

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA TOPLULUKLARI (HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA
UYUMLU EYLEM**

Yüksek Lisans Tezi

Yasemin ŞAYLI

ANKARA – 2005

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA TOPLULUKLARI (HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA
UYUMLU EYLEM**

Yüksek Lisans Tezi

Yasemin ŞAYLI

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ

ANKARA – 2005

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA TOPLULUKLARI (HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA
UYUMLU EYLEM**

Yüksek Lisans Tezi

Yasemin ŞAYLI

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınav Tarihi:

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i

KISALTMA CETVELİ v

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEM

I. UYUMLU EYLEMİN REKABET HUKUKUNDA YERİ..... 1

A. ABD Antitröst Hukukunda 1

B. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda 9

C. Türk Rekabet Hukukunda

II. UYUMLU EYLEMİN TANIMI VE UNSURLARI..... 12

A. Uyumlu Eylemin Tanımı 12

1. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nda..... 12

2. Türk Rekabet Hukuku'nda 13

B. Uyumlu Eylem'in Unsurları 17

1. AT Hukuku'nda 17

2. Türk Hukuku'nda..... 24

III. UYUMLU EYLEMİN DİĞER MADDİ REKABET KURALLARI

İLE İLİŞKİSİ 31

A. Uyumlu Eylem ve Anlaşma Arasındaki Farklar 31

1. Genel Olarak 31

2. Yasak Faaliyetlerin İcrası Bakımından 38

3. İspat Yükü Bakımından 39

4. Hukuki Sonuç Bakımından 39

B. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Uyumlu Eylemler 41

C. Birleşme ve Devralmalar ile Uyumlu Eylemler 45

D. Uyumlu Eylem için Muafiyet Sorunu..... 47

İKİNCİ BÖLÜM
REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ VE BU İHLALİN
KARŞILAŞACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR

I. REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ	52
A. Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Engellenmesi,	
Sınırlanması veya Bozulması	52
1. Genel Olarak	52
2. Amaç ve Etki Sorunu	53
a) AT Rekabet Hukukunda	53
b) Türk Rekabet Hukukunda	58
B. Oligopol Piyasasında Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Kısıtlanması.....	61
1. Paralel Davranış İle Uyumlu Eylem İlişkisi.....	66
2. Bilinçli Paralellik Sorunu	73
II. REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ HALİNDE	
KARŞILAŞILACAK HUKUKİ SONUÇLAR	76
A. Kamu Hukuku Bakımından	76
1. İdari Para Cezaları	76
a) AT Uygulaması.....	76
b) Türk Rekabet Hukuku Uygulaması.....	80
2. Uyumlu Eylem İçin Öngörülen İdari Para Cezalarının	
Uygulanması	84
B. Özel Hukuk Bakımından	88
1. Geçersizlik.....	88
2. Tazminat	89
a) Genel Olarak	89
b) Tazminat Hakkı	90
c) Sorumluluğun Türü	92
d) Zararın Hesaplanması.....	95
e) Tazminatın Şekli ve Özellikle Üç Katı Tazminat Sorunu	96
d) İspat Yükü	100

III. REKABET KANUNUN İHLALİ HALİNDE REKABET KURULU VE MAHKEMELER ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	101
A. Genel Olarak.....	101
B. Kurul'un Hakkında Soruşturma Açılmış Bir Olayda Karar Vermiş Olması Durumunda	103
C. Kurul'da Uyuşmazlığa İlişkin Devam Eden Bir Soruşturmanın Olması Durumunda	105
D. Rekabet Kurulunca Açılmış Herhangi Bir Soruşturma Olmaması Durumunda	107

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMDE İSPAT SORUNU

I. GENEL OLARAK.....	109
II. İSPAT KONUSUNDA GENEL ESASLAR VE İSPAT YÜKÜ	110
A. Genel Esaslar	110
B. İspat Yükü.....	112
III. UYUMLU EYLEMDE DELİL KAVRAMI	116
A. Rekabet Hukukunda Delil ve İspat	116
1. AT Rekabet Hukukunda Delil Kavramı.....	116
2. Türk Rekabet Hukukunda Delil Kavramı.....	120
B. Uyumlu Eylemde Deliller.....	127
1. AT Rekabet Hukuku Uygulaması	127
2. Türk Rekabet Hukuku Uygulaması	130
IV. UYUMLU EYLEMDE AYKIRILIĞIN İSPATI.....	137
A. Genel Olarak.....	137
B. Paralel Davranışlar Açısından	138
C. Oligopole Özgü Paralellikler Açısından.....	140
D. İspat Açısından Teşebbüsler Arasındaki Temas	141
1. Bilgi Değişimi.....	142
2. Toplantılar	152
3. Kamuya Yönelik Duyurular	154

V. UYUMLU EYLEM KARİNESİ	157
A. Genel Olarak.....	157
1. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu	159
2. Karinenin Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.....	166
SONUÇ	171
K A Y N A K Ç A	181
TEZ ÖZETİ	
SUMMARY	

KISALTMA CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Age	: Adı geçen eser
AT	: Avrupa Toplulukları
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
ATAUM	: Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi
ATRG	: Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BİAK	: Basın İzleme Araştırma Kurulu
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMLR	: Common Market Law Review
Dipn.	: Dipnot
E.	: Esas
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Reports
EEC	: European Economic Community
GWB	: Alman Kartel Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
H.D.	: Hukuk Dairesi
Ibid	: Ibidem (aynı yerde)
İDM	: İlk Derece Mahkemesi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
Kanun	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
KDV	: Katma Değer Vergisi
KOBİ	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
Komisyon	: Avrupa Toplulukları Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
L.	: Legislation
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
No.	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-Operation and Development.
OJ	: Official Journal
prg.	: Paragraf
RA.	: Roma Anlaşması
Rekabet Kanunu	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
REKODER	: Rekabeti Koruma ve Geliştirme Derneği
RG.	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa

S.	: Sayı
TES-AR	:Türkiye Esnaf-Sanatkarlar ve Küçük Sanayi Araştırma Enstitüsü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
U.S.	: United States Reports
v.	: (versus) Amerikan Hukuk çevresinde davalı taraf
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yüksek Mahkeme	: Amerikan Yüksek Mahkemesi

GİRİŞ

Piyasa ekonomisi sisteminin temelini, “rekabet” kavramı oluşturur. Piyasa sisteminin etkin bir şekilde işlemesi ve kendisinden beklenen yararları gerçekleştirilmesi, ancak piyasalarda rekabet ortamının yaratılması halinde mümkün olabilir. Bu ise, rekabetin kendi kendini tahrip eden özelliği karşısında, ancak rekabetin hukuken korunması suretiyle sağlanabilir. İşte bu amaçla öngörülen Rekabet Hukuku da, piyasadaki rekabeti koruyan ve teşvik eden düzenlemeler içerir. Rekabet Hukuku, piyasa ekonomisinin hukuki alt yapısı ve güvencesi sayılır.

Türkiye, Avrupa Topluluğuyla arasında kurulmuş olan gümrük birliğine ilişkin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 39. maddesinin birinci fıkrasında Roma Anlaşmasının 85. ve 86. (yeni düzenlemede 81. ve 82.) maddelerine uyumlu bir Rekabet Kanununu yürürlüğe koymayı taahhüt etmiştir. Böylelikle gerek Türkiye'nin milli ihtiyaçları, gerekse uluslararası taahhütleri sonucunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye'de Rekabet hukukunun uygulamaya konması oldukça yeni olduğundan, mehzaz teşkil eden AT rekabet hukukundan faydalanılması zorunlu olmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, rekabeti kısıtlayıcı uygulamalardan bir tanesi olarak kabul edilen “uyumlu eylem”in RA'nın 81. maddesi ile RKHK'nın 4. maddesi çerçevesinde karşılaştırılmalı olarak incelenmesidir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır ve ilk bölümde uyumlu eylemin Rekabet hukukundaki yeri, uyumlu eylemin tanımı ve unsurları ile uyumlu eylemin diğer maddi rekabet kuralları ile ilişkisi üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde ise rekabetin uyumlu eylemlerle ihlalinin hangi durumlarda gerçekleşebileceği ve bu ihlalin karşılaşılabileceği hukuki sonuçlar incelenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda rekabetin uyumlu eylemlerle engellenmesi, sınırlanması veya bozulması durumları ile amaç ve etki sorunu incelenmiş ve ayrıca oligopol piyasalarda rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali başlığı altında paralel davranışlar ile uyumlu eylem arasındaki ilişki ve bilinçli paralellik sorunu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali halinde karşılaşılabilecek hukuki sonuçlar ise kamu hukuku ve özel hukuk bakımından ayrı ayrı incelenmiş ve bu konuda uygulamadaki güçlükler üzerinde de incelemeler ve değerlendirmeler yapılmıştır. Ayrıca uygulama açısından önemli bir sorun teşkil eden, Rekabet Kanununun ihlali halinde Rekabet Kurulu ve mahkemeler arasındaki ilişki de çeşitli ihtimaller dahilinde ele alınıp incelenmeye ve çözüm önerilerinde bulunmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde çözümü en zor ve bu nedenle de büyük önem taşıyan uyumlu eylemin ispatı sorunu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu konuda da ilk olarak ispat konusundaki genel esaslar ve ispat yükü konusunda genel bilgiler verilmeye çalışılmış daha sonra uyumlu eylemin ispatında nelerin delil olarak kabul edilebileceği hususunda Rekabet hukukunda da delil kavramı incelenerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Uyumlu eylemde aykırılığın ispatı konusu oligopole özgü paralellikler ve paralel davranışlar açısından ele alınmış ve ispat konusunda teşebbüsler arasındaki temasın hangi durumlarda gerçekleştiği konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur. Son olarak da uyumlu eylemin ispatında ayrı

bir öneme sahip olan uyumlu eylem karinesi üzerinde durulmuş ve karinenin Anayasaya aykırılık sorunu ile ispat hukuku açısından değerlendirilmesi konuları incelenmiş ve bu açıdan karinenin farklı açılardan da incelenmesi yoluna gidilmiştir.

Sonuç bölümünde ise araştırma ve incelemeler sırasında varılan sonuçlar yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

UYUMLU EYLEM

I. UYUMLU EYLEMİN REKABET HUKUKUNDA YERİ

A. ABD Antitröst Hukukunda

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.¹

ABD Antitröst Hukukunda rekabete ilişkin düzenlemelerin yer aldığı diğer kanunlar ise Clayton ve Robinson-Patman Kanunlarıdır. Clayton Kanunu, Sherman Kanununun aksine belirli davranış tiplerini ele alan ve bunları düzenleyen bir kanundur.² Clayton Kanununun getirdiği düzenlemelerden en önemlileri fiyat ayrımcılığına³ (madde 2), kelepçeleme sözleşmeleri ile seçici-inhisari sözleşmelere⁴ (madde 3) ve ayrıca birleşme ve devralmalara⁵ (madde 7) ilişkindir. Robinson-Patman Kanunu ise Clayton Kanununun eksikliklerini gidermek için kabul edilmiştir. Clayton Kanununun 2. maddesinde düzenlenen fiyat ayrımcılığını önlemeye yönelik düzenlemeler içermekle birlikte, Clayton Kanunundan farklı olarak yalnızca büyük satıcılar düzeyindeki değil, alıcı ya da müşteri düzeyindeki rekabeti de düzenler. Clayton ve Robinson-Patman Kanunları hükümlerinin benzerleri ise, Avrupa Birliği ve Türk hukukunda rekabeti sınırlayıcı davranış örnekleri arasına serpiştirilmiştir

¹ JENTZ, G. A./MILLER, R. L./CROSS, F. B./CLARKSON, K. W., **West's Business Law**, Fourth Edition, St.Paul 1997, s. 741.

² NEALE, A. D./GOYDER, D. G., **The Antitrust Laws of the USA**, Third Edition, Cambridge 1980, s.181 vd.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. NEALE, A. D./GOYDER, D. G., **age**, s.211 vd.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. JENTZ, G. A./MILLER, R. L./CROSS, F. B./CLARKSON, K. W., **age**, s.751 vd.; NEALE, A. D./GOYDER, D. G., **age**, s.265 vd.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. JENTZ, G.A/MILLER, R.L/CROSS, F.B./CLARKSON, K.W, **age**, s.753 vd.; NEALE, A. D./GOYDER, D. G., **age**, s.183 vd.

(örneğin, RKHK m. 4/II, bent e ve f). Dolayısıyla bu yönüyle uyumlu eylemlerle ilgili olmaktadır. Öte yandan genişletilmiş yetkileri doğrultusunda Sherman Kanununun yürütümünde de söz sahibi olduğu için, Federal Ticaret Komisyonu'nun Sherman Kanununa ilişkin yorum ve uygulamaları da, uyumlu eylemler açısından dikkate alınmaya değerdir.

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 ayırım 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.

Sherman Kanunu çerçevesinde, teşebbüslerin birlikte davranışları ile tek taraflı davranışları arasında temel bir ayırım 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 ayırımın 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

etmektedir.⁶ 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 gözetilmemektedir.⁷

Sherman Kanunu'nun 1. maddesiyle ilgili ilk davalarda, bir anlaşmanın varlığı için gerekli unsurların ne olduğu sorusu ile çok nadir karşılaşılmıştır. 19. yüzyılın sonlarında asıl konu, firmalar arası bir anlaşmanın varlığından çok, ortaya çıkan anlaşmanın hukuksallığı olmuştur. Yüksek Mahkeme, Amerika'nın batısındaki taşımacılığın önemli bir bölümünü kontrol eden 15 demiryolu şirketinin fiyat tespitine yönelik anlaşmalarını değerlendirdiği *United States v. Trans-Missouri Freight*⁸ davasında, Sherman Kanunu'nun 1. maddesinin hukuken bağlayıcı olsun olmasın sözlü ya da yazılı anlaşmaları kapsadığını açıklığa kavuşturmuştur.⁹

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?

⁶ SULLIVAN, E. T./HARRISON J. L, **Understanding Antitrust and It's Economic Implications**, Third Edition, USA., 1998, s.179.

⁷ STEVENS, D., 1995, s.47.

⁸ 166 U.S. 290 (1897)

⁹ STEVENS, D., **age**, s.49.

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. US*¹⁰ 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 Massachussets, 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 dağıtımını ve sirkülasyonu sayesinde edindikleri bilgileri benimseyerek ve kullanarak başarmaktadırlar. Tüm bunlar teşebbüsler arasında işbirliğinin olduğunu ortaya koymaktadır.

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, perakendeciye 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 istenmektedir.

¹⁰ 234 U.S. 600 (1914)

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 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 belirtmektedir.

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 görülebilmektedir.

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 iş birliğinin varlığı sonucu çıkarılabilecek bu eylemleri, Yüksek Mahkeme bu davada uyumlu eylemler (concerted action) 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.

Yüksek Mahkemenin, *Interstate Circuit Inc. v. United States*¹¹ davasında da, *Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. US*¹² davasındaki görüşünü sürdürdüğünü görmekteyiz. Dava¹³, Amerika genelinde gösterime giren birinci sınıf filmlerin % 75'inin dağıtımını yapan sekiz film dağıtıcısına ilişkindir. Bu dağıtıcılar sinema işletmecileri ile lisans sözleşmeleri imzalamaktadırlar. Sinema işletmecilerinden biri, bu sekiz film dağıtıcısına aynı mektubu göndererek, onlardan, sinema işletmecileri ile yapacakları lisans sözleşmelerine bazı hükümler koymalarını istemiştir. Bunlardan birincisi, sinema işletmecilerinin film izleyicilerine uygulayacakları minimum fiyatların belirlenmesine yöneliktir. Diğeri ise, ilk kez vizyona girecek filmlerin, diğeri filmlerle birlikte aynı anda gösterilmesini engellemeye yöneliktir. Mektubu almalarından hemen sonra dağıtıcılar, sözleşmelerinde bu öneri doğrultusunda değişiklikler yapmışlardır.

Yüksek Mahkeme dağıtıcılar arasında gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yüksek Mahkemeyi bu sonuca götüren etkenler şunlardır: Sinema işletmecisinin öneri mektubunda sekiz dağıtıcının da adresleri bulunmaktadır. Bu nedenle her dağıtıcı diğeri dağıtıcılara da aynı mektubun, dolayısıyla önerinin gittiğini bilmektedir. Rakiplerinin bu öneriyi uygulamayı reddetmesi halinde büyük ticari kayıplara (müşteri kaybı) uğrayacağına farkında olmasına karşın, her dağıtıcı önerilen davranışı uygulamıştır. Dağıtıcılar paralel davranışları için makul alternatif bir açıklama getirememişlerdir.

¹¹ 306 U.S. 208 (1939)

¹² 234 U.S. 600 (1914)

¹³ 306 U.S. 208 (1939)

Bu davada Yüksek Mahkemenin vurguladığı iki önemli nokta bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, anlaşma sonucuna ulaşmak için mutlaka anlaşmanın varlığını gösteren doğrudan delillerin (direct evidence) bulunmasının gerekmediğidir . İkincisi ise, gizli bir anlaşmanın varlığına hükmetmek, için, firmaların uyumlu davranışa davet edilmiş olmalarının ve böyle bir davranışı planlayarak bu plana bağlı kalmalarının yeterli olduğudur.¹⁴

Bu konuda ele alınması gereken diğer bir dava ise *American Tobacco Co. v. United States*¹⁵ davasıdır. Bu davanın konusu; üç büyük sigara üreticisi firmanın 12 yıldan daha uzun bir süre boyunca aynı fiyatları uygulamaları, aynı dönemlerde fiyat değişiklikleri yapmaları, talebin düştüğü ve maliyetlerin azaldığı dönemlerde bile fiyat artırmalarıdır. Talep ve maliyetlerde ortaya çıkan bu gelişmelere rağmen, sigara üreticilerinin yaptıkları fiyat artışları, Yüksek Mahkeme tarafından anlaşmanın delili olarak kabul edilmiş, ayrıca firmaların bu hareket biçimlerini haklı gösterecek bir ekonomik gerekçe ileri sürememeleri de dikkate alınmıştır.

Yüksek Mahkeme, kararında, gizli bir anlaşmanın varlığı sonucuna ulaşmak için resmi bir anlaşmanın bulunmasının gerekmediğini ve tarafların “amaç birliği” (unity of purpose) ya da “anlayış birliği” (understanding) içinde olmalarının yeterli olacağını vurgulamıştır.¹⁶ Davanın asıl önemli noktası, ikinci derecede delillerle (circumstantial evidence) anlaşma sonucuna ulaşılmamasının yanı sıra, talep ve maliyet koşullarına uymayan paralel fiyat davranışlarının, tek başına gizli anlaşma sonucuna ulaşmak için yeterli görülmesidir.¹⁷ Federal Ticaret Komisyonu ise, Yüksek Mahkemenin çoğu zaman gizli anlaşmaların ancak tarafların davranışlarının

¹⁴ STEVENS, D., 1995, s.50.

¹⁵ 328 U.S. 781 (1946)

¹⁶ SULLIVAN, E. T./HARRISON J. L, 1998, s.183.

¹⁷ STEVENS, D., **age**, s.50.

yorumlanmasıyla ortaya çıkarılabileceği yönündeki ifadesini, sadece paralel davranışlardan teşebbüslerin anlaşma içinde olduğu sonucuna ulaşılabileceği şeklinde yorumlamıştır.

Bu iki davanın ortaya koyduğu önemli bir nokta, tarafların davranışlarının aralarındaki işbirliğinden kaynaklanmış olabileceğini düşündüren ikinci derecede deliller ile anlaşma sonucuna ulaşılabileceğidir. Bu çerçevede OECD Raporu 'nun¹⁸ ABD bölümünde, Sherman Kanunu'nun 1. maddesi anlamında anlaşmaya ilişkin olarak şöyle bir ayırım yapılmaktadır: 1) Taraflar belli bir şekilde davranmak konusunda birbirlerine açıkça güvence vermekte ve bunu gösteren doğrudan deliller bulunmaktadır. 2) Taraflar belli bir şekilde davranmak konusunda birbirlerine açıkça, ancak gizli güvenceler vermekte, dolayısıyla bunu ortaya koyacak doğrudan deliller bulunmamaktadır. 3) Taraflar birbirlerine herhangi bir şekilde davranacaklarına ilişkin açıkça güvence vermemekte, bunun yerine çeşitli dolaylı yollarla ve taktiklerle ortak bir strateji oluşturmaktadırlar. Dolayısıyla bu gibi durumlarda da anlaşmanın varlığını gösteren doğrudan deliller bulunmamaktadır. 2. ve 3. maddede belirtilen durumlar “gizli anlaşma” olarak adlandırılmaktadır .

Mahkemelerin açık ve gizli anlaşmalar arasında genellikle bir ayırım gözettiklerini belirten göre bu terminoloji, birlikte davranışı ortaya koymaya yönelik delillerin türünden kaynaklanmaktadır. Açık anlaşmanın söz konusu olduğu davalarda, tarafların birbirlerine belli bir şekilde davranmak konusunda güvence verdiklerini gösteren, doğrudan, hemen görülebilir deliller bulunurken, gizli

¹⁸ O.E.C.D. (1999), “**Oligopoly**”, DAFFE/CLP(99)25,s.201.

anlaşmalarda, anlaşmanın varlığı sonucuna ikinci derecede delillerle ulaşılması gerekmektedir.

Diğer yandan “uyumlu davranış” teşebbüs davranışlarının Sherman Kanunu 1. madde kapsamında değerlendirilmesi için gerekli asgari “anlayış birliği”ni ya da “amaç birliği”ni ifade eden bir kavramdır. Bu bağlamda “gizli anlaşma” ve “uyumlu davranış” aynı anlamda kullanılmakta ve anlaşma sonucuna ikinci derecede delillerle ulaşılan durumları ifade etmektedir.¹⁹

B. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda uyumlu eylemler öncelikle 1951 tarihli Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşmasında (AKÇTA) düzenlenmiştir (m. 65). Daha sonra 25 Mart 1957’de Roma’da imzalanan ve bu adla anılan Antlaşma ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuş, AET Antlaşmasının 85. maddesinde teşebbüsler arası danışıklı ilişkilere yer verilmiştir. 7 Şubat 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği (AB) kurulmuş, Avrupa Ekonomik Topluluğunun yerini Avrupa Topluluğu (AT) almıştır. Son olarak, 2 Ekim 1997’de imzalanan ve Mayıs 1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile 85. madde, içeriğine dokunulmadan 81. madde olarak değiştirilmiştir.²⁰

AKÇTA m.65/I’e göre, ortak pazar içindeki normal rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, kısıtlama ya da bozma eğilimi gösteren teşebbüsler arası tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler yasaktır.

¹⁹ STEVENS, D., 1995, s. 47.

²⁰ Antlaşmalar hakkında geniş bilgi için bkz. KARLUK R.; **Avrupa Birliği ve Türkiye**, 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 59 vd.

RA²¹ m. 81/I'de ise, üye devletler arasındaki ticareti olumsuz etkileyen ve ortak pazar dahilindeki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması ya da bozulmasını amaçlayan yada bu etkiyi doğuran anlaşma, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir.

AKÇTA m.65/I ile RA m. 81/I'de düzenlenen uyumlu eylemler, aynı kavramı ifade etmektedirler. Zira AT Rekabet hukukunun yasal metinlerinde, anlaşma ve kararlar gibi uyumlu eylem kavramında da bir değişiklik olmamıştır. Bu nedenle uyumlu eyleme ilişkin ortaya konulan ilkeler ve özellikler, gerek RA gerekse AKÇTA için geçerlidir.

Uyumlu eylemlerin bağımsız bir kavram olarak RA'da düzenlenme amacı, teşebbüslerin, anlaşma kavramı içinde değerlendirilemeyecek rekabeti sınırlayıcı yöntemler izleyerek m.81/I'deki düzenlemeden kaçma olasılıklarının önüne geçmektir.

C. Türk Rekabet Hukukunda

Ülkemizde rekabetin korunmasına ilişkin yasa çalışmaları 1978 tarihinde başlamış ve 7.12.1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) kabul edilmiştir. Uyumlu eylem kavramı da hukukumuzda bu Kanun ile girmiştir.

Uyumlu eylem, RKHK m.4'te düzenlenmiş ve belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama

²¹ 25 Mart 1957'de Roma'da imzalanan ve Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET) kuran Roma Antlaşması, doktrinde AET Antlaşması adıyla da ifade edilmektedir bkz. ASLAN İ.Y., 2001; **AT Rekabet Hukuku Mevzuatı**, ATAUM Araştırma Dizisi No:11, Ankara 1993, s.1. Ancak çalışmamızda Roma Antlaşması adıyla anılacaktır.

amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası uyumlu eylemler hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir.

Maddede yasak kapsamına alınan uygulamalar örnek olarak sayılmıştır. Maddenin düzenlemesi bu konuyu düzenleyen RA m. 81 ile büyük ölçüde paralellik gösterse de bir takım farklar da mevcuttur. Öncelikle maddede “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan*” uygulamalar yasak kapsamına alınırken RA 81. maddede buna ek olarak üye devletler arası ticaretin etkilenmesi şartı da aranmaktadır. Elbette RA 81. maddede bu şartın aranması AT sistemine uygun ve hatta gereklidir.²² Ayrıca m. 4/2(e) de RA 81. madde ile farklılık arz etmektedir. 4. madde (e) bendinde “ münhasır bayilik hariç olmak üzere.....” ifadesiyle münhasır bayilik sözleşmeleri bu madde kapsamı dışında tutulmuştur. Bu durum Kanununun 5. maddesinde düzenlenen muafiyet hükmü gibi teknik anlamda bir muafiyet hükmü olmayıp sadece 4/2 (e) maddesinin münhasır bayilik sözleşmelerine uygulanamayacağı anlamını taşımaktadır.²³

RKHK'nın RA 81. maddeden farklı olan bir diğer hususu ise 4. maddenin 3. ve 4. fıkralarında bir uyumlu eylem karinesinin öngörülmüş olması ve teşebbüslerin uyumlu eylemde bulunmadıklarına dair ispat yükünün teşebbüslere ait olmasıdır. Oysa 81. maddede böyle bir karine öngörülmemiştir ve maddede açıkça yer almamış olmasına rağmen AT uygulamasında ispat yükü Komisyon'dadır. Ancak anlaşmalar ve kararlar için böyle bir karine öngörülmemiştir ve ispat yükü Rekabet Kurulu'ndadır.

²² AŞÇIOĞLU ÖZ G., **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No:4, Ankara 2000, s. 82.

²³ AŞÇIOĞLU ÖZ G., **age.**, s.82.

II. UYUMLU EYLEMİN TANIMI VE UNSURLARI

A. Uyumlu Eylemin Tanımı

1. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nda

RA uyumlu eylem ile ilgili düzenlemeleri getirirken Amerikan antitrust hukukundan yararlanmış ve RA m.81/1'e uyumlu eylem (concerted action) kavramı ilave edilerek, teşebbüsler arası anlaşma ve karar yanında üçüncü bir ihlal türü kabul edilmiştir.²⁴ Uyumlu eylemin getirilmesi ile teşebbüslerin RA m. 81/1'in kapsamı dışında kalma ihtimalleri önlenmek istenmiştir.²⁵

Uyumlu eylem, AT Rekabet Hukuku'nda Kurucu Antlaşma olan Roma Antlaşmasınının 81.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "Ortak Pazardaki rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı veya etkili ve Üye Devletler arası ticareti etkilemesi mümkün olan işletmeler arası anlaşmalar, işletme birlikleri kararları ve **uyumlu davranışlar**Ortak Pazarla bağdaşmaz kabul edilir ve bundan böyle yasaklanmıştır." Ancak bu düzenlemede uyumlu eylemin, hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanması öngörüldüğü halde, bir tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle AT Hukukunda uyumlu eylemin tanımı, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) içtihatları ve Komisyon kararları çerçevesinde yapılmıştır.

Uyumlu eylem kavramına yer verilen ilk karar, *Dyestuffs* davası olarak bilinen *ICI (Imperial Chemical Industries) v. Commission*²⁶ kararı'dır. Söz konusu kararda ortaya konan uyumlu eylem tanımı genel olarak benimsenmiş ve daha

²⁴ GOYDER D. G., *EC Competition Law*, Oxford 1992, s. 98.

²⁵ KERSE, C. S., *E.C. Antitrust Procedure*, Fourth Edition, London, 1998, s. 9.

²⁶ *ICI (Imperial Chemical Industries) v. Commission*, C. 48, 49, 51-57/69, 14.07.1972, E.C.R. 619.

sonraki kararlara temel teşkil etmiştir. ATAD bu davada uyumlu davranışı “işletmeler arasında hiçbir zaman bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen , bunun yerine bilerek ikame ettikleri, rekabetin risklerine karşı aralarında pratik bir işbirliği yaratan bir koordinasyon şeklidir” ifadesiyle açıklamıştır.

Öte yandan *Suiker Unie and Others v. Commission* davasında²⁷ ATAD, uyumlu eylemi tekrar tanımlayarak, *ICI* davasının tanımındaki “koordinasyon” ve “işbirliği” terimlerini açıklamıştır. Buna göre uyumlu eylem “teşebbüsler arasında, kendi bağımsız faaliyetlerinin yerine geçen ve amacı “rakiplerin gelecekteki faaliyetleri hakkındaki belirsizlikleri daha önceden ortadan kaldırmak” olan doğrudan veya dolaylı bir temasla ulaşılması mümkün bir çeşit koordinasyon ya da icrası mümkün işbirliği hali”dir. Yine aynı davada ATAD’ın uyumlu eylem hali çerçevesinde Topluluğun rekabet kurallarını tanımlarken, “her işletmenin ortak pazardaki kendi politikasını bağımsız olarak saptaması veya saptayabilmesi gerektiği” olgusuna işaret ettiği görülmektedir.

Ayrıca zaman içerisinde uyumlu eylemin tanımı teşebbüslerin şu ilişkilerini de kapsamak üzere Komisyon tarafından genişletilmiştir: Bir kartelin faaliyet alanına yakın olan, bu kartelle işbirliği içinde bulunan ve bilerek kendilerini bu kartelin amacıyla bağdaştıran teşebbüsler uyumlu eylem gerçekleştirmiş addedilir”.²⁸

2. Türk Rekabet Hukuku’nda

Uyumlu eylem kavramı hukukumuzda ilk kez Rekabet Kanunu ile girmiştir. Ülkemizde rekabetin korunmasına ilişkin yasal düzenleme çalışmaları esnasında da bu kavrama değişik isimler verilmiştir. "Uyumlu davranışlar", "uyumlu

²⁷ *Suiker Unie and Others v. Commission*, Joined Cases 40 to 48,50, 54 to 56, 111, 113 and 114/173, 16.12.1975, E.C.R 1663.

²⁸ *PVC Komisyon Kararı*, O.J., L 74, 1989.

uygulamalar", "önceden mutabık kalınmış uygulamalar" örnek olarak belirtilebilir.²⁹ Rekabet Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra Kanun'un tercih etmiş olduğu uyumlu eylem kavramı genellikle kullanılmaktadır. Uyumlu eylem tanımı, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RKHK)'un "*Tanımlar*" kenar başlıklı 3. maddesinde yapılmamıştır. Bununla birlikte, RKHK'nın 4. maddesi, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası uyumlu eylemleri yasaklamıştır. Ayrıca RKHK m.4'ün son iki fıkrası³⁰ açık bir tanımlama içermese de, uyumlu eylemlerin unsurları hakkında bir fikir vermektedir.

Türk Rekabet Hukuku doktrinine baktığımızda ise Aslan'ın³¹ uyumlu eylemi RKHK'nın 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarından hareketle "*İki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları*" olarak tanımladığını görmekteyiz.

RKHK'nın, uyumlu eylemi kavramsal olarak tanımlamaktan ziyade, bunun ispatlanması meselesiyle meşgul olduğunu düşünen Sanlı'ya göre³² ise "*uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat*

²⁹ ARI Z., **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, Ankara 2004, s.77.

³⁰ RKHK'nın son iki fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: "...Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

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

³¹ ASLAN İ. Y., **Rekabet Hukuku**, 2. Basım, Bursa 2001, s. 53, 54

³² SANLI K. C., **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No:3, Ankara 2000, s.76

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 artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası işbirliği durumudur.”

Akıncı ise³³ ekonomik yönü ağır basan bir tanım yapmaktadır. Bu tanıma göre uyumlu eylem, *“piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın rekabet ederek kârlarını arttırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlarıdır.”*

Topçuoğlu'na göre³⁴ ise uyumlu eylemi, *“ teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışları”* şeklinde tanımlamak mümkündür.

Rekabet Kurulu'nun ilk kez ayrıntılı biçimde uyumlu eylem tanımı yaptığı *Süt*³⁵ kararına değinmek yerinde olacaktır. Şişe sütü üreten firmaların aralarında anlaşarak aynı anda ve aynı oranda fiyat artırımına gittikleri ve dolayısıyla rekabeti engelledikleri gerekçesiyle soruşturma açılan bu olayda Kurul, sektördeki firmaların pazar payları ve firma sayılarının dikkate alındığında işlenmiş süt pazarının oligopolistik bir yapıya sahip olduğuna karar vermiştir. Rekabet Hukuku'nda paralel fiyatlandırmanın değil, firmalar arasındaki bilinçli paralelliklerin yasaklandığının altını çizen Kurul, gerek pazarın oligopolistik yapıda olması ve gerekse firmaların

³³ AKINCI, A., **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Ankara 2001, s. 145.

³⁴ TOPÇUOĞLU, M., **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüslerarası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001, s. 200.

³⁵ **Süt**, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar, RG 24233,17.11.2000.

maliyet yapılarının, işin mahiyeti gereği birbirlerine benzer olması nedeniyle fiyat politikaları arasında benzerlikler görülmesinin doğal olduğunu belirtmiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında Kurul, işlenmiş süt pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında, birlikte şişe sütü fiyatı belirlenmesi yönünde bir anlaşma ya da uyumlu eylemin olduğuna dair bir bulguya rastlamamış ve firmaların bazı dönemlerdeki fiyat değişim tarihleri ve oranları arasında görülen paralellikler pazarın gereği davranışlar olarak nitelendirmiş ve iktisadi gerekçelerle açıklanabilir nitelikte görmüştür.

Kurul, kararında uyumlu eylemin tanımını Aslan'ın görüşlerine dayandırmaktadır. Ancak Rekabet Kurulu'nun daha sonra verdiği kararlarla³⁶ Aslan'ın görüşünden uzaklaştığı görülmektedir.³⁷

Kanaatimizce yukarıda değinilen gerek ATAD kararları gerekse Türk Rekabet hukuku doktrini ve Kurul kararları çerçevesinde ifade edilen uyumlu eylemlerle ilgili tanımların her biri, uyumlu eylemlerin çeşitli özelliklerinin ön plana çıkarıldığı tanımlardır. Bu bakımdan tüm bu tanımlar, uyumlu eylemler kavramına açıklık kazandırmak açısından ayrı bir öneme sahiptir. Dolayısıyla bu tanımların birbirleriyle çelişmediklerini, aksine birbirlerini tamamladıklarını görmekteyiz.

Sonuç olarak yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle, uyumlu eylemin kesin bir tanımını yapmak her ne kadar mümkün olmasa da, uyumlu eylemin unsurlarını içeren bir tanımın bu kavrama açıklık kazandırma amacına biraz daha çok hizmet

³⁶ Bkz. **Maya**, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar, RG 24245, 29.11.2000; **Gazete**, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

³⁷ Bu konudaki açıklamalar için bkz çalışmada Birinci Bölüm II, B,2 "Türk Hukuku'nda" başlıklı kısım, s.25-29.

edeceği kanaatindeyiz. Bu amaç doğrultusunda, aşağıda deđineceđimiz³⁸ gerek ATAD gerekse Kurul kararlarında ortaya konulan uyumlu eylemin unsurlarını esas aldığımızda, uyumlu eylemi “birden fazla teşebbüsün rekabetin risklerini bertaraf etmek amacıyla, doğrudan veya dolaylı bir iletişim sağlayarak, aralarında bir koordinasyon veya pratik işbirliğini gerçekleştirmeleri” olarak tanımlayabiliriz.

B. Uyumlu Eylem’in Unsurları

1. AT Hukuku’nda

Uyumlu eylemin unsurları, AT Rekabet Hukuku açısından, uyumlu eylem kavramının ele alındığı ATAD kararları çerçevesinde ortaya konabilir.

Uyumlu eylem kavramının tartıŐıldıđı ilk karar olan *Dyestuffs*³⁹ davasında Komisyon, Topluluđun deđiŐik ũlkelerinde faaliyet gŖsteren boya malzemeleri ũreticilerinin 1964, 1965 ve 1967 yılları içerisinde birbirlerine çok yakın tarihlerde yaptıkları fiyat artıŐlarını incelemiŐ ve bu artıŐların uyumlu eylem neticesinde gerçekleŐtirildiđine karar vermiŐtir. Komisyon bu sonuca varırken, paralel biçimde fiyat artıŐı yapan ũretici teŐebbüslerin farklı niteliklere sahip olmalarını ve yine birbirinden farklı Ŗzelliklere sahip ulusal pazarlarda faaliyet gŖstermelerini Ŗncelikle gŖz Ŗnünde bulundurmuŐtur. Komisyon ayrıca ũretici teŐebbüslerin yavru ūirketlerine ve temsilcilerine fiyat artıŐına iliŐkin olarak gŖnderdikleri talimatların da benzerlik gŖstermesinin ũreticiler arasında uyumlu eylem olduğu gŖrüşünü desteklediğini belirtmiŐtir. Tarafların paralel fiyat artıŐlarının pazarın oligopolistik yapısından ve fiyat liderliğinden kaynaklandığı ve aralarında uyumlu eylem olmadığı yolundaki tarafların savunması Komisyon tarafından kabul edilmeyerek, ulusal pazarlardaki sŖz

³⁸ Bu konudaki açıklamalar için bkz çalışmada Birinci BŖlüm, II, B "Uyumlu Eylemin Unsurları" başlıklı kısım s. 17-30.

³⁹ **ICI v. Commission**, C. 48,49,51-57/69, 14.07.1972, E.C.R. 619.

konusu fiyat artışlarının ancak bir uyumlu eylem neticesinde gerçekleşebileceği sonucuna varılmıştır.

ATAD Komisyon'un *Dyestuffs* kararını onaylamış ve uyumlu eylemi "Rekabet riskine karşı teşebbüsler arasında bilinçli olarak pratik işbirliği oluşturan, ancak anlaşma düzeyine ulaşmamış koordinasyon biçimi" olarak tanımlamıştır. İlk bakışta oligopolistik pazarlarda gözlenen bilinçli paralelliklerin bu tanım içerisine girebileceğini düşünmek mümkündür. Ancak aynı kararda ATAD, bilinçli paralelliklerin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki yaklaşımını şu şekilde ifade etmiştir:

"Paralel davranış tek başına uyumlu eylem olarak tanımlanamasa da, şayet ürünün yapısı, teşebbüslerin sayısı ve büyüklükleri ile pazarın büyüklüğü dikkate alındığında pazarda gözlenen paralellikler pazarın normal koşullarına benzemeyen rekabet koşullarına yol açıyorsa, bu paralellikler uyumlu eylemin önemli bir delili olarak kabul edilebilir."

ATAD, kararında ayrıca teşebbüslerin fiyatlarını arttırırken rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarını göz önünde bulundurmalarının ihlal olmadığını belirtmek suretiyle bilinçli paralellikleri uyumlu eylem kapsamı dışında bırakmıştır. Ancak teşebbüslerin fiyat artışlarına ilişkin ortak bir davranış biçimi oluşturmaya ya da pazardaki belirsizlikleri yok etmeye yönelik işbirliği içerisine girmelerinin de yasak olduğu özellikle belirtilmiştir.

Pazarda uyumlu eylem olup olmadığı hususunun ancak söz konusu pazarın detaylı bir biçimde analiz edilmesi suretiyle açıklığa kavuşturulabileceğini belirten ATAD, ulusal pazarlarda gözlenen söz konusu yeknesak fiyat artışlarını boya

malzemeleri üreticilerinin uyumlu eylem olmaksızın gerçekleştirmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Teşebbüslerce gerçekleştirilen ileriye dönük fiyat açıklamalarına ilişkin ATAD'ın *Dyestuffs* kararındaki yaklaşımı daha sonraki kararlarda önemli değişikliklere uğramıştır. Bu kararda, 1965 ve 1967 yıllarındaki fiyat artışlarında üreticilerden Basf ve Geighy'nin fiyat artışlarını önceden duyurmak suretiyle pazardaki belirsizlikleri yok ettikleri ve birbirlerinin pazar davranışlarını izleme ve kendilerini buna göre ayarlama imkanı elde ettikleri ifade edilmiştir.

Uyumlu eyleme ilişkin olarak *Dyestuffs*'dan sonraki ikinci önemli karar *Suiker Unie*⁴⁰ kararıdır. Komisyon, şeker üreticilerinin ülkeler arası ticareti engellemek amacıyla uyumlu eyleme taraf olduklarını ileri sürmüştür⁴¹. Şeker üreticileri, paralel davranışların “ortak bir plan”a dayalı olmadığı ve dolayısıyla aralarında uyumlu eylem olduğundan bahsedilemeyeceği şeklinde bir savunma getirmişlerdir. *Dyestuffs* kararındaki uyumlu eylem tanımına bu kararda da yer veren ATAD, bu tanımda geçen “işbirliği” ve “koordinasyon” kavramlarının teşebbüslerin “ortak bir plan”ı yürütüyor olmalarını gerekli kılmadığını belirtmiştir. Üreticilerin belirsizlikleri yok etmeye yönelik olarak iletişim halinde olduklarını ortaya koyan belgelerden uyumlu eylemin var olduğu sonucuna kolaylıkla varılmasına rağmen *Suiker Unie* kararında, uyumlu eylemin kavramsal çerçevesine ilişkin olarak önemli açıklamalarda bulunulmuştur. Kararda Rekabet Hukuku

⁴⁰ **Suiker Unie and Others v. Commission**, Joined Cases 40 to 48,50, 54 to 56, 111, 113 and 114/173, 16.12.1975, E.C.R 1663.

⁴¹ Dava konusu olan uyumlu eylemlerden birisi Belçikalı üretici Raffinerie Tirlemontoise (RT) ile Hollandalı üreticiler Suiker Unie (SU) ve Centrale Suiker Maatschappij (CSM) arasında gerçekleşmiştir. Belçikalı üretici RT Hollanda'ya doğrudan şeker ihracatı yapmaktan imtina ederek bu ülkeye yapacağı satışları Hollanda'lı iki üretici üzerinden yapmayı tercih etmektedir. Böylece Hollanda'daki rekabet engellenmiş ve tüketicilerin tercih hakları sınırlanmıştır.

açısından, piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin uygulayacakları politikaları belirlerken bağımsız hareket etmeleri gerektiğine işaret edildikten sonra, “bağımsız hareket etme zorunluluğu”nun teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da gelecekteki davranışlarına kendilerini akıllıca adapte etmeleri hakkına hanel getirmeyeceği ifade edilmiştir. Ancak hemen ardından, amacı ya da etkisi rakiplerin davranışlarını etkilemek ya da kendi davranışını rakiplerine ifşa etmek olan teşebbüsler arası “doğrudan ya da dolaylı bir iletişim” tespit edilmesi durumunda hukuk dışı bir uyumlu eylemin söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Hem *Dyestuffs* hem de *Şeker Karteli (Sugar Cartel)*⁴² davalarında Divan, büyük bir pazardaki birkaç firmanın birbirlerinin pazar hareketlerini dikkate almalarının bir uyumlu eylemi göstermeyeceğini belirtmiştir. Örneğin *Dyestuffs*⁴³ davasında Divan’ın; “*Her üretici, rakiplerinin mevcut veya öngörülebilir davranışlarını hesaba katarak fiyatlarını değiştirme konusunda özgür olmasına karşın, bir üreticinin her ne şekilde ve nasıl olursa olsun bir fiyat artışıyla ilgili koordineli biçimde hareket belirleme ve bu hareketin artışlardaki miktar, konu, tarih ve yer gibi esaslı unsurlarıyla ilgili her bir diğer teşebbüsün hareketlerini piyasadaki bütün belirsizliği önceden yok ederek başarı sağlama, anlaşmanın barındırdığı rekabet kurallarına aykırıdır.*” şeklindeki ifadeleri, karardaki “koordineli biçimdeki hareket” deyiminin gizli anlaşmadan daha geniş olabileceğini ortaya koymaktadır. Örneğin bir ticaret gazetesinde kayda değer bir fiyat artışına dair bilgi vermek gibi firmalar veya alıcılar için rekabet etmemeyi kolaylaştıracak bir davranış, eğer rakipler bu artışı takip ederse uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecektir. Büyük

⁴² **Suiker Unie and Others v. Commission**, Joined Cases 40 to 48,50, 54 to 56, 111, 113 and 114/173, 16.12.1975, E.C.R 1663.

⁴³ **ICI v. Commission**, C. 48/69, 14.07.1972, E.C.R. 619.

pazarlarda firmalar için rekabet etmemeyi kolaylaştıracak daha bir çok faaliyet aracı mevcuttur. Örneğin çok sayıda müşteriye aynı indirim oranını uygulamak gibi. Bu durum, büyük bir pazardaki olası fiyat rekabetinin tek çeşidi olan diğer alıcılara gizli indirim uygulamasını daha az cazip kılacaktır.

Divanın bu kararda büyük pazarlardaki gizli anlaşma olmaksızın fiyatların sabitlenebileceği kanısına varması mümkün olamamıştır. Zira kararda paralel davranış tek başına uyumlu eylem olarak kabul edilmese de, eğer paralel davranış, ürünlerin yapısı, teşebbüslerin sayısı ile büyüklüğü ve söz konusu pazarın hacmi dikkate alınarak pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet koşullarına sebep oluyorsa uyumlu eylem için güçlü bir delil teşkil edeceği belirtilmiştir.

Bir diğer önemli dava olan *Wood Pulp*⁴⁴ davasında danışıklı bir ilişkinin varlığının uyumlu eylemi gösterdiği ifade edilmektedir. 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 fiyatlar ile aynıydı. Komisyon, 1975-1981 yılları arasında fiyatlarda gözlenen paralelliğin, oligopolistik bir piyasada tarafların karşılıklı bağımlılıkları ile açıklanamayacağını ileri sürmüş ve kararını şu unsurlara dayandırmıştır:

⁴⁴ **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307

- Üretici ve müşteri sayısının fazla oluşu, ürünün farklı tiplerinin bulunması karşılıklı bağımlılığa yol açan şeffaf bir oligopolistik pazarla karşı karşıya bulunulduğu fikrini çürütmektedir.

- Pazar şeffaflığı pazarın yapısından kaynaklanmamaktadır. Şeffaflık tarafların kasıtlı olarak, gelecekte uygulayacakları fiyatları duyurmalarını ve bunları ortak basın ve ajanslara ulaştırmalarını içeren dolaylı ilişkileri ile ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan fiyatların sadece Amerikan Doları biriminde ve gelecekteki üç aylık dönem için açıklanması, iskonto uygulanmaması, pazarın yapay olarak şeffaflaştırıldığı fikrini desteklemektedir.

- Fiyatlarda gözlenen paralellik, fiyat duyurusunu ilk yapan teşebbüsün her üç aylık dönemde değişmesi nedeniyle, fiyat liderliği kavramı ile açıklanamaz.

- Üretim maliyetleri, kapasite kullanım oranları, taşıma maliyetleri, dikey bütünleşme dereceleri ve stok maliyetleri ülkeden ülkeye ve üreticiden üreticiye büyük ölçüde değişmektedir. Bu farklılıklara karşın üreticilerin aynı fiyatları uygulamaları birbirlerinden bağımsız aldıkları fiyatlandırma kararlarıyla açıklanamaz.

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. *Cement*⁴⁵ davasında ise ilk derece mahkemesi, bir toplantıda rakibinin gelecekteki hareketleri konusunda bilgi edinmesinden dolayı Lafarge'ı uyumlu eyleme taraf

⁴⁵ **Cement davası** Case T-25/95 etc., **Cimenteries CBR SA v. Commission (Cement)** [2000] 5 CMLR 204.

kabul etmiştir ve Lafarge'ın böyle bir bilginin pasif alıcısı olmasının da mümkün olamayacağını belirtmiştir. Aynı davada ilk derece mahkemesi uyumlu eylemin gelecekteki hareketler için verilmiş resmi bir taahhüdü gerektirmediğini vurgulamıştır. *Polypropylene*⁴⁶, *PVC*⁴⁷ ve *LdPE*⁴⁸ davalarında Komisyon, uyumlu eylemin varlığı için bir planın ispatına gerek olmadığına ve *LdPE* davasında, kartelin önemsiz bir kısmında yer almalarına rağmen BP, Monsanto ve Shell'i uyumlu eyleme taraf kabul etmiştir. *Soda-ash/Solvay*⁴⁹ davasında Komisyon, 81. maddede düzenlenen ve bilinen yasal riskler için teşebbüslerce verilmiş yasal olmayan bir karara ait yazılı bir kayıt bulmanın mümkün olmayabileceğini; bir çok biçim ve derecede anlaşmanın söz konusu olabileceği ve bunların resmi bir sözleşme ile yapılmasına gerek olmadığını; tarafların sözleşme kelimesini kullanmasalar dahi hareketlerinin temelinde birinin diğerine verdiği bir vaat olduğu anlamının çıktığı durumlarda 81.maddenin ihlalinden söz edilebileceğini ifade etmiştir.

ATAD kararları çerçevesinde uyumlu eylemin unsurlarının; a)sözlü yada yazılı gerçekleştirilmesi önemli olmaksızın, teşebbüslerin arasında toplantılar, tartışmalar, ağız aramalar ya da bilgi değişimi şeklinde kendini gösteren yapıcı (positive) bir bağlantının (temasın) bulunması gerektiği, ve b)bu bağlantının da gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve de özellikle, piyasadaki rekabet sürecinin belirsizliğini bertaraf etme amacına yönelmesi ya da teşebbüslerin ticari

⁴⁶ **Polypropylene**, OJ [1986] L 230/1, [1988] 4 CMLR 347.

⁴⁷ **PVC**, OJ [1989] L 74/1, [1990] 4 CMLR 345.

⁴⁸ **LdPE**, OJ [1989] 74/21, [1990] 4 CMLR 382.

⁴⁹ **Soda-ash/Solvay**, OJ [1991] L152/1.

davranışlarını, piyasadaki rekabet baskısından farklı bir şekilde etkilemesi olduğu ifade edilmiştir.⁵⁰

Elbette burada RA m. 81 gereğince AT Rekabet hukuku için uyumlu eylemin unsurları arasında üye devletler arası ticaretin etkilenmesi şartını da aramak gerekecektir. Bu durum da AT sisteminin yapısı gereği doğal ve hatta gereklidir. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda AT Rekabet hukukunda uyumlu eylemin unsurlarını, kanaatimizce ATAD kararları ışığında şu şekilde sıralamak mümkündür:

1- Birden fazla teşebbüs olmalıdır.

2- Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır.

3- Bu koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında kurulan doğrudan ya da dolaylı bir iletişim neticesinde gerçekleşmelidir.

4- Bu iletişimin amacı, üye devletler arası ticareti etkileyecek şekilde rakiplerin davranışlarına ilişkin benzerlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.

2. Türk Hukuku'nda

Türk Rekabet Hukuku doktrinine bakıldığında uyumlu eylemin unsurlarının farklı şekillerde ifade edildiği görülmektedir.

Aslan, uyumlu eylemin dört unsuru olduğunu belirtmektedir⁵¹:

1- İki veya daha fazla işletme olmalıdır.

⁵⁰ BELLAMY, C./CHILD, G.; **Common Market Law of Competition**, Fourth Edition, London 1993, s. 2-042.

⁵¹ ASLAN, İ. Y., 2001, s.53 vd.

2- *Bilinçli paralellik olmalıdır.*

3- *Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalıdır.*

4- *Rekabet sınırlanmalıdır.*

Topçuoğlu'na göre ise⁵² bir uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için; a) *taraf teşebbüslerin paralel davranışlar içine girmeleri, b) uyumlu (paralel) davranışların teşebbüsler arasındaki işbirliği sonucunda ortaya çıkması, c) teşebbüslerin amacının aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırmak olması gerekir.*

Sanlı⁵³, uyumlu eylemin unsurlarını; a) *birden fazla teşebbüsün varlığı, b) bunlar arasında bilinçli davranışı veya farazi uyuşmayı sağlayacak bir sosyal temasın bulunması, c) bu temasın, gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve de özellikle, piyasadaki rekabet sürecinin belirsizliğini bertaraf etme amacına yönelmesi yada teşebbüslerin ticari davranışlarını, piyasadaki rekabet baskısından farklı bir şekilde etkilemesi* olarak üç grupta toplamaktadır.

Akinci'nin ise⁵⁴ uyumlu eylemin unsurlarını biri subjektif diğeri objektif olmak üzere iki üst unsorda topladığı ve uyumlu eylemin objektif unsurunu a) *birden fazla taraf şartı, b) eylem unsuru* olmak üzere ikiye ayırdığı görülmektedir. Uyumlu eylemin subjektif unsurunu ise taraflar arasındaki *uyuşma* oluşturmaktadır.

Uyumlu eylemin unsurlarını belirleyebilmek için, Kurul'un bu konuda vermiş olduğu kararlar içerisinde uyumlu eylemin tanımı konusunda da öneme sahip olan

⁵² TOPÇUOĞLU, M., 2001, s. 198-199.

⁵³ SANLI, K.C., 2000, s. 81

⁵⁴ AKINCI, A., 2001, s. 146 vd.

*Süt*⁵⁵ kararına değinmek yerinde olacaktır. Kurul, kararında uyumlu eylemin tanımını ve unsurlarını Aslan'ın görüşlerine dayandırsa da, kararları, onun görüşlerinden önemli ölçüde farklılaşmıştır:

Kurul tarafından, teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı bir uyumlu eylemin bulunduğu ilk kez karar verildiği *Maya*⁵⁶ Kararında, Aslan'ın görüşlerinden farklılaşma başlamıştır. Kararda ilk olarak rakipler arasındaki belirsizliklerin yok edilmesi amacına yönelik doğrudan veya dolaylı iletişimi gösteren maddi delillere rastlanmadığı ve fiyat artışları, tüketici fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleştiği için, oligopolistik bağımlılık çerçevesindeki akıllıca ayak uydurmalar, fabrika çıkış fiyatlarındaki paralellik açısından, bu paralelliği haklı kılan rasyonel bir gerekçe hatta zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Oysa Aslan'ın yaklaşımı benimsenseydi, bu oligopolistik pazardaki maliyetlerden bağımsız paralel fiyat artışları, bağlantıya gerek olmaksızın, uyumlu eylem kabul edilip ceza verilebilirdi. Uyumlu eylemin varlığının saptandığı *“baya satış fiyatlarının yükseltilmesi”* konusunda da Aslan'ın görüşlerinden ayrılma vardır. Gerçekten de; *“10.03.1999 tarihi itibariyle rakip firma temsilcisi Faruk Şenel ile yapılan görüşmeler neticesinde bu tip promosyonların durdurulması rakibinde düşük fiyatlı bağlantı yapmaması konusunda anlaşmaya varılmıştır”* ve *“Bursa merkezde rakiplerle anlaşmaya varılmıştır. Fiyatlar kademeli olarak yükseltilecek”* gibi mutabakatı ifade eden delillere rağmen anlaşma sonucuna ulaşılmamış ve uyumlu eylemin varlığını gösteren bir bakıma maddi deliller olarak görülmüştür. Ancak buna rağmen, Karar'da, Aslan'a göre uyumlu eylem için gerekli olan paralel davranışlar gösterilmemiştir.

⁵⁵ **Süt**, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar, RG 24233, 17.11.2000.

⁵⁶ **Maya**, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar, RG 24245, 29.11.2000.

Uyumlu eylemin varlığına hükmedilen ikinci karar olan *Gazete*⁵⁷, deyse Aslan'ın görüşlerinden uzaklaşma çok daha açıktır. Kurul, “(maliyetlerin farklı olduğu bu oligopol pazardaki) fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulması yeterli değildir. Bunun yanı sıra, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışlarını engelleyen rekabetçi davranışlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konması da gereklidir” ifadesiyle, uyumlu eylemin varlığını, yalnızca rekabeti sınırlayıcı paralel davranışların gösterilmesine indirgemeyi reddetmiştir. Nitekim Kurul, vermiş olduğu bu kararda teşebbüsler arasındaki bir davranışın uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için şu unsurların bulunması gerektiğini belirtmiştir:

- *Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar olmalıdır.*
- *Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortadan kaldırma amacı taşımalıdır.*
- *İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır. Burada önemli olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasıdır.*

Sonuç olarak doktrin, ATAD ve Kurul'un uyumlu eylemin unsurları hakkındaki görüşleri arasında farklar bulunmakla birlikte, kanaatimizce aslında tüm bu görüşlerde sayılan ortak unsurların “Birden fazla teşebbüsün olması”,

⁵⁷ *Gazete*, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

“Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olması” ve “Bu işbirliğinin amacının, rakiplerin davranışlarına ilişkin benzerlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olması” olduğunu söyleyebiliriz. Görüşlerin farklılaşmasına sebep olan nokta, teşebbüsler arasındaki koordinasyon ya da pratik işbirliğinin nasıl gerçekleşmesi gerektiği ya da hangi davranışlarla ortaya çıkacağıdır.

Bu konudaki farklı görüşlere yer vermeden önce teşebbüsler arasındaki koordinasyon ya da pratik işbirliğinin ne anlama geldiği üzerinde durmak gereklidir. Teşebbüsler arasındaki pazara yansıyan işbirliği, bir anlaşmaya ya da uyumlu eyleme işaret edebilir. Eğer taraflar arasında bir anlaşma olduğuna kanaat getirilebiliyorsa artık bir uyumlu eylemin varlığını araştırmak anlamsızdır. Böyle bir anlaşmanın varlığına kanaat getirilemiyor ama ortada bir işbirliği bulunuyorsa, bu işbirliği teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçmeleri sonucu pazar üzerinde paralel hareket etmelerinden doğuyorsa, o zaman da uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilir.

İşte anlaşmalardan kaynaklanmayan, uyumlu eylemlerde görülen bu işbirliğini ifade etmek için pratik bir işbirliğinden söz edilmektedir. Bir başka deyişle uyumlu eylemler pazar üzerinde pratik bir işbirliği doğurmaktadır. Bu bakımdan işbirliğinin pratikliği, ortak davranış ya da tutumun bir anlaşmaya ya da karara dayanmadan uygulamaya geçirilmiş olması şeklinde ifade edilebilir.

Uyumlu eylemin unsurları konusunda görüşlerin farklılaştığı nokta ise teşebbüsler arasındaki koordinasyon ya da pratik işbirliğinin teşebbüslerin paralel davranışları ile ortaya çıkması gerekip gerekmediği, bu paralelliklerin tek başına

uyumlu eylemin unsuru olup olamayacağı ve bu paralel davranışların bilinçli olması gerekip gerekmeyeceği konusundadır.

Kanaatimizce gerek ATAD gerekse Kurul kararlarından çıkan sonuca göre piyasada teşebbüsler arasında görülen paralel davranışlar tek başına bir uyumlu eylemin unsurunu oluşturamaz. Zira bu paralel davranışlar; piyasanın yapısı, teşebbüslerin ürettikleri ürünlerin nitelikleri gereği fiyatlarda ortaya çıkacak benzerlikler gibi bir takım ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanabilir nitelikte olabilir. Nitekim Kanun'un 4. maddesinin son fıkrasıyla teşebbüslere ekonomik ve rasyonel gerekçeler sunarak uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispatlama olanağı tanınmış olması da göz önüne alınırsa, kanun koyucunun da ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanabilen paralel davranışları uyumlu eylemin bir unsuru olarak kabul etmediği görülmektedir. Dolayısıyla paralelliği uyumlu eylemin bir unsuru olarak gören Aslan'ın görüşüne⁵⁸ katılmamaktayız. Nitekim yukarıda da izah edildiği gibi Kurul da, uyumlu eylemi ilk kez tartıştığı *Süt*⁵⁹ kararında uyumlu eylemin tanımını ve unsurlarını Aslan'ın görüşlerine dayandırsa da, kararları, onun görüşlerinden önemli ölçüde farklılaşmış ve paralel davranışları tek başına uyumlu eylemin unsuru olarak kabul etmemeye başlamıştır.

Ayrıca Aslan'ın uyumlu eylemin bir unsuru olarak, teşebbüsler arasındaki paralel davranışların bilinçli olmasını yani bilinçli paralelliği aramasını da, özellikle oligopol piyasalarının durumu gereği yanlış bulmaktayız. Zira sadece birkaç sağlayıcının bulunduğu oligopol piyasalarda, bilinçli paralellik ile teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını takip etmeleri bu piyasanın yapısından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu durum teşebbüsler açısından ekonomik ve

⁵⁸ ASLAN, İ. Y., 2001, s. 53 vd.

⁵⁹ *Süt*, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar, RG 24233, 17.11.2000.

rasyonel bir gerekçe oluşturmaktadır. Aksi takdirde bilinçli paralellik uyumlu eylemin bir unsuru olarak kabul edilirse, oligopol piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin tümünün uyumlu eylemde buldukları sonucuna ulaşılacak ve hatta oligopol piyasaların kaldırılması gerektiği iddia edilebilecektir.⁶⁰

Yukarıda 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. Nitekim ATAD⁶¹ ve Kurul⁶² kararları incelendiğinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. İşte teşebbüsler arasındaki paralel davranışları uyumlu eylemin bir unsuru haline getirecek olan husus, yine teşebbüsler arasında gerçekleşecek bir temasın varlığıdır. Yani başka bir ifadeyle teşebbüsler arasında var olan koordinasyon ya da işbirliği, doğrudan ya da dolaylı bir iletişim (temas) neticesinde gerçekleşmelidir. Bu temasa örnek olarak taraflar arasındaki genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmalar gösterilebilir. Elbette ki bu temas; Kurul'un *Maya*⁶³ Kararı'nda da belirttiği gibi, pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortadan kaldırma amacı taşımaktadır.

Sonuç olarak uyumlu eylemin unsurlarını kanaatimizce şu şekilde sıralamak mümkündür :

⁶⁰ Oligopol piyasalarda rekabetin uyumlu eylemlerle kısıtlanması ve bilinçli paralellik sorunu konusunda bkz. çalışmada İkinci Bölüm, I, B "Oligopol Piyasasında Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Kısıtlanması", s. 61-76.

⁶¹ **Suiker Unie and Others v. Commission**, Joined Cases 40 to 48,50, 54 to 56, 111, 113 and 114/173, 16.12.1975, E.C.R 1663.; **ICI v. Commission**, C. 48/69, 14.07.1972, E.C.R. 619; **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

⁶² **Maya**, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar, RG 24245, 29.11.2000.; **Gazete**, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

⁶³ **Maya**, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar, RG 24245, 29.11.2000

- 1- Birden fazla teşebbüs olmalıdır.
- 2- Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır.
- 3- Bu koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında kurulan temas neticesinde gerçekleşmelidir.
- 4- Bu temasın amacı, rakiplerin davranışlarına ilişkin benzerlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.

III. UYUMLU EYLEMİN DİĞER MADDİ REKABET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

A. Uyumlu Eylem ve Anlaşma Arasındaki Farklar

1. Genel Olarak

Uyumlu eylem ve anlaşma arasındaki farkların açık bir şekilde ortaya konulabilmesi, bu iki kavramın muhtevasının nasıl doldurulduğu ile ilgili bir sorundur. RKHK’da karşılıklı irade uyuşması veya danışıklılığa ilişkin olarak öngörülen ilk vasıta “anlaşma”dır. Kanun, Medeni Hukukumuzda karşılıklı mutabakatları ifade etmek üzere kullanılan; “sözleşme” veya “akit” terimlerine değil, anlaşma terimine yer vermiştir. Oysa yine Kanun hükümleri incelendiğinde irade uyuşmalarını ifade etmek üzere sadece anlaşma terimine değil, sözleşme terimine de yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla öncelikle Kanun’da kullanılan bu terimlerin bilinçli bir tercihe dayanıp dayanmadığının belirlenmesi ve bu amaçla, “anlaşma” ve “sözleşme” terimleri arasında hukuki açıdan bir fark bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

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 kapsamaktadır.⁶⁴ 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. Burada hukuki sonuç doğurmaya yönelmek, mutlaka hukuki sonucun bilinmesi veya istenmesi şeklinde değil, iradeye uygun bir hukuki sonucun ortaya çıkması şeklinde algılanmalıdır. 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.

Görülüyor ki günlük kullanımın aksine anlaşma ve sözleşme terimleri birbirlerinden ayrılmaktadır. Kavramsal nitelikteki bu ayrılığın, Kanun koyucunun tercihinde de etkili olup olmadığının tespit edilmesi kavramların yorumu açısından önem taşımaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki iradesinin belirlenmesinde ise gerek 4. maddenin gerekçesi gerekse örnek aldığımız Avrupa Topluluğu

⁶⁴ SANLI K. C., 2000, s. 76

Hukukundaki uygulama yeterince yol göstericidir. Kanun'un gerekçe kısmına baktığımızda “Maddenin amacı bakımından anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur” şeklindeki ifade, anlaşma terimine yer verilmesinin bilinçli bir tercihe dayandığı açıkça ortaya koymaktadır.

Nitekim 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”⁶⁵ türündeki irade uyuşmalarını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği şeklindeki görüş ağırlık kazanmıştır.⁶⁶ Avrupa Topluluğu Hukukunda ATAD ve Komisyon'un içtihatları incelendiğinde de anlaşma kavramının hukuken bağlayıcı uyuşmalardan daha geniş bir alanı kapsayacak şekilde yorumlandığı noktasında bir tereddüt bulunmadığı görülmektedir.⁶⁷ Ancak Avrupa Topluluğu Hukukunda danışıklı bir durumun anlaşma mı yoksa uyumlu eylem mi kapsamında değerlendirileceği konusunda tutarlı bir uygulamanın bulunduğunu söylemek güçtür.

⁶⁵ İngilizce karşılığı “gentleman's agreement” olarak ifade edilen bu tür anlaşmalar, tarafları hukuki bir yükümlülük altına sokmayıp, sadece ahlaki ödevler yüklemektedir.

⁶⁶ WHISH R., **Competition Law**, Butterworths, Fourth Edition, United Kingdom 2001, s. 191, 192; RITTER L./BRAUN W. D./RAWLINSON F.; 2000, s. 60-66; KERSE, C. S. ; **age.**, s.5.

⁶⁷ Franco-Japanese Ballbearings davasında Japon bilye üreticilerinin Fransa'ya ihraç edilecek bilyelerin fiyatlarının yükseltilmesi hususunda, ilgili ülkelerdeki teşebbüs birlikleri aracılığı ile çeşitli Fransız üreticileri ile anlaşmaya varması ve bu amaçla karşılıklı mektuplar gönderilmesi, artışın miktarı konusunda taraflar arasında anlaşmazlık bulunmasına rağmen, 85/1. madde anlamında “anlaşma” olarak nitelendirilmiştir. Komisyon ise kararında 81 maddenin uygulanabilmesi için taraflar arasındaki bu anlaşmanın medeni hukuktaki sözleşme niteliğini taşımasının gerekli olmadığını ve taraflardan birinin, ihtiyari olarak davranış özgürlüğünü sınırlamasının yeterli olduğunu ifade etmiştir.

Uyumlu eylemde ise anlaşma ve kararlardan farklı olarak sadece bir irade uyuşması değil, aynen 6. maddede olduğu gibi bir eylem ve davranış da bulunmaktadır. Her ne kadar “uyum” teriminden çok açık bir şekilde anlaşılmıyorsa da , 4. maddenin amacını göz önünde tuttuğumuzda, aynen anlaşma gibi burada da irade uyuşması veya en azından uyuma esas olacak şekilde ortak iradelerin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, iradelerin mutlak surette eyleme dönüşmesi, yani “icra edilmesi” mecburiyeti uyumlu eylemin ayırt edici özelliğidir. Anlaşma ve uyumlu eylemler ayrı ayrı kavramlar olabilmekle birlikte birbirlerinin devamı niteliğinde de olabilirler.⁶⁸ Yani bir uyumlu eylem rekabeti bozma amacı güden bir anlaşmanın devamı niteliğinde olabilir.

Anlaşmalardaki karşılıklı irade uyuşmasının uyumlu eylemlere göre daha yoğun olduğu şeklindeki iddiaya göre⁶⁹ 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 göre⁷⁰ 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 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

⁶⁸ ESİN A., **Rekabet Hukuku**, İstanbul 1998, s. 40.

⁶⁹ ASLAN İ. Y., 2001, s.83; RITTER L./BRAUN W. D./RAWLİNSON F., 2000, s. 59.

⁷⁰ TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 209.

aşamasına ulaşmış olup olmadığını 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 eğişimi) 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 göre⁷¹ 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 bilmek için yapacakları bazı hazırlık hareketleri vardır. Fakat bu aşama karşılıklı uyumu içermez. Ancak bu görüşe karşı⁷² 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.

İcrasına başlanmış irade uyuşmalarının ise uyumlu eylem mi yoksa anlaşma mı olduğunun belirlenmesi çok güçtür. Özellikle anlaşmaların geniş yorumlanması bu iki kavram arasındaki sınırların belirsizleşmesine yol açmaktadır. Kanımızca bu hususta bir değerlendirme yapmadan önce bu kavramların birbirinden ayrılmasının gerekli olup olmadığını belirlemek gerekir. Zira doktrinde bu görüş 4. maddenin

⁷¹ ASLAN İ. Y., 2001, s. 83.

⁷² TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 209, 210.

uygulanması için bu iki kavramın birbirinden ayırt edilmesinin gerekli olmadığını kabul etmektedir. Buna göre birden fazla teşebbüsün danışıklı davranmak suretiyle rekabeti kısıtlaması, 4. maddenin uygulanması bakımından yeterlidir. Danışıklığın uyumlu eylem, anlaşma veya karardan kaynaklanması 4. maddenin uygulanması bakımından fark yaratmaz. Her ne kadar bu kavramların anlamları birbirinden farklı da olsa temelde yatan davranış aynıdır ve ortaya çıkan neticeler açısından da önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Anlaşma dışında uyumlu eylem kavramının da düzenlenmesi gereği anlaşmanın ispat edilemediği durumlarda rekabetin kısıtlanması amacına tarafların zımnî yollarla ulaşmasını engellemektir. Zira 4. maddenin 3. fıkrasında yer alan “Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda...” ifadesi bunu açıkça ortaya koymaktadır.

ATAD kararları incelendiğinde bu konuya ilişkin en önemli dava, *Polypropylene*” davaları⁷³ dir. “*Polypropylene*” davalarında⁷⁴ 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

⁷³ **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

⁷⁴ **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

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 81. maddenin komple ihlallerinde, ihlali oluşturan davranışların 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 nitelendirebilir.

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde ise anlaşmanın varlığı için önemli olan unsurun taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması olduğu belirtilmiştir. Kurul’un bir kararında⁷⁵ yürütülen soruşturmada, gerek program ve tarife katalogları ile gerekse reklam verenlere yapılan tekliflerle tek bir fiyat tarifesi ve aynı indirim oranlarının ilan edilmesi ve uygulanmasının, bunların yanı sıra reklam yerlerinin paketler halinde satışının, tarafların reklam yerlerinin aynı koşullarla pazarlanması ve satışına yönelik ortak iradelerinin, bir başka deyişle taraflar arasında bir anlaşmanın

⁷⁵ AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri K. Bimâş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. ve Diğerleri, Karar No: 00-4/41-19, 01.02.2000, R.G. 24582, 13.11.2001.

varlığını gösterdiği kabul edilmiştir. Daha ileri tarihli bir kararında⁷⁶ ise taraflar arasında bir anlaşmanın varlığının kabulü için, her ne sebepten olursa olsun, tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmelerinin yeterli olduğu ve Avrupa Topluluğu Komisyonunun da, bir “anlaşma”dan söz edebilmek için işletmelerin birinin, diğeriyle olan ilişkilerinde eylem özgürlüğünü kısıtlamış olmasını yeterli bulduğunu ifade etmiştir. Kurul, 4.madde anlamında bir “uyumlu eylem”den söz etmenin mümkün olabilmesi için işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, aralarında anlaşma olmadığı halde, pratik bir işbirliği sağlayan davranışlar mevcutsa, bunun rekabeti önleyici etki doğurmasının doğal olacağı ve dolayısıyla yasamız açısından yasak olduğu görüşündedir.⁷⁷ Son olarak *1. Çimento kararında*⁷⁸ anlaşma ve uyumlu eylem kavramları arasındaki farkın tıpkı AT uygulamasında “*Polypropylene*” davalarında⁷⁹ ortaya konulduğu gibi Kurul tarafından önemli bir fark olarak görülmediği öyle ki uyumlu eylem iddiası ile açılan soruşturma sonucunda pratikte aynı amaca hizmet ettiklerinden taraflar arasındaki eylemleri uyumlu eylem değil de rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak ele alıp yaptırım uyguladığını görmekteyiz.

2. Yasak Faaliyetlerin İcrası Bakımından

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

⁷⁶ **Süt**, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar, RG 24233, 17.11.2000.

⁷⁷ **Süt**, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar. RG 24233, 17.11.2000.

⁷⁸ **1.Çimento Kararı**, Karar No: 99-30/276-166(a), 17.06.1999, RG 24192, 26.10.2000.

⁷⁹ **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

değildir. Böylelikle anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ilk farklılık da uyumlu eylemin ancak icrasına başlanmış uyuşmaları, anlaşmanın ise her iki durumu kapsıyor oluşudur.

3. İspat Yükü Bakımından

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların varlığını iddia eden, onu ispatla yükümlüdür.(RKHK m. 59/1). Halbuki uyumlu eylem iddiasında bulunan kimse, teşebbüsler arasındaki işbirliğini, uyumlu hareket etme planlarını ispat etmek zorunda değildir. Bu kimse sadece uyumlu eylem kuşkusunu haklı gösteren emareleri paralel piyasa davranışlarının varlığını göstermekle yetinecektir. Kanunun ispat kolaylığı sağlayan uyumlu eylem karinesi (m.4/3) ve ispat külfetiyle (m.59/1) ilgili hükümleri, sadece uyumlu eylemlerle sınırlı bir imkandır.

4. Hukuki Sonuç Bakımından

RKHK'nın hükümleri incelendiğinde ilk bakışta uyumlu eylemler ile anlaşma ve kararlar arasında hukuki neticeler açısından farklılık bulunduğu söylenebilir. Zira Kanun anlaşma ve kararlar için “geçersizlik” yaptırımını öngörmüş, buna karşılık uyumlu eylem için bu yaptırımdan bahsetmemiştir. R.A. 81/1'de de uyumlu eylemin geçersizliğinden bahsedilmemektedir. Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliğini düzenleyen 56. madde 4. maddeye aykırı olan anlaşma ve kararların geçersiz olacağını düzenlemiş ve bunun yanı sıra rekabeti sınırlayıcı bir davranış sonrasında ortaya çıkabilecek olan zararların tazminini düzenleyen 58/2. madde; “ ...Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanıyorsa, hakim zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde

etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir” hükmünü getirmiş ve karar ve anlaşmalar açısından görünürde farklı bir hukuki sistem öngörmüştür.

Doktrindeki bir görüşe göre⁸⁰, Kanun’daki bu hükümlerin anlaşma ve uyumlu eylem arasında hukuki sonuçlar açısından herhangi bir farklılık yarattığı söylenemez çünkü geçersizlik, ancak hukuki işlemler açısından söz konusu olan bir yaptırımdır ve uyumlu eylemin niteliği icabı geçersizlik yaptırımına tabi olamayacağı gerçeği bir kenara 4. maddenin felsefesinin, uyumlu eylemin geçersiz kılınmasıyla bağdaşmayacağı dikkate alındığı takdirde söz konusu maddede neden uyumlu eylem kavramına yer verilmediği kolaylıkla anlaşılır. Söz konusu görüş anlaşma kavramına geniş anlam yüklemekte ve bu anlam çerçevesinde, 56. maddedeki düzenlemenin, anlaşma ve uyumlu eylem arasında hukuki sonuçlar açısından farklılık yaratmasının da mümkün olmadığını çünkü söz konusu maddede kastedilenin anlaşma değil sözleşme olduğunu iddia etmektedir. Kanun’un 58/2. maddesindeki düzenlemenin de, bu görüşün benimsediği yorum çerçevesinde, anlaşma ve uyumlu eylem arasında tabi olunan hukuki neticeler açısından bir farklılık yaratıldığı düşüncesine esas olamayacağı ve söz konusu hükümdeki “anlaşma ve kararı” ifadesinden anlaşılması gerekenin, tarafların “kasten” hareket etmiş olduğu ve ayrıca burada hükmün lafzı ile ruhunu bağdaştırmak mümkün olmadığı için, örtülü kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmesi gerektiği de iddia edilmektedir.

Netice olarak kanaatimizce somut olaydaki bir danışıklı ilişkinin anlaşma veya uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi, doğuracağı hukuki neticeler açısından herhangi bir farklılık yaratmaz. Bu itibarla sadece teorik açıdan önem taşıyan ve

⁸⁰ TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 209, 210.

kanımızca çözümlü de mümkün olmayan bu mesele üzerinde durmaya gerek bulunmamaktadır. 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. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Uyumlu Eylemler

RKHK m.6 ve RA m.82’de bir ya da birden çok teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanarak rekabeti sınırlamaları yasaklanmıştır. Hakim durumun kötüye kullanılması⁸¹, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylemler; bunun yanında birleşme ve devralmalarla birlikte Kanunumuzda sayılan yasaklanan faaliyetlerdendir.

Hakim durumun kötüye kullanıldığından söz etmek için iki esaslı unsurun varlığı aranır. Bunlar hakim durum ve bunun kötüye kullanılmasıdır. RKHK’nın 3. maddesinde hakim durum; *“belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarları gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”* olarak ifade edilmiştir. RA m.81’de hakim durum tanımlanmamakla birlikte, ATAD’ın içtihadı da bu yöndedir.⁸² Kötüye kullanma kavramı ise dar yorumlanmamakta ve hakim durumdaki teşebbüsün, bundan doğan gücünü kullanarak rekabeti sınırladığı, kısıtladığı ya da haksız avantajlar sağladığı her durumda var kabul edilmektedir.⁸³

⁸¹ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.; 2000, s.1 vd.; ASLAN, İ.Y., 2001, s. 209 vd.; SANLI, K.C., 2000, s. 244 vd.

⁸² **Hoffmann-La Roche v. Commission**, Case 85/76, ECR 1979,461; **Michelin v. Commission**, Case 322/81, ECR 1983, 3461.

⁸³ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.; 2000, s. 125 vd.; ASLAN, İ.Y., **age.**, s. 232.; SANLI, K.C., **age.**, s. 260.

RKHK'nın hem 3. maddesinde yer alan hakim durum tanımından ve hem de 6. maddenin lafzından, pazarda birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda olabileceği kanısı uyansa da, teşebbüslerin hakim durumda olmalarının farklı şekillerde de ortaya çıkıp çıkamayacağı açık değildir.

Nitekim doktrinde birden fazla teşebbüsün, pazarda hakim durumda olmasının, çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği düşünülmektedir.⁸⁴ Bu görüşe göre birden fazla teşebbüsün hakim durumda olması, bu teşebbüslerin herhangi bir şekilde etkileşimi sonucunda, pazarda hakim durumda olmaları şeklinde gerçekleşebilir. Bundan başka, pazar payları itibarıyla, tek başlarına pazarda en güçlü teşebbüs olmamakla birlikte, birden fazla işletmenin, pazarın yapısı gereği, pazarda aynı anda birbirinden bağımsız olarak, ayrı ayrı hakim durumda olmalarından söz etmek de mümkündür.

İşte birden fazla teşebbüsün hakim durumda olması, bu teşebbüslerin herhangi bir şekilde etkileşimi yani Kanun'da ifade edildiği üzere başka teşebbüsler ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar sonucunda gerçekleşmiş ise bu durumda söz konusu birlikte davranışlar, uyumlu eylem şeklinde ortaya çıkabilecektir. Bu da akla 4.madde ile 6.maddenin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu getirmektedir.

AT Rekabet hukukunda Komisyon ve mahkemelerin genel eğilimi, birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olmaları bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin sonucuysa AT rekabet hukukunda ispat kolaylığı açısından m.85/1'in uygulanması yönündedir.⁸⁵ Uyumlu eylemin söz konusu olduğu hallerde ise, ispat

⁸⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000, s. 154 vd.

⁸⁵ Bkz. **Società Italiano Vetro v. Commission**, Cases T-68, 77, 78/89, ECR 1992, II-1403.

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 RA 85. madde kapsamında değerlendirilebilecek bir davranışa, RA 86. maddenin uygulanmasını gündeme getirmiştir.⁸⁶

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda sayılabileceği bir başka olasılık olarak nitelendirilen durum ise⁸⁷, 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 göre⁸⁸ 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.

Kanaatimizce de RKHK m.6'da sözü edilen “teşebbüslerin başkalarıyla yapacağı anlaşma ve birlikte davranışlar ile hakim durumunu kötüye kullanması” ifadesi RKHK m.4'te düzenlenen anlaşma ve uyumlu eylemler ile karıştırılmaması, sadece 4.maddedeki düzenlemeleri kapsayan bir yoruma gidilmemesi gerekir. RKHK m.4 kapsamında olmayan hukuken geçerli yada geçersiz bir anlaşma ile de hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Bu söylenenler muafiyet almış anlaşmalar için de geçerlidir. Bunun gibi birlikte davranışlar da uyumlu eylemler

⁸⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000, s. 122.

⁸⁷ AŞÇIOĞLU ÖZ, G., *age.*, s. 122.

⁸⁸ AŞÇIOĞLU ÖZ, G., *age.*, s. 124.

dışında kararları da içine alacak genişliktedir. Hatta somut olaydaki şartlara göre m.4'ün kapsamına girmeyen oligopolistik bağımlılıktan doğan bazı paralel davranışlara da m.6'nın uygulanması düşünülebilir.

Uyumlu eylem ve hakim durumun kötüye kullanılması durumunun bir arada bulunması için gerek m.4 gerekse m.6 açısından rekabete aykırılık gerçekleşmiş olmalıdır. Teşebbüslerin uyumlu eylemlere girişerek birlikte hakim duruma gelmesi ve bunu kötüye kullanması yanında, birlikte hakim durumdayken uyumlu eylemlere girişerek rekabeti sınırlamaları da mümkündür.

Teşebbüslerin davranışlarının hem 4. hem de 6. maddeyi ihlal etmiş olması halinde bu iki maddeden ayrı ayrı para cezasına hükmedilemez. Zira doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi ⁸⁹ tek fiille gerçekleşen bu durumlarda çifte cezalandırılmaya gidilmemelidir. Kanaatimizce en doğru çözüm hem 4. hem de 6. maddenin ihlal edildiğine hükmetmek ancak RKHK 16. maddesine göre bir tek hükmün ihlalinden dolayı cezalandırma yoluna gitmek olacaktır. Elbette iki hükmün de ihlal edilmesi, ceza miktarı belirlenirken esas alınmalı ve ceza ağırlaştırılmalıdır.

Kurul'un böyle durumlarda hem 4. hem de 6.maddenin ihlal edildiğini karara bağlaması, Kanun'un ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçları açısından isabetli olacaktır. Zira davacılar tazminat taleplerini, Kurul kararını da delil olarak göstererek, hem 4. hem de 6. maddeye dayandırabilirler. Bu durum Usul Hukuku'nda hakların yarışması (telâhuku) temeline dayanan mütelâhik davalara örnek teşkil eder. Mütelâhik davalarda talep, bu talebi haklı gösteren iki veya daha fazla sebebe dayanır.⁹⁰ Davacı bu yolla hiç kuşkusuz talebini daha güçlü bir şekilde

⁸⁹ ASLAN, İ.Y., 2001, s. 230; AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000, s. 119.

⁹⁰ KURU B./ASLAN R./YILMAZ E., **Medeni Usul Hukuku**; 15. Baskı, Ankara 2004, s. 338.

savunabilmektedir. Hatta HUMK m.76 gereği, davacı tarafından ileri sürülmesi de, hakim davaya uygulanacak kanun hükümlerini kendiliğinden araştırıp bulmakla ve davacı için daha elverişli olan kanun hükmünü uygulamakla yükümlüdür.⁹¹

C. Birleşme ve Devralmalar ile Uyumlu Eylemler

Birleşme ve devralmalara⁹² ilişkin kurallar, bu tür işlemler yoluyla teşebbüslerin belirli merkezlerde toplanarak yoğunlaşmasının (merkezileşmesinin) denetlenmesine yöneliktir. Böylece teşebbüslerin yoğunlaşmasının rekabet açısından doğuracağı olumsuz sonuçların önlenmesine çalışılır.

Birleşme ve devralmalar RA'da düzenlenmiş değildir. İlk olarak 1989 tarih ve 4064/89 sayılı "*Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü*"⁹³ ile konu bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Özellikle bu Tüzükten önce; teşebbüsler arası yoğunlaşmaların nasıl denetleneceği konusu AT doktrin ve uygulamasını bir hayli meşgul etmiştir. Bu konuda akla ilk gelen ise RA m.81 ve 82'nin yoğunlaşmaların denetlenmesi için kullanılıp kullanılmayacağı olmuştur. Nitekim, ATAD *Continental Can*⁹⁴ Kararında m.82; *BAT&Reynolds*⁹⁵ Kararında da m.81 için bu yolu açmıştır.

Söz konusu Tüzükle birlikte, AT Konseyi, RA m.81 ve 82'nin yoğunlaşmalara uygulanması konusunda fikrini ortaya koyma fırsatı bulmuştur. Tüzüğün önsözünde bunun mümkün olduğu açıkça ifade edilmiştir.⁹⁶ Aynı görüş 1

⁹¹ KURU B./ASLAN R./YILMAZ E., 2004, s. 338.

⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI A., **Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü**; Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Nisan 2000, s. 101-124.

⁹³ "**Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü**"; OJ 1990 L257/14.

⁹⁴ **Europemballage Continental Can v. Commission**; Case 6/72, ECR 1973; 215.

⁹⁵ **BAT and Reynolds v. Commission**; Cases 142, 156/84, ECR 1987, 4487.

⁹⁶ Bkz. "**Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü**"; OJ 1990 L257/14.

Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren yeni “*Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü*”⁹⁷ nde de sürdürülmüştür.⁹⁸

Türk Rekabet hukukunda ise birleşme ve devralmalar RKHK m.7’de düzenlenmiştir.⁹⁹ Yukarıda AT Rekabet hukuku açısından hem m.81 ve/veya 82’ye hem de Tüzük hükümlerine aykırı durumların olabileceğine dair görüşü Türk Rekabet hukuku açısından da kabul etmek mümkündür. Yani teşebbüslerin faaliyetlerinin bir yandan uyumlu eylem diğer yandan da birleşme veya devralma yahut da *yoğunlaşma*¹⁰⁰ olarak nitelendirilmesi mümkündür. Gerçi m.7’nin lafzından, teşebbüslerin faaliyetlerinin birleşme veya devralma olarak nitelendirilmesi durumunda bu faaliyetlerin diğer yandan ancak hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Kanaatimizce söz konusu maddeyi bu şekilde yorumlamamak aksine teşebbüslerin faaliyetlerinin birleşme veya devralmaların yanı sıra uyumlu eylem veya anlaşma olarak da nitelendirilebilmesinin mümkün olabileceği şeklinde geniş yorumlamak gereklidir. Nitekim son zamanlarda yürütülen RKHK’da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin çalışmalar çerçevesinde; m.7’de öngörülen “...teşebbüslerin hakim durum yaratmaya ya da hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak...” şeklindeki

⁹⁷ Bkz. *Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü*, 29.01.2004 OJ L 24/1.

⁹⁸ Bkz. *Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında Topluluk Tüzüğü*, 29.01.2004 OJ L 24/1.

⁹⁹ **RKHK m. 7 şu şekilde düzenlenmiştir:** “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”

¹⁰⁰ 4054 sayılı RKHK’da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin’de “birleşme ve devralmalar” teriminin “*yoğunlaşma*” olarak değiştirilmesi teklif edilmektedir, **4054 sayılı RKHK’da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin**, 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

ifadenin kaldırılması önerilmekte¹⁰¹ ve böylece kanımızca maddenin daha geniş yorumlanmasına imkan tanınmaktadır.

D. Uyumlu Eylem için Muafiyet Sorunu

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 m.4 ve m.81’de öngörülen yasaklardan muafiyet sağlamak gerekmektedir.

Muafiyet kavramı, AT Rekabet Hukuku’nda RA’nın 81. maddesinin 3. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Hatırlanacağı gibi 81. 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. fıkraya istisna olabilecek haller yani bireysel ve grup muafiyetler düzenlenmiştir. Türk rekabet hukukunda ise muafiyet, RKHK’nın 5.maddesinde düzenlenmektedir.¹⁰²

¹⁰¹ 4054 sayılı RKHK’da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin’in 4. maddesinde 4054 sayılı Kanun’un 7 nci maddesinin başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir:

“Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü

Madde 7 – Bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme, devralma veya ortak girişim gibi yoğunlaşma işlemleri yasaktır...” 4054 sayılı RKHK’da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin, 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

¹⁰² RKHK m.5 muafiyeti şu şekilde düzenlemektedir:” **Madde 5- Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:**

- a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlanması,
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

Türk ve AT düzenlemeleri arasındaki farklılık, 81. maddenin tüm hükümleri tek madde içinde barındırılırken, RKHK’da genel yasaklama, muafiyet ve geçersizlik hükümlerinin ayrı ayrı maddelerde yer almış olmasıdır. Kanaatimizce RA.’nın 81. maddesindeki düzenleme bir bütünlük arz etmesi bakımından daha yerinde bir düzenlemedir.

RKHK’nin 5. maddesine göre bireysel ve grup muafiyetlerinin verilmesinde yetkili tek organ Rekabet Kuruludur. AT Rekabet Hukukunda da 17 sayılı tüzüğün 9/1. maddesi “Kararları Adalet Divanının denetimine tabi olmakla birlikte, Anlaşmanın 81/3 .maddesine göre 81/1. 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 tabidir.¹⁰³

RKHK’nın muafiyete getirdiği düzenleme ile 81/3. maddenin benimsediği sistem birbirine oldukça yakındır. İkisi de muafiyet kapsamına anlaşmaları, birlik kararlarını ve uyumlu eylemleri dahil etmişlerdir. Uyumlu eylemler açısından konuyu ele alırsak; Türk ve AT Rekabet Hukuklarında muafiyet verilebilmesinin ön

*d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,
Muafiyet kararları en çok beş yıl için verilir. Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Kurulca verilen muafiyet süresi sona erdiğinde muafiyet şartları halen devam ediyorsa ilgili tarafların başvurusu üzerine muafiyet kararı yenilenebilir.
Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.*

¹⁰³ 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.

koşulu, muafiyet talebinde bulunulan anlaşma, birlik kararı ya da uyumlu eylemin bildirilmiş olmasıdır. Zaten Kanun'un 10. maddesinin ilk cümlesinde bu durum "4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurul'a bildirilir" ifadesiyle yer almıştır.

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 görüşü¹⁰⁴ 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 edilmektedir.¹⁰⁵

Kanımızca uyumlu eylemlerin muafiyet hükümleri kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olduğunu savunan görüşe küçük bir ihtimal için bile olsa RKHK'nın 5. maddesinin uyumlu eylemlere de muafiyet verilebileceğini düzenlemesinin yerinde olduğu gerekçesiyle katılmak mümkün değildir. Uyumlu eyleme muafiyet verilebilmesi ilgili düzenlemelerde yer almakta ise de pratikte bu

¹⁰⁴ BADUR E., 2001, s. 130; Uyumlu eyleme muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı yolundaki görüş için ayrıca bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ G., 2000, s.79.

¹⁰⁵ ASLAN İ. Y., **Rekabet Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler ve Eleştiriler**, Ankara 1993, s.8

durum mümkün gözükmemektedir. Zira teşebbüslerin gerçekleştirdikleri uyumlu eylem için muafiyet talep etmeleri örneğin bireysel muafiyet talebinde bulunacak teşebbüsler için bildirim şartı söz konusu olduğundan, teşebbüsler rekabeti kısıtlayıcı eylemlerde bulduklarını kabul etmiş olacaklardır. Bu durumu kabul etmeleri ise uyum içinde buldukları 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 dönüşecektir.

Sonuç olarak tekrar belirtmek gerekir ki teşebbüslerin teoride uyumlu eylem için muafiyet talep etmeleri mümkün iken bu durum pratikte mümkün gözükmemektedir. Nitekim bu konudaki ATAD ve Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde uyumlu eylem için muafiyet talebinde bulunulan bir karara rastlanmamaktadır.

RKHK'nın 5. maddesinin üçüncü ve son fıkrasında grup muafiyetinden söz edilmiştir. Bu hüküm "*Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.*" İfadesiyle düzenlenmiştir. Dikkat edileceği gibi Kanun açık bir grup muafiyeti tanımlı yapmamaktadır. Hüküm Rekabet Kuruluna verilen bir yetki şeklinde düzenlenmiştir. AT Rekabet Hukukunda ise daha değişik bir ifade tarzı benimsenmiştir. RA'nın 81/3. maddesi içeriğinde "*işletmeler arası anlaşma veya anlaşma gruplarına, işletme birlikleri karar veya karar gruplarına, uyumlu davranış veya uyumlu davranış gruplarına*" ifadesi kullanılmıştır. Yani 81/3. madde doğrudan doğruya grup

muafiyetinden bahsetmemişse de anlaşma, birlik kararı ve uyumlu eylem gruplarına muafiyet tanınabileceğini belirtmiştir.

Dolayısıyla Türk ve AT düzenlemeleri arasındaki bir diğer farklılık, AT rekabet Hukukunda anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarına grup muafiyeti tanınması mümkünken, RKHK'da sadece anlaşmalar için grup muafiyetinden söz edilmiş olmasıdır. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin¹⁰⁶ 7.maddesinde ise, Tebliğ'in uyumlu eylemlere de uygulanabileceği yolunda bir düzenleme mevcuttur. Yani Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasında sadece anlaşmalar için getirilen grup muafiyeti, Kurul tarafından çıkartılan tebliğle uyumlu eylemleri de içine alacak şekilde düzenlenmiştir. Kanımızca bu durumda Kanun'da yer almayan bir hususun çıkartılan bir tebliğ ile düzenlenmesi, Türk Hukuku açısından mümkün değildir. Tebliğ ile getirilen düzenleme kanuna aykırı sayılacak ve kanun hükmünün esas alınması gerekecektir. Kanımızca Kanun'un da, RA'nın 81/3. maddesine benzer bir düzenleme yoluna gitmesi ve uyumlu eylemleri de grup muafiyeti kapsamına alması yerinde olurdu.

¹⁰⁶ **Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği**, RG 24815, 2002.

İKİNCİ BÖLÜM

REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ VE BU İHLALİN KARŞILAŞACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR

I. REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ

A. Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Engellenmesi, Sınırlanması veya Bozulması

1. 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. 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. İşte rekabet sistemi açısından bu endişeyi gidermek amacıyla, rekabet düzenlemelerinde, yasak faaliyetler içerisinde kabul edilen “ uyumlu eylemler” kalıbına da yer verildiği görülmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali başlığı altında; hem RKHK m.4 ve hem de RA m.81’de sözü edilen rekabetin engellenmesi, sınırlanması veya bozulması ifadesinin ne anlama geldiği ve uyumlu eylemler açısından bu durumun nasıl gerçekleşeceği incelenecektir. Ayrıca amaç ve etki sorunu olarak adlandırdığımız, uyumlu eylemin rekabetin engellenmesi, sınırlanması veya bozulması amacı taşımasının, rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali için yeterli sayılıp sayılmayacağı bunun yanında rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu

bir etki de doğurması şartının da aranması gerekip gerekmediği konusu incelenecektir.

Oligopol piyasasında rekabetin uyumlu eylemlerle kısıtlanması konusu özellikle bu piyasaların yapısından kaynaklanan sorunlar çerçevesinde ele alınacak ve yine özellikle bu piyasalar için sorun teşkil eden paralel davranışların uyumlu eylem sayılıp sayılmaması ve bilinçli paralellik meselesi ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

2. Amaç ve Etki Sorunu

a) AT Rekabet Hukukunda

Roma Anlaşması'nın 81. maddesinin (eski düzenlemede 85. madde) 1. fıkrası Ortak pazar içerisindeki rekabetin engellenmesi, sınırlanması veya bozulması amaçlı veya etkili ve Üye Devletlerarası ticareti etkilemesi mümkün olan uyumlu davranışları yasaklamıştır. 81. maddede maddenin nasıl uygulanacağını anlaşılmaması için, Ortak Pazar ile bağdaşmaz kabul edilen ve yasaklanan davranışlara dair tahdidi olmayan örnekler verilmiştir.

Bir uyumlu eylem 81. maddenin 1. fıkrasını “rekabeti engelleme, sınırlama ya da bozma” amacı ve etkisi taşıyorsa ihlal edecektir. Dolayısıyla “engelleme”, “sınırlama” ve “bozma” terimlerinin ne anlam taşıdığını incelemek gereklidir. “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.”Engelleme” ve “Sınırlama” terimleri bazen aynı rekabeti engelleyici hareketler için kullanılmaktadır. Firmaların, pazar davranışlarını bağımsızca belirlemeyi kesip diğer firmalarla koordineli olarak belirledikleri durumlarda rekabetin sınırlandırıldığı kabul edilmektedir. “Bozma” terimi ise en geniş kapsamlı içeriğe sahip olan ve seyrek durumlarda uygulanan terimdir. Roma Antlaşması’nın 87. maddesinin 1. fıkrası (eski düzenlemede 92. madde 1. fıkra) “...belirli teşebbüsleri ya da belirli ürünlerin üretimini kayıtarak rekabeti **bozan veya bozma tehdidi yaratan** ve bir Üye Devlet tarafından veya hangi şekilde olursa olsun Devlet kaynakları aracılığıyla yapılan yardımlar, Üye Devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Ortak Pazar ile bağdaşmaz.” kabul etmiştir. Rekabetin bozulması durumu taraflar lehine rekabet koşullarında bir suni değişikliği ifade eder örneğin tarafların yerel üretimlerine ihracatlarını subvansede edebilmeleri için toplanacak özel bir vergi yüklenmesi veya hem yerli hem de yabancı işletmeciler için öngörölmüş bir verginin sadece yerli işletmecilere geri ödemesinin yapılması gibi.¹⁰⁷

R.A. 81/1. maddenin “engelleme, sınırlama, bozma” sınırlamaları akla önem sırasını getirirse de, büyük ihtimalle bu sözcüklerin birbirinin etkisini arttırmaktan ve korunmak istenen rekabet olgusunun sınırlarını genişletmekten başka bir işlevi yoktur. Nitekim Komisyon ve ATAD da kararlarında bu kavramları birbirinden kesin çizgilerle ayırt ederek ele almamıştır.

Öğretide de bu terminolojik farklılık esas alınmamakta, rekabet üzerindeki etkileri açısından bu gibi anlaşma, karar ve davranışlara, örneğin İngiliz Hukuku’nda rekabeti sınırlandıran (restrictive practices) işlem ve eylemler denilmektedir.¹⁰⁸

Amerikan Antitröst Hukuku’nda, Sherman Yasası’nın 1. maddesinde “rekabetin

¹⁰⁷ RITTER L./BRAUN W. D./RAWLINSON F., 2000, s. 96.

¹⁰⁸ AŞÇIOĞLU ÖZ G., 2000, s. 55.

engellenmesi, sınırlanması ve bozulması” ifadelerinin yerine “ ticaretin sınırlanması (Restraint of Trade or Commerce)” kavramına yer verilmiştir. İlgili kavram ile “rekabetin sınırlanması” kriterinin aynı anlama geldiği genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu kavramın tam olarak neyi ifade ettiği, Amerikan Hukuku’nda da tartışma konusu yapılmaktadır.¹⁰⁹

R.A.’nın 81. maddesi Ortak Pazar içerisindeki rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma *amaçlı veya etkili* ve Üye Devletlerarası ticareti etkilemesi mümkün olan işletmeler arası anlaşmalar, işletme birlikleri kararları ve uyumlu eylemleri yasaklamıştır.

Taraflar arasındaki anlaşma, karar veya uyumlu eylemin amacının açıkça rekabeti sınırlayıcı nitelikte olması yeterlidir. Anlaşma ve kararlarda rekabeti sınırlayıcı amaç aşikar olarak anlaşılabilirliğinden ayrıca ilave kaynaklardan araştırma yapmaya gerek yoktur. Gerçi rekabeti sınırlayıcı amacın taraflar arasındaki anlaşmada veya kararda hususi olarak vurgulanması da şart değildir, niyetin varlığının olayın şartlarından anlaşılabilmesi yeterlidir.¹¹⁰ Fakat muhtemel şüphelere karşı, anlaşma veya kararın çatısı ve şartlarının, temel hedefi ihlal etmeyecek şekilde değişebilme ihtimali gözden kaçırılmamalıdır. Uyumlu eylemlerde ise paralel uygulamaların rekabeti sınırlama amacı, tarafların hareketlerinden ve uyumlu olarak gerçekleştirdikleri davranışların arka planından anlaşılır.¹¹¹ Yani rekabeti sınırlayıcı amacın varlığı tarafların görünürdeki davranışlarıyla sınırlı olarak düşünülmemelidir. Aynı ürün piyasasındaki üç işletmeden ikisinin diğerini piyasadan çekilmeye zorlamak için paralel davranmaları veya eş zamanlı fiyat kırmaları durumunda,

¹⁰⁹ SANLI K. C., 2000, s. 96.

¹¹⁰ BAEL I. V./BELLIS J. F., **Competition Law Of The EEC**, Oxfordshire, 1990., s. 36, 37.

¹¹¹ RITTER L./BRAUN W. D./RAWLİNSON F., 2000, s. 92-95.

sadece bu iki tarafla sınırlı bir rekabet mücadelesinin varlığı sonucuna ulaşılabilir. Fakat tarafların üçüncü işletmeyi piyasadan silmek olan yegane amaçlarının açığa çıkartılabilmesi, ancak görünüşteki davranışların arka planını araştırmakla mümkün olacaktır.¹¹²

Sonuç olarak yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ATAD'ın kararlarının bir kısmında “amaç” ve “etki” açısından kesin bir ayrıma yer verilmediği gibi, verdiği bazı kararlarında bu yaklaşımı açıkça reddetmektedir. Ayrıca 81. maddenin uygulanması için, üye devletler arasındaki ticaretin etkilendiği ve bu etkinin hissedilir düzeyde olduğunun kanıtlanması mecburiyeti, değerlendirmenin sadece “amaç” ile sınırlı olmasını güçleştirmektedir. Amacın açıkça rekabeti sınırlayıcı olmadığı hallerde ise, danışıklı ilişkinin rekabet üzerindeki etkileri incelenmekte ve ekonomik analizler çerçevesinde karar verilmektedir¹¹³.

Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde akla bir uyumlu eylemin pazarda etkisini göstermesi gerekip gerekmediği sorusu gelmektedir. Bu sorunun cevabı doktrinde bir fikir birliğine varılmadığından ATAD içtihatları çerçevesinde ortaya konmaya çalışılacaktır.

ATAD'ın vermiş olduğu *Polypropylene Kararı*¹¹⁴,nda bir uyumlu eylemin 81(1). maddeyi ihlal etmesi için etkisini göstermesi gerekip gerekmediği sorusu tartışılmıştır. Eğer bu soruya olumlu yanıt verilecek olursa rakipler pazarda fiili hiçbir etki yaratmaksızın sadece buluşur veya bilgi değişiminde bulunursa, bu durum uyumlu eylemin varlığını göstermeyecektir. Komisyon burada bir anlaşmanın varlığını ve rekabeti kısıtlama amacı ve etkisini kanıtlamak zorunda kalacaktır.

¹¹² TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 134.

¹¹³ SANLI K. C., 2000, s. 105.

¹¹⁴ C-51/92 P etc. **Hercules Chemicals NV v. Commission** [1999] ECR L-4235, [1999] 5 CMLR 976.

Komisyon 81(1). maddedeki anlaşma ve uyumlu eylem uygulamaları arasında yasal farklılıklara izin vermemekle ilgilenmiş ve buna çalışırken Topluluk Mahkemelerinin desteğini almıştır.

Divan, *Polypropylene* davalarından birisi olan *Hüls* Kararı¹¹⁵,nda pazarda rekabete aykırı etkilerin yaratılmaması halinde dahi 81(1). madde anlamında bir uyumlu eylemin varlığına karar vermiş fakat *Cement Davalarında*¹¹⁶ İlk Derece Mahkemesi taraflar aksini ispat edene kadar bir ihlalin olmadığına karar vermiştir. Divan, *Hüls*¹¹⁷ kararındaki görüşüne ulaşırken kendi içtihadını oluşturmuş ve madde 81(1)'in her bir ekonomik işletmenin pazarda bağımsızca kendi politikasını belirlemesi zorunluluğunu gerektirdiğini ifade etmiştir. Divan bir uyumlu eylemin içeriğinin pazarda ortak bir davranış anlamına geldiğini kabul etmekte fakat ortada birinin diğeriyle yaptığı temas ile sağlanan bir hareket yolunda bir varsayım olması gerektiğini eklemektedir. Yani bu varsayım nedeniyle Komisyon daha da ileri gitmemeli ve bu etkileri fiili olarak ispatlamamalıdır. Ayrıca Divan, bir uyumlu eylemin rekabete aykırı bir amaç taşıması gerektiğini özellikle belirtmekte ve uyumlu eylemin pazarsa etki yaratmasına gerek olmadığı yolundaki savına madde 81(1)'in içinde geçen ifadelerden (...*bozma amaçlı veya etkili...*) yararlanarak destek sağlamaktadır.

Uyumlu eylemin pazarda etki yaratmasına gerek olmadığına dair iddia anlamsal veya felsefi birtakım sorunlar içerse dahi kararda hukuk açıkça ortaya konmuştur. "*British Sugar*" Kararında¹¹⁸ Komisyon da pazarda fiili bir etkinin

¹¹⁵ C-199/92 P etc **Hüls AG v. Commission** [1999] ECR L-4287, [1999] 5 CMLR 1016.

¹¹⁶ Cases T-25/95 etc **Cimenteries CBR SA v. Commission**, 18 December 1992, E.C.R II-26/67.

¹¹⁷ C-199/92 P etc **Hüls AG v. Commission** [1999] ECR L-4287, [1999] 5 CMLR 1016.

¹¹⁸ Cases T-202/98 etc **Tate & Lyle v. Commission**, 12 July 2001, British Sugar plc, Tate & Lyle plc, Napier Brown & Co Ltd, James Budgett Sugars Ltd OJ [1999] L 76/1, [1999] 4 CMLR 1316.

yokluğunda bir uyumlu eylemin var olabileceği sonucuna vardığını özellikle belirtmiştir.

b) Türk Rekabet Hukukunda

Rekabet Hukukunun öncelikli amacı piyasalardaki etkin veya çalışabilir rekabetin korunması ve geliştirilmesi olduğuna göre, bir uyumlu eylemin 4. madde çerçevesinde hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için bu ilişkinin doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti sınırlaması, bozması veya engellemesi gereklidir. Rekabetin korunması, başka bir deyişle rekabeti önleyecek, sınırlayacak ve bozacak davranışların yasaklanması, Amerikan Antitröst ve AT Rekabet Hukuku'nda yer alan temel konulardandır. Bununla birlikte ne RKHK'nın 4. maddesi ne de RA'nın 81/1.maddesi engellenme, bozulma ve kısıtlanma kriterlerini açıklamıştır.

Bu sözcükleri çok kesin sınırlarla birbirinden ayırmak mümkün değildir. Muhtemelen **engellemek** sözcüğü, **kısıtlamaktan** daha kesin ve kuvvetli bir anlam taşımakta ve varolan rekabet düzeninin daha çok zedelenmesini ifade etmektedir. Bunun yanı sıra **bozmak** sözcüğünün, RA'nın 3/f maddesindeki "*bozulmayacak bir rekabet düzeni*" sözü de dikkate alınarak, en ağır zedelenmeyi belirttiği söylenebilir. Bu doğrultuda başka bir görüşe göre rekabeti engellemek fiili, pazar içinde rekabeti tam olarak ortadan kaldırıcı bir etkiyi içermektedir. Kısıtlama tam olarak ortadan kaldırma yanında, daha az etkisi olan bir fiildir. Bozulmak ise rakip firmaların durumu ve ilişkilerine göre değerlendirilecek, yoruma açık bir fiil olabilir.¹¹⁹

RKHK'nın 4. maddesi bir uyumlu eylemin, anlaşmanın veya kararın yasaklanabilmesi için doğrudan ve dolaylı olarak rekabeti sınırlayıcı amaçlı veya etkili olmasını istemektedir. Bu tür anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ancak

¹¹⁹ BADUR E., 2001, s. 80.

“muafiyet” kapsamına (madde 5) alındığı takdirde, RKHK’nun 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından kurtarılabilir.¹²⁰ Şüphesiz bu imkanın kullanılabilmesi muafiyet şartlarıyla bağdaştığı ve rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerle mücadele amacına yönelik RKHK’nın 4. maddesi hükmünün varlığıyla çelişmediği ölçüde mümkün olacaktır.¹²¹

Bu düzenleme 4. maddenin RA’nın 81/1. maddesinden açıkça farklılaştığı noktalardan biridir. RKHK 4. maddesi hükmünün “.....rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama **amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır**” şeklindeki ifadesi farkı ortaya koymaktadır. RA’nın 81/1. maddesinde sadece rekabeti sınırlayıcı **amaçlı veya etkili** (object or effect) anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlar yasaklama kapsamına alınmıştır. Oysa RKHK, RA’nın 81/1. maddeye göre kapsam genişlemesi yaratarak, rekabeti sınırlama amacı taşıyan veya bu etkiyi yaratan uyumlu eylemlerin yanı sıra, rekabetin sınırlanması etkisini doğurabilecek nitelikte olan uyumlu eylemleri de yasaklamıştır. Bu düzenleme potansiyel rekabeti sınırlama ihtimali olan uyumlu eylemlerin de RKHK’nın 4. maddesi çerçevesinde değerlendirilebileceği manasına gelmektedir. Yani bir uyumlu eylemin ileride rekabeti sınırlayıcı etki doğurabileceği bugünden belli ise, bu uyumlu eylem yasaklanabilecektir.¹²²

¹²⁰ RITTER L./BRAUN W. D./RAWLİNSON F., 2000, s.71

¹²¹ Yegane amacı mal ve hizmetlerin alım satım fiyatlarının tespiti veya piyasaların bölüşülmesine yönelik per se yasak anlaşmaların daima muafiyet imkanından yararlandırılarak 4. madde uygulamasının dışına çıkarılabilmesi mümkün olmamalıdır. Kısaca muafiyet şartları tartışılırken, mutabık kalınan rekabeti sınırlayan amacın yoğunluğu yahut bu sonuca yönelik kast ve niyet belirleyici nitelik taşımaktadır. Bkz. WHISH R., 2001, s.203 vd.

¹²² ASLAN İ. Y., 2001, s. 103

Dikkat edilecek olursa, maddenin kaleme alınışından alternatifli bir anlam çıkmaktadır. Yani bir uygulamanın 4. madde kapsamına girebilmesi için rekabeti sınırlama amacı taşıma bu etkiye sahip olma ya da aynı etkiyi doğurabilecek nitelikte olma özelliklerinden sadece birine sahip olması yeterlidir. Kanun'un bu düzenleme tarzı, bir uyumlu eylemin 4.madde kapsamında değerlendirilmesi konusunun tespiti için, üç aşamalı bir incelemeyi zorunlu kılar.

Öncelikle uyumlu eylemin rekabeti sınırlayıcı amaç taşıyıp taşımadığı incelenmelidir. Eğer uyumlu eylemin rekabeti sınırlayıcı amaçlı olduğu sonucuna varılırsa, uyumlu eylem doğrudan yasaklanmalıdır. Kalan iki inceleme aşamasına devam edilmesi gerekli değildir. Uyumlu eylemlerde paralel uygulamaların rekabeti sınırlama amacı, tarafların hareketlerinden ve uyumlu olarak gerçekleştirdikleri davranışların arka planından anlaşılır.¹²³ Yalnız para cezasının da verilmesi gereken durumlarda, verilecek cezanın miktarının ve ağırlığının (şiddetinin) belirlenmesi açısından, rekabetin bozulmasının süresinin ve şiddetinin tespit edilmesi için daha fazla incelemeye ihtiyaç olacaktır.¹²⁴ Sırf amacı kanuna aykırı olduğu için bir uyumlu eylemin yasaklanabilmesi için bu uyumlu eylemin rekabeti sınırlayabilecek makul bir iktisadi güç meydana getirip getirmediğinin, tarafların iktisadi güçlerinin buna müsait olup olmadığının araştırılması gereklidir.

Eğer uyumlu eylemin amacı rekabeti sınırlayıcı değilse bu kez uyumlu eylemin başka unsurlarla birleşerek fiilen rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurup doğurmadığı araştırılacaktır.

¹²³ RITTER L./BRAUN W. D./RAWLİNSON F., 2000, s.71, 72.

¹²⁴ ASLAN İ. Y., 2001, s. 103

Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında ise Kurul'un örneğin *AKS ve diğerleri k. BİMAŞ ve diğerleri Kararı*'nda ¹²⁵ BİMAŞ ortak girişiminin ana sözleşmesinin, ulusal yayın yapan televizyon kanalları reklam yeri piyasasında rekabetin engellenmesi etkisini doğurduğu gerekçesiyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği kararına varmıştır. Dolayısıyla Kurul burada, rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin tespit edilmiş olmasını yeterli görmüş ayrıca sözleşmenin rekabeti kısıtlama amacı taşıyıp taşımadığının da araştırılmasına gerek görmemiştir.

Ayrıca Kurul, bazı durumlarda uyumlu eylem için görünüşün tersine asıl amacın rekabeti sınırlamamak olmasını da kabul etmektedir. Nitekim Kurul, "*Özel Okullar Derneği*" kararında¹²⁶ bu sonuca varmıştır.

Bu konuda Danıştay'ın görüşü¹²⁷ de, belirli bir mal piyasasında söz konusu olan teşebbüsler arası danışıklı ilişkilerin rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşımasa bile, bu türden etkileri doğurması yahut doğurabilme olasılığını barındırmasının hukuka aykırı sayılmaları için yeterli olduğu yolundadır.

B. Oligopol Piyasasında Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Kısıtlanması

Oligopol piyasalar az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu ve hiçbirinin tek başına hakim durumda olmadığı piyasalardır. Karşılıklı bağımlılık dolayısıyla hiçbir teşebbüs politikalarını belirlerken diğer teşebbüslerden bağımsız olarak hareket edemez. Teşebbüsler arasındaki bu bağımlılık piyasada yer alan nispeten küçük teşebbüsler için olduğu kadar, büyük teşebbüsler için de geçerlidir. Bu

¹²⁵ **AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri K. BİMAŞ Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. ve Diğerleri**, Karar No: 00-4/41-19, 01.02.2000, R.G. 24582, 13.11.2001.

¹²⁶ **Özel Okullar Derneği Kararı**, Karar no:99-6/48-17, 11.02.1999, R.G. 24028, 22.04.2000..

¹²⁷ Danıştay 10.Daire; E.:2001/1405, K.:2003/4903, 9.12.2003, Danıştay Kararları Dergisi S.5.

bağımlılığın sonucu olarak teşebbüsler arası anlaşma olmadan da paralel davranışların ortaya çıkması mümkündür.¹²⁸

Uyumlu eylemlerin ispatında en önemli zorluklardan biri, teşebbüsler arası uyumlu eylemin oligopol bir piyasada gerçekleşmiş olmasıdır. Bir piyasada az sayıda da olsa çoğu kez aynı güçte birbirinin rakibi olan teşebbüsler bulunmaktadır. Bu teşebbüslerin piyasada başarılı olabilmesi, rakiplerin davranışlarını iyi takip etmelerine ve bunlara gerektiği zaman ve gerektiği ölçüde tepki verebilmelerine bağlıdır. Teşebbüslerin vermiş olduğu bu tepki bazen rakip teşebbüslerin aldığı kararın benzeri hatta aynısı bile olabilir.¹²⁹ Bu durum uyumlu eylem olarak nitelendirilme riskini de beraberinde getirir. Bu tür bir piyasada ürünlerin niteliği hemen hemen aynı olduğu için rekabet, ürünlerden ziyade bu ürünlerin satımına ilişkin bazı kolaylıklar (vade, taksit, promosyon vb) sağlanmasında kendini gösterir. Ürün homojenliği yanında baskın bir teşebbüsün varlığı, fiyat liderliği ve piyasaya giriş engelleri de uyumlu eylemi kolaylaştıran faktörlerdendir. ATAD da oligopol piyasa savunmalarını dikkate almakta ve bunun değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Bazı yazarlar¹³⁰, oligopol bir piyasadaki pazarın koşulları gereği elde edilen bilgiler çerçevesinde rakip teşebbüsler ile bir bağlantıları olmasa bile aldıkları karar sonucunda ortaya çıkan bilinçli paralel davranışları uyumlu eylem olarak nitelendirmek gerektiği görüşündedirler.

¹²⁸ ASLAN İ. Y., 2001, s. 231; GERVEN G./VARONA N.,“**The Wood Pulp Case and The Future of Concerted Practices**”, Common Market Law Review, No:31, 1994, s. 576.

¹²⁹ ASLAN İ. Y., *age.*, s. 82. Bkz. **Turkcell- Telsim Kararı**, Karar No: 99-57/614-391, 14.12.1999, RG 24152, 26.08.2000; **Gazete Kararı**, Karar No:00-26/291-161, 17.07.2000, RG 24145, 19.08.2000;**1.Çimento Kararı**, Karar No: 99-30/276-166(a), 17.06.1999, RG 24192, 26.10.2000.

¹³⁰ ASLAN İ. Y., *age.*, s. 83,84.

Bazı yazarlara¹³¹ göre ise, rekabet kuralları teşebbüslerin basiretli hareket etmelerini engellemektedir. Paralel davranışlar oligopol piyasada bile olsa teşebbüsler arası bir temas olmadığı takdirde uyumlu eylemden söz edilemez. Bu tür bir piyasada yer alan teşebbüslerin bir bağlantı olmaksızın bilinçli paralellik yoluyla diğerlerini takip etmeleri yasaklanırsa bu piyasaları ortadan kaldırmak gerekecektir. Bir teşebbüsün piyasadaki başarısı rakiplerin davranışlarını doğru yerde ve doğru zamanda uygun bir tepki vermekle doğru orantılıdır.

Kurul, maya üreticileri ile ilgili verdiği kararında¹³² ikinci görüşü benimsemiştir. Maya üreticilerinin satış fiyatlarını birbirlerine yakın dönemlerde ve oranlarda artırmaları bir karine olarak değerlendirilmiş ancak, üreticilerin maliyet yapıları farklı olmasına rağmen fabrika çıkış fiyatlarının benzer olması ve fiyatları eş zamanlı artırmaları “oligopolistik bağımlılık” ve teşebbüsler arası bir “temasın olmaması” gerekçelerine dayanılarak uyumlu bir eylem şeklinde nitelendirilmemiştir. Bununla birlikte piyasanın oligopol piyasa özellikleri göstermesi, teşebbüslerin davranışlarının RKHK m.4 kapsamına girmeyeceği anlamına gelmemektedir.

Kurulun konuyu bu şekilde değerlendirmesinden sonra oligopol piyasalarda standart ürünler ile ilgili olarak taraflar arası bir temasın varlığı ortaya çıkmadığı sürece bir uyumlu eylem söz konusu olmayacaktır.

Kurulun konuyu bu şekilde değerlendirmesi bazı yazarlara göre¹³³ RKHK m.4/3,4 ve RKHK m.59/1 sistemine bütünüyle aykırıdır. Kanun koyucu RKHK m.4 ile teşebbüsleri bir uyumlu eylemden sorumlu tutarken, bu sorumlulukta

¹³¹ TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 196, 197.

¹³² **Maya Kararı**, Karar No: 00-24/255-138, 27.06.2000, RG 24245, 29.11.2000.

¹³³ ARI Z., 2004, s. 98, 99.

teşebbüslerin temasa dayalı bilinçli olup olmamasına ilişkin bir açıklık taşımamaktadır. RKHK m.4'de geçen ifade tarzı teşebbüslerin paralel davranışlarda buldukları takdirde bundan mutlak olarak sorumlu olacakları şeklinde kaleme alınmıştır. RKHK m.4/3'de uyumlu eylem iddiasına maruz kalan teşebbüslerin bu durumu ancak ekonomik ve rasyonel gerçeklerle açıklama imkanı tanınmıştır. Bu yazarların görüşüne göre, kanunun uyumlu eylem için getirmiş olduğu sistemde, teşebbüsler arasında bilinçli bir bağlantının bulunması şart değildir. Çünkü, kanunun işin doğası gereği böyle bir bağlantının bulunduğunu varsaydığını düşünmektedirler. Bu nedenle, bir uyumlu eylem soruşturması açılabilmesi için kanunun aradığı türden bazı belirtilerin bulunmasının yeterli olduğuna inanmaktadırlar. Dolayısıyla, oligopol piyasa yapısında bile teşebbüslerin paralel davranışlarından sorumlu olabilmesi için bağlantıyı şart olarak gören görüşe katılmamaktadırlar. Teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel olarak açıklayamayacakları hiçbir davranışta bulunmamalarının onlar için en güvenilir yol olacağını ve Kanunun bu şekilde yorumlanmasının oligopol piyasalarının kapatılmasını da gerektirmeyeceğini savunmaktadırlar.

Kanaatimizce Kurul'un Maya Kararında esas aldığı görüş yerindedir. 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.

Burada uyumlu eyleme ilişkin ispat sistemi ve ülkemizin ekonomik yapısı göz önüne alınarak iki hususu vurgulamak gerekir.

Birincisi, uyumlu eylemin ispatına ilişkin düzenleme istisnai bir nitelik taşıdığı için dar yorumlanmalı ve dikkatli bir şekilde uygulanmalıdır. Bu niteliğinden kaynaklanan nedenler ile en küçük bir şüphe halinde uyumlu eylemin olmadığına hükmedilmelidir. Bunun yerine anlaşma iddiası gündeme getirilebilir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi teşebbüsler arasında gerçek anlamda bir danışıklılık olmadığı halde teşebbüsler bunu ispat edemeyebilirler. Bu karinenin teşebbüsler üzerinde ağır bir ispat külfeti oluşturduğu açıktır.

İkincisi, ülkemiz ekonomisinin büyük bir bölümünde görülen oligopol piyasaların, Kurul'un çalışmaları sonucu rekabetçi bir yapıya kavuşması sağlanabilecektir. Kronik enflasyon, eş güdümlü davranışları açıklamada en sağlam dayanak olarak görünmekle birlikte, teşebbüslerin mali yapılarında yapılacak ayrıntılı inceleme teşebbüslerin oligopol piyasaya dayanarak yapacakları savunmalarını engelleyecektir.

Kanunun uyumlu eylemler bakımından getirmiş olduğu ve teşebbüsler arasında bir uyumlu eylemin varlığı için bir bağlantı aranmasına gerek olmadığı şeklindeki uygulaması, rekabete aykırı davranışları önleme açısından da son derece etkili olacaktır. Teşebbüsler aralarındaki ilişkileri ne kadar gizli tutarlarsa tutsunlar eğer bu davranışlarının sonucu rekabet kısıtlanıyorsa bunu açıklamak zorunda olacaklardır. Anlaşma gibi uyumlu eylem bakımından da teşebbüsler arası temasın aranması internet üzerinden işlemin arttığı bir dünyada Rekabet Kanununun etkin bir şekilde uygulanmasını azaltacaktır. Bu yüzden dikkatli davranmaları gerekmektedir. Komisyon rekabete aykırı davranışları ortaya çıkarmada hal ve şartlar delilinden

yararlanmakla birlikte, bazı güçlüklerle karşılaşılıyor olmalı ki, rekabete aykırı davranışların ortaya çıkmasına yardımcı olan teşebbüslere ceza indirimini veya cezadan tamamen muaf olacaklarına dair bir Not¹³⁴ çıkarmıştır.

1. Paralel Davranış İle Uyumlu Eylem İlişkisi

Paralel davranış ile uyumlu eylem arasındaki ilişkiyi ortaya koyma konusunda belki de en önemli karar diyebileceğimiz ATAD'ın *Wood Pulp* kararını¹³⁵ incelememiz gereklidir.

Wood Pulp kararında¹³⁶ ATAD, açıkça uyumlu eylem'in içeriğini sınırlandırmıştır. ATAD'ın bu 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 ispatlamadaki gücünün ne olması gerektiğinin anlaşılmasında önemli bir rol oynamıştır.

Davanın konusunu, kağıt hamuru üreticilerinin giriştikleri bazı uygulama ve davranışlar oluşturmaktadır. Kağıt hamuru üreticileri ileriye dönük olarak üçer aylık dönemler halinde fiyat duyuruları yapmaktadırlar. Duyurusu yapılan fiyatlar, kağıt hamuru üreticileri ile bunların müşterileri olan kağıt üreticileri arasında yapılan tartışmalar sonucu karar verilen fiyatların en üst seviyesini oluşturmaktadır. Bu duyurular ya eş zamanlı ya da çok yakın zamanlarda (birkaç saatlik farklılıklarla) yapılmaktadır. Duyurulan fiyatlar aynıdır ve alım satım fiyatları ise duyurusu yapılan fiyatlar ile aynıdır. Komisyon¹³⁷, 1975-1981 yılları arasında fiyatlarda gözlenen

¹³⁴ Kartellerde Ceza İndirimi ve Muafiyete ilişkin Not, O.J. C.45/3, 19.02.2002.

¹³⁵ **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

¹³⁶ **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

¹³⁷ **Woodpulp** (1985) OJ L85/1.

paralelliğin, oligopolistik bir piyasada tarafların karşılıklı bağımlılıkları ile açıklanamayacağını ileri sürmüş ve kararını şu unsurlara dayandırmıştır:

- Üretici ve müşteri sayısının fazla oluşu, ürünün farklı tiplerinin bulunması karşılıklı bağımlılığa yol açan şeffaf bir oligopolistik pazarla karşı karşıya bulunulduğu fikrini çürütmektedir.

- Pazar şeffaflığı pazarın yapısından kaynaklanmamaktadır. Şeffaflık tarafların kasıtlı olarak, gelecekte uygulayacakları fiyatları duyurmalarını ve bunları ortak basın ve ajanslara ulaştırmalarını içeren dolaylı ilişkileri ile ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan fiyatların sadece Amerikan Doları biriminde ve gelecekteki üç aylık dönem için açıklanması, iskonto uygulanmaması, pazarın yapay olarak şeffaflaştırıldığı fikrini desteklemektedir.

- Fiyatlarda gözlenen paralellik, fiyat duyurusunu ilk yapan teşebbüsün her üç aylık dönemde değişmesi nedeniyle, fiyat liderliği kavramı ile açıklanamaz.

- Üretim maliyetleri, kapasite kullanım oranları, taşıma maliyetleri, dikey bütünleşme dereceleri ve stok maliyetleri ülkeden ülkeye ve üreticiden üreticiye büyük ölçüde değişmektedir. Bu farklılıklara karşın üreticilerin aynı fiyatları uygulamaları birbirlerinden bağımsız aldıkları fiyatlandırma kararlarıyla açıklanamaz.

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.

Dava ATAD nezdinde görülürken, Komisyon belgesel delillerin bir bütün olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştü; ancak ATAD, delillerden, ilişkinin ne zamandır sürdüğünün ve ilişkiye taraf olanların tam olarak anlaşılmasından hareketle, bu delilleri değerlendirme dışı bırakmıştır. Böylece Komisyon'un uyumlu eylem iddiası, sadece pazar koşullarıyla açıklanamayan paralel davranışlar ile fiyat duyurularına dayanmıştır.

ATAD, 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. ATAD büyük ölçüde bu rapora dayandırdığı 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. ATAD, şeffaf bir oligopolistik pazarda, paralel davranışların ortaya çıkmasının doğal olduğunu belirterek, şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Paralel davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranış uyumlu eylemin birinci derecede delili olamaz."

ATAD'ın *Wood Pulp*¹³⁸ davasındaki kararı iki noktayı açıklığa kavuşturmuştur: Bunlardan birincisi oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. İkincisi ise ATAD, artık Komisyon'dan pazarı çok iyi analiz etmesini ve delilleri bu analiz çerçevesinde değerlendirmesini istemektedir.

¹³⁸ **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

Tek başına paralel davranıştan uyumlu eylem sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağı sorununa ilişkin olarak ise, davadan sonra farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrindeki bir görüşe¹³⁹ göre, ATAD, paralel davranışın tek açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, birinci derecede delil olarak kabul edilemeyeceğini belirterek, Komisyon'un üstündeki ispat yükünü ağırlaştırmış; ancak paralel davranışla ve ekonomik delillerle uyumlu eylemin ispatlanabileceği fikrine karşı çıkmamıştır.

Bir başka görüşe¹⁴⁰ göre de Komisyon'un iddiasını tek başına paralel davranışa ya da ekonomik delillere dayandırmaması ve daha fazla deliller bulması gereklidir.

ABD uygulamalarında mahkemelerin tek başına paralel davranıştan Sherman Kanunu'nun ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilirliğini ileri sürdüklerini hatırlatan bir başka görüşe¹⁴¹ göre ise, ATAD'ın *Woodpulp*¹⁴² kararından sonra Komisyon'un böyle bir iddiada bulunması çok güçleşmiştir.

Kanımızca ATAD bilinçli paralelliği ya da oligopolistik bağımlılığı uyumlu eylem kavramı çerçevesinde yasaklamaya yönelik bir tutum içine hiç girmemiştir. ATAD'ın birçok davada vurguladığı, teşebbüslerin, rakiplerinin davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının yasaklanamayacağı şeklindeki değerlendirmesi, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklı rasyonel pazar davranışlarına işaret etmekte ve

¹³⁹ WHISH R., 2001, s. 466.

¹⁴⁰ JONES A., “**Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?**”, E.C.L.R., No: 6/1993, (1993), s. 277.

¹⁴¹ STEVENS, D., 1995, s.68.

¹⁴² **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

bu davranışların uyumlu eylem çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.¹⁴³

Bu çerçevede ATAD'ın *Woodpulp*¹⁴⁴ kararının asıl önemi, kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli pazarlarda paralel davranışların nasıl değerlendirileceğini ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Bu tür pazarlarda oligopolistik bağımlılığın dolayısıyla kendiliğinden paralel davranışların ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurların bulunduğu dikkate alındığında, ATAD'ın *Woodpulp*¹⁴⁵ davasından önceki davalarda piyasa koşullarına uymayan paralel davranışların uyumlu eylemin güçlü bir delili olacağı yönündeki belirlemesi çerçevesinde, bu tür pazarlardaki tek başına paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağı sorusu gündeme gelmiştir. Nitekim endişe edilen nokta, oligopolistik bağımlılığın uyumlu eylem olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinden çok, kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli pazarlarda ortaya çıkan tek başına paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılabileceğidir. Oysa bu tür pazarlarda anlaşma ya da uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyecek birtakım uygulamalarla oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran unsurların elimine edilmesi dolayısıyla paralel davranışların ortaya çıkması mümkün olabilmektedir.

ATAD'ın *Woodpulp*¹⁴⁶ kararında ortaya koyduğu; paralel davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece, paralel davranış uyumlu eylemin birinci derecede delili olamaz belirlemesi, kısmen oligopolistik bağımlılığa elverişli pazarlarda tek başına paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılması

¹⁴³ Aynı görüş için bkz. TOY, O.Y.; **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, Rekabet Kurumu Yayın No:0156, Ankara 2004 s.47-49.

¹⁴⁴ **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

¹⁴⁵ **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

¹⁴⁶ **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

ihtimalini dışlamıştır. Nitekim bu tür pazarda paralel davranışın tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem değildir. Bu tür pazarlarda, ATAD'ın uyumlu eylemin göstergesi olarak nitelendirmediği kağıt hamuru piyasasındaki fiyat duyuruları gibi çeşitli uygulamaların odak noktaları yaratarak teşebbüslerin paralel davranışlar sergilemelerini kolaylaştırması mümkündür.

Diğer yandan bu tür pazarların aynı zamanda firmaların uyumlu eyleme girişmelerinin en makul olduğu pazarlar olduğu dikkate alındığında pazarın çok iyi analiz edilmesi ve delillerin bu analiz çerçevesinde değerlendirilmesi gerekliliğinin önemi de daha iyi anlaşılmaktadır. Oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını zorlaştıran pazar özelliklerinin ağırlığı artıkça, paralel davranışın, tek başına ispatlamasa da, uyumlu eylemi işaret etmekteki gücü artacaktır. Bu noktada yapılan pazar analizi ışığında, paralel davranışların ortaya çıkmasında teşebbüslerin ne tür tutum ve davranışlarının rol oynadığının ve bu tutum ve davranışların teşebbüslerin tek taraflı davranışlarına mı yoksa aralarındaki işbirliğine mi işaret ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

SACEM davasında ¹⁴⁷ AT'deki çeşitli ulusal telif hakkı derleme toplulukları karşılıklı lisans uygulamasına başlamışlar ve böylece diğer üye ülkelerdeki telif hakkı sahiplerinin telif ücret hakkı yerel derleme toplulukları aracılığı ile uygulanmaya başlamıştır. Her bir topluluk diğer üye ülkelerdeki yerel müzik icrasına izin vermek konusunda yetkili olmasına rağmen hiçbiri Fransa'daki diskotek işletmecilerine izin vermek istememektedir. Diskotek işletmecileri Anglo-Amerikan müzik dışında diğer müzik türlerini daha az kullanmakta ve Fransa dışındaki derleme toplulukları için bu tarz müziği ödenebilir en düşük telif hakkı ücreti ile

¹⁴⁷ *Lucazeau v. SACEM (110/88)*, 13 July 1989, E.C.R. 2521 and *SACEM v. Debelle and SACEM v. Soumagnac* (241 & 242/88) and *Ministère Publique v. Tournier* (395/87), [1989] E.C.R.2565

sınırlandırmak istemektedirler. Söz konusu davada Fransa'daki lisans verme konusundaki hakların her bir topluluk tarafından reddinin uyumlu eylem olup olmadığı tartışılmıştır. Davalı taraf olan SACEM buna cevaben her bir telif hakkı topluluğunun dışarıya bu gibi lisanslar vermesinin onlarla görüşmeler yapma ve ne çalındığının kontrol edilmesi zorunlulukları nedeniyle çok külfetli olacağını belirtmiştir. Böylece paralel davranışın bir başka açıklaması ortaya konulduğundan ATAD, gizli bir anlaşma bulunmadığına karar vermiştir. Kararda ATAD, *Dyestuffs*¹⁴⁸ davasına da atıfta bulunmuştur. Divan; paralel davranışın uyumluluğun varlığı dışında başka sebeplerle açıklanması halinde uyumluluk bulunduğunun varsayılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁹ Ayrıca ATAD; diğer ülkelerdeki telif hakkı derleme topluluklarının kendi repertuarları için doğrudan kullanma hakkına izin verdiklerinde idare işini yürütmek üzere izin verdikleri diğer ülkede bir bireysel sistem ve bireysel denetleme sistemi organize etme mecburiyetlerinin doğacağını ifade etmiştir.

Kurul kararları incelendiğinde ise her ne kadar Kurul'un *Süt*¹⁵⁰ Kararında paralel davranışların tek başına uyumlu eylemin bir unsuru olarak kabul edilebileceğine ilişkin görüşü benimsediği görülse de daha sonra bu görüşten uzaklaşmıştır.¹⁵¹ Nitekim Kurul, *Gazete Kararında*¹⁵² bir fiyat belirleme olayında, fiyat tespitinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki eylemlere benzerliğinin ortaya konulmasını yeterli görmemiş bunun yanı sıra teşebbüsler arasında kendi bağımsız

¹⁴⁸ **ICI (Imperial Chemical Industries) v. Commission**, C. 48,49,51-57/69, 14.07.1972, E.C.R. 619.

¹⁴⁹ **Lucazeau v. SACEM (110/88)**, 13 July 1989, E.C.R. 2521 and **SACEM v. Debelle and SACEM v. Soumagnac** (241 & 242/88).

¹⁵⁰ **Süt Kararı**, Karar No: 00-11/109-54, 23.03.2000, RG 24233, 17.11.2000.

¹⁵¹ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için çalışmada Birinci Bölüm, II, B, 2 "Türk Hukuku'nda" başlıklı kısım, bkz. s. 25-29.

¹⁵² **Gazete Kararı**, Karar No:00-26/291-161, 17.07.2000, RG 24145, 19.08.2000.

davranışlarını engelleyen rekabetçi şartlar altında olmaması gereken bir ilişkinin ortaya konmasını da gerekli görmüştür.

Tek makul açıklaması uyumlu eylem olmadığı sürece paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılamayacak olması, paralel davranışlarla uyumlu eylemin ispatlanabileceği konusunda kapıyı aralık bırakmakta, bu çerçevede oligopolistik bağımlılığa tamamen elverişsiz olan pazarlarda ortaya çıkan paralel davranışlardan uyumlu eylem sonucuna ulaşılabileceğine işaret etmektedir. Buna göre özellikle, çok sayıda sağlayıcının bulunduğu, şeffaflığın olmadığı, heterojen ürünlerin üretildiği pazarlarda, ortaya çıkan paralel davranışlar, uyumlu eylem sonucuna ulaşmada yeterli görülebilecektir. Ancak bu tür pazarların aynı zamanda teşebbüslerin uyumlu eyleme girişmelerine uygun olmaması, pratikte bu tür pazarlarda uyumlu eylem davalarıyla karşılaşılması olasılığını da büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

2. Bilinçli Paralellik Sorunu

Bilinçli paralellik teşebbüslerin karar ve davranışlarını bilinçli olarak yeknesaklaştırmalarını ifade eder.¹⁵³ 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.¹⁵⁴

¹⁵³ GOYDER D. G., 1992, s. 101.

¹⁵⁴ GERVEN G./VARONA N., 1994, s. 583 vd.; JONES A., 1993, s. 277.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁵⁵ , uyumlu eylemin kabulü için bilinçli paralellik halinin varlığı gerekli ve yeterli şartı oluşturur. Bu görüşü benimseyenlerin¹⁵⁶ 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 gibi¹⁵⁷ , oligopol piyasalarda teşebbüslerin başarısı, piyasa şartları çerçevesinde rakip teşebbüslerin alacakları karara ve gösterecekleri tepkiye göre isabetli stratejiler geliştirebilmelerine bağlıdır. İsbetli strateji, rakip teşebbüslerin tavrıyla aynı veya benzer yahut tamamen değişik olabilir. Fiyatları 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.¹⁵⁸ Zira ATAD'ın ve Rekabet Kurulu'nun da aşağıda adı geçen son yıllarda vermiş olduğu kararlarda bu görüşü benimsediği görülmektedir:

Woodpulp kararında¹⁵⁹ da işaret edildiği gibi, teşebbüslerin uyumlu eylem içine girdiklerinin kabulü için, paralel davranışların varlığı yetmez. Şayet paralel davranışlar,

¹⁵⁵ ASLAN İ.Y., 2001, s. 54-56.

¹⁵⁶ ASLAN İ.Y., *age.*, s.54-56; AKINCI A., **Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, İstanbul 1986, s. 191, 192.

¹⁵⁷ Bkz. çalışmada İkinci Bölüm, I, B "Oligopol Piyasasında Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Kısıtlanması" başlıklı kısım. s. 61-73.

¹⁵⁸ Aynı görüş için bkz. TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 198.

¹⁵⁹ **Wood Pulp**, (C-89, 104, 114, 116, 117 AND 125-129/85) [1993] 4 C.M.L.R. 407.

teşebbüsler arasında doğrudan veya dolaylı yolla gerçekleşecek bir temasa dayalı bir koordinasyon veya işbirliği sonucu ortaya çıkmışsa, söz konusu davranışlar uyumlu eylem sayılacaktır. Ayrıca ATAD söz konusu kararında, bilinçli paralelliğin tek başına uyumlu eylem teşkil etmeyeceğini belirtmekle beraber eğer taraflar aralarında iletişim halindeler ise Komisyon tarafından *PVC*¹⁶⁰ ve *LdPE*¹⁶¹ kararlarında (özellikle Shell'e karşı olan) olduğu gibi uyumluluğu kabul etmektedir.

Nitekim daha önce de değindiğimiz gibi¹⁶², Rekabet Kurulu da *Süt*¹⁶³ Kararı'nda bilinçli paralelliği uyumlu eylemin bir unsuru olarak kabul etse de, daha sonra vermiş olduğu *Maya*¹⁶⁴ ve *Gazete*¹⁶⁵ Kararlarında bu görüşünden uzaklaşmıştır. *Maya* ve *Gazete* Kararlarında Kurul, oligopol piyasalarda teşebbüsler arasındaki bilinçli paralelliğin bir temasa dayanmadığı sürece bir uyumlu eyleme işaret etmeyeceğini kabul etmiştir.

Dolayısıyla kanaatimizce teşebbüsler arasında söz konusu olan paralel davranışların bilinçli olarak gerçekleştirilmesi (bilinçli paralellik) durumunda teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarını kabul etmek için teşebbüslerin bu bilinçlilik unsurunu bir temasa(iletişime) dayalı olarak gerçekleştirmeleri gereklidir. Eğer oligopol piyasalarda otomatik olarak gerçekleşen bilinçli paralelliği tek başına uyumlu eylemin bir unsuru olarak kabul eder ve bu bilinçliliğin bir iletişime dayanmış olmasını aramazsak, bu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin tamamının uyumlu eylemde buldukları sonucuna ulaşmış oluruz. Böyle bir sonuç

¹⁶⁰ *PVC I* (1989) OJ L74/1.

¹⁶¹ *LdPE* (1989) OJ L74/21.

¹⁶² Bkz. çalışmada Birinci Bölüm, II, B "Uyumlu Eylemin Unsurları" başlıklı kısım, s.17-29.

¹⁶³ **Süt Kararı**, Karar No: 00-11/109-54, 23.03.2000, RG 24233, 17.11.2000.

¹⁶⁴ **Maya Kararı**, Karar No: 00-24/255-138, 27.06.2000, RG 24245, 29.11.2000.

¹⁶⁵ **Gazete Kararı**, Karar No:00-26/291-161, 17.07.2000, RG 24145, 19.08.2000.

da ekonomik açıdan rasyonel olmadığı gibi, hukuki açıdan da adaletli bir uygulama yaratmayacaktır.

II. REKABETİN UYUMLU EYLEMLERLE İHLALİ HALİNDE KARŞILAŞILACAK HUKUKİ SONUÇLAR

Her yasaklayıcı hüküm gibi, gerek Roma Anlaşması gerekse Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen yasaklayıcı hükümlere aykırı uyumlu eylemler de hukuki açıdan çeşitli yaptırımlara tabidir. Bu bölümde özel hukuk ve kamu hukukuna ilişkin olarak iki gruba ayırabileceğimiz yaptırımlar konusundaki açıklamalara yer vereceğiz.

A. Kamu Hukuku Bakımından

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

1. İdari Para Cezaları

a) AT Uygulaması

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.

Bu tartışmalar neticesinde, ceza takdirine yönelik olarak bazı ülkeler kanunlarında detaylı açıklamalara yer verirken, bazı ülkelere, kanunlarında geçen cezaya yönelik genel ifadeleri yayınladıkları rehberlerle açıklama yoluna gitmişlerdir.

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.

15(2). madde, Komisyon'a, Roma Antlaşması'nın 81 veya 82. maddelerini kasten veya ihmalen ihlal eden teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bir önceki yıl cirosunun %10'unu aşmamak kaydıyla para cezası verme yetkisini tanımıştır. 17 sayılı Tüzüğün, Komisyon'un ceza verirken dikkate alması gereken hususları sadece "ihlalin ağırlığı ve süresi" olarak göstermesi nedeniyle, Komisyon'un cezalandırma politikasına ilişkin tek yasal sınırlamanın, verilen kararın ve hukuki dayanaklarının, Topuluk mahkemelerinde temyiz talebiyle yapılacak denetim olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Komisyon'un ceza vermesinin iki amacı bulunmaktadır: Teşebbüse ihlal nedeniyle parasal bir yaptırım uygulamak ve ihlalin tekrarlanmasını önlemek ile aynı ihlalin başka teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmemesi için caydırıcı olarak

kullanmak. Bunlardan ikincisi olan cezaların caydırıcı amaçla uygulanması özellikle son zamanlarda ön plana çıkmaktadır.

Yukarıda değinildiği gibi 17 sayılı Tüzük'te sadece ihlalin ağırlığı ve süresinin zikredilmiş olması, ATAD kararları ile de onaylandığı üzere Komisyon'a geniş bir takdir yetkisi tanımış ve Komisyon da bu yetkisini her olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle farklı cezalar uygulayarak kullanmıştır. Ancak bu durum cezalandırma sürecinin şeffaf olmadığı, kriterlerin belirsiz olduğu, kararlarda bir tutarlılığın bulunmadığı, aynı durumdaki teşebbüslere farklı cezaların uygulandığı ve Komisyon'un takdir yetkisinin çok geniş olduğu yönünde eleştirilere neden olmuştur. Komisyon bu eleştirilere cevap olarak rekabet ihlali incelemelerinde uygulanacak parasal cezaların belirlenmesi yöntemleri üzerine iki duyuru yayınlamıştır.¹⁶⁶ Bunlardan ilki 1996 yılında yayınlanan pişmanlık programı (leniency programme) çerçevesinde, kartel davalarında ceza indirimini veya uygulanmamasını içeren duyurudur¹⁶⁷. Diğeri ise "17 sayılı Tüzüğün 15(2). maddesi ve AKÇT Antlaşması'nın 65(5). maddesine göre ceza verilmesindeki metoda yönelik çıkarılan Rehber"dir.¹⁶⁸

Cezanın hesaplanmasında iki aşamalı bir yöntem getiren Rehber'e göre, temel cezanın belirlenmesinin ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici etkenlerin uygulanması ile nihai cezaya ulaşılabacaktır. İlk aşamayı oluşturan temel cezanın belirlenmesi de kendi içinde iki adımdan oluşmaktadır. Öncelikle ihlalin ağırlığına göre bir ceza belirlenmekte, bu ceza ihlalin devam ettiği süreye göre artırılmaktadır.

¹⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. UYANIK P., **Pişmanlık Programları (Leniency Programmes)**, Rekabet Dergisi, S.10, Ankara 2002, s. 32-51.

¹⁶⁷ OJ C207/4 1996 Daha sonra revize edilmiştir.2002/C 45/03.

¹⁶⁸ OJ C9/3 (1998) 4 C.M.L.R 472

Komisyon bu rehber ile yukarıda aktarılan, cezanın cironun belirli bir oranı olarak belirlenmesi uygulamasından da vazgeçmiştir.

Komisyon'un bu Rehber ile getirmiş olduğu yönteme göre hesaplanan cezalar, her halde 17 sayılı Tüzük ile getirilmiş olan %10'luk dünya çapındaki ciro sınırını aşmamalıdır. Bu cezanın hesaplanmasında esas alınacak ciro ise elde edilebiliyorsa kararın alınmasından önceki yıla ait ciro olmalı, bunun mümkün olmaması halinde ise teşebbüsün bundan bir önceki yıla ait cirosu esas alınmalıdır.

Cezalar hesaplanırken ekonomik koşullar, ihlali gerçekleştiren teşebbüsler tarafından elde edilen ekonomik veya finansal fayda, söz konusu teşebbüslerin özellikleri ve onların gerçek ödeme güçleri gibi belirli objektif şartlar dikkate alınmalıdır. Komisyon ceza verirken teşebbüslerin ödeme güçlerini de dikkate almak zorundadır. Bu durum orantılılık ilkesiyle de yakından ilgilidir. Aksi takdirde teşebbüslerin ödeyemeyeceği kadar ağır cezalara çarptırılmaları onların iflaslarına yol açabilir.¹⁶⁹

Teşebbüs birliklerinin dahil olduğu ihlallerde cezanın nasıl hesaplanacağı sorunu Rehber'den önce değişik uygulamalara konu olmuştur. İhlalin teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirildiği durumlarda birliğin cirosu yerine üyelerin toplam cirolarına bakılması gerekmektedir. CB and Europay davasında¹⁷⁰ ilk derece Mahkemesi, 17 sayılı Tüzüğün 15(2). maddesinin Komisyon'a teşebbüs birliğinin cirosundan başkasını dikkate alma yetkisini vermediği yönündeki itirazı reddetmiştir. ATAD ise %10'luk maksimum cezanın, anlaşma veya uyumlu eyleme katılan teşebbüslerin her birinin veya teşebbüs birliği kararının söz konusu olduğu

¹⁶⁹ AKTAŞ C./ARI H., **Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Para Cezalarının Uygulanması**, Rekabet Dergisi S.10, Ankara 2002, s. 68.

¹⁷⁰ Cases T-39and 40/92, **Groupement des cartes bancaires "CB" and Europay International SA v. Commission** 1994 ECR II-49.

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 cirolarıdır.

b) Türk Rekabet Hukuku Uygulaması

Türk Rekabet Hukukunda öngörülen idari para cezaları, büyük ölçüde bu konudaki AT Rekabet düzenlemeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. RKHK, idari para cezalarını, m.16 ile m.19 arasında hüküm altına almıştır. RKHK m16/II gereğince *“Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara..... para cezası verilir.”* Kurul tarafından verildiği için bu para cezası niteliği itibariyle idaridir. Nitekim söz konusu para cezalarının niteliği m.18/I’de hüküm altına alınmış ve Kanun’da düzenlenen her türlü para cezasının idari nitelikte olduğu öngörülmüştür.

RKHK m.16/II’de düzenlendiği üzere idari para cezası anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerin varlığı; hakim durumun kötüye kullanılması ile birleşme ve devralmaların varlığı halinde uygulanmaktadır. Para cezasına karar verilebilmesi için anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin varlığı yeterlidir. Bunların ayrıca uygulamaya sokulması gerekmez. Bu durumda rekabeti sınırlama amacına sahip bir anlaşma ya da karar tespit edildiğinde, henüz fiilen rekabet sınırlanmamış olsa da para cezasına hükmedilebilecektir. Nitekim Danıştay’ın da görüşü bu yöndedir.¹⁷¹

¹⁷¹ Bkz. Danıştay 10.Daire; E.:2001/1405, K.:2003/4903, 9.12.2003, Danıştay Kararları Dergisi S.5.

Kurul, m.16/IV gereğince para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs ya da teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır.

AT Rekabet hukuku'nda Komisyon'un para cezaları açısından göz önünde bulundurduğu ihlalin süresi ve ağırlığı kriterinin Kurul tarafından da cezanın tayininde dikkate alınmasına bir engel yoktur. Zira m.16/IV'deki sayım örnekleyicidir.¹⁷² Nitekim son zamanlarda yürütülen RKHK'da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin çalışmalar çerçevesinde; Kurul'un para cezası verirken, teşebbüsün Kanun'u daha önce ihlal edip etmediği, incelemelere yardımcı olup olmadığı, ihlalin süresi, tarafların ihlalin gerçekleşmesindeki rolü, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin piyasadaki gücü, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı ile verilen taahhütlere uyulup uyulmaması gibi unsurları dikkate alacağı şeklinde bir düzenleme getirilmesi düşünülmektedir.¹⁷³ Görüldüğü üzere yeni düzenlemede de mevcut düzenlemede olduğu gibi örnekleyici bir sayım yoluna gidilmektedir ancak Komisyon'un esas aldığı ihlalin süresi kriterinin madde metninde yer alması amaçlanmaktadır.

Ayrıca söz konusu maddeye eklenecek yeni bir fıkra ile; Kanun'a aykırılığın ortaya çıkması amacıyla Kurum ile aktif işbirliği içine giren teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine, işbirliğinin niteliği ve etkinliği dikkate alınarak cezai yaptırım uygulanmayabileceği veya bu teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine cezai indirim uygulanabileceği şeklinde bir düzenleme getirilmek istenmektedir.¹⁷⁴

¹⁷² ASLAN İ.Y., 2001, s. 365.

¹⁷³ Bkz. **4054 sayılı RKHK'da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin**, m.10/IV, 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

¹⁷⁴ İbid m.10/V.

Yeni düzenlemede öngörülen cezanın tayininde esas alınacak kriterlerin, bu konuda AT uygulamasına kaynaklık eden Rehber'de yer alan kriterlerle¹⁷⁵ paralellik taşıdığı görülmektedir. Kanımızca para cezasının tayininde esas alınacak hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici nedenlerin madde metninde yer verilmiş olması nedeniyle getirilmek istenen düzenleme yerinde olacaktır.

İhlalin süresi teşebbüslerin ne zamandan beri piyasadaki rekabet düzenine olumsuz etkilerde bulunduğunu gösterdiği için önemlidir. Gerçekten de birkaç ay sürmüş ihlalle, yıllarca devam eden bir ihlalin arasında fark vardır. Ancak cezanın tayininde dikkate alınacak ihlal süresi beş yılı geçmemelidir. Zira para cezalarında zamanaşımı süresi m.19 gereği beş yıldır. Yine bu maddeye göre, zamanaşımı süresi ihlalin gerçekleştiği gün başlar. Ancak sürekli ya da tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren işlemeye başlar.

RKHK m.17 ise süreli para cezalarını düzenlemektedir. Bu madde gereğince teşebbüslerin Kurul'un kararlarına uymalarını sağlamak üzere, m.16/II'nin aksine sabit miktarlardaki süreli para cezaları uygulanacaktır. Ancak RKHK'da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin çalışmalar çerçevesinde m.17'de öngörülen söz konusu sabit para cezaları yerine teşebbüslerin Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden hesaplanacak olan günlük gayri safi gelir tutarının yüzde beşine kadar para cezası verilmesi öngörülmektedir.¹⁷⁶ Aynı şekilde m.16/I'in mevcut halinde yer alan sabit para cezaları yerine teşebbüslerin yıllık gayri safi

¹⁷⁵ Rehber'de yer alan kriterler için bkz. çalışmada İkinci Bölüm, II, A, 2 " Uyumlu Eylem İçin Öngörülen İdari Para Cezalarının Uygulanması" başlıklı kısım, s. 85, 86.

¹⁷⁶ Bkz. **4054 sayılı RKHK'da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin**, m. 11, 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

gelirlerinin yüzde birine kadar para cezası verilmesi teklif edilmektedir.¹⁷⁷ Kanaatimizce sabit para cezaları yerine teşebbüslerin cirolarının belirli bir oranına kadar para cezası verilmesi konusunda öngörülen değişiklik yerinde bir düzenleme olacaktır. Zira mevcut düzenlemede öngörülen sabit para cezaları, teşebbüslerin ihlallerine karşı caydırıcılık konusunda yetersiz bir uygulama yaratmaktadır. Ayrıca çok yüksek bir ciroya sahip teşebbüs ile çok düşük bir ciroya sahip olan diğer bir teşebbüsün Kanun'un aynı maddesini ihlal etmeleri durumunda uygulanacak para cezasının sabit bir miktar olduğu düşünülürse, para cezasının tayininde teşebbüslerin cirolarının esas alınması daha adaletli bir uygulamaya neden olacaktır. Para cezaları sabit bir miktar için tayin edilirken miktarın herkes tarafından ödenebilir olması göz önüne alınmaktadır. Dolayısıyla para cezasının miktarı küçük teşebbüslerin ödeme gücüne göre belirlenmektedir. İşte bu şekilde belirlenen bir cezanın cirosu yüksek olan teşebbüslere de uygulanması kanımızca cezanın şahsileştirilmesi amacına da hizmet etmeyecektir.

RKHK m.16/III gereğince tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanmaktadır. Bu düzenlemenin de değiştirilmesi ve teşebbüslerin ikinci fıkrada belirtilen yani Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinin ihlali nedeniyle para cezalarına çarptırılmaları halinde ihlalde rolü saptanan teşebbüs ya da teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına, verilen cezanın yüzde birine kadar ayrıca şahsen para cezası uygulanabileceği şeklinde bir

¹⁷⁷ İbid , m.10

düzenleme getirilmesi amaçlanmaktadır.¹⁷⁸ Kanımızca daha hafif ihlalleri düzenleyen m. 16/I'deki ihlaller yerine, m. 4, 6 ve 7'ye aykırılık gibi daha ağır ihlalleri düzenleyen m. 16/II'deki ihlaller için teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına ayrıca şahsen ceza verilmesi daha yerinde bir uygulama yaratacaktır. Dolayısıyla getirilmesi düşünülen yeni düzenleme isabetli olacaktır. Ayrıca teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına şahsen uygulanacak olan ceza oranının, ihlal nedeniyle tayin edilen cezanın yüzde onu yerine yüzde biri olarak değiştirilmesi de mevcut düzenlemedeki yüzde on oranının çok yüksek bir oran olması nedeniyle yerinde olacaktır.

Kurul'un söz konusu ceza kararlarına karşı RKHK m.55 gereğince gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren altmış gün (İYUK m.7) içinde Danıştay'a başvurulabilir. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması, kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayacaktır (RKHK m.55).

2. Uyumlu Eylem İçin Öngörülen İdari Para Cezalarının Uygulanması

Uyumlu eylem için öngörülen idari para cezalarının nasıl uygulandığı konusunda ATAD kararlarına bakıldığında, *Dyestuffs*¹⁷⁹ davasında davanın taraflarından biri olan BASF, 17 sayılı Tüzüğü'nün 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 ATAD, 15. maddenin böyle bir sınırlama öngörmediğini belirterek; "Böyle bir sınırlama cezaların caydırıcı etkisini önemli ölçüde azaltacaktır." kararına varmıştır. Komisyon'un son zamanlarda verdiği cezalara

¹⁷⁸ İbid m. 10/III.

¹⁷⁹ *Dyestuffs*, Cases 48, 49, 51-57/69, **ICI and Others v. Commission**, (1972) ECR 619.

bakıldığında bu eğilimin güçlendiği ve bu durumun Rehber'e de yansıdığı görülmektedir. Dolayısıyla teşebbüslerin uyumlu eyleme dayanan bir rekabet ihlalini tekrarlamaları halinde cezaları daha ağılaşacaktır.

AT uygulamasında uyumlu eylemlerle gerçekleşen fiyat anlaşmaları ve pazar paylaşımı, ağır bir rekabet ihlali olarak addedilmekte ve önemli miktarda ceza verilmektedir. *Cartonboard* Davası'nda¹⁸⁰ Komisyon, fiyat üzerinde anlaşılması 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.

Rehberde ağırlaştırıcı davranışlara örnek olarak aşağıdakilere yer verilmektedir.

- Aynı teşebbüs tarafından aynı nitelikte ihlalin tekrarlanması,
- Komisyon tarafından soruşturma yürütülürken işbirliğini reddetme veya engel olmaya çalışma,
- İhlalde başı çekmesi veya lider rolünde olması,

¹⁸⁰ **Cartonboard**, (1994), O.J. L243/1.

- İhlal oluşturan davranışları güçlendirmek için, diğer teşebbüslere karşı tedbirlerin alınması,

- İhlal neticesinde elde edilen haksız kazancın objektif olarak tahmin edilmesi mümkün olduğunda verilecek cezanın bu miktarı aşması için artırılması ihtiyacı,

- Diğer.

Temel ceza miktarını düşürecek hafifletici sebeplere de şu örnekler verilmektedir:

- İhlalde tamamen pasif veya lideri takip eden rolünün olması,

- Yasaya aykırı anlaşma veya uygulamaları pratikte uygulamaya koymaması,

- Komisyon müdahale ettiğinde ihlale son vermesi (özellikle soruşturma yürütülürken),

- Teşebbüs açısından kısıtlayıcı davranışın ihlal oluşturup oluşturmadığına dair haklı şüphelerin varlığı,

- İhlallerin ihmalen olması veya kasıtlı olmaması,

- Teşebbüsün, soruşturma esnasında 18 Temmuz 1996 tarihli Leniency Program kapsamı dışında etkin işbirliği,

- Diğer.

Dolayısıyla AT uygulamasında rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali halinde uygulanacak cezalar tayin edilirken Rehber'de yer alan yukarıdaki kriterler esas alınacaktır.

Türk Rekabet hukuku açısından ise RKHKm. 16'ya göre ceza belirlenmekte ve elbette bu konuda AT uygulaması da örnek alınmaktadır. Zira Rekabet kurulu kararları incelendiğinde, bu konuya ilişkin olarak *Maya*¹⁸¹ kararı örnek gösterilebilir. Nitekim kararda ekmek mayası pazarında faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin uyumlu eylem ihlalinin içerisinde yer almaları, soruşturma yürütülürken dahi ihlallerin devam etmesi ve ilgili ürün olan mayanın ekmek pazarı için olan önemi, soruşturmaya taraf olan teşebbüslere uygulanacak olan cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmuştur. Soruşturmaya taraf olan teşebbüslerden Akmaya'nın uyumlu eylem ihlalinde yer almasına rağmen diğer Teşebbüsler kadar yoğun olarak ihlal niteliğindeki faaliyetlerde bulunmadığı hususu göz önünde bulundurularak, ceza hesaplamasında, Pak Gıda, Özmaya, Samaya ve Maurimaya'nın cirosunun %1'inin, Akmaya'nın ise cirosunun %0,5'inin esas alınması gerektiğine karar verilmiştir.

Kurul kararında cezanın belirlenmesinde esas alınan ölçütlerin, Komisyon'un uyguladığı Rehber'de yer alan ölçütlere paralellik gösterdiği görülmektedir. Nitekim Danıştay da vermiş olduğu bir kararda¹⁸², teşebbüslerin, kendilerine verilen cezanın tayininde, AT Komisyonu'nun yayınladığı Rehber'in ölçütlerine aykırı bir uygulama gerçekleştirildiği iddialarına karşılık Kurul'un söz konusu ölçütlere uygun bir ceza verdiği sonucuna varmıştır. Danıştay cezanın belirlenmesinde Kurul'un, ihlale neden olan kararın üç-dört ay süreyle uygulandığı bu nedenle de rekabet piyasasında etkisinin büyük olmadığı hususlarını dikkate alarak karar vermiş olması nedeniyle Rehber'in ölçütlerine aykırı davranmadığına hükmetmiştir.

RKHK'nın gerçekten rekabeti sağlayacak şekilde uygulanabilmesi amacı, uygun bir yaptırım sisteminin kabulünü zorunlu kılmıştır. Bu yaptırımların

¹⁸¹ *Maya*, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar, RG 24245, 29.11.2000.

¹⁸² Danıştay 10. Dairesi, E. 2001/1441, K. 2003/4468, 18.11.2003, Danıştay Kararları Dergisi S.4.

işletmeleri rekabeti sınırlamaktan veya Rekabet Kurulunun kararlarını ihlal etmekten caydırıcı olması gereklidir. Diğer yandan işletmelerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi ve ticaret yapma imkanlarının engellenmemesi gerekmektedir.

Bir diğer önemli konu Türkiye gibi yüksek enflasyon oranına sahip bir ülkede para cezalarının caydırıcılıklarını koruyabilmelerini sağlamaktır. Aksi halde belirlenmiş olan para cezaları bir süre sonra etkisiz duruma gelebilir. Bu nedenle Avrupa Topluluğu'nda olduğu gibi belirli miktarlar yanında, Rekabet Kurulu'na ilgili işletmelerin yıllık cirolarının belirli bir oranına kadar para cezası verebilme yetkisi de tanınmıştır. RKHK'nun bu konudaki düzenlemesinin en önemli özelliği, Rekabet Hukuku'nun Ceza Hukuku'na yakın bir disiplin olmasına karşılık diğer para cezalarından ayrılan yönünün hakime bu konuda çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmasıdır. Teşebbüslerin Rekabet Kurulu'nun verdiği bir emre gecikmeksizin uymasını sağlamak amacıyla süreli para cezaları düzenlenmiştir. Bu ceza emre uyuluncaya kadar devam etmektedir.

B. Özel Hukuk Bakımından

1. Geçersizlik

RKHK'nın 56. maddesi ilk cümlesinde *“Bu kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir”* ifadesini kullanmıştır. RA.'nın 81. maddesinin ikinci fıkrasında *“ Bu maddeyle yasaklanan anlaşma ve kararlar geçersizdir”* cümlesiyle düzenlenen yaptırım, RKHK genel yasaklamanın yapıldığı 4. maddeden oldukça uzakta yani 56. maddede düzenlemiştir. Hatta Kanun'un sistematığı gereği geçersizlik yaptırımını ortadan kaldıran muafiyet kavramı 5. maddede, yaptırımın kendisi açıklanmadan önce düzenlenmiştir. RA 81. maddenin izlediği sistem önce yasağı sonra yasağa aykırılığın yaptırımını ve en son

olarak da istisnai durumlarda yasağın kaldırılmasını ve yaptırımın uygulanmamasını düzenlediği için, kendi içinde bir bütünlüğe sahiptir.¹⁸³

Gerek RKHK gerekse RA'nın ilgili maddelerinde yasak işbirliği faaliyetlerinden sadece ikisinden bahsedilmiş, uyumlu eylemlere değinilmemiştir. Uyumlu eylem teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlardır. Dolayısıyla hukuki muamele niteliği taşımayan uyumlu eylemlerin hükümsüzlüğünden de bahsedilemeyecektir.¹⁸⁴ Ancak uyumlu davranışların hükümsüzlüğünden söz edilemese bile bu tür uygulamaların sebep olduğu zararların tazminat sorumluluğuna yol açacağı kuşkusuzdur.

2. Tazminat

a) Genel Olarak

RA'da tazminat hakkına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle AT Rekabet hukukunda tazminata ilişkin kurallar üye ülke hukuklarına göre belirlenir.

Borçlar Kanunu'na göre özel bir kanun olan RKHK'nın sadece özellikle düzenlenmesi gereken konuları içermesi, genel kanunlarla halledilebilecek hususları ise bu konuda Borçlar Kanunu'na bırakması gerekirdi. Ancak RKHK böyle bir yol izlememiş, genel kanunlarda düzenlenen "tazminat"a ilişkin olarak bazı düzenlemeler getirmiştir. Üstelik bu düzenlemeler tazminat hakkındaki genel kanunların sistemine de aykırıdır.¹⁸⁵ Genel hukuk sistemimize göre, kusurlu ve kanuna aykırı davranışlarla başkalarına zarar verenler bu zararı tazmin etmek zorundadırlar. Bu zararlarını ispat hukuku çerçevesinde her türlü delille

¹⁸³ BADUR E., 2001, s. 159.

¹⁸⁴ Aynı görüş için bkz. TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 287; ASLAN İ. Y., 2001, s. 379.

¹⁸⁵ ASLAN İ. Y., **age.**, s. 387.

ispatlayabilirler. RKHK hem tazminatın hesaplanmasında hem de ispatlanmasında genel kurallardan ayrılmıştır.

Ayrıca RKHK, esasını ABD sisteminde bulan (ve cezalandırma amacının ağır bastığı söylenen) üç kat tazminat sistemini de böylece hukuk sistemimize kazandırmış bulunmaktadır.

b) Tazminat Hakkı

Tazminat hakkını, RKHK'nın 57. maddesi "Tazminat Hakkı" başlığı altında düzenlemiştir. Bu hükme göre; *"Her kim bu kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa.....bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur."*

Burada kanun koyucunun hem "anlaşma" hem de "sözleşme" kavramına yer verdiği dikkati çekmektedir. Ancak Rekabet Hukuku anlamında anlaşma, zaten sözleşmeleri de içine aldığından burada gereksiz bir tekrara sebep olunmuştur.¹⁸⁶

Ayrıca maddede uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları "eylem" ve "karar" biçiminde kısaltılmıştır. Bunun sonucunda da tazminat hukuku açısından Kanunun 4. maddesinin kapsamının genişletildiği ve her türlü eylem ile her türlü kararın kastedildiği gibi yanlış bir yorum ortaya çıkabilir.¹⁸⁷

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden zarar görenler rakip teşebbüsler ve tüketicilerdir. Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden doğrudan zarar görenlerin başında yasak davranışın muhatabı olan teşebbüsler gelir. RKHK'nın 58. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiş ve rekabetin kısıtlanmasından zarar gören teşebbüslerin,

¹⁸⁶ Aynı görüş için bkz ASLAN İ. Y., 2001, s. 388; BADUR E., 2001, s. 162.

¹⁸⁷ İNAN N., **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II (Sempozyum), 9 Nisan 2004 Kayseri, Ankara 2004, s.44.

bütün zararlarının karşılanması gereğinden bahsedilmiştir. Ayrıca hangi konuda ve hangi vasıtalarla icra edilirse edilsin rekabeti kısıtlayıcı işbirliği faaliyetlerinden zarar gören tüketiciler, maruz kaldıkları zararın telafi edilmesini isteyebileceklerdir.¹⁸⁸ Tüketicilerin uğradıkları zararın başında mal veya hizmet fiyatlarındaki artış dolayısıyla (rekabet kısıtlanmadan önceki), normal şartlar altında ödemeleri gereken bedelin daha fazlasını ödemekle, bu aradaki değer farkı gelir. Şüphesiz tüketicinin maruz kaldığı zararlar, ürünlere fazla bedel ödemekle sınırlandırılmaz. Ürün kalitesinin (birlikte) düşürülmesi veya satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması yahut garanti koşullarının ağırlaştırılması gibi haller mal varlığında azalmaya yol açtığı ölçüde (örneğin garanti süresinin kısaltılması veya kalitedeki düşüş nedeniyle ilave harcama yapılması) tazminat konusu olabilecektir.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin mağdurları şüphesiz rakip teşebbüs ve tüketicilerle sınırlandırılmaz. Kısıtlayıcı faaliyetlerin muhatabı olan rakip teşebbüslere ürün veya çeşitli araç gereç temin eden teşebbüsle, bu teşebbüslerin pay sahipleri, alacaklıları gibi kimseler de rekabet düzeninin ihlalinin zarar görecektir. Fakat özellikle aleyhine rekabetin kısıtlandığı teşebbüslerin pay sahipleri ve alacaklıların maruz kaldıkları zararın tespiti ve kişiselleştirilmesinin zorluğu da inkar edilemez.¹⁸⁹

Her türlü zarardan ne kast edildiği ise çok net olmasa da bundan maddi ve manevi zararları anlamak gereklidir. Boykotla rakip teşebbüs faaliyetlerinin kısıtlanması, ayrımcı davranışlarla teşebbüslerin piyasayı terke zorlanması veya

¹⁸⁸ İNAN, teorik düzeyde mümkün olsa bile pratikte tüketicilerin RKHK 57 ve 58. maddelerine dayanarak dava açabilmelerinin mümkün olmayacağı kanısındadır. Bkz. İNAN N., “**Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi**” (konulu tebliğin sonundaki soru-cevap kısmı), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Ekim 1999, s.16, 17.

¹⁸⁹ TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 304, 305.

piyasaya giriş engelleri oluşturulması 4/1-d gibi haller rakip teşebbüslerin iktisadi faaliyetleri kadar iç huzurunu, girişim özgürlüğünü ve cesaretini ihlal ettiğinden manevi tazminat şartlarının gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Ayrıca RKHK, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden zarar görenlerin her türlü zararlarının tazmini gereğinden bahsettiğine göre manevi tazminat da bu kapsama girecektir.

Tazminat davalarını konu edinen uyuşmazlıklar kural olarak hukuk mahkemelerinin görev alanına girer. Bu nedenle genel mahkemelerin uzmanlık isteyen bir kanuna aykırılığı tescil etmekte oldukça zorlanacakları açıktır. Yetkili mahkemenin tayini ise taraflar arasındaki ilişkiye göre araştırılmalıdır. Üçüncü kişilerin (tüketiciler, rakip teşebbüsler, ara teşebbüsler) açacağı dava, genel kural uyarınca davalının ikametgahı mahkemesidir (HUMK m.9). Ayrıca yasak faaliyetlerin vuku bulduğu yer mahkemesi de yetkilidir (HUMK m.21). Şahsiyet haklarına tecavüz olarak nitelendirilebilecek (boykot veya diğer ayrımcı muameleler) hallerde dava, davacının ikametgahı mahkemesinde de görülebilecektir (MK. 24/a-4,5). Yabancı teşebbüslerin taraf olduğu ve Türkiye'deki belirli bir bölge yahut yerdeki mal veya hizmet piyasalarını etkileyen ihlallerde, "etki" prensibinin (RKHK m. 2) doğal bir sonucu olarak tazminat davaları, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerin etkilerinin doğduğu yer mahkemelerinde açılacaktır.

c) Sorumluluğun Türü

RKHK'nın 57., 58. ve 59. maddeleri daha yakından incelendiğinde bu hükümlerin çoğunun, Borçlar Kanunu m. 41'de düzenlenen haksız fiilin genel esaslarını içerdiğini, sadece Rekabet Hukukuna özgü ifadelere yer verdiğini görmek

mümkündür.¹⁹⁰ Haksız fiilin bilindiği üzere dört unsuru vardır. Bunlar hukuka aykırılık, kusur, zarar ve fiille zarar arasında nedensellik bağının olmasıdır.¹⁹¹

Uyumlu eylemler açısından değerlendirdiğimizde ise uyumlu eylemler, Borçlar Hukuku anlamında haksız fiildirler. Zira uyumlu eylemler, paralel davranışların hukuka aykırı yönünü ifade ederler. Ancak burada haksız fiiller için söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin uyumlu eylemler bakımından da söz konusu olabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Haksız fiiller için meşru müdafaa ya da zaruret hali gibi hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde sorumluluk doğmaz. Uyumlu eylemler için de RKHK m. 5’de düzenlenen muafiyet, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmelidir. Zira hakkında muafiyet kararı verilen uyumlu eylemlerde, hukuka aykırılık ortadan kalktığı için teşebbüslerin herhangi bir sorumluluğu doğmaz.

Rekabet hukukuna aykırı eylemlerle başkalarına verilen zararlardan sorumluluğun, kusur sorumluluğuna mı yoksa kusursuz sorumluluğa mı dayandığı ise tartışmalıdır.¹⁹²

Kusursuz sorumluluğun esas alınması gerektiğini düşünenlerin ortak kanaati, piyasa düzeninin arz ettiği önem nedeniyle sorumluluğun kusura dayandırılmaması gerektiğidir. Söz konusu görüşe göre piyasanın her koşulda (teşebbüs ister kusurlu

¹⁹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. SANLI K. C., **Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I (Sempozyum), 4 Nisan 2003 Kayseri, Ankara 2003, s.202.

¹⁹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. REİSOĞLU S., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul 1997, s. 192 vd.

¹⁹² Kusursuz sorumluluğu benimseyen görüşler için bkz. ARI Z., 2004, s. 217 vd.; TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 299; Kusur sorumluluğunu benimseyen görüşler için bkz. AKINCI A., 2001, s. 367 vd.; İNAN N., (**Sempozyum**), s. 43; SANLI K. C., (**Sempozyum**) s. 224 vd.

ister kusursuz olsun) korunmasından elde edilecek yarar, kusur sorumluluğu ile teşebbüslere sağlanacak olan yarardan çok daha büyüktür.

Bizim de katıldığımız ve sorumluluk için kusuru esas alan görüşe göre ise Türk Hukukunda genel kural sorumluluğun kusura dayanmasıdır ve Kanun'da sorumluluğun hangi esasa dayandığı hususunda özel bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle burada haksız fiil hukukunun genel esasları uygulama alanı bulması gerektiğidir. Teşebbüslerin kusurunun, kast veya ağır ihmalleri neticesinde oluştuğu hallerde RKHK m. 58/II'de düzenlenen üç katı tazminat hükmü, hafif ihmallerinin söz konusu olduğu durumlarda ise m. 58/I uygulanacaktır.

Kusurun varlığı aranırken karşılaşılabilecek bir sorun da, hukuka aykırı davranan teşebbüslerin nasıl olup da kusursuz davranmış olabilecekleri sorusudur. Zira bir teşebbüsün karar alıp uygularken, bunun ekonomik sonuçlarını öngörmemiş olması ya da bunları düşünmemiş olması gerçekçi bir varsayım olamaz.¹⁹³ Ticari davranışların ekonomik sonuçları konusunda bunu gerçekleştiren teşebbüsün her şeyden önce bilgisi ve öngörüsü vardır veya olmalıdır. Dolayısıyla rekabeti sınırladığı tespit edilen bir teşebbüsün, en azından ihmal içerisinde hareket ettiği söylenebilir. Sonuç olarak Rekabet Hukuku bakımından hukuka aykırılığın tespit edilmesiyle birlikte artık büyük ölçüde kusurun varlığını da kabul etmek gerekecektir.

Uyumlu eylemler açısından konuyu değerlendirdiğimizde ilk olarak uyumlu eylemlerden söz etmek için teşebbüslerin paralel davranışlarının bir temasa dayalı olarak gerçekleşmesi gerektiğini belirtmemiz gerekir. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin temasa dayalı olması nedeniyle teşebbüslerin rekabeti kısıtlamaları konusunda

¹⁹³ SANLI K. C., (**Sempozyum**), s. 212,213.

kusursuz oldukları düşünülemez. Bu tür faaliyetler için kusurun varlığının aranmasından vazgeçilmiş olmamakla birlikte, kusurun ayrıca ispatı aranmamaktadır. Sonuç olarak uyumlu eylemlerden sorumluluk kusur esasına dayalı olup, temasın varlığı kusurun varlığı için yeterli olmaktadır.

Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere her hukuka aykırı uygulamada aynı zamanda kusurun da var olduğunu kabul etmek, ticari yaşamın gerçeklerine ve hakkaniyete aykırı olabilir.¹⁹⁴ Örneğin kararın alındığı ve uygulandığı sırada geçerli olan piyasa koşulları çerçevesinde karar veren bir teşebbüsün, sonradan bu şartların öngörülemez biçimde değişmesi nedeniyle davranışının rekabeti kısıtlayıcı özellikler göstermesinden dolayı kusurlu sayılması düşünülemez. Bu gibi hallerde hakimin tazminata hükmederken çekingen davranması uygun olur.

d) Zararın Hesaplanması

Haksız fiillerde zarar, mal varlığının mevcut durumuyla, hukuka aykırı fiil olmasaydı arz edeceği durum arasındaki farkı ifade eder.¹⁹⁵ RKHK’da da bu temel yaklaşımdan uzaklaşmış değildir. Zararın tazmini başlığı altında düzenlenen RKHK m. 58/I’e göre rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler.

Burada bedelden kasıt bir mal ya da hizmetin bedelidir. Doktrinde “bedel” yerine “fiyat” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı da savunulmaktadır çünkü burada rekabetin sınırlanması sonucunda fiyatların artmış olacağı öngörülerek

¹⁹⁴ SANLI K. C., (Sempozyum), s. 213.

¹⁹⁵ REİSOĞLU S., 1997, s. 135.

fazla ödemek zorunda kalan müşterilerin talep edebileceği tazminat miktarı bu artış ile sınırlanmıştır ve rekabet her sınırlandığında fiyatlar artacak diye bir şey yoktur zira fiyatlar düşebilir veya değişmeyebilir dolayısıyla tazminat miktarının hesaplanmasında böyle bir kısıtlamanın uygun olmadığı iddia edilmektedir¹⁹⁶.

RKHK m.58/I ikinci cümlede zarar gören rakiplerin bütün zararlarını isteyebilecekleri belirtilmiştir. Zararın hesaplanmasında zarar gören işletmelerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. Dolayısıyla Kanun, tazminat talepleri çerçevesinde yalnız maddi zararı değil elde edilmesi muhtemel karı da göz önüne almıştır.

Bu açıdan RKHK'nın TTK'nın haksız rekabet halinde açılacak tazminat davalarına ilişkin 58. maddesi ile paralellik gösterdiğini söylemek mümkündür. TTK 58/1(e) maddesinde tazminat davalarında hakimin, davacı lehine, davalının haksız rekabet sonucunda elde etmesi muhtemel menfaatinin karşılığına da hükmedebileceği belirtilmiştir. TTK'nın 58. maddesi çerçevesinde, kusurun varlığı halinde haksız rekabet nedeniyle açılacak tazminat davalarında talep olunan tazminat miktarı, haksız rekabet sonucunda elde edilmesi olanaklı görülen yararı da kapsayacak şekilde yorumlanmıştır.¹⁹⁷

e) Tazminatın Şekli ve Özellikle Üç Katı Tazminat Sorunu

Haksız fiilin borç doğurmasında amaç, doğan zararın giderilmesidir. Bu nedenle, tazminatın üst sınırını uğranılan zarar oluşturur.¹⁹⁸ Türk Hukukundaki genel esasın, tespit edilen zarar miktarının, tazminatın üst sınırını belirlemesi yani tazminat miktarının zarar miktarını aşmaması olmasına karşın RKHK m. 58/II bu genel kurala

¹⁹⁶ ASLAN İ. Y., 2001, s. 389.

¹⁹⁷ AŞÇIOĞLU ÖZ G., 2000, s.182, 183; ayrıca bkz. İNAN N., (**Sempozyum**), s. 46.

¹⁹⁸ KILIÇOĞLU A. M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Ankara 2005, s. 305.

istisna getirmiştir. Söz konusu hüküm çerçevesinde Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun amacının zararın giderilmesi olduğunu söylemek güçtür. RKHK m. 58/II'ye göre tazminat miktarı zarar miktarını aşacağından, hükmün cezalandırma amacı ağır basmaktadır. Zira doktrinde söz konusu maddede öngörülen tazminatın hukuki niteliğinin bir medeni ceza olduğu yönünde görüşler mevcuttur.¹⁹⁹

58/II. madde Türk hukuk sistemine ilk kez Amerikan sisteminde yer alan “üç kat tazminatı”nı sokmuştur. Üç katı tazminat, Amerika Birleşik Devletleri Antitröst Hukuku’nda Treble Damage Action olarak adlandırılan hukuk davalarında söz konusu olmaktadır. Bu davalar Amerikan resmi makamlarının açtığı soruşturmalardan çok daha fazladır. Bu davaların açılmasına imkan veren düzenlemelerden biri Sherman Act adlı yasanın 7. bölümüdür.²⁰⁰

RKHK m. 58/II'ye göre ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanıyorsa, hakim zarar görenlerin talebi üzerine uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.

Söz konusu maddede geçen “tarafların anlaşması ya da kararı” ifadesinden anlaşılması gereken “tarafların kastı”dır.²⁰¹ Eğer maddede, söz konusu ifadeden kastedilenin RKHK m.4'te düzenlenen teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararları olduğu kabul edilirse, anlaşma ve karar söz konusu ise her halükarda uyumlu eylem için ise ancak ağır ihmal söz konusu olduğu durumlarda üç katı tazminat istenebileceği sonucu doğar. Kanun koyucunun uyumlu eylem ile

¹⁹⁹ ASLAN İ. Y., 2001, s. 389; İNAN N., *age*, s. 47; SANLI K. C., (*Sempozyum*), s. 256.

²⁰⁰ CLARKSON K. W./MILLER L./JENTZ G. A./CROSS F. B., *West's Business Law, Texts, Cases, Legal, Ethical, Regulatory and International Environment*, 6th Edition, 1996, s. 959; ayrıca bkz ASLAN İ. Y., 2001, s. 389, 390.

²⁰¹ SANLI K. C., (*Sempozyum*), s. 256.

teşebbüsler arası anlaşma ve teşebbüs birliği kararları arasında böyle bir fark gözetmiş olması düşünülemez. Dolayısıyla üç katı tazminata hükmetmek için tarafların kastı ya da ağır ihmalinin aranması gereklidir. Nitekim son zamanlarda yürütülen RKHK'da yapılmasını öngörülen değişiklik çalışmaları çerçevesinde de m.58/II'de bu yönde bir değişikliğe gidilmesi önerilmiştir.²⁰²

Uyumlu eylem açısından değerlendirildiğinde yasak faaliyetleri ihlalin bilincinde olarak ve rekabetin kısıtlanması ya da tüketicilerin sömürülmesi amacıyla uyumlu eylem halinde olan teşebbüslere karşı örneğin tüketiciler tarafından tazminat davası açılması mümkün olacaktır. AT uygulamasında uyumlu eylemler açısından teşebbüslerin fiyatlar konusunda anlaşmaları ve pazar paylaşımı, ağır rekabet ihlalleri olarak kabul edilmiştir.²⁰³ Kanımızca söz konusu hallerin Türk rekabet hukuku açısından da rekabetin önemli ölçüde ihlali olarak kabul edilmesi ve teşebbüslerin bu madde gereği üç katı tazminata hükmedilmeleri söz konusu olabilecektir.

RKHK m.58/II'de "...üç katı oranında..." ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade cümlelerin sonunda kullanılan "tazminata hükmedilebilir" ifadesiyle birlikte doktrinde üç şekilde yorumlanmaktadır: Birinci yoruma göre²⁰⁴ eğer zarar tarafların anlaşmasından ya da kararından veya ağır ihmalden kaynaklanmaktaysa hakim üç katı tazminata hükmetmek zorunda değildir ve bu halde üç katı tazminata hükmetmek hakimnin takdirindedir. Ancak üç katı tazminat haricinde bir veya iki katı tazminata hükmedemez.

²⁰² Bkz. **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin**, m. 27., 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

²⁰³ Bkz. çalışmada İkinci Bölüm, II, A, 2 " Uyumlu Eylem İçin Öngörülen İdari Para Cezalarının Uygulanması" başlıklı kısım, s. 84, 85.

²⁰⁴ Birinci durumu savunan görüş için bkz. GÜL İ., **Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması**, Ankara 2000, s. 27, dipn. 61.

İkinci yoruma göre²⁰⁵ ise hakim söz konusu hallerin varlığını tespit etmesi durumunda üç katı tazminata kadar hükmetmelidir. Ancak bu en fazla üç katı olabilir.

Üçüncü yorumun esas aldığı görüş²⁰⁶ ise, 58. maddenin ikinci fıkrası hükmünün koşulları gerçekleştiği takdirde hakim üç kat tazminatı vermesi gerektiğidir, hakim üç kata kadar tazminata hükmetmesi mümkün değildir çünkü bu bir cezai tazminattır ve hakim sadece cezai tazminat koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir. Gerçekleşmişse 58/2'nin hükümlerini uygulamak durumundadır. Koşulları gerçekleşmişse hakim keyfi olarak üç kat tazminatı vermeme ya da azaltma hakkı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce bu konuda ikinci yorumu benimsemek daha yerinde olacaktır. Zira ilgili hükmün sonunda yer alan “tazminata hükmedebilir” ifadesi hakime burada tazminat konusunda takdir yetkisi tanındığına delalet etmekte ve tazminat oranının da hakim takdir yetkisini düzenleyen MK m. 4 gereğince hukuka ve hakkaniyete göre belirlenmesi yani rekabete aykırı eylemin niteliğine göre veya kusurun ağırlığına göre “üç katına kadar” belirlenmesi gereklidir. Aksi takdirde teşebbüsler için çok ağır bir yaptırım uygulanmış olacak ve teşebbüsleri iflasa sürükleyecek derecede adaletsiz sonuçlar doğurabilecektir. RKHK'da yapılması öngörülen değişiklik çalışmaları çerçevesinde de m. 58/II'de geçen “üç katı oranında” ifadesinin yerine “üç katına kadar” ifadesinin getirilmesi önerilmektedir.²⁰⁷

²⁰⁵ İkinci yorumu savunan görüş için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ G., 2000, s.184; İNAN N., (**Sempozyum**), s. 47; SANLI K. C., (**Sempozyum**), s. 257.

²⁰⁶ ASLAN İ. Y., 2001, s. 389

²⁰⁷ Bkz. **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin**, m. 27, 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

d) İspat Yüğü

Kanun, “İspat Yüğü” başlıklı 59. maddede kanuna aykırılığın ispatı ile ilgili bir karine getirmiştir. Buna göre zarar görenlerin; bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde bulunmadıklarını ispatlama yüğü davalılara geçer. Ayrıca rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.

RKHK’a aykırı bir hareket nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden kişiler, bunu ispatlamakla mükelleftir. 59. madde sadece uyumlu eylemler açısından bir karine öngörmüştür. Bu maddede uyumlu eylemlerle ilgili ispat yüğü kolaylaştırılmıştır. Eğer zarar görenler bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren kanıtlar ileri sürerlerse, uyumlu eylem içinde buldukları iddia edilen teşebbüsler bunun aksini ispatlamakla yükümlü olacaklardır. 59. maddenin ilk fıkrasında bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren hallere piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatlarda uzun süre gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada uzun süre faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırılması gibi örnekler verilmiştir.

59. maddenin ikinci fıkrasında getirilen düzenleme 4. maddenin üçüncü fıkrasındaki karineye benzemektedir. Bununla birlikte 59. maddede ispatlama yükünün davalılara geçebilmesi için, zarar gördükleri iddiasında bulunan kişilerin öncelikle bazı kanıtları yargı organlarına sunmaları gereklidir. Yani ancak bazı delillere dayanan davacılar karineden yararlanabileceklerdir. Doktrinde bu delillerin

bulunmasının hayli zor olacağı savunulmaktadır.²⁰⁸ Özellikle Türkiye gibi ürünlere ve hizmetlere her gün yeni fiyat artışlarının uygulandığı bir ülkede fiyatlarda uzun süren bir kararlılığa ilişkin kanıt gösterilmesi oldukça zordur.

59. maddenin ikinci fıkrası “Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.” diyerek bir delil serbestisi getirmiştir. Özellikle rekabeti sınırlayıcı uygulamaların gizlilik taşıyan hareketler olduğu göz önünde bulundurulursa, ortaya çıkması muhtemel olan ispat zorluğu bu hükümle aşılmaya çalışılmıştır.

III. REKABET KANUNUN İHLALİ HALİNDE REKABET KURULU VE MAHKEMELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Rekabet Kurulunun düzenleme yetkisi yasama faaliyetlerine benzer özellikler taşıırken, özellikle denetim yetkisi de yargı faaliyetine benzer özellikler arz etmektedir.²⁰⁹ Hatta sahip olduğu yetkilerin genişliği, bağımsızlığı için gösterilen azami çaba, araştırma yöntemleri, olayı değerlendirme tarzı (önaraştırma, soruşturma, duruşma, karar) gibi özellikleri açısından, Rekabet Kurumunun hukuki niteliği itibarıyla yarı idari, yarı yargısal kendine özgü bir kurum olduğu da ileri sürülmektedir.²¹⁰

Rekabet Kurulu, RKHK’da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu

²⁰⁸ ASLAN İ. Y., 2001, s. 148.

²⁰⁹ ASLAN İ. Y., 2001, s. 397.

²¹⁰ ASLAN İ. Y., 2001, s. 395.

Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamakla görevli ve yetkili kılınmıştır (RKHK m. 27/a). Kurul'un nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına karşı Danıştay'a başvurulabilir²¹¹ (RKHK m. 55).

RKHK'nın 56-59. maddelerinde ise RKHK'ya aykırılıktan dolayı geçersiz olan anlaşma ve kararlara dayanarak yerine getirilen edimlerin geri istenmesi ve tazminat taleplerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu tür sorunların çözümü genel mahkemelerin görev alanına girer. Taraflar bu tür taleplerle adli yargı yoluna başvurduğunda, mahkemenin öncelikle talebin sebebi olan işlemin geçerli olup olmadığını incelemesi gerekir. Bu, mahkemenin/hukuk mahkemesinin davada öncelikle RKHK'ya aykırılık olup olmadığını belirlemesi anlamına gelir.

²¹¹ Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu tedbir kararının iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 10. Dairesi, 4054 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının birinci tuncesinin iptali için doğrudan başvurmuştur.

Söz konusu düzenlemenin; Anayasanın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesi, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını öngören 9. maddesi, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören 142. maddesi ve Danıştay'ın idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme yeri olduğu, kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağını öngörülmesi nedeniyle 155. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi RKHK m.55'te yer alan düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmamış ve Anayasanın 155. maddesinde geçen kanun deyiminin sadece Danıştay Kanunu değil, tüm kanunları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca Anayasanın 155. maddesinde Danıştay'ın belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağını öngörülmesi nedeniyle RKHK m.55'teki düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.12.1988, E: 1998/48, K: 1998/85, RG 31.03.200, S.24006. RKHK'da yapılması öngörülen değişiklik çalışmaları içinde de Anayasa Mahkemesi Kararı çerçevesinde değindiğimiz tartışmalara çözüm getirmek amacıyla m. 55'teki düzenlemede Danıştay'a ilk derece mahkemesi olarak başvurulacağına dair bir değişiklik yapılması teklif edilmektedir. Bkz. **4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin**, m.25, 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

Dolayısıyla RKHK'nın uygulanması hususunda görevli Rekabet Kurulu ile mahkemeler arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir. Aşağıda bu ilişkiyi çeşitli ihtimallere göre incelemeye çalışacağız.

B. Kurul'un Hakkında Soruşturma Açılmış Bir Olayda Karar Vermiş Olması Durumunda

Rekabet Kurulu yürüttüğü bir soruşturma sonucunda RKHK'nın ihlal edildiği sonucuna varabilir. Bu karardan sonra mahkemede tazminat davası açılırsa, hukuka aykırılığın saptanması açısından mahkeme, Rekabet Kurulu kararı ile bağlı olacak mıdır? Yani diğer bir deyimle Rekabet Kurulu kararı, mahkemece kesin delil olarak değerlendirilecek midir?

Bilindiği gibi kesin deliller²¹² dört tanedir: 1) ikrar, 2) senet, 3) yemin ve 4) kesin hüküm. Rekabet Kurulu idari bir makamdır. Yargı organı değildir. Bu nedenle Kurul kararının kesin hüküm oluşturması düşünülemez. Dolayısıyla Kurul kararının mahkemede kesin delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak mahkemenin Kurul kararından takdiri delil olarak yararlanması mümkün olacaktır. Mahkeme, Rekabet Kurulu karar metninden ve soruşturma dosyasından yararlanabilir. Mahkeme, dosyayı kendi inceleyebileceği gibi bu işi bilirkişi marifetiyle de yapabilir.²¹³

Rekabet Kurulu kararı Kanun'un 55. maddesi gereği Danıştay tarafından onaylanarak kesinleşmiş ve hukuk mahkemesinin kararı da Yargıtay tarafından onaylanarak kesinleşmiş ancak bu kararlar birbirleri ile çelişmekte ise bu durumda hukuki anlamda bir hüküm uyumsuzluğunun söz konusu olup olmayacağı

²¹² Bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU B./ASLAN R./YILMAZ E., 2004, s. 435 vd.

²¹³ Aynı görüş için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000, s.189; İNAN N., (Sempozyum), s. 57.

tartışmalıdır. Hüküm uyuşmazlığından söz edebilmek için iki ayrı yargı koluna dahil iki mahkeme tarafından, konusu, dava sebebi ve taraflarından en az biri aynı olan bir dava hakkında birbirleriyle çelişik kesin hükümler olması ve bu nedenle hakkın yerine getirilmesinin imkansız olması koşulu aranmaktadır.²¹⁴

Kanımızca Danıştay'ın ve Yargıtay'ın kararlarına konu olan davaların, birinin iptal birinin tazminat davası olması nedeniyle konuları ve sebepleri farklı olduğundan burada hukuki anlamda bir hüküm uyuşmazlığından söz etmek mümkün olamayacaktır.²¹⁵ Zira Medeni Usul Hukukunda dava konusunun aynı olmasından davanın talep sonuçlarının aynı olması ve dava sebeplerinin aynı olmasından ise davanın dayanağı olan vakıaların aynı olması aranmaktadır.²¹⁶ Dolayısıyla davaların dayanağı olan vakıaların, davaların birinde teşebbüslerin eylemlerinin yanı sıra rakip teşebbüslerin veya tüketicilerin bundan zarar görmesi vakiasının da eklenmesi nedeniyle farklı olması sonucu dava sebepleri aynı değildir. Davaların talep sonucuna baktığımızda ise birinin iptal birinin ise tazminat olması nedeniyle dava konuları da birbirinden farklıdır.

Sonuç olarak Rekabet Kurulu kararı, Danıştay tarafından onaylanarak kesinleşmiş ve hukuk mahkemesinin kararı da, Yargıtay tarafından onaylanarak kesinleşmiş ancak bu kararlar birbirleri ile çelişmekte ise bu durumda bu meselenin hüküm uyuşmazlığı ile çözümü kanımızca mümkün gözükmemektedir. Doktrinde bu sorunun çözümünün içtihatlar yolu ile olacağı belirtilmektedir.²¹⁷

²¹⁴ Anayasa m.158 ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu m. 24, 25.

²¹⁵ Aynı görüş için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000, s. 189; İNAN N., (**Sempozyum**), s. 58, 59. Aksi görüş için bkz. ARI Z., 2004, s. 245; SANLI, K.C., (**Sempozyum**), s. 245.

²¹⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU B./ASLAN R./YILMAZ E., 2004, s. 788 vd.

²¹⁷ AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000, s.190.

Kanımızca bu sorunun, iki ayrı yargı kolunda yer alan iki ayrı mahkeme tarafından verilmiş birbiriyle çelişik hükümler bulunması nedeniyle hukuki güvenliğin zedelenmesi gibi bir sakınca doğurmasının yanı sıra, Rekabet Hukuku yargı uygulamasında içtihat zenginliğine yol açması gibi yararlı bir yönü de olacaktır.

C. Kurul'da Uyuşmazlığa İlişkin Devam Eden Bir Soruşturmanın Olması Durumunda

Rekabet Kurulu bir soruşturma başlattıktan sonra henüz karar verilmeden hukuk mahkemesinde dava açılmış olması halinde mahkemenin Kurul kararını beklemesi gerekip gerekmediği konusu da tartışmalıdır.

Kanımızca bu durumda mahkemenin, Kurul'da yürütülen soruşturmanın sonucunu beklemesi gereklidir. Ancak mahkemenin bu meseleyi bekletici sorun yapma mecburiyeti Kanun'da öngörülmediğinden, mahkemenin bu konuyu bekletici sorun yapıp yapmaması ihtiyaridir.²¹⁸ Ayrıca Kurul'un konuyu karara bağlamış olması ve bu karar aleyhine Danıştay'a başvurulmuş olması ve Danıştay'da inceleme aşamasında olması halinde de mahkemenin Danıştay kararını, görmekte olduğu dava açısından bekletici sorun yapması yerinde olacaktır.

Bu konuda Yargıtay 19. HD, 1999 tarihli kararında²¹⁹, hakim durumun kötüye kullanılması iddiasıyla açılan bir tazminat davasında davacının Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığı araştırılmadan, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun ön mesele olarak belirlenmesi gerekirken mahkemenin beklemeyerek davayı karara bağlamış olması nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

²¹⁸ Aynı görüş için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000, s.189; İNAN N., (**Sempozyum**), s. 59; SANLI K. C., (**Sempozyum**), s. 250.

²¹⁹ Yargıtay 19. HD, E: 99/3350, K.: 99/6364, 01.11.1999 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

Aynı kararda Yargıtay, hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle talep edilen tazminat hakkında karar verebilmesi için Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanmış olması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay'ın kararından çıkan sonuca göre Yargıtay, Rekabet Kurulunda soruşturma açılmamış olması durumunda dahi, Kurul kararının beklenmesi görüşündedir. Kanımızca Kurul'un henüz soruşturma açmadığı durumda da mahkemenin ortada bir rekabet ihlali olup olmadığının belirlenmesi açısından Kurul kararını bekletici mesele yapıp yapmaması ihtiyaridir. Zira zorunlu olarak bekletici sorun yapılabilecek haller kanunlarda belirlenmiştir.²²⁰ Mahkeme Kurul kararının beklenmesi gerektiği sonucuna varırsa bu durum bir ihtiyari bekletici sorun niteliği kazanacak dolayısıyla mahkeme, davacıya davalıyı Kurul'a şikayet etmesi ve Kurul'da soruşturma başlatması için mehil verecektir. Kanımızca mahkeme meseleyi bir ihtiyari bekletici sorun yapmak yerine Kurul'dan bir rekabet ihlalinin var olup olmadığı konusunda görüş de isteyebilir. Bu durumda Kurul, resen soruşturma başlatma yetkisini kullanarak da soruşturma başlatabilecektir. Her iki durumda da Kurul'un artık bu konuda bir soruşturma başlatmış olması nedeniyle mahkemenin meseleyi bekletici sorun yapması daha uygun olacaktır. Zira bir rekabet ihlalinin mevcut olup olmadığının belirlenmesi hususu Kurul'un çalışma alanı olduğundan, mahkemelerin Kurul kararını beklemeleri yerinde olacaktır.

Kanımızca bu tartışmalara çözüm getirmek amacıyla yukarıda izah etmeye çalıştığımız durumlar için, Kurul kararının bekletici sorun yapılması hususunda RKHK'ya bir hüküm eklenmesi yerinde olacaktır. Zira RKHK'da yapılması

²²⁰ Bkz. KURU B./ASLAN R./YILMAZ E., 2004, s. 566 vd.

öngörülen değişiklik çalışmaları çerçevesinde de böyle bir hükmün kanunda yer alması gerektiği önerilmektedir.²²¹

D. Rekabet Kurulunca Açılmış Herhangi Bir Soruşturma Olmaması Durumunda

Hukuk mahkemesinde açılan davaya esas olan davranışa ilişkin Kurul'da yürütülen herhangi bir soruşturmanın olmaması halinde yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mahkeme konuyu ihtiyari bekletici mesele yaparak ilgili tarafa Kurul'a başvuruda bulunması yönünde mehil verebilir. Bir başka ihtimal de mahkemenin Kurul'dan görüş talep etmesi ve Kurul'un da bu durumda resen soruşturma başlatabilmesi durumudur. Her iki durumda da Kurul tarafından başlatılan bir soruşturma söz konusu olacağından kanımızca mahkeme, Kurul kararını beklemelidir.²²²

Doktrinde Kurul'da yürütülen herhangi bir soruşturmanın olmaması halinde mahkemenin Kurul kararını bekletici mesele yapmasının, yargılamayı uzatacağı ve tazminat talebini araştıran hukuk mahkemesinin Kurul'un ceza kararını beklememesi gerektiği şeklindeki gereklerle yerinde olmayacağı belirtilmektedir.²²³ Ancak kanaatimizce ortaya çıkabilecek çelişkili kararları önlemek amacıyla ve rekabet ihlalinin mevcut olup olmadığının tespiti hususunun Kurul'un uzmanlık alanını oluşturması nedeniyle Kurul kararının beklenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca özellikle çalışmamızın konusunu oluşturan uyumlu eylemler açısından söz konusu olan

²²¹ Bkz. **4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması ngrlen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin**, m.26, 19 Nisan 2005, <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

²²² Farklı gereklerle aynı görüş için bkz. ARI Z., 2004, s. 242-245.; SANLI K. C., (**Sempozyum**), s. 249,250.

²²³ Bkz. İNAN N., (**Sempozyum**), s.55-57.

hukuka aykırılığa esas olan vakıaların ispatlanmasındaki zorluklar nedeniyle de Kurul'un kararının beklenmesi yoluna gidilmelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

UYUMLU EYLEMDE İSPAT SORUNU

I. GENEL OLARAK

Görünüm 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 yada 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.

Teşebbüslerin paralel davranışları, piyasa şartlarından kaynaklanan tabii ve zorunlu bir hareketin sonucunu yoksa uyumlu eylemi mi olduğu hususu, kolay çözülebilecek bir sorun değildir. Zira oligopol piyasalarda her bir teşebbüs, piyasa davranışlarıyla ilgili en uygun seçimin, rakibin tercihlerine bağlı olduğunu düşünür.²²⁴ Bu durumda teşebbüslerin rekabeti sınırlandırmak veya bertaraf etmek gibi bir düşünceye sapmaksızın, kendi iradeleriyle benzer veya aynı piyasa davranışları içine girmeleri, uyumlu eylem sayılmaz. Bu tür piyasalarda gerekli ekonomik analizler yapılmadığı takdirde, paralel davranışlar sergileyen masum kişiler, uyumlu eylem iddiasıyla cezalandırılacaktır. Yapılan değerlendirmeler sonucunda “hal ve şartlar”, taraflar arasındaki uyumun piyasa şartlarından değil,

²²⁴ KORAH V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Fifth Edition, London, 1994, s. 30.

rekabeti sınırlandırma amacına işbirliği esasından kaynaklandığını gösteriyorsa, uyumlu eylemin varlığı sabit olacaktır.

Uyumlu eylemin ispatı hususunda nelerin delil olarak kabul edilebileceği de ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle ilk olarak Rekabet Hukukunda nelerin delil teşkil ettiği ortaya konulmalı daha sonra da uyumlu eylemler açısından bir inceleme yapılmalıdır.

Ayrıca uyumlu eylemlerin ispatı konusunda uyumlu eylem karinesinin ne derece uygulanabilir olduğu ve Anayasa ve usul hukuku açısından karinenin nasıl değerlendirilebileceği de aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

II. İSPAT KONUSUNDA GENEL ESASLAR VE İSPAT YÜKÜ

A. Genel Esaslar

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 delillere ikna edilmelidir. Bu duruma göre ispat, uyuşmazlık halindeki vakıalar hakkında mahkemede bir kanaat uyandırmak için gerekli delillerin sunulmasıdır şeklinde ifade edilebilir.²²⁵

Genel olarak ispatın konusu, uyuşmazlığın temeli olan vakıalar olup, ayrıca ihlal edilen kanun hükümlerinin ispatı gerekmez (HUMK m.76). Bu durumda ispat, uyuşmazlıkta iddia ve savunmaya bağlı olarak taraflara ait bir yükümlülüktür. İspat

²²⁵ ÜSTÜNDAĞ S., **Medeni Yargılama Hukuku**, CI-II, İstanbul 1992, s. 598.

yükünün dağılımına ilişkin genel kurala göre, taraflar ileri sürdükleri hakları, dayandırdıkları olguları ispatla mükelleftirler (MK m.6). Böylece evvela davacı, davasını dayandırdığı olguları, sonra da davalı, savunmasını dayandırdığı olguları ispat edecektir.

İspat yükünün kime düştüğü sorunu bazı hallerde özel bir kanunun hükmü ile belirlenmiş olabilir. Bu durumda ispat külfetinin kime düştüğü araştırılmaksızın, kanunen belirlenen kimse ispatla yükümlü tutulacaktır. Örneğin BK m.96'ya göre, kısmen veya tamamen borcunu yerine getirmeyen borçlunun, tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Yine MK m.3, “kanunen hüsünüyet şart kılınan hallerde”, iyi niyetli olduğu iddiasında bulunamı değil, aksini iddia edeni (ilgili kimsenin iyi niyetli olmadığını) ispatla yükümlü tutmuştur. İspat yükünü özel olarak düzenleyen başka hükümler de vardır. Örneğin MK m.512; BK m. 55, 56, 102; TK m. 224, 635/6, 1300/2 bu niteliktedir. MK 512. madde mirasçılıktan çıkarma konusunda ispat yükünün kime ait olacağını düzenlemektedir. İlk paragrafta mirastan çıkarmanın, kural olarak ancak miras bırakanın buna ilişkin tasarrufunda sebep göstermesi halinde geçerli olacağı düzenlenmiş fakat sonraki paragrafta mirasçılıktan çıkarılan kimsenin itirazı halinde belirtilen sebebin varlığının ispatının, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşeceği hüküm altına alınmıştır. BK 55 ve 56 ise kusursuz sorumluluk hallerinden istihdam edenin sorumluluğu ile hayvanlar tarafından gerçekleştirilen zarardan sorumluluğu düzenlemektedir. Her iki düzenlemede de istihdam eden veya hayvanı elinde bulunduran kişi, işçilerinin veya hayvanlarının zarar vermeleri halinde, bu şekilde bir zarara engel olmak için hal ve şartlara göre gereken bütün dikkat ve özeni

gösterdiklerini veya bu dikkat ve özeni göstermeleri halinde dahi zararın gerçekleşeceğini ispat etmedikçe işçilerinin veya hayvanlarının zararından sorumludurlar. BK 102. madde ise kazadan dolayı sorumluluğu düzenlemektedir. Borçlunun temerrüt halinde iken ifanın gecikmesinden dolayı tazminat ödemeye mecbur olduğu ve kazadan dahi sorumlu olacağı ve ancak kendisinin kusuru olmaksızın temerrüdün söz konusu olduğunu veya tam zamanında ifa halinde dahi edimin konusu olan şeyin alacaklının zararına kazaya uğrayacak olduğunu ispat etmek şartıyla sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmektedir. TK 224. madde gereğince de Kanun, şirket mukavelesi veya iş görme şartlarını tespit eden diğer hükümlere aykırı hareket ederek üçüncü şahıslara veya ortaklara zarar veren tasfiye memurları kusursuz olduklarını ispat etmedikçe müteselsil olarak sorumludurlar. Ayrıca ihbar mecburiyetinin düzenleyen TK 635/6. madde gereğince de ihbarı yapmakla mükellef olan kimse bunun muayyen müddet içinde yaptığını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. TK 1300/2. madde hükmü ise sigorta edilen malın değerinin poliçede gösterilenden az olduğunu iddia eden sigortacıyı, bunu ispata mecbur tutmuştur. İspat yüküyle ilgili üzerinde duracağımız diğer önemli bir düzenleme de Rekabet Kanunu'nda yer almaktadır ve aşağıda ispat yükü başlığı altında incelenecektir.

B. İspat Yükü

RKHK m.4 anlamında bir rekabet ihlalinin uyumlu eylem yoluyla gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti hususunda m. 4/3 gereği ispat yükü teşebbüslerdedir. Söz konusu maddede, Kurul'un uyumlu eylemin varlığını ispatlama açısından karşılaşacağı güçlüğü aşmak amacıyla belirli şartların mevcut olması durumunda uyumlu eylemin gerçekleşmiş olacağına dair bir karine öngörülmektedir. Dolayısıyla

Kurul, maddede ifade edilen durumlar gerçekleşmiş ise teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarını kabul edecek ve uyumlu eylemde bulunmadıklarını ise teşebbüsler ispat edeceklerdir.

Rekabeti sınırlayıcı davranışların (anlaşma, karar ve uyumlu eylemler) özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen Kanunun beşinci kısmında, ispat yüküyle ilgili önemli bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, rekabeti sınırlayıcı davranışlardan zarar gören kimseler, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren; özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatlarında gözlenen kararlılık, fiyatların birbirine yakın aralarla artırılması gibi kanıtlar, uyuşmazlığı halle yetkili organlara sunmaları halinde, uyumlu eyleme taraf olmadıklarını ispat yükü, davalı teşebbüslere geçer (RK m. 59/1).

Kural olarak bir hakkın doğumunu normal gösteren olguları, hak iddia eden kimse (davacı) bu şartların varlığına rağmen söz konusu hakkın doğumunu engelleyen olguları ise karşı taraf (davalı) ispatla yükümlüdür. Bu esaslar çerçevesinde, teşebbüsler arasında uyumlu eylem bulunduğunu iddia eden kimseler (Rekabet Kurulu, menfaatler ihlal edilenler), rekabeti sınırlayıcı davranışlarının fiili etkilerini veya sonuçlarını göstermekle, ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaklardır. Esasen uyumlu eylemlerin tezahürü, teşebbüslerin piyasa davranışlarını benzer veya paralel hale getirmelidir.²²⁶ Uyumlu eylem iddiasında bulunan kimseler, paralel davranışların varlığını gösteren olguları, uyuşmazlığı gidermekle yetkili olan organa sunmakla ispat yükümlülüğünden kurtulmuş olacaklardır. Teşebbüslerin paralel davranışlarına örnek olarak Kanun, piyasa paylaşımı, fiyatlardaki istikrarı seyir, eş zamanlı fiyat artışı hallerine işaret etmekle

²²⁶ TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 204, 205.

yetinmiştir. Fakat bu haller sınırlı değildir. Örneğin teşebbüslerin ortak hareket bir toptancıya veya perakendeciye mal vermeyi reddetmeleri yahut farklı fiyat ya da satış şartları koymaları uyumlu eylem olarak bu kapsamda değerlendirilecektir.

Uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler ya paralel davranışta bulunmadığını ya da benzer veya eş zamanlı hareket etmelerinin makul sebeplere dayandığını ispat etmelidirler. Makul sebeplerden en başta ekonomik gerçekler anlaşılacaktır. Örneğin fiyat artışına, temel üretim maddelerine yapılan fahiş zamlar; piyasa bölüşümü iddialarına fiili ulaşım engelleri gerekçe gösterebilir. Taraflar iddialarını HUMK m. 236-374 arasında düzenlenen her türlü delille ispat edebilirler (RK m. 4/3, m.47/2, m. 59/2). Fakat yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, Rekabet Kurulu veya zarar görenler rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerin fiili etkilerini ya da maddi olayı ispat etmekle yetineceklerdir. Uyumlu eyleme taraf teşebbüsler, paralel davranışlarının sebeplerini makul gerekçelerle ispat edemedikleri takdirde, bu davranışların neticelerine mahkum olacaktır (RK m. 4/3)

Uyumlu eylem iddiası aslında, öncelikle paralel davranışların varlığı, taraflar arasındaki bağlantının (işbirliğinin) açığa çıkarılması ve nihayet rekabetin bozulduğu veya sınırladığı olgularının ispatıyla gerçeklik kazanacaktır. Ancak Kanun, uyumlu eylem iddiasında bulunan kimseleri, bütün bu hususları ispatla yükümlü tutmamıştır. Rekabet Kurulu veya rekabeti sınırlayıcı davranışlardan menfaatleri ihlal olanlar, teşebbüsler arasındaki irtibatı ve rekabetin sınırlanması olgularını ispat etmeksizin, paralel davranışların varlığını gösteren delilleri ibraz etmekle, ispat görevini yerine getirmiş sayılırlar. Bu durumda davalı teşebbüsler, sorumluluktan kurtulabilmek için uyumlu hareket etmediklerini veya uyumlu hareketlerin piyasa koşullarının tabii sonucu olduğunu ya da aynı yöndeki davranışlara rağmen aralarında herhangi bir

irtibat bulunmadığını yahut uyumlu hareketlerin rekabeti sınırlandırmadığını ispat etmek zorundadırlar.

Genel kural bir vakadan kendi lehine haklar çıkaran tarafın o vakayı ispat etmesidir. Bu kimse davacı olabileceği gibi pekala davalı da olabilir. Bir vakayı inkar eden onu ispat etmekle yükümlü değildir. Başka bir ifadeyle bir vakayı (teşebbüsler arasında uyumlu eylem varlığı) iddia eden, bu durumu ispat etmekle yükümlüdür. Fakat uyumlu eylem iddiasında bulunan kimsenin yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsler arasındaki işbirliğini ispat edebilmesi, bu duruma işaret eden bilgi ve belgelere ulaşabilmesi oldukça zordur. İşte uyumlu eylemin ispatındaki güçlük sebebiyle ispat yükünü hafifleten bir takım esaslar getirilmiştir. Bu esaslardan ilki, uyumlu eylemin ispatında, ispat yükünün yer değiştirmesi imkanındır. Diğer önemli imkan da ispat kolaylığıdır.(RK m.4/3, 59/1). Kanunun 59/1 maddesi hükmüne göre, taraflar arasındaki temas (tarafların toplantı tertip etmeleri, uyumlu hareketleri yön veren plan , belge, tutanak düzenlemeleri) doğrudan ispat edilemiyor fakat, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren bir takım emareleri (eş zamanlı ve aynı miktarlarda fiyat artışı , belirli satıcıların boykot edilmesi gibi) dayanılarak uyumlu eylemin varlığı iddia ediliyor ve bu olguları destekleyen deliller ibraz edilebiliyorsa, ilgili teşebbüsler paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmekle yükümlüdürler.(m. 59/1)

III. UYUMLU EYLEMDE DELİL KAVRAMI

A. Rekabet Hukukunda Delil ve İspat

1. AT Rekabet Hukukunda Delil Kavramı

Roma Antlaşmasının 87'nci maddesinde yer alan yetkiye dayanılarak Konsey, 6 Şubat 1962 tarihinde Antlaşmanın 85 ve 86'nci²²⁷ ("81 ve 82") maddelerinin uygulanmasına yönelik 17/62 sayılı Tüzüğü ("17 sayılı Tüzük")²²⁸ 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 Tüzüğü²²⁹ ile giderilmiştir. Tüzükte son değişiklik²³⁰, 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 düzenlenmiştir. Komisyon'un delil olarak kullanabileceği unsurlar arasında resmi bilgi ve belgeler ve üçüncü kişilerden elde edilen bilgi ve belgeler yer almaktadır.

²²⁷ 01 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile 85 ve 86'nci maddeler, 81 ve 82'nci maddeler olarak değiştirilmiştir.

²²⁸ 21.02.1962, OJ L 013/204.

²²⁹ 26.11.1974 tarih ve 2988/75(EEC) sayılı Konsey Tüzüğü 29.11.1974, OJ L 319/1.

²³⁰ 10.06.1999 tarih ve 1216/1999 sayılı Konsey Tüzüğü 15.06.1999, OJ L 148/5-6.

Komisyon'un yerinde inceleme yetkisine yönelik Tüzüğün 14'üncü maddesi kullanılabilir deliller açısından dolaylı bir mesaj vermektedir²³¹. Söz konusu düzenlemeden çıkan sonuca göre en geniş tanımıyla teşebbüslerin defterleri ve ticari kayıtlarının delil olabileceği söylenebilir. Tüzükte nelerin delil olabileceği konusunda açık bir düzenleme olmamasının yerinde olduğu, aksi halde kısıtlamaya neden olacağı, her olayın kendi koşullarında değerlendirilmesinin doğru olduğu düşünülmektedir.²³²

Komisyon'un hazırladığı bir çalışmada "ticari kayıt" tanımlanmıştır²³³:Yazılı olsun veya olmasın; yazışma, muhasebe ve mali dokümanlar (faturalar, bilançolar vb.), fotoğraflar, slaytlar, filmler, manyetik bantlar, kasetler, bilgisayar programları ve kayıtları, mikrofilmler gibi tüm dokümantasyon türleri.

Tanımın devamında ticari kaydın "*...diğer bir deyişle, bilgi depolamanın tüm unsurlarını*" kapsadığı belirtilmiştir. Belgelerin ise teşebbüsün resmi belgelerinin yanı sıra kayıtlar, iç yazışmalar, notlar ve toplantı tutanakları gibi gayri resmi belgeleri de içerdiği vurgulanmıştır.

Nitekim Komisyon bir başka çalışmasında, yazılı delile özel önem verdiğini ve bazı diğer rekabet otoriteleri gibi yeminli alınan sözlü delili kullanmadığını

²³¹ 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..."

²³² UYANIK P., Rekabet Hukuku Açısından Delil, Rekabet Kurumu Yayın No: 0120, Ankara 2003, s.40

²³³ COMMISSION; **The European Commission's Powers of Investigation in the Enforcement of Competition Law**, Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1985, s.36.

belirtmiştir²³⁴. Ayrıca delil toplama konusunda genel bir yetkisinin olduğunu da vurgulamıştır. Komisyon aynı çalışmada, yerinde inceleme yetkisinin kapsamını değerlendirirken Tüzüğün 14'üncü maddesi ışığında inceleyebileceği hususlara örnek vermeye çalışmıştır.. Bunlar ticari kayıtlardan ve defterlerden ne anlaşılması gerektiğini göstermesi bağlamında soruşturmalarda ne tür delillerin kullanılacağı sorusunun cevabını da taşıması yönünden önem arz etmektedir. Komisyon öncelikle “ticari kayıt” kavramının ilgili maddede geniş yorumlandığını ve şirketin resmi dokümantasyonu ile sınırlı olmadığını belirtmiştir. Komisyon’un ilgili belge olup olmadığına karar vermek için her belgeye bakabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca kayıtların şekli önem taşımamaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki vurgulanan diğer bir önemli nokta, incelenebilecek belge türlerine verilen örneklerin tahdidi değil, tadadi olduğudur. Kayıtlar teyp, mikrofilm, mikrofiş veya bilgisayar kayıtları olabilmektedir. Komisyon’un inceleyebileceği (dolayısıyla delil olarak kullanabileceği) belgelere şu örnekler verilmiştir:

- Finansal kayıtlar,
- Satış kayıtları,
- Üretim kayıtları,
- Seyahat kayıtları,
- Ajandalar,
- Şirketiçi veya üçüncü kişilerle yapılan toplantıların tutanakları,
- (İç ve dış) yazışmaların kayıtları veya sureti, kişisel notlar

²³⁴ COMMISSION ; **Dealing with the Commission, Notifications, complaints, inspections and fact-finding powers under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty**, Brussels, 1997. http://europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1_en.pdf

(belirli periyotlarda kullanılmış telefon ve faks numaraları dahil),
elektronik posta kayıtları,

- Fotoğrafik materyaller

Komisyon *FNICF* kararında²³⁵ 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.

Defterlerin ve ticari kayıtların fiziki şeklinin önemli olmadığını savunan görüşe göre²³⁶, teşebbüsün depolama sistemlerindeki bilgilerin denetlenmesine karşı çıkma hakkının, örneğin görevlilerin teyp bandı, mikrofilm, mikrofiş, disket, yedekleme bandı vs.yi kontrol etmesi için gerekli makineleri kullandırtmama hakkı olup olmadığının tartışmalıdır. Aynı görüşe göre, Topluluk Mahkemeleri “inceleme” sözcüğünü bu tür kayıtların incelenmesi ve kopyalanmasına yarayacak makineleri kullanma hakkını içerecek şekilde yorumlayacaktır. Gerekçesi çoğu şirketin kağıtsız ofis haline geldiği ve bu makineleri kullanmadan kopyaların elde edilememesidir. Uygulamada görevliler, bilgisayarlara girme, elektronik postalara bakma, hatta “silinmiş öğeleri” yenileme imkanını kullanmaktadır.

²³⁵ **FNICF** 27.10.1982 tarih ve 82/756/EEC sayılı Komisyon Kararı (IV/AF 528), 16.11.1982, OJ L 319/1215.

²³⁶ KERSE, C. S., 1998, s. 137.

2. Türk Rekabet Hukukunda Delil Kavramı

4054 sayılı Kanun'da "delil" kavramı kullanılmış olmakla birlikte, isabetli olarak, delil tanımı ya da nelerin delil olabileceği konusunda düzenleme getirilmemiştir. Yine "ispat" kavramı da Kanun'da yer almakta, ancak tanımı yapılmamaktadır. Özellikle 4'üncü maddedeki ispat hususundaki düzenlemeye değinilecektir.

Kanun'un 14'üncü maddesinin birinci fıkrasında Kurul'un bilgi isteme yetkisi düzenlenmiştir. Gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilmesi, istenen her türlü bilgiyi kararında delil olarak kullanabileceği ipucunu vermektedir.

Yerinde inceleme hususunun düzenlendiği 15'inci maddede ise, yerinde inceleme sırasında Kurul'un, emrinde çalışan uzmanların teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin; defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebileceği, belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebileceği, teşebbüslerin her türlü malvarlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabileceği düzenlenmiştir. Topluluk düzenlemesine paralel olmakla birlikte, belirli konularda yazılı açıklama istenmesi ve bunun tutanağa bağlanması yetkileri yönünden Kanun'un düzenlemesi daha geniştir. Bu düzenlemeden, incelenen her türlü belge ve evrakın ve tutanak olarak düzenlenen ifadelerin delil olarak kullanılabilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki her türlü belgenin delil olarak kullanılabilmesi keyfilik anlamına gelmemektedir. "Her türlü" ifadesi ile delil olabilmesi için şekil şartı öngörülmediği vurgulanmak istenmiştir. Herhangi bir vasıtanın delil olarak kullanılabilmesinin ilk şartı, delilin vakıayı ispatlamaya yönelik sonuçla ilintili olmasıdır.

“Delil” ifadesinin kullanıldığı ilk madde önaraştırmanın sonuçlanmasına yönelik 40’ıncı maddedir. İlgili maddenin son fıkrası, “*Önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportör 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildirir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Diğer bir madde ise delillerin toplanması ve tarafların bilgilendirilmesine ilişkin 44’üncü maddedir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca, “Soruşturma Heyeti”, soruşturma safhasında 14’üncü maddeye göre bilgi isteme ve 15’inci maddeye göre yerinde inceleme yetkilerini kullanabilmekte ve belirlenen süre içinde lüzum gördüğü evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini ilgili yerlerden isteyebilmektedir. Haklarında soruşturma yürütülen taraflar ise soruşturma safhasında her zaman kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili Kurul’a sunabilecektir. İkinci fıkra ise, Topluluk hukukundaki dosyaya erişim hakkına benzer bir şekilde, tarafların bildirimden itibaren sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde taraflara kendileriyle ilgili delillerin bir nüshasının verilmesi konusunda, soruşturma bildirim yazısı gönderilirken delillerin ticari sırlardan arındırılmış birer nüshasının gönderilmesinin hem savunma hakkı ilkesi, hem de Kanun düzenlemesine uygun olarak yerinde olacağı savunulmaktadır²³⁷. Nitekim son fıkraya göre, Kurul tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz.

Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları hakkında Yönetmelikte de hemen hemen Kanun ifadelerine yakın düzenleme getirilmiş, daha fazla ayrıntıya girme

²³⁷ UYANIK P., 2003, s. 58.

gereği duyulmamıştır. Sadece İkinci Kısımda Kurul'un İnceleme ve Araştırmalarında Usul başlığı altında önaraştırma ve soruşturmada delillerin toplanması ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Sözlü savunma toplantısının düzenlendiği 47'nci maddenin dördüncü fıkrasında, tarafların sözlü savunma toplantısından en az 7 gün önce savunmada yararlanacakları ispat vasıtalarını Kurul'a bildirmekle yükümlü oldukları, süresi içinde bildirilmeyen ispat vasıtalarından yararlanamayacakları belirtilmiştir. Burada "delil" yerine "ispat vasıtası" ifadesi kullanılmıştır. Son fıkrada ise, HUMK'a atıf yapılarak, sözlü savunmada tarafların HUMK'un İkinci Bâbının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtalarından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Burada ise hem "delil" hem de "ispat vasıtaları" kullanılmıştır.

47'nci maddenin son fıkrasında HUMK'a yapılan atıf önem taşımaktadır. Rekabet Hukukunun ilkeleri bakımından benzerlik gösterdiği idari usul bakımından, İYUK'ta HUMK'un belirli bölümlerine atıfta bulunulurken bunların tek tek sayıldığı düşünüldüğünde; 4054 sayılı Kanun'da genel bir atıf yapılmasının yerinde olmadığı savunulmaktadır²³⁸. Aynı görüşe göre örneğin medeni yargılama usulü açısından dahi tartışmalı olan yemin delilinden son derece teknik, ayrıntılı ekonomik analizlerin gerektiği bir soruşturmada yararlanılmasının doğru olmayacağı kanısı mevcuttur. Kanımızca burada bir genel atıf yapılmış olmasını HUMK'taki hükümlerin ancak Rekabet hukukunun amacına uygun olduğu sürece uygulanabileceği şeklinde yorumlamak gereklidir.²³⁹

²³⁸ UYANIK P., 2003, s. 58.

²³⁹ Aynı görüş için bkz. YILMAZ E., **Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler**, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II (Sempozyum), 9 Nisan 2004 Kayseri, Ankara 2004, s. 66.

Sonuç olarak; HUMK'a deliller yönünden yapılan atfın sadece sözlü savunma toplantısı açısından belirli bir şekilde yapıldığı dikkate alınarak, Rekabet Hukuku ve genel anlamda idari usul ilkelerine uygun olduğu ölçüde HUMK'ta düzenlenen delillerden yararlanılması gerekmektedir.

Yine delile ilişkin Kanun'daki diğer bir düzenleme Kurul kararında bulunması gereken hususlara ilişkin 52'nci maddedir. Gerekçeli kararda (g) bendinde ileri sürülen tüm delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi gerekmektedir.

“İspat” hususuna ise Kanun'un 4'üncü maddesinde ve özel hukuk alanındaki sonuçlar yönüyle Beşinci Kısımın 59'uncu maddesinde yer verilmiştir. Kanun'un 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında anlaşmaya göre ispatı zor olan uyumlu eylem yönünden bir karine getirilmiştir. Son fıkrada ise “uyumlu eylem karinesi”ne karşılık olarak bir “kurtuluş beyyinesi” düzenlenmiştir.

Kanun'un gerekçesinde verilen değerlendirmeler önemlidir. İlk önce maddenin amacı bakımından anlaşmanın, medeni hukukun geçerlik koşullarına uyması gerekmeyen, tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanıldığı ve anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi olmadığı; teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermelerinin engellenmek istendiği vurgulanmıştır. Uyumlu eylem karinesine ilişkin olarak, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı hukuk düzeninde bu anlaşmaların genellikle gizli yapıldığı ve ispatının güç olduğu hatırlatılarak uyumlu eylem karinesinin kabul edildiğini, uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü teşebbüslere geçirilerek ispat gücünün nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

İspat yükü bakımından diğer madde, rekabet sınırlamalarının özel hukuk alanındaki sonuçları bakımından düzenlenmiş olan 59'uncu maddedir²⁴⁰. Rekabet Hukukunda da genel ispat kuralları geçerlidir, yani herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak uyumlu eylem bakımından kolaylık getirilmiştir, bu anlayış özel hukuk alanındaki sonuçlara da yansımıştır. İlgili maddelerde karine söz konusudur ve ispat yükü ters çevrilmiştir. Soruşturulan teşebbüsün uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir. Yine, zarar görenin Kanun'da tanımlanan uyumlu eylemi gösteren delilleri mahkemeye sunması halinde uyumlu eylem içinde olmadığını ispatlama yükü tazminat davası açtığı davalı teşebbüse geçecektir. Zarar görenin yine de delil sunması gerekmekte olup, ekonomik analizlerle tespit edilmesi gereken verilerin, örneğin fiyatlarda kararlılık olduğu konusunda verilerin nasıl toplanacağı, nasıl tahlil edileceği şüphelidir. Bu konuya eleştiri getiren Aslan²⁴¹; bu karineden yararlanılmasının zor olacağını, delillerin elde edilmesinin zor olduğunu, mahkemelerin uzmanlık gerektiren iktisadi analizleri yapamayacağını belirtmiş, mahkemelerle Kurul arasında "zorunlu bilirkişilik" müessesesi kurulsaydı sorunun çözülebileceğini vurgulamıştır.

Son fıkrada ifade edilen tazminat davalarının her türlü delille ispatlanabilmesi önemlidir. Zira özel hukuk alanında serbest delil ilkesinin istisna olduğu düşünülürse, Rekabet Hukukunda her türlü delille ispatlanabilmesi yönüyle, Kurul'un soruşturmalarında evleviyetle her türlü delilin kullanılabilmesi sonucu çıkmaktadır.

²⁴⁰ **RKHK 59. madde şu şekilde düzenlenmiştir:** "Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir."

²⁴¹ ASLAN İ. Y., 2001, s. 391.

Nitekim doktrinde de rekabet sınırlamalarının her türlü delille ispatlanabileceği görüşü hakimdir. Aslan'a göre Rekabet Hukukunda re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğu için HUMK'ta yer alan her türlü delil kullanılabilir²⁴². Rekabet soruşturmalarında sık sık karşılaşılan bir sorun olan nelerin delil olabileceği konusunda Yılmaz²⁴³; Rekabet Hukukunda "serbest delil sistemi" mevcut olduğu ve HUMK'a yapılan atfa rağmen hukuk hakimi gibi "kanuni delil sistemi" ile bağlı olmadığı için, medeni yargılamada ispat sorunu yaratan elektronik posta, faks gibi verilerin delil olarak kullanılabilmesini belirtmiştir.

Yılmaz²⁴⁴, HUMK'a yapılan atıf ışığında 4054 sayılı Kanun'daki delil türlerini belirlemiştir: Uzmanların yerinde inceleme sırasında, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini incelemesi ve suretini alması düzenlemesi **senet (yazılı delil)** elde etmeye yöneliktir. Yazılı veya sözlü açıklama talepleri sonucunda verilen beyanlar **tanık** delili olarak nitelendirilebilir. Burada hemen belirtmek gerekir ki, idari kuruluş olması ve yazılılık ilkesi gereği, uzmanların sözlü açıklama talebi de açıklamanın ardından tutanağa dökülerek yazılı hale getirilmektedir. Yılmaz, yazılı veya sözlü açıklama isteminin teşebbüs veya teşebbüs birliğinin çalışanlarını kapsadığını, yasal temsilcilerin yanı sıra işçiler de olabileceğini belirtmiştir. Gerçekten, burada önemli olan soru yöneltilen kişinin yasal temsilci olup olmadığı değil, uzmanların açıklama istediği konuda bilgi sahibi olmasıdır. Ayrıca yazılı veya sözlü açıklama isteme yetkisinin Kurul adına soruşturma kapsamı dışında kalan ancak bilgisine başvurulabilecek, örneğin ilgili pazarın üst veya alt pazarında faaliyet gösteren veya rakip teşebbüsleri de kapsadığı

²⁴² ASLAN İ. Y., 2001, s. 429.

²⁴³ YILMAZ, E.; **Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, (Sempozyum)**, s. 70.

²⁴⁴ YILMAZ, E.; **"Usul Hukukçusu Gözüyle Türk Rekabet Kanunu"**, Rekabet Kurumu Dergisi, Perşembe Konferansları II , Kasım 1999, Ankara, 1999, s. 99.

düşünülmektedir. Teşebbüslerin malvarlığına ilişkin mahallinde yapılacak inceleme ise **keşif** niteliğindedir.

Burada yinelemek gerekir ki Yılmaz'ın da belirttiği gibi²⁴⁵, sözlü savunma aşamasında tarafların HUMK'un 236 ilâ 374'üncü maddelerinde düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtalarından yararlanabilmesi yönündeki atfın medeni yargılamanın delil sistemine değil, delil çeşitlerine yapılmıştır. Ayrıca delil çeşitlerine yapılan bu atfı da, Rekabet Hukukuna “*uygun olduğu oranda*” şeklinde algılamak gerektiğini belirten Yılmaz, örneğin yemin delil çeşidinin nasıl kullanılacağına tereddüt yaratabileceğini vurgulamıştır. Hatta bu atfı “havada atıf” olarak nitelendirmiştir²⁴⁶. Daha önce de belirtildiği gibi, kanımızca tamamen teknik olan ve ekonomik analizlerin esas olduğu Rekabet Hukukunda yemin delilinin uygulanması yerinde olmayacaktır²⁴⁷.

Bilirkişi ve ikrarın delil türü olarak Rekabet Hukukunda kullanılabilmesi mümkündür, ancak sıklıkla “özel hüküm sebepleri” deliline başvurulacağı tahmin edilmektedir.²⁴⁸ Zira ekonomik analizlerin yanı sıra, örneğin karmaşık ve ortaya çıkarılması güç bir kartelin saptanmasında elde edilecek delillerin klasik delil çeşitlerinden farklı olması doğaldır.

Topluluk tecrübesi ışığında pişmanlık programı düzenlenmesinin kartellere ilişkin delillerin elde edilmesindeki zorluğu azaltacağı düşünülmektedir.²⁴⁹ Cezanın indirilmesi güvencesi, kartel üyelerinin Kuruma gelmesine ve gerekli delili temin etmesine yardımcı olacaktır. Ancak bu noktada, kartel üyesinin Kuruma gelmesi için

²⁴⁵ YILMAZ E., 1999, s. 102.

²⁴⁶ YILMAZ E., **age.**, s. 124.

²⁴⁷ Aynı görüş için bkz. UYANIK P., 2003, s. 61-62.

²⁴⁸ Bkz. UYANIK P., 2003, s. 62.; YILMAZ, E., (**Sempozyum**), s. 70.

²⁴⁹ UYANIK P., 2003, s. 62.

kartelde kaldığı müddetçe ağır bir ceza alacağını bilmesi ve Kurul'un kartel davalarında ağır para cezası uygulaması gerekmektedir. İkinci olarak, Kurul'un soruşturma sonucunda vereceği cezanın nasıl hesaplanacağı hususunda bir düzenleme yapması yararlı olacaktır. Bu durumda, Kurum'la işbirliği yapacak teşebbüs, kartelde kalması halinde alacağı cezayı önceden kestirebilecek ve olası ceza miktarına karşı işbirliğini tercih edebilecektir.

B. Uyumlu Eylemde Deliller

1. AT Rekabet Hukuku Uygulaması

Uyumlu eylemlerdeki belirsizlikten dolayı ispat araçları önem taşımaktadır. Uyumlu eylemin tanımlandığı karar olan *ICI*²⁵⁰ (*Dyestuffs kapsamında*) kararında ATAD, 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 biraraya geldiklerini ve fiyat tartıştıklarını belirlemiştir. Uyumlu eylemin bir anlaşmanın tüm unsurlarını taşımadığı, ancak katılanların davranışından aşikar olan koordinasyondan doğmuş olabileceği belirtilmiştir. *Suiker Unie* davasında da ATAD, teleks mesajları ve toplantı tutanaklarını uyumlu eylemin delili olarak kabul etmiştir.

*LdPE*²⁵¹ davasında ATAD, 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

²⁵⁰ *ICI v. Commission*; 14.07.1972 tarih ve C-48/69 sayılı ATAD Kararı, [1972] ECR 619.

²⁵¹ *LdPE*, 1989 OJ L 74/21, 1990-4 CMLR 382; *LdPE v. Commission*, T-80/89 [1995] ECR II-729.

kartel üyesi teşebbüs yetkilisi ile yapılan telefon görüşmelerini ve yerel toplantıları uyumlu eylemin delili olarak kabul etmiştir.

*Compagnie Royal Asturienne des Mines&Rheinzink*²⁵² davasında ATAD, 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 Rheinzink'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 *Pioneer*²⁵³ davasında, Komisyon *Compagnie* kararında daha sağlam deliller sunmasına rağmen, ATAD 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 ATAD'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 kullanılmayacağına ilişkin olarak, Komisyon

²⁵² *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission*, C-29&30/83 [1984] ECR 1679.

²⁵³ *Musique Diffusion Française SA and others v. Commission*, C-100-103/80 [1983] ECR 1825.

bu belgelere dikkatli yaklaşmaktadır²⁵⁴. Ancak, belgeler açık ve tutarlı ifadeler içeriyorsa belgenin yazımında payı olmayan diğerlerine karşı da kullanılabilir²⁵⁵.

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 yapmaktadır²⁵⁶. Yine Komisyon'la işbirliği yapan itirafçı kartel üyesinin (*whistle-blowers*) itiraf beyanını, *Cartonboard* kararında²⁵⁷ olduğu gibi diğer kartel üyelerine karşı kullanabilmektedir.

Suiker Unie davasında, uyumlu eylemin ispatında deliller geniş yorumlanmıştır. ATAD, 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* kararında²⁵⁸, 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.

²⁵⁴ *Zinc Producer Group*; [1984] OJ L 220/27, [1985] 2 CMLR 108; *Roofing Felt*; [1986] OJ L 232/15, [1991] 4 CMLR 130.

²⁵⁵ KERSE, C. S., 1998, s.139.

²⁵⁶ *Cement*; (Case 33.126,33.322), [1994] OJ L 343/1, 30/12/1994, [1995] 4 CMLR 327.

²⁵⁷ Cases T-334/94 etc., *Sarrío SA v. Commission (Cartonboard)* [1998] ECR II-1439.

²⁵⁸ *Woodpulp* 1985 OJ L 85/1, 1985-3 CMLR 474.

Komisyon uyumlu eylemin ispatında paralel davranışları yeterli görmüştür. Temyiz aşamasında ATAD²⁵⁹, 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. ATAD Hukuk Sözcüsü, uyumlu eylemin unsurunu “teşebbüslerin davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıran koordinasyon” olarak açıklamıştır. ATAD kararında paralel davranışların ekonomik analizle 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.

2. Türk Rekabet Hukuku Uygulaması

Maya kararında²⁶⁰, maya üreticilerinin, ekmek mayasına; gizli anlaşmalar yapmak suretiyle aynı gün ve aynı oranda zam yaparak fiyat birliği sağladıkları ve bölge paylaşımı gerçekleştirdikleri iddiası araştırılmıştır.

²⁵⁹ 31.03.1993 tarih ve C-89/85 sayılı ATAD Kararı, [1993] ECR 1307.

²⁶⁰ 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Kurul Kararı, 29.11.2000 tarih ve 24245 sayılı RG.

Teşebbüslerin fabrika çıkış fiyatlarını birlikte artırdıkları iddiası incelenirken, üreticilerin son üç yıllık dönemdeki fiyat artışları, yine bu dönemdeki maya üretiminde kullanılan önemli girdilerdeki maliyet artışları incelenmiş ve maya fiyatlarındaki artışların DİE'ce yayımlanan tüketici fiyat endeksindeki artışlarla karşılaştırması yapılmıştır. Ocak 1996-Aralık 1998 döneminde tüm maya üreticilerinin piyasaya açıkladıkları liste fiyatlarının (uygulanması öngörülen fabrika çıkış fiyatı) artış tarih ve oranlarında paralellikler söz konusudur. 1996-1998 döneminde gözlenen fiyat artış paralellikleri Maurimaya hariç diğer üreticiler için 1999 yılında da aynen devam etmiştir.

Maya üreticilerinin, maya satış fiyatlarını birbirine çok yakın dönemlerde ve oranlarda arttırmaları, uyumlu eylem halinde oldukları iddiası için, Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca karine olarak değerlendirilmiş ve maya üreticilerinin liste fiyatlarını birlikte arttırmak suretiyle uyumlu eylem halinde oldukları konusunda kendilerinden savunma istenmiştir.

Teşebbüslerin maliyetleri karşılaştırıldığında ise, maya üretiminde kullanılan beş girdi kaleminin maliyet tutarlarının teşebbüsler arasında farklılıklar gösterdiği tespit edilmiştir. Teşebbüslerin maliyet kalemlerinin ağırlığı birbirinden farklı olduğu için üretim proseslerinin aynı olduğunu ileri sürmek mümkün olmamış, teşebbüslerin maliyet yapılarında birbirine yakın tarihlerde ve aynı oranlarda maya fiyatını arttırmalarının nedeni olabilecek kayda değer bir benzerlik tespit edilememiştir. Maya satış fiyatlarındaki artışların tüketici fiyat endeksindeki artışlarla karşılaştırılması sonucunda, hem liste fiyatları hem de ortalama satış fiyatları enflasyon oranının altında artış gösterdiği anlaşılmıştır.

Kurul, pazarın oligopolistik yapıda olduğunu ve yapılan yerinde incelemelerde üreticiler arasında pazarın özellikle fiyatlar bakımından belirsizliklerini yok etmeye yönelik uyumlu eylem olarak kabul edilebilecek doğrudan ya da dolaylı bir iletişime rastlanmadığını göz önünde bulundurarak, teşebbüslerin satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibarıyla DİE'ce yayımlanan tüketici fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle, bu artışların, bir uyumlu eylem neticesinde olmadığı kanaatine ulaşmış ve oligopolistik pazar yapısını "ekonomik ve rasyonel gerçekler" olarak değerlendirmiştir.

Bayilerin rekabet ihlaline yönelik yapılan yerinde incelemelerde; bölgesel olarak bayiler arasındaki rekabet sonucu bayi satış fiyatlarının düşmesini önlemek ve düşük seyreden bayi satış fiyatlarını yükseltmek üzere, bayi toplantıları ve görüşmeler yapıldığı tespit edilmiştir. Toplantılara ilişkin elde edilen deliller; toplantıya katılan satış temsilcisinin amirine yazdığı yazılar ya da piyasa raporları, faks metinleri, üreticiler tarafından bayilere gönderilen yazılar, bayi denetimi sonucunda hazırlanan raporlardır. Elde edilen belgeler değerlendirilerek, bölgesel olarak düşük seyreden bayi satış fiyatlarını yükseltmeye yönelik olarak üretici teşebbüsler uyumlu eylem halinde oldukları, bayiler arasındaki fiyat rekabetini engellemek amacıyla, bölge sorumluları vasıtasıyla maya üreticilerinin içerisinde buldukları bu uyumlu eylemlerin, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin (a) bendi kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Pazar ve müşteri paylaşımı yapıldığına ilişkin iddiaya yönelik olarak; firmaların bayiler arasında paylaşılması uygulamasına üretici teşebbüslerin etkin bir biçimde katıldıklarına ilişkin olarak soruşturma döneminde herhangi bir delil tespit

edilememesi ve Maurimaya hariç diğer teşebbüslerin ülkenin tamamında satış yapmaya çalışıyor olmaları sebebiyle, soruşturmaya taraf olan teşebbüslerin pazar paylaşımı eylemi içerisinde olmadıkları neticesine ulaşılmıştır.

Doğan ve Sabah Gruplarının günlük gazetelerinin fiyatlarını uyumlu eylemlerle belirlemelerine yönelik *Gazete* kararında²⁶¹, önaraştırma döneminde elde edilen Hürriyet ve Milliyet “İcra Kurulu Kararları”nın yanı sıra esas itibariyle ekonomik analizlerden, ilgili teşebbüslerin maliyet yapıları, fiyat artış dönem ve miktarlarından yararlanılmıştır. Söz konusu belgelerde geçen ilgili teşebbüslerin görüş alışverişlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği teşebbüslerden istenen veriler doğrultusunda incelenmiş ve içeriğe paralel gerçekleştiği görülmüştür. Fiyat hareketlerinin incelenmesi sonucunda, paralel fiyatlandırmanın zorunlu olmadığı, siyasi gazetelerde ve spor gazetelerinde çok kısa dönemler haricinde, fiyatların birbirine çok yakın hatta fiyat artış oran ve tarihlerinin aynı olduğu tespit edilmiştir. Fiyatların birbirleri ile bir ilişki içerisinde oldukları bu durum, hesaplanan korelasyon katsayıları ile de gösterilmiştir.

Teşebbüslerin maliyet kalemlerinin farklı olduğu saptanarak maliyetlerin aynı olduğu savunması yerinde bulunmamıştır. Aynı biçimde satış gelirleri benzer, reklam gelirleri farklı olan gazetelerin fiyatlarının aynı olmasını aynı maliyet yapılarına dayandırmaları “ekonomik ve rasyonel gerekçe” olarak kabul edilmemiştir.

1. *Çimento* kararı²⁶², Ege bölgesindeki çimento üreticilerinin fiyat ve arz miktarının birlikte tespiti, bölge paylaşımı, ihracat karteli oluşturması eylemlerine ilişkindir. Satış tonajlarını düzenleyen tablolar, toplantı tutanakları, teşebbüs

²⁶¹ 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı Kurul Kararı, 27.06.2001 tarih ve 24445 sayılı RG.

²⁶² 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166 (a) sayılı Kurul Kararı, 06.10.2000 tarih ve 24192 sayılı RG.

çalışanlarının ajandalarının yanı sıra “takvim”lerinde yer alan randevu kayıtları, toplantı yer ve saatleri, yöneticilerin notları, müstahsil birliğiyle yapılan yazışmalar, çimento satıcılarıyla yapılan görüşmeler sonucu düzenlenen bilgi tutanakları, faks metni biçiminde şirket içi yazışmalar, teşebbüsler arasındaki yazışmalar delil olarak kullanılmıştır.

Teşebbüsler genel itibariyle belgelerin kendi hazırladıkları yazılar olduğunu veya teşebbüsler arası yazışmaların ve toplantıların oligopol piyasa yapısının şeffaflığından kaynaklandığını ileri sürmüştür. Bazı teşebbüslerin belgeleri “ajandalar üzerine gelişigüzel notlar”, “kendi iç bünyelerinde hazırladıkları belgeler”, “teşebbüsler arasındaki çeşitli iletişim notları, yetkililerin kişisel görüşleri vb. dokümanlar” olarak nitelendirmesi, hatta birinin “delil olarak gösterilen belgelerin hukuken yeterli delil vasfında olmadığı”ni belirtmesi dikkat çekicidir.

Kararın önemli bir özelliği, teşebbüslerin önaraştırmada “uyumlu eylem” olarak belirtilen iddianın soruşturma raporunda “anlaşma”ya dönüştürülmesi itirazlarıdır. Kurul, önaraştırma döneminde teşebbüsler arası anlaşmaya yönelik somut deliller bulunamadığını, bu nedenle uyumlu eylem ifadesiyle yetinildiğini, soruşturma aşamasında elde edilen belge ve bilgiler çerçevesinde anlaşma olduğunun anlaşıldığını, dolayısıyla “...fiyatların tespiti konusunda anlaşmaların varlığı ortaya konulduktan sonra, uyumlu eylem iddiasının üzerinde ayrıca durmanın gerekliliği ortadan kalk(tığı)ı...”, fiyat konusunda tek bir anlaşma değil, birbirini izleyen anlaşmalardan oluşan bir dizinin söz konusu olduğunu belirtmiştir.

Belgelerden birinin Müstahsil Birliği tarafından hazırlanan belge olduğu itirazına yönelik Kurul “...sorun(un), belgenin kime ait olduğu ya da nerede yapılan

yerinde inceleme ile elde edildiğinden çok, içerik itibarıyla ne ifade ettiği (olduğunu)...” belirtmiştir. Yine bir belgedeki teşebbüslerin fiyatlarının altalta yazılmasının anlamı olmadığı itirazına karşılık Kurul, önemli olan hususun aynı tarihte teşebbüslerin katılımıyla düzenlenen toplantıda alt alta yazılan fiyatların ele alınması ve şekillendirilmesi olduğunu vurgulamıştır.

Belgelerin şirket içinde hazırlanan belgeler olduğu itirazı hakkında ise, belgelerin içeriğinden bunun anlaşılmadığı hatta “birlikte tespit edilecektir.” ifadesinin şirket içi birimler arasında olduğu bir an düşünülse bile diğer teşebbüslere ilişkin bilgilerin bu belgede ne amaçla bulunduğunu açıklamanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Belgelere yönelik diğer bir itiraz ise, belgelerin bir teşebbüste bulunduğu ve diğerlerini bağlamadığıdır. Kurul, belgeye kaç yerde rastlanıldığından daha önemlisinin, belgenin içerdiği bilgilerin, ihlalin türünü ve niteliğini kanıtlamaya yeterli olduğunu ifade etmiştir: *“Kapsam dahilindeki tüm teşebbüslerde bu yönde göstergelere rastlanabileceği gibi, kollektif bir eylem olması yönüyle, başka teşebbüslerin de içinde olduğu bu tür bir anlaşma, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerden herhangi birinde bulunan belgelerle de kanıtlanabilir. Hatta teşebbüslerin tümünde yerinde inceleme yapmaya bile bazen ihtiyaç duyulmayabilir.”*

Yukarıda yer verilen Kurul kararları ışığında Türk rekabet hukuku açısından da AT rekabet hukukunda olduğu gibi ekonomik delillerin uyumlu eylemin ispatı konusunda büyük önem taşıdığı görülmektedir. Kurul, ayrıntılı ekonomik analizler yaparak uyumlu eylemin varlığını tespit etme yoluna gitmektedir. Bu çerçevede de mutabakat yazısı, teklif yazıları, toplantı notları, toplantı tutanakları, karar defteri, faks yazıları, bilgi tutanağı, ifade tutanağı, bayilere gönderilen yazılar, sirküler, firma

yetkililerine ait ajandalar, kişisel notlar, firmaların hazırladığı raporlar ve tablolar delil olarak kullanılmaktadır. AT uygulamasında ise bu sayılanlara ilave olarak elektronik veriler, slayt, e-mail, manyetik bant, kaset, bilgisayar programı, mikrofilm, mikrofiş vb de gösterilebilir.

Uyumlu eylemin ispatı açısından ilk olarak teşebbüsler arasındaki ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmayan paralel davranışların tespit edilmesi ve ikinci olarak da bu paralelliklerin teşebbüsler arasındaki bir iletişim ve temasa dayanmasının saptanması gerektiğinden ATAD ve Kurul'un yukarıda sıraladığımız delillerden yararlanması doğaldır. Zira söz konusu deliller teşebbüsler arasındaki iletişimi göstermektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus bu deliller vasıtasıyla teşebbüslerin piyasadaki rekabeti kısıtlama amacına yönelik olarak bir iletişim içinde bulunmaları gerektiğidir. Bir diğer değinilmesi gereken nokta ise ATAD ve Kurul'un gerçekleştirdiği ekonomik analizler sonucunda piyasa yapısı gereği veya firmaların ürettikleri malların maliyet yapılarının aynı ya da benzer olması sonucunda ortaya çıkabilecek paralelliklerin duruma göre ekonomik ve rasyonel bir gerekçe oluşturabileceği ve dolayısıyla da uyumlu eylemin varlığına delalet etmeyeceğidir.

IV. UYUMLU EYLEMDE AYKIRILIĞIN İSPATI

A. Genel Olarak

Uyumlu eylemin ispatında, iddia edilen olayla ilgili olarak en azından şu iki hususun mevcut olması zorunludur. Bunlardan ilki, taraf teşebbüslerin birbirine uyumlu (paralel) hareket etmeleri ve uyumlu hareketin ekonomik koşullardan veya piyasa yapısından kaynaklanmamış olmasıdır. Diğeri ise taraflar arasında vaki olan benzer veya aynı tür davranışların, bu kimseler arasındaki işbirliği veya yakın temastan kaynaklandığı inancının sabit olmasıdır.

Bu çerçevede ilgililer (başta uyumlu eylemden zarar gören kimseler, Rekabet Kurumu ve diğeri), rekabetin bozulduğu izlenimini veren emareleri, paralel davranışları göstermekle yetineceklerdir. Bu kimselerin uyumlu davranışların teşebbüslerin aralarındaki işbirliğine dayandığını ayrıca söz konusu işbirliğinin Rekabet Kanununa aykırı olduğunu ispat etmek yükümlülüğü yoktur.

Kanunun 59/1 maddesi hükmüne göre, uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler, paralel davranışların Rekabet Kanununa aykırı bir amaca yönelmediğini ispat edeceklerdir. Bu doğrultuda öncelikle uyumlu davranışların ekonomik gerekçelerden veya piyasa koşullarından kaynaklandığı ispat edilecektir. Bu hususlarda başarılı olunmasa bile, uyumlu davranışların tarafların kendi bağımsız tercihleri sonucunda ortaya çıktığı ispat edilebilirse davalı teşebbüsler sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Yine teşebbüsler arasındaki işbirliği esasının Kanuna aykırı olduğunu (uyumlu eylemde bulunulduğunu) ispat yükü ile ilgili kimselere (davacı) değil, bilakis söz konusu işbirliğinin Kanuna aykırı olmadığını (veya uyumlu eylem

olarak nitelendirilebilecek bir davranış olmadığını) ispat külfeti, davalı teşebbüslere ait bir yükümlülüktür.

B. Paralel Davranışlar Açısından

Uyumlu eylemin ispatı için en azından iki hususun varlığının gerekli olduğunu belirtmiştik. Bunlardan biri teşebbüsler arasındaki paralel davranışlar ve diğeri de bu paralel davranışların teşebbüsler arasındaki bir temasa ya da iletişime dayanmasıdır.

Bilindiği gibi maddi hukuk açısından önce temas ya da iletişim gerçekleşmekte, bunu takiben de paralel davranışlar görülmektedir. İspat açısından ise adeta bu ikisi yer değiştirmektedir. Önce paralel davranışlar gösterilmekte daha sonra bunlara neden olabilecek bir temas aranmaktadır.

Bunun nedeni uyumlu eylemlerde temasın tespitinin güçlüğüdür ve genellikle teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarının, pazarda paralel davranışlar görülmeye başladıktan sonra anlaşılmasıdır.

Görüldüğü gibi paralel davranışlar uyumlu eylemin tek unsuru değildir. Bu nedenle paralel davranışlar ispatlanınca uyumlu eylemler de ispatlanmış olmaz.²⁶³ Bunun bir başka anlamı da paralel davranışların teşebbüslerin arasındaki iletişimin dışında başka nedenleri de olabileceğidir. Zira teşebbüsler aralarındaki benzer karar veya davranışların, piyasa koşullarının tabi ve zorunlu sonucu olduğunu ispat edebilirse, uyumlu eylem iddiası çürütülmüş olacaktır. RKHK'nın 4/4. maddesi de bu hali işaret etmektedir. Teşebbüslerin fiyatları yükseltmeleri, üretim girdilerine,

²⁶³ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. çalışmada İkinci Bölüm I, B, "1. Paralel Davranış ile Uyumlu Eylem İlişkisi" ve "2 Bilinçli Paralellik Sorunu" başlıklı kısımlar, s. 66-73.

taşıma ücretlerine, petrol veya elektriğe yapılan zamlardan kaynaklanabilir. Ancak ekonomik izahı yapılamayan davranışlar tarafların uyumlu hareket ettiklerini gösterir.²⁶⁴ Ayrıca teşebbüsler arasındaki paralel davranışların, tarafların serbest iradeleri sonucu ortaya çıkabileceği ihtimali de göz ardı edilemez. Zira RKHK teşebbüslerin piyasa politikalarını serbestçe tayin etmelerini engellemez. Fakat rekabeti sınırlandıran paralel davranışların, piyasa şartlarından kaynaklandığı veya tarafların serbest iradelerine dayandığı iddiasını ekonomik gerekçeler dışında, sağlam bir zemine oturtabilmek hayli güç olacaktır.²⁶⁵

Ancak uyumlu eylemin ispatında paralel davranışların hiçbir öneme sahip olmadığı da söylenemez. Zira teşebbüslerin uygulamaları genellikle rekabeti ortadan kaldırır ve işbirliği görünümü doğurur. Haliyle pazarda uyumlu eylemin olduğu izlenimi uyandırır. Bir başka deyişle uyumlu eylemlerin varlığına emare teşkil eder. Bu emarenin niteliği ya da gücü duruma göre basit ya da kuvvetli olabilir. Dolayısıyla paralel davranışlar, uyumlu eylemin varlığını güçlendiren “delil başlangıcı”²⁶⁶ olarak değerlendirilebilecektir.²⁶⁷

Paralel davranışların uyumlu eylemlerin ispatında oynadığı rol özellikle pazarın yapısına bağlı olarak değişebilmektedir. Çok sayıda rakibin faaliyet gösterdiği piyasalarda paralel davranışlar uyumlu eylemlerin varlığına kuvvetli bir

²⁶⁴ KORAH V., 1994, s. 33.

²⁶⁵ WHISH R., 2001, s. 198.

²⁶⁶ Delil başlangıcı (emarelere dayanan ispat), uyumsuzluk konusu olan hakkın varlığını (veya yokluğunu) doğrudan ispat eden vakalara ilişkin olmayıp, bunlara delalet eden vakalardır. Başka bir ifadeyle delil başlangıcı, uyumsuzluğun esasını doğrudan ispat edecek vakaların değil bunlara yakın vakaların (bir takım emarelerin) ispatıyla, kanuni unsurların gerçekleştiğini kuvvetle muhtemel gösteren vakalardır. Uyumlu eylemlerdeki ispat güçlüğüne benzeyen bir hal, zinanın ispatında da vardır. Gerçekten zinanın ispatı yerine, onun varlığını ihtimal dahilinde gösteren yakın vakaların ispatıyla zinanın mevcudiyeti sonucuna varılır. Münasebetin gizliliği nedeniyle zinanın tam ispatı aranmaz. Aksi durumda zinanın ispatı çok nadir hallerde mümkün olabilirdi. Bkz. ÜSTÜNDAĞ S., 1992, s. 605, 606.

²⁶⁷ WHISH R., *age.*, s. 197.

emare teşkil eder. Zira bu pazarlarda teşebbüsler arasında bir anlaşma ya da bağlantı olmaksızın paralel politikalar izlenmesi ihtimali oldukça düşüktür.

Nitekim ATAD ve Kurul kararlarına²⁶⁸ baktığımızda da uyumlu eylemin ispatı için paralel davranışların tek başına yeterli görülmediği ayrıca teşebbüsler arasında bir temasın arandığı görülmektedir.

C. Oligopole Özgü Paralellikler Açısından

Oligopole özgü paralellikler sorunu rekabet hukukunun önemli sorunlarından birisidir. Bunların, paralel davranışların ispat gücü ve dolayısıyla uyumlu eylemin ispatı üzerindeki etkisi uyumlu eylemler açısından büyük önem arz etmektedir.²⁶⁹

Özellikle homojen bir ürünün söz konusu olduğu az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda, paralel davranışlar ilk bakışta bir uyumlu eylemin varlığını gösteren kuvvetli emareler olarak görülmezler. Zira bu tür pazarlarda şeffaflık daha fazladır ve her bir teşebbüsün pazar payı ve kazancı bir diğerinin izlediği politikadan önemli ölçüde etkilenmektedir. Bu nedenle teşebbüsler arasında oligopole özgü paralelliklerin görülmesi ihtimali yüksektir.

Uyumlu eyleme paralel davranışlar ile ulaşılmasındaki en büyük engelin oligopole özgü paralellikler olduğu söylenebilir. Zira bir paralel davranış oligopole özgü paralellik olarak nitelendirildiğinde, uyumlu eylemlerden başka bir nedene

²⁶⁸ Bu konudaki ATAD Kararları için özellikle bkz C- 48/69 etc., **ICI v. Commission (Dyestuffs)** [1972] ECR 619.; C- 40/73 etc., **Suiker Unie v. Commission (Sugar)** [1975] ECR 1663.; **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307. Kurul kararları için özellikle bkz. **Maya Kararı**, Karar No: 00-24/255-138, 27.06.2000, RG 24245, 29.11.2000.; **Gazete**, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

²⁶⁹ Oligopol piyasasında rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali konusunda bkz. çalışmada İkinci Bölüm, I, B "Oligopol Piyasasında Rekabetin Uyumlu Eylemlerle Kısıtlanması", s. 61-73.

dayandırılmış olur. Piyasaların çoğunlukla oligopol yapı arz ettiği dikkate alınırsa bu iddianın uyumlu eylemin ispatındaki olumsuz etkisi açığa çıkar.

Oligopol piyasalarda teşebbüslerin paralel davranışları genellikle piyasanın yapısından kaynaklanmakta ve dolayısıyla teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlamaya yönelik bir temasa dayanmamaktadır. İşte bu gibi durumlarda yani oligopole özgü paralelliklerde uyumlu eylem için aranan temas unsurunu gerçekleştirmediğinden, teşebbüsler arasındaki paralellikler, oligopolistik bağımlılık nedeniyle gerçekleştiğinden uyumlu eylemin varlığını ispatlayamaz. Bununla birlikte oligopol piyasalarda teşebbüslerin temasa geçmesinden doğan paralel davranışlar uyumlu eyleme neden olurlar.²⁷⁰

Oligopolistik bağımlılık, ATAD ve Kurul tarafından da teşebbüsler arasındaki paralel davranışlar için ekonomik ve rasyonel bir gerekçe olarak görülmekte ve yasak kapsamında değerlendirilmemektedir.²⁷¹

D. İspat Açısından Teşebbüsler Arasındaki Temas

Uyumlu eylemin ispatı için iki hususun bulunması gerektiğini belirtmiştik. Bunlardan ilki teşebbüsler arasında ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan rasyonel davranışlar, ikincisi ise teşebbüsler arasındaki paralelliklerin rekabeti kısıtlamaya yönelik bir temasa ya da iletişime dayalı olmasıdır. İşte bu başlık altında teşebbüsler arasındaki bu temas ya da iletişimin hangi şekilde gerçekleştiği ve uyumlu eylemin ispatı konusundaki etkisi incelenmeye çalışılacaktır.

²⁷⁰ Aynı görüş için bkz. AKINCI A., 2001 s. 170.

²⁷¹ Bu konudaki ATAD Kararları için özellikle bkz C- 48/69 etc., **ICI v. Commission (Dyestuffs)** [1972] ECR 619.; C- 40/73 etc., **Suiker Unie v. Commission (Sugar)** [1975] ECR 1663.; **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307. Kurul kararları için özellikle bkz. **Maya Kararı**, Karar No: 00-24/255-138, 27.06.2000, RG 24245, 29.11.2000.; **Gazete**, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

1. Bilgi Değişimi

Uyumlu eylemin varlığına delil olabilecek olguların belirlenmesinde, piyasa araştırmasından sonra, taraflar arasındaki ilişkinin belirlenmesi önemli bir rol oynar. Bilindiği gibi tam rekabet piyasalarında, teorik olarak rekabetten bahsedilemez. Rekabetin yoğun olarak cereyan ettiği piyasa türü “oligopol” piyasalardır. Fakat karlarını arttırmak isteyen az sayıdaki teşebbüsler, bu hedefe, rekabet yolu ile değil aralarında anlaşmak suretiyle de ulaşmak isteyebilirler. Bu tip piyasalarda teşebbüsler, piyasa koşullarının ve teknolojinin sağladığı bilgi değişimi kolaylığından yararlanarak piyasa davranışlarını birbirine yakınlaştırabilirler. Teşebbüslerin kendi fiyat planlarını ve diğer rekabet stratejilerini bizzat veya çok çeşitli vasıtalarla (telefon, bilgisayar, teleks, faks, mektup,vs.) karşı tarafa iletmeleri, her zaman ihtimal dahilindedir.

Ekonominin belirli bir sektörü hakkındaki genel durum değerlendirmeleri, istatistik bilgileri veya meslek odalarının mutlak olarak yayınladığı sektörle ilgili veriler, çeşitli raporlar uyumlu eylemi oluşturan bilgi değişimi olarak nitelendirilemez.²⁷²

Fakat belirli teşebbüsler arasında vuku bulan fiyat bilgileri, satış istatistikleri değişimi veya satış şartlarına ilişkin açıklamalar gibi rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik davranışlar, teşebbüsler arasındaki işbirliğinin bariz göstergeleri olduğundan yasaklanacaklardır. Aynı şekilde, bir imalatçının dağıtıcıları arasındaki fiyat listeleri, müşteri bilgileri ve satılan mallarla ilgili bilgi değişimi bu kapsamda değerlendirilebilecektir.²⁷³

²⁷² TOPÇUOĞLU M., 2001, s. 202.

²⁷³ GERVEN G./VARONA N., 1994, s. 600, 601.

AT Rekabet Hukukunda bu konunun ilk kez gündeme gelmesi, 1968 tarihli “İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Duyuru”da teşebbüsler arası bilgi değişimine ilişkin temel ilkelerin belirtilmesiyle olmuştur. Duyuru’da, teşebbüslerin pazardaki davranışlarını etkileyerek, anlaşmayı kolaylaştıracak nitelikteki bilgi değişiminin m.81 (1)’i ihlal edeceği söylenmektedir.²⁷⁴

Konu çerçevesinde değinilmesi gereken ilk dava ise *Dyestuffs*²⁷⁵, dır. İlgili olayda Komisyon²⁷⁶, fiyatlarını birlikte artıran teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarına karar verirken, bu iktisadi delilin yanında şu belgeleri de ortaya koymuştu; bayilere aynı gün ve hatta saatte gönderilen artış duyurularındaki ifadelerin aynı olması, toplantı notları Temyiz için başvuru ATAD, karar gerekçesinde, öncelikle çok geniş bir uyumlu eylem tanımı yapmış, ardından da ana hatları ile “teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını dikkate alarak hareket edebileceklerini, ama bu davranışlara ilişkin belirsizliklerin ortadan kaldırılıp işbirliği içinde hareket etmelerinin yasak olduğunu”, “paralel davranışların, tek başına uyumlu eylem olmasa da, normal olmayan rekabet koşullarına yol açması halinde, kuvvetli bir delil olacağını”, “ihlal sonucuna ulaşılabilmesi için pazardaki faaliyetlerin detaylı bir analizinin yapılması ve delillere bütün olarak bakılması gerektiğini” belirtmiştir.

*Sugar*²⁷⁷ davasında, maddi ve iktisadi nitelikli delillerin hepsine değinilip, çok daha dikkatli bir dil kullanılmıştır.

Bu davada ATAD, “teşebbüslerin pazardaki politikalarını bağımsız olarak belirlemesi gerektiğini, bu bağımsızlık şartının rakiplerin davranışlarına akıllıca ayak

²⁷⁴ NIEMEYER, H. J. (1993), “Market Information Systems”, E.C.L.R., No:4/1993, s. 151.

²⁷⁵ Cases 48/69 etc., **ICI v. Commission (Dyestuffs)** [1972] ECR 619.

²⁷⁶ **Dyestuffs** (1969) OJ L195/11.

²⁷⁷ Cases 40/73 etc., **Suiker Unie v. Commission (Sugar)** [1975] ECR 1663.

uydurulmasına engel olmadığını, ama rakiplerle pazardaki davranışları etkileyecek şekilde doğrudan veya dolaylı ilişki kurulmasını da yasakladığını” belirtmiştir. Bu çerçevede, üye devletler arasındaki şeker ticaretinin tamamına yakınının yine üreticiler vasıtasıyla yapılarak ilgili ülkelerdeki teşebbüslerin pazardaki pozisyonlarını korumasını, yani pazar paylaşımı şeklindeki paralel davranışları, çeşitli bilgi değişimleri ve toplantı notları ile belgelenen iletişimin belirsizlikleri kaldırması ile açıklayarak m. 81(1)’in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Değınilmesi gereken bir diğler dava, “uyumlu eylemin varlığı için ilgili teşebbüsler arasında ilişki veya en azından bilgi değışimi gereklidir” şeklindeki ifadenin yer aldığı *Züchner*²⁷⁸’dir.

Komisyon da, elde ettiğı tecrübeler çerçevesinde bilgi değışimine ilişkin olarak geliştirdiğı ilkeleri, 1978 tarihli 7. Rekabet Politikası Raporu’nda belirtmiştir.²⁷⁹ Buna göre, bilgi değışiminin hukukiliğı, temel olarak, “bilginin niteliğı” ve “ilgili pazarın yapısı”na bağılıdır. Birinci ilke çerçevesinde, geçmişe ait ve/veya ayrıntılar içermeyen bilgilerin, rekabetçi kaygılar uyandırma olasılığının, geleceğı ilişkin ve/veya detaylı bilgilerden daha düşük olacağı söylenmiştir. İkinci ilke çerçevesindeyse, “rekabetçi-oligopolistik pazar” ayrımı yapılmış; rekabetçi piyasalarda müdahale edilmeyecek bazı bilgi değışimlerinin, uzlaşmaya yatkınlıklarından dolayı oligopolistler arasında gerçekleştirilmesinin yasaklanabileceğı söylenmiştir .

1970’lerin ekonomik kriz ortamının yarattığı “Avrupa Karamsarlığı (Europessimism)”nın yavaşlattığı bütünleşme sürecinin 1980’lerde tekrar hızlanması

²⁷⁸ Case 172/80, *Züchner v. Bayerische Vereinsbank* [1981] ECR 2021.

²⁷⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. TOY O. Y., 2004, s. 53.

Komisyunun da rekabet hukuku uygulamalarında daha aktif olmasını sağlamıştır.²⁸⁰ Nitekim Komisyon 1979'daki *Pioneer*²⁸¹ kararında, “yeni, daha sert ceza politikası”nı ilk kez haber vermiştir. Ancak bu dönemin farklılığı artan cezalarla sınırlı değildir. Komisyonun kararlarında, Roma Antlaşması ve ATAD içtihatları ile şekillenen kuralları esnetmek şeklinde bir yaklaşım da gözlemlenmektedir. Bunun ilk örneği *Woodpulp*²⁸² kararında görülebilir.

Woodpulp, Komisyonun, iktisadi nitelikli delillere dayanarak uyumlu eylemi ortaya koyma çabasını göstermektedir. Komisyon, yaptığı analizler çerçevesinde, paralel fiyat artışlarının oligopolistik fiyatlandırmayla açıklanamayacağını, çünkü pazarın oligopol nitelikte olmadığını söylemiştir. Komisyona göre, üretim ve nakliye maliyetleri birbirinden farklı olan çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bu pazarda, uzun yıllardır gözlenen paralel ve yüksek fiyatlar, rakipler arasında eş ya da yakın zamanlı fiyat duyuruları -ve yüzeysel bahsedilen maddi deliller- ile sağlanan iletişimin sonucudur .

Üreticiler arasında fiyat ve satış hedeflerinin belirlendiğine ilişkin toplantı notları, fiyatlara, karlılık oranlarına, satış miktarlarına ve müşterilerin kimliğine dair bilgi değişimi gibi delillere dayanılarak m. 81(1)'in ihlal edildiğine karar verilen *Polypropylene*²⁸³ davası da önemli özellikler içermektedir. ²⁸⁴Bu kararda kartel ilk defa “gizli plan tipi anlaşma (conspiracy-type agreement)” olarak incelenmiştir.

²⁸⁰ TOY O. Y., 2004, s. 54.

²⁸¹ *Pioneer* (1980) OJ L60/21.

²⁸² *Woodpulp* (1985) OJ L85/1.

²⁸³ *Polypropylene* (1986) OJ L230/1.

²⁸⁴ RITTER L./BRAUN W. D./RAWLINSON F., 2000, s. 119.

Kartelin ortaya konulmasında bilgi değişimine delil olarak yapılan vurgu da dikkat çekicidir. Aynı yaklaşım, *PVC*²⁸⁵ ve *LdPE*²⁸⁶ kararlarında da bulunmaktadır.

Komisyon, anlaşmaların uygulanabilmesinin bundan sapanların tespitine bağlı olduğu görüşünden hareketle, teşebbüsler arasındaki ticari sır niteliğindeki bilgilerin değişimini, üst bir anlaşmanın delili olarak kabul etmektedir. Çoğu davada anlaşmayı ortaya koyan açık deliller bulmanın imkansızlığı düşünöldüğünde, bu yaklaşımın ispat yükünü azaltıcı olduğu açıktır.²⁸⁷

İncelenmesi gerekli bir diğer dava ise *UK Tractors* davasıdır. Komisyon, Birleşik Krallık'ta faaliyet gösteren başlıca üretici ve ithalatçıların yaptığı bilgi değişim anlaşmasına ilişkin muafiyet talebini reddetmiştir²⁸⁸. Kararın gerekçesi, giriş engellerinin yüksek olduğu yoğunlaşmış pazardaki satış miktarlarına ilişkin detaylı bilgi değişiminin, şeffaflığı artırarak, teşebbüslerin rekabet güdülerini ortadan kaldıracığı ve pazara girmek isteyen teşebbüslerin hemen fark edilip, yanıt verilmesine imkan sağlayacak niteliği ile giriş engeli yaratacağıdır. Bu karar İlk Derece Mahkemesi²⁸⁹ ve ATAD²⁹⁰ tarafından da onaylanmıştır. Bundan önceki davalarda m. 81(1)'i ihlal ettiği söylenen bilgi değişimi, her zaman fiyat tespiti, arz kontrolü gibi üst anlaşmaların parçasıyken, *UK Tractors*'da ilk kez, tek başına bilgi değişimi yasaklanmıştır. Aynı zamanda, teşebbüsler arası bilgi değişiminin gizli anlaşmaların ispatında önemli bir delil olduğuna dair mesajı da tekrarlamaktadır.

UK Tractors kararından sonra bilgi değişim sistemlerine ilişkin bildirimlerdeki artış, Komisyona 1968 ve özellikle de 1978'de belirttiği ilkeleri

²⁸⁵ *PVC I* (1989) OJ L74/1.

²⁸⁶ *LdPE* (1989) OJ L74/21.

²⁸⁷ STEVENS, D., 1995, s.70-71.

²⁸⁸ *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* (1992) OJ L68/19.

²⁸⁹ Case T-35/92 etc., *John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors)* [1994] ECR II-957.

²⁹⁰ Case C-7/95P etc., *John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors)* [1998] ECR I-3111.

açıklama imkanı vermiştir. Bunun bir örneği *Eudim*²⁹¹ kararından verilebilir. Bu kararında Komisyon, fiyat ve detaylı satış miktarı gibi bilgilerin değişimine, piyasanın rekabetçi yapısı ve ilgili teşebbüslerin bu pazardaki düşük paylarını göz önünde bulundurarak muafiyet vermiştir .

UK Tractors ve *Eudim*'in arkasında yatan saikleri aynı anda gösteren karar ise, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*²⁹²'dir. Alman Çelik Üreticileri Birliği, detaylı satış miktarı bilgilerinin değişimi için muafiyet bildiriminde bulunmuştur. Komisyon kararında ürün tiplerine göre ayırım yapmış; rekabetçi pazarlardaki değişimi yasaklamamıştır. Buna karşılık düşük ithalat, üye ülkeler arası ticaretin sabitliği, kronik aşırı kapasite gibi sorunlara sahip ürün pazarlarında bilgi değişimine izin vermemiştir. Komisyonun bu ayırımı, *UK Tractors* ve *Eudim*'deki kararlarına uygundur .

Divan, *COBELPA* Davasında²⁹³ ise önceden yapılmış bir anlaşma olmaksızın gerçekleşen fiili bilgi alışverişlerini uyumlu eylem olarak nitelendirmiştir.²⁹⁴

Bilgi değişimi konusunda Rekabet Kurulu kararlarına baktığımızda bu konunun “2. Çimento Kararı”nda²⁹⁵ ayrıntılı olarak ele alındığını görmekteyiz. Söz konusu karara konu olan olay, İç Anadolu, Akdeniz ve Marmara bölgelerinde faaliyet gösteren 22 çimento sağlayıcısı teşebbüsün, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 üncü ve/veya 6 ncı maddelerini ihlal edip etmediklerinin tespiti ile ilgilidir. Rekabet Kurulu çimento sağlayıcısı 22 teşebbüsün

²⁹¹ *Eudim* (1996) OJ C111/8.

²⁹² *Wirtschaftsvereinigung Stahl* (1998) OJ L1/10.

²⁹³ *COBELPA* , C-55/721, [1977] 2 C.M.L.R. D28.

²⁹⁴ *KORAH V.*, 1994.

²⁹⁵ **2. Çimento Kararı**, Karar Sayısı: 02-06/51-24, Karar Tarih: 01.02.2002, henüz resmi gazetede yayınlanmamıştır., <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/02-06-51-24.pdf>, sitede yayın tarihi: 22.09.2004.

uyumlu eylem halinde bulunup bulunmadıklarını her üç bölgede ayrı ayrı incelemelerde bulunarak incelemiş, inceleme sonucunda ise fiyat hareketlerinin genellikle uyumlu olmadığı ve yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle uyumlu eylemde bulunmadıklarına karar vermiştir. Kurul, her ne kadar uyumlu eylem için gerekli delillere ulaşamamış olsa da çimento sağlayıcısı teşebbüslerin bazılarının aralarında anlaşma yoluna giderek RKHK'nun 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Çimento sektöründe bilgi değişiminin önemi ve bilgi değişimine rekabet hukukunun bakışı kararda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Çimento Kararı'nda; 1994 Mart tarihli Cembureau²⁹⁶ İstatistik Kuralları çalışmasında yer alan, *“Endüstri ve kamu yararı için bu istatistiksel programların değeri mahkemeler ve Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. **Bununla birlikte, fiyat veya üretim düzeylerinin belirlenmesi, müşterilerin ya da satış alanlarının paylaşılması gibi işletmelerin rekabetçi davranışlarını koordine etmeye yönelik olan (yahut bu şekilde algılanabilecek olan) istatistiksel faaliyetlerden kesinlikle kaçınılmalıdır. Cembureau'nun politikası, firma bazında, gizli ve doğası gereği rekabete duyarlı²⁹⁷ herhangi bir bilginin dağıtılmasından veya birleşik bir yapıda olsa dahi rekabetçi davranışların koordinasyonunu kolaylaştırdığı şeklinde yorumlanabilecek herhangi bir bilginin mübadelesinden kaçınmaktır”*** şeklindeki ifadeler, istatistiksel bilgi değişimine rekabet hukukunun bakış açısını özetlemektedir.

Ayrıca kararda yer verilen, 15.05.1998 tarih ve 1054 sayı ile Rekabet Kurumu'ndan, Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği (TÇMB)'ne cevaben gönderilen ve menfi tespit verilmesinin hangi koşulların yerine getirilmesi halinde mümkün olacağını gösteren yazı, bilgi değişimi konusunda Kurul'un bakış açısını

²⁹⁶ Avrupa Çimento Birliği.

²⁹⁷ Rekabete Duyarlı Temel Veriler: Fiyatlar, Üretim, Kapasite, Ticaret.

göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Söz konusu yazıdan çıkan sonuca göre bir pazarda sık ve ayrıntılı bilgi değişiminin, ekonomik birimlerin davranışlarındaki esnekliğin giderilmesine ve rekabetin doğasında bulunan risklerin bertaraf edilmesine yönelik olarak anormal saydam ve istikrarlı bir mal akışını içeren yapay piyasa koşullarının yaratılmasına araç olabileceği açıktır.

Ayrıca Kurul bu yazıda teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı bir içeriğe sahip olmamasını sağlamak amacıyla teşebbüslerin, verilerin toplanması ve dağıtılması aşamalarında belirli prensiplere dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Örneğin herhangi bir veri grubuna dayanılarak teşebbüslerin birbirleriyle karşılaştırıldığı tablolar hazırlanmamalıdır; tablolarda yer alan istatistik veriler teşebbüs temsilcilerinin bir araya geldiği toplantılarda hiçbir görüşmeye ve tartışmaya konu edilmemelidir; dağıtılan istatistiklere ek olarak teşebbüslerin karşılıklı rekabetçi davranışlarını etkileyebilecek herhangi bir yorum, analiz veya tavsiyeye yer verilmemelidir; fiyatların, üretimin, satışların ve kapasite kullanım oranlarının gelecekteki durumlarına dair tahminler yapılmamalıdır; belirli bir teşebbüse ilişkin rekabete hassas bilgilerin anlaşılması ihtimali varsa özetler ve toplamlar dahi yayımlanmamalıdır; aylık verileri gösteren tablolar, ilgili ayın bitiminden itibaren iki ay geçmeden dağıtılmamalıdır.

Kurul söz konusu kararda, sektördeki teşebbüslerin, gerek TÇMB vasıtasıyla üye oldukları Cembureau istatistik kurallarından gerekse de Rekabet Kurumu-TÇMB arasındaki yazışmalardan dolayı konunun önemini bilmekte olduğunu; hatta bazı teşebbüslerin, savunmalarında, sektörün rekabet hukuku bakımından miladının TÇMB'nin üyelerine gönderdiği yazı ile başlaması gerektiğini ifade etmiş olduğunu, TÇMB'nin belirlenen ilkelere uygun şekilde faaliyetlerini sürdürdüğü

düşünüldüğünde, teşebbüslerde bulunan rakiplere ilişkin satış miktarı ve diğer verilerin tek açıklamasının, teşebbüslerin, konunun hassasiyetine rağmen, birbirleri ile bilgi değişimi içinde bulunduğunu gösterdiğinin altını çizmiştir.

Soruşturma kapsamındaki teşebbüsler, yukarıda yer verilen tespitlere ilişkin olarak, her fabrika bünyesinde bulunan piyasa araştırmacıları ve analiz uzmanlarının, rakip teşebbüslerin satış fiyatı ve miktarı vb. bilgilerini, piyasanın şeffaf yapısı, SPK'ya bağlı şirketlerin üçer aylık kesin üretim ve satış rakamlarını yayımlamaları, yıl sonu faaliyet raporları, TCMB'den temin edilen veriler gibi etkenler sayesinde kesinliğe yakın bir oranda tahmin edebildiğini' iddia etmekte; dolayısıyla, bu nitelikteki bilgilerin edinimi için teşebbüsler arasında bir iletişimin kurulmasına ihtiyaç bulunmadığı savunmasını ileri sürmektedir.

Kurul ise, bir teşebbüste yapılan yerinde incelemede bulunan rakiplere ait bilgilerin, piyasadaki araştırmalarla elde edilebileceğini (örneğin, alıcılara duyurulmuş fiyatlar, mevzuat gereğince yayımlanmış veriler) tespit etmişse, bunları zaten teşebbüsler arasındaki koordinasyonu gösteren deliller olarak kullanmamaktadır. Buna karşılık, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin ileri sürdüğü yöntemlerle de, kararda gösterilen kadar yakın tahminlerin yapılmasının mümkün olmadığını; kaldı ki, yapılan yerinde incelemelerde, "...'nın verdiği-...'dan alınan bilgiler" gibi ifadelerin yer aldığı belgelerin de bulunduğunu; ancak vurgulamak gerekirse, bunlar olmasaydı dahi, yukarıdaki nitelikteki belgelerin delil olarak kullanılabileceğini belirtmiştir.

İkinci olarak *Özel Okullar Derneği*²⁹⁸ kararından bahsedilmelidir. Kararda, öncelikle fiyata ilişkin bilgi değişiminin rekabet hukuku bakımından sakıncaları belirtilmiştir. Buna karşın, Özel Okullar Derneği bünyesinde yılda bir kez yapılan “Ücret Toplantısı” isimli buluşmalarda, fiyata ilişkin görüşmelerde bulunulmadığının tespiti ve daha önemlisi, pazarda gerek fiyat gerekse de fiyat dışı rekabetin varlığı nedenlerinden dolayı, RKHK’nin ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.

Yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan ATAD ve Kurul kararları ışığında bilgi değişiminin uyumlu eylemin ispatı hususunda önemli bir delil teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Özellikle fiyatlara 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 ettiğidir.

Kuşkusuz bilgi değişiminin ispat faaliyetinde bu şekilde kullanımı, uyumlu eylemlerin ispatında büyük bir kolaylık sağlamaktadır. Teşebbüsler açısından ise aksini ispat faaliyeti o oranda güçleşmektedir. Teşebbüsler ancak elde edilen bu bilginin paralelleşme amacı için kullanılmayacağını ispat ederek yeterli kanaati uyandırabilirler ki bu da bir hayli güçtür.

²⁹⁸ **Özel Okullar Derneği**, 11.02.1999 tarih ve 99-6/48-17 sayılı karar, R.G. 24028, 22.04.2000.

Ancak fiyat üzerinde bilgi değişiminin yukarıdaki sonuçları doğurması için bilginin fiyat tespitine imkan verici nitelikte olması gerekir. Eğer bilginin varlığından fiyatın ileride paralelleşeceği sonucuna varılamıyorsa ispat gerçekleşmiş sayılmaz. Özellikle mevcut ya da geleceğe ilişkin fiyat politikalarını içeren bilgilerin değişimi ispatlanırsa, yukarıdaki sonuca varılabilir. Buna karşın istatistiksel amaçlı geçmiş yıllara ilişkin fiyat oluşum tablolarının hazırlanması ve yayınlanması teşebbüslerin muhakkak rekabeti sınırlama amacı taşıdıkları şeklinde yorumlanamaz.

Bu nedenle bilgi değişiminin varlığı değil, içeriği ispat faaliyetinde önemlidir. Diğer bir deyişle her bilgi değişiminin varlığı, teşebbüslerin rekabeti sınırlamak amacıyla hareket ettiğini göstermez. Nitekim Kurul, 2. *Çimento* Kararında teşebbüsler arasında bir bilgi değişiminin varlığını saptamasına rağmen fiyatlar konusunda bir uyumun söz konusu olmaması nedeniyle bu bilgi değişiminin uyumlu eylemin varlığı için delil teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

2. Toplantılar

Çeşitli sebeplerle bir araya gelen veya doğrudan belirli konularla ilgili toplantılar yapan teşebbüslerin, davranışlarında istikrarlı bir tutum belirmişse, uyumlu eylemin varlığı sabit olacaktır. Teşebbüslerin piyasa davranışları arasındaki paralelliği uyumlu eylem olarak nitelendirebilmek için, taraflar arasında bir bağlantının bulunması şarttır. Bu anlamda bağlantının her hangi bir tutanağa, bilgi alışverişine dayanması şart değildir. Teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı bir amaçla bir araya gelmeleri veya hususi toplantılar düzenlemeleri, taraflar arasındaki bağlantının varlığı için yeterli sebeptir.

Bu konuya ilişkin ATAD kararları incelendiğinde *Pioneer Kararı*²⁹⁹ en iyi örneği teşkil etmektedir. Söz konusu olayda bir Japon firması olan Pioneer'in Fransa (MDF), Almanya (Melchers) ve İngiltere'de (Shriro) üç dağıtıcısı vardır. Pioneer ürünleri Fransa'da, Almanya ve İngiltere'ye oranla daha pahalı satılmaktadır. Bu nedenle Fransa'ya Almanya ve İngiltere'den Pioneer ürünü gelmektedir. MDF bu durumdan şikayetçi olunca, Pioneer ile üç dağıtıcısı Antwerp'te bir toplantı yapmışlardır. Ancak toplantı konusunu gösteren ne bir anlaşma yapılmış ne de bir tutanak tutulmuştur. Fakat toplantıdan sonra İngiltere ve Almanya'daki dağıtıcılar söz konusu ürünü Fransa'ya ithal eden toptancılara mal vermeyi reddetmişlerdir. Toptancılar bu durumu Komisyon'a götürmüşler fakat Komisyon, delil yokluğu sebebiyle şikayeti reddetmiştir. Bunun üzerine toptancılar olayı ATAD önüne getirmişlerdir. ATAD ise ortada klasik anlamda bir delil olmamasına rağmen, taraflar arasındaki toplantıdan hareketle, uyumlu eylemin varlığını kabul etmiştir.

Ancak teşebbüsler arasında gerçekleşmiş bir toplantının varlığı her zaman teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı bir temas içinde oldukları anlamına gelmez. Bazı hallerde teşebbüslerin çeşitli toplantılarda bir araya geldikleri tespit edilmesine rağmen, bu toplantıların içeriği açıklık kazanmayabilir. Zira bu toplantılara uyumlu eylem dışında birçok sebep gösterilebilir. Bu bağlamda, sosyal bir amaç için meslektaş ya da işadami sıfatıyla bir araya gelindiği, belirli bir tören veya konferansın hazırlıkları için görüşmeler yapıldığı ileri sürülebilir. Bunun gibi, fiyat vb. rekabet açısından önemli noktalar dışında kalan genel ekonomik gelişme ve değişimleri karşılıklı değerlendirme gibi bir amaçla da toplanılmış olabilir ya da toplanıldığı iddia edilebilir.

²⁹⁹ **Musique Diffusion Française v. Commission Davası** C-100/80 (1983) ECR 1825, (1983) 3 CMLR 221

Örneğin bu konuyla ilgili olarak Kurul'un *Özel Okullar Derneği*³⁰⁰ kararından bahsedilebilir. Kararda, Özel Okullar Derneği bünyesinde yılda bir kez yapılan "Ücret Toplantısı" isimli buluşmalarda, fiyata ilişkin görüşmelerde bulunulmadığının tespiti ve daha önemlisi, pazarda gerek fiyat gerekse de fiyat dışı rekabetin varlığı nedenlerinden dolayı, RKHK'nin ihlal edilmediğine hükmedilmiştir.

Dolayısıyla ispat açısından toplantılar teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı bir temasın varlığını tek başına gösteremezler. Bunun yanında paralel davranışların yanında yer alarak uyumlu eylemlerin varlığına ek emare teşkil ederler.

3. Kamuya Yönelik Duyurular

Teşebbüslerin geleceğe yönelik pazar politikalarını duyurarak, kamuyu bilgilendirmeleri olağan bir durumdur. Ancak sonuçta kamuya yönelik duyurular da 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 edinmektedirler. Ancak duyurularda bilgi, (fiyat bildirim sistemlerinin ve bilgi alışverişlerinin aksine) yalnızca pazarın bir yanı arasında dolaşmamakta, pazarın arz tarafı kadar talep tarafı da bu politikalardan haberdar olmaktadır. Bu yönüyle kamuya yönelik duyurular temelde diğer bilgi akışlarına göre daha şeffaftır.

Bu konuda ATAD *Dyestuffs*³⁰¹ Kararında teşebbüslerin, birbirlerine oldukça yakın zamanlarda benzer artış oranları içeren fiyat duyurularında bulunmalarını tesadüfi olmaktan uzak görmüştür. Üstelik bu duyurular, pazarda oldukça çok sayıda

³⁰⁰ **Özel Okullar Derneği**, 11.02.1999 tarih ve 99-6/48-17 sayılı karar, R.G. 24028, 22.04.2000.

³⁰¹ *Dyestuffs*, Cases 48, 49, 51-57/69, **ICI and Others v. Commission**, (1972) ECR 619.

teşebbüs varken ve milli pazarlar düzeyinde farklı fiyat özellikleri görülüyorken gerçekleşmekteydi, bu denli eş zamanlı, birbirine benzer ve yaygın fiyat duyuruları gösteriyordu ki teşebbüsler işbirliği içinde hareket ederek, davranışları üzerindeki belirsizliği ve bu sayede rekabet etmekten (pazar politikalarını birbirlerinden bağımsız belirleseylerdi) doğacak riskleri büyük ölçüde azaltıyorlardı.

Bununla birlikte ATAD'ın bu kararı, teşebbüsler arasındaki temasın birçok şekilde gerçekleştiği bir olay olarak, kamuya yönelik duyuruların uyumu doğuran teması sağlamadaki rolünü tam olarak ortaya koymaktan uzak görünmektedir. Bir başka deyişle, bunların öncesinde gerçekleşen görüşmeler, yazışmalar vb. varsa, duyurular tek başına değil ancak bunlarla birlikte uyumu sağlama sürecinde yer almaktadır.

Kamuya yönelik duyurular hakkında ATAD'ın görüşleri *Wood Pulp*³⁰² kararında açıkça görülebilmektedir. Karara konu olan davada Komisyon, teşebbüslerin fiyat duyuruları vasıtasıyla RA m. 81'i ihlal ettiklerini iddia etmektedir. Komisyon'a göre, fiyat duyuruları yoluyla pazarda yapay bir şeffaflık doğmakta ve her bir üretici bir diğerinin fiyat uygulamalarına ilişkin hızlı bir şekilde bilgi edinebilmektedir. ATAD ise kamuya yönelik duyuruları tek başına bu ihlali gerçekleştirme konusunda yeterli görmemiştir. ATAD'a göre fiyat duyurusunda bulunan 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 azaltmamaktadır.

³⁰² **Wood Pulp** davası C-89/85 **Ahlström v Commission** [1993] ECR I-1307.

Sonuç olarak ATAD kamuya yönelik duyuruları duruma göre teşebbüsler arasındaki teması sağlayan bir araç olarak görse de, uyumlu eylemin ispatında bu duyuruların yanı sıra başka ek emarelere de gereksinim duymaktadır.

Kurul kararlarına baktığımızda ise Kurul'un da ATAD ile aynı görüşte olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Kurul, *Gazete Kararında*³⁰³ teşebbüslerin kamuya yönelik fiyat duyurularını uyumlu eylemin ispatı hususunda tek başına ele almamış, teşebbüslerin fiyat tespiti konusunda bu duyuruların yanında toplantı ve görüşmelerde bulunduğunu ve yetkililerin kişisel notları ve diğer belgelerinin de incelenmesi sonucunda uyumlu eylemin varlığının tespit edildiğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce 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 etmezler. 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 özellikle rakiplerin benzer yönde tepki vermesi için gerekli alt-işletmesel yapıyı tamamlayacağı ve böylece benzer bir politikayı benimseyebileceği kadar uzun bir zaman öncesinden duyurularda bulunulması, uyumlu eylem ihtimalini güçlendirir. Bu gibi durumlarda duyuru ile uygulama arasında niçin bu denli zaman aralığı bulunduğu kuşkusunu ortadan kaldırması gereken teşebbüslerdir. Bu tür ek emarelerle güçlenen kamuya yönelik duyurular akabinde paralel davranışlar gerçekleştiğinde, uyumlu eylemlerin varlığına ilişkin kuvvetli bir emare de elde edilmiş olacaktır.

³⁰³ **Gazete Kararı**, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

V. UYUMLU EYLEM KARİNESİ

A. Genel Olarak

Karine, bilinen bir vakadan bilinmeyen bir vaka hakkında kanunun veya hakimin çıkardığı sonuçlardır.³⁰⁴ Rekabet Kanunu uyumlu eylemlerle ilgili bir karine kabul etmiştir. Bundan maksat Kanunun, 4/3 ve 59/1 maddelerindeki olguları, ispatı gerekli bir hususun (teşebbüsler arasında uyumlu eylemin varlığı) – aksi sabit oluncaya kadar- delili saymış olmasıdır. Anılan maddeye göre, “bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalarındaki benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.” (m. 4/3) görüldüğü gibi burada bir ihtimal hükmü söz konusudur. Zira daha kuvvetli bir tecrübe kuralı bulmak ve dolayısıyla daha yakın bir sonuca varmak mümkün değilse, “çok defa böyle olur” denilerek karine kabul edilmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un bu konu ile ilgili 4. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan uyumlu eylem karinesine göre (rekabeti sınırlayıcı) bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

³⁰⁴ ÜSTÜNDAĞ S., 1992, s. 608.

Uygulamada zaman zaman bu hükmün, rekabet kısıtlamalarının tespiti bakımından ispat yükünün yerini değiştiren bir hüküm olduğu ifade edilmekte ise de, böyle bir ifadenin doğru olmadığı, çünkü kanundaki uyumlu eylem karinesinin ispat yükü ile ilgili bulunmayıp, yalnızca uyumlu eylemin tespitinde hangi ölçütün (medeni usul hukukunda kullanılan terimle “hangi ispat ölçüsünün”) kullanılacağı ile ilgili olduğu; rekabet soruşturmasının söz konusu olduğu piyasadaki “fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” halinde, bu benzerliğin, bir uyumlu eylemin varlığını kabul etmek için yeterli olduğu; ancak buradaki “benzerliğin” sadece kuşku uyandıran, sıradan bir benzerlik olmasının yeterli olmadığı, Rekabet Kurulunun, objektif ekonomik verilerden hareketle yaptığı incelemede, mevcut benzerliğin uyumlu eylemin varlığını gösterdiği konusunda, konunun uzmanı olan kişilerin duyabileceği makul koşulları ortadan kaldıran bir kanaate varılamamış olduğu, konunun “belirsiz” kalmış olduğu hallerde ise, bir rekabet kısıtlamasının bulunmadığına karar vermek gerekeceği iddia edilmektedir.³⁰⁵

Kanımızca da RKHK m.4/3’te yer alan uyumlu eylem karinesi, uyumlu eylemin ispatındaki güçlüğü azaltmak amacıyla kanun koyucu tarafından getirilen bir ispat ölçütüdür. RKHK m. 59/1’de öngörülen uyumlu eylem karinesi ise uyumlu eylemin özel hukuk alanında karşılaşılabileceği sonuçlar açısından düzenlenmiştir ve esasen Usul Hukukuna ait klasik anlamdaki ispat yükünün yer değiştirmesini sağlayan karine bu maddede düzenlenmektedir.

³⁰⁵ Bkz. BUDAK, A. C., “**Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat**”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri, Nisan 2003, s. 55 vd .

RKHK'nın 4. maddesinin son fıkrasında yer verilen “ ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” şeklindeki hüküm de bu çerçevede, hakkında soruşturma yapılan teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Maddenin yazılış tarzının uyandırdığı fikrin aksine, uyumlu eylemin varlığının Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmesi ve bu tespitin hakikate uygun olmadığına “ispat edilmesi”, zaman itibarıyla birbirinden ayrılan, birbirini takip eden iki ayrı işlem değildir. Söz konusu olan, rekabet kısıtlamasının mevcut olup olmadığı incelenirken ilgili teşebbüse de dinlenilme hakkı tanımaktan ibarettir.

RKHK m. 4 son fıkrada yer alan ve bir kurtuluş beyyinesi olarak nitelendirebileceğimiz düzenlemeye RKHK m. 59/1'de yer verilmemiştir. Ancak m.4'ün son fıkrasının, m. 59'a da kıyasen uygulanması gereklidir.³⁰⁶ Zira kanun koyucunun iki madde arasında böyle bir fark gözeterek adaletsiz bir uygulama yaratmış olması düşünülemez. Nitekim doktrinde bu durumun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı, bir kanun yapma tekniği hatası olduğu düşünülmektedir.³⁰⁷

1. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

RKHK'nın 4/3. maddesi hükmü uyumlu eylem karinesini ve sorumluluktan kurtulmak için teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispatlama gereğini içeren ispat yükünü düzenlemiştir.

³⁰⁶ Aynı görüş için bkz. İNAN N., (Sempozyum), s. 49.

³⁰⁷ Bkz. İNAN N., age, s. 49.

Burada hemen belirtmek gerekir ki kanaatimizce uyumlu eylem karinesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorununun, RKHK m. 59/1'de rekabet ihlallerinin özel hukuk alanında karşılaşıcağı sonuçlar içinde düzenlenmiş bulunan ve uyumlu eylem neticesinde zarar görenler açısından bir ispat kolaylığı sağlayan karine için söz konusu olmaması gerekir. Zira bu karine özel hukuk alanında da uygulama alanı bulunan ve ispat yükünü yer değiştiren bir özel hukuk karinesidir ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığı düşünülemez.³⁰⁸

Ancak RKHK m. 4/3'te düzenlenen karine teşebbüslerin bir rekabet ihlalinde bulunup bulunmadıklarının tespiti çerçevesinde hangi hallerde bir uyumlu eylemin varlığının kabul edileceğine dair bir ispat ölçütüdür.

RA.'nın 81. maddesi ise bir uyumlu eylem karinesini öngörmemekte ve maddede açıkça düzenlenmemesine karşın AT içtihatlarından çıkan sonuca göre teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarına dair ispat yükünü Komisyon'a yüklemektedir.

Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesinin 4. fıkrasında “ *Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*” hükmü getirilmiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında ise söz konusu fıkra için “ *Bu fıkra “masumluk karinesini” getirmiştir. Sanığın, kesin mahkumiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, kendisinin, suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; “beyyine külfetinin iddiacıya ait bulunduğu” demektir. Bu karine, iddiacının, suç iddiasını “makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde” ispat etmesiyle çürütülmüş olacak ve bu halde de mahkeme mahkumiyet hükmünü verecek; aksi takdirde beraat kararı alacaktır*” şeklindeki açıklamalara yer verilmektedir.

³⁰⁸ Aynı görüş için bkz. İNAN N., (Sempozyum), s.49.

Anayasa'nın 38/4. maddesi ve gerekçesi dikkate alındığında RKHK'nın 4/3. maddesinde düzenlenen uyumlu eylem karinesinin Anayasa'nın yukarıda belirtilen söz konusu maddesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmektedir.³⁰⁹

Bu görüşe karşılık uyumlu eylem karinesinin amacına uygun şekilde yorumlandığı takdirde Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği; karineyi ortaya koyan olguların neler olduğunun da Kurul tarafından ispatlanması gereken bir durum olduğu; dolayısıyla Kurul'un işletmelerin bir yandan aralarında uyum olduğunu gösteren fiillerinin neler olduğunu ispat ederken öte yandan bu fiiller sonucunda piyasada rekabet ihlali olduğunu gösteren verileri de ortaya koyması gerektiği daha sonra ise bu sonucun ortaya çıkmasının aslında bu birliktelikle ilişkisi olmadığını ispat etme yükünün işletmeler üzerinde olduğu iddia edilmektedir.³¹⁰

Rekabet Hukuku'na en yakın disiplinin Ceza Hukuku olduğu göz önüne alınırsa, konunun ceza hukuku ilkeleri açısından değerlendirmesi bu iddialara açıklık getirilmesi açısından faydalı olabilir. Bilindiği gibi Ceza Hukuku'nda kıyas ve suçluluk karinesi yasaktır. Dolayısıyla uyumlu eylem karinesinin AY'ya aykırı olduğunu iddia eden görüş, RKHK'nın 4/3. maddedeki düzenleme ile bir suçluluk karinesi getirdiğini ve bu durumun da Ceza Hukuku'nun kıyas ve suçluluk karinesini yasaklayan anlayışa ters düştüğünü iddia etmektedir.

Ele alınması gereken bir diğer konu ise AY 38/4'te düzenlenen "masumiyet karinesi"³¹¹dir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.11'de ve İnsan Hakları Ana Sözleşmesi m.6/2'de açıkça ifade edilen bu karine, bir kimsenin suçluluğu hükmen

³⁰⁹ Bkz. İNAN N., (Sempozyum), s. 49.

³¹⁰ Bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ G., **AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukuku'na Muhtemel Yansımaları (Sempozyum)**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 06 Kasım 2000, Soru ve Cevaplar Kısmı, s.70.

³¹¹ Söz konusu karine, doktrinde "Suçsuzluk Karinesi" veya "Muhakemenin Sonuna Kadar Suçsuz Sayılma Hakkı" olarak da ifade edilmektedir.

sabit oluncaya kadar suçlu sayılmasına engel olur. Koşuşturma makamlarının önyargı ile hareket etmesi veya suçluluk karinelerine dayanması bu hakkın ihlali anlamına gelir.³¹² Ceza Hukuku açısından geçerli olan bu ilkenin Rekabet Hukuku içerisinde de uygulama alanı bulması halinde Rekabet Kurulu'nun bir suçluluk karinesine dayanmaması gerektiği aksi halde bu durumun AY'ya aykırılık teşkil edeceği düşünülebilir.

Ayrıca her hukuk devletinde kabul edilen ve “masumluk karinesi” ile sıkı bir ilgisi bulunan “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” ceza hukuku açısından; yapılan ceza muhakemesinin sonunda fiilin sanık tarafından işlendiği yüzde yüz belirliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verileceği anlamını taşımaktadır. Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesidir; bir başka ifadeyle “masumluk karinesi”dir.³¹³ Bu ilkenin de Rekabet Hukuku açısından değerlendirilmesi durumunda masumluk karinesinin Rekabet Hukukunda uygulama alanı bulması sonucunda ortaya çıkan neticeyle paralellik taşıyacağı açıktır. Yani Rekabet Kurulu, bu ilkenin barındırdığı anlam çerçevesinde teşebbüslerin uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispat etmeleri yolunda bir talepte bulunmamalıdır.

Burada tartışılması gereken bir başka konu ise klasik anlamda Ceza Hukuku ilkeleri gibi gözükken bu ilkelerin Rekabet Hukuku açısından uygulama alanı bulup bulamayacağı meselesidir. Zira AY 38/4. maddenin gerek “suç ve cezaların esası” başlığı gerekse içeriği gereği klasik anlamda Ceza Hukuku'nun öngördüğü suç ve cezaları düzenlediği düşüncesi akla gelebilir. RKHK'nın 4/3. maddesi'nin

³¹² ÖZTÜRK B./ERDEM M.R./ÖZBEK V. Ö., **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, Ankara 1999, s. 176.

³¹³ ÖZTÜRK B./ERDEM M.R./ÖZBEK V. Ö., **age.**, s. 152, 153.

düzenlediği uyumlu eylem karinesi, yine aynı maddede düzenlenen rekabeti ihlal eden uyumlu eylemlere, Kanun'un 16 ve 17.maddesine göre verilecek idari para cezalarının gündeme gelmesi durumunda devreye girecektir. Dolayısıyla Rekabet Hukukunda idari para cezaları verilmesi söz konusu iken Ceza Hukuku'na dair ilkelerin uygulanmasının mümkün olamayacağı da iddia edilebilir.

Ancak kanımızca AY 38/4. maddesi geniş yorumlanmalı ve maddenin söz konusu fıkrası ile getirilen “masumluk karinesi”, sadece Ceza Hukuku'na mahsus bir ilke değil de “*hukukun genel ilkeleri*”³¹⁴ nden bir tanesi olarak kabul edilmelidir. Zira yukarıda da izah edildiği gibi bu karine uluslararası düzenlemelerde de açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca AY'nin ilgili hükmü sadece klasik anlamdaki suç ve cezaları düzenler nitelikte gibi gözüксе de maddenin idari para cezalarına uygulanmasını engelleyen bir hükmün mevcut olmamasının yanı sıra madde geniş yorumlanmalı ve idari para cezaları verilirken de göz önüne alınmalıdır. Çünkü tekrar edecek olursak bu durum hukukun genel ilkelerinin uygulanması gereğinden kaynaklanmaktadır.

Uyumlu eylem karinesi, AY'nın 2. maddesinde adı geçen “hukuk devleti”³¹⁵ ilkesi ile de bağdaşmaz kabul edilebilir. Zira bir hukuk devletinde, hukukun genel ilkelerine bağlılık esası mevcuttur ve karine, hukukun genel ilkelerinden biri olan “masumiyet karinesi”ne aykırılık teşkil etmektedir. Bir hukuk devleti içerisinde

³¹⁴ Hukukun genel ilkelerinin tam ve herkesçe kabul edilebilecek bir tanımını yapmak kolay olmamakla birlikte, bu konuda pozitif bir temel olarak ATAD Statüsü'nün 38. maddesinden yararlanılabilir. Bu madde “uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri” ni milletlerarası hukukun kaynakları arasında saymıştır. Anayasa Mahkememiz de bu tanımdan esinlenerek hukukun genel ilkelerini, “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeler” olarak tanımlamıştır. Bkz. ÖZBUDUN E., **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 1995, s. 96.

³¹⁵ Hukuk dilinde “hukuk devleti” deyimini, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşısı olarak kullanılmaktadır. Gerçekten de vatandaşların devlete güven beslemeleri ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür. Hukuk devletinin başlıca varlık şartları içerisinde yürütme ve yasama işlemlerinin yargısal denetimi, yargı bağımsızlığı, kanuni hakim güvencesi, ceza sorumluluğunun ilkeleri, ve hukukun genel ilkelerine bağlılık sayılmaktadır.

teşebbüslerin uyumlu eylem karinesine dayanarak uyumlu eylem halinde bulunmadıklarını ispata zorlanmaları, kaldı ki olanakları daha fazla olan ve daha güçlü durumdaki kamu otoriteleri karşısında ispat mükellefiyeti altında bulunmaları, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak bir uygulama yaratacaktır. Bu nedenle ispat yükünün, güç ve olanakları daha fazla olan kamu otoritelerine bırakılması gereklidir.

Ayrıca olmayan bir şeyin ispatı, olan bir şeyi ispatlamaktan daha zordur. Bu nedenle teşebbüslerin uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispat etmek, bulduklarını ispat etmekten çok daha güçtür. Dolayısıyla teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarını kanıtlamanın daha kolay olması nedeniyle ispat yükünün Rekabet Kurulu'na bırakılması gereklidir.

İspat yükünün yer değiştirebilmesi, Medeni Hukuk açısından mümkün olabilmektedir. Fakat söz konusu durumlarda da taraflar kusurlu olmadıklarını ispat edememeleri halinde bir cezaya çarptırılmamaktadır. Örneğin MK m.3, “kanunen hüsnüniyet şart kılınan hallerde”, iyi niyetli olduğu iddiasında bulunanı değil, aksini iddia edeni (ilgili kimsenin iyi niyetli olmadığını) ispatla yükümlü tutmuştur. Yine MK 512. madde mirasçılıktan çıkarılma konusunda ispat yükünün kime ait olacağını düzenlemektedir. İlk paragrafta mirastan çıkarmanın, kural olarak ancak miras bırakanın buna ilişkin tasarrufunda sebep göstermesi halinde geçerli olacağı düzenlenmiş fakat sonraki paragrafta mirasçılıktan çıkarılan kimsenin itirazı halinde belirtilen sebebin varlığının ispatının, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşeceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere bu düzenlemelerde karşılaşılabilecek en ağır yaptırım, örneğin MK m.3 gereği iyiniyetin bulunmadığının ispatlanması halinde, tazminat sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispat edemeyen teşebbüsler, para cezası gibi ağır

bir yaptırımla karşı karşıya kalmaktadır. Nitekim RKHK m. 59/1'de yer alan karine de bu anlamda bir özel hukuk karinesidir ve dolayısıyla meşrudur.

Ayrıca uyumlu eylem karinesinin amacına uygun şekilde yorumlandığı takdirde Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini çünkü Kurul'un işletmelerin bir yandan aralarında uyum olduğunu gösteren fiillerinin neler olduğunu ispat ederken öte yandan bu fiiller sonucunda piyasada rekabet ihlali olduğunu gösteren verileri de ortaya koyması gerektiği daha sonra ise bu sonucun ortaya çıkmasının aslında bu birliktelikle ilişkisi olmadığını ispat etme yükünün işletmeler üzerinde olduğunu iddia eden görüşe³¹⁶ kanımızca katılmak mümkün değildir. Zira RKHK'nın uyumlu eylem karinesini düzenleyen 4/3. maddesinde Kurul'un, işletmelerin aralarında uyum olduğunu gösteren fiillerinin neler olduğunu ispat etmesi gereği hüküm altına alınmamıştır dolayısıyla Kurul'un bu gereği yerine getirmede kanuni bir zorunluluğu bulunmaması nedeniyle işletmelerin aralarında uyum olduğunu gösteren fiillerin neler olduğunu ispat etmeden uyumlu eylem karinesine dayanarak teşebbüslerin uyumlu eylem halinde olduklarına karar verebilmesi söz konusu olabilecektir.

RA. 81. maddenin bir uyumlu eylem karinesi öngörmemiş olması ve ispat yükünü Komisyon'a bırakması kanımızca yerinde bir düzenlemedir. Türk Rekabet Hukuku açısından da böyle bir düzenleme yoluna gidilmiş olsa idi daha yerinde bir uygulama yaratılmış olacak ve Anayasa'nın özüne de aykırılık teşkil edilmemiş olacaktı. Uyumlu eylemin ispatındaki güçlük, böyle bir karinenin uygulanması yerine Kurul'un gerçekleştireceği detaylı ekonomik analizler ve teşebbüsler arasında uyumlu eylemin varlığını gösteren temasların (bilgi değişimi, toplantılar, kamuya yönelik duyurular, vs.) tespiti ile aşılabilir. Rekabetin uyumlu eylemlerle kısıtlanması

³¹⁶ Bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., (**Sempozyum**), s. 70.

halinde, zarar görenlerin zararlarını tazmin etmeleri konusunda ispat açısından karşılaşılabilecek güçlükler ise, RKHK m. 59/1’de yer alan düzenlemeyle giderilmeye çalışılacaktır.

Rekabet Kurulu’nun uyumlu eylem karinesine dayanarak teşebbüsleri cezalandıran bir karar vermesi halinde teşebbüslerin Kurul kararı aleyhine Danıştay’da dava açma hakkı mevcuttur. Teşebbüsler, Danıştay’da açtıkları dava sırasında uyumlu eylem karinesinin AY’ya aykırılığı iddiasında bulunabileceklerdir. Bu durumda kanunların Anayasaya aykırılığının itiraz yoluyla denetimi söz konusu olabilecektir.³¹⁷ Zira Danıştay tarafların iddiasını ciddi bulursa davayı durdurup bunu bir bekletici sorun yapacak ve Anayasa Mahkemesi’ne gönderecektir.

2. Karinenin Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Rekabet Kanununun 4 üncü maddesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamakta ve bu hallere örnekler verip, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesini, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulduklarına karine teşkil edeceği sonucunu çıkartmakta ve ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispat yükü altına sokulmaktadır.

RKHK m. 47’de sözlü savunmadaki usul konusunda, HUMK’a atıf yapılarak HUMK İkinci Bab ve Sekizinci Faslında yer alan her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanılabileceği düzenlenmektedir. Doktrinde HUMK’a yapılan bu atfın sadece

³¹⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. TEZİÇ E., **Anayasa Hukuku**, İkinci Bası, İstanbul 1991, s. 196-202.

sözlü savunmadaki usul konusunda değil, Rekabet Kurulu'nun diğer işlerinde de geçerli olması gerektiği savunulmaktadır.³¹⁸ Karinelerin de Usul Hukukunda uygulama alanı bulması ve bir ispat vasıtası olası nedeniyle, uyumlu eylem karinesinin Usul Hukuku açısından da değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

MK'nın 6'ncı maddesinde düzenlenmiş bulunan genel hukuk kuralına göre; davanın tarafları, hangi hususu iddia ediyorsa onu ispat etmekle yükümlüdür. Genel hukuk ilkesine göre; davacının iddiasının kabul edilerek davayı kazanabilmesi veya davalının savunmasının kabul edilerek açılan davanın reddedilebilmesi, iddia ve savunmanın dayandığı maddi olayları ispatlamadıkça davalıya savunmasını kanıtlama yükümlülüğü düşmez . İspat yükünün taraflarca ne oranda yerine getirildiğini hakim takdir eder. Kuru ³¹⁹, iki tarafın (veya bir tarafın) gösterdiği deliller ile davaya ilişkin bütün çekişmeli vakıalar aydınlanmışsa, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmakta yarar olmadığını; ancak delillerin hakime dava hakkında tam bir kanaat vermemesi halinde ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar olduğunu ifade etmiştir.

Yukarıda ifade edilen genel kuralın yanında başvuru başlıca ölçütler ise şunlardır:³²⁰

- 1- İspat yükü, olağan durumun tersini iddia edene düşer,
- 2- İspat yükü konusunda açık kanun hükmü varsa ona uyulur,
- 3- Yararına bir karine olan taraf o vakıayı ispatlama yükü altında değildir,
- 4- İspat yükü, delilleri daha kolay elde edene düşer, delil sağlayamayacak durumda olan tarafa ispat yükü düşmez,

³¹⁸ YILMAZ E., (Sempozyum), s.66.

³¹⁹ KURU B., **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt: II, İlaveli Beşinci Baskı, İstanbul 1990, s. 1356.

³²⁰ KURU B., 1990, s. 1356.

- 5- Kural olarak, olumsuz vakianın değil, olumlu vakianın ispatlanması gerekir,
- 6- İnkâr edene ispat yükü düşmez,
- 7- İspat yükünün paylaşılmasında ikrarın gözetilmesi gerekir,
- 8- İspat yükünün paylaşılmasında iyiniyet gözetilmelidir,
- 9- Hakim; ispatı, ispat aracı sağlaması uygunken bunu yapmamış veya sağlamışken sonradan kaybetmiş olan tarafa yükler,
- 10- "İspat yükü sözleşmesi" söz konusu ise ispat yükünün paylaşılmasında bu durum dikkate alınır,
- 11- İddiasını resmi sicil ve senetlere dayandıran tarafa ispat yüklenemez.

Karine, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan (olaylardan) bilinmeyen olayın yahut sonucun çıkartılmasına denir. Karineler, fiili karineler (beşeri karineler, hayat tecrübesi -yaşam deneyimi- kuralları) ve yasal karineler olarak ikiye ayrılır. Karine, ispat hukuku bakımından önem gösterir ve çoğu kez ispat yükünü yer değiştirir. RKHK m.59/1'deki durum da budur. Söz konusu maddeye göre zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

Bu durum, ispat hukuku bakımından "menfi vakianın ispatı" olarak

açıklanmaktadır³²¹ ve itiraf etmek gerekir ki, ispat hukukunun çözümü zor konularından biridir. Çünkü, ispat hukuku ve kuralları, genellikle “olumlu ispat” üzerine oturtulmuştur. Dolayısıyla bu durum Usul Hukuku açısından da istisnai bir nitelik taşımaktadır.

Yukarıda açıklanan ispat yükü bakımından genel kural niteliği taşıyan MK6. maddesi ve bunun yanında kabul edilen genel ölçütler esas alındığında RKHK m. 4/3’te öngörülen uyumlu eylem karinesinin Usul hukuku açısından da yerinde bir düzenleme olmadığı sonucuna varılabilir. Kanaatimizce AY’ya aykırılık taşıdığına inandığımız uyumlu eylem karinesinin, Usul hukukunun da genel kurallarıyla bağdaşmıyor olması Kanunun karine hususunda yerinde bir düzenlemeye gitmemiş olduğunu göstermektedir.

Usul hukuku açısından konuyu ele alırsak karinenin, MK 6. maddede düzenlenen herkesin iddiasını ispatlamaya mecbur olduğu yönündeki genel kurala aykırılık taşıdığını görmekteyiz. Ayrıca ispat yükünün, olağan durumun tersini iddia edene düşeceği ve kural olarak, olumsuz vakıanın değil, olumlu vakıanın ispatlanması gerektiği yolundaki belli başlı ölçütlerle de çelişmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki burada RKHK m. 4/3’te düzenlenen uyumlu eylem karinesinden bahsedilmektedir. RKHK m. 59/1’de düzenlenen uyumlu eylem karinesi ise yukarıda belirttiğimiz gibi usul hukuku açısından istisnai bir nitelik taşımaktadır. Ancak MK m.6’daki genel kuralın istisnası niteliğindeki m. 59/1’de öngörülen ve ispat yükünü ters çeviren karinenin, sadece Rekabet Kanunu’nda değil diğer kanunlarda³²² da

³²¹ YILMAZ E., **Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat sorunları**, Perşembe Konferansları, Kasım 1999, Rekabet Kurumu, s. 98, 99.

³²² Bkz. MK m. 191’de velayetin kaldırılması konusunda; MK m. 294’te nesebin tashihine itiraz davasında; BK m. 42’de haksız fiilde zararı ispat etmek hususunda; BK m. 55’te adam çalıştırmanın sorumluluğu konusunda, TK m. 635’te kıymetli evrakta ihbar süresi açısından ispat yükünün kanunen ters çevrildiği görülmektedir.

düzenlenmiş olması nedeniyle Usul hukuku açısından aykırı bir uygulamaya yarattığı söylenemez.

Usul hukuku açısından çözümü zor bir konu olan, istisnai nitelik taşıyan ve menfi vakanın ispatı olarak değerlendirilen bir karinenin rekabet hukukunda RKHK m. 4/3 çerçevesinde rekabet ihlalinin uyumlu eylemlerle gerçekleştiğinin ispatlanması hususunda uygulamaya sokulması kanaatimizce yerinde bir uygulama olmamaktadır. Karine, ispat yükünün, delilleri daha kolay elde edene düşeceği ve delil sağlayamayacak durumda olan tarafa ispat yükü düşmeyeceği yönündeki usul kuralına da aykırılık taşımaktadır. Zira delilleri daha kolay elde edebilecek olan taraf bir kamu otoritesi olması nedeniyle Rekabet Kurulu'dur. Dolayısıyla daha zayıf konumda olan ve delilleri elde etmesi daha zor olan teşebbüslerin ispat yükü altında tutulması usul hukukunun bu kuralına ters düşmektedir.

SONUÇ

Rekabet hukuku düzenlemelerinin varlığı ve etkin olarak uygulanması, serbest piyasa ekonomilerinin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Özellikle işletmelerin çeşitli pazar davranışları sonucunda rekabetin bozulmasının önlenmesi, ancak etkin bir rekabet hukukunun varlığı ile sağlanabilir.

Pazarda rekabeti sağlamayı ve korumayı hedefleyen rekabet hukuku düzenlemeleri, 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 yasaklamaktadır.

Bu çalışma, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesi çerçevesinde rekabeti engelleyici uygulamalardan birisi olarak kabul edilen uyumlu eylemi, AT rekabet hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelemek suretiyle rekabet hukukunun bir hayli tartışmalı olan bu konusuna, çalışma sonucunda ortaya çıkan sonuç ve değerlendirmelerle açıklık kazandırmayı amaçlamaktadır.

Bu çalışma kapsamında, RKHK'nın 4. maddesi çerçevesinde rekabeti engelleyici uygulamalardan biri olarak kabul edilen uyumlu eylem, R.A.'nın 81. maddesi ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve uyumlu eylemin teorik açıdan ayrıntılı bir biçimde incelenmesinin yanı sıra teşebbüslerin uyumlu eylemde bulunmaları halinde uygulamada karşılaşılabilecek çeşitli sorunlar ve çözüm önerilerine de yer verilmiştir.

Uyumlu eylem, hem AT rekabet hukukunu düzenleyen RA 81. maddesinde hem de Türk rekabet hukukunu düzenleyen RKHK'nın 4. maddesinde rekabeti engelleyici uygulamalar arasında yer almaktadır. 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. Rakip teşebbüsler, bağlayıcı ve aşıkâr anlaşmaların hükümsüz sayıldığı bir hukuk düzeninde, bile bile bu sonuca maruz kalacak hukuki ilişkiler içerisinde girmeyi değil, amaçlarını gerçekleştirmeye daha uygun olan uyumlu eylemleri tercih edebilirler. Bu durumda teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarını ispat etmek, aralarında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma bulunduğunu ispat etmekten daha güçtür. Ancak rekabet düzenlemeleri, teşebbüslerin aralarında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma bulunduğunun ispat edilemediği durumlarda rekabeti kısıtlama amaçlı uyumlu davranışta bulunmalarını da engellemek amacıyla uyumlu eylemleri yasak kapsamına almıştır.

Çalışmanın amacına ışık tutması açısından ilk olarak uyumlu eylemin rekabet hukukunda yeri üzerinde durulmuştur. Bu konu incelenirken ABD Antitröst hukuku, AB Rekabet hukuku ve Türk Rekabet hukukunda uyumlu eylemin yeri üzerinde durulmuştur. Daha sonra ise uyumlu eylemin tanımı ve unsurları incelenmeye çalışılmıştır. RA 81. madde ve RKHK'nın 4. maddesinde uyumlu eylemin, hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanması öngörüldüğü halde, bir tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle AT Hukukunda uyumlu eylemin tanımı, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) içtihatları ve Komisyon kararları çerçevesinde yapılmış ve Türk rekabet hukukunda da doktrinde çeşitli tanımlara yer verilmiştir. Kanaatimizce gerek ATAD kararları gerekse Türk Rekabet hukuku doktrini ve Kurul kararları çerçevesinde ifade edilen uyumlu eylemlerle ilgili tanımların her biri, uyumlu eylemlerin çeşitli özelliklerinin ön plana çıkarıldığı tanımlardır. Bu bakımdan tüm bu tanımlar, uyumlu eylemler kavramına açıklık kazandırmak

açısından ayrı bir öneme sahiptir. Dolayısıyla bu tanımların birbirleriyle çelişmediklerini, aksine birbirlerini tamamladıklarını görmekteyiz. Sonuç olarak belirttiğimiz gerekçelerle, uyumlu eylemin kesin bir tanımını yapmak her ne kadar mümkün olmasa da, uyumlu eylemin unsurlarını içeren bir tanımın bu kavrama açıklık kazandırma amacına biraz daha çok hizmet edeceği kanaatindeyiz. Bu amaç doğrultusunda, gerek ATAD gerekse Kurul kararlarında ortaya konulan uyumlu eylemin unsurlarını esas aldığımızda, uyumlu eylemi “birden fazla teşebbüsün rekabetin risklerini bertaraf etmek amacıyla, doğrudan veya dolaylı bir iletişim sağlayarak, aralarında bir koordinasyon veya pratik işbirliğini gerçekleştirmeleri” olarak tanımlayabiliriz.

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. Nitekim ATAD ve Kurul kararları incelendiğinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Teşebbüsler arasındaki paralel davranışları uyumlu eylemin bir unsuru haline getirecek olan husus, yine teşebbüsler arasında gerçekleşecek bir temasın varlığıdır. Yani başka bir ifadeyle teşebbüsler arasında var olan koordinasyon ya da işbirliği, doğrudan ya da dolaylı bir iletişim (temas) neticesinde gerçekleşmelidir. Bu temasa örnek olarak taraflar arasındaki genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmalar gösterilebilir. Elbette ki bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortadan kaldırma amacı taşımaktadır. Sonuç olarak uyumlu eylemin unsurlarını kanaatimizce şu şekilde

sıralamak mümkündür :1- Birden fazla teşebbüs olmalıdır. 2- Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır. 3- Bu koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında kurulan temas neticesinde gerçekleşmelidir. 4- Bu temasın amacı, rakiplerin davranışlarına ilişkin benzerlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.

Çalışmada ele alınan bir başka konu ise uyumlu eylemin diğer maddi rekabet kuralları ile ilişkisidir. Bu konuda önemle üzerinde durulması gereken husus anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki farktır. Anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki fark hem doktrin hem de uygulamada tartışmalı bir konudur. Uyumlu davranış işletmeler arası anlaşma ile karşılaştırıldığında daha gevşek bir bağlılığı ifade etmektedir. Anlaşma dışında uyumlu eylem kavramının da düzenlenmesi gereği anlaşmanın ispat edilemediği durumlarda rekabetin kısıtlanması amacına tarafların zımnî yollarla ulaşmasını engellemektir. Zira 4. maddenin 3. fıkrasında yer alan “Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda...” ifadesi bunu açıkça ortaya koymaktadır. Kanımızca birden fazla teşebbüsün danışıklı davranmak suretiyle rekabeti kısıtlaması, 4. maddenin uygulanması bakımından yeterli olduğu, danışıklılığın uyumlu eylem, anlaşma veya karardan kaynaklanmasının 4. maddenin uygulanması bakımından fark yaratmadığı ve her ne kadar bu kavramların anlamları birbirinden farklı da olsa temelde yatan davranışın aynı olduğu ve ortaya çıkan neticeler açısından da önemli bir farklılık bulunmadığı yolundaki görüşe katılmak yerinde olacaktır. Nitekim gerek ATAD gerekse Rekabet Kurulu kararlarından çıkan sonuç bu görüşü destekler niteliktedir.

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 yani Kanun'da ifade edildiği üzere başka teşebbüsler ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar sonucunda gerçekleşmiş ise, söz konusu birlikte davranışlar, uyumlu eylem şeklinde ortaya çıkabilecektir. Bu da akla 4.madde ile 6.maddenin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu getirmektedir. Uyumlu eylem ve hakim durumun kötüye kullanılması durumunun bir arada bulunması için gerek m.4 gerekse m.6 açısından rekabete aykırılık gerçekleşmiş olmalıdır. Teşebbüslerin uyumlu eylemlere girişerek birlikte hakim duruma gelmesi ve bunu kötüye kullanması yanında, birlikte hakim durumdayken uyumlu eylemlere girişerek rekabeti sınırlamaları da mümkündür. Teşebbüslerin davranışlarının hem 4. hem de 6. maddeyi ihlal etmiş olması halinde bu iki maddeden ayrı ayrı para cezasına hükmedilemez. Zira doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi tek fiille gerçekleşen bu durumlarda çifte cezalandırılmaya gidilmemelidir. Kanaatimizce en doğru çözüm hem 4. hem de 6. maddenin ihlal edildiğine hükmetmek ancak RKHK 16. maddesine göre bir tek hükmün ihlalinden dolayı cezalandırma yoluna gitmek olacaktır. Elbette iki hükmün de ihlal edilmesi, ceza miktarı belirlenirken esas alınmalı ve ceza ağırlaştırılmalıdır. Kurul'un böyle durumlarda hem 4. hem de 6.maddenin ihlal edildiğini karara bağlaması, Kanun'un ihlalinin özel hukuk alanındaki sonuçları açısından isabetli olacaktır. Zira davacılar tazminat taleplerini, Kurul kararını da delil olarak göstererek, hem 4. hem de 6. maddeye dayandırabilirler. Bu durum Usul Hukuku'nda hakların yarışması (telâhuku) temeline dayanan mütelâhik davalara örnek teşkil eder. Mütelâhik davalarda talep, bu talebi haklı gösteren iki veya daha fazla sebebe dayanır. Davacı bu yolla hiç kuşkusuz talebini daha güçlü bir şekilde savunabilmektedir. Hatta HUMK m.76 gereği, davacı tarafından ileri sürülmesi de, hakim davaya uygulanacak

kanun hükümlerini kendiliğinden araştırıp bulmakla ve davacı için daha elverişli olan kanun hükmünü uygulamakla yükümlüdür.

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. Gerçi RKHK m.7'nin lafzından, teşebbüslerin faaliyetlerinin birleşme veya devralma olarak nitelendirilmesi durumunda bu faaliyetlerin diğer yandan ancak hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Kanaatimizce söz konusu maddeyi bu şekilde yorumlamamak aksine teşebbüslerin faaliyetlerinin birleşme veya devralmaların yanı sıra uyumlu eylem veya anlaşma olarak da nitelendirilebilmesinin mümkün olabileceği şeklinde geniş yorumlamak gereklidir. Nitekim son zamanlarda yürütülen RKHK'da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin çalışmalar çerçevesinde; m.7'de öngörülen "...teşebbüslerin hakim durum yaratmaya ya da hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak..." şeklindeki ifadenin kaldırılması önerilmekte ve böylece kanımızca maddenin daha geniş yorumlanmasına imkan tanınmaktadır.

Uyumlu eylem ile muafiyet arasındaki ilişki açısından konuyu ele aldığımızda ise RKHK'nın muafiyete getirdiği düzenleme ile 81/3. maddenin benimsediği sistem birbirine oldukça yakındır. İkisi de muafiyet kapsamına anlaşmaları, birlik kararlarını ve uyumlu eylemleri dahil etmişlerdir. Türk ve AT rekabet hukuklarında muafiyet verilebilmesinin ön koşulu, muafiyet talebinde bulunulan anlaşma, birlik kararı ya da uyumlu eylemin bildirilmiş olmasıdır. 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 görüşü 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 edilmektedir. Kanımızca uyumlu eylem için muafiyet tanınması teorikte mümkün olsa dahi uygulamada mümkün gözükmemektedir. Uyumlu eyleme muafiyet tanınabilmesi için teşebbüslerin bildirim şartını yerine getirmelerinin zorunlu olması sonucunda teşebbüslerin bu bildirimini gerçekleştirmeleri durumunda uyumlu eylem halinde olduklarını kabul etmeleri söz konusu olacaktır. Bu durumda da teşebbüslerin aralarındaki bu danışıklı ilişkiyi kabul etmeleri artık bir uyumlu eylem hali değil, bir anlaşma halini alacaktır. Zira çalışma kapsamında yapılan incelemeler sonucunda da şu ana kadar teşebbüslerin ATAD ve Rekabet Kurulu'na uyumlu eylem için muafiyet talebinde bulunmalarına dair bir karara rastlanılmamıştır. Muafiyet konusunda Türk ve AT düzenlemeleri arasındaki bir farklılık, AT rekabet hukukunda anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarına grup muafiyeti tanınması mümkünken, RKHK'da sadece anlaşmalar için grup muafiyetinden söz edilmiş olmasıdır. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde ise Tebliğ'in uyumlu eylemlere de

uygulanabileceği yolunda bir düzenleme mevcuttur. Yani Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasında sadece anlaşmalar için getirilen grup muafiyeti, Kurul tarafından çıkartılan tebliğle uyumlu eylemleri de içine alacak şekilde düzenlenmiştir. Kanımızca bu durumda Kanun'da yer almayan bir hususun çıkartılan bir tebliğ ile düzenlenmesi, Türk Hukuku açısından mümkün değildir. Tebliğ ile getirilen düzenleme kanuna aykırı sayılacak ve kanun hükmünün esas alınması gerekecektir. Kanımızca Kanun'un da, RA'nın 81/3. maddesine benzer bir düzenleme yoluna gitmesi ve uyumlu eylemleri de grup muafiyeti kapsamına alması yerinde olurdu.

Çalışmanın ikinci bölümünde rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali ve bu ihlalin karşılaşacağı hukuki sonuçlar üzerinde durulmuştur. Ayrıca Rekabet Kanunu'nun ihlali halinde Kurul ve mahkemeler arasındaki ilişki de incelenmeye çalışılmıştır. Rekabetin uyumlu eylemlerle ihlali konusunda uyumlu eylemin rekabeti kısıtlama amaç ve etkisi ele alındığında, bu konuda AT ve Türk rekabet hukuku uygulamasının büyük ölçüde benzerlik gösterdiği görülmektedir. Sonuç olarak çalışmada yer alan konuyla ilgili açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ATAD'ın kararlarının bir kısmında "amaç" ve "etki" açısından kesin bir ayrımaya yer verilmediği gibi, verdiği bazı kararlarında bu yaklaşımı açıkça reddettiği görülmektedir. Kanımızca bir uyumlu eylemin amacının rekabete aykırı olup olmadığının tarafların hareketlerinden ve uyumlu olarak gerçekleştirdikleri davranışların arka planından anlaşılacağı yolundaki görüşe katılmak mümkündür. Yani rekabeti sınırlayıcı amacın varlığı tarafların görünürdeki davranışlarıyla sınırlı olarak düşünülmemelidir. Uyumlu eylemin amacı rekabete aykırı ise pazarda etki göstermesi şartının aranması ATAD içtihatlarından çıkan sonuca göre gerekli değildir. Bu durumun tam tersi yani pazardaki fiili etkileri tespit edilmişse artık rekabeti kısıtlama amacının da aranması

gereksiz olacaktır. Zira hem RA hem de RKHK'nın ilgili maddelerinde “amacı veya etkisi” ifadesine yer verilerek bu kavramlardan bir tanesinin saptanmasının yeterli olacağı düzenlenmiştir.

Uyumlu eylemlerin ispatında en önemli zorluklardan biri, teşebbüsler arası uyumlu eylemin oligopol bir piyasada gerçekleşmiş olmasıdır. Uyumlu eylemlerin ispatı, oligopol piyasanın yapısından kaynaklanan nedenler ile özel olarak yorumlanmakta ve bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Birinci görüşe göre oligopol bir piyasadaki pazarın koşulları gereği elde edilen bilgiler çerçevesinde rakip teşebbüsler ile bir bağlantıları olmasa bile aldıkları karar sonucunda ortaya çıkan bilinçli paralel davranışları uyumlu eylem olarak nitelendirmek gerekir. İkinci görüşe göre ise, rekabet kuralları teşebbüslerin basiretli hareket etmelerini engellemektedir. Paralel davranışlar oligopol piyasada bile olsa teşebbüsler arası bir temas olmadığı takdirde uyumlu eylemden söz edilemez. Bu tür bir piyasada yer alan teşebbüslerin bir bağlantı olmaksızın bilinçli paralellik yoluyla diğerlerini takip etmeleri yasaklanırsa bu piyasaları ortadan kaldırmak gerekecektir. Bir teşebbüsün piyasadaki başarısı rakiplerin davranışlarını doğru yerde ve doğru zamanda uygun bir tepki vermekle doğru orantılıdır. Kanaatimizce ikinci 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.

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. 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. Bir diğer önemli konu Türkiye gibi yüksek enflasyon oranına sahip bir ülkede para cezalarının caydırıcılıklarını koruyabilmelerini sağlamaktır. Aksi halde belirlenmiş olan para cezaları bir süre sonra etkisiz duruma gelebilir. Bu nedenle Avrupa Topluluğu'nda olduğu gibi belirli miktarlar yanında, Rekabet Kurulu'na ilgili işletmelerin yıllık cirolarının belirli bir oranına kadar para cezası verebilme yetkisi de tanınmıştır. RKHK'nun bu konudaki düzenlemesinin en önemli özelliği, Rekabet Hukuku'nun Ceza Hukuku'na yakın bir disiplin olmasına karşılık diğer para cezalarından ayrılan yönünün hakime bu konuda çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmasıdır. AT Rekabet hukuku'nda Komisyon'un para cezaları açısından göz önünde bulundurduğu ihlalin süresi ve ağırlığı kriterinin Kurul tarafından da cezanın tayininde dikkate alınmasına bir engel yoktur. Zira m.16/IV'deki sayım örnekleyicidir. Nitekim son zamanlarda yürütülen RKHK'da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin çalışmalar çerçevesinde; Kurul'un para cezası verirken, teşebbüsün Kanun'u daha önce ihlal edip etmediği, incelemelere yardımcı olup olmadığı, ihlalin süresi, tarafların ihlalin

gerçekleşmesindeki rolü, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin piyasadaki gücü, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı ile verilen taahhütlere uyulup uyulmaması gibi unsurları dikkate alacağı şeklinde bir düzenleme getirilmesi düşünülmektedir. Görüldüğü üzere yeni düzenlemede de mevcut düzenlemede olduğu gibi örnekleyici bir sayım yoluna gidilmektedir ancak Komisyon'un esas aldığı ihlalin süresi kriterinin madde metninde yer alması amaçlanmaktadır.

Ayrıca söz konusu maddeye eklenecek yeni bir fıkra ile; Kanun'a aykırılığın ortaya çıkması amacıyla Kurum ile aktif işbirliği içine giren teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine, işbirliğinin niteliği ve etkinliği dikkate alınarak cezai yaptırım uygulanmayabileceği veya bu teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine cezai indirim uygulanabileceği şeklinde bir düzenleme getirilmek istenmektedir. Yeni düzenlemede öngörülen cezanın tayininde esas alınacak kriterlerin, bu konuda AT uygulamasına kaynaklık eden Rehber'de yer alan kriterlerle paralellik taşıdığı görülmektedir. Kanımızca para cezasının tayininde esas alınacak hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici nedenlerin madde metninde yer verilmiş olması nedeniyle getirilmek istenen düzenleme yerinde olacaktır.

Özel hukuk bakımından karşılaşılabilecek bir sonuç olan tazminat yaptırımı konusu ele alındığında ise Borçlar Kanunu'na göre özel bir kanun olan RKHK'nın sadece özellikle düzenlenmesi gereken konuları içermesi, genel kanunlarla halledilebilecek hususları ise bu konuda Borçlar Kanunu'na bırakması gerekirdi. Ancak RKHK böyle bir yol izlememiş, genel kanunlarda düzenlenen "tazminat"a ilişkin olarak bazı düzenlemeler getirmiştir. Ayrıca RKHK, esasını ABD sisteminde bulan (ve cezalandırma amacının ağır bastığı söylenen) üç kat tazminat sistemini

de böylece hukuk sistemimize kazandırmış bulunmaktadır. RKHK'nın 57., 58. ve 59. maddeleri daha yakından incelendiğinde bu hükümlerin çoğunun, Borçlar Kanunu m. 41'de düzenlenen haksız fiilin genel esaslarını içerdiğini, sadece Rekabet Hukukuna özgü ifadeler yer verdiğini görmek mümkündür. Haksız fiilin bilindiği üzere dört unsuru vardır. Bunlar hukuka aykırılık, kusur, zarar ve fiille zarar arasında nedensellik bağının olmasıdır.

Uyumlu eylemler açısından değerlendirdiğimizde ise uyumlu eylemler, Borçlar Hukuku anlamında haksız fiildirler. Zira uyumlu eylemler, paralel davranışların hukuka aykırı yönünü ifade ederler. Ancak burada haksız fiiller için söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin uyumlu eylemler bakımından da söz konusu olabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Haksız fiiller için meşru müdafaa ya da zaruret hali gibi hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde sorumluluk doğmaz. Uyumlu eylemler için de RKHK m. 5'de düzenlenen muafiyet, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmelidir. Zira hakkında muafiyet kararı verilen uyumlu eylemlerde, hukuka aykırılık ortadan kalktığı için teşebbüslerin herhangi bir sorumluluğu doğmaz.

Rekabet hukukuna aykırı eylemlerle başkalarına verilen zararlardan sorumluluğun, kusur sorumluluğuna mı yoksa kusursuz sorumluluğa mı dayandığı ise tartışmalıdır. Kusursuz sorumluluğun esas alınması gerektiğini düşünenlerin ortak kanaati, piyasa düzeninin arz ettiği önem nedeniyle sorumluluğun kusura dayandırılmaması gerektiğidir. Söz konusu görüşe göre piyasanın her koşulda (teşebbüs ister kusurlu ister kusursuz olsun) korunmasından elde edilecek yarar, kusur sorumluluğu ile teşebbüslere sağlanacak olan yarardan çok daha büyüktür.

Bizim de katıldığımız ve sorumluluk için kusuru esas alan görüşe göre ise Türk Hukukunda genel kural sorumluluğun kusura dayanmasıdır ve Kanun'da sorumluluğun hangi esasa dayandığı hususunda özel bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle burada haksız fiil hukukunun genel esasları uygulama alanı bulması gerektirir. Teşebbüslerin kusurunun, kast veya ağır ihmalleri neticesinde olduğu hallerde RKHK m. 58/II'de düzenlenen üç katı tazminat hükmü, hafif ihmallerinin söz konusu olduğu durumlarda ise m. 58/I uygulanacaktır. Kusurun varlığı aranırken karşılaşılabilecek bir sorun da, hukuka aykırı davranan teşebbüslerin nasıl olup da kusursuz davranmış olabilecekleri sorusudur. Zira bir teşebbüsün karar alıp uygularken, bunun ekonomik sonuçlarını öngörmemiş olması ya da bunları düşünmemiş olması gerçekçi bir varsayım olamaz. Ticari davranışların ekonomik sonuçları konusunda bunu gerçekleştiren teşebbüsün her şeyden önce bilgisi ve öngörüsü vardır veya olmalıdır. Dolayısıyla rekabeti sınırladığı tespit edilen bir teşebbüsün, en azından ihmal içerisinde hareket ettiği söylenebilir. Sonuç olarak Rekabet Hukuku bakımından hukuka aykırılığın tespit edilmesiyle birlikte artık büyük ölçüde kusurun varlığını da kabul etmek gerekecektir. Uyumlu eylemler açısından konuyu değerlendirdiğimizde ilk olarak uyumlu eylemlerden söz etmek için teşebbüslerin paralel davranışlarının bir temasa dayalı olarak gerçekleşmesi gerektiğini belirtmemiz gerekir. Dolayısıyla uyumlu eylemlerin temasa dayalı olması nedeniyle teşebbüslerin rekabeti kısıtlamaları konusunda kusursuz oldukları düşünülemez. Bu tür faaliyetler için kusurun varlığının aranmasından vazgeçilmiş olmamakla birlikte, kusurun ayrıca ispatı aranmamaktadır. Sonuç olarak uyumlu eylemlerden sorumluluk kusur esasına dayalı olup, temasın varlığı kusurun varlığı için yeterli olmaktadır. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere her hukuka

aykırı uygulamada aynı zamanda kusurun da var olduğunu kabul etmek, ticari yaşamın gerçeklerine ve hakkaniyete aykırı olabilir. Örneğin kararın alındığı ve uygulandığı sırada geçerli olan piyasa koşulları çerçevesinde karar veren bir teşebbüsün, sonradan bu şartların öngörülemez biçimde değişmesi nedeniyle davranışının rekabeti kısıtlayıcı özellikler göstermesinden dolayı kusurlu sayılması düşünülemez. Bu gibi hallerde hakimin tazminata hükmederken çekingen davranması uygun olur.

RKHK m.58/II'de "...üç katı oranında..." ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade cümlelerin sonunda kullanılan "tazminata hükmedilebilir" ifadesiyle birlikte doktrinde çeşitli şekilde yorumlanmaktadır. Kanaatimizce ilgili hükmün sonunda yer alan "tazminata hükmedebilir" ifadesi hakime burada tazminat konusunda takdir yetkisi tanındığına delalet etmekte ve tazminat oranının da hakimin takdir yetkisini düzenleyen MK m. 4 gereğince hukuka ve hakkaniyete göre belirlenmesi yani rekabete aykırı eylemin niteliğine göre veya kusurun ağırlığına göre "üç katına kadar" belirlenmesi gereklidir. Aksi takdirde teşebbüsler için çok ağır bir yaptırım uygulanmış olacak ve teşebbüsleri iflasa sürükleyecek derecede adaletsiz sonuçlar doğurabilecektir. RKHK'da yapılması öngörülen değişiklik çalışmaları çerçevesinde de m. 58/II'de geçen "üç katı oranında" ifadesinin yerine "üç katına kadar" ifadesinin getirilmesi önerilmektedir. Üç katı tazminata hükmetmek için tarafların kastı ya da ağır ihmalinin aranması gereklidir. Nitekim son zamanlarda yürütülen RKHK'da yapılmasını öngörülen değişiklik çalışmaları çerçevesinde de m.58/II'de bu yönde bir değişikliğe gidilmesi önerilmiştir. Uyumlu eylem açısından değerlendirildiğinde yasak faaliyetleri ihlalin bilincinde olarak ve rekabetin kısıtlanması ya da tüketicilerin sömürülmesi amacıyla uyumlu eylem halinde olan

teşebbüslere karşı örneğin tüketiciler tarafından tazminat davası açılması mümkün olacaktır. AT uygulamasında uyumlu eylemler açısından teşebbüslerin fiyatlar konusunda anlaşmaları ve pazar paylaşımı, ağır rekabet ihlalleri olarak kabul edilmiştir. Kanımızca söz konusu hallerin Türk rekabet hukuku açısından da rekabetin önemli ölçüde ihlali olarak kabul edilmesi ve teşebbüslerin bu madde gereği üç katı tazminata hükmedilmeleri söz konusu olabilecektir.

Rekabet Kanunu'nun ihlali halinde Kurul ve mahkemeler arasındaki ilişki ise çeşitli ihtimaller dahilinde incelenmelidir. Rekabet Kurulu yürüttüğü bir soruşturma sonucunda RKHK'nın ihlal edildiği sonucuna varabilir. Bu karardan sonra mahkemede tazminat davası açılırsa, hukuka aykırılığın saptanması açısından mahkeme, Rekabet Kurulu kararı ile bağlı olacak mıdır? Yani diğer bir deyimle Rekabet Kurulu kararı, mahkemece kesin delil olarak değerlendirilecek midir? Rekabet Kurulu idari bir makamdır. Yargı organı değildir. Bu nedenle Kurul kararının kesin hüküm oluşturması düşünülemez. Dolayısıyla Kurul kararının mahkemede kesin delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak mahkemenin Kurul kararından takdiri delil olarak yararlanması mümkün olacaktır. Rekabet Kurulu kararı, Danıştay tarafından onaylanarak kesinleşmiş ve hukuk mahkemesinin kararı da, Yargıtay tarafından onaylanarak kesinleşmiş ancak bu kararlar birbirleri ile çelişmekte ise bu durumda bu meselenin hüküm uyumsuzluğu ile çözümü kanımızca mümkün gözükmemektedir. Zira Danıştay'ın ve Yargıtay'ın kararlarına konu olan davaların, birinin iptal birinin tazminat davası olması nedeniyle konuları ve sebepleri farklı olduğundan burada hukuki anlamda bir hüküm uyumsuzluğundan söz etmek mümkün olamayacaktır. Doktrinde bu sorunun çözümünün içtihatlar yolu ile olacağı belirtilmektedir.

Rekabet Kurulu bir soruşturma başlattıktan sonra henüz karar verilmeden hukuk mahkemesinde dava açılmış olması halinde mahkemenin Kurul kararını beklemesi gerekip gerekmediği konusu da tartışmalıdır. Kanımızca bu durumda mahkemenin, Kurul'da yürütülen soruşturmanın sonucunu beklemesi gereklidir. Ancak mahkemenin bu meseleyi bekletici sorun yapma mecburiyeti Kanun'da öngörülmediğinden, mahkemenin bu konuyu bekletici sorun yapıp yapmaması ihtiyaridir. Ayrıca Kurul'un konuyu karara bağlamış olması ve bu karar aleyhine Danıştay'a başvurulmuş olması ve Danıştay'da inceleme aşamasında olması halinde de mahkemenin Danıştay kararını, görmekte olduğu dava açısından bekletici sorun yapması yerinde olacaktır. Kanımızca bu tartışmaya çözüm getirmek amacıyla yukarıda izah etmeye çalıştığımız durumlar için, Kurul kararının bekletici sorun yapılması hususunda RKHK'ya bir hüküm eklenmesi yerinde olacaktır. Zira RKHK'da yapılması öngörülen değişiklik çalışmaları çerçevesinde de böyle bir hükmün kanunda yer alması gerektiği önerilmektedir.

Hukuk mahkemesinde açılan davaya esas olan davranışa ilişkin Kurul'da yürütülen herhangi bir soruşturmanın olmaması halinde yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mahkeme konuyu ihtiyari bekletici mesele yaparak ilgili tarafa Kurul'a başvuruda bulunması yönünde mehil verebilir. Bir başka ihtimal de mahkemenin Kurul'dan görüş talep etmesi ve Kurul'un da bu durumda resen soruşturma başlatabilmesi durumudur. Her iki durumda da Kurul tarafından başlatılan bir soruşturma söz konusu olacağından kanımızca mahkeme, Kurul kararını beklemelidir.

Uyumlu eylemin ispatı meselesi çözümü en zor konulardan birini oluşturmaktadır. Uyumlu eylemde nelerin delil olarak kullanılabilceği hususunda

ATAD kararları incelendiğinde görülecektir ki; uyumlu eylemin ispatında asgari bir müşterek belirlenmemiştir, 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. Çalışmada yer verilen Kurul kararları ışığında Türk rekabet hukuku açısından da AT rekabet hukukunda olduğu gibi ekonomik delillerin uyumlu eylemin ispatı konusunda büyük önem taşıdığı görülmektedir. Kurul, ayrıntılı ekonomik analizler yaparak uyumlu eylemin varlığını tespit etme yoluna gitmektedir. Bu çerçevede de mutabakat yazısı, teklif yazıları, toplantı notları, toplantı tutanakları, karar defteri, faks yazıları, bilgi tutanağı, ifade tutanağı, bayilere gönderilen yazılar, sirküler, firma yetkililerine ait ajandalar, kişisel notlar, firmaların hazırladığı raporlar ve tablolar delil olarak kullanılmaktadır. AT uygulamasında ise bu sayılanlara ilave olarak elektronik veriler, slayt, e-mail, manyetik bant, kaset, bilgisayar programı, mikrofilm, mikrofiş vb de gösterilebilir.

Uyumlu eylemin ispatı açısından ilk olarak teşebbüsler arasındaki ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmayan paralel davranışların tespit edilmesi ve ikinci olarak da bu paralelliklerin teşebbüsler arasındaki bir iletişim ve temasa dayanmasının saptanması gerektiğinden ATAD ve Kurul'un yukarıda sıraladığımız delillerden yararlanması doğaldır. Zira söz konusu deliller teşebbüsler arasındaki iletişimi göstermektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus bu deliller vasıtasıyla teşebbüslerin piyasadaki rekabeti kısıtlama amacına yönelik olarak bir iletişim içinde bulunmaları gerektiğidir. Bir diğer değinilmesi gereken nokta ise ATAD ve Kurul'un gerçekleştirdiği ekonomik analizler sonucunda piyasa yapısı gereği veya firmaların ürettikleri malların maliyet yapılarının aynı ya da benzer

olması sonucunda ortaya çıkabilecek paralelliklerin duruma göre ekonomik ve rasyonel bir gerekçe oluşturabileceği ve dolayısıyla da uyumlu eylemin varlığına delalet etmeyeceğidir.

İspat açısından paralel davranışlar ile uyumlu eylem arasındaki ilişkiyi incelediğimizde ise şu sonuçlara varmak mümkündür: Uyumlu eylemin ispatı için en azından iki hususun varlığı gereklidir. Bunlardan biri teşebbüsler arasındaki paralel davranışlar ve diğeri de bu paralel davranışların teşebbüsler arasındaki bir temasa ya da iletişime dayanmasıdır. paralel davranışlar uyumlu eylemin tek unsuru değildir. Bu nedenle paralel davranışlar ispatlanınca uyumlu eylemler de ispatlanmış olmaz. Bunun bir başka anlamı da paralel davranışların teşebbüslerin arasındaki iletişimin dışında başka nedenleri de olabileceğidir. Zira teşebbüsler aralarındaki benzer karar veya davranışların, piyasa koşullarının tabi ve zorunlu sonucu olduğunu ispat edebilirse, uyumlu eylem iddiası çürütülmüş olacaktır. Ancak uyumlu eylemin ispatında paralel davranışların hiçbir öneme sahip olmadığı da söylenemez. Zira teşebbüslerin uygulamaları genellikle rekabeti ortadan kaldırır ve işbirliği görünümü doğurur. Haliyle pazarda uyumlu eylemin olduğu izlenimi uyandırır. Bir başka deyişle uyumlu eylemlerin varlığına emare teşkil eder. Bu emarenin niteliği ya da gücü duruma göre basit ya da kuvvetli olabilir. Dolayısıyla paralel davranışlar, uyumlu eylemin varlığını güçlendiren “delil başlangıcı” olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim ATAD ve Kurul kararlarına baktığımızda da uyumlu eylemin ispatı için paralel davranışların tek başına yeterli görülmediği ayrıca teşebbüsler arasında bir temasın arandığı görülmektedir.

Oligopol piyasalarda uyumlu eylemin ispatı konusunda ise şu sonuçlara varmak mümkündür: Oligopol piyasalarda teşebbüslerin paralel davranışları genellikle piyasanın yapısından kaynaklanmakta ve dolayısıyla teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlamaya yönelik bir temasa dayanmamaktadır. İşte bu gibi durumlarda yani oligopole özgü paralelliklerde uyumlu eylem için aranan temas unsurunu gerçekleşmediğinden, teşebbüsler arasındaki paralellikler, oligopolistik bağımlılık nedeniyle gerçekleştiğinden uyumlu eylemin varlığını ispatlayamaz. Bununla birlikte oligopol piyasalarda teşebbüslerin temasa geçmesinden doğan paralel davranışlar uyumlu eyleme neden olurlar.

Uyumlu eylemin ispatı için iki hususun bulunması gerektiğini belirtmiştik. Bunlardan ilki teşebbüsler arasında ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan rasyonel davranışlar, ikincisi ise teşebbüsler arasındaki paralelliklerin rekabeti kısıtlamaya yönelik bir temasa ya da iletişime dayalı olmasıdır. İşte teşebbüsler arasındaki bu temas ya da iletişimin bilgi değişimi, toplantılar ve kamuya yönelik duyurular vasıtasıyla gerçekleştiği görülmektedir. Teşebbüslerin kendi fiyat planlarını ve diğer rekabet stratejilerini bizzat veya çok çeşitli vasıtalarla (telefon, bilgisayar, teleks, faks, mektup,vs.) karşı tarafa iletmeleri, her zaman ihtimal dahilindedir. Ekonominin belirli bir sektörü hakkındaki genel durum değerlendirmeleri, istatistik bilgileri veya meslek odalarının mutad olarak yayınladığı sektörle ilgili veriler, çeşitli raporlar uyumlu eylemi oluşturan bilgi değişimi olarak nitelendirilemez. Fakat belirli teşebbüsler arasında vuku bulan fiyat bilgileri, satış istatistikleri değişimi veya satış şartlarına ilişkin açıklamalar gibi rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik davranışlar, teşebbüsler arasındaki işbirliğinin bariz göstergeleri olduğundan yasaklanacaklardır. Aynı şekilde, bir imalatçının dağıtıcıları

arasındaki fiyat listeleri, müşteri bilgileri ve satılan mallarla ilgili bilgi değişimi bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Çalışmada ayrıntılı olarak ele alınan ATAD ve Kurul kararları ışığında bilgi değişiminin uyumlu eylemin ispatı hususunda önemli bir delil teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Özellikle fiyatlara ilişkin bilgi değişimleri, teşebbüslerin (fiyatı belirlemek gibi) rekabeti sınırlayıcı bir amaç taşıdıklarının ispatı için yeterli görülmektedir. Ancak fiyat üzerinde bilgi değişiminin yukarıdaki sonuçları doğurması için bilginin fiyat tespitine imkan verici nitelikte olması gerekir. Eğer bilginin varlığından fiyatın ileride paralelleşeceği sonucuna varılamıyorsa ispat gerçekleşmiş sayılmaz. Özellikle mevcut ya da geleceğe ilişkin fiyat politikalarını içeren bilgilerin değişimi ispatlanırsa, yukarıdaki sonuca varılabilir. Buna karşın istatistiksel amaçlı geçmiş yıllara ilişkin fiyat oluşum tablolarının hazırlanması ve yayınlanması teşebbüslerin muhakkak rekabeti sınırlama amacı taşıdıkları şeklinde yorumlanamaz. Bu nedenle bilgi değişiminin varlığı değil, içeriği ispat faaliyetinde önemlidir. Diğer bir deyişle her bilgi değişiminin varlığı, teşebbüslerin rekabeti sınırlamak amacıyla hareket ettiğini göstermez.

Çeşitli sebeplerle bir araya gelen veya doğrudan belirli konularla ilgili toplantılar yapan teşebbüslerin, davranışlarında istikrarlı bir tutum belirmişse, uyumlu eylemin varlığı sabit olacaktır. Ancak teşebbüsler arasında gerçekleşmiş bir toplantının varlığı her zaman teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı bir temas içinde oldukları anlamına gelmez. Bazı hallerde teşebbüslerin çeşitli toplantılarda bir araya geldikleri tespit edilmesine rağmen, bu toplantıların içeriği açıklık kazanmayabilir. Zira bu toplantılara uyumlu eylem dışında birçok sebep gösterilebilir. Bu bağlamda, sosyal bir amaç için meslektaş ya da işadami sıfatıyla bir araya geldiği, belirli bir tören veya konferansın hazırlıkları için görüşmeler yapıldığı ileri sürülebilir. Bunun

gibi, fiyat vb. rekabet açısından önemli noktalar dışında kalan genel ekonomik gelişme ve değişimleri karşılıklı değerlendirme gibi bir amaçla da toplanılmış olabilir ya da toplanıldığı iddia edilebilir. Dolayısıyla ispat açısından toplantılar teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı bir temasın varlığını tek başına gösteremezler. Bunun yanında paralel davranışların yanında yer alarak uyumlu eylemlerin varlığına ek emare teşkil ederler.

Teşebbüslerin geleceğe yönelik pazar politikalarını duyurarak, kamuyu bilgilendirmeleri olağan bir durumdur. Ancak sonuçta kamuya yönelik duyurular da bilginin bir teşebbüsten diğerine geçmesine neden olur. Kanaatimizce 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 etmezler. 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 özellikle rakiplerin benzer yönde tepki vermesi için gerekli alt-işletmesel yapıyı tamamlayacağı ve böylece benzer bir politikayı benimseyebileceği kadar uzun bir zaman öncesinden duyurularda bulunulması, uyumlu eylem ihtimalini güçlendirir. Bu gibi durumlarda duyuru ile uygulama arasında niçin bu denli zaman aralığı bulunduğu kuşkusunu ortadan kaldırması gereken teşebbüslerdir. Bu tür ek emarelerle güçlenen kamuya yönelik duyurular akabinde paralel davranışlar gerçekleştiğinde, uyumlu eylemlerin varlığına ilişkin kuvvetli bir emare de elde edilmiş olacaktır.

Uyumlu eylem karinesi ise uyumlu eylemin ispatında ayrı bir öneme sahiptir. Kanımızca RKHK m.4/3'te yer alan uyumlu eylem karinesi, uyumlu eylemin ispatındaki güçlüğü azaltmak amacıyla kanun koyucu tarafından getirilen bir ispat ölçütüdür. RKHK m. 59/1'de öngörülen uyumlu eylem karinesi ise uyumlu eylemin özel hukuk alanında karşılaşılabileceği sonuçlar açısından düzenlenmiştir ve esasen Usul Hukukuna ait klasik anlamdaki ispat yükünün yer değiştirmesini sağlayan karine bu maddede düzenlenmektedir. RKHK m. 4 son fıkrada yer alan ve bir kurtuluş beyyinesi olarak nitelendirebileceğimiz düzenlemeye RKHK m. 59/1'de yer verilmemiştir. Ancak m.4'ün son fıkrasının, m. 59'a da kıyasen uygulanması gereklidir. Zira kanun koyucunun iki madde arasında böyle bir fark gözeterek adaletsiz bir uygulama yaratmış olması düşünülemez. RA.'nın 81. maddesi ise bir uyumlu eylem karinesini öngörmemekte ve maddede açıkça düzenlenmemesine karşın AT içtihatlarından çıkan sonuca göre teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarına dair ispat yükünü Komisyon'a yüklemektedir.

Kanaatimizce uyumlu eylem karinesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorununun, RKHK m. 59/1'de rekabet ihlallerinin özel hukuk alanında karşılaşıacağı sonuçlar içinde düzenlenmiş bulunan ve uyumlu eylem neticesinde zarar görenler açısından bir ispat kolaylığı sağlayan karine için söz konusu olmaması gerekir. Zira bu karine özel hukuk alanında da uygulama alanı bulunan ve ispat yükünü yer değiştiren bir özel hukuk karinesidir ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığı düşünülemez. Ancak kanaatimizce RKHK m. 4/3'te yer alan uyumlu eylem karinesi AY m.38/4'te düzenlenen masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir.

RA. 81. maddenin bir uyumlu eylem karinesi öngörmemiş olması ve ispat yükünü Komisyon'a bırakması kanımızca yerinde bir düzenlemedir. Türk Rekabet

Hukuku açısından da böyle bir düzenleme yoluna gidilmiş olsa idi daha yerinde bir uygulama yaratılmış olacak ve Anayasa'nın özüne de aykırılık teşkil edilmemiş olacaktı. Uyumlu eylemin ispatındaki güçlük, böyle bir karinenin uygulanması yerine Kurul'un gerçekleştireceği detaylı ekonomik analizler ve teşebbüsler arasında uyumlu eylemin varlığını gösteren temasların (bilgi değişimi, toplantılar, kamuya yönelik duyurular, vs.) tespiti ile aşılabilir. Rekabetin uyumlu eylemlerle kısıtlanması halinde, zarar görenlerin zararlarını tazmin etmeleri konusunda ispat açısından karşılaşılabilecek güçlükler ise, RKHK m. 59/1'de yer alan düzenlemeyle giderilmeye çalışılacaktır.

Usul hukuku açısından konuyu ele alırsak karinenin, MK 6. maddede düzenlenen herkesin iddiasını ispatlamaya mecbur olduğu yönündeki genel kurala aykırılık taşıdığını görmekteyiz. Ayrıca ispat yükünün, olağan durumun tersini iddia edene düşeceği ve kural olarak, olumsuz vakıanın değil, olumlu vakıanın ispatlanması gerektiği yolundaki belli başlı ölçütlerle de çelişmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki burada RKHK m. 4/3'te düzenlenen uyumlu eylem karinesinden bahsedilmektedir. RKHK m. 59/1'de düzenlenen uyumlu eylem karinesi ise yukarıda belirttiğimiz gibi usul hukuku açısından istisnai bir nitelik taşımaktadır. Ancak MK m.6'daki genel kuralın istisnası niteliğindeki m. 59/1'de öngörülen ve ispat yükünü ters çeviren karinenin, sadece Rekabet Kanunu'nda değil diğer kanunlarda da düzenlenmiş olması nedeniyle Usul hukuku açısından aykırı bir uygulamaya yarattığı söylenemez.

K A Y N A K Ç A(*)

A – K İ T A P L A R

- AKINCI A.,** Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukuklarında Rekabetin Yatay Kısıtlanması, İstanbul 1986.
- AKINCI, A.,** Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.
- ARI Z.,** Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004
- ASLAN, İ. Y.,** Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa 2001.
- ASLAN, İ. Y.,** Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara Üniversitesi ATAUM Yayını No:11, Ankara 1993.
- ASLAN İ. Y.,** Rekabet Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler ve Eleştiriler, Ankara 1993.
- ASLAN R.;**
KURU B.;
YILMAZ E., Medeni Usul Hukuku; 15. Baskı, Ankara 2004.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G.,** Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- BADUR, E.,** Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Lisansüstü Tez Serisi No:6, Ankara 2001.
- BAEL I. V.**
BELLIS J. F., Competition Law of the EEC, Oxfordshire, 1990.
- BELLAMY, C.W.,**
CHILD, G.D., Common Market Law of Competition, Second Edition, London 1978.

**BRAUN W., D.
RITTER L.,
RAWLINSON F.,**

EC Competition Law A Practitioner's Guide , Second Edition, Kluwer Law International, The Netherlands 2000.

**CLARKSON K.W.;
MILLER R.L.;
JENTZ G.A.;
CROSS F.B.,**

West's Business Law, Texts, Cases, Legal, Ethical, Regulatory and International Environment, 6th Edition, 1996.

**CLARKSON K.W.;
MILLER R.L.;
JENTZ G.A.;
CROSS F.B.,**

West's Business Law, Fourth Edition, St.Paul 1997.

COMMISSION;

The European Commission's Powers of Investigation in the Enforcement of Competition Law, Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1985.

ESİN, A.,

Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.

**FREEMAN P.,
WISH,R.,**

A Guide To The Competition Act 1998, London 1999.

GOYDER D. G.,

EC Competition Law, Oxford 1992.

**GOYDER, D. G.;
NEALE, A. D.,**

The Antitrust Laws of the USA, Third Edition, Cambridge 1980.

**GREEN N.,
ROBERTSON,A.**

Commercial Agreements And Competition Law.Practice And Procedure In The UK And EC, Second Edition, 1997.

GÜL İ.,

Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000.

- İNAN, N.,** Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Ankara 1996.
- JONES,C.,
WOUDE, M.,** EC Competition Law Handbook, 2001/2002 Edition, London 2002.
- KARLUK R.,** Avrupa Birliği ve Türkiye, 6. Baskı, İstanbul 2002.
- KERSE, C. S.** E.C. Antitrust Procedure, Fourth Edition, London,1998.
- KILIÇOĞLU A. M.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2005.
- KORAH, V.** Cases And Materials On EC Competition Law, Oxford, 1997.
- KURU B.,** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: II, İlaveli Beşinci Baskı, İstanbul 1990.
- O.E.C.D.** "Oligopoly", DAFPE/CLP(1999)25.
- ÖZBUDUN E.,** Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1995.
- ÖZTÜRK B.,
ERDEM M.R.,
ÖZBEK V. Ö.,** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 1999.
- REİSOĞLU S.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 1997.
- SANLI, K. C.,** Rekabetin Korunması Hakkındaki 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.
- TEKİNALP Ü.
(TEKİNALP/TEKİNALP),** Avrupa Birliği Hukuku , İstanbul 1997.

- TEZİÇ E.,** Anayasa Hukuku, İkinci Bası, İstanbul 1991.
- TOPÇUOĞLU M.,** Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüslerarası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001.
- TOY, O.Y.,** Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Yayın No:0156, Ankara 2004.
- TÜRK DİL KURUMU,** Türkçe Sözlük, CII, Ankara 1988.
- TÜRKKAN E.,** Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001.
- UYANIK P.,** Rekabet Hukuku Açısından Delil, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Yayın No: 0120, Ankara 2003.
- ÜSTÜNDAĞ S.,** Medeni Yargılama Hukuku, CI-II, İstanbul 1992.
- WHISH, R.,** Competition Law, Butterworths, Fourth Edition, United Kingdom 2001.
- Rekabet Kurulu
Gerekçeli Kararları,
Rekabet İhlalleri** Cilt 1 1997 1998, Cilt 2 1999, Cilt 3 2000, Cilt 4 2001.

B - M A K A L E L E R

- AKINCI A.,** "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü"; Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Nisan 2000, s. 101-124.
- AKTAŞ C, ARI H.,** "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Para Cezalarının Uygulanması", Rekabet Dergisi S.10, Ankara 2002, s.52-79.
- ALESE, F.,** "The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81", E.C.L.R., 1999, s.379-383.

- ANTUNES, L.,** “Agreements and Concerted Practices Under EEC Competition Law: Is the distinction Relevant?”, Yearbook of European Law,11, 1991, s.57-77.
- ASLAN, İ. Y.,** “Rekabet Politikalarının KOBİ'lere Uygulanması”, Yeni Gelişmeler ve Türk Rekabet Kanununun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları no:20 Ankara 1996, s.69-84.
- ASLAN, İ. Y.,** “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara, Mart 1999, s. 13-20.
- AŞÇIOĞLU ÖZ G.,** “AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler ve Türk Rekabet Hukuku'na Muhtemel Yansımaları”, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 6 Kasım 2000, Soru ve Cevaplar Kısmı,s.70.
- BUDAK, A. C.,** “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri, Nisan 2003, s.45-60.
- GERVEN G.,
VARONA E.,** “The Wood Pulp Case and The Future of Concerted Practices”, Common Market Law Review, No:31, 1994, s.575-608.
- İNAN, N.,** “Rekabet Kanun Tasarısının Birinci Bölümü” AT Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 46-53.
- İNAN, N.,** “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Perşembe Konferansları I, Ankara Ekim 1999, s.3-30.
- İNAN N.,** “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004 Kayseri, Ankara 2004, s.37-61(**atıf şekli:** Sempozyum).

- JONES,A.,** “Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?”, E.C.L.R., No: 6/1993, (1993), s. 273-279.
- NIEMEYER, H. J.,** “Market Information Systems”, E.C.L.R., No:4/1993, s. 151-156.
- SANLI K. C.,** "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I , 4 Nisan 2003 Kayseri, Ankara 2003, s.197-262 (**atıf şekli:** Sempozyum).
- 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, (1995), s.47-78.
- UYANIK P.,** Pişmanlık Programları (Leniency Programmes), Rekabet Dergisi, S.10, Ankara 2002, s. 32-51.
- WOLF, H.R.,** “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku”, AT Hukuku ve Türkiye'nin Uyumu Semineri, İstanbul 1990, s.162-164.
- YILMAZ E.,** "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, 9 Nisan 2004 Kayseri, Ankara 2004, s. 61-84 (**atıf şekli:** Sempozyum).
- YILMAZ, E.,** "Usul Hukukçusu Gözüyle Türk Rekabet Kanunu", Rekabet Kurumu Dergisi, Perşembe Konferansları II , Kasım 1999, Ankara, 1999, s. 79-131.
- YILMAZ E.,** "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 79-131.

(*) Çalışma metninde yer alan dipnotlarda eserlere atıf yapılırken esere ilk kez atıf yapıldığı durumlarda eserin yazarı, eser adı ve basım yılı belirtilerek atıf yapılmış, aynı esere daha sonraki yapılan atıflarda sadece eserin yazarı ve basım yılı

belirtilerek kısaltma yoluna gidilmiştir. Aynı yazarın farklı bir eserine atıf yapıldığı durumlarda da basım yılı farklı ise basım yılı belirtilmiş, basım yılı aynı ise veya kısaltmaya gerek duyulan durumlarda eser adı için yukarıda kaynakçada parantez içinde belirtilen başka bir kısaltma ad kullanılmıştır.

ATAD ve İDM KARARLARI

Ahlström v. Commission (Wood Pulp) C-89/85, [1993] ECR I-1307.

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

Cimenteries CBR SA v. Commission (Cement), Case T-25/95 etc., [2000] 5 CMLR 204.

COBELPA, C-77/592, 8 September 1977, [1977] 2 C.M.L.R. D28.

Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission, C-29&30/83 [1984] ECR 1679.

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

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

Hercules Chemicals NV v. Commission (Polypropylene); Case C-51/92P etc., [1999] CMLR 976.

Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76, ECR 1979,461.

Hüls AG v. Commission; C-199/92 P etc., [1999] ECR L-4287, [1999] 5 CMLR 1016.

ICI (Imperial Chemical Industries) v. Commission, C. 48, 49, 51-57/69, 14.07.1972, E.C.R. 619.

John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors), Case T-35/92 etc., [1994] ECR II-957.

John Deere Ltd v. Commission (UK Tractors), Case C-7/95P etc., [1998] ECR I-3111.

LdPE v. Commission, T-80/89 [1995] ECR II-729.

Lucazeau v. SACEM (110/88), 13 July 1989, E.C.R. 2521 and **SACEM v. Debelle and SACEM v. Soumagnac** (241 & 242/88) and **Ministère Publique v. Tournier** (395/87), [1989] E.C.R. 2565.

Michelin v. Commission, Case 322/81, ECR 1983, 3461.

Musique Diffusion Française SA and others v. Commission, C-100-103/80 [1983] ECR 1825.

Polypropylene Davaları (T-1-4,6-15/89), 17 December 1997, [1991] E.C.R. II-869.

Sarrio SA v. Commission (Cartonboard); Cases T-334/94 etc., [1998] ECR II-1439.

Shell v. Commission, (T-11/89) [1992] E.C.R. II-757.

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

Suiker Unie and Others v. Commission, Joined Cases 40 to 48,50, 54 to 56, 111, 113 and 114/173, 16.12.1975, E.C.R 1663.

Tate & Lyle v. Commission; Cases T-202/98 etc 12 July 2001, 4 CMLR 1316.

Züchner v. Bayerische Vereinsbank, Case 172/80, [1981] ECR 2021.

KOMİSYON KARARLARI

British Sugar plc, Tate & Lyle plc, Napier Brown & Co Ltd, James Budgett Sugars Ltd OJ [1999] L 76/1.

Cartonboard, (1994), O.J. L243/1.

Dyestuffs (1969) OJ L195/11.

Eudim (1996) OJ C111/8.

FNICF (1982) OJ L 319/1215.

ICI/Solvay, (1991) OJ L152/1.

LdPE (1989) OJ L74/21.

Pioneer (1980) OJ L60/21.

Polypropylene (1986) OJ L230/1.

PVC I (1989) OJ L74/1.

Roofing Felt; [1986] OJ L 232/15.

Sugar (1973) OJ L140/17.

UK Agricultural Tractor Registration Exchange (1992) OJ L68/19.

Wirtschaftsvereinigung Stahl (1998) OJ L1/10.

Woodpulp (1985) OJ L85/1.

Zinc Producer Group; [1984] OJ L 220/27.

AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. US, 234 U.S. 600 (1914).

Interstate Circuit Inc. v. United States, 234 U.S. 600 (1914).

United States v. Trans-Missouri Freight, 166 U.S. 290 (1897).

REKABET KURULU KARARLARI

AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri k. Bimaş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. ve diğerleri, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar, R.G. 24582, 13.11.2001.

BİAK , Karar sayısı: 99-13/99-40, Karar Tarihi: 04. 03. 1999.

1.Çimento, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar, RG 24192, 26.10.2000.

2. Çimento, 01.02.2002 tarih ve 02-06/51-24 sayılı karar, henüz resmi gazetede yayınlanmamıştır., <http://www.rekabet.gov.tr/pdf/02-06-51-24.pdf>, sitede yayın tarihi: 22.09.2004.

Gazete, 17.07.2000 tarih ve 00-26/291-161 sayılı karar, RG 24145, 19.08.2000.

Maya, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı karar, RG 24245, 29.11.2000.

Özel Okullar Derneği Kararı, 11.02.1999 tarih ve 99-6/48-17sayılı karar, R.G. 24028, 22.04.2000.

Sigara , 24.12.2002 tarih ve 02-80/937-385 sayılı karar, R.G.24721, 07.12.2001.

Süt, 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı karar, RG 24233, 17.11.2000.

Turkcell-Telsim, 14.12.1999 tarih ve 99-57/614-391 sayılı karar, RG 24152, 26.08.2000.

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 10.Daire; E.:2001/1405, K.:2003/4903, 9.12.2003, Danıştay Kararları Dergisi S.5.

Danıştay 10. Dairesi, E. 2001/1441, K. 2003/4468, 18.11.2003, Danıştay Kararları Dergisi S.4.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.12.1988, E: 1998/48, K: 1998/85, RG 31.03.200, S.24006.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 19. HD, E: 99/3350, K.: 99/6364, 01.11.1999 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı).

İNTERNET ADRESLERİ

<http://www.curia.eu.int>

<http://www.escc.com>

http://europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1_en.pdf

<http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>.

<http://www.turkhukuk sitesi.com>

TEZ ÖZETİ

AVRUPA TOPLULUĞU VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEM

Piyasa ekonomilerinde işbirliğinin sağlanması ve korunmasının temelinde yatan kavram rekabettir. Yani piyasalarda işbirliğin sağlanabilmesi, öncelikle sağlıklı bir rekabet sürecinin varlığına bağlıdır. Bu nedenle rekabet, ekonomik birimleri verimli olmaya, daha kaliteli ve daha düşük fiyatlarla rakiplerinden daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten çok önemli bir süreçtir. Rekabetin korunmak istenmesinin nedeni, faydalarının devamlılığının sağlanması isteğidir. Rekabetin bir diğer faydası, ürün ve hizmetlerin fiyatlarını aşağıya çekerek, tüketiciye mümkün olan en geniş seçme özgürlüğünü tanımasıdır.

Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası uyumlu eylemler, hem AT rekabet hukukunda hem de Türk rekabet hukukunda yasaklanmıştır. Ancak AT rekabet hukukundan farklı olarak, Türk rekabet hukukunda RKHK'nın 4. maddesinde bir uyumlu eylem karinesi öngörülmüş ve teşebbüslere uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispatlama mükellefiyeti getirilmiştir. RA'da ise teşebbüslerin uyumlu eylemde bulduklarını ispatlama yükü Komisyon'dadır.

İlk olarak uyumlu eylemin tanımı, ikinci olarak uyumlu eylem için etki sorunu, daha sonra anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki fark ve son olarak da uyumlu eylemin nasıl ispatlanacağı üzerinde durmak gereklidir.

Uyumlu eylemi “işletmeler arasında hiçbir zaman bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, bunun yerine bilerek ikame ettikleri, rekabetin risklerine karşı aralarında pratik bir işbirliği yaratan bir koordinasyon şekli” şeklinde tanımlamak mümkündür.

ATAD ve Rekabet Kurulu, uyumlu eylemin rekabeti kısıtlama amacı taşımasını yeterli görmekte ve ayrıca pazarda rekabeti kısıtlama etkisi göstermesini aramamaktadır.

Uyumlu eylem ile anlaşma arasında pratikte önemli bir fark bulunmamaktadır. Zira ikisi de aynı amaca hizmet etmektedirler.

Uyumlu eylemin ispatında; toplantılar, planlar, bilgi değişimi, benzer davranışların varlığı vb. vasıtalar delil olarak kullanılabilir.

SUMMARY

CONCERTED PRACTICES IN THE EC AND TURKISH COMPETITION LAW

The basic purpose of the competition policy is to help consumers by giving them the widest possible choice as well as by keeping prices down in markets. There can not be a market without some rules as to what firms may or may not do in order to make and sell their products. The absence of such rules in some way restricts the free flow of trade and competition.

The concerted practices which has the object or effect or the possible impact of which is, directly or indirectly, to prevent, distort or restrict competition in a certain market for goods and services are unlawful and prohibited in the EC competition law and Turkish competition law. Unlike in the EC competition law, in the Turkish competition law there is a “presumption” which means the burden of proving an existence of a concerted practice is on the undertakings. In the EC competition law the burden of proof is on the Commission.

It's necessary to consider first the legal meaning of a concerted practice, secondly the question of whether a concerted practice must have been put into effect in order for there to be an infringement of EC and Turkish competition law, thirdly the difference between an agreement and a concerted practice and lastly how a concerted practice can be proved.

A concerted practice can be defined as “a form of co-ordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition”.

The European Court of Justice and the Turkish Competition Board stated that a concerted practice does not need to have produced effect on the market and an anti-competitive object is qualified for the infringement of EC and Turkish competition law.

In practice we can say that there isn't a significant difference between an agreement and a concerted practice because of that both of them has the same object.

Plans, meetings, exchange of confidential market information or other close contacts and ect. can be used for proving the existence of a concerted practice.