

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEMLER

Şirin Sevilay ŞENOL

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Yaşar Can GÖKSOY

2010

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler**” adlı çalışmamın, tarafımdan bilimsel ahlâk ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

....../...../.....

Şirin Sevilay ŞENOL

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda
Uyumlu Eylemler
Şirin Sevilay ŞENOL

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Avrupa Birliği Hukuku Programı

Çalışmamızın amacı rekabeti kısıtlayıcı uygulamalardan bir tanesi olarak kabul edilen “uyumlu eylemler”dir. Uyumlu eylem; Avrupa Topluluğu içinde rekabet kurallarının, piyasa ekonomisi mekanizmasını işleten, rekabetin hukuka aykırı sınırlandırmasına izin vermeyen, rekabeti kuran ve koruyan hukuk normları olarak tanımlanabilmektedir. Uyumlu eylemler üzerinde çalışmayı tercih etmemizin sebebi, konunun rekabet hukukunun gündemindeki en dinamik ve gelişmekte olan konularından biri olarak, çözümleri işlevsel olan ve karmaşık hukuki sorunları içeren bir konu olmasıdır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır ve ilk bölümünde uyumlu eylemlerin hukuki kaynakları başlığı altında, Avrupa Birliği rekabet hukuku mevzuatı ve mevzuatta uyumlu eylemlerin düzenlenmesi ve düzenlenme amaçları anlatılmıştır. İkinci bölümünde ise uyumlu eylemlerin tanımı ve unsurlarına değinilmiş, üçüncü bölümünde ise uyumlu eylemin Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 101. maddesi kapsamında yer alan diğer danışıklı ilişkiler ve maddi rekabet kurallarıyla ilişkisinin irdelenmesine geçilmiştir. Son bölümde uyumlu eylemlerin ispatlanması ve hukuki sonuçları Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma kapsamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Avrupa Birliği, Rekabet Hukuku, Uyumlu Eylemler

ABSTRACT
Post Graduate Thesis
Concerted Practices
in the European Union Competition Law
Şirin Sevilay ŞENOL

Dokuz Eylul University
The Institute of Social Sciences
Department of Public Law
The European Union Law Program

Subject matter of our study is “concerted practices” regarded among applications restricting competition. Concerted practice can be defined within the European Community as legal norms which operate market economy mechanism of competition rules, prevent illegal restriction of competition, and establish and maintain competition. Present study is about concerted practice because it has functional solutions and includes complex legal issues as one of the most dynamic and developing issues on the agenda of competition law.

The study is comprised of four chapters. Chapter one, which is titled legal sources of concerted practices, focuses on the European Union’s competition legislations and regulating concerted practices in the legislations and the reasons for such regulation. Chapter two is about definition and components of concerted practices, chapter three investigates the relationship of the concerted practice with other prearranged relationships and material competition rules within the scope of article 101 of The Treaty on The Functioning of The European Union Chapter four includes evaluation of proving concerted practices and legal consequences within the scope of The Treaty on The Functioning of The European Union.

Key Words: The European Union, Competition Law, Concerted Practices

İÇİNDEKİLER
AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA
UYUMLU EYLEMLER

YEMİN METNİ	II
ÖZET.....	III
ABSTRACT	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU VE UYUMLU EYLEMLERİN
AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU İÇİNDEKİ YERİ

I. GENEL OLARAK	5
II. AMERİKAN REKABET HUKUKU MEVZUATI	6
A. Amerikan Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar	6
1. Sherman Kanunu	7
2. Sherman Kanunu Sonrasında Ortaya Çıkan Diğer Kanunlar	8
B. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler	9
1. Sherman Kanununda Düzenlenen Danışıklı İlişkiler	9
2. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bilinçli Paralellik	
İlişkisi	10
a. Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı	10
b. Harvard Okulu Görüşleri.....	13
c. Chicago Okulu Görüşleri.....	13
III. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU MEVZUATI	14
A. Rekabet Hukukunun Esasları	14
B. Avrupa Birliği Rekabet Kuralları ile Ulusal Hukukların Rekabete İlişkin	
Hükümlerinin Uygulanması	17
C. Rekabet Düzeninin Korunması ile İlgili İkincil Hukuk Kaynakları	21

IV. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU MEVZUATINDA UYUMLU EYLEMLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	25
V. UYUMLU EYLEMLERİN DÜZENLENME AMACI	27

İKİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN TANIMI VE UNSURLARI

I. UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI.....	30
A. Uyumlu Eylem Kavramı.....	30
1. Genel Olarak	30
2. Doktrinde Yapılan Tanımlar	32
3. ABAD Kararlarında Uyumlu Eylemlerin Tanımlanması.....	33
B. “De Minimis” İlkesi (Hoşgörülebilirlik Doktrini)	39
C. “Rule of Reason” İlkesi (Haklı Sebep Doktrini)	40
II. UYUMLU EYLEMLERİN UNSURLARI	43
A. Objektif Unsurları	44
1. Teşebbüsler Arasında Gerçekleşmesi.....	44
a. Teşebbüs Tanımı	44
b. Hukuki Bağımsızlık-Ekonomik Birlik Yaklaşımları.....	46
c. Teşebbüs Kavramının Somutlaştırılması.....	49
c.1. Ticari İşletme-Esnaf İşletmesi ve Teşebbüs	50
c.2. Devlet-Kamu Kuruluşları ve Teşebbüs	51
2. Paralel Davranışların Varlığı	53
a. Oligopolistik Karşılıklı Bağımlılıktan Kaynaklanan Bilinçli Paralel Davranışlar	53
a.1. Oligopol Piyasa Yapısı ve Oligopolistik Bağımlılık.....	53
a.2. Bilinçli Paralel Davranışlar.....	55
a.3. Woodpulp Kararı ve Etkileri	58
b. Uyumlu Eylem Kapsamını Genişletici ve Kolaylaştırıcı Eylemler.....	60
b.1. Eylem Kavramı.....	60
b.2. Fiyat Liderliği.....	62
b.3. Bilgi Değişimleri	64

c. Paralel Davranışların ABİDA 101. Madde Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve ABAD'ın Dyestuffs ve Suiker Unie Kararları.....	67
B. Subjektif Unsurları	69
1. Bağlantı	69
a. Teşebbüsler Arasında Ortak Bir Planın Varlığı	69
b. Bağlantının Özellikleri	70
2. Rekabetin Sınırlanması.....	75
a. Rekabetin Bozulması veya Kısıtlanması Kavramının Anlamı	75
b. Amaç ve Etki Açısından Rekabetin Sınırlanması.....	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI

İLİŞKİLER VE MADDİ REKABET KURALLARIYLA İLİŞKİSİ

I. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	80
A. Anlaşmalarla Uyumlu Eylemlerin İlişkisi	80
1. Anlaşma Kavramı	80
2. Anlaşma ile Uyumlu Eylem Arasındaki Fark	82
3. Adalet Divanı Kararları Işığında Anlaşma ve Uyumlu Eylem İlişkisi.....	85
B. Kararlarla Uyumlu Eylemler Arasındaki İlişki	90
1. Karar Kavramı ile Teşebbüs Birliği Kararlarının Düzenlenme Amacı.....	90
2. Kararların Bağlayıcılığı.....	93
II. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER REKABET KURALLARIYLA İLİŞKİSİ	95
A. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Uyumlu Eylemler.....	95
B. Birleşme ve Devralmalarla Uyumlu Eylemler	98
C. Muafiyet Açısından Uyumlu Eylemler.....	100

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI VE İSPATI SORUNU

I. REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ HALİNDE ORTAYA

ÇIKACAK HUKUKİ SONUÇLAR..... 104

A. Genel Olarak 104

B. Kamu Hukuku Bakımından 104

1. İdari Ceza Sorumluluğu 104

2. Uyumlu Eylem İçin Öngörülen İdari Para Cezalarının Uygulanması..... 106

C. Özel Hukuk Bakımından 109

II. UYUMLU EYLEMLERDE İSPAT SORUNU 109

A. Genel Olarak 109

B. İspat Konusunda Genel Esaslar ve İspat Yüğü 109

1. Genel Esaslar..... 109

2. Rekabet Hukukunda Delil ve İspat 110

3. Uyumlu Eylemlerde İspatın Özellikleri 111

a. Uyumlu Eylemlerde İspatın Türü ve Ölçüsü 111

b. Uyumlu Eylemlerde İspat Yüğü 114

C. İspat Açısından Paralel Davranışlar ve Bağlantı..... 116

1. İspat Açısından Paralel Davranışlar 116

a. Amerikan Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar 117

b. Avrupa Birliği Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar 119

2. İspat Açısından Bağlantı 120

a. Bilgi Değişimi 120

b. Tavsiyeler 121

c. Kamuya Yönelik Duyurular 122

d. İşbirliğini Gösteren İfadeler 123

e. Toplantılar – Görüşmeler 123

f. Alış ve Satışta Birliktelik 124

D. ABAD Kararları Işığında Uyumlu Eylemlerde İspat 124

SONUÇ 128

KAYNAKÇA 135

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: Avrupa Birliği Antlaşması
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma
AKÇTA	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması
Ams.	: Amsterdam Antlaşması
AP	: Avrupa Parlamentosu
AT	: Avrupa Toplulukları
ATA	: Avrupa Toplulukları Antlaşması
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ATAUM	: Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi
ATRG	: Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMLR	: Common Market Law Review
Der.	: Dergi
Dipn.	: Dipnot
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Reports
EEC	: European Economic Community
FTC	: Federal Trade Commission
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
Komisyon	: Avrupa Toplulukları Komisyonu
L.	: Legislation
m.	: Madde
No.	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-Operation and Development.
OJ	: Official Journal
Parlamento	: Avrupa Parlamentosu
prg.	: Paragraf

RA.	: Roma Antlaşması
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
sec	: Section
U.S.	: United States
v.	: davalı taraf
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin ortak ticaret politikası, birbirini tamamlayan iç ve dış düzenlemelerden oluşur. İç düzenlemelerin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan dış düzenlemeler, üye ülkelerin üçüncü ülkelere karşı ortak bir politika sürdürmesi ve ekonomik entegrasyon sürecinin gerçekleşmesi açısından önem taşımaktadır.

Avrupa Birliği'nin temelini oluşturan Avrupa Birliği Antlaşması'na göre AB'nin kurulmasının temel amacı, Avrupa'da bütünleşme sürecinde ekonomik ve siyasi birliği sağlamaktır.

13 Aralık 2007 tarihinde Avrupa Birliği üyesi ülkelerin devlet ve hükümet başkanları tarafından imzalanan ve 1 Aralık 2009'da resmen yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, Maastricht, Amsterdam ve Avrupa Birliği Anayasası Antlaşmaları'ndan farklı olarak, Avrupa Birliği için yeni bir antlaşma metni niteliğinde olmayıp, mevcut Avrupa Birliği Antlaşması'nı (ABA) ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'yı (ATA) değiştiren hükümler içermektedir. Lizbon Antlaşması bu nedenle, Avrupa Birliği Reform Antlaşması olarak da adlandırılmaktadır.

Lizbon Antlaşması ile ABA'nın ismi muhafaza edilirken, ATA'nın ismi Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA) olarak değiştirilmiştir. Kurucu antlaşmaların isminde gerçekleştirilen bu değişikliklerin dışında, Avrupa Birliği'ne temel teşkil eden bu iki antlaşmanın metinlerinde de önemli değişiklikler yapılmış, antlaşmalara yeni hükümler eklenmesinin yanı sıra birçok maddenin numarası değiştirilmiştir. Buna göre her ne kadar çalışmanın konusunda doğrudan değişiklikler meydana getirmemişse de Lizbon Anlaşması ile; anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliklerin kararları vasıtasıyla rekabetin kısıtlanmasına ilişkin 81. madde 101. madde olarak; hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 82. madde ise 102. madde olarak değiştirilmiş olup, maddelerin lafzında herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu çalışma kapsamında Antlaşma'nın yeni metni esas alınmıştır. Ayrıca Lizbon Antlaşması, sütun yapısını kaldırarak Topluluk yerine bir bütün olarak Birliğe tüzel kişilik kazandırmıştır. Bu nedenle çalışmamda bu değişikliğin gereği olarak

Avrupa Birliği (AB) ifadesi kullanılacak, ancak tarihsel süreç hakkında bilgi verirken ve yasa maddelerine atıf yapılan hallerde ise yasa hükmündeki ifadeler kullanılacaktır.

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın rekabet kuralları politik olduğu kadar aynı zamanda da ekonomiktir ve bunların amaçları, üye devletler arasında ticaret engellerini kaldırarak bütünleşmeyi sağlamak, tüketiciyi korumak, verimliliği artırmak, dürüst ve adil rekabet piyasasını oluşturmaktır. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101 ile 108. maddeleri rekabet kurallarını düzenlemektedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesinde üye devletlerarasında ticareti etkileyebilecek ve Ortak Pazar'da rekabeti sınırlayan tüm anlaşmalar yasaklandıktan sonra özellikle aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla belirli koşulları sağlayan anlaşmaların bu yasaklama kapsamından çıkarılabilmesi sağlanmıştır.

Rekabet politikası, özellikle ortak pazarda yaşanan bütünleşme süreci ile birlikte gittikçe daha fazla önem kazanmıştır. AB ortak rekabet politikasının temel amacı, rekabeti bozduğu kabul edilen eylemleri engelleyerek, piyasa güçlerinin hakim olduğu, iyi işleyen bir Avrupa ortak pazarının oluşmasını sağlamaktır. Daha açık bir ifadeyle, ortak rekabet politikası; tüketicinin dolaylı olarak faydalanabileceği piyasa ekonomisi mekanizmalarının daha sağlıklı işlemlerini amaçlamaktadır. Avrupa Birliği'nin ekonomik entegrasyon sürecinin sağlıklı işleyebilmesi için ortak rekabet politikasının varlığı şarttır. "Rekabet" kavramı tanım olarak, piyasanın birbirinden bağımsız tedarikçilerden oluştuğunu varsaymaktadır. Dolayısıyla, şirketlerin piyasada bağımsız hareket etmelerini engelleyen anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemler rekabet ortamına aykırıdır.

Antlaşma'nın 101, 102 ve 106. maddeleri kapsamında Konsey ve Komisyon'un tüzük, yönerge, karar, görüş, duyuru ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve İlk Derece Mahkemesi içtihatları, Topluluk rekabet hukukunun müktesebatını oluşturmaktadır.

Uyumlu eylemlerin bağımsız bir kavram olarak ABİDA'da düzenlenme amacı, teşebbüslerin, anlaşma kavramı içinde değerlendirilemeyecek rekabeti sınırlayıcı yöntemler izleyerek, m.101/1'deki düzenlemeden kaçma olasılıklarının önüne geçmektir. Uyumlu eylem, teşebbüslerin sözlü ya da yazılı herhangi bir anlaşmaya varmadan, uyumlu kararlar alıp uyumlu davranışlarda bulunmalarını ifade etmektedir. Ancak, Avrupa Birliği'ni kuran Antlaşma, anlaşma ve uyumlu eylem arasında fark gözetmemektedir. Bir başka ifadeyle, AB rekabet hukuku içinde bir olayın anlaşma ya da uyumlu eylem olması, değişik hukuki sonuçlar doğurmamaktadır.

Bu çalışmanın amacı rekabeti kısıtlayıcı uygulamalardan bir tanesi olarak kabul edilen “uyumlu eylemler”dir. Uyumlu eylem konusunda çalışmayı tercih etmemizin sebebi; Avrupa Birliği içinde rekabet kurallarının, piyasa ekonomisi mekanizmasını işleten, rekabetin hukuka aykırı sınırlandırmasına izin vermeyen, rekabeti kuran ve koruyan hukuk normları olarak tanımlanması ve konunun rekabet hukukunun gündemindeki en dinamik ve gelişmekte olan konularından biri olarak çözümleri işlevsel olan ve karmaşık hukuki sorunları içeren bir konu olmasıdır.

Çalışma dört bölümden oluşmaktadır ve ilk bölümünde uyumlu eylemlerin hukuki kaynakları başlığı altında, AB rekabet hukukunun kaynağı niteliğindeki Amerikan Rekabet Hukuku hakkında bilgilendirme yapılarak, Avrupa Birliği rekabet hukuku mevzuatı ve mevzuatta uyumlu eylemlerin düzenlenmesi ve düzenlenme amaçları anlatılmıştır.

İkinci bölümünde ise uyumlu eylemlerin tanımı ve unsurlarına değinilmiştir. Başlık altında yapılan incelemelerde, özellikle Antlaşma'da net olarak tanımlanmayan uyumlu eylem kavramı; doktrin, Komisyon ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında tanımlanmaya çalışılmıştır. Aynı bölüm altında uyumlu eylemlerin unsurları gruplandırılarak anlatılmış ve yine Mahkeme ve Komisyon kararlarıyla desteklenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde; uyumlu eylemlerin ABİDA m. 101 kapsamında yer alan diğer danışıklı ilişkiler ve maddi rekabet kurallarıyla ilişkisinin irdelenmesine geçilmiştir. Özellikle diğer danışıklı ilişkiler altında, anlaşma ve teşebbüs birliği kararları üzerinde durulmuş, bu kuralların uyumlu eylem kavramıyla aralarındaki benzerlik ve farklılıklar anlatılmaya çalışılmıştır.

Son bölümde uyumlu eylemlerin ispatlanması ve hukuki sonuçları ABİDA kapsamında irdelenmiştir. Uyumlu eylemlerle rekabetin kısıtlanması durumunda yaşanacak kamu ve özel hukuk alanlardaki sorunlarla, uygulanacak yaptırımlar ele alınmış, uyumlu eylemlerde ispat sorunu ABAD kararları ışığında incelenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU VE UYUMLU EYLEMLERİN AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU İÇİNDEKİ YERİ

I. GENEL OLARAK

Dünya üzerindeki ülkelerin siyasi, ekonomik, kültürel ve daha pek çok açıdan farklı özelliklere sahip olduğu bilinen bir gerçektir. Bununla birlikte, her geçen gün varlığını daha yoğun ve karşı konulamaz bir biçimde hissettiren küreselleşme¹ olgusu sayesinde söz konusu farklılıkların giderek azaldığı, deyim yerindeyse törpüldüğü açıktır. Piyasa ekonomisi modeline dayalı ekonomiler²; fiyatın arz ve talebin bulunduğu yerde belirlendiği, piyasaya giriş-çıkışların açık olduğu ve ekonomik faaliyette bulunanların faaliyetlerine ilişkin kararlarını serbestçe alabildikleri bir ortam yaratırlar. İşte burada karşımıza çıkan ve piyasalara yön veren kavram rekabettir.

Hukukçuların rekabet kavramına daha çok kişiler arası mücadele süreci açısından yaklaşmakta olduğu kabul edilmektedir³. Bu anlamıyla rekabet, ticaret hayatında; fiyat, kalite, dağıtım ağı, teknoloji gibi pek çok değişik alanda ortaya çıkar. Bununla birlikte, fiyat rekabetinin etkilerinin diğerlerine oranla daha somut bir şekilde hissedildiği kabul edilebilir⁴.

¹ “Küreselleşme, aslında çok boyutlu bir gelişmedir; şöyle ki, ekonomik olduğu kadar sosyal, siyasal, kültürel, vs. yönleri de bulunmaktadır...Küreselleşme adeta dünyayı küçültmüş, toplumları ekonomik ve kültürel bakımdan daha çok birbirine benzer duruma getirmiştir. Ancak, küreselleşme ile ülkeler dış piyasa gelişmelerine karşı daha savunmasız kalmışlar, dünyada ekonomik krizler daha sık görülmeye başlanmış ve ayrıca çevre ülkelerinin ulusal kimlikleri de aşırı biçimde egemen Batı toplumların etkisi altına girmiştir. O bakımdan günümüzde küreselleşmeyi savunanların yanında geniş bir kesim de bu gelişmeye karşı çıkmaktadır.” SEYİDOĞLU H., Ekonomik Terimler: Ansiklopedik Sözlük, 3. Bsk., İstanbul 2002, s. 379-380.

² SANLI K. C., Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler Ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara 2000, s. 3.

³ SANLI, (Yasaklayıcı Hükümler), s. 4. , BADUR E., Türk Rekabet Hukuku’nda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Ankara 2001, s. 1.

⁴ SANLI, Yasaklayıcı Hükümler, s. 5. ; TOPÇUOĞLU M., Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, (İşbirliği), Ankara 2001, s. 7.

Piyasa ekonomilerinde rekabet sürecinin oluşturulması ve korunması için hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu ihtiyaca cevap veren hukuki düzenlemelerin tümü “Rekabet Hukuku” başlığı altında değerlendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu hukuk dalı için “Rekabet Sınırlamaları Hukuku”, “Kartel Hukuku”, “Anti-tröst Hukuku” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bununla birlikte, doktrin ve uygulamadaki baskın kullanım sebebiyle, biz “Rekabet Hukuku” başlığını kullanmayı tercih etmekteyiz.

Rekabet Hukukunda uyumlu eylemlerin ortaya çıkışından söz edildiğinde, akla ilk gelen Amerikan Rekabet Hukuku ya da diğer tanınmış adıyla ABD antitröst hukuku gelmektedir. Zira Avrupa Birliği ve Türk Rekabet hukuklarında yer alan uyumlu eylemlerin kökeninin, Amerikan rekabet hukuku olduğu noktasında fikir birliği vardır⁵.

Bu bölümde, tarihi gelişim süreci doğrultusunda uyumlu eylemlerin ortaya çıkışı ve yasal metinlerdeki yeri, önce Amerikan rekabet hukuku sonrada Avrupa Birliği hukuku açısından ele alınacaktır. Avrupa Birliği rekabet hukukunu anlamak için, köken itibariyle ilişkisi dolayısıyla, Amerikan rekabet hukukunda uyumlu eylemlerin ortaya çıkışını ve anlamını incelemekte de konumuz açısından yarar vardır.

II. AMERİKAN REKABET HUKUKU MEVZUATI

A. Amerikan Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar

Amerikan rekabet hukukunu oluşturan temel kanunlar Sherman Act (Sherman Kanunu), Clayton Act (Clayton Kanunu), Federal Trade Commission Act (Federal Ticaret Komisyonu Kanunu) ve Robinson-Patman Act (Robinson-Patman Kanunu)’dir. Federal düzeydeki bu düzenlemelerin yanı sıra birçok eyaletin ayrıca rekabet kanunları bulunmaktadır.

⁵ İKİZLER M., Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara 2005, s. 26.

1. Sherman Kanunu

Sanayi devrimi sonrasında, iktisat alanındaki gelişmelere paralel olarak oluşan, rekabet düzeninin piyasalardaki iktisadi güç yoğunlaşmalarıyla bozulması tehlikesinin veya bozulmasının yarattığı yoğun iktisadi, toplumsal sorunlar ve bu sorunlara yasama faaliyetleri çerçevesinde çözüm arayışları ilk defa ABD’de ortaya çıkmıştır⁶. ABD’de, söz konusu gelişmeler sürecinde, 19. yüzyılın sonlarında, özellikle büyük sermayeli şirketler tarafından organize edilen havuz anlaşmaları, tröstler, holding şirketleri ve birleşmelerle yoğun bir iktisadi güç yoğunlaşmaları dönemi başlamıştır. Bu yoğunlaşmaların denetim altına alınmasında içtihat hukuku ve sınırlı sayıdaki eyalet kanunları yetersiz kalmıştır⁷. Sherman Kanunu bu tartışmalara bağlı olarak yaklaşık iki yıl süren bu sürecin sonucunda, 02.07.1890 tarihinde yürürlüğe konulabilmiş olan, ABD hukukunda rekabet düzenini bozucu işlem ve eylemlerin düzenlendiği ve yaptırımlandırıldığı ilk ve temel kanundur⁸.

Sherman Kanunu’nun temel özelliği, yoğun bir iktisadi yoğunlaşmalar döneminde hazırlanmış olan federal düzeydeki ilk kanun olması itibariyle, mahkemelere uygulanmalarda gereksinimlere göre geniş bir takdir yetkisi verebilmesi amacıyla, rekabet ihlallerine ilişkin oldukça geniş kapsamlı ve ayrıntısız tanımlamaları içermesidir⁹.

Sherman Kanunu, rekabeti koruyucu iki genel hüküm içerir. Bunlardan biri, teşebbüsler arasında gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkilere ilişkin sec.1’dir. İkincisi ise tekelleşmeleri, tekelleşme girişimlerini ve tekelleşme amaçlı birlikte davranışları yasaklama amacı güden sec.2’dir¹⁰.

⁶ CENGİZ D., Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 8.

⁷ CENGİZ, s. 9.

⁸ ILICAK A., Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s. 34.

⁹ ÖZSUNAY E., Kartel Hukuku (Kartel), İstanbul 1985, s. 17.

¹⁰ İKİZLER, s. 27.

2. Sherman Kanunu Sonrasında Ortaya Çıkan Diğer Kanunlar

ABD rekabet hukukunda, Sherman Kanunu'nun rekabet ihlali eylemlerine ilişkin oldukça geniş kapsamlı ve ayrıntısız tanımları içermesi nedeniyle, ilerleyen süreçte, ortaya çıkan toplumsal gereksinimlerin karşılanabilmesi amacıyla, bu kanunun içerdiği ilkeler temelinde rekabet hukuku sistemini tamamlayıcı nitelikte, ilga, değişiklik ve eklemeleri içeren, farklı boşluklara yanıt veren pek çok kanun çıkarılmıştır¹¹.

Bu kanunlardan ilki Sherman Kanunu'nun kabulünden 24 yıl sonra kabul edilmiş olan Clayton Kanunu'dur. Clayton Kanunu'u; Sherman Kanunu'nun aksine belirli davranış tiplerini ele alan ve bunları düzenleyen bir kanundur. Sherman Kanunu'nun taşıdığı oldukça soyut olma özelliğini bu kanun taşımaz. Clayton Kanunu'nda, belirli rekabet ihlali eylemleri ayrıntılı olarak tanımlanmakta, birleşmelere ayrıntılı sınırlamalar getirilmekte ve rekabet ihlallerinden zarar gören kişilere özel hukuk alanında tanınmış olan talep hakları güçlendirilmektedir. Bu kanunda sadece rekabet ihlalleri eylemlerinden doğan özel hukuk sorumluluğu düzenlenmektedir¹².

Federal Trade Commission Act yani Federal Ticaret Komisyonu Kanunu, Clayton Kanunu'na benzer gerekçelerle ve eş zamanlı olarak 1914 yılında kabul edilmiştir. Bu kanunda rekabet hukuku düzenlemelerinin uygulanması görevi Federal Ticaret Komisyonu ile Adalet Bakanlığı arasında paylaştırılmaktadır. Komisyona ticari faaliyetleri düzenleme ve hukuka aykırı rekabet uygulamalarıyla mücadele etme görevi ve yetkisi verilmektedir¹³.

Robinson-Patman Kanunu, Clayton Kanunu'nun eksiklerini gidermek için 1936 yılında kabul edilmiştir. Bu kanun özellikle Clayton Kanunu'nda düzenlenmiş olan fiyat ayrımcılığı suretiyle rekabetin ihlal edilmesi eylemi daha ayrıntılı olarak

¹¹ ÖZSUNAY, (Kartel), s. 17.

¹² CENGİZ, s. 9.

¹³ ÖZSUNAY, (Kartel), s. 24.

yeniden düzenlenmektedir. Robinson-Patman Kanunu yalnızca konusu maddi mal olan satışlara uygulanır; hizmet sunumları ve gayri maddi malların satışına uygulanmaz¹⁴.

Amerikan rekabet hukuku, yukarıda görüldüğü gibi, tek kanun bünyesinde toplanmamış, başlıca dört temel kanun üzerinde oturtulmuştur. Aslında FTC Kanunu, teknik olarak rekabet kanunları arasında sayılmaz ve temel işlevi haksız rekabet uygulamalarına karşın tüketicinin korunması olarak görülür¹⁵.

Amerikan rekabet hukukundaki tüm bu kanunlaştırma faaliyetleri, bir bakıma, rekabet hukukunun tarihi gelişim sürecini de ortaya koymaktadır. Rekabet düzenlemelerine sahip olmak isteyen diğer ülkelere düşen ise, Amerikan tecrübesinden yararlanarak bu metinleri, kendi hukuk sistemlerine ve rekabet anlayışlarına uygun biçimde, bir araya getirmek olmuştur. Amerikan rekabet hukukuna uyumlu eylemler açısından bakıldığında, özellikle bu düzenlemelerin yer aldığı kanunun, Sherman Kanunu (özellikle sec.1) olduğu görülür¹⁶.

B. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler

1. Sherman Kanununda Düzenlenen Danışıklı İlişkiler

Sherman Kanunu'nun 1. maddesinde ticareti kısıtlamaya yönelik her türlü "sözleşme" (contract), "bağlantı" (combination) ve "gizli anlaşma"(conspiracy) hukuka aykırı sayılmıştır. İlgili maddede üç ayrı kavrama yer verilmiş olmasına karşın, uygulamada bunlar arasında bir ayrım gözetilmemektedir. Bu kavramlar hem birbirlerinin yerine kullanılmakta hem de üçünün de yerine geçecek şekilde "anlaşma" kavramı kullanılmaktadır. "Anlaşma" bu üç kavram için de gerekli objektif unsurdur.

¹⁴ İKİZLER, s. 29.

¹⁵ GOYDER, D.G., EC Competition Law, 3. ed., Oxford 1998, s. 382.

¹⁶ İKİZLER, s. 30.

Sherman Kanunu çerçevesinde, teşebbüslerin birlikte davranışları ile tek taraflı davranışları arasında temel bir ayrım gözetilmektedir. Bu ayrıma göre Sherman Kanunu'nun 1. maddesi katı bir şekilde teşebbüslerin birlikte davranmış olmalarını gerektirmektedir. Sherman Kanunu'nun 1. maddesi tek bir teşebbüsün bağımsız davranışlarına uygulanamaz. Bu tür tek taraflı davranışlar 2. madde çerçevesinde ele alınabilir ve ancak bir tekelleşme tehlikesi yaratıyorsa hukuka aykırı sayılır.

Tek taraflı davranış ile birlikte davranış arasındaki ayrımın belirlenmesi gerekliliği “uyumlu davranış” (concerted action) kavramının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu çerçevede uyumlu davranış, firma davranışlarının Sherman Kanunu 1. madde kapsamına girmesi için gerekli olan, firmalar arası asgari uzlaşmayı ifade etmektedir¹⁷. Diğer bir deyişle uyumlu davranış en alt seviyede, firmaların tek taraflı davranmadıkları, aralarında bunun ötesinde bir şeyler olduğu anlamına gelmektedir. Bu nedenle ABD hukukunda anlaşma ve uyumlu davranış kavramları arasında fark gözetilmemektedir¹⁸.

2. Amerikan Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bilinçli Paralellik İlişkisi

a. Uyumlu Eylemlerin Ortaya Çıkışı

Sherman Kanunu'nun kapsamının yargısal kararlarla ortaya konması, firma davranışlarında çeşitli değişikliklere yol açmış, firmalar arası iletişim ve firmaların belli bir şekilde davranacaklarına dair birbirlerine güvence vermeleri, çok daha dolaylı yollarla gerçekleştirilir olmuştur. Bu gelişmeler sonucunda antitröst otoriteleri şu önemli soru ile karşı karşıya kalmışlardır: Firmaların birbirlerine belli bir şekilde davranacakları konusunda doğrudan ve karşılıklı güvence verdiklerine ilişkin açık deliller tespit edilememiş olmakla birlikte, nereye kadar bir anlaşma içinde oldukları iddia edilebilecektir?

¹⁷ SULLIVAN E. T./HARRISON J. L., Understanding Antitrust and Its Economic Implications, Third Edition, USA 1998, s. 179.

¹⁸ STEVENS D., “Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law”, Yearbook of European Law, 15, USA 1995, s. 47.

Tek taraflı davranışın uyumlu davranıştan ayrılmasına, dolayısıyla Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında bir anlaşmanın tanımlanmasına ve varlığının tespit edilmesine yönelik süreçte, ilk önemli dava Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. US¹⁹ (Kereste Satıcıları Kararı) davasıdır. Bu davada Amerikan perakende kereste satıcıları birliklerinin, toptan kereste satıcılarının doğrudan tüketiciye satış yapmasını önlemek için işbirliği yaptıkları iddia edilmişti. Davalılar; New York, New Jersey, Pennsylvania, Connecticut Massachusetts, Rhode Island, Maryland ve Columbia bölgesindeki çok sayıdaki perakende kereste satıcısının üyesi oldukları çeşitli kereste birlikleri ve bu birliklerin görevlileri ve yöneticileridir. Bölge Mahkemesine göre, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin sayısındaki çoklukla karşılaştırıldığında, kereste pazarındaki teşebbüs davranışları çok az farklılaşma göstermektedir. Teşebbüsler bunu “ Official Report” denilen bir raporun dağıtımı ve sirkülasyonu sayesinde edindikleri bilgileri benimseyerek ve kullanarak başarmaktadırlar. Tüm bunlar teşebbüsler arasında işbirliğinin olduğunu ortaya koymaktadır²⁰.

Sirkülasyonu sağlanan raporda, öncelikle raporun içerdiği bilgilerin tüm üyelerin çıkarına olduğu vurgulanmakta, sonra da her üyeye, diğer üyelerin rapora uygun şekilde davranılması beklentisi taşıdıkları iletilmektedir.

Rapor, perakendeciyi aradan çıkararak doğrudan doğruya tüketiciye satış yapmak için bağlantıya geçen ya da halihazırda tüketicilere doğrudan doğruya satışta bulunan toptancıların ad ve adreslerini içermektedir. Üyelerden, tüketicilerle bu tarz ilişkilere giren başka toptancılar varsa ya da olursa bunlara ilişkin bilgilerin de ayrıntılı biçimde bildirilmesi istenmektedir²¹.

Yüksek Mahkeme ise davada öncelikle mevcut olgulardan bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşıp ulaşılmadığı sorununa eğilmektedir. Raporun içeriğine bakıldığında, burada perakendeciler arasında, adı listelenmiş toptancılara işlem

¹⁹ 234 U.S. 600 (1914)

²⁰ İKİZLER, s. 38.

²¹ AŞÇIOĞLU ÖZ G., AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukuku'na Muhtemel Yansımaları, Ankara 2000, s. 5.

yapılmamasına ilişkin bir anlaşmanın olmadığını belirtmektedir. Öte yandan perakendeciler arasında, listede adı geçen toptancılarla işlem yapan ya da yapacak perakendecilere uygulanacak bir yaptırım da öngörülmemektedir. Bununla birlikte birlikler bünyesinde toplanan perakendecilerin giriştikleri tüm eylemlerin amacının, raporda adı geçen toptancılarla işlem yapılmamasını sağlamak olduğunu görmemenin mümkün olmadığını belirtmektedir²².

Böylece Yüksek Mahkeme bu davada, Sherman Kanunu anlamında işbirliğinin varlığı için bir anlaşmanın varlığının kanıtlanması gerektiğini yinelemiş olmaktadır. Ancak, bunun yanında, işbirliğinin doğrudan delillerle ispatının çok güç olduğunu eklemekte ve buradan, fiilen yapılan ve gerçekleştirilen şeylerden işbirliğine ulaşılabileceği kanaatine varmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre bu davada toptancıların adlarının sirkülasyonu, uyumlu eylemler yoluyla işbirliğini başarmak içindir ve bu, böyle eylemlerin doğal sonucu olarak kolaylıkla görülebilmektedir²³.

Sonuç olarak Yüksek Mahkemenin bu davada ulaştığı sonuçları şu şekilde değerlendirebiliriz: Teşebbüsler, aralarında aynı yönde hareket edeceklerine dair bir anlaşma olmamasına rağmen, öyle eylemlere girişmektedirler ki işbirliğinin varlığına bu eylemler yoluyla kolayca ulaşılabilmektedir. İşte kendilerinden gizli işbirliğinin varlığı sonucu çıkarılabilecek bu eylemleri, Yüksek Mahkeme bu davada uyumlu eylemler (concerted action)²⁴ olarak adlandırmıştır. Böylelikle bir anlaşmanın varlığının doğrudan ispat araçlarıyla ispatlanmasının aranmasından vazgeçilmiş, pazar davranışlarından yola çıkılarak dolaylı ispat imkanının tanındığı gizli işbirliği kavramına bir kayma olmuştur.

²² İKİZLER, s. 40.

²³ AŞÇIOĞLU, s. 5.

²⁴ Çalışmamızda Amerikan hukukunda geçen “concerted action”dan söz edildiğinde, bu ifade, AB hukukuna ilham verdiği şekliyle uyumlu eylemler olarak çevrilerek bir kavram karmaşasına düşülmemesi amaçlanmaktadır. Aslında bu ifade ileride sözü geçeceği gibi birlikte gerçekleştirilmiş davranışlar/birlikte davranışlar anlamına gelmektedir.

b. Harvard Okulu Görüşleri

Turner yaptığı hukuki analizlerinde büyük ölçüde Chamberlin'in ekonomik analizlerini temel almıştır²⁵. Turner'a göre, oligopol piyasalarında her firma kararını verirken rakiplerinin olası tepkilerini de dikkate almak durumundadır. Rakiplerinin vereceği tepkileri göz ardı etmek demek, rasyonel davranmamak demektir. Bu nedenle oligopolistik bağımlılık sonucu ortaya çıkan paralel davranışlar kaçınılmaz bir şekilde pazarın yapısından kaynaklanmaktadır.

Ayrıca firmaların aralarında herhangi bir anlaşmaya girişmeksizin fiyatları paralel bir şekilde belirleyip rekabetçi düzeyin üstünde karlar elde edebilmeleri mümkündür. Rekabet otoritelerinin teşebbüslerden rasyonel davranmamalarını bekleme hakkı bulunmadığından²⁶ bu tür piyasalarda ortaya çıkan tek başına bilinçli paralel davranışlardan²⁷ Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

c. Chicago Okulu Görüşleri

Harvard Okulunun ileri sürdüğü görüşlerin tersine, Chicago Okulu, Baker²⁸'in belirttiği üzere; firmaların, aralarında bir işbirliği olmadığı sürece sadece oligopolistik bağımlılık sonucunda rekabetçi düzeyin üstünde fiyatlar uygulayabilecekleri ve karlar elde edebilecekleri düşüncesini reddetmiştir. Bu görüşe göre, oligopol piyasalarında firmalar arası bağımlılık kaçınılmaz bir sonuç olmadığından, oligopol sorunu gizli bir fiyat anlaşmasının ortaya çıkarılması sorunundan farklı değildir.

²⁵ TURNER D. F., The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, Harvard Law Rev., 1962.

²⁶ Oligopollerin fiyatlama davranışlarını hukuka aykırı saymak, bir tekelin ya da rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteren bir firmanın fiyatlama davranışlarını hukuka aykırı saymaktan farklı değildir. (Turner 1962, 666).

²⁷ Turner (1962, s. 673.)'a göre bu tür piyasalarda temel fiyatlama davranışlarının yanı sıra, paralel fiyatlandırmadan analitik olarak bir farkı olmayan kalite ekstralarına ya da miktar iskontolarına yönelik paralel davranışların da anlaşma olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

²⁸ BAKER J., Combinations and Conspiracies- Is There a Difference?, Antitrust Bulletin, 14/1993, s. 145. vd.

Chicago Okulunun görüşlerinin bu yönde gelişiminde George Stigler'in 1964 yılında yayımladığı ve büyük ilgi toplayan makalesi²⁹ önemli rol oynamıştır. Stigler'e göre firmaların paralel davranmalarının kolay olduğunu varsaymak yanlıştır. Gerçekte firmalar bu amaçla uzlaşmakta ve uzlaşmalarının koşulları konusunda bir fikir birliğine ulaşmakta ciddi zorluklarla karşılaşacaklardır³⁰.

III. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU MEVZUATI

A. Rekabet Hukukunun Esasları

Avrupa Birliği rekabet hukukunda rekabet düzeninin korunması ile ilgili birincil hukuk düzeyindeki temel hukuki düzenleme Lizbon Antlaşması metninde³¹ Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101-109. maddelerinde (Bu Antlaşma'nın eski metinlerinde, 'Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 02.10.1997 tarihli Amsterdam Antlaşması metninde 'Rekabet Kuralları Başlığı' altında m.81-89'da , 25.03.1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Antlaşması metni m.85-93 ve 07.02.1992 tarihli Avrupa Topluluğunu kuran Maastricht Antlaşması metni m.85-93 düzenlemeleri) yer almaktadır. Lizbon Antlaşması'nın rekabet kurallarının amaçları politik ve ekonomiktir. Bunların amaçları, üye devletler arasında ticaret engellerini kaldırarak bütünleşmeyi (entegrasyonu) sağlamak, tüketiciyi korumak, verimliliği artırmak, dürüst ve adil rekabet piyasasını oluşturmaktır.

Avrupa Birliği Antlaşması ile değişikliğe uğratılan kurucu Roma Antlaşması'nın başlıca hedefi; üye devletler arasında ekonomik birliğin tesisinin ortak pazar marifetiyle gerçekleştirilmesidir. Bu hedefin başarısı ise Topluluk

²⁹ YÜKSEL O. Y., Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu, Ankara 2004, s. 17.

³⁰ Stigler'e göre ortak karların maksimize edilebilmesi için farklı müşteri gruplarına satış yapmaktan kaynaklı maliyet farklarının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle homojen ürünler için bile birbirinden çok farklı fiyatlar ortaya çıkabilir. Fiyat yapısının karmaşılaşması firmaların ortak karı maksimum yapacak fiyat düzeyini belirlemelerini güçleştirecektir.

³¹ 17 Aralık 2007 tarihinde Lizbon Antlaşması imzalanmış ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın ismi ile madde numaralandırması değiştirilmiştir. Bu çalışma kapsamında Antlaşma'nın yeni metni esas alınmıştır.

rekabet hukukuna bağlıdır. Bu bakımdan Birlik Antlaşması içerisinde vazedilen rekabet politikasına ilişkin hususların öncelikle bilinmesi gerekmektedir.

Nitekim, Birlik Antlaşması'nın 2. maddesi; "Topluluk, ortak bir pazarın, ekonomik ve parasal bir birliğin kurulması ve 3 ve 3 A maddelerinde yer verilen ortak politikaların ve faaliyetlerin yürürlüğe konulması yolu ile Topluluğun bütünü içinde ekonomik faaliyetlerin uyumlu ve dengeli kalkınmanın, çevreye saygılı, sürekli ve enflasyonist olmayan bir büyümenin, ekonomik performansların yüksek derecede bütünlüğünün, yüksek seviyeli bir istihdam ve sosyal korumanın, yaşam seviyesinin, üye devletler arasında ekonomik ve sosyal bütünlükle dayanışmanın iyileştirilmesi görevine sahiptir³²". Birlik Antlaşması'nın 3. maddesi ise; Topluluğun iktisadi bütünleşmeye ilişkin görevlerini belirlemektedir. Söz konusu 3(g) maddesi "*iç pazar dahilinde rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir rejim*" ifadesi ile rekabet politikasının Topluluğun ana görevleri arasında yer aldığının en açık kanıtıdır. Ayrıca, Birlik Antlaşması'nın 3/1 maddesi Kurucu Antlaşma'ya bir yeniliği ilave etmiş ve Topluluğun asıl görevleri arasında Topluluk sanayisinin rekabet gücünün artırılması görevinin de Topluluk tarafından üstlenilmesi gerekliliğine işaret etmiştir. İlgili paragrafın eklenmesinin sonuçlarını gelecekte Topluluk rekabet hukuku üzerinde görmek mümkün olabilecektir.

Avrupa Birliği rekabet hukukunun kaynağını Roma Antlaşması'nın anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin 85., hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 86., ve iktisadi amaçlı tekellere yönelik 90. maddeleri oluşturmaktadır. Söz konusu maddeler üye devletlerin ulusal rekabet hukuklarına teşmil edilmiş olup, ulusal yasalarında da bulunmaktadır. Ayrıca Konsey ve Komisyon, Tüzükler ve Yönergeler vasıtasıyla rekabet hukukuna ilişkin genel kuralları koymaktadırlar. Buna karşılık Konsey ve Komisyon'un yayımladığı yönergelerin, üye devletler tarafından doğrudan uygulanabilir niteliği yoktur. Bu yönergeler doğrultusunda her üye devlet kendi iç mevzuatını düzenlemektedir.

³² BAYDORAL C., Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma, İstanbul 1993.

Lizbon Antlaşması ile yürürlüğe giren ABİDA'nın rekabete ilişkin hükümleri kendi içinde iki bölüme ayrılmaktadır. Bunlardan ilki; işletmelere ilişkin hükümlerdir. ABİDA'nın 101. maddesi kartelleri ve kartel dışında kalan kısıtlamaları, 102. maddesi ise hakim bir işletmenin bu durumunu kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Her ikisi de doğrudan uygulanan ve doğrudan etkiye sahip hükümlerdir. İkinci bölümdeki hükümler ise, üye devletlerle ilgilidir. ATA'da AmsA'dan önce rekabete ilişkin üye devletlerle ilgili iki sınıf bölüm bulunmaktaydı. İlk sınıfta yer alan ve AmsA. ile kaldırılan sınıf damping uygulamaları hakkındaydı. Bir üye devletin diğerine veya diğerlerine damping yapması rekabete aykırı sayılmıştı. İkinci sınıf ve halen yürürlükte olan hükümler ise devlet yardımları yani teşvikler, yaygın ifadesiyle “sübvansiyon”lar hakkındadır. Sübvansiyonlar; serbest, adil ve dürüst rekabet anlayışına aykırı oldukları için ATA'nın rekabet kuralları ile bağdaşmaz nitelikte kabul edilmişler ve aynı haliyle ABİDA'ya aktarılmışlardır.

AB rekabet hukukunda rekabete ilişkin kuralların uygulama alanı ikiye ayrılmaktadır³³. İlk alan toprak yönünden uygulanmasıdır ve bu kategoriye de AB bölgesinde uygulama ve AB bölgesi dışındaki işletmelere uygulama şeklinde ikiye ayırabiliriz. AB'nin rekabete ilişkin kuralları iç pazarda yani üye ülkeler arasındaki ortak pazarda uygulanır. Bu pazarın sınırları üye ülkelerin egemenlik alanlarıdır. Ancak AB'nin rekabet kuralları istisnaen, AB'nin hakimiyet alanında olmayan bir işletmeyi de etkisi altına alabilir. Bu durum, AB'nin rekabet kurallarını ihlal eden ve herhangi bir AB ülkesinde yer alan bir teşebbüs, AB'nin hakimiyet bölgesi dışındaki bir teşebbüsün yavru ortaklığı niteliğindeyse ve politikaları ana ortaklık tarafından kontrol ediliyorsa, AB'nin rekabet kuralları, AB bölgesi dışındaki ana ortaklığa da uygulanır.

Rekabete ilişkin kuralların ikinci uygulama alanı ise, sektörel yönden uygulanmasıdır. Ancak bu kurala tarım ve kömür çelik sektöründe istisnalar öngörülmüştür.

³³ TEKİNALP Ü./ TEKİNALP G., Avrupa Birliği Hukuku , İstanbul 2000, s. 383.

Yukarıda belirtilen hususların ışığında, Birlik rekabet hukukunun esas itibariyle üç temel hedefi mevcuttur³⁴:

- Birinci temel hedef, işletmeler arasında rekabeti bozucu ya da kısıtlayıcı ticari engeller geliştirilmesinin, hakim durumun kötüye kullanılmasının ve rekabeti sınırlayıcı ya da bozucu devlet yardımlarının önlenmesidir.
- İkinci temel hedef, etkin bir rekabetin tesis edilerek, Tek Pazar'ın kurulmasını sağlamaktır.
- Üçüncü temel hedef ise, ticari etkinliğin, gelişmenin ve tüketicinin yararına doğru hareket eden bir fiyat rekabetinin sağlanmasıdır.

B. Avrupa Birliği Rekabet Kuralları ile Ulusal Hukukların Rekabete İlişkin Hükümlerinin Uygulanması

Avrupa Birliği rekabet hukuku ile ulusal rekabet hukukları arasındaki yetki sınırının belirlenmesi gereklidir. “Üye devletler arasındaki ticareti etkilemesi” koşulu incelenmekte olan soruna kısmi bir çözüm getirmektedir³⁵. Şöyle ki, sadece bir üye devletin sınırı içinde kalmış bulunan, yani yalnız bir devlette etkilerini gösteren rekabete aykırı bir davranışa münhasıran o üyenin hukuku tatbik edilir. Fakat, yalnız bir üye devleti ilgilendirmekle birlikte AB rekabet hukukunun da uygulanmasını gerektiren bir çok olasılık mevcuttur. Mesela, bir veya birden çok teşebbüsün davranışları AB'nin rekabete ilişkin kurallarına aykırı, buna karşılık üye ülkenin ulusal hukukuna uygun olabilir; ulusal hukuka göre yetkili olan kurum bir konuda herhangi bir izin vermiş, Komisyon ise daha önce o izni reddetmiş, iznin verildiği veya reddedildiği AB Komisyonu'na bildirilmemiş bulunabilir; ulusal hukuka göre alınan izin kararına güvenerek çalışan teşebbüs, bir gün Komisyon soruşturmasıyla karşılaşabilir³⁶.

³⁴ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 386.

³⁵ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 385.

³⁶ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 386.

Avrupa Birliği rekabet hukuku kaynakları kapsamında, üye ÷lke ulusal mevzuatlarının ve içtihatlarının Topluluk rekabet kuralları ile ilişkisine bakıldığında; Kurucu Antlaşma'nın tüm Topluluk sınırları içerisinde bağımsız bir hukuk düzeni oluşturduğu ve bu düzene üye devletlerin uyma zorunluluğu getirildiği gör÷lmektedir³⁷. Bu durumda da ulusal mevzuatlar ve içtihatların Avrupa Birliği rekabet hukuku ve içtihatları hilafına gelişmesi mümkün değildir. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde Topluluk içtihatları geçerli kılınmıştır. Öte yandan 101 ve 102. maddelerin uygulanması için üye ÷lkeler arasında ticaretin etkilenmesi gerekmektedir. Bu durumda da ulusal mevzuatlar ve Birlik mevzuatının arasında bir yetki kesişmesi söz konusu olmaktadır. Böyle bir yetki kesişmesi durumunda ise üç temel esasa dikkat etmek gerekmektedir:

- Ulusal mevzuatların Birlik mevzuatının tam ve aynen uygulanmasına halel getirmeyecek bir uygulama olması gerekmektedir. Bu durum hasıl olduğunda ulusal mevzuat geçerli kılınır³⁸.
- 101/1. maddesinde yasaklanan anlaşma, karar ve eylemlerin, 101/3. maddesi, kapsamında grup muafiyetler içerisinde yer almaması durumunda, ulusal mevzuatların bu türde anlaşma, karar ve eylemlere izin vermesi halinde Birlik mevzuatı geçerli kılınır³⁹.
- 101/1. maddesi kapsamında yasaklanmış anlaşma, karar ve eylemlerin 101/3. maddesi marifetiyle grup muafiyet kapsamında veya Komisyon tarafından bireysel muafiyete mahzar eylenmesi durumunda, ulusal mevzuatlar bu muafiyeti mümkün kılmasa dahi, muafiyet geçerlidir⁴⁰.

Mevcut durumda, milli rekabet hukukları ve Topluluk rekabet hukuku'nun yaptırım güçleri ve uygulama alanlarını sorgulayan üç ana prensip üzerinde durulmaktadır⁴¹. Birinci ve tartışmaya açık olmayan prensip "hukukun bütünlüğu"

³⁷ ESİN A., Rekabet Hukuku, (Rekabet), İstanbul 1998, s.17.

³⁸ Case 14/68, Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, (Wilhelm), ECR 1969, s. 1.

³⁹ Cases 43-63/82, VBVB & VBVB v. Commission, ECR 1984, s. 43.

⁴⁰ ESİN, (Rekabet), s. 17.

⁴¹ ESİN, (Rekabet), s. 19.

veya başka bir deyişle Topluluk hukukunun doğrudan uygulanabilirliği ilkesine dayanmaktadır. Tartışmaya daha açık olan ikinci prensip ise; Topluluk hukuku ve milli hukukun kümülatif uygulanması ilkesine dayanmaktadır. Bu prensip Topluluk hukuku ile milli hukuk arasında uygulama üstünlüğü olmadığını, bir hukuktaki hükmün diğerindeki bir hükmü geçersiz kılmasının mümkün olmadığını ve dolayısıyla her iki hukukun da karşılıklı uygulama şartlarının kümülatif olarak yerine getirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Üçüncü ve son prensip ise ihtilaf halinde Topluluk hukukunun üstünlüğünün kabulü ilkesine dayanmaktadır. Uluslararası antlaşmaların –ki Roma Antlaşması da böyle bir antlaşmadır- iç hukuka karşı üstünlüğüne, ilk defa “Costa/ENEL⁴²” vakiasında Yüce Divan tarafından değinilmiştir.

AB’de; kurumları ve üye devletleri anayasal nitelikteki Antlaşmalar ve Birlik seviyesindeki yasama işlemleri ile bağlı, hukuki işlemleri bağımsız bir yargı tarafından denetlenen bir hukuk düzeni söz konusudur⁴³. Bu hukuk düzenindeki norm belirleme yetkisini ulusal hukuktaki yasama yetkisine benzetmek mümkündür. Her ne kadar Kurucu Antlaşmalar’da “yasa” ya da “yasama yetkisi” ifadeleri açıkça kullanılmasa da ABAD kararlarında “Antlaşmalar’daki yasama sistemi” ya da “Topluluğun yasama yetkisi” ifadeleri kullanılmıştır⁴⁴. Ancak, Birliğin/Toplulukların yasama yetkisi kendine özgü niteliklere sahiptir. Yetkilendirme/sınırlı yetki prensibine göre, Birliğin genel bir yasama yetkisi yoktur. AB/AT, Kurucu Antlaşmalar’da açıkça belirtilen alanlarda karar almaya yetkili olup diğer alanlarda üye devletler karar almaktadır. Yürürlükteki ABA’nın ikinci, ATA’nın beşinci ve Anayasa ile Lizbon Antlaşması’nın ilgili maddelerinde de Birliğin yetkilerinin varlığı ve kullanımı hakkında genel nitelikli hükümler mevcuttur⁴⁵.

⁴² Case 6/64, Costa v. E.N.E.L., ECR1964, s. 585.

⁴³ KARAKAŞ A. I., Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, İstanbul Der Yayınları 1993, s. 39.

⁴⁴ GÜNUÇUR H., Avrupa Birliği’nin Hukuk Düzeni, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara 2007, s. 176-177.

⁴⁵ ATA’nın beşinci maddesinde, Topluluğun; ATA ile kendisine verilen yetkilerin ve hedeflerin sınırları içinde faaliyette bulunacağı (sınırlı yetki/yetkilendirme prensibi), kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlarda ise ikincillik ilkesine uygun olarak söz konusu faaliyetin üye devletler tarafından tatmin edici bir biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve faaliyetin boyutları ve etkileri nedeniyle Topluluk seviyesinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda faaliyette bulunabileceği düzenlenmiştir. Topluluğun, müdahale yetkisi olduğu durumlarda da, eylemleri, Antlaşma’nın hedeflerine ulaşmak için gereken düzeyi aşamayacaktır (orantılılık ilkesi). ABA’nın ikinci maddesinin son fıkrasında da

Birliğin yasama/karar alma yetkileri ile ilgili olarak Lizbon Antlaşması ile değişik ABA'nın beşinci maddesine göre Birliğin yetkileri sınırlı yetki/ yetkilendirme prensibine göre, yetkilerin kullanımı ise ikincillik ve orantılılık ilkelerine göre belirlenecektir. Lizbon Antlaşması'nda yer alan yetkilendirme/ sınırlı yetki ilkesine göre Birlik, Birliğin temelini oluşturan Antlaşmalar'da belirtilen hedeflere ulaşmak amacıyla ve yine bu Antlaşmalar'a göre üye devletlerin Birliğe verdikleri yetkiler sınırında hareket edecektir. Üye devletlerin Antlaşmalarla Birliğe vermediği yetkilerin üye devletler tarafından kullanılacağı açıkça belirtilmiştir⁴⁶. İkincillik ilkesine göre münhasır yetki alanına girmeyen konularda, Birlik sadece, hedeflenen amacın yerel veya bölgesel düzeyde üye ülkeler tarafından yeterince yerine getirilemediği fakat Birlik seviyesinde daha iyi yerine getirilebileceği durumlarda müdahalede bulunabilecektir.

Bu bağlamda, Birliğin kurumları, Lizbon Antlaşması'na ekli "İkincillik ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol" hükümlerine göre bu ilkeleri uygulayacaklar⁴⁷, bu uygulamalar da ulusal parlamentolar tarafından Lizbon Antlaşması'na ekli "İkincillik ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol" ve "Avrupa Birliği'nde Ulusal Parlamentoların Rolüne Dair Protokol"⁴⁸

Birlik faaliyetlerinin ikincillik ilkesine uygun olarak gerçekleştirileceği belirtilerek Birliğin faaliyetleri konusunda da bir sınır belirtilmiştir. Yetkilendirme/sınırlı yetki prensibi Birliğin yetkilerinin var olup olmadığı ile ilgiliyken ikincillik ve orantılılık ilkeleri Birliğin yetkilerinin kullanımına yönelmektedir. (Damian Chalmers, Christos Hadjiemmanuil, Giorgio Monti, Adam Tomkins, European Union law: text and materials, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2006, s. 209-210).Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2006, s. 209-210). (TOPAL E., Yasama Dergisi, Ağustos 1998, s.23.'den naklen).

⁴⁶ ABA madde 5, paragraf 2 ve ABA madde 4, paragraf 1.

⁴⁷ İkincillik ve orantılılık ilkelerinin uygulanmasına dair protokollerin ilk örneği Amsterdam Antlaşması'na ekli Protokol'dür. Lizbon Antlaşması'na ekli İkincillik ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol hükümlerine göre, yasama önerileri ikincillik ve orantılılık ilkelerine göre gerekçelendirilmeli; ikincillik ve orantılılık ilkelerine uyumu konusunda, önerinin, mali etkileri ile yönerge taslağı olması durumunda üye ülkelerde uygulanması için oluşturulacak kurallara etkileri hakkında ayrıntılı açıklamalar getirilmelidir. Bunun haricinde Birliğin amacının neden Birlik seviyesinde daha iyi gerçekleştirilebileceğinin de mümkünse nicel olarak belirtilmesi gerekmektedir.

⁴⁸ Ulusal parlamentoların AB karar alma süreçlerine katılımı protokollerle Kurucu Antlaşmalar'a eklenerek güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Lizbon Antlaşması'nda ulusal parlamentoların rolünün güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. İlkın, Lizbon Antlaşması madde 1/12'ye göre ulusal parlamentolar ile ilgili hükümler içeren bir maddenin ABA'ya (madde 12) eklenmesi öngörülmektedir. ATA'da yer almayan bu maddeye göre ulusal parlamentolar; Birlik kurumları tarafından yasama önerileri kendilerine gönderilerek (ABA madde 12/a) bu önerilerin İkincillik ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol hükümleri uyarınca ikincillik ilkesine uyulduğunu gözetlemekle yetkili kılınmışlardır (ABA madde 12/b). Ulusal parlamentolar ayrıca, çeşitli alanlarda Birlik politikalarının uygulanmasına katılarak (ABA madde 12/c), Kurucu Antlaşmalar'ın revizyonu süreçlerinde rol alarak (ABA madde 12/d) ve Avrupa Parlamentosu ve

hükümlerine göre denetlenecektir⁴⁹. Lizbon Antlaşması ile değişik hükümde (ABA madde 5/3) belirtilen “bölgesel” ve “yerel” ifadeleri ATA’ya göre bir yeniliktir. ATA’da konuyla ilgili olarak sadece üye devletlere atıf yapılmaktadır. Yine ATA’da olduğu gibi Lizbon Antlaşması’nda da, orantılılık ilkesine göre Birliğin eylemleri Antlaşmalar’da düzenlenen amaçların yerine getirilmesi için gereken seviyeyi aşmayacaktır. Bu ilke de kurumlar tarafından “İkincilik ve Orantılılık İlkelerinin Uygulanmasına Dair Protokol” hükümlerine göre uygulanacaktır⁵⁰.

C. Rekabet Düzeninin Korunması ile İlgili İkincil Hukuk Kaynakları

AB hukukunun kaynakları denilince ilk sırada birincil hukuk diye anılan kuruluş antlaşmaları, ikinci sırada ise ikincil hukuk olarak adlandırılan Topluluk tarafından konulan kurallar anlaşılmaktadır. Birincil hukuk yani kurucu antlaşmalar, uluslararası öğeler içerir ve uluslararası antlaşmaların tüm niteliklerini taşımayıp, onlardan çeşitli noktalarda ayrılırlar. Birincil hukuk, üye ülkelerde olduğu gibi üye ülkelerin uyrukluğunu taşıyanlara ve üye ülkelerde ikamet edenlere de doğrudan uygulanır. Bunların tatbiki için herhangi bir işleme gerek yoktur.

İkincil hukuk, AB’nin organları tarafından konulan hukuku ifade eder. Bu organ hukuku veya organlarca oluşturulan hukuk diye de anılır. İkincil hukuk yani hukuki tasarruflar, organların görevlerini yerine getirebilmeleri için, antlaşmaların kendilerine verdiği yetkiler dahilinde koydukları çeşitli etkiye sahip kurallardır.

Lizbon Antlaşması, Birlik/Topluluk Hukuku’nun kaynakları ile ilgili bazı değişiklikler öngörmektedir. Hemen belirtelim ki, Avrupa Anayasası’nda öngörülen Avrupa yasaları ve Avrupa çerçeve yasaları terimleri Lizbon Antlaşması’nda yer

ulusal parlamentolar arasında kurulan işbirlikleri vasıtasıyla (ABA madde 12/f) Birliğin daha iyi işlemesine katkı sağlayabileceklerdir. ABA madde 12/a’da da öngörüldüğü gibi, Lizbon Antlaşması’na ekli olarak Avrupa Birliği’nde Ulusal Parlamentoların Rolü hakkında bir protokol kabul edilmiştir. Bu Protokol’de, Birliğin kurumlarının faaliyetlerinden ulusal parlamentoların haberdar olmasını sağlamaya ve ikincilik ile orantılılık ilkelerinin denetiminin yapılabilmesi için belgelerin ve yasama önerilerin ulusal parlamentolara yollanmasına yönelik hükümler mevcuttur. Protokol’de ayrıca, ulusal parlamentoların kendi aralarında bilgi değişimine yönelik hükümlere de yer verilmiştir.

⁴⁹ ABA madde 5, paragraf 3.

⁵⁰ ABA madde 5, paragraf 4.

almamaktadır⁵¹. Bu bakımdan ATA'daki tüzük, yönerge ve karar şeklindeki yasama niteliğine sahip olabilen hukuki işlemlerin isimleri korunmuştur. Ancak, önemli bir değişiklik yasama süreçlerinde gerçekleştirilerek “olağan” veya “özel” yasama süreçleri ayrı ayrı düzenlenmiş ve bu süreçlerden geçerek meydana gelecek hukuki işlemlerin yasama işlemi niteliği taşıyacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Gerçekten de, Lizbon Antlaşması'nda, Anayasa'dan farklı olarak yasama işlemleri ile yasama niteliği taşımayan işlemler arasında tanımsal bir ayrım yapılmamış, bir hukuki işlemin yasama işlemi olup olmadığının belirlenmesi işlemin kabul ediliş prosedürüne bırakılmıştır. Bu bağlamda, Lizbon Antlaşması'nın öngördüğü değişikliklere göre, olağan veya özel yasama prosedürüne göre kabul edilen işlemler yasama işlemi olmaktadır. Ancak ABİDA'nın 289. maddesine göre, olağan ve özel yasama prosedürlerine göre sadece tüzük, yönerge ve kararlar kabul edilecektir. Görüldüğü gibi; tüzükler, yönergeler ve kararlar, terim olarak, yine, hem yasama niteliğindeki işlemlere hem de idari işlemlere verilen isimler olabilecektir.

Lizbon Antlaşması ile kararlara yönelik özel bir değişiklik öngörülmektedir. ABİDA 288.(ATA'nın m.249) maddesine göre kararların sadece belirli kişilere yönlendirilebileceği izlenimini uyandıran ifadenin değiştirilmesi, değişik fıkranın ilk cümlesinde kararların tüm yönleriyle bağlayıcı olacağı hükmünün yer alması, ikinci cümlede de kararların belirli muhataplara yönlendirilmesi durumunda sadece onlar üzerinde bağlayıcı olacağı düzenlenmiştir⁵².

ABİDA'nın 101 ve 102. maddeleri hukuka aykırı sayılan anlaşma, uyumlu eylem ve kararları, bunların hukuki sonuçlarını ve istisnalarını gösteren maddi hukuk kurallarıdır. Anılan maddeler, aykırılık iddiasının hangi merci önünde ileri sürülebileceği, soruşturma usulü ve verilecek cezalara ilişkin hükümler

⁵¹ Avrupa yasaları, genel uygulamaya konu olacak yasama işlemleri olup üye devletlerde doğrudan uygulanabilecek ve bütün unsurları ile bağlayıcı olabilecek niteliktedir. Avrupa çerçeve yasaları ise ATA ve AAETA'daki yönergelerle benzer biçimde sonuçları bakımından üye devletleri bağlayan fakat yöntem ve araçlar bakımından ulusal makamlara tercih hakkı bırakan yasama işlemleridir. (Bkz. Anayasa I- 33, I-34). Görüldüğü gibi; Avrupa yasalarının birinci sütundaki tüzüklerin ve üçüncü sütundaki kararların, Avrupa çerçeve yasalarının ise birinci sütundaki yönergelerin ve üçüncü sütundaki çerçeve kararların yerini alması öngörülmüştür.

⁵² TOPAL E., Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış, Yasama Der., Sayı 9, Ağustos 2008, s. 22.

içermemektedir. Söz konusu düzenlemelerin yapılması yetkisi ATA'nın 83. (ABİDA m.103) maddesiyle Konsey'e verilmiştir. Konsey bu yetkisine dayanarak çeşitli Topluluk Tüzükleri çıkarmıştır. Bunlardan en önemlisi "17/62 sayılı Topluluk Tüzüğü"⁵³. Şikayeti kabule veya aykırılığı resen saptamaya, soruşturmayı yürütmeye, cezaları tespiti yetkili organ Komisyon'dur. Ayrıca Komisyon, ihlalin var olmadığına ilişkin menfi tespit belgesi vermeye ve ATA 81. (ABİDA m.101) maddede yer alan bireysel ve blok istisnaları da tanımaya yetkilidir⁵⁴.

Özellikle rekabet düzeninin korunması ile ilgili ikincil hukuk düzeyindeki temel hukuki düzenleme olan ve çalışmamızın konusu ile de ilgili, Konsey tarafından çıkarılan 16.2.2002 tarihli ve "1/2003 sayılı ATA m.81-82'de (ABİDA 101-102) Düzenlenen Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Tüzük"⁵⁵ü burada belirtmek gereklidir. Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın rekabete ilişkin 81. ve 82. maddelerinin uygulanması kamusal ve özel olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Kamusal uygulama, rekabet otoriteleri tarafından yürütülmekte, bireysel uygulama ise rekabet ihlalinin zarar gören bireylerin ulusal mahkemeler önünde hakkını aramasıyla şekillenmektedir. Aslında her iki uygulama da aynı amaçlara hizmet etmektedir. Bir başka deyişle, hem kamusal hem de bireysel uygulama, rekabet hukuku tarafından yasaklanmış eylemleri engellemek ve bu eylemlerin sebep olduğu zararlardan teşebbüsleri ve tüketicileri korumak amacındadır.

Yakın zamana kadar, Avrupa Birliği rekabet kurallarının uygulaması, daha çok Komisyon kararlarıyla sınırlıydı. Bu gerçek, Komisyon'u, rekabet ihlali mağdurlarının öncelikli olarak başvurdukları merci konumuna getirmiştir. Ancak söz konusu durum beraberinde bazı sakıncalar getirmektedir. Öncelikle Komisyon, fazla iş yükü sebebiyle sınırlı sayıda davaya bakabildiğinden kendisine yapılan

⁵³ Tüzüğün hukuki dayanağı ATA'nın 83.1. maddesidir. Bu madde hükmü Konseyi, ATA'nın 81 ve 82. maddelerinde öngörülen ilkelerin gerçekleştirilmesi amacıyla yönergeler ve Topluluk tüzükleri çıkarmakla görevlendirmiş ve yetkilendirmiştir. Konsey bu düzenlemeleri, Roma Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl içinde, Komisyonun önerisi üzerine AP'nin görüşünü alarak ve oybirliği ile karara bağlar.

⁵⁴ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 388.

başvuruların hepsini takip edememektedir. Dahası, Komisyon bozulan rekabetin yeniden tesisi için sadece 1/2003 sayılı tüzükte öngörülen araçlara sahiptir.

Bu sakıncaları gidermek amacıyla Komisyon 2000 yılında bir öneride bulundu. Söz konusu öneri ile, Komisyon'un rekabet kurallarının uygulanması bakımından ulusal mahkemeler ve ulusal rekabet otoriteleriyle birlikte taşıdığı müşterek sorumluluğuna yeni bir şekil vermek amaçlanmıştı. Nitekim bu öneri sonucunda düzenlenen 1/2003 Sayılı Tüzük, söz konusu müşterek sorumluluğu açıkça vurgulamakla birlikte, AB rekabet kurallarının daha gelişmiş ve tutarlı bir şekilde uygulanması hedefini gerçekleştirebilmek için gerekli argümanları da sunmaktadır.

1/2003 sayılı tüzük ATA'nın 81. ve 82. (ABİDA 101-102) maddelerine ilişkin usul kurallarının düzenlenmesinde etkindir. Diğer işlemler için uygulanması söz konusu değildir. 1/2003 sayılı tüzük rekabet hukuku ile ilgili olan bu maddelerin yeniden yorumlanmasını dahası uygulamasında daha da başarılı olunmasını sağlamaktadır⁵⁵. Bu bağlamda 1/2003 sayılı tüzüğün rekabet usul hukukundaki işlevi konusunu başlıklar halinde aktaracak olursak;

- Muafiyette izin ve bildirim sistemi kaldırılmış, böylece 81/3. madde (ABİDA m. 101/3) doğrudan uygulanma imkanı bulmuştur.
- Ulusal rekabet örgütlerin ve mahkemelerin aktif katılımı sağlamıştır.
- Ülkelerin kendi rekabet kanunlarının uygulama alanı daraltılmış bununla birlikte topluluk hukukunun rekabet kanunları öncelikli hale getirilmiştir.
- Komisyonun soruşturma yetkileri geliştirilmiştir.

01 Mayıs 2004'te yürürlüğe giren 1/2003 tüzüğünün uygulama alanı incelenirken dikkat çeken bir diğer husus; bu tüzüğün etkili olduğu bölümde aslında 1962 yılında kabul edilen 17/62 sayılı tüzük bulunmaktadır. Ancak gelişmesini her

⁵⁵ ÖZGÖKER Uğur, Avrupa Birliği Sanayi Politikası-1, İstanbul 2000. s. 2.

sahada üst seviyelere taşıyan Avrupa Birliğinin yeni yapısı içerisinde 17/62 sayılı tüzük yetersiz kalmıştır. Dolayısı ile 1/2003 sayılı tüzük bu konuda 25 üyeli Avrupa Birliğini bir süre daha idare edebilecektir.

17/62 sayılı tüzükte işletmeler anlaşma ve kararlarını komisyona bildirirlerdi. Komisyon ise anlaşmanın 81/I. (ABİDA m. 101/1) maddesindeki yasak hükmünden muaf tutulup tutulmayacağına karar verirlerdi. Oysa 1/2003 sayılı tüzüğün konu ile ilgili 1. maddesin aşağıdaki gibidir⁵⁶.

“ Anlaşmanın 81/I. maddesi anlamındaki tüm anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, 81/III. maddedeki şartları yerine getirmedikleri sürece önceden verilen bir karara gerek olmaksızın yasaktırlar.

Anlaşmanın 81/I. maddesinde sözü edilen tüm anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, 81/III. maddesindeki şartları yerine getirdikleri sürece önceden verilen bir karara gerek olmaksızın hukuka uygundurlar.

Anlaşmanın 82. maddesi anlamındaki hakim durumu kötüye kullanılması halleri önceden verilen bir karara gerek olmaksızın yasaktırlar.”

IV. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU MEVZUATINDA UYUMLU EYLEMLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Avrupa Birliği hukukunda uyumlu eylemler öncelikle Schuman Planı esas alınarak yapılan görüşmeler sonunda, Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda, İtalya ve Lüksemburg arasında 18 Nisan 1951 tarihinde Paris’te imzalanan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması⁵⁷’nda düzenlenmiştir. AKÇTA. m. 65/1’e göre, ortak

⁵⁶ ÖZGÖKER, s.2.

⁵⁷ AKÇT uluslararası bir antlaşma olmayıp, ilk uluslararası kurum antlaşmasıdır. ‘Uluslararası kurum antlaşması’nın anlamı şudur: taraflar hakimiyet haklarından bir kısmını AKÇT’ye, yani uluslararası bir kuruma devretmiştir. AKÇT’nin görevleri özetle; üye ülkelerin ekonomik büyümelerine, istihdam yaratılmasına ve hayat standartlarının yükseltilmesine katkıda bulunmak, kömür ve çelik ürünün rasyonel dağılımını güvence altına almaktır. Topluluğun hedefleri ise; Topluluğun konusunu oluşturan ürünlerde ihracat ve ithalat vergileri ile eşetkili resimlerin kaldırılması, miktar sınırlamalarının,

pazar içindeki normal rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, kısıtlama ya da bozma eğilimi gösteren teşebbüsler arası tüm anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemler yasaktır. Bu antlaşmayı takiben 25 Mart 1957'de Roma'da imzalanan ve bu adla anılan Antlaşma ile Avrupa Ekonomik Topluluğu⁵⁸ kurulmuş, AET Antlaşması'nın 85. maddesinde teşebbüsler arası danışıklı ilişkilere yer verilmiştir. Akabinde 7 Şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği kurulmuş, AET'nin yerini Avrupa Topluluğu almıştır. Nihayet, 2 Ekim 1997'de imzalanan ve Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile 85. madde içeriğine dokunulmadan 81. madde olarak değiştirilmiştir.

Son olarak 17 Aralık 2007 tarihinde Lizbon Antlaşması imzalanmış, bu antlaşma her ne kadar konumuz açısından doğrudan değişiklikler meydana getirmemişse de Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'da değişiklikler yapılmıştır. Böylece Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın ismi ile madde numaralandırması değiştirilmiş, antlaşmanın adı Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma olurken 81. madde 101. madde olarak içeriğine dokunulmadan yeniden numaralandırılmıştır. Bu çalışma kapsamında Antlaşma'nın yeni metni esas alınmıştır.

Ayrıca Lizbon Antlaşması, sütun yapısını kaldırarak Topluluk yerine bir bütün olarak Birliğe tüzel kişilik kazandırmıştır. Bu nedenle çalışmamda bu değişikliğin gereği olarak Avrupa Birliği (AB) ifadesi kullanılacak, ancak tarihsel süreç hakkında bilgi verirken ve yasa maddelerine atıf yapılan hallerde ise yasa hükmündeki ifadeler kullanılacaktır. Lizbon Antlaşması'yla kurucu antlaşmalar yeniden tanzim edilerek Birlik hukuku daha açık hale getirilmiştir. Avrupa Topluluğu'nun, Avrupa Birliği ile birleştirilmesi ile önemli bir yapısal dönüşüm gerçekleştirilmiştir

ABİDA m. 101/1'de; üye devletler arasındaki ticareti (olumsuz) etkileyen ve ortak pazar dahilindeki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması ya da bozulmasını

ayrımcılığın bertaraf edilmesi ve mahalli ürünlere, ilgili hükümetçe verilebilecek destek ve teşviklere engel olunmasıdır.

⁵⁸ AET ile üye ülkeler arasında, malların, sermayenin ve emeğin serbestçe dolaştığı bir ortak pazar ve gümrük birliği kurulması öngörülmüştür. AET de aynen AKÇT gibi uluslararası olamayıp uluslararası bir kurumdur.

amaçlayan ya da bu etkiyi doğuran anlaşma, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir.

AKÇTA m. 65/1 ile ABİDA m. 101/1’de düzenlenen uyumlu eylemlerin aynı kavramı ifade edip etmediği ve aynı unsurları taşıyıp taşımadığı tartışma konusu olmuştur. Avrupa Birliği’ni oluşturan antlaşmalardan olan AKÇTA ve ABİDA’da yer alan hükümlerin aynı anlam ve unsurlara sahip ‘bir’ uyumlu eylemler mi yoksa birbirinden ayrılan, bundan dolayı ayrı ayrı incelenmesi ve ele alınması gereken ‘iki’ farklı uyumlu eylemler modeli mi çizdiği hususundaki tartışma, AB’nin çok dilliliğinden kaynaklanmaktadır⁵⁹.

AB rekabet hukukunun yasal metinlerinde, anlaşma ve kararlar gibi uyumlu eylemler kavramında da bir değişiklik olmamıştır. Bu nedenle burada uyumlu eylemlere ilişkin ortaya konulan ilkeler ve özellikler, gerek ABİDA, gerek ATA gerekse AKÇTA için geçerlidir. AKÇTA düzeyinde özellikle çelik pazarının oligopol bir piyasa yapısı arz etmesinden dolayı, uyumlu eylemlere ilişkin yorumlar bu piyasa türü üzerinde yoğunlaşmıştır. ABİDA çerçevesinde ise AKÇTA’ya göre çok daha geniş bir piyasa çeşitliliği içinde uyumlu eylemler değerlendirilebilmektedir.

V. UYUMLU EYLEMLERİN DÜZENLENME AMACI

AB hukukunda uyumlu eylemlerin düzenlenme amacını rekabet kurumlarının ifadelerinde bulmak mümkündür. AB Komisyonu’na göre uyumlu eylemlerin bağımsız bir kavram olarak ABİDA’da düzenlenme amacı, teşebbüslerin anlaşma kavramı içinde değerlendirilemeyecek rekabeti sınırlayıcı yöntemler izleyerek m. 101/1’i dolanabilmesi imkanını baştan engellemektir⁶⁰. Kanuna karşı hile ile, genel bir ifadeyle, kanunun yasakladığı bir amaca kanunun yasaklamadığı yol ve yöntemler izleyerek ulaşmaktır. Buradan hareket edilince uyumlu eylemler, genel düzenlenme amacının aksine, özelde anlaşma ve kararlardan, üstlendiği tamamlayıcılık işlevi ile

⁵⁹ İKİZLER, s. 45.

⁶⁰ Case T-13/89, Imperial Chemical Industries PLC v. Commission (of the European Communities) (ICI II), ECR 1992, II-1021.

ayrılır. Özellikle anlaşma olarak görülemeyen teşebbüs faaliyetlerini yakalamaya yarar. Böylece uyumlu eylemlerin konusunu anlaşmalar ve kararlar dışında kalan ve fakat anlaşmalar ve kararlarla aynı sonucu doğuran uygulamalar oluşturur⁶¹.

Roma Hukuku'ndan günümüze kadar, kanuna karşı hileye ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır:

“Topçuoğlu⁶²”na göre, kanuna karşı hile “kanunların mana ve maksatlarına mugayir olmakla beraber lafızlarına mutabakatı yüzünden metinlerin normal tatbikleriyle takip edilemeyen ve ancak gayri tefsirleri sayesinde müeyyidelenebilen fiil ve muameleler”dir.

Bir başka tanıma göre, kanuna karşı hile ‘kanun belli bir hususu, bir hukuki veya ekonomik sonucu yasaklamışsa, aynı sonuca kanun metnine uygun başka bir yoldan giderek ulaşmaktır’⁶³.

Bir eylem ya da işlemin kanuna karşı hile oluşturup oluşturmadığı noktasında, bu fiil ya da işlemle ulaşılmak istenen amaca karşılık gelen normla kanun koyucunun, a) bu amaca ulaşmayı mı yoksa b) bu amaca belirli bir yol ve yöntemle ulaşmayı mı emredici biçimde yasakladığı araştırılmak gerekir⁶⁴. Eğer yasaklanan doğrudan doğruya ekonomik ya da hukuki amacın kendisiyse, bu amaca ulaşmak için kullanılan tüm yol ve yöntemler kanuna karşı hile ile kabul edilir. Eğer normla yasaklanan hukuki ya da ekonomik amacın kendisi değil, ancak bu hukuki ya da ekonomik sonucu doğuran bazı yol ve yöntemlerse, kanun hükmünün yasaklamış olduğunun dışındaki davranış biçimleri ile bu amaca ulaşılması kanuna karşı hile oluşturmaz⁶⁵.

Kanun koyucuların uyumlu eylemleri düzenleme amacı, teşebbüslerin kanuna karşı hileye başvurarak rekabet kanunlarını dolanması imkanının önünün

⁶¹ İKİZLER, s. 52.

⁶² TOPÇUOĞLU H., Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), İzmit 1950, s. 188.

⁶³ REİSOĞLU S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1999, s. 102.

⁶⁴ EREN F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 336.

⁶⁵ TOPÇUOĞLU, (Kanundan Kaçınma Yolları), s. 254-257.

kesilmesidir. Ancak bir kanuna karşı hile türü olarak nitelendirilme ya da algılanma, uyumlu eylemlerin yorumunda doğrudan bir anlam ve önem taşımaz. Kastedilen, doğrudan doğruya kanuna karşı hilenin özellikleri ve unsurları esas alınarak, bunlar üzerine uyumlu eylemleri inşa etmenin olanaklı olmadığıdır. Zira kanuna karşı hileye gidilmesi, ancak kanunun çözümlemediği sorunlarda başvurulabilecek bir yoldur. Belirli bir sorun hakkında bir kere kanunda bir hüküm getirilirse, artık bu sorun o kanundaki hükme göre çözümlenir ve yaptırımlanır. Yani artık hükmün kapsamına giren ve yaptırımlanması gereken olaylar, ancak bu maddelerin doğrudan doğruya ihlalini teşkil eder ve kanuna karşı hileye başvurulmasına gerek kalmaz⁶⁶. Zaten bu maddelerde kanuna karşı hile halleri ile olan mücadele, yazılı kanun marifetiyle yapılan müdahalelerden ibarettir⁶⁷. Burada kanun koyucuların iradesinin uyumlu eylemler düzenlenirken sonuçtan yana ağır bastığı, sonuç karşısında kastın ya da niyetin ikinci planda kaldığı söylenebilir⁶⁸.

⁶⁶ TOPÇUOĞLU, s. 200-201.

⁶⁷ TOPÇUOĞLU, s. 201.

⁶⁸ İKİZLER, s. 55.

İKİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN TANIMI VE UNSURLARI

I. UYUMLU EYLEMLERİN TANIMLANMASI

A. Uyumlu Eylem Kavramı

1. Genel Olarak

Roma Antlaşması 1957 yılında imzalandığında, üye ülkelerin hiçbirinin düzenlemelerinde “uyumlu eylem” (concerted practice) veya “uyumlu davranış” kavramlarına karşılık gelecek bir kavram bulunmamaktaydı. Bu nedenle Roma Antlaşması’nda uyumlu eylem kavramına yer verilmiş olması “uyumlu davranış” kavramını kullanan ABD antitröst hukukunun etkisinden kaynaklanmaktadır⁶⁹. AB rekabet hukuku mevzuatında bu terime ilk defa, AKÇTA m.65/1’de yer verilmiştir. Daha sonra terim yine aynı alanın düzenlediği, ATA m. 81/1’de de aynen kullanılmıştır⁷⁰. Lizbon Antlaşmasıyla ATA’nın sadece ismi ve madde numaraları değişmiş, ABİDA m. 101’e aynen aktarılmıştır.

ABD rekabet hukuku mevzuatının temelinde yer alan Sherman Kanunu’nun, AB ve Türk rekabet hukuku mevzuatındaki uyumlu eyleme ilişkin hükümleriyle aynı alanın düzenlendiği 1. bölümünde, kanun koyucu, teşebbüsler arasındaki, rekabeti bozucu nitelikleri nedeniyle yasaklanan işbirliği şekilleri arasında, üçüncü kişilere karşı gizli olarak yapılan ve ilgili piyasada rekabeti bozucu fiili etkiler yaratmış olan gizli anlaşmaların doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlanamadığı durumların kanıtlanması bakımından ve üçüncü kişilere karşı ister aleni ister gizli olarak yapılsın fiili işbirliği stratejilerinden kaynaklanan rekabeti bozucu koordinasyon durumlarının varlık koşulları bakımından, daha alt düzeydeki uzlaşmaları ifade etmek üzere, ‘gizli

⁶⁹ GOYDER D.G., EC Competition Law, 3. ed., Oxford 1998, s. 98. ABD Antitröst Hukukuna uyumlu eylemler açısından bakıldığında, bu konudaki Türk ve Avrupa Birliği rekabet düzenlemelerine karşılık gelen Kanunun, Sherman Kanunu (özellikle madde 1) olduğu görülür. ABD Antitröst Hukukunda rekabete ilişkin düzenlemelerin yer aldığı diğer kanunlar ise Clayton ve Robinson-Patman Kanunlarıdır.

⁷⁰ CENGİZ, s. 14.

işbirliği' terimini kullanmıştır⁷¹. AB ve Türk rekabet hukuku mevzuatında olduğu gibi uyumlu eylem terimini kullanmamıştır.

Uyumlu eylemlere ilişkin ABİDA m. 101'de de bir tanıma rastlanmaz. Bunun nedeni, uyumlu eylemlerin tanımındansa , çoğu zaman rekabet hukukundaki işlevi ve düzenlenme amacının ön plana çıkmasıdır. ABİDA m.101'de rekabeti engelleyici ya da kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmıştır.

ABİDA m. 101/1'e göre;

1- Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve ortak pazar içindeki rekabetin engellenmesi, sınırlandırılması ya da bozulması amacına veya etkisine sahip olan ve özellikle:

a) Doğrudan ya da dolaylı olarak alış veya satış fiyatlarını ya da diğer ticaret koşullarını belirleyen;

b) Üretimi, pazarları, teknik gelişmeyi, ya da yatırımları sınırlayan veya kontrol eden;

c) Pazarları veya tedarik kaynaklarını paylaştiran;

d) Diğer ticari taraflar bakımından, eşdeğerdeki edimlere farklı koşullar uygulayarak, onları bu nedenle rekabette dezavantajlı duruma düşüren;

e) Sözleşmelerin yapılmasını, niteliği gereği ya da ticari teamüle göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilişkisi olmayan ek yükümlülüklerin diğer taraflarca kabul edilmesi şartına bağlayan, teşebbüsler arası tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler ortak pazarla bağdaşmadığı için yasaktır.

Türk hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4'de teşebbüsler arasındaki rekabeti bozucu nitelikleri nedeniyle yasaklanan işbirliği şekilleri düzenlenmiş ve bu işbirliği şekilleri arasında; üçüncü kişilere karşı gizli olarak yapılan ve ilgili piyasada rekabeti bozucu fiili etkiler yaratmış olan, anlaşmaların ve teşebbüs birliklerinin organizasyonlarının doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlanamadığı durumların kanıtlanması bakımından; ve üçüncü kişilere karşı ister

⁷¹ CENGİZ, s. 15.

aleni ister gizli olarak yapılsın fiili işbirliği stratejilerinden kaynaklanan rekabeti bozucu koordinasyon durumlarının varlık koşulları bakımından, daha alt düzeydeki uzlaşmaları ifade etmek üzere “uyumlu eylemler” terimi kullanılmıştır⁷². Bu terim, ATA m.81/1 düzenlemesinden iktibas edilmiş⁷³ ve ABİDA 101/1’e değiştirilmeden aynen aktarılmıştır.

2. Doktrinde Yapılan Tanımlar

“İkizler⁷⁴”; doktrindeki görüşlere paralel olarak bir sentez yaparak, uyumlu eylemleri “iki ya da daha çok teşebbüsün birbirleriyle bağlantıya geçmesi sonucu pazar politikalarının paralelleşmesiyle rekabetin sınırlandırılması” şeklinde tanımlamaktadır.

“Tekinalp’e⁷⁵” göre ise uyumlu eylemler, “teşebbüslerin aralarında sözlü ya da yazılı herhangi bir sözleşme yapmadan, bir anlaşma ya da mutabakata varmadan, birbirleriyle uyumlu olan kararları alıp uygulamaya koyarak ya da birbirleriyle uyumlu davranışlarda bulunarak, belirli bir mal ya da hizmet piyasasında rekabeti bozmaları, kısıtlamaları ya da engellemeleridir” şeklinde tanımlanır.

“Aslan⁷⁶” ise uyumlu eylem tanımını, “iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlarıdır” şeklinde ele almaktadır.

“Gülören Tekinalp⁷⁷”, rekabet üzerine olan (sınırlayıcı) etkisinden açıkça söz etmeyerek uyumlu eylemleri, “işletmelerin, aralarında bir anlaşma ya da mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan karar ve uygulamaları” olarak ifade eder.

⁷² CENGİZ, s. 13.

⁷³ TEKİNALP G., Uyumlu Eylemler Kavramı, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s. 201-207.

⁷⁴ İKİZLER, s. 60.

⁷⁵ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 394-395.

⁷⁶ ASLAN Y., Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s. 51.

⁷⁷ TEKİNALP, s. 203-204.

“Lazerow'a”⁷⁸ göre, uyumlu eylem, “ekonomik bakımdan açıklanamayan ya da herhangi bir ekonomik gerekçeye dayanmayan piyasadaki bütün yeknesak davranışları kapsar.”

“Topçuoğlu”⁷⁹ ise uyumlu eylemleri şu şekilde tanımlamaktadır; “Uyumlu eylem, teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradede yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlardır.”

“Sanlı'nın”⁸⁰ tanımına göre ise; “uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir işbirliği durumudur.”

3. ABAD Kararlarında Uyumlu Eylemlerin Tanımlanması

Uyumlu eylem kavramının çerçevesini belirleyen ilk dava, Dyestuffs⁸¹ (Boya maddeleri) davası olmuştur. Davada Komisyon'un, Boya üreticilerinin aynı dönemlerde benzer oranlarda fiyat artışına giderek uyumlu eylem içinde oldukları yönündeki kararı ele alınmıştır. Topluluğun çeşitli ülkelerinde faaliyet gösteren üreticiler, 1964 ve 1967 yılları arasında fiyat duyuruları yaparak, dyestuffs fiyatlarında, üç kez aynı dönemlerde ve benzer oranlara denk gelecek şekilde artışa gitmişlerdir. Ayrıca üreticiler 1967 yılındaki son fiyat artışından önce toplantı yapmışlar ve bazı üreticiler fiyat arttıracaklarını bu toplantıda rakiplerine

⁷⁸ LAZEROW, Price Discrimination and the Treaty of Rome: The Jurisdictional Element, 23 Federal Bar Journal 1963, s.154.

⁷⁹ TOPÇUOĞLU M., Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 200.

⁸⁰ SANLI, K.C., Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 79.

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

bildirmişlerdir. Komisyon fiyat duyurularını, fiyat artışlarının aynı ürünleri kapsamasını ve benzer oranlarda uygulanmasını, üreticilerin yavru şirket ve temsilcilerine gönderdikleri talimatların aynı ifadeleri içermesini ve teşebbüsler arasında bir toplantı yapılmış olmasını delil göstererek, dyestuffs üreticileri arasında uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸².

Komisyon aynı ürünler üzerindeki fiyat artışlarının aynı oranda ve yakın zamanlı olması ve fiyat duyurularının, yavru ortaklıklara ve temsilcilere gönderilen fiyat talimatlarından ve gizli bağlantılardan kaynaklandığı gerekçesiyle uyumlu eylemin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Teşebbüsler, dyestuffs piyasasının dar oligopolistik nitelikte olması nedeniyle paralel davranmak için işbirliği yapmalarına gerek olmadığı, bir fiyat liderinin izlenmesinin bu nitelikten kaynaklandığı gerekçesiyle kararı temyiz etmişlerdir. ABAD, Komisyon kararını onaylayarak, uyumlu eylemin tanımına ilişkin ilk ve temel ilkeyi koymuştur. Bu karara göre uyumlu eylem;

“Bir anlaşmanın tamamlanması aşamasına ulaşılmasına gerek olmaksızın, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şeklidir.

Niteliği gereği uyumlu eylem bir anlaşmanın bütün elementlerine sahip değildir, fakat katılımcıların davranışlarından açıkça anlaşılan bir koordinasyon olmaksızın karşılıklı olarak tekrar edilerek (örtülü bir şekilde) ortaya çıkabilir.”

Uyumlu eylem kavramının tanımlanması bakımından ikinci önemli karar ABAD’ın 1975 yılındaki “Suiker Unie⁸³” kararıdır. Komisyon, şeker üreticilerinin 1968-69 ve 1971-72 yılları arasında gerçekleştirdikleri pazar paylaşmaya yönelik uygulamalarını ATA 81. (ABİDA m.101) maddeye aykırı bulmuştur. Üreticiler rakiplerinin yerel pazarlarına girmekten kaçınmakta ya da söz konusu yerel pazara girmek için o pazardaki yerli üreticinin iznini almaktaydı. Pazar, şeker satışının bir üreticiden diğerine yapılması ve satıcıların başka bir yerel pazarda üretici olmayan

⁸² YÜKSEL O. Y., Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Ankara 2004, s. 36.

⁸³ Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar), ECR 1975, 1663.

teşebbüslere doğrudan satış yapmamaları gibi yöntemler kullanılarak paylaşılmıştı. ABAD paralel davranışın yanı sıra, mektup, teleks mesajları, notlar şeklindeki delillerden Belçikalı üretici Raffinerie Tirlomontoise ile Hollandalı üreticiler Suiker Unie ve Centrale Suiker'ın birbirleriyle temas kurdukları ve rakiplerinin gelecekteki pazar davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak uyumlu eylem içinde oldukları sonucuna ulaşmıştır. Bu davada ABAD uyumlu eylemin daha ayrıntılı bir tanımını yapmıştır. Bu tanıma göre uyumlu eylem⁸⁴;

“Bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmemekle birlikte, ürünün yapısı, teşebbüslerin önem ve sayıları, pazarın büyüklüğü ve yapısı dikkate alındığında normal şartlar altında pazarda bulunması gereken koşullara uymayan rekabet koşullarının ortaya çıkmasına yol açan, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek (kasıtlı) ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şeklidir.

İçtihat hukuku tarafından belirlenen ve hiçbir şekilde ortak bir planın yürütülüyor olmasını gerektirmeyen koordinasyon ve işbirliği ölçütünün; her bir ekonomik operatörün, ortak pazarda benimsemeyi düşündüğü, teklif veya satış yaptığı teşebbüslerin ve kişilerin tercihlerini (de) kapsayan, politikayı bağımsız bir şekilde belirlemesi gereksiniminin ışığında saptanması gerekmektedir.

Bu bağımsızlık gereksinimi ekonomik operatörleri rakiplerinin varolan veya beklenen davranışlarına kendilerini akıllıca adapte etme hakkından mahrum etmemektedir; ancak teşebbüsler arasındaki, amacı veya etkisi, fiili ya da potansiyel rakibin piyasadaki davranışını etkilemek veya rakibine, ilgili piyasada uygulamaya konmak üzere aralarında daha önce kararlaştırdıkları ya da kararlaştırmayı düşündükleri bir hareket tarzını açıklamak olan, doğrudan veya dolaylı herhangi bir bağlantıyı kesinlikle yasaklamaktadır.”⁸⁵

⁸⁴ YÜKSEL, s. 36.

⁸⁵ YÜKSEL, s. 37.

Bu çerçevede uyumlu eylemin tanımının, temelinde, bir arada bulunması gereken iki ilke vardır⁸⁶:

- i. Teşebbüsler arasında gizli veya örtülü yöntemlerle gerçekleştirilen ve ortak bir planı içermesi zorunlu olmayan, doğrudan veya dolaylı bir iletişim bulunmalıdır.
- ii. Bu iletişim, teşebbüslerin rekabet politikalarına ilişkin tek taraflı ve bağımsız kararlar almalarını önleyerek rekabet risklerinin yerine geçen, rekabeti bozucu nitelikte bir koordinasyon yaratmalıdır.

Uyumlu eylem kavramını tanımlayan ve böyle bir eylemin ispatında klasik delile gerek bulunmadığını ortaya koyan bir diğer ABAD içtihadı da “Pioneer”⁸⁷ davası dolayısıyla verilmiştir.

Bir Japon firması olan Pioneer’in biri İngiltere’de (Shriro), diğeri Fransa’da (MDF) bir başkası da Almanya’da (Melchers) olmak üzere üç dağıtıcısı vardır. Pioneer ürünleri Fransa’da oranla pahalı satılmaktadır. Bu sebeple, Almanya ve İngiltere’den Fransa’ya çokça mal gelmektedir. MDF bu paralel ithalattan şikayetçi olduğunu bildirince, Pioneer ile üç dağıtıcısı Anvers’de bir toplantı yapmışlardır. Toplantıda ne anlaşma yapılmış, ne bir tutanak tutulmuştur. Toplantının ardından Almanya’daki dağıtıcı Melchers, Fransa’ya mal sevk etmek isteyen toptancılara mal vermeyi reddetmiş, İngiltere’deki Shriro ise toptancılardan kendisinden mal istememeleri ricasında bulunmuştur. Toptancılar ricayı kabul etmeyince sorun Komisyon’a intikal etmiş, Komisyon ortada herhangi bir delil bulunmadığını belirterek şikayeti reddetmiş, ABAD ise, toptancılara mal verilmemesini uyumlu eylem kabul etmiş ve uyumlu eylemin sabit olduğunu bildirmiştir. Kararın ikinci önemli tarafı, uyumlu eylemin, klasik anlamda bir delilin mevcut olmamasına rağmen, kanıtlanmış sayılmasındandır⁸⁸.

⁸⁶ WHISH R., European Competition Law, London 2001, s. 84.

⁸⁷ Case100/80, Musique Diffusion Française v. Commission, ECR 1983, 1825.

⁸⁸ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 397.

Uyumlu eylemin ispatı için “hal ve şart” delili yeterlidir. Şu şartla ki, “hal ve şartlar” uyumlu eylemin varlığını ispatlasın. Somut olayın özelliklerine göre bir toplantı (Pioneer olayı), toptancılara mal verilmemesi (Pioneer olayı), yavru ortaklıkların aynı anda fiyatı artırmaları (Dyestuffs olayı), bir tutanak, bilgi alış-verişi (mesela üretim ve satış rakamlarının karşılıklı olarak verilmesi), bir notun gönderilmesini talep (Wood Pulp olayı) uyumlu eylemin varlığının kabulü için yeterlidir⁸⁹. Burada ispat ile ilgili iki sorun ortaya çıkmaktadır. Birincisi, ispat yükünün kime ait olduğudur. İddia ileri sürdüğü için, ispat yükü Komisyondadır. Komisyon bir olguyu ispat ederek yükümünü yerine getirmekte, söz konusu maddi olayın izahı karşı tarafa düşmektedir. İkinci olarak, uyumlu eylem sorununda sağlıklı sonuca ulaşılabilmesi için ekonomik değerlendirmeler yapmak ve somut olayın özelliklerini incelemek gerekir. Ekonomik analiz yapılmadan sonuca ulaşılması, haksız yargılara varılmasına yol açabilir.

Uyumlu eylemlere ilişkin kararlar incelenirken, uyumlu eylemin oluşması için gerekli olan teşebbüsler arası bağlantılara değinildi. Bir de bu konuyla ilgili tek taraflı kararlar sorunu mevcuttur. İşletme birliklerinin kararları bir tarafa bırakılacak olursa, karteller işletmeler arasında ya anlaşmalar ya da uyumlu eylemlerle oluşur. Bir kartelin varlığından söz edebilmek için en az iki işletmenin varlığı gereklidir. Bir işletmenin tek başına aldığı bir kararda, kararı alan işletme hakim işletme ise, ABİDA’nın 102. maddesine gireceği, yani hakim durumun kötüye kullanılması halini oluşturacağı şüphesizdir⁹⁰.

Kural olarak, işletmeler arasında bir anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın, bir işletme aldığı bir karar ile kartel oluşturmaz. Şu şartla ki, karar gerçekten ‘tek taraflı’ olsun ve başka bir işletmenin veya işletmelerin, sarih veya zımni anlayış göstermeleri olgusu ile başka işletmelerin bertaraf edilmesi sonucunu doğurmasın. Eğer böyle bir sonuç doğarsa -ABİDA’nın 102. maddesi kapsamına giriyor olması- ABİDA’nın 101. maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu konuda, “AEG-Telefunken/Komisyon⁹¹” kararı örnek gösterilebilir. Karara konu olan olayda, AEG

⁸⁹ TEKİNALP /TEKİNALP, s. 397.

⁹⁰ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 399.

⁹¹ Case 107/82, AEG Telefunken v. Commission, ECR 1983, 3151.

satış öncesi ve sonrası hizmet verebilecek kalitede olmalarına rağmen bazı satıcılara, düşük marj ile çalışmaları dolayısıyla, mal sevkini reddetmişti. Tek taraflı gibi görülen bu karar, ABAD’a göre, gerçekte bir kısım satıcıların lehine sonuç doğuruyordu. Çünkü, diğerleri piyasadan atılıyordu.

Ancak ABAD sürekli olarak rakiplerin faaliyetlerinin birbiri ile aynı doğrultuda olmasının her durumda uyumlu eylemin varlığına yeterli kanıt olmadığını da kabul etmektedir.

Nitekim “Ahlström&Ors/Komisyon⁹²” davasında, Yüce Divan yukarıda anlatılanlara karşın oldukça değişik bir karar almıştır. Buna göre:

“AT Antlaşması, teşebbüslerin rekabetin gerektirdiği oluşumlara akıllıca ayak uydurmalarını engellemeyebilir. Buna karşılık, eğer rakiplerin faaliyetlerinin birbirleriyle aynı doğrultuda olması olağan pazar şartlarının dışında ürünlerin yapısı, teşebbüslerin büyüklüğü ve sayısı ya da pazar hacmi ile ilgili durumlarda bir değişime yol açıyorsa, bu aynı doğrultudaki faaliyetler uyumlu eylem için bir kanıt olarak öne sürülebilir”.

ABAD, “Ahlström&Ors/Komisyon” davasında Komisyon'un üç aylık dönemlerle fiyat duyuru sisteminin Kurucu Anlaşma'yı ihlal ettiğini ya da böyle bir sistemin uyumlu eylem için daha evvelki aşamalarda duyurulmuş fiyatların delil teşkil ettiğini belirten savını reddetmiştir⁹³.

Sonuç olarak; Adalet Divanı, “Ahlström&Ors/Komisyon” davasında ekonomik göstergelere Dyestuffs davasına nazaran daha fazla ağırlık vermiştir. Buna istinaden, Adalet Divanı uyumlu eylem halinin kanıtlanması için asgari bir standart oluşturmaya çalışmıştır.

⁹² Case 89/85, Ahlström & Ors v. Commission, ECR 1988, 5193.

⁹³ ESIN, s. 220.

B.“De Minimis” İlkesi (Hoşgörülebilirlik Doktrini)

“De Minimis” ilkesi; rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan ve aynı zamanda üye ülkeler arasındaki ticareti de etkileyen bir anlaşmanın, bu etkisinin ‘küçük’ olması halinde, ABİDA’nın 10/1. maddesinin uygulanmamasını, yani söz konusu rekabete aykırı durumun hoş görülmesini ifade eder. Başka bir deyişle, ABİDA’nın 101/1. maddesindeki hükmünün tatbik edilebilmesi için, rekabete aykırı bulunan anlaşmanın üye ülkeler arasındaki ticarete hoş görülemeyecek ölçüde etki yapması gerekir⁹⁴.

Bu ilke ABİDA m. 101/I,II’deki hem amacı hem de etkileri bakımından rekabeti bozucu işbirliklerine uygulanmaktadır⁹⁵. Bu bağlamda toplam piyasa gücü zayıf olan teşebbüsler arasındaki yatay fiyat tespiti veya piyasa paylaşımı anlaşmalarının “de minimis” ilkesi gereği m.101/1 yasağına tabi olmaması olanağı vardır⁹⁶. Ayrıca bu ilkenin amacı veya potansiyel etkileri bakımından rekabeti bozucu nitelikte olup da henüz uygulanmamış veya piyasa üzerindeki fiili etkileri henüz doğmamış işbirliklerine de uygulanması gerektiğini vurgulamak gereklidir⁹⁷.

Bu ilke ilk kez ABAD tarafından “Volk/Vervaecke⁹⁸” kararında kabul edilmiştir. Karara konu olan olayda, çamaşır makinesi üreticisi olan Volk, anlaşma ile, Belçika ve Lüksemburg için, Vervaecke firmasına, bölgesel mutlak koruma ve paralel ithalatı önleme imkanı sağlayan bir münhasır dağıtıcılık hakkı vermişti. Olay, ön karar yöntemi uygulanarak ABAD’ın önüne geldi. ABAD Volk’ın Almanya’daki pazar payının 1963 ve 1966 yıllarında %0,2 ve %0,5 oranları civarında olduğunu saptadıktan sonra, piyasadaki yeri bu kadar önemsiz bir firmanın bahşettiği inhisar hakkının, üye ülkeler arasındaki ticarete etkisinin küçük olacağını ifade ile olaya ATA’nın 81/1.(ABİDA’nın 101/1.) maddesini uygulamadı. ABAD’ın kanaati

⁹⁴ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 419.

⁹⁵ LAURİLA M., The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agrgements of Minor Importance, ECLR 1993, s. 98.

⁹⁶ CENGİZ, s. 58.

⁹⁷ ASLAN, s. 101-102.

⁹⁸ Case 5/69, Volk v. Vervacake, ECJ 1965, 295, prg. 5-7.

uyarınca, pazara etkisi önemsiz olan bir anlaşma, ABİDA'nın 101/1. maddesinin kapsamı dışında kalır.

Gerçekten de, olaydaki Volk firmasının, anavatanı Almanya piyasasındaki binde iki ve binde beşlerle ifade edilen payı dikkate alındığında söz konusu teşebbüsün zayıflığı dolayısıyla üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilmesinin imkansızlığı açıkça ortaya çıkar⁹⁹. ABAD 1978 yılında verdiği 19/77 sayılı Miller/Komisyon¹⁰⁰ kararında %5 olan pazar payını hoşgörülebilir kabul etmemiştir. Çeşitli kararlarını değerlendirerek, ABAD'ın hoşgörülebilirlik sorununda belli yüzdelere bağlı kalarak karar vermek yerine, somut olayın özelliklerine göre sonuca vardığını söyleyebiliriz. Bu kural, hem dikey hem de yatay anlaşmalara uygulanabilen bir kuraldır.

Komisyon ABAD'ın kabul etmiş olduğu “de minimis” ilkesinin uygulanmasını, objektif bir ölçüte bağlamak amacıyla, deneyimlere bağlı olarak değiştirilen, toplam ciro veya piyasa payı gibi ölçütleri içeren altı tane “Küçük Önemli Haiz Anlaşmalara İlişkin Bildiri”¹⁰¹ yayınlanmıştır. Ancak İlk Derece Mahkemesi ve ABAD bu bildirilerdeki ölçütlere, ölçütlerin somut olayların özellikleri karşısında tatmin edici olmadığı durumlarda aynen uymamakta, farklı ölçütleri veya oranları uygulayarak değerlendirme yapmaktadırlar.

C. “Rule of Reason” İlkesi (Haklı Sebep Doktrini)

ABD antitröst hukukunda bilgi alışverişinin ve kolaylaştırıcı eylemlerin rekabet üzerinde olumlu etkilerinin olabileceğinin düşünülmesi nedeniyle, bu tür davranışlar temelde haklı sebep analizine tabi tutulmaktadır. Bu analizin, anlaşmanın varlığının belirlenmesi bakımından da dikkate alınmasına paralel olarak, özellikle oligopolistik bağımlılığa kısmen elverişli olan pazarlarda bilgi alışverişi ve

⁹⁹ TEKİNALP /TEKİNALP, s. 419.

¹⁰⁰ Case 19/77, Miller v. Commission, ECJ 12-2-1978, ECR 1978, 131.

¹⁰¹ ‘On Agreements of Minor Importance Which do not Appreciably Restrict Competition under Article 81/I of Treaty Establishings The European Community’, Commission Notice, (OJ-1968, C.75/3), (OJ-1979, C.1/213); (OJ-1986 C.23 1/2), (OJ-1993 C.43/2); On Agreements of Minor Importance which do not Fall within The European Community’, Commission Notice, (OJ-1997, C.372/3), (OJ-2001, C.372/3).

kolaylaştırıcı eylemlere başvurulması firmalar arasında gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşılmasında etkili olmaktadır¹⁰².

Bir anlaşma rekabeti sınırlayıcı hükümler içeriyor, ancak bu hükümler aynı zamanda rekabete katkıda bulunuyor ve rekabeti kamçılıyorsa, bu anlaşmanın ABİDA'nın 101/1. maddesi karşısındaki durumu nedir? Haklı sebep doktrini (Rule of Reason), bir anlaşmanın amacının rekabete aykırı bulunmadığı, ancak rekabete aykırı bazı hükümler içerdiği ve dolayısıyla ABİDA m.101/1'e girdiği hallerde, söz konusu anlaşmanın etkisinin rekabete aykırı olup olmadığının, rekabete yararının bulunup bulunmadığının incelenmesi dolayısıyla söz konusu edilmektedir. Başka bir deyişle, anlaşma rekabeti önleyici ya da sınırlayıcı veya bozucu bir amaç içeriyorsa, haklı sebep doktrinine başvurulamaz¹⁰³. AB hukukunda haklı sebep doktrini, amacı rekabete aykırı olmadığı halde, rekabet açısından bazı sınırlamalar içeren bir anlaşmanın, bu kısıtlamaların haklı sebeplere dayanmaları durumunda, kabul edilmeleri, yani ABİDA'nın 101/1. maddesinin kapsamı dışında mütalaa olunmaları sonucunu doğurur.

Haklı sebep konusundaki klasik karar ABAD'ın 1966 yılında verdiği 56/65 sayılı “Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm¹⁰⁴”dur. Olayda Maschinenbau Ulm MU ünvanlı Alman firması, kendi üretimi olan, tesviye makinelerinin ve parçalarının Fransa için inhisari satım hakkını Societe Technique Miniere (STM)'ye vermişti. STM ile MU arasındaki anlaşma paralel ithalatı önleyici bir hükmü içermediği gibi, STM'ye mutlak bir koruma da sağlamıyordu.

ABAD inhisar hakkını öngören hükmün sözleşmeyi pers e rekabete aykırı duruma getirmeyeceğini belirtti; amacının rekabete aykırı olmaması sebebiyle, sözleşmenin etkilerinin incelenmesine geçilebileceğini kaydetti ve inhisar hakkının tanınmasının, MU'nun Fransız pazarına girebilmesi, yani rekabete katılabilmesi için gerekli olduğu gerekçesine dayandı. ABAD'a göre bu şart olmasaydı, STM söz

¹⁰² YÜKSEL, s. 35.

¹⁰³ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 406.

¹⁰⁴ Case 55/56, Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm, ECJ 30-06-1966, ECR 1966, 235.

konusu makinelerinin satıcılığını almaz ve Fransız piyasası bir rakipten, yani STM'den yoksun kalırdı¹⁰⁵.

Anılan kararın birkaç önemli tarafı vardır. Birinci nokta, pers e doktrinin reddi; ikinci nokta, her somut olayda sözleşmenin amacının rekabete aykırı olup olmadığının incelenmesi gereği; üçüncü nokta ise, rekabetin kısıtlanmasının haklı bir sebebe dayanması gereğidir. Amacı rekabete aykırı olmayan, ancak rekabeti sınırlayıcı bazı hükümlere yer veren sözleşmelerde, ABİDA m. 101/1 açısından sonuca varabilmek için, ekonomik değerlendirmeye gerek olduğuna işaret eden; *Brasserie de Haecht/Wilkin*¹⁰⁶, *Delimitis/Henninger Brau*¹⁰⁷, 258/78 sayılı *Nungesser/Komisyon*¹⁰⁸ gibi pek çok karar mevcuttur.

Objektif gereklilik anlayışı ABAD'ın iki kararında açıkça ifadesini bulmuştur. Bunlar, 1985 tarihli ve 42/84 sayılı “*Remia BV-Verenigde Bedrijven Nutricia NV/Komisyon*¹⁰⁹” ve 1986 yılında verilen 161/84 sayılı “*Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*¹¹⁰” kararlarıdır. Özellikle *Pronuptia* kararı, haklı sebebin objektif bir gereklilik olarak belirtilmesi ve franchise sözleşmesinin tahlil edilmesi yönlerinden ilgi çekicidir. Karara konu olan olayda, franchise konusu düğün elbiseleriydi. Franchise veren franchise alana belli bir bölgede *Pronuptia* markasının kullanılması konusunda inhisar hakkı tanımıştı. Franchise alan, olağan yükümlere ek olarak, aynı bölgede başka dükkan açmamak ve bu konuda başkasına da yardım etmemek borcu altındaydı. Franchise alan *Pronuptia* markası için satış cirosu üzerinden royalti ödemek ve düğün kıyafetlerine ilişkin bütün ihtiyaçlarının yüzde seksenini *Pronuptia*'dan karşılamak zorundaydı.

Franchise alan ile veren arasında ihtilaf çıkmıştır. ABAD Franchise sözleşmelerinin hizmet, üretim ve dağıtım sözleşmeleri diye üç kısma ayrıldığını ve olayda dağıtım-franchise sözleşmesinin var olduğunu belirttikten sonra, bu sözleşme

¹⁰⁵ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 406.

¹⁰⁶ Case 23/67 etc., *Brasserie de Haecht v. Wilkin Janssen*, ECR 1967, 407.

¹⁰⁷ Case 234/89 etc., *Delimitis v. Henninger Brau AG*, ECR 1991, I-935.

¹⁰⁸ Case 258/78 etc., *Nungesser & Eisele v. Commission*, ECR 1982, 2015.

¹⁰⁹ Case 42/84 etc., *Remia v. Commission*, ECJ 11-07-1985, ECR 1985, 2545.

¹¹⁰ Case 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, ECR 1986, 2327.

türünü franchise verenin ve alanın hak ve borçları açısından açıkladı ve başka dükkan açmamaya ve düğün giysileri ile ilgili aksesuarların belli bir yüzdesinin, franchise verenden sağlanmasına ilişkin şartların, anılan sözleşmenin niteliğinden doğduğunu kaydetti.

ABAD’a göre, franchise alanın kullandığı tecrübe birikimi, onun kendi başına kalsaydı, ancak uzun yıllar sonra ve araştırmalar sonucunda elde edebileceği değerlerdir. Franchise alan hem söz konusu birikimi hem de markanın itibarını kullanmaktadır. Böyle bir sistemde yararlanabilmenin bazı şartlara bağlanması rekabetin kısıtlanması olarak anılamaz¹¹¹.

II. UYUMLU EYLEMLERİN UNSURLARI

Uyumlu eylemlerin tanımı doktrinde nasıl farklı şekillerde yapılmışsa aynı şekilde unsurları da çeşitli yazarlar tarafından ele alınmıştır. Esin¹¹²’e göre, uyumlu eylem halinin var olabilmesi için bir sözleşmenin varlığı gerekmemektedir. Uyumlu eylem halinin tespitinde üç temel bulgunun ortaya çıkartılması yeterlidir. Bu bulgular sırasıyla: a) rakip teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı, b) rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışların varlığı, c) rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı durumların varlığı. ABAD, “Suiker Unie¹¹³” vakasında uyumlu eylem hali çerçevesinde Topluluğun rekabet kurallarını tanımlarken, “her işletmenin ortak pazar içerisinde bağımsız olarak kendi politikasını saptaması veya saptayabilmesi gerektiği” olgusuna işaret etmiştir.

ABAD’ın Şeker karteli kararına göre: a) teşebbüsler arasında, kendi bağımsız faaliyetlerinin yerine geçen, bir çeşit koordinasyon ya da icrası mümkün işbirliği halinin olması; b) bu koordinasyona doğrudan veya dolaylı bir temasla ulaşılması;

¹¹¹ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 409.

¹¹² ESİN, (Rekabet), s. 19.

¹¹³ Case 114/73, Suiker Unie v. Commission, ECR 1975, s. 1663.

c) amacın “rakiplerin gelecekteki faaliyetleri hakkındaki belirsizlikleri daha önceden ortadan kaldırmak” olmasıdır¹¹⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

ABAD 1999 tarihli bir kararında¹¹⁵, ATA m.81’in (ABİDA m.101) uyumlu eylemler kavramının; teşebbüslerin birbirleriyle uyumlaşması, bu danışıklı uygulamalara uygun pazar tutumu ya da davranışı ve bu ikisi arasında nedensellik bağına işaret ettiğine değinmiştir. Aynı tarihli diğer bir kararında ise¹¹⁶, yine ATA m.81’den (ABİDA m.101) yola çıkarak, uyumlu eylemlerin unsurlarını; her bir teşebbüsün bir diğeriyle uyumlaşması, bunu takip eden pazar tutumu ya da davranışı ve bu ikisi arasında nedensellik bağı olarak sıralamıştır¹¹⁷.

Rekabet Hukuku kanunlarınca yasaklanmış olan uyumlu eylemin unsurlarını ikiye ayırabiliriz. Bu durumda, bağlantı ve rekabetin sınırlanması subjektif unsurlarını, teşebbüsler arası gerçekleşmesi ve paralel davranışların varlığı objektif unsurları oluşturur.

A. Objektif Unsurları

1. Teşebbüsler Arasında Gerçekleşmesi

a. Teşebbüs Tanımı

Teşebbüs kavramı, gerek Komisyon gerekse ABAD kararları ve dolayısıyla mevcut içtihatlar çerçevesinde şekillenmektedir. Bir kurumun teşebbüs olarak değerlendirilmesinde, hukuki yapısından çok yürüttüğü ticari faaliyetler belirleyicidir. Ticaret hukuku anlamındaki teşebbüs kavramı, rekabet hukuku kapsamında geçerli değildir. Rekabet hukukunda teşebbüs kavramı her türlü gerçek ve tüzel kişileri kapsayabilmektedir¹¹⁸. Nitekim Komisyon, Reuter/BASF¹¹⁹

¹¹⁴ ESİN, (Rekabet), s. 28.

¹¹⁵ Case 49/92P, Commission v. Anic Participazioni SpA, ECR 1999, I-4125.

¹¹⁶ Case 199/92P, Hüls AG v. Commission, ECR 1999, I-4287.

¹¹⁷ İKİZLER, s. 62-63.

¹¹⁸ ESİN Arif, Rekabet Hukuku’nda Anlaşma Uylum Eylem ve Kararlar, (Uyumlu Eylemler), Ankara 1998, s. 23.

kararında bir gerçek kişiyi bile teşebbüs olarak kabul etmiştir. Öte yandan, konuya ilişkin bir ABAD kararı da mevcuttur. “Mannessmann/High Authority¹²⁰” davasında ABAD teşebbüs tanımını "Kişisel, somut ve soyut unsurlardan oluşarak bir bütün teşkil eden, hukuken bağımsız bir özneye bağlı, belirli bir ticari amacı sürekli bir biçimde güden örgütlenmeler" şeklinde yapmıştır.

Tüm gerçek ve tüzel kişiler, ticari bir faaliyet göstermeleri ve bu faaliyetlerinin ticari bir amaca yönelik olup, süreklilik arz etmesi halinde teşebbüs olarak kabul edilmektedirler; hatta öyle ki burada bir gerçek veya tüzel kişinin yaptığı faaliyetlerden maddi bir amaç gütmesi gerekmez. Maddi kar dışında fayda bile üretmesi onun teşebbüs olarak kabul edilmesi için yeterli bir nedendir¹²¹.

Doktrinde ise “Tekinalp¹²²” teşebbüsü; “mal ve hizmet üreten, bunları pazarlayan ya da bunların pazarlanmasına aracılık veya danışmanlık eden, bütün gerçek ya da tüzel kişilerle, tüzel kişiliği olmayan ancak, bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimlerdir.” şeklinde tanımlamaktadır. Yine aynı ekonomik ve ticari faaliyetler kapsamında eser sahipleri, meslek birlikleri, spor federasyonları ve FIFA, teşebbüs olarak nitelendirilmişlerdir¹²³. Buna karşılık ticari mümessil, özel veya genel adi/ticari vekil ve seyyar tüccar memuru, teşebbüs değildir. Teşebbüs olmak açısından ana ve yavru ortaklıklar gereğinde, şartları varsa tek ortaklık gibi kabul edilebilirler. Teşebbüsün bir hukuk süjesi olması gerektiği genellikle kabul görür, ancak tüzel kişiliği olmamakla beraber hukuki bir birlik oluşturan birimler teşebbüs sayılır.

AB rekabet hukukunda teşebbüs kavramı, ABİDA’da tanımlanmadığından, içtihatlarla bir tanıma ulaşılmıştır. Genel bir tanımlamayla teşebbüs kavramı; “hukuki statüsü ve finansman modeli dikkate alınmaksızın, ekonomik aktiviteyle uğraşan varlıkları...” ifade etmektedir¹²⁴.

¹¹⁹ Reuter/BASF, OJ 1976, L 254.

¹²⁰ Case 19/61, Mannessmann v. High Authority, ECJ 1962, s. 687.

¹²¹ Case 209-215-218/78, Van Landewick v. Komisyon, ECJ 1980, s. 3125.

¹²² TEKİNALP/TEKİNALP, s. 390.

¹²³ WHISH, s. 188.

¹²⁴ CENGİZ, s. 68.

AB rekabet hukuku açısından teşebbüs kavramının kapsam ve sınırlarını belirleyen kararların başında ABAD’ın 23 Nisan 1991 tarihli “Höfner and Esler/Macrotron¹²⁵” kararı gelir. Bu kararda rekabet hukuku anlamında, varlığının yasal statüsüne ve nasıl finanse edildiğine bakılmaksızın, ekonomik faaliyet ile uğraşan her varlık teşebbüs olarak kabul edilmiştir. 1960’lı yıllardaki bir kararında ise ABAD, teşebbüsü sürekli olarak ekonomik faaliyetlerde bulunan hukuken bağımsız kişiler olarak tanımlamıştı. 1985 tarihli Hydrotherm¹²⁶ kararında ise, ekonomik birim, hukuki açıdan gerçek ya da tüzel, birçok kişiden oluşmuş olsa dahi antlaşmanın amacı açısından tek bir birim olarak değerlendirilmiştir. ABİDM’de “Shell¹²⁷” kararında arızı olmayan belli bir ekonomik amacı güden kişi, maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşan tek bir örgüt yapısı içeren birimleri ekonomik birimler olarak kabul etmiştir¹²⁸.

Teşebbüs kavramına ilişkin bu açıklamalar özetlenerek bir kez daha açıklamak gerekirse, "ekonomik anlamda bağımsız olarak karar verebilen tüm mal ve hizmet üreten birimler" tanımına ulaşılır¹²⁹.

b. Hukuki Bağımsızlık-Ekonomik Birlik Yaklaşımları

Ekonomik birlik terimi genellikle “hukuken bağımsız olmakla birlikte ekonomik olarak ya birbirlerine ya da ortak bir ana şirkete bağlı işletmeler hakkında kullanılır”. Bu ifadeden anlaşılması gereken ekonomik olarak birbirlerine ya da ortak bir gerçek veya tüzel kişiye bağlı ekonomik unsurların ekonomik bütünlük oluşturduğudur¹³⁰. Uyumlu eylemlerin varlığı için, en azından iki teşebbüsün varlığına ihtiyaç vardır. Aslında iki ya da daha çok teşebbüsün varlığı, tüm maddi rekabet kurallarının uygulanmasında aranan bir ön şart niteliğindedir. Bu noktada hukuken bağımsız olmakla birlikte ekonomik olarak birbirlerine ya da ortak bir

¹²⁵ Case 41/90, Höfner and Esler v. Macrotron, ECR 1991, I-1979.

¹²⁶ Case 170/83, Hydrotherm Gretebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., ECR 1984, 2999.

¹²⁷ Case 11/89, Shell v. Comission, ECR 1992, II-757.

¹²⁸ İKİZLER, s. 67.

¹²⁹ ESİN, (Uyumlu Eylemler), s. 24.

¹³⁰ ESİN, (Rekabet), s. 38.

merkeze bağılı teşebbüslerin bağımsız teşebbüsler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olmuştur¹³¹.

Ekonomik bütünlük terimi, ekonomik olarak birbirlerine ya da ortak bir gerçek veya tüzel kişiye bağılı ekonomik unsurların, ekonomik bütünlük oluşturduğunu ifade eder. Bu kavramdan da anlaşıldığı üzere, bu terim genellikle hukuken bağımsız olmakla birlikte ekonomik olarak ya birbirlerine ya da ortak bir ana şirkete bağılı işletmeler hakkında kullanılır¹³².

ABAD'ın istikrar kazanmış uygulaması ekonomik birlik yaklaşımını destekler doğrultudadır. Hydrotherm¹³³ kararında ABAD hukuki birlik yaklaşımı için bir ölçüt niteliği taşımayan bağımsız karar verebilme unsurunu vurgulamış ve bir gerçek kişi ile onun tarafından kontrol edilen şirketleri tek bir teşebbüs olarak nitelendirmiştir. Bu kararda bir ekonomik birimin birden çok gerçek ya da tüzel kişiden oluşabileceği açıkça ifade edilmiştir.

Ekonomik birlik yaklaşımına göre yapılan inceleme sonucu, birbirlerine ya da bir başka teşebbüse bağımlı, bu nedenle de bağımsız karar alma yeteneğinden yoksun teşebbüsler bağılı teşebbüsler olarak adlandırılır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bağımsız hareket edilmesi beklenen alan ekonomik meselelerle ilgili alandır. Yani öncelikle stratejik ticari davranışlar ve bu anlamda teşebbüsün pazar politikasıdır. Dolayısıyla bir firmanın pazar üzerinde etkisi olmayan konularda bağımsız hareket etmesi, bağımsız bir teşebbüs olarak nitelendirilmesini gerektirmez¹³⁴. Bu anlamda arz ettiği malların satış fiyatını belirlemede bir teşebbüsün bağımsız hareket edememesi, bağılı teşebbüs olarak kabulünü gerektirir. Bu bağlamda AB hukukunda Komisyon ve Mahkemenin, bir ortaklığın sermaye ya da oy haklarının çoğunluğuna

¹³¹ İKİZLER, s. 68.

¹³² ASLAN, s. 41.

¹³³ Case 170/83., Hydrotherm Gretebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., ECR 1984, 2999.

¹³⁴ İKİZLER, s. 70.

diğer bir ortaklığın sahip olduğu durumlarda, ana-yavru ortaklık ilişkisinin varlığını benimseyen kararları mevcuttur¹³⁵.

Ekonomik birlik yaklaşımı ile ilgili bir diğer sorun, bir bağlı teşebbüsün somut olayda ana teşebbüsten ya da diğer bir teşebbüsten bağımsız olarak hareket edip edemeyeceğinin, en azından her somut olayda bunun araştırmasının ayrıca yapılmasının gerekli olup olamadığıdır. Böyle olunca bağlı teşebbüs kavramını belirlemede Avrupa Birliği Birleşmeler Tüzüğü'nün¹³⁶ hükümlerinden yararlanılabilir¹³⁷. Nitekim, kural olarak, Birleşmeler Tüzüğü, fiili olarak böyle bir etkinin varlığından çok, bir diğer teşebbüs üzerinde belirleyici etki yapma imkanının varlığını esas almaktadır. Böylece rekabet kuralları arasında tutarlılık sağlamak açısından m.101 ve 102'ye göre teşebbüsün varlığına ilişkin yapılacak incelemede de ana şirketin yavru ortaklıklar üzerinde belirleyici etki yapma imkanına sahip olup olmadığına bakılmalı, bunun varlığı halinde ana ve yavru ortaklıkların tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkün olmalıdır¹³⁸. Bu şekilde yapılacak inceleme sonucu bir çatı altında toplanabilecek teşebbüsler, tek bir teşebbüs olarak değerlendirilecektir. ABİDA m.101 açısından da, ana teşebbüsün fiili olarak yavru teşebbüs üzerinde nüfuzunu kullanmıyor görünmesi bu sonucu değiştirmeyecektir¹³⁹.

ABAD bağlı teşebbüslerin varlığının belirlenmesi halinde bu tür teşebbüsler arası danışıklı ilişkilere m.101'i uygulamaz ve bunu bir teşebbüsün iç örgütlenmesi ile ilgili bir mesele olarak değerlendirir¹⁴⁰. ABAD "Centrafarm"¹⁴¹ kararında teşebbüslere ATA m.81'in (ABİDA m.101) uygulanması şartlarını incelerken aynı

¹³⁵ Nitekim ATA m. 81/III'ün (ABİDA m.101) uygulanması açısından, dikey anlaşma ve uyumlu eylemler için bir diğer teşebbüsün oy haklarının yarısından fazlasına sahip olma durumunun bağlı teşebbüs ilişkisi doğurduğu, Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü'nde (Art. 11) (Komisyon tarafından) öngörülmüştür. Commission Regulation (EC) No 2790/1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ 1999 L 336/21.

¹³⁶ Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (EC Merger Regulation), 29.01.2004 OJ L24/1.

¹³⁷ WILS W.P.J., The Undertaking as subject of EC Competition Law and The Imputation of Infringements to Natural or Legal Person, EL Rev., 2/2000, s. 106 vd.

¹³⁸ WILS, s. 107.

¹³⁹ WILS, s. 107.

¹⁴⁰ İKİZLER, s. 74-75.

¹⁴¹ Case 15/74, Centrafarm BV and others v. Sterling Drug, ECR 1974, 1147.

konzerne¹⁴² ait ve ana ve yavru ortaklık statüsüne sahip olan teşebbüslere bu maddelerin uygulanmayacağını ifade etmiştir. Ancak bunun için bağlı teşebbüsün pazar üzerindeki eylem ve akışını ya da seyrini belirlemede gerçek bir özgürlüğe sahip olamaması gerekir ve bu şartla ana ve yavru teşebbüsler bir ekonomik bütün teşkil ederler.

ABAD Centrafarm kararında, teşebbüslerin bağımsız teşebbüs olarak değerlendirilebilmesi için gerçek bir özgürlüğün varlığını aramakla birlikte, bu kararda m.101'in uygulanmasında birleşme ve devralmalara ilişkin tüzükle uyum sağlama ya da benzeri bir incelemeye girme eğilimi göstermemektedir¹⁴³. Bu hususta Bodson¹⁴⁴ kararı ABAD'ın görüşüne daha netlik kazandıracak bir karardır. Centrafarm gibi, ana-yavru ortaklık ilişkisine değinilen bu kararda, bağlı teşebbüslerin varlığının söz konusu olabilmesi için aynı gruba ait ortaklıkların ana ortaklık tarafından belirlenen, aynı Pazar stratejisini izlemelerinden söz edilmiştir¹⁴⁵. Bu karar Mahkemece, etki etme imkanından öte, fiilen böyle bir etkinin arandığına yorumlanır. Öncelikle ABAD'ın , burada kontrol gücünün fiilen kullanılmasını aradığı görülmektedir.

c. Teşebbüs Kavramının Somutlaştırılması

AB uygulamasında teşebbüs kavramının oldukça geniş anlaşıldığı görülmektedir. Ticaret ortaklıklarından, faaliyetlerini bağımsız olarak gerçekleştiren sanatçılara, profesyonel sporculara, buluşlarını ticari şekilde işleten araştırmacılara kadar geniş bir yelpaze içinde faaliyet gösterenler teşebbüs olarak nitelendirilebilmektedir. Bunlara doktorlar, eczacılar gibi başka meslek gruplarını da örnek vermek mümkündür. Bunların yanı sıra, FIFA ve milli futbol federasyonları gibi kuruluşların da teşebbüs olarak nitelendirildiği kararlar vardı.

¹⁴² Konzern, teşebbüslerin, hukuki bağımsızlıklarını koruyarak ortak bir yönetim gücü altında birleşmelerinden doğan ekonomik bütündür. SANLI, s. 323.

¹⁴³ WILS, s. 107-108.

¹⁴⁴ Case 30/87 etc., Bodson v. Pompes funebres des regions liberees, ECR 1988, 2513.

¹⁴⁵ İKİZLER, s. 75.

c.1. Ticari İşletme-Esnaf İşletmesi ve Teşebbüs

Ticari işletmenin unsurları doktrinde, gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık ve esnaf faaliyetinin sınırlarını aşma olarak ifade edilir¹⁴⁶. Ticari işletme işletmesinin nedeni, gelir sağlamaktır. Önemli olan ticari işletmenin bu amaçla işletilmesidir. Bu nedenle ticari işletmenin varlığı için gelir sağlamak değil, gelir sağlamayı hedeflemiş olmak aranır¹⁴⁷. Teşebbüsün unsuru olarak ekonomik faaliyetler; piyasada mal ve hizmet üretmeye, pazarlama ve satmaya ya da bunları gerçekleştirmek amacıyla mal ya da hizmet almaya ya da temin etmeye yönelik davranışlardır¹⁴⁸. Teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerinde de temel amaç, gelir sağlamaktır. Bununla birlikte, teşebbüsün varlığı için, ticari işletmenin aksine, gelir sağlamayı hedeflemesi zorunlu bir unsur olarak görülmez¹⁴⁹.

Devamlılık, ticari işletmenin esaslı unsurlarından biridir. Buna karşılık faaliyetin daimi olması gerekmez; niteliği gereği zaman zaman kesintiye uğrayabilir. Yazlık sinema ya da plaj işletmeleri buna örnek verilebilir. Bununla birlikte devamlılıktan asıl itibarıyla, ticari işletmenin devamlılık kasıt ve niyeti ile kurulması anlaşılır¹⁵⁰. Teşebbüs niteliğinin kazanılmasında, devamlılık, ekonomik faaliyetin rekabeti sınırlandıracak derecede sürmesi olarak anlaşılmalıdır. Böylece teşebbüsün değil, ekonomik faaliyetin devamlılığı esas alınmalıdır.

Ticari işletme kavramında yer alan bağımsızlık ile teşebbüs kavramında yer alan bağımsızlık aynı anlama gelmez. Ticari işletme anlamında bağımsızlık daha çok ekonomik-idari bağımsızlığı ifade ederken, teşebbüs anlamında bağımsızlık; ekonomik açıdan bağımsız birim olmayı ifade eder. Bir ticari işletme bünyesinde faaliyet gösteren ve kısmen dahi olsa o işletmeyi kendi işletmeyenler (yani tacir dışında kalan işletme çalışanları) bu anlamda bağımsız bir ekonomik faaliyete sahip değillerdir.

¹⁴⁶ DOMANIÇ H., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I, İstanbul 1988, s. 97 vd.

¹⁴⁷ POROY R./YASAMAN H., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2001, s. 34.

¹⁴⁸ İKİZLER, s. 82.

¹⁴⁹ İKİZLER, s. 83.

¹⁵⁰ POROY/YASAMAN, s. 84.

Ticari işletmenin bir başka unsuru da esnaf faaliyeti sınırını aşmasıdır. Ancak teşebbüs, ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımının üstünde yer almakta ve bu yönüyle de ticari işletmeden daha geniş bir kavram olmaktadır¹⁵¹.

c.2. Devlet-Kamu Kuruluşları ve Teşebbüs

Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin bazı durumlarda Antlaşma'nın 101. maddesi kapsamına girmemeleri söz konusu olabilmektedir. “İki ya da daha çok teşebbüsün, ulusal makamların emirleri ve haklarında alınan kararlar doğrultusunda hareket ederek rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici eylemlerde bulunmaları 101. madde kapsamında mütalaa edilmemektedir”¹⁵².

Komisyon'un benzer bir kararı da “Fransız-Japon Rulmanları¹⁵³” kararında görülmektedir. Bu kararda, Komisyon, Topluluk ile Japonya arasındaki ticari anlaşmalardan doğan eylemlerin Ortak (dış) Ticaret Politikası kapsamına girdiği için Antlaşma'nın 81. maddesi (ABİDA m.101) kapsamına girmediği; Japonya Hükümeti tarafından Japon sermayeli teşebbüslere empoze edilen şartlardan doğan eylemlerin de 81. madde (ABİDA m.101) kapsamına girmediği, ancak, her iki durumda da ortaya çıkacak olan her türlü ek anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere bu maddenin uygulanabileceği; sadece Japon yetkili makamlarınca Japonya'da yürürlükte olan mevzuata göre izin verilmiş teşebbüsler arası anlaşmalardan ve uyumlu eylemlerden kaynaklanan uygulamaların her ne kadar Japonya'da kanuna uygun olsalar da, bunun 81. maddenin (ABİDA m.101) uygulanabilirliğini ortadan kaldırmadığı, çünkü sonuçta ilgili teşebbüslerin anlaşmaya ya da uyumlu eyleme girmekten kaçınma serbestliğinin her zaman mevcut olduğu ve son olarak da Japon ve Birlik teşebbüs birliklerinin tek taraflı ya da müşterek girdiği anlaşmalardan, uyumlu eylemlerden, kararlardan kaynaklanan fiillerin 81. madde (ABİDA m.101) hükümlerinin kapsamına girdiği doğrultusunda tespitlerde bulunmuştur¹⁵⁴.

¹⁵¹ İKİZLER, s. 86.

¹⁵² GÜNUĞUR H., Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, Ankara 1988, s. 8.

¹⁵³ Roulement à billes, OJ 1974, L 343, s. 19.

¹⁵⁴ ESİN, (Rekabet) , s. 45.

ABAD’ın bazı kararlarında, kamu kuruluşlarını, genel ekonomik faaliyetlerle ilgili hizmetlerle görevlendirilen teşebbüsleri ve gelir sağlayan tekelleri, devletlerin dış ticaret organizasyonlarını ve ticari faaliyetlerle uğraşan mahalli idarelere ait birimleri teşebbüs olarak nitelendirdiği görülmektedir¹⁵⁵.

Anlaşıldığı üzere Rekabet Hukuku kapsamında son yıllarda Komisyon ve kamu iktisadi teşekkülleri arasında ciddi bir hukuki çatışma gözlenmektedir. Nitekim bu çatışmanın üye devletler ile Komisyon arasındaki bir yetki çatışmasına dönüştüğü görülmektedir. Bu bağlamda konunun iki temel alanda irdelenmesi mümkündür¹⁵⁶.

Birinci alan, Komisyon’un KİT’lerin faaliyet gösterdiği alanların liberalizasyonu üzerine geniş özelleştirme programlarını yürürlüğe koymasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda da doğal olarak, üye devletlerin Komisyon ile karşı karşıya gelmesi söz konusu olmaktadır. İkinci alan ise, Komisyon’un Topluluk rekabet hukuku’nun ana esaslarına bağlı kalarak Antlaşma’nın 106. maddesini yorumlarken, KİT’lerin üye devlet kararları ile rekabet kurallarından muaf kalmalarını özendirmek yerine bu kurallara özel sektör teşebbüsleri gibi uymak zorunluluğunda olduklarını vurgulamasıdır¹⁵⁷.

ABİDA’nın 106. maddesi:

“(1) Kamu teşebbüsleri ve kendilerine özel haklar ve tekel hakları verilen teşekküllerle ilgili olarak Üye Devletler, bu Antlaşmanın kurallarına, özellikle 12. ve 101-109.’a kadar olan) maddelerde öngörülenlere aykırı hiçbir önlem alamaz ve mevcut olanları da devam ettiremez.

(2) Genel ekonomi yararına işleyen hizmetleri yönetmekle görevli ya da mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüsler bu tür kurallar kendilerine verilen özel görevlerin yerine getirilmesine hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde bu anlaşmanın

¹⁵⁵ İKİZLER, s. 86.

¹⁵⁶ ESİN, (Rekabet) , s. 45.

¹⁵⁷ ESİN, (Rekabet) , s. 47.

kurallarına, özellikle rekabet kurallarına tabi tutulur. Ticaretin gelişimi topluluğun yararına aykırı olabilecek ölçüde etkilenmemelidir.

(3) Komisyon, bu madde hükümlerinin uygulanmasını gözetir ve gerektiğinde üye devletlere uygun yönergeler ya da kararlar yollar”¹⁵⁸.

Şu halde, AB rekabet hukukunda¹⁵⁹,

- Devletin tüzel kişiliği teşebbüs olarak değerlendirilmemektedir. Ancak anlaşma rekabet hukuku kapsamına m.106 (keza 107-109) ile devletin faaliyetlerini de sokmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse üye devletlerin rekabet ortamını bozucu ve ayrımcılık taşıyan rekabet düzenlemeleri yapmamaları gerekir.
- Kamu teşebbüsleri de rekabet kurallarına tabi olup faaliyetlerinden dolayı m.101’i ihlal edebilirler. Bu tür kamu teşebbüslerinin bir uyumlu eylemin faili olmaları mümkündür.
- Üye devletlerin iç hukuku hükümlerine göre bir faaliyeti kamu ya da özel hukuk faaliyeti olarak nitelendirmeleri, Mahkemeler’in ve Komisyon’un m.101 vd. açısından bir değerlendirme yapmasına engel teşkil etmez.

2. Paralel Davranışların Varlığı

a. Oligopolistik Karşılıklı Bağımlılıktan Kaynaklanan Bilinçli Paralel Davranışlar

a.1. Oligopol Piyasa Yapısı ve Oligopolistik Bağımlılık

Oligopol piyasa, piyasa politikalarını belirlerken birbirlerinin karar ve davranışlarından etkilenebilecek kadar az sayıda satıcının sonsuz sayıda alıcı ile karşı

¹⁵⁸ CENGİZ, s. 458-459.

¹⁵⁹ İKİZLER, s. 89.

karşıya geldiği piyasadır¹⁶⁰. Yani alıcı sayısına göre az sayıda satıcının faaliyet gösterdiği piyasalar oligopol piyasalar olarak adlandırılmaktadır.

Oligopolistik piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler, aldıkları kararların rakiplerin kararlarını etkilediğini ve her bir teşebbüsün karının sadece kendi davranışına değil, bu davranış karşısında rakiplerin göstermiş olduğu tepkilere de bağlı olduğunun farkındadır. Teşebbüsler arasında oluşan bu bağımlılık neticesinde oligopolistik piyasalarda paralel davranışlar ortaya çıkabilmekte ve rekabet üstü karlar elde edilebilmektedir.

Uyumlu eylemler açısından önemli olan, oligopolün dar ve geniş olarak ikiye ayrılmasıdır. Rakiplerin birbirlerinin davranışlarına duyarlı olduğu, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopol dar; bunun dışında kalanlar ise geniş oligopol olarak anılmaktadır. Geniş ve dar oligopolün birbirinden ayrılması konusunda ise üzerinde uzlaşmış bir ölçüt yoktur¹⁶¹.

Az sayıda rakibin bulunduğu oligopolistik piyasalarda, teşebbüslerden birinin pazar politikasındaki değişikliği, diğerleri üzerinde önemli bir etki doğurabilmektedir. Çünkü bu yeni politika başarılı olursa, diğer teşebbüsler bundan ciddi bir şekilde kayba uğrayacaklardır. Bu muhtemel kayıp, rakipleri kaçınılmaz olarak tepki vermeye zorlayacaktır. Öte yandan rakip sayısındaki azlık, pazar politikalarının karşılıklı gözlemlenmesini kolaylaştıracak ve her bir rakibin bir diğerinin politikasını erken öğrenebilmesini sağlayacaktır. Haliyle az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda bireysel politika değişikliklerinden etkilenme oranındaki yükseklik, teşebbüslerin kararlarını adeta birbirine bağımlı kılacaktır¹⁶².

Oligopolün, teşebbüslerin davranışlarını paralelleştirici etkisi vardır. Uyumlu eylemlerin de teşebbüslerin davranışlarını paralelleştirici etkisi vardır. Üstelik oligopole özgü paralelliklerin etkileri de uyumlu eylemlerden farklı değildir. Bunların sonucunda da pazarda rekabet sınırlanmış olur. Ancak unutulmamalıdır ki,

¹⁶⁰ CENGİZ, s. 165.

¹⁶¹ İKİZLER, s. 138.

¹⁶² İKİZLER, s. 141.

oligopole özgü paralellikte; teşebbüslerin rekabetçi olmayan uygulamaları, tamamen fikir düzeyinde gerçekleşen, birbirinden bağımsız akıl yürütmelerin sonucudur. Dolayısıyla da doktrindeki hakim görüşe göre de; az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, özellikle dar oligopol piyasalarda, pazarın bu yapısından kaynaklanan şeffaflık ve etki-tepki bağımlılığı nedeniyle birbirine paralel uygulamaların görülmesi, arzu edilmese de, yasak değildir¹⁶³.

a.2. Bilinçli Paralel Davranışlar

Bilinçli paralellik teşebbüslerin karar ve davranışlarını bilinçli olarak yeknesaklaştırmalarını ifade eder¹⁶⁴. Oligopol piyasalarda yukarıda da anlatıldığı gibi, teşebbüsler arasında piyasa yapısından kaynaklanan tabii bir etkileşim vardır. Teşebbüslerden birinin izlediği piyasa politikasına karşı diğerleri benzer veya aynı yönde yahut daha farklı stratejilerle tepki göstereceklerdir. İşte bu çerçevede teşebbüslerin bilinçli şekilde davranışlarını birbirlerine yaklaştırmaları hali bilinçli paralellik olarak anılmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁶⁵, uyumlu eylemin kabulü için bilinçli paralellik halinin varlığı gerekli ve yeterli şartı oluşturur. Bu görüşü benimseyenlerin¹⁶⁶ ortak kanaati, bilinçliliğin teşebbüsler arasındaki bağlantı ile ortaya çıkan bir durum olduğudur. Oligopol piyasalarda teşebbüsler davranışlarını otomatik olarak birbirine uygun hale getirirler. Kuşkusuz bu görüşte de haklılık payı vardır. Ancak oligopol piyasalardaki her hal ve şart için bu görüşün tatbik edilmesi, teşebbüsler açısından tehlikeli sonuçlara yol açabilir.

Daha önce de değindiğimiz gibi, oligopol piyasalarda teşebbüslerin başarısı, piyasa şartları çerçevesinde rakip teşebbüslerin alacakları karara ve gösterecekleri tepkiye göre isabetli stratejiler geliştirebilmelerine bağlıdır. İsabetli strateji, rakip teşebbüslerin tavrıyla aynı veya benzer yahut tamamen değişik olabilir. Fiyatları

¹⁶³ İKİZLER, s. 143.

¹⁶⁴ GOYDER, s. 101.

¹⁶⁵ ASLAN, s. 54-56.

¹⁶⁶ AKINCI A., Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 191-192.

arttıran bir teşebbüsü muhtemelen diğerleri de izleyecektir. Bilinçli paralellik yasaklanırsa, mal veya hizmetlerin fiyatını arttıran teşebbüse karşılık diğer teşebbüslerin fiyatlarının yükseltebilmeleri imkansız hale gelecektir. Görüldüğü gibi bu durumda aynı veya benzer davranışlar uyumlu eylem olarak nitelendirilecek ve taraflar cezalandırılacaktır. Bu sonuç benimsenirse bütünüyle oligopol piyasaların yasaklanması gerekecektir.

Uyumlu eylem durumu olarak nitelendirilen durumlarda, teşebbüsler arasında asgari seviyede de olsa bir haberleşme veya temas vardır. Rekabetin engellenmesi de bu görüşmeler sırasında ortaya çıkan uyumun sonucudur. Teşebbüsler arasında, piyasadaki arz ve talepten doğan benzer davranma rekabet hukukunun kapsamı dışındadır. Bu gibi durumlara, rekabet hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, piyasanın oligopol ya da tekel piyasası özellikleri göstermesi durumunda ortaya çıkmaktadır¹⁶⁷.

Bilinçli paralellik, oligopolcü piyasa yapısı ile yakından ilgilidir. Az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği piyasalarda, bilinçli paralellik firmaların piyasa paylarını önemli ölçüde etkiler ve bunların karşı tedbirler almasına neden olur¹⁶⁸. Bu da, firmaların karar verirken, diğerlerinin muhtemel davranışlarını göz önüne almaya iter. Rekabetin kısıtlanmasına yol açan ekonomik bağımlılık, oligopolcü piyasa teorisine göre, oligopolcü piyasa yapısının doğal sonucudur. Doktrinde bu hususla ilgili farklı görüşler olmakla birlikte, genelde öne çıkan yazarlar ve görüşler vardır.

“Bleechem¹⁶⁹”a göre, oligopole özgü paralelliklerde teşebbüslerin arasında Sherman Kanunu anlamında bir işbirliğinden söz edilemez. Bleechem; Rekabetin uyumlu eylem yolu ile kısıtlanması durumlarında, açıklanmamış bir uyma arzusunun varlığına dikkati çekerek, bilinçli paralelliğin uyumlu eylemden, bağlanma arzusunun bulunmaması nedeni ile ayrıldığını ileri sürmüştür.

¹⁶⁷ AKINCI, s. 150.

¹⁶⁸ AKINCI, s. 151.

¹⁶⁹ BLEECHAM, M., Conscious Paralelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Sherman Laws, New York Law School Law Rev., 24/1979, s. 895 vd.

“Turner¹⁷⁰” ise oligopole özgü paralellikleri farklı bir açıdan rekabet hukukuna aykırı bulmamaktadır. Turner’e göre oligopole özgü paralelliklerde de teşebbüslerin arasında bir anlaşmanın olduğundan söz edilebilir. Ancak oligopole özgü paralelliklerde Turner, asıl meseleyi, rekabete ya da Sherman Kanununa aykırı bir anlaşmadan söz edilip edilemeyeceği noktasında odaklaştırmakta ve oligopolün beraberinde getirdiği karşılıklı bağımlılıktan hareketle, oligopole özgü paralellikleri yasak kapsamında görmemektedir.

Turner, bilinçli paralellik sorununun 1962 tarihli bir makalesinde¹⁷¹ ele almış ve Yüksek Mahkemenin Theatre Enterprise/Federal Trade Commission kararını¹⁷² eleştirmiştir. Bu karara konu teşkil eden olayda, ikinci vizyon film gösteren sinema sahiplerinden biri, sinema dağıtım şirketlerine ilk vizyon film satın almak için talepte bulunur. Dağıtım şirketleri ise, semt sinemalarında birinci vizyon film gösterilmesinin, birinci vizyon film gösteren şehir merkezi sinemalarının hasılatını etkileyeceğini ve bunların filmde beklenen kazancı elde edemeyecekleri gerekçesi ile ikinci vizyon sinema sahibinin talebini reddeder. Yüksek Mahkemeye göre, dağıtım şirketlerinden her birinin ikinci vizyon sinemasına film satmakta çıkarı olduğu halde, birbirinden habersiz ancak diğerlerinin de aynı şekilde davranacağı umudu ile sinema sahibinin talebini reddetmesi, uyumlu eylemde olduklarını göstermektedir¹⁷³. “Turner”, “Bleecham”dan farklı gerekçeler ile bilinçli paralellik durumunun Sherman Kanununun 1. maddesi kapsamı dışında kalacağını savunmaktadır. “Turner”’a göre, sözleşme, işbirliği ve birleşme kavramlarının temelinde, iradelerin uyuşması düşüncesi vardır. Dilbilim açısından incelendiğinde, bilinçli paralellik durumu da, benzer iradelerin varlığını gerektirir. Uyuşma açık veya kapalı olabileceği gibi, şekil yönünden de sınırlanmamıştır.

Bununla birlikte “Posner¹⁷⁴”’e göre, bu tür paralellikler, oligopolistik pazarın karakteristik bir özelliği değildir ve bunlar tıpkı kartellerde olduğu gibi teşebbüslerin

¹⁷⁰ TURNER, s. 665 vd.

¹⁷¹ TURNER, The Definition of Agreement, s. 655. (AKINCI, s. 153’den naklen).

¹⁷² Theatre Enterprise, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp. et al. 346 US 537, 74 S.Ct. 257 (1954).

¹⁷³ AKINCI, s. 153.

¹⁷⁴ POSNER, R., Oligopoly and the Antitrust Laws, A Suggested Approach, Stanford Law Rev., 21/1969, s. 1562 vd.

hür iradeleri ile girişmiş oldukları davranışlardır. “Posner”, “Turner”ın uyuma ilişkin görüşlerini kabul etmekte, ancak bağımlılık görüşüne katılmadığı için, “Turner”dan farklı sonuca ulaşmaktadır. “Posner”a göre, firmaların gizli uyum ile rekabeti kısıtlamaları da, serbest bir seçim sonucudur, çünkü oligopol piyasasında faaliyet gösteren firmaların da, diğerlerinin fiyatını takip etmek yerine, marjinal maliyete yakın bir fiyat tespit ederek, daha fazla mal satmaya çalışması da rasyonel bir davranıştır¹⁷⁵.

“Posner”, ihlalin oluşum tarzıyla değil, sonucu ile ilgilenmekte, rekabete aykırı bir etki doğduğunda ihlalin gerçekleştiğini belirtmektedir. Nitekim “Posner”ın görüşü, sadece ekonomik bulgulardan elde edildiği, halbuki ekonomi biliminde bazı kavramların hala tam olarak açıklığa kavuşmadığı; bu nedenle sonuçların spekülasyona açık olduğu ve sorunun çözümünde yarar getirmeyebileceği gerekçesiyle de eleştirilmiştir.

a.3. Woodpulp Kararı ve Etkileri

ABAD’ın Woodpulp¹⁷⁶ kararı, hem oligopolistik bağımlılığa ilişkin tartışmalara son vermiş, hem de uyumlu eylemin varlığını ispatlamak üzere Komisyon’un ne tür deliller ileri sürmesi gerektiğinin ve bu çerçevede paralel davranışın uyumlu eylemi ispatlamaktaki gücünün ne olması gerektiğinin anlaşılmasında önemli bir rol oynamıştır¹⁷⁷.

Davanın konusunu, kağıt hamuru üreticilerinin giriştikleri bazı uygulama ve davranışlar oluşturmaktadır. Kağıt hamuru üreticileri ileriye dönük olarak üçer aylık dönemler halinde fiyat duyuruları yapıyorlardı. Duyurusu yapılan fiyatlar, kağıt hamuru üreticileri ile bunların müşterileri olan kağıt üreticileri arasında yapılan tartışmalar sonucu karar verilen fiyatların en üst seviyesini oluşturmaktaydı. Bu duyurular ya eş zamanlı ya da çok yakın zamanlarda (birkaç saatlik farklılıklarla) yapılmaktaydı. Duyurulan fiyatlar aynıydı. Alım satım fiyatları ise duyurusu yapılan

¹⁷⁵ AKINCI, s. 156.

¹⁷⁶ Cases 89/85 etc., Ahlstrom Oy. v. Commission (Woodpulp II), ECR 1993, I 1307.

¹⁷⁷ YÜKSEL, s. 44.

fiyatlar ile aynıydı. Komisyon, 1975-1981 yılları arasında fiyatlarda gözlenen paralelliğin, oligopolistik bir piyasada tarafların karşılıklı bağımlılıkları ile açıklanamayacağını ileri sürmüştü¹⁷⁸.

Üreticiler arasında çeşitli doğrudan bilgi alışverişinin gerçekleştiğine ilişkin teleksler ve toplantı tutanakları da bulan Komisyon, pazar koşullarıyla açıklanamayan paralel davranışları özellikle dikkate alarak 43 kağıt hamuru üreticisinin ve birliklerinin uyumlu eylem içinde oldukları sonucuna ulaşmıştır.

ABAD, görevlendirdiği ekonomistlere bir rapor hazırlatmıştır. Raporda, kağıt hamuru pazarının, çok sayıda üreticiden oluşmasına karşın, bu üreticilerin belli bir kağıt hamuru üretiminde uzmanlaşmalarından dolayı Komisyon'un tahmininin ötesinde oligopolistik bir yapıya sahip olduğu belirtilmiştir. ABAD büyük ölçüde bu rapora dayandığı kararında, fiyat artışlarının önceden ve ABD Doları cinsinden duyurulmasının müşterilerin talebi üzerine yapıldığını, bu nedenle fiyat duyurularının üreticilerin pazarı yapay olarak şeffaf hale getirmek niyetlerinden değil, makul ticari bir gerekçeden kaynaklandığını vurgulamıştır.

Woodpulp kararında da işaret edildiği gibi, teşebbüslerin uyumlu eylem içine girdiklerinin kabulü için, paralel davranışların varlığı yetmez. Şayet paralel davranışlar, teşebbüsler arasında doğrudan veya dolaylı yolla gerçekleşecek bir temasa dayalı bir koordinasyon veya işbirliği sonucu ortaya çıkmışsa, söz konusu davranışlar uyumlu eylem sayılacaktır. Ayrıca ABAD söz konusu kararında, bilinçli paralelliğin tek başına uyumlu eylem teşkil etmeyeceğini belirtmekle beraber eğer taraflar aralarında iletişim halindeler ise Komisyon tarafından "PVC¹⁷⁹" ve "LdPE¹⁸⁰" kararlarında (özellikle Shell'e karşı olan) olduğu gibi uyumluluğu kabul etmektedir.

ABAD, şeffaf bir oligopolistik pazarda, paralel davranışların ortaya çıkmasının doğal olduğunu belirterek, şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Paralel

¹⁷⁸ YÜKSEL, s. 44.

¹⁷⁹ PVC I, OJ 1989, L74/1.

¹⁸⁰ LdPE, OJ 1989, L74/21.

davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranış uyumlu eylemin birinci derecede delili olamaz¹⁸¹". ABAD'ın Woodpulp davasındaki kararı iki noktayı açıklığa kavuşturmuştur: Bunlardan birincisi oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. İkincisi ise ABAD, artık Komisyon'dan pazarı çok iyi analiz etmesini ve delilleri bu analiz çerçevesinde değerlendirmesini istemektedir¹⁸².

"Yüksel"'e göre; ABAD bilinçli paralelliği ya da oligopolistik bağımlılığı uyumlu eylem kavramı çerçevesinde yasaklamaya yönelik bir tutum içine hiç girmemiştir. ABAD'ın birçok davada vurguladığı, teşebbüslerin, rakiplerinin davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının yasaklanamayacağı şeklindeki değerlendirmesi, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklı rasyonel pazar davranışlarına işaret etmekte ve bu davranışların uyumlu eylem çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır¹⁸³.

b. Uyumlu Eylem Kapsamını Genişletici ve Kolaylaştırıcı Eylemler

b.1. Eylem Kavramı

Uyumlu eylem ifadesi ABİDA m. 101'de geçen 'concerted practices' kelimesinin karşılığı olarak görülmektedir. Eylem kelimesi ile davranış ve uygulama anlamının kastedildiği söylenebilir. Çalışmamızda kimi zaman 'uyumlu eylemler' ki mi zamanda 'paralel davranışlar' şeklinde iki farklı ifade kullanılmışsa da, eylem ve davranış arasında bir fark gözetmeden ikisini birbirinin yerine kullanılmıştır.

Doktrindeki genel kanaate göre uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında bir şekilde sağlanan uyum ve bu uyumu takip eden bir pazar davranışının ya da eylemin varlığı ile ortaya çıkar. Bazı yazarlar, uyumlu eylemlerde yasaklananın, uyum değil; bilakis davranış ya da eylem olduğunu ifade etmektedir. Buna karşıt görüşte olanlar

¹⁸¹ AKINCI, s. 156.

¹⁸² YÜKSEL, s. 45.

¹⁸³ YÜKSEL, s. 48.

ise, uyumlu eylemin varlığı için teşebbüslerin arasında bir uyumun varlığının yeterli olduğunu savunmaktadırlar¹⁸⁴.

İşbirliğinin tanımından çıkan eylem unsuru, ABİDA'nın 101. maddesinde de belirtilmiştir. Sherman Kanununun¹⁸⁵ 1. maddesinde yasaklanan işbirliği, 101. maddede belirlenen uyumun eylemden farklı bir kavram değildir. Eylem unsuru, taraflar arası uyumun rekabeti önleyici faaliyete dönüşmesidir. Taraflar arasında benzer irade veya sadece bilinçli paralellik şeklinde gerçekleşen uyumun eyleme dönüşmediği süre içinde rekabetin kısıtlanmış olduğu ileri sürülemez.

Sözleşmeden farklı olarak, uyumun eylemin bağlayıcılık özelliğinin bulunmaması sebebi ile tarafların uyuştukları hususlara uygun davranmamaları kendi ihtiyarlarına kalmıştır. Bu nedenle, işbirliği iddiaları, uyumun eyleme dönüşmesini de kapsar. Firmaların eylemleri sonucu rekabetin kısıtlanmış olması halindedir ki, işbirliğinin objektif unsurunun gerçekleştiği kabul edilecektir. Aksi durumda, yani eylemin rekabeti kısıtlaması özelliği göz önüne alınmaz ise, firmaların rekabete ilişkin olmayan eylemlerinin, hatta rekabeti geliştirici, ekonomik hayata olumlu katkıları olan eylemlerinin de, işbirliği olarak nitelendirilmesi gibi çelişkili bir durum ortaya çıkar¹⁸⁶.

Kanaatimizce, uyumun doğması ve varlığının anlaşılması eylemlerin gerçekleştiği zamana rastlamaktadır. Bu açıdan uyumlu eylemlerin unsurlarını uyum ve eylem olarak ikiye ayırmak yerine, teşebbüsler arasında gerçekleşen bağlantı ve bunu takip eden pazar davranışları olarak ikiye ayırmak gerekir. Dolayısıyla eylemin rekabete aykırılığı uyumla, uyumun varlığı ise eylemle anlaşılır demek uyumlu

¹⁸⁴ ÇELEN A., Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Ankara 2003, s. 31 vd.

¹⁸⁵ İKİZLER, s. 9.. (Sherman Kanunu'nun temel özelliği, yoğun bir iktisadi yoğunlaşmalar döneminde hazırlanmış olan federal düzeydeki ilk kanun olması itibarıyla, Mahkemelere uygulamalarda gereksinimlere göre geniş bir takdir yetkisi verebilmesi amacıyla, rekabet ihlallerine ilişkin oldukça geniş kapsamlı ve ayrıntısız tanımlamaları içermesidir. Sherman Kanunu, rekabeti koruyucu iki genel hüküm içerir. Bunlardan biri, daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olan, teşebbüsler arasında gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkilere ilişkin sec.1'dir. İkincisi ise tekelleşmeleri, tekelleşme girişimlerini ve tekelleşme amaçlı birlikte davranışları yasaklama amacı güden sec.2'dir.).

¹⁸⁶ AKINCI, s. 158.

eylemlerin unsurlarını sınıflandırmamız ve anlamamız açısından daha açıklayıcı olacaktır.

b.2. Fiyat Liderliği

Fiyat liderliği, oligopol piyasalarda, fiyat değişikliklerinin, lider olduğu kabul edilen bir teşebbüs tarafından belirlenmesi ve duyurulması, diğer teşebbüslerin de bu teşebbüsü izlemeleri suretiyle oluşan piyasa dengesi olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁷.

Fiyat liderliği çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan biri hakim durumdaki firmanın fiyat liderliğidir¹⁸⁸. Büyük kapasiteli bir firma ile toplam üretimdeki payı düşük, dolayısıyla fiyatı etkileyebilecek güçte olmayan küçük firmalardan oluşan bir pazarda, fiyatı hakim durumdaki firma belirleyecektir.

Diğer bir fiyat liderliği modeli ise, barometrik fiyat liderliğidir. Piyasa koşulları hakkında bilgisi iyi olan, pazar koşullarında ortaya çıkabilecek değişikliklere ilişkin öngörülerine güvenilen firma, fiyat lideri olarak kabul edilir.

Etkin bir fiyat liderliği için gerekli pazar koşullarını Markham¹⁸⁹ şu şekilde özetlemektedir: (i) pazardaki firma sayısı az olmalı ve firmalar göreceli olarak büyük olmalıdır, (ii) giriş engelleri bulunmalıdır, (iii) ürünler homojen olmasa da en azından, aralarındaki ikame oranının yüksek olması gerekmektedir, (iv) talep esnekliği düşük olmalıdır, (v) firmaların maliyet yapıları benzer olmalıdır. Her iki fiyat liderliği modelinde de fiyat artışları objektif bir gerekçeyle dayandığı için hukuk dışı bir davranış olarak nitelendirilmemeleri gerekmektedir

Üçüncü fiyat liderliği örneği ise, uzlaşmalı fiyat liderliğidir. Bu durumda pazardaki firmalar arasında fiyat lideri tarafından duyurulan fiyat artışlarına uymak

¹⁸⁷ CENGİZ, s. 198.

¹⁸⁸ SANLI, s. 58.

¹⁸⁹ MARKHAM, J.W., Monopoly and Competition Policy, The International Library of Critical Writings, 1993, sf. 496. “Markham’a göre düşük maliyetli birkaç firmanın yanı sıra yüksek maliyetli firmaların aynı pazarda faaliyet göstermeleri halinde, fiyat ve üretim düzeyi kararlarında ortaya çıkacak çelişki, fiyat liderliği sistemiyle giderilemeyecektir.”

konusunda bir anlayış birliği bulunmaktadır. Bu tür fiyat liderliğinin söz konusu olduğu durumlarda ilgili davranışın bir anlaşma ya da uyumlu eylemden kaynaklandığını ileri sürmek mümkündür¹⁹⁰.

Komisyon'un oligopol piyasalarda ortaya çıkan barometrik fiyat liderliğini rekabete aykırı saymayacağına ilişkin güzel bir örnek "Zinc Producers Group"¹⁹¹ kararıdır. Çinko üreticileri, çinkonun Londra Metal Borsası'ndaki fiyatlarında ortaya çıkan spekülatif dalgalanmaların yarattığı belirsizlik nedeniyle müşterileriyle uzun süreli sözleşmelere girişmekte zorlanmaktaydılar. Bunun üzerine üreticiler aralarından birinin fiyatını takip etmek konusunda uzlaşmışlardır. Çinko üreticilerinin düzenli olarak birbirleriyle iletişim kurmaları ve bilgi alışverişinde bulunmaları nedeniyle Komisyon aralarında fiyat tespitine ve pazar paylaşımına yönelik bir uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna karşın üreticilerin 1977 ve 1979 yılları arasındaki paralel davranışlarının barometrik fiyat liderliğinden kaynaklandığını vurgulayan Komisyon, ürünün homojen olduğu ve sağlayıcı sayısının sınırlı olduğu oligopolistik bir pazarda üreticilerin bir fiyat liderini izlemelerinin rekabete aykırı olmadığını belirtmiştir.

Nitekim "Cartonboard"¹⁹² kararında Komisyon'un belirlemeleri de bu yöndedir. Karton tabaka birbirinden çok uzak noktalarda bulunan firmalar tarafından üretilmektedir. 1986 ve 1991 yılları arasında İskandinavya ve Batı Avrupa'da faaliyet gösteren 23 üreticinin "Product Group Paper Board" adı altında fiyatlar, pazar payları ve üretim kotaları hakkında görüşmeler yaptıkları düzenli toplantılara katıldıkları anlaşılmıştır. Üreticiler her altı ayda bir düzenli olarak fiyatlarını artırmışlardır. Bu toplantılar sonucunda firmaların pazar payları uzun süre değişmeden kalmış ve hammadde fiyatlarının düştüğü dönemlerde bile karton tabaka fiyatlarında artışların olduğu gözlenmiştir. Üreticilerin toplantılarına ilişkin tutanakları bulan Komisyon, firmaların, aralarından birinin yaptığı fiyat artışlarını takip etmek konusunda uzlaştıklarını ortaya çıkarmıştır.

¹⁹⁰ YÜKSEL, s. 49.

¹⁹¹ Zinc Producers, OJ 1984, L220/27.

¹⁹² Cartonboard, OJ 1994, L243/1.

Kanımızca Woodpulp II kararının etkilerini de taşıyan Komisyon'un bu yorumu, sadece paralel davranışlardan firmalar arasında uzlaşmalı bir fiyat liderliği olduğunu belirlemenin güçlüğüne ve uyumlu eylem sonucuna ulaşmak için firmalar arası bağlantının gösterilmesi gerekliliğine işaret etmektedir.

b.3. Bilgi Değişimleri

Uyumlu eylem için, teşebbüsler arası koordinasyon ya da iş birliğinin taraflar arasındaki doğrudan veya dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca bu bağlantının amacı, rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliklerin ortadan kaldırılması olmalıdır. Firmalar arası bağlantının temel unsuru bilgi değişimidir¹⁹³. Bilgi değişimi, rakip teşebbüslerin rekabete ilişkin kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ticari bilgilerini, birbirlerine karşılıklı açıklamak suretiyle değiştirmeleridir¹⁹⁴.

Komisyon da bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olumlu etkilerini göz önünde bulundurarak, konuyu ilk defa “İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Komisyon Duyurusunda¹⁹⁵” ele almış, bilgi alışverişine yönelik her anlaşmanın ATA 81. (ABİDA m.101) maddeye aykırı olmayacağını vurgulamıştır. Bunun yanı sıra “Rekabet Politikasına İlişkin Yedinci Raporda” hangi koşullar altında bilgi alışverişinin ATA 81. (ABİDA m.101) maddeye aykırı olacağı belirlenmiştir. Buna göre bilginin türüne ve bilgi alışverişinin gerçekleştiği pazarın yapısına göre bir ayırım yapılmıştır. İstatistiksel ve toplam rakamlardan oluşan ya da geçmişe yönelik bilgi alışverişini konu edinen anlaşmalar 101. maddeyi ihlal etmezken; özellikle oligopolistik pazarlarda artan pazar şeffaflığının rekabetin yoğunluğunu azaltacağı fikrinden hareketle, bilgi alışverişinin hukuka aykırı sayılması mümkündür¹⁹⁶.

¹⁹³YÜKSEL, s. 50.

¹⁹⁴ CENGİZ, s. 190.

¹⁹⁵ Commission Notice On Cooperation Agreements OJ 1968 C75/3. Bu duyurunun yerini alan rehber için bkz. Commission's Guidelines On Horizontal Cooperation Agreements OJ [2001] C 3/2, 2001 4 CMLR 819.

¹⁹⁶ YÜKSEL, s. 51.

Firmaların yaptıkları toplantılar, telefon görüşmeleri ya da birbirlerine gönderdikleri teleks mesajları veya mektuplarla doğrudan bilgi alışverişinde bulunmaları mümkün olduğu gibi, teşebbüs birlikleri vasıtasıyla ya da fiyat duyuruları ile dolaylı olarak bilgi alışverişinde bulunmaları da mümkündür.

Diğer yandan bilgi alışverişinin yanı sıra sağlayıcıların müşterilerinin ve rakiplerin şikayetleri üzerine birtakım girişimlerde bulunmaları da uyumlu eylem için yeterli görülmüştür. Bunun örneğini ise Pioneer¹⁹⁷ davası oluşturmaktadır. Elektronik teçhizat üretimi alanında faaliyet gösteren Japon firması Pioneer'ın, Avrupa'nın çeşitli ülkelerindeki dağıtıcılarından Fransa'da faaliyet göstermekte olanı kendi bölgesine yapılan paralel ticaretten duyduğu rahatsızlığı Pioneer'a bildirmiştir. Bunun üzerine, Pioneer, Avrupa temsilciliği aracılığıyla dağıtıcıların da katıldığı bir toplantı düzenlemiş, toplantının ardından Fransa'ya paralel ticaret yapacağı düşünülen alt dağıtıcılara mal verilmemeye başlanmıştır. Toplantının yazılı bir kaydının bulunamamasına karşın, toplantı konusunun Fransız dağıtıcının şikayeti olduğunun tespit edilmesiyle ABAD, uyumlu eylemin ispatlanmasında ikinci derecede delillerin yeterli olduğunu vurgulayarak, rakiplerin ya da müşterilerin şikayetleri üzerine birtakım girişimlerde bulunan teşebbüslerin, şikayet eden teşebbüslerle birlikte uyumlu eylem içinde bulunacağını belirtmiştir. ABAD'ın bu kararı çerçevesinde, sağlayıcının dağıtıcıların davranışlarına aralarındaki sözleşme ilişkisinin ötesine geçecek bir şekilde karışması uyumlu eylem teşkil edebilecektir¹⁹⁸.

“Dyestuffs¹⁹⁹” kararında fiyat duyurularının firmaların davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırdığını, bu nedenle firmaların birbirlerinin davranışlarını izleme olanağı sağladığını belirtmesine karşın ABAD, Woodpulp²⁰⁰ kararında üç ayda bir yapılan fiyat duyurularına ilişkin farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Woodpulp davasında Komisyon'un, üç aylık dönemler halinde fiyat duyurusu yapılmasının tek başına firmaların gelecekteki davranışlarına ilişkin dolaylı bir bilgi alışverişi oluşturduğu iddiasına karşılık ABAD, fiyat duyurularının müşterilere ve müşterilerin

¹⁹⁷ Case 100/80, Musique Diffusion Française v. Commission, ECR 1983, 1825.

¹⁹⁸ YÜKSEL, s. 53.

¹⁹⁹ Cases 49/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

²⁰⁰ Cases 89/85 etc., Ahlstrom Oy. v. Commission (Woodpulp II), ECR 1993, I 1307.

isteği üzerine yapıldığını ve ticari bir gerekçesinin²⁰¹ bulunduğunu ileri sürerek, bu duyuruların uyumlu eylemin göstergesi olamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Uyumlu eylem davalarında Komisyon, ortaya konulan olayların uyumlu eylem dışında makul bir açıklamasının olmadığını ileri sürmekte, teşebbüsler ise Komisyon'un kabul edeceği ya da reddedeceği makul bir açıklama getirmektedirler. Bu durumu anlatan güzel bir örnek "Cram"²⁰² kararıdır. Kararın²⁰³ önemli bir yönü, ABAD'ın, Komisyon'dan paralel davranışın bir uyumlu eylemin sonucu olduğunu gösterebilmesi için yeterli kesinlikte ve tutarlılıkta deliller ortaya koymasını istemesidir. Davanın diğer önemli noktası ise, hem paralel davranışın hem de firmalar arası bağlantının tespit edilmiş olmasına karşın, tarafların paralel davranışları için makul bir açıklama getirmeleri halinde uyumlu eylem iddiasının yürütülebileceğini ortaya koymasındır²⁰⁴.

Tüm bu açıklamalar ışığında, bilgi değişimlerinin rekabeti bozucu nitelikte olup olmadıklarının ayırt edilebilmesi için temel ölçüt ' bilgi değişiminin amacı'dır. Amaç ile kastedilen tarafların subjektif niyetleri değil, bilgi değişiminin objektif amacıdır. Bu amaç rekabetin bozulmasına yönelik olmalıdır. Bunun belirlenebilmesi için başlıca dört genel ölçüt vardır²⁰⁵. Bunlar;

- değiştirilen bilginin türü bakımından teşebbüslerin bireysel rekabet politikalarına ilişkin durumunu tanımlayıcı olması,

²⁰¹ Ticari gerekçe olarak, özellikle hammadde piyasalarında bu tür duyuruların alıcıların alt pazarlardaki müşterilerine verecekleri fiyatları ayarlamalarını sağladığı ileri sürülmüştür.

²⁰² Cases 29, 30/83, Compagnie Royal Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission, ECR 1984, 1679.

²⁰³ Cram ve Rheinzink bir Belçika firması olan Schlitz'e çinko (rolled zinc) sağlamaktaydılar. Schlitz çinkoyu Mısır'da satacağını söylemesine karşın, fiyatların Belçika'dan daha yüksek olduğu Almanya'ya yeniden satmaktaydı. Cram ve Rheinzink bir süre sonra Schlitz'e mal vermeyi kestiler. Komisyon, iki sağlayıcının Almanya pazarındaki karlı işlerine devam edebilmek için Schlitz'in bu pazara girmesini engellemek üzere uyumlu eylem içinde olduklarına karar vermiştir. ATAD ise, Komisyon'un tersine Cram ile Rheinzink arasında düzenli iletişim kurulduğuna ilişkin delillerin de bulunmasına karşın, bu iki firmanın Schlitz'e mal vermeyi kesmelerinin Schlitz'in boçlarını ödememesinden kaynaklandığını belirterek, Komisyon'un uyumlu eylem kararını reddetmiştir.

²⁰⁴ CENGİZ, s. 192.

²⁰⁵ ÖZSUNAY E., 'Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Düzenleyenler Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2005, s. 117-141.

- ilgili piyasanın yapısı bakımından rekabeti bozucu koordinasyona uygun özellikler içeren oligopol bir piyasa olması,
- değiştirilen bilginin piyasadaki rekabet risklerine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak bakımından sadece rakip teşebbüslerin ve satıcıların işine yaraması yani alıcıları ilgilendirmemesi,
- uzak geçmişe değil en çok bir yıl geçmişe, mevcut veya gelecek durumuna ilişkin olması'dır.

Ancak bu temel ölçütün belirlenmesine yönelik genel ölçütlerin mutlaka “somut olayın bütün özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi” gereklidir. Somut olayın özelliklerinin etkisiyle, bu ölçütlerden bazılarının varlığına veya yokluğuna rağmen, olması gereken genel ve soyut sonucun, somut olayda değişmesi olanaklıdır. Öğretide Komisyonun bilgi değişimleri bakımından, bu ölçütleri benimsemesinin, ‘per se’ ilkesinin reddi diğer ifade ile ‘rule of reason’ ilkesinin kabulü, anlamına geldiği de önemle vurgulanmaktadır. Ayrıca bilgi değişiminin teşebbüsler arasında doğrudan veya başka kişi veya kurumlar aracılığıyla yapılmış olması da önemli değildir²⁰⁶.

c. Paralel Davranışların ABİDA 101. Madde Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve ABAD’ın Dyestuffs ve Suiker Unie Kararları

AB rekabet hukuku sürecinde; oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışlara ve uyumlu eylemleri kolaylaştırıcı eylemlere ilişkin sorunların çözümleri bakımından, mevcut deneyim ve birikimin ilkeleri temel alınmıştır. Bu temel üzerine, söz konusu sorunların, farklı boyutları ortaya çıktıkça, çözümleri bakımından yürürlükteki mevzuata eklemeler veya değişiklikler yapılarak yeni açılımlara gidilmektedir²⁰⁷.

²⁰⁶ ÖZSUNAY, s. 125 vd.

²⁰⁷ CENGİZ, s. 232.

Bu sürecin başlangıcında, uyumlu eylem kavramının tanımına ilişkin ilk ve temel ilkeleri içeren Dyestuffs²⁰⁸ kararı yer almaktadır. Bu karar ABİDA m. 101 çerçevesinde uyumlu eylem kavramının kapsamının belirlenmesi bakımından, genel olarak işbirlikli 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 bu karar da kabul etmiş olduğu ilkeler şunlardır²⁰⁹:

“ Paralel davranış, tek başına uyumlu eylem olarak nitelendirilmemesine rağmen, ürünün yapısı, teşebbüslerin büyüklük ve sayıları, piyasanın büyüklük ve yapısı dikkate alındığında normal koşullar altında piyasada olması gereken rekabet koşullarına uymayan rekabet koşullarının ortaya çıkmasına yol açarsa, uyumlu eylemin güçlü bir delilini oluşturabilir.

Her üretici, fiyatlarını, rakiplerinin mevcut veya beklenen davranışlarını dikkate alarak belirlemekte serbesttir; ancak her ne şekilde olursa olsun, fiyatların arttırılmasına ilişkin artışların miktarı, konusu, tarihi, yeri gibi hususlarda bir davranış tarzı belirlenmesi suretiyle, rakiplerin bu hususlardaki davranışlarına ilişkin belirsizliği önceden ortadan kaldıran bu işbirliği yapılması (Roma) Antlaşma(sı)’nın içerdiği rekabet kurallarına aykırıdır.

“Esasında, 1964’deki, fiyat artışlarının duyurulması ve aynı zamanda yürürlüğe konulması deneyiminden sonra... 1965 ve 1967’deki (paralel) fiyat artışları faaliyete farklı bir boyut katmıştır. Bu aşamada, bu faaliyeti başlatan teşebbüsler olan BASF ve Geigy’nin, peş peşe, yapacakları fiyat artışlarını önceden duyurmalarını, farklı piyasalarda faaliyette bulunan rakiplerin buna gösterecekleri tepkileri gözlemlemek ve davranışlarını buna adapte etmek niyetlerini ortaya koymaktadır.

²⁰⁸ Cases 49/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

²⁰⁹ KEKEVİ, G., Anlaşma Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Ankara 2003, s. 37.

Böylece teşebbüslerin önceden yaptıkları fiyat duyuruları gelecekteki davranışlarına ilişkin bütün belirsizliği ve piyasalarda... (rakipleri) bağımsız hareket etmeleri... riskini önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır.”

Bu süreçte, Dyestuffs kararından sonra ABAD’ın uyumlu eylem kavramını daha ayrıntılı olarak tanımladığı Suiker Unie²¹⁰ kararı yer almaktadır. ABAD bu kararda da oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların uyumlu eylem kavramının kapsamına dahil olmadığını açıkça ifade etmektedir²¹¹.

ABAD’ın bu kararda kabul etmiş olduğu ilke şudur²¹²:

“ Bu (her bir ekonomik operatörün ortak pazarda benimsemeyi düşündüğü politikaya ilişkin) bağımsızlık gereksinimi ekonomik operatörleri rakiplerinin mevcut veya beklenen davranışlarına kendilerini akıllıca adapte etme hakkından mahrum etmemektedir; ancak amacı veya etkisi, fiili ya da potansiyel rakibin piyasadaki davranışını etkilemek veya rakibine ilgili piyasada uygulamaya koymak üzere aralarında daha önce kararlaştırdıkları ya da kararlaştırmayı düşündükleri bir hareket tarzını açıklamak olan, ilgili teşebbüsler arasındaki doğrudan ya da dolaylı herhangi bir bağlantıyı kesinlikle yasaklamaktadır²¹³”.

B. Subjektif Unsurları

1. Bağlantı

a. Teşebbüsler Arasında Ortak Bir Planın Varlığı

ABAD, “Dyestuffs²¹⁴” ve “Suiker Unie²¹⁵” kararlarında uyumlu eylemleri anlaşma aşamasına varmayan rekabet sınırlamaları olarak değerlendirmişti. Nitekim

²¹⁰ Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar), ECR 1975, 1663.

²¹¹ CENGİZ, s. 233.

²¹² CENGİZ, s. 237.

²¹³ CENGİZ, s. 237.

²¹⁴ Cases 49/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

²¹⁵ Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar), ECR 1975, 1663.

Suiker Unie kararında teşebbüsler, iddialarını aralarında ortak bir planın bulunmadığına dayandırmışlardı. ABAD bu iddiayı açıkça reddetti. “Dyestuffs” ve “Suiker Unie” kararlarında uyumlu eylemleri tanımlarken kullandığı koordinasyon ve işbirliğinin varlığı için, bu anlamda bir planın ya da programın zorunlu olmadığını ifade etti. Divana göre, koordinasyon ve işbirliğinin ölçütü, ABİDA’nın rekabet anlayışının ruhunu oluşturan, teşebbüslerin gelecek pazar politikalarını belirlerken birbirlerinden bağımsız olarak hareket etmediğidir²¹⁶.

Bu içtihat ışığında AB rekabet hukukunda ortak bir planın mevcudiyeti uyumlu eylemler için zorunlu bir şart olmamaktadır. Ortak bir planın varlığı uyumlu eylem için yeterli görülmüş ve fakat zorunlu bir şart olarak algılanmamıştır. Bununla birlikte Komisyon’un yakın tarihli bir kararında, pazarda belirli eylemlerden kaçınmak ya da eylemlerini bir çizgide tutmak suretiyle, teşebbüslerin bireysel ticari hareketlerini sınırlayan ya da sınırlayabilecek nitelikte olan ortak bir plana bağlı kalmalarını anlaşma olarak nitelemiştir. Komisyona göre bu tür bir anlaşma a)müşterek karar alma mekanizması ve b) ortak bir plan ya da projenin taahhüt edilmesi olmak üzere iki unsur içermektedir²¹⁷.

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, ortak bir planın varlığı, anlaşmalardan çok daha gevşek bir uyuşmaya işaret eder. Yoksa şartları sıkı sıkıya oturtulmuş ve belirlenmiş bir plandan söz edilmez. Bu durumda uyumlu eylemlerin konusunu anlaşma olarak nitelendirilemeyecek işbirliği durumları olarak ifade etmek de yanlış olmayacaktır.

b. Bağlantının Özellikleri

Uyumlu eylemlerin unsurlarından biri de teşebbüslerin arasında doğrudan ya da dolaylı bir biçimde gerçekleşen bir bağlantının, temasın varlığıdır. Bağlantının paralel uygulamalara ya da eylemlere neden olması, her bir teşebbüsün, bağlantı sonucu edindiği bilgileri karar alma sürecinde rekabet aleyhine kullanmasından dolayıdır. Kuşkusuz bağlantı sırasında bilgi değişimi ya da vaatler, öneriler,

²¹⁶ İKİZLER, s. 99.

²¹⁷ Pre-Insulated Pipes, OJ 1999, L 24/1, prg. 129.

tavsiyeler, fikir teatileri, ağız aramaları, niyet yoklamaları vb. şeklinde nitelenebilecek bir çok bahis geçebilir. Bunların tümünün karar alma sürecinde ciddiye alınması beklenemez. Bunun yerine her bir teşebbüsün bağlantı sonucu edinilen bilgi, fikir ya da kanaate göre hareket edileceği beklentisi taşıması yeterlidir²¹⁸.

Divanın bağlantı açısından ilk önemli kararı “Suiker Unie²¹⁹” kararıdır. Komisyon tarafından teşebbüslerin bazı girişimlerinin ATA m. 81 ve 82 (ABİDA m.101 ve 102) anlamında rekabeti ihlal edici bulunan kararı temyiz üzerine ABAD’ın önüne geldi. ABAD, uyumlu eylemin varlığını kabul için bir plan ya da programın mevcudiyetini aramaya gerek olmadığına karar verdi. Bunun yerine mahkeme uyumlu eylemler kavramı için anahtar rolü üstlenecek bir yorum getirdi: Her teşebbüs ortak pazarda benimsemeyi düşündüğü politikasını bağımsız bir şekilde tespit etmelidir. Bir bağımsızlığın bulunması gerekliliği, teşebbüsleri, rakiplerinin mevcut ya da öngörülebilir tavırlarına akıllıca bir tutumla kendilerini adapte etme hakkından mahrum etmez.

Ancak bu, rakipler arasında, amaç ya da etkisi mevcut ya da potansiyel bir rakibin pazar politikalarına nüfuz etmek ya da benimsemeyi tasarladıkları politikalarının seyrinden böyle bir rakibi haberdar etmek olan herhangi bir doğrudan ya da dolaylı bağlantıya meydan verildiği anlamına da gelmez²²⁰.

Uyumlu eylemlerin bağlantı unsuru deyince akla ilk gelen kavramlar, bilgi değişimi, tavsiyeler ve kamuya yönelik duyurulardır. Teşebbüsler arasındaki bilgi değişimlerine ilişkin ayrıntılı bilgiye çalışmamızın önceki bölümlerinde değinmiştik. Genel olarak tekrarlamak gerekirse, bilgi değişimi; teşebbüslerin, rekabet üzerine etkili olabilecek ekonomik faaliyet ve politikaları ile ilgili bilgilerin değişimini yapmaları, bunları paylaşmaları ya da bir diğerine iletmeleri olarak ifade edilebilir²²¹.

²¹⁸ İKİZLER, s. 110-111.

²¹⁹ Case 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar), ECR 1975, 1663.

²²⁰ İKİZLER, s. 113.

²²¹ İKİZLER, s. 116.

Burada sözü edilen bilgi, geçmiş ve halihazırdaki ekonomik faaliyetlere ilişkin verileri ve geleceğe yönelik pazar politikalarını kapsayacak derecede genişir²²².

Bilgi değişimi anlaşma, karar ya da uyumlu eyleme konu olabilir. Anlaşmalarda bilgi değişimi, onun konusunu oluşturabilir, asıl ihlal sonucunu doğuran ise tarafların iradelerinin uyuşmasıdır. Oysa uyumlu eylemlerde bilgi değişimi, bizzat onun esaslı unsurlarından birinin gerçekleştiğini, teşebbüslerin yakınlıştığını gösterir. Çünkü uyumlu eylemlerde bir irade uyuşmasının ortaya konulması gerekmez. Gereken; bağlantının varlığıdır, paralel davranışları doğuran bir yakınlama sürecinin yaşanmış olmasıdır. Komisyon kararlarında, kolaylaştırıcı araçları; özellikle de bilgi değişimlerini ABİDA m. 101 çerçevesinde uyumlu eylemler içinde değerlendirme eğilimindedir.

Bağlantının unsurlarından bir diğeri ise tavsiyelerdir. Tavsiyelerde bilgi değişimlerinden farklı olarak, teşebbüslerden birinin ya da üçüncü bir kişinin bir diğer teşebbüsün politikaları ile ilgili görüş ve düşünceleri ön plandadır. Haliyle bilgi değişimlerinde teşebbüsler öncelikle kendi politikalarını açığa vurmakta ve bunun neticesi olarak rakiplerinin pazar politikalarında bir değişikliğin doğması beklentisi içine girmektedirler. Uyuma neden olan tavsiyeler ise doğrudan doğruya bir başkasının pazar politikalarına nüfuz etmeye yöneliktir²²³. Dolayısıyla bu ikisi açısından uyumu sağlayan bağlantıyı; a) kendi politikaları hakkında başkalarına bilgi verme ve b) başkalarının politikaları hakkında tavsiyelerde bulunma olarak ifade etmek mümkündür. Tavsiye niteliği itibarıyla bağlayıcı olmayan, ancak belirli bir politikanın uygulanmasının yararlı olacağı noktasında karşı tarafa yapılan bir beyandır.

²²² Bununla birlikte politika halini almamış geleceği ilişkin düşüncelerin rakiplere aktarılması bilgi değişimi olarak görülemez. Olsa olsa fikir değişimi ya da görüş açıklaması olur. Örneğin, bir teşebbüsün rakibine fiyat artırmayı düşündüğünü açıklaması bilgi değişimi niteliğinde değildir. Halbuki, bir teşebbüsün fiyatını gelecek ay %10 artıracığını rakibine bildirmesi, ona bu bilgiyi vermek olur. Bu ikisi arasındaki ayrım, düşüncenin politika halini alıp almaması ile ilgilidir. Örneğin, teşebbüslerin bayilere gönderilmek üzere hazırlanan (gelecek dönemden itibaren uygulanacak) yeni fiyat tarifelerini rakiplere de göndermesi halinde geleceğe ilişkin bir bilginin değişimi söz konusu olur.

²²³ İKİZLER, s. 125.

Tavsiyenin uyumlu eyleme neden olmasında biri içsel diğeri dışsal olmak üzere iki etken sayılabilir²²⁴.

- Tavsiyenin, tavsiye muhatabı tarafından ne şekilde algılandığı: O derece ciddi olmamakla birlikte, tıpkı bilgi değişimlerinde olduğu gibi, tavsiye muhatabının pazar politikalarını belirlerken kendisine yapılan tavsiyeyi değerlendirmeye almaması düşünülemez. Ancak bu tavsiye yerine ve durumuna göre, bir emir, talimat, tehdit, öneri, öğüt, uyarı ya da bir temenni olarak algılanabilecektir.
- Tavsiye edenin baskısı ya da tavsiyeyi destekleyici tedbirleri ile diğer dışsal şartlar: Tavsiyeye uyulup uyulmadığının araştırılması ya da tavsiye doğrultusundaki uygulamaların gidişatı hakkında bilgi talep edilmesi, tavsiyeye uyulmasına bağlı ek imkanlar sağlanması, tavsiye edenin tavsiyeye uygun hareket etmesi, diğer tavsiye muhataplarının tavsiyeye uyması; tavsiyeye uyulmasından kimin, ne kadar çıkar sağlayacağı gibi.

Bağlantının önemli unsurlarından biri de kamuya yönelik duyurulardır. Kamuya yönelik duyurulardan teşebbüslerin amacı, pazarda uygulamayı düşündükleri politikaları rakiplerine önceden açığa vurmak olarak görülebilir. Ancak bunların amacı, yeni pazar uygulamasından kamuyu bilgilendirmek de olabilir. Kuşkusuz kamuya yönelik bir duyurunun her iki amacı güdüyor olması da mümkündür. Hatta doktrinde doğal olanın bu sonuncusu olduğu da ileri sürülmektedir.

ABAD kararlarında genel olarak benzer düşünceler sergilemişse de kamuya yönelik davranışların kendi içinde sonuçları itibariyle farklılıklar gösterebilme niteliğinden ötürü kararlarında farklı sonuçlar çıkarabilmiştir. Örneğin ABAD, “Dyestuffs”²²⁵ kararında, teşebbüslerin, birbirlerine oldukça yakın zamanlarda benzer artış oranları içeren fiyat duyurularında bulunmalarını tesadüfi olmaktan uzak gördü.

²²⁴ İKİZLER, s. 129.

²²⁵ Case 49/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

Kamuya yönelik duyurular hakkında ABAD'ın görüşlerinin daha açıkça görüldüğü karar Ahlström²²⁶ kararıdır. Bu kararda ABAD önceki kararlarında uyumlu eylemlerle ilgili ortaya koyduğu görüşlerine sadık kalarak bunları tekrar etmiş, ardından kamuya yönelik duyuruları tek başına bu ölçütleri sağlamak için yeterli görmemiştir. ABAD öncelikle fiyat duyurusunun kendisini bir pazar davranışı olarak nitelendirmiş ve bu davranışı, rakiplerinin hangi eyleme girişecekleri hakkında her bir teşebbüsün taşıdığı emin olamama durumunu azaltmaya elverişli bulmamıştır. Bu davranışı gerçekleştiren teşebbüs, duyuruda bulunduğu esnada, diğerlerinin gelecekteki tutumlarına dair bir kanaate sahip değildir ve diğer teşebbüsler için de duyuruya rağmen hala pazarda belirsizlik hakimdir. Haliyle tek başına fiyat duyuruları teşebbüslerin ileride izleyecekleri pazar politikaları açısından pazarda bulunan belirsizlik durumunu azaltmamaktadır²²⁷.

Bir anlaşma, uyumlu eylem ya da karara Devlet tarafından göz yumuluyor olması, bu anlaşmanın, uyumlu eylemin ya da kararın 101. madde kapsamında değerlendirilmemesi için yeterli bir neden olmadığı gibi, ayrıca 101. madde kapsamına giren bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin devlet tarafından açıkça teşvik edilmesi de aynı sonucu doğurmaktadır. “Zinc Producer Group²²⁸” vakasında Komisyon bu konuya açıklık getirmiştir. Bu vakıda öne sürülen ve üye ülkelerin ve hatta Komisyon yetkililerinin, teşebbüslerin taraf olduğu fiyat belirleme anlaşmalarından haberdar olduğuna ve hatta bazı üye ülke mercilerinin bu anlaşmaları desteklediğine ve açıkça onayladığına ilişkin iddialara karşı, Komisyon üye ülke mercilerinin anlaşmalardan haberdar olmasının, anlaşmalara katılması ya da teşvik etmesinin teşebbüslerin Topluluk rekabet hukukuna tabi olmaları durumunu değiştirmeyeceği hükmüne varmıştır.

Bu durumda, bir anlaşmanın ya da uyumlu eylemin Antlaşma'nın 101. maddesi tahtında incelenmemesi sadece bir devlet merciinin müdahalesi durumunda

²²⁶ Case 89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85 A. Ahlström Osaakeyhtiö and others v. Commission, ECR 1993, I-1307.

²²⁷ İKİZLER, s. 133.

²²⁸ Zinc Producer Group, OJ 1084, L 220, s. 27.

söz konusu olabilmektedir. Bunun dışındaki izin, teşvik, onay ve tolerans gibi devlet tutumları sadece idari cezayı hafifletici sebepler olarak kullanılabilirler.

2. Rekabetin Sınırlanması

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açıkça hukuka aykırı kabul edildiğinden, teşebbüsler bu tür anlaşmaları alenen yapmak yerine gizli; sözlü veya paralel davranışlarla aralarındaki rekabeti bertaraf etme eğilimine girebilirler²²⁹.

Hatta rakip teşebbüslerin, bağlayıcı ve aşıkâr anlaşmaların hükümsüz sayıldığı bir hukuk düzeninde, bile bile bu sonuca maruz kalacak hukuki ilişkiler içerisine girmeyi değil, amaçlarını gerçekleştirmeye daha uygun olan uyumlu eylemleri tercih etmeleri beklenir. İste rekabet sistemi açısından bu endişeyi gidermek amacıyla, rekabet düzenlemelerinde, yasak faaliyetler içerisinde kabul edilen “uyumlu eylemler” kalıbına da yer verildiği görülmektedir.

a. Rekabetin Bozulması veya Kısıtlanması Kavramının Anlamı

Bir uyumlu eylem ABİDA’nın 101. maddesinin 1. fıkrasını “rekabeti engelleme, sınırlama ya da bozma” amacı ve etkisi taşıyorsa ihlal edecektir. Dolayısıyla “engelleme”, “sınırlama” ve “bozma” terimlerinin ne anlam taşıdığını incelemek gereklidir²³⁰. “Engelleme” terimi, en ağır rekabete aykırı hareket biçimi ve en kolay tanımlanabilenidir. Bu durum, örneğin rakiplerin aralarındaki pazar paylaşımları veya satıcılar tarafından ihracatın yasaklanması gibi mevcut veya potansiyel rekabet aktivitelerini ortadan kaldırmayı içerir. “Sınırlama” terimi bir rekabet aktivitesinin kapsamının azaltılması veya hemen hemen ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. “Bozma” terimi ise en geniş kapsamlı içeriğe sahip olan ve seyrek durumlarda uygulanan terimdir. Rekabetin bozulması durumu taraflar lehine rekabet koşullarında bir suni değişikliği ifade eder. Örneğin tarafların yerel üretimlerine ihracatlarını subvanse edebilmeleri için toplanacak özel bir vergi

²²⁹ İKİZLER, s. 158.

²³⁰ AKINCI, s. 187.

yüklenmesi veya hem yerli hem de yabancı işletmeciler için öngörülmüş bir verginin sadece yerli işletmecilere geri ödemesinin yapılması gibi.

Genel olarak doktrin, rekabetin bozulması, engellenmesi ve kısıtlanması kavramlarını, aralarında bir hukuki sonuç farkı olmamasına rağmen, sadece kavramsal bakımdan ayrı ayrı anlamlandırmaya ve belirli işbirliği türlerini buna göre vasıflandırmaya çalışmıştır²³¹. Çalışmamızda, rekabetin bozulması kavramının, üç kavramı da kapsar anlamda kullanılması tercih edilmiştir. Bunun temel nedeni bozulma kavramının hem sözcük anlamı hem de kavramsal anlamı bakımından engellenme ve kısıtlanma kavramlarını kapsar nitelikte olmasıdır.

Teşebbüsler arasındaki bir anlaşmanın, uyumlu eylemin veya bir teşebbüs birliğinin kararının, ABİDA'nın 101. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına girebilmesi için ya bunun amacı rekabeti önleyici, kısıtlayıcı ya da bozucu nitelikte olmalıdır veya söz konusu anlaşma, uyumlu eylem ya da karar böyle bir etki, yani sonuç doğurabilecek bir vasıf taşımalı yahut böyle bir sonuç doğurmalıdır²³².

ABİDA'nın m. 101/1 hükmünün uygulanabilmesi için rekabeti “önleme”, “kısıtlama”, “bozma/bozulma” hallerinden herhangi birinin varlığı yeterlidir, yoksa bir olayda her üçünün de bir arada bulunmasına gerek yoktur. ABİDA rekabetin kısıtlanmasını (engellenmesini, bozulmasını) yasaklarken, rekabetin tanımını yapmamıştır. Ancak görüş birliği halinde kabul edilen ve Komisyon ile ABAD kararlarında da benimsenen anlayışa göre arzu edilen iyi işleyen rekabettir.

Rekabetin önlenmesi ile, rekabetin durdurulması veya bertaraf edilmesi kastedilmektedir. Bir işletmenin rakiplerinin piyasaya girmelerine engel olması, yani tek teşebbüs durumunu sürdürebilmesi için rekabete aykırı bir şekilde gayret sarf etmesi veya rakiplerini tasfiyeye gayret etmesi, rekabetin önlenmesidir²³³.

²³¹ EFEM G., Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Bakımından Roma Anlaşması m.85'e Kavramsal Bir Yaklaşım, Ankara 1993, s. 74-75.

²³² TEKİNALP/TEKİNALP, s. 400.

²³³ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 401.

Rekabetin sınırlanması, rakiplerin bazı yerlere, bölgelere sokulması veya satışlarının belli ölçüler içinde kalmasının anlaşmalar yolu ile sağlanmasıdır. ABİDA m. 101/1 hükmünün uygulanabilmesi için önlemlerle rekabetin kısıtlanmasının amaçlanmış olması veya söz konusu eylemin böyle bir etkisinin bulunması gerekir. Amaçlanma ve etkileme birbirinin alternatifi olup, bunların bir arada bulunmalarına gerek yoktur. Başka bir deyişle, hukuka aykırılığın doğabilmesi için bunlardan birinin varlığı yeterlidir.

b. Amaç ve Etki Açısından Rekabetin Sınırlanması

ABİDA m. 101/1(e)'ye göre rekabeti sınırlama amacı taşıyan ya da böyle bir etkiyi doğuran anlaşma, karar ve uyumlu eylemler hukuka aykırıdır. Böylelikle teşebbüsler arasındaki bir faaliyetin ihlal kapsamına girebilmesi için ya rekabeti sınırlandırması ya da böyle bir amacı taşıyor olması gerekmektedir.

Amaç açısından rekabeti sınırlayıcı görülmeyen teşebbüsler arası ilişki ve faaliyetlerin etkisi pazar üzerindeki rekabetin sınırlanması ise, artık bu ilişki ve faaliyetlerin, etkisi açısından rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ya da uyumlu eylemler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği gündeme gelecektir. Bir antlaşmanın, uyumlu eylemin veya teşebbüs birliğinin kararının amacının rekabete aykırı olduğunun saptanması durumunda ayrıca, mezkur hukuka aykırılığın, rekabeti kısıtlayıcı etkisinin bulunup bulunmadığı araştırılmaz. Aynı kural tersi için de geçerlidir.

ABAD'ın "Consten/Grundig"²³⁴ kararı ATA m.81/1'in (ABİDA m. 101/1) içerdiği amaç ve etki kavramlarını da belirlemiştir. Karara konu olan olayda Alman Grundig şirketi, Fransız Consten firmasına kendi ürünü olan elektronik malların Fransa'da tek satıcılık hakkını vermişti. Bu iki firma arasındaki anlaşmaya göre, Consten anılan ürünleri belli bir miktarda almaya, satış sonrası hizmetleri vermeye ve rakiplerin benzer mallarını satmamaya ve bu malları Fransa'dan ihraç etmemeye mecburdu. Benzer hükümler Grundig'in diğer bayileriyle yaptığı sözleşmelerde de

²³⁴ Case56-58/64, Consten and Grundig Verkaufs-GmbH v. Commission, ECR 1966, 322.

yer alıyordu. Grundig, ayrıca Consten’e GINT markasının lisansını da devretmişti. Bu lisans Consten’e, anılan ürünlerin Fransa’da satışına engel olmak hakkını da veriyordu. UNEF ünvanlı bir firma, söz konusu ürünleri -daha ucuz olan- Almanya’dan Fransa’ya ithal edince, Consten’in açtığı markanın ihlal edildiği davası ile karşılaştı ve bunun üzerine Komisyon nezdinde Grundig ile Consten arasındaki sözleşmenin ATA’nın 81. (ABİDA m.101) maddesi hükmüne aykırı olduğu şikayetinde bulundu. Komisyon UNEF’e hak verdi ve sorun ABAD’ın önüne geldi. ABAD sonuçta mezkur sözleşmenin ATA’nın 81. (ABİDA m.101) maddesine aykırı olduğuna karar verdi. ABAD’ın Consten ve Grundig kararı şu görüşleri içermektedir: a) Consten’in yüklendiği ihracat yapmama yasağı pers e hukuka aykırıdır, b) Grundig’in kurduğu sistem, bu firmanın çeşitli ülkelerdeki dağıtıcıları arasında yani aynı markayı taşıyan ürünler yönünden, rekabeti bertaraf etmektedir. ABAD kararında şu satırlara yer vermiştir:

“.....Anlaşma, Grundig ürünleri için Fransız pazarını bu şekilde tefrik etmeyi ve çok ünlü bir markanın ürünleri için, suni bir şekilde Topluluk içinde, ayrı ulusal pazarlar edinmeyi amaçladığı için, dolayısıyla, ortak pazar’da rekabeti bozar niteliktedir”.

Consten/Grundig kararının sonuçlarından biri de bir anlaşmanın amacının rekabete aykırı olması halinde artık bu anlaşmanın, rekabeti sınırlayıcı veya bozucu ya da engelleyici etkileri olup olmadığının incelenmesine gerek bulunmadığıdır. Bu husus kararda şöyle ifade edilmiştir²³⁵:

“.....Bir defa bir sözleşmenin amacının rekabeti önlediği veya kısıtladığı ya da bozduğu belirlendi mi artık onun somut etkilerini dikkate almaya gerek yoktur”.

Öte yandan ABAD ve Komisyon’un anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarda amaç ve etki göstergelerinin farklılığını açık olarak ayırıcı bir anlayış içerisinde olduğunu ileri sürmek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Ancak buna karşılık Yüce

²³⁵ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 405.

Divan, Société Technique Minière²³⁶ vakiasında, “sözleşmenin öncelikle amacına bakılması ve bu sözleşmenin ayrıca etkilerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir” şeklinde bir yorum getirmiştir²³⁷.

²³⁶ Case 56/65, Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH, ECR 1966, s. 235.

²³⁷ ESİN, (Rekabet) , s. 53.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI İLİŞKİLER VE MADDİ REKABET KURALLARIYLA İLİŞKİSİ

I. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER DANIŞIKLI İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Anlaşmalarla Uyumlu Eylemlerin İlişkisi

Anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki sınırın belirlenmesi, anlaşmanın kapsamı ile yakından ilgilidir. Anlaşmanın kapsamını belirlemekte ileri sürülen görüşler, bu sınırın tespiti bakımından da önem kazanmıştır. ABİDA'nın 101. maddesindeki anlaşma sözcüğü ile sözleşme durumlarının kast edildiğini ileri sürenlerin özellikle üzerinde durdukları, anlaşma ve uyumlu eylem sınırının belirlenmesi sorununda, hukuken bağlayıcı olmak kriteri, ileri sürülen en belli başlı ölçüttür²³⁸.

1. Anlaşma Kavramı

“Anlaşma” kelimesi her türlü uyuşmayı (mutabakatı) ifade ettiğinden “sözleşme” (akit)’den daha geniştir. Bu deyim bağlayıcı bütün anlaşmaları kapsadığı şüphesizdir. Ancak ‘anlaşma’ kavramı hukuken bağlayıcı olmayan, centilmen anlaşmalarını da²³⁹ içerir. ABİDA anlamında ‘anlaşma’, taraflar ya da ilgililer arasındaki, açık-kapalı, doğrudan-dolaylı, sarıh-zımni, sözlü-yazılı, tek taraflı-çok taraflı, yazılı/yazısız mutabakatlar veya saptamalar olabilir. Bu açıdan niyet açıklamaları, görüş bildiren tespit yapan memorandumlar, tutanaklar, beyanlar, taahhütler, müşterek açıklamalar anlaşmadır.

²³⁸ AKINCI, s. 44.

²³⁹ Case 41/69, ACF Chemiefarma NV. v. Comission, ECR 1970, 661.

ABAD, “Sandoz²⁴⁰” kararında fatura üzerine basılı ‘ihracat yasaktır’ damgasını, Komisyon da 91/39 sayılı “D’leteren Motor Oils²⁴¹” kararında üreticinin bayilerine yolladığı “şiddetle önerilir” ifadesini anlaşma için yeterli görmüştür. Bu genişlikteki anlaşma kavramını uyumlu eylemden ayırmak kolay değildir. Anlaşma, danışıklılığın bu iki halini de yasakladığı ve ikisi arasında fark gözetmediği için ne ABAD ne Komisyon ne de öğreti, kavramlar arasındaki çizgiyi belirlemeye gayret göstermiştir. Çünkü bir somut olgunun anlaşma ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi değişik sonuçların doğmasına yol açmamaktadır. Bu noktaya isabetle değinen Whish²⁴² farkın danışıklılığın bulunması ya da bulunmaması durumunda doğduğunu belirtir.

Genel olarak anlaşma terimiyle, iki veya daha fazla kişinin, belirli konu veya konular üzerindeki her türlü uyuşma ve mutabakatı kastedilir. Anlaşmadan bahsedebilmek için, mutabakatın mutlaka hukuk düzeni tarafından dikkate alınan bir konuya ilişkin olması gerekmediği gibi; bu hususta kullanılacak olan vasıtaların da önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla yazılı, sözlü veya sadece fiili eylemler yoluyla varılan mutabakatlar hukuki bir sonuca yönelsin veya yönelvesin anlaşma olarak nitelendirilebilir. Burada önemli olan taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuşmasıdır. Bu bağlamda hukuken bağlayıcı olmayan, sosyal ve ahlaki nitelikteki taahhütler de anlaşma kapsamında değerlendirilebilir. Her ne kadar uygulamada sözleşme ve anlaşma terimleri birbirlerinin yerine kullanılıyor olsalar da ; gerek Anglo-Amerikan Hukukunda gerekse Kara Avrupa’sı Hukukunda “sözleşme”, yukarıda ifade edilenlerden daha dar bir alanı kapsamaktadır²⁴³. En genel anlamıyla “sözleşme iki veya daha fazla kişinin hukuki bir sonuç doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmalarıyla oluşturulan bir hukuki işlemdir. Kavramsal açıdan anlaşma ve sözleşme arasındaki temel farklılık, karşılıklı uyuşma neticesinde arzu edilen hukuki neticenin meydana gelmesi ve tarafların anlaşma ile hukuken bağlanmaları noktasında ortaya çıkmaktadır.

²⁴⁰ Case 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission, ECJ 1990, I-45.

²⁴¹ D’leteren Motor Oils, OJ 1991, 39.

²⁴² WHISH, s. 191.

²⁴³ SANLI, s. 76.

Avrupa Topluluğu uygulamasında da anlaşma kavramından sadece sözleşmelerin mi yoksa hukuken bağlayıcı olmayan her türlü irade uyuşmalarının mı anlaşılması gerektiği tartışma konusu yapılmış ve sonuç olarak bu kavramın sözleşmelerin yanı sıra, hukukun bağlayıcı niteliği olmayan, “centilmenlik anlaşmaları” türündeki irade uyuşmalarını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği şeklindeki görüş ağırlık kazanmıştır²⁴⁴.

2. Anlaşma ile Uyumlu Eylem Arasındaki Fark

Uyumlu eylem ve anlaşma arasındaki farkların açık bir şekilde ortaya konulabilmesi, bu iki kavramın muhtevasının nasıl doldurulduğu ile ilgili bir sorundur. Avrupa Topluluğu hukukunda danışıklı bir durumun anlaşma mı yoksa uyumlu eylem mi kapsamında değerlendirileceği konusunda tutarlı bir uygulamanın bulunduğunu söylemek güçtür.

Anlaşmalardaki karşılıklı irade uyuşmasının uyumlu eylemlere göre daha yoğun olduğu şeklindeki iddiaya göre²⁴⁵ rekabeti sınırlayıcı anlaşmada taraflar arasında hukuken bağlayıcı olmasa bile karşılıklı bir irade açıklaması vardır. Uyumlu eylemde ise karşılıklı irade açıklamaları yoktur. Bu son halde teşebbüsler arasında bir bağlantı, bilgi akışı kanalı vardır, fakat söz konusu bağlantı irade açıklaması aşamasına ulaşmamıştır.

Bir başka görüşe göre²⁴⁶ ise anlaşmalardaki karşılıklı irade uyuşmasının uyumlu eylemlere göre daha yoğun olduğu şeklindeki iddianın bu iki kavramı birbirinden ayırt edebilecek bir ölçüt olmadığı açıktır. Bu görüşe göre, teşebbüsler

²⁴⁴ İngilizce karşılığı “gentleman’s agreement” olarak ifade edilen bu tür anlaşmalar, tarafları hukuki bir yükümlülük altına sokmayıp, sadece ahlaki ödevler yüklemektedir. Centilmenlik anlaşmaları hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmalardır. Rekabet hukukundaki anlaşmaları sözleşmelerden ayıran temel özellikte bunların hukuken bağlayıcı olmasının gerekmemesidir. Bu bakımdan centilmenlik anlaşmaları anlaşmaların hukuken bağlayıcı olmayan yönünü temsil etmekte ve adeta bu açıdan anlaşma ile eş değer bir anlam üstlenmektedir. Kuşkusuz rekabet hukukunda centilmenlik anlaşmalarının nedeni, ilk bakışta ve en önce, anlaşmaların hukuken bağlayıcı olmayan bir biçimde yapmak suretiyle teşebbüslerin kanunun getirdiği hukuki ve cezai yaptırımlarından kaçınmak istemeleri olmaktadır.

²⁴⁵ ASLAN, s. 83.; RITTER L./BRAUN W. D./RAWLJNSON F., s. 59.

²⁴⁶ TOPÇUOĞLU, s. 209.

rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerini şeffaf, kayıt altına alınabilen ortamlarda organize etmediklerinden rekabeti sınırlayıcı yasak bir faaliyet, anlaşma ve uyumlu eylem olarak kategorize edilirken, taraflar arasındaki bağlantının, irade açıklaması aşamasına ulaşp ulaşmadığını araştırmanın zaman açısından bir yararı, hukuk mantığı açısından da bir temeli yoktur. Özellikle somut olayda uyumlu eylemin varlığı piyasaya ilişkin emarelerden hareketle, tabiri caiz ise iz sürülerek (toplantı, seminer, bilgi-belge değişimi) ortaya çıkarılacak bir durumdur. Ayrıca taraflar arasında bir irade açıklaması olmuş mu, olmamış mı, yoksa taraflar bu konuya hiç temas etmeksizin (ima yoluyla) bilgi-belge değişiminde mi bulunmuşlardır gibi soruları tartışmak gereksiz zaman kaybına yol açacaktır.

Yine doktrindeki bir görüşe göre²⁴⁷ hukuken geçerli olsun ya da olmasın bir anlaşmanın taahhüt ve tasarruf aşaması olmak üzere iki aşaması vardır. Uyumlu eylemlerde ise taahhüt aşaması yoktur. Rakip teşebbüslerin birbirinin pazar davranışlarını bilebilmek için yapacakları bazı hazırlık hareketleri vardır. Fakat bu aşama karşılıklı uyumu içermez. Ancak bu görüşe karşı²⁴⁸ uyumlu eylemlerde de taahhüt aşaması olabileceği belirtilmektedir. Önemli olan tarafların taahhütleri ile ne derece kendilerini bağlı hissettikleridir. Şayet taraflar kendilerini hukuken taahhütlerine uymakla yükümlü hissediyorlarsa, bir anlaşmanın varlığından; aksi halde taahhütlere uyulması tarafların keyfi tutumuyla ilgili ise, uyumlu eylemin varlığından bahsetmek gerekecektir. Bu durum şüphesiz irade açıklamaları için de geçerli olacaktır.

Topluluk rekabet hukuku açısından incelendiğinde, anlaşma ve uyumlu eylemler ayrı ayrı kavramlar olabilmekle birlikte birbirlerinin devamı niteliğinde de olabilirler. Bir uyumlu eylem, rekabeti bozma amacını güden bir anlaşmanın devamı olabilir. Ancak, söz konusu kavramlar, tek başlarına da bir vakaya konu olabilirler. Burada üzerinde önemle durulması ve bilinmesi gereken husus, bir anlaşmanın

²⁴⁷ ASLAN, s. 83.

²⁴⁸ TOPÇUOĞLU, s. 209-210.

varlığının tespiti ihlale konu olabilirken, bir uyumlu eylemin varlığının tespiti, ortak niyetin ispatına kadar ancak ihlal iddiasına konu olabilir²⁴⁹.

Kanımızca, anlaşma ve uyumlu eylem ayırımı sadece teorik bakımdan değil, uygulama açısından da önemlidir. Şöyle ki, taraflar arasında rekabeti önleme amacına yönelik bir anlaşmanın yapılması ile birlikte ABİDA'nın 101. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Anlaşmanın fiilen yürürlüğe konması 101. maddenin uygulanması için şart değildir. Örneğin, ortak pazarda, piyasanın %80 ini elinde bulunduran 4 boya hammadde üreticisi fiyatları belirlemek üzere bir anlaşma yaptıklarını varsayalım. Burada, anlaşma yürürlüğe konmadan önce veya hiç yürürlüğe konmamış dahi olsa 101. madde hükümleri uygulanacaktır. Anlaşma durumunda, 101. madde doğrudan uygulama alanı bulacaktır, yeter ki, anlaşma rekabeti kısıtlama amacına yönelmiş olsun. Buna karşılık, uyumlu eylemde 101. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için, tarafların uyum hali yetmemekte, uyumun eyleme dönüşmesi gerekmektedir²⁵⁰. Bu sebepten anlaşma ve uyumlu eylem ayırımı, teorik olduğu kadar pratik öneme de sahiptir. Centilmenlik anlaşması veya basit bir hemfikir olma durumunun²⁵¹ anlaşma kavramının kapsamı içinde kabulü halinde, teşebbüslerin anlaşmayı yürürlüğe koymaları beklenmeden 101. maddenin uygulanması mümkün olacaktır²⁵².

Anlaşma ve uyumlu eylemlerin birbirinden ayırt edilmesi meselesi sadece uygulamaya konmuş veya icra edilmiş olan irade uyuşmaları için bir anlam ifade eder. Zira henüz eyleme dönüşmemiş bir mutabakatın, uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla ortaya bir ayırt etme sorununun çıkması mümkün değildir. Böylelikle anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ilk farklılık da uyumlu eylemin ancak icrasına başlanmış uyuşmaları, anlaşmanın ise her iki durumu kapsıyor oluşudur.

²⁴⁹ ESİN, (Rekabet), s. 33.

²⁵⁰ Bkz. s. 44.

²⁵¹ AKINCI, s. 46.

²⁵² Case 56/65 Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm, ECR 1966, 235-249.

İspat yükü bakımından anlaşma ve uyumlu eylemler farklıdır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların varlığını iddia eden, onu ispatla yükümlüdür. Halbuki uyumlu eylem iddiasında bulunan kimse, teşebbüsler arasındaki işbirliğini, uyumlu hareket etme planlarını ispat etmek zorunda değildir.

3. Adalet Divanı Kararları Işığında Anlaşma ve Uyumlu Eylem İlişkisi

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında da anlaşma kavramının kapsamının belirlenmesine özel bir çaba gösterilmiştir. Franco-Japanese Ball-Bearing kararında²⁵³, Komisyon'a göre anlaşma hükümlerinin uygulanmasında özel hukuka göre bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan bütün unsurların varlığı gerekmez. Bir tarafın kendi iradesi ile hareketlerini sınırlayacağını beyanı da anlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterlidir. “Kinin karteli”²⁵⁴ kararında ise, centilmenlik anlaşması diye adlandırılan durumun, 81/1’de (ABİDA m. 101/1) belirtilen anlaşma kapsamına gireceği belirtilmektedir. National Panasonic²⁵⁵ davasında da, Panasonic firması ile yetkili satıcılar arasında hukuken geçerli bir sözleşme bulunmamasına rağmen, Panasonic firması ile satıcıları arasındaki rekabetin kısıtlanması hususundaki görüş birliğinin davalıların uyumlu eylem şeklindeki savunmaları reddedilerek anlaşma olduğuna karar verilmiştir²⁵⁶.

Komisyon, “Cement”²⁵⁷ kararında, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasında çok özel farklılıklar bulunmadığını ve esasen, bu iki kavramı birbirinden katı bir şekilde ayıran bir sınırdan söz etmenin de doğru olmayacağını belirtmiştir. Hatta bir başka kararında²⁵⁸ daha da ileri giderek, anlaşma ile uyumlu eylem

²⁵³ Re Franco-Japanese Ballbearing Agreement, OJ 1974, L 343/19; 1975 C.M.L.R. D_. Komisyon bu kararında, Fransız ve Japon bilyeli yatak (Ball-bearing) üreticileri arasında, Japonya’dan Fransa’ya ithal edilen ürünlerin satış fiyatlarının artırılmasına ilişkin bir anlaşma olduğuna karar vermiştir. Komisyon’a göre bilyeli yatak üretimi ile iştigal eden büyük Fransız ve Japon firmaları ve bunların üyesi oldukları ticari birlikler, aralarında toplantılar yapmak ve mektuplaşmalarda bulunmak suretiyle satış fiyatlarını artırmaya yönelik bir anlaşmaya varmışlardır.

²⁵⁴ Re Cartel Quinine, OJ 1969, L 192/5; 1969 C.M.L.R. D42, D59.

²⁵⁵ Community v. National Panasonic (UK) Ltd., OJ 1982, L 354/28; 1983 1 C.M.L.R. 497.

²⁵⁶ AKINCI, s. 45.

²⁵⁷ Cement, OJ. 1994, L. 343/1, CMLR. (4 1995) 327, prg 45.

²⁵⁸ Polypropylene, OJ. (1986) L. 230/1, CMLR. (4 1988) 347, prg. 87. Aynı ifadelerin kullanıldığı kararlar için bkz. PVC, OJ. 1989, L. 33/44, CMLR. 535, prg 34, LdPE, OJ 1989, L. 74/21, CMLR. (4 1990) 382, prg. 41.

kavramları arasındaki ayrımın önemli olmadığını; esas önemli olanın, ATA m. 81 (ABİDA. m.101) kapsamına giren işbirliği halleri ile herhangi bir işbirliği ilişkisinden doğmayan paralel davranışların birbirinden ayırt edilmesi meselesi olduğunu ileri sürmüştür.

ABAD kararları incelendiğinde bu konuya ilişkin en önemli dava, “Polypropylene²⁵⁹” davalarıdır. “Polypropylene²⁶⁰” davalarında, 1977 yılından önce Avrupa polipropilen pazarında faaliyet göstermekte olan on firma bulunmaktadır. 1977 yılında polipropilen üretimi için gerekli patentlerin sona ermesiyle yedi yeni üretici daha bu pazara girmiştir. Bu nedenle pazarda atıl kapasite oluşmuş, endüstride sabit maliyetlerin yüksek olması nedeniyle firmalar zarar etmeye başlamışlardır. Komisyon bu sorunlarla karşılaşan üreticilerin, 1977 ile 1983 yılları arasında düzenli bir şekilde gizli toplantılara katıldıklarını ortaya çıkartmıştır. Bu toplantılarda katılımcıların yıllık üretim hedefleri ve kotalar belirleyerek pazarı paylaştıkları ve hedef fiyatlar tespit ettikleri anlaşılmıştır. Ayrıca firmaların, sistemin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla dağıtımına ilişkin ayrıntılı bilgilerin karşılıklı verilmesi, yerel toplantılar düzenlenmesi gibi faaliyetlere giriştikleri de ortaya çıkartılmıştır. Ancak her üretici her zaman yapılan anlaşmaların içinde yer almamış ve toplantılarda üzerinde uzlaşılan davranışları sergilememişlerdir.

Komisyon kararında, toplantıların, tartışmaların, bilgi alışverişinin tek bir ihlal olduğunu vurgulayarak, bazı ihlallerin anlaşma, bazılarının uyumlu eylem olarak nitelendirilebileceğini belirtmiş; ancak ihlali, temel olarak “anlaşma”dan oluşan tek bir ihlal olarak tanımlamıştır. Komisyon bu tutumunu, anlaşma ve uyumlu eylemlerin 81. madde çerçevesinde aynı etki ve sonuçları doğurmasıyla açıklamıştır.

Üreticilerin, Komisyon’un ihlali ayrı ayrı belirtmesi gerektiği yönündeki eleştirilerini kabul etmeyen İlk Derece Mahkemesi’ne göre Komisyon’un ATA 81. (ABİDA m.101) maddenin komple ihlallerine, ihlali oluşturan davranışların

²⁵⁹ Polypropylene, O.J 1986, L230/1, [1988] 4 CMLR 347, CMR 10782 and 10851, Polypropylene Davaları (T-1-4,6-15/89), 17 December 1997, [1991] E.C.R. II-869.

²⁶⁰ Polypropylene, O.J 1986, L230/1, [1988] 4 CMLR 347, CMR 10782 and 10851, Polypropylene Davaları (T-1-4,6-15/89), 17 December 1997, [1991] E.C.R. II-869.

unsurlarının her birini “anlaşma” ya da “uyumlu eylem” olarak sınıflandırması gerekmemektedir. Bunun yerine Komisyon delilleri bir bütün olarak değerlendirerek, inceleme konusu davranışı “anlaşma ve uyumlu eylem”den oluşan tek bir ihlal olarak nitelendirebilir²⁶¹.

Komisyon’a göre, anlaşma ve uyumlu eylem kavramları birbirlerinden farklıdır; ancak her iki hukuka aykırı kalıbın unsurlarını da bünyesinde barındıran rekabet ihlallerinden doğan davalar söz konusu olabilir²⁶². Nitekim “Carton Board²⁶³” ve “Graphite Electrodes²⁶⁴” kararlarında kullanılan ifadeler de bu duruma işaret etmektedir:

“Özellikle uzun süreli, karmaşık yapıli ihlal hallerinde, Komisyon’un anlaşma veya uyumlu eylem gibi kesin nitelendirmelerde bulunması gerekli değildir. İhlalin her iki yasak kavramının unsurlarını eş zamanlı olarak barındırıyor olma ihtimali karşısında, böyle bir ayırım yapmak esasen mümkün veya gerçekçi de olmayabilir. İhlale ilişkin bulgular, tek başlarına ele alındıklarında, anlaşma veya uyumlu eylem kavramına daha uygun düşecek olsa da, tek bir genel amacı olduğu açıkça belli olan ortak ve süregelen bir girişimin, alt bölümlere ayrılması suni olacaktır.”

Komisyon’un bu yaklaşımını özellikle Polypropylene kararının temyiz davalarında inceleyen İlk Derece Mahkemesi de, karmaşık yapıli kartellerin soruşturmalarında, kavramların farklılıklarının göz ardı edilip, ihlalin “anlaşma ve/veya uyumlu eylem” şeklinde nitelendirilmesinin hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir:

“İhlal, anlaşma olarak nitelendirilebilecek bulgular ile uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecek olan bulguları aynı anda bünyesinde barındırdığına göre, Komisyon’un söz konusu tek ihlali ‘anlaşma ve uyumlu eylem’ olarak tespit etmesi hukuka uygundur. Bu şekilde ikili bir nitelendirmede bulunulan karmaşık yapıli

²⁶¹ ŞAYLI Y., Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Ankara 2005, s. 48.

²⁶² Polypropylene, OJ 1986, L. 230/1, CMLR. (4 1988) 347, prg. 86, Glass, OJ 1989, L. 33/44, CMLR. (4 1990) 535, prg. 63.

²⁶³ Carton Board, OJ 1994, L. 243/1, CMLR. (5 1994) 547, prg. 128.

²⁶⁴ Graphite Electrodes, OJ 2002, L. 100/1, CMLR. (5 2002) 17, prg. 101.

ihlallerde, elde edilen bulguların bir bütün olarak aynı anda hem anlaşma hem de uyumlu eylem kavramlarını oluşturması beklenmez. Burada esasen, bazıları anlaşma bazıları ise uyumlu eylem olarak nitelendirilen bulgulardan meydana gelen karmaşık bir bütün söz konusudur; ki ATA m.81 ‘de (ABİDA. m. 101) bu şekildeki karmaşık yapılı ihlal halleri için özel bir kategori öngörülmemiştir²⁶⁵.”

İlk Derece Mahkemesi tarafından aynı yönde sonuca ulaşılan “PVC²⁶⁶” kararında da, ihlalin “anlaşma ve/veya uyumlu eylem” olarak tespit edilebileceğine ilişkin bir ilke bulunduğundan söz edilmiş ve benzer ifadeler kullanılmıştır:

“Çok sayıda üreticinin ilgili pazarı düzenlemeye yönelik yıllar süren çalışmalarıyla ilgili karmaşık yapılı bir ihlal bağlamında, Komisyon’un her bir teşebbüs ve herhangi bir zaman için ihlali kesin bir şekilde sınıflandırması beklenemez. Zira her iki ihlal hali (anlaşma ve uyumlu eylem) de ATA m. 81 (ABİDA. m. 101) gereği yasaktır. Bu sebeple, Komisyon, anlaşma olarak nitelendirilebilecek öğeler ile uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecek öğeleri bünyesinde barındıran karmaşık yapılı bir ihlali anlaşma ve/veya uyumlu eylem olarak tespit etmeye yetkilidir.”

Anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki yapısal farklılıkları göz ardı edip, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen rekabet ihlali “anlaşma ve/veya uyumlu eylem” olarak tespit eden Komisyon ve İlk Derece Mahkemesi’nin yaklaşımı, en üst derece mahkeme olan ABAD tarafından da benimsenmiştir²⁶⁷.

²⁶⁵ T-1/89, Rhone Poulenc v. Commission, ECR II 1991, 867, prg. 127, Petrofina v. Commission, T-2/89, ECR II 1991, 1087, prg. 219, BASF v. Commission, T-4/89, ECR II 1991, 1523, prg. 246, Enichem v. Commission, T-6/89, ECR II 1991, 1623, prg. 205, Hercules v. Commission, T-7/89, ECR II 1991, 1711, prg. 264, DSM v. Commission, T-8/89, ECR II 1991, 1833, prg. 235, Hüls v. Commission, T-9/89, ECR. II 1992, 499, prg. 299, Hoechst v. Commission, T-10/89, ECR II 1992, 629, prg. 295, Solvay v. Commission, T-12/89, ECR II 1992, 907, prg. 260, ICI v. Commission, T-13/89, ECR II 1992, 1021, prg. 261, Montedipe v. Commission, T-14/89, ECR II 1992, 1155, CMLR. (4 1993) 110, prg. 238, Linz v. Commission, T-15/89, ECR II 1992, 1275, prg. 309.

²⁶⁶ PVC II v. Commission, T-305e.s./94, ECR II 1999, 931, CMLR. (5 1999) 303, prg. 696-697.

²⁶⁷ CANBOLAT İ. U., Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 137.

Divan, “Anic²⁶⁸” kararında öncelikle, ATA m.81’in (ABİDA. m. 101) “uyumlu eylemler”i, “teşebbüsler arası anlaşmalar”ı ve “teşebbüs birliği kararları”nı birbirlerinden ayırdığına dikkat çekmiştir. Divan’a göre, bu kavramlara ayrı ayrı yer verilmiş olmasındaki amaç, değişik biçimlerde ortaya çıkabilen koordinasyon ve danışıklılık ilişkilerini madde kapsamına alabilmektir. Ancak madde metninde yapılmış olan bu ayırım, aynı rekabete aykırı amacı taşıyan ve ayrı ayrı ele alındıklarında anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilebilecek olan davranış biçimlerinin, ATA m.81/1’e (ABİDA. m. 101/1) aykırı tek bir ihlalin farklı görünümünü oluşturmalarına engel değildir. Bu sebeple, İlk Derece Mahkemesi’nin, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen çeşitli davranış biçimlerini, tek ve karmaşık yapıda bir ihlalin, bir kısmı anlaşmaya bir kısmı uyumlu eyleme tekabül eden belirtileri olarak kabul etmesi hukuka uygundur²⁶⁹.

Divan, ulaştığı bu sonucun hukuki kavramların içeriğini zedelediğini göstermek için, anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki sözde farklılıklara da değinmiştir. Buna göre, her iki kavram da, doğası gereği aynı olan²⁷⁰ danışıklılık hallerini kapsayabilmek için yaratılmıştır ve birbirlerinden ancak, yoğunluk²⁷¹ ve ortaya çıktıkları görünüm açısından ayırt edilebilirler. Anlaşma ve uyumlu eylem kalıplarının kısmen farklı unsurlara sahip oldukları kabul edilebilirse de, bu iki kavramın birbirlerine zıt özellikler taşıdığı ileri sürülemez.

Yukarıda değindiğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere, Komisyon ve Topluluk Mahkemeleri’ne göre, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarını birbirlerinden ayırt etmek kolay değildir. Netice olarak kanaatimizce somut olaydaki

²⁶⁸ Case 49/92 etc., Commission v. Anic, ECR I 1999, 4125, CMLR. (4 2001) 17, prg. 112-114, 131-132.

²⁶⁹ CANBOLAT, s. 137.

²⁷⁰ Kararda “...having the same nature...” ifadesi kullanılmıştır. Kanımızca burada, söz konusu işbirliği hallerinin rekabet süreci üzerindeki benzer olumsuz etkilerine dikkat çekilmektedir.

²⁷¹ Kararda “intensity” kelimesi kullanılmıştır. Kanımızca burada, teşebbüsler arasındaki iliksinin yoğunluğu kast edilmektedir. Bilindiği üzere, teşebbüsler arasında bir anlaşma olduğundan söz edebilmemiz için, uyumlu eylemlere oranla söz konusu teşebbüsler arasındaki ilişkinin çok daha yoğun bir biçimde ortaya çıkarılması gerekmektedir. Zira bir anlaşmadan söz edilebilmesi için, hukuken bağlayıcı olmasa da tarafların kendilerini bağlı hissettikleri irade açıklamalarının bulunması gerekir. Bu irade açıklamaları açık bir şekilde ortaya çıkabileceği gibi, somut olayın özelliklerine göre örtülü olarak var oldukları da kabul edilebilir. Buna karşın uyumlu eylem hallerinde, ilgili teşebbüsler arasında gerçekleştirilen irade açıklamalarından söz edilemez.

bir danışıklı ilişkinin anlaşma veya uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi, doğuracağı hukuki neticeler açısından herhangi bir farklılık yaratmaz. Bu iki kavram arasındaki tek fark, yukarıda değinildiği üzere uyumlu eylemin sadece eylem safhasına geçen mutabakatları kapsamaması, anlaşmanın ise eyleme dönüşmemiş irade uyuşmalarını da kapsayacak bir anlama sahip olmasıdır.

B. Kararlarla Uyumlu Eylemler Arasındaki İlişki

1. Karar Kavramı ile Teşebbüs Birliği Kararlarının Düzenlenme Amacı

Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda, rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen ABİDA'nın 101. maddesi, sözleşme ve uyumlu eylemin yanı sıra, rekabetin teşebbüs birliklerinin kararları ile de kısıtlanabileceğini öngörerek bu durumun da, hukuku ihlal oluşturacağını düzenlemiştir. Uyumlu eylem ile teşebbüs birliği kararları, sonuç itibarı ile, benzer durumlara ilişkin ise de, teşebbüs birliği kararlarının, eylem seviyesine yükselmiş olması gerekli değildir.

Karar kavramıyla kastedilen teşebbüs birliklerinin almış oldukları kararlardır. ABİDA'nın 101. maddede, teşebbüs birliklerinin rekabetin kısıtlanmasındaki rolünü düzenlerken, teşebbüs birliği ile neyin kastedildiğini açıklamamıştır. Bir gruplaşmanın, rekabet hukuku bakımından, teşebbüs birliği olarak kabul edilmesi için, tüzel kişiliğe sahip olması gerekli değildir²⁷².

Teşebbüs birliklerinin kararlarıyla kastedilen, söz konusu birliklerin aldıkları kararlarla üyelerine tavsiyede bulunmaları, mesleki kurallar, davranış ve uygulama standartları koymalarıdır. Karar, kural veya tavsiyelerin ABİDA'nın 101/1 hükmüne aykırı olabilmesi için, birliğin ya o alanda faaliyet göstermesi, yani üretim, dağıtım, satış ve satış sonu hizmetleri gibi faaliyetlerde rolünün bulunması ya da rekabeti kısıtlayıcı eylemde etkili olması, yani tavsiyelerinin üye teşebbüsleri bağlaması gerekir²⁷³. Birliğin tavsiyeleri üyelerini bağlayıcı olmasa bile, bunların etkileri, ortak

²⁷² AKINCI, s. 178.

²⁷³ İKİZLER, s. 231.

pazar içindeki rekabetin önlenmesi, kısıtlanması ya da bozulmasında hissedilebilir düzeyde ise, yine birliğin cezalandırılması yoluna gidilir²⁷⁴.

"Birlik" sözcüğünün Topluluk rekabet hukukunda ifade ettiği anlam, tarım kooperatifleri²⁷⁵, hukuki şahsiyet iktisap etmesi kanunca mümkün olmayan cemiyetler, kar amacı gütmeyen dernekler²⁷⁶ ve federasyon veya konfederasyonlardır²⁷⁷.

Teşebbüs birliğinden söz edebilmek için, teşebbüslerin bir araya gelmelerinin bir kereye mahsus veya çok kısa bir süre için olmaması gerekir. Rakip firmaların ortak sorunlarını veya piyasa koşullarını görüşmek ya da çok başka amaçla, hatta rekabeti kısıtlamak için ortak karar almak amacı ile bir kerelik bir araya gelmeler birlik olarak nitelendirilemez. Bu beraberliğin, uzunca sayılacak bir süre içinde, örneğin, birkaç haftalık bir süreye yayılmış olması halinde de, bu durum değişmez. Birlik durumunu bu şekil bir araya gelmelerden ayıran temel unsur sürekliliktir²⁷⁸.

Teşebbüs birliğinin ikinci unsuru, birliğini rekabet hukukunda teşebbüs olarak kabul edilen kişilerden oluşturmasıdır²⁷⁹. "Cecimo"²⁸⁰ kararının ikinci önemli sonucu da, birlik üyelerin tüzel kişilik sahibi olmalarının şart olmadığı ve teşebbüs birliği üyelerinde de, teşebbüs birlikleri olması nedeni ile tüzel kişilik sahibi olmalarının gerekli olmadığıdır²⁸¹.

Rekabetin kısıtlanması amacına yönelik ya da kısıtlamak sonucu veren birlik kararları, 101. maddenin 1. paragrafına göre hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için, karara, birliğe üye teşebbüslerin uymuş olmasının aranmasına gerek yoktur. Sözleşme durumunda olduğu gibi, kararın varlığı hukuka aykırılığın

²⁷⁴ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 394.

²⁷⁵ Case 61/80, Stremsel v. Commission, ECR 1981, s. 851.

²⁷⁶ Case 209-215, 218/78, Van Landewyck v. Commission, ECR 1980, s. 3125.

²⁷⁷ BPICA I, OJ 1997, L 299, s. 18.

²⁷⁸ CORONES, S. G., The Application of Article 85 of the Treaty of Rome To The Exchange of Market Information Between Members of A Trade Association, ECLR 1999, s. 70.

²⁷⁹ GLEISS Alfred/ HIRSCH Bechtold Hootz, Common Market Cartel Law Washington D.C. 1981, s. 48. ; LANG, Trade Associations, s. 48.

²⁸⁰ Cecimo, OJ 1969, L 69/13, (1969) CMLR D1; Case 40/73, Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission, ECR 1976, 1663.; Case 71/74, FRUBO v. Commission, ECR 1975, 563.

²⁸¹ GLEISS/HIRSCH, s. 48.

gerçekleşmesi için yeterlidir. ABİDA'nın 101. maddesinde, rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birlikleri kararlarının hukuka aykırı olduğunun belirtilmiş olmasına karşılık, uyulması üyelerin seçime bırakılmış birlik tavsiyeleri konusunda, herhangi bir düzenleme yoktur. Rekabet hukuku bakımından, tavsiye ile karar arasındaki temel fark, bağlayıcılık etkisi açısındandır. Kararda üyelerin uyma zorunluluğu bulunmasına karşılık, tavsiye durumunda bu söz konusu değildir.

“Gleiss ve Hirsch”²⁸², teşebbüs birlikleri kararı sözcüğünden, sadece teşebbüsleri bağlayıcı birlik kararlarının anlaşılması gerektiğini ve hukuken bağlayıcı niteliği olmayan teşebbüs birliklerinin teklif ve tavsiyeleri durumunda bir kararın varlığından söz edilemeyeceğini iddia etmektedirler. Bu yazarlara göre teşebbüs birlikleri kararları, şekil bakımından sınırlanmamış olmamakla beraber, tavsiyelerin üyeleri bağlayıcı özellikten yoksun olması, bunların karar gibi değerlendirilmesini engeller²⁸³. Gleiss ve Hirsch, kendi görüşlerini desteklemek için 101. maddenin 2. fıkrasına göre hukuka aykırı olan sözleşme ve kararların yok sayılacağı hükmüne başvurarak, uyumlu eyleme ilişkin görüşlerine benzer bir mantık içinde, bir şeyin yok sayılabilmesi için ilk önce hukuken var olması gerektiğini belirtmektedirler²⁸⁴. Hukuken bağlayıcı nitelikten yoksun olan tavsiye, teklif gibi beyanların hukuken var olmadığı için yokluk ile sakatlanmasının düşünülemeyeceğini ileri sürmektedirler. “Deringer”²⁸⁵ de, aynı görüşü savunmakta ve hukuken bağlayıcı olmayan tavsiyelerin, 101. maddenin 1. paragrafına göre karar olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

Diğer bir görüş ise, teşebbüs birliklerinin tavsiyelerinin, karardan farklı olmadığı ve karar kavramına dahil edileceği şeklindedir²⁸⁶. Komisyon'un ve Adalet Divanı'nın da görüşünü yansıtan günümüzdeki baskın görüş, bağlayıcılık

²⁸² GLEISS/HIRSCH, s. 51-52.

²⁸³ AKINCI, s. 181.

²⁸⁴ GLEISS-HIRSCH, s. 51.

²⁸⁵ DERINGER A., Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommnetar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst Durchführungs-Verordnungen und Richtlinien, Duesseldorf 1962, s. 11. Deringer; centilmenlik anlaşmalarının hukuken bağlayıcı olmadıklarını, fakat bunların sözleşme olarak nitelendirebileceğini kabul etmesine karşılık, benzer bir durum olan birlik tavsiyelerinin karar olarak nitelendirilemeyeceğini söylemesi bir çelişkidir. Aynı mantıksal çelişki Gleiss ve Hirsch' de de mevcuttur. GLEISS/HIRSCH, s. 50. (AKINCI, s. 181'den naklen).

²⁸⁶ AKINCI, s. 182.

unsurundaki farklılaşmalara rağmen teşebbüs birliklerinin karar ve tavsiyelerinin, aynı sonuca yönelmiş olmaları sebebi ile, rekabet hukuku bakımından, benzer şekilde değerlendirilmelerinin gerekli olduğunu kabul etmektedir²⁸⁷.

2. Kararların Bağlayıcılığı

Avrupa Birliği hukukunda, Komisyon kararları incelendiğinde teşebbüs birliklerinin tavsiye ve tavsiye benzeri hukuken bağlayıcı olmayan diğer beyanlarının karara ilişkin kurallara göre değerlendirildiği görülür²⁸⁸. Adalet Divanı, “IAZ International Belgium N.V.”²⁸⁹ kararında, Belçika Şehir Şebeke Suyu İşletmecileri Birliği, Belçika Bulaşık Makinesi İmalatçılar Birliğinden uygunluk belgesi almamış bulaşık makinelerinin şehir suyuna bağlanmamasını tavsiye etmiştir. Adalet Divanı, Komisyon’un görüşüne uyararak, bu tavsiyenin Avrupa Topluluğu üyesi ülkelerdeki bulaşık makinesi üreticilerinin rekabetini kısıtlamaya yönelik olduğuna karar vermiştir²⁹⁰.

“Fedetab”²⁹¹ davasında, Belçika ve Lüksemburg sigara üreticileri birliğinin üyelerine yaptıkları tavsiyelerin, teşebbüs birliği kararı nitelendirilmesi sorunu ortaya çıkmış ve davalı birliğin, tavsiyelerin hukuken bağlayıcı olmadığı ve bu sebepten

²⁸⁷ Case 209-215/78, 218/78, von Landewyck Sàrl et al. v. Commission, ECR 1981, 3 CMLR 134, ECR 1980, 3250.

²⁸⁸ Case Vereeniging von Cementhandelaren v. Commission, OJ 1972, L 13/34, OJ 1973, CMLR D16; Case 71/74 FRUBO v. Commission, ECR 1975, 563.

²⁸⁹ Case 96/82, IAZ International Belgium v. Commission, ECR 1984, 3 CMLR 276. Kararda Anseau, Belçika’da su ticareti yapan işletmelerin kurdukları bir birliktir. 1965 ve 1966 tarihlerinde çıkarılan iki kararnameye göre, çamaşır ve bulaşık makinalarının, suya bağlanabilmeleri için, makinaların birliğin öngördüğü standartları haiz olması gerekiyordu. Bu makinaların üreticileri ile sadece bu makinaların ithali ile iştigal eden işletmeler Anseau ile bir anlaşma imzaladılar. Anlaşmaya göre anılan işletmelerin ürettikleri veya ithal ettikleri malların üzerine Anseau tarafından tasarlanmış etiketler yapıştırılacaktı. Etiketsiz mallara su bağlanmayacaktı. Komisyon bu anlaşmanın, iştigal konusu münhasıran çamaşır ve bulaşık makinasının ithali olmayan, diğer mallar yanında bunları da ithal eden işletmeler açısından ayrımcılık yarattığı görüşündeydi. ATAD, olayda birliğin kararlarının işletmeleri bağlamadığını, ancak uygulamanın rekabeti önlediğini belirterek anlaşmayı ATA m. 81/1’e aykırı buldu. Birliğin rolü sadece üyeleri arasında koordinasyonu sağlamak ise, birlik ATA’nın 81/1. maddesi hükmünün kapsamına girmez.

²⁹⁰ AKINCI, s. 183.

²⁹¹ Cases 209-215/78, 218/78, von Landewyck Sàrl et al. v. Commission, ECR 1981, 3 CMLR 134, ECR 1980, 3250.

karar olarak değerdendirilemeyeceği iddiasını Adalet Divanı, üyelerin tavsiyelere uyma sadakatinden söz ederek reddetmiştir²⁹².

Kanımızca, karar ve tavsiye arasındaki ayırım, 101. maddenin 1. paragrafının sonuçları bakımından önem taşır. Teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlayıcı kararları, sözleşme durumunda olduğu gibi, hukuka kendiliğinden aykırıdır. Kararın hukuka aykırı olduğu sonucuna varmak için, üyelerin karara uygun davranmaları da gerekli değildir²⁹³. Kararın rekabetin kısıtlanmasına neden olacak olması, 101. maddenin 1. paragrafının uygulanabilmesi için yeterlidir. Oysa, uyumlu eylemde piyasa koşulları da göz önüne alınarak rekabetin fiilen kısıtlandığının tespiti gerekecektir. Bu sebepten de, uyumlu eylemin tespiti ve kanıtlanması, sözleşme ve karara göre zordur²⁹⁴. Teşebbüs birliklerinin tavsiyelerinin uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi, rekabet hukuku politikasına ters düşer. Teşebbüs birlikleri kararı ile aynı amaca yönelik ve aynı sonuçları veren tavsiyelerin, farklı uygulamaya tabi kılınması, hukuki güvenirliliği de zedeler.

“Van Landewyck²⁹⁵” davasında da, tavsiye niteliği dolayısıyla kararın birlik kararı olarak nitelendirilmemesi gerektiği iddiaları üzerine, Divan bağlayıcılık sorununu incelemiştir. İlgili birliğin tüzüğüne göre birlik kararlarının üyeleri bağlayıcı olduğuna değinilmiş ve gizliden gizliye güttüğü hedeflerin gerçekleşmesi için teşebbüs faaliyetlerini planlayan ve düzenleyen birliklere ATA m.81’in (ABİDA m.101) uygulanacağı belirtilmiştir. Bunun yanında, tavsiye hükümlerine uygun hareket edileceğinin bazı üyeler tarafından açıkça beyan edildiğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca tavsiyenin rekabet üzerine ciddi ve derin bir nüfuzu olduğu vurgulanmıştır²⁹⁶.

²⁹² AKINCI, s. 183.

²⁹³ GLEISS/HIRSCH, s. 51.

²⁹⁴ WHISH, s. 169.

²⁹⁵ Cases 209-215/78, 218/78, von Landewyck Sàrl et al. v. Commission, ECR 1981, 3 CMLR 134, ECR 1980, 3250.

²⁹⁶ İKİZLER, s. 235.

Komisyon, benzer şekilde “Yangın Sigortası²⁹⁷” olayında da, birlikten çıkmış olmayı kararın varlığı için yeterli görmüştür. Dolayısıyla tavsiye niteliğinde de olsa bir karar varsa teşebbüs birliği kararından söz edilebilecektir. Komisyon, bunun için iki şartın birlikte gerçekleşmiş olmasını aramıştır ki; bunlar:

- tavsiye kararının birlik kurallarına göre yetkili organ tarafından alınmış olması ve
- kararın birliğin resmi politikası olarak birlik üyelerine yöneticiler tarafından gerektiği gibi bildirilmiş olmasıdır.

Komisyon’a göre bu iki şart gerçekleşmişse, birlik tarafından kararın tavsiye olarak nitelendirilmiş olması önemli değildir. Ortada yine ABİDA m.101 anlamında bir teşebbüs birliği kararı vardır. Yukarıdaki karara göre de görülmektedir ki; usulüne uygun olarak alınmış ve üyelere bildirilmiş her birlik kararı, tavsiye kararı olarak nitelendirilmiş olsa dahi, m.101 anlamında teşebbüs birliği kararı olabilir²⁹⁸.

II. UYUMLU EYLEMLERİN DİĞER REKABET KURALLARIYLA İLİŞKİSİ

A. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Uyumlu Eylemler

Hakim durumun kötüye kullanılması ABİDA’nın 102. maddesinde, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler; bunun yanında birleşme ve devralmalarla birlikte sayılan yasaklanan faaliyetlerdendir. “Hakim durum” ABİDA’da tanımlanmamıştır. Bu nedenle hakim durumun belirlenmesinde ilk olarak hangi işletmenin hakim duruma sahip bulunduğu, ikinci olarak ise hakim işletme kabul edilmenin kriterlerinin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. ABAD, çeşitli kararlarında²⁹⁹, hakim durumun tanımında iki unsura yer vermektedir. ABAD’a göre bir işletme;

²⁹⁷ Fire Insurance, OJ 1985, L 35/20.

²⁹⁸ İKİZLER, s. 234.

²⁹⁹ Case 311/84, Telemarketing v. Commission, ECR 1985, 3261; Case 27/76, United Brands v. Commission, ECR 1978, s. 207.

- söz konusu piyasada rekabeti önleyebilecek pazar gücüne haiz ise³⁰⁰,
- kararlarını rakip teşebbüsleri, müşterilerini ve son tüketicileri dikkate almadan, onlardan bağımsız olarak verebiliyorsa,

hakim duruma sahiptir³⁰¹. ABAD'ın bu iki unsuru bir arada aradığı, yani bunları alternatif kriterler olarak anlamadığı, bir unsurun varlığını yeterli görmediği söylenebilir.

ABİDA m.102'de bir ya da birden çok teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanarak rekabeti sınırlamaları yasaklanmıştır. ABİDA'nın 102. maddesi belirli bir mal veya hizmet bağlamında ortak pazara veya ortak pazarın önemli bir kısmına hakim durumda bulunan teşebbüslerin, tekel olmaktan doğan güçlerini kötüye kullanmalarını yasaklayan, bu sebeple söz konusu gücü denetim altında tutmayı amaçlayan, yani pazar gücü anlayışına dayalı bir hükümdür. Hakim durumun kötüye kullanıldığından söz etmek için iki esaslı unsurun varlığı aranır. Bunlar hakim durum ve bunun kötüye kullanılmasıdır. Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ABİDA'nın 102. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“ Bir ya da daha çok teşebbüsün, ortak pazarda veya onun önemli bölümündeki, hakim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticaret bundan etkilendiği ölçüde ortak pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.

Böyle bir kötüye kullanma özellikle;

- a) doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları ya da adil olmayan diğer ticaret koşulları konulması;*
- b) tüketicilerin zararına olarak, üretimin, pazarların ya da teknik gelişmenin sınırlanması;*
- c) diğer ticari taraflarla eşdeğerdeki işlemlere farklı koşullar uygulanarak, onların bu nedenle rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi;*

³⁰⁰ Case 78/70, Deutsche Grammophon v. Metro, ECR 1971, 487 vd, 551.; Case 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV v. Commission, Case 102/77, Hoffmann-La Roche v. Commission, ECR 1979, s. 461.

³⁰¹ TEKİNALP/TEKİNALP, s. 445.

d) sözleşmelerin yapılmasının niteliği gereği ya da ticari teamüle göre bu sözleşmelerin konusuyla bağlantısı olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması; şeklinde ortaya çıkabilir.”

Bu hususların ışığında hakim durum hususunda ABİDA'nın 106. maddesinin³⁰² uygulanabilmesi için beş şart gereklidir; a) bir teşebbüs veya teşebbüsler bulunmalı, b) teşebbüs veya teşebbüsler ilgili pazarda yer almalı, c) teşebbüs veya teşebbüsler ilgili piyasada hakim durumda bulunmalı, d) hakim durum kötüye kullanılmalı, e) kötüye kullanma üye devletler arasında etki yapmalıdır.

Yukarıda bahsedilen beş şart içerisindeki teşebbüs kavramı ABİDA'nın 101. maddesinde öngörülen teşebbüs ile özdeştir. İlgili pazar kavramı ise; ortak pazar veya ortak pazarın önemli bir kısmında, bir teşebbüsün belirli bir mal veya hizmet piyasasında hakim olmasıdır. Yine bu şartlar dahilinde dikkat edilmesi gereken önemli bir husus ABİDA'nın 102. hükmü, bir teşebbüsün hakim durumda bulunmasını değil, bu durumun kötüye kullanılmasını ortak pazarla bağdaşmaz kabul etmiş ve yasaklamıştır. ABİDA'nın 102/2. maddesi hükmünde öngörülen hallerden de yararlanılarak hakim durumun kötüye kullanılmasının görünüş şekillerini yani kötüye kullanma kavramını, engelleme; sömürü ve pazar yapısını değiştirme diye üç gruba ayırabiliriz. Bir kısım yazarlarda, kötüye kullanma kavramını dar yorumlamakta ve hakim durumdaki teşebbüsün, bundan doğan gücünü kullanarak rekabeti sınırladığı, kısıtladığı ya da haksız avantajlar sağladığı her durumda var kabul edilmektedir şeklinde tanımlamaktadırlar³⁰³.

AB rekabet hukukunda Komisyon ve Mahkemelerin genel eğilimi, somut olayda m.101 ile m. 102'nin bir arada bulunabileceği yönündedir. Ancak bunun için her iki maddenin aradığı şartların ayrı ayrı karşılanması gerekir. ABİDA m.101 kapsamında bir anlaşma, uyumlu eylem ya da kararın varlığı, teşebbüslerin m.102 anlamında birlikte hakim durumda oldukları anlamına gelmez³⁰⁴.

³⁰² Bkz., sf. 32.

³⁰³ AŞÇIOĞLU ÖZ G., AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukuku'na Muhtemel Yansımaları, Ankara 2000, s. 125 vd.; ASLAN, s. 232.; SANLI, s. 260.

³⁰⁴ SANLI, s. 256-257.

AB rekabet hukukunda Komisyon ve mahkemelerin genel eğilimi, birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olmaları bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin sonucuysa AB rekabet hukukunda ispat kolaylığı açısından m.105/1'in uygulanması yönündedir.³⁰⁵ Uyumlu eylemin söz konusu olduğu hallerde ise, ispat yükü üzerinde olan Komisyon, teşebbüsler arasındaki bu etkileşim uyumlu eylem niteliğinde olmadığı ya da bir uyumlu eylem olduğunu ispat edemediği hallerde, işletmelerin pazar güçlerini birleştirmek suretiyle, birlikte hakim duruma geldikleri ve bu durumlarını kötüye kullandıkları iddiasıyla ABİDA. 105. madde kapsamında değerlendirilebilecek bir davranışa, ABİDA. 106. maddenin uygulanmasını gündeme getirmiştir³⁰⁶.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda sayılabileceği bir başka olasılık olarak nitelendirilen durum ise³⁰⁷, herhangi bir pazarda tek başına en güçlü konumda olmayan birden fazla işletme arasında, anlaşma, karar ya da uyumlu eylem gibi bir etkileşim olmaksızın, paralel davranışın söz konusu olduğu hallerdir. Bu olasılığı ele alan görüşe göre³⁰⁸ söz konusu hallerde her bir teşebbüsün aynı anda ayrı ayrı hakim durumda olduklarını kabul etmek, Komisyon'un hem uyumlu eylemi ispat etme yükümlülüğünün yarattığı güçlüğü aşma ve hem de oligopol pazarları kontrol altında tutabilme amacına hizmet edebilecek niteliktedir.

B. Birleşme ve Devralmalarla Uyumlu Eylemler

Birleşme ve devralmalara³⁰⁹ ilişkin kurallar, bu tür işlemler yoluyla teşebbüslerin belirli merkezlerde toplanarak yoğunlaşmasının (merkezileşmesinin) denetlenmesine yöneliktir. Böylece teşebbüslerin yoğunlaşmasının rekabet açısından doğuracağı olumsuz sonuçların önlenmesine çalışılır.

³⁰⁵ Cases T-68, 77, 78/89, Società Italiano Vetro v. Commission, , ECR 1992, II-1403.

³⁰⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 122.

³⁰⁷ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 122.

³⁰⁸ AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 124.

³⁰⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI A., Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü; Rekabet Kurumu Persembe Konferansları, Nisan 2000, s. 101-124.

Birleşme ve devralmalar ABİDA'da düzenlenmiş değildir. İlk olarak 1989 tarih ve 4064/89 sayılı “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü”³¹⁰ ile konu bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Özellikle bu Tüzükten önce; teşebbüsler arası yoğunlaşmaların nasıl denetleneceği konusu AB doktrin ve uygulamasını bir hayli meşgul etmiştir. Bu konuda akla ilk gelen ise ABİDA m.101 ve 102'nin yoğunlaşmaların denetlenmesi için kullanılıp kullanılamayacağı olmuştur. Nitekim ABAD, Continental Can³¹¹ kararında ATA m.82 (ABİDA m.102); BAT&Reynolds³¹² kararında da ATA m.81 (ABİDA m.101) için bu yolu açmıştır.

Söz konusu Tüzükle birlikte, AT Konseyi, ATA m.81(ABİDA m.101) ve 82'nin(ABİDA m.102) yoğunlaşmalara uygulanması konusunda fikrini ortaya koyma fırsatı bulmuştur. Tüzüğün önsözünde bunun mümkün olduğu açıkça ifade edilmiştir³¹³. Aynı görüş 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren yeni “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü”nde de³¹⁴ sürdürülmüştür³¹⁵.

Anılan “Continental Can” olayında komisyon teorik bakış açısında ısrar etmiş, yoğunlaşmalar üzerine a posteriori denetimlerin yapılabilmesine olanak tanıyan bir karar vermiştir. Olayda; Bir Amerikan firması olan Continental Can, Almanya'daki metal ambalaj sektöründe faaliyet gösteren SLW firmasının hisselerinin % 85'ini satın almıştır. Bir yıl sonra, Belçika'da Europemballage

³¹⁰ “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü”; OJ 1990 L257/14. Bu tüzüğe göre; birleşmelerin denetlenmesi, rekabetin korunması ve geliştirilmesi hedefine hizmet eden, ‘birleşme’ kavramını geniş bir şekilde anlayan, bir üye devlete özgülenmiş olanları değil de AT çapındaki birleşmeleri dikkate alan ulusal hukuklardaki benzeri düzenlemelere karşı önceliği ve üstünlüğü bulunan, bildirim esasına dayalı, bir çeşit ön inceleme vasfını taşıdığı için önleyici ve caydırıcı etkili, Komisyonu yetkili kılan, merkezi nitelikte bir denetleme getirmiştir. Bu tüzük daha sonra 1310/97 sayılı ve 30.06.1997 tarihli Tüzük ile değiştirilmiştir.

³¹¹ Case 6/72, Europemballage Continental Can v. Commission, ECR 1973, 215.

³¹² Cases 142, 156/84, BAT and Reynolds v. Commission; ECR 1987, 4487.

³¹³ Bkz. “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü”; OJ 1990 L257/14.

³¹⁴ Bkz. Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü; 29.01.2004 OJ L 24/1.

³¹⁵ Bkz. Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü; 29.01.2004 OJ L 24/1.

Corporation isimli bir şirket kuran Continental Can, kısa bir süre sonra bu şirket aracılığıyla, SLW ile aynı sektörde yer alan TDV adlı bir Hollanda firmasının %11'ini satın almıştır. Komisyon, olay ile ilgili olarak yaptığı inceleme sonunda, piyasada sahip olunan hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan Antlaşmanın 82.(ABİDA m.102) maddesi çerçevesinde, Continental Can'ın Europemballage aracılığıyla TDV'yi devralmasını, daha önce SLW firmasını almakla oluşturduğu hakim durumunu kötüye kullanmak olarak değerlendirmiştir. Böylece Komisyon, sahip olunan hakim durumun, devralma yoluyla daha da güçlendirilmesini 82. (ABİDA m.102) madde anlamında kötüye kullanma olarak kabul etmiştir. Komisyon'un bu kararına karşı ABAD'da dava açılması üzerine; Divan, her ne kadar, Continental Can firmasının hakim durumda olduğunu gösteren yeterli ve sağlam dayanaklar ortaya koyamadığı için Komisyon'un kararını iptal etmişse de, ilke olarak ATA'nın 82.(ABİDA m.102) maddesinin birleşmelere de uygulanabileceğini kabul etmiştir³¹⁶.

ABAD'ın ilgili Kararı'nın özelliği, hakim durumu güçlendiren yoğunlaşmaların denetlenmesi gerektiği ve yoğunlaşma işleminin rekabeti kısıtlama ya da engelleme durumunu doğurması durumunda Antlaşma'nın 102. maddesi kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği şeklindedir.

Nitekim "Philip Moris v. Komisyon"³¹⁷ vakasında Yüce Divan'ın Antlaşma'nın 81.(ABİDA m.101) maddesini yoğunlaşma işlemlerine uyguladığı görülmektedir. Böylelikle rakip bir teşebbüsün kısmen devralınması meselesinde, rekabeti kısıtlayıcı ya da engelleyici anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin madde ABAD tarafından ilk kez dikkate alınmıştır.

C. Muafiyet Açısından Uyumlu Eylemler

ABİDA'nın 101/1. maddesi hükmünün kapsamına girebilecek nitelikte olmalarına, yani rekabete aykırı bulunmalarına rağmen, bir kısım anlaşmalara,

³¹⁶ KARAKEÇİLİ F., AT'da Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi, IKV, İstanbul, 1997, s. 5.

³¹⁷ Case730/79, Philip Moris Holland BV. v. Komisyon, ECR 1980, s. 2671.

anlaşma gruplarına, kararlara, karar gruplarına ve uyumlu eylemler ile bu tür eylem gruplarına, anılan hüküm uygulanmaz. Başka bir deyişle, bazı anlaşmalar, kararlar veya uyumlu eylemler ABİDA'nın 101. maddesinin 1. fıkrasından istisna edilir, yani bunlar mezkur hükümden bir anlamda muaf tutulurlar. İstisna edilme, belli bir usulün uygulanmasına bağlı olarak bir Komisyon kararı veya düzenlemesi ile olur. Buna istisna edilme kararı veya düzenlemesi, ya da uygulanmamam kararı veya uygulanmama düzenlemesi diyebiliriz.

Anılan hükme istisnalar tanımak gereği, piyasanın ihtiyaçlarından ve tüketicileri doğacak yararlardan istifade ettirmek düşüncesinden kaynaklanabileceği gibi, ekonomik ve teknik gelişmeyi teşvik etmek amacına da dayanabilir. Topluluk bu tip anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin yararları ile zararlarını Komisyona tarttırmayı ve yararlarının ağır basması halinde bunları yasak kapsamından çıkarmayı uygun görmüştür. Bazı durumlarda rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkileri geçersiz saymak ya da yasaklamak, rekabetin korunması amacı ile çelişebilir. Söz konusu ilişkilerin oluşturduğu zararlı etkilere nazaran, ortaya çıkan yararlı etkilerinin daha fazla olması halinde rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar için ABİDA m.101'de öngörülen yasaklardan muafiyet sağlamak gerekmektedir.

Muafiyet kavramı, AB Rekabet Hukuku'nda ABİDA'nın 101. maddesinin 3. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Bilindiği gibi 101. maddenin birinci fıkrasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararları hakkında genel yasaklama getirilmiş ve bazı örnekler verilmiştir. Bunu takiben ikinci fıkrasında "Bu maddeyle yasaklanan anlaşma ve kararlar geçersizdir." İfadesiyle söz konusu yasağın sonucu belirlenmiştir. Maddenin son fıkrasında da 1. ve 2. fıkra istisna olabilecek haller yani bireysel ve grup muafiyetler düzenlenmiştir.

AB Rekabet Hukukunda da 17 sayılı tüzüğün 9/1. maddesi "Kararları Adalet Divanının denetimine tabi olmakla birlikte, ATA'nın 81/3.(ABİDA m.101/3) maddesine göre 81/1. (ABİDA m.101/1) maddesinin uygulanamayacağını bildirme hususunda tek yetkili organ Komisyon'dur" hükmünü getirmiştir. 17 sayılı Tüzük bir Konsey Tüzüğüdür ve Komisyon bu Tüzük sayesinde Konsey'den aldığı yetkiye

dayanarak muafiyet verme görevini üstlenmiştir. Yani Komisyon, Konsey’ce çıkartılan yetki Tüzüğüne dayanarak hem bireysel hem de grup muafiyetler tanıyabilir ve yeni tüzükler çıkartabilir. Komisyon’un muafiyet kararları da Adalet Divanı’nın denetimine tabidir³¹⁸.

Uyumlu eylemler açısından konuyu ele alırsak; AB Rekabet Hukukunda muafiyet verilebilmesinin ön koşulu, muafiyet talebinde bulunulan anlaşma, birlik kararı ya da uyumlu eylemin bildirilmiş olmasıdır³¹⁹.

Oysa uyumlu eylemin bildirilmesinin onun bir anlaşma haline gelmesi sonucunu doğuracağı; uyumlu eylemin taraflarının genellikle rekabet yasaklarından kurtulmak ve bildirim şartından kaçmak amacıyla, aralarındaki ilişkiyi anlaşma boyutuna taşımamakta olduklarını; dolayısıyla uyumlu eylemin tabiatının, onun bildirilmesine ve muafiyet talep edilmesine uygun olmadığı görüşü³²⁰ doktrinde ileri sürülmektedir.

Uyumlu eylemlerin muafiyet hükümleri kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olduğunu savunan görüşe göre ise, istisnai durumlarda da olsa bu hükme başvurulabileceği örneğin oligopolistik bir pazardaki bir işletmenin rekabet kuralları karşısındaki hassas durumunu göz önünde bulundurarak rakipleri ile paralel davranış içerisinde bulunduğunu Kurul’a bildirmesinin mümkün olabileceği, böyle bir bildirim sonucunda ise uyumlu eylemin olumlu yönlerinin belirtilerek muafiyet talep edilmesinin de mümkün olabileceği iddia edilmektedir³²¹.

Kanımızca uyumlu eylemlerin muafiyet hükümleri kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olduğunu savunan görüşe katılmak mümkün değildir. Uyumlu eyleme muafiyet verilebilmesi ilgili düzenlemelerde yer almakta ise de pratikte bu durum mümkün gözükmemektedir. Zira teşebbüslerin gerçekleştirdikleri

³¹⁸ BADUR E., Türk Rekabet Hukuku’nda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:6, Ankara 2001, s. 131-132.

³¹⁹ ŞAYLI, s. 48.

³²⁰ BADUR, s. 130.; Uyumlu eyleme muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı yolundaki görüş için ayrıca bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 79.

³²¹ ASLAN İ. Y., Rekabet Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler ve Eleştiriler, Ankara 1993, s. 8.

uyumlu eylem için muafiyet talep etmeleri örneğin bireysel muafiyet talebinde bulunacak teşebbüsler için bildirim şartı söz konusu olduğundan, teşebbüsler rekabeti kısıtlayıcı eylemlerde bulunduklarını kabul etmiş olacaklardır. Bu durumu kabul etmeleri ise uyum içinde bulundukları konusunda mutabık olmaları anlamına gelecek ve aralarındaki bu irade uyuşması nedeniyle bir anlaşma yapmış oldukları ve bu anlaşma için muafiyet talebinde bulunuyor oldukları sonucu ortaya çıkmış olacaktır. Dolayısıyla teşebbüslerin uyumlu eylem konusundaki muafiyet talebi aslında anlaşma için muafiyet istemine dönüşecektir³²².

Teşebbüslerin teoride uyumlu eylem için muafiyet talep etmeleri mümkün iken bu durum pratikte mümkün gözükmemektedir. Nitekim bu konudaki ABAD kararları incelendiğinde uyumlu eylem için muafiyet talebinde bulunulan bir karara rastlanmamaktadır. Ancak sonuç olarak belirtmek gerekir ki; AB rekabet hukukunda da uyumlu eylemler sonucu doğan rekabet sınırlamalarının gerek bireysel gerekse grup muafiyetine tabi tutulması mümkündür. Bu husus uyumlu eylemler için her ikisini de zikreden muafiyete ilişkin ABİDA'nın 101/3. maddesinin gereğidir. Öte yandan, 1/2003 sayılı Topluluk Tüzüğü³²³ gereği, muafiyet şartlarını taşıyan uyumlu eylemler için ayrıca Komisyon kararına ihtiyaç yoktur³²⁴.

³²² ŞAYLI, s. 50.

³²³ AB Konseyi tarafından 16.12.2002 tarihinde, 17/62 sayılı, Antlaşmanın 85 ve 86. maddelerinin yürütülmesine (Uygulanmasına) İlişkin Topluluk Tüzüğü'nün yerine geçmek üzere kabul edilen, 81 ve 82. maddelerin Yürütülmesine İlişkin yeni Topluluk Tüzüğü 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³²⁴ 1/2003 sayılı yeni Tüzükle AB Konseyi, doğrudan doğruya uygulanabilir bir muafiyet sistemi benimsemekte, rekabet otoriteleri ve üye devlet mahkemelerine m. 81/1 ve m. 82'nin yanında, m.81/3'ü de doğrudan uygulama imkanı sağlamaktadır. Tüzüğün Anlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinin Uygulanması başlığını taşıyan 1. maddesine göre, m. 81/3'ün muafiyet şartlarını taşımayan Antlaşmanın 81/1. maddesine aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, bu konuda önceden bir karar verilmiş olmasına gerek olmaksızın, yasaktır (m.1/1). Buna karşın, m.81/3'ün şartlarını karşılayan Antlaşmanın 81/1. maddesine aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, önceden bir karar verilmiş olması gerekmez, yasak kapsamı dışındadır (m. 1/2).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI VE İSPATI SORUNU

I. REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ HALİNDE ORTAYA ÇIKACAK HUKUKİ SONUÇLAR

A. Genel Olarak

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar açıkça hukuka aykırı kabul edildiğinden, teşebbüsler bu tür anlaşmaları alenen yapmak yerine gizli; sözlü veya paralel davranışlarla aralarındaki rekabeti bertaraf etme eğilimine girebilirler. İşte rekabet sistemi açısından bu endişeyi gidermek amacıyla, rekabet düzenlemelerinde, yasak faaliyetler içerisinde kabul edilen “ uyumlu eylemler” kalıbına da yer verildiği görülmektedir. Her yasaklayıcı hüküm gibi ABİDA’da öngörülen yasaklayıcı hükümlere aykırı uyumlu eylemler de hukuki açıdan çeşitli yaptırımlara tabidir. AB rekabet hukukunda rekabete aykırı davranışların kamu ve özel hukuk alanında yaptırımları vardır.

B. Kamu Hukuku Bakımından

Uyumlu eylemin kamu hukuku açısından sonucunu, Komisyon tarafından, ihlalin anlaşılması üzerine, teşebbüslere uygulanan idari para cezaları oluşturmaktadır. Bu başlık altında AB rekabet hukukunda idari para cezalarının ne şekilde düzenlendiği ve uyumlu eylem konusunda uygulamaya yer verilecektir.

1. İdari Ceza Sorumluluğu

Para cezaları, rekabet hukukunun etkin bir şekilde uygulanmasında en önemli araç olarak görülmektedir. Bu nedenle, rekabet kanununa sahip her ülkede, bu kanunun ihlalinde, ihlal edenlere çeşitli cezaların verileceği öngörülmüştür. Para cezasının etkin bir yaptırım aracı olduğu kabul edilirken, uygulama sürecinde, verilen cezalar tartışma konusu olmuştur. Başlıca eleştiriler cezaların hangi kriterlere

göre verildiğinin belirsiz olduğu cezalandırma sürecinin şeffaf olmadığı ve kararlarda tutarsızlık olduğu yönündedir.

Genel Uygulama Tüzüğü olarak adlandırılan 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 15. maddesi rekabet hukuku ihlallerinde uygulanacak para cezalarını düzenlemektedir. Altı paragraftan oluşan maddenin ilk paragrafı usuli ihlallere uygulanacak para cezalarına ilişkin hükümleri, ikinci paragrafı ise esasa ilişkin ihlallere uygulanacak cezaları içermektedir.

AB rekabet hukukunda, mülga 17/1962 sayılı Tüzük'te teşebbüs birliklerine verilen para cezalarının uygulanmasına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. ABAD'ın uygulamalarına göre, teşebbüs birliğinin her üyesinin yıllık cirosunun oranında ceza ödemekle yükümlü olduğu kabul ediliyordu. Ancak teşebbüs birliği üyesi teşebbüslerin kaynaklarının cezanın ödenmesi için yeterli olmaması ve cezanın doğrudan işletme birliği üyelerinden talep edilebilmesi için hukuki bir yolun düzenlenmemiş olması nedeniyle, paranın tahsili bakımından güçlüklerle karşılaşılıyordu. Bu nedenle bu husus yürürlükteki 1/2003 sayılı Tüzük m.23'de açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, ihlalin gerçekleştiği tarihte, teşebbüs birliği üyesi olan bütün teşebbüsler, para cezasından müteselsilen sorumludurlar. Teşebbüs birliği para cezasını kendi kaynaklarıyla ödeyebilecek durumda değil ise, üye teşebbüslerinden ödemelerini talep edecektir, eğer ödeme sağlanamazsa, Komisyon doğrudan birliğin karar organında yer alan teşebbüslere başvurabilecektir. Ancak müteselsilen sorumlu teşebbüsler, bazı koşulları kanıtlamak kaydıyla ödeme yükümünden kurtulabileceklerdir. Buna göre Komisyon soruşturmaya başlamadan önce, teşebbüs birliği kararından haberdar olmadığını, ya da açıkça karara katılmadığını ve uygulamadığını birlikte kanıtlayan teşebbüslere para cezası uygulanamayacaktır³²⁵.

Teşebbüs birliklerinin dahil olduğu ihlallerde cezanın nasıl hesaplanacağı sorunu Bildiri'den önce değişik uygulamalara konu olmuştur. İhlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirildiği durumlarda birliğin cirosu yerine üyelerin toplam

³²⁵ ERSOY, s. 35-36.

cirolarına bakılması gerekmektedir. “CB and Europay³²⁶” davasında İlk Derece Mahkemesi, 17 sayılı Tüzüğün 15(2). maddesinin Komisyon’a teşebbüs birliğinin cirosundan başkasını dikkate alma yetkisini vermediği yönündeki itirazı reddetmiştir. ABAD ise %10’luk maksimum cezanın, anlaşma veya uyumlu eyleme katılan teşebbüslerin her birinin veya teşebbüs birliği kararının söz konusu olduğu durumlarda birliğe üye teşebbüslerin bütün olarak veya hiç değilse birliğin iç kuralları nedeniyle bağlı olan üyelerin ciroları referans alınarak hesaplanması gerektiğine işaret etmiştir. Bu yaklaşıma göre, ceza miktarı belirlenirken ihlalin pazardaki etkisine bakılması gerekmektedir. Bunu yansıtansa teşebbüs birliğinin cirosu değil üyelerinin cirolarıdır³²⁷.

2. Uyumlu Eylem İçin Öngörülen İdari Para Cezalarının Uygulanması

Uyumlu eylem için öngörülen idari para cezalarının nasıl uygulandığı konusunda ABAD kararlarına bakıldığında, “Dyestuffs³²⁸” davasında davanın taraflarından biri olan BASF, 17 sayılı Tüzüğün 15. maddenin amacının geçmişteki davranışların cezalandırılması olmadığını, ihlalin tekrarının önlenmesi olduğu, bu nedenle Komisyon’un bu durumu sağlamak için bir karar almasının yeterli olduğunu iddia etmiştir. Ancak ABAD, 15. maddenin böyle bir sınırlama öngörmediğini belirterek; “Böyle bir sınırlama cezaların caydırıcı etkisini önemli ölçüde azaltacaktır.” kararına varmıştır. Komisyon’un son zamanlarda verdiği cezalara bakıldığında bu eğilimin güçlendiği ve bu durumun Bildiri’ye de yansıdığı görülmektedir. Dolayısıyla teşebbüslerin uyumlu eyleme dayanan bir rekabet ihlalinin tekrarlamaları halinde cezaları daha ağırlaşacaktır.

AB uygulamasında uyumlu eylemlerle gerçekleşen fiyat anlaşmaları ve pazar paylaşımı, ağır bir rekabet ihlali olarak addedilmekte ve önemli miktarda cezaverilmektedir. “Cartonboard³²⁹” davasında Komisyon, fiyat üzerinde anlaşılması

³²⁶ Cases T-39and 40/92, Groupement des cartes bancaires "CB" and Europay International SA v. Commission, ECR 1994, II-49.

³²⁷ ŞAYLI, s. 80.

³²⁸ Cases 48, 49, 51-57/69, Dyestuffs, ICI and Others v. Commission, ECR 1972, 619.

³²⁹ Cartonboard, OJ 1994, L243/1.

ve pazar paylaşılmasının, rekabet üzerinde çok ciddi bir kısıtlama olduğunu belirtmiştir.

Uygulamada katılımın süresi ve derecesindeki farklılık kadar, ihlalde teşebbüsler tarafından oynanan rol de dikkate alınacaktır. Rehber’de ihlale önyak olan veya lider rolü oynayan (ağırlaştırıcı neden) ile sadece pasif olarak katılan veya lideri izleyenler (hafifletici neden) arasında bir ayırım yapılmıştır. Ancak eşit katılım varsa cezaların eşit olması gerekmektedir. Hukuka aykırı faaliyetten yararlanarak asıl tarafı oluşturanlarla karşılaştırıldığında, ihlalde çok küçük bir payı olan veya kendi ekonomik çıkarının tersine veya gönülsüz veya baskı altında hareket eden teşebbüsler hiç ceza almayabilirler.

AB rekabet hukukunda mülga 17/1962 sayılı Tüzük ve yürürlükteki 1/2003 sayılı Tüzük’te para cezasının miktarına etki eden hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenlere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak 1998 tarihli “ 17/1962 sayılı Tüzük m.15/11 ve Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması m. 65/V gereği para cezası verilmesi yöntemine ilişkin Komisyon bildirisi’nde³³⁰”, bu hususta mevcut uygulamalarla oluşan birikime dayanan, ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, öncelikle, temel cezanın belirlenmesinde, iki ölçüt dikkate alınacaktır. Bunlar “ ihlalin ağırlığı” ve “ihlalin süresi”dir. İhlaller ağırlıkları bakımından, hafif, ağır ve çok ağır olarak üç gruba ayrılmış ve her grup için belirli bir ceza alt ve üst sınırı konulmuştur. İhlalin bu gruplardan hangisine dahil olduğunun belirlenmesinde ise “ ihlalin türü ve niteliği”, “ tarafların davranışların hukuka aykırılığı hususunda bilgi sahip olup olmadığı”, “ tarafların ihlal ve soruşturma sürecindeki tutum ve davranışları”, “ ihlal eylemine konu olan ürünlerin niteliği ve değeri, bu bakımdan oluşan zararın ağırlığı”, “ tarafların sayısı ve büyüklükleri”, “ her bir teşebbüsün ihlale katılımının derecesi”, “ihlalin meydana geldiği hukuki ve ekonomik koşullar dikkate alınacaktır”. Bu genel çerçeve içinde temel ceza miktarı belirlendikten sonra dikkate alınması gereken cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerde örnek niteliğinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; ağırlaştırıcı nedenler, “ihlalin tekrarı”, ihlalde lider rolünde olma”, “soruşturma

³³⁰ OJ-1998, C.9/3.

esnasında işbirliğini reddetme ve araştırmalara engel olma”, “ ihlal eylemini güçlendirmek için diğer teşebbüslere karşı tedbirler alma”, “ ihlal sonucunda elde edilen haksız kazanan saptanması durumunda verilecek olan cezanın bu miktarı aşması için arttırılması gereksinimi”; hafifletici nedenler ise “ ihlalde pasif veya lideri izleyen rolünde olma”, “ ihlal oluşturan işbirliklerinin yürürlüğe konulması”, “ Komisyon’un müdahalesi üzerine ihlale son verilmesi”, “ taraflar açısından davranışlarının ihlal oluşturmadığına dair haklı kuşkuların varlığı”, “ ihlalin kasta değil taksire dayanması”, “ komisyon ile pişmanlık programları dışında etkin işbirliği yapılması”’dır.

Burada, bu nedenlerden hem Taslak Metni’nde hem de Komisyon’un Bildirisinde ifade edilen, tarafların ihlalin gerçekleştirilmesindeki rolü veya etkinliği unsuru, özellikle kompleks karteller ve uyumlu eylemler alanında içerdiği sorunlar bakımından değerlendirmek gereklidir. İşbirliğine taraf olan teşebbüslerin işbirliğinin yapılması veya uygulanması aşamalarında etkinlik dereceleri farklı olabilmektedir. Bu durum özellikle lider teşebbüs veya teşebbüsler ile bunları izleyenlerin etkinliklerinde belirgindir. Nitekim bu husus ilgili Bildiri’de ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Ancak bu alanda temel sorun kompleks, karteller ve uyumlu eylemler alanında ihlal eyleminin uzun zamana yaygınlığı, gizlilik ve örtülülük yöntemleri, üyelerin değişkenliği gibi durumlar çerçevesinde teşebbüslerin kartele katılım aktivitelerinin kısmen veya tamamen belirsiz kalması yani ayrıntılı ve kesin sınırlarla belirlenememesi olasılığında ceza yaptırımının miktarının nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda ortaya çıkmaktadır.

AB rekabet hukukunda kompleks kartellere ve ilgili piyasadaki fiili etkinin uyumlu eylemin zorunlu kurucu unsuru olması gerekip gerekmediği sorununa ilişkin yukarıda açıkladığımız ayrıntılı çözümleri içeren “Polypropylene³³¹” kararlarında, bu sorun da tartışılmış ve komisyon, Mahkemeler ve Savcılar tarafından farklı çözümler üretilmiştir.

³³¹ Polppropylene/ Commission, 23-4-1986, 1-230/1, prg. 83,85,104,105,109.

C. Özel Hukuk Bakımından

AB rekabet hukukunda, haksız fiil sorumluluğu, ne ABİDA'nın rekabetle ilgili hükümlerinde ne de mülga 17/62 sayılı Tüzük ve yürürlükteki 1/2003 sayılı Tüzük'te düzenlenmemiştir. Ancak ilk defa ABAD, 1974 tarihli “Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM³³²” kararında, üçüncü kişilerin rekabetin bozulmasından doğan zararlarının tazmini sorumluluğunun da ATA m.81(ABİDA m.101) kapsamına dahil olduğunu kabul etmiştir. Fakat ilgili AB mevzuatı çerçevesinde, haksız fiil sorumluluğuna dayanan tazminat, Birlik Mahkemelerinden değil üye devletlerin ulusal mahkemelerinden talep edilebilecek, ABİDA'nın rekabetle ilgili hükümleri ile bağlantılı olarak, ilgili ulusal mevzuat uygulanacaktır³³³.

II. UYUMLU EYLEMLERDE İSPAT SORUNU

A. Genel Olarak

Teşebbüslerin paralel davranışlarının uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi, beraberinde ispat sorununu gündeme getirmektedir. Teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarında, rekabetin kısıtlandığı iddiası, taraflar arasındaki anlaşma ya da birlik kararı delil olarak gösterilebilir. Ancak teşebbüslerin rekabeti sınırlandıran, benzer veya birbirini izleyen davranışlarının, teşebbüsler arasındaki işbirliği sonucunda ortaya çıktığını ispat edebilmek sanıldığı kadar kolay olmayacaktır. Özellikle oligopol piyasaların yapısı gereği uyumlu eylemin ispatı, birtakım ekonomik değerlendirmeler yapılmasını gerektirecektir.

B. İspat Konusunda Genel Esaslar ve İspat Yüğü

1. Genel Esaslar

Bir maddi hukuk kuralının hukuki sonuçlarını doğurması, bu hukuk kuralının esaslı unsurlarının somut olayda gerçekleşmesine bağlıdır ki usul hukukunda bu

³³² Case, 127/73, Belgische Radio en Televisie v. SABAM, ECJ 27-3-1974, ECR 1974, 313.

³³³ CENGİZ, s. 367.

unsurların varlığını gösteren vakıalar koşul vakıalar olarak adlandırılır. Dolayısıyla bir hukuk kuralının bir olaya uygulanması için varlığı aranan tüm şartlar gerçekleşmişse, ancak o hukuk kuralının öngördüğü hukuki sonuçlar doğar.

Uyuşmazlık konusu yapılan bir hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespiti ile mümkündür. Bu yüzden bir davada, uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan makam, iddia edilen vakıaların doğruluğunu veya dava konusu hakkın mevcudiyetini gösteren delillerle ikna edilmelidir. Bu duruma göre ispat, uyuşmazlık halindeki vakıalar hakkında mahkemede bir kanaat uyandırmak için gerekli delillerin sunulmasıdır şeklinde ifade edilebilir³³⁴.

2. Rekabet Hukukunda Delil ve İspat

ATA'nın 87'nci (ABİDA m.107) maddesinde yer alan yetkiye dayanılarak Konsey, 6 Şubat 1962 tarihinde ATA 81 ve 82. (ABİDA m.101-102) maddelerinin uygulanmasına yönelik 17/62 sayılı Tüzüğü ("17 sayılı Tüzük") çıkarmıştır. Tüzükte teşebbüsler arası anlaşmaların bildirilmesi, soruşturma usulü, sözlü savunma toplantıları, menfi tespit, bireysel muafiyet ve para cezalarına ilişkin uygulama esasları düzenlenmiştir. Ancak düzenlemede soruşturma ve yaptırımların uygulanmasına ilişkin süreler belirlenmediği için ortaya çıkan eksiklik, 2988/74 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu Taşımacılık ve Rekabet Kuralları Kapsamındaki Yargılama Usullerinde ve Yaptırımların Uygulanmasında Uygulanacak Sürelere İlişkin Konsey Tüzüğü³³⁵ ile giderilmiştir. Tüzükte son değişiklik³³⁶, dikey anlaşmalarda gerçekleşen son gelişmeler doğrultusunda bildirim rejiminde yapılmış ve 4(2)'nci maddesinin 2'nci noktası yeniden düzenlenmiştir. Tüzüğün 10 ve 11'inci maddelerinde Komisyon'un incelemelerinde yararlanacağı bilgileri üye ülke yetkili makamları ve ilgili sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerden isteyebileceği

³³⁴ ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Yargılama Hukuku, CI-II, İstanbul 1992, s. 598.

³³⁵ 26.11.1974 tarih ve 2988/75(EEC) sayılı Konsey Tüzüğü 29.11.1974, OJ L 319/1.

³³⁶ 10.06.1999 tarih ve 1216/1999 sayılı Konsey Tüzüğü 15.06.1999, OJ L 148/5-6.

düzenlenmiştir. Komisyon'un delil olarak kullanabileceği unsurlar arasında resmi bilgi ve belgeler ve üçüncü kişilerden elde edilen bilgi ve belgeler yer almaktadır.

Komisyon'un yerinde inceleme yetkisine yönelik Tüzüğün 14'üncü maddesi kullanılabilir deliller açısından dolaylı bir mesaj vermektedir³³⁷. Komisyon'un inceleyebileceği dolayısıyla delil olarak kullanabileceği belgelere şu örnekler verilmiştir: finansal kayıtlar, satış kayıtları, üretim kayıtları, seyahat kayıtları, ajandalar, şirket içi veya üçüncü kişilerle yapılan toplantıların tutanakları, (iç ve dış) yazışmaların kayıtları veya sureti, kişisel notlar (belirli periyotlarda kullanılmış telefon ve faks numaraları dahil), elektronik posta kayıtları, fotoğraflık materyaller. Komisyon FNICF³³⁸ kararında defterler ve ticari kayıtların geniş bir kavram olduğunu, işletmenin faaliyetiyle ilgili resmi ve gayri resmi tüm evrakı kapsadığını belirterek teşebbüs birliği için ticari kayıtlara örnek vermiştir: teşebbüs birliğinin yazışmaları, iç notlar, diğer ticari organizasyonlarla yapılan toplantıların kayıtları, birlik yönetim organlarının toplantı tutanakları gibi.

3. Uyumlu Eylemlerde İspatın Özellikleri

a. Uyumlu Eylemlerde İspatın Türü ve Ölçüsü

Uyumlu eylemlere, hem doğrudan hem de dolaylı ispat (emare ispatı) yoluyla ulaşılması mümkündür. AB rekabet hukukunda Komisyon'a, doğrudan doğruya uyumlu eylemlerin varlığını ortaya koyan vakıaları gösteren deliller ya da bu vakıaların mevcudiyetini gösterecek komşu vakıaları ortaya koyacak deliller ikame etmek suretiyle ispat faaliyetini tamamlama imkanı tanınmaktadır.

³³⁷ 14. madde şu şekilde düzenlenmektedir: "Madde 14- 1. Antlaşmanın 89. maddesiyle veya 87. maddesine dayanılarak çıkarılmış hükümlerle kendisine verilmiş görevleri yaparken Komisyon, işletmeler ve işletme birliklerinde gerekli tüm incelemeleri yapabilir. Bu amaçla Komisyon tarafından görevlendirilen memurlar:

a) Defterleri ve diğer ticari kayıtları incelemeye,
b) Defterlerin ve ticari kayıtların kopyasını veya suretini almaya,
c) Belirli konularda sözlü açıklama istemeye,
d) İşletmenin binalarına, arazilerine ve taşıt araçlarına girmeye yetkilidir..."

³³⁸ FNICF, OJ 1982 No. L 319 p. 12.

Uyumlu eylemin doğrudan kanıtlama yöntemi ile kanıtlanması olanaklı fakat istisnaidir. İddia konusu maddi olayın varlığını doğrudan ve açıkça ortaya koyan; teşebbüslerin karşılıklı olarak birbirlerine verdikleri güvenceleri, karşılıklı bilgi değişimlerini, kolaylaştırıcı eylem planlarını, kartelin kuruluş ve işleyiş planlarını içeren yazılı veya elektronik belgelerden oluşan doğrudan delillere ulaşılması oldukça güçtür.

“Circumstantial Evidence” doğrudan doğruya koşul vakıaların varlığını ispat etmeyen ancak sonuçta kendisinden o vakıanın gerçekleşmiş olduğu kanaatine varılabilen delilleri ifade eder³³⁹. AB hukukunda bu yolla yürütülen ispat faaliyetinin hukukumuzdaki karşılığı emarelere dayalı ispat olmaktadır.

AB rekabet hukukunda uyumlu eylemin dolaylı kanıt yöntemiyle kanıtlanması hususunda, mevzuatta açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu yöntem içtihatlarla kabul edilmiştir.

Uyumlu eylemin dolaylı kanıt yöntemiyle kanıtlanmasında, paralel davranışların yanı sıra teşebbüsler arasındaki iletişimi ortaya koyan, bilgi değişimi, toplantılar, toplantı tutanakları, mektup, faks, teleks gibi bağlantı delillerinin bulunması durumunda, ilgili piyasanın iktisadi analizi yapılarak, bu analiz temelinde paralel davranışların, iktisadi delillerle ve bağlantı delilleriyle desteklenmesi suretiyle, tam kanıt ölçütü sağlanarak, uyumlu eylem çıkarsaması yapılması bakımından, uygulamada ve öğretide bir sorun bulunmamaktadır. Bu durumda bağlantı delilleriyle iktisadi bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle sonuca varılmaktadır.

ABİDA. m. 101 ve 102 çerçevesinde temel konular ele alınmış, mahkemeler ve Komisyona rekabet kurallarının oluşumunda oldukça geniş bir hareket alanı sağlanmıştır. Bu bakımdan, mahkemeler ve Komisyon, ABİDA m.101 vd.’nın genel çerçevesine bağlı kalmak kaydıyla, rekabet hukuku ile ilgili tüm problemlerde çözüm getirici olmaktadır. Hatta yetiklerinin genişliği ve antlaşma hükümlerinin oldukça

³³⁹ İKİZLER, s. 289.

soyut olması dolayısıyla bu kurumlar kural koyucu rolü de üstlenmektedir. Yargısal içtihadı bakıldığında AB rekabet hukukunda ispat ölçüsünün yüksek tutulduğu söylenebilir. ABAD'ın kararları ışığında bu husus farklı yaklaşımlarla açıklanmaya çalışılmıştır.

“Suiker Unie³⁴⁰” kararında uyumlu eylemlerin ispatı için, Komisyon tarafından ortaya konulan vakıaların “ sadece uyumlu eylemlerin varlığıyla makul olarak izah edilebilir” olması aranmıştır.

“Cram/Rheinzink³⁴¹” kararında Divan, emarelerin uyumlu eylemlerden başka bir izahının varlığı halinde Komisyon'un ispat faaliyetini yeterli ölçüde kesin ve tutarlı bulmamıştır. Paralel davranışların uyumlu eylemden başka makul açıklamasını oluşturan durumlara, oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışların yanı sıra, piyasadaki satıcıların alıcıya, alıcının daha önceki borçlarını ödememiş olması veya bayilik donanım bakımından aranan belirli bir kalite düzeyini tutturamamış olması gibi kendi kusurlarından veya objektif niteliklerinden kaynaklanan nedenlerle, mal vermeyi reddederek paralel davranışları durumları da örnek oluşturmaktadır. Bu durumda satıcılar işbirliği yapmaksızın söz konusu nedenlerle tek taraflı ve bağımsız nitelikteki kararlarıyla mal vermeyi reddederek paralel davranmaktadırlar. Bu bağlamda ABAD, uyumlu eylemin dolaylı kanıt yöntemiyle, tam kanıt ölçüsü sağlanarak, kanıtlanması gerekliliğini de şu sözlerle vurgulamıştır: “ Komisyon, bu iki teşebbüsün söz konusu paralel davranışlarının, uyumlu eylemden kaynaklandığı görüşünü kanıtlamak için, yeterince kesin ve tutarlı delil üretmiştir”.

Uyumlu eylem kavramının tanımına ilişkin ilk temel ilkelerin konulduğu “Dyestuffs³⁴²” kararında ABAD, Komisyon'un kararında, karşılıklı paralel fiyat duyurularını ve paralel fiyat artışlarını hem iktisadi delillerle hem de bağlantı delilleriyle destekleyerek uyumlu eylem çıkarması yapmış olmasına rağmen, bu

³⁴⁰ Cases 40/73 etc., Suiker Unie v. Commission (Sugar), ECR 1975, 1663 vd.

³⁴¹ Cases 29, 30/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission, ECR 1984, 1679.

³⁴² Cases 49/69 etc., ICI v. Commission (Dyestuffs), ECR 1972, 619.

bağlantı delillerine hiç değinmeyerek, bu anlamda bağlantı delillerini hiç dikkate almayarak, ilgili piyasanın iktisadi analizini yapmış, bu temel üzerinde, paralel fiyat duyurularını ve paralel fiyat artışlarını, sadece iktisadi delillerle desteklemek suretiyle uyumlu eylem çıkarsaması yapmıştır.

Doktrinde bu ve buna benzer kararlardan hareketle, mahkemelerin AB rekabet hukukunda ispat ölçüsünü “makul bir şüphenin ötesine” çektiği kabul edilmektedir. Nitekim bu anlayış doktrinde de kabul görmekte ve uyumlu eylemlerin varlığı hususunda yeterli kanaate ulaşılmış sayılabilmesi için, ispat faaliyeti sonunda artık “aksi yönde ciddi ya da makul bir şüphenin kalmaması” aranmaktadır.

b. Uyumlu Eylemlerde İspat Yükü

Uyumlu eylemlerde ispat yükü rekabet otoritelerindedir³⁴³. Komisyon’un kararın iptali için açılan davada, uyumlu eylemlerin varlığını ispatlaması gerekir. Bir başka deyişle Komisyon, mahkemelerde uyumlu eylemlerin gerçekleştiğine ilişkin tam kanaat uyanıncaya kadar ispat faaliyetine devam edeceklerdir. Aksi takdirde ispat yüküne dayanan bir kararla karşılaşma tehlikesi altındadırlar. Yani uyumlu eylemin varlığına ilişkin kararları iptal edilebilir.

“Pioneer³⁴⁴” kararında uyumlu eylemlerde ispat yükü ve aksini ispatla ilgili AB uygulamasını şu şekilde toplamak mümkündür: Uyumlu eylemlerin varlığına dayanan Komisyon kararı temyiz edilmesi halinde, kural olarak ve ilk planda, kararın hukuka uygun olmadığını ispat yükü teşebbüslere düşer. Ancak diğer taraftan, Komisyonun kararını dayandırdığı vakıalar hukuka ya da yasaya aykırılık sonucunu çıkarmaya elverişli değilse (daha doğrusu bu sonucu garanti etmiyor ya da şüpheli bırakıyorsa), temyiz eden teşebbüsler tarafından herhangi bir delil ileri sürülme

³⁴³ 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzüğün 2. maddesi ile rekabet hükümlerinin ihlal edildiğini ispat yükünün Komisyonunda olduğu açıkça düzenlenmiştir. Muafiyetin varlığını gerektiren nedenlerin gerçekleştiğini ispat yükü ise teşebbüslere yüklenmiştir. Öte yandan anılan madde ile, ATA m.81 ve 82’nin üye devletler nezdinde uygulanması hali için de ispat yükü milli rekabet otoritelerindedir. Keza ihlalin varlığından zarar görenlerin açtığı tazminat vb. davalarda da ispat yükü davacıdadır. Aslında burada ispat yüküne ilişkin genel anlayıştan ayrılma olmamış ve (ihlalin ya da hakkın varlığını) iddia edene ispat yükü yüklenmiştir.

³⁴⁴ Cases 100-103/80, Musique Diffusion Française v. Commission, , ECR 1983, 1825.

dahi sırf bu nedenle karar bozulabilir. Bu açıdan temyiz incelemesinde, ilk önce Komisyonun ispat hususunda ciddi bir şüpheye yer bırakmayacak derecede emare vakıalarını ispatlaması gerekmekte; bunun başarılması halinde ispat faaliyeti başarılı olarak tamamlanmış olmakta; bir başka deyişle ispat bu noktada gerçekleşmiş olmakta ve artık teşebbüslerden bunun aksini ispat etmeleri beklenmektedir.

İspat açısından çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak işlediğimiz paralel davranışlar ve bağlantının etkileri önemlidir. Genel olarak belirtmek gerekirse, paralel davranışlar her ne kadar uyumlu eylemin unsuru olmaktaysa da, paralel davranışların varlığı ispatlanınca uyumlu eylemler ispatlanmış olmaz. Paralel davranışlar ile aslında uyumlu eylemlerin sadece bir koşul vakıası (eylem) doğrudan doğruya ortaya konabilir. Çünkü paralel davranışların, uyumlu eylemlerin ispatında oynadığı rol özellikle pazarın yapısına bağlı olarak değişebilmektedir. Çünkü paralel davranışlarla doğrudan uyumlu eylemlere ulaşılmasının önünde oligopole özgü paralellikler engel teşkil etmektedir.

Bunun yanında ispat açısından bakıldığında, paralel davranışla yalnızca uyumlu eylemlere özgülenemez. Zira anlaşmaların ya da birlik kararlarının sonucunda da pazarda paralel davranışlar görülebilir. Bununla birlikte paralel davranışlar, bir anlaşmanın ya da kararın ispatlanamadığı durumlarda özel bir önem kazanır.

İspat açısından anlaşmanın varlığı, teşebbüslerin irade beyanlarının uyuşturunun gösterilmesi ile mümkündür. Bu uyuşma, rekabeti sınırlayan ya da sınırlayabilecek olan konu üzerinde sağlanmış olmalıdır³⁴⁵. Eğer bu yönde bir uyuşma gösterilemezse anlaşmadan söz edilemez. Aksine böyle bir uyuşma ispatlandığında ise, artık uyumlu eylemlerin araştırılması gerekmez.

³⁴⁵ Teşebbüsler rekabeti sınırlama niyetiyle hareket etmemiş olsalar da, anlaşmaları doğrudan ya da dolaylı olarak böyle bir sonuç doğurabilecekse, ortada rekabeti sınırlama amacı taşıyan bir anlaşma vardır. Çünkü rekabeti sınırlama amacının olup olmadığı, tarafların niyetine göre değil, anlaşmanın konusuna göre belirlenecektir.

Paralel davranışların varlığına rağmen teşebbüslerin anlaştığına kanaat getirilemezse, bu sefer aralarında bir yakınlaşma süreci yaşanıp yaşanmadığı araştırılacaktır. Bu araştırma sonunda teşebbüslerin paralel davranışlarda bulunacak kadar yakınlaştığı anlaşılırsa uyumlu eylemler ispatlanmış olacaktır. Bir başka deyişle paralel davranışların teşebbüslerin arasındaki bağlantıdan doğduğu ispatlandığında uyumlu eylemler ispatlanmış olur.

Komisyon tarafından yürütülen ispat faaliyeti, aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak derecede uyumlu eylemlerin varlığına kanaat getirildiğinde tamamlanmış olur. Böylece teşebbüslerin aksini ispat faaliyetleri başlar. Komisyon tarafından yürütülen ispat faaliyetini çürütmek için teşebbüslerin başvurabileceği iki yol vardır. İlk olarak paralel davranışlardan uyumlu eyleme varmayı sağlayan emarelerin ya da vakıaların Komisyonca iddia edildiği gibi gerçekleşmediği ya da bu emarelerin/vakıaların uyumlu eylem sonucuna varmaya elverişli olmadığı ispatlanabilir. Örneğin, teşebbüsler iddia edilenin aksine, aralarında paralel davranışların bulunmadığını ispatlayabilirler. Bunun gibi görüşmelere delil olarak kullanılan belgelerin yanlış yorumlandığını ya da teşebbüs/teşebbüslere ait olmadığını ortaya koyabilirler. Karşı ve aksini ispat faaliyeti içinde, ekonomik ve rasyonel gerçekler önemli bir yer tutar. Aynı şekilde aksini ispat durumunda teşebbüsler paralel davranışlarla bağlantı arasında nedensellik olmadığını öne sürebilirler.

C. İspat Açısından Paralel Davranışlar ve Bağlantı

1. İspat Açısından Paralel Davranışlar

Oligopole özgü paralellikler sorunu rekabet hukukunun önemli sorunlarından biridir. Uyumlu eylemler gibi paralellik bilincinin taşındığı oligopole özgü paralelliklerin rekabet hukuku karşısındaki konumu; niçin uyumlu eylemler gibi yasak görülmediği maddi hukuk açısından tartışılmaya devam etmektedir³⁴⁶.

³⁴⁶ ASLAN, s. 229 vd. Oligopolistik Pazar yapısından kaynaklanan rekabet açısından olumsuz durumlara çözüm arayışları, bir yandan da hakim durumun kötüye kullanılması (ABA M.102) üzerinden yürütülmektedir.

Doktrindeki hakim görüşe göre oligopole özgü paralellikler rekabet hukukuna aykırı olmamakla birlikte, işbirliğinin ve uyumlu eylemlerin ispatında kullanılabilirler. ‘Kaysen³⁴⁷’e göre başarılı bir danışıklı ilişkinin varlığı iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar; öncelikle tüm teşebbüsler için ortak ulaşılabilir hedeflerin belirlenmiş olması; örneğin, paralel bir fiyat tespiti ve ikinci olarak da ortak hedefle uyumlu olmayan (ya da bu hedefe aykırı olan) tüm eylemlerden kaçınılması gerekliliği. Oligopolistik bağımlılık durumunda, teşebbüsler eylemlerini aralarında bir iletişim sistemi olmaksızın birbirine bağımlı kılabilirlerse de, bu iki şartın tam olarak gerçekleştiği söylenemez. Hala hedefin tam olarak adı konmamış ve sakıncalı eylemler belirlenmemiştir. Buna rağmen her teşebbüs, oligopolistik bağımlılıktan dolayı, kendi özel pazarlarını yönetmek yerine, bir diğerine (özellikle de fiyat liderine) bağımlı politikalar izleyerek paralel davranışlara neden olabilir. Ancak pazarın sürekli değişen şartları, karşılıklı güvensizlik ve iletişim eksikliği karşısında uzun dönem tekdüze sürecek bir paralellik olası değildir. Bu nedenle Kaysen³⁴⁸e göre, eğer pazarda yüksek derecede bir belirliliğe dayanan uzun dönemli tekdüze paralel davranışlar varsa, minimum düzeyde bir fikirlerin buluşması ve böyle bir buluşmanın gerçekleştiğine dair az bir bilgi teşebbüslerin “anlaşma için anlaştığını” ortaya koymak için yeterlidir. Dolayısıyla bu durumda, Kaysen’e göre oligopole özgü paralelliklerin varlığı halinde kısa süreli ve minimum düzeyde de olsa (anlamı) açık bir haberleşmenin (yani bağlantının) ortaya konulması işbirliğinin varlığı için yeterli olacaktır³⁴⁹.

a. Amerikan Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

Amerikan rekabet hukuku uygulamasında paralel davranışların niteliğine ilişkin tartışmaların FTC’nin 1948 tarihli iç yönergesinden sonra yoğunlaştığı görülmektedir. Bu belgede FTC, birden çok teşebbüsün, tümünün benzer tarzda hareket edeceği düşüncesi ve bilgisi içinde paralel eylem seyri izlemesini anlaşma olarak değerlendirdi³⁵⁰.

³⁴⁷ KAYSEN C., Collusion Under The Sherman Act, Quarterly Journal Of Econommics, USA 1951, s. 268-269.

³⁴⁸ KAYSEN, s. 269.

³⁴⁹ İKİZLER, s. 298.

³⁵⁰ İKİZLER, s. 301.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, bazen anlaşma yerine uyumlu eylemleri koymakla birlikte, gizli iş birliğinin anlaşma unsurundan vazgeçmemiştir. Bir başka deyişle Yüksek Mahkemenin ağır basan eğilimi ya da içtihadı, gizli iş birliği durumlarında herhangi bir şekilde gerçekleşen bir irade uyuşmasının varlığının şart olduğudur. Bu nedenle Yüksek Mahkeme’nin genel yaklaşımı, oligopole özgü paralelliklerin Sherman Kanununa aykırı olmadığı gibi, bir iradi uyuşmaya dayandığı gösterilmedikçe gizli iş birliğinin ispatı için de yeterli olmadığıdır.

Nitekim “Milgram” kararında, film dağıtıcısı teşebbüsler davacı sinemaya, filmin ilk gösterim hakkını vermeyi reddediyorlardı. Halbuki davacı diğer sinemalara göre çok daha yüksek bir gösterim ücreti ödemeyi öneriyordu. Aynı ayrı düşünüldüğünde teşebbüslerin bu teklifi reddetmeleri kendi çıkarlarına ters düşüyordu. Ret politikası ancak, teşebbüslerin tümünün, diğerlerinin de bu teklifi reddedeceği bilgisi içinde hareket etmeleri halinde anlam kazanıyordu. Sonuçta teşebbüslerin arasında gizli iş birliğinin olduğuna kanaat getirildi³⁵¹.

Teşebbüslerin kendi çıkarlarına aykırı davranışlarından söz edildiğinde, bu davranış ya da politikadan beklenen çıkarın rakiplerin davranışlarına bağlanmış olması anlaşılmaktadır. Yani ayrı ayrı düşünüldüğünde teşebbüslerin çıkarına aykırı politikalar, ancak ortak bir uygulama takip edildiğinde kazanç getirici olmaktadır. Bir başka deyişle, rakipler arasında yeterli derecede iş birliğinin yokluğunda, böyle bir davranışa girişilmesi ve bundan kazanç umulması beklenemez³⁵².

Amerikan hukukundaki ikinci ölçüte göre ise, paralel davranışların yanında teşebbüslerin anlaşmaları için ikna edici bir ekonomik neden gösterilebilirse gizli iş birliğine hükmedilebilir. Bu ikna edici neden, örneğin, aşırı arza rağmen fiyatların yüksek tutulması olabilir³⁵³ ki bu aynı zamanda pazardaki düşük ekonomik performansın da göstergesi sayılır³⁵⁴.

³⁵¹ Milgram v Loew’s Inc., 192 F2d 579, 583 (3d Cir. 1952).

³⁵² İKİZLER, s. 304.

³⁵³ United States v FMC Corp., 306 F Supp. 1106 (E.D. Pa. 1969).

³⁵⁴ İKİZLER, s. 305.

b. Avrupa Birliği Hukukunda İspat Açısından Paralel Davranışlar

ABAD, Boya kararında paralel davranışların uyumlu eylemler olarak nitelenemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte Boya kararından paralel davranışların ispat açısından değerine ilişkin doğrudan bir yargı çıkarmak güçtür. Zira bu kararda paralel davranışların yanında, teşebbüslerin görüştüğü ve yazıştığı tespit edildi. Ayrıca farklı üretim maliyet yapıları, talebin esnekliği ve Pazar evreleri ile ilgili ihlalin varlığını destekleyecek bir çok başka emareler göz önüne alındı. Böylece Boya kararında maddi ve ekonomik nitelikli bir çok emare kullanılmış oldu. Öte yandan milli pazarlarla birlikte üreticilerin sayısı açısından ilgili Pazar dar oligopol olarak görülmedi³⁵⁵.

Bununla birlikte, Boya ve akabinde Şeker karteli kararlarında Divan, rakiplerinin mevcut ya da öngörülebilir tavırlarına teşebbüslerin kendilerini akıllıca bir tutumla adapte etmelerini caiz gördü. Böylece teşebbüslerin birbirlerinin politikalarını yakın bir gözlem altında tuttuğu dar oligopol pazarlarda görülen oligopole özgü paralelliklerin uyumlu eylemler için yeterli bir ispat sağlayamayacağı görüşü Boya ve Şeker karteli kararlarında kendine uygun bir zemin bulmuş oldu³⁵⁶.

Görüldüğü gibi, geniş oligopollerde bağlantının varlığını gösteren emarelerin bulunmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda, pazarın normal şartlarına uygunsuzluk ölçütünün yardımıyla paralel davranışlardan uyumlu eylemlere varılabilmektedir. Dar oligopollerde ise oligopolistik bağımlılık, ekonomik analiz ve değerlendirmelerle paralelliklerden uyumlu eylemlere varılmasının önünde büyük bir engeldir. Bir başka deyişle oligopole özgü paralellikler, bağlantı ya da bağlantıya işaret eden emareler gösterilmedikçe ispat açısından yetersiz kalır³⁵⁷.

³⁵⁵ İKİZLER, s. 305.

³⁵⁶ Suiker UNIE AND Others v Commission Cases C-40-48.

³⁵⁷ İKİZLER, s. 309.

2. İspat Açısından Bağlantı

a.Bilgi Değişimi

Amerikan uygulamasında, teşebbüsler arasında bilgi değişimine ilişkin bir anlaşmanın olması, yalnızca teşebbüslerin bilgi değişiminde bulunacağını gösterir. Yani bilgi değişimine ilişkin anlaşma, yüzde yüz bu bilgilere uyulacağına ya da bu bilgilere göre hareket edileceğine dair bir anlaşma olarak algılanmamaktadır. Ancak bazı bilgi değişimleri gizli işbirliğinin varlığını ispat edici görülür³⁵⁸.

Hardwood olayında, teşebbüslere bir fiyat bildirim merkezi oluşturulmuştu ve bu merkez, üyelerine üretim, satışlar ve fiyatlar hakkında oldukça ayrıntılı bilgileri, açıklayıcı yorumlarla birlikte sunuyordu. Merkez üyelerine etkileyici önerilerde bulunuyor ve geleceğe yönelik fiyat ve üretim politikaları tavsiye ediyordu. Böyle bir davranış rakiplerin arasında görülebilecek bir davranış değildi ve amacı ancak rekabetin sınırlanması olabilirdi³⁵⁹.

Amerikan Hukukunda mahkemelerin bilgi değişimine yaklaşımı şu şekilde ortaya konulabilir;

- geçmiş fiyat verilerine ilişkin,
- müşterilerin hakkında (isimleri de dahil) ayrıntılı bilgi içermeyen,
- gerek alıcı gerekse satıcı tarafından tüm ilgililerce ulaşılması mümkün bilgi değişimleri gizli işbirliğinin varlığını göstermez,

Ancak;

- mevcut ya da gelecekte fiyat ve ürün özelliklerine ilişkin ayrıntılar içeren,
- bilginin istatistiksel olmaktan önce, müşteri ve satıcıların geleceğe yönelik ifade ve beyanlarına hatta önerilerine dayandığı
- verileri yalnızca pazarın tek tarafının (arz ya da talep tarafı) çıkarına yönelik olan ya da yalnızca tek tarafa açık olup diğer tarafı dışarıda tutan
- üyelere geleceğe yönelik tavsiye ve yorumlarla birlikte sunulan

³⁵⁸ İKİZLER, s. 319.

³⁵⁹ United States v. American Linseed Oil Company, 262 US 371 (1923).

bilgi değişimleri caiz görülmemekte ve iş birliğinin varlığını g stermektedir³⁶⁰.

Avrupa Birliği hukukunda fiyatlarla ilişkin bilgi değişimleri, teşebbüslerin (fiyatı belirlemek gibi) rekabeti sınırlayıcı bir amaç taşıdıklarının ispatı için yeterli görülmektedir.

Dolayısıyla konusu bu tür bir bilgi değişimi olan bağlantının, paralel davranışlara yol açacak şekilde Pazar politikalarını etkilediğinin gösterilmesine ve Pazar davranışları ile bilgi değişimi arasında bir nedensellik bağı kurulmasına gereksinim olmaksızın ispat gerçekleşmiş olur. Zira mahkemelerin bu gibi durumlarda yaklaşımı, teşebbüslerin rekabeti sınırlamak ve uyumlu eylemlerde bulunmak amacıyla hareket ettięidir³⁶¹.

ABAD, fiyatlarla ilgili bilgi değişiminin varlığından hareketle rekabeti sınırlama amacı taşıyan uyumlu eylemlerin gerçekleştiği kanaatine varırken ilk görünüş ispatından yararlanmaktadır. Buna göre fiyat vb. gibi önemli noktalar üzerinde teşebbüsler arasında bilginin değişimi söz konusu olursa, teşebbüslerin bu bilgiyi ilerideki kararlarını biçimlendirirken dikkate almamaları beklenemez. Dolayısıyla burada, teşebbüslerin öncelikle, soyut ya da subjektif amaçları ne incelenmekte ne de aranmaktadır. İkinci olarak, teşebbüslerin arasındaki bir anlaşma ya da irade uyuşması değil, bunlardan tamamen soyutlanmış olarak, bağımsız politikalar benimsenmesinin  n n  kesen bir birbirini etkileme ve birbirinden etkilenme süreci ön plana çıkmaktadır³⁶².

b. Tavsiyeler

Kuşkusuz üzerinde anlaşma yapılabilen her konu, tavsiyelerin de konusu olabilir. Böylelikle fiyatlar, sözleşme şartları, üretim miktarı, servis şartları vb. daha bir çok doğrudan ya da dolaylı olarak rekabet üzerine etkileri olabilecek konuda

³⁶⁰ İKİZLER, s. 321.

³⁶¹ İKİZLER, s. 322.

³⁶² İKİZLER, s. 323.

teşebbüslerin tavsiyeleşmeleri mümkündür³⁶³. Bunun gibi hem yatay hem de dikey seviyede tavsiyelerle karşılaşılabilir. Yatay seviyedeki tavsiyeler, teşebbüsler arasında doğrudan doğruya gerçekleşebileceği gibi, ortaklaşa kurulan bir organizasyon ya da birlikten tüm teşebbüslere yöneltirme şeklinde de gerçekleşebilir³⁶⁴.

c. Kamuya Yönelik Duyurular

Teşebbüslerin geleceğe yönelik Pazar politikalarını duyurarak, kamuyu bilgilendirmeleri olağan bir durumdur. Ancak sonuçta kamuya yönelik duyurularda bilginin bir teşebbüsten diğerine geçmesine neden olur. Yani kamuya yönelik duyurularda da teşebbüsler arasında bir bilgi akışı yaşanmaktadır. Bu duyurular yoluyla teşebbüsler, rakiplerinin gelecek Pazar politikaları hakkında bilgi edinmektedirler³⁶⁵.

Kamuya yönelik duyurular yoluyla teşebbüsler rakiplerinin politikalarını öğrenerek, benzer bir politika benimseyebilirler. Ancak bunun aksi de mümkündür. Bu nedenle kamuya yönelik duyurular uyumlu eylemler için kuvvetli bir emare teşkil etmezler³⁶⁶. Kamuya yönelik duyurular sonrasında piyasada paralel davranışlar gerçekleşmesi durumunda da, duyuruların varlığı paralel davranışların yanında tek başına ispat için yeterli ek emare olarak görülmemelidir. Ancak kamuya yönelik duyuruların emare değeri somut olayın özelliklerine göre değişebilir.

Amerikan hukukunda da bir teşebbüsün geleceğe yönelik politikasını duyurması ve buna uygun davranması, sonuçta pazarda paralel davranışlar görülse bile gizli iş birliği için yeterli olmamaktadır. Örneğin, Piping kararında, davacı, üyesi olduğu ticari birlikten çıkarıldıktan sonra, alıcıların kendisinden mal almayı reddettiklerini iddia etmiştir. Mahkeme her bir alıcının yalnızca birlik üyeleri ile işlem yapacağına ilişkin politikasını önceden duyurduğunu, bu durumda davacıya

³⁶³ ESİN, s. 211.

³⁶⁴ İKİZLER, s. 325.

³⁶⁵ İKİZLER, s. 327.

³⁶⁶ ŞAYLI, s. 112.

yönelmiş bir uyumlu eylemden söz edilemeyeceğini ifade etmiş ve davacıdan alıcıların arasında iş birliğinin varlığına ilişkin başka emare ve nedenler göstermesini istemiştir³⁶⁷.

d. İşbirliğini Gösteren İfadeler

Bu durumda akla, delil olarak toplanan belgelerde geçen ifadeler gelmektedir. Gerçekten de teşebbüsler, iç yazışmalarında, raporlarda, bayilerine gönderdikleri yazılarda rakipleriyle işbirliği içinde olduklarını ifade etmiş olabilirler. Bunun gibi, rakipler arasındaki mektup, faks, teleks vb. belgelerde de bu yönde ifadeler geçebilir. İşbirliğini gösteren bu ifadeler, uyumlu eylemlerin ispatı için yeterlidir. Ancak bunun için, uyumlu eylemlerin dışında başka anlamlara yorumlanamayacak derecede açık ve anlaşılır olmaları gerekir³⁶⁸.

e. Toplantılar – Görüşmeler

Uyumlu eylemlerin ispatında görüşme ve toplantıların özel bir önemi vardır. Çünkü teşebbüslerin yaklaşması için bir şekilde bir araya gelmiş olmaları gerekir. Ancak bizatihi toplantı ya da görüşme, teşebbüslerin bağlantı içinde olduğu anlamına gelmez. Zira bağlantı maddi anlamda uyumlu eylemlerin esaslı unsurlarındandır ve teşebbüslerin paralel Pazar politikaları benimsemesine neden olabilecek bir yaklaşma süreci yaşadıklarını ifade eder. Toplantı ya da görüşmeler ise yaklaşmak için ancak araç olabilirler. Bunlar sayesinde ileride gerçekleşecek olan paralelliğin temelleri atılır³⁶⁹.

Dolayısıyla ispat açısından da toplantı ve görüşmeler bağlantının varlığını tek başına gösteremezler. Bununla birlikte paralel davranışların yanında yer alarak uyumlu eylemlerin varlığına ek emare teşkil ederler³⁷⁰.

³⁶⁷ Precision Piping and Instruments, Inc. V E.I. DuPont de Nemours and Co., 951 F. 2d 613 (4th Cir. 1991).

³⁶⁸ İKİZLER, s. 328.

³⁶⁹ ESİN, (Uyumlu Eylemler), s. 123.

³⁷⁰ İKİZLER, s. 330.

f. Alış ve Satışta Birliktelik

Ticari yaşamda bazen, belli bir bölgede satışlar tamamen tek çatı altında toplanabilir ya da satış yerleri, depolar, yabancı temsilcilikler ve şubeler birlikte kullanılabilir. Kuşkusuz bu yöntemin, teşebbüs giderleri ve rekabet açısından olumlu yönleri vardır³⁷¹.

Bununla birlikte, alış/satış birliktelikleri yoluyla, alış/satış politikalarının zamanla standartlaşması ve kotalar yoluyla her bir teşebbüsün toplam satıştaki payının önceden belirlenmesi tehlikesi vardır. Bu nedenle Komisyona göre, yalnızca birbirine rakip olmayan teşebbüsler arasındaki alış/satış birliktelikleri rekabet açısından sakıncasız görülebilir. Yani katılımcı teşebbüsler, pazarın diğer yanı karşısında önemli ölçüde güçlü bir konum elde etmek için ortak alış/satış örgütlenmelerine gidiyorlarsa, artık makul görülebilen alış/satış çerçevesini aşan bir biçimlenme vardır ve bu uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilebilir³⁷².

D. ABAD Kararları Işığında Uyumlu Eylemlerde İspat

Uyumlu eylemlerdeki belirsizlikten dolayı ispat araçları önem taşımaktadır. Uyumlu eylemin tanımlandığı karar olan “Dyestuffs³⁷³” kararında ABAD, Komisyon’un uyumlu eylem delillerini kabul etmiştir: Komisyon üreticilerin sürekli olarak aynı oranda ve yaklaşık aynı zamanlarda fiyat artırmalarını, fiyat artışlarını duyururken benzer ifadeler kullanmalarını bu davada da yeterli delil olarak nitelendirmiş, ayrıca üreticilerin sık sık bir araya geldiklerini ve fiyat tartışıklarını belirlemiştir. Uyumlu eylemin bir anlaşmanın tüm unsurlarını taşımadığı, ancak katılanların davranışından aşikar olan koordinasyondan doğmuş olabileceği belirtilmiştir. “Suiker Unie” davasında da ABAD, teleks mesajları ve toplantı tutanaklarını uyumlu eylemin delili olarak kabul etmiştir.

³⁷¹ Pazara giriş maliyetinin yüksek olduğu bölgelere teşebbüslerin bu yolla yayılması söz konusu olabilmektedir. Öte yandan satış yerleri, depo ya da acentelik vb. işyerlerinin daha iyi ve verimli kullanımı yoluyla pazar durumunda rasyonelleşme sağlanmaktadır..İKİZLER, s. 331.

³⁷² İKİZLER, s. 333.

³⁷³ Case 48/69, ICI v. Commission, ECR 1972, 619.

“LdPE³⁷⁴” davasında ABAD, Komisyon’un bir teşebbüsün kartelle doğrudan veya dolaylı ilişki kurması halinde kartelde asli rolü olmasa bile uyumlu eylemin bir parçası ve tarafı olabileceği görüşünü onaylamış ve fiyat artışları üzerine diğer bir kartel üyesi teşebbüs yetkilisi ile yapılan telefon görüşmelerini ve yerel toplantıları uyumlu eylemin delili olarak kabul etmiştir.

"Compagnie Royal Asturienne des Mines&Rheinznk³⁷⁵” davasında ABAD, Komisyon’un paralel davranışların uyumlu eylemden kaynaklandığına dair yeterli derecede sağlam ve ilgili ispat unsuru elde edemediğini, ihlalin varsayımla ispat edilemeyeceğini belirtmiştir. Örneğin; Alman pazarındaki fiyat indirimleriyle ilgili Rheinznk’ten Asturienne’e gönderilen teleks mesajının tek başına uyumlu eylemin oluşturulduğuna delil teşkil etmeyeceğini, çünkü Komisyon’un Austrienne’in fiyatları üzerine etkisi olduğunu ispatlayamadığını ileri sürmüştür.

Ancak yine paralel ithalatın engellenmesine yönelik uyumlu eylem iddiasının yer aldığı "Pioneer³⁷⁶” davasında, Komisyon Compagnie kararında daha sağlam deliller sunmasına rağmen, ABAD dosyadaki delilleri yeterli bulmuş, uyumlu eylemin ispatında usul hukuku delil teorisinin gerekli gördüğü klasik delile gerek olmadığını belirtmiştir. Kararın ilginç özelliği, Fransa’daki toptancıların şikayetinin delil olmadığı gerekçesiyle Komisyonca reddedilmesi, ancak ABAD’ın uyumlu eylem yönünde karar vermesidir. Fransa’da daha pahalı olan Pioneer ürünlerinin ithaliyle sıkıntıya düşen Fransa distribütörü, Pioneer ve Almanya ile İngiltere distribütörü ile toplandıktan sonra toptancılar diğer distribütörlerden mal alamamış ve şikayet etmiştir.

Anlaşma veya uyumlu eylemin taraflarından birinin bağımsız olarak yazdığı iç notların diğerlerine karşı kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin olarak, Komisyon bu belgelere dikkatli yaklaşmaktadır³⁷⁷. Ancak, belgeler açık ve tutarlı ifadeler içeriyorsa belgenin yazımında payı olmayan diğerlerine karşı da kullanılabilir.

³⁷⁴ LdPE, 1989 OJ L 74/21, 1990-4 CMLR 382; LdPE v. Commission, T-80/89 [1995] ECR II-729.

³⁷⁵ Cases 29-30/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinznk GmbH v. Commission, ECR 1984, 1679.

³⁷⁶ Case 100-103/80, Musique Diffusion Française SA and others v. Commission, ECR 1983, 1825.

³⁷⁷ Zinc Producer Group, OJ 1984, L 220/27, [1985] 2 CMLR 108.; Roofing Felt; OJ 1986, L

Bazı davalarda Komisyon sadece bir kartel üyesinin malvarlığında elde ettiği; toplantıların kötü yazılmış, imzasız, tarihsiz belgeleri ve diğer kayıtları dahi delil olarak diğerleri aleyhine de kararına dayanak yapmaktadır. Yine Komisyon’la işbirliği yapan itirafçı kartel üyesinin (whistle-blowers) itiraf beyanını, “Cartonboard³⁷⁸” kararında olduğu gibi diğer kartel üyelerine karşı kullanabilmektedir.

“Suiker Unie” davasında, uyumlu eylemin ispatında deliller geniş yorumlanmıştır. ABAD, uyumlu eylemin varlığını kabul için bir plan olmasına gerek olmadığını, teşebbüslerin rakibin davranışlarını etkilemek amacıyla veya bu etkiyi sağlayacak şekilde temasta bulunmalarının uyumlu eylem için yeterli olduğunu belirtmiştir.

Komisyon’un “Woodpulp” kararında³⁷⁹, elliden fazla kağıt hamuru üreticisi uyumlu eylem yoluyla 81’inci maddeyi ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Uyumlu eylem içinde olduklarının delili olarak; teşebbüsler tarafından fiyatların aynı veya yakın zamanlarda ilan edilmesi, duyurulan ve gerçekleşen fiyatların teşebbüsler bakımından aynı olması, yapay olarak fiyatların uzun süre yüksek seviyelerde kalması ve teşebbüsler arasında doğrudan veya dolaylı fiyata yönelik bilgi değişimi gerekçeleri sunulmuştur.

Komisyon uyumlu eylemin ispatında paralel davranışları yeterli görmüştür. Temyiz aşamasında ABAD, paralel davranışların kesin delil olup olmayacağını uzmanlara danışmıştır. Ekonomistler, fiyatların yakınlığının pazarın niteliği ve yapısından kaynaklanabilen şeffaflığın sonucu olduğunu, oligopolistik pazarın özelliği gereği fiyatların değişmezliğinin söz konusu olduğunu, fiyatların uzun süre sabit kalmasının nedeninin pazarın niteliği gereği doğal şeffaflık ve karşılıklı bağımlılık olduğunu belirtmiştir. ABAD hukuk sözcüsü, uyumlu eylemin unsurunu “teşebbüslerin davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıran koordinasyon” olarak açıklamıştır. ABAD kararında paralel davranışların ekonomik analizle

232/15, [1991] 4 CMLR 130.

³⁷⁸ Case 334/94, Sarrio SA v. Commission (Cartonboard), ECR 1998, II-1439.

³⁷⁹ Woodpulp, OJ 1985, L 85/1, 1985-3 CMLR 474.

ispatlanması gerektiğine karar vererek “ekonomik delil” gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu kararla Komisyon’a uyumlu eylem konusunda ağır bir ispat yükü getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, uyumlu eylemin ispatında asgari bir müşterek belirlenememiştir, bu nedenle en önemli delil olarak ekonomik analizler kuvvet derecesini korumaktadır. Gerçekten ilgili pazarda teşebbüslerin benzer davranışlarının normal rekabet koşullarından farklı rekabet ortamının oluşmasına neden olduğunun ispatı kullanılmaktadır.

SONUÇ

Avrupa Birliği, Avrupa'nın bütünleşme çabalarında ulaşmak istediği nihai hedeftir. Avrupa Birliği'nin kurulması Avrupa'da 1950'li yıllarda, Avrupa'da barışın kurulabilmesi için düşünölen Schuman Planı ile oluşmaya başlamış, ardından Avrupa Birliği'nin esasını ve ilk sütununu oluşturan Avrupa Toplulukları kurulmuştur. 13 Aralık 2007 tarihli Lizbon Antlaşması ile ABA (Avrupa Birliği Antlaşması) ve ATA'da (Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma) değişiklikler öngörülmektedir. ABA'nın ismi aynı kalırken; ATA, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİA, *Treaty on Functioning of the European Union*) ismini almaktadır. Lizbon Antlaşması ile Topluluk yerine Birlik kelimesi getirilmekte, Birliğin, Avrupa Topluluğu'nun halefi olduğu ifade edilerek bundan sonra tek bir tüzel kişiliğinin olduğu, Birliğin değiştirilmiş bu iki Antlaşma üzerine kurulu olduğu vurgulanmaktadır. Halen "Avrupa Birliği" ve "Avrupa Toplulukları" terimi çalışmamızda olduğu gibi AB hukukunun genelinde de bir arada kullanılmaktadır. Çalışmamızda özellikle Avrupa'nın nihai hedeflerinden olan Ortak Pazar'ın kurulması ve devamının sağlanması yolunda rekabet hukukunun önemli bir alanı olan rekabeti kısıtlayan danişıklı ilişkilerden sayılan " uyumlu eylem" konusu irdelenmiştir.

Avrupa Birliği'nde ortak pazarda eşitlik ve sağlıklı rekabet ortamının sağlanabilmesi ancak etkin bir rekabet hukukunun varlığı ile yani özellikle işletmelerin çeşitli pazar davranışları sonucunda, rekabetin bozulmasının önüne geçilebilmesi için hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması, birleşme ve devralmaların kontrol edilmesinin yanı sıra rekabeti bozucu nitelikte olan işletmeler arası anlaşmalar, işletme birliği kararları ve uyumlu eylemleri de yasaklamakla sağlanabilmektedir.

Çalışmamızda, giriş bölümümde de ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere AB rekabet hukukunda uyumlu eylemleri -rekabet hukukunun düzenlendiği mevzuatla birlikte-, unsurlarını, diğer danişıklı ilişkilerle karşılaştırılmasını, ispatını ve hukuki sonuçlarını irdeleyerek inceledik. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın

101. maddesinde düzenlenen rekabeti sınırlayıcı kurallardan sayılan uyumlu eylemlerde belirgin olarak öne çıkan özellik, sınırlarının kanun veya tüzüklerle kesin ve net olarak çizilmediği ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Komisyon'un kararlarıyla şekillendiği ve unsurlarının netleştirildiği maddi hukuk kuralları olduğu ve irdelendikçe hem iktisadi yönden hem de hukuki açıdan rekabet üzerinde ciddi etkileri olan danışıklı ilişkiler olarak nitelendirildiği görülmüştür.

ABİDA'nın 101. maddesiyle açıkça yasaklanan ve rekabeti engelleyici uygulamalardan sayılan uyumlu eylemler, teşebbüslerin rekabet alanında davranışlarını belirlemelerinde etkili olmaktadır. Teşebbüsler ABİDA ile açıkça yasaklanmış olan uyumlu eylemleri rekabet politikalarında kullanamayacaklarını gördüklerinde, rekabeti engelleyici anlaşmaları alenen yapmak yerine gizli, sözlü veya paralel davranışlar aracılığıyla yaparak, aralarındaki rekabeti bertaraf etmeye çalışmışlardır. Teşebbüsler arasında yapılan anlaşma, sözleşme veya kararlar somut verilere dayandığından, bu kararların rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu etkilerini tespit etmek, delilleri bulmak ve ispatlamak kolaylıkla sağlanabilecektir. Rekabet düzenlemeleri, teşebbüslerin rekabetin engellenmesi yolunda anlaşma veya karar aşamasına varmayan ancak rekabeti engelleyici etki doğuran davranışlarını öngörerek, teşebbüslerin anlaşma aşamasına varmayan ancak rekabeti engelleyen paralel davranışlarını rekabet hukuku kapsamında yasaklar arasına almıştır. Bu durum bize uyumlu eylemlerin özel düzenlenme amacını da göstermektedir. Genel düzenlenme amacı serbest rekabet ilkesine işlerlik kazanmak olan uyumlu eylemlerin özelde düzenlenme amacı; anlaşma ve kararlar dışında kalan fakat anlaşma ve kararlarla aynı sonucu doğuran tüm uygulamaların sağlıklı bir rekabet hukukunun yaratılabilmesi için öngörülerek sonuçlarına ilişkin düzenlemeler yapılmasıdır.

Uyumlu eylemlere ilişkin net bir tanımlama Antlaşmada ya da diğer ikincil hukuku kaynaklarında yapılmamıştır. Özellikle ABAD, Komisyon ve İlk Derece Mahkemesi kararlarıyla ve gerekse doktrinde yapılan çalışmalarla uyumlu eylemlerle ilgili pek çok farklı ancak birbirine paralel ve tamamlayıcı tanımın ortaya çıktığı görülmektedir. Tüm bu yapılan tanımlamalar uyumlu eylemler için net ve genel geçer bir tanım yaratmaktan öteye, uyumlu eylemlerin unsurlarını belirleme

yolunda daha başarılı olmuştur. Unsurlarını da esas alarak uyumlu eylemi; birden fazla teşebbüsün, birbirleriyle bağlantıya geçerek, dolaylı ya da doğrudan bir iletişim sağlayarak, rekabet risklerini bertaraf etmek aracılığıyla pratik işbirliğini gerçekleştirmeleri ve rekabeti sınırlamalarıdır.

Uyumlu eylemin unsurları açısından ise çalışmada izah etmeye çalıştığımız görüşlerimiz doğrultusunda teşebbüsler arasındaki koordinasyon ya da pratik işbirliğinin sadece paralel davranışlar sonucu ortaya çıkmasının aranmaması gerektiği, bunun yanında başka unsurların da aranması gerektiği kanaatindeyiz. Paralel davranışların uyumlu eylemin net olarak unsuru olduğunu söyleyebilmek için bu paralel davranışları doğuran teşebbüsler arası bir bağlantının (temas) varlığından söz etmek gerekmektedir. Paralel davranışlar her zaman tek başlarına uyumlu eylem için yeterli olmadığına dair ABAD kararlarına bakıldığında bağlantının paralel davranışlardan daha belirgin bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Bağlantı, uyumlu eylemin bir unsuru olarak, paralel davranışların yanında ek emare olarak görülebileceği gibi, paralel davranışlarla birlikte olduğunda uyumlu eylemi doğrudan ispatlayan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bağlantı ile, teşebbüslerin rakiplerinden bağımsız olarak karar almalarını engelleyen bir yakınlaşma süreci yaşayıp yaşamadıklarının irdelenmesi anlaşılmalıdır.

Uyumlu eylemlerin oluşabilmesi için en önemli ve objektif unsur birden fazla teşebbüsün bulunmasıdır. Rekabetin kısıtlanması, engellenmesi ya da bozulması için tek terim olarak çalışmamızda kullanılan rekabetin sınırlanması ise uyumlu eylemin bir unsuru, sonucu ve piyasadaki etkisidir. Öyleyse tarafımızca bir kez daha uyumlu eylemlerin unsurlarının belirtilmesi gerekirse; uyumlu eylemlerin unsurları, birden fazla teşebbüs olması, teşebbüsler arasında işbirliğini doğuran paralel davranışların bulunması, bu koordinasyon ya da işbirliğinin bir bağlantı (temas) sonucu oluşması ve bu temasın rakiplerin ticari davranışlarını etkileyerek rekabeti sınırlandırmaktır.

Bağlantıya isnat eden paralel davranışların iki önemli özelliği vardır. Bunlardan biri paralellik diğeri ise eylem yani davranış kavramıdır. Çalışmamızda da belirttiğimiz gibi paralellik geniş bir kavram olup her paralel davranış uyumlu eylem

olarak kabul etmek mümkün değildir. Özellikle ortak bir Pazar içinde bulunan pek çok üye devletten oluşan Avrupa Birliği piyasasında, piyasaların farklı özellikleri, iktisadi gerekler, özellikle oligopol piyasa yapılarında piyasanın gereği olan davranışlar veya tesadüfen gerçekleşen paralelliklerin yasaklanması mümkün değildir. Daha doğru bir ifadeyle tek başına paralelliğin mevcut olması uyumlu eylemin varlığına kanaat etmek için yeterli değildir.

Uyumlu eylemin unsurlarından olan eylem kavramının zorunlu unsur olup olmadığı Komisyon ve ABAD tarafından tartışılmış ve genel görüşe göre eylemin gerçekleşmesinin zorunlu olmadığı, eylemin beklenebilir olmasının yeterli olduğu görülmüştür. Kanaatimizce eylem unsuru uyumlu eylemin gerçekleşmesi ve ispatı açısından zorunlu bir unsurdur. Maddi hukukta sonuç doğurabilmesi ve yaptırımlara konu olabilmesi açısından gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak, eylemin henüz gerçekleşmediği uyumun piyasada henüz etkisinin görülmediği ancak gelecek zamanlarda bu davranışların rekabetin engellenmesinde etkili olabileceği öngörüsü oluşması halinde, bu durumun bertaraf edilebilmesi için açıklayıcı ve gerek kamu gerekse özel hukukta yaptırımı olan genel kurallar koymak gereklidir.

Hakim durumun kötüye kullanılması ve uyumlu eylem arasındaki ilişki konusu ele alındığında ise; birden fazla teşebbüsün hakim durumda olması durumunda, bu teşebbüslerin herhangi bir şekilde etkileşimi başka teşebbüsler ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar sonucunda gerçekleşmiş ise, söz konusu birlikte davranışlar, uyumlu eylem şeklinde ortaya çıkabilecektir. Teşebbüslerin uyumlu eylemlere girişerek birlikte hakim duruma gelmesi ve bunu kötüye kullanması yanında, birlikte hakim durumdayken uyumlu eylemlere girişerek rekabeti sınırlamaları da mümkündür.

Birleşme ve devralmalar ile uyumlu eylemler arasındaki ilişki açısından konuyu değerlendirdiğimizde ise teşebbüslerin faaliyetlerinin bir yandan uyumlu eylem diğer yandan da birleşme veya devralma yahut da yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi mümkündür

Grup muafiyetleri yönünden uyumlu eylemler ele alındığında doktrinde farklı görüşlerin olduğu görülmektedir. Muafiyet verilmesi için gerekli olan ön koşul teşebbüsler arasında olan anlaşma karar veya uyumlu eylemin bildirilmesi koşuludur. Ancak doktrindeki bir yaygın görüşe göre uyumlu eylemler, Komisyona'a bildirilerek haklı gerekçelerle muafiyet istenmesi durumunda bu uyumlu eylemlerin artık bildirim nedeniyle anlaşmaya dönüşeceği savıdır. Bu durumda uyumlu eylem özünde yer alan "rekabeti engellerken bunun teşebbüslerce bildirim yapılmaksızın gizli ve davranış şeklinde ortaya çıkması" mantığından uzaklaşarak uyumlu eylem olma niteliğini bırakarak anlaşmaya dönüşecektir. Bir diğer görüş ise, uyumlu eylemlerin muafiyet kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olduğudur.

Oligopolistik bir pazardaki bir işletmenin rekabet kuralları karşısındaki hassas durumunu göz önünde bulundurarak rakipleri ile paralel davranış içerisinde bulunduğunu Komisyon'a bildirmesinin mümkün olabileceği, böyle bir bildirim sonucunda ise uyumlu eylemin olumlu yönlerinin belirtilerek muafiyet talep edilmesinin de mümkün olabileceği iddia edilmektedir. Kanımızca uyumlu eyleme muafiyet tanınması teoride mümkün görünse de uyumlu eylemin özüne ve Antlaşmada yer alış amacına aykırı olacaktır. Muafiyet alabilmek için teşebbüslerin aralarındaki danışıklı ilişkilerini kabul etmeleri bir nevi uyumlu eylemlerini anlaşmaya dönüştürmeleri demek olacaktır.

Oligopolistik pazarlarda gözlenen paralellikler tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilememesine rağmen, bu tür pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını etkilemek veya kendi davranışı hakkında diğerlerine bilgi vermek amacıyla doğrudan ya da dolaylı bir iletişim içerisine girmelerinin ihlal sayılabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, geçerli hukuki ya da ekonomik gerekçeleri olmayan ileriye dönük fiyat açıklamaları ya da bilgi değişimi gibi dolaylı iletişim türleri, paralel davranışların uyumlu eylem olarak değerlendirilmesine yol açabilecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde uyumlu eylemlerin diğer maddi rekabet kuralları ile ilişkisi anlatılmıştır. Genel olarak bakılırsa uyumlu eylemler ABİDA

m.101’de düzenlenen anlaşma, karar ve tavsiyeler dışında kalan danışıklı ilişkilerdir. Anlaşmalar ve teşebbüs birlikleri kararları, taraflarını ya da birlikler için üyelerini hukukken ya da fiilen bağlayıcı özellikleriyle uyumlu eylemlerden ayrılarak düzenlenmişlerdir.

Uyumlu eylemlerin ispatlanması sorunu ise paralel davranışların çözümlenmesi ve ispatlanması ile açıklanmaya çalışılmışsa da yalnızca paralel davranışların ispatlanması uyumlu eylemin ispatı için yeterli görülmemiştir. Bu husus özellikle oligopole özgü piyasa yapılarında her paralel davranışın uyumlu eylem olarak görülememesinden kaynaklanmaktadır. Uyumlu eylemin ispatı meselesi çözümü en zor konulardan birini oluşturmaktadır. Uyumlu eylemde nelerin delil olarak kullanılabileceği hususunda ABAD kararları incelendiğinde görülecektir ki; uyumlu eylemin ispatında asgari bir müşterek belirlenememiştir, bu nedenle en önemli delil olarak ekonomik analizler kuvvet derecesini korumaktadır. Kanaatimizce bu görüşü benimsemek yerinde olacaktır.

Zira bir piyasada teşebbüslerin benzer veya aynı davranışları sergilemeleri tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli değildir. Davranışların benzerliği, çeşitli piyasa koşullarından (temel üretim maddelerinin zamlanması, taşıma masraflarının artması) kaynaklanmış olabilir. Paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi için tarafların piyasa davranışlarındaki belirsizliği önlemeye yönelik, aralarında bir temasın varlığı ya da geleceğe yönelik piyasa faaliyetlerinde işbirliği içerisine girmeleri şarttır. Komisyon tarafından yürütülen ispat faaliyeti, aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak derecede uyumlu eylemlerin varlığına kanaat getirildiğinde tamamlanmış olur. Böylece teşebbüslerin aksini ispat faaliyetleri başlar.

Rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali halinde karşılaşılabilecek hukuki sonuçlar bakımından kamu hukuku alanında karşılaşılabilecek olan sonuç teşebbüslerin idari para cezası ile cezalandırılmaları ve özel hukuk bakımından ise mahkemeler tarafından tazminata mahkum edilmeleridir. AB rekabet hukukunda Komisyon’un para cezaları açısından göz önünde bulundurduğu kriter; ihlalin süresi ve ağırlığı kriteridir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; uyumlu eylemler, anlaşma ya da teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilmeyen tüm danışıklı faaliyetler için kullanılan, teşebbüslerin bağımsız karar alabilmesini engelleyen ve ortak pazarda rekabeti sınırlandırıcı etkide bulunan, teşebbüsler arası koordinasyona bağlı, paralel, danışıklı faaliyetlerin sonucu olarak AB rekabet hukukunda hatırı sayılır bir yere sahiptir. Kanımızca rekabet hukukuna etkileri ve amacı yönünden önemli bir yere sahip olan uyumlu eylemlere ilişkin yaptırımların, üye ülkeleri bağlayıcı hukuki kurallarla düzenlenmesi ve caydırıcı yaptırımlara bağlanması, sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI A., Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.

AKINCI A., Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü; Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2000.

ASLAN Y., Rekabet Hukuku, Bursa 2001.

ASLAN İ. Y., Rekabet Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler ve Eleştiriler, Ankara 1993.

AŞÇIOĞLU ÖZ G., AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukuku'na Muhtemel Yansımaları, Ankara 2000.

BADUR E., Türk Rekabet Hukuku'nda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:6, Ankara 2001.

BAYDORAL C., Avrupa Birliği'ni Kuran Antlaşma, İKV Yayınları, İstanbul 1993.

BLEECHAM, M., Conscious Parallelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Sherman Laws, New York Law School Law Rev., 24/1979.

CANBOLAT İ. U., Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.

CENGİZ D., Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.

CORONES, S. G., **The Application of Article 85 of the Treaty of Rome To The Exchange of Market Information Between Members of A Trade Association**, ECLR 1999.

ÇELEN A., **Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum**, Ankara 2003.

DERINGER A., **Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommnetar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst Durchführungs-Verordnungen und Richtlinien**, Duesseldorf 1962.

DOMANIÇ H., **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, Cilt I, İstanbul 1988.

EFEM G., **Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Bakımından Roma Anlaşması m.85'e Kavramsal Bir Yaklaşım**, Ankara 1993.

EREN F., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, İstanbul 2003.

ESİN A., **Rekabet Hukuku, (Rekabet)**, İstanbul 1998.

ESİN A., **Rekabet Hukuku'nda Anlaşma Uylum Eylem ve Kararlar, (Uyumlu Eylemler)**, Ankara 1998.

ERSOY Ç., **Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu (Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81 ve 82. maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 sayılı Tüzük**, Rekabet Dergisi, Aralık 2003.

GLEISS A./ HIRSCH B. H., **Common Market Cartel Law**, Washington D.C. 1981.

GOYDER, D.G., **EC Competition Law**, 3. ed., Oxford 1998.

GÜNUĞUR H., **Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma, (AET)** Ankara 1988.

GÜNUĞUR H., **Avrupa Birliği'nin Hukuk Düzeni, (Hukuk Düzeni)** Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara 2007.

İLİCAK A., Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

İKİZLER M., **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler**, Ankara 2005.

KARAKAŞ A. I., Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, İstanbul-Der. Yayınları 1993.

KARAKEÇİLİ F., AT'da Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi, İKV, İstanbul, 1997.

KEKEVİ G., **Anlaşma Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler**, Ankara 2003.

LAURILA M., **The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agrcements of Minor Importance**, ECLR 1993.

LAZEROW, **Price Discrimination and the Treaty of Rome: The Jurisdictional Element**, 23 Federal Bar Journal 1963.

MARKHAM, J.W., **Monopoly and Competition Policy, The International Library of Critical Writings**, 1993.

ÖZSUNAY E., **'Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III**, (Kısıtlamalar), Düzenleyenler Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2005.

ÖZSUNAY E., **'Kartel Hukuku'**, (Kartel), İstanbul 1985.

POROY R./YASAMAN H., **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2001.

POSNER A. R., **Oligopoly and the Antitrust Laws, A Suggested Approach**, Standford Law Rev., 1969.

REİSOĞLU S., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1999.

SANLI Kerem Cem, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara 2000.

SULLIVAN, E. T./HARRISON J. L, **Understanding Antitrust and It's Economic Implications, Third Edition**, USA 1998.

ŞAYLI Y., **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, Ankara 2005.

SEYİDOĞLU Halil, **Ekonomik Terimler: Ansiklopedik Sözlük**, 3. Bsk., İstanbul 2002.

STEVENS, D., **“Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of E.C. and U.S. Competition Law”**, Yearbook of European Law, 15, USA 1995.

TEKİNALP Ü./ TEKİNALP G. , **Avrupa Birliği Hukuku** , İstanbul 2000.

TEKİNALP G., **Uyumlu Eylemler Kavramı**, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995.

TOPAL E., **Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği’nde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış**, Yasama Der., Sayı 9, Ağustos 2008.

TOPÇUOĞLU H., **Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), (Hile)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, İzmit 1950.

TOPÇUOĞLU M., **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, (İşbirliği)** Ankara 2001.

TURNER D. F., **The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal**, Harvard Law Rev., 1962.

ÜSTÜNDAĞ S., **Medeni Yargılama Hukuku**, CI-II, İstanbul 1992.

WISH R., **European Competition Law**, London 2001..

WILS W..P.J., **The Undertaking as subject of EC Competition Law and The Imputation of Infringements to Natura lor Legal Person**, EL Rev., 2000.

YÜKSEL O. Y., **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu**, Ankara 2004.

ABAD ve İDM KARARLARI

Case 41/69 sayılı **ACF Chemiefarma NV. v. Comission**, ECR 1970.

Case 107/82, **AEG Telefunken v. Commission**, ECR 1983.

Case 89/85, **Ahlström & Ors v. Commission**, ECR 1988.

Cases 89/85 etc., **Ahlstrom Oy. v. Commission (Woodpulp II)**, ECR 1993.

Case 23/67 etc., **Brasserie de Haecht v. Wilkin Janssen**, ECR 1967.

Case, 127/73, **Belgische Radio en Televisie v. SABAM**, ECJ 27-3-1974, ECR 1974.

Case 30/87 etc., **Bodson v. Pompes funebres des regions liberees**, ECR 1988.

Cases 142, 156/84, **BAT and Raynolds v. Commission**, ECR 1987.

Case 15/74, **Centrafarm BV and others v. Sterling Drug**, ECR 1974.

Case 6/64, **Costa v. E.N.E.L.**, ECR 1964.

Cases 29, 30/83, **Compagnie Royal Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission**, ECR 1984.

Case 49/92P, **Comission v. Anic Partecipazioni SpA**, ECR 1999.

Case 56-58/64, **Consten and Grundig Verkaufs-GmbH v. Commission**, ECR 1966.

Case 49/92 etc., **Commission v. Anic**, ECR I 1999.

Case 40/73 **Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Commission**, ECR 1976.

Case 234/89 etc., **Delimitis v. Henninger Brau AG**, ECR 1991.

Case 78/70, **Deutsche Grammophon v. Metro**, ECR 1971.

Case 6/72, **Europemballage Continental Can v. Commission**, ECR 1973.

Case 71/74 **FRUBO v. Commission**, ECR 1975.

Cases T-39 and 40/92, **Groupement des cartes bancaires "CB" and Europay International SA v. Commission**, ECR 1994.

Case 199/92P, **Hüls AG v. Commission**, ECR 1999.

Case 41/90, **Höfner and Esler v. Macrotron**, ECR 1991.

Case 170/83, **Hydrotherm Gretebau GmbH v. Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.**, ECR 1984.

Case 102/77, **Hoffmann-La Roche v. Commission**, ECR 1979.

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

Cases 49/69 etc., **ICI v. Commission (Dyestuffs)**, ECR 1972.

Case 100/80, **Musique Diffusion Française v. Commission**, ECR 1983.

Case 19/61, **Mannessmann v. High Authority**, ECJ 1962.

Case 19/77, **Miller v. Commission**, ECJ 12-2-1978, ECR 1978.

Case 258/78 etc., **Nungesser & Eisele v. Commission**, ECR 1982.

Case 322/81 **Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV v. Commission**, ECR

Case 161/84, **Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis**, ECR 1986.

Case 42/84, **Remia v. Comission**, ECJ 11-07-1985, ECR 1985.

Case 730/79, **Philip Morris Holland BV. v. Komisyon**, ECR 1980.

Case 334/94, **Sarrio SA v. Commission (Cartonboard)**, ECR 1998.

Cases T-68, 77, 78/89, **Società Italiano Vetro v. Commission**, , ECR 1992.

Case 55/56, **Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm**, ECJ 30-06-1966, ECR 1966.

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

Case 11/89, **Shell v. Comission**, ECR 1992.

.

Case 277/87, **Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission**, ECJ 1990.

Case 61/80, **Stremsel v. Commission**, ECR 1981..

Case 311/84, **Telemarketing v. Commission**, ECR 1985.

Case 27/76, **United Brands v. Commission**, ECR 1978.

Case 209-215, 218/78, **Van Landewyck v. Commission**, ECR 1980.

Case 209-215/78, 218/78, **von Landewyck Sàrl et al. v. Commission**, ECR 1981.

Case 5/69, **Volk v. Vervacake**, ECJ 1965.

Cases 43-63/82, **VBVB & VBVB v. Commission**, ECR 1984.

Case 14/68, **Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, (Wilhelm)**, ECR 1969.

KOMİSYON KARARLARI

Reuter/BASF, OJ 1976, L 254.

PVC I, OJ 1989, L74/1.

LdPE, OJ 1989, L74/21.

Zinc Producers, OJ 1984, L220/27.

Cartonboard, OJ 1994, L243/1.

Pre-Insulated Pipes, OJ 1999, L 24/1, prg. 129.

D'leteren Motor Oils, OJ 1991, 39.

Re Franco-Japanese Ballbearing Agreement, OJ 1974, L 343/19; (1975)

Re Cartel Quinine, OJ 1969, L 192/5; 1969 C.M.L.R. D42, D59.

Community v. National Panasonic (UK) Ltd., OJ 1982, L 354/28; 1983 1 C.M.L.R.

Cement, OJ. 1994, L. 343/1, CMLR. (4 1995) 327, prg 45

Polypropylene, OJ. (1986) L. 230/1, CMLR. (4 1988) 347, prg. 87.

Graphite Electrodes, OJ 2002, L. 100/1,

BPICA I, OJ 1997, L 299, s. 18.

Cecimo, OJ 1969, L 69/13, (1969) CMLR D1;.,;

Roofing Felt, OJ 1986, L

Fire Insurance, OJ 1985, L 35/20

Roulement à billes, OJ 1974, L 343.

FNICF, OJ 1982 No. L 319.

TOPLULUK TÜZÜKLERİ

1. Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü”; OJ 1990 L257/14.

2. Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü; 29.01.2004 OJ L 24/1.

3. Commission Notice On Cooperation Agreements OJ 1968 C75/3. Bu duyurunun

4. Commission’s Guidelines On Horizontal Cooperation Agreements OJ [2001] C 3/2, [2001] 4 CMLR 819.

5. Avrupa Topluluklarını Kuran Antlaşma’nın 85. ve 86. Maddeleri’nin Uygulama Esaslarını Düzenleyen 17/62 Sayılı Konsey Tüzüğü, ATRG 13, 1962, s. 204.

6. Avrupa Ekonomik Topluluğu’nun Taşımacılık ve Rekabet Alanındaki Mevzuatı’nın Kapsadığı Kurallar Çerçevesinde Soruşturmalardaki Süreleri ve Yaptırımların Tatbik Yöntemlerini Düzenleyen 2988/74 Sayılı Konsey Tüzüğü, ATRG, L 319, 1974.

7. Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 81. ve 82. Maddelerinde Düzenlenen Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü, ATRG, 2002.

Yararlanılan İnternet Adresleri

<http://www.curia.eu.int>

<http://www.escrc.com>

http://europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1_en.pdf

<http://www.rekabet.gov.tr>