO (1993), "Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.117.
[32] STIGLER, G.J. (1964), "A Theory of Oligopoly", *J.Pol.Econ*, 72, s.44-61. Ayrıca bkz. Baker 1993, s.150-153; ELZINGA, K.G. (1984), "New developments on the cartel front", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1984, s.7-8.
[33] POSNER, R. (1969), "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach", *Stanford Law Review*, Volume 21, s.1562-1606; Posner 2001, s.69-93.

tanımını genişletmesinin, bir süre için paralel davranışların/oligopolistik bağımlılığın da bir anlaşma türü olup olmadığı tartışmalarına neden olduğu belirtilmelidir[34]. Bu çerçevede özellikle *American Tobacco* davası önem arz etmektedir. Karara göre, Haziran 1931'de piyasanın %90'ına hakim üç tütün firması eş zamanlı fiyat artışları gerçekleştirmişlerdir. Taraflar, talebin düştüğü ve maliyetlerin arttığı dönemlerde gerçekleşen bu fiyat artışlarına ilişkin olarak herhangi bir ekonomik gerekçe sunamamışlardır. Anılan artışları sonraki birkaç yılda başka eş zamanlı fiyat değişimleri izlemiştir. Hiçbir ekonomik gerekçe gösterilemeyen bu eş zamanlı fiyat artışlarını Yüksek Mahkeme gizli bir uzlaşmanın varlığını ispatlamak için yeterli ikincil deliller olarak görmüştür[35].

Ancak Yüksek Mahkeme 1954 tarihli *Theatre Enterprises* kararıyla paralel davranışların/oligopolistik bağımlılığın bir anlaşma türü olup olmadığı tartışmalarına açıklık getirmiştir. Dava, şehir dışında faaliyete başlayan bir sinema işletmecisinin ilk gösterime giren filmleri satın alma talebinin dokuz film yapımcısı ve dağıtıcısı tarafından da reddedilmesi üzerine, boykot edildiği iddiası ile tazminat talebinde bulunmasına ilişkindir. Davalı teşebbüsler, ilk gösterime giren filmlerin şehirde daha çok ilgi çekmesi nedeniyle şehir merkezine dağıtım yapmayı tercih ettiklerini belirtmişlerdir. Alt mahkeme, davalıların paralel davranışlarının işbirliğinden kaynaklanmadığını ve bu paralelliğin her bir teşebbüsün bireysel ve haklı gerekçelerinin sonucunda ortaya çıktığını ifade ederek herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Konu önüne gelen Yüksek Mahkeme alt mahkeme kararını hukuka uygun bulurken şu hususu özellikle vurgulamıştır:

"...Temel soru; davalıların davacıya karşı olan paralel davranışlarının bağımsız kararlarından mı yoksa gizli veya aleni bir anlaşmadan mı kaynaklandığıdır. (Bundan) emin olmak için ticari davranışın bir anlaşmadan kaynaklandığına ilişkin ikincil delillerin bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır...Bu Mahkeme sadece paralel davranışa ilişkin delillerin bir anlaşma olarak değerlendirilebileceğini, başka bir ifade ile paralel davranışın kendisinin Sherman Kanunu'nun ihlali olduğunu hiçbir zaman ileri sürmemiştir. Uzlaşmalara yönelik geleneksel yargı anlayışı bakımından bilinçli paralel davranışların gösterilmesi ikincil delil olarak büyük önem arz etse de, bilinçli paralellik Sherman Kanunu kapsamındaki bir uzlaşma şeklinde yorumlanamaz."

[34] Kovacic 1993, s.22-23.
[35] OECD 2006, s.28.

Yüksek Mahkeme'nin anılan kararı çerçevesinde, ABD'de paralel davranışların/bilinçli paralellikler[36], ilave/ek faktörler olmadan tek başına ihlal teşkil etmemektedir[37]. İlave faktörlere örnek olarak *smoking gun* niteliğindeki notlar, teşebbüsler arası toplantı ve doğrudan iletişimi gösteren deliller gösterilebilir. Ancak yine Yüksek Mahkeme'nin *Continental Ore Co. v. Union Carbide&Carbon Corp.*[38] davasındaki "delillerin parçalanmaması, resme bütün olarak bakılması gerektiği" yönündeki tespiti çerçevesinde, delillere bütün olarak bakılmakta; paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanması zorlaştıkça, daha tali delillerle uzlaşma sonucuna ulaşılabilmektedir[39]. Özellikle Posner'in bir zamanlar başyargıcı olduğu 7. Temyiz Mahkemesi'ne bağlı mahkemeler tarafından, uzlaşmanın varlığı sonucuna ulaşılmasında esas itibariyle paralel davranışlara dayanan kararlar bulunmaktadır[40]. Ancak bu tür kararlar istisna teşkil etmektedir. Çünkü Posner'in görüşleri, iktisadi delillerin gerek elde edilmesi gerekse de yorumlanmasındaki güçlükler, teşebbüslerin ciddi bir yaptırımın söz konusu olduğu bu konuda büyük belirsizliklerle karşı karşıya bırakılması gibi nedenlerle[41] uygulamada hiçbir zaman tam olarak kabul görmemiştir[42]. Dolayısıyla hem doktrinde hem de mahkeme kararlarında hakim olan görüş Turner'ınki olmuştur.

1.3. Bilgi Değişimi ve Toplantılar

Yukarıda belirtildiği üzere, Sherman Kanunu 1. madde kapsamındaki uzlaşmaların ispatlanmasında kullanılan ikincil deliller arasında, rakiplerin rekabeti sınırlayabilecek bilgileri paylaşması veya toplantılara katılması önem arz etmektedir. Rekabeti sınırlayabilecek bilgi paylaşımına ve toplantılara örnek olarak, geleceğe yönelik fiyat bilgisi paylaşımı, fiyat, satış miktarı, satış tahmini gibi verilerin sıklıkla değişimi söylenebilir. Bu çerçevede öncelikle konuya ilişkin dört Yüksek Mahkeme kararı hakkında bilgi verilmelidir.

---

[36] Daha ayrıntılı bir tanım için bkz. REKABET KURUMU (2010), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Ankara, s.24 ve 69.
[37] KOVACIC, W.E. (2006) "An Integrated Competition Policy to Deter and Defeat Cartels", *The Antitrust Bulletin*, Vol.51, No.4/Winter, s.824; Page 2007, s.110.
[38] 370 U.S. 690 (1962).
[39] Kovacic 1993, s.36.
[40] Örnek olarak bkz. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F. 3d 651 (7th Cir. 2002) (OECD 2006, s.31).
[41] KEKEVİ, H.G. (2008b), "*Can Economics Help Us with Cartel Detection? Turkish Experience"*, Presentation to the ICN Cartel Workshop, Lisbon, 2008. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc719.pdf, Erişim Tarihi: 16.04.2011. Bu konu, aşağıda, "3.2. Paralel Davranışların Gösterilmesi" başlığı altında tekrar ele alınacaktır.
[42] OECD 2006, s.177.

İlk karar 1921'deki *American Column & Lumber Co. v. US*'dir[43]. Dosyaya göre, ABD'deki kereste üretiminin üçte birini gerçekleştiren teşebbüsler, bir teşebbüs birliği bünyesinde örgütlenerek "Açık Rekabet Planı" adı altında detaylı bir bilgi değişim sistemi kurmuştur. Bu çerçevede, alıcıların kimliğini de gösterecek şekilde günlük satış ve nakliye raporları, aylık üretim-stok verileri, değişim tarihleri itibariyle fiyat listeleri, haftalık satış tahminleri gibi detaylı bir bilgi değişimi gerçekleştirilmiştir. Bu bilgilerin doğruluğu teşebbüs birliğinin üye işyerlerine yaptığı baskınlarla kontrol edilmiştir. Bu hususları göz önünde bulunduran Yüksek Mahkeme, "gerçek rakiplerin kendi işlerinin en ince detaylarını günlük, haftalık ve aylık olarak rakiplerine rapor etmeyeceklerini" ifade ederek, Sherman Kanunu'nun ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme'nin ihlal sonucuna ulaşmasında, Birlik bünyesinde yapılan toplantılarda üretimin kısılmasına ilişkin konuların görüşülmesi ve nihai tahlilde, fiyatların olağan dışı biçimde artmasının da etkili olduğu ifade edilmektedir[44].

İkinci karar *US v. Container Corp. of America*[45]'dır. Dosyaya göre, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, ürünün homojen ve talep esnekliğinin az olduğu karton ambalaj endüstrisinde, üreticiler, talep eden rakiplerine, en son uyguladıkları fiyatı söylemiştir. Bu değişim için açık bir anlaşma bulunmamaktadır; ancak teşebbüsler, gelecekte aynı bilgiye kendilerinin de ihtiyaç duyacağı düşüncesiyle, rakiplerinin taleplerine hemen her zaman cevap vermiştir. Rakiplerin fiyatlarından bazen farklılaşılsa da, bu davranış kalıbı belirsizlikleri ortadan kaldırmış ve fiyat stabilizasyonuna yol açmıştır. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, Sherman Yasası m.1'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmış; kararda "(oligopolistik pazarlarda) fiyat bilgisi değişiminin antirekabetçi amaç veya etki olmasa bile yasaklanabileceği" de ifade edilmiştir.

1975 tarihli *US v. Citizens & Southern National Bank*[46] kararında ise, fiyat bilgisi değişiminin tek başına Sherman Kanunu'nun *per se* ihlali olmadığı belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu görüşünü *US v. US Gypsum Co.*[47] kararında da tekrarlamıştır.

Yukarıdaki kararlar çerçevesinde, rekabeti sınırlayabilecek bilgi değişimi ve toplantıların, tek başlarına ihlal teşkil etmesinden ziyade, paralel davranışların yanında ilave faktörler teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu eylemleri gerçekleştiren teşebbüsler, Bingaman'ın benzetmesi ile "barut fıçısı" üzerinde

[43] 257 U.S. 377 (1921)
[44] BISSOCOLI, E.F. (2000), "Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law", *World Competition*, Vol:23, No:1, s.84-86.
[45] 393 U.S. 333 (1969).
[46] 422 U.S. 86 (1975).
[47] 438 U.S. 422 (1978).

oturmaktadır[48]. Çünkü fiyat tespiti, arzın kısıtlanması gibi *per se* ihlal teşkil eden eylemlere giden yol, genellikle bu araçlardan geçmektedir. Nitekim rekabeti sınırlayabilecek bilgi değişimi ve toplantılardan hareketle, paralel davranış tam anlamıyla gerçekleşmese de, Sherman Kanunu'nun ihlal edildiği sonucuna ulaşılan kararlarla karşılaşılmaktadır. Emlak komisyoncularının aldıkları komisyon oranlarını uzlaşma sonucunda belirledikleri iddiasının incelendiği *US v. Foley*[49] kararı buna bir örnektir. Karara göre, komisyoncudan biri, rakiplerini akşam yemeğine çağırmış ve yemekte "diğerlerinin ne yapacağını umursamıyorum, ben komisyon oranımı %6'dan %7'ye çıkaracağım" şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. Benzer ifadeler başka komisyoncular tarafından da kullanılmıştır. Mahkeme bu ifadeler ve sonrasında pazarda gerçekleşen davranışlardan hareketle teşebbüslerin bir anlaşma içerisinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Davanın önem arz eden bir başka yönü ise, yemeğe katılan komisyoncudan birinin komisyon oranını yükselteceğini açıklayıp açıklamadığına ilişkin çelişkili ifadeler bulunmasıdır. Ayrıca bu komisyoncunun toplantıda konuşulan hususları uygulamada tam olarak gerçekleştirmediği görülmüştür. Fakat mahkeme, anlaşmanın uygulanmasının değil, bizzat kendisinin ihlal teşkil etmesinden dolayı komisyoncunun anlaşmayı tam olarak uygulamamasının, bu gizli anlaşmaya katıldığı bulgusunu dışlamayacağını belirtmiştir.

[48] BINGAMAN, A.K. (1996), "Recent Enforcement Actions by the Antitrust Division Against Trade Associations", *32nd Annual Symposium of the Trade Association and Antitrust Law Committee of the Bar Association of the District of Columbia-Washington, D.C.*, s.4

[49] United States v. Foley, 598 F.2d 1323 (4th Cir. 1979).

2. BÖLÜM
AB REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEM KARİNELERİ

2.1. Temel Kavramlar: Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Karineler

AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)'nın 101. maddesinde; amacı yahut etkisi itibariyle ortak pazardaki rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmaktadır. ABİDA çerçevesinde bahse konu müesseselere ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemekle birlikte, Avrupa Komisyonu, Genel Mahkeme ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatları bu konuda yol gösterici olmakta ve sözü edilen kavramları oldukça geniş yorumlamaktadır.

Bu çerçevede öncelikle, 101. madde kapsamında ihlal olarak nitelendirilebilecek bir anlaşmanın, hukuken bağlayıcı olmasının gerekmediği belirtilmektedir[50]. Benzer şekilde anlaşma yazılı yahut sözlü şekilde yapılabilmekte, süresi sona ermiş olan ancak etkileri süren sözleşmeler dahi anlaşma olarak kabul edilebilmektedir[51]. Ayrıca sözleşmenin bütün unsurlarında mutabakata varılmamış olsa bile mevcut işlem 101. madde uyarınca anlaşmaya vücut verebilmektedir[52]. Anlaşmanın herhangi bir şekil yahut usule tabi olmaması sonucu, örneğin;

- centilmenlik anlaşmaları[53],
- protokoller[54],
- teşebbüs birliklerinin kuruluş sözleşmeleri[55],
- sözleşme öncesi görüşmeler[56],
- taraflardan biri tarafından düzenlenen ve diğerlerinin katılımının söz konusu olduğu rehberler[57],
- etik ilkeler[58]

---

[50] *Soda-ash/Solvay, CFK* OJ [1991] L152/16, [1994] 4 CMLR 645, para 11; *PVC* OJ [1994] L 239/14, para.30.

[51] T-7/89, *Hercules Chemicals* v *Commission* [1991] ECR II-1711, [1992] 4 CMLR 84, para.257.

[52] *Pre-Insulated Pipe Cartel,* OJ [1999] L24/1, [1999] 4 CMLR 402, para.133.

[53] Case 41/69, ACF Chemiefarma NV v. Commission (the Quinine Cartel)[1970] ECR 661. Bahse konu kararda ABAD, tarafların kendilerini centilmenlik anlaşması ile bağlı hissetmesi durumunda bu tür işlemlerin anlaşma olarak kabul edileceğini belirtmiştir.

[54] *HOV SVZ/MCN* [1994] OJ L104{34, para. 46.

[55] *Nuovo Cegam* [1984] OJ L99/29, [1984] 2 CMLR 484. Söz konusu kararda teşebbüs birliğinin kuruluş sözleşmesi, tarafların hükümleri ile kendilerini bağlı kıldıkları bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir.

[56] *Pre-Insulated Pipe Cartel,* para.133.

[57] *Anheuser- Bush Incorporated/Scottish Newcastle* OJ [2000] L49/37, [2000] 5 CMLR 75, para. 26.

anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir.

Teşebbüslerin anlaşmaya vücut vermeyen ancak eşdeğer düzeyde rekabeti kısıtlayan davranışlarının rekabet mevzuatının kapsamı dışında kalması riskinin bertaraf edilebilmesi için ABİDA kapsamında ikinci bir müessese olarak "uyumlu eylem" kavramı düzenlenmiş bulunmaktadır. Nitekim *Polypropylene*[59] kararında Komisyon, uyumlu eylem adı altında anlaşmadan farklı ikinci bir müessesenin öngörülmesinin gerekçesinin; *"teşebbüslerin; icra etme niyetinde oldukları davranışlarına ilişkin olarak birbirlerini önceden haberdar etmek ve böylelikle ticari kararlarını rakiplerinin de aynı şekilde davranacağı bilinciyle almak gibi, tam anlamıyla anlaşma olarak nitelendirilemeyecek davranışlar ile rekabeti sınırlamalarının ve 85. maddenin 1. fıkrasının (yeni 101(1). madde) uygulama alanından kurtulmalarının önüne geçilmesi"* olduğunu ifade etmiştir.

ABİDA kapsamında tanımlanmamış olan uyumlu eylemin kapsamının belirlenmesine ilişkin ilk girişim, *Dyestuffs*[60] kararıdır. Bahse konu kararda; merkezi AB'de bulunan veya Birlik sınırları içerisinde iştirakleri olan bazı renklendirici madde üreticileri 1964, 1965 ve 1967 yıllarındaki üç farklı dönemde neredeyse eş zamanlı ve birbirinin aynısı olan fiyat artışları gerçekleştirmiş; Komisyon, ilgili teşebbüslerin fiyat tespitine yönelik uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar vermiştir. Kararın iptali için yapılan başvuruda ABAD, uyumlu eylemi; *"anlaşma düzeyine ulaşmamakla birlikte, teşebbüslerin, rekabetin risklerine karşı oluşturulan pratik işbirliği yerine bilinçli olarak ikame ettikleri koordinasyon türü"*[61] olarak tanımlamış, uyumlu eylemin bir anlaşmanın bütün unsurlarını içermediğini ancak teşebbüslerin davranışlarında beliren bir koordinasyondan kaynaklandığını ifade etmiştir[62].

Dyestuffs kararında sözü edilen tespitlere ek olarak Mahkeme;

- Teşebbüslerin rakiplerinin mevcut veya öngörülebilen davranışlarını dikkate alarak hareket edebileceği, ancak söz konusu davranışların esaslı unsurlarına ilişkin (örneğin fiyat artışının tarihi, oranı veya uygulanacağı bölge) belirsizliği ortadan kaldırarak rakipleri ile işbirliği içerisinde hareket etmelerinin ihlal niteliği taşıyacağı[63],

---

[58] Cases 209/78 - 215/78 ve 218/78, *Van Landewyck and Others v Commission* [1980] ECR 3125, para. 85,86.
[59] *Polypropylene*, [1986] OJ L230/1, Decision 31.149, para.87.
[60] Cases 48, 49, 51-7/69, *ICI v. Commission (Dyestuffs)* [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557.
[61] Söz konusu tanım, AB'nin yeni Yatay Anlaşmalar Rehberi'nde de ("Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements", OJ 2011/C, 11/01, 14.01.2011; para.60.) yer almaktadır.
[62] *Dyestuffs*, para.64, 65.
[63] *Dyestuffs,* para. 118.

- Uyumlu eylemin mevcut olup olmadığının tespitinde delillerin tek başına değil bütün olarak değerlendirilmesi ve pazarın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği[64],

hususlarına da işaret etmiştir.

Uyumlu eylem tanımının sınırlarının daha net şekilde çizildiği karar ise *Sugar*[65] olmuştur. Söz konusu kararda AB'deki en büyük şeker üretici ve dağıtıcılarının İtalya pazarı, Hollanda pazarı ve Almanya'nın batı ve güneyindeki şeker pazarlarını muhafaza edebilmek amacıyla uyumlu eylem içerisinde olduğu belirtilmiştir. Yürütülen inceleme kapsamında tarafların geleceğe ilişkin davranışlarına yönelik bilgi değişiminde bulundukları tespit edilirken, ilgili pazardaki rekabeti etkilemeye yönelik fiili bir planın söz konusu olduğuna ilişkin herhangi bir delil bulunamamıştır. Belirtilen hususlardan hareketle taraflar, uyumlu eylemin varlığı için rakiplerin gelecekteki davranışlarına yönelik her türlü belirsizliği ortadan kaldırmayı amaçlayan bir planın bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. ABAD ise taraf savunmalarını reddetmiş; *"mevcut veya potansiyel rakiplerinin pazardaki davranışlarını etkileme yahut geleceğe ilişkin kararlarını rakiplerine ifşa etme amacı ya da etkisi bulunan her türlü doğrudan veya dolaylı iletişim"*in uyumlu eylem olarak değerlendirileceğine hükmetmiştir[66].

Sugar kararının uyumlu eylemin ispatı bakımından uygulamaya ışık tutacak iki önemli tespiti daha bulunmaktadır. Öncelikle Mahkeme, koordinasyonun geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim rakipler arasında gerçekleşen ve geleceğe ilişkin davranışlara yönelik belirsizliği ortadan kaldırma amacı taşıyan her türlü iletişim 101. madde kapsamında rekabet ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Teşebbüslerin ceza tehdidinden kurtulabilmesini sağlayacak yöntem olarak Mahkeme'nin öngörmüş olduğu ikinci önemli husus ise teşebbüslerin ilgili pazardaki davranışlarına ilişkin kararlarını, "bağımsız şekilde" ve "rakiplerinin stratejileri ve planları hakkında önceden bilgi sahibi olmaksızın" belirlediklerinin ispat edilmesidir[67]. Bağımsızlık kriterinin öngörülmesinin teşebbüslerin rakiplerinin mevcut veya öngörülebilir davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarına engel taşımayacağı ifade edilmiş; buna karşın rakiplerinin pazardaki davranışlarını etkileme yahut rakiplerine gelecekte gerçekleştirilecek

[64] *Ibid*. para. 68.
[65] Cases 40-8,50,54-6,11,113-4/73, *Cooperative Vereniging "Suiker Unie" UA v. Commission (Sugar)* [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295.
[66] *Ibid.* para.174.
[67] *Ibid.* para.173.

uygulamalarına ilişkin önceden bilgi verme amacı taşıyan her türlü doğrudan veya dolaylı iletişimin yasak olduğu vurgulanmıştır[68].

Değinilmesi gereken bir başka önemli husus; AB'de anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki farkın hukuken ehemmiyet arz etmediği, diğer bir ifadeyle eylemin ihlal niteliğini değiştirmediği, bu sebeple de bahse konu müesseseler arasında mevcut olduğu ileri sürülen farklılığın yapay bir ayrım olduğudur[69]. Nitekim 101. madde uygulaması bakımından değerlendirilmesi gereken temel sorun, uzlaşmanın mevcut olup olmadığıdır. Anlaşma ve uyumlu eylemin hukuken farklılık taşımadığına ilişkin yaklaşımın önemli sonuçlarından biri, bu kavramların ihlalin nitelendirilmesi bakımından bir arada kullanılmasının mümkün olmasıdır. Nitekim *PVC*[70] kararında Komisyon, kartelin taraflarının anlaşma ve/veya uyumlu eyleme katılmış olduklarını ifade etmiştir. Komisyon'un ihlalin niteliğine ilişkin ortak bir sınıflandırma yapamayacağı, bu tür bir sınıflandırma yapılmasının ancak hem anlaşma hem de uyumlu eylemin varlığının ispatı durumunda mümkün olacağı yönündeki argümanlar ise Genel Mahkeme tarafından reddedilmiştir[71]. İlgili kararda Komisyon; belirli sayıda teşebbüsün birden fazla yıla yayılan eylemlerinin söz konusu olduğu kompleks ihlallerde her bir teşebbüs bakımından zaman dilimlerinin tamamı için ihlalin kesin olarak sınıflandırılmasının beklenemeyeceği, zira her durumda her iki ihlal türünün de (101. madde) ABİDA kapsamında olduğu ifade edilmiştir[72].

Komisyon'un anlaşma ve uyumlu eylem nitelendirmelerine yönelik esnek yaklaşımının bir diğer görünümü ise "devam eden tek bir uzlaşma" kavramında ortaya çıkmaktadır. Özellikle kompleks ihlaller bakımından her bir teşebbüs devamlı suretle ihlale dahil olmamakla birlikte, teşebbüslerin dönem dönem ihlale dahil olduğu ve bu sebeple her bir dönem için ayrı ayrı ihlal nitelendirmesi yaparak tespitte bulunulmasının Komisyon üzerinde büyük bir ispat külfeti yarattığı hallerde bahse konu müesseseye başvurulduğu görülmektedir. Nitekim *Polypropylene* davasında Komisyon on beş teşebbüsün dahil olduğu ve yıllar süren kompleks bir karteli soruşturmuş, teşebbüslerin tamamı her toplantıya

[68] *Ibid.* para.174.
[69] Kekevi 2008a, s.38.
[70] *PVC*, para. 30-31.
[71] Cases T-305/94 etc. *NV Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission* [1999] ECR II-931, [1999] 5 CMLR 303, para.695-699.
[72] *Ibid.* para.696. Anlaşma ve/veya uyumlu eylem şeklindeki ortak sınıflandırma ABAD'ın *ANIC* (Case C-49/92 [1999] ECR I-4125) ve *Asnef-Equifax* (Case C-238/05 [2006] ECR I-11125, [2007] 4 CMLR 224) kararlarında onanmıştır. Ayrıca söz konusu yaklaşım Komisyon tarafından *Cartonboard* (OJ [1994] L 243/1, [1994] 5 CMLR 547), *Pre-Isulated Pipe*, *British Sugar* (OJ [1999] L 76/1, [1999] 4 CMLR 1316) gibi kararları başta olmak üzere pek çok kararda uygulanmıştır.

katılmadığı yahut karar alma sürecinin her aşamasına dahil olmadığı halde Komisyon onbeş teşebbüsün de 101. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Öte yandan her bir teşebbüs için söz konusu uzlaşmaya katılıp katılmadığının ispatına ilişkin mükellefiyet Komisyon'un üzerindedir. Dolayısıyla ABAD'ın *Cement* kararında belirttiği üzere, Komisyon belirtilen ispat külfetinin gereğini yerine getirdikten sonra, incelemeye konu davranışın başka bir açıklaması olduğunu teşebbüslerin ispat etmesi gerekmektedir[73].

Uyumlu eylem müessesesinin kavramsal çerçevesinin belirlenmesinin ardından, uzlaşmaların ispatındaki güçlüğün bertaraf edilmesi arayışının bir diğer sonucu ise uyumlu eylem karinelerinin ortaya çıkmasıdır. Bu kapsamda belirli bir pazarda teşebbüslerin fiyat hareketleri, fiyat duyuruları vb. hususlardaki "paralel davranışlarının" veya taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı nitelikteki "bilgi değişimlerinin yahut görüşmelerin" söz konusu olmasından hareketle uyumlu eylemin varlığına hükmedilmesi şeklinde değerlendirilen iki uyumlu eylem karinesi bulunmaktadır. Sözü edilen karineler, paralel davranışların gösterilmesi ile bilgi değişimi ve toplantılar kapsamında aşağıda değerlendirilmektedir.

2.2. Paralel Davranışların Gösterilmesi

AB içtihadı kapsamında paralel davranışın değerlendirilmesine ilişkin öne çıkan ilk karar *Dyestuffs* olmuştur. Söz konusu olayda teşebbüsler; tekrarlanan, paralel olarak gerçekleşen ve birbirinin aynı olan fiyat artışlarının, mevcut olduğu iddia edilen bir uzlaşmadan değil oligopolistik bağımlılıktan kaynaklandığını ileri sürmüştür. Komisyon ise bahse konu paralelliğin pazarın yapısı ile açıklanamayacağı sonucuna ulaşmıştır[74]. Komisyon, yapmış olduğu değerlendirmede, teşebbüsler tarafından iştiraklerine gönderilen fiyat artışı talimatlarının zamanlaması, talimatlarda kullanılan ifadeler ve talimatların içeriğindeki olağan dışı benzerlik ve teşebbüslerin Basel ve Londra'da toplantı yapmış olmaları gibi ikincil delillere dayanmıştır[75].

Kararın temyizi aşamasında ABAD, uzlaşmanın delili olarak paralel davranışı şu şekilde değerlendirmiştir[76]:

> "Paralel davranış tek başına uyumlu eylem olmasa dahi; ürünün niteliği, teşebbüslerin sayısı ve ölçeği ve pazarın büyüklüğü gibi unsurlar dikkate alındığında, söz konusu paralelliğin pazarın normal şartlarına uygun olmayan

[73] Cases C-204/00 P, C-202/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ve C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S and others v. Commission*, *(Cement)* [2004] para.132.
[74] *Dyestuffs*, para.6.
[75] *Ibid*. para.7-10.
[76] *Ibid*. para.66.

rekabet koşullarına yol açması halinde bu davranış uyumlu eylemin varlığına ilişkin güçlü bir delil teşkil edecektir"[77].

Böylelikle teşebbüslerin davranışlarındaki paralelliğin uyumlu eylem bakımından önemli bir delil olduğu tespit edilmiş, ancak paralel davranışın zorunlu olarak uyumlu eyleme eşit olduğunun kabul edilemeyeceği ortaya konulmuştur. Öte yandan ABAD, paralel davranışın normal pazar şartlarına uymayan bir rekabet ortamına yol açması halinde ihlal niteliği taşıyacağını ifade etmiştir[78].

Birkaç yıl sonra *Sugar* kararında ise ABAD, teşebbüslerin, rakiplerinin *mevcut* ve *öngörülebilir* davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının hukuka uygun olduğunu kabul etmiş; buna karşın toplantılar ve doğrudan ya da dolaylı bilgi değişimlerinin geleceğe ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak paralel davranışlara yol açacağı ve bu durumun 101. maddenin ihlali anlamına geleceğine hükmetmiştir[79].

Dyestuffs ve *Sugar* kararları, AB hukukunda içtihat ile geliştirilmiş olan uyumlu eylem karinesinin temelini oluşturmaktadır. Nitekim belirtilen kararlara göre rakiplerin paralel davranışları normal pazar koşullarına uymayan sonuçlar doğurmakta ise sözü edilen durum uyumlu eylemin varlığına ilişkin güçlü bir delil teşkil edecektir[80]. Bununla birlikte *Sugar* kararında, teşebbüslerin geleceğe ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikte görüşmelerde bulunduklarına dair delillerin bulunması halinde sözü edilen iletişimin 101. maddenin ihlali sonucunu doğuracağı ifade edilmiş, böylelikle "2.3. Bilgi Değişimi ve Toplantılar" başlığı altında incelenecek ikinci uyumlu eylem karinesinin de temeli atılmıştır.

Paralel davranışın yorumlanmasına ilişkin olarak ABAD'ın yol gösterici nitelikteki kararlarından bir diğeri, *Compagnie Royale Asturienne des mines and Rheinzink*[81] kararıdır. Söz konusu kararda rulo çinko üreticisi olan Alman ve Fransız iki teşebbüs, bir Belçika şirketine Mısır'da yeniden satılması amacıyla söz konusu üründen büyük miktarlarda satmıştır. Ancak Belçika şirketi ürünleri

---

[77] *Ibid*.

[78] ALBORS-LLORENS, A. (2006), "Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competititon Law: Unlawful and Legitimate Contacts Between Competitiors", *the Antitrust Bulletin,* No:51(4), s.853.

[79] *Züchner* (Case 172/80, "*Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG"* [1981] ECR 2021, [1982] 1 CMLR 313) kararında ise ABAD rakiplerin davranışlarına yönelik akıllıca ayak uydurmaların 101. maddenin ihlali anlamına gelmeyeceğini bir kez daha vurgulamıştır.

[80] İşaret edilen değerlendirme RKHK'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen uyumlu eylem karinesinin de temelini oluşturmaktadır.

[81] Cases C-29-30/83, "*Compagnie Royale Asturienne des mines and Rheinzink v. Commission"* [1985] CMLR 688.

yeniden etiketleyerek Almanya pazarında, Alman şirketin fiyatlarının oldukça altında bir fiyata satmıştır. Bunun üzerine Fransız ve Alman şirketleri Belçika şirketine sağladıkları ürün miktarını azaltmıştır. Komisyon yapmış olduğu değerlendirmeyi "arzın paralel şekilde kısıtlanmasının başka herhangi bir makul gerekçesi olmadığı" hususuna dayandırarak, tarafların Almanya'daki fiyat düzeyini korumak amacıyla uyumlu eylem içerisinde oldukları sonucuna ulaşmıştır. Buna karşın üretici firmalar Belçikalı şirketin teslim almış olduğu ürünlerin bedelini ödemede temerrüde düştüğü yönünde savunma yaparak bahse konu davranışlarının uyumlu eylem dışında makul bir gerekçesi olduğunu ispat etmişlerdir[82]. Böylelikle Mahkeme; Komisyon'un paralel davranışın uyumlu eylemin sonucu olduğu iddiasını açık ve tutarlı delillerle ispat etmekle yükümlü olduğunu ve paralel davranışın tek başına uyumlu eylemin doğal bir göstergesi olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça ortaya koymuştur. Böylelikle söz konusu karar ile uyumlu eylemin tespitinde ispat yükünün hangi tarafta olduğu sorusunun yanıtı verilmiş olmaktadır[83].

Paralel davranışın değerlendirilmesinde önem taşıyan ve bu kapsamda Komisyon'un ve ABAD'ın yaklaşımlarındaki farklılığı ortaya koyan önemli kararlardan biri de *Woodpulp*[84] kararıdır. Karara esas teşkil eden olayda; kâğıt hamuru üreticilerinin 1975–1981 yılları arasında paralel fiyat duyuruları gerçekleştirdiklerinin tespit edilmesine karşın, aralarında fiyat tespitine ilişkin açık bir uzlaşmanın bulunduğuna dair delil elde edilememiştir. Öte yandan Komisyon, teşebbüslerin fiyatların tartışıldığı toplantılara katıldığını gösteren teleksleri de içeren iletişim delilleri elde etmiştir. Buna karşın değerlendirmelerinde ağırlıklı olarak iktisadi delilleri esas alan Komisyon; iki hususa dayanarak teşebbüslerin fiyat tespitine yönelik uyumlu eylem gerçekleştirdikleri ve böylelikle 101. maddeyi ihlal ettiklerine hükmetmiştir[85]. Söz konusu hususlardan ilki, tarafların pazarın yapay olarak şeffaflaştırılması sonucunu doğuran doğrudan veya dolaylı bilgi değişimlerinde bulunmalarıdır. İkinci husus ise pazarın, paralel fiyatlamanın olağan karşılanmasına yol açacak düzeyde katı bir oligopol nitelik arz etmemesidir. Komisyon'un değerlendirmesine göre maliyetleri birbirinden farklı olan çok sayıda teşebbüsün bulunduğu bu pazarda uzun süredir paralel ve yüksek fiyatların uygulanması, rakiplerin eş veya

[82] *Ibid*. para.12-23.
[83] WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, the US, s.107.
[84] Cases C-89, 104, 114, 116-117,125-9/85 [1993] ECR I-1307, "*Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission (Woodpulp II)",* [1993] 4 CMLR 407.
[85] *Woodpulp*, OJ [1985] L 85/1, [1985] 3 CMLR 474.

yakın zamanlı gerçekleşen fiyat duyuruları aracılığıyla gerçekleştirdikleri iletişimin sonucudur.

Komisyon'un tespit ve değerlendirmelerine karşın ABAD, kararı esastan iptal etmiştir. İptal kararının gerekçesini ise; üçüncü kişi statüsündeki kullanıcılara fiyat artışlarının periyodik olarak önceden duyurulmasının, üreticiler bakımından rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmayacağı değerlendirmesi oluşturmaktadır[86]. Mahkeme *Dyestuffs* kararındaki prensibi tekrarlamakla birlikte bir adım daha öteye giderek, *"paralel davranışın tek makul açıklaması uyumlu eylem olmadıkça, söz konusu davranışın uyumlu eylemin delili olarak kabul edilemeyeceği"*ni ifade etmiştir[87]. Somut olayda ABAD'ın ekonomist uzmanlar grubu tarafından yapılan değerlendirmelerde; fiyat duyurularının önceden yapılmasının uzun vadede gerek satıcılar gerekse alıcılar bakımından ticari riskleri azalttığı, bu sebeple teşebbüslerin davranışlarının makul bir gerekçeye dayandığı, tek açıklamasının uyumlu eylem olmadığı belirtilmiştir. Fiyat duyurularının neredeyse eş zamanlı olarak yapılmış olmasının pazarın şeffaf olmasından kaynaklandığı, pazarın şeffaflığının ise teşebbüslerin davranışları sonucu yapay olarak gerçekleşmediği ifade edilmiştir. Ayrıca kâğıt üreticilerinin kâğıt hamuru sağlayıcıları ile iletişim içerisinde olması sonucu üreticiler kanalıyla sağlayıcılar arasında fiyat bilgisinin paylaşılması ve sektöre ilişkin ticari yayınların pazarı şeffaf hale getirdiği belirtilmiştir. Bu çerçevede Komisyon'un oligopolistik bağımlılığa ilişkin değerlendirmesi de ABAD tarafından reddedilmiştir. Uzmanlar tarafından kâğıt hamuru pazarının yapısına ilişkin sunulan raporlar sonucunda ABAD; paralel davranışın oligopolistik bağımlılıktan kaynaklandığını belirtirken, söz konusu paralelliğin makul bir ticari gerekçesi olduğu ve bu sebeple tek makul gerekçesinin uyumlu eylem olmadığına hükmetmiştir[88].

Woodpulp kararı ABAD'ın bilinçli paralellik ve uyumlu eylem arasındaki sınırı en açık şekilde ortaya koyan kararıdır[89]. Nitekim *Woodpulp* kararı iki önemli hususa işaret etmektedir. Öncelikle teşebbüsler arasında iletişim bulunduğuna dair delillerin yokluğu halinde paralel davranış, ancak tek makul gerekçesi uyumlu eylem olduğu takdirde uyumlu eylemin mevcut olduğu yönünde delil teşkil edecektir[90]. Bu kapsamda fiyat sinyalleri, haklı bir ticari gerekçesi var

[86] *Ibid*. para.59-65.
[87] *Ibid*. para.71.
[88] *Ibid*. para. 126.
[89] JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials,* Fourth Edition, Oxford University Press, New York, the US, s.832.
[90] *Woodpulp II*, para.71.

ise 101. madde uygulaması dışında kalacaktır[91]. Böylelikle paralel davranışların rekabet ihlali oluşturması bakımından ispat standardı oldukça yüksek belirlenmiştir[92]. İkinci olarak oligopol pazarlarda rekabetin ihlal edildiğinin tespit edilebilmesi için, pazar yapısı ve rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak uydurulması ile uzlaşma arasındaki sınırın teşebbüsler tarafından tereddütsüz şekilde aşıldığının rekabet otoriteleri tarafından ispat edilmesi gerektiği açıkça öngörülmüş olmaktadır[93].

Woodpulp kararından hareketle salt paralel davranışların rekabet ihlalinin tespitinde yeterli olup olmadığı sorusunun yanıtı, teorik açıdan olumludur. Nitekim bahse konu karara göre oligopol nitelik arz etmeyen ve bu sebeple iktisadi nitelikte bir bağımlılıktan söz edilemeyen pazarlardaki paralel davranışların ihlal olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Buna karşın işaret edilen durumun pratikte ispatı son derece güç olup AB hukukunda yalnızca paralel davranışa, diğer bir ifadeyle birinci uyumlu eylem karinesine dayanılarak 101. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılan herhangi bir yargı kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla AB mahkemeleri tarafından paralel davranışlar değerlendirilirken, rakipler arasında rekabeti kısıtlayıcı amaçla iletişim kurulduğunu gösteren ilave deliller aranmaktadır.

2.3. Bilgi Değişimi ve Toplantılar

Bilgi değişimlerinin rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi bakımından öncelikle değinilmesi gereken husus, sözü edilen eylemlerin belirli bir pazardaki bilgi asimetrisi sorununu gidererek etkinlik doğurucu nitelik arz edebilmesidir. Nitekim tam rekabet piyasası "tam ve mükemmel bilgi" varsayımına dayanmakta; teşebbüsler, piyasa koşulları, talep miktarı ve endüstrinin kapasitesi hakkında bilgi sahibi oldukça daha rasyonel karar alabilmektedir[94]. Bu çerçevede bilgi değişimleri; teşebbüsler bakımından rakiplerin olumlu sonuç veren uygulamalarının karşılaştırılması ve *benchmark* alınmasına imkân tanımakta ve belirli ölçüde maliyetlerini düşürmelerini sağlamakta[95], tüketiciler bakımından ise tüketici tercihlerini belirlenmesine ilişkin maliyetleri azaltıcı etki doğurabilmektedir[96]. Dolayısıyla, kural olarak, bilgi

[91] *Ibid.* para.64, 65.
[92] Albors-Llorens 2006, s.857.
[93] *Ibid.*
[94] Whish 2009, s.525.
[95] VIVES, H. (2006) "Information Sharing: Economics and Antitrust", *Pros and Cons of Information Sharing*, Swedish Competition Authority, 82-100, s.85, http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf, Erişim Tarihi 28.03.2011.
[96] Yatay Anlaşmalar Rehberi, para.57.

değişimleri bakımından *per se* yerine *rule of reason* yaklaşımı benimsenmektedir[97]. Öte yandan bu tür eylemler, teşebbüslerin geleceğe ilişkin stratejilerine yönelik belirsizliği azaltmak ve rakipler arasında koordinasyona yol açmak suretiyle rekabetin sınırlanması sonucunu da doğurabilmektedir[98]. Öyle ki bilgi değişimleri; fiyat tespiti, üretim miktarı vb. konularda uzlaşmalara vücut verebilmekte veya uzlaşmaya uymayanların saptanmasını sağlayarak ihlallerin uygulanması ve sürdürülmesine aracılık edebilmektedir. Bu tür vakıalarda bilgi değişimleri, kartelin bir unsuru olarak değerlendirilmektedir[99].

Yukarıda belirtildiği üzere uyumlu eylemin değerlendirilmesi bakımından AB hukukunda tercih edilen yaklaşım ikinci uyumlu eylem karinesidir. Nitekim *Polypropylene* kararlarında ABAD, Komisyon'un bu yöndeki yaklaşımını benimseyerek, uyumlu eylem müessesesinin öneminin anlaşma ile arasındaki farka değil, 101. madde kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki farka dayandığını ortaya koymuştur[100]. İlgili kararda ABAD, uyumlu eylemin tespitinde ispat yükünü Komisyon lehine hafifletmiş ve ikinci uyumlu eylem karinesini ortaya koymuştur. Söz konusu karineye göre gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla teşebbüsler arasında bir iletişimin gerçekleştirildiği yönünde delil bulunması halinde; *"bahse konu uyumlu davranışın tarafı olan ve ilgili pazarda faaliyet göstermeye devam eden teşebbüslerin rakipleri ile değiştikleri bilgileri kendi davranışlarını belirlerken dikkate alacağı varsayılacaktır."*[101] Teşebbüslerin stratejilerini belirlerken bu bilgileri dikkate almadıklarını ispat etmeleri ise pratikte son derece güçtür. Nitekim belirtilen durumda negatif bir vakıanın ortaya konulması gerekmekte; teşebbüsler, ilgili pazardaki davranışlarının rakiplerle yaptıkları görüşmelerden bağımsız gerekçelere dayandığını ve bu görüşmelerin olmaması halinde dahi aynı şekilde davranacaklarını ispat etme mükellefiyetiyle karşı karşıya kalmaktadır[102].

---

[97] Bununla birlikte geleceğe yönelik fiyatlara ilişkin bilgi değişiminin rekabeti kısıtlama amacı taşıdığından bahsedilmekte ve bu tür davranışlar piyasadaki etkilerine bakılmaksızın bir rekabet ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bkz. WHISH, R. (2006), "Information Agreements", *Pros and Cons of Information Sharing*, Swedish Competition Authority , 19-42, s.37, http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2011.

[98] Case C-7/95, *J. Deere v. Commission*, [1998] ECR I-3111, para. 88.

[99] MOTTA, M. (2004), *Competition Policy,* Cambridge University Press, New York, the US, s.150 vd.

[100] Komisyonun kararının iptaline ilişkin davalarda ABAD, kararı esastan onamıştır. Örneğin bkz. Case C-51/92 P, *SA Hercules NV v. Commission,* [1999] ECR I-4235, [1999] 5 CMLR 976; Case C-199/92 P, *Hüls AG v. Commission* [1999] ECR I-4287, [1999] 5 CMLR 1016.

[101] *Ibid. (Hüls)* para.162.

[102] STROUX, S. (2004), US and EC Oligopoly Control, *International Competition Law Series*, Kluwer Law International, The Netherlands, s.84.

Bilgi değişimlerinin rekabete aykırı uzlaşmaların unsuru olabileceği belirtilmekle birlikte, paylaşılan bilgilerin niteliği ihlalin tespitinde önem arz etmektedir. Bu çerçevede ilk olarak yapılması gereken tespit, geleceğe ilişkin fiyat bilgisinin (indirim, fiyat artışı, kampanya vb[103]) paylaşılmasının tek başına fiyat tespitine yönelik anlaşma veya uyumlu eyleme yol açabileceği, bu itibarla amacı itibariyle 101. maddenin ihlali sonucunu doğurduğudur[104]. Benzer şekilde geleceğe ilişkin fiyat hususundaki paylaşımların bir üst anlaşmanın unsurunu oluşturduğu hallerde de[105] sözü edilen eylemin rekabeti ihlal etme amacını içerdiği kabul edilmektedir. Fiyata ilişkin bilgilerin dışında bireysel üretim miktarı[106] ve satış rakamları[107] yahut kapasite artırımı[108], müşterilere ilişkin veriler, üretim maliyetleri, yatırımlar, AR-GE çalışmaları[109] gibi bilgilerin paylaşılması da, özellikle yoğunlaşma oranının yüksek olduğu pazarlarda rekabetin ihlal edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu çerçevede bireysel satış hedefi, stok ve gerçekleşen satış rakamları bilgilerinin paylaşılması da kimi hallerde rakibin fiyatlama stratejisi hakkında sinyaller verebilecek niteliktedir. Örneğin belirli bir zaman dilimine ilişkin olarak rakibinin satış hedefi ve o tarihe kadar gerçekleştirdiği satış adedi bilgisine sahip olan bir teşebbüs, rakibin hedefe erken bir sürede ulaşmış olması durumunda geri kalan süre için agresif bir fiyat rekabeti içerisine girmeyeceğini tahmin edebilmekte; benzer şekilde belirlenen sürenin sonuna yaklaşırken henüz hedefi tutturamamış bir teşebbüsün iskonto, kampanya vb araçlar ile satışlarını arttırma yönünde strateji izleyeceğini öngörebilmektedir. Söz konusu durum ise rakip teşebbüsün geleceğe ilişkin fiyat politikası hakkında bilgi sahibi olunmasını sağlamakta ve ihlal olarak değerlendirilebilmektedir.

---

[103] OECD (2010), Roundtable on Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, Note by the Delegation of the European Union, http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2010_information_exchange.pdf, Erişim Tarihi: 16.04.2011, s.10.

[104] Örneğin bkz. C-194/99 P *Thyssen Stahl AG v. Commission* [2003] ECR I-11005-1223,1239.

[105] Örneğin bkz. *Cement* para.281.

[106] Örneğin bkz. *Peroxygen Products* [1985] OJ L 35/1.

[107] Örneğin bkz. *Fatty Acids*, [1987] OJ L 3/17 (Söz konusu kararda teşebbüslerin dünya çapındaki satış rakamlarını paylaşmaları, bireysel pazar paylarına ilişkin bilginin elde edilmesi aracı olarak kullanıldığı için ihlal kabul edilmiştir.). Satış rakamlarının gerçekleşmiş rakamlar yahut hedef rakamları olmasının önem arz etmesi ve kural olarak hedefe ilişkin bilgilerin daha stratejik nitelik arz etmesine karşın, uzlaşmaya riayet edilip edilmediğinin (detection) tespitinde araç olarak kullanılması durumunda gerçekleşmiş satış rakamlarının paylaşılması da ihlal olarak kabul edilebilmektedir. Bkz. Yatay Anlaşmalar Rehberi, para. 67.

[108] Örneğin bkz. *Re Cimpell* [1972] OJ L 303/24.

[109] OECD 2010, s.10.

AB rekabet hukukunda bilgi değişimleri, yukarıda belirtilen hallerde olduğu gibi, bir üst rekabet ihlalinin unsuru olarak yahut tek başına 101. madeninin ihlali olarak değerlendirilebilmektedir[110]. Nitekim *Sugar* kararında belirtildiği üzere rakipler arasında gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizliği ortadan kaldırma amacı veya etkisi bulunan her türlü doğrudan yahut dolaylı iletişim yasaklanmıştır.

Belirtilen husus çerçevesinde uyumlu eylem karinesi bakımından değinilmesi gereken önemli noktalardan biri, anlaşma kavramı için gerek 101. maddenin lafzı gerekse AB içtihadı kapsamında sıklıkla vurgulanan, "ihlalin tespiti için amacın yeterli olduğu, ayrıca etkinin gösterilmesine gerek olmadığı" yaklaşımı uyumlu eylem bakımından da tartışmaya yer olmayacak şekilde kabul edilmiş olmasıdır.[111] Nitekim 101. maddenin lafzı yalnızca anlaşmalar için değil uyumlu eylemler için de amaç veya etkinin varlığın yeterli olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Sözü edilen madde hükmüne karşın uygulamada, teşebbüsler tarafından, uyumlu eylemin bir davranışın gerçekleştirilmiş olmasına bağlı olduğu yönünde savunmaların yapıldığı görülmektedir[112].

Belirtilen sorun *Polypropylene* davasında ve bu kararın temyiz sürecinde değerlendirilmiş, tarafların "anlaşmanın aksine uyumlu eylemde doğrudan veya dolaylı bir davranış olmadığı müddetçe uyumlu eylemden söz edilemeyeceği, uyumlu eylemin doğası gereği eylemi zorunlu kıldığı bu sebeple ihlal tespiti için etkinin gösterilmesi gerektiği, dolayısıyla tarafların paralel şekilde hareket edeceklerine ilişkin yalnızca plan yapmış olmalarının yeterli olmadığı, bu planın uygulamaya konulmuş olmasının zorunlu olduğu" yönündeki iddiaları ayrıntılı olarak ele alınmıştır[113]. Kararda; uyumlu eylemin varlığından söz edilebilmesi için ilgili pazarda rekabetin kısıtlanması sonucunun, diğer bir ifadeyle bahse konu uygulamanın "etki"sinin ortaya çıkmasının gerekli olmadığının altı çizilmiştir[114]. Dolayısıyla uyumlu eylem iddiasında bulunulabilmesi için aranan tek koşul, teşebbüsler arasında gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği bilinçli olarak

[110] Bilgi değişimlerinin hangi hallerde tek başına ihlal olarak değerlendirildiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (2006), *Pros and Cons of Information Sharing*, http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2011.

[111] Nitekim *Polypropylene* kararında ABAD, Hüls'ün savunmasına ilişkin değerlendirmelerinde, 101(1).madde hükmünün lafzının, açıkça, uyumlu eylem için de amacın yeterli olduğunu, ayrıca etkinin aranmasına gerek olmadığını ortaya koyduğunu vurgulamıştır. Bkz. *Hüls (Polypropylene),* para.164.

[112] Jones ve Sufrin 2011, s.161 vd.

[113] *Hüls (Polypropylene)* para.86 vd.

[114] *Ibid.* para.163.

azaltan bir iletişimin ispat edilmesi olup ayrıca teşebbüslerin bahse konu iletişimlerde görüşülen hususları uygulayıp uygulamadıklarının gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, her ne kadar "uyumlu eylem" doğası gereği davranışı içermekte ise de, söz konusu davranışın rekabeti engelleme, bozma veya sınırlama yönünde bir etki doğurması zorunlu değildir.[115] Zira *Sugar* kararında da belirtildiği üzere aksi teşebbüslerce ispatlanmadığı sürece teşebbüslerin pazardaki davranışlarını rakipleri ile yapmış oldukları görüşmelere dayanarak belirledikleri karinesi söz konusudur. Uygulamada ise bu karinenin aksinin ispat edilmesi, yukarıda da değinildiği üzere son derece güçtür.

Teşebbüsler arasındaki iletişimin gerçekleştirilmesi yöntemlerinden bir diğeri, pek çok sektörde çeşitli vesilelerle sıklıkla kullanılan, toplantılara katılım suretiyle yapılan görüşmelerdir. Bilgi değişimleri bakımından belirtildiği gibi, rakipler arasındaki toplantıların ve görüşmelerin de tamamen hukuka uygun amaçlar ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte; bazı hallerde toplantılara katılım, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı bir uygulamanın tarafı olduğuna ilişkin ispat vasıtası olarak değerlendirilebilmektedir[116]. Sözü edilen hallerde rakipler arasında gerçekleştirilen toplantılar, özellikle, anlaşmanın tespit edilemediği ancak rekabete aykırı bir eylemin mevcut olduğu hallerde uyumlu eylemin varlığının tespiti bakımından önemli bir işlev görmektedir.

Rakiplerin katılmış oldukları toplantıların nitelendirilmesi bakımından yargı kararlarında sıklıkla ön plana çıkan husus, toplantıya katılımın amacının rekabete aykırı olup olmadığına yönelik değerlendirmedir. Bu kapsamda örneğin fiyat ve satış miktarlarına ilişkin bilgilerin paylaşıldığı bir toplantıya rakip teşebbüslerin katılmış olmasının amacının teşebbüslerin geleceğe ilişkin stratejilerinin rakipler ile paylaşılması olduğu hallerde uyumlu eylemden söz edilebilecektir[117]. Bu çerçevede rekabeti sınırlayıcı nitelikte bir anlaşmanın gerçekleştiği bir veya birden fazla toplantıya katılım, bahse konu teşebbüs bakımından anlaşmanın tarafı olarak değerlendirilmesi için yeterli olacaktır. Toplantıda alınan kararlara uyulmamış olması veya söz konusu kararların fiyat

[115] *Ibid.* para.165.
[116] Albors-Llorens 2006, s.863.
[117] Örneğin *Polypropylene* kararında Komisyon, rekabete aykırı anlaşmanın yanında rakipler arasında gerçekleştirilen toplantıları uyumlu eylem olarak değerlendirmiş, bahse konu karar Genel Mahkeme tarafından onanmıştır. Genel Mahkeme, rekabete hassas bilgilerin görüşüldüğü bir toplantıya katılmış olunması haline, ilgili teşebbüslerin kendi ticari kararlarını belirlerken söz konusu bilgilerden doğrudan veya dolaylı olarak etkileneceğini ifade etmiştir. [1991] ECR I-1711, 1923-1946; [1992] 4 CMLR 84, 141-64.

ve/veya satış stratejisi gibi parametrelere yansımaması, ilgili teşebbüsün ihlalin tarafı olmadığını ispat için yeterli kabul edilmemektedir[118].

Uyumlu eylem kavramı çerçevesinde karşılıklı iletişim kavramı Komisyon ve AB mahkemeleri tarafından oldukça geniş yorumlanmaktadır. Öyle ki karşılıklılık koşulunun sağlanabilmesi için bir toplantıya katılan teşebbüslerin tamamının açıkça, yazılı veya sözlü şekilde bilgi paylaşması gerekmemektedir. Zira Genel Mahkeme'nin *Rhône-Poulenc*[119] kararına göre; bir toplantıya rekabeti sınırlama amacıyla iştirak edilmesi halinde, katılımcıların edindiği bilgilerden bağımsız hareket etmesi muhtemel olmadığından, (karşılıklı) iletişimin mevcut olduğu varsayılacaktır. *Tate & Lyle*[120] kararında ise Mahkeme, iletişime ilişkin yorumunun kapsamını daha da genişleterek toplantıya katılımdaki rekabete aykırı amacın, rakiplerin geleceğe ilişkin stratejileri hakkında bilgi edinmekle sınırlı olduğu hallerde dahi karşılıklılık kriterinin sağlanmış olacağına hükmederek uyumlu eylemin kapsamını oldukça genişletmiştir.

Toplantılara katılımın değerlendirilmesi bakımından AB içtihadında dönüm noktası niteliği taşıyan kararlardan bir diğeri ise yakın tarihli bir ABAD kararı olan *T-Mobile*[121]'dır. Bahse konu kararda;

> "Pazarın yapısına bağlı olmak kaydıyla, somut olayda da söz konusu olduğu üzere, rakipler arasında gerçekleşen tek bir toplantının, kural olarak, toplantıya katılan teşebbüslerin (gelecekteki) davranışlarına yönelik uzlaşmalarına uygun zemini hazırlayabileceği ve bu sebeple rekabete ve rekabetin getirdiği risklere karşı aralarındaki pratik işbirliğini başarılı bir şekilde ikame edebilecekleri ihtimalinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir."[122]

ifadeleri ile *Rhône-Poulenc* kararındaki prensibi korumak ve hatta bir adım ileriye götürmek suretiyle, teşebbüslerden sadece birinin fiyat açıklamasında bulunduğu tek bir toplantıya katılmış olmanın, fiyat artırımı yönünde açık bir anlaşma tespit edilemese dahi, toplantıya katılan teşebbüslerin tamamı bakımından 101. maddenin ihlal edildiğine hükmedilmesinin mümkün olabileceği açıkça ortaya konulmaktadır[123]. Zira ABAD kararlarında daha önce de vurgulandığı üzere[124]; bir teşebbüs, herhangi bir iletişim kanalı vasıtasıyla rakibinden stratejik önemi haiz bir bilgi edindiğinde, bahse konu bilgiyi kabul

[118] Case T-3/89, "*Atochem v. Commission"* [1991] ECR II-897, para. 100.
[119] Case T-1/89 *Rhône Poulenc v. Commission*, [1991] ECR II-867, para.122.
[120] Cases T-202/98, T-204/98, T-207/98, *Tate & Lyle plc v. Commission*, [2001], ECR, II-791.
[121] Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, [2009] ECR I-4529.
[122] *T- Mobile*, para.59.
[123] Genel Mahkeme'nin *Tate&Lyle* kararı, para.58.
[124] *Hüls*, para 162; *Anic Partezipazioni*, para.121.

ettiği ve kendi ticari kararlarını belirlerken edinmiş olduğu bilgiyi dikkate almaksızın hareket edemeyeceği varsayılmaktadır.

Dolayısıyla rekabete aykırı hususların görüşüldüğü tek bir toplantıya katılmış olmak, herhangi bir paylaşım veya irade beyanında bulunulmamış ve toplantı sonucunda bir anlaşmaya varıldığına dair delil tespit edilememiş olsa dahi, toplantıya katılan teşebbüslerin tamamı bakımından 101. madde ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

İşaret edilen karineler karşısında, rakibinden belirtilen nitelikte bir bilgiyi edinen teşebbüsün 101. madde uygulamasından kaçınabilmesinin tek yolu; *Polypropylene* kararı[125] ve sonrasındaki ABAD kararlarında[126] öngörülmüş olan, paylaşılan bilgilerin kabul edilmediği veya uyumlu eyleme dahil olunmadığının rakiplere derhal ve açıkça bildirilmesidir. Nitekim *Cement* kararında Mahkeme[127], rekabete aykırı toplantılara katılmakla birlikte sorumluluktan kurtulabilmek için teşebbüslerin görüşülen hususlara katılmadığını *açıkça beyan etmesi* yahut bahse konu toplantıyı *idari otoritelere bildirmesi*[128] gerektiğini ifade etmiştir. İşaret edilen yöntemlerden herhangi birinin kullanılmaması durumunda, salt toplantıya katılım, toplantıda tartışılan rekabeti sınırlayıcı hususlara zımni olarak icazet verildiğine karine oluşturacaktır. Nitekim işaret edilen karineden hareketle Komisyon, *Böel*[129] kararında, rekabete aykırı toplantılara katılan bir teşebbüsün sözü edilen toplantıya katılmasının tek sebebinin bilgi edinmek olduğu ancak

[125] Örneğin Case C-235/92 P, *Montecatini v. Commission (Polypropylene)* [1999] ECR I-4539, para. 177-181.

[126] Söz konusu yöntem, ABAD kararlarında "*publicly distancing itself*" şeklinde ifade edilmektedir. Bu prensip pek çok kararda tekrarlanmıştır. Örneğin; bkz. T- 141/89 *Trefileurope v. Commission,* [1995] ECR II-791, para. 85; T- 311/94, *BPB de Eendracht NV v. Commission*, [1998] ECR II-1129, para.203; *Cement* para.323.

[127] *Cement* para. 82-84.

[128] *Westfalen Gassen Nederland BV* (Case T-302/02 [2006] ECR II – 4567, [2007] 4 CMLR 334, para.103) kararında *Publicly distancing itself* müessesesinin dar yorumlanması gerektiği belirtilerek kendisini rekabete aykırı görüşmelerin dışında tutmayı gerçekten isteyen bir teşebbüsün kolaylıkla rakiplerine veya teşebbüs birliği sekretaryasına durumu yazılı olarak bildirmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Sözü edilen kararda ayrıca, taraflardan birinin, fiyat artışının görüşüldüğü bir toplantıda rakiplerinin %5-6 zam yapmayı planladıklarını açıklamaları karşısında kendisinin bahse konu yıl içerisinde zam yapıp yapmayacağı ve hangi oranda zam yapacağı konusunda kesin bir ifadede bulunmadığı yönündeki savunması, söz konusu karara katılmadığını açıkça belirten bir ifadesinin de söz konusu olmadığı, bu itibarla yapılan anlaşmayı zımnen kabul etmiş göründüğü ve uzlaşmanın devamına katkıda bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir (Bkz. para.83). Bu çerçevede rakiplere yahut teşebbüs birliği sekretaryasına yapılacak olan bir beyan yeterli kabul edilmekte, "İdari otoritelere bildirim"den kastedilenin ise zorunlu olarak rekabet kurumlarına pişmanlık başvurusu yapılması olmadığı değerlendirilmektedir. Bkz. Whish 2009, s.102.

[129] T-142/89, *Böel v. Commission*, [1995] ECR II-867.

hiçbir suretle toplantıda görüşülen fiyat ve kota tespitine yönelik tekliflere katılmadığı yahut bu uzlaşma ile kendisini bağlı hissetmediği yönündeki savunmayı reddetmiş ve kararında, bahse konu teşebbüsün toplantı esnasında görüşülen hususlara katılmadığını açıkça beyan etmediği ve bu sebeple *rakipleri nazarında görüşülen hususları zımni olarak onayladığı izlenimi yarattığı* gerekçesine dayanmıştır[130]. Diğer bir ifadeyle görüşülen hususlara itiraz edilmemesi yahut bu hususların reddedildiğinin beyan edilmemesi (teşebbüsün bu hususta sessiz kalması), uzlaşmanın kurulması ve sürdürülmesine katkıda bulunmaktadır[131]. Sözü edilen gerekçeden hareketle ABAD, toplantıda alınan kararların uygulanmadığı[132] yahut uzlaşmanın unsurlarının tamamına dahil olunmadığı[133] yönündeki savunmaları da reddetmekte ve rakiplerinin bulunduğu bir toplantıya katılan teşebbüsler üzerindeki ispat yükünü ağırlaştırmaktadır. Öyle ki teşebbüslerin; uzlaşma sonrasında pazarda gerçekleşen davranışların uzlaşma sebebiyle değil ve fakat pazar koşulları yahut teşebbüslerin içinde bulundukları bireysel koşullar gereği, diğer bir ifadeyle "rasyonel gerekçelerle" ortaya çıktığı yönündeki savunmaları ABAD tarafından kabul görmemektedir. Bu çerçevede yargı kararlarının verdiği mesaj oldukça açıktır: Bir teşebbüs bir veya birden fazla rakibin fiyat gibi stratejik önemi bulunan konuları görüştüğü bir toplantıya katılmamalı veya toplantıdaki varlığını sürdürmemelidir[134].

101. maddenin ihlali niteliğindeki bir toplantıya katılım durumunda sorumluluktan kaçınılabilmesi için öngörülen bu araç, alıcının isteği dışında gönderilen ve rakibin fiyat veya satış stratejileri gibi rekabete duyarlı hususlara ilişkin bilgi ve uzlaşma teklifi içeren elektronik posta, faks ve sair iletiler karşısında nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin olarak da yol gösterici niteliktedir[135]. Nitekim ABAD içtihadı uyarınca, sözü edilen hallerde alıcı konumundaki teşebbüsün sorumluluktan kurtulabilmesi için derhal uzlaşma teklifini reddettiğini karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir.

Rekabeti sınırlayıcı nitelikteki görüşmelerin yapıldığı bir toplantıya yönelik olarak teşebbüslerin görüşülen hususlara katılmadıkları yönündeki beyanı ne zaman bildirmesi gerektiği hususu da önem arz etmektedir. Bu çerçevede katılımcıların bahse konu beyanı mutlaka toplantı anında mı gerçekleştirmesi gerektiği yahut toplantı sonrasında beyanın yapılmasının sorumluluktan kurtulabilmek için yeterli kabul edilip edilmeyeceği sorusunun yanıtlanması

[130] *Ibid*. para. 79.
[131] *Cement* para.84.
[132] *Ibid*. para. 85.
[133] *Ibid*. para. 86.
[134] Whish 2009, s.525.
[135] Albors-Llorens 2006, s.865.

gerekmektedir. AB mahkemelerinin toplantıya katılımın ihlal olarak değerlendirilmesi yaklaşımının, gerekçesi incelendiğinde, bu tür bir davranışın uzlaşmanın kurulması ve sürdürülmesine katkı sağladığının vurgulandığı görülmektedir. Söz konusu gerekçeden hareketle, uzlaşmaya dahil olunmadığına yönelik rakiplere yöneltilecek olan beyanın, kural olarak, toplantı sürecinde yapılması gerektiği anlaşılmaktadır[136]. Nitekim teşebbüslerin uzlaşmanın kurulması yahut sürdürülmesine yönelik irade uyuşması, bahse konu toplantıda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla teşebbüslerin davranışlarının her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerekmekle birlikte, sorumluluktan kurtulabilmek için, ilgili teşebbüsün derhal ihlale katılmadığını rakiplerine bildirmesi ve toplantıyı terk etmesi gerektiği açıktır.

Sözü edilen hususta AB içtihadının gelmiş olduğu nokta, rakipler arasında gerçekleştirilen her toplantının 101. maddenin uygulanması tehdidini yaratıp yaratmayacağı tartışmalarını gündeme getirmiştir.[137] Öncelikle belirtilmesi gereken husus, ABAD kararlarının rakiplerin katılımıyla gerçekleştirilen her toplantının rekabete aykırı kabul edileceği sonucunu doğurduğu şeklinde aşırı bir yorumun gerçekçi olmadığıdır. Nitekim belirli bir pazarda faaliyet gösteren oyuncuların dernek, oda vb. teşebbüs birlikleri bünyesinde bir araya gelerek sektöre yönelik genel sorunları tartışmaları, bu çerçevede örneğin hükümet politikalarına yönelik ortak hareket etmek üzere bir araya gelmeleri kural olarak hukuka aykırılık taşımamaktadır. Ancak belirtilen toplantılarda rekabete duyarlı hususların görüşülmesi halinde; teşebbüs birliğinin kuruluş amacı ve daha önce ilan edilen toplantı gündeminin ne olduğundan bağımsız olarak, bahse konu toplantının rekabet ihlali olarak kabul edilmesi mümkündür. Benzer şekilde bu tür bir toplantının katılımcıları bakımından, toplantıya rekabete aykırı amaçla katılmadıklarını ispat edemedikleri yahut toplantıda görüşülen hususlara dahil olmadıklarını rakiplere bildirmedikleri takdirde, ihlalin tarafı oldukları sonucuna ulaşılabilecektir.

[136] Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. BAILEY, D. (2008), " 'Publicly Distancing' Oneself from a Cartel", *World Competition,* No:31(2), 177-203, s.190 vd.
[137] Albors-Llorens 2006, s.872.

3. BÖLÜM
TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEM KARİNELERİ

3.1. Temel Kavramlar: Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Karineler

RKHK'nin 4. maddesinin birinci fıkrasında, *"belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır"* düzenlemesi yapılmıştır. Dikkat edileceği üzere anılan düzenleme AB Antlaşması m.101(1)'e paralellik arz etmektedir. Göze çarpan en önemli fark ise, AB'den farklı olarak yalnızca rekabeti sınırlama amaç veya etkisi olan uzlaşmaların değil rekabeti sınırlama etkisi doğurabilecek nitelikte olan uzlaşmaların da yasaklanmış olmasıdır. Dolayısıyla 4. maddede getirilen yasağın kapsamının, AB Antlaşması m.101(1)'e göre çok daha geniş olduğu söylenebilir.

RKHK'nin 4. maddesinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüslere 16. madde uyarınca para cezası verilebilmekte; keza ilgili teşebbüsler yine RKHK'nin 56 ve devamındaki düzenlemeler uyarınca, rekabeti sınırlanmasından zarar görenlere, zararın ya da elde edilen/edilmesi muhtemel karın üç katına kadar tazminat ödemeye mahkum edilebilmektedir. Bunun yanı sıra RKHK'nin 4. maddesinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüslerin ihlalde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışanlarına da 16. madde uyarınca para cezası verilebilmekte; ayrıca ihaleye fesat karıştırma suçu[138] söz konusu ise hapis cezası bile gündeme gelebilmektedir. Caydırıcı olma potansiyeli taşıyan bu yaptırımlar rekabeti sınırlayabilecek uzlaşmaların özellikle de kartellerin[139] gizlenmesine yol

[138] 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, "İhaleye Fesat Karıştırma" başlıklı 235 inci maddesi uyarınca, *"kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere, katılmak isteyen veya katılan kişilerin, ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları"* suçtur.

[139] Rekabet Kurulu tarafından kabul edilerek 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) ve Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)'nde kartel, *"fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler"* şeklinde tanımlanmıştır.

açmaktadır. Dolayısıyla "anlaşma" kavramı hukuki geçerlilik koşullarına sahip bir sözleşme şeklinde yorumlansaydı veya rekabeti sınırlayabilecek uzlaşmaların ancak gizli kamera görüntüleri gibi birincil delillerle ispatlanabileceği şeklinde düzenlemeler yapılsaydı RKHK'nin 4. maddesinin hatta tüm Kanunun uygulanamaması sonucu doğabilirdi. Ancak bu durumun farkında olan Kanun koyucu, gelişmiş rekabet hukuku sistemlerine paralel şekilde, dar bir yorumdan sakınmış ve RKHK'nin 4. maddesinin gerekçesinde anlaşma kavramına ilişkin olarak *"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"* tespitine yer vermiştir.

Kanun koyucu anlaşma kavramını bu kadar geniş şekilde belirlemekle yetinmemiş, AB'ye paralel olarak uyumlu eylem kavramına da yer vermiştir. Uyumlu eylem kavramının ne olduğu ve hangi amaçla düzenlendiği, yine 4. maddenin gerekçesinde Adalet Divanı'nın *Dyestuffs* ve *Sugar* kararlarından hareketle yer verilen şu açıklamadan anlaşılabilir: *"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 ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir."*

Üçüncü olarak ve yine gelişmiş rekabet hukuku sistemlerine paralel şekilde, RKHK'nin 4. maddesi ve bu maddenin gerekçesi[140] ile 47. maddenin son fıkrası[141] çerçevesinde, Kanun koyucu teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayabilecek uzlaşmaların hukuka uygun olarak elde edilen her türlü delille, dolayısıyla ikincil delillerle de ispatlanabilmesine imkan vermiştir. Nitekim Rekabet Kurulu kararlarından da, rekabeti sınırlayabilecek uzlaşmaların, *Ege Çimento I*[142] gibi dosyalardaki, *"Rekabet Hukuku açısından 'delil' kavramına,*

[140] RKHK'nin 4. maddesinin gerekçesinde, *"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 tesbit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir"* ifadesi yer almaktadır.

[141] RKHK'nin 47. maddesinin son fıkrasında, *"Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler"* düzenlemesi yapılmıştır.

[142] Ege Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.

4054 sayılı yasada özel bir tanım getirilmemiştir. Hatta, 47 nci maddenin son fıkrasında, delil ve isbat vasıtasının 'HUMUK.na göre' söz konusu olabileceği açıkça belirtilmiştir. Hukuken delil niteliği olmayan belgelere (örnek olarak, belge dahi denilemeyecek nitelikteki not ve aynı otelde kaldıklarına dair bilgilere) dayanılarak, anlaşmanın varlığının kabulünü, yerleşik temel hukuk anlayışına ve uygulamalarına aykırı buluyorum" şeklindeki karşı oy yazılarına rağmen, ikincil delillerle ispatlanabildiği görülmektedir. Bu çerçevede, *Adıyaman LPG*[143], *Ege Çimento I*, *İstanbul Ekmek*[144], *Ankara Ekmek II*[145], *Kastamonu Otobüs*[146], *Şanlıurfa Otobüs*[147], *Sakarya Otobüs*[148], *Konya Süt*[149], *Bartın Otobüs*[150], *Sağlık Bakanlığı İhalesi*[151] ve *Refrakter Malzemeleri*[152] gibi pek çok kararda, rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katılanların teşebbüsleri temsil etmediği, delil olarak yer verilen belgelerde imzalarının bulunmadığı şeklindeki savunmalar reddedilmiş; otel rezervasyon bilgileri veya takvim üzerine el yazısıyla alınan kısa notların bile başta mehaz AB rekabet hukuku olmak üzere, antitröst uygulamalarında delil olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Keza *Ege Hazır Beton* kararında, "I.2.3.1. 2002 Mayıs Aydın Valiliği 19 İlköğretim Okulu İnşaatı İhalesi" ve "I.2.3.2. 2002 Yılı İzmir IZSU İhaleleri" başlıkları altında, kartelin varlığı, yalnızca ifadeler kullanılarak ortaya konmuştur. Anılan dosyada, söz konusu iddiaların sadece şahit ifadelerine dayandırıldığı, şahit ifadelerinin kanıt olarak kullanılamayacağı yönündeki savunmalara cevaben, RKHK'de ispat araçları bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediği, bilakis Kanun'un 47 nci maddesinde tarafların her türlü ispat vasıtasından yararlanabileceğinin belirtildiği, 59 uncu maddede ise, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve eylemlerin her türlü delille ispatlanabileceği düzenlemesinin yer aldığı, zaten rekabet hukukunun niteliği gereği, bir anlaşmanın varlığının ispatlanabilmesi için yazılı metinlerin aranmasının beklenemeyeceği, söz konusu anlaşmanın varlığına yönelik olarak, belediye yetkilileri de dahil olmak üzere, birbirini destekler nitelikte ve çok sayıda beyan ve tutanağın mevcut olduğu, yine, bu dönemde gerçekleştirilen uyumlu ve yüksek oranlı fiyat artışlarının, tutanaklardaki beyanları doğruladığı ifade edilmiştir.

[143] Adıyaman LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar.
[144] İstanbul Ekmek, 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı karar.
[145] Ankara Ekmek II, 18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı karar.
[146] Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar.
[147] Şanlıurfa Otobüs, 06.06.2006 tarih ve 06-40/504-131 sayılı karar.
[148] Sakarya Otobüs, 25.07.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.
[149] Konya Süt, 26.07.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı karar.
[150] Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.
[151] Sağlık Bakanlığı İhalesi, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar.
[152] Refrakter Malzemeleri, 29.01.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı karar.

Kanun koyucu dördüncü olarak en azından belli ihlaller bakımından rekabeti sınırlayıcı etkinin gösterilmesini istememiş; kartel ve benzeri sınırlı ihlaller bakımından rekabeti sınırlama amacının veya böyle bir etki doğabilecek olmasının gösterilmesini yeterli bulmuştur[153].

Kanun koyucunun teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı her türlü uzlaşmayı kapsamak üzere anlaşma kavramını geniş bir şekilde tanımlaması, uyumlu eylem kavramına yer vermesi, rekabeti sınırlayıcı uzlaşmaların hukuka uygun olarak elde edilen her türlü delille, dolayısıyla ikincil delillerle de ispatlanabilmesine imkan vermesi ve en azından belli ihlaller bakımından rekabeti sınırlayıcı etkinin gösterilmesini istememesi gibi hususlar bu çalışmanın konusunu teşkil eden iki uyumlu eylem karinesinin gelişmesine imkan vermiştir. RKHK'nin lafzı, gerekçesi, mehaz teşkil eden AB ve ABD uygulamaları ile doktrin çerçevesinde gelişen ve Danıştay tarafından hukuka uygun bulunan bu iki karineden ilki teşebbüslerin paralel davranışlarının gösterilmesi; ikincisi ise rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri paylaştıklarının gösterilmesi şeklinde adlandırılabilir. Bu iki karine sırasıyla aşağıda incelenecektir.

3.2. Paralel Davranışların Gösterilmesi

RKHK'nin 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında yapılan düzenleme, *"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"* şeklindedir[154]. Madde gerekçesinde ilgili karineye

[153] RKHK'nin 4. maddesinin gerekçesinde, *"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"* ifadesine yer verilmiştir. *Rule of reason* analizi yerine *per se* kuralının kullanılması ve etki yerine amaca vurgu konusuna ilişkin olarak bkz. Kekevi 2008a, s.72-74 ve 141-151.

[154] Benzer bir düzenleme RKHK'nin 59. maddesinde, *"zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer"* şeklinde yapılmıştır.

ilişkin olarak, *"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 bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır"* ifadesi yer almaktadır.

Anılan gerekçelerle getirilen 4. maddenin üçüncü fıkrasındaki karineye ilişkin olarak doktrinde geniş tartışmalar yürütülmüştür. Kimi yazarlar söz konusu karinenin uluslararası antitröst uygulaması açısından bakıldığında bir yenilik olduğunu belirtmekte[155], bu yeniliğin Türkiye'nin bilgelik yüklü bir cesaret içinde davranmasından ziyade eksik tecrübenin verdiği bir yanılsama içinde uluslar arası düzeyde henüz çözülememiş olan bir açmazı kolayca çözebileceğini zannetmesinden kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır[156]. İnan ilgili karineyi *"4054 sayılı Yasanın yüzkarası"* şeklinde nitelendirmiştir[157]. Ayrıca bu karinenin Anayasa'nın 38. maddesindeki *"suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* düzenlemesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür[158].

Buna karşılık RKHK'nin 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası Danıştay'ın çeşitli kararlarıyla ciddi bulunmamıştır[159]. Danıştay kararlarında Anayasa'ya aykırılık iddialarının ciddi

---

[155] ATİYAS, İ. ve G. GÜRKAYNAK (2006), "Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümlemeler", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV 7 Nisan 2006 Kayseri* içinde, s.85. Benzer bir görüş, İNAN, N. ve M.B. PİKER (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı,* Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.34-35'te de ileri sürülmüştür.

[156] Atiyas ve Gürkaynak 2006, s.85.

[157] BANKA VE TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ (2006), *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar-Panel*, *7-8 Ekim 2005,* Ankara, s.55.

[158] Örnek olarak bkz. BOLATOĞLU, H. (2004), *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.57; GÜNDAY, M. (2007), "Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V 6-7 Nisan 2007 Kayseri* içinde, s.10; İNAN, N. (2004), "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II 9 Nisan 2004 Kayseri* içinde, s.54.

[159] Örnek olarak bkz. 10. Daire'nin 28.11.2002 tarih ve E:2000/6064, K:2002/4541 sayılı *Maya I* kararı; 13. Daire'nin 23.05.2008 tarih ve E:2006/1031, K:2008/4390 sayılı *Maya III* ve 19.10.2009 tarih ve E:2007/1054, K:2009/9211 sayılı *Ege Çimento II* kararları; İDDK'nın 11.02.2010 tarih ve E:2008/1876, K:2010/189 sayılı *Maya III* kararı.

bulunmamasının gerekçeleri yer almasa da, bu kararların doğru olduğunu söylemek mümkündür:

Konu çerçevesinde öncelikle belirtilmesi gereken husus RKHK m.4/3'teki karinenin Türk hukukuna özgü olmadığıdır. RKHK m.4/3'teki karine, kimi yazarların da belirttiği[160] üzere, örneğin yukarıda "2. AB Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Karineleri" başlığı altında yer verilen Adalet Divanı'nın *Dyestuffs* ve kısmen *Woodpulp* kararları ile benzer niteliktedir. Dolayısıyla Güven'in "Türkiye ile AB arasında imzalanan Ankara Antlaşması'nın 16. ve Katma Protokol'ün 43. maddeleri uyarınca Türkiye'nin AB rekabet hukukuna ilişkin kuralları uygulamayı taahhüt ettiği; ayrıca 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 32, 33 ve 39. maddelerindeki 'Türkiye'nin AB makamları tarafından geliştirilen ve içtihat hukukunda yer alan ilkelerin uygulanmasını sağlayacağı hükmünün yer aldığı"[161] şeklindeki tespitleri çerçevesinde, RKHK'de böyle bir karine olmasaydı dahi Rekabet Kurumu'nun Adalet Divanı'nın anılan içtihadını dikkate almak zorunda olduğu bile ileri sürülebilir.

Keza "1. ABD Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Karineleri" başlığı altında incelendiği üzere, böyle bir karine olmasaydı dahi, karinede öngörülen tespitler yapılarak rekabetin sınırlayan gizli bir anlaşmanın bulunduğu sonucuna ulaşılabilirdi. Nitekim *Turkcell/Telsim II*[162] dosyasında raportörler, RKHK m.4/3'teki uyumlu eylem karinesini açıkça kullanmasalar da, yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanarak oluşturdukları görüşlerinde, Turkcell ve Telsim'in, çağrı sonlandırma ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini arttırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretleri düşürmek suretiyle, mevcut aboneler bazında aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırma ve diğer operatörlerin faaliyetlerini zorlaştırmak amacı ve etkisi taşıyan anlaşmalar yaparak, RKHK'nin 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşmıştır.

Son olarak doktrinde kimi yazarların da RKHK m.4/3'teki karinenin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirttikleri vurgulanmalıdır. Örneğin Öz, "uyumlu eyleme ilişkin mevzuatın Anayasa'ya aykırı olup olmadığına" ilişkin bir soruyu, *"Kanunda yazılı olduğu hâliyle dahi bence Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesi, eğer amacına uygun yorumlandığı takdirde uyumlu eylem karinesinin, mümkün olmaması gerektiği düşüncesindeyim. Çünkü uyumlu eylem; iki işletme bir araya geldi, demek ki uyumlu eylem var, buyurun ispat edin demek değildir ya*

[160] Örnek olarak bkz. BADUR, E. (2001), *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.67; BALKI, B. (2009), "The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the ECJ", *Rekabet Dergisi*, Cilt:10 Sayı:3, s.93.
[161] GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.75-76.
[162] Turkcell/Telsim II, 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı karar.

da karine. Bu karineyi ortaya koyan olguların neler olduğunu da Kurum'un ispat etmesi gerektiğini düşünüyorum. Dolayısıyla, bir yandan işletmelerin aralarında uyum olduğunu gösteren fiillerin neler olduğunu ispat ederken, öte yandan, bu fiiller sonucunda piyasada rekabet ihlali olduğunu gösteren verileri de koymasını, ondan sonra bu sonucun ortaya çıkmasının aslında bu birliktelikle bir ilişkisi olmadığını ispat etme yükünün işletmeler üzerinde olduğunu düşünüyorum. Bu şekilde uygulandığı takdirde de sözünü ettiğimiz türde bir aykırılığın olmadığı inancındayım" şeklinde cevaplandırmıştır[163]. Gerçekten de, ilgili karinenin kullanıldığı ve aşağıda çeşitli yönleriyle eleştirilecek kararlarda dahi, Anayasa'ya aykırılık iddialarının kaynağını teşkil eden "bir araya geldiniz, uyumlu eylem içindesiniz, suçsuzluğunuzu ispat ediniz" şeklinde bir yaklaşım söz konusu değildir[164]. Ancak şüphesiz Türkiye'de son sözü, 2010 yılında Anayasa'nın 148. maddesine yapılan *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."* şeklindeki ekleme neticesinde konuya ilişkin başvuruları kabul etmesi halinde Anayasa Mahkemesi söyleyecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere RKHK m.4/3'teki karineye ilişkin olarak doktrinde yoğun tartışmalar yürütülmüştür. Buna karşılık ilgili uyumlu eylem karinesi kullanılarak 14 yılda ihlal sonucuna ulaşılan karar sayısı yalnızca ikidir. Bu kararlar, *Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento* ve *Maya III*'tür. Bu karinenin *Ege Çimento II* kararında da kullanıldığı iddia edilebilir ancak anılan kararda ilave deliller de mevcuttur. Bu kararlar haricindeki dosyalarda Kurul ya ihlal sonucuna ulaşmamış[165] ya da ihlal sonucuna ulaşırken başka delillere de dayanmıştır[166]. Uyumlu eylem karinesi kullanılarak ihlal sonucuna ulaşılan karar sayısının bu kadar az olmasının iki temel sebebi bulunmaktadır:

İlk sebep, RKHK m.4/3'teki uyumlu eylem karinesinin gösterilmesi için gerekli, piyasadaki fiyat değişmelerinin, arz-talep dengesinin, teşebbüslerin

[163] REKABET KURUMU (2000), *AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukukuna Muhtemel Yansımaları Sempozyumu 6 Kasım 2000*, Ankara, s.70.
[164] Benzer bir görüş için bkz. BUDAK, A.C. (2003), "Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I* 4 *Nisan 2003 Kayseri* içinde, s.55.
[165] Örnek olarak bkz. 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı *Maya I* ve 01.08.2002 tarih ve 02-46/557-227 sayılı *Maya II* kararları.
[166] Örnek olarak bkz. 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı *Gazete* ile *Ege Çimento II* ve *Ege Hazır Beton* kararları.

faaliyet bölgelerinin, rekabetin sınırlandığı piyasalardakine benzerlik gösterdiğinin ispatlanmasındaki zorluktur. Bu çerçevede öncelikle gazete gibi fiyatın bizzat ürünün üzerinde yer aldığı pazarların istisna olduğu; çimento, gübre, yonga levha, emaye bobin gibi pek çok pazarda iktisadi analizlerle karinenin ortaya konabilmesi için gerekli fiyat, maliyet gibi verileri elde etmenin ve bu verilerden anlamlı sonuçlar çıkarmanın zor olduğu belirtilmelidir. Çünkü örneğin fiyat bölgelere göre değişebilmekte, farklı bölgelere göre farklı fiyatlar uygulanabilmekte veya çok farklı indirim sistemleri kullanılabilmektedir.

Uyumlu eylem karinesi kullanılarak ihlal sonucuna ulaşılan karar sayısının az olmasının ikinci sebebi, yalnızca iktisadi nitelikli delillere dayanıldığında RKHK m.4/4'teki ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanarak 4/3'teki uyumlu eylem karinesinin getirdiği sorumluluktan kurtulmaktaki kolaylıktır[167]. Çünkü Rekabet Kurumu m.4/3'teki uyumlu eylem karinesini ortaya koysa bile, dünyadaki uygulamalara paralel olarak[168] teşebbüsler buna iki aşamada cevap verebilmektedir:

İlk aşamada, teşebbüsler kendi iktisadi analizleriyle paralel davranış olmadığını ortaya koymaya çalışmaktadır. Örneğin çeşitli sebeplerle pazardaki fiyat geçişleri uzamışsa paralelliğin bulunmadığı ileri sürülebilmekte veya daha geniş bir zaman dilimi incelenerek rekabetin olduğu, fiyatların indiği, rakiplerin faaliyet bölgelerine satışların bulunduğu dönemler gösterilebilmektedir.

İkinci aşamada ise ekonomik ve rasyonel gerekçeler üretilmektedir. Bu savunmalardan birini Hay'in şu ifadesi özetlemektedir: *"Paralel davranış olsa bile, ki bunu tabi ki kabul etmiyoruz, bu paralellik hepimizin aynı girdileri kullanmasından veya benzer tüketici talepleriyle karşılaşmamızdan kaynaklanıyor."*[169] Bu çerçevede örneğin Çin'in artan talebi neticesinde hem alım fiyatlarının (girdi maliyetlerinin) hem de satım fiyatlarının arttığı şeklinde, eğer Rekabet Kurumunun elinde iktisadi verilerden başka veriler yoksa yanlışlığı tam olarak ortaya konması kolay olmayan bir savunma yapılabilmektedir. Bir başka savunma ise, Baker'ın şu ifadesi ile özetlenebilir: *"Paralel davranış olsa bile, -ki bunu tabi ki kabul etmiyoruz- bu paralellik için anlaşma yapmamıza gerek yok"* [170].

---

[167] Benzer bir görüş için bkz. TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.209.

[168] Baker 1993; BAKER, J.B. (1996), "Horizontal Price-Fixing in Cyberspace", *Remarks Before the 1996 Antitrust Conference: Antitrust Issues in Today's Economy- New York*, http://www.ftc.gov/speeches/other/confbd4.htm, Erişim Tarihi: 16.04.2011, s.4; HAY, G.A. (2000), "The Meaning of 'Agreement' under the Sherman Act: Thoughts from the 'Facilitating Practices' Experience", *Review of Industrial Organization*, No:16, s.122-127.

[169] Hay 2000, s.122-127.

[170] Baker 1996, s.4.

Buna göre teşebbüsler ilgili pazarın paralel davranışlara yatkın oligopolistik bir pazar olduğunu ve paralel davranışların varlığı kabul edilse bile bunun teşebbüsler arası uzlaşmadan değil, kısaca "rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak uydurma" şeklinde tanımlanabilecek oligopolistik bağımlılıktan (bilinçli paralellikten) kaynaklandığını ileri sürebilmektedir. Doktrindeki hakim görüşe[171] ve ABD ve AB rekabet hukukundaki uygulamalara paralel olarak oligopolistik bağımlılık (bilinçli paralellik) savunması, aşağıda inceleneceği üzere, Türkiye'de de genel itibariyle kabul edilmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle RKHK m.4/3'te getirilen uyumlu eylem karinesi kullanılarak 14 yılda ihlal sonucuna ulaşılan karar sayısı yalnızca ikidir. Rekabet Kurulu diğer pek çok kararında bu iki kararından farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Bu çerçevede öncelikle, ilgili kararlara ilişkin olarak yapılacak değerlendirmelere ışık tutması amacıyla, Kurulun ilk kez ayrıntılı biçimde uyumlu eylem tanımı yaptığı *Süt*[172] kararında, açıklamalarını dayandırdığı Aslan'ın[173] görüşleri hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır.

Aslan, "iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları" şeklinde tanımladığı uyumlu eylemin, *Süt* kararında zikredildiği üzere, dört unsuru olduğunu söylemiştir:

1) İki veya daha fazla işletme olmalıdır.

2) Bilinçli paralellik olmalıdır: Aslan'a göre, "anlaşma" için, taraflar arasında, hukuken bağlayıcı olmasa bile, karşılıklı irade açıklaması şeklinde mutabakat gereklidir. Buna karşılık uyumlu eylemde, işletmelerin pazar davranışları anlaşma olarak nitelendirilemeyecek, ancak rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizliği kaldıracak bir bağlantıya dayanan bilinçlilikle paralel hale getirilmiştir. Aslan, bağlantıya örnek olarak, rakiplerin görüşmelerini, toplantılara katılmalarını, hatta aynı otelde kalmış olmalarını göstermekte; bunun ardından gerçekleşen paralel davranışla, uyumlu eylem sonucuna ulaşılabileceğini belirtmektedir. Oligopolistik pazarlarda ise, arada hiçbir "bağlantı" olmadan pazar yapısı gereği bilinçli paralellik sağlanabilmektedir. Aslan'a göre, ister oligopolistik piyasalarda pazarın koşulları icabı olsun, ister rekabetçi piyasalarda

[171] İstisna teşkil eden birkaç görüşe örnek olarak bkz. AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.156-157; KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, Beta Basım, İstanbul, s.103-104; Posner 1969.
[172] Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.
[173] ASLAN, İ.Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Kitabevi, Bursa, s.72-87.

işletmeler arası "bağlantı"larla olsun, rakiplerin davranışları bilinçli olarak paralel ve birbirine uygun hale geliyorsa, uyumlu davranış vardır.

3) Bu paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamaması: Aslan'a göre, anlaşmanın yasaklanabilmesi için, ayrıntılı pazar analizi yapmadan, sadece "amacının" Kanun'a aykırı olduğunun gösterilmesi yeterlidir. Buna karşılık, uyumlu eylemde, detaylı analiz yapılarak paralel davranışlarla rekabetin sınırlandığının gösterilmesi gerekmektedir. Bu zorluktan dolayı, teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel "haklı" gerekçeler göstererek aksini ispatlayabileceği uyumlu eylem karinesi getirilmiştir. İşletmelerin akıllıca davranışlarla kendilerini rakiplerine uydurmalarını rekabet kuralları engellememekle birlikte, bu karine özellikle oligopolistik pazarlarda uygulama alanı bulacaktır. Aslan'a göre, bu pazarlarda akıllı davranış kaydıyla rekabetin sınırlanmasına göz yumulmamalıdır; çünkü oligopolistik piyasadaki tüm işletmeler paralel davranışlarda bulunuyorsa, bu akıllıca davranmaktan çok birlikte işbirliği ihtimalini doğurmaktadır. Nitekim Aslan, şu şekilde bir karine önerisi getirmiştir: *"Bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamamakla birlikte ilgili pazar yapısı veya işletmelerin pazar davranışları rekabetin sınırlanması sonucunu doğuruyorsa işletmeler arasında uyumlu davranış varsayılır. İlgili işletmeler makul ekonomik sebeplerle aksini göstererek sorumluluktan kurtulabilirler."*

4) Rekabetin sınırlanması.

Aslan, yukarıdaki açıklamaları çerçevesinde, "anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birbirlerinden ayırt edilmesinin gerekli olmadığını" söylediği gerekçesiyle Sanlı'yı[174] eleştirmekte; bu iki kavram arasında sonuçları itibariyle fark görmeyen bir yaklaşımın, uyumlu eylem karinesi, anlaşmalar ile ilgili olarak hüküm ifade etmeyeceğinden, Kanun'un sistemine ters düşeceğini belirtmektedir.

Kurul, *Süt* dosyasında, uyumlu eylem tanımını, Aslan'ın yukarıda özetlenen görüşlerine dayandırsa da, pek çok kararında, bu fikirlerden önemli ölçüde farklılaşmıştır:

İlk olarak değerlendirilmesi gereken karar, *Turkcell/Telsim I*'dir[175]. Anılan dosyada, ilgili teşebbüsler arasında genel olarak paralel davranışların olmadığı; var olan paralelliklerin ise, oligopol piyasalarındaki klasik pazar davranışlarına uyduğu söylenerek, uyumlu eylemin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

[174] SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği,* Rekabet Kurumu, Ankara.

[175] Turkcell/Telsim I, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı karar.

Ardından gelen *Süt* kararında, rekabet hukukunda paralel fiyatlandırmanın değil, bilinçli paralelliklerin yasaklandığı söylenmiş; ilgili pazarın oligopolistik olması ve teşebbüslerin davranışlarının ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanabilmesinden dolayı, uyumlu eylemin bulunmadığına hükmedilmiştir.

Uyumlu eylemden dolayı ilk kez cezanın verildiği *Maya I*, Aslan'ın görüşlerinden önemli ölçüde farklıdır. Kararda, ilk olarak, rakipler arasındaki belirsizliklerin yok edilmesi amacına yönelik doğrudan veya dolaylı iletişimi gösteren maddi delillere rastlanmadığı ve fiyat artışları, tüketici fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleştiği için, oligopolistik bağımlılık çerçevesindeki akıllıca ayak uydurmalar, fabrika çıkış fiyatlarındaki paralelliğe, rasyonel gerekçe hatta zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Oysa Aslan'ın yaklaşımı benimsenseydi, bu oligopolistik pazardaki maliyetlerden bağımsız paralel fiyat artışları, bağlantıya gerek olmaksızın, uyumlu eylem kabul edilip ceza verilebilirdi. Uyumlu eylemin varlığına hükmedilen "bayi satış fiyatlarının yükseltilmesi" konusunda da Aslan'ın görüşlerinden ayrılma vardır. Gerçekten de, "10.03.1999 tarihi itibariyle, rakip firma temsilcisi Faruk Şenel ile yapılan görüşmeler neticesinde, bu tip promosyonların durdurulması, rakibinde düşük fiyatlı bağlantı yapmaması konusunda anlaşmaya varılmıştır", "Bursa merkezde, rakiplerle anlaşmaya varılmıştır. Fiyatlar kademeli olarak yükseltilecek" gibi mutabakatı ifade eden delillere rağmen, anlaşma sonucuna ulaşılmamıştır. Keza, kararda, Aslan'a göre uyumlu eylem için gerekli olan paralel davranışlar da gösterilmemiştir.

Uyumlu eylemin varlığına hükmedilen ikinci karar olan *Gazete*'de ise, Aslan'dan uzaklaşma çok daha açıktır. Kurul, *"(maliyetlerin farklı olduğu bu oligopol pazardaki) fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanısıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi davranışlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir"* ifadesiyle, uyumlu eylem karinesini, yalnızca rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesine indirgemeyi reddetmiştir. Bunun yerine, uyumlu eylemin ortaya konulmasında, AB ve ABD'ye benzer şekilde, "gruplar arasındaki ilişki (maddi deliller) + fiyat hareketleri (iktisadi nitelikli deliller)" yaklaşımını benimsemiştir. Aslan'dan diğer bir farklılık ise, "Milliyet Gazetesi İcra Kurulu Kararları 26.08.1998" başlıklı belgede "Sabah grubu ile mutabık kalınarak Fotomaç ile Fanatik gazetesinin satış fiyatının 1 Eylül Salı gününden itibaren 40.000 TL'den 50.000 TL'ye artırılmasına karar verildi" şeklindeki mutabakatı gösteren ifade ve hatta belirtilen tarihte bu artışın gerçekleşmesine rağmen, anlaşma sonucuna ulaşılmamasıdır.

Oligopolistik bağımlılık savunmasının bir kez daha kabul edildiği *İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento*[176] dosyasında, Kurul, ilgili teşebbüslerin 01.01.1998-15.12.1999 tarihleri arasında uyumlu eylem içinde oldukları iddiasını ispatlamaya yeterli delil bulunmadığı, buna karşılık, aynı teşebbüslerin 16.12.1999 tarihinden itibaren fiyat tespiti konusunda anlaşma içinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Kurul, *Sigara I*[177] dosyasında, uyumlu eylemin dört unsuru olduğu yönündeki Aslan'ın görüşlerine dayanan *Süt* kararındaki yaklaşımı tekrar etmiştir. Anılan dosyada, karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere, aynı veya çok yakın tarihlerde, aynı veya çok yakın oranlarda 23 adet fiyat hareketinin yanı sıra, teşebbüsler arasında, fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda elektronik posta ve telefon görüşmesi tespit edilmiş olmasına rağmen, raportör görüşünün aksine, ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuca ulaşılmasının gerekçesi ise, pazarda koordinasyonu kolaylaştıran unsurlar bulunduğu; bu unsurlar çerçevesinde paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık neticesinde ortaya çıktığı şeklinde ifade edilmiştir[178].

Kurulun art arda gelen *Ege Çimento II*, *Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento* ve *Maya III* kararları ise, önceki kararlarından önemli ölçüde farklılaşmıştır:

Ege Çimento II kararında, aşağıdaki ifadelerle oligopolistik bağımlılık savunması reddedilmiştir:

> "Piyasalardaki fiyat değişimlerinin rekabetin bozulduğu piyasalardakine benzerlik göstermesi durumunda yahut rekabetçi piyasalardakinden farklılık göstermesi durumunda, bu durum teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil edecektir. Oligopol pazarlarda, teşebbüslerin karşılıklı bağımlılık içinde oldukları ve dolayısıyla söz konusu davranışların bu bağımlılıktan kaynaklandığı savunmalarının kabul edilmesi halinde, paralel davranıştan başka herhangi bir delil bulunamaması durumunda ihlal sonucuna ulaşılamayacaktır. Öte yandan, paralel davranışın yanında rakipler arası koordinasyonu da gösteren delillerin bulunması durumunda, karine kullanılmasına gerek kalmaksızın, uyumlu eylem olduğu sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla, karinenin kullanılabilmesi için de, paralel davranış

[176] İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar.
[177] Sigara I, 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı karar.
[178] Teşebbüsler arasında fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda elektronik posta ve telefon görüşmesi yapıldığını gösteren deliller çerçevesinde, teşebbüslerin uzlaşmadan değil de oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerinin ihlal kabul edilemeyeceği şeklinde öğreti ve uygulamalarda genel kabul gören görüşün, somut olaya uygulanamayacağı; bu çerçevede, Kurul kararının eleştirilebilir nitelikte olduğu da belirtilmelidir.

> ve koordinasyon gösteren delillerin aranması karineyi etkisiz hale getirecektir. Kanun'un açıkça verdiği bir yetkinin kullanılamaması ya da gereksizliği söz konusu olmayacağına göre, koordinasyonun varlığının ispatlanmasına gerek olmadan, piyasadaki fiyat değişimlerinin rekabetin bozulduğu pazarlara benzemesi yahut rekabetçi pazarlardan farklılık göstermesi durumunda uyumlu eylem karinesi kullanılabilecektir."

Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, *Ege Çimento II* kararında, "rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi" şeklinde bir uyumlu eylem karinesinin benimsendiğine dair ifadelere yer verilse de, uygulamada ihlalin bulunduğu sonucuna ulaşılırken, yalnızca rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesi ile yetinilmemiş; bilgi değişimini, kartel toplantılarına katılımı gösteren deliller, rekabetin bozulduğunu gösteren pazar analizleri ile desteklenmiştir.

Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento kararında ise, Denizli Çimento ve Göltaş'ın uyumlu eylem halinde Özgür Çimento'ya mal vermeyi reddederek piyasa dışına çıkartmaya çalıştığı gerekçesiyle para cezası uygulanmıştır. Bu sonuca ulaşılırken RKHK m.4/3'teki uyumlu eylem karinesinin kullanılmasına imkan veren iktisadi analizler dışında hiçbir delil kullanılmamış; teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler gösterilmemiştir. Deliller bu kadar zayıfken teşebbüslerin davranışlarının herhangi bir uzlaşmaya dayanmadığını söylemek mümkündür. Hal böyleyken rakibin yaşatılmak istenmemesinin bizatihi bir rasyonel gerekçe olarak kabul edilmemesi ve hakim durumdaki teşebbüsler bakımından bile çok tartışmalı bir konu olan sözleşme yapma yükümlülüğünün[179], hakim durumda olmayan iki teşebbüs için getirilmesi anılan kararı haklı eleştirilere maruz bırakmıştır[180].

Maya III kararında ise, maya pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurul, teşebbüslerin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmayan uyumlu fiyat artışlarının, RKHK'nin 4. maddesi çerçevesinde uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Raportör görüşü doğrultusunda verilen bu karar, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerin ihlal kabul edilmesi olasılığını doğurmaktadır. Karar, aynı zamanda, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak hazırlanan OECD gözden geçirme raporundaki, uyumlu eylem karinesinin,

---

[179] DEMİRÖZ, A. (2009), "Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII* 17-*18 Nisan 2009 Kayseri* içinde, s.317-393.

[180] ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, s.173-174.

yalnızca paralel fiyat hareketlerinden ihlalin varlığı sonucuna ulaşacak şekilde kullanılmaması yönündeki, doğru Rekabet Kurulu uygulamalarının devam etmesine yönelik tavsiyeden bir sapma teşkil etmektedir[181]. Maya pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurul'un, bu üçüncü soruşturmada görüş değiştirme gerekçesinin, kararda yer alan, "söz konusu pazarın, üçüncü defa rekabet tahkikatına maruz kaldığı; dolayısıyla, bu soruşturma kararı ve bunu takip edecek dönemlerde, şirketlerin telefon konuşmaları dinlenemediği sürece, herhangi bir yazılı delile ulaşmanın mümkün olmadığı" ifadesi olduğu düşünülmektedir.

Rekabet Kurulu, *Maya III* kararından sonra RKHK m.4/3'teki uyumlu eylem karinesine dayanarak ihlal sonucuna ulaşmamıştır. Aksine kararlarında genellikle uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilmesi için teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkilerin gösterilmesi gerektiğini belirtmiş ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul etmiştir. Buna ilişkin olarak verilebilecek pek çok örnekten birkaçı, RKHK'nin 4. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılan *Yemek Çeki II*[182], *Maya IV*[183], *Emaye Bobin II*[184] kararlarıdır. Aşağıda anılan dosyalardan örnek olarak seçilen ifadeler yer almaktadır:

> "Uyumlu eyleme ilişkin yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde, pazarda kısıtlı seviyede yaşandığı düşünülen rekabetin teşebbüslerin tek taraflı kararlarıyla uyguladıkları "birbirinin müşterilerine teklif götürmeme" ve "birbirinin müşterisini almamaya çalışma" stratejilerinin değil de, ortaklaşa belirlenen stratejilerin sonucu olduğunun gösterilebilmesi için koordinasyona işaret eden bir belgeye ihtiyaç vardır. Ancak teşebbüsler arasında bir koordinasyon, işbirliği ya da en azından fikri bir uzlaşma olduğuna işaret edebilecek bir iletişimin, bilgi alışverişinin olduğunu gösterir bir belgeye önaraştırma sürecinde ulaşılamamıştır." (Yemek Çeki II)

> "Maya üreticilerinin yaş ekmek mayası fiyatlarını birlikte belirlediklerine ve fiyat tekeli oluşturduklarına ilişkin herhangi bir belgeye ulaşılamaması nedeniyle ekmek mayası üreticilerinin fiyat artış tarih ve oranları arasındaki paralelliklerin ekmek mayası pazarının yapısından kaynaklandığı; mayanın homojen bir ürün olması, marka bağımlılığının olmaması, fırınların birden fazla markayı aynı anda kullanabilmeleri ve bir markadan diğerine rahatlıkla geçebilmeleri, pazarda haberleşmenin kolay olması sonucu teşebbüslerin

[181] OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.68.
[182] Yemek Çeki II, 26.05.2006 tarih ve 06-36/465-127 sayılı karar.
[183] Maya IV, 05.03.2009 tarih ve 09-09/181-53 sayılı karar.
[184] Emaye Bobin II, 26.08.2009 tarih ve 09-39/976-244 sayılı karar.

> birbirlerinin hareketlerine çok kısa sürede tepki gösterebilmeleri neticesinde oluştuğu kanaatine varılmıştır." (Maya IV)
>
> "EBT üreticileri arasında başta fiyatlar olmak üzere piyasa parametrelerine ilişkin bir iletişim ve koordinasyonun varlığına yönelik herhangi bir bulguya ulaşılamamıştır. Bu bağlamda, fiyat listelerinin hemen hemen aynı olması durumunun, EBT üreticileri arasındaki bilinçli bir paralelliğin sonucu olarak ortaya çıktığından söz etmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla söz konusu fiyat listeleri arasındaki paralelliğin sektörün oligopolistik yapısına bağlı olabileceği kanaatine ulaşılmıştır." (Emaye Bobin II)

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabileceği üzere Rekabet Kurulunun RKHK m.4/3'te düzenlenen karineye ilişkin yaklaşımında çelişkiler ve eleştirilebilecek yönler bulunmaktadır. Konuya ilişkin kararların hiçbiri Danıştay tarafından iptal edilmemiş olsa da, doktrindeki genel eğilimlere ve gelişmiş rekabet hukuku sistemlerindeki uygulamalara uyum sağlamak üzere aşağıdaki öneriler getirilmiştir:

Rekabet Kurumu en başta yürüttüğü önaraştırma ve soruşturmalarda kavramların kullanımına ilişkin olarak daha tutarlı bir yaklaşım geliştirmelidir. Örneğin bazı dosyalarda[185] bilinçli paralellik ifadesi RKHK'nin 4. maddesi kapsamında yasaklanan uyumlu eylemler anlamında kullanılmaktadır. Oysa *Seramik* ve benzeri Kurul kararlarında doktrin ve gelişmiş rekabet hukuku sistemleri çerçevesinde belirtildiği üzere, oligopolistik bağımlılık, bilinçli bir paralelliktir (*conscious paralellism*); hatta iktisat yazınında "gizli anlaşma (*tacit collusion*)" olarak adlandırılmaktadır. "Oligopolistik bağımlılık" açıklamasının kabul edilmesi gerektiği düşünüldüğünde, yasaklanan davranışlar, "bilinçli paralellikler" değil, "anlaşma-uyumlu eylem neticesinde ortaya çıkan paralellikler" olmalıdır[186]. Keza *Yemek Çeki II* ve benzeri kararlarda yapıldığı üzere uyumlu eylem Adalet Divanı kararlarından hareketle RKHK m.4 gerekçesinde yapılan açıklama çerçevesinde tanımlanmalı; Aslan'ın bilinçli paralelliği içeren tanımı kullanılmamalıdır.

İkincisi, Rekabet Kurulunun yalnızca iktisadi analizlere dayanarak ihlalin bulunduğu sonucuna ulaşması ancak ve ancak Adalet Divanı'nın *Woodpulp* kararında *"paralel davranış, tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadıkça, ihlalin kanıtı olamaz"* şeklinde ortaya koyduğu ilke çerçevesinde olmalıdır. Paralel davranışın, tek mantıklı açıklamasının uyumlu eylem olmasına bir örnek Gürkaynak'ın İtalyan rekabet hukukundan verdiği "beş yıllık bir dönemde

[185] Örnek olarak bkz. *Süt* kararı.

[186] Benzer bir görüş için bkz. ÇELEN, A. (2003), *Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.62; Kekevi 2003, s.59.

gerçekleştirilen 106 tane kapalı ihalede hiç rekabet edilmemesi" gibi bir durumda söz konusu olabilir[187] ki incelenen hiçbir Rekabet Kurulu kararında böyle bir istisnaya rastlanılmamıştır. Dolayısıyla bu tür çok istisnai durumlar haricinde, RKHK m.4/3'teki karine tek başına kullanılmamalı; teşebbüsler arasında koordinasyon veya işbirliğini sağlayan ilişkilere işaret edebilecek bir belge aranmalıdır. Bu çerçevede, Kurulun RKHK m.4/3'teki karineye ilişkin *Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento* ve *Maya III* kararlarındaki yaklaşımının ve uyumlu eylem tespitinin doğru olmadığı düşünülmektedir. Öte yandan, delillere bütün olarak bakılmalı; teşebbüsler arasındaki paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanması zorlaştıkça, içeriği bilinmeyen çok sık toplantılar veya bir toplantının hemen ardından fiyatların artmış olması gibi daha tali delillerle, uyumlu eylem sonucuna ulaşılabileceği belirtilmelidir.

Yukarıdaki hususla bağlantılı olarak, teşebbüsler arasında koordinasyon veya işbirliği ya da ilişkilere işaret edebilecek bir iletişim, bilgi değişimini gösterir bir belgenin yokluğunda oligopolistik bağımlılık savunması kabul edilmelidir. Dolayısıyla Kurulun *Maya III* kararına katılmak mümkün değildir. Ancak bu karara katılmak mümkün olmadığı gibi, *Sigara I* dosyasında, uyumlu fiyat hareketlerinin yanı sıra, fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda görüşmenin tespitine rağmen ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmasına da katılmak mümkün değildir. Çünkü bu görüşmeler, kararın, "pazarda koordinasyonu kolaylaştıran unsurlar bulunduğu; bu unsurlar çerçevesinde paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık neticesinde ortaya çıktığı" şeklinde ifade edilen gerekçesini ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu çerçevede, Kurulun *Seramik* kararındaki *"oligopolistik bağımlılık savunmasının kabul edildiği, buna karşılık koordinasyonu gösteren belgelerin varlığında teşebbüslerin oligopolistik bağımlılık esaslı savunmalarında yer alan ifadelerin, pazarın uzlaşmaya müsait olduğunu ve paralel hareketlerin gerçekleştiğini ikrar niteliğiyle diğer savunmaların çürütülmesinde kullanılabilecek bir delil haline geleceği"* yönündeki tespitinin, *Maya III* ile *Sigara I* dosyalarındaki iki hatalı yaklaşımı ortadan kaldıracak nitelikte olduğu ve bu niteliğiyle sürekli bir uygulama hale gelmesinin önem taşıdığı düşünülmektedir.

Dördüncüsü, Maya pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurulun, bu üçüncü soruşturmada görüş değiştirme gerekçesinin, kararda yer alan, "söz konusu pazarın, üçüncü defa rekabet tahkikatına maruz kaldığı; dolayısıyla, bu soruşturma kararı ve bunu takip edecek dönemlerde, şirketlerin

[187] REKABET KURUMU (2006), *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV 7 Nisan 2006 Kayseri*, s.265.

telefon konuşmaları dinlenemediği sürece, herhangi bir yazılı delile ulaşmanın mümkün olmadığı" ifadesi olduğu düşünülmektedir. Bu ifade çerçevesinde Kurum mevcut yetkilerini nasıl daha etkili kullanabileceği sorusunun cevabını aramalı ve yeni yetkiler elde etmek konusunda Kanun koyucuyu ikna etmelidir[188]. Bu bağlamda kartel üyelerine hapis cezası verilmesi ve mahkeme kararıyla iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme gibi konular da tartışılmalıdır[189].

3.3. Bilgi Değişimi ve Toplantılar

Rekabet Kurulunun Danıştay tarafından da hukuka uygun bulunan bazı kararları incelendiğinde, RKHK m.4/3'teki uyumlu eylem karinesinin kullanımındaki güçlüklerin de etkisiyle, RKHK'nin lafzı, gerekçesi, mehaz teşkil eden AB rekabet hukuku uygulamaları ve doktrin çerçevesinde aşama aşama, teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri paylaştıklarının gösterilmesi şeklinde adlandırılabilecek başka bir uyumlu eylem karinesinin daha geliştiği görülmektedir. Bu çerçevede öncelikle *Yonga Levha I-II*, *Seramik, Emaye Bobin*, *Ege Hazır Beton* ve *Özel Okullar* gibi konuyla doğrudan veya dolaylı ilişkili Kurul kararları tarih sırasına göre incelenecektir:

Yonga Levha I-II kararlarında Kurul öncelikle *"firmaların toplantılarda tartışılan konuları ve üzerinde mutabakat sağlandığı söylenen fiyata ilişkin bilgileri kendi satış fiyatlarını ya da politikalarını belirlerken göz önünde bulundurmadıklarını düşünmek mümkün değildir. Bu çerçevede teşebbüslerin uyguladıkları fiyatların birbirlerinin fiyatlarından ve toplantılarda konuşulan fiyatlardan tamamen farklı olması durumunda bile soruşturma konusu anlaşma düzeninin piyasada herhangi bir etki otaya çıkarmadığı ileri sürülemeyecektir. Ayrıca soruşturma konusu toplantıların piyasada hiçbir etki ortaya çıkarmadıkları ve bu toplantılarda üzerinde uzlaşılan kararlara teşebbüslerin hiçbir şekilde uymadıkları varsayılsa bile 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin teşebbüsler arası anlaşmaları hem amaç hem de etki yönünden yasakladığı dikkate alınmalıdır"* şeklinde bir tespitte bulunmuştur. Ardından AB'deki *Polypropylene* dosyasında belirlenen şu ilkelere yer vermiştir: *"Bu tür kompleks kartel vakalarının mehaz hukukta nasıl ele alındığına bakılmasında fayda bulunmaktadır. Uzun bir süre boyunca, bazı teşebbüslerin kartelde daha aktif*

[188] Benzer bir görüş için bkz. CENGİZ, D. (2008), "Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi", *Rekabet Dergisi*, Sayı:35, s.39-42.

[189] Rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılabilmesi bakımından gerekli yetkiler için bkz. DEVRİM, F. (2010), *İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.13-38 ve 54-68; Kekevi 2008a, s.46-72 ve 118-141.

olmaları, bazılarının ara sıra ayrılıp sonradan tekrar girmeleri, bazılarının toplantılara genellikle katılmaları, bazılarının ise ortak anlaşmaya bağlı kalmak için olmasa bile toplantılardan haberdar olmaları, teşebbüslerin birbirleri ile tamamen uyumlu olduğunun çok seyrek de olsa görülmesi ile karakterize edilebilecek bu tür durumlarda, Komisyon tarafından, üyelerin her toplantıya aksatmadan katılıp katılmadıklarına bakılmaksızın bütün üyelerin sorumlu olduğu "tek bir çerçeve anlaşma" kavramı benimsenmektedir. Nitekim AB Komisyonu, 23.4.1986 tarih ve 86/398/EEC sayılı Polypropylene davasında, 15 firmanın kendi arasındaki detaylı düzenlemelerinin tek bir çerçeve anlaşmanın parçaları olduğu sonucuna ulaşmıştır. Tek bir anlaşma sonucuna vardıktan sonra Komisyon bütün firmaları, bazılarının her toplantıya katılmaması ve karar alma sürecine her bakımdan katılmamasına rağmen, tek bütün anlaşmaya dahil olmalarından dolayı suçlu bulmuş ve madde 81(1)'i ihlal ettiklerini belirtmiştir. Ayrıca bazı üyelerin tek bir çerçeve anlaşma için bazı çekinceler koyması ya da rakiplerini aldatmak için anlaşmaya dahil olmaları gibi iddialar, anlaşmanın tarafı olmadıkları seklinde değerlendirilmemiştir. İlk Derece Mahkemesi bazı teşebbüslerin toplantılarda alınan rekabeti ihlal eden kararlara uymamasını, teşebbüsler alenen toplantılarda alınan kararlara karşı olduklarını belirtmediği sürece, kartel anlaşmasına dahil olmanın bütün yükümlülüğünün kurtarmayacağını belirtmiştir". Kurul bu açıklamaların ardından benzer bir yaklaşımın mevcut soruşturma çerçevesinde de izlenmesi gerektiği kararına varmış ve RKHK'nin 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bu karar Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur[190].

Seramik kararında Kurul şu tespitleriyle yeni uyumlu eylem karinesinin bir başka işaretini vermiştir: *"ABD ve AB uygulamaları da göz önünde bulundurularak, Türk rekabet hukukunda konuya en doğru yaklaşım, uyumlu eylemin apayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil de, 4054 sayılı Kanun ve gerekçesinde belirtildiği üzere, "anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç" olarak kabul edilmesidir. Bu yaklaşımdan hareketle, ABD ve AB'deki tecrübelere de dayanarak, anlaşma-uyumlu eylemi bir bütünün parçaları olarak kabul edip yakınlaştıran ve yegane fark olarak, uyumlu eylemde delil yükünü düşüren bir karine yaklaşımının benimsenmesi şeklinde sonuç geliştirilebilir. Buna göre, ilgili teşebbüsler arasında mutabakatı gösteren deliller bulunduysa, smoking gun niteliğindeki bu belgelerin gerçekliğini ortaya koyan bir analizle anlaşma sonucuna ulaşılabilir. Uyumlu eyleme ise, gizli bilgilerin, fiyat listelerinin rakiplere gönderilmesi gibi net olarak mutabakatı değil ama ilişkiyi*

[190] Örnek olarak bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 28.10.2008 tarih ve E:2006/1752, K:2008/7000 sayılı *Yonga Levha I* kararı.

gösteren delillerin, rekabetin bozulduğunu gösteren pazar analizleri ile desteklenmesi halinde karar verilebilir. Dikkat edileceği üzere, ilişkinin ardından paralel davranış şartı aranmamakta, pazardaki iktisadi sonuçlara bütün olarak bakılmaktadır. İşte bu noktada uyumlu eylem karinesi devreye girecek; bilgi değişiminin, antirekabetçi amaçlı toplantılara katılımın genel pazar davranışlarını etkilemediğinin ispatı, ilgili teşebbüslere bırakılacaktır." Bu karar da Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur[191].

Ege bölgesi hazır beton pazarında kurulan kartele para cezası verilmesine ilişkin *Ege Hazır Beton* kararı ise, teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri paylaştıklarının gösterilmesi şeklinde adlandırılabilecek uyumlu eylem karinesinin en açık şekilde tartışıldığı ilk dosyadır[192]:

> "Sıkı sıkıya lafza bağlı kalarak bir yorum yapılması halinde, karinenin kullanılabilmesi için, pazarda oluşmuş bir etkinin (ya da paralel davranışın) gösterilmesi gerekecektir. Ancak, amaçsal bir yorum, karinenin kullanılabilmesi için illa pazarda oluşmuş bir etkinin gösterilmesini, yani paralel davranışın ortaya konmasını gerektirmeyip, örneğin, teşebbüsler arasında stratejik, gizli nitelikli bilgi (örneğin, pazar payı, fiyat, satış miktarları vs) değişimi gibi, rekabetçi bir yapıda olması beklenmeyen davranışların (ya da rekabetin bozulduğu pazarlardakine benzer davranışların) ortaya konmasını karinenin kullanılabilmesi için yeterli kılacaktır. Bu durumda bir anlaşmanın ispatlanamaması halinde, karine kullanılabilecek ve Kanun'un öngördüğü üzere, ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş olacaktır."

Emaye Bobin I kararında teşebbüslerin rekabet stratejilerinin en önemli değişkeni ve aracı niteliğinde olan fiyatlara, kapasite kullanımlarına, üretim miktarlarına, müşteri bazında satış rakamlarına ilişkin bilgi alışverişinde bulunmalarının rekabeti kısıtlayıcı olduğu belirtilmiştir. Teşebbüslerin fiyat listeleri üzerinden iskontoların yapılıyor olması ve bu iskontoların müşterinin ödeme şartlarına göre sürekli değişiyor olması, listelerin uygulanması konusunda tarafların birbirine baskı yapıp telkinde bulunduğuna ilişkin bir bulguya rastlanmaması gibi savunmalarına karşı çıkılmamış ancak bunların ihlali ortadan kaldırmayacağı ve yalnızca ceza takdirinde göz önünde bulundurulacağı söylenmiştir. Ayrıca AB uygulamalarından ve RKHK'nin 4. maddesinin gerekçesinden hareketle teşebbüslerin söz konusu eylemlerine yönelik uyumlu

[191] Örnek olarak bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 27.01.2009 tarih ve E:2007/4540, K:2009/1182 sayılı *Seramik* kararı.

[192] Bu kararın yürütmesinin durdurulması istemi, Danıştay 13. Dairesi'nin başta 25.03.2009 tarih ve E:2009/116 sayılı kararı olmak üzere, çeşitli kararlarıyla reddedilmiştir. 13. Daire'nin bu kararlarının kaldırılması için yapılan itirazı, İdari Dava Daireleri Kurulu başta 25.06.2009 tarih ve YD. İtiraz No:2009/471 sayılı kararı olmak üzere, çeşitli kararlarıyla reddetmiştir.

eylem/anlaşma şeklinde kesin bir ayrımın yapılmasının gereksiz olduğu, teşebbüslerin anlaşma ve uyumlu eylemler yolu ile RKHK'nin 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşılmıştır[193].

Ege Hazır Beton kararındaki teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri paylaştıklarının gösterilmesi şeklinde adlandırılabilecek uyumlu eylem karinesinin açık şekilde tartışıldığı bir başka dosya ise aşağıdaki ifadeler çerçevesinde *Özel Okullar II*'dir:

> "…(T)eşebbüslerin bir araya gelerek uygulanacak ücretlere ilişkin görüş alışverişinde bulunmalarının, normal rekabet koşullarında piyasada var olması beklenen ve teşebbüsler üzerindeki rekabetçi baskının da bir anlamda kaynağını oluşturan geleceğe yönelik belirsizlik unsurunu, bütünüyle olmasa bile önemli ölçüde azaltacağı açıktır. Ayrıca, bu tür bir iletişimin ve bilgi alışverişinin bulunduğu bir piyasada, ilgili teşebbüslerin ticari politikalarının, bu görüşmelerden ve bilgi alışverişlerinden etkilenmemesi mümkün değildir. Mehaz mevzuata sahip Avrupa Birliği rekabet hukukunda, uyumlu eylem karinesinin ileri sürülebilmesi için, mutlaka "rekabeti bozucu etkinin" gösterilmesine gerek bulunmadığı, "rekabeti bozucu amaç"ın gösterilmesinin yeterli olduğu vurgulanmış ve aksi ilgili teşebbüslerce kanıtlanmadıkça, rakip teşebbüsler arasında rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılmasının, söz konusu teşebbüsler arasında bir uyumlu eyleme yol açacağı karine olarak kabul edilmiştir. Böylece, teşebbüsler arasında iletişimin tespit edildiği durumlar bakımından, uyumlu eylem karinesinin ileri sürülmesi kolaylaştırılmıştır. Bu çerçevede, rakip teşebbüsler arasında, Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği ve Ankara Özel Okullar Derneği bünyesinde toplantılar yapılarak belirlenecek fiyatlara ilişkin görüş alışverişinde bulunulması, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilir."

Rekabet Kurulunun yukarıdaki kararları uyarınca, teşebbüslerin özellikle geleceğe yönelik fiyat, satış miktarları, pazar payları gibi konuların görüşüldüğü rekabeti sınırlayabilecek bir toplantıya katıldıklarının veya bu tür bilgileri değiştirdiklerinin gösterilmesinin, pazarda bir etki/paralel davranış ortaya çıkmasa bile, uyumlu eyleme karine teşkil ettiği söylenebilir. Bu karine çerçevesinde iki önemli husus vurgulanmalıdır. Birincisi bu karinenin kullanılabilmesi için Kurumun ilgili teşebbüsün rekabete duyarlı bilgilerin değiştirildiği bir toplantıda bulunduğunu veya toplantıdan bağımsız olarak böyle bir bilgiyi aldığını veya gönderdiğini ispatlaması gerekmektedir. İkincisi ise her türlü toplantı veya bilgi değişiminin değil, rekabeti sınırlayabilecek toplantılara

[193] Bu kararın yürütmesinin durdurulması istemi, Danıştay 13. Dairesi'nin başta 28.11.2008 tarih ve E:2008/9080 sayılı kararı olmak üzere, çeşitli kararlarıyla reddedilmiştir. 13. Daire'nin bu kararlarının kaldırılması için yapılan itirazı, İdari Dava Daireleri Kurulu başta 04.06.2009 tarih ve YD. İtiraz No:2008/1498 sayılı kararı olmak üzere, çeşitli kararlarıyla reddetmiştir.

katılımın veya bu tür bilgilerin değişiminin karine teşkil ettiğidir. Konuya ilişkin kararların şu ana kadar iptal edilmemiş olması göz önünde bulundurularak Danıştay'ın da bu karineyi hukuka uygun bulduğu sonucuna ulaşılabilir.

Bu ikinci karinenin gelişiminde, incelenen Kurul kararlarından da görülebileceği üzere, özellikle RKHK m.4/3'teki uyumlu eylem karinesinin kullanımındaki güçlükler ve mehaz teşkil eden AB rekabet hukuku uygulamaları önemli rol oynamıştır. Teşebbüslerin *"Anlaşma bulunamadığından 'anlaşma yok' ve madem ki herkes önceden anlaştığı şekilde davranmadı, o halde 'uyumlu eylem de yok'"*[194] şeklinde özetlenebilecek savunmalarına cevaben geliştirilen bu karine çerçevesinde teşebbüslerin sorumluluktan kurtulabilmeleri, AB rekabet hukuku uygulamaları ışığında, ancak aşağıdaki alternatiflerde mümkün olmaktadır:

a) Rekabet Kurumunun karineyi oluşturmak için kullandığı bilgi ve belgelerin gerçeği yansıtmadığı, dolayısıyla rekabeti sınırlayabilecek bir toplantının ya da bilgi değişiminin tarafı olunmadığı.

b) Toplantının diğer taraflarına ya da kendisine bilgi gönderene hemen ya da çok kısa bir süre içerisinde rekabeti sınırlayabilecek bu tür eylemlere katılmadığının açıkça belirtildiğinin ispatlanması. Bu çerçevede toplantıya gelişmelerden haberdar olmak için katılındığı, toplantıda sessizce oturulduğu, kendisine verilen bilgiye cevap vermediği, uygulamasına yansıtmayarak diğer teşebbüsleri aldattığı gibi savunmalar kabul edilmemektedir. Çünkü alenen karşı olunduğunun belirtilmemesi diğer taraflarda uzlaşmaya taraf olduğu izlenimi yaratmakta; bu ise ihlalin ortaya çıkmasına ve/veya devamına yol açmaktadır. Kaldı ki, rekabet otoritesinin bir toplantıda kimlerin konuştuğunu net bir şekilde belirlemesi, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme gibi yetkilerin yokluğunda imkansızdır.

c) Toplantı veya bilgi değişiminden Rekabet Kurumunun haberdar edilmesi.

Yukarıda sorumluluktan kurtulma yollarıyla birlikte ortaya konan bu karinenin RKHK m.4'ün lafzına ve amacına uygun olduğu düşünülmektedir. AB mahkemelerinin özellikle *Polypropylene* ve *T-Mobile* kararlarında AB Antlaşması m.101(1) lafzı çerçevesinde uyumlu eylem kavramı ve karinesine ilişkin yaptığı değerlendirmeler, AB'deki düzenlemeye büyük ölçüde paralellik arz eden hatta daha yasaklayıcı olan RKHK m.4 için de geçerlidir. Dolayısıyla yalnızca rekabeti sınırlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut

[194] JOSHUA, J.M. (1999), "Cartels and Conspiracies: The Turning of The Tide?", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*, s.7.

doğurabilecek nitelikte olan anlaşmalar değil uyumlu eylemler de yasak kapsamındadır. Kaldı ki bu yorum, RKHK'nin 4. maddesinin gerekçesindeki *"Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tesbit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir"* ifadesi göz önünde bulundurulduğunda Kanun koyucunun amacına da uygundur. Daha açık bir ifadeyle rekabeti sınırlayabilecek bir toplantıya katılım veya bilgi değişiminin gösterilmesiyle, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişki de gösterilmiş olmaktadır. Bu noktada iki husus vurgulanmalıdır. Birincisi toplantı yapılması veya bilgi değişimi ile eylemin gerçekleştirilmiş olduğudur. Dolayısıyla teşebbüslerin "akıllarından geçenlerden dolayı cezalandırılması" gibi hukukun temel ilkelerine aykırı bir durum söz konusu değildir. İkincisi bu toplantıda yapılan rekabeti sınırlayıcı görüşmelerin/değiştirilen bilgilerin teşebbüslerin kendi bağımsız davranışlarının yerine geçtiğidir. Başka bir ifadeyle, RKHK m.4 çerçevesinde uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilmesi için rekabeti sınırlayıcı etkinin gösterilmesine gerek olmadığı gibi 4. maddenin gerekçesi çerçevesinde de, teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılar/bilgiler sonrasındaki davranışlarının, bu toplantılardan/bilgilerden etkilendiği dolayısıyla eylemin/etkinin ortaya çıktığı varsayılmaktadır.

Bu ikinci karinenin Türk rekabet yazınında ilk karine kadar tartışılmasa da, Arı[195], Cengiz[196], İkizler[197] ve Yüksel[198] gibi yazarlar tarafından, yukarıdakilere benzer açıklamalar yapılarak desteklendiği de belirtilmelidir.

Ayrıca bu ikinci uyumlu eylem karinesi *Seramik* kararında belirtilen üç fayda daha sağlamaktadır. Bunlardan ilki, oligopolistik bağımlılığın ihlal kabul edilmesi riskini taşımamasıdır. İkincisi, RKHK m.4/3'teki uyumlu eylem karinesine göre daha kullanışlı olmasıdır. Üçüncüsü ise, anlaşma ile uyumlu eylem kavramları arasındaki yapay ayrımı ortadan kaldırması; önemli olanın

[195] ARI, Z. (2004), *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.87-88.
[196] CENGİZ, D. (2006), *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları (Örnek Model Olarak ABD ve Mehaz Olarak AB Rekabet Hukuku Sistemlerinin Işığında)*, Beta Basım, İstanbul, s.150-161.
[197] İKİZLER, M. (2005), *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler (Türk, AB ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.153-157 ve 377-378.
[198] Yüksel 2005, s.62-63.

anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki değil de, RKHK m.4 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki ayrım olduğunu vurgulamasıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri paylaştıklarının gösterilmesi, buna karşılık pazarda bir etki/paralel davranış ortaya çıkmasının aranmaması şeklinde özetlenebilecek bu ikinci uyumlu eylem karinesinin rekabet ihlalleriyle mücadele bakımından önemli bir araç olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla bu karineye istikrarlı bir uygulama kazandırılmalı; *"uyumlu eylemden bahsedebilmek için teşebbüsler arası eylemlerin antirekabetçi sonuçlarının açıkça ortaya konulması gerekmektedir"* şeklindeki ifadelerle hem diğer Kurul kararlarına hem de RKHK 4. maddenin lafzına, gerekçesine ve gelişmiş rekabet hukuku sistemlerindeki uygulamalara aykırılık taşıyan kararlardan[199] sakınılmalıdır. Bu sayede teşebbüslere rekabeti sınırlayabilecek toplantılar yapmamak, bilgileri değiştirmemek konusunda önemli bir mesaj verilmiş olacaktır. Ancak bu karine çerçevesinde rekabeti sınırlayabilecek her toplantı veya bilgi değişiminden dolayı soruşturma açılması ve ceza verilmesinin gerekmediği de belirtilmelidir. Rekabet Kurumu ihlalin niteliği, ekonomiye ve tüketici refahına zararı, mevcut kaynaklar ve elde edilecek sonuçlar gibi hususları göz önünde bulundurabilir ve taahhüt ve uzlaşma[200] gibi araçları da kullanarak bazı dosyalarda soruşturma açmayabilir. Ancak bu yapılırken *Özel Okullar II* gibi kararlarda görüldüğü üzere, teşebbüslere rekabeti sınırlayabilecek bilgi paylaşımlarının ve görüşmelerin ihlal teşkil edeceği belirtilmeli ve bunlardan sakınılması konusunda uyarıda bulunulmalıdır.

[199] Örnek olarak bkz. 12.11.2008 tarih ve 08-63/1040-400 sayılı *Mermerler Otomotiv/ODD/İstanbul Fuarcılık* kararı.

[200] Rekabet hukukunda taahhüt ve uzlaşma konusu için bkz. ARI, H., AYGÜN, E. ve H.G. KEKEVİ (2009), "Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII 17-18 Nisan 2009 Kayseri* içinde, s.229-294.

SONUÇ

Rekabeti sınırlayıcı uzlaşmaların genellikle gizli yapılması bunların varlığının ispatlanmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde ispat yükünü azaltmak üzere yasayla ve/veya içtihatla uyumlu eylem benzeri kavramlar ve karineler geliştirilmiştir. Nitekim Türk rekabet hukuku incelendiğinde de RKHK'nin lafzı, gerekçesi, mehaz teşkil eden AB ve ABD uygulamaları ile doktrin çerçevesinde gelişen iki uyumlu eylem karinesinin bulunduğu görülmektedir.

Bu karinelerden ilki, fiyatların yakın aralıklarla artırılması, rakiplerin pazarına girilmemesi gibi paralel davranışların gösterilmesine ilişkindir. Teşebbüsler ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. RKHK'nin 4. ve 59. maddelerinde düzenlenen bu karineye ilişkin olarak doktrinde geniş tartışmalar yürütülmüştür. Buna karşılık anılan karine kullanılarak ihlal sonucuna ulaşılan yalnızca iki karar, *Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento* ve *Maya III* bulunmaktadır. Bu karinenin *Ege Çimento II* kararında da kullanıldığı iddia edilebilir ancak anılan kararda ilave deliller de mevcuttur.

İkinci karine ise, pazarda bir etki/paralel davranış bulunmasa bile, teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri değiştirdiklerinin gösterilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Teşebbüsler bu sorumluluktan kurtulabilmek için, diğer teşebbüslere rekabeti sınırlayabilecek bu tür eylemlere taraf olmadıklarını açıkça belirtiklerini ispatlamalıdır. Rekabet Kurulunun *Yonga Levha I*, *Yonga Levha II*, *Seramik*, *Ege Hazır Beton*, *Emaye Bobin*, *Özel Okullar II* gibi pek çok kararında karşımıza çıkan ve kullanımının daha da artması beklenen bu ikinci karinenin, ilkinden farklı olarak, Türkçe kaynaklarda fazla tartışılmadığı görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Rekabet Kurulunun konuya ilişkin kararlarında çelişkiler bulunmaktadır. Keza birinci karinenin kullanımı bakımından eleştirilebilecek yönler mevcuttur. Dolayısıyla, her ne kadar ilgili kararların hiçbiri Danıştay tarafından iptal edilmemiş olsa da, doktrindeki genel eğilimlere ve gelişmiş rekabet hukuku sistemlerindeki uygulamalara uyum sağlamak üzere aşağıdaki öneriler getirilebilir:

Rekabet Kurumu en başta yürüttüğü önaraştırma ve soruşturmalarda konuya ilişkin kavramların kullanımına ilişkin olarak daha tutarlı bir yaklaşım geliştirmelidir. Bu çerçevede en başta anlaşma/uyumlu eylem şeklinde kesin bir ayrım yapılmasından vazgeçilmeli; *Seramik* ve *Emaye Bobin* gibi kararlara benzer şekilde önemli olanın anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki değil de, RKHK m.4 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki ayrım

olduğu vurgulanmalıdır. Keza bazı dosyalarda yapıldığı üzere bilinçli paralellik ifadesi RKHK'nin 4. maddesi kapsamında yasaklanan uyumlu eylemler anlamında kullanılmamalıdır. Çünkü *Seramik* ve benzeri Kurul kararlarında, doktrin ve gelişmiş rekabet hukuku sistemleri çerçevesinde belirtildiği üzere, oligopolistik bağımlılık, bilinçli bir paralelliktir (*conscious paralellism*); hatta iktisat yazınında "gizli anlaşma (*tacit collusion*)" olarak adlandırılmaktadır. "Oligopolistik bağımlılık" savunmasının kabul edilmesi gerektiği düşünüldüğünde, yasaklanan davranışlar, "bilinçli paralellikler" değil, "anlaşma-uyumlu eylem neticesinde ortaya çıkan paralellikler" olmalıdır. Bu doğrultuda uyumlu eyleme ilişkin olarak bilinçli paralelliği içeren tanımlar kullanılmamalı; *Yemek Çeki II* ve benzeri kararlardaki gibi, Adalet Divanı kararlarından hareketle RKHK m.4 gerekçesinde yapılan açıklama çerçevesinde tanımlama yapılmalıdır.

İkincisi, Rekabet Kurulunun yalnızca iktisadi analizlere dayanarak ihlalin bulunduğu sonucuna ulaşması ancak ve ancak Adalet Divanı'nın *Woodpulp* kararında *"paralel davranış, tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadıkça, ihlalin kanıtı olamaz"* şeklinde ortaya koyduğu ilke çerçevesinde olmalıdır. Dolayısıyla çok istisnai durumlar haricinde, RKHK m.4/3'teki karine tek başına kullanılmamalı; teşebbüsler arasında koordinasyon veya işbirliğini sağlayan ilişkilere işaret edebilecek bir belge aranmalıdır. Bu çerçevede, Kurulun RKHK m.4/3'teki karineye ilişkin *Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento* ve *Maya III* kararlarındaki yaklaşımının ve uyumlu eylem tespitinin doğru olmadığı düşünülmektedir. Öte yandan, delillere bütün olarak bakılmalı; teşebbüsler arasındaki paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanması zorlaştıkça, içeriği bilinmeyen çok sık toplantılar veya bir toplantının hemen ardından fiyatların artmış olması gibi daha tali delillerle, uyumlu eylem sonucuna ulaşılabileceği belirtilmelidir.

Yukarıdaki hususla bağlantılı olarak, teşebbüsler arasında koordinasyon veya işbirliği ya da ilişkilere işaret edebilecek bir iletişim, bilgi değişimini gösterir bir belgenin yokluğunda oligopolistik bağımlılık savunması kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu açıdan da Kurulun *Maya III* kararına katılmak mümkün değildir. Ancak bu karara katılmak mümkün olmadığı gibi, *Sigara I* dosyasında, uyumlu fiyat hareketlerinin yanı sıra, fiyat politikalarına ilişkin çok sayıda görüşmenin tespitine rağmen ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmasına da katılmak mümkün değildir. Çünkü bu görüşmeler, kararın, "pazarda koordinasyonu kolaylaştıran unsurlar bulunduğu; bu unsurlar çerçevesinde paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık neticesinde ortaya çıktığı" şeklinde ifade edilen gerekçesini ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu çerçevede, Kurulun *Seramik* kararındaki *"oligopolistik bağımlılık savunmasının kabul edildiği, buna karşılık koordinasyonu gösteren belgelerin varlığında teşebbüslerin oligopolistik*

bağımlılık esaslı savunmalarında yer alan ifadelerin, pazarın uzlaşmaya müsait olduğunu ve paralel hareketlerin gerçekleştiğini ikrar niteliğiyle diğer savunmaların çürütülmesinde kullanılabilecek bir delil haline geleceği" yönündeki tespitinin, *Maya III* ile *Sigara I* dosyalarındaki iki hatalı yaklaşımı ortadan kaldıracak nitelikte olduğu ve bu niteliğiyle sürekli bir uygulama hale gelmesinin önem taşıdığı düşünülmektedir.

Teşebbüslerin rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katıldıklarının veya bilgileri paylaştıklarının gösterilmesi, buna karşılık pazarda bir etki/paralel davranış ortaya çıkmasının aranmaması şeklinde özetlenebilecek ikinci uyumlu eylem karinesinin rekabet ihlalleriyle mücadele bakımından önemli bir araç olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla bu karineye istikrarlı bir uygulama kazandırılmalı; *"uyumlu eylemden bahsedebilmek için teşebbüsler arası eylemlerin antirekabetçi sonuçlarının açıkça ortaya konulması gerekmektedir"* şeklindeki ifadelerle hem diğer Kurul kararlarına hem de RKHK 4. maddenin lafzına, gerekçesine ve gelişmiş rekabet hukuku sistemlerindeki uygulamalara aykırılık taşıyan *Mermerler Otomotiv/ODD/İstanbul Fuarcılık* gibi kararlardan sakınılmalıdır. Bu sayede teşebbüslere rekabeti sınırlayabilecek toplantılar yapmamak, bilgileri değiştirmemek konusunda önemli bir mesaj verilmiş olacaktır. Ancak bu karine çerçevesinde rekabeti sınırlayabilecek her toplantı veya bilgi değişiminden dolayı soruşturma açılması ve ceza verilmesinin gerekmediği de belirtilmelidir. Rekabet Kurumu ihlalin niteliği, ekonomiye ve tüketici refahına zararı, mevcut kaynaklar ve elde edilecek sonuçlar gibi hususları göz önünde bulundurabilir ve taahhüt ve uzlaşma gibi araçları da kullanarak bazı dosyalarda soruşturma açmayabilir. Ancak bu yapılırken *Özel Okullar II* gibi kararlarda görüldüğü üzere, teşebbüslere rekabeti sınırlayabilecek bilgi paylaşımlarının ve görüşmelerin ihlal teşkil edeceği belirtilmeli ve bunlardan sakınılması konusunda uyarıda bulunulmalıdır.

Son olarak, Maya pazarına yönelik daha önceki iki soruşturmada ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşan ve oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul eden Kurulun, bu üçüncü soruşturmada görüş değiştirme gerekçesinin, kararda yer alan, "söz konusu pazarın, üçüncü defa rekabet tahkikatına maruz kaldığı; dolayısıyla, bu soruşturma kararı ve bunu takip edecek dönemlerde, şirketlerin telefon konuşmaları dinlenemediği sürece, herhangi bir yazılı delile ulaşmanın mümkün olmadığı" ifadesi olduğu düşünülmektedir. Bu ifade çerçevesinde Kurum mevcut yetkilerini nasıl daha etkili kullanabileceği sorusunun cevabını aramalı ve yeni yetkiler elde etmek konusunda Kanun koyucuyu ikna etmelidir. Bu bağlamda kartel üyelerine hapis cezası verilmesi ve mahkeme kararıyla iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme gibi konular da tartışılmalıdır. Yeni yetkilerin elde edilmesine bağlı olarak ispat

standartları yükseltilebilir ve bu sayede teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yönetici ve çalışanlarının lehine bir gelişme sağlanabilir.

Teşebbüsler ile yönetici ve çalışanların ise iki temel hususa dikkat etmesinin önem arz ettiği düşünülmektedir. Bunlardan ilki, Kurulun genellikle oligopolistik bağımlılık savunmasını kabul ettiği, ancak koordinasyonu gösteren belgelerin varlığında teşebbüslerin oligopolistik bağımlılık esaslı savunmalarında yer alan ifadelerin, pazarın uzlaşmaya müsait olduğunu ve paralel hareketlerin gerçekleştiğini ikrar niteliğiyle diğer savunmaların çürütülmesinde kullanılabilecek bir delil haline gelebileceğidir.

İkincisi ve daha önemlisi ise, teşebbüslerin özellikle geleceğe yönelik fiyat, satış miktarları, pazar payları gibi konuların görüşüldüğü rekabeti sınırlayabilecek toplantılara katılmaktan ve bu tür bilgileri değiştirmekten sakınması gerektiğidir. Bu çerçevede eğer bir toplantıda rekabeti sınırlayabilecek görüşmeler başlarsa, teşebbüsler, diğer taraflara rekabeti sınırlayabilecek bu tür eylemlere katılmadığını açıkça belirtmelidir. Benzer şekilde rekabeti sınırlayabilecek bilgilerin gönderilmesi halinde, bilgiyi gönderen teşebbüs uyarılmalıdır. Bunların tamamlayıcısı veya alternatifi olarak toplantı ve bilgi değişiminden Rekabet Kurumunun haberdar edilmesi de mümkündür.

KAYNAKÇA

AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu, Ankara.

ALBORS-LLORENS, A. (2006), "Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competititon Law: Unlawful and Legitimate Contacts Between Competitiors", *the Antitrust Bulletin,* No:51(4).

AREEDA P.E., KAPLOW L. ve A.S. EDLIN (2004), *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases,* Sixth Edition, Aspen.

AREEDA, P.E. (1986), *Antirust Law An Analysis Of Antitrust Principles And Their Application,* Volume VI, Little, Brown and Company, USA.

ARI, Z. (2004), *Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

ARI, H., AYGÜN, E. ve H.G. KEKEVİ (2009), "Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII 17-18 Nisan 2009 Kayseri* içinde, s.229-294.

ASLAN, İ.Y. (2001), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Ekin Kitabevi, Bursa.

ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa.

ATİYAS, İ. ve G. GÜRKAYNAK (2006), "Uyumlu Eylem Karinesi Üzerine Hukuki ve Ekonomik Çözümlemeler", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV 7 Nisan 2006 Kayseri* içinde, s.83-116.

BADUR, E. (2001), *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu, Ankara.

BAILEY, D. (2008), " 'Publicly Distancing' Oneself from a Cartel", *World Competition,* No:31(2), s.177-203.

BAKER, J.B. (1993), "Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem and Contemporary Economic Theory", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.143-219.

BAKER, J.B. (1996), "Horizontal Price-Fixing in Cyberspace", *Remarks Before the 1996 Antitrust Conference: Antitrust Issues in Today's Economy- New York*, http://www.ftc.gov/speeches/other/confbd4.htm, Erişim Tarihi: 16.04.2011.

BALKI, B. (2009), "The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the ECJ", *Rekabet Dergisi*, Cilt:10 Sayı:3, s.67-114.

BANKA VE TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ (2006), *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyum Bildiriler-Tartışmalar-Panel*, *7-8 Ekim 2005,* Ankara.

BINGAMAN, A.K. (1996), "Recent Enforcement Actions by the Antitrust Division Against Trade Associations", *32nd Annual Symposium of the Trade Association and Antitrust Law Committee of the Bar Association of the District of Columbia-Washington, D.C.*

BISSOCOLI, E.F. (2000), "Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law", *World Competition*, Vol:23, No:1, s.79-106.

BOLATOĞLU, H. (2004), *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Rekabet Kurumu, Ankara.

BUDAK, A.C. (2003), "Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I* 4 *Nisan 2003 Kayseri* içinde, s.45-62.

CALVANI, T. (2004), "Competition Penalties & Damages in a Cartel Context: Criminalisation & the Case for Custodial Sentences", *ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*.

CENGİZ, D. (2006), *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları (Örnek Model Olarak ABD ve Mehaz Olarak AB Rekabet Hukuku Sistemlerinin Işığında)*, Beta Basım, İstanbul.

CENGİZ, D. (2008), "Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi", *Rekabet Dergisi*, Sayı:35, s.3-47.

ÇELEN, A. (2003), *Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

DEMİRÖZ, A. (2009), "Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII* 17-*18 Nisan 2009 Kayseri* içinde, s.317-393.

DeSANTI, S.ve D.A. YAO (1993), "Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.113-141.

DEVRİM, F. (2010), *İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ELZINGA, K.G. (1984), "New developments on the cartel front", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1984, s.3-26.

GÜNDAY, M. (2007), "Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi ve Karşılaşılan Sorunlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V* 6-*7 Nisan 2007 Kayseri* içinde, s.3-10.

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

HAY, G.A. (2000), "The Meaning of 'Agreement' under the Sherman Act: Thoughts from the 'Facilitating Practices' Experience", *Review of Industrial Organization*, No: 16, s. 113-129.

HAY, G.A. (2006), "Horizontal Agreements: Concept and Proof", *The Antitrust Bulletin*, Vol.51, No.4/Winter. s.877-914.

ICN (2005), "Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties—Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes", *Report Prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany*

İKİZLER, M. (2005), *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler (Türk, AB ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

İNAN, N. (2004), "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II* 9 *Nisan 2004 Kayseri* içinde, s.43-66.

İNAN, N. ve M.B. PİKER (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı,* Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EC Competition Law: Text, Cases, and Materials,* Fourth Edition, Oxford University Press, New York, the US.

JOSHUA, J.M. (1999), "Cartels and Conspiracies: The Turning of The Tide?", *IBC Advanced EC Competition Law Conference, Brussels*.

KAHRAMAN, Z. (2008), *Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*, Beta Basım, İstanbul.

KEKEVİ, H.G. (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KEKEVİ, H.G. (2008a), *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele,* Rekabet Kurumu, Ankara.

KEKEVİ, H.G. (2008b), "*Can Economics Help Us with Cartel Detection? Turkish Experience"*, Presentation to the ICN Cartel Workshop, Lisbon, 2008. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc719.pdf, Erişim Tarihi: 16.04.2011.

KEKEVİ, H.G. (2008c), "İktisadi Analiz Kartellerin Ortaya Çıkarılmasına Yardımcı Olabilir mi?", *Rekabet Ekonomisi ve Politikası Sempozyumu-I 14-15 Kasım 2008 Denizli* içinde, s.53-70.

KOVACIC, W.E. (1993), "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws", *The Antitrust Bulletin*, Spring 1993, s.5-81.

KOVACIC, W.E. (2001), "Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.766-797.

KOVACIC, W.E. (2006) "An Integrated Competition Policy to Deter and Defeat Cartels", *The Antitrust Bulletin*, Vol.51, No.4/Winter, s.813-835.

KOVACIC, W.E. ve C. SHAPIRO (1999), "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", http://www.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf, Erişim Tarihi: 16.04.2011.

LOPATKA, J.E. (1996), "Solving the oligopoly problem: Turner's Try", *The Antitrust Bulletin*, Winter 1996, s.843-908.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy,* Cambridge University Press, New York, the US.

OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

OECD (2006), *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement*, OECD, Paris,

OECD (2010), Roundtable on Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, Note by the Delegation of the European Union, http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2010_information_exchange.pdf, Erişim Tarihi: 16.04.2011.

PAGE, W. (2007), "Communication and Concerted Action", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol 38 s.101-156.

POSNER, R. (1969), "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach", *Stanford Law Review*, Volume 21, p.1562-1606.

POSNER, A.R. (2001), *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago.

REKABET KURUMU (2000), *AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukukuna Muhtemel Yansımaları Sempozyumu 6 Kasım 2000*, Ankara.

REKABET KURUMU (2006), *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV 7 Nisan 2006 Kayseri*.

REKABET KURUMU (2010), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Ankara.

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği,* Rekabet Kurumu, Ankara.

STIGLER, G.J. (1964), "A Theory of Oligopoly", *J.Pol.Econ*, 72, s.44-61.

STROUX, S. (2004), US and EC Oligopoly Control, *International Competition Law Series*, Kluwer Law International, the Netherlands.

SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (2006), *Pros and Cons of Information Sharing*, http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2011

TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara.

TURNER, D.F. (1962), "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", *75 Harvard Law Review*, s.655-706.

VIVES, H. (2006) "Information Sharing: Economics and Antitrust", *Pros and Cons of Information Sharing*, Swedish Competition Authority, 82-100, s.85, http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2011.

WHISH, R. (2006), "Information Agreements", *Pros and Cons of Information Sharing*, Swedish Competition Authority, 19-42, s.37, http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf, Erişim Tarihi: 28.03.2011.

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

YÜKSEL, O.Y. (2005), *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

- American Column & Lumber Co. v. US, 257 U.S. 377 (1921)
- Interstate Circuit, Inc. v. US, 306 U.S. 208 (1939)
- US v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)
- American Tobacco, Co. v. US, 328 U.S. 781 (1946)
- US v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948)
- Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954)
- Continental Ore Co. v. Union Carbide&Carbon Corp., 370 U.S. 690 (1962)
- US v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333 (1969)
- US v. Citizens & Southern National Bank, 422 U.S. 86 (1975)
- US v. US Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978)

DİĞER KARARLAR

- Esco Corp. v. United States, 340 F.2d 1000 (9th Cir. 1965)
- In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F. 3d 651 (7th Cir. 2002)
- US v. Foley, 598 F.2d 1323 (4th Cir. 1979)

AVRUPA BİRLİĞİ

ABAD KARARLARI

- Case 41/69, ACF Chemiefarma NV v. Commission (the Quinine Cartel)[1970] ECR 661
- Cases 48,49,51-7/69, ICI v. Commission (Dyestuffs) [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557
- Cases 40-8,50,54-6,11,113-4/73, Cooperative Vereniging “Suiker Unie” UA v. Commission (Sugar) [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295
- Cases 209/78 - 215/78 ve 218/78, Van Landewyck and Others v Commission [1980] ECR 3125
- Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG [1981] ECR 2021, [1982] 1 CMLR 313
- Cases C-29-30/83, Compagnie Royale Asturienne des mines and Rheinzink v. Commission [1985] CMLR 688
- Cases C-89, 104, 114, 116-117,125-9/85 [1993] ECR I-1307, Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission (Woodpulp II), [1993] 4 CMLR 407

- Case C-7/95, J. Deere v. Commission, [1998] ECR I-3111
- Case C-49/92 P, Commission v. Anic, [1999] ECR I-4125
- Case C-51/92 P, SA Hercules NV v. Commission (Polypropylene), [1999] ECR I-4235, [1999] 5 CMLR 976
- Case C-235/92 P, Montecatini v. Commission (Polypropylene) [1999] ECR I-4539
- Case C-199/92 P, Hüls AG v. Commission [1999] ECR I-4287, [1999] 5 CMLR 1016
- Case C-194/99 P, Thyssen Stahl AG v. Commission [2003] ECR I-11005
- Cases C-204/00 P, C-202/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ve C-219/00 P, Aalborg Portland A/S and others v. Commission, (Cement) [2004] CMLR 251
- Case C-238/05, Asnef-Equifax [2006] ECR I-11125, [2007] 4 CMLR 224
- Case C-8/08, T-Mobile Netherlands, [2009] ECR I-4529

GENEL MAHKEME KARARLARI

- Case T-1/89, Rhône Poulenc v. Commission, [1991] ECR II-867
- Case T-3/89, Atochem v. Commission [1991] ECR II-897
- Case T-7/89, Hercules Chemicals v Commission [1991] ECR II-1711, [1992] 4 CMLR 84
- Case T-142/89, Böel v. Commission, [1995] ECR II-867
- Case T- 141/89, Trefileurope v. Commission, [1995] ECR II-791
- Case T- 311/94, BPB de Eendracht NV v. Commission, [1998] ECR II-1129
- Cases T-305/94 etc., NV Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission (PVC Cartel II) [1999] ECR II-931, [1999] 5 CMLR 303
- Cases T-202/98, T-204/98, T-207/98, Tate & Lyle plc and Others v. Commission, [2001], ECR, II-791
- Case T-302/02, Westfalen Gassen Nederland BV [2006] ECR II – 4567, [2007] 4 CMLR 334

KOMİSYON KARARLARI

- Re Cimpell, [1972] OJ L 303/24
- Nuovo Cegam, [1984] OJ L99/29,
- Woodpulp, [1985] OJ L 85/1
- Peroxygen Products, [1985] OJ L 35/1
- Polypropylene, [1986] OJ L230/1
- Fatty Acids, [1987] OJ L 3/17
- Soda-ash/Solvay, CFK [1991] OJ L152/16
- HOV SVZ/MCN, [1994] OJ L104/34
- PVC II, [1994] OJ L 239/14
- Cartonboard, [1994] OJ L 243/1

- Pre-Insulated Pipe, [1999] OJ L24/1
- British Sugar, [1999] OJ L 76/1
- Anheuser-Bush Incorporated/Scottish Newcastle, [2000] OJ L49/37

TÜRKİYE

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARLARI

- Emaye Bobin I, 04.06.2009 tarih ve YD. İtiraz No:2008/1498 sayılı karar.
- Ege Hazır Beton, 25.06.2009 tarih ve YD. İtiraz No:2009/471 sayılı karar.
- Maya III, 11.02.2010 tarih ve E:2008/1876, K:2010/189 sayılı karar.

DANIŞTAY 10. DAİRESİ KARARLARI

- Maya I, 28.11.2002 tarih ve E:2000/6064, K:2002/4541 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. DAİRESİ KARARLARI

- Maya III, 23.05.2008 tarih ve E:2006/1031, K:2008/4390 sayılı karar.
- Yonga Levha I, 28.10.2008 tarih ve E:2006/1752, K:2008/7000 sayılı karar.
- Emaye Bobin I, 28.11.2008 tarih ve E:2008/9080 sayılı karar.
- Seramik, 27.01.2009 tarih ve E:2007/4540, K:2009/1182 sayılı karar.
- Ege Hazır Beton, 25.03.2009 tarih ve E:2009/116 sayılı karar.
- Ege Çimento II, 19.10.2009 tarih ve E:2007/1054, K:2009/9211 sayılı karar.

REKABET KURULU KARARLARI

- Adıyaman LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar.
- Ege Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.
- İstanbul Ekmek, 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı karar.
- Turkcell/Telsim I, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı karar.
- Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar.
- Maya I, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar.
- Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar.
- İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Çimento, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar.
- Maya II, 01.08.2002 tarih ve 02-46/557-227 sayılı karar.
- Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar.
- Sigara I, 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı karar.
- Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar.
- Seramik, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar.
- Turkcell/Telsim II, 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı karar
- Ege Çimento II, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar.
- Ege Hazır Beton, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı karar.

- Özgür Çimento/Göltaş/Denizli Çimento, 13.01.2005 tarih ve 05-05/42-17 sayılı karar.
- Ankara Ekmek II, 18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı karar.
- Maya III, 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar.
- Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar.
- Yemek Çeki II, 26.05.2006 tarih ve 06-36/465-127 sayılı karar.
- Şanlıurfa Otobüs, 06.06.2006 tarih ve 06-40/504-131 sayılı karar.
- Sakarya Otobüs, 25.07.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.
- Konya Süt, 26.07.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı karar.
- Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.
- Sağlık Bakanlığı İhalesi, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar.
- Refrakter Malzemeleri, 29.01.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı karar.
- Emaye Bobin, 04.07.2007 tarih ve 07-56/672-209 sayılı karar.
- Mermerler Otomotiv/ODD/İstanbul Fuarcılık, 12.11.2008 tarih ve 08-63/1040-400 sayılı karar.
- Maya IV, 05.03.2009 tarih ve 09-09/181-53 sayılı karar.
- Emaye Bobin II, 26.08.2009 tarih ve 09-39/976-244 sayılı karar.
- Özel Okullar II, 03.03.2011 tarih ve 11-12/226-76 sayılı karar.

REKABET HUKUKUNDA KOLAYLAŞTIRICI EYLEMLER VE MUKAYESELİ UYGULAMA

Av. Hülya KESİM



GİRİŞ

Rekabet Hukukunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti bozucu, engelleyici ve sınırlandırıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek ve bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Rekabet ihlalinin tespiti her zaman çok kolay değildir. Özellikle teşebbüslerin aralarında açık bir anlaşma olmaksızın (implicit collusion), gizli anlaşma (tacit collusion) içine girmeleri durumunda, plus faktörler veya uyumlu eylem karinesi ile rekabeti ihlal edip etmedikleri araştırılır. Bu noktada teşebbüslerin gizli anlaşma/uzlaşma içine girmelerini kolaylaştıran ve/veya doğrudan gizli uzlaşmaya yol açan eylemleri rekabet ihlalinin tespitinde birincil derecede önemlidir.

Gerçekten piyasadaki teşebbüsler arasında genel olarak anlaşma düzeyinde gerçekleşen antirekabetçi uygulamalar bazı durumlarda piyasanın yapısına bağlı olarak özellikle oligopol piyasalarda teşebbüslerin karşılıklı bilinçli paralel davranışları ile de oluşabilmektedir. Bu bağlamda oligopol piyasaların özelliği gereği birbirlerinin davranışlarını takip etmeleri ve bu davranışlara rasyonel olarak uygun davranmaları beklenen teşebbüslerin bunu salt bilinçli paralel davranışlar olarak mı yaptıkları veya gizli işbirliği/anlaşma düzeyinde mi gerçekleştirdikleri çok ince bir çizgide durmaktadır. Kuşkusuz oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan teşebbüs davranışları rasyonel ve beklenen davranışlardır. Ancak bunların gizli işbirliğine sebep olması veya doğrudan gizli işbirliğine dönüşmesi rekabet ihlalidir. Bu sebeple teşebbüslerin piyasadaki belirsizlikleri ortadan kaldırıp şeffaflaştırarak gizli işbirliğine girmelerini

kolaylaştıran(delil olarak) veya doğrudan gizli işbirliğine yol açan davranışları(tek başına ihlal) rekabet otoritelerinin daima takibinde olmuştur.

Özellikle günümüzde teknolojinin gelişmesine paralel olarak yaygınlaşan sanal ortamlarda yapılan bilgi alışverişlerinin potansiyel antirekabetçi etkileri kolaylaştırıcı eylemleri gittikçe artan bir öneme sahip kılmaktadır.

Başlangıçta gizli işbirliğinin dolaylı bir delili olarak ele alınan bu eylemler zamanla piyasa koşullarına ve eylemin niteliğine göre gizli uzlaşmanın bizzat kendisi olarak da görülmeye başlanmıştır. Kolaylaştırıcı eylemler gerçekten hileli sosyal davranışlar mıdır ? Yoksa rekabete katkısı olan tüketici menfaatine olan davranışlar mıdır? İleri teknoloji ile birlikte teşebbüslerin çoğu zaman sanal ortamlarda başvurdukları ve en çok karşılaşılan kolaylaştırıcı eylem uygulaması olan bilgi değişimleri piyasadaki rekabeti ne yönde etkilemektedir? Olumlu ve olumsuz etkileri nasıl dengelenmelidir? Bu ve buna benzer soru ve sorunlar kolaylaştırıcı eylemleri rekabet otoriteleri ve ekonomistler için ilgi odağı kılmaya devam etmektedir.

Bu çalışmada kolaylaştırıcı eylemlerin rekabet hukuku açısından kavramsal özelliklerine ve uygulamalarına dikkat çekilmek istenmiştir. Bu bağlamda mukayeseli olarak ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuku mevzuatı ve uygulamaları incelenmiştir. Uygulama örneklerinde özellikle bilgi değişimine yoğunlaşılmıştır.

I. Genel Olarak Kolaylaştırıcı Eylemler

A. Kavram

Kolaylaştırıcı eylemler, bağlayıcı olmayan ve çok önceden yapılan fiyat duyuruları, teslim fiyatlandırmaları, bilgi değişimi, en çok kayrılan müşteri şartı gibi, belli koşulların varlığı halinde, teşebbüslerin rekabeti ortadan kaldıran uzlaşmalara varmalarına ve bu uzlaşmaları sürdürebilmelerine imkan veren eylemler olarak tanımlanmıştır[1]. Türk Rekabet Hukukunda ilk olarak Kekevi'nın tezinde kullanılan 'kolaylaştırıcı eylemler' terimi Rekabet Terimleri Sözlüğü'ne[2] de girmiş ve Kurul kararlarında ve doktrinde kullanılmaya devam etmiştir.

Doktrinde yer alan bir diğer tanımlamada, oligopol piyasalarda, piyasanın şeffaflaştırılması suretiyle ve diğer piyasa koşullarının da uygun olmasına bağlı olarak, işbirliği oluşturulmasının veya mevcut işbirliğinin devamı için denetim/kontrol aracı niteliğindeki eylemler olarak da nitelendirilen[3] kolaylaştırıcı

[1] Gökşin Kekevi, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003, s.2
[2] Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, 2010, s. 61
[3] Dilek Cengiz, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2006, Beta Yayınları, s. 187

eylemler, OECD'nin 2007 yılında hazırladığı 'Kolaylaştırıcı Eylemler Raporu'nda , oligopol piyasalarda, teşebbüslerin faaliyetlerini daha etkin kılmak ve strateji oluşturmak için başvurdukları ve en çok bilgi değişimine yönelik uygulamalar olarak belirtilmiştir[4]. Raporda belirtilen çok önemli bir husus ise, çoğu kolaylaştırıcı eylem uygulamalarının antirekabetçi etkilerinin yanı sıra yüksek rekabetçi etkilerinin de olabileceğinin kabul edilmesidir. Gerçekten örneğin, firmaların, ürün ve satış koşullarının standardizasyonu, maliyetlerini düşürücü bir etkiye ve dolayısıyla daha etkin faaliyet göstermelerini sağlayabileceği gibi alıcılara fiyat güvencesi vermek ve planlama faaliyetlerini kolaylaştırmak amacıyla satış sözleşmelerinde en çok kayrılan müşteri şartına yer vermek veya fiyat değişimlerini piyasaya önceden bildirmek tüketicilerin yararına fiyat planlamasına katkı sağlayabilmekte ve böylece rekabete olumlu etkide bulunabilmektedir. Bu açıdan kolaylaştırıcı eylemlerin rekabete olumlu ve olumsuz etkilerinin dengelenmesi son derece önemlidir.

En temel özelliklerinin, oligopol piyasalarda belirsizlikleri azaltmak veya ortadan kaldırmak ve böylece piyasayı saydamlaştırmak olduğu belirtilen kolaylaştırıcı eylemlerin bu özelliğinin doğal sonucu olarak iki işlevinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan birincisi, kolaylaştırıcı eylemler, işbirliği oluşturulmasının aracı olabilirler; ancak bunun için piyasa koşullarının, koordinasyona uygun olması gereklidir, ki bu piyasanın oligopol piyasa olduğu söylenmektedir. İkincisi ise, kolaylaştırıcı eylemler, teşebbüslerin mevcut işbirliklerinin devamını sağlamak için piyasadaki sapmaları kontrol aracı olarak kullanılırlar. Bu çerçevede, işbirliği oluşturulmasına yönelik kolaylaştırıcı eylemler olarak, bilgi değişimleri, fiyat duyuruları, teslim fiyatlandırması sayılırken, işbirliğinden sapanların tespitine ilişkin kolaylaştırıcı eylemler olarak ise en çok kayrılan müşteri şartı belirtilmektedir[5].

Rekabet ihlaline yönelik değerlendirmelerinde antirekabetçi etkiden çok antirekabetçi amaçları dikkate alınan kolaylaştırıcı eylemlerin, genel olarak bir oligopol sorunu olduğu kabul ediliyorsa da bu kural mutlak olmayıp oligopol özellikte olmayan piyasalarda da kolaylaştırıcı eylem uygulamalarına başvurulabilmektedir.

Kolaylaştırıcı eylemler, firmaların faaliyetlerine/uygulamalarına yöneliktir. Rakiplere stratejilerini oluşturmak konusunda imkan sağlayan ve faaliyetlerini daha etkin bir şekilde yürütmelerine yardımcı olan araçlardır. Kolaylaştırıcı eylemlerin az yukarıda belirtildiği gibi, antirekabetçi etkileri kadar yüksek rekabetçi etkilerinin de olabileceği kabul edildiğinden her vaka, kendi koşullarına

[4] OECD, Facilitating Practices in Oligopolies, 2007, s. 1
[5] Cengiz, s. 187-188

göre değerlendirilmektedir. Çoğu ülkede firmaların işbirliğine yönelik sözleşme veya ileriye yönelik işbirliği faaliyetlerine ilişkin belgelere ulaşılmadığı sürece firmalar hakkında suçlama yapılmamasına dikkat edilmektedir[6]. Keza, kolaylaştırıcı eylemlerin, oligopol bağımlılığın azaltılması, kartel sözleşmelerini azaltma, piyasa belirsizliklerini azaltma ve teşebbüs faaliyetlerinin etkinleştirilmesi fonksiyonlarının olduğu da kabul edilmektedir[7].

ABD'de başlangıçta Sherman Yasası, Bölüm 1 kapsamında bir anlaşmanın ispatında delil olarak başvurulan kolaylaştırıcı eylemlere ilerleyen dönemlerde yeni bir anlam ve misyon yüklenmiştir. Bu kapsamda rakiplerin arasında herhangi bir anlaşma olmadan, bağımsız olarak benimsediği eylemlerin rekabeti ihlal edici sonuçlar doğurması kolaylaştırıcı eylemler teorisi olarak adlandırılarak ilk olarak FTC'nin 1978 tarihli Boise Cascade Corp. vakasında uygulanmıştır[8].

ABD'de, doğrudan FTC Yasası m. 5 kapsamında değerlendirilen tek taraflı kolaylaştırıcı eylem uygulamaları[9] için AB Rekabet Hukuku mevzuatında henüz bir bir düzenleme yoktur. Kolaylaştırıcı eylemlerin anlaşma sayılmayan durumlarda hangi norm içinde müeyyidelendirileceği belirsizdir[10].

Kolaylaştırıcı eylemler içinde en sık başvurulan bilgi değişimleri, teknolojinin ve özellikle sanal alışverişlerin hızlı gelişimine paralel olarak önemini artırmaktadır. Ancak bununla birlikte, rekabet otoriteleri kolaylaştırıcı eylem türleri içinde sıklıkla rastlanan bilgi değişimi kadar diğer eylemleri de aynı önemde inceleme eğilimindedir[11].

B. Tarihçe

Tarihsel gelişimine bakıldığında, ilk kolaylaştırıcı eylem uygulamaları olarak ABD'de War Industries Board'un (Savaş Endüstrileri Kurulu-WIB-) faaliyetlerinden bahsetmek gerekir. 1. Dünya Savaşı sırasında fiyat kontrolü ve üretim planlaması yapan WIB'nin çalışanlarının özel sektörden gelmiş olması nedeniyle bu kurulun kararlarının tamamı özel sektörün menfaatlerine göre şekillenmiştir. Kurul ilerleyen dönemlerde dağılsa da bu uygulamanın faydasını gören özel teşebbüsler, Kurul tarafından yürütülen teşebbüslerarası işbirliği, bilgi değişimi vb. uygulamaların devamını sağlamak için hükümet üzerinde baskı yaratmışlar, hatta o kadar ki bu baskı neticesinde hükümetin teşebbüslere,

[6] OECD, 2007, s. 1
[7] ibid., s. 9
[8] 637 F. 2d 573 (9th Cir. 1980); Kekevi, s. 27
[9] Yelda Onur Yüksel, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Ankara 2004, Rekabet Kurumu Yayınları, Tez, s. 31
[10] Paolo Buccirossi, Handbook of Antitrust Economics, Facilitating Practices, 2008, s. 305
[11] OECD, 2007, s. 1

teşebbüs birlikleri kanalıyla bilgi değiştirmek konusunda tavsiyede bulunmasını sağlamışlardır[12]. Bu gelişme *"*Birlikçilik *(Associationalism)"* akımı ile yükselişe geçmiş ve yüzlerce açık fiyat birliği kurulmasına yol açmıştır. Ancak kurulan Birlikler yalnızca bilgi değişimi ile sınırlı kalmayıp *"*Ahlak Kuralları *(Code of Ethics)"* veya *"*Adil Rekabet Kuralları *(Codes of Fair Competition)"* gibi kavramlar altında teşebbüsler arası rekabetin engellenip , işbirliğini teşvik için tasarlanmış sektörel kuralların yürütülmesine de aracılık etmişlerdir [13]. Ne var ki özel teşebbüslerin bu işbirliği çok uzun sürmemiş, rekabet otoriteleri bu duruma müdahale ederek teşebbüs birlikleri aracılığıyla gerçekleştirilen faaliyetlerinden dolayı teşebbüsler hakkında soruşturma başlatmışlardır. Bu soruşturmalar neticesinde büyük bölünmeler yaşanmıştır.

AB Rekabet Hukuku'na bakıldığında, kolaylaştırıcı eylemlerin ilk kez gündeme gelmesi 1968 tarihli "İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Duyuru"da teşebbüsler arasındaki bilgi değişimine ilişkin temel ilkelerin belirtilmesiyle olmuştur[14]. Duyuru'da , teşebbüsler arasındaki doğrudan veya dolaylı bilgi değişiminin bizatihi kendisi rekabete aykırı görülmemiş ve her bir olayın rekabetçi/antirekabetçi etkilerinin somut olay bazında değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda teşebbüslerin, siparişler, bütçeler, yatırımlar, fiyatlar vb. konularda ayrıntı içermeyen bireyselleştirilmemiş verilerin değişimi Lizbon Anlaşması m. 101[15] (Roma Anlaşması m. 81)'e aykırı görülmemiş ve ayrıca bunun gibi, pazarın durumu hakkında bilgilenmeye yönelik müşterek pazar araştırmaları ya da firmalar ve pazarlar arasında karşılaştırmalı çalışmalar da antirekabetçi etkisi bakımından düşük riskli görülmüştür [16]. Ancak hemen bir piyasa ayrımına gidilerek homojen bir ürünün arz edildiği oligopol piyasalarda bu tür bilgi değişimlerinin dahi rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olabileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, teşebbüslerin pazardaki davranışlarını etkilemek suretiyle aralarında anlaşmayı kolaylaştıracak nitelikteki bilgi değişiminin Lizbon Anlaşması m. 101/1'i ihlal edeceği belirtilmiştir.

Komisyonun 1978 tarihli 7. Rekabet Politikası Raporunda konu tekrar ele alınmıştır. Bu raporda da bilgi değişimleri *per se* rekabete aykırı görülmemiştir. Değişime konu olan bilginin niteliğine göre, istatistiksel nitelik taşıyan, ürün, ülke ya da belirli bir zaman dilimi bazındaki geçmiş faaliyetlere ilişkin bilgiler rekabete aykırı görülmemiş, firmalar bazında faaliyetlerin gösterildiği ayrıntılı bilgi

[12] Kekevi, s.9
[13] ibid., s.9
[14] Kekevi, s. 31
[15] 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanarak Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması (The Treaty of Lisbon) ile Roma Anlaşması m. 81 ve 82 hükümleri m.101 ve m.102 olarak değişmiştir.
[16] Metin İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 118

değişimleri rekabet açısından sakıncalı bulunmuştur. Buradaki temel mantık, değiştirilen bilginin rakiplerin pazar politikalarını açıkça ortaya koymamasıdır. Aksi halde rekabete aykırı sonuçlar doğuracağı kuvvetle muhtemeldir. Bir diğer önemli husus ise, ilgili pazarın yapısına göre bir ayrıma gidilmiş ve özellikle homojen ürünlerin bulunduğu oligopol pazarlarda, diğerlerine göre bilgi değişimi kurallarının daha katı uygulanması benimsenmiştir. Özellikle tek taraflı şeffaflık sağlayan bilgi değişimleri tehlikeli bulunmuştur[17].

Komisyon, ilerleyen dönemlerde birçok kararında özellikle bilgi değişimi konusunu incelemiş, bilgi değişimi üzerine verilerin paylaşılması ilkesini belirlemiştir. Ayrıca, kolaylaştırıcı eylemler, rakipler arasındaki stratejik belirsizlikleri giderirken ve rakiplerin davranışlarını daha verimli koordine ederken nasıl rekabeti kısıtlamaz sorusuna da cevap aramıştır[18].

Rekabet hukuku geçmişi oldukça yeni olan Ülkemizde, kolaylaştırıcı eylemlere ilk olarak bilgi değişimi konusunda, 1998 yılında Kurul tarafından, Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği'ne gönderilen yazılı görüşte yer verilmiştir. İlgili Başkanlık görüşünde, teşebbüslerin miktar verilerine ilişkin bilgi değişimlerinin, çimento pazarı gibi homojen ve şeffaf bir pazarda anti rekabetçi etkilerinin olabileceği belirtilerek, böyle bir pazarda sık ve ayrıntılı bilgi değişiminin, yapay piyasa koşullarının yaratılmasına araç olabileceği kabul edilmiş ve bu sebeple ilgili sektördeki bilgi değişimine bir dizi sınırlamalar getirilmiştir.

II. Kolaylaştırıcı Eylem Nedir?

Hovenkamp, kolaylaştırıcı eylemleri, teşebbüslerin kendi aralarında gizli işbirliğini kolaylaştıracak belirli davranışlar üzerinde açık veya zımni anlaşmaları olarak tanımlamaktadır[19].

ABD'de geçerli temel anlayışa göre, kolaylaştırıcı eylemler, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya dolaylı bir kanıt olarak sınıflandırılmaktadır. Diğer bir deyişle, rekabet otoritesi ancak tarafların fiyatlar veya pazar segmentasyonu üzerinde ortak bir anlayışa sahip olmalarını sağlayan bir ana anlaşmanın varlığını tespit etmek amacıyla, kolaylaştırıcı eylemleri ya da içeriği bir kolaylaştırıcı eylem oluşturan bir anlaşmayı kanıt olarak kullanmaktadır. Bu yaklaşımın diğer bir sonucu da kolaylaştırıcı eylemin bizatihi kendisinin de ikincil bir anlaşmanın parçası olmasıdır. Bu husus özellikle oligopolide, gizli uzlaşmanın hukuki

[17] ibid, s. 118
[18] OECD, 2007, s. 1
[19] H, Hovenkamp, Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and its Practise. St Paul: West Publishing Co.,1994, s. 132

değerlendirmesinde, kolaylaştırıcı bir eyleme (ancak tam olarak tarafların anlaşmasını kolaylaştıracak olanlar dışındaki tüm gerekçeleri dışarıda bırakarak detaylı araştırmaların yapılmış olması koşuluyla) karşı çıkılabileceğini göstermektedir[20]. Öte yandan, Avrupa Rekabet Hukuku'nda bu yaklaşımın aksine, son dönemdeki kararlarında (bunlara İtalyan Rekabet Kurumu'nun önemli katkısı olmuştur*)* kolaylaştırıcı eylemlere doğrudan işbirliğinin yanı sıra tipik birer gizli işbirliği vakası olarak bakılmıştır. Grillo'ya göre bu düşünce, kolaylaştırıcı eylemlere rekabeti kısıtlayıcı amaçları nedeniyle karşı çıkılabileceğine işaret eden bir görev olan, gizli işbirliğinin hukuki değerlendirmesinde yeni, önemli bir rol verecektir[21].

Kolaylaştırıcı eylemler, işbirlikçi görünümü engelleyen veya ortadan kaldıran faktörlerin etkisini azaltmak yahut sınırlamak ve işbirlikçi sonuçları desteklemek amacıyla kullanılan yöntemlerdir[22]. Örneğin aldatmayla kazanılan karın sınırlanması, yaptırım-cezalandırma sisteminin daha etkin çalışmasını sağlamak amacıyla rakiplerin davranışlarının izlenerek aldatmanın daha çabuk tespiti için değişik yöntemler kullanılmasını ve işbirliğinin devamını kolaylaştırır. Bu sebeple, Yao ve Desanti'ye göre; teşebbüslerin kolaylaştırıcı eylemleri uygulamaya başlamaları, teşebüslerin kolaylaştırıcı eylemlerin uygulanmasına ilişkin anlaştıkları şeklinde yorumlanabileceği gibi fiyat tespitine yönelik bir anlaşmanın dolaylı delili de olabilir[23]. Buccirossi ise, anlaşma konusunda Yao ve Desanti'den farklı düşünmektedir. Buccirossi'ye göre bir anlaşma , açık veya zımni, her ne şekilde olursa olsun en az iki tarafın varlığını gerektirmektedir. Bu ise ancak en az iki firmanın katılımı ile yapılan bir kusurlu eylem sonucunda meydana gelir. Eğer bir firma, örneğin en iyi fiyat politikası gibi, sadece kolaylaştırıcı bir eylemi benimsiyorsa bunun davranışı kusurludur ve bir antitröst yasağına konu olabilir. Ancak, bunlardan biri tarafından benimsenen kolaylaştırıcı eylemden etkilendiklerinde, rakiplerinin olası tepkilerini hesaba katarak pazar stratejilerini oluşturan rakiplerinin eylemleri kusurlu değildir. Çünkü sadece oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan herhangi bir rasyonel eyleme kusur yüklenemez. Sadece bir şirket tarafından uygulanan kusurlu bir davranışın var olması, müşterek bir ihlal olan veya böyle kalacak olan bir

[20] M, Grillo, Collusion and Facilitating Practices : A New Perspective in Antitrust Analysis, 2002, 14,. 151
[21] ibid, s. 152
[22] J, Faul, /A, Nikpay, The EC Law of Competition, Oxford University Pres, Second Edition, 2007, s. 31
[23] D.A, Yao/S, DeSanti, Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion, The Antitrust Bulletin, Spring, 1993, s. 120; Zafer Kahraman, Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 86

anlaşmanın doğmuş olması için yeterli değildir[24]. Pazarın koordinasyonu kusurlu bir davranışın sonucunda meydana gelmiş olsa dahi bunun bir anlaşma olarak kabulü mümkün değildir. Yazar, bu görüşünün formalistik yaklaşımı desteklediği şeklinde yorumlanmaması gerektiğini belirterek yine de bazı hallerde iki yönlü oyun öncesi iletişim, firmaların pazardaki davranışlarını koordine etmek için yeterlidir ve iletişim dolaylı bir şekilde ve doğal yollar dışında başka yollardan cereyan etmiş olsa dahi bir anlaşma meydana getirebilir görüşündedir. Bu durumda ise LA, m. 101 veya Sherman Yasası 1. Bölüm hükümlerinin uygulanması kaçınılmazdır. Gerçekten tek taraflı kolaylaştırıcı eylem uygulamalarının ve bunlara bağlı olarak oluşturulan rasyonel teşebbüs davranışlarının anlaşma olarak değerlendirilip-değerlendirilmeyeceğinin çok iyi analiz edilmesi gereklidir.

Buccirossi, kolaylaştırıcı eylemlerin tek taraflı olarak benimsendiği diğer tüm hallerde farklı bir normun uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Gerçekten ABD'de bu husus, bir anlaşmaya dair kanıt aranmasını gerektirmeksizin adil olmayan rekabet yöntemlerini yasaklayan Federal Ticaret Komisyonu Yasası'nın 5. maddesi ile sağlanmakta iken Avrupa Birliği Rekabet Hukuku mevzuatında buna benzer bir düzenleme olmadığı için norm eksikliği mevcuttur ve bu önemli boşluğu kapatmak için bir an evvel gerekli düzenlemenin yapılması gereklidir. Türk Rekabet Hukuku mevzuatında da benzer şekilde buna ilişkin hukuki bir düzenleme yoktur.

Aslında anlaşmanın düşüncesini kısıtlamaksızın, bu anlamı, açık bir anlaşmanın açık şekilde oluşmasının ötesinde genişleterek bazı kaçınılabilir ve zarar potansiyeli olan eylemleri yakalamak için yeterli alan mevcuttur. Bazen zımni anlaşmalar olarak da anılan, daha zayıf işbirliği şekilleri de mevcuttur. Ancak zımni anlaşma ile bir firma tarafından tek taraflı olarak benimsenen eylemler de dahil olmak üzere, sakınılabilir bazı eylemlerden doğan her türlü koordinasyon kastediliyor olsa dahi, anlaşmanın anlamının çok esnek olduğu ileri sürülmektedir[25].

III. Kolaylaştırıcı Eylemlerin Özellikleri

Buccirossi'ye göre, rekabet otoriteleri ve mahkemeler, kolaylaştırıcı eylemlerin varlığını üç farklı bakış açısından inceleme eğilimindedir. Bu da ortaya üç farklı soru çıkarmaktadır:

[24] P, Buccirossi, Facilitating Practices, Advances in the Economics of Competition Law, Rome 23-25 June, 2005, s. 309
[25] ibid, s. 309

- Birincisi, bu eylemleri kullanmaya yönelik bir anlaşmanın AB Lizbon Antlaşması'nın 101.maddesi veya Sherman Yasası 1. Bölümü ihlali anlamına gelip gelmediğidir.
- İkinci soru ise, kolaylaştırıcı eylemlerin, bir anlaşmadan bağımsız olarak benimsenmesinin rekabet hukuku tarafından yasaklanıp yasaklanmadığının veya yasaklanmasının gerekip gerekmediği ve eğer bu sorunun yanıtı evet ise bu yasağın hukuki dayanağının ne olacağıdır.
- Üçüncüsü ise kolaylaştırıcı eylemlerin benimsenmesinin bir gizli uzlaşmaya dair kanıt olup olamayacağıdır.

Bu soruların yanıtı olarak literatürde yer alan temel bulgular şöylece özetlenebilir :

i) Oyunun bilgi yapısını veya oyuncuların kazanma fonksiyonlarını etkileyen eylemler, statik oyunlarda rekabeti yumuşatarak veya sonsuz tekrarlayan oyunlarda gizli uzlaşmaları daha stabil bir hale getirerek, rekabeti kısıtlayıcı etkilere sahip olabilirler.

ii) Kolaylaştırıcı eylemlerin rekabeti kısıtlayıcı etkileri, ancak bazı pazar koşullarının yerine getirilmesi halinde ortaya çıkmaktadır; bunlar gizli işbirliğine zaten açık olan yüksek yoğunlukta pazarlara daha kolay nüfuz etmektedir.

iii) Rekabeti kısıtlayıcı etkiler sadece müşterek bir eylemden kaynaklanmamakta, bunlar kolaylaştırıcı eylemlerin sadece bir firma tarafından tek taraflı olarak benimsenmesinden de doğabilmektedir.

iv) Bazı hallerde kolaylaştırıcı eylemlerin benimsenmesi hakim bir stratejidir.

v) İncelenen tüm kolaylaştırıcı eylemler aynı zamanda bazı verimlilik amaçlarına hizmet edebilmektedir.

Bu sonuçlar, yukarıda ilk iki soruyu yanıtlamak için yeterlidir ancak üçüncü soru için yeterli değildir. Birinci soruyla ilgili olarak anlaşmanın bir veya daha fazla kolaylaştırıcı eylemi uygulamaya koyduğu açık ise, bu eylemin/eylemlerin rekabeti azaltıyor olması halinde anlaşmalar, rekabetin ihlali kapsamında ele alınmalıdır. AB Antlaşması 101. maddesi veya Sherman Yasası, 1. Bölüm kuşkusuz uygulanmalıdır. Ancak burada yapılması gereken tek uyarı, verimlilikle ilgili haklı gerekçelerin varlığı halinde bunun da dikkate alınması gerektiğidir.

Bununla ilgili diğer bir husus ise bu davalarda ispat yükümlülüğünün hangi tarafta olduğudur. Buccirossi, burada mahkeme veya rekabet otoritesinin, rekabeti kısıtlayan olası etkilere neden olan pazar koşullarının yerine getirildiğini kanıtlamak zorunda olduğu görüşündedir. Bu koşul yerine getirildiğinde, yasalara aykırılığın aksi ispat edilebilir karinesi oluşmaktadır. Davalının ispat

yükümlülüğünün, ancak eylemlerin uygulamaya konulmasının verimlilik gerekçesiyle haklı olduğuna ve verimliliğin rekabeti kısıtlayan etkilerden daha önemli olduğuna yönelik iddiaların mevcut olduğu durumlarda ortaya çıkacağını belirtmektedir.

İkinci soruyla ilgili olarak, kolaylaştırıcı eylemlerin bunlara yönelik bir anlaşmanın ortada olmamasına rağmen benimsenmiş olması halinde, rekabet kanunlarının kolaylaştırıcı eylemlere yönelik bir yasağı (haklı bir sebebe bağlı olarak) içermesi gerektiği görüşündedir. Ancak bununla birlikte Buccirossi, kolaylaştırıcı eylemlere yönelik yasağın birçok davada uygulanamayacağını savunmaktadır. Bu görüşüne dayanak olarak da kolaylaştırıcı eylem uygulaması için ortada bir anlaşmanın bulunması gereğini göstermektedir. Bu konuda iki farklı yaklaşım vardır. İlki, bunun anlamı sadece şirketlerin açık bir şekilde ve herhangi bir doğrudan iletişim yolu aracılığıyla davranışlarını koordine etmeye çalışıyor olmasıdır[26]. Diğeri ise anlaşmanın anlamının açık bir iletişim içersin veya içermesin ve/veya ortada hiçbir iletişim bulunmasa dahi her türlü koordinasyonu kapsadığıdır[27]. Mahkemeler tarafından iyice belirlenmiş olan ve birçok akademisyen tarafından da kabul gören görüşe göre, birinci anlam rekabeti zedeleyebilecek bazı işbirliği şekillerini veya gizli işbirliklerini rekabet yasası kapsamı dışında bıraktığından aşırı sınırlandırılmış bir anlam içermekte iken rekabet yasağı daha düşük seviyede bir rekabet dengesine neden olmasına rağmen oligopolistik bağımlılığın tek sonucu olan paralel davranışları kapsamamaktadır. Buccirossi ise, bilinçli paralelliğin neden bir rekabet ihlali oluşturmadığına dair temel sorunun yanıtını, şirketlerin rasyonel kararlar alması gerekliliği olarak açıklamakta ve bunları sakınılabilir veya kusurlu eylemler olarak tanımlamanın imkansız olduğunu belirtmektedir.

Rekabet otoritelerinin ve mahkemelerinin değerlendirmelerinde, kolaylaştırıcı eylemlerin uygulanmasının gizli uzlaşmaya dolaylı bir kanıt oluşturup oluşturmadığı da sorgulanmaktadır. Ancak bu husus, çok açıklıkla cevaplanacak bir konu değildir. İlk olarak, iddia edilen anlaşma kolaylaştırıcı eylemlerin benimsenmesini içeriyorsa, bunun teorik analizinin çoğu vakada kolaylaştırıcı eylemlerin benimsenmesini hakim bir strateji olarak gösterdiğinin kabul edilmesi gerekir. Bu değerlendirme, teşebbüslerin, bunları benimsemek için önce anlaşmış olması gerektiğini hesaba katmamaktadır. İkinci olarak, eğer iddia edilen anlaşma, fiyat sabitleme anlaşması örneğinde olduğu gibi, farklı bir stratejik seçim ile ilgiliyse, o zaman yanıt büyük ölçüde henüz yeterince araştırılmamış olan ampirik bir soruya bağlıdır. Aslında burada mesele, gizli

[26] ibid, s. 310
[27] ibid, s. 310

işbirliği anlaşmasının mevcut olduğu hallerde, bir kolaylaştırıcı eyleme ait gözlemlenme olasılığının daha yüksek olup olmadığıdır. Sadece bu durum sözkonusu ise, bir gizli işbirliği anlaşmasının varlığıyla ilişkilendirmek durumunda olduğumuz gerçekleşen olasılığın bu durumun yasal olmayan bir anlaşmaya yönelik savı destekleyebilmesi için, kolaylaştırıcı eylemlerin uygulanmasının gözlemlenmesi halinde daha yüksek olduğu ileri sürülebilir.

Grillo'ya göre, kolaylaştırıcı eylemleri, rekabet hukukunun ışığında gizli uzlaşmaların merkezi olarak tanımlamak birkaç nedenden ötürü dikkate değerdir[28].

- Öncelikle kolaylaştırıcı eylemler, sosyal "hileli davranışlardır", yani müşterek bir amaca yönelik, yapay olarak tasarlanmış olması gereken bir mekanizmadır. Bu sayede rekabet açısından gayrımeşru davranışların tipik özelliklerine sahip bu gibi davranışlar, anılan davranışlar oligopolistler arasında ortak bir davranışı zorunlu kıldığından, rekabet otoritesinin tam olarak araması gereken davranışlardır[29]. Böyle bir anlayışa, ya yazılı ve açık bir anlaşma ile ya da gizli uzlaşma yoluyla ulaşılabilir. Her iki yol da, iki iyi gelişmiş hukuki konsept aracılığıyla irdelenebileceğinden, kolaylaştırıcı eylemler hukuki açıdan kapsamlı olarak ele alınabilir.
- İkincisi, kolaylaştırıcı bir eylem doğru bir şekilde tanımlandığında, gizli uzlaşmaya tarafsız bir şekilde yardımcı olmaktadır. Hukukçu dilinde, *"gizli uzlaşmayı bulmak bir kolaylaştırıcı eylemin amacıdır"* cümlesi şu anlama gelir; *"Bu gibi bir eyleme, alternatif motivasyonlarından ya da hatta teşebbüslerin kendi uyumlu eylem potansiyellerinin farkında olmasından büyük ölçüde bağımsız olarak hukuken karşı çıkılabilir[30]."*

Kolaylaştırıcı eylemler, firmaların çevre koşullarını öyle bir şekilde değiştirirler ki, her bir firma kendi seçimiyle ilgili problemleri çözerken, bireysel bir karar aracılığıyla kendisini akıllıca hareket ederek bir Nash dengesine adapte etmiş olsa dahi içinde bulunduğu endüstrinin müşterek karların maksimizasyonu stratejisini profiline uygun bir eylem seçmek için uygun teşviklere sahiptir[31].

En az bunun kadar önemli diğer bir husus da, kolaylaştırıcı eylemlerin tasnifidir. Böylece, bunların rekabeti kısıtlayıcı amacı ekonomik analizde sağlam gerekçelere dayandırılmış olması koşuluyla, hukuki kuraldaki oldukça yüksek belirsizliği ortadan kaldırmaya büyük ölçüde yardımcı olacak ve firmalara, hangi

[28] M, Grillo, Collusion and Facilitating Practices, A New Perspectice in Antitrust Analysis, European Journal of Law and Economics, 2002, 14, s. 151 – 169
[29] ibid,, s. 153
[30] ibid, s. 153
[31] ibid, s. 153

eylemlerin rekabet açısından gayrımeşru olduğuna dair sistematik ve güvenli bir tanım sağlayacaktır. Mevcut rekabet hukuku teori ve pratiğinde, böyle bir tasnif üzerinde daha önce kapsamlı bir şekilde hiç çalışılmamış olsa dahi, günümüz ekonomik tartışmalarında, buna Avrupa Rekabet Hukukunu uygulamaya konulmasına yönelik bazı yaratıcı yeni çabaların da teşvikiyle önemli katkılar sağlanmıştır.

Yazar, buna örnek olarak, iki kolaylaştırıcı eylem ile ilgili İtalyan Antitröst Kurumu'nun son kararlarını vermiştir. Otomobil sigortacılığında bilgi paylaşımına yönelik gizli uzlaşma ile ilgili kararda ve benzin üreticileri tarafından perakende satış fiyatlarının aynı seviyede tutulması nedeniyle ilgili bir kararda gizli uzlaşma tespit edilmiştir. Her iki davada da, karşı çıkılan eylemlerin gizli uzlaşma etkilerinin endüstride denge sağlamış olduğuna dair sistematik ve bol sayıda kanıt olmasına rağmen, İtalyan Rekabet Kurumu her iki davada da eylemlerin rekabeti kısıtlayan amaçları yani bir gizli uzlaşma dengesine yol açma potansiyeli taşıdıkları gerekçesiyle kusurlu olduğuna karar vermiştir. Diğer bir deyişle her iki davada da kolaylaştırıcı eylemlerin gayrımeşruluğu, firmaların uyumlu bir pazar dengesi yaratmaya yönelik bilincinden bağımsız olarak ve mevcut koşullar altında bu gibi rekabeti kısıtlayıcı etkilerin gelecek sonuçlarından bağımsız olarak ortaya çıkmıştır[32].

Sadece teoriye dayanarak, bir işbirliğinin varlığına bağlı olarak bir kolaylaştırıcı eylemin var olma olasılığının yüksek veya düşük olduğuna inanmak için hiçbir neden yoktur. Bir yandan, aksi halde başarısız olacak bir gizli işbirliği anlaşmasının devam ettirilmesi için kolaylaştırıcı eylemlerin varlığı yararlı olabilir, bu nedenle, firmaların açık bir şekilde gizli işbirliğine karar vermeleri halinde, bunların bazı kolaylaştırıcı eylemleri de benimsemesi olasıdır. Diğer yandan, yasal olmayan açık bir anlaşmaya girmek istemediklerinden, firmalar gizli uzlaşma dengesine ulaşmak amacıyla kolaylaştırıcı eylemler benimseyebilirler. Bunların ötesinde, açıkça gizli işbirliğinde bulunan firmalar aynı sonuca ulaşmak için kolaylaştırıcı eylemlere başvurmaya ihtiyaç duymayabilirler. Bu durum, firmaların açıkça gizli işbirliğinde bulunması halinde kolaylaştırıcı eylemlerin daha az görülmesi sonucunu doğuracaktır. Yani burada mesele, firmaların, kolaylaştırıcı eylemleri ve aleni gizli işbirliklerini birer tamamlayıcı unsur veya ikame unsuru olark görüp görmediğidir. Bu mesele sadece ampirik olarak çözülebilir ki bu da yeni araştırmaları gerektirecektir[33].

[32] ibid, s. 159
[33] ibid, s. 159

IV. Kolaylaştırıcı Eylemlerin İktisadi Analizi

A. Genel

Sherman Kanunu'nun Bölüm 1'e göre, *"ticareti kısıtlayan her sözleşme, kombinasyon veya gizli anlaşmayı"* kanuna aykırı kabul edilmiştir. Bölüm 1'in en açık uygulandığı alan fiyat tespiti anlaşmaları olup, fiyat tespiti anlaşmalarını yasaklayan bu hüküm ile tüketiciler, rekabet üzeri fiyatlandırmaya karşı korunmak istenmektedir. Ancak oligopoli ekonomik teorisi, aralarında resmi bir anlaşma olmasa dahi bir grup firmanın aşırı rekabetçi fiyatların oluştuğu durumların varlığını göstermektedir[34]. Geleneksel bir yatay fiyat tespit anlaşması, kendi aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla, bir grup firma tarafından faaliyetlerini açıkça koordine etmeye yönelik olarak gösterilen bir çabadır. Bu tür fiyat tespit anlaşmaları uzun süreden beri kanuna aykırı olarak değerlendirilmektedir[35].

Diğer yandan, klasik oligopoli ekonomik teorileri, koordinasyona yönelik açık gayretler yerine, birbirlerine bağımlı oldukları bir çevre dahilinde, kar maksimizasyonuna yönelik olarak firmaların ayrı ayrı davranışlarına da odaklanmaktadır. Tipik oligopoli modeli, her biri hangi seviyede homojen çıktı üretilmesi gerektiğine karar veren, belirli sayıda firma önermektedir. Pazar fiyatı, tüm firmaların toplam çıktısına bağlı olduğundan, firmalardan her biri, rakipleri ile birlikte meydana getirdikleri çıktı ve bu çıktının kendi kararları sonucunda nasıl bir değişime uğrayacağı hakkında varsayımlarda bulunmakta ve firmalar bu varsayımlara dayanarak kendi kar maksimizasyonunun seyrini kendileri seçmektedir[36].

ABD uygulamalarında, firmaların gizli işbirliğine yönelip yönelmediklerinin tespitinde ek faktörlere başvurulmaktadır. Bunlar pazarın oligopolistik özellikte olup olmadığı, teşebbüslerin karşılıklı paralel davranışları için makul bir gerekçelerinin olup olmadığı ve böylece firmalar arasında paralel davranış için haklı ve makul bir gerekçelerinin olup olmadığını ortaya koymaya yöneliktir. Firmaların anlaşmak için makul bir nedene sahip olmaları anlaşma sonucuna ulaşmak için gerekli asgari faktörlerden birisi olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, bu ek faktörün oligopolistik bağımlılığın tümüyle ortaya çıktığı pazar koşulları ile oligopolistik bağımlılığın hiç olmadığı pazar

[34] George, A, Hay, Facilitating Practices : The Ethly Case (1984), s. 182
[35] ibid, s. 183
[36] ibid, s. 183

koşullarında doğrudan fiyat tespitine yönelik bir anlaşma ihtimalini de dışladığı ileri sürülmektedir[37].

B. Karşılıklı Bağımlılık

Oligopol piyasalarda, piyasanın yapısı itibariyle anti rekabetçi etkiler mevcut olup teşebbüslerin rekabetin azaltılması yönünde girişimleri yoktur. Ancak örtülü anlaşma halinde oligopolistik bağımlılıktan farklı olarak teşebbüslerin belli bir anlayış ve işbirliğinin gereği olarak bazı girişimlerde bulunmaları gereklidir. Bu girişimler ise kolaylaştırıcı eylemlerdir. Böylece teşebbüslerin aralarındaki rekabetin azaltılması amacıyla ya da sonucunda rekabetin azalması için bazı kolaylaştırıcı eylemlere başvurmaları halinde bu gizli işbirliğine yönelik paralel davranışların anlaşma olarak değerlendirilmesinin mümkün olacağı belirtilmektedir[38].

Kolaylaştırıcı eylemlerin gerçekleştirilmesine en müsait pazar olarak kabul edilen oligopoller, danışıklı davranışlarla, yani bir sektördeki teşebbüslerin toplumun genel artı değerini feda ederek müşterek karlarını azamiye çıkarmak suretiyle toplumsal refah bakımından olumsuz özelliklerinden ötürü bir takım toplumsal kaygılar taşımaktadırlar[39].

Paralel davranışların oluşmasında teşebbüslerin etkinliğinin tespiti suretiyle, saf oligopolistik paralel davranışları muvazaalı anlaşmalardan ayırmak olanaklıdır. Pazar koşullarının tamamen oligopolistik bağımlılığa uygun olması halinde, sadece teşebbüslerin paralel davranışlarından anlaşma sonucuna ulaşılamayacağı açıktır. Keza, pazar koşullarının oligopolistik bağımlılığa tamamen elverişsiz olması halinde ise, paralel davranışların piyasa yapısının bir sonucu olamayacağı fikrinden hareketle, teşebbüsler arasında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak bu pazar koşulları altında, teşebbüslerin anlaşmaları makul değildir. Ayrıca anlaşsalar bile bu anlaşmanın sürekliliğini sağlayabilmek adına geride açık deliller bırakmak zorunda kalacaklarından uygulamada bu tür pazar koşulları altında sadece paralel davranışları dikkate alarak anlaşma sonucuna ulaşılması pek de mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda, rekabet otoriteleri tarafından, paralel davranışa en duyarlı olması gereken pazarın oligopolistik bağımlılığa kısmen elverişli pazarlar olduğu ileri sürülmektedir. Bu pazarlardaki paralel davranışların, tekrarlanan oyun

[37] Yelda Onur Yüksel, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Yayınları, Tez, Ankara, 2004 s. 35

[38] George, A, Hay, The Meaning Of Agreement Under The Sherman Act: Thoughts From The Facilitating Practises Experience, Review Of Industrial Organization, Vol. 16, 2000, s. 127-128

[39] Grillo,. s.4

modellerindeki gibi piyasa koşul ve uygulamalarından kaynaklanma olasılığı kadar, bir anlaşmadan kaynaklanma olasılığı da bulunacaktır.

Dolayısıyle bu tür pazarlarda, paralel davranış anlaşma sonucuna ulaşmak için tek başına yeterli olmamakla beraber teşebbüslerin gizli anlaşmalara girişmelerinin kuvvetle muhtemel olduğu gerçeği dikkate alınarak, teşebbüslerin tutum ve davranışları, oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurları ortadan kaldırmak amaç ve bilinciyle çeşitli eylemlere (kolaylaştırıcı eylemler gibi) yönelip-yönelmedikleri ve bunların hangi durumda gizli bir anlaşmanın delili ve/veya kendisi olacağı hususu çok iyi analiz edilmelidir[40]. Zira firmalar böyle bir durumda aldatmanın faydalarını düşünerek gizli işbirliğini kolaylaştıran araçlar geliştirirler ve bunu yaparken de gizli işbirliğinin tespiti veya ceza maliyetini yükseltirler[41].

Kolaylaştırıcı eylemler açık ve gizli işbirliklerinin tam ortasında görülmektedir. Karşılıklı bağımlılık ve işbirliğini kolaylaştırma niyeti bu eylemleri rekabet yasaları bakımından sorgulanabilir kılmaktadır. Çünkü bu davranışlar orijinal olarak rekabetçi pazar koşullarını yaratmayı amaçlayabilir. Örneğin işbirliğine girme niyetinde olan tarafların bilgi maliyetini düşürme amacı içinde olması gibi. Kolaylaştırıcı eylemler bir diğer yandan da ortak amacı sağlamak için oluşturulan sosyal, suni yapılardır[42].

Oligopol pazarlarda, pazardaki teşebbüs sayısının antirekabetçi davranışlar üzerinde önemli etkisi bulunmasına karşın, Whish[43] tarafından da belirtildiği şekilde, antirekabetçi davranışları tümden pazardaki teşebbüs sayısına bağlamak doğru bir yaklaşım olmaz. Zira, az sayıda teşebbüsün bulunduğu ve oldukça rekabetçi olan oligopol piyasalar varolduğu gibi, teşebbüsün çok daha fazla sayıda olduğu ancak rekabetçi olmayan piyasalar da vardır. Dolayısıyle oligopolistik bağımlılık problemini sadece bir sayı problemi gibi nitelemek yanlış sonuçlar doğurabilecektir. Bu çerçevede hangi pazar koşulları altında oligopolistik bağımlılığın ve buna bağlı olarak paralel davranışların ortaya çıkacağının belirlenmesi gereklidir. Öte yandan, bu pazar koşullarının teşebbüslerin anlaşmalarını ve uyumlu eylemlere girişmelerini kolaylaştırdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu bağlamda kolaylaştırıcı eylemlerin de sırf oligopol piyasa sorunu olduğunu söylemek çok doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Kolaylaştırıcı eylemler

[40] İkizler, s. 24-25
[41] Şahin, Ardıyok, Comparative Analysis of Collective Dominance, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı : 1, 2007, s. 43
[42] ibid, s. 43
[43] R, Whish, Competition Law, Fourth edition, Butterworths, UK, 2001, s. 26

ile ulaşılan gizli işbirliğinin, az sayıda aktörün bulunduğu oligopollerde gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olmakla birlikte mutlak değildir. Bazen çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda kolaylaştırıcı eylemlere ve özellikle bilgi değişimine başvurulabilmektedır.

C. Pazarın Yapısı ve İşbirliği

Teşebbüsler arası işbirliğinin ortaya çıkmasını kolaylaştıran en önemli faktörlerden birisi ilgili pazardaki yoğunlaşma oranıdır. Şöyle ki; bir pazarda faaliyet gösteren firma sayısı azaldıkça, firmalar arası koordinasyon ihtimali artacaktır. Yoğunlaşma derecesi arttıkça, oligopolistik bağımlılık sonucu ortaya çıkan refah kaybı düzeyi de artacaktır. Az sayıda teşebbüsün davranışlarını koordine etmelerinin daha kolay olduğu gibi bu tip pazarlarda işbirliğinden sapanların tespiti de kolay olacaktır[44]. Zira teşebbüslerin sayısının artması aralarındaki ortak menfaat bilincini de azaltacaktır. Teşebbüslerin ve ürünlerin homojenliği de teşebbüsler arası işbirliğinin sağlanmasında önemli hususlardır. Gerçekten pazar payları, kapasiteleri ve maliyet yapıları birbirine yakın olan teşebbüslerin işbirliği sağlamaları daha kolaydır. Yine pazara giriş engellerinin bulunması da işbirliğini kolaylaştıran bir diğer husustur[45]. Ürünlerin homojenliği ise, teşebbüsler arasında fiyatların koordine edilmesine, karşılaştırılmasına ve bu fiyattan sapmaların hemen ve kolaylıkla tespitine olanak tanır. Örneğin, farklı firmalara ait ürünler arasında kalite farkları bulunuyorsa, koordinasyonun hem ortalama fiyat seviyesini ve hem de fiyat farklarını kapsaması gerekecektir. Satıcıların alıcılara uzaklıklarının farklı ve taşıma maliyetlerinin yüksek olması halinde, işbirliğinin farklı bölgedeki satıcıların maliyet farklılıklarının fiyatlar üzerinde yaptığı baskıyı da gidermesi gerekecektir. Ayrıca karmaşık özellikler gösteren ya da siparişe dayalı üretimin yapıldığı pazarlarda koordinasyon güçleşecektir[46].

Bunlara ilaveten, bir ürünün üretilmesindeki teknoloji seviyesinin yükselmesi, ürünün ve üretimin karmaşıklığından dolayı koordinasyon ihtimalini zayıflatıcı bir etken olarak görülmektedir[47].

Şeffaflık, oligopol pazarlarda son derece önemli bir özelliktir[48]. Öyle ki, pazarın yapısı ve rakiplerin davranışları hakkında tam bir bilgilendirme sağlayan şeffaflık, teşebbüsler arasında herhangi bir açık iletişime gerek olmaksızın bir

[44] Yüksel, s. 38
[45] OECD, Oligopoly, 1999, s. 25-27
[46] ibid, s. 24
[47] ibid, s. 29
[48] Zafer Kahraman, Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 136

koordinasyon kurulması ve bunun sürdürülmesinde faydalı olur[49]. Pazarın şeffaf olması, firmalar arası koordinasyon ihtimalini büyük ölçüde artırıcı etkiye sahiptir. Hemen ifade edelim ki, burada önemli olan fiyat ve arz gibi temel parametrelere ilişkin bilgilerin şeffaflaşmasıdır[50]. Yoksa tüm bilgilerin şeffaf olmasına gerek yoktur. Fiyatlara ve pazar stratejilerine ilişkin şeffaflığın fazla olduğu pazarlarda firmaların koordinasyondan sapan firmaları tespit etmeleri ve karşı strateji geliştirmeleri de mümkün olacaktır[51]. Bu bağlamda bilgi değişiminin pazarın şeffaflaşmasında en çok başvurulan kolaylaştırıcı bir araç olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Gizli işbirliğini ispatlamak, ex-ante ve ex-post soruşturmalarda en önemli konudur. Gerçekten gizli işbirliği olup olmadığı konusunda bir sonuca varabilmek için yoğunlaşma (pazardaki firma sayısı) giriş engelleri, işbirliği yapanların ortaya çıkarılması , işbirliğinden sapanların tespiti önemlidir. Aldatanlar için ağır cezalar uygulanması da başvurulan bir diğer yöntemdir[52].

Pazarın değerlendirmesi yapılırken, pazardaki küçük rakip teşebbüslerin karşı bir rekabet gücü oluşturup oluşturamadığı da dikkate alınması gereken bir diğer husustur. Zira, pazardaki küçük teşebbüslerin aşırı kapasiteye sahip olmaları halinde, büyük teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen fiyat artışlarına üretimlerini artırarak cevap verebilirler ve böylelikle fiyat koordinasyonuna giden teşebbüslerin fiyat artışından kaynaklı kazançları düşer.

Bu belirtilen pazar özelliklerinden her birinin oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkması üzerindeki etkilerinin ayrı ayrı belirlenmesi zor olmakla birlikte Van Gerven ve Varona[53] bunların içinde pazardaki teşebbüs sayısı, ürünlerin homojenliği ve pazar şeffaflığını en etkili pazar koşulları olarak belirtmektedirler.

Pazarın talep yönlü özelliklerine baktığımızda, öncelikle talebin sabit kaldığı veya çok yavaş arttığı doymuş bir pazarda firmalar birbirlerinin pazar payından alarak büyüyebileceklerinden bu pazarlarda koordinayon ihtimali yüksek kabul edilir. Yine talep esnekliğinin düşük olduğu bir pazarda, fiyatta

---

[49] ibid, s. 136; Exxon/Mobil, Case IV/M. 1383, p. 474 ; Gencor, Case T-102/96, ECR (1999) II-753, p. 276; " ilgili pazarda fiyata ilişkin şeffaflık nedeniyle firmalar birbirlerinin pazarlama ve fiyatlama davranışlarından haberdar olmaktadırlar bu da pazarda fiyat paralelliği sonucunu doğurmaktadır." (PMSA-JTI kararı, RK.02-80/937- 385, 24.12.2002, s. 21)

[50] "Fiyat şeffaflığının olmaması fiyat dışı pazarlıklara yol açar ki bu da eşgüdümü zorlaştırır" (Knorr-Bremse/Allied Signal, Case IV/M, 337, p. 45)

[51] OECD, 1999, s. 27; S, Stroux, "Is EC Oligopoly Control Outgoing Its Infancy?", World Competition, Kluwer Law International, 2000, s.10

[52] Ardıyok, s. 44

[53] Gervin, Van Gevren / Edurne Navvaro, The Woodpulp Case and The Future of Concerted Practices, CMLR, Vol.31, 1994, s. 603

meydana gelecek artış toplam hasılatı artıracağından teşebbüsler arası koordinasyon ile pazar payı kaybına uğramaksızın fiyatların antirekabetçi seviyelere çıkması mümkün olacaktır[54].

Firmalar yüksek derecede birbirine bağımlıysa işbirliği yerine rekabet edeceklerinden nasıl emin olunabilir veya rekabet edeceklerini kim garanti edebilir ? İşte bu nokta oligopolinin rekabet hukuku ile karşılaştığı noktadır. Çözümün bir parçası açık işbirliğini kovuşturmak ve ağır yaptırım uygulamaktır ancak yaptırımlar ne kadar ağırsa firmalar o kadar derinden giderler ve delil bırakmazlar[55].

Buradaki soru, gizli işbirliği için uygun koşulları yaratan birleşmeler ve kolaylaştırıcı eylemlerin daha ötesinde bir şey yapılıp yapılmayacağıdır. Bu konudaki klasik tartışma açık işbriliğinin yasaklanması konusundaki, Posner ve ve Turner arasındaki klasik tartışmadır. Şimdi ise sabit fiyat uygulamasına odaklanılmıştır. Rekabet üstü fiyatlandırmanın önüne geçmek için iki önlem vardır. Bunlar i) doğrudan fiyat düzenlemesi ve ii) ödeme merkeziyetçi yapısal politika. Ancak bu konular tartışmalıdır[56].

V. Kolaylaştırıcı Eylem Türleri

A. Bilgi Değişimi

En çok başvurulan kolaylaştırıcı eylem türü olarak öne çıkan bilgi değişimleri, genel olarak, rakip teşebbüslerin rekabete ilişkin kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ticari bilgilerini, birbirlerine karşılıklı açıklamak suretiyle değiştirmeleri olarak tanımlanmaktadır[57].

Aslan, bilgi değişiminin rekabet hukukunun önemli konularından birisi olduğunu belirterek, rakip teşebbüslerin fiyat politikalarına, iskonto oranlarına, vadelerin, zamların, maliyet unsurlarının ve diğer satış şartlarına ilişkin bilgi değişimine dair anlaşmaların rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanabileceğini ifade etmektedir. Aslan'a göre, bilgi değişimine ilişkin anlaşmalara daha çok oligopol piyasalarda rastlanmakta olup, rekabet otoriteleri, pazara giriş olanağının zor olduğu bu piyasalarda teşebbüslerin aralarında satış yöntemleri ve fiyatlarına ilişkin bilgi değişimi anlaşmalarıyla iletişimde olmalarının rekabeti kısıtladığı görüşünü benimsemektedir[58].

[54] OECD, 1999, s. 23; Stroux, s. 11
[55] Ardıyok, s. 45
[56] ibid, s. 45
[57] Kekevi, s. 5; Cengiz, s. 190
[58] Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, 3. Genişletilmiş Baskı, Ekin Kitapevi, 2005, s. 264

Rakipler arasındaki bilgi değişimi, uzlaşmanın bozulup bozulmadığının tespiti açısından da önemlidir. Eksik bilgiye sahip teşebbüsler, piyasadaki olumsuz koşulların talepteki daralmadan mı yoksa rakiplerinin rekabetçi davranışlarından mı kaynaklandığı konusunda emin olamadıkları belirsizlik ortamında aldatma isteği taşırlar. ABD Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında [59], belirsizliğin oligopolün en büyük düşmanı olarak gösterilmesi de bu nedendendir.

Bilgi değişimleri, rakip teşebbüsler tarafından doğrudan yapılabileceği gibi uzman kuruluşlar veya teşebbüs birlikleri aracılığı ile de yapılabilmektedir. Rakip teşebbüslerin kendi aralarında özel iletişim kanalı kurması ile doğrudan yapılan bilgi değişimi, teşebbüs birlikleri veya uzman kuruluşların, rakip teşebbüslere, belirli aralıklarla piyasaya ilişkin bilgi ve verileri toplayarak, istatistik ve raporlama yapmaları suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bilgi değişimlerinin uzman kuruluşlar aracılığı ile yapılmasında hazırlanan istatistik ve raporlar sadece ilgili teşebbüslere gönderilebileceği gibi bazen sektördeki tüm teşebbüslere veya tüketicilere de sunulabilmektedir[60].

Bilgi değişimi çoğu zaman piyasadaki rekabetçi dengenin kurulmasını sağlamaktadır. Tam rekabetçi piyasalardaki ideal rekabetçi denge tam bilgi varsayımına dayandığından, piyasa talebi, endüstrinin kapasite düzeyi ve rakiplerin yatırım planları hakkındaki bilgiler, teşebbüslerin yatırım ve pazarlama stratejilerine ilişkin rasyonel ve etkili kararlar almalarına yardımcı olmaktadır. Bilgi değişimlerinin teknolojik ilerlemelerin ve araştırma ve geliştirme projelerinin gereği olarak da yapılabilmesi de mümkündür. Zira teknolojik know-how'ların yayılması suretiyle bilgi anlaşmaları piyasaya girişleri artırabilmektedir[61]. Bilgi çağı olarak adlandırılan günümüzde, teşebbüslerin bilgi değişimi içinde olmaları, doğru kararlar verebilmeleri, yenilikleri takip edebilmeleri ve mukayese yapabilmelerine imkan sağladığı için son derece önemli görülmektedir.

Bilgi değişimlerinin, yukarıda sayılanlar ve daha birçok olumlu etkilerinin yanında piyasanın saydamlaştırılması suretiyle rekabeti bozucu etkileri göz ardı edilmemelidir. Bilgi değişimleriyle şeffaflaştırılmış piyasalarda, belirsizlikleri içeren rekabetçi ortama geri dönülmesi imkanı ortadan kalkmaktadır. Rakip teşebbüslerin, özellikle fiyat, üretim ve yatırım politikalarına ilişkin bilgileri değiştirmeleri hem rekabeti bozucu nitelikte işbirliği yapılmasını kolaylaştırmakta ve hem de mevcut işbirliğinin hangi rakipler tarafından ihlal edildiğinin tespitine yardımcı olmakta ve böylece işbirliğinden caymaların/sapmaların denetimini sağlamaktadır.

[59] Brooke Group Ltd. v. Brown&Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993)
[60] Cengiz, s. 190
[61] Whish, s. 441, Cengiz, s. 191

Bilgi değişimlerinin rekabeti bozucu etkilerinin olup olmadığının tespitinde, ilgili piyasanın koşulları, değiştirilen bilginin niteliği ve somut olayın diğer özellikleri ölçüt olarak alınmaktadır[62]. Örneğin genel ve soyut istatistiki bilgilerin rekabete zararı olmadığı belirtilmektedir. Bu bilgilerin ürün, bölge, zaman dilimi bakımından detaylandırılması mümkün olmakla birlikte her bir teşebbüsüsün faaliyetlerini alenileştiren ayrıntılar içermemesi gerekmektedir. Genel olarak , rakip teşebbüslerin fiyat politikalarına ilişkin bilgi değişimlerinin antirekabetiçi etkilerinin olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, rakip teşebbüslerin bireysel fiyat düzeyi, indirim, iskonto, fiyat değişiklik dönemlerine ilişkin bilgilerini, fiyat listelerini değiştirmeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu tür bilgilere *"duyarlı piyasa bilgisi"* denilmektedir[63]. Bu açık rekabete zararlı bilgiler dışında antirekabetçi etkilerinin olup-olmadığı konusunda belirsizlik olan ve her bir somut olayın niteliklerine göre değerlendirilmesi gereken bilgiler vardır. Bunlar, rakip teşebbüslerin bireysel piyasa payları, üretimleri ve satışları konusunda bilgi sağlayan istatistiklerin değişimidir. Bu tür bilgilerin sanayide kullanımı çok yaygın olup genellikle uzman kuruluşlar ve teşebbüs birlikleri tarafından yayınlanmaktadır. Değiştirilen bilginin türü ile birlikte ait olduğu zaman dilimi de önem arzeden bir diğer husustur. Geçmiş döneme ait bilginin rekabet üzerinde zararlı etkisi olmaz iken bugüne ve geleceğe ilişkin bilginin antirekabetçi etkiler taşıması mümkün olabilmektedir[64].

Günümüzde bilgi değişimin belki de en yaygın kullanıldığı sanal ortamlar ise her bir ülke tarafından ayrı düzenleme ile denetim ve kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır. B2B (Business –to-Business Electronic Marketplace) adı verilen bu ortamlar, teşebbüslerin internet ortamında ürün ve hizmet alışverişi yapmak için bir araya geldikleri sanal pazar yerleridir. B2B'ler çok sayıda alıcı ve satıcıyı bir araya getirerek teşebbüslerin alım-satım maliyetlerin minumum seviyeye indirgendiği ve bu bağlamda teşebbüslerin etkinlik ve karlılığını artıran, hızlı ve kolay alışverişin yapıldığı sanal ortamlardır. Günümüzde büyük ölçekli alışverişler dahi bu sanal ortamlarda yapılmaktadır. Ancak tüm bu olumlu etkilerinin yanında rekabeti bozucu işbirliklerine olanak sağladıkları için önemli sorunları içermektedirler[65]. Bu sorunlar, rakip teşebbüslerin piyasa politika ve stratejilerine ilişkin bilgilerin yayınlandığı internet ortamına kolay ve hızlı erişilebilirliğe bağlı olarak rekabeti bozucu işbirliklerinin kolayca yapılması ve sürdürülebilirliğinde ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde B2B'lerin sohbet odaları da gizli uzlaşma sağlanması için uygun ortamlar yaratmaktadır. Bu ortamlara

[62] Whish,. s. 442
[63] ibid, s. 442
[64] ibid, s. 442
[65] Cengiz, s. 193, Kekevi, s. 61

kolayca ulaşım sebebiyle işbirliğinden sapanları tespit etmek de aynı kolaylıkta olacaktır. B2B'lerin rekabet otoriteleri için son derece önemli olduğunu vurgulayan Whish'in, *"Açıktır ki, rekabet otoriteleri, internet sohbet odalarının 19. ve 20. yy'ın sigara dumanıyla dolu odalarının (gizli rekabeti bozucu işbirliklerinin yapıldığı odalar) yerini almaları karşısında mutlu olmayacaklardır."*[66] açıklaması konunun önemimini vurgulamaktadır.

B2B'lerin içerdikleri bu sorunlar karşısında, ABD'de FTC 29-30 Haziran 2000'de B2B'lerde yapılan bilgi değişimlerinin rekabeti bozucu etkilerine ilişkin bir çalışma yapmış ve bu B2B'lerin rekabeti bozucu nitelikte işbirliğini kolaylaştırdığını belirtmiştir[67]. Aynı şekilde İngiltere'de Ağustos 2000'de benzer bir çalışma yapılarak bu çalışma sonucu hazırlanan raporda, internet teknolojisinin piyaslardaki saydamlığı ve iletişimi arttırmak suretiyle "işbirliği için ideal bir mikroiklim" potansiyeli oluşturduğu ifade edilmiştir[68].

Teşebbüsler arasında karşılıklı bilgi değişimi anlaşması olmaksızın tek taraflı yapılan bilgi açıklamalarında, başlangıçta rakiplerin gösterecekleri tepkiler belirsiz olduğundan rekabet hukuku açısından müdahaleye değer bulunmamaktadırlar. Keza, bu tip açıklama ve duyuruların tüketiciler açısından da faydası çoktur. Tüketiciler bu açıklamalara göre tercihlerini oluşturmaktadır. Ancak rakip teşebbüslerin bu açıklamalara bağlı olarak karşılıklı paralel davranışlarda bulunmaları durumunda antirekabetçi etkileri ortaya çıkabilmektedir.

B. Fiyat Duyuruları

Teşebbüslerin bağlayıcı olmayan ve çok önceden yapılan duyurularıyla, fiyat artırım/indirim isteklerini duyurmaları, öncelikle rakiplerine ve diğer teşebbüslere bu duyuruya karşı düşünme ve buna karşı strateji geliştirme sonucunu doğurabilecektir. Ancak doktrinde fiyat duyurularının herhangi bir bağlayıcılığı olmayan *"ucuz konuşma (cheap talk)"* niteliğinde olduğu görüşü hakimdir[69]. Fiyat duyurularının bir çeşidi olan fiyat formüllerinin duyurulmasında ise, teşebbüslerin ürünlerin fiyatlarının belirlenmesinde kullanılan yöntem duyurulmaktadır. Fiyat duyuruları ve fiyat formül duyuruları, ilanlarla, broşürlerle, basın veya internet gibi aleni araçlarla yapılmaktadır[70].

Fiyat duyurularının tek taraflı ve bağlayıcı olmayan özelliğinden dolayı ilk başta rekabeti sınırlayıcı ve/veya rekabeti bozucu etkilerinin olmadığı

[66] Whish, s. 443; Cengiz, s. 194, Kekevi, s. 61
[67] Cengiz, s. 194, Kekevi, s. 61-62
[68] Cengiz, s. 194, Kekevi, s. 61-62
[69] Kekevi, s. 4
[70] Cengiz, s. 195

düşünülmekle birlikte bazı durumlarda, belirli piyasa koşullarında rakip teşebbüslerin karşılıklı paralel davranış geliştirmelerine imkan sağladığı düşünüldüğünden rekabet ihlaline sebep olma riski de vardır. Özellikle teşebbüsler arasındaki işbirliksel bir iletişime dayalı karşılıklı paralel fiyat duyurularının rekabeti ihlal edici olduğu düşünülmektedir[71].

Fiyat duyurularının bazen rekabete olumlu etkileri de olabilmektedir. Müşterilere ve özellikle tüketicilere her zaman tek tek fiyat değişikliğinin duyurulmasının mümkün olmadığı pazarlarda önceden yapılan duyurular, tüketicilere plan-program yapabilme ve en doğru ve en karlı fiyattan ürünü satın alma imkanı tanımaktadır. Bu nedenle fiyat duyurularının kolaylaştırıcı eylemler kapsamında yasaklanması yoluna gidilmesine en başta müşteriler/tüketiciler karşı çıkmaktadır[72].

C. Teslim Fiyatlandırması

Teslim fiyatlandırması, talep esnekliğinin düşük olduğu homojen ürünler bakımından, nakliye maliyetlerinin bölge farklılığına bağlı olarak farklılaştırılmasını önleyen ve bu bağlamda nihai tüketici fiyatını eşitleyen ve bu suretle rekabeti bozucu işbirliğini kolaylaştıran bir uygulamadır[73].

Teslim fiyatlandırması sistemlerinde en önemli avantaj bir kere uygulamaya başlandıktan sonra yeni uzlaşmalara gerek kalmaksızın antirekabetçi sonuçların kendiliğinden oluşmasıdır. Bu sistemi benimseyen satıcılar ortak karlarını maksimize edecek şekilde fiyat anlaşmaları yapma olanağına sahip olmakta; üretim merkezlerine yakın konumada bulunan alıcılar ürünü daha ucuza alabilme hakkından yoksun bırakılmakta; baz noktaları etrafında ekonomik yoğunlaşma olacağı için bölgesel gelişmelerde farklılıklar oluşmakta; alıcıların ürünleri fabrika teslim fiyatından almaları ve nakliyeyi kendi imkanlarına göre yapmaları olanaksız kılınmaktadır[74].

Ancak tüm bu yukarıda sayılan olumsuzluklarına rağmen bu sistem zaman zaman oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışlar kapsamında teşebbüslerin karşılıklı davranışlarına akıllıca uyum sağlama olarak değerlendirilebileceği gibi bazen müşterilerin talebi ile de oluşabileceğinden her zaman antirekabetçi sonuçlar doğurmayabilirler. Örneğin küçük bir teşebbüs belirli bir merkezde yoğunlaşan büyük teşebbüslerle rekabet edebilmek için bu merkezi baz noktası kabul edip fiyat belirleyebilmektedir. Bu

[71] Kekevi, s. 4; Cengiz, s. 196
[72] Kekevi, s. 3-4
[73] Cengiz, s. 196
[74] Cengiz, s. 197

durumda rekabet ihlalinden söz edilemez ancak hakim durumdaki bir teşebbüsün fiyat belirlemesi hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirileceği için doğrudan rekabet ihlali sayılacaktır[75]. Sonuç olarak diğer kolaylaştırıcı eylemler gibi teslim fiyatlandırması uygulamasının da somut olay bazında çok iyi tahlil edilerek değerlendirilmesi gereklidir.

D. En Çok Kayrılan Müşteri/Ülke Şartı

En çok kayrılan müşteri şartı, rakipler arasında kurulan uzlaşmanın sürekliliği ve sapmaların kontrol altında tutulması amacına yöneliktir. Bu uygulama ile, bir müşteriye yapılan indirimin diğerlerine de uygulanması ağır maliyet yükü getireceğinden uzlaşmanın çözülmesine yol açabilecek indirimler engellenmektedir. Ayrıca teşebbüsler, indirim yapmamalarına gerekçe olarak maliyet bahanesini kullanabilecekleri gibi olası bir genel indirim halinde uzlaşmadan sapanların kolayca tespitini de yapabilmektedirler. Ancak burada da rasyonel gerekçelerle uygulamanın ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, müşteriler uzun vadeli satım sözleşmelerinde gelecekte ortaya çıkabilecek olası fiyat indirimlerinden yararlanabilmek için haklı olarak bu uygulamayı kabul edebilirler[76]. Dolayısıyle her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi kuralı burada da geçerlidir.

VI. ABD Rekabet Hukuku'nda Kolaylaştırıcı Eylemler

A. Genel

Amerikan Rekabet Hukuku'nda kolaylaştırıcı eylemler, başlangıçta, Department of Justice (DOJ) tarafından Sherman Yasası, 1. Bölüm kapsamında bir anlaşma iddiasına delil olarak kullanılmaktayken, ilerleyen yıllarda Federal Trade Commission (FTC), kolaylaştırıcı eylemlere daha büyük bir anlam yükleyerek; rakiplerin, herhangi bir anlaşma olmadan, bağımsız olarak benimsediği eylemlerin antirekabetçi sonuçların elde edilmesini kolaylaştırması ve bu şekilde FTC Yasası m.5'in ihlali şeklinde değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur. Oligopolistik pazarlardaki paralel davranışlarla mücadelede kullanılabileceği söylenen bu yaklaşım, *"kolaylaştırıcı eylemler teorisi"* olarak adlandırılmıştır. Para ve hapis cezası yaptırımlarını kapsamayan FTC Yasası'nın, 5. maddesi teşebbüslere *"rekabetin tesisi için emir(cease and desist order)"* verilebilmesini olanak sağlamış ve kolaylaştırıcı eylemlere ilişkin pek çok davada kullanılmıştır[77].

[75] ibid, s. 198
[76] Kekevi, s. 6
[77] Kekevi, s. 8

ABD rekabet otoriteleri olan DOJ ve FTC, çoğu kolaylaştırıcı eylem uygulamalarını durum bazında incelemekte ve değerlendirmektedir. Zira aynı eylem bazen çoklu rekabet yani rekabetçi/antirekabetçi içerik ve etkisine de sahip olabilmektedir. Bu nedenle rekabet otoriteleri, teşebbüslere uygulanması gereken yaptırımların belirlenmesinde rekabete yönelik tüm etkilerini dengeleme eğilimindedir.

ABD'de, kolaylaştırıcı eylem uygulamalarının ikiye ayrılarak incelendiğini söylemek mümkündür. Bazı uygulamalar ürünün hasılatı ve fiyatı konusundaki ana unsurları sözleşme üzerinde kolaylaştırıcı etkiye sahiptir. Bir diğer kısım ise rekabeti fiyat unsuru içinde sınırlamaktadır. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa, kolaylaştırıcı eylemlerin bazıları fiyat üzerinde başlangıçta anlaşma yapmayı kolaylaştırıken bazıları da mevcut fiyat düzenlemesini korumaya yöneliktir.

OECD'nin 2007 yılında hazırladığı Kolaylaştırıcı Eylemler Raporu' nda[78], Amerikan Rekabet Kurumları olan FTC ve DOJ kendi bireysel amaç ve etkileri doğrultusunda kolaylaştırıcı eylemleri değerlendirmiştir. Bu kapsamda, bazen kolaylaştırıcı eylemlerin rekabete aykırı olduğu ileri sürülürken bazen de rekabete katkıda bulunan kolaylaştırıcı eylemlere itiraz etmekten kaçınılmaktadır.

ABD rekabet otoritelerinden olan DOJ'un, güçlü bir kanıtın mevcudiyeti halinde sıkı kartel faaliyetine karşı cezai kovuşturma başlattığı belirtilmektedir. ABD rekabet hukukunda *per se* illegal fiyat düzenleme anlaşması; doğrudan kanıtın kaybolması, bilinçli paralellik temeli üzerinde birçok birbirine bağlı uygulama, ayrıntılı kanıt ve davalının kolaylaştırıcı eylem kullanması gibi artı faktörler durumunda ifade edilmektedir.

Rekabet hukuku uygulamasının büyük çoğunluğuna iki ABD davası öncülük etmiştir[79]. Birincisi, *GE-Westinghouse* davası[80], açık ve zımni olmayan bir anlaşmayla ilgili, uzlaşmaya gidilmesiyle sonuçlanmış, bu nedenle mahkemeye intikal etmemiştir. İkinci dava, *Ethly davası*[81] ise Federal Ticaret Komisyonu tarafından FTC Yasası'nın 5.bölümüne dayanarak açılmıştır. Aşağıda bu davalar detaylı olarak incelenmiştir.

B. DOJ Uygulamaları

ABD'de kolaylaştırıcı eylemlerin ilk uygulamaları bilgi değişimi ile başlamıştır. 1912 yılında *A.J.Eddy'nin* yazdığı *"Yeni Rekabet (The New*

[78] OECD, 2007, s. 111
[79] Bucciroosi, s. 317
[80] 1977 Trade Cas. (CCH) 61, 659
[81] 101 F.T.C 425 (1983)

Competition)" kitabında, gizli fiyat indirimlerini ortadan kaldırabilmek için teşebbüslerin fiyat bilgisi değişimi savunulmuştur. Bu yöntem teşebbüsler tarafından da benimsenmiştir. Bu bağlamda yukarıda giriş bölümünde belirtildiği üzere, Birlikçilik Akımı ile birlikte teşebbüslerarası rekabetin engellenip işbirliğini teşvik için çok sayıda açık fiyat birliği kurulmuştur. Ancak rekabet otoriteleri bu duruma müdahale etmişler ve teşebbüs birlikleri aracılığı ile gerçekleştirilen faaliyetlerinden dolayı teşebbüsler hakkında soruşturmalar açılmıştır[82]. İlk karar 1921'deki *American Column&Lumber Co. V. US*'dir[83]. Bu vakada, ABD'deki kereste sektöründe üretim yapan 400 teşebbüs bir teşebbüs birliği kurarak, toplam üretimin 1/3'nü gerçekleştiren 356 teşebbüsün dahil olduğu *"Açık Rekabet Planı (Open Competition Plan)"* ismi altında detaylı bir bilgi değişim sistemi kurmuşlardır[84]. Bu bilgi değişimi, alıcıların kimliğini de gösterir şekilde günlük satış ve nakliye raporları, aylık üretim-stok verileri, değişim tarihleri itibariyle fiyat listeleri, haftalık satış tahminleri gibi detaylı verileri içermektedir. Birlik, bu bilgi değişim sisteminin amacının fiyatları makul şekilde istikrarlı ve normal düzeyde tutmak olduğunu ifade etmiştir. Bu sisteme göre, her bir üye, satış, sipariş ve yüklemelere ilişkin ayrıntılı günlük raporları, üretime ve stoklara ilişkin aylık raporları ve fiyatlar değişecekse her ayın başında yeni fiyat listesini birliğe sunmakla yükümlüdür. Ayrıca birlik tarafından üyelerinin sisteme uyup uymadıklarının denetim ve kontrolü için de bir denetim birimi oluşturulmuştur. Bu denetim çerçevesinde, ilgili rapor ve listeleri doğru olarak sunmayan üyelerin üyelikleri sona erecektir. Mevcut sistemin işlerliğinin sağlanması ve üyelerin çıkarlarının korunmasına yönelik olarak bölgelerde aylık veya haftalık düzenli toplantılar yapılmıştır. Böylece, birlik üyelerinin diğerlerini izlemeleri konusunda açık bir anlaşma içinde olmamalarına rağmen, sistemin doğal sonucu olarak pazardaki en güçlü rakiplerini izlemelerine ve paralel davranışta bulunmalarına yol açmış ve sektördeki rekabet önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Bu uygulama neticesinde fiyatlar ürünlerin türlerine göre bir yıl içinde, %60-&343, %33,3-%296, %55-%181 oranında arttırılmıştır[85].

Gerek Bölge İstinaf Mahkemesi ve gerekse de YM, bu bilgi değişimini Sherman Yasası'nın ihlali saymıştır. Ancak bu ihlalin belirlenmesinde, yukarıda sayılan bilgi değişiminin yanı sıra teşebbüslerin birlik bünyesinde yapılan toplantılarda üretimin kısılmasına ilişkin konuların görüşülmesi ve son tahlilde fiyatların olağan dışı artması da etkili olmuştur.

[82] Kekevi, s. 9
[83] 257 U.S. 377 (1921)
[84] Kekevi, s. 9
[85] Cengiz, s. 204

Ancak ilerleyen dönemlerde YM'nin fiyatı etkileyen tüm anlaşmaları *per se* yasakladığını görüyoruz. Bunun ilk örneği *US v. Socony-Vacuum Oil Co*.[86] kararıdır.

YM, 1960 sonrasına hakim olan yapısalcı akımın etkisiyle , *US. v. Container Corp. Of America*[87] davasında bilgi değişimini yeniden tartışmıştır. Dava konusu olayda, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, ürünün homojen ve talep esnekliğinin az olduğu karton ambalaj endüstrisinde, fiyat paralelliğinin yanı sıra, üreticilerin, en son uyguladıkları fiyatı talep eden rakiplerine bildirmelerini, bazen rakibin fiyatından farklılık olsa da, belirsizlikleri ortadan kaldırdığı ve fiyat stabilizasyonuna yol açtığı gerekçesiyle Sherman Yasası, Bölüm 1'in ihlal edildiğine karar vermiştir.

1970'lerin ortasından itibaren ise *Chicago Okulu'nun* görüşlerinin etkin olduğu görülmektedir. YM'nin 1975 tarihli *US v. Citizens&Southern National Bank*[88] kararında, Container kararındaki Yargıç Potter'ın görüşüne de atıf yapılarak, fiyat bilgisi değişimin tek başına Sherman Yasasının *per se* ihlali olmadığı kabul edilmiştir. Bu karar ayrıca yapısalcı akımın etkisinin sona erdiğini göstermesi açısından da önemlidir. YM, fiyat bilgisi değişiminin tek başına ihlal olamayacağını, bu konunun *rule of reason* kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğini *US v. US Gypsum Co.*[89] kararında da tekrarlamıştır.

1970'lerin ikinci yarısından itibaren Amerikan antitrust mercileri, Stigler'in görüşleri çerçevesinde, düşüncelerini, oligopolistik piyasalarda paralel fiyatlandırmayı kolaylaştıran araçlara yöneltmişlerdir. Bu yönelmede Posner'in, *"oligopolistik piyasalarda rekabetçi seviyenin üzerinde fiyatlandırma kaçınılmaz olmadığına göre, teşebbüslerin uzlaşmalarının sonucudur"* görüşü de etkili olmuştur. Teşebbüsler arasındaki uzlaşmanın geleneksel araçlar yanında iktisadi delillerle de ortaya konabileceğini ileri süren Posner, bu delillere örnek olarak, *"anormal derecede yüksek karlar, uzun süredir değişmeyen pazar payları, aşırı kapasite sorununa rağmen indirim yapılmasının reddi, çok önceden yapılan fiyat duyuruları, fiyatların kamuya açık bir şekilde tartışılması"* saymıştır. Posner'in bu görüşleri, iktisadi delillerin gerek elde edilmesi gerekse de yorumlanmasındaki güçlükler, teşebbüslerin ciddi ölçüde belirsizlik içinde kalması gibi nedenlerle tam olarak kabul görmemiştir. Ancak buna rağmen Posner, Chicago Üniveristesi'nden Stigler'in 1964'de yazdığı ünlü

[86] 310 U.S. 150 (1940); Kekevi, s. 12
[87] 393 U.S. 333 (1969); Kekevi, s. 18
[88] 422 U.S. 86 (1975), Kekevi, s. 20
[89] 438 U.S. 422 (1978); Kekevi, s. 20

"*Bir Oligopol Teorisi (A Theory of Oligopoly)*"[90] makalesini bir ölçüde genişleterek antitrust makamlarının görüşlerinde değişiklik yaratmıştır. Bu değişiklik kolaylaştırıcı eylemlerin bir anlaşma iddiasına delil olarak kullanıldığı *US v. General Electric Co.*[91] davasında ortaya çıkmıştır.

Bu vakada, DOJ, 1960'lı yılların başlarında büyük türbin üreticileri pazarında rekabette ciddi ölçüde azalma yaşandığını gözlemlemiştir. Bunun *General Electric (GE)*'nin 1963 yılında başlattığı ve bir yıl sonra da *Westinghouse* tarafından benimsenen yeni bir fiyat politikası sonucunda gerçekleştiğini iddia etmiştir. İddiaya göre bu yeni politika bir "fiyat koruma" şartı da dahil olmak üzere bazı kolaylaştırıcı eylemler içermekteydi[92]. Şöyle ki;

General Electric(GE)'in benimsediği yeni satış politikasına uygun olarak, *GE*, tüm ürünlerinin fiyatlarını ve bu fiyatların hesaplanma formüllerini gösteren bir kitapçık yayımlamıştır. Ayrıca bir fiyat koruma planı benimseyerek, herhangi bir müşteriye yapılacak indirimden, geçmiş 6 ayda anlaşma yapılan tüm alıcıların da yararlanacağını ve bu çerçevede değişik fiyatların kamuya duyurulacağını açıklamıştır. *GE'*nin bu satış politikası rakibi *Westinghouse* tarafından da benimsenmiş ve bu andan itibaren iki rakip arasındaki fiyat farkı ortadan kalkmıştır. DOJ, yatırım sermayesinin yüksekliği ve ölçek ekonomisi nedeniyle, giriş engellerinin bulunduğu türbin jeneratörleri piyasasında faaliyet gösteren GE ve Westinghouse firmalarının aynı liste fiyatlarını ilan ederek ve uygulayarak aralarındaki fiyat rekabetinden kaçındıklarını iddia etmiştir. DOJ, fiyat kitapçıklarının rakibin fiyatının öğrenilmesine ve buna uygun fiyatın belirlenmesine aracılık ettiğine ve fiyat koruma planının ise, belirlenen fiyatlardan indirim yapılmayacağına dair rakibe verilen güvence olarak değerlendirmiştir.

[90] Kekevi, s. 20, Bu makalede, rakipler arasında bir uzlaşmanın kurulup yürütülebilmesi için üç koşulun gerekli olduğu belirtilmiştir. Bunlardan ilki, uzlaşma unsurlarının açıkça belirlenebilmesi, ikincisi, uzlaşmadan sapanları tespit edecek bir mekanizmanın kurulması ve üçüncü olarak da, tespit edilen bu sapmaların cezalandırılmasına imkan veren mekanizmaların olmasıdır. Eğer bu unsurların üçü birden yoksa firmalar rekabetçi davranışları tercih edecektir. Çünkü her teşebbüs rakibinin güçlü bir aldatma güdüsüne sahip olduğunun farkındadır ve rakibinin bu yöndeki davranışının kendisine maliyeti büyük olacağından rekabetçi fiyatı tercih edecektir. Dolayısıyle, oligopol pazarlarda rekabet seviyesinin üzerinde bir fiyat kaçınılmaz değildir. Stigler'in, Yapı-Davranış-Performans Paradigması'nı eleştiren bu görüşleri Chicago Okulu'nun, dönemin rekabet uygulamalarını sert biçimde eleştirmesine dayanak teşkil etmiştir. Kökeni, 1950'lerde Aaron Director'un Chicago Üniversitesi'nde yaptığı çalışmalara dayanan bu okul, devletin müdahalelerine savaş açmıştır. Bu savaşın merkezinde "etkinlik" kavramı yer almaktadır. Bu kavram çerçevesinde, pek çok konuda *rule of reason* analizine ve *per se* yasallığa vurgu yapılırken, birleşme ve tekelleşme davalarına daha hoşgörülü bakılması gerektiği söylenmiştir.

[91] 1977 Trade Cas. (CCH) 61, 659

[92] Kekevi, s. 21

DOJ, ayrıca *GE'*nin fiyat duyuruları ile *Westinghouse'*a anlaşma için davette bulunduğunu ve bu davetin rakipçe anlaşıldığına dair bazı belgelerin bulunduğunu da belirtmiştir. DOJ'a göre, tüm bu iddia ve deliller ışığında , iki rakip teşebbüs rekabeti ortadan kaldıran bir anlaşma içindedir. *GE* ve *Westinghouse* her ne kadar bu iddiayı kabul etmemiş ve fiyatların aynı olmasını, *GE'*nin fiyat liderliği veya bilinçli paralellikle açıklamışlar ise de davadan vazgeçerek DOJ'la anlaşmayı kabul etmişler ve fiyatlarını rakibe sinyal olabilecek şekilde açıklamama taahhüdünde bulunmuşlardır[93].

Westinghouse ve *General Electric* firmaları arasında herhangi bir anlaşma ya da iletişim bulunduğuna dair bir delilin bulunumadığına işaret eden Hay[94]'e göre, firmalar aynı fiyatı uyguladıklarını kabul etmekle birlikte bu durumun oligopolistik piyasadaki fiyat liderliğinden ve bilinçli paralellikten kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir. Ancak yeni politikanın bu firmalar tarafından paralel bir şekilde uygulanması, aralarında bir anlayış birliği oluşmasına ve fiyat rekabetinden kaçınmalarına olanak vermiştir. Böylelikle iki firma arasında Sherman Yasası'nın 1. Bölümü anlamında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bazı rekabet davalarında, görüşmeler, pazarlıklar ve nihai anlaşma dolaylı iletişim yollarıyla meydana gelmektedir. Bu kapsamda, bilgi değişimi, fiyat düzenleme anlaşmasının bir sonucunu destekleyen kolaylaştırıcı eylem örneğidir. Bu konudaki en önemli dava ise, *US v. Airline Tariff Publishing Co*.[95] davasıdır.

Vak'ada DOJ, sekiz havayolu ve ATP (Uçak Bileti Tarifesi Yayın Şirketi) aleyhinde bilet fiyatlarını ATP uçak bileti yayınlama sistemi üzerinden belirledikleri iddiasıyla bir dava açmıştır[96]. ATP, havayolu şirketleri tarafından kurulmuş bir ortak girişim olup, uçak bileti fiyat verilerini toplayarak yayınlamaktadır. ATP veri tabanı, tüm havayolu şirketlerine ve seyahat acentalarına hizmet veren başlıca bilgisayarlı rezervasyon sistemlerinin erişimine açıktır. Bu veritabanı, havayolu şirketlerinden biri her uçak bileti fiyatı değiştirdiğinde güncellenmektedir. Olayın özü, ATP üyesi olan havayolu şirketlerinin fiyat bilgilerinin diğer tüm havayolu şirketlerinin ve seyahat acentalarının bilgisayar rezervasyon sistemine aktarmasından kaynaklanmıştır. Uygulamanın amacı, ATP üyesi şirketlerin rakiplerin uçağından da yer satıp müşterilerini nihai varış noktasına ulaştırmaktır. Ancak DOJ, bu uygulamanın zamanla, *"first ticketing day (ilk uygulama tarihi-FTD)"* ve *"last ticketing day*

[93] Kekevi, s. 21, Hay, s. 113-115
[94] Hay, G., 2000, s. 115
[95] 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70, 687 (D.D.C. 1994)
[96] Buccirossi,s. 319

(son uygulama tarihi-LTD)" vasitasıyle rakiplerle fiyat tespiti için kullanılmaya başlandığına karar vermiş ve soruşturma açmıştır. FTD, fiyatın hangi tarihten önce kulanılmayacağını; LTD ise, fiyat uygulamasının hangi tarihte sona ereceğini göstermektedir. Bu tarihlerin her ikisinde de, müşterilere karşı bir taahhüt bulunmamakta, şirketler değişiklik yapabilmektedir. Bu sebeple, fiyat artırmak isteyen şirketler, mevcut fiyat için bir LTD ve yeni fiyata ilişkin FTD belirlemektedir. Bu yeni fiyatın rakipler tarafından kabul görmesi halinde, uygulama başlamakta, aksi durumda ise ya fiyat geri alınmakta ya da FTD ertelenip rakiplere düşünmeleri için vakit verilmektedir. İlk fiyat, rakiplerin farklı oranlarda artış yapması halinde buna uygun olarak da değiştirilebilmektedir.

DOJ'a göre sanal platformda oluşturulan bu yapının aynı odada bulunan teşebbüsler arasındaki *"sen fiyatını artırırsan ben de artırırım"* teklifinden bir farkı yoktur. Bu uygulama neticesinde birçok şirket zarar etmiş ve çoğu zaman fiyat artış teklifleri gerçekleşmemiş olsa da, DOJ'un Sherman Yasasının ihlal edildiği iddiasıyla açtığı davada teşebbüslerin her ne kadar fiyat tespiti yapmadıkları savunmasına rağmen anlaşmaları ve FTD kullanımının yasaklanmasıyla sona ermiştir. LTD ise promosyon amaçlı kullanımla sınırlandırılmıştır. Böylece tüketicilere yönelik bağlayıcılığı olmayan fiyat duyurularının yapılması engellenmiştir[97].

C. FTC Uygulamaları

Kolaylaştırıcı eylemlerin, *General Electric(GE)* davasında olduğu gibi, Sherman Yasası, 1. Bölüm kapsamında bir anlaşma iddiasına delil olarak kullanılması her zaman mümkün olmayabilir. Zira böyle bir anlaşmanın tespitinin mümkün olamamasına rağmen teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız olarak gerçekleştirdikleri bazı davranışlarının, piyasada rekabetçi olmayan paralel davranışların oluşmasını kolaylaştırabilmeleri mümkündür. Federal Ticaret Komisyonu (FTC), bu durumda, rakiplerin aralarında herhangi bir anlaşma olmaksızın, bağımsız olarak benimsenen davranışların antirekabetçi sonuçların elde edilmesini kolaylaştırmasını Federal Ticaret Yasası, m.5'in ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu düşüncenin ilk uygulaması olan 1978 tarihli FTC kararı[98] , Bölge İstinaf Mahkemesi tarafından *Boise Cascade Corp. V. FTC*[99] davasında ele alınmıştır. Karara konu vakada, eskiden batı sahilinde faaliyet gösteren bazı kontrplak üreticileri, teknolojik gelişmelerin güneydeki ağaçların da kullanılabilmesine imkan vermesiyle, bu bölgeye taşınmış; ancak alıcılara, nakliye batı sahilinden yapılıyormuş gibi teslim fiyatı uygulamaya devam etmiştir. FTC,

[97] Kekevi, s. 26; Hay, s. 120-122
[98] 91 F.T.C. 1 (1978)
[99] 637 F. 2d 573 (9th Cir. 1980); Kekevi, s. 21

bu uygulamanın, ilk zamanlarda, batı sahilinin ana üretim merkezi olmasından kaynaklandığını kabul etmiştir. Ancak zamanla güney bölgesinin de önemli bir üretim merkezi haline gelmesinin, buradaki satıcılar arasında rekabet başlatarak nakliye bedellerini azaltması gerekirken bu durumun gerçekleşmemesini, bağımsız olarak benimsenen teslim fiyatlandırmasının, güney bölgesindeki üreticiler arasındaki rekabeti ortadan kaldırdığına işaret ederek, Federal Ticaret Yasası'nın 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın iptali için başvurulan Bölge İsitnaf Mahkemesi, teslim fiyatlandırmalarının m. 5 çerçevesinde ihlal kabul edilebilmesi için, en azından gizli bir anlaşmanın varlığının gerektiğini, endüstri çapında kullanımın tek başına yeterli olmadığını belirterek kararı iptal etmiştir. Ancak, kararda, fiyat rekabetinden kaçınmak için fiyatlandırma sisteminin fiyatların tespiti veya stabilizasyonu sonucunu doğurduğunu göstermek zorundadır diyerek FTC'ye açık bir kapı bırakılmıştır[100].

FTC'nin ilke kararlarından olan *Ethly*[101] davasında, FTC tarafından dört kurşun esaslı vuruntu önleyici benzin katkısı üreticisi aleyhinde, bu şirketlerin aralarında resmi herhangi bir fiyat tespit anlaşması yapmaksızın, kendi aralarındaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmayı başardıkları iddia edilmiştir. Kurşun esaslı vuruntu önleyici bileşikler 1920'li yıllardan beri motor vuruntusunu yani benzinin motor silindirlerinde zamanından önce ateşlenmesini, önlemek amacıyla akaryakıtın rafine edilmesinde kullanılmaktadır. 1920'li yıllardan 1948'e dek, *Ethyl Corporation* firması kurşun esaslı vuruntu önleyici bileşiklerin tek yerli üreticisi konumunda olmuştur. Bileşiklere olan talep benzin kullanımının artması ile birlikte yükselmiş, ancak 1948 yılında *DuPont* firması da sektöre girmiş ve önemli bir pazar payı elde etmiştir[102].

1961 yılında *PPG Industries* firması bileşiklerden üretmeye ve satmaya başlamış; onun ardından 1964 de *Nalco Chemical Company* firması gelmiştir. 1974 ile 1979 yılları arasında (bu davayı ilgilendiren dönem) yerli kurşun vuruntu önleyici bileşikler pazarında sadece bu dört şirket var olmuştur. *DuPont*, *Ethyl, PPG* ve *Nalco*'nun pazar payları sırasıyla yüzde 38,4 - 33,5 - 16,2 ve 11,8 olmuştur. O dönemde ABD'ye önemli sayılabilecek miktarda bir ithalat yapılmamıştır. 1973 yılında Çevreyi Koruma Kurumu (EPA) 1975'ten sonra ABD'de üretilen tüm otomobillerin katalitik konvertöre sahip olması zorunluluğunu getirmiştir. Vuruntu önleyici bileşiklerin içerdiği kurşun bu gibi konvertörleri bozduğundan, ABD'de satılan hemen hemen tüm otomobiller kurşunsuz benzin ile çalışmaktadır. Bunun ve alınan diğer önlemlerin sonucunda, kurşun vuruntu önleyici bileşiklerin kullanımı 1 milyon libreyi aşkın miktarda bir

[100] Kekevi, s. 22
[101] 101 F.T.C. 425 (1983)
[102] George A. Hay, Facilitating Practices: The Ethly Case, 1984, s. 182

düşüş göstererek 1980 yılında yaklaşık 400 milyon libre seviyesine gerilemiştir. Talepteki düşüş ciddi anlamda bir atıl kapasite ortaya çıkarmıştır. Bu gibi durumlarda ekonomistler, normalde çok yoğunlaşmış bir rekabet beklemektedirler. Ancak, FTC 1974-1979 döneminde şirketlerin kendi aralarındaki fiyat rekabetini ciddi oranda ortadan kaldırdıklarını ve tekdüze aşırı fiyatlar empoze ettiklerini öne sürmüştür. FTC bunun firmalar arasında yapılan bir anlaşma sonucu olmadığını iddia etmiştir. Bunu daha ziyade, etkin bir fiyat rekabetinin yokluğunda, oligopolistik pazarın yapısına dahil firmaların bazılarının veya tümünün kullandığı bazı özel eylemlere dayandırmak mümkündür. FTC bu eylemlerin yatay rekabetin ortadan kaldırılmasını "kolaylaştırdığını" ve men edilmeleri gerektiğini ileri sürmüştür[103].

Ethly kararında, FTC, benzin katkısı üreticileri *Du Pont, Ethly, PPG* ve *Nalco*'nun bağımsız ve tek yanlı uyguladığı,

i) teslim fiyatlandırması uygulaması,
ii) fiyat artışlarının çok önceden duyurulması,
iii) en çok kayrılan müşteri şartı çerçevesinde, hiçbir müşteriye diğerlerinden daha yüksek fiyat uygulanmayacağı taahhüdü

uygulamalarının, rekabetçi seviyenin üzerinde paralel fiyat oluşumunu kolaylaştırarak, rekabetin önemli ölçüde azalmasına ve FTC, m.5'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. FTC, bu uygulamalara yönelik yaptığı incelemede, *Du Pont ve Ethly'ye* fiyat değişikliklerini 30 günden daha önce duyurmalarını ve sözleşmelerinde en ço kayrılan ülke (müşteri) şartının yer almasını yasaklamış ve müşterilerin talebi halinde üretim merkezi fiyatı ile satış yapılmasını emretmiştir. FTC'nin tüm üyeleri bu uygulamaların, şirketlerin iskonto yapma teşviklerini azaltarak danışıklı işbirliğini kolaylaştırdığı kararına varmışlardır.

Bu kararın iptali için açılan dava Bölge İstinaf Mahkemesi'nde görüşülmüştür[104]. Mahkeme, FTC'nin kararını bozarak, gizli bir anlaşmanın bulunmadığı bir durumda oligopolistik pazarlardaki teşebbüs davranışlarının m. 5 kapsamında yasaklanabilmesi için, en azından;

i) antirekabetçi niyet ya da amacın mevcudiyetinin veya
ii) *bağımsız, hukuki ve rasyonel bir gerekçenin olmadığının gösterilmesi*

gerektiğini söylemiştir. Bu kriterler özellikle kolaylaştırıcı eylemlerin rekabete olumlu katkılarının olup-olmadığı incelemesinde kullanılmaktadır. Nitekim ABD rekabet hukunda kolaylaştırıcı eylemlerin rekabet üzerinde olumlu etkilerinin olabileceği düşünüldüğünden bu eylemler temel olarak "*haklı sebep*

[103] ibid, s. 182-184
[104] 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)

(rule of reason)" analizine tabi tutulmaktadır. Bu nedenle firmaların tek taraflı kararlarıyla veya makul bir gerekçeye dayanarak kolaylaştırıcı eylemlere girişmeleri halinde, paralel davranışlarına rağmen aralarında bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşmak mümkün olmamaktadır[105].

Bölge İstinaf Mahkemesinin görüşüne göre, Federal Ticaret Komisyonu, firmaların bu uygulamaları zımni bir gizli işbirliğiyle benimsemiş olduklarını kanıtlayamamıştır. Bu uygulamalar herhangi bir zaman noktasında rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açmış olsa dahi, Mahkeme böyle bir testin aşırı belirsiz olacağına ve bunun piyasa sistemini karakterize eden hareket özgürlüğüne haksız bir müdahale olanağı sunacağından çekinmiştir[106].

Mahkemece, bu görüş doğrultusunda yapılan incelemede, *Ethly'*nin pazarda henüz hiçbir rakibinin olmadığı bir dönemde dava konusu eylemleri uygulaması ve ardından pazara giren rakiplerinin de bu uygulamaları benimsemesi, bir yandan antirekabetçi amacın yokluğu ve öte yandan da rasyonel bir gerekçe olarak değerlendirilmiştir. Bu esas veriler ve ayrıca iki küçük üreticinin liste fiyatlarından indirim yapmaları, büyük üreticilerin ise fiyat dışı rekabete girişmeleri gibi etkenler de dikkate alınarak *FTC'nin Ethly* kararını iptal etmiştir[107].

Hay[108], Ethly kararında FTC'ye danışmanlık ve tanıklık yapmıştır. Hay'a göre, Ethly kararında ortaya konan iki unsurun varlığı halinde yani diğer bir deyişle kolaylaştırıcı eylemlerin amacı teşebbüsler arasındaki rekabeti engellemek ve bu eylemlerin makul, haklı gerekçesi yoksa, FTC Yasası'na gerek kalmaksızın Sherman Yasası kapsamında teşebbüslerin gizli bir anlaşma içinde olduğu sonucuna ulaşılması gerektiğini düşünmektedir.

FTC'nin son dönem uygulamalarına baktığımızda kolaylaştırıcı eylemleri 5 ana başlık altında değerlendirdiği görülmektedir[109] :

a) Fiyatlandırmada referans noktaları ve anlaşılan unsurlar

Meslek örgütleri bazen ortak fiyat politikası uygulamak suretiyle üyeleri arasındaki rekabeti azaltma yoluna gitmektedir. Bu bağlamda fiyata dayalı birlik yakın değer tablosu veya standartlanmış eylem kodu uygulamaları rekabeti azaltabilmektedir. Ancak buna rağmen bazı durumlarda FTC, çoklu rekabet yararlarının antirekabetçi etkisinden daha baskın geldiğini savunarak bazı

[105] OECD, 1999, s. 205 ; Yüksel, s. 25
[106] Hay, 2000, s. 118
[107] Kekevi, s. 23; Hay, s. 115-118
[108] Hay, 2000, s. 128
[109] OECD, 2007, s. 112-118

kolaylaştırıcı eylem uygulamalarının yasaklanmasına itiraz etmiştir. Buna örnek olarak FTC'nin 1994'de, 68 ülkeden çok dilli konferanslar veya yüksek seviyeli toplantılarda organizasyon servisleri sunan 2500 üyesiyle girişimcilerin gönüllü üyelik ile bağlı olduğu profesyonel bir dernek olan International Association of Conference Interpreters (AIIC) vakasında, AIIC'nin ödeme planlarına, çalışma kurallarına ve fiyat üzerinde taban anlaşmalarını destekleyen diğer uygulamalara itiraz edilmiştir. Mahkeme bu suçlama ve iddiaları kabul etmiş ve fiyat tespiti için fiyat kırmaya yönelik eylemleri kolaylaştırıcı eylem kabul etmiştir. AIIC bu kararı FTC'ye götürmüş; FTC, rekabeti etkileyen ve diğer kesin olmayan fiyat dışı faktörleri reddetmiştir.

Bir diğer vakada, Federal Ticaret Komisyonu 2000 yılında, Winsconsin Chiropractic Derneği'nin (kiropraktik tıp sözlüğünde sinir sistemini düzenlemek amacıyla omurga, kemik ve kaslara müdahale yöntemidir) rekabeti ve üyelerinin arasında fiyatı yükseltmek için ortak dış referansları kullanmayı planlaması şikayetini karara bağlamayı kabul etmiştir. Vaka, 1997'de federal hükümet ve özel sigorta şirketlerinin chiropractic manipülasyonları kullanmak üzere 4 yeni yasayı kabul etmesinden sonra ortaya çıkmıştır. Şikayete göre, yeni kanunların duyurulmasından kısa bir süre sonra, dernek ve yöneticileri yeni kanunlar üzerinde seminerler yürütmüş, üyelerine yeni kanunlara göre uygun bir şekilde fiyatlandırmanın önemini ve WCA'nın görüşünün spinal manipülasyon (bel ağrısı kesiciler) için sunulan Osteopathic hekimlerle aynı seviyede fiyatlandırmayı tavsiye etmiştir. Bu bağlamda Osteopathic fiyatlandırma üzerinde detaylı veriler ve Chiropractic'lerin fiyatlarını bu seviyeye yükseltmesini teşvik etmiştir. Yeni kanunların yürürlüğe girmesinden sonra yapılan bilimsel analiz ile belli alanlardaki üye fiyatlandırması analiz edilmiş ve Chiropractic'lerin bu alanlarda tazmin seviyesinin yükseltilmesinde başarılı oldukları raporlanmıştır. Bu uygulama kolaylaştırıcı eylemlerin faydasına işaret etmek için yapılmıştır. Komisyon, ayrıca yakın değerler tablosuna işaret ederek zamanla gelişimine dikkat çekmiştir. Yakın değerler tablosu, cerrahi ve tıbbi servislerin karşılaştırmalı değerlerini gösteren belli sayıda saptanmış listedir. Bu tablolar, bireysel uygulamalarda ödeme şablonunu oluşturmak için faydalıdır. Ancak muvazaalı uygulamaya da müsaittir. Tablolar fiyatta bir değişme yapmazken, firmaların kurulda açıkça ortaya çıkarılmış fiyatı elde etmek için anlaşmaya varmalarını gerekli kılmaktadır. Komisyon tarafından yapılan ayarlamalar ile çoğu tablo üzerinde yatay fiyat sözleşmelerinin yapılması önlenmeye çalışılmış ve yakın değerler tablosunun üyeler, 3, şahıslar ve kamu kurumları arasında tartışılmasını öngörmüştür.

b) Minimum ifşa edilmiş fiyat anlaşmaları

Minimum ifşa edilmiş fiyat anlaşmaları (veya MAP anlaşmaları) perakendecilerin üreticilerden aldıkları reklam yapma izinlerini kullanımına ilişkindir. Üreticiler, mallarını taşıyan perakendecilere yaygın bir şekilde reklam izni vermiştir ancak bununla birlikte üreticilerin ilanların nasıl yapılacağını tasarlamaya ve fonlarıyla ifşa edilen fiyatları duyurmaya hakları vardır. Çoğu ilanda genelde en düşük fiyat yer almaktadır.

Rekabet otoriteleri, üreticilerin kendi reklam bütçelerinde bunları kullanmalarının suçlanmasına olumlu bakmamıştır. FTC, 1997'de çoğu MAP programının muhtemel etkinlikler ışığında tahlil edilmesi için strateji belirlemiştir. 2000 yılında ise, endüstrideki yerel satışlarından yaklaşık %85 pay alan 5 ana müzik ön-kayıt dağıtıcısı tarafından MAP politikasının geniş uygulanmasını içeren bir davayı karara bağlamıştır. Şikayetçiler bu firmaların, 1995 sonundan 1996'ya kadar önemli ve sıkı MAP kurallarını uyguladığını iddia ettiler. Yeni MAP politikasına göre, herhangi işbirliksel reklam fonu arayan perakendecilerin bunlar sadece perakendeciler tarafından fonlansa bile medya reklamlarında dağıtımcıların minimum reklam fiyatlarına uyması gerekmekteydi. Ayrıca tüm ifşalarda dağıtımcıların minimum fiyatları hesaba katılmalıydı. Sanal olarak fiyatın tek gösterilebilecek şekli ürün üzerinde küçük bir etiketteydi. Ancak şikayetçiler, reklamı çok geniş tanımlayarak, mevcut uygulama ile üreticilerin, perakendecileri MAP altında fiyatlarından tüketicileri haberdar etmesini etkili bir şekilde önlediği gerekçesiyle buna itiraz ettiler. Yapılan inceleme neticesinde üreticilerin MAP programlarına 7 yıl süresince devam etmemesine oybirliğiyle karar verildi.

FTC üyelerinden Thomas Leary, CD MAP davasının pek sık rastlanan bir dava olmadığını da belirterek, bu uygulamanın yatay anlaşmaları kolaylaştırdığını açıklamıştır. 5 üretici tarafından aynı zamanda benimsenen uygulama ile, empoze edilen geniş sınırlamalar, indirilmiş fiyattan dolayı artık reklam yapamayan perakendeciler arasındaki fiyat rekabetini azaltarak üreticilerin menfaatine olarak yüksek perakende fiyatlarına yol açmıştır. FTC raporunda, üretim seviyesinin kronolojik gelişimi gözetilerek bu hususların yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

c) Üstün ulus kuralı

Üstün ulus kuralı, satıcının alıcıya ilerde başka satıcılarla görüşebileceği hususunda satım sözleşmesinde belirtilen bir hükümdür. İsmini uluslararasu gümrük sözleşmelerinden almıştır. Bazı koşullar altında bu kural, rekabetçi fiyat kırmalardan vazgeçmeye vesile olabilir ve böylece kartel fiyatının sürekliliğini kolaylaştırabilir. Çoğu sıradan durumlarda üstün ulus kuralı tehlikesizdir. Hakim Richard Posner, bu kuralı *"alıcıların düşük fiyat için pazarlık yapması için*

standart araçlar" olarak tanımlamıştır. Ancak bazı durumlarda bu kurallar zorlu olabilmektedir. Kartel açısından bakıldığında, üyelerinin aldatma yoluna başvurduğunda aldatma zararını artırarak aldatmaya teşviki azaltabilmektedir. Bu kuralların tüketiciler lehine uygulanması durumunda uygun olduğu belirtilmektedir. Başka bir ifade ile bu uygulamanın tüketiciler lehine kolaylaştırıcı eylem uygulamalarına izin verilmektedir.

d) İfşa üzerine sınırlamalar

Bunlar yanıltıcı ifşa olmadan, hakkın kullanılmasını sınırlandıran sözleşmeleri içermektedir. Fiyat duyurularındaki sınırlamalar, fiyatı belirleyebilecek herhangi bir önceki sözleşmeyi destekleme eğiliminde olacaktır. Fiyat harici duyurulardaki sınırlamalar, bu fiyat dışı konularda rekabetin şiddetini yumuşatma eğiliminde olacaktır ve teşebbüsleri fiyat anlaşmalarının yarışan yararlarından vazgeçirecektir.

Konuyla ilgili bir davada[110] , FTC, Arizona Automobile Dealers Association'ın üyelik anlaşmalarında yanıltıcı olmayan karşılaştırmalı fiyat indirimi duyurularını sınırlamasını, duyuruların alacaklıların varlığını ve süresini içerdiğini iddia eden bir şikayeti incelemiştir. Şikayetçi, motorlu araçların duyurusu bakımından standartlara göre, üyelerin fiyatının diğer teşebbüse göre eşit ya da daha büyük olmasının duyurulmasının yasaklanmasına, çünkü böylece duyuru yapanın fiyatı eşleştirecek, karşılaştıracak veya tazminatını ödeyecek olması konularına itiraz etmiştir. Şikayet, bu sınırlamaları yasaklayan rızai bir anlaşma ile kapatılmıştır.

Duyuru sınırlamaları bazen de tüketici yararına menfaat sağlayabilmektedir. Ama zaman zaman rekabetçi ve tekelci etkileri dengelemek zor olmaktadır. Örneğin, 1993'de FTC, California Dental Association'a[111] karşı yapılan bir şikayeti ele almıştır. Birliğin, ülkedeki 19000 üyesinin %75'i diş hekimlerinden oluşmaktadır. Şikayete göre, Birliğin bazı düzenlemeleri önemli değerlere sahip olan bazı duyuruların yapılmasını (hisse senedi iskontalarını ve mantıklı fiyatlara dikkat prensibini içeren duyurular) ve diş hizmetlerinin fiyat dışı karakteristikleri hakkında önemli bilgileri (kızgın hastalara özel davranış gibi) yasakladı. Komisyon, Birliğin kurallarının yanıltıcı olup-olmadığı ayırt edilmeksizin geniş alanda uygunsuz yasaklar getirdiğine karar verdi. Karar temyiz ile YM'ye gönderildi. YM, nihai olarak kuralın rekabetçi yararlarının tekel tehlikesinden daha üstün olduğunun ve sınırlamaların tüketicinin kafasını karıştıracak fiyat duyurularını engellediğinin ve diş hekimlerini tam ve anlaşılır

[110] OECD, 2007, United States, s. 112
[111] ibid, s. 113

fiyat tarifesi belirlemeye teşvik ettiğinin altını çizerek Komisyon kararını iptal etmiştir.

Duyuruları sınırlayan sözleşmeler bazen antirekabetçi meseleleri arttıran farklı şekiller de alabilmektedir. Bu türlerden birisi, fiyat indirimi duyurularını basan yayınevlerinin boykotudur. Böyle bir davada[112], FTC bir Birliğin tarım aletleri satan bir bayisine dava açmıştır. Yeni tarım aletlerinin fiyatlarını içeren duyuruların basılmamasına karar verilene kadar bu Birliğin üyelerinin bazıları duyurularını bir yönetmelik yaparak gerçekleştirmişlerdir.

Diğer bir vakada[113], bir şehirdeki oto bayilerinin fiyat duyurularını doğrudan kaldırmaktansa tüketicilerin haftasonları sınırlı saatlerde fiyat karşılaştırmaları yapmalarının engellenmesine karar verilmiştir. Böylece alışveriş karşılaştırması çok zorlaştırılmış ve fiyat rekabeti daha az şiddetli olmuştur.

Farklı bir vaka ise, ilgili sektörün etkisi altında devlet kurumları tarafından fiyat duyuruları üzerine sınırlamalar konulması ile ilgilidir. Bu alanda bir şikayet Texas Board of Chiropractic Examiners'e[114] karşı yapılmıştır. Teksas yasalarına göre, Komite eyaletteki yaklaşık 1600 Chiropractic için tek lisanslı kurumdu. Şikayet, tüketicilerin, chiropractic ödemeleri, hizmet ve ürünleri ile ilgili bilgi edinmelerine mani olarak bu şekilde işkolu içinde şiddetli bir rekabet yapılmasına sebep olunmasıydı. Komite, sonuç olarak faaliyetlerinde karşı tarafın izni olmadan diğerinin bir şey yapmamasını emreden mahkeme emri üzerinde anlaştı. Komisyon The Massachusetts Board of Registration in Optomery'ye karşı benzer bir şikayeti de aynı şekilde karara bağlamıştır.

e) Kolaylaştırıcı faaliyetler üzerinde hükümet etkisi

Yukarıda son örnekte görüldüğü gibi, kolaylaştırıcı eylemler bazen devlet tarafından dayatılmış da olabilir. Rekabette devlet sınırlamaları, önemli bir kamu amacı güder ve genelde mantık üzerine kurgulanmıştır. Bunların ayrıca tekelci etkileri de vardır. Ancak bu sebepten dolayı şirket bazlı lobi yapan gruplara ihtiyaç duyulmaktadır. Kolaylaştırıcı eylemler yasadan kaynaklandığı gibi idari düzenlemeler de olabilir. Şöyle ki; bir kısım eyaletler alkollü içecek satan şirketlerin fiyatlarını açıklamasını ve daha sonra bunları belirli bir zaman dilimi için değiştirmemeyi sağlayan "post and hold" kuralını yasalarına geçirmiştir. Bu yüzden yatay sözleşme ile fiyat düzenlemesiyle ilgilenmemişlerdir. Bununla birlikte bu düzenlemeler fiyatları daha yapışkan ve rekabette daha az uyumlu yaptığından kolaylaştırıcı eylemlere yol açmıştır. ABD rekabet hukukunda, eyalet

[112] ibid, s. 114
[113] ibid, s. 117
[114] ibid, s. 118

yasaları vasıtasıyla ortaya çıkan kolaylaştırıcı eylemler, federal anti-tekelcilik zemini üzerinde itiraza alışık değildir. Çoğu "state action"ın genellikle federal anti-tekelci yasaların istenilen kapsamının dışında olduğu düşünülür. Ancak anti-tekelci araçlar kısmen meclis tarafından istense bile teklif edilen kanunun rekabetçi sonuçlarına dikkat çekmeyi istemiş olabilirler.

D. ABD Uygulamalarının Değerlendirilmesi

ABD'de kolaylaştırıcı eylemlerin ilk uygulamalarında, Sherman Yasası, Bölüm 1 kapsamında bir anlaşma iddiasına delil kabul edilerek yasaklanması yoluna gidilmiştir. Ancak ilerleyen dönemlerde ekonomik yaklaşımlara da paralel olarak tek taraflı teşebbüs uygulamalarında anlaşma olmaksızın adil olmayan rekabet yöntemlerini düzenleyen FTC, m.5 kapsamında incelenmiştir. FTC'nin başlangıçta 5. madde kapsamında incelenen kolaylaştırıcı eylemlere çok sıcak bakmadığını ve yatay işbirliğini kolaylaştırdığı gerekçesiyle yasaklanması yoluna gittiği görülmektedir. Buna karşın Bölge İstinaf Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme 5. madde kapsamında yasaklama için FTC kadar istekli olmamıştır. Özellikle *Ethly* Vakasında, FTC m. 5 kapsamında yasaklama için kabul edilen i) antirekabetçi niyet ya da amacın varlığı veya ii) bağımsız, hukuki ve rasyonel bir gerekçenin bulunmadığının gösterilmesi kriterleri halen kolaylaştırıcı eylemlerin rekabete olumlu-olumsuz katkılarının değerlendirilmesinde başvurulan kriterlerdir.

FTC'nin son dönem uygulamalarına baktığımızda, kolaylaştırıcı eylemlerin çoklu rekabet etkileri gözetilerek değerlendirildiği ve çoğu zaman yasaklamaktan kaçınıldığını söylemek mümkündür.

ABD'de kolaylaştırıcı eylemlerin , ana anlaşmanın ikincil içeriği veya anlaşmanın doğrudan veya dolaylı kanıtı olarak değerlendirildiğini söyleyebiliriz. Kolaylaştırıcı eylemler çoğu zaman *rule of reason* kapsamında rekabetçi/antirekabetçi etkileri dengelenerek daha doğrusu rekabetçi etkilerinin yararı gözetilerek yasaklama dışına çıkarılabilmektedir.

DOJ, kolaylaştırıcı eylemleri kartel vakalarından ayrı bir kulvarda değerlendirmektedir. Kartellerle mücadele konusunda sıkı bir politika izleyen ve bu amaçla katı cezai yaptırımların yanı sıra basın açıklamaları ve ilanlara da başvuran DOJ'in kolaylaştırıcı eylemler için cezai yaptırım uygulaması yoktur.

ABD'de 2002 Nisan ayında FTC ve DOJ tarafından müştereken yayınlanmış olan Rakipler Arasında İşbirliğine Yönelik Rekabet Hukuku Rehberi (Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (AGCAC)'nde yararlı içgörüler vardır. Rekabet otoriteleri, geçmiş veya gelecek davranışları hakkındaki rekabetle ilgili hassasiyet taşıyan bilgilerin yayınlanmasından veya

firmaların birbiriyle rekabet etmesini teşvik eden unsurların değişmesinden kaynaklanabilecek işbirliği etkilerini kabul etmektedirler. AGCAC 3.31(b) maddesinde şöyle denilmektedir : *"İşbirliğini kolaylaştıran anlaşmalar bazen bilgi alışverişini veya açıklamaları içerir. Rekabetle ilgili endişeler paylaşılan bilginin yapısına bağlı olarak oluşur. Diğer koşullar aynı kalmak şartıyla fiyat, çıktı maliyetler veya stratejik planlama ile ilgili bilgi paylaşımının rekabetle ilgili endişelere yol açma olasılığı, rekabetin daha az duyarlı olduğu değişkenler ile ilgili bilgilere göre daha yüksektir."* Benzer şekilde, diğer koşullar aynı kalmak şartıyla, mevcut faaliyetler ve gelecek ticari planlar ile ilgili bilgi paylaşımının rekabetle ilgili endişelere yol açma olasılığı, rekabetin daha az duyarlı olduğu değişkenler ile ilgili bilgilere göre daha yüksektir. Bu prensipler bazı davalarda uygulanmıştır. Son olarak *Todd - Exxon* davasında, Bölge İstinaf Mahkemesi, ilgili endüstrinin yapısının yanı sıra bir bilgi alışverişi davasında başlıca hangi etkenlerin dikkate alınması gerektiği konusunu açıklığa kavuşturmuştur. Bunlar

i) alışverişe konu olan bilginin yapısı,
ii) verilerin kapsadığı zaman-dönem,
iii) bilginin özgünlüğü ve
iv) verilerin kamuya açıklanmış mı olduğu yoksa alışverişin sadece şirketler arasında mı cereyan etmiş olduğu hususlarıdır.

Kolaylaştırıcı eylem uygulamaları içinde en sık başvurulan bilgi değişiminin değerlendirmesinde yukarıda belirtilen kriterler gözetilmektedir. Bununla birlikte tüketici menfaatine olması halinde yasaklamaktan özellikle kaçınıldığını söylemek de mümkündür.

VII. AB Rekabet Hukuku'nda Kolaylaştırıcı Eylemler

A. Genel

Kolaylaştırıcı eylemler, AB Rekabet Hukuku'nda ilk olarak 1968 tarihli "İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Duyuru"da teşebbüslerarası bilgi değişiminin temel ilkelerinin belirtilmesiyle gündeme gelmiştir[115]. Bu bildiride, teşebbüsler arasındaki doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleşen bilgi değişiminin bizatihi kendisi tek başına rekabete aykırı görülmemiştir. Her bir bilgi değişiminin rekabet hukuku karşısındaki durumu, rekabete olan etkilerine göre belirlenecektir. Bununla beraber prensip olarak, siparişler, bütçeler, yatırımlar, fiyatlar vb. gibi konularda ayrıntı içermeyen, teşebbüsler bazında bireyselleştirilmemiş verilerin değişimi Avrupa Birliği Anlaşması (ABA), m.101'e aykırı görülmemiştir. Ancak

[115] Commission Notice on Agremeents, Decisions and Concerted Practices in the Field of Cooperation Between Enterprises OJ C 75, 29.7.1968 ve OJ C 84, 28.8.1968

yine de piyasa türlerine göre bir ayrıma gidilerek, homojen bir ürünün arz edildiği oligopol piyasalarda, bu ve buna benzer bilgi değişimlerinin rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olabileceği belirtilmiştir. Yine pazarın yapısı hakkında bilgilenmeye yönelik araştırmalar ya da firma ve pazarlarla ilgili karşılaştırmalı çalışmalar düşük riskli dava grupları olarak değerlendirilmiştir[116]. Özetle, denilebilir ki, teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminin, teşebbüslerin, pazardaki davranışlarını etkileyerek, anlaşmayı kolaylaştıracak nitelikte olması halinde, bu durumun m. 101/1'i ihlal edeceği belirtilmiştir.

Bu duyuru 2001 tarihli "ATA m. 101'in Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin İlkeleri İçeren Komisyon Duyurusu"[117], m. 5 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Duyuru'da bilgi değişimlerine ve uygulamasına dair herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte 1968 tarihli mülga Duyuru ile çelişen hükümlere de yer verilmemiştir.

AB'nin 1968 tarihli Duyuru dönemindeki yaklaşımı, teşebbüslerin paralel davranışlarının tek başına rekabet ihlali sayılmamakla birlikte, konunun detaylı bir pazar analizini ve incelemeyi gerektirdiği yönündedir. Ancak buna rağmen somut olaylarda detaylı pazar analizi yapılmaması ve özellikle iktisadi nitelikte fiyat duyurularına bakarak belirsizliklerin ortadan kaldırıldığından bahisle rekabet ihlali kabul edilmesi eleştirilmiştir. Zira bu tip bir uygulama ile teşebbüslerin oligopolistik fiyatlandırma, iyiniyetli fiyat duyuruları gibi uygulamalarının da rekabet ihlali sayılmasının gündeme geleceği ve böylece amacını aşan bir uygulamanın ortaya çıkacağı belirtilmiştir[118]. AB'nin ilerleyen dönemlerdeki uygulamalarında teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarına dayalı salt paralel davranışların yasak olmadığı belirtilmekle birlikte bilinçli paralelliğin uyumlu eyleme sebep olabileceğinin kabul edilmesi de soru işareti yaratmıştır[119].

Komisyon'un 1978 tarihli 7. Rekabet Politikası Raporu'nda, bilgi değişimi yeniden incelenmiştir. Bu raporda da bilgi değişimi *per se* rekabete aykırı görülmemiştir. Ancak değişime konu olan bilginin niteliğine göre, istatistiksel nitelik taşıyan, ürün, ülke ya da belirli bir zaman içindeki geçmiş faaliyetlere ait bilgilerle, teşebbüslere göre faaliyetlerin gösterildiği ayrıntılı bilgi değişimleri arasında ayrım yapılmış ve ayrıntılı bilgi değişimleri rekabet açısından sakıncalı

[116] Metin İkizler, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 118 vd.
[117] Commission Notice Guidelines on The Applicability of Article 81 of The EC Treaty to Horizontal Agreements, 6.1.2001, OJ-2001, C-3/2
[118] A, Jones, "Wood Pulp : Concerted Practice and/or Conscious Paralellism" ECLR 1993, s. 275; Van Gerven, Gervin / Varona, Edurne Navvaro, The Woodpulp Case and The Future of Concerted Practices, CMLR, Vol.31, 1994, s. 589
[119] Case 172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank [1981] ECR 2001

bulunmuştur. Esas itibariyle, değişime konu bilginin rakiplerin pazar politiklarını, stratejilerini anlaşılır kılması kabul edilmemiştir. İkinci olarak da, pazar ayrımına gidilerek oligopol pazarlarda gerçekleşen bilgi değişimleri daha sakıncalı bulunmuş ve bu pazarlarda bilgi değişimi kurallarının daha sıkı uygulanması benimsenmiştir. En önemlisi de, oligopol pazarlarda hem alıcı ve hem de satıcı yönlerinden pazarı şeffaf hale getirmeyen başka bir ifade ile tek taraflı şeffaflık sağlayan bilgi değişimleri özellikle tehlikeli bulunmuştur[120].

Komisyon ilerleyen dönemde 1999 tarihli 29. Rekabet Politikası Hakkında Rapor'da[121] bilgi değişimlerinin rekabeti bozucu niteliklerinin tespitine ilişkin ölçütlere bir yenisini daha eklemiştir. Yeni ölçüt zamanlamaya ilişkindir. Buna göre, bilgi değişimine konu olayların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçtikten sonra diğer ölçütlere göre rekabeti bozucu niteliğe haiz olsa dahi rekabeti bozucu kabul edilmeyeceğini düzenlemektedir[122].

Tüm bu açıklamaların ardından, bilgi değişiminin rekabeti bozucu kabul edilebilmesi için gerekli olan temel ölçütün, bilgi değişiminin objektif olarak rekabeti bozmayı amaçlaması olarak ifade etmek mümkündür. Ancak bu temel ölçütün belirlenmesinde OECD 2007 Raporu'nda da belirtildiği gibi somut olay bazında ve somut olayın bütün özellikleri kapsamında değerlendirilmesi gereklidir. Doktrinde, Komisyon'un bu ölçütleri benimsemesinin *"per se"* ilkesinin geri plana atılarak *"rule of reason"* ilkesinin kabul gördüğü söylenmektedir[123].

Avrupa Komisyonu'nun son dönem kolaylaştırıcı eylemlere bakışını, "kolaylaştırıcı eylemler rakipler arasındaki stratejik belirsizlikleri giderirken ve davranışlarını daha verimli koordine ederken nasıl rekabeti kısıtlamaz ?" sorusuna cevap bulmak şeklinde özetlemek mümkündür[124]. Bu cevabı ararken de yukarıda belirtilen şekilde piyasa koşullarına bağlı olarak duyarlı bilgi değişimine dikkat çekilmiştir. Komisyon esas itibariyla kolaylaştırıcı eylemlere, örneğin bilgi değişimine yönelik ihlalleri *per se* yasaklamamıştır. Aşağıda incelenen *Asnef-Equifax* vakasında açıkça bu yaklaşımını ortaya koymuştur. Kolaylaştırıcı eylemlerin, mevcut ve potansiyel etki ve sonuçlarının *"de minimis"* kuralı çerçevesinde dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.

[120] İkizler, s. 118
[121] EC Commission, " Twentyninth Report on Competition Policy", Brussels, Luxemburg, 1999, pp. 156-157
[122] Whish, s. 447; Cengiz, s. 247
[123] H.J., Niemeyer, Market Information Systems, ECLR, No 4, 1993, s. 151
[124] OECD, 2007, s. 125

Komisyon özellikle bilgi değişimine yoğunlaşmıştır. Komiyona göre, bilgi değişimi kuralları standart olmayıp çeşitli faktörlere bağlıdır. Bunları, bilgi değişiminin ekonomik ve yasal içerikleri, mal ve/veya hizmetin yapısı ve ilgili piyasanın yapısı olarak özetlemek mümkündür. Piyasanın karakteristik yapısına göre bilgi değişiminin etkileri de değişebilmektedir. Bunlar bilgi değişiminin amaç ve koşulları, seviyesi, paylaşılan bilginin yapısı (genel/gizli; detaylı/özet; güncel/tarihi) olarak ifade etmek mümkündür.

B. Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

AB Rekabet Hukukunda kolaylaştırıcı eylemlere ilişkin değinilmesi gereken ilk vaka *Dyestuffs*[125] vakasıdır. İlgili vakada, Komisyon, AB'nin değişik ülkelerinde faaliyet gösteren on adet anilin boyası üreticisinin çok yakın tarihlerde yaptıkları fiyat artışlarını incelemiş ve fiyat duyurularını birer dolaylı iletişim aracı olarak kabul etmiştir. Komisyon tarafından yapılan incelemede, aynı ürünler üzerindeki fiyat artışlarının aynı oranda ve yakın zamanlı olması ve fiyat duyurularının, iştiraklerine ve temsilcilere gönderilen fiyat talimatlarından ve gizli bağlantılardan kaynaklandığı gerekçesiyle uyumlu eylem yapılarak m. 101/1'in ihlal edildiği kararını vermiştir.

Komisyon bu davada teşebbüslerin fiyat artışına ilişkin olarak iştiraklerine, temsilciliklerine gönderilen talimatları, uyumlu eylemi kolaylaştıran destekleyici delili saymıştır. Avrupa Adalet Divanı, fiyat artışlarının önceden duyurulduğu kanıtına dayanarak Komisyon'un kararını desteklemiştir. ABAD'a gore, yapılan duyurular, pazarın şeffaflığını artırma ve gelecek davranışları hakkındaki belirsizlik ile bağımsız fiyatlama riskini ortadan kaldırma etkilerine sahiptir. Komisyon bu vakada, fiyatların görüşüldüğü ve amaçlanan fiyat artışı tarihlerinin duyurulduğu toplantı kayıtları da dahil olmak üzere, taraflar arasında dolaylı ve dolaysız iletişime dair kanıtlar bulmuştur. Dolayısıyla önceden yapılan fiyat duyuruları, 101. maddenin ihlaline yönelik eylemin tespitinde dikkate alınan tek unsur, tek delil olmamıştır.

Komisyon, hem teşebbüsler arasındaki iletişim delillerine hem de iktisadi delillere dayanarak, bu iki delil türünü bütün olarak değerlendirmek suretiyle karar verirken, ABAD ise, sadece iktisadi delillere dayanarak, paralel fiyat duyurularının ve paralel fiyat artışlarının, oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışlar niteliğinde olmadığını belirterek bunların uyumlu eylem oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Kararın gerekçesinin aksi yorumu ise, oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların rekabeti bozucu kabul edilmeyeceğidir. Bu konuda, ABAD'ın

[125] Dyestuffs (1969) OJ L 195/11

görüşünü, her bir üreticinin rekabet düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde kendi fiyatlarını, rakiplerinin öngörülebilir davranışlarına göre değiştirebilmesinin mümkün olduğu ancak bu uygulamanın rekabet düzenlemelerine aykırı olamayacağı ve teşebbüslerin diğerlerinin fiyatı artırıp artırmayacağı konusundaki belirsizliği yok edecek şekilde bir uyumlu eyleme gidemeyeceği şeklinde özetlemek mümkündür[126].

Dyestuffs kararı, işbirliksel olmayan paralel davranışların, bu kapsamda oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların ve karşılıklı paralel fiyat duyurularının değerlendirilmesine ilişkin ilk ilkeleri de içermektedir. ABAD'ın kararında, teşebbüslerin karşılıklı fiyat artış duyurularının uyumlu eylemi kolaylaştırdığını kabul etmiştir.

ABAD bu kararında, bir taraftan oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların uyumlu eylem kapsamında yer almadığını belirtirken diğer yandan da, tek taraflı bağımsız fiyat duyurularıyla, rekabeti bozucu işbirliksel bir iletişimden kaynaklanan fiyat duyuruları arasında net bir ayrım yapmayarak karışıklığa yol açmıştır. ABAD'ın bu yaklaşımı, oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların kapsamını belirsizleştirmiş; hatta bu kavramı uyumlu eyleme yaklaştırmıştır. Ancak somut olay bazında gerek Komisyon'un ve gerekse de ABAD'ın kararı doğru bulunmuştur[127].

Komisyon'un kağıt hamuru pazarına ilişkin olarak 1984 yılında almış olduğu *Wood Pulp II*[128] kararı ile birlikte , ABAD'ın, Dyestuffs kararındaki belirsizlik süreci sona ermiştir. Komisyon'un Woodpulp II Kararı'nda özetle, pazarda yaşanan fiyat artışlarının, oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralellikle açıklanmasının mümkün olmadığı, üreticiler arasında toplantılar yapıldığına ilişkin belgelerin varlığının ve ileriye yönelik olarak yapılan fiyat açıklamalarının pazarı yapay olarak şeffaf hale getirdiğinden bahisle 41 kağıt hamuru üreticisi arasında bu şekilde dolaylı iletişim kurulduğu belirtilmiş ve üreticilerin ve iki teşebbüs birliğinin 1975-1981 yılları arasında uyumlu eylem içerisinde olduklarına karar verilmiştir. Komisyon, bu kararında ileriye yönelik fiyat açıklamalarını uyumlu eylemin delili kabul etmiştir.

Komisyonun, *Woodpulp II* kararında, uyumlu eyleme ulaşmak için iktisadi nitelikli delillere ağırlık verdiği ifade edilmektedir[129]. Komisyon tarafından yapılan iktisadi analizler neticesinde, oligopolistik özellik göstermeyen pazardaki paralel

[126] Ardiyok, s. 59
[127] Cengiz, s. 236-237
[128] 19.12.1984 Commission ("Wood Pulp II ") 1985 OJ L 85/1
[129] Kekevi, s. 34

fiyat artışlarının, oligopolistik fiyatlanlandırmayla açıklanamayacağı belirtilerek, üretim ve nakliye maliyetleri birbirinden farklı olan çok sayıda teşebbüsün bulunduğu pazarda, uzun zamandır süregelen paralel ve yüksek fiyatların, rakipler arasındaki eş ya da yakın zamanlı fiyat duyuruları ve maddi deliller ile sağlanan iletişimden kaynaklandığı ifade edilmiştir[130]. Komisyon bu kararında, bilgi değişiminin doğrudan 101. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Ancak teşebbüsler Komisyon'un bu kararına karşı ABAD'a başvurmuşlardır. ABAD öncelikle, karşılıklı paralel fiyat duyurularının, oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan tek taraflı ve bağımsız ve/veya işbirliksel olma ölçütlerinin tespiti zımnında ayrıntılı bir pazar analizi yaptırmıştır. Bu çalışmada pazardaki paralel davranışların oligopolistik yapıya dayandığı belirtilmiştir.

Bu analizler neticesinde ortaya çıkan ABAD kararında,[131] Komisyon'un aksine pazarın yapay nedenlerle değil oligopolistik yapısından kaynaklanan doğal nedenlerle şeffaf hale geldiğini ve pazardaki paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik bağımlılık ile açıklanabileceğini belirterek Komisyon'un kararının büyük bir bölümünü iptal etmiştir.

Karara konu olay öğretide farklı yönlerden ele alınmıştır. Buccirossi'nin yorumunda, Komisyon yasal olmayan uyumlu eylem iddiasını desteklemek amacıyla genellikle önceki fiyat duyurularının varlığına dayanarak kırküç kağıt hamuru üreticisini (41 teşebbüs 2 teşebbüs birliği) para cezasına çarptırmıştı. Ancak ABAD, çeyrek yılda bir yapılan fiyat duyurusu sisteminin, kağıt hamuru pazarı uzun vadeli bir piyasa olduğundan ve hem alıcının hem de satıcının ticari risklerini sınırlandırma ihtiyacı gerçeklerine rasyonel bir yanıt oluşturduğundan, meşru ticari amaçlara hizmet ettiğini değerlendirmiştir. Bu nedenle, ABAD bu duyuru sisteminin yapay bir dolaylı iletişim aracı teşkil etmediğine ve 101. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

İlgi çekici bir şekilde Komisyon, dar oligopolistik bir pazarın yokluğunu paralel ticari hareketleri doğal olarak rasyonel olmayan bir kazanç haline getirmesi nedeniyle, parçalanmış pazar yapısının kendi görüş açısını desteklediğini ileri sürmüştür. ABAD bunun yerine pazarın oligopolistik eğilimlerinin fiyat paralelliğini tatmin edici bir şekilde açıkladığı olgusunu dikkate almıştır. Gerçeklere dayanan bir noktanın çelişkili şekilde değerlendirilmiş olmasının ötesinde, burada ilk bakışta çarpıcı gelebilecek sürpriz değerlendirme, pazarın oligopolistik yapısının veya bunun yokluğunun, ekonomik teorinin önerdiğinin

[130] ibid, s. 34
[131] 31.03.1993 - C-89/85 (1993) ECR 1307

tam tersi sonuçlara varıyor olmasıdır[132]. Komisyon için pazarın parçalanmış yapısı gayrımeşruluk iddiasının temelini oluşturmakta iken, buna karşın ABAD'a gore pazarın oligopolistik eğilimleri tarafların gözlemlenen davranışlarını haklı çıkarmaktadır.

Buccirossi bunu, kolaylaştırıcı eylemlerin uyumlu eylem riski konusundaki anlayışımız ile bağdaştırabilmek için, Komisyon'un ve Avrupa Adalet Divanı'nın önceden yapılan fiyat duyurularını sadece kendi bakış açılarında değerlendirmediklerini, bunu daha çok koşullara bağlı olarak açık uyumlu eylemin daha inandırıcı bir şekline kanıt olarak nitelendirdiklerini kabul etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Bu bakış açısının, bir anlaşmadan veya uyumlu bir eylemden kaynaklanmayan tek taraflı kolaylaştırıcı eylemlerin rekabeti kısıtlayan etkilerini doğrudan karşılayacak hukuki bir dayanağa Avrupa Birliği'nin sahip olmadığını yansıtıyor olabilir görüşündedir.

Komisyonun *Yağ Asidi*[133] ve *X/Open Group*[134] kararları bilgi değişimine ilişkin önemli kararlarıdır. Özellikle *Yağ Asidi* kararında bilgi değişimi doğrudan rekabetin kısıtlanması sebebi olarak değerlendirilmiştir. Bir diğer ifade ile kolaylaştırıcı eylem, rekabete aykırı işbirliğinin delili değil, doğrudan sebebi olarak ele alınmıştır.

İlgili vakada, pazarın yaklaşık %60'nı ellerinde tutan üç büyük firma ve 40 kadar küçük firmanın bulunduğu yağ asidi pazarında, %30'un üzerinde bir pazar payıyla lider konumunda bulunan Unilever, 1979 yılında kapasite fazlalığı bulunduğu gerekçesi ile üretimini düşürmeye karar vermiştir. Ancak bu dönemde Unilever'in öncülüğünde, üç büyük firma arasında geçmiş ve geleceğe ilişkin toptan satış tutarları hakkında bilgi değişimine başlanmıştır. Bilgi değişiminin ardından pazarın %60'nı elinde tutan üç büyük firma eş zamanlı ve paralel şekilde ve en fazla Ünilever olmak üzere üretimlerini düşürmüşlerdir. Bu uygulama sonunda, Unilever'in pazar payı diğerlerine oranla azalmakla birlikte üç büyük firmanın toplam pazar payında bir yükselme gerçekleşmiştir[135].

Firmaların bu davranışlarının altındaki sebep kapasite fazlalığının eritilmek istenmesidir. Bunun için küçük firmaların pazar dışına itilmesinin en iyi yöntem olacağı düşünülerek, üç büyük firmanın karşılıklı olarak elde edilen bilgileri dikkatlice analiz edilmiş; birbirlerinin müşterilerini çekmeleri hırsızlık sayılmış ve bunun yerine diğer üreticilerin müşterilerini elde etmeye yönelik faaliyetlere

[132] Buccirossi, s. 317
[133] Fatty Acids, OJ 1987 L3/17
[134] X/Open Group 1987 L3/17
[135] İkizler, s. 118

yoğunlaşılmıştır[136]. Bu şekilde elde edilen bilgiler, sektörün yeniden yapılanmasında, pazar paylarının korunması ve istikrar kazanması için kullanılmıştır[137].

Komisyon'un Yağ Asidi kararı önemli özellikler taşımaktadır. Bunlar;

i) Teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişiminin, pazar paylaşımına ilişkin bir anlaşmayı ortaya koymamakla birlikte rekabeti sınırladığını kabul etmiştir.
ii) Bireysel verilerin değişimi gibi bilgi değişimlerinin m. 101'i ihlal potansiyeli taşıdığı kabul edilmiş ve böylece bir anlamda bunların rekabetin korunmasında kullanılabileceği kabul edilmiştir[138].
iii) Bir diğer önemli özelliği ise, satışlara ilişkin verilerin değişimi için gerçekleştirilen düzenli temasların, aynı zamanda, pazar paylaşımı gibi rekabeti sınırlayıcı diğer konuların müzakere edilmesi için de uygun bir zemin hazırladığının kabul edilmesidir[139].

Komisyon'un ilerleyen dönemlerde rekabet hukuku uygulamalarını sertleştirdiğine ilişkin önemli ve emsal kararı bilgi değişimine ilişkin *UK Tractors*[140] kararıdır. Bu karar OECD'nin 2007 tarihli Raporu'nda da emsal karar olarak incelenmiştir. Komisyon'un bu kararı, 1968 tarihli Duyuru'da ve 1978 tarihli VIII. Rekabet Politikası Raporu'nda belirtilen ilkelerin, rekabeti bozucu bir düzenlemenin veya uygulamanın bir parçası olmaksızın bilgi değişimine yönelik uyguladığı ilk karar olması açısından da önemlidir. Komisyonun rekabet hukuku uygulamalarını sertleştirme çabalarına destek sağladığı bu davada, özetle, İngiltere'de faaliyet gösteren başlıca üretici ve ithalatçıların yaptığı bilgi değişim anlaşmasına ilişkin muafiyet talebi, giriş engellerinin yüksek olduğu yoğunlaşmış pazardaki satış miktarlarına ilişkin detaylı bilgi değişiminin, pazarda şeffaflığı artırarak, teşebbüslerin rekabet güdülerini ortadan kaldıracağı ve pazara girmek isteyen teşebbüslerin hemen fark edilip, yanıt verilmesine imkan sağlayarak giriş engeli yaratacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Şöyle ki; karara konu olayda, 1988'de İngiltere tarımsal makine üreticileri ve ithalatçıları birliği olan Tarım Mühendisleri Birliği (Agricultural Engineers Association "AEA"), traktör piyasasının %87-88 oranında pazar payına sahip olan 8 tarımsal makine üreticisi ve ithalatçısı arasındaki perakende satış ve piyasa

[136] Kühn, K-U/Vives, X; Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition, Brussels-Luxembourg 1995, s. 95
[137] İkizler, s. 118
[138] Kühn/Vives, s. 96
[139] İkizler, s. 119
[140] UK Agricultural Tractor Registration Exchange (17.9.1992) OJ L 68/19.

paylarıyla ilgili bilgileri içeren bir bilgi değişim anlaşmasına muafiyet verilmesi talebiyle bildirimde bulunmuştur.

Esasen bu sistem sektörde 1975 yılından itibaren uygulanan bir sistemdir. Bu sistemin temeli, traktör tescilleri için, traktör üreticileri ve ithalatçıları tarafından özel bir formun doldurulması uygulamasına dayanmaktadır. İlgili forma üretici, model, seri, dağıtıcı, satıcılara ilişkin isim, adres, kod numarası ve posta kodu bilgileri yazılmakta olup bu tescil belgeleri, AEA tarafından Systematics International Group of Companies Ltd (SIL) adlı bir bigisayar bürosu aracılığıyla hazırlanmaktadır.

Komisyon bu vakada öncelikle, her rekabetçinin bilgi değişim sisteminin tespitini kolaylaştıran bilgi değişim sistemini araştırmıştır. Bunu yaparken de, piyasanın yapısı, arz edilen veriler ve değişim konusu bilgilerin yapısını ve AEA'nın düzenli toplantılarını hesaba katmıştır[141]. Zira, 1984'de, bazı bireysel üreticiler tarafından paralel ticarete müdahale edildiği gerekçesiyle yapılan şikayet üzerine başlattığı bir soruşturmada, bilgi değişiminin taraflarının, AEA ve SIL'in bürolarında yukarıda belirtilen bilgilere ilişkin bilgi değişimi uygulamasını tespit etmiştir. Bu bilgi değişimi, her bir teşebbüse ilişkin ayrıntıları içermeksizin sektörün toplam satışlarını, her bir teşebbüsün bireysel satışlarını ve teşebbüslerin model bazında bireysel satışlarını içermektedir. Neticede, haftalık veya aylık aralıklarla düzenli olarak yayınlanan bu bilgiler ışığında firmaların rakipleri tarafından yapılan tüm satışları tespit etmeleri mümkün olmaktadır.

Komisyon tespit edilen bu bilgi değişimini LA, m. 101/I ve m.101/III çerçevesinde değerlendirmiştir. Piyasanın % 80'nin 4 büyük teşebbüsün ve toplam yaklaşık %87-88'nin bunlarla birlikte 7 teşebbüsün elinde olduğunu, ürünün homojen olduğunu, ürünün geniş bir dağıtım ve hizmet ağı gerektirmesi, piyasadaki durgunluk ve marka bağımlılığının varlığı nedenleriyle piyasaya giriş engellerinin yüksek olduğunu ve Birlik dışından önemli bir ithalatın yapılmadığını saptamış, buna dayanarak piyasayı yüksek oranda oligopol bir piyasa olarak nitelendirmiştir. Değişime konu olan bilgilerin arasında ise bireysel teşebbüslerin satış koşullarına ve piyasa paylarına ilişkin bilgilerin bulunduğunu saptamış, buna dayanarak bilgileri ticari sır oluşturan rekabet karşıtı davranışlara duyarlı bilgi olarak değerlendirmiştir[142]. Komisyon ayrıca yüksek yoğunlaşmanın olduğu pazarda artan şeffaflık ve pazara girişin engellenip engellenmediğine de bakmıştır[143].

[141] OECD, 2007, s. 126
[142] Cengiz, s. 250
[143] OECD, 2007, s. 127

Tüm bu değerlendirmelerin ışığında, sözkonusu bilgi değişiminin, yüksek yoğunluktaki piyasa koşullarında, piyasayı yapay olarak şeffaflaştırdığını, bilgi alışverişine konu olan bilgilerin gizliliği ve hem coğrafi hem de dönemsel olarak yüksek seviyede veri ayrışım nedenleriyle rekabeti kısıtladığını ve teşebbüslerin tek taraflı ve bağımsız hareketini imkansız kıldığını ve küçük teşebbüslerin piyasaya girişini engellediği gerekçeleriyle muafiyet talebini reddetmiştir.

Komisyon'un bu kararı doğrudan bilgi değişiminin yasaklanmasına ilişkin ilk karar olması sebebiyle oldukça önemlidir[144].

Ancak kararın yayınlanmasından sonra, öğretide bazı yazarlar[145] tarafından, karardaki ifadelerin, Komisyon'un oligopolistik piyasalardaki satış koşullarına ve ürün, bölge veya zaman periyodları bakımından parçalanan piyasa paylarına ilişkin ayrıntılı bilgi değişimini *per se* ihlal gördüğü gibi bir anlamın çıktığını, Komisyon'un somut olay bazında mevcut bilgi değişiminin ihlal oluşturduğu değerlendirmesinin doğru olduğunu, ancak iktisat biliminin verilerine göre bilgi değişimlerinin, *per se* ihlal oluşturacağının kabulünün yanlış olduğunu, bunun somut olayların özelliklerine göre ayrıntılı analizlerle değerlendirilmesi gerektiğini, bilgi değişimlerinin bazı durumlarda bilakis rekabeti arttırıcı işlev görebileceklerini, bazı durumlarda da *rule of reason* ilkesi gereği haklı olarak değerlendirilmeleri gerektiğini ifade etmişlerdir. Nitekim Komisyon bu kararı yayınladıktan çok kısa bir süre sonra, bir Basın Duyurusu[146] yayınlayarak, aynı sonuçların daha fazla rekabetçi olan bir otomotiv piyasasında zorunlu olarak ortaya çıkmayabileceğini ifade ederek, per se bir yaklaşım içinde olmadığını bildirmiştir[147].

Hem bidayet mahkemesi (Court of First Instance)[148] ve hem de Adalet Divanı (ECJ)[149] Komisyon'un kararını onamıştır. Avrupa Adalet Divanı, bilgi alışverişi sisteminin pazarın işleyişi açısından belirsizliği azalttığını veya ortadan kaldırdığını ve sistemin bu nedenle üreticiler arasındaki rekabeti olumsuz etkilediğini belirtmiştir.

Komisyon'un bundan önceki kararlarında, bilgi değişimi, her zaman fiyat tespiti, arz kontrolü gibi üst anlaşmaların parçasıyken, UK Tractors'da ilk kez tek başına doğrudan bilgi değişimi yasaklanmıştır.

---

[144] ibid, s. 127
[145] Whish, s. 446; Niemeyer, s. 155
[146] Commission Pres Release IP/92/148, 4 March 1992
[147] Cengiz, D. s. 251
[148] (CFI) Case T-35/92 etc. John Dere ltd. v. Commission (UK Tractors) {1994} ECR II-957)
[149] Case C-7/95P etc. John Dere Ltd. v. Commission (UK Tractors) [1998] ECR I-3111)

Avrupa Komisyonu'nun, OECD'nin 2007 tarihli raporunda yer verilen 2006 Kasım tarihli *Asnef-Equifax*[150] kararında, rekabeti ihlal etmeksizin, potansiyel borçluların kredi durumlarına ilişkin teşebbüsler arası bilgi değişimine ilişkin şartları belirlemektedir. Bu karar, katı kartel dışında fiyatsız bilgi değişimine ilişkin çok nadir bir karar olmasıyla da önemlidir.

Bu vakada, İspanya'da *Ausbanc* (banka kullanıcılarının haklarını temsil eden kurum) ile *Asnef-Equifax* (finansal organizasyon) arasında bir sorun yaşanmıştır. Şöyle ki, *Asnef-Equifax,* kredi ve borç temini söz konusu olduğunda, müşterilerinin riskini en aza indirmesi için kredi alacaklısının borç ödeme kapasitesi ve kredi durumuna yönelik olarak üyelerinin bilgi değişimi yapabilmesi için bir tür "kayıt" yapan bir kuruluştur. Bu kayıt, kimlik bilgisi, borçlunun ekonomik durumunu içerdiği gibi iflası ve ödeme gücünün ortadan kalkması durumlarını da takip ediyordu. İspanya rekabet otoritesi bu kayıt kuruluşunun 5 yıllık zaman için m. 101'den muaf tutulduğunu açıklamıştır. Bu kapsamda kayıt kuruluşu tüm ilgili kurumlara, eşitlikçi temelde ve kredi verenin kimliği açıklanmayacak şekilde, ifşa edilmediği sürece açık olmuştur.

Ama *Ausbanc* başarılı bir şekilde , İspanya Ulusal Mahkemesinden önce potansiyel borçluların kredi bilgilerine yönelik bilgi değişiminin rekabeti ihlal ettiğini iddia etmiş ve sonuç olarak *Asnef-Equifax* İspanya Yüksek Mahkemesine temyiz başvurusunda bulunmuştur. Vaka, bilgi değişimi ve tüketici yararı unsurları üzerinden m. 101 (1) ve m. 101 (3) kapsamında incelenmek üzere İspanya Mahkemesi tarafından ATAD'a gönderilmiştir. ATAD tarafından,

- İlgili pazarda yüksek yoğunlaşmanın olmadığı,
- Sistemin kredi verenlerin tespitine izin vermemesi ve
- Finansal kurumlar arasında dışlayıcı olmadığı

hususların tespiti ile, olay bazında tüm pozitif ve negatif etkilerin m. 101 (3) kapsamında dengelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna gerekçe olarak ise, m. 101(3)'ün bir amacının da tüketici yararı olması gösterilmiştir. ATAD'a göre, bu sistemde kredi başvuruculari artan faiz oranları ile yüzleşmekte, başvuruları reddedilse bile bu adil koşullarda piyasanın doğası gereği olmaktadır.

İtalya Uygulamaları:

İtalyan Rekabet Kurulu, rekabete aykırı amaçları olduğu gerekçesiyle kolaylaştırıcı eylemler hakkında son dönemde iki sözleşmede yasaklama kararı

[150] Asnef-Equifax (2006) Case C-238/05; OECD, 2007, s. 125-126

vermiştir[151]. Bunlar tekrarlı satışlarda fiyat sabitleme düzenlemesi[152] ve bilgi paylaşımına dair sözleşmedir[153].

Otomobil sigortacılığı sektöründe bilgi paylaşımına dair kararında[154], otomobil sigortacılığı anlaşmalarında, diğer ikincil öneme sahip hususların yanı sıra, hem toplanmış hem de bireysel verilerin bilgi paylaşımı uyumlu eylem kabul edilmiştir.

İlgili kararda, soruşturma konusu pazarda toplanmış veriler, diğer bilgilerin yanı sıra, sigorta poliçelerinin satış ciroları hakkında, İtalyan illeri bazında kaza istatistikleri hakkında ve de sigortalı ile sigortalayan arasında standart iletişim şartları hakkında veriler içermektedir. Bu gibi toplanmış veriler, Avrupa rekabet düzenlemeleri kapsamında sağlanan istatistiklere göre sigorta şirketleri tarafından yasal olarak paylaşılabilen türdeki bilgilerin sınırını aşmaktadır (bu bilgiler zaten ISVAP İtalyan Endüstri Düzenleyici Kuruluşu tarafından sağlanmaktadır)… Rekabet hukuku açısından daha önemli olan husus ise, bireysel firmaların çok fazla sayıda risk türü bazında uyguladıkları cari fiyatları içeren bireysel bilgi alışverişidir.

Riskler dokuz farklı boyutta sınıflandırılmakta olup (yani maksimum sigortalanmış değer, otomobilin türü, otomobilin yaşı, sigortalının önceki kazaları, ikameti, cinsiyeti, yaşı, ehliyetini kullanmış olduğu süre ve mesleği), bunlardan her birine farklı sayıda değerler (oniki ile yüzden büyük sayılar arasında) atanması mümkündür. Her bir şirketten, "düzeltme faktörü" olarak dokuz vektörü (her biri bir risk boyutunu temsil eden) ile birlikte otomobil sigortacılığı "baz fiyatlarını" bildirmeleri istenmişti.[155]. Böylece risklerde aşırı yüksek seviyede ayrışım elde edilmiştir. Sonuçta her ne kadar sınıflandırılan bireysel risklerin oldukça büyük bir çoğunluğu aslında tamamen varsayıma dayalı olmakla birlikte, 3.000 milyar elemandan oluşan bir matris elde edilmiştir. Her bir şirket, her risk türü için uyguladığı kendi cari fiyatını belirtmiş ve sonuçta ortaya çıkan matrisi, bilgileri toplaması ve homojen bir hale getirdikten sonra anlaşmaya dahil olan tüm şirketlere tekrar yayınlaması için kendisine ücret ödenen, bağımsız profesyonel bir şirkete iletmiştir. Verilerin aktarımı gittikçe artan sıklıkta gerçekleşmiştir. Önceleri yani 80'li yılların sonları ve 90'lı yılların başlarında yılda bir kez

[151] Grillo, Michele, Collusion and Facilitating Practices : A New Perspective in Antitrust Analysis, European Journal of Law and Economics; Sep 2002, Vol.14, pp.s.151

[152]Autorita garante della concorrenza e del mercato, Accordi per la fornitura dei carburanti, 8 Haziran 2000 tarihli 8353 sayılı karar, (Roma, İtalya)

[153]Autorita garante della concorrenza e del mercato, RC Auto, 28 Temmuz 2000 tarihli 8546 sayılı karar,(Roma, İtalya)

[154] Grillo, s. 159

[155] Grillo, s. 160

yayınlanırken, son yıllarda üç ayda bir açıklanmaya başlanmıştır. Veri aktarımındaki gittikçe artan sıklık, katılımcı firmaların büyük çoğunluğu tarafından yapılan yukarı yönlü fiyat düzeltmelerinin buna paralel ivme kazanmasına bağlanmıştır.

Bilgi paylaşımı rekabet hukukunda tartışılan eski sorunlardan biridir. ABD hukuk geleneğine göre, şirketler Sherman Kanunu'nun 1. Bölümüne göre, davacı ancak, paylaşılan bilgilerin danışıklı eylemler amacıyla kullanıldığını kanıtlayabilirse suçlayabilir. Diğer bir deyişle fiyatların, miktarların veya pazar paylarının sabitlenmesi olgusuı bir şekilde saptanabilmelidir ve bilgi paylaşımı ancak hala var olan açık bir danışıklı eylem anlaşmasına ait bir kolaylaştırıcı eylem olarak kabul edilebilir. Ancak Avrupa Topluluğu'nda ise, Avrupa Komisyonu en son vakada bilgi paylaşımının kendisini doğrudan Lizbon Antlaşması'nın 101. maddesinin ihlali olup olmadığı ile ilgilenmeye başladıktan sonra; bilgi paylaşımı anlaşmalarının rekabetçi açıdan değerlendirilmesi son on yıl içinde büyük değişikliklere uğramıştır[156].

C. AB Uygulamalarının Değerlendirilmesi

AB'de kolaylaştırıcı eylemlerin değerlendirilmesinde öncelikle, somut olaydaki koşullara göre detaylı iktisadi ve hukuki analize ihtiyaç olduğu kabul edilmiştir. Kolaylaştırıcı eylemlerin pazarda belirsizlikleri azaltıp teşebbüslerin faaliyetlerini daha verimli kıldığı bir ortamda rekabeti kıstlayıcı sonuçların nasıl engelleneceği ve dengeleneceği son derece önemlidir.

Kolaylaştırıcı eylemler içinde çoğunlukla bilgi değişimine odaklanılmıştır. Komisyon, kolaylaştırıcı eylemlere yönelik ihlalleri *per se* yasaklama eğiliminde değildir. Son *Asnef-Equifax* vakasında bu yaklaşımını açıkça göstermiştir. Kolaylaştırıcı eylemlerin hem mevcut ve hem de potansiyel etkileri ve ortak piyasa sorunları birlikte değerlendirilmelidir. Mahkemece *de minimis* kuralı doğrultusunda market etkisi değerlendirilmesi de yapılmaktadır.

Bilgi değişimine ilişkin değerlendirmeler çeşitli faktörlere bağlı olarak yapılmalıdır. Bunlar;

- Bilgi değişiminin ekonomik ve hukuki içeriği,
- Mal ve hizmetin doğası,
- Piyasanın yapısı ve özellikleri.

Etkileri ise piyasanın karakteristik yapısına ve bilginin niteliğine göre değişmektedir. Değişim konusu bilginin amacı, koşulları, paylaşılan bilginin yapısı (genel-gizli; detaylı-özel; güncel-tarihi gibi) fiyat ayarlama ve hizmetin

[156] Grillo, s. 161

seviyesi ya da koşuluna göre değişmektedir. Bu bağlamda duyarlı bilgi değişimine sınırlama getirilmiştir.

Ancak AB uygulamalarının kolaylaştırıcı eylemleri yasaklama eğiliminin ABD'ye göre daha yüksek olduğu ve özellikle bilgi değişiminin doğrudan rekabeti ihlal edici etkisinin ortaya çıkmasının bu eğilimi artırdığını söylemek mümkündür.

VIII. Güney Amerika (Brezilya) Uygulamaları [157]

Güney Amerika ülkelerinden olan Brezilya'da rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler ABD Hukukuna paralellik göstermektedir. Breziya rekabet yetkilileri uzun zamandır dikey rekabet uygulamaları ile ilgilenmektedir. Fiyat düzenlemeleri, pazar ve müşteri paylaşımı öncelikli konuları olmuştur. Bu düzenlemelerle birlikte son dönemdeki vakalar Brezilya Rekabet Hukukunun çerçevesini ortaya koymuştur. Breziya Rekabet Hukuku düzenlemeleri de Türkiye gibi yenidir. 1994 yılında kanun yapılmış, 2000'de birtakım yeni düzenlemeler getirilmiştir. Brezilya rekabet hukuku uygulamalarında, antirekabetçi teşebbüslere karşı ceza yaptırımlarına öncelik verilmektedir. 2003'den bu yana Adalet Bakanlığı Ekonomi Sekreterliği (SDE) kartellere karşı son derece agresif bir politika izlemiştir.

Rekabet otoritesinin kolaylaştırıcı eylemlere yaklaşımı, somut olay bazında olayın içeriğine göre değerlendirilip yaptırıma bağlanmasıdır. Olay incelemelerinde çok açık kurallar olmadığı için geçmiş uygulamalara göre veya hakeme giderek sorun çözümüne gidilmektedir. Brezilya rekabet makamlarına göre, kolaylaştırıcı eylemler, pazarda şeffaflığı sağlar ve değiştirilebilir stratejilere ve muvazaalı anlaşmalara sebep olur. Bunlar genellikle bilgi değişimi ile ortaya çıkar. Örneğin fiyat artışları, geleceğe yönelik faaliyet ve kapasite planları ve geniş bilgi paylaşım sistemleri ile formalize olmuş piyasalarda pazarı şeffaflaştıran ve izlemeyi kolaylaştıran uygulamalardır. Ancak kolaylaştırıcı eylemler bazen etkinlik de yaratabilir. Bu sebeple maliyet-fayda perspektifi üzerinden incelenmesi gerekir. Çoğu kolaylaştırıcı eylemler, kartellere karşı açılan davalarda başvurulan enstrümanlar olmuştur. Bunlar somut olayda, artı faktörlere bağlı olarak dolaylı delil kapsamında değerlendirilmiştir. Brezilya'da bilgi değişimine ilişkin açık bir düzenleme olmasa da teşebbüsler bu konuda rekabet otoritelerinin gözetimi altında olmak istememektedirler.

Kolaylaştırıcı eylem uygulamaları hem birleşmelerde ve hem de teşebbüslerin faaliyetlerinin denetim ve kontrolünde karşımıza çıkmaktadır. Brezilya Rekabet Kanunu, 54. madde hem birleşmeleri ve hem de işbirliğine ve dolayısıyle kolaylaştırıcı eylemlere ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

[157] OECD, 2007, s. 131

Brezilya rekabet otoriteleri bilgi değişimine özel önem vermekte ve birtakım düzenlemeler getirmektedir. Bilgi değişimine ilişkin en önemli davalardan birisi yukarıda ABD'de açıkladığımıza benzer Airline Tariff (Airline Tariff Publishing Company "ATPCO") davasıdır[158]. Vakada, Brezilya Rekabet Kurulu, ATPCO ile Adalet Bakanlığı Ekonomi Sekreterliği (SDE) arasında yapılan 2003 tarihli anlaşmayı bazı şartlar altında onaylamıştır. Bu vakada ATPCO'nun bilgisayar data sistemi ile fiyat listeleri oluşturduğu, bu listede geçmişe, bugüne ve geleceğe ilişkin rota, bilet , yolcu tipi, ilk ve son bilet tarihleri ve ilk ve son seyahat tarihlerine ilişkin bilgileri içeren veri bankası sistemine ilişkin bilgi değişimi incelenmiştir. Bu sistem ABD'deki sisteme benzemektedir. Yapılan inceleme neticesinde, ATPCO bu uygulamadan men edilmiştir. 3 günlük sistem de denilen bu sisteme göre müşteri ve acente fiyat ve diğer bilgileri göremezken yalnızca havayolu şirketi görebilmektedir. Ancak bu sistem rekabeti bozucu görülerek rekabet otoritesi tarafından yasaklanmıştır.

Brezilya'da bir diğer dava, havayolu kartel davasıdır[159]. Bu davada, Brezilya'da bulunan 4 büyük havayolu şirketi başkanları 1999'da bir araya gelip toplantı yapmışlardır. Bu yapılan toplantıdan 5 gün sonra Rio De Jenerio- Sao Paolo uçuş fiyatlarında %10 artış gözlenmiştir. CADE bu uygulamanın yalnızca bilinçli paralellik olmadığı ayrıca fiyat bilgi değişimine ilişkin bir kanıt olduğunu kabul ederek men'ine karar vermiştir. Kararda belirtilen artı faktörler ise,

i) Havayolu şirketlerinin ATPCO sistemini kullanmaları ve
ii) Şirketlerin otelde toplantı yapmaları olarak tespit edilmiştir.

Bir diğer vaka Temmuz 2005'de eczacılık sektörü ile ilgili fiyat içerik raporu hakkındadır[160]. Bu vakada, SDE'ye göre eczacılık sektöründe iki kurum tarafından yayınlanan raporlar, tüketiciye sunulan son fiyatın artışına sebep olmaktadır. Ancak CADE tarafından yapılan değerlendirmede bu sektörün kendine has özelliklerinin olduğu belirtilerek hatta yasama yolu ile fiyatın belirlenebileceği belirtilmiştir. Maksimum fiyat artışlarının yayınlanmasının gizli anlaşmaya yol açmayacağı aksine tüketiciler ile eczacılar arasında iletişimi sağlayacağı ve hatta fiyat indirimine dahi sebep olabileceği kabul edilmiştir.

Bir diğer Yangın Tüpü Üreticileri Birliği vakasında[161], birlik 2004 yılında üyelerinin kendi aralarında yaptığı anlaşma ile, ürünün yıllık maliyetine göre değişken oranlarda artışını öngören bir rapor yayınlamıştır. SDE tarafından bu

[158] OECD, 2007, s. 133
[159] ibid, s. 133
[160] ibid, s. 134
[161] ibid, s. 134

süreç esnasında Birlik üyelerine yalnızca Brezilya'da satış yapmalarına izin verilmiştir.

Birleşmeye ilişkin Ethanol Üreticileri Birliği davası[162], yabancı piyasalara satışı kolaylaştırmak amacıyle bilgi değişimini kapsar. Bu sistem birleşme düzenlemeleri altında incelenmiş ve kartel oluşumuna imkan sağlayacağı gerekçesiyle CADE tarafından onaylanmamıştır.

Son olarak, Ripasa/Suzano/VCP vakasında[163], Suzano ve Votorantim (VCP) tarafından oluşturulan konsorsiyum Brezilya kağıt üreticilerinin iki büyük teşebbüsüdür ve sektörün üçüncü büyük teşebbüsü olan Ripasa'nın üretim kapasitesini kullanmak ve idare etmek için ortaklık kurmuşlardır. Ancak Ekonomi Bakanlığı'nın Ekonomiyi Denetleme Sekreterliği (SEAE) ve SDE bu ortak idarenin Ripasa'yı illegal bilgi değişimine götüreceğini ve hatta kararlar ve kapasitede illegal şeffaflık sağlayacağını belirtmiştir. Bu gerekçelerle CADE'ye, Ripasa içinde bir çin Seddi oluşturulmasını, konsorsiyum üyesi teşebbüslerin fiyat bilgisi, üretim, maliyet ve stratejik planlar konularında hassas bilgi değişimi yapmamasını garanti etmeleri tavsiye edilmiştir. Hatta üçüncü bağımsız tarafın Ripasa'nın yönetiminden doğrudan sorumlu olması tavsiye edilmiştir. Rekabet otoriteleri böylece özel bir düzenleme yaratmışlardır. Hatta, Ripasa'nın önceki anlaşmasını kolaylaştıran hükümlerinin de tam garantisini sağlamışlardır. CADE, 2007 yılında SEAE ve SDE'nin kısıtlama ve önerileri altında ortaklık anlaşmasını onaylamıştır.

Sonuç olarak, Brezilya antitröst makamlarının kolaylaştırıcı eylemleri 3 (üç) farklı yönden incelediğini söylemek mümkündür. Bunlar;

i) ATPCO davasındaki gibi tek başına illegal uygulama sayılması,
ii) Havayolu karteli davasında olduğu gibi "artı faktörler" ile dolaylı delil olarak değerlendirilerek teşebbüsler hakkında ceza davası açılmasına sebep olması,
iii) Ripasa/Suzano/VCP olayında olduğu gibi birleşmelerde inceleme prosedürüdür.

Bu örneklerin her birinde otoriteler, somut olay bazında piyasanın yapısına göre ve rekabete olumlu-olumsuz çoklu etkisine göre kolaylaştırıcı eylemleri değerlendirmişlerdir.

[162] ibid, s. 134
[163] ibid, s. 134

IX. Türk Rekabet Hukuku'nda Kolaylaştırıcı Eylemler

I. Genel

Türk Rekabet Hukuku'nda kolaylaştırıcı eylem uygulamalarının, tüm dünyada olduğu gibi bilgi değişimine yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Rekabet Kurulu'nun ilk kolaylaştırıcı eylem uygulaması sayılan, 15.05.1998 tarih ve 1054 sayı ile Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği (TÇMB)'ne gönderilen ve menfi tespit verilmesine ilişkin koşulların belirtildiği yazıda, teşebbüslerin miktar verilerine ilişkin bilgi değişimlerinin, çimento pazarı gibi homojen ve şeffaf bir pazarda rekabeti bozucu etkilerinin olabileceği belirtilerek, böyle bir pazarda sık ve ayrıntılı bilgi değişiminin piyasayı şeffaflaştıracağı ve yapay piyasa yaratılmasına araç olacağı belirtilerek duyarlı bilgi değişimine bir dizi sınırlamalar getirilmiştir.

Aslan, Kurul'un bilgi değişim anlaşmalarını değerlendirmedeki öncelikli temel kriterin, teşebbüslerin rakiplerinin geleceğe yönelik stratejilerini öğrenerek pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılması olduğunu söylemektedir[164]. OECD'nin 2007 yılında hazırladığı kolaylaştırıcı eylemler raporunun Türkiye bölümünde, Türk Rekabet Otoritesinin bilgi değişimine bakışını gösteren iki uygulaması olarak Çimento Üreticileri Birliği'ne gönderilen yazılı görüşü ve *Gübre* kararı gösterilmiştir. İlgili kararlar aşağıda uygulamalar bölümünde incelenmiştir.

Rekabet Kurulu'nun kolaylaştırıcı eylem uygulamalarına örnek olarak, teşebbüslerin rekabetçi olmayan uzlaşmaları ve buna devam etmeleri, önceden yapılan bağlayıcı olmayan fiyat duyuruları, teslim fiyatlandırmaları, bilgi değişimi, en çok kayrılan müşteri şartı, ve koşullara bağlı olarak dikey sınırlamalar verilebilir[165].

Kurul'un kolaylaştırıcı eylemlere yaklaşımı AB rekabet uygulamalarına paraleldir. Örneğin bilgi değişimi *per se* yasak olmayıp piyasa koşullarına göre, duyarlı bilgi değişimine sınırlamalar getirilmiştir. Somut olayın koşullarına bağlı ve duyarlı bilgi değişiminin piyasada rekabeti sınırlandırabileceği düşünülmektedir.

II. Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

1. Gübre Kararı

Rekabet Kurulu'nun OECD'nin 2007 yılında hazırladığı kolaylaştırıcı eylemler raporuna da giren *Gübre Kararında*[166] , gübre sektöründeki üretici

[164] Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Ekin Kitapevi, İstanbul, 2005, s. 264
[165] OECD, 2007, s. 97
[166] RK, Gübre Kararı, 08.02.2002-02-07/57-26

teşebbüsler arasında yapılan düzenli ticari toplantılar ve bilgi değişiminin, rakiplerin geleceğe ilişkin kararlarını öngörülebilir, tahmin edilebilir kıldığı belirtilerek bunun uygun fiyatlar bazında ortak davranışa imkan sağladığından bahisle oligopolistik fiyat ayarlamasını kolaylaştırabileceği belirtilmiştir.

Kurul'un bu kararında özellikle oligopol piyasalarda duyarlı bilgi değişimine sınırlama getirme anlayışı açıkça gözlemlenmektedir. Bu görüşü AB uygulamaları ile de paraleldir.

2. Seramik Kararı

Kurul, bilgi değişimi ve fiyat tespitine ilişkin Seramik Kararı'nda[167], fiyat tespiti ile birlikte rekabete duyarlı bilgi değişimini tartışmıştır. Vakada, seramik kaplama malzemeleri ve/veya seramik sağlık gereçleri pazarında faaliyet gösteren 32 teşebbüsün, satım fiyatı ve şartlarını tespit etmek, piyasayı bölüşmek, arz miktarını kontrol etmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesini ihlal edip etmedikleri araştırılmıştır. İlgili kararda bazı teşebbüslerin savunmalarında *"anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birlikte kullanılamayacağı"* savunmalarına Kurul tarafından getirilen açıklamada ABD ve AB uygulamaları referans gösterilmiştir. Kararın gerekçesinde, Sherman Yasası Bölüm 1'de, sözleşme, kombinasyon, gizli plan (contract, combination, conspiracy) üçlemesi yer alsa da, uygulamada bunların birbirinin yerine kullanıldığı, keza AB uygulamasının da benzer şekilde Lizbon Anlaşması ve ATAD kararlarının esnetilerek uygulandığının altı çizilerek özellikle Komisyon kararlarında bunun açıkça gözlemlendiği belirtilmektedir. Buna örnek olarak, üreticiler arasında fiyat ve satış hedeflerinin belirlendiğine ilişkin toplantı notları, fiyatlara, karlılık oranlarına, satış miktarlarına ve müşterilerin kimliğine dair bilgi değişimi gibi delillere dayanılarak m.101/1'in ihlal edildiğine karar verilen *Polypropylene* kararı gösterilmiştir. Bu kararda kartel ilk defa, gizli plan tipi anlaşma (conspiracy-type agreement) olarak incelenmiştir. Kararın en ilgi çekici noktası kartelin ortaya konulmasında bilgi değişimine delil olarak dayanılmasıdır[168]. Yine AB uygulamalarında Komisyon'un elindeki delillerin anlaşma sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığı durumlarda, başta bilgi değişimi olmak üzere teşebbüsler arasındaki rekabetçi davranışları etkileyebilecek ilişkilere dayanabildiğinin altı çizilmiştir.

Kurul, ABD ve AB uygulamalarına yaptığı göndermelerin ardından , uyumlu eylem için, gizli bilgilerin, fiyat listelerinin rakiplere gönderilmesi gibi net olarak mutabakatı değil ama ilişkiyi gösteren delillerin, rekabetin bozulduğunu

[167] RK, Seramik Kararı, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26

[168] Kuhn, K.U.;Vives, X (UA), Information exchanges among Firms and their Impact on Competition, European Union-European Commission, Luxemburg, s. 102-105

gösteren pazar analizleri ile desteklenmesi koşullarını sıralamıştır. İlişkinin ardından paralel davranış şartını aramamış, pazardaki iktisadi sonuçları bütün olarak değerlendirmiştir. Bu noktada uyumlu eylem karinesine göre, bilgi değişiminin, antirekabetçi amaçlı toplantılara katılımının genel pazar davranışlarını etkilemediğinin ispatını ilgili teşebbüslere bırakmıştır. Kurula göre bu yaklaşımın benimsenmesinin faydalarından biri de teşebbüslerin ve özellikle de oligopolistlerin, karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan paralel davranışlarının uyumlu eylem olarak kabul edilmeyeceğinden emin olmalarıdır. ABD ve AB uygulamaları ışığında benimsenen şekilde, Kurula göre önemli olan, anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayrım değil; m. 4 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt-paralel davranışlar-bilinçli paralellikler arasındaki ayrımdır.

3. Emaye Bobin Teli (EBT) Kararı

Rekabet Kurulu, *Emaye Bobin Teli(EBT)* kararında[169], Emaye Bobin Teli sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin (6 teşebbüs) fiyat listelerinin aynı zamanda değişiklik göstermesinin ve listelerde bulunan EBT fiyatlarının birebir aynı olmasının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediğini incelemiştir.

Teşebbüslerce yapılan savunmalarda, fiyat listelerinin bilinçli olarak beraberce tespit edilmediği, fiyat listelerinin aynı olmasının teşebbüslerarasında işbirliği olduğu sonucunu doğurmayacağını ve zaten de böyle bir işbirliğinin olmadığını, bu nedenle bu durumun rekabet ihlali sayılmayacağını iddia etmişlerdir. Yine teşebbüsler, sektördeki büyük firmaların (Bemka ve Erikoğlu) sahip olduğu know-how sayesinde fiyat listelerini kendilerinin belirlemekte olduklarını ve küçük firmaların da bu listeyi takip ettiklerini ve bu durumun da tamamı ile sektörün oligopolistik yapısından kaynaklandığını belirtmişlerdir. Sonuç olarak teşebbüsler arasında tek fiyat listesi belirleme yönünde bir uyumlu eylem ya da anlaşma olmadığını iddia etmişlerdir.

Kurul, EBT piyasasının oligopol piyasa yapısına benzediğini, bu piyasalarda küçük ölçekli teşebbüslerin lider firma ya da firmaları takip etmelerinin piyasa koşulları gereği olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Ancak bununla beraber, her ne kadar taraflarca anlaşma veya uyumlu eylem yoluyla tek fiyat listesi belirlenmediği iddia edilmekte ise de , inceleme sürsince elde edilen çeşitli deliller neticesinde, sektörde yer alan tek fiyat listesi uygulamasının tarafların birbirleri ile iletişimi ile belirlendiğini ve rekabeti kısıtlayıcı koordinasyon neticesinde oluştuğunu tespit etmiştir. Tarafların fiyat

[169] RK, EBT Kararı, 4.7.2007, 07-56/672-209

listesi konusunda birbirleriyle iletişim içinde olduklarının, tarafların birbirlerine düzenli sayılacak şekilde faks göndermeleri açığa çıktığını ifade etmiştir.

Kurul, teşebbüsler hakkında açılan soruşturmanın konusunun, sektörde tek fiyat listesinin oluşması değil, teşebbüslerin pazarda uygulanacak tek fiyat listesi konusunu aralarında konuşmak ve listeleri faks yolu ile birbirlerine düzenli olarak göndermek suretiyle iletişim halinde olmaları, başka bir söyleyişle sektörde tek fiyat listesi uygulanması konusunda koordinasyon içerisinde olmaları olduğunu belirtmiştir. Bu hususun 4054 sayılı Kanun'a aykırı olup olmadığının incelendiğini ve bu incelemeler yapılırken listeler üzerinden iskontoların uygulandığı ve müşteriler ve bayiler ile pazarlık yapma imkanının olduğu hususlarının da dikkate alındığını ifade etmiştir. Kurul'a göre, iskontoların yapıldığı tek fiyat listesinin rakiplerin bir koordinasyonu sonucu ortaya çıkmasının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğunu düşündürmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim daha önce alınmış olan Kurul kararlarında, nasıl olursa olsun (asgari-azami-tavsiye-baz vb.) fiyat listelerini rakiplerin beraber belirlemelerini 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir.

Teşebbüsler savunmalarında, İtalya gibi bazı Avrupa ülkelerinde bakır teller için tek liste olduğuna dair beyanda bulunmuşlar ve listeleri Kurul'a göndermiştir. Kurul, listeleri teyit etmiş ise de aslolanın bu istelerin ne şekilde belirlendiği ve belirleniş şeklinin rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığı olduğunu ifade ederek mevcut dosyadaki soruşturma konusunun, rakip teşebbüslerin fiyat listelerini iletişim halinde belirlemeleri olduğunun altını çizmiştir.

Kurul, soruşturma konusu olaya ilişkin olarak, EBT sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında fiyat listelerinin karşılıklı olarak iletilmesi konusunda bir süredir süregelen ve rekabeti bozucu ve sınırlayıcı nitelikte bir koordinasyonun var olduğunun anlaşıldığını belirtmiştir. Ayrıca ilgili firmalar arasındaki e-posta yazışmalarından ve firmalarda bulunan rakip firma fiyat listelerinden, firmalar arasında talep yapıları ve fiyat bilgileri konusunda da bilgi paylaşımının olduğu sonucuna varmıştır.

Teşebbüslerin fiyat listesi üzerinden değişik oranlarda iskonto uygulandığı ve böylece rekabetçi bir yapının olduğu şeklindeki savunmasına, tek fiyat listesine geçilmesi dahi başlıbaşına 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmesi anlamına geleceği gerekçesiyle itibar edilmemiştir.

Tüm dosya kapsamına göre, EBT üreticisi altı teşebbüsün tek fiyat listesine geçilmesi konusunda aralarında bir anlaşma olduğu; listelerde yer alan fiyatların uygulamada geçerli olmadığı düşünülse de, iskontoların yapılacağı fiyatlar olan liste fiyatlarının tespitinin de Kanun'un 4. maddesinin ihlali anlamına geleceği

ayrıca EBT üreticileri arasında pazar paylaşımı ve müşteri dağılımı konusunda da bilgi paylaşımı ve rekabeti bozucu iletişim olabileceği kanaatine varılmıştır.

Rekabet Kurulu kararın devamında, bilgi değişimine bir açıklama getirmiştir: *" Rekabet hukukunda özellikle rakipler arasında bilgi değişiminin belirli sınırları bulunmaktadır. Aynı pazarda faaliyette bulunan teşebbüsler arasındaki bilgi değişimine belirli kurallar çerçevesinde izin verilebilmektedir. Bilgi değişimi, bir yandan etkinliği arttırabilirken, öte yandan bu sınır aşıldığı takdirde piyasadaki rekabetin kısıtlanmasına olanak sağlamaktadır. Teşebbüsler arası bilgi alışverişi ya da bilginin yayılması, alışverişi yapılan bilginin türü ve pazarın koşullarıyla bağlantılı olarak rekabetçi yapı üzerinde olumlu ya da olumsuz etkilere yol açabilmektedir. Teşebbüslerin fiyatlarına, maliyetlerine, üretim miktarlarına, kapasite kullanımlarına, teklif şartnamelerine, stoklarına, ticari sırlarına ilişkin bilgi alışverişinde bulunmaları, bu bilgilerin firmaların rekabetçi stratejileriyle doğrudan ilgili olmaları nedeniyle davranışlarını koordine etmelerine olanak vermektedir…"*

Kurul kararında, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin rekabet stratejilerinin en önemli değişkeni ve aracı niteliğinde olan fiyatlara, kapasite kullanımlarına, üretim miktarlarına, müşteri bazında satış rakamlarına ilişkin bilgi alışverişinde bulunmalarının teşebbüsler arasında koordinasyon ile rekabeti bozucu etkisi olduğundan bahisle 4. madde kapsamında bir ihlal olarak değerlendirmiştir.

4. Erdemir-Borçelik Kararı

Kurul'un Erdemir-Borçelik[170] kararında, şikayet konusu, Erdemir'in "kalaylı teneke levha" pazarında hakim durumda olduğu ve bu ürünün satışını belirli bir gruba yapmak ve ayrıca fahiş fiyata satmak suretiyle piyasadaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmiştir.

Raportör görüşünde, soruşturma konusu ArcelorMittal Grubu ve Erdemir arasındaki "Hisse Devir Anlaşması" ile ekindeki "Ticari Anlaşma" ve söz konusu anlaşmalara ilişkin uygulamaların taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığı ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olduğu ve böylece 4. maddenin ihlal edildiği belirtilmiştir.

Kurul tarafından yapılan değerlendirmede, Erdemir ve Borçelik arasında düzenli bir bilgi değişimi olduğu ve gerçekleşen bu yoğun bilgi değişiminin Erdemir'in Borçelik'teki hissedarlığı sonucunda ortaya çıktığı sonucuna ulaşılmıştır. Taraflar arasındaki bilgi değişiminin pazardaki rekabete etkileri

[170] RK, Erdemir-Borçelik Kararı, 16.6.2009, 09-28/600-141

değerlendirilirken, değiştirilen bilginin niteliği ve ilgili pazarın yapısının önemi vurgulanmıştır. Bu bağlamda taraflar arasında yapılan bilgi değişiminin ürün bazında detaylı aylık alım, satım, ihracat satış miktarlarını kapsadığı ve duyarlı bilgi değişimi yapıldığı ifade edilmiştir. Kararda pazarın oligopolistik özellikte ve giriş engeli bulunan bir Pazar olduğu belirtilerek; *".....Erdemir'in Borçelik'te sahip olduğu hissedarlığın bir sonucu olarak ortaya çıktığı değerlendirilen bilgi değişiminin, ilgili pazarın yapısı ve değişime konu olan bilgilerin niteliği de dikkate alındığında, rekabeti sınırladığı ve rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığı görülmektedir. Bu çerçevede ilgili piyasada rekabeti kısıtlama amaç ve etkisine sahip olan bilgi değişimi ve taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayan hissedarlık ilişkisi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği görülmektedir…"* gerekçesiyle hissedarlık ilişkisine ve bilgi değişimine muafiyet verilmeyeceği belirtilmiş ve bu nedenle Borçelik'teki Erdemir hissedarlığına son verilmesi sonucuna ulaşılmıştır.

5. Özel Okullar Derneği Kararı

Kurul'un *Özel Okullar Derneği* Kararı'nda[171], fiyata ilişkin bilgi değişiminin rekabet hukuku açısından sakıncıları belirtildikten sonra somut olay bazında yapılan incelemede, Özel Okullar Derneği bünyesinde yılda bir kez yapılan ücret toplantısında, fiyata ilişkin görüşmelerde bulunulmadığı tespit edilerek, ilgili piyasada gerek fiyat ve gerekse de fiyat dışı rekabetin varlığından dolayı rekabetin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde; *"…"Ücret toplantısı" adı altında toplantı düzenlemek veya "rakiplere önceden fiyat değişikliklerini bildirmek" esasen 4054 sayılı Kanun'a aykırı olarak rekabeti sınırlama veya ortadan kaldırma amacı taşıyan, bu sonucu doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan fiiller olmakla birlikte, pazarın yapısı (öğretim hizmetleri pazarında rekabet fiyatlar üzerinde değil, öğretim kalitesi ve verilen hizmetlerin niteliğinde yoğunlaşmaktadır. Bunun sonucunda da çeşitli okullar arasında çok ciddi fiyat farkları oluşmaktadır. Milli Eğitim Bakanlığınca 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 326 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 31 inci maddesinde yer alan fiyatın her yıl bir kez mayıs ayında tespit ve ilan edilebileceği ve aynı madde gereğince hazırlanan yönetmeliğin rekabeti büyük ölçüde sınırlandırması, "ücret toplantısı" adı altında yapılan toplantıların uzun süredir yapılıyor olmasına rağmen, özel okul fiyatlarında paralellik bulunmaması ve toplantıda fiyatların değil, öğretim sorunlarının görüşüldüğü kanaatinin oluşması nedenleriyle, sözkonusu toplantının rekabeti sınırlama*

[171] RK, Özel Okullar Derneği Kararı, 11.02.1999, 99-6/48-17

amacı taşımadığı, toplantıda görüşülen hususların bu etkiyi doğurmadığı sonucuna varılmış olup....." tespiti yapılarak piyasanın yapısı gereği rekabetin fiyatlar üzerinde olmayıp öğretim kalitesi ve verilen hizmetlerin niteliği üzerinde olması ve özel okullar arasında fiyat paralelliği bulunmadığı gerekçeleriyle rekabetin sınırlanmadığı ve rekabetin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Kurul'un bu kararına, *"fiyat duyuruları"* başlığı altında OECD'nin 2007 yılında hazırlanan kolaylaştırıcı eylemler raporunda da yer verilmiştir[172].

6. Reklamcılar Derneği Kararı

Rekabet Kurulu'nun *Reklamcılar Derneği* kararında[173], Reklamcılar Derneği'nin 1995-2001 döneminde her altı ayda bir güncelleyerek yayınlamakta olduğu taban fiyat listesi uygulamasıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği iddiası araştırılmıştır.

İnceleme konusu vakada, Reklamcılar Derneği ve reklam ajansları yetkilileri, taban fiyat listesinin reklamcılarca harcanan emeğin maddi değer olarak tespiti amacıyla hazırlandığını, sektör içinde rekabetin engellenmesi gibi bir niyetin bulunmadığını belirtmişlerdir. Kurul'a göre, "*...Reklamcılar Derneği Taban Fiyat Listesi'nin rekabeti kısıtlayacak ve bozacak şekilde uygulandığına dair somut bir bulguya ulaşılmamış olsa dahi anılan listenin hem Dernek Üyesi şirketler, hem derneğe üye olmayan şirketler hem de reklamverenler açısından, reklamveren ile reklamajansı arasındaki "pazarlığın başlangıç noktasını" oluşturması, dolayısıyla piyasa fiyatlarının ne şekilde oluşması gerektiği yönünde sinyal göndererek, uzun vadede dernek üyelerinin yanı sıra üye olamayan teşebbüslerin hizmetleri için talep ettikleri/edecekleri bedelin de listede yer alan skala etrafında yoğunlaşmasını sağlama ihtimali, liste yürürlükte kaldığı müddetçe devam edecektir.*

Öte yandan anılan liste tavsiye niteliğinde düzenlenmiş ya da rehber olma amacıyla hazırlanmış olsa bile, rekabet ihlali yine de ortadan kalkmış olmamaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu'nun 23.10.2001 tarih ve 01-51/513-M sayılı, konu hakkında soruşturma açılmasına dayanak oluşturan kararının 2. maddesinde, Reklamcılar Derneği'nden "başta taban fiyat listesi hazırlama veya yayınlama uygulamasından vazgeçilmesi olmak kaydıyla, hangi ad altında veya hangi nitelikte olursa olsun malların veya hizmetlerin fiyatının belirlenmesi anlamına gelebilecek faaliyetlerden kaçınılması" istenilmektedir. Bu şekilde Rekabet Kurulu yatay seviyede fiyat belirleme anlamına gelebilecek

[172] OECD, 2007, s. 101
[173] RK, Reklamcılar Derneği Kararı, 25.7.2002, 02-45/530-219

her türlü eylem karşısındaki hassasiyetini yoruma yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Ayrıca Türk rekabet mevzuatında tavsiye niteliğinde fiyat belirlenmesine ancak bazı dikey anlaşmalarda ve belirli koşullar çerçevesinde izin verilmiştir. Yatay anlaşmalarda ve kararlarda ise benzer bir durum kesinlikle söz konusu olmamaktadır." kapsamlı bir tespit ile yatay ilişkiler yol açabilecek teşebbüs birliklerinin fiyat duyurusuna ilişkin tavsiye niteliğindeki kararlarının dahi rekabeti bozucu olduğu kabul edilmiştir.

Reklamcılar Derneği tarafından yapılan savunmada, ATAD'ın Ahlström kararının[174] soruşturma konusu olayla birebir örtüştüğü iddiasına karşı Kurul'un tespiti son derece önemlidir. Kurul; *"...Bu olayda komisyon, üçer aylık dönemlerle yapılan fiyat duyuru sisteminin varlığını tek başına rekabet ihlali oluşturmadığına hükmetmiştir.(Ahlström olayı s. 1599, para.65). Reklamcılar Derneği temsilcisi, ATAD'ın bu kararı uyarınca Rekabet Kurulu'nun da, tek başına taban fiyat listesi yayınlama eylemini rekabet ihlali saymaması gerektiğini ileri sürmektedir.*

ATAD kararları, Türk rekabet otoritesi bakımından yardımcı ve yol gösterici olmakla birlikte, herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Kaldı ki sözü edilen karar soruşturma konusuyla benzerlik arzetse de farklı bir sektöre ilişkin olarak verilmiştir. Nitekim bu kararda kağıt hamuru sektörünün oligopolistik eğilimler gösterdiği ifade edilmektedir. Bilindiği gibi oligopol piyasalarda, piyasa yapısı gereği fiyatlar paralellik arzedebilmektedir. Oysa, soruşturma konusu olayda yaratıcı reklam hizmetleri pazarı olarak tanımlanan ilgili ürün pazarı tam rekabetçi bir pazar özelliği göstermektedir. Ahlström olayında, ilgili ürün pazarını oluşturan kağıt hamuru pazarında aşağı yukarı standartlaştırılmış bir ürün söz konusu olduğu halde, yaratıcı reklam hizmetleri pazarı hizmet farklılaştırmasına fazlasıyla açıktır. Kağıt hamuru pazarı oligopol eğilimler gösterirken, yaratıcı reklam hizmetleri pazarının tam rekabetçi özellikler göstermesi de bundan dolayıdır. Dolayısıyla oligopol piyasa için verilmiş bir kararın, tam rekabetçi bir piyasaya örnek gösterilmesi anlamlı değildir.

Yine ATAD fiyat duyuru sisteminin rekabete aykırı olmadığı kararını verirken, bunu pazarın uzun vadeli bir pazar oluşu ve buna bağlı olarak ortaya çıkan alıcı ile satıcıların ticari risklerinin sınırlanması bakımından sistemin rasyonel bir yöntem olduğu şeklinde gerekçelendirmektedir. Bu bakımdan soruşturma konusu olan yaratıcı reklam hizmetleri için taban fiyat listesi

[174] A. Ahlström Osakeyhtio and Others vs Commission, Aff. C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85 {1993] E.C.R I-1307

yayınlanmasını haklı kılacak benzer gerekçeler ileri sürmek mümkün görünmemektedir…." tespiti ile piyasa ayrımının altını çizmiştir.

Kurul tarafından yapılan inceleme sonunda; *"…Reklamcılar Derneği taban fiyat listesi, reklam ajanslarının rakiplerinden bağımsız olarak müşterileriyle yaptıkları anlaşmalara göre değişen oranlarda indirimler yapılarak uygulandığından, fiili olarak bir uyumlu eylemden söz etmek zor görünmektedir. Ancak, söz konusu listenin gerek ajanslarca gerekse de reklamverenlerce üzerinden pazarlık yapılabilecek bir kıstas olarak algılanması, Reklamcılar Derneği'nin yayınladığı taban fiyat listesinin, bağlayıcılığı olmasa da piyasaya fiyatların ne yönde oluşması gerektiği yönünde bir sinyal gönderme işlevini yüklenme potansiyeli taşıdığını göstermektedir.*

Dolayısıyla söz konusu liste yürürlükte kaldığı müddetçe, fiyatların listenin belirlediği skala etrafında yoğunlaşarak uyumlu eyleme yol açma ihtimali geçerliliğini sürdürecektir. Bu nedenle listenin yayınlanması ve bir süre yürürlükte kalması eyleminin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen teşebbüs birliklerinin "rekabetin kısıtlanması, engellenmesi veya bozulması etkisini doğurabilecek nitelikte olan karar ve eylemleri" kapsamında değerlendirilmiştir…" denilerek teşebbüs birlikleri aracılığı ile tavsiye niteliğinde olsa bile ilgili piyasada fiyat duyurusu yasaklanmıştır. Reklamcılar Derneği'nin taban fiyat listesi hazırlamak yoluyla reklam ajanslarının sunduğu hizmetlerden bir kısmının fiyatını şeklen de olsa belirlemeye çalışması 4. maddenin (a) bendine aykırı görülmüştür.

7. BKM Kararı

Kurul'un bu kararında[175], Bankalararası Kart Merkezi (BKM)'nin, Yönetim Kurulu kararlarıyla, kredi kartlarına ilişkin ortak takas komisyonu oranı belirlemesine yönelik süresiz muafiyet talebi incelenmiştir.

Raportör görüşünde, BKM'nin Yönetim Kurulu kararlarıyla ortak takas komisyonu belirlemesinin, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs birliği kararı olduğu ve Kanun'un 4. maddesinin (a) bendine aykırı olduğu belirtilmiştir. 5. madde kapsamında muafiyet için pazarın kendine özgü koşulları nedeniyle birtakım teknik şartların yerine getirilmesi gereğine dikkat çekilmiştir. Kararda, *"…Takas komisyonuna muafiyet tanınması bakımından, genel olarak tüketicilerin ve dosya özelinde üye işyerlerinin rekabet sınırlamasından en az zarar görmesi için, o an itibariyle uygulanmakta olan takas komisyonu oranının BKM'nin internet sitesinden duyurulması şartının getirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir…."* tespiti ile tüketici yararına dikkat çekilmiştir.

[175] RK, BKM Kararı, 17.1.2008, 08-06/63-20

8. Kömür Kararı

Kurul'un 2003 yılına ait *Kömür Kararı'nda*[176], şikayetçiler tarafından, ithal parça kömür pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin önceki yıla göre çok yüksek fiyat üzerinden satış yaptıkları, kooperatif bünyesinde anlaştıkları ve tek fiyat üzerinden satış yapıldığı iddia edilerek konunun araştırılması talep edilmiştir. Kurul tarafından yapılan inceleme neticesinde düzenlenen Ön Araştırma Kararı'nda, *"……4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkisi olan teşebbüsler arası anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmıştır. Sözkonusu kooperatifte tespit edilen bilgi ve belgeler nitelikleri itibariyle Kanun'un 4. maddesi kapsamında teşebbüs birliği kararıdır. Ancak anılan uygulamanın fiyatın yükseltilmesine yönelik anlaşmaların tersine tavan fiyat belirlenmesi olduğu görülmektedir. Van SS. Kömürcüler Oduncular Temin ve Tevzi Kooperatifi Başkanı konuyla ilgili açıklamalarında; kömür fiyatlarında ortaya çıkan ani yükseliş sonrasında halktan yoğun şikayetler aldıklarını belirterek, kooperatif olarak olağanüstü pazar koşullarında halkın çıkarını korumak amacıyla kömür satış fiyatlarında tavan fiyat belirlediklerini, bu konuda yerel TV ve gazetelerde halka açıklamalar yaptıklarını ve belirlenen fiyatlar üzerinde halka satış yapılmayacağını ilan* ettiklerini *bildirmiştir……..Bu doğrultuda kooperatifin tavan fiyat listesi yayınlamasındaki amacın üyelerinin karlılıklarını artırmak ve tüketiciden satıcılara doğru kaynak transferi sağlamak olmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, satıcılara ortalama 8-10 $/ton kar sağlayacak şekilde tavan fiyat belirleyen kooperatif düşük fiyat uygulatarak bazı teşebbüsleri pazar dışına çıkarmak gibi bir amaç da taşımamaktadır. Bu çerçevede, Van S.S. Kömürcüler Oduncular Temin ve Tevzi Kooperatifi bünyesinde alınan teşebbüs birliği kararının ilgili pazarda rekabeti kısıtlama amacı taşımadığı, ancak kooperatife üye teşebbüslerin ticari özgürlüklerinin kısıtlanmaması bakımından tavan fiyat belirlenmesi yönteminden vazgeçilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır…"* denilerek teşebbüsler arasında rekabet ihlaline yol açacak bilgi değişimine rastlanmadığı, Erzurum ve İzmir bölgeleri de dahil olmak üzere, yurtiçindeki ithal kömür fiyatlarının yükselmesinin ithalattaki fiyat artışından kaynaklandığı kanaatine varıldığından soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Kurul bu kararında, teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri arasında bilgi değişimini doğrudan rekabet ihlali olarak araştırmıştır.

[176] RK, Kömür Kararı, 11.09.2003, 03-60/733-343 (Önaraştırma)

Bu kararın en ilgi çekici özelliği, kolaylaştırıcı eylem uygulamalarından kabul edilen teşebbüs birliği kanalı ile yapılan fiyat duyurularının tüketici lehine olmakla, rekabeti bozucu etkisinin olmadığının tespitidir.

9. Otomotiv Kararı

Kurulun son kararlarından olan Otomotiv kararında[177], otomotiv sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında ÖTV indiriminden sonra ardarda yapılan paralel fiyat artışlarının üreticilerin ÖTV indiriminden sonra birlikte hareket etmelerinden kaynaklandığı iddia edilmiştir. Kurulun bu kararında anlaşmaya ve pazara ilişkin tespitleri ilginçtir; *"...Rekabet hukuku anlamında anlaşma kavramı oldukça geniş kapsamlıdır. Bu maddeye göre anlaşmanın varlığı için teşebbüslerin piyasada belli bir şekilde davranmak niyetlerini herhangi bir yolla ifade etmiş olmaları yeterlidir. Bu kavram birlikte karar alma ya da ortak bir plana bağlılık gibi unsurları içermektedir. Anlaşma kavramının bu geniş kapsamına karşın, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasında da bir fark gözetilmiş ve bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmemekle birlikte, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek(kasıtlı) ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyonun 4. maddede öngörülen yasaklamalardan kurtulması engellenmek istenmiştir. Bu çerçevede, Kanun bakımından aslında anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki ayrımdan çok teşebbüsler arasındaki uzlaşmaların nasıl ispat edileceği önem taşımaktadır.*

Birbirini etkileyebilecek az sayıda firmanın bulunduğu oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların kendi pazar stratejilerinin rakiplerinin stratejilerine bağlı olduğunun farkında olması oligopolistik bağımlılık olarak nitelendirilmekte, bu bağımlılık nedeniyle firmalar arasında herhangi bir anlaşma olmamasına karşın, paralel davranışlar ortaya çıkabilmektedir. Bu şekildeki paralel davranışlar firmaların piyasa koşullarından kaynaklı bilinçli tercihlerinin sonucu olarak gelişmektedir.

Teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel gerekçelerle uyumlu eylem iddiasını çürütme şanslarının bulunması, tek başına bilinçli paralellikten uyumlu eylem sonucuna ulaşılamayacağını ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, sadece paralel davranışa dayanılarak uyumlu eylem iddiasında bulunmamak, firmalar arasındaki bağlantıyı gösterir delilleri ortaya koymak gerekmektedir. Uyumlu eylemde bir anlaşmanın tüm unsurlarının bulunması gerekmemekle birlikte, uyumlu eylem tarafların davranışlarından açıkça anlaşılan bir koordinasyondan kaynaklanmalıdır. Tek başına paralel davranış uyumlu eylem

[177] RK, Otomotiv Kararı, 2009-4-57/09-30/637-150, 24.06.2009

olarak tanımlanamamakla birlikte, paralel davranış pazarın normal koşullarını yansıtmıyorsa, uyumlu eylemin güçlü bir delilidir. Uyumlu eylemin varlığının ortaya konulması için pazar koşullarının çok iyi analiz edilmesi gerekmektedir." tespitleri ile tek başına paralel davranışların uyumlu eylemin sebebi olamayacağını ancak bu davranışlar pazarın normal koşullarına uygun olmadığı durumda uyumlu eyleme ulaşmada kolaylaştırıcı unsuru olacağını ifade etmiştir.

Kurul tarafından yapılan değerlendirmede, firmaların fiyat grafiklerine bakılarak, ÖTV indirimi ve sonrasında firmalar arasında bariz bir paralelliğe rastlanmadığı, nitekim bazı firmaların fiyatları değişmezken bazılarının ÖTV indirimi sonrasında bayiye tavsiye ettikleri fiyatlarda artış olmakla beraber, artış oranlarının da farklı olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca paralel fiyat artışına ilişkin olarak teşebbüsler arası rekabeti sınırlandıran bir koordinasyonun da tespit edilemediği gerekçeleriyle teşebbüsler arasında anlaşma ve uyumlu eylem olmadığına karar verilmiştir.

10. Çimento Kararı

Kurul'un 01.02.2002 tarihli *Çimento Kararı'nda*[178], İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara Bölgelerinde faaliyet gösteren 22 çimento sağlayıcısı teşebbüsün, *" fiyat tespit etmek, pazar paylaşmak, arz miktarını kontrol etmek, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak, bayilerinin bölgelerarası ticaretini engellemek, aşırı fiyat uygulayarak hakim durumlarını kötüye kullanmak.."* yoluyla Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmedikleri araştırılmıştır.

Kurul, 17.06.1999 tarihli kararıyla re'sen 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca, çimento sektörüne yönelik olarak önaraştırma başlatmış, 20.6.2000 tarihli Kurul kararı ile çimento sektöründe faaliyet gösteren 22 teşebbüs hakkında, Kanun'un 4. ve/veya 6. maddelerini ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla soruşturma açmış ve gerekli inceleme araştırmanın ve savunmaların alınmasından sonra 01.02.2002 tarihli nihai kararını vermiştir.

Kararın bir bölümünde, Türk çimento pazarındaki kapasite fazlası ve bölgesel bazda oluşan dengesizliklerin, Ege Bölgesine ilişkin çimento soruşturmasında bulunan ve Kurul kararına konu olan anlaşmaların yapılmasına yol açtığı ifade edilerek, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin bir kısmının savunmalarında varlığını kabul ettiği Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği (TÇMB) öncülüğünde yapılan bu anlaşmaların amacının, pazarda oluşan kapasite fazlasının ve dengesizliklerinin giderilebilmesi için teşebbüslerin ihracat, bölge içi ve dışı satış miktarlarının belirlenmesi olduğu belirtilmiştir. Bu sayede teşebbüslerin çıkarları ortak bir noktada birleştirilmekte ve son tahlilde, fiyatın,

[178] RK, Çimento II Kararı, 01.02.2002-02-06/51-24

yapay bir şekilde oluşmasına neden olunmaktadır. Böylece, sektörün genel yapısını belirleyen bu anlaşmalar, mikro marketlerde oluşacak fiyat ve benzeri parametrelerin tayinini daha alt ölçekli anlaşmalara bırakmıştır.

Soruşturmaya tabi teşebbüsler, savunmalarında TÇMB öncülüğünde gerçekleştirilen anlaşmaların varlığını kabul etmişlerdir.

Kurul Kararında yer alan; *"ÇİMENTO SEKTÖRÜNDE BİLGİ DEĞİŞİMİNİN ÖNEMİ VE BİLGİ DEĞİŞİMİNE REKABET HUKUKUNUN BAKIŞI" ana başlığı altında yaptığı değerlendirmede; 1994 tarihli Cembureau(Avrupa Çimento Birliği) İstatistik Kuralları çalışmasında yer alan; "Bu [Cembureau İstatistik] kuralların[ın] amacı,, Cembureau çalışanlarına ve üyelerine Cembureau'nun istatistiksel faaliyetleri için bilgi toplama ve değişiminde rehberlik etmektir. Bu kurallar, Avrupa Topluluğu'nun rekabet hukuku ilkelerini yansıtmak amacıyla düzenlenmiştir. Bilgilerin Cembureau tarafından toplanması ve dağıtılması, kurumun önemli ve yasal bir görevidir. İşletmeler, etkili karar alacakları zaman kendi endüstrilerindeki koşullar hakkında güvenilir bilgi alma ihtiyacı duyarlar. Endüstri ve kamu yararı için bu istatistiksel programların değeri mahkemeler ve Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte, fiyat veya üretim düzeylerinin belirlenmesi, müşterilerin ya da satış alanlarının paylaşılması gibi işletmelerin rekabetçi davranışlarını koordine etmeye yönelik olan (yahut bu şekilde algılanabilecek olan) istatistiksel faaliyetlerden kesinlikle kaçınılmalıdır. Cembureau'nun politikası, firma bazında, gizli ve doğası gereği rekabete duyarlı*[179] *herhangi bir bilginin dağıtılmasından veya birleşik bir yapıda olsa dahi rekabetçi davranışların koordinasyonunu kolaylaştırdığı şeklinde yorumlanabilecek herhangi bir bilginin mübadelesinden kaçınmaktır"* şeklindeki tespiti ile rekabetçi davranışları koordine etmeye yönelik duyarlı bilgi değişimine dikkat çekilmiştir.

Kararda, sektördeki teşebbüslerin, gerek TÇMB vasıtasıyla üye oldukları Cembureau istatistik kurallarından gerekse de Rekabet Kurumu ve TÇMB arasındaki yazışmalardan dolayı konunun önemini ve hassasiyetini bildikleri belirtilmektedir. TÇMB'nin belirlenen ilkelere uygun şekilde faaliyetlerini sürdürdüğü düşünüldüğünden, teşebbüslerde bulunan rakiplere ilişkin satış miktarı ve diğer verilerin tek açıklamasının, teşebbüslerin, konunun hassasiyetine rağmen, birbirleri ile bilgi değişimi içinde olduklarını gösterdiğine işaret edilmiştir.

[179] Rekabete duyarlı temel veriler : Fiyatlar, Üretim, Kapasite, Ticaret

Soruşturmaya tabi teşebbüsler Kurul'un yukarıda belirtilen tespitine ilişkin olarak, *"her fabrika bünyesinde bulunan piyasa araştırmacıları ve analiz uzmanlarının, rakip teşebbüslerin satış fiyatı ve miktarı vb. bilgilerini, piyasanın şeffaf yapısı, SPK'ya bağlı şirketlerin üçer aylık kesin üretim ve satış rakamlarını yayımlamaları, yıl sonu faaliyet raporları, TÇMB'den temin edilen veriler gibi etkenler sayesinde kesinliğe yakın bir oranda tahmin edebildiğini"* iddia etmişler ve dolayısıyle, bu nitelikteki bilgilerin edinimi için teşebbüsler arasında bir iletişimin kurulmasına gerek bulunmadığı savunmasını yapmışlardır. Kurul ise zaten bu nitelikteki bilgilerin teşebbüsler arasındaki koordinasyonu gösteren delil olarak kullanılmadığının altını çizmiştir.

Rekabet Kurulu'nun kararında *"ÇİMENTO SEKTÖRÜNDE DİKEY KISITLAMALAR"* başlığı altında yapılan değerlendirme önemlidir.

Ayrıca Raportörler tarafından incelenen bayilik sözleşmeleri ve uygulamalarında, çok küçük bölgeler şeklinde yapay pazar tanımları ile tek elden dağıtım bölgeleri belirlemek, sözleşmelerle tek elden satın alma zorunluluğu getirilmesine rağmen sağlayıcı şirketin bilgisi dahilinde rakip teşebbüslerin çimentosunu satmak gibi, Grup Muafiyeti Tebliğlerinin ruhu ile bağdaşmayan pek çok uygulamaya rastlandığı belirtilmiştir.

Tüm bu araştırma ve incelemenin ardından, bir kısım teşebbüslerin ilgili pazarda fiyat tespiti konusunda anlaşma içinde olduğu; bir kısım teşebbüslerin gerek kurucuları arasında ve gerekse de kendileri arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu içinde oldukları; bir grup teşebbüslerin pazar paylaşımı konusunda anlaşma içinde olduğu ve bir kısım teşebbüslerin de bayilik anlaşmalarının ve uygulamalarının, bayilerinin bölgeler arası ticaretini engellediği tespit edilerek 4054 sayılı Kanun'un m. 4/a-b'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

11. Gillette Kararı

Rekabet Kurulu'nun bir diğer Önaraştırma Kararı[180]'nda, Gillette Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin dağıtıcılarının yeniden satış fiyatını belirlemek, aktif ve pasif satışlarını engellemek ve mal vermeyi reddetmek suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine çıkmıştır. Şikayetçi bu temel iddiaların yanısıra Gillette ve rakipleri arasında pazar paylaşımı esasına dayalı olarak bir kartel anlaşmasının bulunabileceğini ve Gillette'in rekabet ihlallerini kolaylaştırıcı bazı eylemlerde bulunduğunu ileri sürmüştür.

Şikayet dilekçesinde, yeniden satış fiyatının tespitine delil olarak, "Dönem Kitapçığı" adı verilen yayın gösterilmiş ve rutin olarak çıkarılan bu kitapçıkların

[180] RK, Gillette Kararı, 20.3.2008, 08-25/261-88

dağıtıcıların ilgili dönem boyunca uymaları gereken kuralları düzenlediği iddia edilmiştir. Kurul tarafından yapılan incelemede, *"..rutin olarak çıkarılan bu kitapçıkta, "aktivite" dönemlerinde belirli bir fiyatın altına kesinlikle inilmemesi, belirli ürünlerin rafta belirli yüzde oranları ile destekleneceği, iadeden faydalanılabilmesi için belirli bir tutarın asgari olarak belirlendiği, noktaya satış fiyatlarının Gillette liste fiyatları ile aynı olarak belirlendiği, belirli ürünlerin belirlenen yüzde oranlarında iskonto yapılarak satılacağı, dağıtıcıların dönem sonlarında belirli oranlarda hizmet bedeli ve fiyat farkı bedeli alacağı şeklinde ifadelere yer verildiği anlaşılmıştır.."* tespiti ile kitapçıkta yer alan ifadelerin tek başlarına sonuç olarak rekabetin ihlal edildiğini kanıtlamaya yeterli olmadığı ancak bu yönde bir amacın varlığına işaret ettiği şeklinde yorumlamıştır. Bununla birlikte bu belgelerin birleşmeden önceki bir tarihi taşımazı, birleşme sonrasında dönem kitapçığı uygulamasına hemen son verilmesi, birleşme sonrası P&G'ın değişik uygulamalarla çalışanları ve distribütörlerini rekabet hukuku konusunda bilinçlenmesini sağlama çabası içinde olması unsurlar dikkate alınarak bu hususun rekabet ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Yeniden satış fiyatının tespitine delil olarak sunulan bir diğer uygulama ise, elektronik el terminali sistemidir. Bu sistemde makineye dağıtıcı tarafından başka bir fiyat girilebilmesi mümkün olmadığından Gillette tarafından belirlenen fiyatların uygulanması sağlanmaktadır. Bu sisteme ilişkin bir diğer iddia ise, bu sistemin sadece tanımlanmış müşterilere satışa izin vermesi nedeniyle pasif satışları engelleme sonucunu doğurmasıdır. Böylece dağıtıcının satış yapmak istediği bir müşteriyi el terminali sistemine dahil etmesi mümkün olmamakta, bu sistem dışında yapılan satışlarda ise indirimlerden faydalanmak mümkün olmamaktadır.

Kurul bu iddiaya ilişkin olarak yapılan incelemede, *"...el terminalinde kullanılan yazımın tamamen distribütörün inisiyatifine bağlı olarak iskonto tanımlamaya elverişli olduğu, benzer şekilde müşteri listesine yeni isim eklenmesinin teknik olarak mümkün olduğu ve bu işlem için Gillette'in bir izni veya onayına ihtiyaç duyulmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla, somut olayda, el terminali yoluyla yeniden satış fiyatının tespit edildiği ve pasif satışların engellendiğini ortaya koyabilecek mahiyette bir unsur bulunmadığı..."* belirtilerek bu iddia da rekabeti ihlal edici nitelikte görülmemiştir.

Yine Şikayetçinin, rekabet ihlallerini kolaylaştırıcı eylemler olarak ileri sürdüğü, Gillette çalışanlarının Distribütör'ün şirket binasında ofislerinin olması, bu ofiste çalışanların Distribütör'ün çalışanlarıyla birlikte çalışması ve bu kişilerin, işten çıkarmalara, hangi ürünün kime, ne kadara, kimin aracılığıyla

satılacağına karar verdikleri, Distribütör'e dağıtıcı olarak bağımsız hareket edeceği bir alanın bırakılmadığı, Gillette'e bağlı çalışanların belirlendiği iddia edilen yeniden satış fiyatına uyulup uyulmadığını denetledikleri, Distribütör çalışanı görünen bazı kişilerin sözleşmeleri feshedildiğinde bu kişilerin tazminatlarının Gillette tarafından karşılandığı iddiaları ise, *"...Modern dağıtım sistemlerinde, son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmelerin de desteğiyle, sağlayıcı teşebbüsler ile dağıtıcıların yakın işbirliği içine girdikleri, sağlayıcı firmaların gerek üretim ve dağıtım süreçlerini, gerekse pazarlama stratejilerini dağıtıcılardan gelen bilgi akışına göre planladıkları ve dağıtıcılarla bu stratejileri uygulama konusunda yakın işbirliği yaptıkları bilinen bir gerçektir. Sağlayıcının dağıtım ağını daha verimli hale getirmesi sonucunu doğuran ve netice itibarıyla tüketici refahını da olumlu yönde etkileyen bu uygulamalar, ağır ihlallere yol açmadığı sürece, rekabet karşıtı değildirler..."* gerekçesi ile kabul edilmemiştir.

Sonuç olarak tüm bu nedenlerle Gillette hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun fiyat tespiti konusunda fiyat kitapçığını somut ve yeterli delil kabul etmemesi farklı bir yaklaşımını göstermektedir. Yine çapraz yönetim kurulunun rekabet ihlali sayıldığı bir durumda sağlayıcı ve tedarikçinin iç içe çalışmasını tüketici yararına görmesi de bir diğer dikkat çekici konudur.

12. Bimex Kararı

Rekabet Kurulu'nun Bimex[181] kararında, Bimex, Teknosa, Vatan Bilgisayar ve Metro Elektronik firmalarının büyük finansal kurumlardan destek alarak oluşturdukları kredili satış koşulları ile küçük ve orta ölçekli firmaların rekabet şansını ortadan kaldırdıklarına ilişkin şikayeti incelemiştir. Vakada, finans piyasaları ve elektronik piyasaları arasında oluşan bu uygulamanın Kanun'un 1. madde ve 6. madde kapsamında rekabet ihlali olduğu iddia edilmiştir. Ancak Kurul tarafından yapılan incelemede, finansal hizmetler sektörünün bir parçasını oluşturan kredi kartı hizmetleri piyasasında hakim durumda teşebbüs olmadığı ayrıca elektronik eşya ve bilgisayar donanımı perakende satış hizmetlerine ilişkin pazarın oldukça rekabetçi olduğu, giriş engeli bulunmadığı ve bu bağlamda bu pazarda faaliyet göstermek için çok yüksek yatırıma gerek olmadığı belirtilerek rekabet ihlali olmadığına karar verilmiştir.

[181] RK, Bimex Kararı, 8.7.2005, 05-44/633-165

X. Türk Rekabet Hukuku'nda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamalarının Değerlendirilmesi

A. ABD ve AB Rekabet Hukuku Uygulamaları İle Mukayeseli Değerlendirme

Kolaylaştırıcı eylemler, rekabetçi olmayan bir yolla fiyat koordinasyonu veya diğer davranışların düzenlenmesini kolaylaştıran araçlardır[182]. ABD rekabet otoriteleri kolaylaştırıcı araçları somut olay bazında çoklu rekabet etkilerini yani fayda-zarar dengesini gözeterek inceleme eğilimindedir. ABD'de kolaylaştırıcı eylemler *per se* yasak olmayıp rule of reason(haklı sebep) analizine tabi tutulmaktadır. Ek faktörler (plus factors) ile birlikte değerlendirilen kolaylaştırıcı eylemler, pazarın oligopol özellikte olup-olmadığı, teşebbüslerin paralel davranışlarda bulunmalarında makul bir gerekçe bulunup bulunmadığı ve firmalar arasında doğrudan veya dolaylı bir bağlantıyı ortaya çıkarmaya yöneliktir. Teşebbüslerin anlaşmak için ekonomik makul bir nedenlerinin olması anlaşma sonucuna ulaşmakta asgari faktörlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza, bu ek faktörün oligopolistik bağımlılığın tam olarak ortaya çıktığı pazar koşulları ile oligopolistik bağımlılığa uygun olmayan pazar koşullarında fiyat tespitine yönelik bir anlaşma ihtimalini dışladığı da ileri sürülebilir[183].

ABD'de en çok başvurulan kolaylaştırıcı eylem uygulaması olan bilgi değişimleri somut olayın koşullarına göre değerlendirilmektedir. Rekabet otoriteleri özellikle, oligopol piyasalarda duyarlı bilgi değişimini yasaklama eğilimindedir. Avrupa Birliği uygulamasında, duyarlı bilgi değişimini yasaklayan birçok karar bulunmakta iken, ABD'de duyarlı bilgi değişimi, per se ihlal teşkil eden eylemler bakımından önemli bir delil teşkil etmektedir. Ancak AB'nin özellikle son dönemde Asnef&Equifaks kararı, bilgi değişimlerini per se yasaklama eğiliminde olmadığını örneklemesi açısından önemli bir kararıdır. Buna karşın İtalyan Rekabet Kurumu'nun bilgi değişimine katı yaklaşımı AB'de bilgi değişimi konusunda farklı görüş ve uygulamalara işaret etmektedir.

Komisyon, bilgi değişiminin etkilerinin çok yönlü araştırılması görüşündedir. Komisyona göre, sadece mevcut olanlar değil potansiyel etkiler ve ortak piyasa sorunları da hesaba katılmalıdır. Zira bilgi değişiminin etkileri, piyasanın karakteristik yapısına göre değişkendir. Yine değişime konu bilginin amacı, koşulları, paylaşılan bilginin yapısı, doğası gibi faktörler de son derece önemlidir. Komisyon tarafından, bilgi değişimlerinin İngiltere'de uygulanan

[182] OECD, 2007, ABD, s. 111
[183] Yüksel, s. 35

market araştırma mekanizması ile yaptırıma bağlanması tavsiye edilmektedir. Uyumlu eylem veya anlaşma tespiti halinde rekabeti sınırlayıcı kabul edilebileceği belirtilirken tek taraflı teşebbüs uygulamasında yasaklama eğilimi yoktur[184].

Kolaylaştırıcı eylemlerin çoklu rekabet uygulamasının, ABD Rekabet Hukukunda, 1990 sonrası dönemde Harvard ve Chicago Ekolünün yapısalcı ve davranışçı yaklaşımlarının bağdaştırılarak, soruna pazar yapısının incelenmesinin yanında, teşebbüslerin davranışlarının da ek faktörlerle (plus factors) birlikte değerlendirilmesi ile, diğer bir deyişle, olayın içinde geçtiği pazar koşulları ve teşebbüslerin bu koşullardaki davranışlarının derin ve analitik incelemeye tabi tutulması ile soruna çözüm getirmeye çalışıldığı düşüncesine uygun olarak geliştiğini söylemek mümkündür[185].

ABD'de kolaylaştırıcı eylemlerin uygulanmasına dair anlaşmalar en başta söylediğimiz gibi, Sherman Yasası, 1. Bölüm veya FTC Yasası'nın 5. maddesi'ne göre değerlendirilmektedir. Kolaylaştırıcı eylemin anlaşma sayılmadığı durumda ise başka bir ifade ile tek taraflı teşebbüs uygulamasında doğrudan FTC Yasası, m. 5 kapsamında ele alınmaktadır. Bu konu AB Rekabet Hukuku mevzuatında belirsizdir. Tek taraflı kolaylaştırıcı eylem uygulamalarında doğrudan bir düzenleme yoktur.

2007 tarihli OECD Raporu'nun Türkiye bölümünde , kartel sözleşmelerinin bir parçası olmayan kolaylaştırıcı faaliyetlerin iki durumda hukuka aykırı olabileceği belirtilmiştir[186]. Bunlardan ilki, kolaylaştırıcı faaliyetlerin, sözleşmenin ve kararlaştırılmış eylemlerin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre rekabeti sınırlayan, zarar veren, engelleyen etkiler yaratabilen teşebbüslerin ve/veya teşebbüs birliklerinin kararları sonucu olan vakalardır. Raporda incelenen vakaların tümü bu maddeye dayalı ihlallere ilişkindir.

İkincisi ise, 4054 sayılı Yasa'nın 6. maddesi çerçevesinde, kararlaştırılan kolaylaştırıcı eylemlerin birden fazla teşebbüsün ülkenin tamamında ya da bir bölümünde mal ya da hizmet piyasalarında, hakim durumunu kötüye kullanmasından kaynaklanıyor olmasıdır. Bu konuda henüz bir karar oluşmamış olsa da prensip olarak olabileceğine dair argümanlar vardır. Bu argümana göre, tekli eylemler, sözleşmeye, kararlaştırılmış eyleme veya teşebbüslerin

[184] OECD, 2007, s. 129-130

[185] Kahraman, s. 96; Pazarın eşgüdümü destekleyen yapısı sebebiyle, paralelliklerin pazar yapısından kayaklandığının ileri sürülmesine rağmen, ek faktörlerin değerlendirilmesi ile Sherman Act&1'in ihlal edildiğine ilişkin iki karar örnek verilebilir. Bunlar, In Re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Pruducts Antitrust Litigation, 906 F.2d 432 (9.daire 1990) ve US v. Airline Tarif Publishing Co., 1994-2 Trade Cases 70, 687 (DDC 1994) [HAY, s. 118-122'den naklen]

[186] OECD, 2007, s. 101

anlaşmalarına dayanmadığı ve böylece 4. madde kapsamı dışında kaldığı hallerde 6. maddeye dayalı kötüye kullanma olarak nitelendirilebilir ve yasaklanabilir.

Kolaylaştırıcı faaliyet nedeniyle 4. maddeye aykırılığın tespiti için,

- Sözleşme
- Kararlaştırılmış eylemler
- Rekabeti sınırlamayı, zarar vermeyi, engellemeyi amaçlayan ve etki eden teşebbüs ve/veya teşebbüs birliği kararlarının bulunduğu kanıtlanmalıdır.

Bu tespite göre teşebbüslerin tekli faaliyetlerinin 4. madde kapsamında incelenmesi mümkün değildir. Tekli faaliyetlerin, doktrinde 6. madde kapsamında incelenebileceği önerilse de bu konuda henüz Rekabet Kurulu tarafından verilmiş bir karar mevcut değildir[187].

Kolaylaştırıcı faaliyetlerin analizinde, Çimento II, Suni Gübre kararında vurgulandığı gibi, pazarın yapısı, rekabetin doğal yapısı gibi unsurlar öne çıkmaktadır. Bu çerçevede, pazar oligopolistik olsa dahi, şeffaflık, pazara giriş engelleri, maliyet yapısı, talebin doğası, teknolojik icatlar, deneyim, alıcının gücü ve benzeri özellikler dikkate alınarak analiz yapılmalıdır[188]. İlgili kararlarda bu çerçevede yapılan incelemeler neticesinde teşebbüsler arasında her ne kadar tekelci faaliyet bulunmasa dahi kolaylaştırıcı faaliyette bulundukları tespit edilmiştir.

Kolaylaştırıcı faaliyetler, bazı durumlarda rekabeti arttırabilir veya rekabetin doğal sonucu olabilirler. Örneğin fiyat duyurularında olduğu gibi, tüketiciyi bilgilendirmek bireysel olarak bazı piyasalarda maliyeti artırırken bir yandan da tüketiciye plan yapma şansı verir. Teşebbüsler bazen düşük fiyatlı satışlarından dolayı ağır maliyetle karşılaşabilirler. Bu sebeple tüketiciler, rekabet otoritelerinin fiyat duyurularına yönelik girişimlerine karşı çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak piyasanın ve teşebbüslerin karakteristik özelliklerini reddeden yaklaşım uygulanmamalıdır.

Ancak bununla birlikte kolaylaştırıcı faaliyetlerin her zaman haklı sebep (rule of reason) analizine konu olacağı ve her vakada detaylı analiz yapılarak rekabeti sınırlayıcı etkisinin olup olmadığının araştırılması da beklenmemelidir. Örneğin, geçmişte tekel olmuş bir oligopolistik piyasada , teknolojideki hareketsizlik, şeffaflık, giriş engelleri, durağan arz olduğu bir durumda bilgi değişimi anlaşmalarının rekabet üzerindeki sınırlayıcı etkileri detaylı bir analiz yapılmadan söylenemez. Bu çerçevede, Avrupa Komisyonu'nun UK Tractors

[187] ibid, s. 101
[188] ibid, s. 101

Kararına[189] yaklaşımının CFI[190] ve ECJ[191] tarafından da kabul gördüğü gibi doğru olduğu düşünülmelidir.

Rekabet Kurulu'nun yukarıda ele alınan Türk Çimento Üreticileri Derneği ve Suni Gübre Üreticileri Derneği kararlarındaki yaklaşımı da benzer niteliktedir. Kolaylaştırıcı eylemlerin, faydalı etkileri ile rekabeti sınırlayıcı etkilerinin dengelenmesi gereklidir.

Rekabet Kurulu kararlarında, kolaylaştırıcı eylemlerin, teşebbüsler arasındaki muvazaalı işbirliğinin doğrudan veya dolaylı bir delili olarak kullanıldığı gibi doğrudan özellikle duyarlı bilgi değişimleri ile rekabeti kısıtlayıcı kabul edildikleri gözlenmektedir.

Kolaylaştırıcı faaliyetlere ilişkin yaptırım konusunda, UK'de pazar araştırma mekanizmasıyla yapılan düzenlemelerin ideal olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede, rekabet otoriteleri yürütülen sektörel soruşturmalarla, teşebbüslerin sözleşmeden kaynaklanmayan, kararlaştırılan faaliyet ve teşebbüs birliği kararı olmayan tekli kolaylaştırıcı faaliyetlerinin piyasadaki antirekabetçi koşullarını saptamalıdır. İlgili kolaylaştırıcı faaliyetin ortadan kaldırılmasına ilişkin karar daha sonra verilmelidir. Diğer bir yandan teşebbüslere tekli faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk ve zararları üstlenmelerinin empoze edilmemesi gereğinin altı çizilmektedir[192].

B. Bilgi Değişimi Uygulamaları

Rekabet Kurulu'nun kolaylaştırıcı eylem uygulamalarının ABD ve AB'de de olduğu gibi, bilgi değişimi üzerinde yoğunlaştığını söylemek mümkündür. Özellikle ürünün homojen nitelikte olduğu pazarlarda gerçekleşen bilgi değişimlerinin, antirekabetçi etkiler taşıması muhtemeldir. Ürün farklılaştıkça fiyat tespiti zorlaşacak ve kartelin bozulması kolaylaşacaktır. Bilgi değişimine imkan veren anlaşma ve uygulamaların değerlendirilmesinde, pazarın yapısı, yoğunlaşma seviyesi, giriş engelleri, değişime konu bilginin doğası önem arzetmektedir. Tüm bu hususlar bilgi değişiminin özellikle ekonomik kapsamda analizini ve oligopol pazarlarda dikkatlice gözlenmesini ortaya koymaktadır[193].

Gübre Kararında[194], aynı pazardaki şirketler arasında yapılan ticari toplantılar ve bilgi değişiminin, rakiplerin geleceğe ilişkin kararlarını daha tahmin

[189] Case C-7/95P etc., John Dere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1998] ECR I-3111
[190] Case T-35/92 etc., John Dere Ltd v. Commission (UK Tractors) [1994] ECR II-957
[191] UK Agricultural Tractor Registration Exchange (1992) OJ L68/19
[192] OECD, 2007, Türkiye, s. 102
[193] Aslan, s. 267
[194] Gübre Kararı, 08.02.2002-02-07/57-26

edilebilir kıldığı belirtilerek bunun uygun fiyat seviyelerine göre ortak ana hatlar sağladığından bahisle oligopolistik fiyat ayarlamasını kolaylaştırabileceği belirtilmiştir.

Çimento II kararında, duyarlı bilgi değişiminin sakıncalarını belirterek, teşebbüslerin fiyat veya üretim düzeylerinin belirlenmesi, müşterilerin ya da satış alanlarının paylaşılması gibi işletmelerin rekabetçi davranışlarını koordine etmeye yönelik olan (yahut bu şekilde algılanabilecek olan) istatistiksel faaliyetlerden kesinlikle kaçınılması gereğinin altını çizmiştir. Kurul bu kararında hiçbir şüpheye meydan bırakmamak için haklı sebep (rule of reason) kapsamında da kararı değerlendirmiştir.

Kurul'un Seramik Kararı'nda, yine rekabete duyarlı bilgi değişimi ile birlikte, satım fiyatı ve şartlarının tespit edilmesi, arz miktarının kontrolü ve pazarın paylaşılması gibi kolaylaştırıcı eylemlere işaret edilerek duyarlı bilgi değişimi yasaklanmıştır. Bir diğer Beton kararında, hazır beton pazarının oligopol yapısı gereği bu piyasada pazar paylarına ve satış miktarlarına ilişkin yapılan bilgi değişiminin pazardaki şeffaflığı artırarak rekabeti sınırlandıracağı belirtilmiştir.

Kurul'un teşebbüs birlikleri aracılığıyla yapılan bilgi değişimlerine yaklaşımı ise ılımlıdır. Teşebbüs birliklerinin, üretim ve satışlara ilişkin her türlü istatistiksel bilgiyi genel bir fikir edinmek amacıyla firma ismi belirtmeden toplamaları ve yayınlamaları rekabet hukukuna aykırı bulunmamıştır[195]. Kurul bu konuda, Otomotiv Distribütörleri Derneği (ODD) Kararı'nda[196], detaylı bir değerlendirme yapmıştır. ODD tarafından kurulan internet sitesinde, Türkiye motorlu taşıt piyasasına ilişkin genel istatistiksel bilgilerin yer aldığı belirtilerek, gerek piyasanın yapısı ve gerekse de toplanan bilginin niteliği gereği teşebbüsler arasında rekabeti koordine edici davranışlara sebep olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak Kurul, gelecekte Derneğin bilgilerin toplanması, yayımlanması ve dağıtılması aşamalarında teşebbüslerin bağımsız rekabeti açısından öneme haiz bilgi ve verilerin değişimine sebep olunmaması kaydıyla hassas bir çekince koymaktan da geri durmamıştır[197]. Rekabet Kurulu'nun Kömür kararında ise, teşebbüs birliği tarafından tüketici lehine yapılan fiyat duyurularının rekabeti bozucu etkisinin olmadığı kabul edilmiştir.

[195] Aslan, s. 267
[196] ODD, RK, 15.04.2004, 04-26/287-65
[197] Aslan, s. 267

C. Dikey İlişkiler Kapsamında Kolaylaştırıcı Eylemler

Dikey bir anlaşmanın Rekabet Hukuku açısından taşıdığı risk, taraflara çeşitli konularda münhasır haklar sağlayan veya tarafların iktisadi özgürlüklerini kısıtlayan anlaşma koşulları nedeniyle oluşmaktadır. Aralarında doğrudan bir rekabet ilişkisinin söz konusu olmadığı ve iktisadi yaşamın devamı, mal ve hizmetlerin mübadelesi açısından bir zorunluluk olan dikey ilişkilerin Rekabet Hukuku açısından ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği konusunda kesin kurallar bulunmamaktadır. Somut olay bazında değerlendirmeye gitmek gerekmekle birlikte, dikey ilişkilerin ekonomik açıdan çok çeşitli yararlarının bulunduğu gerçeği de göz önünde bulundurularak, Rekabet Hukuku açısından dikey ilişkiler, yatay ilişkilerden daha farklı incelenmektedir.

Dikey kısıtlamalar genel olarak pazarda oluşabilecek markaiçi rekabeti sınırlandırmakta ancak, diğer yandan ürünün satılmasında satış çabalarını teşvik ederek markalararası rekabeti artırmaktadır. Öte yandan, dikey kısıtlamalar, pazarın yapısına bağlı olarak, gerek sağlayıcı seviyesinde gerekse dağıtıcı seviyesinde uyumlu eyleme olanak sağlayabilmekte, Kanun'un 4. maddesi anlamında rakipler arasındaki bir anlaşmanın uygulanmasını kolaylaştırıcı araçlar olarak kullanılabilmektedir.

Rekabet Kurulu, Akmaya kararında, dikey sözleşmelerde yer alan rekabet kısıtlamalarının mevcut piyasa üzerinde uygulama alanı ve etkisinin bulunmamasını rekabetin ihlali gerçeğini değiştirmeyeceğini, dikey sözleşmelerde yer alan hükümlerin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunma ihtimalinin yeterli olacağını savunarak, dikey kısıtlamaların genel olarak belirli bir seviyedeki pazar gücünü artırabileceği gibi, rakiplerin maliyetini, giriş engellerini yükseltebileceğini ve uyumlu eylemi kolaylaştırabileceğini ileri sürmüştür. Keza, dikey kısıtlamalardan kaynaklanan ve/veya kaynaklanabilecek nitelikte olan rekabet kısıtlamalarının, rekabeti sadece dikey anlamda etkilemekle kalmayacağı, üretici veya dağıtıcı seviyesindeki yatay rekabeti kısıtlayıcı uyumlu eylemleri de kolaylaştırıcı etkiye sahip olabileceği tespitini yapmıştır.

Bu bağlamda Akmaya kararında, Akmaya'nın bayi satış fiyatını belirleme ve bunu uygulama yönündeki çabası, pazarın yapısı göz önüne alındığında, gerek sağlayıcı seviyesinde gerekse dağıtıcı seviyesinde Kanun'un 4. maddesi anlamında rakipler arasında meydana getirilebilecek bir işbirliğini kolaylaştırıcı ve bu işbirliğinin devamını sağlayıcı bir araç olarak değerlendirilmiştir.

Kurul, Çimento kararında, teşebbüslerin bayileri ile rekabet hukuku açısından fiyat tespitine ve pazar paylaşımına yönelik anlaşmaların en ciddi rekabete aykırılık halleri arasında değerlendirileceğini belirterek bunların yasaklandığını belirtmiştir. İlgili kararın gerekçesinde, teşebbüslerin bazılarının

fiyat tespiti konusunda anlaşma içinde olduğu, bir kısım teşebbüslerin gerek kurucu taraflar arasında ve gerekse de kurucu taraflarla kendileri arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu şeklinde bir ihlal oluşturduğu, bir kısım teşebbüslerin pazar paylaşımı konusunda anlaşma içinde olduğu ve bir kısım teşebbüslerin ise bayilik anlaşmalarının ve uygulamalarının, bayilerinin bölgeler arası ticaretini engellediği tespit edilerek 4. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır

Dikey kısıtlamalardan beklenen yararın elde edilmesi için fiyatın belirlenmesine gerek olmadığı göüşünü savunan Kurula göre, yeniden satış fiyatının belirlenmesinin başlıca iki etkisi olduğu belirtilmiştir. Bunlar; i)Dağıtıcıların o markada fiyatta rekabet etmemeleridir ki bu durum markaiçi fiyat rekabetinin ortadan kalkmasına yol açar, ii) Özellikle yoğunlaşmanın yüksek olduğu piyasalarda fiyatta şeffaflığı artırarak üretici/sağlayıcılar arasında ya da distribütörler arasında yatay olarak anlaşma ya da uyumlu eylemi kolaylaştırır. Dolayısıyla yeniden satış fiyatının belirlenmesini, yatay anlaşmayı kolaylaştıran bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

D. Sorunlar ve Öneriler

1. Kolaylaştırıcı Eylemlerin Anlaşma Olmadığı Tek Taraflı Uygulamalar

Kolaylaştırıcı eylemlerin anlaşma sayılmayan yani tek taraflı teşebbüs uygulamalarında hangi hukuki düzenleme kapsamında ele alınacağı belirsizdir. OECD'nin 2007 tarihli Raporu'nun Türkiye bölümünde, bu tip antirekabetçi uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ele alınıp incelenebileceği belirtilmiş olmakla birlikte bu görüş henüz teoriden ileri gidememiştir. Dolayısıyla bu belirsizliğin, Rekabet Kurulu'nun uygulamaları ile veya doğrudan yasal düzenleme ile çözüme kavuşturulması gereklidir.

2. Kolaylaştırıcı Eylemler Oligopol Sorunu mu?

Doktrinde birçok yazar tarafından sırf oligopol piyasalara özgü bir uygulama olarak görülen kolaylaştırıcı eylemlerin, gerçekten sırf oligopol sorunu olarak görülmesi ve/veya gösterilmesi hatalıdır. Çünkü yukarıda incelenen vakalardan anlaşılacağı üzere çoğunlukla az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopol piyasalarda başvurulan kolaylaştırıcı eylemlere çok sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu hatta tam rekabetçi sayılacak piyasalarda dahi başvurulmaktadır. Özellikle sanal ortamların büyük bir hızla yaygınlaştığı gerçekliği karşısında konunun önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bunu özellikle bilgi değişimine ilişkin uygulamalarda görmek mümkündür.

IV. SONUÇ

Teşebbüslerin açık veya gizli uzlaşmaya varmalarını sağlayan kolaylaştırıcı eylemler teşebbüslerin karşılıklı anlaşması ile olabileceği gibi tek taraflı teşebbüs kararı ile de olabilmektedir. Kolaylaştırıcı eylemlerin gerek anlaşma veya gerekse de tek taraflı teşebbüs kararı sonucu olduğunun tespiti oldukça zor ve önemli bir konudur. Zira kolaylaştırıcı eylemlerin en çok gerçekleştiği ileri sürülen oligopol piyasalarda, teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarına rasyonel olarak ayak uydurmalarından kaynaklanan bilinçli paralel davranışlardan ayrılması çok hassas bir çizgide durmaktadır. Özellikle oligopolistik bağımlılığa kısmen elverişli piyasalarda kolaylaştırıcı eylemlere başvurulması firmalar arasında gizli tipli bir anlaşma sonucuna ulaşılmasında etkili olmaktadır. Bu sebeple bu pazarlarda somut olay bazında başta iktisadi olmak üzere detaylı analize ihtiyaç vardır. Böyle bir durumda teşebbüslere rasyonel davrandığı için kusur yüklemek ve cezalandırmak doğru bir yaklaşım değildir.

ABD'de teşebbüslerin tek taraflı uygulamalarına FTC, m. 5 kapsamında anlaşma olmaksızın adil olmayan rekabet yöntemleri hükmü uygulanmakta iken AB'de, tek taraflı uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Aynı şekilde Türk Rekabet Kurulu tarafından tek taraflı teşebbüs uygulamalarına ilişkin bir kolaylaştırıcı eylem uygulaması hakkında henüz verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuda 6. maddenin uygulanabileceği belirtilmektedir. Ancak bu uygulamanın 6. maddenin hangi bendi kapsamında ve hangi kriterler gözetilerek uygulanacağı açık değildir.

Kolaylaştırıcı eylemlerin çoğu zaman rekabete olumlu katkıları da bulunmaktadır. Özellikle teşebbüs birlikleri kanalı ile yapılan bilgi değişimleri ve fiyat duyuruları müşteriler/tüketiciler lehine olduğundan bunlara yönelik kolaylaştırıcı eylemlere müdahaleye en başta tüketiciler karşı çıkmaktadır. Bu sebeple kolaylaştırıcı eylemlerin tüketici menfaatine olduğu durumlarda rekabeti sınırlayıcı etkisi göz ardı edilebilmektedir.

ABD'de ana anlaşmanın dolaylı kanıtı olarak görülmelerine karşın AB'de kolaylaştırıcı eylemlere doğrudan işbirliğinin yanı sıra tipik bir gizli işbirliği vakası olarak da bakılmaktadır. Bu açıdan AB Rekabet Hukuku mevzuatının ABD'ye nazaran kolaylaştırıcı eylemlere daha katı baktığını söylemek mümkündür.

Kolaylaştırıcı eylemlerin teşebbüsler arasında rekabeti bozucu açık gizli bir uzlaşma ve/veya anlaşma olduğunu ileri sürebilmek için teşebbüslerin karşılıklı birbirlerine yöneltilmiş bir hukuki iradelerinin varlığına ihtiyaç vardır. Bunun ise

ispatı oldukça güçtür. Aksi durumda ise teşebbüslerin rasyonel davranışlarının cezalandırılması gündeme geleceğinden bunun da kabulü mümkün değildir.

Bizce, kolaylaştırıcı eylemlerin teşebbüsler arasında rekabeti bozucu açık gizli bir uzlaşma ve/veya anlaşma olduğunu ileri sürebilmek için teşebbüslerin karşılıklı birbirlerine yöneltilmiş bir hukuki iradelerinin varlığına ihtiyaç vardır. Bunun ise ispatı oldukça güçtür. Aksi durumda ise teşebbüslerin rasyonel davranışlarının cezalandırılması gündeme geleceğinden bu da son derece tehlikelidir.

Kolaylaştırıcı eylemler ve özellikle bilgi değişimleri ABD Rekabet Hukukunda , rekabete olumlu katkıları gözetilerek haklı sebep (rule of reason) ve bazen de *de minimis* kuralı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Türk Rekabet Kurumu'nun kolaylaştırıcı eylemlere yaklaşımı AB uygulamalarına paraleldir. Kurul kararlarında özellikle bilgi değişimi doğrudan yasaklanmamakla birlikte özellikle pazar ayrımına gidilerek oligopoly piyasalarda duyarlı bilgi değişimine bir dizi sınırlamalar ve bazen de yasaklamalar getirilmiştir.

Kurul kararlarında tüketici menfaatinin öne çıktığı durumlarda kolaylaştırıcı eylemlere göz yumulmaktadır.

Kolaylaştırıcı eylemler çoğu zaman teşebbüsler arasında gizli bir uzlaşmanın, sonucu olmasına rağmen kartel ilişkilerinden ayrı bir noktada durmaktadır. Ne ABD'de, ne e AB'de ve ne de Türkiye'de kolaylaştırıcı eylemler için cezai yaptırım söz konusu değildir.

Sonuç olarak kolaylaştırıcı eylemler için kesin bir dilde rekabeti bozucu ve/veya rekabete katkı sağlayan bir kurum demek mümkün değildir. İlgili piyasanın yapısı, ekonomik ve rasyonel verilerin dikkatlice analizi, rekabete olumlu-olumsuz katkıları, tüketici menfaatine olup-olmadığı gibi çoklu rekabet denetiminden geçmesi gereken kolaylaştırıcı eylemler rekabet otoritelerinin ilgi odağı olmaya devam edecek görünmektedir.



REKABET HUKUKUNDA KOLAYLAŞTIRICI EYLEMLER VE MUKAYESELİ UYGULAMA

Erciyes Üniversitesi
Rekabet Sempozyumu 2011

Av. Hülya Kesim

Gündem

1. Amaç
2. Yöntem
3. Bulgular
4. ABD Uygulamaları
5. AB Uygulamaları
6. Türkiye Uygulamaları
7. Sonuç ve Değerlendirme

Amaç

- Piyasayı şeffaflaştırarak gizli işbirliği sağlamalarını kolaylaştıran araçlar
- Hileli sosyal davranışlar mıdır? Yoksa tüketici menfaatine olan davranışlar mıdır?
- Bilgi değişiminin rekabete olumlu/olumsuz etkileri nelerdir?
- Bilgi değişimi yasaklanmalı mıdır?
- Kolaylaştırıcı eylemlerin rekabete çoklu etkileri nasıl dengelenmelidir?

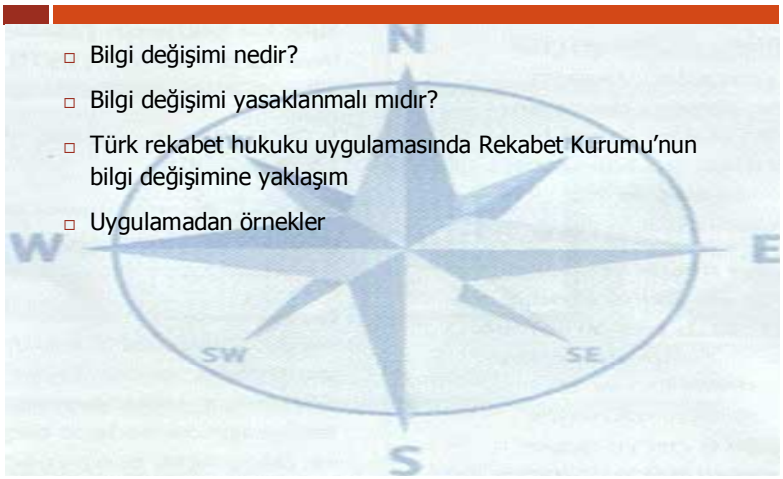


Bu çalışmada kolaylaştırıcı eylemlerin ABD, AB ve Türkiye mevzuat ve uygulamaları mukayeseli olarak incelenerek tüm bu sorulara ve sorunlara cevap ve çözüm aranmıştır

Yöntem

- Kolaylaştırıcı eylemler nerede, ne zaman, nasıl ortaya çıktı
- ABD AB ve Türkiye Rekabet Hukuku uygulamasında neler var? Rekabet otoritelerinin görüşleri nelerdir?
- OECD 2007 Kolaylaştırıcı Eylemler Raporundaki ülke uygulamalarında neler var?

Yöntem

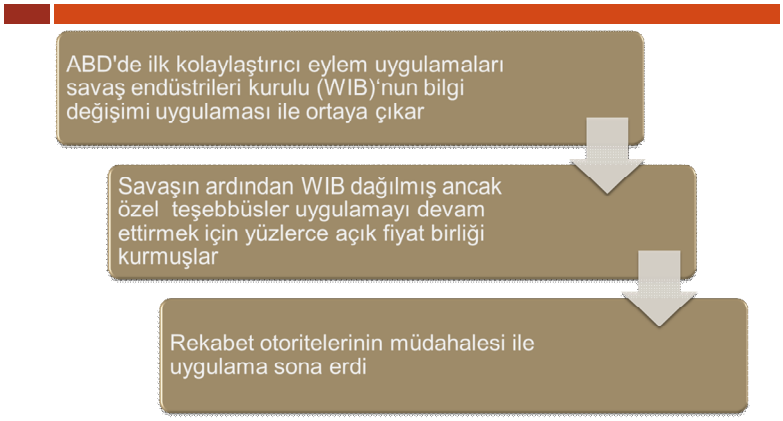


- Bilgi değişimi nedir?
- Bilgi değişimi yasaklanmalı mıdır?
- Türk rekabet hukuku uygulamasında Rekabet Kurumu'nun bilgi değişimine yaklaşım
- Uygulamadan örnekler

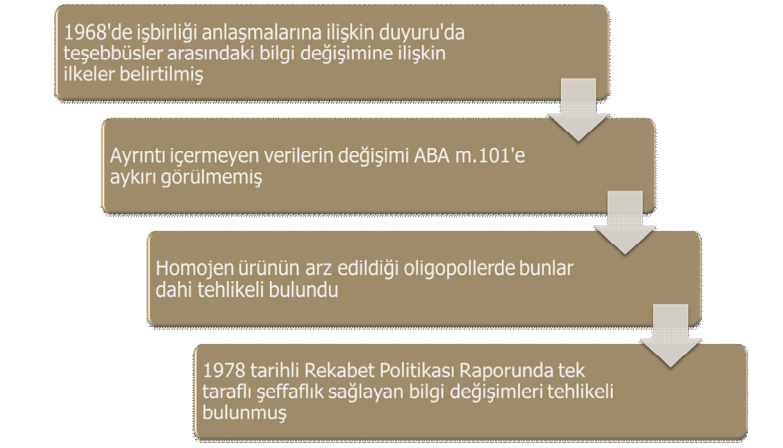
Bulgular – Kolaylaştırıcı Eylem Nedir?

- Kolaylaştırıcı eylemler piyasanın şeffaflaştırılarak teşebbüslerin gizli işbirliği sağlamalarına imkan verirler
- Teşebbüslerin oligopol piyasalarda faaliyetlerini daha etkin kılmak ve strateji oluşturmak için başvurdukları ve en çok bilgi değişimine yönelik uygulamalardır (OECD 2007 Kolaylaştırıcı Eylemler Raporu)
- Başlıca kolaylaştırıcı eylem türleri
  - Bilgi değişimleri
  - Fiyat duyuruları
  - Teslim fiyatlandırmaları
  - En Çok kayrılan müşteri şartı

ABD'de Kolaylaştırıcı Eylemlerin Ortaya Çıkması



AB'de Kolaylaştırıcı Eylemlerin Ortaya Çıkması



Türkiye'de Kolaylaştırıcı Eylemlerin Ortaya Çıkması

1998 Yılında Rekabet Kurulu tarafından TÇMB'ne gönderilen yazılı görüşte bilgi değişimine ilişkin sınırlamalar belirtilmiş

Çimento gibi homojen ve şeffaf bir pazarda teşebbüslerin miktar verilerine ilişkin bilgi değişimi tehlikeli bulunmuş

Kolaylaştırıcı Eylemlere İlişkin Görüşler



Hovenkamp, kolaylaştırıcı eylemler teşebbüslerin kendi aralarında gizli işbirliğini kolaylaştıracak belirli davranışlar üzerinde açık veya zımni anlaşmalarıdır

Yao ve DeSanti, teşebbüsler arası anlaşma ve aynı zamanda fiyat tespitine yönelik bir anlaşmanın delili olarak nitelemektedir

Buccirossi,
- Anlaşma için iki tarafın varlığı gereklidir
- Bir teşebbüsün kolaylaştırıcı eylemi benimsemesi ancak kusurlu bir davranış olarak görülebilir

Grillo, kolaylaştırıcı eylemler sosyal hileli davranışlardır

Kolaylaştırıcı Eylemlerin İktisadi Analizi

- Kolaylaştırıcı eylemlerin gerçekleştiği en uygun pazar oligopollerdir
- Teşebbüslerin oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurları ortadan kaldırmak amacıyla çeşitli eylemlere yönelip yönelmedikleri
- Bunların hangi durumda gizli bir anlaşmanın delili veya kendisi olacağı hususu çok iyi analiz edilmeli
- Teşebbüslerin örtülü anlaşma halinde oligopolistik bağımlılıktan farklı olarak belli bir anlayış ve işbirliğinin gereği olarak bazı girişimlerde bulunmaları gerekir

Bu girişimler kolaylaştırıcı eylemlerdir

Kolaylaştırıcı Eylem Türleri

Bilgi Değişimi			
Piyasayı şeffaflaştırarak gizli işbirliği imkanı yaratır	Teşebbüsler veya meslek birlikleri vb. aracılığıyla yapılır	Rekabeti bozucu etilerinin tespitinde çeşitli ölçütlere başvurulur	Duyarlı bilgi değişimleri yasaklanmakta

Kolaylaştırıcı Eylem Türleri

Teslim Fiyatlandırması	
Taşıma Giderlerinin Önemli Bir Maliyet Oluşturduğu Çelik, Çimento vb. Pazarlarda Uygulanır	Bu Uygulama İle Fiyatlarda Yeknesaklık Sağlanması Hedeflenmekte

Kolaylaştırıcı Eylem Türleri

En çok kayrılan müşteri şartı
Bu uygulamada satıcının alıcılardan birisine yaptığı indirim diğer alıcılara da uygulanır

Kolaylaştırıcı Eylem Türleri

Fiyat duyuruları

Teşebbüslerin ürünlerin fiyatlarını birbirlerine duyurdukları ve davranışlarını buna göre belirledikleri uygulamalardır

ABD Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- American Column Lumber Co. V. US Vakası
  - ABD'de kereste sektöründe üretim yapan 400 teşebbüsün kurduğu teşebbüs birliği aracılığı ile açık rekabet planı altında detaylı bir bilgi değişim sistemi kurulmuş
  - Bu uygulama teşebbüslerin birbirlerini izlemelerine ve paralel davranışta bulunmalarına yol açarak fiyatları fahiş artırmış
  - Bölge İstinaf ve Yüksek Mahkeme Sherman Yasası, Bölüm 1'in ihlali saymış

ABD Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Container Corp.of America Vakası
  - Az sayıda üreticinin olduğu ve ürünün homojen olduğu karton ambalaj sektöründe bilgi değişimi tartışılmış
  - Fiyat stabilizasyonuna yol açtığı gerekçesiyle Sherman Yasası, Bölüm 1'in ihlali sayılmış

ABD Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Citizens Southern National Bank Vakası
  - 1970'lerin ortasından itibaren etkili olan Chicago Okulu'nun görüşleri etkisinde fiyat bilgisi değişimi tek başına per se ihlal sayılmamış

ABD Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- GE Vakası
  - 1970'lerin ikinci yarısından itibaren Stigler'in bir oligopol teorisi makalesi'nin etkileri hakimdir
  - Bu görüş çerçevesinde rule of reason analizine ve per se yasallığa odaklanılmış
  - Vakada DOJ, büyük türbin üreticileri pazarında GE'nin başlattığı ve Westinghouse tarafından benimsenen fiyat politikasının fiyat koruma şartı da olmak üzere bazı kolaylaştırıcı eylemler içerdiğini ileri sürdü
  - GE ve Westinghouse bu iddiayı kabul etmemişler ancak DOJ'la anlaşmayı tercih etmişler

ABD Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Airline Tariff Publishing Vakası
  - DOJ, 8 havayolu ve ATP (uçak bileti tarifesi yayın şirketi) aleyhinde bilet fiyatlarını ATP uçak bileti yayınlama sistemi üzerinden belirledikleri iddiasıyla dava açtı
  - Vakada bilgi değişimi fiyat düzenleme anlaşmasının sonucunu destekleyen kolaylaştırıcı bir eylem olarak uygulanmış

ABD Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Ethly Vakası
  - FTC, Dupont, Ethly, PPg ve Nalco şirketlerinin aralarında fiyat tespiti anlaşması olmaksızın rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırıldığı iddiasıyla dava açtı
  - Kararda, teslim fiyatlandırması uygulaması, fiyat artışlarının çok önceden duyurulması, en çok kayrılan müşteri şartı işlendi
- Bu uygulamalar ile rekabetçi seviyenin üzerinde paralel fiyat artışlarının kolaylaştırıldığı ve FTC m.5'in ihlal edildiği
- Bölge İstinaf Mahkemesi FTC m.5 İçin
  - Anti-rekabetçi niyet/amacın varlığı
  - Bağımsız, hukuki, rasyonel gerekçenin olmadığının gösterilmesi gerekçesiyle kararı iptal etti

ABD Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylemler - FTC Son Dönem Uygulamaları

- Fiyatlandırmada referans noktaları ve anlaşılan unsurlar
- Minimum ifşa edilmiş fiyat anlaşmaları
- Üstün ulus kuralı
- İfşa üzerine sınırlamalar
- Kolaylaştırıcı faaliyetler üzerinde hükümet etkisi

AB Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Dyestuffs Vakası
  - Komisyon fiyat duyurularını dolaylı iletişim aracı kabul ederek uyumlu eylemin kolaylaştırıcı delili saymış
  - ATAD iktisadi delillere dayanarak paralel fiyat duyuruları ve paralel fiyat artışlarının oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanmadığını ve vakada uyumlu eylemi kabul etmiş ve komisyon kararını desteklemiş

AB Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Wood Pulp II (Kağıt Hamuru) Vakası
  - Komisyon 41 kağıt hamuru üreticisi arasındaki toplantı ve fiyat duyurularının pazarı şeffaf yaptığına dayanarak ileriye yönelik fiyat duyurularını uyumlu eylemin kolaylaştırıcı delili saymış
  - ATAD paralel fiyat duyurularının oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanma ve bağımsız ve/veya işbirliksel olma ölçütlerinin tespiti zımnında detaylı pazar analizi yaptırmış
  - Paralel fiyat hareketlerinin oligopolistik yapıya dayandığını kabul etmiş ve Komisyon Kararı'nın büyük bölümünü iptal etmiş

AB Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Fatty Acids (Yağ Asidi) Vakası
  - Unilever'in öncülüğünde üç büyük firmanın geçmiş ve geleceğe ilişkin toptan satış tutarları hakkında yapılan bilgi değişimi rekabete aykırı işbirliğinin delili değil doğrudan sebebi sayılmış
  - Kararda bilgi değişimine ilişkin ilkeler belirlenmiş
  - Bilgi değişimi anlaşmayı ortaya koymamakla birlikte rekabeti sınırlamış
  - Bireysel verilerin değişimi gibi bilgi değişimleri m. 81'i ihlal potansiyeli taşır
  - Satışlara ilişkin verilerin değişimi için yapılan düzenli iletişim aynı zamanda pazar paylaşımı gibi rekabeti sınırlayıcı diğer konuların müzakere edilmesi için uygun zemin hazırlar

AB Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- UK Tractors Vakası
  - İngiltere Tarım Mühendisleri Birliği, pazarın %88'ne sahip 8 firma arasındaki perakende satış ve piyasa paylarıyla ilgili bilgileri içeren bilgi değişim anlaşmasına muafiyet talebinde bulunmuş
  - Komisyon detaylı bilgi değişim analizi yaparak
    - Yüksek yoğunluktaki piyasayı yapay olarak şeffaflaştırdığı
    - Teşebbüslerin tek taraflı ve bağımsız hareketini imkansız kıldığı
    - Küçük teşebbüslerin piyasaya girişini engellediği
  - Gerekçeleriyle talebi reddetmiş
  - Komisyon'un doğrudan bilgi değişimini yasaklayan kararını Bidayet Mahkemesi ve ATAD onamış

AB Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Asnef-Equifax Vakası
  - İspanya'da finansal organizasyon teşebbüsü Asnef-Equifax, kredi ve borç temini işlerinde müşterilerinin riskini en aza indirebilmek için kredi alacaklısının borç ödeme kapasitesi ve kredi durumuna yönelik olarak üyelerinin bilgi değişimi yapabilmesi için kayıt tutan kuruluş
  - Kredi kullananları temsil eden Ausbanc rekabetin ihlal edildiğini iddia etmiş ve şikayette bulunmuş
  - Asnef-Equifax İspanya Yüksek Mahkemesine temyiz başvurunda bulunmuş
  - Vaka bilgi değişimi ve tüketici yararı unsurları açısından incelenmek üzere ATAD'a gönderilmiş
  - ATAD reddedilen başvuruların sistemin doğası gereği olduğunu belirtmiş

Türk Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Gübre Kararı
  - Gübre sektöründeki üretici teşebbüsler arasında yapılan düzenli toplantılar ve bilgi değişimi tartışılmış
  - Bilgi değişimi rakiplerin geleceğe ilişkin kararlarını öngörülebilir ve tahmin edilebilir kılar
  - Uygun fiyatlar bazında ortak davranışa imkan sağlar
- Oligopolistik fiyat ayarlamasını kolaylaştırır

Türk Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Özel Okullar Derneği Kararı
  - Özel Okullar Derneği bünyesinde yılda bir kez yapılan ücret toplantısında fiyata ilişkin bilgi değişimi olup-olmadığı incelenmiş
  - Fiyata ilişkin bilgi değişimi sakıncalı
  - Yılda bir kez yapılan toplantıda fiyat görüşmeleri olmamış
  - İlgili piyasada gerek fiyat gerekse fiyat dışı rekabet mevcut
- Rekabet ihlali yok

Türk Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Seramik Kararı
  - Fiyat tespiti ve duyarlı bilgi değişimi incelenmiş
  - Teşebbüsler piyasanın homojen, şeffaf ve oligopolistik yapısına dayanmışlar
  - Bilgi değişiminde bulunulmasının uyumlu eyleme delil olmayacağını savunmuşlar
  - Kurul duyarlı bilgi değişiminin AB'de yasaklandığını ve ABD'de per se ihlal eden eylemler bakımından önemli delil olduğunun altını çizmiş

Türk Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Çimento Kararı
  - Kararda 22 çimento sağlayıcısı teşebbüste bulunan rakiplere ilişkin satış miktarı ve diğer verilerin teşebbüslerin bilgi değişimi içinde olduklarını gösterdiği belirtilmiş
  - Kararda, bir kısım teşebbüslerin ilgili pazarda fiyat tespiti konusunda anlaşma içinde olduğu, bir kısım teşebbüslerin gerek kurucuları arasında ve gerekse de kendileri arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu içinde oldukları, bir kısım teşebbüslerin pazar paylaşımı konusunda anlaşma içinde olduğu ve bir kısım teşebbüslerin de bayilik anlaşmalarının ve uygulamalarının, bayilerinin bölgelerarası ticaretini engellediği tespit edilerek Kanun'un 4/a-b maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmiş

Türk Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Gillette Önaraştırma Kararı
  - Gillette çalışanlarının distribütör'ün şirket binasında ofislerinin olması
  - Bu ofiste çalışanların distribütörün çalışanlarıyla birlikte çalışması
  - Bu kişilerin işten çıkarmalara, hangi ürünün, kime, ne kadara, kimin aracılığıyla satılacağına karar vermeleri
  - Distribütöre bağımsız hareket alanı kalmadığı
  - Gillette'e bağlı çalışanların yeniden satış fiyatını denetledikleri
  - Distribütör çalışanı olarak görünen bazı kişilerin iş sözleşmesi fesih tazminatlarının Gillette tarafından karşılanması
  - Modern dağıtım sistemi gereği sayılmış ve tüketici refahını hedeflediği gözetilerek soruşturma açılmamış

Türk Rekabet Hukukunda Kolaylaştırıcı Eylem Uygulamaları

- Otomotiv Kararı
  - Otomotiv sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında ÖTV indiriminden sonra ardı ardına yapılan fiyat artışlarının birlikte hareket etmelerinden kaynaklandığı iddia edilmiş
  - İncelemede firmaların fiyat grafiklerine bakılarak ÖTV indirimi ve sonrasında firmalar arasında açık fiyat paralelliğine rastlanmadığı
  - Paralel fiyat artışına ilişkin koordinasyon tespit edilemediği belirtilmiş
- Bu önaraştırmada elde edilen diğer bulgular üzerine bilgi değişimi konusunda bir başka önaraştırma açılmış, bunun sonucunda inceleme soruşturmaya dönüşmüş ve soruşturma neticesinde teşebbüslere ceza verilmiştir.

Sonuç ve Değerlendirme

- Teşebbüslerin açık veya gizli uzlaşmaya varmalarını sağlayan kolaylaştırıcı eylemler anlaşma ile veya tek taraflı teşebbüs kararı ile olabilir
- ABD'de tek taraflı uygulamalara anlaşma olmaksızın adil olmayan rekabet yöntemlerini düzenleyen FTC, m. 5 uygulanmakta iken AB ve Türkiye'de bunu karşılayan düzenleme yok
- ABD'de ana anlaşmaya dolaylı kanıt olarak görülen kolaylaştırıcı eylemler AB ve Türkiye'de gizli işbirliğinin kendisi olarak görülebilmekte
- Kolaylaştırıcı eylemlerin oligopol piyasalarda bilinçli paralel davranışlardan ayrılması için somut olay bazında en başta iktisadi olmak üzere detaylı pazar analizi yapılmalı

Sonuç ve Değerlendirme

- Teşebbüslere rasyonel davrandıkları için kusur yüklemek ve cezalandırmak doğru bir yaklaşım olmaz
- Kolaylaştırıcı eylemlerin rekabete olumlu katkıları göz ardı edilmemeli
- Özellikle teşebbüs birlikleri kanalı ile yapılan bilgi değişimleri ve fiyat duyuruları tüketiciler lehine olduğundan bu durumlarda kolaylaştırıcı eylemlerin rekabeti sınırlayıcı etkisi göz ardı edilebilir
- Kolaylaştırıcı eylemler ve özellikle bilgi değişimleri ABD'de rekabete olan olumlu katkıları gözetilerek rule of reason ve de minimis kuralı çerçevesinde değerlendirilebilir
- AB ve Türkiye'de bilgi değişimleri doğrudan yasaklanmamakla birlikte duyarlı bilgi değişimi sakıncalı bulunmaktadır

KARTEL SORUŞTURMALARINDA DELİL VE İSPATA DAİR MESELELER

M. Haluk ARI[*]
Av. Benan KIRMIZIGÜL[**]



Bu dünya bir tarladır, burada bugün ne ekilirse, yarın o biçilir. İyilik tohumu ekilirse, iyilik çıkar ve bu iyilik senin için yiyecek ve giyecek olur. Fenalık tohumu ekilirse, fenalık çıkar ve bu fenalık yarın insanın boynuna bir yük olur.

Kutadgu Bilig

GİRİŞ

Kartel, 1998 tarihli "Açık Kartellere Karşı Etkili Eylemlere İlişkin OECD Tavsiyesi"nde[1] "fiyat tespiti, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi[2], arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konulması, müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri ya da ticaret kanallarını paylaşmak konusunda rakipler arasında yapılan

[*] Avukat. Kocaeli Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi
[**] Avukat
[1] Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, OECD Dokümanı, No. C(98)35, www.oecd.org
[2] İhalelerde danışıklı hareket edilmesi ifadesi, daha geniş bir kavram olan ihaleye fesat karıştırmak suçunun bir bölümü olarak, ihalelerin paylaşılması, ihale fiyatının belirlenmesi gibi haller için kullanılmaktadır.

rekabeti sınırlayıcı, anlaşma, uyumlu eylem veya uzlaşmalar" olarak tanımlanmıştır[3]. "İyi giyimli hırsızlar"[4] olarak görülen ve "serbest pazar ekonomisinin kanserleri"[5], "antitröst alanındaki en büyük kötülük"[6] gibi tanımlamalarla anılan kartellere karşı mücadelenin rekabet otoritelerinin birinci önceliği olması gerektiği kabul edilmektedir[7].

Ekonomiye verdikleri zararın büyüklüğüne paralel olarak, en ağır rekabet ihlali kabul edilmelerine karşın, kartellerle mücadele rekabet otoriteleri için hiç de kolay yerine getirilecek bir görev değildir. Zira kartellerin en büyük özelliği gizli anlaşma niteliğini taşımalarıdır. Farklı seviyelerdeki düzenli fiyat ve kota toplantıları, izleme ve denetleme mekanizmaları, cezalandırma araçları ile karteller planlı ve iyi organize olmuş gizli örgütler şeklinde çalışmaktadırlar. Organize bir şekilde çalışan karteller varlıklarını gizlemek amacıyla yazılı delil oluşturmaktan kaçınmak, tutulması zorunlu bilgileri elektronik ortamlarda şifrelemek, mevcut delilleri ulaşılamayacak yerlerde saklamakta, kartel toplantılarını başka organizasyonların arkasına gizlemek, karteli organize etmek için paravan şirketler kullanmak, kartel toplantılarını rekabet otoritesinin yetki alanı dışında yapmak gibi tedbirlere başvurmaktadırlar. Bu nedenle kartellerin ortaya çıkarılması çok ciddi bir delil toplama ve ispat faaliyetini gerektirmektedir. Kartellerin öğrenme yeteneğinin yüksek olması ve bilişim teknolojilerinde yaşanan hızlı gelişmede hesaba katıldığında Joshua'nın tabiri ile "giderek yeraltına inen"[8] kartellerin ortaya çıkarılmasındaki zorluk katlanarak artmaktadır.

Bu zorlu görevin yerine getirilebilmesi rekabet hukukunda çeşitli unsurların kullanılmasını zorunlu kılmıştır. Bunlar arasında karteller için *rule of reason* yerine *per se* standardının benimsenmesi[9], ekonomik delillerden yararlanılması,

[3] Kartellere ilişkin çeşitli tanımlar ve etimolojik kökeni hakkında bkz. Kekevi, H. G., *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2008, s.7-9; Harding C. ve Joshua J., *Regulating Cartels in Europe, A Study of Legal Control of Corporate Deinquency*, 2003, Oxford University Press

[4] Massey, P. (2004), "Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience", The Competition Law Review, Vol. 1., Issue.1, s.30

[5] Monti, M. "Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?", *Fighting Cartels-why and how?*" içinde, s.14 http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/ENG/Publications/3rdnordic010412.pdf, erişim tarihi 24.4.2011.

[6] Trinko kararı, 540 U.S. 398 (2004)

[7] Whish, R. *Competition Law,* 5. Baskı, Butterwoths, 2004, s.454.

[8] Joshua J. M., "A Sherman Act Bridgehead in Europe, or A Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct", E.C.L.R. 2002, 23(5), 231-245, s.237.

[9] Esas itibariyle bu da bir ispat standardı konusudur, ancak çalışmanın kapsamının somut delillerle kartellerin ispatlanması olarak belirlenmesi nedeniyle, bu konuya değinilmeyecektir.

pişmanlık programları, ihbarcıların ödüllendirilmesi ilk anda akla gelenlerdir. Ancak bu kolaylaştırıcı yollardan pişmanlık programları dışında kalanlar kartellerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması için somut delillerin elde edilmesi ihtiyacını karşılamamaktadır. Bu nedenle de delil toplayabilmek için iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla takip yapılması, evlerde arama yapılması, incelemelerde adli bilişim uzmanlarından yararlanılması gibi yetkilere başvurulmakta ve kartellerin suç olarak tanımlanması tartışılmaktadır.

Yukarıda yer verilen bilgiler kartelin varlığını açık bir şekilde gösteren, kartele taraf olan teşebbüslerce imza altına alınmış dört dörtlük anlaşmaların bir rekabet otoritesinin hayallerini dahi süsleyemeyeceğini tartışmaya yer bırakmayacak şekilde göstermektedir. Bu durumda cevap aranması gereken sorular kartellerin varlığının hangi delillerle ortaya konulacağı, delil elde etmek için hangi araçların kullanılacağı, nasıl bir ispat standardı benimseneceğidir. Bu sorulara ABD, AB ve Türk rekabet hukukunda yapılacak araştırmalarla cevap vermeyi amaçlayan çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ceza muhakemesi, hukuku muhakemesi, idari yargılama hukuku gibi alanlarda delil ve ispat konusuna ilişkin temel kavramlar ve ilkeler ele alınmıştır. Konuya bu genel bilgi ile girişin zorunlu olduğu, zira ancak delil ve ispata ilişkin temel kavramlara hakim olduktan sonra özellikle Türk rekabet hukukuna ilişkin sağlıklı tespit ve değerlendirmelerin yapılabilmesinin mümkün olacağı düşünülmektedir. İkinci bölümde kartellerin suç olarak tanımlandığı ve dolayısıyla delil toplama ve ispat konularında ceza muhakemesi ilkeleri çerçevesinde hareket edilen ABD rekabet hukukunda delil ve ispat konusuna yaklaşım incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise bu kez kartellerin idari yaptırıma tabi tutulduğu AB rekabet hukukunda kartellerin soruşturulmasında delil ve ispata dair konulara yaklaşım araştırılmıştır. Ülkemiz rekabet hukukunun mehazını teşkil eden bu rejim dördüncü bölüme de önemli ölçüde ışık tutmaktadır. Dördüncü bölümde ise Türk rekabet hukukundaki durum gerek mevzuattaki hükümler gerekse Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde okuyucunun bilgisine sunulmaktadır. Ana konu olan delil, delil toplama yetkileri ve ispat standardı konuları avukat-müvekkil yazışmalarının gizliği, kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı gibi esas itibariyle savunma hakkı kapsamına giren ancak aynı zamanda delillerin hukuka uygunluğu konusu ile de yakından ilgili bazı alanları da içinde barındırmaktadır. Bu nedenle her üç bölümde bu tür konulara ilişkin tartışmalar da olabildiğince yansıtılmaya çalışılmıştır. Son bölümde ise ABD ve AB uygulamalarına ilişkin verilen bilgiler de göz önüne alınmak suretiyle, Türk rekabet hukukuna ilişkin tespit edilen sorunlara yönelik çözüm önerilerinde bulunulmaktadır.

1. DELİL VE İSPAT: TANIMLAR, KAVRAMLAR, İLKELER

Delil ve ispat usul (yargılama/muhakeme) hukukuna ait konulardır. Muhakeme hukuku, "genel olarak bir hakkın yargı organları nezdinde nasıl tespit ve istihsal olunacağı ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların bu mercilerce ne şekilde çözüleceğini gösteren hükümler bütünüdür."[10] Yargılama hukuku perspektifinden yapılan bu tanımı az veya çok farkla idari usul açısından da geçerli kabul etmek mümkündür.

Usulü -ve bu arada çalışma konusunu teşkil eden delil ve ispatı- belirleyen ve etkileyen iki temel unsur vardır: yargılamanın amacı ve ilkeleri. Yargılamanın amacı, tüm süreci belirleyen ana etkendir ve bu ana etken doğrultusunda ortaya konulan ilkeler ise usul kurallarını şekillendirmektedir. Bu nedenle de yargılama sırasında izlenecek kurallar muhakeme hukukuna ve esasında muhakeme ile güdülen amaca bağlı olarak büyük farklılıklar göstermektedir.

Özel hukuk kişilerinin kendi aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için hangi yolların izleneceği hukuk muhakemeleri veya bir başka deyişle medeni usul hukukunun konusudur. Hukuk yargılamasında kişisel çıkarlar söz konusudur. Bu nedenle şekli bir yaklaşım benimsenmiştir. Ceza yargılaması ise devletin ceza gerektiren fiilleri cezalandırma hakkına ilişkin kuralları düzenlemektedir. Burada esas amaç kamu yararının (düzeninin) korunmasıdır. Bu nedenle ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İdari yargının konusu ise idarenin kamu gücünü kullanarak yapmış olduğu işlemlerden doğan uyuşmazlıklardır. Burada da bir kamu yararı söz konusudur.

1.1. Yargılama Hukukuna Göre Delil ve İspata İlişkin İlkeler

İspat, muhakeme hukukunun en önemli faaliyetidir ve bu sürecin en önemli aracı ise delildir. Muhakeme dalına göre ispat ve delil konularını etkileyen farklı ilkelerinin bulunduğu görülmektedir. Rekabet hukukunda kartellerin ispatı ve delile ne şekilde bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğine yönelik çerçeveyi çizmek açısından bu ilkelerden çalışma konusunu ilgilendirenlerine ayrıntılarına ilgili başlıklar altında yer verilecek olmakla birlikte bir giriş yapmak maksadıyla kısaca değinmek yerinde olacaktır.

1.1.1. Hukuk Muhakemesinde Delil ve İspata İlişkin İlkeler

Hukuk muhakemeleri usulünde ispat ve delil konusunu etkileyen başlıca ilkeler tasarruf ilkesi ve taraflarca hazırlama ilkesidir. Tasarruf ilkesi, hakimin kendiliğinden bir davaya bakamayacağını, ancak talep üzerine davaya

[10] Şenlen Sunay, S., *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları: 154, İstanbul, 1997, s.1.

bakabileceğini, tarafların dava üzerinde tasarruf yetkileri bulunduğunu ve hakimin tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade etmektedir[11]. Bu ilkenin doğal bir tamamlayıcısı olan taraflarca hazırlama ilkesi ise iddianın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesidir. Taraflarca hazırlama ilkesini geçerli olduğu hukuk yargılamalarında hakim incelemesini taraflarca kendisine bildirilmiş olan vakıalar üzerinde yapmakta, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinde inceleyememekte, hatta onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamamaktadır[12].

1.1.2. Ceza Muhakemesinde Delil ve İspata İlişkin İlkeler

Özel hukuk kişilerinin çıkarlarına göre şekillenmiş olan hukuk muhakemelerinin aksine ceza muhakemelerinde kamu yararı söz konusudur ve bu nedenle başta ispat ve delil konusu olmak üzere tüm yargılama süreci bütünüyle farklı bir şekilde tasarlanmıştır. Ceza yargılamasında ispat ve delil konusuna etki edebilecek başlıca ilkeleri ise kendiliğinden (resen) araştırma ilkesi (maddi gerçeğin araştırılması ilkesi), delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi (vicdani delil sistemi), şüpheden sanık yararlanır ilkesi olarak sıralamak mümkündür.

Hukuk yargılamasında şekli gerçekle yetinilmesine karşın ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçek araştırılmaktadır. Maddi gerçek, geçmişte olup biterek tarihe mal olmuş bir olayın ya da olaylar bütününün, onun belli parçalarını temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla bugün ortaya konulmuş hali olarak tanımlanmıştır[13]. Bu amaç doğrultusunda ceza yargılamasında kendiliğinden araştırma ilkesi benimsenmiştir. Hukuk muhakemesinde geçerli olan taraflarca hazırlama ilkesinin karşıtı olan bu ilkeye göre hakim tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olmayıp, kendisi de delil araştırabilmektedir.

Ceza muhakemesinin amacına paralel olarak hakimin ne tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olması ne de kanunun belli hususların belli delillerle ispat edilebileceğini göstermesi kabul edilmiştir. Bugün ulaşılan noktada geçerli olan vicdani delil sistemi, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile delil serbestisi ilkelerini kapsayan bir kavramdır[14]. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi hakimin duruşmadan ve soruşturmadan edineceği kanaate göre delilleri serbestçe takdir etmesini sağlamaktadır.

---

[11] Bu ilkenin karşıtı aşağıda görülecek olan kendiliğinden (resen) harekete geçme ilkesidir. Hukuk muhakemesinde kendiliğinden harekete geçme ilkesi kamu yararı düşüncesi ile istisnai olarak bazı çekişmesiz yargı işlerinde kabul edilmiştir.

[12] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.358-360.

[13] Parlar, A., M. Hatipoğlu, E.G. Yüksel, *Deliller Çapraz Sorgu ve İspat*, Ankara, 2008, s.2-3.

[14] Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s.4; Kunter, N., F. Yenisey, A. Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* Birinci Kitap, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2009, s.610-611.

Özellikle ispatı yakından ilgilendiren bir diğer ilke ise evrensel nitelikteki şüpheden sanık yararlanır ilkesidir (*in dubio proreo*). Masumiyet karinesinin bir uzantısı olan bu ilkeye göre hakim sanığın isnat edilen suçu işleyip işlemediği konusundaki şüphesini yüzde yüz yenemezse sanığın beraatine karar verecektir. Ceza muhakemesinde varsayımlara dayalı olarak hüküm kurulamamakta, karanlıkta kalmış noktalar gerçekliği tartışılır beyanlara dayanılarak kanıtlanmış sayılmamaktadır[15].

1.1.3. İdari Yargı ve İdari Usulde Delil ve İspata İlişkin İlkeler

Ceza yargılamasına benzer şekilde idari yargılama usulünde de kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. İdari yargı açısından bu ilkenin geçerli olmasının gerekçesi, idarenin diğer tarafa kıyasen daha güçlü olması ve ilgilinin idarenin elinde bulunan delilleri elde etme zorluğudur[16]. İdari yargılama usulünde kendiliğinden araştırma ilkesi, bir taraftan yargılamada, göz önüne alınması gereken kamu düzenine ilişkin hususlarda (görev, yetki, süre gibi) mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi, bir taraftan da idari yargı denetiminin bir "hukuka uygunluk" denetimi olması ve herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının bazen kapsamlı bir araştırma ve incelemeyi gerektirebilmesi nedeniyle önemli bir işlev görmektedir[17].

1.2. İspat

İspatı muhakeme dalına göre farklı şekillerde tanımlamak mümkündür. Davacı ve davalı olmak üzere çekişen iki tarafın bulunduğu hukuk muhakemeleri bakımından ispat, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemidir[18]. Konuralp ise ispatı bir iddianın veya vakıanın doğruluğu konusunda hakimi ikna etmeye yönelik faaliyet olarak tanımlamıştır[19]. Ceza muhakemesi açısında yapılan bir tanıma göre ise ispat, fiilin fail tarafından işlendiği veya

---

[15] Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s.7.

[16] Uyanık, P., *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, s.12.

[17] Aslan, Z., "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", İ.Ü.S.B.F.D., No:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001), http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/dergi/sayi23-24/05.htm, erişim tarihi:23.4.2011

[18] Kuru,B., R.Arslan ve E.Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2010, s.376. Bir başka tanıma göre ise ispat, talebin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öğe olayların gerçekleştiği hakkında kanaat uyandırmak için girişilen bir inandırma eylemidir.

[19] Konuralp, H., *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları,* Yetkin, Ankara, 2009, s.9. Bir başka tanıma göre ise ispat, talebin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öğe olayların gerçekleştiği hakkında kanaat uyandırmak için girişilen bir inandırma eylemidir, Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.82.

işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını sağlama faaliyetidir[20]. İki tanım arasında belirli ölçülerde ve esas itibariyle sürece dair bazı farklılıklar bulunsa da ispatın özü itibariyle bir inandırma, ikna ve kanaat oluşturma faaliyeti olduğu açıktır.

1.2.1. İspat Standardı (Ölçütü)

İspat standardı veya ölçüsü kavramı ispat faaliyetinin ne zaman başarılı olmuş sayılacağı sorusuna cevap vermektedir. Bir başka deyişle bu kavram hakimin dayanılan vakıayı ispatlanmış kabul edebilmesi için gereken kanaatin derecesini ifade etmektedir[21]. Benzer bir yaklaşımla Türkkan da ispat standardı kavramının, idari veya hukuki bir davada, ispat yükümlülüğü olan tarafın iddialarını kanıtlayabilmek ve davanın kendi istediği doğrultuda sonuçlanmasını sağlayabilmek için ortaya koymak zorunda olduğu delillerin nitelikleri, sayısı ve kanıtlama değeri konusunda aranan özellikleri ifade ettiğini belirtmiştir[22].

En geniş haliyle iki türlü ispat standardının olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan ilki maddi gerçeğin aranması ilkesine paralel olarak ceza yargılamasında geçerli olan ve yüksek bir kanaat, takdir veya ispat derecesini ifade eden makul bir şüphenin ötesinde ispattır. Hukuk davalarında ise daha düşük bir ispat bir kanaat ölçüsü ile yetinilmekte şekli gerçeğin gösterilmesi halinde vakıaların ispat edildiği kabul edilmektedir.

İspat standardını ispat ölçüsü başlığı altında hukuk muhakemeleri açısından ele alan Pekcanıtez/Atalay/Özekes tam ispat ve yaklaşık ispat (gerçeğe yakın ispat) olmak üzere iki tür ispat ölçüsünden bahsetmiştir. Buna göre bir vakıa için kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi kabul edilmiş ise tam ispat; ağır basan ihtimal derecesi kabul edilmiş ise yaklaşık ispat söz konusudur. Yazarlara göre tam ispat ve yaklaşık ispat şöyledir:

"Tam ispatta hakimin iddia edilen olayın vuku bulup bulmadığına tam olarak inanması, bu konuda makul ve kabul edilebilir bir şüphesinin olmaması gerekmektedir.

---

[20] Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s.8; Öztürk, B., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s.264.

[21] Pekcanıtez, H., O. Atalay, M. Özekes, *Medeni Usul Hukuku,* 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2007, s.435.

[22] Türkkan, E., "Rekabet Politikası Uygulamalarında İspat Standardı", http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=1134, erişim tarihi, 24.4.2011. Yazar ispat standardının, hukuki veya idari davalarda ispat yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla mahkemeyi belli bir iddianın doğruluğuna ikna etmek için gerekli olan kanıt düzeyi olarak da tanımlanabileceğini ileri sürmüştür.

Tam ispatın gerçekleşmesi için hakim o konuda mevcut deliller çerçevesinde usulüne uygun olarak tam araştırma ve değerlendirme yapmış olmalı, deliller, beyanlar arasındaki çelişkiler giderilmeli, ispatı gereken vakıa veya vakıaların doğruluğundan vicdanen emin olmalıdır. Bunun için tam bir araştırma ve inceleme yapılmalı, deliller ve vakıalar arasındaki bağlantı da tam olarak kurulmalıdır.

Yaklaşık ispatta hakim, ispat edilmek istenen olayı muhtemel görmelidir; ancak bu vakıanın gerçekleşmeyebileceği konusunda bir ihtimal de her zaman bulunmaktadır. Yani, o vakıanın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basmalıdır; ancak her halukarda yanlış olma ihtimalinin de bulunduğu bilinmektedir."[23]

İster hukuk muhakemesinde olsun isterse ceza muhakemesinde olsun ispat standardı matematiksel bir kesinliği değil, hakimde oluşan kanaatin derecesini ifade etmektedir. Bir başka deyişle hakimin vicdanen tam bir kanaate ulaşmasının ölçüdür.

İdari yargı açısından bakıldığında ise ispat standardına ilişkin tam bir tanımlama yapmak mümkün görünmemektedir. Genel bir akıl yürütme ile kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olması nedeniyle daha yüksek bir ispat standardının beklenmesi doğaldır. Ancak bir çok halde idari yargı denetiminin şekli unsurların dava konusu olayda mevcut olup olmadığının tespiti noktasında olduğu görülmektedir. Bu durum hukuk muhakemesine yaklaştırmaktadır. Ancak idari cezalar bakımından farklı bir yaklaşım söz konusudur. Özellikle Danıştay'ın gerek disiplin cezalarına gerekse diğer idari cezalara ilişkin davalarda ceza hukukunun genel hükümlerine de atıfta bulunmak suretiyle idari para cezasına bağlanmış fiilleri gerçekleştirenlere yaptırım uygulanabilmesi için fiilin tüm unsurları ile oluşmuş bulunması koşulunu aramakta, bir başka deyişle savunmamızda buraya kadar olan bölümde arz ve izah edilmeye çalışıldığı üzere, ihlalin varlığının somut ve tartışmasız delillerle ispat edilmesini beklemektedir.

> "*Cezai yaptırıma bağlanmış olan bir fiilin tüm unsurları ile oluşmuş bulunduğu saptanmadıkça faile ceza uygulanamayacağı yolundaki genel ceza hukuku ilkesi idari cezalar için de geçerli bulunduğundan, yukarıda değinilen bent hükmü uyarınca özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için bent de sayılmış olan belgelerin verilmediğinin, alınmadığının, veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verildiğinin ve bu belgeleri düzenlemek ve*

[23] Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s.435-438.

almak zorunda olanların, hukuken geçerli biçimde tesbit edilmiş olması zorunludur."[24]

Danıştay'ın bir başka kararında[25] yer alan *"...cezayı gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılamayacağı yolundaki genel ceza hukuku ilkesi karşısında varsayım ya da kıyas yoluyla ceza kesilmesi mümkün bulunmamaktadır."* ifadesi de yine benzer şekilde ceza usul hukukunda geçeli olan bir ispat standardına işaret etmektedir.

1.2.2. İspat Yükü

Bu başlık altında son olarak kısaca ispat yükü kavramına değinilecektir[26]. İspat yükü, davaya ilişkin vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiğini gösteren kurallardır. Bir başka deyişle bir vakıanın gerçek olup olmadığının ispat edilememiş olması halinde yani belirsizlik halinde hakimin hangi taraf lehine karar vereceği ispat yüküne ilişkin kurallar çerçevesinde belirlenmektedir[27]. İspat yükü, taraflarca gösterilen delillerin hakime dava hakkında tam bir kanaat vermemesi halinde önem kazanmaktadır, zira bu halde hakimin kendisine ispat yükü düştüğünü bildirdiği taraf uyuşmazlık konusu vakıayı ispat edemezse davayı kaybetmektedir[28].

Yukarıdaki bilgilerden anlaşılacağı üzere, ispat yükü, delillerin taraflarca sunulduğu ve şekli gerçekliğin geçerli olduğu hallerde önem kazanmaktadır. Dolayısıyla ispat yükü kuralları medeni usul hukukunda karşımıza çıkmaktadır.

---

[24] Danıştay Üçüncü Dairesi 16.12.1998 günlü, E:1997/3364 K:1998/4585 sayılı karar. Aynı yönde Danıştay Üçüncü Dairesi 26.11.2008 günlü, E:2008/3320 K:2008/3761 sayılı; 20.10.1999 günlü E:1998/4896 K:1999/3446 sayılı kararlar; Danıştay Dördüncü Dairesi 28.11.1999 günlü, E:1998/3243 K:1999/81 sayılı; 30.5.2000 günlü E:1999/872 K:2000/2437 sayılı kararlar.

[25] Danıştay Dördüncü Dairesi, 20.1.1992 gün ve E:1991/1687 K:1992/112 sayılı karar.

[26] Türk rekabet hukukunda ispat yükü Kanun'un 4. maddesinde uyumlu eylem karinesi ile bağlantılı olarak ve Kanun'un rekabetin kısıtlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarının düzenlendiği beşinci kısmında yer alan ve İspat Yükü başlığını taşıyan 59. maddede karşımıza çıkmaktadır. Ancak bunlardan ikincisi kamu hukuku uygulamasına değil, özel hukuka yönelik olduğundan ve birincisi ise çalışma konusunun bağlamını ve sınırlarını gereksiz yere zorlayacağından ispat yükü konusuna sadece bu bilgi ile sınırlı olarak değinilecektir. Aşağıda görüleceği üzere rekabet hukukunda da ceza yargılamasına benzer şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi geçerli olduğundan burada değinilen anlamda bir ispat yükü söz konusu değildir. İspat yükü konusuna ilişkin biraz daha detaylı bilgi almak isteyen okuyucular içinse Uyanık'ın ve sonraki dipnotta yer verilen Budak'ın çalışmalarına bakmaları önerilir.

[27] Yılmaz, E. "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 2. Kitap, s.83 (bundan böyle "Usul ve İspat Sorunları"); Budak, A.C. "AT Konsey ve Komisyonun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 18. Kitap, s.150, (bundan böyle "Delillerin Toplanması ve İspat").

[28] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.378.

Buna karşılık maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan ceza muhakemesinde ispat yükünden bahsetme olanağı bulunmamaktadır[29]. Zira ceza yargılamasında resen araştırma ilkesi geçerli olduğundan hakim tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı değildir ve maddi vakıaların ispat edilememesi halinde sanık lehine karar verilmektedir[30].

1.3. Delil

Yargılama makamlarının görevlerini yerine getirirken yararlandıkları temel vasıta delildir. Sözlükte "insanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare" olarak tanımlanan delil, yargılama hukuku açısından uyuşmazlık konusu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yargıçta bir kanı oluşturmaya yarayan ispat aracı olarak tanımlanmıştır[31]

Delile yaklaşım muhakeme dalına göre farklılık göstermektedir. Maddi gerçekliğin araştırıldığı ceza yargılamasında "delil serbestisi" ilkesi geçerlidir. Buna göre maddi gerçeği ispata yarayan ve olayı temsil eden her şey kural olarak delil olabilmektedir[32].

1.3.1. Delil Çeşitleri

Yargılama sürecinde hangi unsurların delil olarak kabul edileceği hususu yargılama dalına göre değişmektedir. Özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hukuk muhakemelerinde katı bir delil anlayışı varken, kamu yararının ve kamu gücünün söz konusu olduğu ceza muhakemesinde ve idari yargıda esnek bir yaklaşım benimsenmiştir.

Özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik hukuk muhakemeleri usulünde şekli gerçekliğin ortaya çıkarılması yeterlidir. Bu nedenle de deliller kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılmıştır. Senet, ikrar, yemin ve kesin hüküm kesin deliller iken; tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri takdiri delillerdir. Hakim kesin delillerle bağlı olup bir vakıanın kesin delillerle ispatlanması halinde aksi yönde karar veremez, takdir yetkisi yoktur ve vakıayı ispat edilmiş olarak kabul etmek zorundadır[33]. Buna karşılık takdiri deliller söz konusu olduğunda hakim delilleri serbestçe takdir edebilmektedir. HUMK'da düzenlenen bu sistem kanuni delil sistemi olarak da anılmaktadır.

---

[29] Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s.8.

[30] Budak, Delillerin Toplanması ve İspat, s.150; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.625-626.

[31] Uyanık, s.14; Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre delil "bir vakıayı ispat için başvurular araçlardır", s.377; bir başka tanıma göre ise "delil (kanıt/ispat vasıtası), ceza uyuşmazlığının konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır.", Centel, N. ve H. Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 5. Bası, Beta, s.211.

[32] Parlar/Hatipoğlu/Yüksel, s.8.

[33] Kuru/Arslan/Yılmaz, s.386; Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s. 101.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise özel hüküm sebepleri olarak belirtilmiş olan delillerdir. Hakim, kanunda sayılmamış olan diğer unsurları özel hüküm sebepleri altında değerlendirmesi mümkündür.

Ceza yargılamasında ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılması önem arz etmektedir. Bu nedenle de ceza yargılamasında vicdani delil sistemi kabul edilmiştir ve bu bağlamda her şey delil olabilmektedir. Ancak her şeyin delil olabilmesi sonraki başlık altında aktarılacağı üzere mutlak bir sınırsızlığı ifade etmemektedir. Delil olarak kabul edilmeye ilişkin kurallar çerçevesinde ceza yargılamasındaki başlıca deliller tanık beyanı, bilirkişi beyanı, belge, keşfe konu olan objeler, ses ve video kayıtları olarak saymak mümkündür.

Centel/Zafer delilleri çeşitli şekillerde sınıflandırmaya tabi tutmuştur. Bunlardan ilki mahkemenin hükümle çözmesi gereken asıl olayı ispatlayan delillerin *doğrudan doğruya deliller*, hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan delillerin ise *dolaylı delil* veya *belirti delili* olarak adlandırılması ayrımıdır[34]. Yazarlar *yan delil* veya *delil başlangıcı* olarak adlandırılan belirti delillerinin olaydan geriye kalan iz ve eserler olduğunu, dolaylı delillerin özelliğinin asıl olayı tek başlarına ispat gücüne sahip olmayıp doğrudan doğruya delillerden edinilen kanaati destekleyici bulunmaları olduğu bilgisini de eklemiştir.

1.3.2. Delillerin Özellikleri ve Değerlendirilmesi

Hukuk yargılamasında yararlanılacak deliller büyük ölçüde kanun tarafından belirlendiği için delillerin özellikleri hususunda da fazla bir tartışma alanı bulunmamaktadır. Ancak Kanun'da sayılmayan diğer unsurların delil olarak kabul edilebilmesine olanak tanıyan özel hüküm sebepleri başlığı altında değerlendirilecek delil türleri bakımından bir tartışma alanı olduğunu söylemek mümkündür.

Ceza yargılamasında delil serbestliği ilkesinin geçerli olması delil olarak kabul edilmek noktasında herhangi bir sınır olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Doğaldır ki bu sorunun cevabı evettir ve delil serbestliği hiçbir şekilde sınırsız bir serbestiyi ifade etmemektedir. Ceza muhakemesinde de olayı bir şekilde temsil eden ya da yansıtan tüm vasıtalar delil olarak kabul edilmeyip, delil olarak kullanılacak araçların bazı özellikleri taşımaları gerekmektedir. Bu ise delillerin değerlendirilmesi olarak adlandırılan bir faaliyetin yürütülmesini gerektirmektedir.

[34] Centel/Zafer, s.214-215.

Ceza yargılamasında delillerin, ceza uyuşmazlığını oluşturan olayın bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olması ve duyu organıyla algılanabilecek maddi bir yapıya sahip bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buradan hareketle de bir vasıtanın delil olarak nitelenebilmesi için, olayı temsil etmesi -delil olarak kullanılmak istenilen vasıtanın olayın bir parçası olması ve/veya olayı yansıtması- ve bu olayı temsil eden vasıtanın akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması şeklinde iki temel niteliği bulunması gerektiği ileri sürülmüştür[35].

Centel/Zafer'e göre deliller ceza uyuşmazlığını oluşturan olayın bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olmalı ve beş duyu organımızla algılanabilecek maddi bir yapıya sahip bulunmalıdır[36]. Hukuka uygun yollardan elde edilmiş olma, sağlam ve güvenilir olma ile delil olabilecek nesnelerin akılcı, bilim tarafından kabul edilebilir olma yazarların saymış olduğu delillerin sahip olması gereken diğer bazı özellikler arasındadır.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre ise delil olabilecek unsurlarda aranacak özellikler gerçekçilik, akılcılık, olayı temsil edici olma, ispat bakımından önemli olma, hukuka aykırı olmama ve müşterek olmadır[37]. Delillerin gerçekliği delil olabilecek şeyin iç dünyamızın değil, elle tutulabilen dış dünyamızın bir parçasını oluşturması ve böylece duyularımızla öğrenilebilmesi; akılcılığı hakime gerçeği gösterebilecek mahiyetteki şeylerin delil olabilmesi ve olayı temsil edici olması ise olayın bir parçasını da temsil etmiyorsa delil değeri olmadığı anlamına gelmektedir.

Konuyu hukuku muhakemeleri açısından ele alan Konuralp'in delillerin takdiri aşamasında dikkate alınması gerektiğini belirttiği üç ilke ise esas itibariyle muhakeme hukukunun her alanında ve idari incelemeler sırasında kullanılması gereken bir yaklaşım sunmaktadır[38]. Buna göre herhangi bir şeyin delil olarak kabul edilebilmesi için akıl yürütme açısından tutarlılık, ilgili olayların hiç değilse bir kısmını açıklayıcı olma ve kısmen de olsa ikna edici güce sahip olma kriterlerini karşılaması gerekmektedir. Bu unsurlar esas itibariyle ceza muhakemesinde geçerli olan ve yukarıda değinilenlere paraleldir. Kanaatimizce kartel soruşturmalarında göz ardı edilmelerini gerektiren herhangi bir gerekçe de bulunmamaktadır.

[35] Öztürk, s.265
[36] Centel/Zafer, s.214.
[37] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.612-616.
[38] Konuralp, H. *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları,* Yetkin, Ankara, 2009, s.46-49.

1.4. Diğer kavramlar

Delil ve ispata ilişkin konuların tartışılmasında özellikle delillerin değerlendirilmesi aşamasında dikkate alınacak diğer kavramların başında tecrübe kuralları gelmektedir. Tecrübe kuralları özel uzmanlık alanlarına veya konulara ilişkin bilgilerdir ve genel hayat tecrübeleri ve eğitim yoluyla elde edilebilecekleri gibi, sanat ve bilim, meslek, zanaat, ticaret alanındaki bilgi ve uzmanlıklardan kaynaklanabilmektedirler. Başka bir deyişle tecrübe kuralları, insanların hayat ve işlerinden gözlemlenerek çıkarılmış olabilecekleri gibi, bilimsel araştırma, mesleki ve sanatsal faaliyetlerin ürünü de olabilirler ve onu oluşturan olaylardan bağımsız hale gelmiş olan kurallardır[39].

Yargılama sırasında hakim, tecrübe kurallarından delilleri değerlendirirken, hem öne sürülen delillerden hangilerinin kabule şayan olduğu hem de bu delillerin gerçeğe uygun olup olmadığı hakkında kanaat oluştururken yararlanmaktadır[40].

İspat niteliği itibariyle de doğrudan ispat, dolaylı ispat olarak ikiye ayrılmaktadır. İspat, doğrudan iddia olunan olaya delalet eden deliller aracılığıyla yapılırsa doğrudan ispat olarak anılmaktadır[41]. Buna karşılık, iddia edilen olayı yansıtan ve kendisinden olayın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerden ziyade, diğer komşu olayların varlığına dayalı olarak çekişmeli olay hakkında delillerin değerlendirilmesi suretiyle hakim tarafından bir sonuca ulaşılması yoluyla gerçekleştirilen ispat faaliyetine ise dolaylı ispat denilmektedir[42].

2. ABD REKABET HUKUKUNDA DELİL VE İSPAT

Rekabet hukukunun ilk ortaya çıktığı ülkelerden olan ve en etkili şekilde uygulayan ABD'de karteller bakımından tercih en baştan net bir şekilde ortaya konulmuştur: para ve hapis cezalarını içeren adli yaptırımlar. ABD'de kartellere karşı Sherman Yasası'nın 1890 yılında kabulünden bu yana hapis cezası bulunmaktadır. Yasanın ilk halinde bir yıla kadar verilebilen hapis cezaları, 1974 yılında yapılan değişiklikle üst sınır üç yıla çıkarılmış ve 2004 yılında yapılan son değişikliğin ardından ise kartellere katılan şahısların 10 yıla kadar hapis cezasına çarptırılmalarının önü açılmıştır[43].

[39] Başözen, A. *İlk Görünüş İspatı,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.13
[40] Başözen, s.14.
[41] Başözen, s.16.
[42] Başözen, s.17.
[43] Arı, M.H., "Kartellere Karşı Yaptırımlar: Hukuk ve İktisat Perspektifinden Bir Çerçeve Çalışması", Rekabet Dergisi, Sayı:28, s.41

Esas hakkındaki bu tercihin olağan bir sonucu olarak da kartellerin ortaya çıkarılmasında ve cezalandırılmasında ceza muhakemesi ilke ve kuralları geçerlidir. Kartel soruşturmaları Adalet Bakanlığı altında yer alan Antitröst Birimi'ndeki savcılar tarafından kriminal yöntemler kullanılarak yürütülmekte ve soruşturma sonucunda ceza mahkemelerinde dava açılmaktadır. ABD'de kartellerin suç olarak tanımlanması ve ceza yargılamasına tabi kılınması, bugün AB ve Türk rekabet hukuku gibi idari yaptırımların ve idari soruşturma usullerinin kullanıldığı birçok rejimde karşımıza çıkan ve bu çalışmada değineceğimiz tartışmaları, soru ve sorunları ortadan kaldırmaktadır.

2.1. ABD Rekabet Hukukunda Deliller

Birinci bölümde görüldüğü üzere ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Her ne kadar birinci bölümdeki bilgiler esas itibariyle Türk hukuku çerçevesinde verilmiş ise de ABD'de de ceza hukukunda çalışma konusunu ilgilendiren hususlar bakımından farklı bir yaklaşım bulunmamaktadır. Bu nedenle karteller açısından kriminal rejimin özelliklerine kısaca değinilmekle yetinilecektir[44].

Kriminal rejimde, kartel soruşturması savcı ve kolluk kuvvetleri tarafından yapılırken kovuşturma evresinde ve doğal olarak cezanın verilmesinde mahkemeler görev almaktadır. Ceza hukukundaki temel ilkeler uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin cezanın belirliliği, aynı suçtan iki kere ceza verilemeyeceği (*non bis in idem*) ve soruşturmanın gizliliği gibi temel prensipler esas alınır. Gizli kartellerin ortaya çıkarılması bakımından delil elde edilmesinin zorluğu karşısında soruşturmanın gizliliği ilkesinden yararlanılmaktadır. Taraflar kendileriyle ilgili tüm bilgi ve delillerin neler olduğunu bilemediği için bir belirsizliğin içinde kalmakta diğer kartel üyelerine olan güven problemleri nedeniyle çoğunlukla işbirliği yapmaya gitmektedirler. Bu sayede DOJ, pişmanlık ve uzlaşma programları sayesinde tutuklu açmazından (*prisoners dilemma*) faydalanmakta ve "iti ite kırdırma" (*dog eat dog*) politikası izlemektedir.[45]

Burada en kayda değer farklılık ise ceza hukukuna ait soruşturma yöntem ve yetkilerinin kullanılmasıyla kartelin ispatında daha geniş ve etkin olanaklar tanıması ve böylece kesin bir başka deyişle makul şüphenin ötesinde sonuçlar elde edilmesidir. Kriminal soruşturmalarda delillerin elde edilmesi bakımından sıklıkla bilgi isteme ve yerinde inceleme yöntemlerine başvurulur. Bu iki yöntem aşağıda daha detaylı olarak incelenecektir. ABD'de yürütülen kartel soruşturmalarında DOJ, soruşturma açılan sanıkları ve konu hakkında bilgisi olabilecek herkesi

[44] Bu bölümde rekabet hukukundaki terminolojiye uygun olarak ceza muhakemesi uygulamaları ifadesi yerine kriminal rejim ifadesi tercih edilmiştir.
[45] Baker, 827; Delrahim The Basic of a Successful Anticartel Enforcement Program 2004, 6

(tanıkları) dinleme, yeminli ifade alma ve belge isteme yetkilerine sahiptir. Yerinde inceleme yetkisi ise FBI ajanlarınca kullanılmaktadır. Silahlı ajanlar herhangi bir engellemeyle karşılaşmaları halinde orantılılık ilkesi çerçevesinde güç kullanabilmektedir.[46] Ancak asıl fark yaratan telefon dinleme, teknik araçlarla izleme, muhbir kullanılması, video ve ses kayıtları, gümrük giriş çıkışlarının izlenmesi, İnterpol'ün Kırmızı Bülteni'nden faydalanılması, suçluların iadesi prosedürünün işletilmesi gibi yetkilerdir.[47] Telefon dinleme ve teknik araçlarla izleme ancak ceza hukukunun sağladığı usul güvenceleri altında ve belirli bir hapis cezası eşiğini aşan suçlar[48] için öngörülebilecek kriminal tekniklerdir.

ABD'de ceza muhakemesi araçlarından yararlanılmasına dair iki somut örnek yetkilerin delil, delil elde etme ve ispat standardını göstermesi bakımından son derece anlamlıdır. Bunlardan ilki *marine hose* soruşturmasında bir kartel üyesinin pişmanlık başvurusu yapmasıyla Mayıs 2007'de Teksas-Houston'da yapılan kartel toplantısının FBI tarafından gizlice videoya kaydedilmesi ve ertesi gün yapılan eş zamanlı yerinde incelemelerle toplantıya katılan İngiliz, Fransız, İtalyan ve Japon işadamlarından oluşan sekiz şirket yöneticisinin tutuklanmasıdır. İkincisi ise yine bir pişmanlık başvurusu üzerine başlayan *Lyesine* soruşturmasında kartel taraflarının anlaşmaya varmak üzere katıldıkları bir toplantıda elde edilen video görüntüleri ve ses kaydı sonucunda kartelin ortaya çıkarılması ve cezalandırılmasıdır[49].

2.2. ABD Rekabet Hukukunda Delillerin Toplanması

Yukarıda yer verildiği üzere ABD rekabet hukukunda karteller suç olarak tanımlanmıştır ve soruşturmaları Antitröst Birimi'ndeki savcılar tarafından kriminal yöntemler kullanılarak yapılmaktadır. Bu durum dünyanın birçok ülkesinden farklı olarak delillerin elde edilmesinde geniş olanaklar sağlamaktadır.

Delillerin elde edilmesinde en sık kullanılan yöntemlerin bilgi isteme ve yerinde inceleme olduğuna yukarıda değinmiştik. Burada bu yetkileri daha detaylı olarak inceleyeceğiz.

---

[46] Kekevi, H. G. "Pişmanlık Programları: Muharebeyi Kaybetmek, Savaşı Kazanmak"; Rekabet Dergisi Sayı:34, 2008,48

[47] Hammond, S. D., "Lessons Common Detecting and Deterring Cartel Activity", Fighting Cartels- Why and How içinde, s. 5

[48] Teknik takip ve telefon dinleme gibi kriminal araştırma teknikleri bazı hukuk sistemlerinde belirli bir ceza eşiğinin yukarısı için, bazı hukuk sistemlerinde ise sadece kanunda sayılan suçların soruşturulmasında öngörülmektedir. Ceza eşiği sistemini benimseyen ülkelere İngiltere ve İrlanda, sayma sistemini benimseyen ülkelere ABD ve Türkiye örnek gösterilebilir.

[49] "The Informant" adlı bir kitaba konu edilmiş ve aynı isimle sinemaya da uyarlanmış olan bu kartelin video görüntüleri için bkz. http://www.youtube.com/watch?v=E21YYoxRs5g

Bilgi isteme yetkisi, sözlü ve yazılı olarak iki şekilde kullanılmaktadır. Yazılı bilgi isteme yetkisi, muhataba resmi yoldan ve yargılama makamları kanalıyla gönderilen bilgi isteme yazısı[50] aracılığıyla kullanılmaktadır. Soruşturma kapsamında bu tür bilgi isteme yazıları taraf olan gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra üçüncü kişi konumundaki gerçek ve tüzel kişilere hatta yabancılara da gönderilebilmektedir. Bilgi isteme yazılarında belirlilik şartı dikkat edilmesi gereken bir husustur. Muhatap, istenen bilgi ve belgelerin tanımı ve özellikleri, bilgi ve belgelerin gönderileceği adres, süre sınırı gibi konular belirli ve açık olmalıdır. Aksi halde mahkemeye itiraz edilerek iptal edilmeleri sağlanabilir[51]. DOJ'in uygulamasında bilgi isteme yazılarının "*duces tecum*" (ibraz emri) niteliğinde olması halinde, istenen bilginin beraberinde bazı belge veya kayıtların da getirilmesi zorunlu hale gelmektedir. Teşebbüsün organizasyon yapısı, çalışanlarının ve yöneticilerinin iş tanımları, yetkileri ve sorumlulukları, teşebbüs adına yapılan otel ve seyahat giderlerine dair makbuzlar, fiyat listeleri, faturalar, rakipler arasında yapılan e-posta yazışmaları ve ajandalar istenebilecek belgelere örnek olarak sayılabilir. Tanığın/sanığın kaçma ihtimali veya delillerin karartılma riski bulunması halindeyse, bilgi isteme yazısına acele kaydı konularak (*forthwith subpoena*) istemin derhal yerine getirilmesi sağlanabilmektedir.[52]

DOJ'nin uygulamasına göre bilgi isteme yazılarının "*duces tecum*" (ibraz emri) niteliğinde olması halinde, istenen bilginin beraberinde bazı belge veya kayıtların da getirilmesi zorunlu hale gelmektedir. Teşebbüsün organizasyon yapısı, çalışanlarının ve yöneticilerinin iş tanımları, yetkileri ve sorumlulukları, teşebbüs adına yapılan otel ve seyahat giderlerine dair makbuzlar, fiyat listeleri, faturalar, rakipler arasında yapılan e-posta yazışmaları ve ajandalar istenebilecek belgelere örnek olarak sayılabilir. Tanığın/sanığın kaçma ihtimali veya delillerin karartılma riski bulunması halindeyse, bilgi isteme yazısına acele kaydı konularak (*forthwith subpoena*) istemin derhal yerine getirilmesi sağlanabilmektedir.

Kriminal rejimde, bilgi isteme yazısına geçerli sebep olmadan cevap verilmemesi veya yanlış-yanıltıcı bilgi verilmesi başlı başına hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmaktadır.

---

[50] ABD'de bilgi isteme yetkisi "*subpoena*" denilen resmi yazılar aracılığıyla kullanılmaktadır. "Subpoena" teriminin karşılığı olarak Türkçe'de mahkeme celbi veya çağrı kâğıdı ifadeleri kullanılabilecekse de "bilgi isteme yazısı" hem Türk Rekabet Hukuku terminolojisine yerleşmiş olması hem de daha geniş bir anlamı ifade etmesi sebebiyle tercih edilmiştir.

[51] Grand Jury Manual, III. Subpoenas, Part II, s. 43, http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/206782.htm .

[52] Devrim, Fatma, İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:102, 2009, s.16

Rekabet hukuku ve ispat yöntemlerinin gelişimiyle doğru orantıda kartel üyelerinin de rekabet hukuku hakkında bilinçlenmesi söz konusudur. Bunun doğal sonucu olarak da karteli ortaya çıkaracak yazılı delillerin bulunması zorlaşmıştır. Hal böyle olunca birinci elden delil elde etme yöntemi olarak şüphelilerin sorgulanması ve tanıkların ifadesinin alınması önem kazanmıştır. Bu sayede hızlı bir şekilde, başka yollarla ulaşma imkanı olmayan deliller elde edilebilecek ve şüphelinin niyeti ortaya çıkarılacaktır. Bu noktada delil elde etme yöntemi olarak sözlü bilgi isteme yetkisi devreye girmektedir. ICN (2008a) tarafından hazırlanan sözlü görüşme veya sorgulama öncesi hazırlık, sorgulamaya etki eden faktörler ve sorgulama teknikleri konularında öneriler sunan ve farklı ülke uygulamalarını gösteren rapor, sözlü bilgi isteme yetkisinin son yıllarda yaygınlaştığını ve geliştirildiğini göstermektedir.

ABD'de sözlü bilgi isteme yetkisi muhataba gönderilen bilgi isteme yazısının "*ad testificandum*"[53] niteliğinde olması halinde kullanılabilmektedir. Bu halde sanık veya tanık açısından gerek soruşturmada ifade verme gerekse mahkemede tanıklık etme zorunluluğu doğacaktır. İfade alma sırasında tanığa verdiği yeminli ifadenin kayıt altına alındığı, gerçeği anlatmaması halinde 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilecek bir suç işleyeceği hatırlatılarak durumun ciddiyeti ortaya konulmaktadır.[54]

Diğer ve esas olan delil toplama yöntemi yerinde inceleme yetkisinin kullanımıdır. Yerinde inceleme, hakkında soruşturma yapılanların hazırlıksız olduğu bir anda sürpriz unsuru kullanılarak delil bulunabilecek yerlerin aranması ile dikkatsizlik veya tedbirsizlikle ulaşılabilir konumda bırakılan delillere el konulmasıdır.[55] Yerinde inceleme yetkisinin kullanılabilmesi için bir ihlalin gerçekleştiğinden veya gerçekleşeceğinden şüphelenmek için makul sebepler bulunması ve yerinde inceleme yapılacak yerde bu ihlali ispatlayacak delillerin bulunmasının muhtemel olması gerekmektedir.[56] Tanımdaki sürpriz unsurunun sağlanabilmesi için yerinde inceleme tek seferde sona erdirilmeli ve birden çok yer bulunması halinde eş zamanlı olarak faklı ekipler aracılığıyla gerçekleştirilmelidir.

Yerinde inceleme yetkisinin yerine getirilmesine engel olunması durumunda adaletin yanıltılması başlığı altında toplanabilecek suçlar işlenmiş sayılmaktadır.

---

[53] Bilgi isteme yazısının "*subpoena ad testificandum"* niteliğinde olması muhatabın ceza tehdidi altında ve gerekirse zor kullanılarak mahkemede tanıklık etmek üzere belirli bir yerde ve zamanda hazır bulunmak üzere davet edilmesi anlamına gelmektedir.

[54] Grand Jury Manual, Chapter 8

[55] Harding,C. ve J.Joshua, *Regulating Cartels in Europe a Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford, 2003, 165

[56] ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 1:Searches/Raids/Inspections, April 2005

ABD'de kartel soruşturmasının engellenmesinin cezasının en az kartel kurma suçuna verilen ceza kadar olması gerektiği iddiaları da desteklenmektedir.[57]

Kriminal rejimde yerinde inceleme mahkemeden alınan arama izni ile gerçekleştirilir. ABD'de aramalardan önce usulüne uygun arama izninin alınması şartı sıkı bir biçimde uygulanmaktadır. İşyerinde veya konutunda arama yapılacak kişinin rızasının alınması ise Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir.58 ABD'de ceza (ve dolayısıyla kartel) soruşturmalarında arama yapılması için gerekli yasal koşullar, ABD Anayasası'nda yapılan 4. değişiklikte ve Federal Ceza Usul Kanunu'nda59 belirlenmiştir.60 Buna göre izin alınabilmesi için makul şüphenin bulunması ve aranacak yer ile materyallerin belirli olması gerekir.

Makul şüpheden kast edilen hakimi suçun işlendiğine ve inceleme yapılacak yerde bu suça dair delillerin bulunduğuna ikna edecek bilgidir. Belirlilik kriteri ise aranacak yerin ve el konulacak delillerin arama izninde açıklanmasıdır. Böylece "genel keşif aramaları"nın[61] önlenmesi sağlanmaktadır.

ABD'de yerinde inceleme soruşturma aşamasında tek yetkili olan FBI ajanlarınca gerçekleştirilir. Delilleri toplayan kişilerin delil değerlendirmesi yapmaması tarafsızlık açısından önemlidir[62]. FBI ajanları, yerinde inceleme yapılan mahallin yetkilisinin huzurunda elkonulan materyallerin bir envanterini tutmakta, ilgiliye bu envanterin ve arama izninin bir kopyası bırakmaktadır. Yerinde inceleme sonucunda elde edilen materyaller ise öncelikle kilitli odalarda ve gözetim altında FBI'ın delil zinciri (*chain of custody)* prosedüründen

[57] Barnett, T.O., "Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The United States Model", http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.htm .

[58] Stanley, A., The Continuing Evolution of Consent and Authority in Digital Search and Seizure, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. XIX, Autumn 2008, Number 1, s. 179-218.

[59] Federal Rules of Criminal Procedure, 18 U.S.C., Rule 41.

[60] Stanley, s. 194

[61] Genel keşif aramaları(*fishing expeditions)*, hakkında arama yapılan suç iddiasının ve aramanın sınırlarının açık ve orantılı bir biçimde belirlenmemesi, bir diğer deyişle "yeterince büyük bir ağ atılırsa, ağa mutlaka bir delilin takılacağı" varsayımı ile yapılan aramaları ifade etmektedir (ICN 2005, 4).

[62] Delilleri toplayan kişilerin delil değerlendirmesi yapmaması ceza muhakemesi hukukunda tarafsızlığı temin etmek üzere öngörülmüş bir önlemdir ve ülkemizde de 17.12.2004 tarih 25673 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenmiştir. Bu önlemin suç isnadının ve neticede verilebilecek hapis cezasının ağırlığı ve ciddiyeti nedeniyle öngörüldüğü söylenebilir, dolayısıyla idari rejimde benzer usul ve güvencelere yer verilmemiş olması makul karşılanmalıdır. Yine de delilleri toplayanların, değerlendirenlerin ve karar alanların aynı olması idari rejimde soruşturmacı önyargısı ve adil yargılanma hakkı ile ilgili kaygılara sebep olmaktadır.

geçirilerek listelenip numaralandırılmakta, bu aşamadan sonra DOJ çalışanlarının incelemesine açılmaktadır.[63] Bu sürecin izlenmesi yerinde incelemeden elde edilen belgeler ile delil olarak kullanılacak belgelerin aynı belgeler olduğunun kesinleştirilmesi ve delil zincirinin bozulmamasını sağlamaktadır.[64]

Kriminal rejimde, yerinde incelemenin gerçekleştirileceği yer bakımından bir sınırlama bulunmamakta, dolayısıyla işyerleri ve araçların yanı sıra konutlarda da yerinde inceleme yapılabilmektedir.

Değinilmesi gereken bir başka husus ise delillerin toplanmasıdır. Günümüzde teknolojinin gelişimiyle birlikte iletişimde çoğunlukla bilgisayar kullanılmakta ve bunun doğal sonucu olarak da bilgisayarlarda arama yapılması vazgeçilmez olmaktadır. Bilgisayarda yapılan arama uzmanlık gerektirmektedir. Kimi zaman bilgiler saklanmış, şifrelenmiş ve hatta silinmiş olabilir. Bunlara ulaşılabilmesi bakımından aramanın adli bilişim uzmanlarınca yapılması en sağlıklı yoldur. Dijital ortamda saklanan bu belgeler kimi zaman basılmış ama yok edilmiş veya sadece bu şekilde korunmuş olabilir. Bunların içerikleri kadar yapılan aramada kim tarafından, hangi tarihte oluşturulduğu ya da ne zaman değişiklik yapılıp kim tarafından hangi alıcılara gönderildiğine kadar pek çok detaylı bilgi elde edilebilmektedir. Bütün bu bilgilere ulaşılması ise, belirttiğimiz gibi ancak adli bilişim[65] uzmanlarına başvurulması ile mümkün olmaktadır.

ICN tarafından delil olarak kullanılmaya müsait bütün dijital verilerin elektronik delil olabileceği; bunların veri kaydedilen cihazlara el konulması, ağ trafiğinin izlenip kaydedilmesi veya imaj alma, dosya kopyalama gibi yöntemlerle elde edilebileceği belirtilmiştir[66]. Dijital delilin elde edilmesinden karar mercii önüne çıkarılmasına kadar geçen süreçteki delil zinciri, delilin güvenilirliğini sağlamak bakımından çok sıkı takip edilmelidir[67]. Elektronik delilin avantajlarından birisi kopyaların, delil ile bire bir aynı olması nedeniyle delilin

[63] Grand Jury Manual IV, 54

[64] *ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 1: Searchs/Raids/Inspections, April 2005,29*

[65] ICN (2006, 2) tarafından yapılan tanıma göre adli bilişim (*computer forensics)*, dijital verilerin saklanmasında, tespitinde, doğruluğunun ispatında, çözümlenmesinde ve yorumlanmasında özel tekniklerin kullanılmasıdır. Adli bilişim genelde veri toplama ve saklama konusunda son kullanıcıların ve sistem destek personelinin bilgi ve becerilerini aşan uzmanlık gerektirmektedir.

[66] *ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 3: Digital Evidence Gathering, April 2006,12.*

[67] Bunun için özellikle elde edilen delillerin kopyası üzerinde çalışma yapılmalı ve dijital verilerin üzerinde değişiklik yapıldığı anda otomatik olarak değişen, bu nedenle de "dijital verilerin parmak izi" olarak nitelenen "hash değerleri" (*hash value*) alınıp kaydedilmelidir.

bozulması riski olmadan üzerinde çalışma imkânı vermesidir.[68] Diğer yandan elektronik ortamda, kütüphanelerle ölçülebilecek derecede çok verinin saklanabilmesi, bilgisayarlarda yapılan aramaları zorlukla yürütülen ve uzun süren uğraşlara dönüştürmektedir.

Rekabet otoritelerine elektronik delillere ulaşmada teknik destek sağlayacak kişiler iç organizasyonda ayrı bir birimde toplanabileceği gibi sırf bu işte uzmanlaşmış kişilerin istihdamı yoluna da gidilebilir. Elektronik delillere ulaşmada teknik destek sağlayan ekibin, adli bilişim alanındaki teknolojik gelişmeleri yakından izlemesi ve adli bilişim tekniklerini kullanan polis gibi diğer birimlerle işbirliği içinde bulunması gerekmektedir. Dijital delillere ulaşmada dışarıdan hizmet alınabilir, fakat bu yöntem sadece delillerin elde edilmesi ile sınırlı kalmalı, delillerin analizi ve yorumu rekabet otoritesi bünyesinde yapılmalıdır.

DOJ'nin kartel soruşturmalarında adli bilişim yöntemleri rutin olarak uyguladığı bilinmektedir. Bu doğrultuda ABD Adalet Bakanlığı, bilgisayarlarda yapılacak aramalarda ve elektronik delil toplanmasında uyulması gereken kuralları ayrıntılı bir kılavuzda toplayarak uygulamayı yönlendirmiştir[69].

2.3. ABD Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı

ABD'de kartellerin suç olarak tanımlanması, para ve hapis cezalarından oluşan adli yaptırımların öngörülmüş olması, soruşturmalarında kriminal yöntemlerin kullanılması, yargılanmalarında ceza muhakemeleri ilkelerinin geçerli olmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla ABD rekabet hukukunda karteller için ceza yargılamasında geçerli olan ispat standartları kullanılmakta ve ceza verilebilmesi için ihlalin makul bir şüphenin ötesinde ispatlanması aranmaktadır.

3. AB REKABET HUKUKUNDA DELİL VE İSPAT

AB rekabet hukukunda usule ilişkin kurallar "1/2003 sayılı Antlaşma'nın 81. ve 82. maddelerinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü"nde (1/2003 sayılı Tüzük) düzenlenmiştir[70]. 1/2003 sayılı Tüzüğün "Para Cezaları" başlığını taşıyan 23. maddesinin 5. paragrafında, birinci ve ikinci paragraflar uyarınca verilecek para cezalarının ceza hukuku niteliğinde olmadığı hükme bağlanmıştır. Buna göre ceza hukuku niteliğinde yaptırımlar uygulama yetkisi bulunmayan Komisyon'un verdiği para cezaları idari para cezası niteliğindedir. Esasen rekabet hukuku ihlallerini soruşturmak ve yaptırım uygulamakla görevli ve yetkili olan

[68] Stanley, s.191
[69] Anılan kılavuz için bkz. http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/s&smanual2002.htm
[70] Roma Antlaşması'nın 81. ve 82. maddeleri Lizbon Antlaşması ile 101 ve 102. maddeler olarak değiştirilmiştir.

Komisyon AB'nin idare (yürütme) organıdır ve bunun sonucu olarak kartellerin soruşturulmasında izlediği usul de idari usuldür.

3.1. AB Rekabet Hukukunda Deliller

İdari rejimde kartellerle mücadele idare hukuku esaslarına göre idari organlarca gerçekleştirilir. Soruşturma ve sonucunda alınan nihai karar rekabet otoritesince gerçekleştirilir. Bu durum AB rekabet hukukunda da aynı şekilde işler. Bu yetki Komisyon'un elinde toplanmıştır. Soruşturmanın karar almayla aynı idari yapı altında gerçekleştirilmesi sürece hız kazandırdığı kadar[71]; Komisyon'un soruşturma yetkilerini kullanarak delil elde etmesi, delilleri değerlendirerek iddiayı ortaya koyması ve buna göre karar alması AİHS madde 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından eleştirilere konu olmaktadır.

3.2. AB Rekabet Hukukunda Delillerin Toplanması

Delillerin toplanmasının iki esas yöntemle gerçekleştirildiğini ve bunların bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkileri olduğundan yukarıda da bahsetmiştik. Bu durum AB rekabet hukuku açısından da aynıdır ve bu bölümde de topluluk hukukundaki uygulamalar bakımından değerlendirme yapılacaktır.

Bilgi isteme yetkisi, kriminal rejimde olduğu gibi idari rejim bakımından da temel soruşturma yetkilerinden biridir. Yazılı veya sözlü olarak iki şekilde kullanılabilen bilgi isteme yetkisi kapsamında sorulacak sorularla kâğıda geçirilmemiş olan bilgilere ulaşılması hedeflenmektedir. Bunu sağlayabilmek için rekabet otoritesinin doğru soruları yöneltebilecek derecede bilgiye sahip olması ve bu sorulara yanlış veya yanıltıcı cevap verilmesini ağır yaptırımlara bağlaması ise ön koşuldur.[72]

İdari rejimde bilgi isteme taleplerine cevap verilmemesi ya da yanlış-yanıltıcı bilgi verilmesi halinde müeyyide olarak teşebbüslere ve teşebbüs birliklerine para cezası uygulanır. Bu cezanın, işbirliği yapılmaması halinde elde edilecek kazanımları dengeleyecek miktarda olması gerektiğinden, 1/2003 sayılı Tüzük'te ceza oranları yükseltilmiştir[73].

---

[71] Reindl, A. P.(2006), How Strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s.122

[72] Kekevi, s.47

[73] Cevaplama zorunluluğu bulunmamasına rağmen karara dayanmayan bilgi isteme yazısına kasten veya ihmalen yanlış-yanıltıcı cevap verilmesi halinde teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri (1/2003 sayılı Tüzük'ün 23/1-a maddesine göre) bir önceki yıl cirolarının %1'ine kadar cezalandırılabilirler. Aynı ceza, karara dayanan bilgi isteme yazılarına cevap verilmemesi veya yanlış-yanıltıcı cevap verilmesi durumunda da (1/2003 sayılı Tüzük'ün 23/1-b maddesinde) uygulanabilir. Ayrıca karara dayanan bilgi isteme talebine cevap verilmemesi halinde istenilen

1/2003 sayılı Tüzük'ün 18. Maddesinde, Komisyon'un yazılı bilgi isteme yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre, teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri bilgi isteme yazısında istenen bilgi ve belgeleri, süresinde vermelidirler. Komisyon, bu yetkisini soruşturmanın her aşamasında taraflardan ve üçüncü kişilerden talep ederek kullanabilir.

Komisyon talebinde ilgiliye şüphelendiği ihlal hakkında yeterli açıklıkta bilgi vermek ve bilgi isteme amacını açıklamak zorundadır. Yine bu talepte istenenlerin gerektiği şekilde ve zamanda yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırım ve buna karşı gidilebilecek mahkeme yolu da açıkça belirtilmelidir. İstenen bilgi ve belge şüphe edilen ihlali aydınlatabilecek nitelikte olmalıdır. Bu konuda Komisyon'un istediği bilgi ve belgelerin ihlalle ilgili değerlendirmede gerekli olup olmadığı[74] konusundaki sınır İDM ve ATAD tarafından denetlenmektedir.[75]

İki şekilde bilgi isteme yetkisi kullanılır. Doğrudan doğruya kullanılabileceği gibi öncesinde bir karar alma yoluna da gidilebilinir. Yalnız karar alınmadan kullanılan bilgi isteme yetkisinde teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin cevaplama zorunluluğu bulunmamaktadır. 1/2003 sayılı Tüzük yürürlüğe girmeden önce Komisyon, sadece karara dayanmayan bilgi isteme yazısından sonuç alamadığı durumlarda karar alarak bilgi isteme yoluna gidebilmekteyken, artık bu iki yoldan birini seçmekte serbesttir.[76]

İdari rejimde bilgi isteme yazılarının gerçek kişilere yöneltilememesi ve bilgi isteme talebine gerektiği gibi yanıt verilmemesi halinde uygulanacak yaptırımların para cezasından ibaret olması kriminal rejime göre bu yetkinin daha sınırlı bir çerçevede kullanılması sonucunu doğurmaktadır.

1/2003 sayılı Tüzük'ün 19. maddesinde Komisyon'un yazılı bilgi isteme yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre Komisyon, soruşturma konusunda bilgi toplamak amacıyla hem gerçek hem de tüzel kişilerle, rızalarını almak şartıyla görüşme yapabilir. Komisyon'un karşı tarafın rızasını alarak sözlü bilgi isteyebilmesi, idari rejimde kişilerin yeminli ifadelerinin alınabileceği anlamına

---

bilgi tam ve doğru olarak sağlanıncaya kadar (24/1-d maddesine göre) günlük cirolarının %5'ine kadar süreli para cezası verilebilir.

[74] Bilgi isteme yetkisini kullanırken Komisyon'un sağlaması gereken gereklilik koşulu hk. ATAD'ın değerlendirmesi için bkz. SEP v. Commission, Case C-36/92 P, [1994] ECR I-1911.

[75] Kerse, C. ve N. Khan, EC Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell,Londra, 2005 s.131

[76] Forrester, I. S., Searches Beneath the Cherry Tree in the Garden: European Thoughts on How to Enhance the Task of Uncovering and Thereby Deterring Cartels, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels,* s.166

gelmemekte[77]; sözlü bilgi verme konusunda gönüllülük esas aranmaktadır. Sözlü bilgi isteme yetkisi 17 Sayılı Tüzük'te[78] yer almayan ve 1/2003 sayılı Tüzük ile kabul edilen yeni bir bilgi edinme yöntemidir. Yapılan görüşmeler kayıt altına alınarak bir kopyası görüşülen kişiye verilir. Belli bir süre tanınır ve bu sürede o kişiye bilgilerde değişiklik ve düzeltme yapma imkanı tanınır.[79] Görüşmelerin kayıt altına alınması, elektronik ortamda veya telefonla bilgi istenebileceği ve tanınacak süre gibi konular 773/2004 sayılı Tüzük'te[80] daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

AİHS'nin 6. maddesi ve kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı gereğince, yargısal olmayan sorgulamalardan elde edilen cevaplar kişi aleyhinde kullanılamamaktadır. Bu nedenle gönüllülük temelinde alınan bilgilerin yanlış veya yanıltıcı olması halinde Komisyon'un bundan sorumlu olan gerçek kişilere herhangi bir yaptırım uygulama yetkisi bulunmamaktadır[81]. Bu şekilde yapılan görüşmelerden elde edilen bilgilerin delil olarak güvenilirliği şüpheli hale gelmektedir.

Asıl olan delil toplama yönteminin yerinde inceleme olduğunu yukarıda da belirtmiştik. Genellikle sabahın erken saatlerinde ve yapısı gereği sürpriz unsurunu içerdiğinden habersiz yapılan yerinde incelemeler Komisyon nezdinde "şafak baskını" (*dawn raid*) ya da "*on the spot investigation*" olarak adlandırılır.

Yerinde incelemenin engellenmesi para cezasına bağlanmıştır. Yerinde inceleme yetkisi basit yetkilendirmeyle tanınabileceği gibi önceden alınan bir kararla da tanınabilir. Ancak basit yetkilendirmenin söz konusu olduğu hallerde teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin yerinde incelemeye rıza gösterme zorunlulukları yoktur. Bununla birlikte eksik-yanlış-yanıltıcı bilgi vermesi halinde kendilerine para cezası verilebilmektedir. Bunun sebebi ise ATAD'ın teşebbüsler bakımından yerinde incelemede aktif işbirliği yapmakla yükümlü olduklarına karar vermiş olmasıdır[82]. Belgelerin yerinin gösterilmesi veya fotokopilerinin sağlanması bu işbirliği yükümlülüğü kapsamındadır. Komisyon, yerinde inceleme

[77] İdari rejimde zorunlu ve yeminli ifade alma yetkisinin bulunmaması delillerin büyük oranda belgelerden oluşması sonucunu doğurmaktadır (Lenaerts 2007, 1469).
[78] Council Regulation (EC) No 17/62 of 6 February 1962, First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 13, 21.2.1962, s. 204–211
[79] Garzaniti, L., J. Gudofsky, ve J. Moffat (2004), "Dawn of a New Era? Powers of Investigation and Enforcement Under Regulation 1/2003", *77 Antitrust Law Journal,* s.172
[80] Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commision pursuant to Article 81 and 82 of the EC Treaty, OJ 2004 L 123, s. 18–24.
[81] Wils, W. P. J., "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer", *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, s69
[82] Orkem SA v. Commission, Case 374/87, [1991], E.C.R. 502, pr. 22, 27.

sırasında işbirliğinin reddedilmesini veya engellemeyi cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirebilir[83].

Kural olarak yerinde inceleme öncesinde mahkemeden izin alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Şu hallerde: yerinde yapılacak yerin milli hukukuna göre kolluk kuvvetinden yararlanılması gerekiyor ve bu mahkeme iznine bağlıysa ya da karar alınmadan yapılan yerinde inceleme engellenmişse veya engellenme ihtimali varsa[84] mahkemeden izin alma yoluna gidilmektedir.

AİHM işyerlerinin de, konutlar kadar üst düzeyde olmasa da AİHS md. 8'in koruması kapsamında olduğunu kabul etmektedir[85]. Bununla birlikte kartellerle mücadelede yerinde inceleme yapılmasının, ülkenin ekonomik refahına ve suçun önlenmesi amaçlarına hizmet etmesi sebebiyle 8.maddenin 2.fıkrasında sayılan istisnaların içerisinde Mahkemece de kabul edilmektedir. Dolayısıyla madde 8'in ihlali bakımından anılan güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının kontrolü yoluna gidilmektedir.

Yerinde inceleme kararının alındığı mahkemenin görevi somut olayda uygulanabilecek keyfi ve orantısız olmayan cebri yöntemleri belirlemektir.[86] Buna karşılık Komisyon'un yerinde inceleme yapma kararının gerekliliğini ve hukuka uygunluğunu denetlemek, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20/8. maddesi uyarınca ATAD tarafından gerçekleştirilmektedir.

Kriminal rejimdekinden farklı olarak yerinde inceleme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği mahkeme kararında değil; yetki belgesinde veya yerinde inceleme yapılmasına dair alınan kararda açıklanır. Komisyon'un yerinde inceleme yapılmasına dair verdiği kararda belirlilik ilkesi gereği incelemenin konusu, amacı ve hangi tarihte başlatılacağı da yer almalıdır. Bu hem teşebbüslerin bina ve eklentilerine girilmesinde gerekçe oluşturmak hem de işbirliği yükümlülüklerinin kapsamını belirlemek için de önemlidir.[87] Komisyon

[83] 2006 - Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003. OJ C 210, 1.09.2006, pr. 28.

[84] 1/2003 sayılı Tüzük md. 20/6-7. Komisyon'un yürüttüğü parafin karteli soruşturmasında tarafların itirazları değerlendirilerek yerel mahkemeden izin alma zorunluluğunun teşebbüsün yerinde incelemeyi engellemesi ve üye devlet rekabet otoritesine ve kolluk güçlerine ihtiyaç duyulması halinde bulunduğu kabul edilmiştir. Komisyonun konuyla ilgili basın açıklaması için bkz. http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1434&guiLanguage=en

[85] Konuyla ilgili mahkeme yorumları için bkz. Niemietz v. Germany, Ser A no. 251-B, 16.12.1992; Colast Est v. France, Ap. No: 37971/97, 16.4.2002, pr. 41 ve Roquette Frères v. Commission, Case C-94/00 [2002] ECR I-9039, pr. 64.

[86] Roth Q.C.P., "Ensuring that Effectiveness of Enforcement Does Not Prejudice Legal Protection, Rights of Defence, Fundamental Rights Concerns", *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels* içinde s. 634

[87] Roth, s. 634

kararda mümkün olduğunca açık biçimde araştırmanın ne ile ilgili olduğunu ve neyin arandığını belirtmek zorundadır[88]. Ayrıca bilgi isteme yazılarında olduğu gibi yetki belgelerinde de yerinde incelemenin engellenmesi, yanlış-yanıltıcı bilgi verilmesi gibi durumlarda öngörülen yaptırım ve tarafın mahkemeye gitme hakkı da belirtilmelidir.[89]

Komisyon'un yerinde incelemeleri esas olarak kendi çalışanlarınca yapılmaktaysa da zaman zaman 1/2003 sayılı Tüzük madde 20/5 gereği destek olarak ulusal rekabet otoritelerinin personelinin kullanılması veya yerinde incelemenin Komisyon adına ulusal rekabet otoritelerince yapılması da mümkündür.

Komisyon'un yerinde inceleme yapılacak yere kuvvet kullanarak girme yetkisi bulunmamaktadır. Engellenme halinde yerinde incelemenin yapılacağı yer mahkemesine başvurularak üye devlet rekabet otoritesinden ve kolluk güçlerinden yardım alınmaktadır [90]

Komisyon'un işyerlerindeki denetim yetkisi 1/2003 sayılı Tüzük'ün 20. maddesinde "teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile ilgili gerekli tüm denetimlerin" yapılabileceği şeklinde düzenlenmiş, yine Komisyon'un yerinde incelemelerle ilgili açıklayıcı notunda[91] konunun ayrıntıları açıklanmıştır. Buna göre Komisyon'un görevlileri veya yetki verdiği kişiler;

- Teşebbüs veya teşebbüs birliğinin tüm bina ve eklentilerine girmeye,
- İşle ilgili defter ve kayıtları ne şekilde muhafaza edildiğine bakılmaksızın incelemeye,
- Gerekli gördükleri belge kayıtların kopyasını veya içinden bir bölümü almaya,
- İncelemenin yapılması için gerekli gördükleri süre boyunca işyerlerini veya bazı dosyaları mühürlemeye,
- Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin temsilcilerinden veya çalışanlarından denetimin konusuyla ilgili olaylar ve belgeler hakkında açıklama istemeye ve cevaplarını kayıt altına almaya yetkilidirler.

---

[88] National Panasonic v. Commission, Case 136/79 [1980] ECR 2033 pr. 13 ve 21; Roquette Frères v. Commission, Case C-94/00 [2002] ECR I-9011 pr. 48.

[89] Kerse/Khan, s.162

[90] ATAD, Komisyon ile yerel mahkemeler arasındaki ilişkiyi Roquette Frères (Roquette Frères v. Commission, Case C-94/00 [2002] ECR I-9039) davasında irdelemiş, tarafların işbirliği temelinde hareket edeceğine ve makul şüphe ve orantılılık şartları sağlanmamışsa, mahkemelerin izin taleplerini reddedebileceğine karar vermiştir.

[91] Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf .

Komisyon'a işyerlerini, dosyaları ve kayıtları mühürleme yetkisi veren düzenleme 1/2003 sayılı Tüzük'ün getirdiği bir yeniliktir. Mühürlemenin, incelemenin gerektirdiği süre boyunca olabileceği düzenlenmişse de bu sürenin 72 saati aşmaması gerektiği Tüzüğün giriş bölümündeki 25.paragrafında kabul edilmektedir. Mühürleme yetkisinin verilmesiyle yerinde incelemenin bir günden daha uzun sürdüğü durumlarda ve benzeri ara verme hallerinde ortaya çıkabilecek delillerin karartılması riski kaldırılacaktır.

1/2003 sayılı Tüzük'ün 21. maddesine göre, 101. ve 102. maddenin ciddi bir ihlalini[92] kanıtlayabilecek, işle ve soruşturma konusuyla ilgili defter ve kayıtlarının, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin yönetici ve çalışanlarının konutlarında, taşıtlarında veya diğer yerlerde tutulduğuna dair makul bir şüphe varsa, Komisyon karar ve mahkeme izni almak suretiyle bu sayılan yerlerde yerinde inceleme yapabilir.

Komisyon'un işyerlerinde ve konutlarda yerinde inceleme yapması AİHS'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan konut dokunulmazlığına müdahale etmek anlamına gelmektedir. İkinci fıkradaki istisnalar kapsamında değerlendirildiğinden bu duruma izin verilmektedir. AİHM, *Niemietz* ve *Colas Est* davalarında teşebbüslere ait işyerlerinin de konut dokunulmazlığı kapsamında olduğuna karar vermiştir[93]. Fakat konutlar işyerlerine göre özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi gereği daha yüksek bir korumaya sahiptir[94]. Bu nedenle konutlarda yapılacak yerinde inceleme öncesinde mutlaka Komisyon kararı ve mahkeme izni gerekir. Komisyon'un kararında neden konutta veya özel araçta delil bulunabileceği şüphesi olduğunun sebepleriyle açıklanması gerekir. Ulusal rekabet otoritelerinden yardım ve polis gibi kolluk kuvvetlerinden destek alma gibi imkânlar 21. maddenin uygulanmasında da kullanılabilmektedir.

1/2003 sayılı Tüzük'te, 21. madde kapsamında yapılacak yerinde incelemelerin engellenmesi durumunda para cezası verilebileceğine dair bir düzenleme de bulunmamaktadır[95]. Zaten konuttaki yerinde incelemeler için mutlaka mahkeme kararı alınacağından ve gerektiği hallerde kolluk kuvvetlerinden yararlanılabileceğinden aksine bir durum doğmayacaktır.

---

[92] Madde metninde geçen "ciddi ihlal" ifadesiyle neyin kast edildiği açık değildir, ancak yöneticilerin evlerinde saklayacakları türden belgeler genellikle kartel dosyalarında söz konusu olacağından bu yetkinin kartel soruşturmalarında kullanılması beklenmektedir (Kerse ve Khan, 182).

[93] AİHM'nin işyerlerinin de konut dokunulmazlığı hakkının kapsamında olduğunu belirten kararları için bkz. Niemietz v. Germany, Ser A no. 251-B, 16.12.1992; Colas Est v. France, Applic. No. 37971/97, 16.4.2002, pr. 41.

[94] Roth s.631

[95] Jones, A. ve B. Sufrin, EC Competition Law, New York, 2008

Komisyon, konutlarda yerinde inceleme yapma yetkisini ilk defa Mayıs 2007'de gerçekleştirilen *marine hose* karteliyle ilgili eş zamanlı yerinde incelemeler sırasında kullanmıştır[96]. Üye ülkelerde de benzer düzenlemelere gidilmiştir.

3.3. AB Rekabet Hukukunda İspat Standardı

1/2003 sayılı Tüzük'te ispat standardına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uygulamada ise Komisyon tarafından genel itibariyle ceza hukukunda benimsenen makul bir şüphenin ötesinde ispat standardının değil, idari incelemeler için daha düşük bir ispat standardının yeterli olacağı kabul edilmektedir. İhlali kesinlik derecesinde olmasa dahi kuvvetli şüphe ile ortaya koyan delillerin varlığı halinde ceza uygulanabildiği görülmektedir. Ancak bu yaklaşımın son zamanlarda eleştirilmeye başlandığı belirtilmelidir. Komisyon'un giderek daha yüksek oranlarda ve meblağlarda ceza uygulaması, rekabet hukuku cezalarının da AİHS'nin 6. maddesi anlamında ceza alanına girdiği tartışmalarını tetiklemiş ve bu tartışmalar ise ceza hukuku ilkelerinin rekabet hukuku için de geçerli olmasından başlayarak birçok önemli tartışmayı öne çıkarmıştır.

4. KARTELLER ÖZELİNDE TÜRK REKABET HUKUKUNDA DELİL VE İSPAT

Buraya kadar olan bölümlerde önce delil ve ispat konusuna ilişkin temel kavramları ve yargılamanın amacına göre ortaya çıkan farklılıkları, ardından ise iki farklı rekabet hukuku rejiminde delil ve ispat konularını gördük. Çalışmanın bu bölümünde ise delil ve ispat konuları Türk rekabet hukuku açısından özellikle karteller dikkate alınarak incelenecektir. İlk bölümde görüldüğü üzere yargılama kurallarının belirleyicisi amaç ve ilkelerdir. Aynı durumun idari usul içeren rekabet hukuku bakımından da geçerli olduğuna tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla hareket noktası amaçtır.

4.1. Rekabet Hukukunun Amacı ve Usule Egemen Olan İlkeler

Bu başlık altında geniş kapsamlı bir amaç tartışmasına girmekten kaçınarak çalışmanın konusu bakımından rekabet hukukunun amacının en basit haliyle 4054 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere "rekabet sürecinin veya serbest rekabetin muhafazası" ya da "etkin rekabetin korunması" olduğunu söylemek mümkündür. Rekabetçi bir ortamın muhafazası ile ticaret serbestisi ve pazara giriş özgürlüğü sağlanmış olacaktır. Nihai tahlilde ise toplam refah maksimizasyonun sağlanması rekabet hukukunun ana hedefidir. Amaca yönelik

[96] Komisyonun konuyla ilgili basın açıklaması için bkz. http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/137&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en

söylenebilecek daha çok şey olmakla birlikte kestirmeden giderek rekabet hukukunun bireysel çıkarlardan ziyade toplumsal çıkarlara hizmet ede ve dolayısıyla kamu yararının ön planda olduğu bir disiplin olduğu tartışmasızdır.

Bu amaçlar doğrultusunda kabul edilen 4054 sayılı Kanun'da usule egemen olan başlıca ilkeler kendiliğinden harekete geçme ilkesi, kendiliğinden araştırma ilkesi, iddiayı açıklıkla bildirme ve savunma alma ilkesi, usul ekonomisi ilkesi, aleniyet ilkesi, gerekçeli karar verme ilkesi ve sırların ifşa edilmemesi ilkesidir[97].

Ülkemizde uzun yıllardır tartışılan ancak bir türlü nihayete ermeyen bir idari usul kanunun yokluğu, 4054 sayılı Kanun'un kendi usul kurallarını getirmesine yol açmıştır. İdari usul yasa tasarısı açısından da örnek olarak gösterilen 4054 sayılı Kanun'un usule dair kuralları çerçevesinde yapılan işlemler yargı benzeri faaliyet olarak nitelendirilmekte, bu nedenle de yargılama hukuku açısından geçerli olan bazı ilkelerin 4054 sayılı Kanun'un usul kuralları açısından da geçerli olması gerektiği belirtilmektedir[98].

4.1. 4054 sayılı Kanun'da Delil ve İspat

4054 sayılı Kanun'un muhtelif hükümlerinde "delil", "ispat", "ispat yükü" kavramlarına rastlanmaktadır.

[97] Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.90-98.
[98] Budak, Delillerin Toplanması ve İspat, s.139

4.1.1. 4054 sayılı Kanun'da Delil

Delil kelimesi Kanun'un 40[99], 44[100], 47[101], 52[102] ve 59.[103] maddelerinde karşımıza çıkmaktadır[104]. Bu maddelere bakıldığında "her türlü delil", "bütün deliller" gibi ifadeler kullanılmış olmasına karşın nelerin delil olacağı noktasında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Kanun'un gerekçesinde de nelerin delil olarak kabul edilebileceğine dair herhangi bir izahata yer verilmemiştir. Kanun koyucunun "her türlü delil" ifadesi üzerinde ısrarla durmasından delil olabilecek unsurlar hakkında herhangi bir sınırlama öngörmediğini söylemek mümkündür. Esasen bu durum rekabet hukuku ihlalleri ve özellikle de çalışmamızın konusunu oluşturan karteller dikkate alındığında son derece doğaldır. Zira doğası gereği gizli anlaşma niteliği taşıyan kartellerin varlığının sadece belirli delillerle ispatlanabileceğinin kabulü halinde, Kanun'un uygulanması fiilen olanaksız hale gelecektir. Diğer taraftan rekabet hukuku ihlallerinin ekonomik temelli ihlaller oldukları göz önüne alındığında birçok durumda her türlü delilden yararlanmak bir zorunluluk olmaktadır.

---

[99] **Önaraştırma**
Madde 40- Önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportör 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, **her türlü delilleri** ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildirir.

[100] **Delillerin Toplanması ve Tarafların Bilgilendirilmesi**
Madde 44- Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen (Mülga ibare: 02.07.2005-5388/5.Md)16 (...) raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanunun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Belirlenen bu süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek **her türlü bilgi ve delili** her zaman Kurula sunabilirler.
Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan **her türlü delilin** bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir. Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz.

[101] **Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar**
Madde 47- Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen **her türlü delil** ve ispat vasıtasından yararlanabilirler. Oturumlara bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcileri katılabilir.

[102] **Kararlarda Bulunması Gereken Hususlar**
Madde 52- g) İleri sürülen **bütün delillerin** ve savunmaların değerlendirilmesi,

[103] **İspat Yükü**
Madde 59- Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı **her türlü delille** ispatlanabilir.

[104] Kanun'un 57. Maddesinde delil kelimesinin yanında aynı anlama gelen "ispat vasıtası" ifadesine de yer verilmiştir.

Delil çeşitleri bakımından yol gösterici olabilecek en dikkat çekici hüküm Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar başlıklı 47. maddede Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'na yapılan atıftır. Buna göre tarafların sözlü savunma toplantısında HUMK'un ikinci babının sekizinci faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilecekleri hükme bağlanmıştır[105]. Atıf yapılan hükümler HUMK'un "Deliller ve ikamesi" başlığını taşıyan 236 ile 374. maddeleri arasında yer almaktadır. Yukarıda birinci bölümde yer verildiği üzere bu bölümde sayılan deliller; senet, ikrar, yemin, kesin hüküm, tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleridir.

Bu hükmün anlamı üzerinde durulması gerekmektedir. Öncelikle Kanun'da delile ilişkin diğer hükümler dikkate alındığında söz konusu fıkranın isabetli bir düzenleme olmadığı belirtilmelidir. Zira Kanun'un diğer bazı hükümlerinde "her türlü delil" ifadesi kullanılmışken ve özellikle de 44. maddede "*Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler."* hükmüne yer verilmişken burada HUMK'a atıf yapılması, sözlü savunmadan önceki aşamalarda sunulan bir delilden –hükmün lafzı dikkate alındığında- yararlanamama sonucunu doğurabilecektir. Örneğin Konuralp'in de işaret ettiği gibi HUMK'da düzenlenmemiş olan bilgisayar kayıtları ve diğer elektronik kayıtlara veya ses ya da video kaydına dayanmak isteyen bir teşebbüs bu ispat vasıtalarını daha önce Kurul'a sunmuş olsa dahi, sözlü savunmada kullanamayacaktır[106]. Her ne kadar Kanun'un soruşturma safhasına ilişkin tanımlamasında bazı çelişkiler olmakla birlikte sözlü savunma toplantısı, soruşturmanın yazılı aşamasının bitiminde düzenlenmektedir ve esas itibariyle soruşturma sürecinin bir parçasıdır. Soruşturma aşamasında tarafların her türlü bilgi ve belgeyi sunabileceğini kabul etmek, ancak bunu sözlü savunma aşamasında HUMK'da sıralanan deliller ile sınırlamak savunma hakkını zedeleyebilecek bir düzenlemedir. Bu nedenle delil çeşitlerine ilişkin bu atfı sadece örnek olarak kabul etmek ve Kanun'un diğer hükümleri de göz önüne alınarak amaca uygun yorumla sözlü savunma toplantısında her türlü delilin kullanılmasını kabul etmek gerekmektedir.

[105] Maddede "delil" ve "ispat vasıtası" tabirlerine birlikte yer verilmiştir. Konuralp'in en genel anlamıyla "ispat için başvurulan araç" şeklinde tanımlandığı delilin bir ispat vasıtası olduğu dikkate alındığında aynı anlama gelen bu iki ifadenin birlikte kullanılmasının isabetli olmadığı belirtilmelidir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu da delil ile ispat vasıtasının aynı anlama geldiğini belirtmiştir, s.609.

[106] Konuralp, H., "Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Deliller ve Değerlendirilmesi, s.14.

Bu hükme ilişkin tereddüt uyandıran bir başka husus ise HUMK'a yapılan atfın sözlü savunma ile mi sınırlı olduğu yoksa başta soruşturma aşaması olmak üzere Kurul'un diğer incelemeleri bakımından da uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Yılmaz buradaki atfın Kurul'un diğer bütün işlerinde de geçerli olması gerektiğini belirtirken[107], bizim de katıldığımız Konuralp ve Uyanık ise sadece sözlü savunma toplantısı için geçerli olduğu görüşündedir[108]. Zira yukarıda tartışıldığı üzere Kanun'un amacı bakımından isabetsiz bir düzenleme olan bu atıf, rekabet hukukunda delil serbestisinin geçerli olduğu kabul edildiğinde bütünüyle anlamsız ve gereksiz kalmaktadır. Ayrıca HUMK'da düzenlenen delillerden en başta yeminin Kurul'un incelemeleri açısından uygun bir delil olmadığı ve bu nedenle de bu atfın rekabet hukukuna uyduğu oranda dikkate alınması gerektiği konusunda yazarlar hemfikirdir[109].

Delil çeşidi açısından değinilmesi gereken üç önemli madde ise birbirinin tamamlayıcısı diyebileceğimiz Delillerin Toplanması ve Tarafların Bilgilendirilmesi başlıklı 44. madde ile Yerinde İnceleme başlıklı 14. ve Bilgi İsteme başlıklı 15. maddelerdir. 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesinde, 14. ve 15. maddelere yapılan bir atıfla, soruşturma safhasında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılacağı belirtilmiştir. Aşağıda delillerin toplanması başlığı altında ayrıntılı olarak görüleceği üzere Kurul bu maddeye istinaden delil toplamaktadır. Kanun'un 15 maddesinde uzmanlar tarafından teşebbüslerin defterlerinin, her türlü evrak ve belgelerinin incelenebileceği, teşebbüslerin malvarlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapılabileceği ve ilgililerin bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Ayrıca uzmanlar belirli konularda yazılı ve sözlü açıklama da isteyebilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un muhtelif maddelerinde yer alan her türlü delil vurgusu, yerinde incelemeye ilişkin bu hüküm ile birlikte değerlendirildiğinde Türk rekabet hukuku açısından delil serbestisi sisteminin benimsenmiş olduğu söylenebilecektir.

[107] Yılmaz, E. "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler" (bundan böyle Rekabet Hukukunda Deliller), Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, s.70-71

[108] Konuralp, s.13.

[109] Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.102; Budak, Delillerin Toplanması ve İspat, s.148; Konuralp, s.13-14; Uyanık, s.33; Yılmaz, Rekabet Hukukunda Deliller, 70-78. Konuya ilişkin en kapsamlı bilgi için HUMK'daki delillerin rekabet hukuku açısından tek tek ele alındığı Uyanık ve Yılmaz'ın (Rekabet Hukukunda Deliller) çalışmalarına bakılabilir.

4.1.2. 4054 sayılı Kanun'da Delillerin Toplanması

4054 sayılı Kanun'un, rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması amacıyla Kurul'a vermiş olduğu yetkiler bilgi isteme[110] ve yerinde incelemedir[111]. Dolayısıyla Kurul'un iki temel delil toplama yetkisi bulunmaktadır. Nitekim Kanun'un Delillerin Toplanması ve Tarafların Bilgilendirilmesi başlıklı 44. maddesinde "Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanunun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir." hükmüne yer verilmek suretiyle bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Delil toplama yetkileri bakımından akla gelebilecek bir soru yetkilerin sınırına ilişkindir. Yılmaz 14 ve 15. maddelerdeki "her türlü evrak ve belge", "her türlü malvarlığı" gibi geniş kapsamlı ifadelerin varlığına karşın söz konusu yetkilerin somut olayda varılmak istenen amaçla sınırlı kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir[112].

Delil serbestisinin sınırlarını belirleyen önemli kurallardan biri de delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi zorunluluğudur. Çağdaş ceza yargılamasında temel hak ve özgürlüklerin ve insan onurunun korunması amacı doğrultusunda, ancak yasaların izin verdiği sınırlar dahilinde elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılabileceği, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin ise hükme esas alınamayacağı kabul edilmiştir. Aynı ilkenin rekabet hukuku

---

[110] Bilgi İsteme
Madde 14- Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir.
Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.

[111] Yerinde İnceleme
Madde 15- Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:
a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,
b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,
c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.
İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.
(Ek fıkra: 01.08.2003-4971/ 25. Md.) İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.

[112] Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.100.

açısından da geçerli olduğuna şüphe bulunmamaktadır[113]. Dolayısıyla yerinde inceleme sırasında elde edilecek delillerin hukuka uygun olması bir zorunluluktur.

Delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi yükümlülüğü yerinde inceleme kararının alınması aşamasında başlamaktadır. Bu bağlamda tartışılması gereken hususların başında yerinde incelemenin hangi hallerde yapılabileceği gelmektedir. Yerinde inceleme yetkisinin somut bir şüphenin varlığı halinde kullanılması gerektiği belirtilmelidir[114]. Bir başka deyişle bir rekabet ihlaline, konumuz bağlamında bir kartelin varlığına ilişkin olarak hiçbir bilgi ve belge bulunmaması halinde yerinde inceleme kararı alınması, hukuka uygunluğu tartışmalarını gündeme getirebilecektir. Ancak buradaki somut şüphe mutlaka somut delillerin varlığı halinde yerinde inceleme yapılabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Kastedilen bir kartelin varlığına ilişkin ciddi göstergeleri veya esaslı bir şüphenin varlığıdır. Aksi halde Kurum'un çalışamaz hale geleceği son derece açıktır.

Yerinde incelemede delillerin toplanması sırasında da hukuka uygun davranılmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Budak rekabet uzmanı olmayanlar tarafından yerinde inceleme yapılması, incelemenin konusu ve amacı hakkında bilgilendirilmeksizin yerinde inceleme yapılması veya aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacak olan avukat-müvekkil yazışmasının gizliliğine riayet edilmeksizin yapılacak yerinde incelemelerde hukuka aykırılık sorunu çıkabileceğine işaret etmiştir[115].

4.1.3. 4054 sayılı Kanun'da İspat

Delile benzer şekilde 4054 sayılı Kanun'un 4., 47. ve 59. maddelerinde ispat kelimesine yer verilmiş olmakla birlikte, söz konusu hükümlerden hiçbiri çalışma konusunu ilgilendiren ispata ilişkin konular ve özellikle de ispat standardı kavramı açısından bir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla Kanun rekabet ihlallerinin soruşturulması sırasında ispata ilişkin konularda suskundur.

4.2. Kartellere İlişkin Kurul Kararlarında Delil ve İspat

Kurul kararlarına bakıldığında delil, delil değerlendirme ve ispat standardı konularına ilişkin ayrıntılı değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. İstisnai olarak bazı kararlarda rekabet hukukunda delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu belirtilmekte, "sağlıklı delil", "maddi delil", doğrudan ve kesin olan hukuksal deliller"[116], "somut delillere dayanan değerlendirmeler"[117] gibi ifadelere

[113] Budak, Delillerin Toplanması ve İspat, s.146-147; Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.100.
[114] Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.100; Budak, Delillerin Toplanması ve İspat, s.147.
[115] Budak, Delillerin Toplanması ve İspat, s.147.
[116] Beyaz Et, 25.11.2009 tarih ve 09-57/1393-362 sayılı karar.

rastlanmakta ve delillerin değerlendirildiği görülmektedir. İspat standardı konusunda ise herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş olduğu gibi Kurul kararlarında belirgin çelişkiler dikkat çekmektedir.

4.2.1. Deliller

Kartel olarak değerlendirilebilecek ilk kararı olan –Kurul'un ceza verdiği ilk karar- *Adıyaman LPG*[118]'de Kurul, daha sonra birçok kararında tekrarlayacağı üzere, Kanun'un gerekçesine de atıfta bulunmak suretiyle rekabet hukuku bakımından anlaşmayı *"yazılı veya başka bir şekil şartına bağlanmaksızın borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak"* tanımlamıştır. *Reklam Yerleri I*[119] kararındaki "*Burada önemli olan, taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuşmasıdır. Bu çerçevede teşebbüslerin pazardaki faaliyetlerinden birbirlerini haberdar etmeleri dahi, Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir."* ifadesi ise anlaşmanın en geniş halini ifade etmektedir. Türk rekabet hukukunda, dünyadaki diğer örneklere paralel olarak anlaşma kavramına yüklenen geniş anlamdan yol çıkıldığında, doğaldır ki varılacak nokta hukuk yargılamasının katı kurallarının değil, ceza yargılamasında benimsenen delil serbestisi ilkesinin benimsenmesi gerektiğidir. Nitekim *Konya Otobüs*[120], *Kastamonu Otobüs*[121], *Diyaliz II*[122] kararlarında –esasen sonuncusunda hatalı bir yaklaşımla Kanun'un 59. maddesine de atıfta bulunulmuş olsa da- Türk rekabet hukuku açısından delil serbestisinin geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un yukarıda incelenen hükümlerinde de kabul edilmiş bu yaklaşım son derece isabetlidir. Zira *Sakarya Otobüs*[123] kararında olduğu üzere

---

[117] İthal Kömür I, 25.7.2006 tarih ve 06-55/712-202 sayılı karar.
[118] Adıyaman LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar.
[119] Reklam Yerleri I, 1.2.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar.
[120] Konya Otobüs, 18.8.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar: *Rekabet Kanunu HUMK'na atıf yapmıştır. Bu atıf, kesin delil, takdiri delil ayrımı yapılmaksızın bütün delil çeşitlerine ilişkin olup, bu deliller senet, ikrar, yemin, kesin hüküm, şahit, bilirkişi, keşif olmak üzere yedi adettir. Sekizinci bir delil türü de 367. maddede belirlenen "özel hüküm sebepleri"dir. Olayın durumuna göre her şeyin delil olabileceği bu kuralda benimsenmiştir. Dolayısıyla, Rekabet Hukuku'nda serbest delil sistemi geçerlidir.*
[121] Kastamonu Otobüs, 9.2.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar.
[122] Diyaliz II, 25.12.2008 tarih ve 08-75/1198-463 sayılı karar: *Bilindiği üzere 4054 sayılı Kanun'un 59. maddesinde "Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir" denilerek iddiaların ispatlanmasında kararların alınmasında serbest delil sistemi seçilmiştir. Bu sistemin sonucu olarak belirli delillerle ispatı öngörülmemiş, ilgili hususun ispatını temin edecek bütün delillerin ispat vasıtası olarak kullanılmasına izin verilmiştir.*
[123] Sakarya Otobüs, 25.7.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.

noterden onaylı anlaşma bulmak bir yana, *Adıyaman LPG, Ege Bölgesi Çimento I*[124]*, Kiraz*[125] gibi kararlarda görülen imzalı anlaşmaların dahi karteller bakımından istisna olduğu şüphesizdir. *Ege Bölgesi Çimento II*[126] kararında da altı çizildiği üzere *bir anlaşmanın varlığını ispat edebilmek için noter onaylı ya da tarafların açıkça imzaladıkları bir belgenin var olması gerekmediği tartışılmaz bir gerçektir.* Bugün gelinen noktayı ve yakın geleceği en iyi temsil eden durum *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararındaki telefon görüşmesidir. Dolayısıyla delil serbestisinin aksini düşünmek *Kastamonu Otobüs* kararının diliyle *rekabet sınırlamalarının her tür vasıtayla yapılabilirliği karşısında Rekabet Hukuku uygulamalarının mantığıyla çelişir nitelikte olacaktır.*

Delil serbestisi ilkesine paralel olarak Kurul tarafından her türlü unsurun delil olarak kullanılmış olduğu görülmektedir. Bunlar arasında protokoller[127], e-postalar[128], ajanda notları[129], toplantı notları[130], kuruluş sözleşmesi[131], otel kayıtları[132], faturalar-biletler[133], pazar paylaşımını gösteren harita[134], faks mesajları[135], raporlar, şirket içi yazışmalar[136], takvimlik[137], toplantı-konferans davetiyesi[138] sayılabilir. Yerinde incelemelerde uzmanlar tarafından elde edilmiş olan bu deliller dışında *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* ve *Tıbbi Cihazlar*[139] kararlarında mahkeme veya savcılık kanalıyla elde edilmiş olan telefon kayıtları da delil olarak kullanılmıştır. *Turgutlu Kuyumcular* kararında ise başvuruda bulunan tarafından gönderilen ses kaydını içeren bir bant delil olarak kabul edilmiştir[140].

---

[124] Ege Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.
[125] Kiraz, 24.7.2007 tarih ve 07-60/713-245 sayılı karar.
[126] Ege Bölgesi Çimento II, 2.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar. Aynı yönde Ege Bölgesi Hazır Beton I, 2.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı karar.
[127] Kastamonu Otobüs, Gübre, Gümrük Kooperatifleri
[128] Beyaz Et, 25.11.2009 tarih ve 09-57/1393-362 sayılı karar; Kozmetik,
[129] Demir Çelik 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı karar; Beyaz Et,
[130] Demir Çelik; İç Anadolu, Akdeniz, Marmara Bölgeleri Çimento, 1.2.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar.
[131] Reklam Yerleri I, 1.2.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar.
[132] Adıyaman LPG; Beyaz Et; Gazbeton, 30.5.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar.
[133] Bodrum Feribot; Kastamonu Otobüs,
[134] Ege Bölgesi Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.
[135] Beyaz Et; Demir Çelik; Toz Alçı, 8.4.2004 tarih ve 04-25/279-61 sayılı karar.
[136] Seramik, 24.2.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar; İthal Kömür I, 25.7.2006 tarih ve 06-55/712-202 sayılı karar.
[137] Ege Bölgesi Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.
[138] Kiraz
[139] Tıbbi Cihazlar, 19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı karar.
[140] Budak, delil serbestisi ilkesi çerçevesinde ses ve video kaydının delil olarak kullanılabileceğini belirtmiştir, Delillerin Toplanması ve İspat, s.160.

Delil olarak yararlanılan bir başka unsur ise yerinde incelemelerde istenilen bilgilerdir. Yazılı hale getirildiği için belge olarak kabul edilebilecek bu dokümanlar "görüşme tutanağı"[141], "bilgi tutanağı"[142], "ifade tutanağı"[143] gibi çeşitli adlarla anılmaktadır. Yılmaz yerinde incelemede tutulan bu tutanakların tanık delili gibi kabul edilebileceği görüşündedir[144]. Kurul'un bu tutanakları tek başına yeterli bir delil olarak görmediği ve esas itibariyle diğer delilleri destekleyici bir unsur olarak kabul ettiği belirtilmelidir[145].

Görüldüğü üzere Kurul kararlarında geniş bir yelpazede yer alan delillerden yararlanılmaktadır. Çok çeşitli unsurlar kullanılmasına karşın Kurul bir delil değerlendirme faaliyeti yapmamaktadır. Genel yaklaşım *Gübre*[146], *Demir Çelik* ve *Refrakter*[147] örneklerinde olduğu gibi soruşturma raporunda yer verilen belgelerin bir bütün olarak değerlendirilmesidir. İstisnai olarak *Marmara Bölgesi Hazır Beton*[148] ve *Tıbbi Cihazlar*[149] kararlarında belge bazında değerlendirme yapılmıştır.

Delil konusuna ilişkin olarak savunmalarda sıkça gündeme gelen iki hususa değinilmesi de yerinde olacaktır. Bunlardan birincisi savunmalarda sıkça dile

---

[141] Kiraz

[142] Kastamonu Otobüs

[143] Gümrük Kooperatifleri

[144] Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.99. Yazar uzmanların yazılı ve sözlü açıklama ile elde ettikleri bilgileri tanık delili, malvarlığına ilişkin mahallinde yapılan incelemeleri ise keşif deliline benzetmektedir,

[145] Kastamonu Otobüs, 9.2.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar: "…*bu tür "bilgi tutanaklarında" asıl amacın ilgili kişi/lerin bilgisine başvurmak olduğu, yapılan açıklamaların delillerle desteklenerek değerlendirilmesi gerektiği, aksi halde bir ehemmiyetinin olmadığı, bunun için de, fiyat listelerinin şirketten alınan bilet ve yolcu listeleriyle karşılaştırıldığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, bu yöndeki iddia doğru olsa dahi, amacın bilgi edinmek olduğu ve esas değerlendirmenin deliller ışığında yapıldığı bilinmelidir."* Yılmaz uzmanların yazılı ve sözlü açıklama ile elde ettikleri bilgileri tanık delili, malvarlığına ilişkin mahallinde yapılan incelemeleri ise keşif deliline benzetmektedir, Yılmaz, Usul ve İspat Sorunları, s.99.

[146] Gübre, 8.2.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı karar.

[147] Refrakter, 29.1.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı karar.

[148] Marmara Bölgesi Hazır Beton, 2.10.2006 tarih ve 06-68/927-266 sayılı karar.

[149] *Yukarıda da açıklandığı üzere Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi rekabeti sınırlandıran teşebbüsler arası anlaşmaları yasaklamaktadır. 21. delil'de yer alan konuşmanın içeriğinden Atlas Medikal'in ihale şartnamesinin hazırlanması ile ilgili konuşması pazarda faaliyet gösteren başka rakip bir firma ile ilişkilendirilememektedir. Dolayısıyla söz konusu konuşmanın bir delil olarak Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirmesi mümkün görülmemiştir.*
3. delilde yer verilen şirket içi görüşmenin bölgede yapılacak ihalelerle ilgili olarak Ece Tıbbi Ürünler'den yetki alınmasına ilişkin ve bayilik dağıtıcılık ilişkisinde ihaleye katılım sürecinin doğal ve olağan bir parçası olduğu anlaşılmış ve bu delile dayanılarak tarafların rekabeti sınırlandırdıkları sonucuna varılmamıştır.

getirilen anlaşmanın yetkisiz kişiler tarafından yapılmış olması konusudur. Kurul *Adıyaman LPG* kararından bu yana istikrarlı bir şekilde ve yerinde bir yaklaşımla bu tür savunmalar itibar etmemiş ve yetkili olmayan kişiler tarafından imzalanmış veya teşebbüsün kaşesinin bulunmadığı belgeleri dahi[150] delil olarak kabul etmiştir[151].

Savunmalarda sıkça karşılaşılan bir diğer husus ise bir teşebbüste bulunan delillerin diğer teşebbüsler bakımından delil değerinin olmadığı itirazıdır. Kurul *Gübre* kararında bu konuya ilişkin yaklaşımını açık bir şekilde ortaya koymuştur:

> *Ege Gübre'nin üzerinde durduğu, yalnızca tek bir teşebbüste elde edilen delillerin kendilerinde bulunmaması nedeniyle teşebbüslerini bağlamayacağı iddiasıdır. Ne var ki, rekabet hukuku kapsamında bir delilin kaç teşebbüste bulunduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Esas olan, bir delil çerçevesinde tespiti yapılan bir ihlale hangi teşebbüslerin katıldığının ortaya konulmasıdır. Keza gübre üreticileri, fiyat tespiti ve diğer ihlal iddialarına dayanak teşkil eden delilleri belge bazında ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutarak bu belgelerin diğer teşebbüslerin şahsi görüşlerini yansıtıyor şeklinde savunmalar da yapmışlardır. Kurul, bir ihlalin tespitine olanak veren delil ve belgelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir*[152].

Kabul edilmelidir ki kartellerin niteliği dikkate alındığında özü itibariyle bu yaklaşım yanlış değildir. Aksi durumun kabulü halinde *Ege Bölgesi Çimento II*[153] kararında belirtildiği üzere *belgelerin her teşebbüsten bulunmasını beklemek gizli ve nadiren yazılı hale getirilen kartel anlaşmalarının doğasına aykırı olduğu gibi; delilleri ortadan kaldıran teşebbüslerin ödüllendirilmesine de yol açabilecek niteliktedir.* Ancak bu yaklaşımın kayıtsız şartsız kabul edilmesi de mümkün değildir. Burada önemli olan nokta delil ve belgelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi sırasında delil takdirine ilişkin ilkeler çerçevesinde bir çaba içerisinde olunmasıdır. Bir başka deyişle *Refrakter* kararında olduğu gibi ihlal iddiasına dayanak olarak gösterilen belgelerin birbirini destekler nitelikte olup olmadıkları üzerinde durulması gerekmektedir. Birbirini desteklemeyen, bağlantısız belgelerin yorumlarla bir ihlal iddiasına konu edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmamalıdır. Daha açık söylemek gerekirse delillere *Emaye Bobin Teli*[154] kararındaki "*pazarda müşteri ve pazar paylaşımına ilişkin amaç ya da etkisi*

[150] Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.
[151] Kastamonu Otobüs, 9.2.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar. İlaç, 19.1.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar.
[152] Gübre, 8.2.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı karar.
[153] Ege Bölgesi Çimento II, 2.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar.
[154] Emaye Bobin Teli, 4.

olan bir eylemin varlığı tespit edilemediğinden pazar ve müşteri paylaşımını ortaya koyan kesin bir delil niteliğinde görülmemiştir. Ancak, bu belgeler haklarında soruşturma yürütülen teşebbüsler arasında bilgi paylaşımı ve rekabeti bozucu iletişim olabileceğini destekler nitelikte görülmüştür." şeklindeki yaklaşım hukuki değildir ve her an için olumsuz sonuç verme olasılığı söz konusudur. Bu risk özellikle açık delillerin olmadığı hallerde bir kartel iddiasını ispatlamak için kullanılmaya müsaittir. Oysa olması gereken yine *Tıbbi Cihazlar* kararında karşımıza çıkan "*Fiile ilişkin açık tespit, teşebbüsün "şüphe sanık lehine kullanılır" iddialarının geçerli ve makul bir savunma olarak kabul edilmesini engellemektedir"* değerlendirmesinin tam tersi bir şekilde, açık tespitlerin var olmadığı hallerde mevcut delillerden sonuç çıkarmaya çalışmak yerine şüpheden/belirsizlikten teşebbüsü yararlandırmaktır.

Kanaatimizce bu noktada *Refrakter, Tıbbi Cihazlar ve Diyaliz II* kararlarının birlikte değerlendirilerek bir ölçüt benimsenmesi doğru olacaktır. Buna göre tek tek değerlendirilen deliller birbirini destekleyici ve tamamlayıcı bir başka deyişle bütünün parçaları olmalı ve bir ihlalin varlığını ortaya koyabilmelidir. Bir teşebbüste elde edilen ancak diğer teşebbüsleri de ihlalin parçası yapmak noktasında *sağlıklı delil*[155] niteliği taşımayan belgelerin *çapraz doğrulamaya*[156] tabi tutulması gerekmektedir.

4.2.2. İspat Standardı

Yukarıda görüldüğü üzere Kurul kararları delil bakımından oldukça zengin bir tartışma malzemesi sunmakla birlikte, aynı şeyi ispat bakımından söylemek mümkün değildir. Kurul bugüne kadar rekabet hukukunda ve kartel soruşturmalarında nasıl bir ispat standardı benimsenmesi gerektiğine dair herhangi bir tartışmaya girmemiştir. Bu konuda verilebilecek tek örnek olan *Diyaliz II* kararındaki *Dolayısıyla yukarıda sözü edilen delil tek başına iddia olunan kartel anlaşmasını ihtimal derecesinde gösterebilir niteliğe sahip ise de, başka bilgi ve belgelerle desteklenmediği sürece ihlalin varlığı konusunda bir kanaate ulaşmak için yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuç doğrultusunda sadece bu delile dayanılarak, belgelerde adı geçen teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesini ihlal ettikleri sonucuna varılamaz.* değerlendirmesi ise ihtimal derecesini yeterli görmeyen Kurul'un ispat standardı bakımından nasıl bir ölçü aradığı noktasında bir ipucu vermekten uzaktır.

Kurul kararlarına bakıldığında da makul bir şüphenin ötesinde ispatın mı arandığını yoksa kuvvetli şüpheye dayanan ispatla mı yetinildiğini anlamak

[155] Diyaliz II
[156] Refrakter

mümkün görünmemektedir. Şüphesiz ki böyle bir tespit ve değerlendirme için bakılması gereken öncelikli yer delillerin son derece açık olduğu kararlar değildir. Tartışmalı deliller içeren, ihlal tespitinin yapılmadığı veya soruşturma açılmayan kararlara bakıldığında tutarsızlıkların olduğu dikkat çekmektedir. Örneğin *Akdeniz Bölgesi Çimento*[157] kararında üç belgenin varlığına karşın ihlal yok denilirken *Toz Alçı* kararında benzer nitelikli üç belge, *Marmara Bölgesi Hazır Beton* kararında ise beş belge ile ihlal tespiti yapılmış olduğu görülmektedir. Daha ilginç olan ise *Adana Otobüs* kararında ihlali gösteren açık bir anlaşma elde edilmiş olmasına karşın soruşturma açılmayarak 9/3. maddenin uygulanması ve *Uluslararası Kargo* kararında ise elde edilen delillere ve teşebbüslerin de ihlali kabul etmesine karşın uyarıya dahi gerek görülmeksizin soruşturma açılmamasıdır.

Bu eleştiriler *Ulusal Kargo*[158] kararında da gündeme gelmiş, ancak Kurul bu savunmaya "*...4054 sayılı Kanun ile çizilen çerçevenin dışına çıkmamak kaydı ile her somut olayın özelliğini dikkate alarak kendi takdir hakkını kullanabilmektir. Dolayısıyla, herhangi bir uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un ihlali niteliğinde olup olmadığına ve söz konusu uygulamaya yönelik olarak herhangi bir tedbir veya yaptırım uygulanmasına gerek bulunup bulunmadığına karar vermek, takdir yetkimiz dâhilindedir. Kurulumuzun, daha önce benzer incelemelerde konuya ilişkin soruşturma açmamış veya ihlal tespit etmemiş olması, 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği anlaşılan mevcut soruşturmada ihlal sonucuna ulaşmasına engel teşkil etmeyecektir."* değerlendirmesi ile cevap vermiştir. Ancak bu yaklaşım usul hukuku bakımından kabul edilebilecek hukuki bir yaklaşım olmaktan ziyade, politika bağlamında kabul edilebilecek bir durumdur.

Bu konuda Danıştay'ın yukarıda yer verilen diğer kararlarına benzer şekilde Kurul kararları açısından da yüksek bir ispat standardına işaret eden kararları bulunmaktadır. Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 16.2.2010 tarihli E.2007/9330 K.2010/1325 sayılı kararı bu açıdan ele alınabilecek en iyi örnektir. Yüksek Mahkeme Kurul kararında yapılmış olan tespitleri ele alarak belirsizlikler giderilmeksizin teşebbüse ceza verilemeyeceğine dair aşağıdaki yorumu yapmıştır:

> *Diğer taraftan; dava konusu Kurul kararının teşebbüslere ilişkin tespitlerin değerlendirildiği bölümünde, davacı şirketle ilgili olarak Osman Alkan'ın şirket temsilcisi olduğundan hareketle 1, 2, 26, 4 5 , 47, 57, 73, 74, 82 v e 86 numaralı tespitler dikkate alınarak 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılıp, aynı Kanunun 16.*

[157] Akdeniz Bölgesi Çimento, 3.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı karar.
[158] Ulusal Kargo,

Maddesi uyarınca idarî para cezası takdir edilmiş ise de; soruşturma raporunda Osman Alkan'ın Medisis Mühendislik ve Ticaret Ltd. Şti.'nin temsilcisi olduğu belirtildiğinden ve söz konusu tespitler adı geçen şirket hakkında sonuç doğuracağından, ayrıca davalı idarece aksi yönde bir delil de ileri sürülemediğinden, davacı şirketle Osman Alkan arasındaki ilişki konusunda bir belirsizlik bulunduğu ve mevcut tespitlerin davacı şirket aleyhine kanıt olarak kabul edilemeyeceği kuşkusuzdur.

Bu durumda; davacı şirket ile ilişkisi saptanamayan Osman Alkan'ın imzaladığı belgelere dayalı olarak davacı şirketin diğer teşebbüslerle birlikte, tıbbi sarf malzemeleri pazarında, arz' koşullarının piyasa dışında belirlenmesi, fiyat ve satım şartlarının rakiplerle birlikte belirlenmesi, pazarın bölüşülmesi ve rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiğine ve bu davranışı nedeniyle idarî para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Danıştay'ın bu değerlendirmesi esas itibariyle Kurul tarafından da yapılması gereken delil değerlendirmesinin önemine işaret ettiği gibi, beklenilen ispat ölçüsü konusunda da bir fikir vermektedir. Buna göre teşebbüslere ceza uygulayabilmek için varsayıma dayalı ve elde edilen deliller üzerinde yer alan ifadelerden yola çıkılması hatalı sonuçlara varılmasına yol açabilecektir. Kurul tecrübe kuralları başta olmak üzere delil değerlendirmesine ilişkin usullere riayet etmek suretiyle bir değerlendirme yapacak ve tüm belirsizlikleri ortadan kaldırdıktan bir başka deyişle somut olayı şüphelerden arındırdıktan sonra kararını verecektir.

4.3. Rekabet Hukukunun Amacı, Usule İlişkin İlkeler ve Kurul Kararları Çerçevesinde İspat Standardı ve Delil Sistemi Üzerine Düşünceler

Deliller, delillerin toplanması ve ispat standardı bakımından üç örnekten yola çıkılarak olması gereken bakımından görüşlerimizin belirtilmesi yerinde olacaktır. Bunlardan ilki maya sektöründeki kararlardır. Maya sektöründe üç soruşturma yürütülmüş ve üçüncüsünde herhangi bir yazılı delile dayanmaksızın teşebbüslere uyumlu eylem iddiası yöneltilmiştir. Teşebbüslerin bu duruma dikkat çeken savunmasına karşı ise söz konusu pazarın üçüncü defadır incelendiği, dolayısıyla bu soruşturma kararı ve bunu takip edecek dönemlerde de şirketlerin telefon konuşmaları dinlenemediği sürece herhangi bir yazılı delile ulaşmanın mümkün olmadığı değerlendirmesi yapılmıştır[159].

[159] Maya III, 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar

İkinci örnek *Tıbbi Sarf Malzemeleri I*[160] ve *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararlarıdır. *Tıbbi Sarf Malzemeleri I* kararında yürütülen önaraştırma ihlale ilişkin bilgi ve belge bulunamaması nedeniyle kapatılmış, şikayetçi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Danıştay'da açmış olduğu dava sonucunda yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilen Kurul kararı, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin konuya ilişkin dava dosyasının da incelenerek iletişimin denetlenmesi çerçevesinde elde edilen delillerin de kullanılması ile yüksek oranlı bir para cezası ile nihayetlendirilmiştir. Söz konusu kararda yer alan yazılı belge bırakılmaması, e-postaların silinmesi ve görüşmelerin telefon üzerinden yapılmasına dair telefon kaydından mevcut yerinde inceleme yetkileri ile delil elde etmenin giderek zorlaştığı açıkça anlaşılmaktadır.

Üçüncü örnek ise Kurul'un çimento sektöründeki incelemelerinin seyridir. Kurul çimento ve hazır beton sektörlerinde sekizi kartel olmak üzere dokuz soruşturma yürütmüş ve bu soruşturmaların altı tanesi ceza ile noktalanmıştır. 2006 yılından bu yana açılan önaraştırmalardan ise halen devam eden biri hariç olmak üzere hiçbiri soruşturmaya dönüşmemiştir. Bu durum iki olasılığı gündeme getirmektedir. Bunlardan ilki çimento sektöründe rekabet ihlallerine artık son verilmiş olması, ikincisi ise Kurul'un elindeki araçların *Maya III* kararında yer alan açık itirafta olduğu gibi artık yeterli olmadığıdır.

Bu üç örnek delil toplama araçlarındaki yetersizliği göstermenin ötesinde kanaatimizce ve daha önemlisi ispat standartları bakımından da bir endişeyi beraberinde getirmektedir. Delil elde etme araçlarının yetersizliği nedeniyle ihlalin varlığını gösteren delillerin elde edilemiyor olması, ispat standardını mevcut durumun da aşağısına çekebilecektir. Zira yeterli delil elde edilememesi, elde edilen delillere yaklaşımı şekillendirecektir. Mesleğin gereği olarak olaylara ve belgelere şüpheci yaklaşılması (*prosecutorial bias*) esas itibariyle farklı anlamlar ifade edebilecek belgelerin bu yönlerini görmemeye yol açabilecektir. Bir başka deyişle objektiflikte uzak, sübjektifliği ağır basan bir yaklaşım ortaya çıkabilecektir.

5. SONUÇ

Karteller ekonomiye verdikleri zararın büyüklüğüne paralel şekilde en ağır rekabet ihlalleri olarak kabul edilmektedir. Rekabet otoriteleri kartellerle mücadeleyi gündemlerinin birinci sırasına yerleştirmekle birlikte, kolay olmayan bir görev üstlendikleri de açıktır. Zira karteller gizli anlaşma niteliğini taşımaktadırlar. Tipik bir kartelde mevcudiyeti gösteren delillerin yok edilmeye

[160] Tıbbi Sarf Malzemeleri I, 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı karar

çalışılması, kartel toplantılarının dikkatlerden gizlenmesi olağan davranışlardır. Kartellerin bu niteliği ortay çıkarılmalarını zorlaştırmakta ve kartel soruşturmalarını diğer rekabet ihlallerinden ayrı bir konuma getirmektedir.

ABD, AB ve Türk rekabet otoriteleri tarafından yürütülen kartel soruşturmalarına bakıldığında delil ve ispat bakımından önemli farklar dikkat çekmektedir. Genel olarak kabul edilen ilke delillerin serbestliği olmakla birlikte, ABD'de iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla takip, video kayıtları gibi delillerden yararlanma olanağının bulunduğu görülmektedir. Bu farklılığı yaratan husus şüphesiz kartellerin suç olarak tanımlanmasıdır. Böylece ceza muhakemesi araçlarından yararlanma imkanı doğmaktadır. Kuşkusuz bu durum ispat standardının da daha yüksek olmasına neden olmaktadır. ABD'de karteller için ceza muhakemesinde geçerli olan makul bir şüphenin ötesinde ispat standardı aranırken, AB ve Türk rekabet hukukunda şüphenin ortadan kaldırılması ölçütü daha düşüktür.

Türk rekabet hukukunun 14 yıla varan uygulamasına bakıldığında delil ve ispat konusunda üzerinde tartışılabilecek yeterli malzemenin bulunduğu görülmektedir. Kartellerin ancak delil serbestisi olan bir sistemde ortaya çıkarılabileceği görüşü çerçevesinde, birçok unsurun delil olarak kullanıldığı görülmektedir. Ancak bazı noktalarda sorunlar olduğu dikkat çekmektedir. Bunların başında delil değerlendirmesi yapılmaması ve ispat standardı açısından nasıl bir yaklaşım benimsendiğinin bilinmemesi gelmektedir. Delil ve ispat konusunda görülen eksiklikler çelişkili kararların ve dolayısıyla hakkaniyete aykırılıkların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Temel delil elde etme aracı olarak kullanılan yerinde incelemeler, bugüne kadar az veya çok istenilen sonucu vermiştir. Ancak gelinen noktada özellikle teknolojideki gelişmeler nedeniyle ihtiyacı karşılamak noktasında yetersiz kalmaktadır. Bu durumun yol açabileceği muhtemel bir tehlike elde edilen deliller üzerinden karar verilmesinin ispat standardını daha da aşağı çekmesidir. Olması gereken ispat standardının yükseltilmesi ve buna paralel olarak delil elde etme yetkilerinin artırılmasıdır.

KAYNAKÇA

ARI, M.H., "Kartellere Karşı Yaptırımlar: Hukuk ve İktisat Perspektifinden Bir Çerçeve Çalışması", Rekabet Dergisi, Sayı:28

ASLAN, Z., "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", İ.Ü.S.B.F.D., No:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001), http://www.istanbul.edu.tr/siyasal/dergi/sayi23-24/05.htm, erişim tarihi:23.4.2011

BAKER, D. I., The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging, *69 George Washington Law Review,* 2001

BARNETT, T. O. (2006), Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The United States Model, http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.htm

BAŞÖZEN, A. İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

BUDAK, A.C. "AT Konsey ve Komisyonun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 18. Kitap, (Çalışmada "Delillerin Toplanması ve İspat" şeklinde atıfta bulunulmuştur).

CENTEL, N. ve H. ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 5. Bası, Beta

DEVRİM, FATMA, *İdare Hukukunda ve Ceza Hukukunda Kartellerle Mücadelede Soruşturma Yöntemleri,* Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:102, 2009

FORRESTER, I. S., Searches Beneath the Cherry Tree in the Garden: European Thoughts on How to Enhance the Task of Uncovering and Thereby Deterring Cartels, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels,* 2006

GARZANITI, L., J. GUDOFSKY, ve J. MOFFAT, Dawn of a New Era? Powers of Investigation and Enforcement Under Regulation 1/2003, *77 Antitrust Law Journal,* 2004

GIPPINI-FOURNIER, E. (2005) , Legal Professional Privilege in Competition Proceedings, Fordham J. Int'l Law, Vol. 28, Book 4.

HAMMOND, S. D.(2000), *Lessons Common tı Detecting and Deterring Cartel Activity, Fighting Cartels- Why and How içinde,*

HARDING C. ve JOSHUA J., *Regulating Cartels in Europe, A Study of Legal Control of Corporate Deinquency*, 2003, Oxford University Press

ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 3: Digital Evidence Gathering, April 2006.

ICN Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chapter 1: Searchs/Raids/Inspections, April 2005.

JONES, A. ve B. SUFRIN, EC Competition Law, New York, 2008

JOSHUA J. M., "A Sherman Act Bridgehead in Europe, or A Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct", E.C.L.R. 2002, 23(5), 231-245

KEKEVİ, H. G., *ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2008.

KEKEVİ, H. G.(2008a), Pişmanlık Programları: Muharebeyi Kaybetmek, Savaşı Kazanmak, *Rekabet Dergisi* Sayı 34, 2008.

KERSE, C. ve N. KHAN (2005), EC Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell,Londra.

KONURALP, H., "Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, (Çalışmada "Rekabet Hukukunda Deliller" şeklinde atıfta bulunulmuştur).

KONURALP, H., *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları,* Yetkin, Ankara, 2009

KUNTER, N., F. YENİSEY, A. NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,* Birinci Kitap, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2009.

KURU, B., R.Arslan ve E.YILMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2010

LENAERTS, K., Some Thoughts on Evidence and Procedure in European Community Competition Law, *30 Fordham İnt'l Law Journal*, 2007

MASSEY, P. (2004), "Criminal Sanctions for Competition Law: A Review of Irish Experience", The Competition Law Review, Vol. 1., Issue.1

MONTI, M. "Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?", *Fighting Cartels-why and how?*" içinde, s.14 http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/ENG/Publications/3rdnordic010412.pdf, erişim tarihi 24.4.2011.

ÖZTÜRK, B., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010

PARLAR, A., M. HATİPOĞLU, E.G. YÜKSEL, *Deliller Çapraz Sorgu ve İspat*, Ankara, 2008

PEKCANITEZ, H., O. ATALAY, M. ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku,* 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2007

REINDL, A. P., How Strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?, *Criminalization of Competition Law Enforcement* içinde, 2006

ROTH Q.C.P., Ensuring that Effectiveness of Enforcement Does Not Prejudice Legal Protection, Rights of Defence, Fundamental Rights Concerns, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels,* 2006

STANLEY, A., The Continuing Evolution of Consent and Authority in Digital Search and Seizure, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. XIX, Autumn 2008, Number 1, 2008

ŞENLEN SUNAY, S., *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları: 154, İstanbul, 1997,

UYANIK, P., *Rekabet Hukuku Açısından Delil*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.

WHISH, R., *Competition Law,* 5. Baskı, Butterwoths, 2004

WILS, W. P. J., Is Criminalization of EU Competition Law the Answer, *Criminalization of Competition Law Enforcement,* 2006

YILMAZ, E., "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 2. Kitap, (Çalışmada "Usul ve İspat Sorunları" şeklinde atıfta bulunulmuştur)

YILMAZ, E., "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II.


REKABET KURUMU
IX Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu

SORU ve CEVAPLAR

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Gerçekten birbirinden güzel tebliğlerdi. Benim sorum aslında bütün tebliğleri ilgilendiriyor; o yüzden belki de ortaya sorulmuş bir soru olacak.

Yanılmıyorsam 2009'da Avrupa Birliği Komisyonu hidrojen peroksit piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında bir ceza verdi. Bu teşebbüsler, bulundukları ülkede değil, bir başka ülkede (İsviçre'de), danışman bir firmanın koordinasyonuyla bir araya geldiler, ortak kararlarını orada aldılar, bilgi paylaşımını orada yapmadılar; bu danışmanlık firması, piyasa analizi yaptığı gerekçesi altında bu bilgileri teşebbüslere iletti.

Tamam, telefonları dinleyelim ama, eğer bu tür toplantılar yurt dışında olmuşsa, yani bu toplantıları ya da paylaşımları burada değil de İsviçre'de yapmışsa ne olacak?.. Hakikaten bunların çok iyi tartışılması lazım. Teşekkür ederim.

H. Gökşin KEKEVİ- Hocam, o sorunun cevabı çok açık ve net. Avrupa Birliği Komisyonu bunu nasıl ortaya çıkartıyor? Pişmanlık programıyla. Teşebbüsler pişmanlık programına, -büyük ihtimalle Haluk da beni tamamlarniye gelsinler? Ağır ceza korkusuyla. Pişmanlık programına birisi başvuruyor, "biz İsviçre'de toplandık, bunları bunları yaptık" deyip bütün bilgi-belgeleri sunuyor ve onun üzerine diğerleri de artık korkuyor, çünkü anlıyorlar ki, biri pişmanlık programına başvurdu mu iş çözülmüş demektir. Diğerleri de sırayla gelip kabul ediyor.

Bunun Türkiye'deki çözümü de, uzun vadede Pişmanlık Yönetmeliği'nin etkin kullanımıdır. Pişmanlık Yönetmeliği'nin etkin kullanımı için de, Ceza Yönetmeliği'nin düzgün işlemesi lazım; bir. Sabahki oturumda siz altını çok güzel çizdiniz; Kurul, *Beyaz Et* kararıyla çok iyi bir başlangıç yaptı ama ondan sonra, mesela *Kargo* kararında raportörler bu yönde bir ceza istemiş olduğu hâlde bireylere ceza vermedi, bu yönde bir takdirde bulundu. Bunu yaptığınız zaman, pişmanlık programına başvurmak için yarışı ortadan kaldırıyorsunuz. Teşebbüs, burada yüzde 2 ceza var diye korkacak veyahut da birey, "ben buraya gelmezsem bana ceza verilecek" diye korkacak. Bundan korkarsa gelir. Ya, "hayır Rekabet Kurumu yanlış, ben kesinlikle suçsuzum, suçsuz olduğum için gelmeyeceğim, böyle bir şey yaptığımı kabul etmiyorum" diyecek, şansını deneyecek, Kurul da takdir edecek, "haklısınız, ihlal yokmuş, ceza vermiyorum" diyecek, ama, eğer ihlal var diyorsa bireye de, yöneticiye de, teşebbüse de ona uygun bir ceza verecek. Dosya Danıştay'a gidecek. Danıştay, "hayır, siz haksızsınız, burada ihlal

tespit ettiniz, tespitiniz yanlış" deyip iptal edebilir. Ama o da haklı görürse, bu sefer Rekabet Kurumu bir standart koymuş olacak ve insanlar korkup Pişmanlık Yönetmeliği'ne gelecekler (havuç ve sopa).

2009'dan bu yana Pişmanlık Yönetmeliği'ne 5 tane başvuru oldu; yani çok kötü değil ama iyi başlarsak daha da iyi olabilir.

Emre ÖNAL- Merhaba.

Öncelikle çok teşekkür ediyorum; gerçekten çok değerli sunumlar oldu.

Benim sorum ikinci uyumlu eylem karinesine ilişkin. Bu karineye göre, rakipler arasında bilgi paylaşımının, ikili iletişim kurulmasının yeterli olduğunu, bunun dışında paralel davranış etkisine bakmayı gerek olmadığını söylediniz. Sorumu somut bir örnekle sormak istiyorum. Bildiğiniz gibi, çok yakın bir tarihte İngiltere Rekabet Kurumu "Royal Bank of Scotland"a bir ceza verdi. Tek taraflı bir iletişim vardı, Royal Bank of Scotland, Barclays Bank'a tek taraflı olarak bilgi paylaşımında bulundu… Bilgileri tek taraflı olarak alan Barclays Bank'ın bu bilgileri kullanıp kullanmadığına da baktı, yani etkisine de baktı. Buna ilişkin ne diyorsunuz, doğru bir yaklaşım mı; bu konudaki görüşünüzü öğrenmek istiyorum.

Aynı konuyla ilgili bir de şunu sormak istiyorum: Dikey anlaşmalar konusu. Özellikle yeniden satış, Per se ihlal olarak kabul ediliyordu; yani etkiye bakmaya gerek olmuyor. Hem Avrupa'da, hem de Amerika'da birçok karar var... Amaç bakımından ihlal yeterli olsa bile, aradaki uzlaşmaya, iletişimin şekline bakıyor ve bu kapsamda bir etki olup olmadığını. Anlaşmayı test edebilmek için etkiye bakma ihtiyacı duyuluyor. Bu konuda ne diyorsunuz?

Teşekkür ederim.

Burcu CAN- *Royal Bank of Scotland* kararıyla ilgili sorudan başlayarak yanıtlayayım. Dediğiniz gibi, o kararda OFT, söz konusu tek taraflı bilgi paylaşımının rakip tarafından kullanılıp kullanılmadığını da bakmıştır, çünkü o, pişmanlık başvurusu akabinde başlayan bir soruşturmaydı ve o kararda başvuru sahibi, "ben bu bilgileri kararımda kullandım" demişti. Eğer böyle bir pişmanlık başvurusuyla gelmemiş olsaydı, OFT, böyle bir bilginin paylaşıldığını tek başına bulmuş olsaydı nasıl değerlendirirdi bunu bilemiyoruz. Bu aslında OFT'nin bu kararda etkiye baktığını göstermiyor; o olayda etki somut olarak ortada. Etkiye hiç mi bakılmamalı? Açıkçası, etkinin önemsiz olduğunu söylemiyoruz, ama ihlal tespiti için amaç yeterli diyoruz. Elbette ki, cezanın takdiri bakımından etki önemli; piyasadaki etkisinin ne olduğu ceza oranı takdirinde önemli. Ancak bizim söylemek istediğimiz şey; amaç bakımından, eğer o bilginin paylaşıldığını

görüyorsak ve bu bilgi rekabeti sınırlayıcı nitelikteyse, tek bir toplantı, tek bir paylaşım, tek bir rakibin ifadesi yeterlidir.

Emre ÖNAL (Devamla)- Çok kısa bir şey belirtmek istiyorum.

Sizce şöyle bir risk doğmaz mı; bir rakip firma, rakibini zan altında bırakmak adına onunla tek taraflı bilgi paylaşıp hemen akabinde de pişmanlık başvurusunda bulunabilir. Bu kapsamda bir kötü niyet ortaya çıkabilir ama, çıkmadığı durumlarda bu riski nasıl elimine etmek lazım? Böyle bir risk doğmaz mı? Etki konusunda dediklerinize tamamıyla katılıyorum ama, benim söylemek istediğim, bazı durumlarda, anlaşmanın tespiti için etki gerekli bir şey değil mi?

Burcu CAN- Söylediğiniz şeyde haklısınız elbette ki; burada etki mutlaka bir sağlama yapma imkanı yaratıyor. Belki Haluk Beyin tebliğine atıfta bulunmakta fayda var; orada ispat standardını nasıl koyuyoruz, hangi delili yeterli kabul ediyoruz, buna yönelik bir şey söylemek lazım. Burada, bu riski bertaraf etmek için Kurul şunları yapmalıdır diye çok açık bir şey söylemek belki mümkün değil ama, Kurul, elindeki bilgi edinme yetkilerini kullanmak suretiyle bu belgenin gerçekten ihlalin tespiti için yeterli bir belge olup olmadığını analiz etmeli; ideal olanı budur. Bu noktada, her durumda, her bir somut olayın koşullarına bakarak değerlendirme yapmak lazım.

Sizin söylediğiniz şeyin karşı argümanı da şu olabilir: Her durumda etkiye bakılacak ise, çok daha tehlikeli bir bölgeye giriyor olabiliriz. Bu durumda; "bizim şu karineler ortaya konuldu, ispat için önemli araçlardır vesairedir, belli konularda yetkilerimiz yetersizdir" gibi argümanlarımıza da cevap bulamaz hâle geleceğiz. Bu gerçekten bir dilemma. Sanırım bunu dengelemek de rekabet otoritelerinin görevi.

Buyurun Gökşin Bey.

H. Gökşin KEKEVİ- Bence üçü de birbirinden güzel sorular. Çıkışta sizinle tanışmak isterim. Mesela *Royal Bank of Scotland* kararını çok kişi bilmez. Ama dünyada bunun gibi bir sürü örnek var. Mesela Almanya yakın bir tarihte 38 milyon Avro ceza verdi. Böyle bilgi değişimi, etki olmaksızın bilgi değişimi, geleceğe yönelik fiyat bilgisi değişimi gibi, *per se*'ye yakın, hatta *per se* yasak kapsamında kabul edilen bilgiler değiştirildiği zaman hep bu devreye giriyor. Bu sizin ikinci sorunuzla da bağlantılı. Dikey anlaşmalar eğer *per se* yasak değilse, -şimdi Türkiye'de o da tartışmalı- o zaman tabii ki etkiye bakmak gerekiyor. Ama bizim burada altını çizmeye çalıştığımız nokta; böyle yatay anlaşmalar ve geleceğe yönelik fiyat bilgisi değişimi gibi hususlar, *per se*'ye yakın, hatta *per se* ihlal olarak kabul edilebilecek davranışlar. Bunlarda etkiye bakılmasına gerek yok.

Üçüncü sorunuz: Birisi geldi, başvuru yaptı, rakibini zor duruma düşürmek istedi. Orada iki husus var: Birincisi, böyle bir pişmanlık başvurusu yapsa, ceza almasa bile, o adam aynı zamanda tazminat davası riskini de alıyor. Dolayısıyla, ben bu sorunun gerçek hayatta olacağını çok çok zannetmiyorum, pek geleceğini zannetmiyorum. İkincisi de, delillere bütün olarak bakmak. En sonunda çok hızlı geçtik. Rekabet Kurumu her dosyada soruşturma açsın, ihlal tespit etsin, bir belge, bir toplantıdan ceza versin; bunu söylemiyoruz ama, buna imkân var. *T-Mobile* kararında, *Polypropylene* kararında, -bunların hepsi çok da doğru kararlar- bunlara çok açık imkân veriliyor. Rekabet Kurumu delillere bakar, "ihlal var ama soruşturma açmıyorum" diyebilir; bunların hiçbirisini biz yadsımıyoruz.

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI- Merhaba.

Sunumlarınız için çok teşekkür ederim.

Benim sorum oturumdaki tüm tebliğ sahiplerine yönelik.

Ceza Yönetmeliği yürürlüğe girdikten hemen sonra, yeni kararların verilmesiyle birlikte bende bir izlenim oluştu; Yönetmelik ceza miktarlarında artışa yol açacağı için, Yönetmelik hükümlerinin ve bazı kavramların esnetilmesine yönelik farklı yorumlar ortaya çıkmaya başladı. Bunu aslında 2009 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde düzenlendiğimiz konferanstaki sunumumda öngörmüştüm. Hemen somutlaştırayım: Yönetmeliğe göre kartelin varlığı halinde teşebbüslere verilecek baz ceza %2'nin altında olamaz Şimdi %2 rakamı asgari, süre ve ağırlaştırıcı halleri dikkate alırsak, bu rakam kolaylıkla %4'e ulaşabilir. Şimdi bu oran ise, mevcut para cezalarında uygulanan oranlar dikkate alınırsa son derece yüksek. Bunun beklenebilecek bir sonucu ise, Kurul'un Yönetmeliği uygularken, daha düşük para cezasının tatbikine neden olacak yorum ilkeleri geliştirmesidir. Nitekim bu oldu: bazı kararlarda, son derece tartışmalı olarak kartel yerine yatay işbirliği anlaşması ya da bilgi değişimi anlaşması tabirleri kullanıldı. Benzer şekilde ciro belirlenirken, teşebbüsün tüm cirosu değil; sadece ilgili piyasadan elde ettiği ciro esas alındı. Mesela son dönemden çarpıcı bir örnek: dağıtıcılar ya da yeniden satıcılar, birbirleriyle anlaşarak, fiyatları sabitliyorlar ve bu anlaşmanın uygulanabilmesi için de, bağımsız bir şirket ile anlaşıyorlar. Rekabet Kurulu anlaşmanın etkilerinin dikey yeniden satış fiyatının tespit edilmesiyle aynı olduğu gerekçesiyle, burada kartelin bulunmadığına hükmetti ve idari para cezasını belirlerken, farklı bir baz ceza aralığından cezayı takdir etti. Şimdi bu konudaki yorumunuzu almak istiyorum.

H. Gökşin KEKEVİ- *AC Treuhand* gibi mi?

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI- Evet, onun gibi somut bir örnekten de yola çıkabilirim. Mizansen olarak böyle bir kuruluş olduğunu düşünelim; bu olabilir, oluyor da. Bu, Ceza yönetmeliğinin uygulanmasına müsait midir değil midir?

Sorularım bu kadar. Çok teşekkür ederim.

H. Gökşin KEKEVİ- Üç tane soru var: Birincisi, isim koymak gerekirse *bankacılık* ve *otomotiv* kararları. Benim şahsi fikrim, her ikisinin de kartel dosyası olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde ama farklı saiklerle, Ceza Yönetmeliği'nde yüzde 2 ve üste gidecek saikiyle kartel denmemiş olabilir. Benim şahsi fikrim, o ikisinin de kartel olarak nitelendirilebileceği yönünde. Ceza verilmesi bence tamamıyla doğru ama, bence kartel dense çok daha iyi olurdu. Burcu ve Zeynep, -burada otomotivin tarafları, bankacılığın da tarafları, yani raportörleri var- farklı düşünüyor olabilir. Benim şahsi görüşüm bu yönde. Maalesef Ceza Yönetmeliği'nin böyle bir olumsuz etkisi olmuş olabilir.

İkincisi *Peugeot* ve *Citroen* dosyaları. "Kartel" diye başladınız. Ben, orada Kurulun öbür tarafa gitmesine, dikey gibi değerlendirmesine şahsen çok itiraz etmiyorum. Buna dünya literatüründe *hub and spoke* karteli de diyorlar. Özellikle İngiltere'de *replica* forma, oyuncak gibi pazarlarda bunun örnekleri var. Ama Amerikan yazınına baktığınız zaman, "*hub and spoke* karteli diye bir şey yoktur, bu bir dikey kısıtlamadır" diyorlar. Dolayısıyla Kurul bu yönde bir yaklaşım geliştirmiş. Ben bu yaklaşıma, dünya uygulamalarına baktığımız zaman, katılabilirim; ama belki Burcu görüşüme katılmıyor olabilir.

Üçüncüsü *AC Treuhand* örneği. Biz şu anda bir stratejik plan çalışması yapıyoruz. Mesela ekipteki bazı arkadaşlar bizim Kanun'un buna imkân vermediğini, dolayısıyla Ceza Yönetmeliği'nin de böyle bir olaya imkân vermediğini söylediler, ben de onlara hep karşı çıktım. Avrupa Birliği'yle bizim mevzuatımız hemen hemen aynı. Avrupa Birliği'nde de bu tür şirketlere ceza verilebiliyorsa, -bizim 4'üncü madde ile 16'ncı madde, onların düzenlemesine benzer- bizde de ceza verilebilir, bunun için bir kanun değişikliğine gerek olduğunu şahsen düşünmüyorum.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY - Hayır, onun için değil. AC Treuhand kararından sonra…Komisyon AC Treuhand'a sembolik cezalar verdi.

H. Gökşin KEKEVİ- Çok güzel söylediniz; çok teşekkür ediyorum.

O stratejik plan çalışmalarında bu konuda aynen sizin söylediğiniz örnek de gündeme geldi, "Kurul böyle örnekler de ceza vermiyor" da dendi. Bence

mevzuatımız bu konuda rahatlıkla imkân veriyor. Bu konuda içtihat değişikliğinin daha doğru olacağını düşünüyorum.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Merhabalar.

Her iki arkadaşımıza da birkaç şey söylemek isterim. Öncelikle sunumları için teşekkür ederim.

Önce uyumlu eylemin varlığını kanıtlayacaksınız. Uyumlu eylemin varlığını kanıtlayabilmek için, bilgi dışında, toplantı dışında eylem olmak zorundadır. Pazar kavramı yoksa, aralarında hiçbir şekilde ilişki olmadığı zaman ona uyumlu eylem diyemeyiz. Böyle bir şey bizi çok abes bir yere götürür diye düşünüyorum.

Haluk'a bir şey söylemek istiyorum. Çok doğru, çok güzel düşünüyorsun. Amerika'da, kartel parçası olmak, kartel yapmak bir cürümdür. Cürümlerin unsurları ve ispat standartları farklıdır, ceza hukuku kapsamındadır…Kabahatler Kanunuyla net biçimde ayrılmıştır. Ceza hukukundan bahsediyorsak, önce Kabahatler Kanunu'nun yeterli olmadığını, bize gerekli araçları sağlamadığını söylemek lazım, çünkü bizim kanunumuz açık bir şekilde Kabahatler Kanunu kapsamında bir kanundur.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Yılmaz Hocaya teşekkür ediyoruz.

Zeynep ŞENGÖREN- İlk olarak, "her toplantıya katıldığımız zaman yangın düğmesine basıp kaçmamız mı gerekiyor" gibi bir sorunuz olmuştu. Aslında biz onu sunumumuzda vurgulamaya çalıştık. Burcu Hanım bunu, "hangi toplantı, hangi bilgi değişimi" başlıklı bir slaytla göstermeye çalışmıştı. Biz, her toplantıya katılmanın ya da her tür bilgi değişiminin tarafı olmanın, tarafların bir ihlal içerisinde oldukları sonucuna ulaşmak için yeterli olduğunu söylemiyoruz. Esasında bizim vurgulamaya çalıştığımız, özellikle fiyat bilgisi gibi, gelecekteki belirsizliği ortadan kaldıran bilgi değişimleri. Bu tür bilgi değişimleri ihlal sonucuna götürebilir. Bunun dışında tabii ki, Kurulun pek çok kararında, rekabete olumlu etkisi olabilecek bilgilerin paylaşımına izin verildiğini de görüyoruz. Bizim vurgulamaya çalıştığımız, özellikle geleceğe yönelik fiyat bilgisi paylaşımı.

Filmle ilgili de bir eleştiriniz oldu. Bu film, Adalet Bakanlığının internet sitesinde bir link olarak da görülüyor. Lysine kartelini konu alan bir film olması dolayısıyla buna yer vermenin uygun olacağını düşünmüştük.

Diğer sorunun cevabı için sözü Gökşin Beye bırakıyorum.

H. Gökşin KEKEVİ- Eylem, amaç, etki; Hocam bu kararlarda iki farklı yol var diye söyledim.

Bir kararı okuduğum zaman, o uzman Yılmaz Aslan Hocamızın (sizin) kitabını mı okuyup yazmış, yoksa Onur Yelda Yüksel'i mi okuyup yazmış anlayabiliyorum. Eğer bilinçli paralellik diye başlayan tanımdan bahsediyorsa, "anlaşma, uyumlu eylem birbirinden çok ayrı kavramlar" diyorsa sizin kitabı esas almıştır. Ben bu çalışmalar sırasında şunu gördüm: Siz de mesela Ateş Akıncı'yı alarak gelmişsiniz; Ateş Akıncı da Posner'i alarak gelmiş. Ama eğer dünya uygulamalarına bakarsak bu yaklaşım doğru değil; anlaşma ve uyumlu eylem kavramları birbirinden farklı değil. Burada eylem, -yine bir slaydımızın konusuydu- mutlaka olmalı. Peki, o eylem ne? Her türlü bilgi değişimi, toplantı değil, rekabeti sınırlayabilecek bilgi değişimi, toplantı, bu eylemi göstermek.

Bir husus daha var. Böyle bir bilgi değişimi, toplantı olduğu zaman, pazarda etki oluşacağı varsayımı var zaten. Ben bir toplantıda rakibimin fiyatını yüzde 10 artıracağını öğreniyorum; Adalet Divanı diyor ki, "bu bilgiyi öğrendiğin zaman, davranışının buna uygun olacağı varsayılır ve bunun aksini ispatlamak neredeyse imkânsız"; gerçek hayatta da böyle. Birisi, "biz bir anlaşma yapalım, fiyatlarımızı arttıralım" dediği zaman siz eğer orada açıkça "hayır, ben arttırmayacağım" demediğiniz sürece o anlaşmanın kurulmasına ya da devamına imkân veriyorsunuz ve dolayısıyla pazarda böyle bir etki oluştuğu varsayılıyor.

Üçüncü bir nokta daha; 4'üncü maddenin lafzına baktığımız zaman…

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Bilgi paylaşımı mı diyorsun, uyumlu eylem mi diyorsun?

H. Gökşin KEKEVİ- Hocam, bilgi değişimi, anlaşma ve uyumlu eylem şeklinde mi gerçekleşmiş, başka şekilde mi gerçekleşmiş; biz burada kavramı tartışıyoruz.

Sizin şöyle bir görüşünüz var: "Rekabeti sınırlayabilecek amaç taşıyanlar anlaşmadır, etkiler uyumlu eylemdir." Ama kanunun lafzına baktığınız zaman ne diyor? "Rekabeti sınırlayabilecek amaç, etki doğurabilecek anlaşma ve uyumlu eylemler" diyor. Kanun ayırmamışken niye biz böyle bir yapay ayrım yapıyoruz? Kanun koyucu "uyumlu eylemde illa etkinin gösterilmesi gerekir"; dememişken niye böyle yapıyoruz? Bu bana bu doğru gelmiyor.

Av. M. Haluk ARI- Hocam aslında farklı şeyler söylemiyoruz.

Tabii, filmler gerçek hayattan farklıdır ama, o gerçek hayattan alınma bir film, konusu gerçek. Zeynep'in de dediği gibi, YouTube'ye girip "ADM" yazdığımızda bu kartele ilişkin gerçek gizli kamera görüntülerini izleyebiliyoruz.

Ben Kabahatler Kanununa kadar gitmeye gerek yok diye düşünüyorum. Benim söylemek istediğim husus, ihlalin daha somut delillerle gösterilmesi

gerektiği. Çok net bir şekilde anlaşma aranmasın ama, ihlalin varlığı da daha somut delillerle gösterilsin. Evet, Türkiye'de karteller cürüm, suç değil; Kabahatler Kanununda idari suç veyahut da kabahat olarak tanımlanıyor. Benim endişem, Kabahatler Kanunu da bu ihtiyacı karşılamayacak; biz bunu başka yerlerde, başka platformlarda yaptığımız sunumlarda söylemiştik. Oradaki belgeler, sunumda yer alan Kurul kararları ve ortaya çıkan tablo, İdarenin elindeki araçların birkaç yıl sonra ispat için gerekli ihtiyaçları karşılayamayacağı yönünde. O nedenle de, gerekirse suç olarak tanımlanmalı, bunun tartışması yapılmalı, Kurum'un delil elde etme yetkileri artırılmalı fakat ispat standardı da daha yüksek olmalı. Yoksa sizin dediğiniz noktaya geleceğiz. Yarın bir gün, bir çalışan rakip şirketteki arkadaşına "ne var ne yok" dediğinde, "işler iyi gidiyor" cevabı almasını, bu kartel delilidir noktasına vardırmamak gerekir. Elbette bu işin en dip noktası, tabii ki şimdiye kadar böyle bir şey olmadı ve muhtemelen olmayacakta, ancak kara mizah olarak bunu söylemek gerekiyor. Biz de nihai olarak o noktaya varmamamız için bu filmi izlettiriyoruz.

Burcu CAN- Açıkçası, bizim de tebliğimizde özellikle vurguladığımız, değindiğimiz de bir konu. Yalnız, bizce sıklıkla karıştırılan şu ayrıma dikkat etmek lazım: Bilgi değişimi bir üst ihlal unsuru olarak değerlendiriliyorsa farklı bir sonucu var, salt bilgi değişimlerinden bahsediyorsak farklı. Avrupa Birliği'nin 2011 yılında yayınladığı Yatay Anlaşmalar rehberinde salt bilgi değişimleri için dahi, "eğer geleceğe yönelik bir fiyat stratejisi, bir fiyat tespiti ya da satış stratejisi gibi, *per se* kartel kapsamında, '*Hard Core*' olarak değerlendirebileceğimiz bir bilgi paylaşımı varsa, tek başına dahi kartele yol açabilir" diye açıkça ifade var; sanırım o hükmü siz de biliyorsunuzdur. Dolayısıyla ikisine de vurgu yapıyor; hem "tek başına kartele gidebilir" diyor, hem de, "bir üst ihlalin unsuru olduğu durumlarda da kartel kapsamında değerlendirilecektir" diyor. Açık ifade "kartel." Bunların hepsini Avrupa Birliği'nin bugüne kadarki içtihadına dayandırıyor, bu kararların hepsine de atıfta bulunuyor; biz de tebliğimizde kısmen değindik. Biz bilgi değişimi için değerlendirmelerimizi zaten tebliğde de bu sıralamayla koyduk; göz atarsanız görebilirsiniz.

Dediğiniz gibi, kural *rule of reason*'dır; yine salt bilgi değişimlerinden bahsediyorum. İstisnası, geleceğe yönelik fiyat, satış stratejisi gibi, *hard core* dediğimiz hususlarda yapılan görüşmelerdir. Bunu Richard Whish'in pek çok eserinde de görmek mümkün.

Etki mevzuna bakacak olursak, uyumlu eylem için bahsettiğiniz *T-Mobile* bizce aksi yönde bir örnektir; onun, sizin savınıza çok destek olabilecek bir karar olduğunu düşünmüyorum. *T-Mobile* Avrupa Birliği içtihadını çok daha katı bir

yere götürüyor. Deniliyor ki, "tek bir toplantıda (kastettiği toplantıda görüşülen hususlar yine fiyatla ilgili bir konu, yine çok *hard core* bir konu, geleceğe ilişkin fiyat görüşülüyor)tek bir rakibin tek bir açıklaması bile, diğer rakipler bakımından, bu ihlalin tarafı olduğunu gösterir (etkiyi varsayıyor), bu görüşme bundan sonra pazarda rakiplerin fiyat stratejilerinde mutlaka etkili olacaktır." İkinci uyumlu eylem karinesi dediğimiz olay zaten buna dayanıyor. Bu karine zaten, etkinin var olduğu varsayımına dayandığı için ortaya konulmuş. Açıkçası, o konuda anlattıklarımızda herhangi bir çelişki olduğunu düşünmüyorum.

H. Gökşin KEKEVİ- Bu konu ilk olarak *Polypropylene*'de gündeme geliyor. Konuşmamızda da defalarca vurgulamaya çalıştık; böyle bir bilgi değişimi yapıldığı zaman pazarda zaten etkinin ortaya çıkacağı varsayılıyor, "*Strong presumption*" diye bir ifade kullanılıyor. Bunun da uygulamada, -yazarlar defalarca vurguluyor- aksini ispatlamak imkânsız.

Oturum Başkanı- O söz istemedi ama, içimizde bulunan ve hepimizin tanıdığı, bildiği bir arkadaşımıza son sözü vermek istiyorum. Rekabet hukuku, Rekabet Kanunu tarihi yazılırken ismini mutlaka o tarih içinde de göreceğiz. Kurul Üyelerimizden Mehmet Akif Ersin'i rekabet ailesindeki herkes tanır. Ta 1990'lı yılların başında 4054 Sayılı Kanun hazırlanırken, onun öncesi dönemde de, rekabet düzenlemeleriyle ilgili emeği olan, katkısı olan değerli bir meslektaşımız. Görev süresi önümüzdeki hafta doluyor, kendisi emekli olacak ama, mütekait olmayacak. Emeklilikle mütekaitlik arasındaki farkı bir dost bana şu şekilde açıklamıştı: Emekli, belli bir alana, belli bir işe emek vermiş adam, demektir. Mütekait ise, Anadolu'daki bir deyimle, artık "ununu eleyip eleğini asmış kişi", yani oturan adam demekmiş. Biz, Akif Beyin gelecekte mütekait olacağını düşünmüyoruz. O, rekabet hukukuna, Rekabet Kurumuna emek vermiş bir insan olarak anılacaktır. Kendisi Rekabet Kurumunun ilk dönemlerinden bu yana Daire Başkanı, Başkan Yardımcısı ve Kurul Üyesi olarak bulundu.

Emrivakileri sevmem ama, Mehmet Akif Ersin Beyin affına sığınarak kendisine emrivaki yaptım; mikrofonu ona uzatmak istiyorum.

Mehmet Akif ERSİN *(Rekabet Kurulu Üyesi)*- Hepinize merhaba.

Gerçekten biraz emrivaki oldu. Mustafa Bey bu düşüncesini bana açtığında, bu tür konuşmaların biraz sıkıntılı olduğunu düşündüğüm için aslında konuşmak istemedim ama, ısrarı üzerine kabul ettim.

Benim Rekabet Kurulunda göreve başlamam 16 Ağustos 1999'dur. Yaklaşık 12 yıldır Rekabet Kurumu mensubu olarak çalışıyorum; bunun yine yaklaşık yarısında Daire Başkanlığı, Baş Hukuk Müşavir Vekilliği, kısa süreli Başkan Yardımcılığı; kalan 6 yılında da Rekabet Kurulu Üyeliği yaptım.

Yine Mustafa Bey bahsetti; benim rekabetle ilgim 1992 yılına kadar gidiyor. Bakanlıkta ilk tüketici ve rekabet konularında kanun hazırlıkları başladığında orada oluşturulan bir Komisyonda görev almıştım. Daha sonra biz ayrıca, sadece Rekabet Kanunuyla ilgili bir Komisyon oluşturduk. Bu salonda o ilk Komisyonda görev alan arkadaşlarımızdan Yılmaz Hoca var. Yanlış hatırlamıyorsam 1992 yılı Mart ayıydı. Nurkut Hoca Komisyon Başkanı olarak görev yapmıştı. O günden bugüne yaklaşık 20 yıla yakın bir zaman geçti.

Bu süreç içerisinde, özellikle Rekabet Kurumunda idareci olarak görev yaptığım sürede, birlikte çalıştığım mesai arkadaşlarımla ilişkilerimde ve Kurumun işlemlerine muhatap olan teşebbüslere karşı birtakım ilkelerin yerleşmesi konusunda gayret gösterdim. Birlikte çalıştığım arkadaşlarımla olan ilişkilerimde, onların fikri ve zikrine bakmaksızın, ahlâki ilkeler temelinde ehliyet ve liyakat esaslı, onların karakterlerini ve yeteneklerini ön plana çıkarmaya gayret gösterim. Kurumun işlemlerine muhatap olan teşebbüsler bakımından her zaman için tarafsızlık, açıklık, şeffaflık ilkesini ve belki bunların da en üstünde adalet ilkesini gözetmeye gayret gösterim. Bunun takdiri tabii ki çalışma arkadaşlarımda ve bizimle muhatap olan piyasa aktörlerinde. Bu çerçevede, bir bütün olarak Kurumun kamuoyundaki itibarının yükseltilmesine çalıştım; çünkü Türkiye'de ilk defa böyle bir Kurum ihdas ediliyor idi ve bu Kurumun nasıl bir serüven yaşayacağı bilinmiyor idi.

Sanıyorum bunu söylemek çok abartılı olmaz, sonuçta bu, OECD raporlarına da girdi; Türk kamu idaresi içerisinde Rekabet Kurumu oldukça ayrıcalıklı bir yer teşkil ediyor. Kararlarıyla, şeffaflığıyla, mümkün olduğu kadar her kesimi ve her tarafı dinleyerek oluşturduğu mevzuatıyla; mevzuat yapış biçimi dahi bir örneklik teşkil ediyor. Ayrıca, Rekabet Kurumu çalışanlarının ve özellikle meslek mensuplarının iyi yetişmesi ve bu alanda saygın bir yere ulaşması için de bilgim, becerim çerçevesinde katkı sağlamaya çalıştım.

Tabii, bu süreç içerisinde bir sürü olumlu şeyler olduğu gibi olumsuzluklar da yaşandı.

Rekabet Kurumunun, gerek siyasi otorite, gerek iş çevreleri tarafından, teknik bir tabirle söylemek gerekirse, *"capture"* edilmesine karşı da önemli mücadeleler verdiğimizi düşünüyorum. Rekabet Kurumunun bugüne gelmesinde bu mücadelelerin önemli yeri vardır. Sonuç olarak, bugün kamuoyunda Rekabet Kurumunun olumlu bir imajı varsa, bu çorbada az da olsa benim katkım olduğunu düşünüyorum.

Ancak, her şeyin bir başlangıcı olduğu gibi bir de sonu oluyor; bu kaçınılmaz. Bu şey 12 yıl önce başlamıştı, önümüzdeki hafta son haftam olacak.

Kamu hizmetindeki görev sürem yaklaşık 29 yıl olacak ve bu şekilde kamu hizmetini tamamlamış olacağım.

Bu vesileyle, gerek Kurulda görev yaptığım Kurul üyesi arkadaşlarıma, gerekse Kurum mensubu olan çalışma arkadaşlarıma, gerekse de akademisyen olarak yahut uygulayıcılar olarak ilişkide olduğum tüm dostlara ayrı ayrı teşekkür ediyorum ve hepinize saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı- Kurumumuz adına, Kurumumuzun çalışanları adına Mehmet Akif Bey'e biz de teşekkür ediyoruz. Bundan sonraki hayatında sağlık, mutluluk ve afiyetler temenni ediyoruz.

Böylece öğleden sonraki oturum burada tamamlanmış oluyor.

Bu oturumda tebliğ sunan arkadaşlara ve uzaktan-yakından gelen siz değerli katılımcılara, herkese teşekkür ediyorum.

Yeni yeni sempozyumlarda buluşmak dileğiyle saygı ve selamlarımı sunuyorum.