T.C.

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

TÜRK REKABET HUKUKUNDA UYUMLU EYLEM İLE DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR

HAZIRLAYAN

EBRU YILMAZSOY

DOKTORA TEZİ

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. MEHMET ÜNAL

ANKARA-2022

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORİJİNALLİK RAPORU

Tarih: 24/06/2022

Öğrencinin Adı, Soyadı: Ebru YILMAZSOY

Öğrencinin Numarası: 21710150

Anabilim Dalı: Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Programı: Özel Hukuk Doktora Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Tez Başlığı: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ile Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar

Yukarıda başlığı belirtilen Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 200 sayfalık kısmına ilişkin, 30/05/2022 tarihinde şahsım tarafından turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 19'dır. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç

2. Alıntılar hariç

3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:…….

ONAY

Tarih: 24/06/2022

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,İmza:

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

……

TEŞEKKÜR

Doktora tez yazım sürecinde bana ilmî ve manevi desteğini eksik etmeyen tez danışmanım çok saygıdeğer hocam Prof. Dr. Mehmet ÜNAL'a sonsuz şükranlarımı saygıyla sunarım. Doktora tez savunması jürisinde yer alan Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU'na, Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN'e, Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK'e ve Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL'a da değerli görüş ve önerileri için çok teşekkür ederim.

Bu doktora tezinin hazırlık aşamasında University of London bünyesinde bulunan Institute of Advanced Legal Studies (IALS)'de kaynak araştırması yapılmıştır. Gösterdikleri ilgi ve yardımseverlik için IALS çalışanlarına da sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Elbette ki beni her zaman destekleyen başta canım babam olmak üzere çok kıymetli aileme ve bu konuda güzel dileklerde bulunan herkese çok teşekkür ederim.

Ebru YILMAZSOY

T.C. Adalet Bakanlığı- ANKARA

ÖZET

Ebru YILMAZSOY. *Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ile Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar,* Doktora Tezi*,* Ankara 2022.

Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışmada, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 4'te düzenlenen rekabeti ihlâl edici bir davranış olan uyumlu eylem incelenmiştir. Çalışmamızda, uyumlu eylemin gelişen teknoloji ile birlikte rekabet üzerindeki bozucu ve sınırlandırıcı etkisinin diğer iş birliği türlerine göre daha hızlıca ve kolay şekilde gerçekleşmesi sebebiyle bu eylemin bilhassa hukuki açıdan gerçekleşme şartları ile doğurduğu hüküm ve sonuçlarını incelemek amaçlanmıştır. Bu bağlamda, bu eylemin tanımı, tarihi gelişimi, unsurları, gerçekleşme şartları ve özellikle doğurduğu hüküm ve sonuçları Rekabet Kurulu kararları ışığında hukuki bir yaklaşımla ele alınıp incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Uyumlu eylem, işbirliği, uyumlu eylemin unsurları, uyumlu eylemin hukuki niteliği, uyumlu eylemin özel hukuk yaptırımları.

ABSTRACT

Ebru YILMAZSOY. *Concerted Action in Turkish Competition Law, Its Influences and Consequences, Doctora Thesis,* Ankara 2022.

In this study which was prepared as a doctoral thesis, concerted action, a behavior violating competition and regulated in the article 4 of the Law numbered 4054 on the Protection of Competition, was examined. In our study, because of the fact that the disruptive and limiting effect of the concerted action on the competition with the developing technology is realized more quickly and easily than in other types of cooperation, we aimed to examine the influences and consequences of this action together with its realization terms, especially with regard to the law. In this context, the definition, historical development, elements, conditions of realization, and especially the influences and consequences of this action have been discussed and examined with a legal approach in the light of the decisions of the Competition Council.

Keywords: Concerted action, cooperation, elements of the concerted action, legal qualification of the concerted action, special legal sanctions of the concerted action.

ÖNSÖZ

Rekabet hukukunun en önemli konularının başında rekabeti ihlâl edici eylemler gelmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 4'te rekabeti ihlâl edici eylemler olarak anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları düzenlenmiştir.

Rekabet hukukunda klasik bir hukuki yaklaşımla ele alınmaya en uzak kavramlardan birisi uyumlu eylemlerdir. Uyumlu eylemler kavramının sınırlarının geniş ve esnek olması hem tanımlanması hem de hukuki olarak doğurduğu hüküm ve sonuçların belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Çalışmamızda, tüm bu yönleriyle uyumlu eylem ele alınmış, kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımları bakımından incelenmiştir. Çalışmanın esas amacı, bir rekabet hukuku terimi olan uyumlu eylemleri hukuki bir temele oturtarak, özellikle Medeni hukuk ve Borçlar hukuku felsefesi yaklaşımı ile hukuk âleminde doğurduğu hüküm ve sonuçları belirlemektir. Bununla birlikte, Amerikan Antitröst hukuku kökenli olan uyumlu eylemler yeri geldikçe Amerikan hukuku içtihatları ve Avrupa Birliği kararları ışığında da değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın, giriş bölümünde, uyumlu eylemlerin terminolojisi, benzer kurumlarla benzerlikleri ve farkları ve tarihi gelişimi ele alınmıştır. Birinci bölümde ise uyumlu eylemlerin doktrinsel ve yargısal tanımlamaları, unsurları, hukuki niteliği incelenmiştir. İkinci bölümde ise uyumlu eylemlerin kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımları detaylı bir şekilde ele alınıp açıklanmıştır. Sonuç kısmından uyumlu eylemler ile ilgili çalışmamızda vardığımız görüş ve değerlendirmelere yer verilmiştir.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR ..... **İ**

ÖZET ..... **İİ**

ABSTRACT ..... **İİİ**

ÖNSÖZ ..... **İV**

İÇİNDEKİLER ..... **V**

KISALTMALAR ..... **İX**

KAYNAKÇA ..... **Xİİ**

GİRİŞ **1**

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI, KONUYA İLİŞKİN DİĞER TEMEL KAVRAMLAR **1**

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI 1

I. KONUNUN TAKDİMİ 1

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI 4

§ 2. TERMİNOLOJİ SORUNU 4

§ 3. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI 8

I. UYUMLU EYLEM VE ANLAŞMA 8

II. UYUMLU EYLEM VE TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARI 18

A. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ VE TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARI KAVRAMLARI .. 18

B. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARININ UYUMLU EYLEMLE MUKAYESESİ 24

§ 4. UYUMLU EYLEMLERİN TARİHİ GELİŞİMİ 26

I. GENEL OLARAK 26

II. UYUMLU EYLEMLERİN AMERİKAN HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ 28

A. GENEL OLARAK 28

B. KERESTE SATICILARI KARARI (EASTERN STATES RETAİL LUMBER DEALERS ASSN. V. US) 32

§ 5. UYUMLU EYLEMLERİN MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 34
I. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 34
A. AMERİKAN REKABET HUKUKUNDA 34
B. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA 36
C. ALMAN HUKUKUNDA 37
II. TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 38

BİRİNCİ BÖLÜM 40

UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TANIMI, UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ 40
§ 6. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TANIMI VE UNSURLARI 40
I. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TANIMI 40
A. DOKTRİNDE YAPILAN UYUMLU EYLEM TANIMLARI 40
B. MAHKEME VE YETKİLİ KURUM KARARLARINDA YAPILAN UYUMLU EYLEM TANIMLARI 43
1. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında Uyumlu Eylem Tanımları 43
2. Rekabet Kurulu Kararlarında Uyumlu Eylem Tanımları 52
3. Görüşümüz 54
II. UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI 55
A. GENEL OLARAK 55
1. Doktrine Göre Uyumlu Eylemin Unsurları 55
2. Rekabet Kurulu Kararlarına Göre Uyumlu Eylemin Unsurları 56
B. UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI 58
1. İki veya Daha Çok Teşebbüsün Bulunması 58
a. Rekabet Hukuku Anlamında Teşebbüs Kavramı 59
b. Hukuki Bağımsızlık ve Ekonomik Birlik Anlayışları 62
c. Teşebbüs Çeşitleri 66
aa. Ticari İşletme, Esnaf İşletmesi ve Teşebbüsü 67
bb. Devlet, Kamu Kuruluşu ve Teşebbüsü 69
2. Teşebbüsler Arası Bir Bağlantının Bulunması 73
a. Genel Olarak Teşebbüsler Arası Bağlantı 73
b. Bağlantının Özellikleri 82
aa. Bilgi Değişimi 83
bb. Toplantılar 87
cc. Tavsiyeler 88
dd. Kamuya Yönelik Duyurular 90
3. Teşebbüslerin Davranışları Arasında Paralelliğin Bulunması 91

a. Teşebbüsler Arası Bilinçli Paralel Davranışlar 92
b. Oligopole Özgü Paralellik ve Oligopol Piyasa Yapısı 93
4. Serbest Rekabet Kurallarının İhlâl Edilmesi 96
§ 7. UYUMLU EYLEMİN HUKUKİ NİTELİĞİ 101

İKİNCİ BÖLÜM 105

UYUMLU EYLEMİN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR 105
§ 8. UYUMLU EYLEME BAĞLANAN KAMU HUKUKU YAPTIRIMLARI 106
I. İDARENİN TEŞEBBÜSLERİ BELLİ ŞEKİLDE DAVRANMAYA YÖNELTEN KARARLARI 106
A. İHLÂLE SON VERME KARARI 106
B. DAVRANIŞSAL TEDBİRLERE YÖNELİK KARARI 108
C. YAPISAL TEDBİRLERE YÖNELİK KARARI 110
II. İDARENİN İDARİ PARA CEZASINA YÖNELİK KARARI 112
§ 9. UYUMLU EYLEME BAĞLANAN ÖZEL HUKUK YAPTIRIMLARI 117
I. UYUMLU EYLEMDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ 117
II. UYUMLU EYLEMDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU VE ŞARTLARI 119
A. GENEL OLARAK 119
B. ŞARTLARI 121
1. Bir Uyumlu Eylem İşlenmiş Olmalı 121
2. İşlenen Uyumlu Eylem Hukuka Aykırı Olmalı 123
3. İşlenen Uyumlu Eylemden Bir Zarar Doğmalı 127
a. Genel Olarak 127
b. Fiili Zarar ve Yoksun Kalınan Kâr 130
c. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar 134
4. İşlenen Uyumlu Eylemle Doğan Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalı 138
5. Eylem Kusurlu Olmalı 139
III. TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI 146
A. GENEL OLARAK 146
B. DAVACI TARAF 150
1. Genel Olarak 150
2. Rakip Teşebbüsler 151
3. Doğrudan ve Dolaylı Alıcılar 151
4. Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenler 154
5. Tüketiciler 157
C. DAVALI TARAF 160

IV. İSPAT YÜKÜ 161
V. ZAMANAŞIMI 165
VI. ÜÇ KAT TAZMİNAT 169
SONUÇ 173

KISALTMALAR

AB : Avrupa Birliği

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

ABİDA : Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma

AKÇTA : Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşması

Art. : Article/ Artikel

ATAD : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

AÜSBE : Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

AY : Anayasa

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Bkz. : Bakınız

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

BKA : Bundeskartellamt

C. : Cilt

CMLR : Common Market Law Review

DEHF : Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi

DEÜSBE : Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

dn. : Dipnot

E. : Esas

EC : European Commission/ European Community

ECJ : European Court of Justice

ECLR : European Competition Law Review

ECR : European Court Reports

EU : European Union

FMR : Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet

Hukuku Dergisi

FTC : Federal Trade Commission

GWB : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

İKÜHFD : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜSBE : İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

K. : Karar

KG : Kartellgesetz

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

KK : 5326 sayılı Kabahatler Kanunu

Komisyon : Avrupa Birliği Komisyonu

Kurul : Rekabet Kurulu

Kurum : Rekabet Kurumu

m. : madde

M.Ö. : Milâttan Önce

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

No. : Numara

Nr. : Numara

OECD : The Organisation for Economic Cooperation and Development

OJ : Official Journal of the European Union

OR : Obligationenrecht

p. : page

para. : paragraf

RG. : Resmi Gazete

RKHK	**:** 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RK	**:** Rekabet Kurulu
Sa.	**:** Sayı
S.	**:** Seite
s.	**:** Sayfa
TBB	**:** Türkiye Barolar Birliği
TBK	**:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	**:** 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu
TFEU	**:** Treaty on the Functioning of the European Union
TTK	**:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UK	**:** United Kingdom
USA	**:** United States of America
v.	**:** versus
vb.	**:** ve benzeri
vd.	**:** ve devamı
vs.	**:** ve saire
WuW	**:** The Journal Wirtschaft und Wettbewerb
Vol.	**:** Volume
Y.	**:** Yıl
ZHR	**:** Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

KAYNAKÇA*

AKINCI, Ateş: Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.

AKSOY, M.Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2004.

ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2013.

ANTUNES, Luis Miguel Pais: "Agreements and Concerted Practices under EEC Competition Law: Is the Distinction Relevant?", Yearbook of European Law, No: 11, 1991, pp. 57-79.

APAYDIN, Bahadır: "Türk Rekabet Hukukunda İdari Para Cezalarında Esas Alınacak Ciro Yılının Belirlenmesi Sorunu ve Danıştay Uygulaması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, Sa. 1, Haziran 2019, s. 27–52.

AREEDA, Philip: "Intraenterprise Conspiracy in Decline", Harvard Law Review, Vol. 97, No. 2 (Dec., 1983), pp. 451-473.

AREEDA, Philip/HOVENKAMP, Herbert: Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. IV, Second Edition, New York 2003.

AREEDA, Philip/KAPLOW, Louis: Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, Fifth Edition, Aspen Law&Business.

* Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadlarıyla anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

AREN, Sadun: Ekonomi Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2014.

ARI, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004.

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 27. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2021.

ARQUIT, Kevin J.: "The Boundaries Of Horizontal Restraints: Facilitating Practices And Invitations To Collude", Antitrust Law Journal, Vol. 61, No. 2 (Winter 1993), pp. 531-54.

ASLAN, İsmail Yılmaz: Rekabet Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2017, (Rekabet Hukuku 2017).

ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, Bursa 1993, (Rekabet Hukuku 1993).

ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s. 79, (Rekabet Hukuku 2001).

ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa 2020, (Rekabet Hukuku Dersleri).

ASSANT, Gilles: "Anti-trust intracorporate conspiracies: a comparative study of French, EEC and American laws", European Competition Law Review, 1990, pp. 65-79.

AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.

ATEŞ, Mustafa: "Rekabet Hukukundaki 'Anlaşma' ve Borçlar Hukukundaki 'Sözleşme' Kavramları Üzerine", FMR, 2014/1, (Kavramlar).

ATEŞ, Mustafa: Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara 2013, (Rekabet Hukuku).

AXSTER, Oliver: "Das Verbot des 'aufeinander abgestimmten Verhaltens' in §25 Abs. 1 der Zweiten Novelle des GWB", WuW, 9/1973, S. 605-619.

AYDOĞDU, Murat: "*Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Rekabeti Sınırlaması (Engellemesi, Bozması veya Kısıtlaması)*", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağanı, DEHF Yayını, Y. 2001, s. 13-29.

AZCUENAGA, Mary L: "Price Surveys, Benchmarking and Information Exchanges", Collusion Through Information Sharing?; New Trends in Competition Policy, Edition Sigma, Berlin, Copright 1996, p. 37-49.

BADUR, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2001.

BAŞ, Kadir: "Türk Hukukunda Rekabet İhlâllerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler", Rekabet Dergisi, C. 12, Sa. 4, Ekim 2011, s. 3-74.

BAŞAR, Başak: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2017.

BELLAMY/CHILD: Common Market Law of Competititon, Fourth Edition, London 1993, (Common Market).

BELLAMY/CHILD: European Union Law of Competition, Eighth Edition, Oxford University 2018, (European Union Law).

BISHOP, Simon/WALKER, Mike: The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement, Third University Edition, London 2010.

BISSOCOLI, E. F.: "Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust Law and EC Competition Law", World Competition, Vol. 23, No:1, p. 79-106.

BLECHMAN, Michael D.: "Conscious Parallelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion under the Antitrust Laws", New York Law School Law Revıew, Vol. 24, 1979, pp. 881-905.

BUDAK, Ali Cem: "Rekabet Hukukunda İspat ve Deliller", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 45-64

BURCUOĞLU, Haluk: "Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yosun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Sa. 2, 1984, s. 166-167.

BÜYÜKSAĞİŞ, Erdem/KOYUNCU, Tuğçe: "Rekabet İhlâllerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-on) Savunması ve Toplu Dava Hakkı", BATİDER C. XXXII S. 1, Ankara 2016.

CANBOLAT, İrfan Uraz: Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE 2006.

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

CÖMERT AKBAY, Büşra: "Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 4, Sa. 2, s. 149-174, 2018.

CRAIG, Paul/DE BURCA, Grainne: EU Law Text, Cases, and Materials, Sixth Edition, United Kingdom 2015.

DIEKMANN, Elke: "*Abgestimmte Verhaltensweisen und Conspiracy im Deutschen, Europæischen und Amerikanischen Antitrustrecht*", der Georg-August-Universitæt zu Göttingen, Dissertation, Göttingen 1971.

DIETL, Clara-Erika/LORENZ, Egon: Dictionary of Legal, Commercial and Political Terms/Wörterbuch Für Recht, Wırtschaft und Politik, English-Deutsch, Teil I, München 2000.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2021, (Genel Hükümler).

EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, (İlliyet),

EREN, Fikret: "Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi", Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461-491, (Norm).

ESİN, Arif: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.

FAULL, Jonathan/NIKPAY, Ali: The EC Law of Competition, Oxford University Press, New York 1999.

GABRIEL, Siegfried l.: "Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter wettbewerbspolitischem Aspekt", WuW 1964.

GLEISS, Alfred: "Der Begriff der 'aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen' in Art. 85 EWG Vertrag", WuW, 6/1964, S. 485-494.

GLEISS/HIRSCH: Common Market Cartel Law, 3rd American Edition, Trans. Alfred Gleiss, Washington D.C. 1981.

GREEN, Nicholas/ROBERTSON, Aidan: Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK and EC, Second Edition, United Kingdom 1997.

GOYDER/GOYDER/ALBORS-LLORENS: Goyder's EC Competition Law, Fifth Edition, Oxford University Press, New York 2009.

GÖNEN, Kazım Eren: Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2003.

GÜLERYÜZ, Tarık M./ZORLUOĞLU YILMAZ, Ayça: "Bir Anglo – Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi", TBB Dergisi, Sa. 141, 2019, s. 325-362.

GÜNDÜZ, Hale/BOZKUŞ, Sinan: "Rekabet İhlâllerinden Doğan Zararın Hesaplanması: AB Uygulaması Bağlamında Genel Yaklaşımlar", Rekabet Dergisi, C. 13, Sa. 1, Ocak 2012, s. 51-102.

GÜNDÜZ, Harun/KOYUNCU, Tuğçe: "ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller", Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları- Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi-17 Haziran 2011, Ed. Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, s. 83-199.

GÜNUĞUR, Haluk: Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Anlaşma, Ankara 1988.

GÜRKAYNAK/YILDIRIM/ÖZGÖKÇEN/AYDIN: "Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları", Rekabet Dergisi, C. 12, Sa. 4, Ekim 2011, s. 75-125.

GÜRZUMAR, Osman Berat: "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar-Panel (7-8 Ekim 2005), Ankara 2006, s. 115-184.

GÜVEN, Pelin: Rekabet Hukuku, Ankara 2009.

GÜZEL, Oğuzkan: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Uzmanlık Tezleri Serisi No:30, Ankara 2003.

HENRICHS, Helmut: "Die 'conscious parallelism'- Doktrin des-US Antitrustrechts und der Begriff 'aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen' in Art. 85 EWG- Vertrag", WuW, 2/1965, S. 95-105.

IZ, Fahir/HONY, H.C.: The Oxford Turkish Dictionary, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 1995.

İNAN, Nurkut: Rekabet Hukuku Yazıları, Ankara 2014, (Rekabet Hukuku).

İNAN, Nurkut: "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999 (Perşembe Konferansları).

İNAN, Nurkut: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II (Sempozyum), 9 Nisan 2004 Kayseri, Ankara 2004, s. 43-66, (Özel Hukuk).

İNAN, Nurkut/PİKER, Mehmet B.: Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, BTHAE Yayınları, 2007.

İNGİLİZCE-TÜRKÇE REDHOUSE: Büyük El Sözlüğü, 2000.

İKİZLER, Metin: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Ankara 2005.

İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994.

JONES, Alison/SUFRIN, Brenda: EU Competition Law Text, Cases, and Materials, Sixth Edition, United Kingdom 2016.

JOLIET, Rene: "La Notion De Pratique Concertee Et L'Arret I.C.I. Dans Une Perspective Comparative*",* Cahiers de Droit Europeén, No:3-4, Bruxelles, 1974.

KAPTEYN, P.J.G./VAN THEEMAT, Verloren: Introduction to the Law of European Communities, Third Edition, London 1998.

KARA, Adem/ TUZCU, Arcan: "Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Denetiminde Yapısal-Davranışsal Tedbir Mekanizması", Çankırı Karatekin Üniversitesi Cankırı Karatekin University İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 10, Sa. 2, s. 583-616.

KAYA/YİĞİT: "Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Süresi ve Başlangıcı", *(Period of Limitation and its Beginnig in Actions for Damages for Breach of the Competition Law),*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, C. XXII, S. 3.

KEKEVİ, H. Gökşin: Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

KESİCİ, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017.

KINTNER, Earl W.: A Treatise on the Antitrust Laws of the United States Federal Antitrust Law, Vol. I, Ohio 1980.

KORAH, Valentine: An Introductory Guide to EC Competititon Law and Practice, Ninth Edition, Oxford 2007, (Competition Law).

KORAH, Valentine: "Concerted Practices", The Modern Law Review, 36/1973, (Modern Law).

KORTUNAY, Ayhan: "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından "De Le Ferenda" Düşünceler", Rekabet Dergisi, C. 10, Sa. 1, Ocak 2009, s. 81-138.

KOVACIC, William E./SHAPIRO, Carl: "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", Journal of Economic Perspectives, Vol. 14, Nr. 1, Winter 2000, p. 43-60.

LANE, Robert: EC Competition Law, England 2000.

LEONE, Velia Maria/PETRICCIONE, Raffaele Mauro: "Recent developments concerning exchange of information", European Law Review, 13(3), 1988, pp. 196-201.

LIPPS, Wolfgang: Kartellrecht, Berlin 1971.

MANN, Thomas: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JuristenZeitung, 57. Jahrg., Nr. 17 (6. September 2002), pp. 819-826.

MATHIJSEN, Pierre/DYRBERG, Peter: Mathijsen's Guide to European Union Law, Eleventh Edition, London 2013.

NARBAY, Şafak/ KESİCİ, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, BÜHFD, 2014, Vol.1, No.1.

NOMER/ESKİYURT: Avrupa Sözleşmeleri, İstanbul 1975, s. 547.

NOVSHEK, William: "Directions for Research in Information Sharing", Collussion Through Information Sharing?: New Trends in Competition Policy, Edition Sigma, Berlin 1996, pp. 13-23.

OĞURLU, Yücel: İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma, Ankara 2000.

OĞUZMAN, Kemal: Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1990.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2017.

OPPENHEIM/WESTON/McCARTHY: Federal Antitrust Laws, Cases, Text, and Materials, Fourth Edition, St. Paul 1981.

ÖCAL/KIRKBEŞOĞLU/TOKBAŞ: Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat, 2. Baskı, İstanbul 2017.

ÖZ, Ozan: Rekabet Hukuku Kapsamında Üç Kat Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2022.

ÖZSUNAY, Ergun: "Rekabet Kısıtlamaların Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları-Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 sayılı RKK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Ed. Yrd. Doç Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN, Ankara 2005, s. 117-153, (Özel Hukuk).

ÖZSUNAY, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, (Kartel Hukuku).

ÖZSUNAY, Ergun: Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, (Anlaşmalar).

PIRIOU, Marie-Pierre: "Sur L'Existence De Pratiques Concertees", Cahiers de Droit Europeén, No:1, Bruxelles, 1973.

PİŞMAF, Şamil: İktisadi ve Hukuki Açıdan Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Uzmanlık Tezleri Serisi No:115, Rekabet Kurumu, Ankara 2012.

POLLOCK, Frederick/MAITLAND, Frederic William: History of English Law, Vol. II, Cambridge At The University Press 1898.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1998.

POWER, Vincent JG: Competition Law and Practices, England 2001.

REKABET TERİMLERİ SÖZLÜĞÜ: Rekabet Kurumu, Ankara 2010.

RITTER, Lennart/BRAUN, W. David: European Competition Law A Practititoner's Guide, Third Edition, The Netherlands 2004.

RODGER, Barry J./MacCULLOCH, Angus: Competition Law and Policy in the EU and UK, Fifth Edition, New York 2015.

SANDROCK, Otto: "Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB", WuW 11 u 12, 21 Jahrgang 1971.

SANLI, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, (Geçersizlik).

SANLI, Kerem Cem: "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, 4 Nisan 2003 Kayseri, s. 211-276, (Haksız Fiil).

SAYHAN, İsmet: Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2005, C.5, S.3, s. 29-61.

SERT, Selin: "4054 Sayılı RKHK 58/2: Üç Kat Tazminat", Doç. Dr. Mehmet Somer 'e Armağan, C. 1, s.701-717, 2006.

ŞAHİN, Eda: "Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Kone Kararının Yansımaları", *(The Assessment of Umbrella Claims in Light of the European Union Competition Rules: Reflections on the Kone Judgment),* Rekabet Dergisi, C. 15, Sa. 2, Nisan 2014, s. 89-126, (Şemsiye Etkisi).

ŞAHİN, Murat: Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında, 2. Baskı, İstanbul 2018.

ŞAYLI, Yasemin: "Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2005.

TEKİNALP, Gülören: "*Uyumlu eylemler' kavramı*", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, (Uyumlu Eylemler).

TEKİNALP, Ünal: (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku, İstanbul 2000, 2. Bası.

TEMEL, Erhan: "*Alman Rekabet Hukuku Açısından Yanıltıcı İlaç Reklamları*", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IX, 6 Mayıs 2011, Kayseri, s. 17-55.

TOEPKE, Utz: EEC Competition Law, Canada 1982.

TOPÇUOĞLU, Metin: "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, C. 50, Sa. 4, Y. 2001, (Teşebbüs Birlikleri).

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

TOPÇUOĞLU, Metin: "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 30-31 (Üç Kat Tazminat).

TOPUZ, Murat/BAKAR, Gökhan: On İki Banka Örneği Üzerinden Uyumlu Eylem ile Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2017.

TOPUZ, Murat: "Uyumlu Eylem Yolu ile Kartel Oluşturan Bankaların Tüketiciye Karşı Sorumluluklarının Hukuki Dayanağı" *(Legal Causes of Liability of the Banks That Establishes Cartel through Concerted Practice towards the Consumers",* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. V, S. 1.

TREITEL, Guenter: An Outline of The Law of Contract, Sixth Edition, Oxford University Press, New York 2004, p. 1.

TURNER, Donald F.: "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", Harvard Law Review, Vol. 75, no. 4, February 1962, pp. 655-706.

TÜSİAD: Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararalar, Yayın No: TÜSİAD-T/98-12/244, 1998.

UTKU/POLAT/DENİZ: "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları", Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları- Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi-17 Haziran 2011, Ed. Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, s. 353-394.

ÜNAL, İbrahim: Rekabet Kurulu'nun Uyumlu Eylem Nedeniyle İdari Yaptırım Kararı ve Yargısal Denetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, DEÜSBE, 2010.

WHISH, Richard/BAILEY, David: Competition Law, Ninth Edition, United Kingdom 2018, p. 102-103.

WYATT, Derrick/DASHWOOD, Alan: The Substantive Law of the EEC, Second Edition, London 1987.

VAN BAEL/BELLIS: Competition Law of the European Community, Fifth Edition, The Netherlands 2010.

VAN GERVEN/VARONA: "The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices", CMLR, 31/1994, pp. 575-608.

YAŞAR COŞKUN, Sevda: "Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat Davası: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Journal of Current Researches on Social Sciences(JoCReSS), V. 7, Issue 1, 2017, s. 149-171.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011.

YÜKSEL, Onur Yelda: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu, Ankara 2004.

ZIMMER, Daniel: "Kartellrecht und neuere Erkenntnisse der Spieltheorie", ZHR 154, s. 470-487, 1990.

Jstor

Westlaw UK

HeinOnline

www.tdk.gov.tr

GİRİŞ
KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI, KONUYA İLİŞKİN DİĞER TEMEL KAVRAMLAR

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ

Çağdaş kapitalist ekonomik düzen, rekabet özgürlüğü ilkesi çerçevesinde şekillenmiştir. Bu ilke doğrultusunda, her girişimci piyasaya arz ettiği ürünleri benzerlerinden daha iyi, kaliteli ve uygun fiyatla üretmek, bunları çeşitli faaliyetlerle tüketiciye tanıtarak daha fazla kazanç elde etme imkânı bulmaktadır. Bu anlamda serbest piyasa ve rekabet koşulları, tüketicilerin de faydasınadır. Böylelikle, tüketiciye sunulan ürünlerin kalitesi gelişmekte, bedelleri ise daha uygun olmakta ve sağlanan satış kolaylıkları ile daha kaliteli mallara daha uygun fiyatla sahip olma olanağı artmaktadır[1].

Serbest rekabet etme hakkının da her hak gibi, kötüye kullanılması mümkündür. Rekabet hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi için bir takım yasal düzenlemeler ve uygulamalar getirilmiştir. Bu kapsamda rekabet hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amacı ile başta TMK. m.2 dürüstlük kuralı çerçevesinde, TTK. m. 54 vd. ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile yasal koruma getirilmiştir. Bu düzenlemelerin getirilmesinin amacı, bozulmamış rekabetin sağlanması ve haksız, hukuka aykırı davranış ve uygulamalara yaptırım müeyyidesi uygulayabilmektir. TTK. m. 54 vd. maddelerde düzenlenmiş olan haksız rekabet koşulları ile "*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar*" haksız ve hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir.

[1] CENGİZ, s. 1 vd.

Türk Hukukunda rekabet düzeninin korunmasına ilişkin olarak ilk ve temel yasal düzenleme 07.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun[2]"dur. Bu kanunun amacı, madde gerekçelerinde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Günümüz dünyasındaki gelişmeler göstermiştir ki rekabet bir piyasa ekonomisinde yalnızca kaynakların etkin kullanımını sağlamakla kalmaz aynı zamanda rakip malların fiyatlarının düşmesini ve bu pazarda daha büyük paya sahip olmak isteyen teşebbüslerin ürünlerinin kalitelerini artırmalarına ve yeni teknolojileri üretimde kullanmalarına yol açar. Serbest rekabetçi yapının getirdiği bu dinamizm ülke ekonomisinin sürekli ve dengeli kalkınmasını sağlar. Fiyatların düşüşü ve kalitenin artışı ise toplumun tamamını yani tüketicileri korumak gibi sosyal bir fayda sağlar. İşte bu nedenlerle, Devletin gerekli hukuki düzenlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlaması bu kanunun amacını oluşturmaktadır*".

RKHK. m. 4 hükmü ile, "…*belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek özelliğe sahip olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri*…" hukuka aykırı ve yasak olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile korunan amaç, teşebbüslerin, rekabeti bozucu anlaşmaları, uyumlu eylemleri ve teşebbüs birliklerinin kararlarını ya da eylemlerini içeren iş birlikleri yaparak piyasa politikalarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmalarının önüne geçerek, her teşebbüsün gelecekteki piyasa politikasını diğerlerinden bağımsız olarak belirlemesini, bunun sonucunda rekabet etmelerini teşvik etmektir[3].

Özellikle çalışmamızın konusunu oluşturan uyumlu eylemlerin, RKHK. m. 4 hükmünde düzenlenmesi sebebi ise rekabeti bozucu amaç ve etkileri bakımından anlaşmalarla aynı sonucu doğuran, teşebbüsler arasında gizli bir iş birliğinin bulunduğu, ancak ispatlanamadığı durumları ya da bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile

[2] RG., T. 13.12.1994, Sa. 22140.
[3] CENGİZ, s. 18.

işletmeler arasında, birbirlerinden farklı davranışlar yerine geçen bir işbirliği ya da pratikte koordine olmalarını sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkileri yasaklamaktır.

Rekabeti ihlâl edici anlaşma ve kararlar, doğrudan ve kolayca kanıtlanabildikleri için bu durum teşebbüslerin daha farklı arayışlara girişmesine yol açmıştır. Bu nedenle, teşebbüsler çoğunlukla kanıtlanması zor olan gizli bir yöntemle gerçekleştirilen rekabeti bozucu işbirliklerine yönelirler. Bu noktada, teşebbüsler aralarında anlaşma ve karar gibi tespiti kolay olmayan, ancak rekabeti ihlâl edici sonuçları olan, gizli ya da örtülü şekilde işbirlikleri geliştirir ve gerçekleştirirler. Bu şekilde firmaların bir araya gelerek oluşturdukları işbirliklerinin tümü uyumlu eylem olarak anılır. Teknolojinin ve iletişim ağının son derece ilerlediği günümüzde, gizli yöntemlerle gerçekleştirilen uyumlu eylemlere yöneliş artmakta ve bunun boyutları gelişmektedir. Daha öncesinde gizli toplantılarla bir araya gelmek zorunda olan teşebbüsler, internetin kolaylaştırıcı etkileri sayesinde bir araya gelmeden de birbirlerini izleyebilmekte, gözlemlemekte ve şeffaf hale gelen pazar yapısı nedeniyle rekabet etmeyerek uyumlu davranmayı seçmektedirler. Bu durum ise genel olarak tüketicilerin aleyhlerine sonuçlar doğurmakta, tüketiciler piyasadaki ürünlere ancak daha yüksek fiyatlarla ulaşabilmektedirler.

Teşebbüsler arasında rekabetin sağlıklı işleyişini bozucu, her türlü bilgi değişimleri, bilinçli paralel davranışlar, başlıca uyumlu davranışlardır. Rekabeti bozucu bu eylemler, rekabeti ihlâl etmeyen teşebbüslerin ve tüketicilerin zarara uğramalarına sebep olmaktadır. Bu nedenlerle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, bir rekabeti ihlâl edici davranış olan uyumlu eylem sonucu oluşan zararın özel hukuk bakımından tazminini düzenleyen hükümlere yer vermiştir. Aynı zamanda, kamu hukuku bakımından rekabeti uyumlu eylemle ihlâl eden teşebbüslere idari yaptırımlar öngörmüştür.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışmanın konusunu, Türk rekabet hukukunda uyumlu eylem ile doğurduğu hüküm ve sonuçları oluşturmaktadır. Bu anlamda uyumlu eylemin benzer kavramlarla ilişkisi, doğuşundan, bugüne kadarki tarihi gelişimi, niteliği ve unsurları ele alınıp incelenmiştir. Özel hukuk bakımından uyumlu eylemin hukuki niteliği ve bu eylem nedeniyle oluşan tazminat sorumluluğunun şartları üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Keza bu sorumluluğun doğurduğu hüküm ve sonuçlar incelenmiştir. Bu anlamda, uyumlu eylem sonucunda kamu hukuku yaptırımları ile özel hukuk bakımından ise açılabilecek tazminat davasının özellikleri, tarafları, ispat yükü ve zamanaşımı konularına yer verilmiştir. Rekabet Kanunu'nda özel bir yaptırım olan üç kat tazminat konusunda gerekli açıklamalar yapılmıştır.

Bu çalışmada, ekonomik bakımdan özellikler barındıran uyumlu eyleme, daha çok Borçlar hukuku felsefesi ile yaklaşılmıştır. Ancak, konunun açıklanması bakımından zaman zaman uyumlu eylemin daha çok açıklığa kavuşturulması amacıyla ekonomik piyasa ve pazar ilişkilerine sınırlı şekilde değinilmiştir. Bununla birlikte, uyumlu eylemin kamu hukuku bakımından hüküm ve sonuçları, özel hukuk hüküm ve sonuçlarına göre daha dar tutulmuştur. Aynı şekilde, ispat konusu ve usul hukukuna ilişkin özet bilgilere yer verilmiştir.

§ 2. TERMİNOLOJİ SORUNU

Uyumlu eylemlerin İngilizce karşılığı "*concerted practices*" veyahut "*concerted action*"dır. Bu sözcüğün kök hali olan "*concert*" uyum, ahenk, birlik anlamına gelmektedir. "*Concerted*" sözcüğü ise, "*birlikte yapılmış*", "*birlikte planlanmış*" şeklinde Türkçeye çevrilmektedir. Diğer bir ifadeyle, "*concert*[4]" sözcüğü, müşavere ve müzakere edip tanzim etme, danışıklı iş görmek anlamlarına gelmektedir. Dahası bu sözcüğün "*tasarlanmış*" şeklinde yorumlayarak Türkçe'ye çevrilmesi mümkündür. O

[4] IZ/HONY, p. 104.

halde "*concerted*" sözcüğü, işletmeler arasında uyumlu bir eylemi tasarlamaya yönelik bir anlaşmaya işaret ettiği ifade edilebilir[5].

"*Concerted action*" ise, bütün taraflarca kabul edilmiş hareket anlamına gelmektedir[6]. Türkçe karşılığı olarak "uyumlu eylem" ifadesinin yanında "*eylemin uyumu*" (*concert of action*), "*muvazaalı faaliyetler*" (*collusive activities*) ve benzeri ifadeler kullanılmaktadır. Yukarıda anılan ifadelerden her biri çift anlamlı olarak algılanabilir. Zira bu ifadeler, bir yandan birkaç teşebbüsün aralarında yaptıkları uyumun objektif sonucunu gösterirler. Diğer yandan ise sonucu değil de uyumun kendi içindeki süreci gösterirler. Her mutabakat (*Vereinbarung*), her uyum, uyumu sağlayan kişilerden ve üzerinde uyum sağlanan nesneden oluştuğundan bir kişinin, üzerinde mutabakat (*Vereinbarung*) sağlanan nesneye ilişkin kişisel eylemlerini diğer kişilerin eylemleriyle uyumlu hale getirmesine 'uyumlu eylem' (*concerted action*) denir; bu davranış biçimi kendini bazen açık bir eylem şeklinde bazen örtülü bir eylem şeklinde gösterebilir[7].

Doktrinde bazı yazarlar[8], bu kavram için "*önceden mutabık kalınmış uygulamalar*" deyimini kullanmayı tercih etmişlerdir. Bazıları[9] ise söz konusu deyimi "*uyumlu davranışlar*" şeklinde Türkçeye çevirmiştir. Bir başka yazar da[10], kavram için "*çıkar yollu uygulamalar*" ifadesini kullanmıştır. Tekinalp[11] ve Tekinalp[12], "*uyumlu eylem*" terimini kullanmayı uygun bulmuşlardır. Başka bir yazar[13] ise anlaşma, karar ve uyumlu eylem için ortak tanım için "*danışıklılık*" (collusion) kavramını kullanmayı

[5] TEKİNALP, Uyumlu eylemler, s. 202; İngilizce-Türkçe Redhouse Büyük El Sözlüğü.
[6] IZ/HONY, p. 104.
[7] DIEKMANN, S. 28.
[8] NOMER/ESKİYURT, s. 547.
[9] ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 61 vd.; ASLAN, Rekabet Hukuku 2001, s. 79.
[10] GÜNUĞUR, s. 65.
[11] TEKİNALP, (Tekinalp/Tekinalp), s. 394, Nr. 14.
[12] TEKİNALP/TEKİNALP, s. 202.
[13] ARI, s. 78.

tercih etmiştir. Doktrinde baskın görüş[14] bu kavram için "*uyumlu eylem*" ifadesini kullanmaktadır.

Kavramın İngilizce karşılığı olan "*concerted practices*", Almancada "*aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen*"[15] olarak karşılık bulmaktadır. Bu Almanca kavramın, dilimize "*birbirleriyle bağdaşan (mutabakat halinde bulunan) davranış tarzları*" anlamında çevrilmesi mümkündür[16]. Bununla birlikte bu kavram, bağlayıcı olmasa bile "*mutabakat*" ve "*muvafakat*"ı akla getirmektedir[17].

ABD Hukukunda 1890 tarihinde yürürlüğe giren Sherman Yasasının 1. maddesinde[18] rekabetin kısıtlanmasına neden olan uyumlu eylem, onu da içerecek şekilde "*contract*" (sözleşme), "*combination*" (anlaşma), "*conspiracy*" (gizli *iş birliği*) kavramı ile ifade edilmiştir[19]. "*Uyumlu eylemler*", "*eylem uyumu*" veya "*uyumlu uygulamalar*" terimleri Sherman Yasasının 1. Bölümün metninde yer almamaktadır. Bu kavram, ABD Hukukunda yargıçlar tarafından içtihat yoluyla oluşturulmuştur[20]. Kanun içeriğinde değişiklikler yapılmışsa da temel hükümleri, 1. madde de dâhil olmak üzere, aynen korunmuştur ve ABD Antitröst Hukukunun en önemli bölümünü oluşturmaktadır[21].

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşması'nın (AKÇTA) 65. maddesinin Fransızca metninde "sadece sözleşmeleri ve kararları değil, aynı zamanda ortak pazardaki rekabeti kısıtlamayı veya çarpıtmayı amaçlayan bütün uyumlu eylemler de '*toutes pratiques concertées*' (bütün uyumlu eylemleri) de yasaklanmıştır. Avrupa

[14] ESİN, s. 34; AKINCI, s. 141; ARI, s. 78; CENGİZ, s. 23; İKİZLER, s. 50.
[15] DIETL/LORENZ, S. 150.
[16] İKİZLER, s. 49.
[17] TEKİNALP, Uyumlu Eylemler, s. 202.
[18] Sherman Act Sec. 1: "*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*".
[19] AREEDA/HOVENKAMP, p. 16, N. 1403; AREEDA, p. 451; AREEDA/KAPLOW, p. 251, N. 227; ARQUIT, p. 531; ASSANT, p. 69; BLECHMAN, p. 882; KINTNER, p. 340.
[20] JOLIET, p. 258; PIRIOU, p.51.
[21] DIEKMANN, S. 19.

Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşması'nın resmi olmayan Almanca metninde '*pratiques concertées*' ifadesi, 'mutabık uygulamalar' olarak çevrilmiştir. Aynı Fransızca ifade Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi'nin 85. maddesinin resmi Almanca metninde ise "*birbirleriyle uyumlu (eşgüdümlü) davranış biçimleri*"[22] olarak tercüme edilmiştir. Şöyle ki en geniş anlamda bir "mutabakat" sonucu olmayan uygulamaları da kapsayabilmek amacıyla bu ifadenin kullanıldığı anlaşılmaktadır. "*Pratiques concertées*" kavramının kökeni Amerikan Antitröst Yasasındaki "concerted actions" ifadesidir[23].

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda[24] "uyumlu eylemler" ifadesi kullanılmıştır. "*Uyum*"[25] sözcüğü anlamı itibarı ile "*bir bütünün parçaları arasında bulunan uygunluk, ahenk*" demektir. "*Uyumlu*" ise uyum kelimesinden türetilmiş "*uyumu olan, ahenkli, mevzun, imtizaçlı*" anlamına gelen bir sıfattır. Uyumlu sözcüğü anlam yapısı açısından olumlu ve istenen bir duruma uymayı çağrıştırır. Hâlbuki "uyumlu eylemler", ifadesi rekabeti ihlâl eden bir durumdur, bu bakımdan olumsuz bir anlam taşımaktadır. Bundan dolayı hukuka aykırı kabul edilmiş, yasaklanmış ve müeyyideleri oluşturulmuştur. Uyumlu eylemler ifadesi ile işletmeler arasında, birbirinin davranışına uyma, koordinasyon sağlama var olsa dahi olumsuz, istenmeyen bir durum anlamına sahiptir. Çalışmamızda, terminolojik olarak Avrupa Birliği Rekabet hukuku düzenlemelerinden esinlenerek hazırlanan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlendiği haliyle "uyumlu eylem" terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

[22] DIETL/LORENZ, S. 150.
[23] GABRIEL, S. 802.
[24] RG., 13.12.1994, Sa. 22140; Çalışmamızda bu ifade kısaltılmış şekliyle "RKHK" olarak kullanılacaktır.
[25] YILMAZ, s. 1432.

§ 3. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Uyumlu eylem, anlaşma ve birlik kararları gibi kavramlarla benzerlik göstermektedir. Uyumlu eylemlerin bunlarla olan benzerlik ve farkları aşağıda ele alınıp incelenmiştir.

I. UYUMLU EYLEM VE ANLAŞMA

Uyumlu eylemler, ABİDA. m. 101 ve RKHK. m. 4'te anlaşma ve birlik kararları ile birlikte ele alınmıştır. Bu düzenlemelerin öncelikli amacı teşebbüslerin anlaşarak ya da kararlar alarak rekabeti sınırlamalarının önüne geçmektir. Uyumlu eylemlerin düzenlenme amacı da, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı her türlü uygulama ve davranışlarını önlemektir. Bu bakımdan, anlaşma, uyumlu eylemler ve kararların ortak amacı aynı olup rekabeti ihlâl etmektir. Bu bağlamda, uyumlu eylemlerin uygulama alanının anlaşma ve birlik kararları haricinde olan her türlü rekabete aykırı durumları kapsayacak şekilde genişlemiş olduğu söylenebilir[26].

RKHK. m. 4'te yer alan "*...teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler...*" olan anlamsal bütünlükten anlaşıldığı şekilde, rekabet hukukunun kapsamı içindeki anlaşma ya da uyumlu eylem durumu ancak en az iki bağımsız teşebbüs arasında söz konusu olabilir[27]. Bu anlamda, anlaşma ile uyumlu eylemlerin tarafları bakımından da bir benzerlik bulunmaktadır.

Hem anlaşma hem uyumlu eylemin gerçekleşebilmesi için hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi gerekmektedir. RKHK. m. 4 f. 1 düzenlemesiyle, belirli bir mal veya hizmet piyasasında, doğrudan veya dolaylı olarak, "*rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşınması*"; "*rekabetin engellenmesi, bozulması ya da*

[26] İKİZLER, s. 171; Ayrıca bkz. AKINCI, s. 44 vd.; ARI, s. 77 vd.; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 75-77.
[27] VAN BAEL/BELLIS, p. 21.

kısıtlanması" veya "*rekabetin engellemesi, bozulması ya da kısıtlanması yönünde tehlike oluşturulması*", hukuka aykırılık şartının meydana gelmesi için yeterlidir. İşletmeler arasında farklı hedefler gözetilerek iş birliği kurulması aslında hukuka aykırı bir eylem kategorisinde değildir. Bu sebeple, teşebbüsler arası bir iş birliği ilişkisinde hem anlaşma hem uyumlu eylem bakımından hangi durumlarda RKHK. m. 4 kapsamında hukuka aykırılık oluşturup oluşturmayacağının tespit edilmesi gerekir[28].

Rekabet hukuku bakımından anlaşma ile uyumlu eylem arasında uyumlu eylem karinesi dışında önemli bir fark olmadığı ifade edilebilir. Zira hem anlaşma hem uyumlu eylem rekabeti sınırlayan hukuka aykırı eylem niteliğindedir. Yazılı metin olmayan her iki hâlde de ihlâlin mevcut olup olmadığı, teşebbüslerin pazardaki davranışlarının tespiti ve ekonomik analizin yapılmasını gerektirir[29].

Bir anlaşmaya veya karara dayanan rekabeti sınırlayıcı davranış uyumlu eylem olarak değerlendirilemez. Uyumlu eylemin, teşebbüsler arasında pratik iş birliğine dayandığı söylenebilir. Diğer bir deyişle, uyumlu eylemin varlığının gerçekleşmesi için teşebbüsler arasındaki o eylemin anlaşma ya da karara dayanmadan gerçekleşmiş olması gerekir[30].

Uyumlu eylemler kavramı, hiç tartışmasız düzenlemede yer alan rekabeti sınırlayıcı diğer durumlardan en geniş ve en belirsiz olanıdır. Bu kavram, teşebbüsler arasındaki fiili bir anlaşma dışında kalan her türlü iş birliği faaliyetini kapsar[31].

RKHK. m. 4'te rekabeti kısıtlayan faaliyetlerin en başında teşebbüsler arasındaki anlaşmalar yer almaktadır. Bu bağlamda, uyumlu eylem ile anlaşma arasındaki farkların daha iyi anlaşılabilmesi için anlaşma kavramının ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

[28] SANLI, Geçersizlik, s. 87-88; CENGİZ, s. 23; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 191; CANBOLAT, s. 57-58.
[29] BAŞAR, s. 34; Ayrıca bkz. SANLI, Geçersizlik, s. 80; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 210.
[30] İKİZLER, s. 171; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 198-199.
[31] GOYDER, s. 94; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 76; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 191-192.

Anlaşmanın (*agreement*), teşebbüsler arasındaki açık veya zımni mutabakat olarak tanımlanması mümkündür[32]. Genel ve göreceli bir kavram olan anlaşma, en az iki tarafın belirli bir konuda, özellikle rekabet konusunda birbirini anlamış olmalarını ifade eder. Bu genel ve soyut anlamı dışında anlaşma kavramına farklı içerikler de yüklenebilmektedir. Rekabet hukukunda anlaşma kavramına önemli sonuçlar bağlanmıştır. Bu sonuçlardan biri anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı olmalarıdır. Bu alanda anlaşma kavramı, en az iki tarafın bir araya gelmesini gerektiren, Rekabet hukukunun hukuka aykırı olarak kabul ettiği ve müeyyide şeklinde bazı sonuçlar bağladığı hukuka aykırı bir davranış şeklidir[33]. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar; fiyatlar, üretim, pazar ve müşteri gibi konuları kapsayıcı sözleşmelerdir. Anlaşmalar yazılı veya sözlü (şifahi) olarak da yapılabilir. Bu tür anlaşmaların yazılı olması zorunlu değildir[34]. Konusu ve şekli ne olursa olsun, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yasaklanmıştır.

Sözleşme ve anlaşma kavramları çeşitli hukuk dallarında farklı şekilde tanımlanmıştır[35]. Özellikle Borçlar Hukuku ve Rekabet Hukuku açısından her ikisinin farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir[36]. Rekabet Kanunu, sözleşme kavramı yerine, anlaşma terimini özellikle kullanmıştır. Çünkü burada yazılı, sözlü, açık veya zımni her türlü taraflar arası uyuşma anlaşma olarak kabul edilmektedir[37]. Oysa TBK

[32] Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 17.
[33] ATEŞ, Kavramlar, s. 85.
[34] Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 17.
[35] Sherman Yasası 1. maddesinde rekabeti kısıtlayan faaliyetlerin başında teşebbüsler arası "sözleşme" (*contract*) sözcüğü yer almaktadır. Amerika Birleşik Devletleri hukuk düzeninde, sözleşme ile anlaşma kavramları birbirinin yerine geçecek şekilde aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu nedenle, Sherman Yasasında sözleşme ile anlaşmanın kastedildiği anlamı çıkartılabilir. Zira Rekabet hukuku uygulamasının sözleşme ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir, TURNER, p. 656; AREEDA/HOVENKAMP, p. 16, N. 1403.
[36] CENGİZ, s. 34; GÜVEN, s. 70.
[37] CENGİZ, s. 34; ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 207; Rekabet hukuku açısından anlaşmalarda şekil şartı aranmadığı yönündeki Gaziantep Tilmen Oteli kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "*4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin gerekçesinde 'Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, hukuki şekil şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır*", Rekabet Kurulu 26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı kararı. Bu Karar Danıştay 13.Dairesi'nce iptal edilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulu'nun aynı konuya ilişkin 21.10.2005 / 25.10.2005 tarihli ve 05- 71/981-270 / 05-73/986-273 sayılı kararı.

m. 1/I'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin değişimi sonucu kurulan bir hukuki işlemdir[38].

Anlaşma kavramından, öncelikle Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku anlamında geçerliliği olan sözleşme akla gelmemelidir. Rekabeti sınırlandırmak için düzenlenen anlaşmalar genel olarak gizli bir şekilde gerçekleştirilir. Her iki taraf açısından iradi bir anlaşmanın varlığının kabulü için herhangi bir sebep dolayısıyla anlaşmanın taraflarının kendisini bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleri gereklidir[39].

Anlaşma kavramına, Rekabet Hukukunda olağanüstü geniş bir anlam tanınmaktadır[40]. ABİDA ve birçok ülke Rekabet Kanunu tarafından da bu yaklaşım benimsenmektedir. RKHK. m. 4'te anlaşmaların kurulmasına, şekline ve tanımına yer verilmemektedir. Bununla birlikte Kanununun 4. maddesinin gerekçesinde konuyu açıklayıcı şu ifadelere yer almaktadır: "*Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medenî Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir iş birliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir*."

Doktrinde ve uygulamada dile getirilen görüşe göre, ABİDA. m. 101 ve RKHK. m. 4'te kullanılan "anlaşma" sözcüğü, hukuken geçerli ve bağlayıcı olan anlaşmalarla birlikte, her türlü bilgi açıklamalarını, fiili davranışları, centilmenlik anlaşmalarını,

[38] EREN, Genel Hükümler, s. 211.
[39] SANLI, Geçersizlik, s. 76-77; ASLAN, Rekabet Hukuku 1993, s. 47.
[40] GREEN/ROBERTSON, p. 292; SANLI, Geçersizlik, s. 77.

karşılıklı niyet açıklamaları, taahhütleri dahi kapsayan çok geniş bir kavramdır[41]. Doktrindeki farklı bir düşünceye göre anlaşma kavramının, hukuksal olarak bağlayıcı olan anlaşmalar dışında özellikle centilmenlik anlaşmaları gibi bağlayıcılığı olmayan, karşılıklı iradeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaması gerekir[42]. Bu görüşe göre, bu tür ilişkilerin anlaşma olarak kabulü ispatı güçleştireceğinden söz konusu durumların uyumlu eylem kavramı içinde değerlendirilmesi gerekir[43].

Anlaşma kavramı, baskın görüşe göre, centilmenlik anlaşmalarını da içerecek genişlikte bir anlama sahiptir[44]. Centilmenlik anlaşmaları (gentlemen's agreements), tarafların hukuki değil ekonomik, ahlaki veya toplumsal baskılar gibi sebeplere dayanan fiili bir bağlayıcılığı ifade eder[45]. Hukuken herhangi bir borç doğurmayan ancak tarafların davranışlarının sınırlandığı durumların da anlaşma kavramına dâhil olduğunu söylemek mümkündür[46].

Anlaşma kavramı, yalnızca anlaşmanın taraflarını hukuksal açıdan bağlayan *sözleşmeleri* değil; bunun yanı sıra tarafları *ahlak açısından da bağlı kılan taahhütleri* de (*morally binding commitments*) kapsamaktadır. Böyle bir anlaşmanın varlığının "*hal*

[41] GREEN/ROBERTSON, p. 292, N. 6.3; BELLAMY/CHILD, Common Market, p. 44-45; KORAH, Competition Law, s. 51-52; RITTER/BRAUN, p. 100-105; GOYDER/GOYDER/ALBORS-LLORENS, p. 19-20; VAN BAEL/BELLIS, p. 27-29; WHISH/BAILEY, p. 102-103; WYATT/DASHWOOD, p. 354-355; RODGER/MACCULLOCH, p. 162-163; ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 50,51; TEKİNALP/TEKİNALP, s. 335; CENGİZ, s. 34-35; İKİZLER, s. 199-200; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 72; ARI, s. 63.

[42] MATHIJSEN/DYRBERG, p. 353, N. 22-09; SANLI, Geçersizlik, s. 77;

[43] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 170.

[44] KORAH, Competition Law, p. 51; BELLAMY/CHILD, Common Market, p. 44, N. 2-016; BELLAMY/CHILD, European Union Law, p. 108, N. 2-044; JONES/SUFRIN, p. 141; WHISH/BAILEY, p. 102-103; LIPPS, s. 42; "*Tartışmalı olan nokta anlaşmaların dava edilebilir olmalarının gerekip gerekmediği mi yoksa sadece centilmenlik anlaşmalarının yeterli olup olmadığı sorusudur. Bu sorunun cevabı evettir. Çünkü karşılıklı irade mutabakatı nedeniyle rekabetin kısıtlanması bağlayıcı aracın yargısal yaptırım kabiliyetinde değil zaten tarafların sözleşmeyle üstlendikleri bağlılık nedenine dayanmaktadır*", LIPPS, s. 42; Rekabet Kurulu'nun 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararı.

[45] SANDROCK, s. 858.

[46] Taraflar arasında yalnızca ahlaki bağlayıcılığa neden olan Centilmenlik anlaşmalarına da fiilen uyulması halinde bir anlaşmanın varlığından söz edilmektedir. Bunun nedeni, bu tür anlaşmalarda taraflara ahlaki bir borç yüklenmesidir, KAPTEYN/VAN THEEMAT, p. 848; BELLAMY/CHILD, European Union Law, p. 108, N. 2-044; GLEISS/HIRSCH, p. 70, N. 17; Taraflara ahlaki bir borç yükleyen anlaşmalarında ABİDA m.101'e göre anlaşma kapsamına girdiği kabul edilmektedir, BELLAMY/CHILD, European Union Law, p. 108, N. 2-044.

ve şartlardan" anlaşılabilmesi de mümkündür[47]. Örneğin, bir Komisyon kararında, bir mal üreticisinin, satıcılarına/bayilerine gönderdiği bir genelgeyi (sirküleri) de anlaşma olarak kabul etmiştir[48]. Bunun yanı sıra, bir ürünün genel satım şartlarının düzenlendiği basılı bir belgenin dahi anlaşma olarak kabul edildiği görülmektedir[49].

Rekabet Kanunu, teşebbüsler arası anlaşmaların rekabete aykırı amaç taşımasının veya bu etkinin oluşmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir (RKHK. m. 4). Böylece Kanun, rekabete aykırı anlaşmalar bakımından mutlak bir yasak getirmiştir. Ancak, bu anlaşmaların hukuken bağlayıcı olup olmamasına ilişkin bir ayırım yapmamıştır[50].

Türk Hukuku açısından anlaşmaların rekabeti ihlâl etmesi için bağlayıcı olup olmamasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaynak Kanunda olduğu gibi anlaşmaların rekabeti ihlâl etmesi için bağlayıcı olmasının gerekmediğine dair doktrinde bazı görüşler[51] bulunduğu gibi hukuken bağlayıcı olan anlaşmalar ile sınırlı olduğunu savunan farklı bir görüş[52] de vardır. Kanun koyucunun, sözleşme veya anlaşma ifadesini kullanarak, hukuken bağlayıcılığı olan sözleşmeler ile hukuken bağlayıcılığı olmayan anlaşmaları vurgular nitelikte ayrı ayrı belirtmiştir.

Doktrinde baskın görüş olan anlaşma kavramını sözleşme ile sınırlamanın doğru olmayacağı fikrine katılmaktayız. Anlaşmalar, sözleşmeleri de kapsayan geniş bir anlama sahiptir. RKHK. m. 4'te anlaşma ifadesinin Kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde kullanıldığı şüphesizdir. Bunun tek istisnası "*rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları*" bölüm başlığı altında düzenlenen RKHK. m. 57'dir. Bu maddeye göre, "*her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki*

[47] TEPEA BV v Commission of the European Communities (C28/77), ECJ, 20 June 1978, p. 1.
[48] BMW Belgium NV and Belgian BMW dealers, No L 46/34, OJEC, 17 February 1978, p. 33; TÜSİAD, Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Yayın No: TÜSİAD-T/98-12/244, 1998.
[49] ESİN, s. 32; CENGİZ, s. 35.
[50] ARI, s. 61.
[51] ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 74; AKINCI, s. 42 vd.; BADUR, s. 58.
[52] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 170.

hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.".

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşma kavramının, sözleşme ifadesini de içeren ama ondan daha geniş anlama sahip bir kavram olduğu anlaşılmaktadır[53].

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda uyumlu eylemler ile anlaşmaların ayrı kavramlar olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu iki kavramın birbirinin, devamı niteliğinde olabileceği de belirtilmektedir. Rekabeti bozma amacı olan bir anlaşmanın zamanla uyumlu eyleme de dönüşebilmesi daima mümkündür. O yüzden bu iki kavram, tek bir olay içinde de gerçekleşebilir. Önemle vurgulamak gerekir ki, bir anlaşmanın varlığının tespiti halinde rekabeti ihlâl söz konusudur. Bir uyumlu eylemin varlığının belirlenmesi ise ortak niyetin ispatlanması anına kadar ancak rekabetin ihlâli iddiasının konusu olabilir[54].

Uyumlu eylem ile anlaşma kavramlarının birbiriyle olan ilişkilerinin anlaşılabilmesi için ABAD'ın "Boya Maddeleri" ve "Şeker Karteli" kararlarına kısaca değinmekte yarar vardır.

Boya ve Şeker Karteli kararlarında, anlaşmalarla uyumlu eylem ilişkisinin ortaya konulması amaçlanmamıştır. Ancak, Boya ve Şeker Karteli kararları sonucunda uyumlu eylemlerin gerçekleşmesi için rekabet kurallarını dolanma amacı taşıyan iş birliği

[53] Anlaşmaların, yazılı olması zorunlu değildir; sözlü de olabilir. Hatta yazılı olan ve olmayan unsurları bir arada bulundurabilir. Bu anlaşmalar, imzalı ya da imzasız olabilir. Anlaşmalara tarih atılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Anlaşmanın ifa edilmesinin veya bir müeyyideye tabi tutulup tutulmamasının anlaşmanın kurulmasına bir etkisi yoktur, BELLAMY/CHILD, European Union Law, p. 107-108; FAULL/NIKPAY, p. 70, N. 2.27.

[54] ESİN, s. 40; Ayrıca bkz. SANLI, Geçersizlik, s. 106.

durumunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Zira uyumlu eylemlerin bu özelliği birçok kararda istikrarlı bir şekilde vurgulanmaktadır[55].

Söz konusu ICI kararı ile uyumlu eylemlerin, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeme durumunu farklı şekillerde yorumlamak mümkündür. İlk olarak, uyumlu eylemlerin anlaşmalara nazaran daha gevşek bir danışıklık türü olduğu söylenebilir. İkinci olarak, uyumlu eylemlerin anlaşmalar kadar ciddi bir bağlayıcılık unsuru taşımadığı sonucuna ulaşılabilir. Bir diğer açıdan ise, uyumlu eylemlerin zaman bakımından anlaşmalardan daha önce meydana geldiği ifade edilebilir. Taraflar arasındaki bağlantı ile sağlanan yakınlaşma daha sıkı bir hal aldığında anlaşma meydana gelmiş olur. Bu nedenle, uyumlu eylemlerden sonraki bir aşamada anlaşmanın meydana geldiği kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle, anlaşmanın varlığının kabul edilmediği durumlarda uyumlu eylemlerin varlığından söz edilebilir[56].

Yatay anlaşmalar, aynı üretim veya pazarlama seviyesinde olan teşebbüsler arasındaki yapılan anlaşmalardır. Dikey anlaşmalar ise, mal veya hizmetlerin, üretim aşamasından tüketicilere sunulmasına kadarki süreçte farklı aşamalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında yapmış olduğu rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardır[57]. Komisyon ve Adalet Divanı, rekabet halindeki teşebbüsler arasındaki yatay anlaşmalar ile üretim, dağıtım, pazarlama ve satış gibi piyasanın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmaların da rekabete aykırı olduğunu ifade

[55] CENGİZ, s. 30 vd.; İKİZLER, s. 174; Flat Glass adı altında bilinen Société Italiano Vetro k. Komisyon Davasında[55] ilk Mahkeme "*rekabeti bozucu nitelikte olduğu iddiasıyla yargıya intikal eden uyumlu eylemlerin ihlâl niteliği taşıyıp taşımadıklarının tespitine, uyumlu eylemin vuku bulduğu pazarın yapısı göz önüne alındıktan sonra hüküm verilebilir ve ihlâl iddiası taşıyan uyumlu eylemlerin amaç ve etkilerinin içerisinde bulundukları pazar şartları soyutlanarak tespit edilemeyeceği*" ne karar vermiştir. Flat Glass davası, belirlenen şartlarla Komisyon tarafından dikkate alınmaması nedeniyle ilk Mahkeme kararı temyiz edilmiştir. İlk mahkeme de Komisyonu, Topluluk İçtihatını hukuki olmayan yeterli ve somut bulgular elde etmeden devreye soktuğu için eleştirmiştir, TÜSİAD, s. 34.

[56] İKİZLER, s. 172.

[57] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 182; ARI, s. 41, 44.

etmiştir. Bu nedenle her türlü rekabete aykırı anlaşma, ABİDA. m. 101 kapsamında yasaklanmıştır[58].

Völkl k. Etablissements J. Vervaecke Davası'nda[59] da İlk Derece Mahkemesi, uyumlu eylemin rekabeti kısıtlayan bir etkiye sahip olup olmadığına ilişkin karar vermiştir. Bu kararında, pazar şartları dikkate alınmadan uyumlu eylemin rekabeti kısıtlayıcı etkisi olup olmadığına ilişkin bir karar verilemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur. Sonuç olarak, Topluluk Rekabet Hukuku'nda olaya iki açıdan bakılmaktadır; "*bir uyumlu eylemin ihlâl niteliği taşıyıp taşımadığına karar verilebilmesi için, bir taraftan uyumlu eylemdeki kötü niyetin ispat edilmesi, bir diğer taraftan da pazarın özel şartlarının değerlendirilmesi*" gerekmektedir. Bazı olaylarda da bu unsurların bir arada değerlendirildiğini söylemek mümkündür[60].

Somut olayda, anlaşmalarla uyumlu eylemlerin bir arada bulunmasına herhangi bir engel yoktur. Aralarında anlaşan birden fazla işletme, kendileri dışındaki farklı işletmelerle de uyumlu eylem ilişkisi oluşturarak rekabeti sınırlayabilirler. Ancak, daha az karmaşa içeren ihlâl durumlarında, anlaşmalarla uyumlu eylemler arasındaki ilişkinin usul açısından kademeli olarak ileri sürülmesi mümkündür. Çok karmaşık yapılı kartel kararlarında ise, rekabeti sınırlayıcı davranış ihlâllerinin sınırını belirlemek her zaman mümkün olmaz. 1986 tarihli Komisyon'un *Polypropylene kararında*[61], teşebbüslerin düzenli ve kurumsallaşmış toplantılar çerçevesinde yürüttükleri karmaşıklık gösteren tüm faaliyetleri, süregelen tek anlaşma çatısı altında toplanmıştı. Komisyon'a göre, teşebbüsler bir çerçeve anlaşması ve buna dayanan alt anlaşmalarla uzun bir süre ilişkilerini devam ettirmişlerdir. Böylece bir durumda, kısım kısım olmak üzere süregelen tek bir ihlâlin varlığının kabulü yolu açılmıştır. Yıllara yayılan ilişkilerin bazen anlaşmalara bazen uyumlu eylemlere dayanması mümkündür. Dolayısıyla yıllarca sürebilen böylesine büyük tek bir ihlâlin varlığı halinde, karmaşık karteller (complex cartel) niteliğinde tek bir ihlâl söz konusu olur. Mahkemeler ve Komisyon

[58] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 72-73.
[59] Völkl k. Etablissements J. Vervaecke, Rec., Case 5/69, ECJ 1965.
[60] TÜSİAD, s. 34.
[61] Polypropylene, Commission Decision 86/398/EEC of 23 April 1986, O.J. 1988, L 230/1.

nezdinde ise, ortak plan temeline dayalı böyle büyük tek bir ihlâlde, rekabetin ihlâli ya da kartel bir bütün olarak görülmektedir. Bu bağlamda karmaşık karteller, anlaşma ve uyumlu eylemler için üst kavram niteliği taşımaktadır[62].

Bu özellikleriyle, karmaşık kartel açısından AB Rekabet Hukukunun ABİDA. m. 101 hükmü, Amerikan Rekabet Hukukunun Sherman Yasası m. 1'e ciddi şekilde yakınlaşmıştır. Amerikan Rekabet Hukukunda fiili birliktelik (combination) ile gizli iş birliğini (conspiracy), "iş birliği" adı altında toplamak mümkündür. Bu anlamdaki iş birliğinin hem anlaşmaları hem de uyumlu eylemleri kapsadığı söylenebilir[63].

Rekabet Kurulu'nun güncel bazı kararlarında, anlaşma ve uyumlu eylem ifadelerinin birlikte kullanıldığı ve Kanun'un 4. maddesi kapsamında olan rekabetsel ihlâlleri kapsayacak şekilde genel bir ifade olan "uzlaşma" kavramının tercih edildiği gözlenmektedir. Kurul bir kararında[64], anlaşma ve uyumlu eylem ayırımının çok önem teşkil etmediği hususu vurgulanarak, "*anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki yapay farklılıktan ziyade mezkûr Kanun hükmü kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki ayrımın ortaya konulmasının* " önemine değinilmiş; bu nedenle "*uyumlu eylemin apayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil fakat 4054 sayılı Kanun ve gerekçesinde belirtildiği üzere, anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç olarak kabul edilmesi gerektiği*" ifadelerine yer verilmiştir.

Sonuç olarak; uyumlu eylemlerden farklı bir hukuki muamele olan anlaşma, butlan yaptırımına tabi tutulmuştur. Bunun yanı sıra anlaşmaların varlığını iddia eden kişi bunu ispat etmekle yükümlüdür. Oysaki uyumlu eylem iddiasını ileri süren kişi, işletmeler arasındaki işbirliğini ve uyumlu hareket etme planlamalarını ispat etmek zorunda değildir. Bir diğer fark ise tarafların rekabeti ihlâl etmek amacıyla yaptıkları anlaşma ile birlikte RKHK. m. 4 açısından hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi

[62] ARI, s. 55 vd.; İKİZLER, s. 247-250.
[63] AREEDA/HOVENKAMP, p. 16, N. 1403.
[64] Rekabet Kurulu 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararı, s. 24.

için yeterlidir. Oysa, uyumlu eylemlerin, taraflar arasındaki iş birliği arzusunun uygulama aşamasına geçirilmedikçe bunu fiilen yasaklayabilme imkânı yoktur[65].

II. UYUMLU EYLEM VE TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARI

A. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ VE TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARI KAVRAMLARI

ABİDA. m. 101'in hükmü, işletmelerin tarafı oldukları anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri keza işletmelerin bağlı bulundukları meslek/oda birlikleri aracılığıyla gerçekleştirdikleri benzer filleri de kapsamaktadır. Topluluk rekabet hukukunda "birlik" kavramı, tarım kooperatifleri, hukuki kişilik kazanması yasal olarak mümkün olmayan toplulukları, kâr amacı gütmeyen dernekler, federasyon veya konfederasyonları ifade etmektedir[66].

ABİDA. m. 101 kapsamındaki teşebbüs birlikleri, daha çok ABAD içtihatlarında tanımlanmaktadır. İşletme birliği niteliğindeki kuruluşların kararlarını, Genel Kurullarının aldığı kararlar, yetkili organlarınca alınan prensip kararları, Kuruluşun kendi iç işleyişine ait tüzük niteliğindeki düzenlemeler, üyelik koşullarını belirleyen esaslar veya eylem planları oluşturmaktadır. Teşebbüs birliklerinin üyelerine gönderdiği bağlayıcı olmayan tavsiye kararları da "karar" olarak nitelendirilmektedir[67].

Komisyon, işletme birliklerine üyelik nedeniyle bazı kurallara uyma zorunluluğu getirirken, diğer yandan da birliğin yasal düzenlemelerinin ise üyelerinin düşüncelerinden oluştuğunu kabul etmektedir. Nitekim Çimento Davasında, komisyon bu görüşünü esas alarak, rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici fiillerde bulunmasının,

[65] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 209 vd.; SANLI, Geçersizlik, s. 86.
[66] VAN BAEL/BELLIS, p. 35-36; ESİN, s. 33; TÜSİAD, s. 26.
[67] WHISH/BAILEY, p. 114; JONES/SUFRIN, p. 162; ESİN, s. 33-34; TÜSİAD, s. 26.

işletme tarafından birlik üyeliğinin önlenemeyecek bir neticesi olarak gösterilmesi gayretlerine karşı çıkmıştır[68].

Bir "teşebbüs birliği kararı"ndan söz edilebilmesi için, öncelikle bir "teşebbüs birliği"nin bulunması şarttır. Rekabet Kurulu'nun da teşebbüs birlikleri kararı kavramını, Topluluk makamları ile aynı yönde yorumladığı anlaşılmaktadır. RKHK. m. 3'te "teşebbüs birlikleri", "*teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik*" olarak tanımlanmıştır. Teşebbüs Birliği, iki veya daha fazla işletmenin bir araya gelerek oluşturduğu meslek birliğidir. Bu birliğin, hukuka uygun olarak kurulmuş ve tüzel kişiliğe sahip olup olmamasının rekabet hukuku bakımından bir önemi bulunmamaktadır[69].

Tüzel kişiliği olan dernek, sendika, federasyon gibi topluluklar, teşebbüs birliği olarak kabul edilmektedir; bu konuda hiçbir şüphe bulunmamaktadır[70]. Ancak, teşebbüs birliği kavramının, yalnızca tüzel kişilik sahibi topluluk veya kuruluşlardan mı yoksa kendisine tüzel kişilik tanınmamış kuruluşları da kapsamakta mıdır sorusu akıllara gelmektedir. Doktrinde, Topçuoğlu'na[71] göre, tüzel kişiliği bulunmayan fiili gruplaşmalar uzun süreli olsa bile, "teşebbüs birliği" olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu görüşe göre, her ne kadar Rekabet Kanunu ve doktrindeki bir görüş, tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluklar, teşebbüs birliği olarak nitelendirmiş olsa da, hukuken sorumluluğu bulunmayan grupların Kanunun uygulama alanına sokulmasını isabetli bulmamıştır. Bu kapsamda, tüzel kişiliği bulunmayan topluluk veya kuruluşların, bağlayıcı şekilde "karar" almaları mümkün değildir[72].

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, tüzel kişiliği bulunmayan adi şirketler gibi birleşmelerin de, teşebbüs birliği olarak kabul edilmesi mümkündür. Bir gruplaşmanın, Rekabet hukuku açısından, teşebbüs birliği olarak kabul edilebilmesi için, tüzel

[68] ESİN, s. 34.
[69] ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 96; SANLI, Geçersizlik, s. 83; ARI, s. 70.
[70] AKINCI, s. 178.
[71] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 184.
[72] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 184.

kişiliğinin bulunması gerekmemektedir. Teşebbüslerin bir araya gelmesi, ticari amaçla olabileceği gibi başka amaçlarla da olabilir. Önemli olan belirli mesleki amaçlar için sürekli veya en azından süreklilik arz eden organizasyon içerisinde bir araya gelinmesidir[73]. Sürekli olmayan fiilî birlikteliklerin ise "teşebbüs birliği" olarak değil, şartları sağlaması halinde "uyumlu eylem" olarak değerlendirilmesi mümkündür[74].

Doktrindeki bu görüşleri birbirinden ayıran temel hususun şu noktada toplandığı söylenebilir[75]: Teşebbüs birliği, tüzel kişiliğe sahip ise hukuka aykırı olarak verdiği karardan dolayı sorumlu tutulmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sorumluluk yönünden teşebbüs birliğinin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması esaslı bir unsur olmadığına göre böyle bir durumda[76], tüzel kişiliğe sahip olmayan teşebbüs birlikleri hukuken nasıl sorumlu tutulacaktır? Topçuoğlu[77]'na göre, tüzel kişiliğe sahip olmayan bir topluluğa davacı sıfatına sahip olmaması nedeniyle husumet yöneltilemez. Husumetin ortaklığı oluşturan tüm ortaklara yöneltilmesi gerekir. Tüm zarar ve hasar sorumluluğu karşısında, tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar, bir bütün olarak ancak ferdi sorumlulukları kapsamında sorumlulukları olacaktır.

Kanaatimizce, Kanunun ruhuna uygun olarak teşebbüs birliği kavramının belirlenmesinde topluluğun veya kuruluşların tüzel kişiliğe sahip olup olmaması esaslı bir unsur değildir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre böyle bir ayırımın önemli olmaması sebebiyle tüzel kişiliğe sahip olmayan bir teşebbüs birliği kararı da anılan Kanun kapsamına dâhil olmalıdır. Nitekim Rekabet Kurulu, Bodrum'daki su dağıtıcıları arasında yapılan bir protokolü tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliğinin

[73] ASLAN, s. 96-97; AKINCI, s. 178-179; Aksi yönde görüş için bkz. ARI, s. 68. Bu yazara göre, "*bir birliğin teşebbüs birliği şeklinde nitelendirilmesi için geçici nitelik taşımasının bir önemi yoktur. Bu birlik çok kısa süre için, hatta bir defaya mahsus olmak üzere toplanmış bile olabilir. Önemli olan bu birliğin rekabeti sınırlama amacı ile veya bu etkiyi doğuracak şekilde hareket etmesidir. Aksine yorum bu tip birlikteliklerin denetimini güçleştirecektir*" (ARI, s. 68).

[74] SANLI, Geçersizlik, s. 38.

[75] TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 137.

[76] GÜVEN, s. 82.

[77] TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 137. Yazar, aynı zamanda tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs birliklerine hal ve şartlara göre adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanabileceği görüşündedir, bkz. TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 138.

kararı olarak kabul etmiştir. Söz konusu karara göre, "*soruşturma Heyeti hazırladığı raporda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl edici nitelik taşıyan "Protokol" ün bir teşebbüs birliği kararı niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Kanun'un "Tanımlar" başlığı altındaki 3. maddesinde yer alan " Bu Kanunun uygulanmasında...Teşebbüs Birliği: Teşebbüslerin belli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri... ifade eder" şeklindeki tanımlama; ayrı bir tüzel kişiliği olsun veya olmasın belli amaçlara ulaşmak için kurulmuş birliklerin "teşebbüs birliği" olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır…bir teşebbüs birliğinden bahsedebilmek için birden çok teşebbüsün belirli amaçlara ulaşmak için bir araya gelmeleri Kanun açısından yeterli görülmüş ve bu birlikteliğin bir tüzel kişiliği haiz olup olmaması dikkate alınmamıştır. Bu noktada bir teşebbüs birliğinden bahsedebilmek için belirli ortak amaçlarla bir araya gelme ve bu birlikteliğin devamlı olması yanında sürdürülmesini sağlayacak denetim unsurları öne çıkmaktadır…Soruşturma konusu 05.04.2000 tarihli protokolün fiyat belirleme ve pazar paylaşımı haricindeki hükümlerinin, mesleğin müşterek menfaatlerine yönelik kurallar koyduğu ve kaçak su satışını engellemenin yanı sıra halk sağlığını ilgilendiren meslek içi hususları da düzenlediği dikkate alınarak, söz konusu protokoldeki ifadelerin teşebbüsler arası bir anlaşmadan ziyade teşebbüs birliği kararı niteliğinin ağırlık taşıdığına ve bu nedenle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinde belirtildiği şekilde tüzel kişiliği olmayan bir teşebbüs birliği kararı olduğuna"* karar vermiştir[78].

Teşebbüs birliklerinin üyeleri esas itibariyle teşebbüslerdir. Bu bağlamda, bağlı teşebbüslerin oluşturduğu holding ya da benzeri yapılar teşebbüs birliği olarak

[78] Rekabet Kurulu'nun 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı kararı; söz konusu kararda karşı oy yazısı için bkz. "*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde yer alan ''Teşebbüs Birliği'' tanımı, ''tüzel kişiliği haiz olmayan her türlü birlikleri'' kapsamakla birlikte bu birliklerde, rekabet hukuku anlamında bazı unsurların bulunması da zorunludur. Amaç, süreklilik veya süreklilik niyeti, karar verebilme imkânı sağlayan bir yapılanma, belirli aralıklarla toplanma şeklinde ortaya çıkabilecek fiili birliktelik unsurları bu türdendir. Su dağıtımı işiyle iştigal eden teşebbüsler, yapılan protokole uyum konusunda denetlemeyi kararlaştırmış olmalarına karşın, teşebbüs birliği statüsünde aranan diğer koşulları sağlamadıklarından, teşebbüslerin yaptıkları anlaşmayı Kanun'un 3. maddesindeki '' tüzel kişiliği olmayan bir teşebbüs birliği kararı'' olarak nitelendirmek, Kanun'un amacına, ayrımlama ve sistematiğine uygun düşmemektedir. Bu nedenle, adı geçen anlaşmanın teşebbüsler arası bir anlaşma şeklinde ele alınması gerekir*", Rekabet Kurulu'nun 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı kararı.

değerlendirilemez[79]. Bunun yanı sıra, sadece teşebbüsler değil, teşebbüs birliklerinden oluşan birlikler de teşebbüs birliği olarak kabul edilmektedir. Zira Rekabet Kurulu, BİAK Kararında[80] aynı hükme varmıştır. Söz konusu kararda, Reklamcılar Derneği kendisi aleyhine soruşturma açılmasına karşı çıkarak kendi üyelerinin reklam ajansları (yani teşebbüsler) olmadığını, bilakis reklamcılar (bir reklam ajansında çalışan kişiler) olduğunu ileri sürmüştür[81].

Kanunda teşebbüs birliklerinin özel hukuk tüzel kişileri olması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır; bundan dolayı kamu tüzel kişileri de bu kapsam içinde değerlendirilmelidir. Kamu tüzel kişileri, devlet tüzel kişiliği, kamu tüzel kişiliğine sahip yerel idarelerle kamu kurumlarıdır[82].

Teşebbüs birliği kararlarının ikinci temel esası teşebbüse isnat edilen alınmış bir kararın bulunmasıdır. Karar, çok taraflı bir hukuki işlemdir. Aynı grupta bulunan fertlerin, ortak bir iş veya amaca dair kararlar almak için bir başkana yöneltmiş oldukları irade açıklamalarına karar denmektedir. Bir sendika, bir dernek veya ortaklığın genel kurul ya da yönetim kurulunda verilen karar, çok taraflı bir hukuk işlemdir[83]. Kararı, birden fazla kişinin kendilerine oy hakkı veren bir hukuki ilişki içinde, bu hakkı kullanarak yaptıkları bir anlaşma olarak tanımlamak da mümkündür. Kararda, irade beyanları karşılıklı olmayıp aynı yöne doğrudur. Bir kararın ortaya çıkabilmesi için bir

[79] TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 137.
[80] Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarih ve 99-13/99-40 sayılı kararı.
[81] "*Adı geçen dernek tarafından yazılı savunmalarında, haklarında soruşturma açılmasına dayanak yapılan reklam ajanslarının Reklamcılar Derneği'ne üye olduğu görüşünün yasal ve doğru olmadığı belirtilmiştir. Ancak dernek tüzüğünün ilgili maddeleri incelendiğinde, reklam ajanslarının karar alma mekanizmasında yer alan ya da karar alma mekanizmasını etkileyebilen (üst düzey yönetici) reklamcıların üye olabileceği ve bu kişilerin de üye oldukları anlaşılmıştır*.
Adı geçen dernek, yazılı basın izleme araştırması piyasasında olmadığını, derneklerin üreten ve pazarlayan nitelikleri olamayacağını belirterek, 4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesine göre teşebbüs sayılamayacaklarını iddia etmiştir. Esasen Reklamcılar Derneği bir teşebbüs olarak tanımlanmamış, teşebbüs temsilcileri ile diğer gerçek kişilerden oluşan bir teşebbüs birliği olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Kanun'un 3 üncü maddesinde teşebbüs birliği için mal veya hizmet üretmek ya da pazarlamak ya da ekonomik amaç gibi ölçütler aranmamış, yalnızca 'teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler'e atıf yapılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla Reklamcılar Derneği'nin 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs birliği olduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır", Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarih ve 99-13/99-40 sayılı kararı.
[82] ARI, s. 69.
[83] EREN, Genel Hükümler, s. 174; OĞUZMAN/ÖZ, s. 120.

kurulun varlığına ihtiyaç vardır. Bir karardan söz edebilmek için irade beyanlarının tamamının aynı yönde olması gerekmemekte, çoğunluğun iradesi yeterli kabul edilmektedir[84]. Bu anlamda alınmış olan karar, "*çok kez, teşebbüs birliğinin bir organı tarafından, üyelerin oy çokluğuyla alınır; alınan kararlar, oylamada hazır bulunmayan üyeler bakımından da geçerli ve bağlayıcı*"[85] olur.

Teşebbüs birliği kararlarından, genel olarak, işletmelerce meydana getirilen derneklerin kurullarınca alınan ve üyeleri bağlayan kararlar anlaşılmalıdır. Bu karar kavramına, tavsiyeler ve dernek organlarının, dernek tüzüğüne göre üyelerin davranışını uyumlaştırmaya yönelik istemleri de dâhil edilmektedir. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, "teşebbüs birliklerinin kararları" (decisions of associations of undertakings) rekabetin engellenmesi, kısıtlanması ya da bozulması amacına yönelik olduğu veya böyle bir sonuca yol açtığı takdirde hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur[86].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından kararı alan birliğin tüzel kişiliğinin olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliklerinin almış oldukları kararlarda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamına girmektedir. Bir kararın, RKHK. m. 4/1'te düzenlenen "karar" olarak değerlendirilebilmesi için onun teşebbüs birliği içinde alınmış olması gerekir. Teşebbüs birliğinin böylece alınmış bir karardan sorumlu tutulabilmesi için hukuken geçerli olması gerekmemektedir. Özellikle, kararı yetkili olmayan bir kişi veya bir organ aldığı takdirde bu durum ortaya çıkmaktadır[87].

Kararlar, bağlayıcı kararlar ve birlik tavsiyelerinden oluşur. Teşebbüs birliklerinin yetkili organlarının kanun ve tüzük çerçevesinde almış oldukları kararların, RKHK. m.4 kapsamına girdiği ve bu nedenle bağlayıcı olduğu yönünde doktrinde görüş birliği

[84] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 185-186; ARI, s. 69.
[85] ÖZSUNAY, Anlaşmalar, s. 63.
[86] ÖZSUNAY, Anlaşmalar, s. 63-64; Ayrıca bkz. ESİN, s. 34; SANLI, Geçersizlik, s. 84.
[87] ARI, s. 70.

vardır[88]. Bununla birlikte teşebbüs birliklerinin aldıkları her karar bağlayıcı değildir. Birlik, bazen tavsiye niteliğinde kararlar da alabilir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da teşebbüs birliği kararlarının bağlayıcı nitelikte olması gerektiğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Doktrindeki hâkim görüşe[89] göre ise tavsiye niteliğindeki kararlar da, bağlayıcı kararlar gibi RKHK. m. 4 kapsamına girmektedir[90].

B. TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARININ UYUMLU EYLEMLE MUKAYESESİ

Uyumlu eylemler ve anlaşmalar, teşebbüsler arasında gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı etkiye sahiptirler. Uyumlu eylemler ve anlaşmalar arasındaki fark, teşebbüslerin rekabeti sınırlama için bir araya gelmelerindeki yöntem çeşitliliğine ve farklılığına dayanır. Birlik kararlarında ise teşebbüsler değil teşebbüs birlikleri ön plandadır. Bir teşebbüs birliğinin aldığı kararda, anlaşma ve uyumlu eylemden bulunmayan özelliklere sahiptir. Karar, bir anlaşmada olduğu gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşmaz. Karar, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından alınmış olması ayırımı yapılmaksızın, anlaşma ve uyumlu eylemin aksine, tek bir varlığın iradesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bir diğer ifadeyle, karar aslında bir teşebbüs birliğinin irade beyanıdır. Bu anlamda, kararların, anlaşma ve uyumlu eyleme nazaran taşıdıkları farklılıklar nedeniyle ayrıca düzenlenmiştir[91].

RKHK. m. 4'e göre, kartel anlaşmaları gibi, belirli bir mal veya hizmet piyasasında, rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi oluşturan teşebbüs birliklerinin kararları hukuka aykırı ve yasaktır. Teşebbüs birlikleri, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu, tüzel kişiliği olan veya olmayan her tür menfaat grupları olduğu kabul edilmiştir (RKHK. m. 3). Bunların, karar ya da

[88] ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 63; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 186; TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 152 vd.
[89] BELLAMY/CHILD, European Union Law, p. 148, N. 2.114; ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 63; ASLAN, Rekabet Hukuku 2020, s. 88; AKINCI, s. 183; SANLI, Geçersizlik, s. 84; BADUR, s. 73.
[90] ARI, s. 70-71.
[91] İKİZLER, s. 223.

yürütme organları tarafından alınan kararları, "teşebbüs birliği kararları" olarak vasıflandırmak gerekir[92].

Birlik kararlarının en önemli özelliği, bağlayıcı nitelikte olmalarıdır. Rekabet hukuku bakımından kararın, yönetim kurulu veya genel kurul tarafından alınması önem taşımaz. Kararların bağlayıcı özellikte olmalarının etkisi kendisini özellikle bir hususta gösterir. Bağlayıcı özelliği ile kararlar, oy kullanmayan veya muhalif oy kullananları da kapsayacak şekilde bütün üyeler için etki doğurmalıdır ve böylece birlik olmanın gücü kullanılarak rekabeti sınırlamak amacı taşımalıdır[93]. Bu tarz kararların, hukuka aykırı rekabet sınırlamaları için olmaları veya böyle bir etki doğurmaları halinde, hükümsüzlük yaptırımına tabi olacakları kabul edilmektedir (RKHK. m. 4 ve m. 56)[94]. Oysa, uyumlu eylemlerde bağlayıcılık söz konusu olmaz.

RKHK. m. 4 ve ABİDA. m. 101'de düzenlenen rekabeti ihlâl edici danışıklı ilişkilerin bir arada bulunmalarına bir engel bulunmamaktadır. Teşebbüs birliği kararı ölçü alınarak şirketlerin takip ettiği siyaset birliğe üye olmayan şirketlerle de uyumlu eylem ilişkisi oluşturabilir. Bunun sonucunda birlik kararı ve uyumlu eylemler vasıtasıyla rekabet sınırlanmış olur[95].

Uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları arasındaki farkı belirlemek uyumlu eylem-anlaşma arasındaki farkı tespit etmekten çok daha kolaydır. Zira, RKHK. m. 4'te düzenlenen teşebbüs birliği kararının varlığı için öncelikle teşebbüs birliklerinin bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, bir birliğin içinde olduğu rekabet ihlâllerinde ilk olarak teşebbüs birliği kararının olabileceği akla gelmelidir. Yalnızca bir birliğin bulunması ise tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda rekabetin birliğin kararından dolayı sınırlanması gerekmektedir. Bu bakımdan teşebbüs birliği kararlarının iki esaslı

[92] ÖZSUNAY, Anlaşmalar, s. 64.
[93] İKİZLER, s. 233.
[94] ÖZSUNAY, Anlaşmalar, s. 64.
[95] İKİZLER, s. 247.

unsurunun olduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak bir teşebbüs birliği ve bu teşebbüse isnat edilen bir kararın veya eylemin varlığı gerekir[96].

Uyumlu eylemlerde, paralel davranış sergileyerek teşebbüslerin bir araya gelmesi ve yakınlaşmasının danışıklılığın sağlanması bakımından şart olduğunu söylemek mümkündür. Oysa, teşebbüs birlikleri çatısı altında hukuki açıdan teşebbüsler çok rahatça bir araya gelebilirler. Çoğu zaman bu durum makul ve meşrudur. Herhangi bir ortak faaliyet, bir birliğin iradesi olarak kabul edildiği takdirde, orada uyumlu eylem yok demektir. Çoğu zaman teşebbüs birliği kararları fiili olarak da olsa birlik çatısı altındaki teşebbüsleri bağlayıcı etkisi bulunmaktadır. Öte yandan, teşebbüslerin uyumlu eyleme uymak gibi bir fiili bağlayıcılık veya hukuki yaptırım altında olduklarını söylemek mümkün değildir[97].

§ 4. UYUMLU EYLEMLERİN TARİHİ GELİŞİMİ

I. GENEL OLARAK

Rekabetin insanlık tarihindeki yeri yadsınamaz. Rekabet, toplumsal bir şekilde yaşayan insanların birbirilerine karşı üstünlük taslamalarının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlamdaki rekabet olgusu, medeniyetlerin gelişmesine olumlu bir katkı sağlamış ve etken olmuştur. Bu olgu sayesinde insanlık, bilimsel, teknolojik ve ekonomik alanlarda ilerlemiştir[98].

Rekabetin tarihi, ticari hayatın tarihi kadar eskidir. M.Ö. 3000 yıl öncesinin Eski Mısır ve Eski Yunan medeniyetlerinde rekabeti kısıtlayıcı davranışlara ait tarihi kayıtlar bulunmaktadır. Antik Yunan'da bilim adamı Thales, uzay gözlemleri sırasında o yılın yağışlı veya kuraklık olacağı zamanları önceden tespit edebilmekteydi. Bu gözlemleri

[96] İKİZLER, s. 222; ARI, s. 69.
[97] İKİZLER, s. 223; ARI, s. 71.
[98] ATEŞ, Rekabet Hukuku, s. 41 vd.; AKINCI, s. 32.

sonucunda yılın yağışlı geçeceğini öngördüğü zaman Milet ve Sakız adası civarındaki bütün zeytinlikleri kiralayarak, bölgede büyük bir zeytin monopolü oluşturmuştur[99].

Rekabeti düzenleyici yasaların Milattan birkaç yüzyıl önce Hindistan ve Roma'da düzenlenmeye başlandığı bilinmektedir. Bu düzenlemelerin tacirler arasında bazı anlaşmaları yasakladığı, boykota ve üretimin kısıtlanmasına izin verilmediği, kamu veya özel tekel faaliyetlerini önleyici hükümler içerdiği görülmektedir. Bu yöndeki çabaların bilinen ilk örneklerinin Roma döneminde görüldüğü belirtilmekteyse de, daha önce örgütlenmiş toplumlarda da ticarette adaleti ve hakkaniyeti sağlamaya yönelik bazı kuralların, dolayısıyla haksız rekabeti önleyici hükümlerin konulduğu bilinmektedir[100].

Modern anlamda rekabet hukukunun ilk uygulamaları İngiltere'de görülmektedir. Kral Edward tarafından çıkarılan bir kanun ile bir ürünün hasat yapılmadan ya da henüz pazara ulaşmadan önce yüksek ücret ödenerek çiftçiden (engrossing) veya bir malın götürüldüğü pazarın bulunduğu mahale varmasından veya pazarın açılmasından önce satın alınması (forestalling) açık bir şekilde yasaklanmıştır. Fiyatlarda aşırılığın önlenmesi amacıyla Krallar bu dönemde pazarı düzenlemeye çalışmışlardır. Bu nedenlerle, 1266 yılında Kral III. Henri, aralarında paralellik sağlanması amacıyla hububat fiyatlarıyla ekmek ve bira fiyatlarının mahkemece tespitini öngören bir kanun çıkarmıştır[101].

On sekizinci yüzyılda teknoloji alanında yaşanan gelişmeler, üretim ve ürünlerin pazarlanması modellerinde değişikliğe yol açmış ve ekonomik hayattaki sermaye birikimine, piyasa konsantrasyonuna neden olmuştur. Bu nedenler ise rekabeti

[99] ATEŞ, Rekabet Hukuku, s. 42.
[100] ATEŞ, Rekabet Hukuku, s. 42; ASLAN, s. 10; AKINCI, s. 32.
[101] ATEŞ, Rekabet Hukuku, s. 46-47; POLLOCK/MAITLAND, p. 41; "*Middleman Offenses: Anglo Sakson hukuk sisteminde (The Common Law) içeriğini değiştirdiği beş kavram yoluyla rekabeti irdeledi. Bunların bilinen en eskisi The Middleman Offenses'dır. Common Law'a ve devletlere göre suçlanabilir daha 1266 yılında henüz mallar pazara gelmeden önce satın alıyorlar veya toptan, yığın halinde malları alıyorlar ve küçük miktarlarda satıyorlar veya topraktaki mahsulatı henüz hasat edilmeden önce veya en azından daha markete gönderilmeden önce satın alıyorlardı. Komisyoncuların herhangi bir sosyal faaliyette bulunmadan icrada bulunmadan elde ettiği ücret düşüncesi reddedildiği gıda sektörüyle ilgili olan yasaklamalar nadiren yaptırım gücüyle kabul edilmiştir*", AREEDA/KAPLOW, p. 39.

kısıtlayıcı uygulamaları hızlandırmıştır. On dokuzuncu yüzyılda milliyetçilik akımlarının hız kazanmasıyla birlikte hem Amerika'da hem de Avrupa'da himayecilik felsefisinin yaygınlaşması kartel anlaşmalarının artmasına yol açmıştır[102].

Ticaret hayatı üzerindeki etkisi bilinen ekonomik rekabet hakkında ilk önemli hukuki düzenlemenin, ABD'de, 1890 tarihinde Sherman Yasası ile yapıldığı görülmektedir. Rekabeti yatay, dikey ve piyasaya egemen güç olma yönünden kısıtlayan, yasaklayan Sherman Yasası, daha sonra çıkarılan pek çok Rekabet kanununa esin kaynağı olmuştur. Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Anlaşmasının 85-90. Maddeleri ile Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ABD Rekabet hukukunun izlerini taşımaktadır. Avrupa Topluluğunda, rekabetin yatay kısıtlanmasını düzenleyen Roma Antlaşması'nın 85. maddesi ile Sherman Yasasının 1. maddesi arasında önemli benzerlikler bulunması bu durumu açıkça göstermektedir[103].

II. UYUMLU EYLEMLERİN AMERİKAN HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Uyumlu eylemlerin ortaya çıkışından söz edildiğinde, ilk olarak ABD Antitröst hukuku akla gelmektedir. Zira Avrupa Birliği ile Ülkemiz rekabet hukukunda bulunan uyumlu eylemlerin kaynağı Amerikan hukukudur[104]. Bu durumda konuya Amerikan Antitröst hukukunun gelişimini ele alarak başlamak gerekir.

Hukuka aykırı bir şekilde karteller ve pazara egemen teşebbüslerce gerçekleştirilen rekabetin sınırlanmasına yönelik ilk sorunlar ABD'de baş göstermiştir. Tam ve dürüst bir rekabetin oluşmasını engelleyen karteller ile "*pazardaki hâkim gücün*

[102] ATEŞ, Rekabet Hukuku, s. 33.
[103] ATEŞ, Rekabet Hukuku, s. 38.
[104] DIEKMANN, S. 19; AREEDA/HOVENKAMP, p. 16, N. 1403; AREEDA, p. 451; AREEDA/KAPLOW, p. 251, N. 227; ARQUIT, p. 531; ASSANT, p. 69; BLECHMAN, p. 882; KINTNER, p. 340.

kötüye kullanılması"na ilişkin icraatların denetimsiz kalması sonucu kamuoyunda oluşan güçlü bir tepki ve baskı, bu alana yönelik Antitröst hukukunun temelini oluşturan 02.07.1890 tarihli *Sherman Act* ile ilk "*kartel yasağı*" düzenlenmesine yol açmıştır[105].

Kanun, adını yasa teklifini veren ve ateşli savunucularından olan Senatör Sherman'dan almıştır. 1890'ların Amerika Birleşik Devletleri'nde *Sherman Yasası*[106] metni, tekel (*monopoly*), karteller (*cartels*) ve oligopole ilişkin hukuk için bir zemin hazırlamıştır. Ticareti düzenleyen Amerikan Kanunları arasında *Sherman Yasası*, diğer düzenlemelerden ayrı bir yere ve öneme sahiptir. Zira, Kanun 1. maddesi ile rekabeti ihlâl davranışları, tekelleşme (*monopolization*) ve ticaretin kısıtlanmasına neden olan her anlaşma (*contract*), her kartel birleşme (*combination*) veya gizli anlaşma (*conspiracy*) yasa dışı kabul etmiştir. Amerikan Kongresi, açık uçlu emirlerle donattığı federal hâkimlere, haksız tekelleşme ile güçlü rekabet arasında, keza yasa dışı danışıklılık, gizli iş ve kabul edilebilir işbirliği arasındaki sınırın belirlenmesi konusunda olağanüstü yetki vermiştir. Kanun'un içeriğinde değişiklikler ve eklemeler yapılmışsa da, temel hükümleri (1. madde dâhil olmak üzere) bugüne kadar aynen korunmuştur. Söz konusu Kanun hâlen Amerikan Antitröst Hukukunun en önemli unsurunu oluşturmaktadır[107].

Sherman Yasası'nda danışıklı ilişkilerin "contract" (sözleşme), "combination" (anlaşma), "conspiracy" (gizli anlaşma) olmak üzere üç başlık altında toplandığı anlaşılmaktadır. Kanunda, uyumlu eylem (concerted action) kavramına rastlanmaz. Uyumlu eylem kavramı, Amerikan Rekabet Hukukuna içtihatlar yoluyla girmiştir[108]. Daha sonraki dönemlerde çıkarılan Kanun metinlerinde 'sözleşme' *(contract)*,

[105] ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 15.

[106] "*Sherman Act ile ayrıntılı şekilde hazırlanan geniş yetkilerin verildiği kaydedilen mahkemelerin yanı sıra Kongre, rekabet politikasının gelişmesi için ekonomistlere de müstesna bir fırsat vermiştir. Bunun nedeni, kanunların önemli hükümlerinin doğrudan ekonomik kavramları etkilemesidir ki hükümlerin yorumlanması kaçınılmaz olarak ekonomistlerin katkıları nedeniyle davet edilmesini gerektirmiştir. Ticaretin kamu gözetiminde paralellik olmadan ekonominin ve hukukun bir araya gelmesinin nasıl meydana geldiği meseledir. Çünkü ekonomi öğretileri değişirken, antitröst doktrininin sınırları ve yaptırım politikaları da doğal olarak değişmektedir*", KOVACIC/SHAPIRO, s. 43.

[107] KOVACIC/SHAPIRO, p.43; DIEKMANN, S. 19.

[108] JOLIET, p. 258-259; CENGİZ, s. 14-15; İKİZLER, s. 30.

'anlaşma' *(combination)*, 'gizli anlaşma'ya *(conspiracy)* ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 'Kararlar' ve 'uyumlu eylem" ifadelerinin ortak noktası ise, birden fazla teşebbüsün birlikte hareket etmesidir; burada kendi başına hareket eden münferit kişiler kapsam içine alınmamaktadır[109].

Sherman Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, 'sözleşme' (c*ontract*), 'anlaşma' (*combination*) ve 'gizli anlaşma' (*conspiracy*) kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Bu kavramların aralarındaki farkın açıklanmasını Kanun'da kullanılan sözcükler şüphesiz kolaylaştırır. Amerikan yargısı, Sherman Yasası'nın 1. maddesinde kullanılan kavramlar arasındaki farkı, sözleşme (c*ontract*) kavramını hukuken bağlayıcı olan bütün resmî sözleşmeler; anlaşma (*combination*) ve gizli anlaşma (*conspiracy*) kavramlarını bağlayıcı olmayan sözel bütün anlaşmalar için kullanarak ortaya koymaktadır. Bu iki kavram genel olarak mahkemeler ve yazarlar tarafından eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Örneğin; United States v. Addystone Pipe & Steel Co.[110] davasında Mahkeme Başkanı Hâkim Taft, gizli anlaşma (*conspiracy*) kavramının klasik tanımını yapar. Bu tanım şöyledir:[111] "*Bir gizli anlaşma (conspiracy), iki veya daha fazla kişinin yasal araçlarla yasadışı bir sonucu veya yasadışı araçlarla yasal bir sonucu elde etmek için yaptığı anlaşmadır*."

Gizli anlaşma *(conspiracy)* Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'ne (*Common Law)* dayanır. Aslında bu kavram, Ceza Hukuku kökenli bir kavramdır. Buradaki suç unsurunu oluşturan hususlar şunlardır: suç işleme niyeti, gizli işbirliği hakkında bilgi sahibi olma, gizli anlaşmanın *(conspiracy)* düşünce evresinden çıkmasını sağlayan aleni fiilde bulunma ve özellikle yasadışı bir eylemi gerçekleştirmek üzere mutabakata *(agreement)* varma. Ceza hukuku açısından bu mutabakatın *(agreement)* gerçekleşmesi için en azından ortak bir plan hakkında uzlaşma bulunması gereklidir; suç unsuru hakkında sadece pasif bilgi sahibi olmak veya buna göz yummak bir eşgüdümün

[109] DIEKMANN, S. 20.
[110] United States v. Addystone Pipe & Steel Co., 85 F 271 (293), (6th Cir. 1819).
[111] DIEKMANN, S. 21.

(Abstimmung) bulunduğuna dair bir varsayım için yeterli değildir. Bu uzlaşmanın sağlanması hususunda ise, belirli bir şekil aranmaz[112].

Antitröst Yasasının 'klasik' gizli anlaşma *(conspiracy)* kavramını şimdi, temelde ceza hukukundaki gizli anlaşma *(conspiracy)* kavramının içerdiği ögeleri içeren gizli işbirliği biçimi olarak değerlendirildiğinde şu sonuca ulaşılabilir: Bu tür bir gizli anlaşma *(conspiracy)* için bilhassa aranan öge, gizli anlaşma *(conspiracy)* iddiasının esasını oluşturan[2)] bir mutabakatın *(agreement)* varlığı ve bunun doğrudan doğruya ispatlanabilmesidir[113].

Amerikan Antitröst Hukuku çerçevesinde verilen kararlarda bir mutabakatın *(agreement)* varlığının doğrudan ispatlanması şartından giderek vazgeçildiğini ve bunun yanı sıra suç işleme niyeti ve aleni fiil eylemi *(overt act)* arama şartının da gevşetildiği görülmektedir. Bu yöntem, bugün Ceza Hukukundaki gizli anlaşma *(conspiracy)* kavramıyla Antitröst Yasasındaki gizli anlaşma *(conspiracy)* kavramının artık birbirleriyle örtüşmemesine yol açmıştır; son anılan kavram ise – girişimci işbirliği alanının özellikleri nedeniyle – bağımsız bir gelişim ve yorum değişimi geçirmiştir[114].

Söz konusu gelişimin daha iyi anlaşılabilmesi için 'klasik' gizli anlaşma *(conspiracy)* kavramının ögelerini hatırlatmakta ve bu kavramın yorumlanmasında çizilen çerçeveyi anlamak da yarar vardır. Bu bağlamda özellikle, aranan şart, gizli anlaşmanın *(conspiracy)* dayandırıldığı mutabakatın *(agreement)* doğrudan ispatlanması şartıdır. Örneğin "United States v. General Motors[115]" davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararda 'klasik' gizli anlaşma *(conspiracy)* kavramının kullanılabilmesinin sebebini, General Motors şirketinin toptancılarıyla

[112] DIEKMANN, S. 22; Ayrıca bkz. AKINCI, s. 142; CENGİZ, s. 15.
[113] DIEKMANN, S. 22.
[114] DIEKMANN, S. 23.
[115] United States v. General Motors, 384 U.S. 127 auf S. 140 (1966).

arasında gerçekleştirdiği ve belli rakiplerin boykotuna yol açan eylemlerini doğrudan ispatlayabilmesi oluşturmaktadır[116].

Klasik anlamda gizli anlaşma *(conspiracy)* kavramının ana unsurunu, doğrudan ispatlanabilen bir anlaşmanın bulunması oluşturur. Avrupa hukukunda bu kavram, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesinde kullanılan 'anlaşmalar' kavramına karşılık gelirken; Alman hukukunda da, resmî bir anlaşma bulunmasını gerektirmeyen 'Centilmenlik Anlaşması'na *(gentlemen's agreement)* karşılık gelmektedir[117].

B. KERESTE SATICILARI KARARI (EASTERN STATES RETAİL LUMBER DEALERS ASSN. V. US)

Amerikan Rekabet Hukukunda, Yüksek Mahkeme'nin uyumlu eylemlerle ilgili ilk önemli kararı 1914 tarihli Kereste Satıcıları Kararı (Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. US[118]) olmuştur. 'Uyumlu eylem' kavramının olumsuz niteliği nedeniyle daha en başından itibaren taraflar, aralarındaki uzlaşmayı gizlerler. Kararda belirtildiği gibi, her bir gizli anlaşmanın *(conspiracy)* ana unsuru, doğrudan ispatın çok zor olması, hatta hiç yapılamaması, hiç mümkün olmamasıdır. Bir anlaşmanın varlığının doğrudan ispatlanmasını talep eden bir gizli anlaşma *(conspiracy)* tanımı bu durumda yetersiz kalır. Bir anlaşmanın varlığının doğrudan ispatlanmasının şart olarak aranmasından vazgeçilmesi karinelere/dolaylı kanıtların kabulüne izin verilmesi demektir. Zira bu ispat ihtiyacı iş birliğinin niteliğinden kaynaklanır[119].

Söz konusu karara konu olayda, Amerikan perakende kereste satıcıları birliklerinin, toptan kereste satıcılarının doğrudan tüketiciye satış yapmasını önlemek için iş birliği yaptıkları iddia edilmişti. Perakendeciler kendi satış bölgelerinin

[116] DIEKMANN, S. 23.
[117] DIEKMANN, S. 24.
[118] Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. United States, 234 U.S. 600 (1914).
[119] DIEKMANN, S. 25-26.

hakimiyetlerini korumak ve kontrol etmek için toptancıların perakendecilerin bölgesine müdahalelerini engelleme ve bunu mümkün kılacak yöntem ve araçlar benimseme amacı güdüyorlardı. Birbirleri ile rapor sirkülasyonu sağlayarak toptancıların tüketiciye doğrudan satışlarını önlemeye yönelik faaliyetlerde bulunuyorlardı. Yüksek mahkeme olayı öncelikle taraflar arasında bir anlaşma olup olmadığı hususu bakımından ele aldı. Teşebbüsler arasındaki rapor incelendiğinde bunun bir anlaşma olmadığı ve yaptırımı olmadığı ortaya çıktı. Ancak perakendecilerin sirkülasyon sağladıkları raporda liste halinde isimleri yer alan toptancılarla işlem yapılmamasını sağlama amaçlarını ise görmemek mümkün değildi. Sonunda yüksek mahkeme, bu davada toptancıların isimlerinin yer aldığı sirkülasyonun uyumlu eylemler yoluyla iş birliği yapılmak suretiyle rekabeti ihlâl ettiğine hükmetti[120].

Kereste Satıcıları davası ile birlikte taraflar arasında bir anlaşmanın doğrudan ispat araçlarıyla ispatlanması hususundan vazgeçilmiş, pazar davranışları izlenilerek dolaylı ispat müessesinin kabul edildiği gizli iş birliği kavramı esas alınmıştır. Anılan davada Yüksek Mahkeme, uyumlu eylemler *(concerted practices)* bulunduğu kanısına varmış ve bu kanıyı bir gizli anlaşmanın *(conspiracy)* varlığı için yeterli kanıt olarak kabul etmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi bu kavramı mutabakat *(agreement)* kavramıyla eşanlamlı kullanmıştır[1)]; bu durumda uyumlu eylemler *(concerted practices)* gizli anlaşmanın *(conspiracy)* varlığını gösteren karine oluşturmazlar, daha çok mutabakat *(agreement)* kavramının bir alt anlamını teşkil ederler ve onun varlığının ispatı ile gizli anlaşmanın *(conspiracy)* varlığı da ispat edilmiş olur[121]. Dolayısıyla uyumlu eylem *(concerted practices)* kavramının tutarlı bir kullanımı olmadığı görülüyor. Zira, bir yandan ispat hukukunda, bir gizli anlaşma *(conspiracy)* bulunduğu şüphesine dair önemli rol oynarken diğer yandan maddî hukukta mutabakat *(agreement)* kavramının yorumlanmasında kullanılmaktadır[122].

[120] CENGİZ, s. 204; İKİZLER, s. 38 vd.
[121] DIEKMANN, S. 27.
[122] DIEKMANN, S. 28.

§ 5. UYUMLU EYLEMLERİN MUKAYESELİ HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Günümüzde, gelişen iletişim şekilleri nedeniyle kolaylıkla başvurulabilen bir rekabeti ihlâl edici davranış türü olan uyumlu eylemlerin ortaya çıkışı ve yasal düzenleme sürecinin ele alınması bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Çalışmamızda, öncelikli olarak, uyumlu eylemin kökeni olan Amerikan Antitröst hukuku ele alınmakta, daha sonrasında bu gelişmelerden ilham alarak yasal düzenlemelerin yapıldığı Avrupa Birliği ve Alman Rekabet hukukundaki düzenlemeler ve en son olarak Türk rekabet hukukundaki düzenlemeler ele alınıp incelenmektedir.

I. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. AMERİKAN REKABET HUKUKUNDA

Uyumlu eylemlerin ortaya çıkışından söz edildiğinde, ilk olarak Amerikan Antitröst hukuku akla gelmektedir. Zira Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda yer alan uyumlu eylemlerin kaynağı Amerikan hukukudur[123]. Bu durumda konuya Amerikan Antitröst hukukunun gelişimini ele almakla başlamak gerekir. Amerikan Rekabet Hukukunu oluşturan temel yasalar Sherman Yasası, Clayton Yasası, Federal Ticaret Komisyon Yasası ve Robinson-Patman Yasasıdır.

Küçük karteller ve pazara egemen teşebbüsler tarafından hukuka aykırı bir şekilde rekabetin sınırlanmasına yönelik eylemler ilk olarak ABD'de ortaya çıkmıştır. Pazardaki hâkim gücün kötüye kullanılması ve tam rekabetin sağlanmasını engelleyen karteller bir süre denetimsiz kalmışlardı. Ancak, kamuoyundan gelen baskılar

[123] DIEKMANN, S. 19; AREEDA/HOVENKAMP, p. 16, N. 1403; AREEDA, p. 451; AREEDA/KAPLOW, p. 251, N. 227; ARQUIT, p. 531; ASSANT, p. 69; BLECHMAN, p. 882; KINTNER, p. 340.

sonucunda Amerikan Antitröst Hukukunun temelini oluşturan 1890 tarihli "*Sherman Act*" ile ilk olarak "kartel yasağı" öngörülmüştür[124].

Sherman Yasası'nda danışıklı ilişkilerin "contract", "combination", "conspiracy" olmak üzere üç başlık altında toplandığı anlaşılmaktadır. Kanunda, uyumlu eylem (concerted action) kavramına rastlanmaz. Uyumlu eylem kavramı, Amerikan Rekabet Hukukuna içtihatlar yoluyla girmiştir[125]. Daha sonra Kanun metinlerinde kullanılan 'sözleşme' *(contract)*, 'anlaşma' *(combination)*, 'gizli anlaşma' *(conspiracy)* ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 'Kararlar' ve 'uyumlu eylem" ifadelerinin ortak noktası ise birden fazla teşebbüsün birlikte hareket etmesidir; burada kendi başına hareket eden münferit kişiler kapsam içine alınmamaktadır[126].

Sherman Yasası'nı müteakip, ABD'de yeni rekabet yasaları yürürlüğe girmiştir. Böylece, Sherman Yasası'ndan kaynaklanan boşluklar bu yasalarla tamamlanmaya çalışılmıştır. Sherman Yasası'nı tamamlamak amacıyla, 15.10.1914 tarihinde *Clayton Act* çıkarılmıştır. Bu düzenleme ile fiyat ayrımcılığının, münhasır satım sözleşmelerinin, tekelleşme yaratan birleşme ve devralmaların hukuka aykırı olduğu öngörülmüştür[127].

Federal Ticaret Komisyon Yasası'nın (Federal Trade Commission (FTC) Act,) Clayton Yasası'nın çıkarılmasına esas olan temel nedenlere dayanılarak düzenlenmiş ve eş zamanlı olarak 1914 tarihinde yürürlüğe girmiştir[128]. Bu yasa ile antitröst yasalarının

---

[124] OPPENHEIM/WESTON/McCARTHY, p. 7-8; ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 15; "*Sherman Yasasının ilk yirmi yılında, mahkemeler antitröst yaptırımının yasada belirsiz olan koşullarını şekillendirmeye başlamışlar. Kanunun ticaretin kısıtlanmasındaki "her" sözleşmeye kategorik olarak yasaklanması, hâkimlerin rekabeti baskılayan iş birliği ile büyümeyi teşvik eden iş birliğini birbirinden ayırt etmek için ilkeler geliştirmelerini zorunlu kılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri / Trans-Missouri Navlun Birliği ((US v. Trans-Missiouri Freight Association) 166 US 290 [1897]) gibi bazı ilk davalar, bu ilkeleri tam anlamıyla uyguladı; ancak bu kararlar bile ticari özgürlüğü frenleyen tüm anlaşmaların yasaklanmasının, ortaklıklar gibi faydalı iş birliği biçimlerini zorlayabileceğini kabul etti*", KOVACIC/SHAPIRO, p. 44.

[125] İKİZLER, s. 30.

[126] DIEKMANN, S. 20.

[127] OPPENHEIM/WESTON/McCARTHY, p. 19; Rekabet Hukuku Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 7; ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 21.

[128] ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 28.

yürütme organları tarafından uygulanmasına ilişkin tekeli sona erdirmiş ve antitröst politikasını uygulamak üzere ayrı bir yürütme organı oluşturmuştur[129].

Robinson-Patman Yasası, Clayton Yasasının eksikliklerini gidermek amacıyla 1936 yılında kabul edilmiştir. Bu yasa, bir önceki yasa gibi fiyat ayırımcılığını önlemeyi amaçlamıştır. Ancak, Clayton Yasasından farklı olarak, o sadece büyük satıcılar için değil, aynı zamanda alıcı veya müşteri seviyesindeki rekabeti de düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu yasa ile, güçlü bir alıcının zayıf satıcılarla yaptığı sözleşme ile onlara karşı haksız bir rekabet avantajı elde etmesi önlenmeye çalışılmıştır[130].

B. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA

Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda, İtalya ve Lüksemburg arasında, 18 Nisan 1951 tarihinde Paris'te, "Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Antlaşması" imzalanmıştır. AKÇT, uluslararası değil, ilk uluslar üstü bir antlaşmadır. Bunun anlamı, taraf ülkeler bu antlaşma ile hâkimiyet haklarının bir kısmını AKÇT'ye devretmişlerdir. Avrupa Birliği hukukunda, uyumlu eylemler öncelikle 1951 tarihli AKÇT Antlaşmasında düzenlenmiştir (m. 65). Avrupa'nın bütünleşmesinde önceliğin ekonomik birlikteliğin sağlanması gerektiği yönündeki düşüncelerin ürünü olarak 25.03.1957'de Roma'da, Avrupa Ekonomik Topluluğunu (AET) kuran antlaşma imzalanmıştır. Bu Antlaşma, Roma Antlaşması veya Ortak Pazar Antlaşması olarak da adlandırılmaktadır. Bu Antlaşmanın amacı, Avrupa'nın önemli ülkeleri arasında gümrük birliğini ve ekonomik bütünleşmeyi sağlamaktır[131]. AB birliği Antlaşması ile "Avrupa Ekonomik Topluluğunda" (AET) değişiklik yapılarak AET yerine geçmek üzere "Avrupa Topluluğu" (AT) kurulmuş ve "Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran

[129] OPPENHEIM/WESTON/McCARTHY, p. 21; KOVACIC/SHAPIRO, s. 46.
[130] OPPENHEIM/WESTON/McCARTHY, p. 20; İKİZLER, s. 29.
[131] TEKİNALP/TEKİNALP, s. 7-8; POWER, p. 67-82.

Antlaşma" da (ATA) şeklinde değişiklik yapılmıştır. AET ve AT'de, AKÇT gibi uluslar üstü bir örgüttür[132].

2009 yılında ise, Lizbon Antlaşması ile birlikte "Avrupa Topluluğu Antlaşması" adı "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma" (ABİDA) olarak değiştirilmiştir. Topluluğu kuran Roma Antlaşmasının 85. maddesinde düzenlenen rekabeti sınırlayıcı sözleşme, anlaşma, karar ve maddi eylem olarak ortaya çıkan her türlü işlem ve eylemi kapsayan yasaklar, ABİDA'da 101. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek şekilde iç pazardaki rekabeti engelleme, kısıtlama ya da bozma amacıyla veya bu sonuçları doğuracak şekilde yapılan anlaşmalar, karar vermeler veya uyumlu eylemde bulunmalar yasaktır[133].

C. ALMAN HUKUKUNDA

Almanya'da, rekabet sınırlarına ilişkin ilk düzenleme 2 Kasım 1923 tarihli "*Ekonomik Gücün Kötüye Kullanılması Hakkında Kanun"*la yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeyle, karteller ve sınırlayıcı uygulamalarla mücadele amacıyla İmparatorluk İktisat Bakanı'na önemli yetkiler tanınmış ve bir "Kartel Mahkemesi" oluşturulmuştur. 1947 yılında çıkarılan "*Kartelleri Kaldırma Kanunları*" ile kartellerin ve tekellerin kurulması yasaklanmıştır. 1948 yılında yapılan para reformundan sonra iktisadi denetim giderek gevşetildiğinden, anlaşmalara dayanan rekabet sınırlamaları iktisadi politikanın en önemli sorunlarından biri haline gelmiştir. Bunun üzerine, karteller ve sınırlayıcı uygulamalarla mücadele amacıyla bir "Kartel Kanunu" tasarısı hazırlanmıştır[134]. Böylece, 27 Temmuz 1957 tarihli "Rekabet Kısıtlamalarını Önleme Kanunu" (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschraenkungen= GWB) yürürlüğe girmiştir[135].

[132] TEKİNALP/TEKİNALP, s. 8.
[133] BISHOP/WALKER, p. 157-158; CRAIG/DE BURCA, p. 1012; GREEN/ROBERTSON, p. 291-292.
[134] ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 50; SANDROCK, S. 858-859.
[135] ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 50.

Alman Rekabetin Kısıtlanmasını Önleme Kanunu'nun (GWB) 25. madde 1. fıkrası "*bu kanun gereği resmî bir sözleşme konusu olamayacak ...birbiriyle eşgüdümlü davranışları*" yasaklar[136]. 27.07.1957 tarihli Alman Rekabetin Kısıtlanmasını Önleme Kanunu'nun 1. maddesi de genel bir yasak hüküm getirmesi nedeniyle hukuk normu karakteri taşımaktadır. "*Teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin ortak bir amaç için imzaladıkları sözleşmeler ve teşebbüs birliği kararları, rekabeti kısıtlayarak üretimi veya mal ticareti için gerekli piyasa koşullarını veya ticarî verimliliği etkileyecek nitelik taşıyorlarsa hükümsüz sayılırlar.*" Ancak bu yasağa Amerikan ve Avrupa kanunlarındaki hukuk normlarına atfedilen temel anlam atfedilemez; bu yasak, kartel hukuku kapsamındaki anlaşmaları fiilî bir imtiyaz sistemiyle değerlendiren, öngörülmüş birçok izin/ruhsat çekinceleri çerçevesinde yorumlanmalıdır[137]. Kanunun "*yasaklama ilkesi*" ile "*kötüye kullanma ilkesi*" arasında ortalama bir çözüm benimsediği anlaşılmaktadır[138].

II. TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Dünyada rekabet hukukunun tarihi, yüzyılı geçmesine rağmen, Türkiye'de bu hukukun geçmişi, yasal düzenleme bakımından çok eskiye dayanmaz. Ülkemizde rekabet hukukuna ilişkin düzenleme çok büyük bir gecikmeyle ancak 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile yapılmıştır. Bu kanundan önce çeşitli tarihlerde kanun taslakları hazırlanmıştır. Konuyla ilgili ilk taslak, 1978 tarihinde "*İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun*" adı ile Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır. Bunu aynı Bakanlığın hazırladığı "*Ticarette Dürüstlüğün Korunması Kanunu" ve "Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*" adlı iki tasarı izlemiştir. Sanayi ve Ticaret Bakanlıklarının birleştirilmesinden sonra da bu yeni Bakanlığın bünyesinde, 1984 yılında iki yeni tasarı daha hazırlanmıştır. Ancak her iki tasarıda da rekabet hukukunun gerçek amaçları değil, devlet korumacılığı ve müdahalesini geliştirme amacı öne çıkmıştır. Etkin rekabetin sağlanması amacına

[136] AXSTER, S. 605.
[137] DIEKMANN, s. 20.
[138] ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 54; TOPÇUOĞLU, İşbirliği s. 50.

yönelik olarak bugün uygulanmakta olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un[139] (RKHK) hazırlıklarına ise 1992 yılında başlanmış ve tasarı TBMM'de 07.12.1994 tarihinde kabul edilip, 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[140].

Kanun'u uygulamaktan sorumlu Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu ise 27.02.1997 tarihinde kurulmuş ve üyelerin atanması yapılmıştır. Böylece, Kurumun örgütlenmesi 8 ay içinde tamamlanarak, 04.11.1997 tarihinden itibaren başvurular değerlendirilmeye başlanmıştır. 1982 Anayasası'nın 167'nci maddesinde "Ekonomik Hükümler" başlığı altında bu konu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "*Devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler…*"

RKHK, esas olarak Avrupa Birliğinden alınmıştır. AB kurucu Anlaşmasının 81. ve 82. maddeleri ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'nun yürürlüğe girdiği 1994 yılında Avrupa'da yürürlükte olan Uygulama Tüzüğü'nün belirli maddeleri bazı değişikliklerle uyarlanarak yasalaştırılmıştır[141]. Türk Rekabet Hukukuyla ilgili temel kanun 4054 sayılı RKHK olup, Kanun içerisinde birinci kısımda amaç, kapsam, tanımlar, ikinci kısımda yasaklanan faaliyetler, Rekabet Kurulu'nun yetkileri, idari para cezaları, üçüncü kısımda teşkilat, Rekabet Kurulu, dördüncü kısımda Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında usul, beşinci kısımda rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları, altıncı kısımda ise son hükümler yer almaktadır.

[139] RG, 13.12.1994, S. 22140.
[140] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 33; Detaylı bilgi için bkz. ÖZSUNAY, Kartel Hukuku, s. 246 vd.
[141] İNAN, Rekabet Hukuku, s. 6.

BİRİNCİ BÖLÜM
UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TANIMI, UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 6. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TANIMI VE UNSURLARI

I. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TANIMI

"Uyumlu eylem" tanımı, mevzuatta yapılmamıştır. Buna karşılık bu kavramın tanımının gerek doktrinde gerek içtihatta yapıldığı görülmektedir. Bunları zikredilen sırayla ele alıp incelemek gerekir.

A. DOKTRİNDE YAPILAN UYUMLU EYLEM TANIMLARI

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da uyumlu eylemlerin tanımına yer verilmemiştir. Keza, mehaz kanun olan ABİDA. m. 101'de de bu konuya ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır. Uyumlu eylemin tanımı, anlaşma veya birlik kararı vasfı taşımayan tüm işletme eylem ve faaliyetlerini rekabet hukuku açısından denetlenmesine imkân sağlayabilmektedir. Bu nedenle, uygulama alanı geniş olan uyumlu eylemlerin dar ve katı bir tanımlama ile uygulamasını daraltıcı bir etki kaygısı vardır[142].

Uyumlu eylemlere ilişkin olarak doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

[142] ARI, s. 79; İKİZLER, s. 57.

Korah'a ve Antunes'e[143] göre, "*bir uyumlu eylem kavramının mevcudiyeti, teşebbüslerin bir anlaşmanın dışında kalan rekabete aykırı bir şekilde iş birliği yaparak 85. maddede belirtilen yasaktan kaçmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle uyumlu eylem kavramı, Antlaşma kapsamında teşebbüsler arasında gayrı resmi iş birliğinin getirilmesine izin verir*".

Toepke'e[144] göre, "*uyumlu eylem, teşebbüslerin yalnızca ortak bir planın yürütülmesinde paralel davranmalarına yol açan eylemleri değil, bağımsız olarak gerçekleştirilmesine rağmen ortak bir amaca yönelik uygulamalarıdır*".

Van Bael&Bellis'e[145] göre ise "*uyumlu eylem, tam bir anlaşmaya varmayan, ancak ilgili teşebbüslerin rakiplerinin piyasada benimseyecekleri davranışı daha kesin olarak öngörmelerini sağlayan ve bu nedenle rekabetin doğasında var olan doğal belirsizliği ortadan kaldıran veya azaltan teşebbüsler arasında bir koordinasyon şeklidir*".

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku doktrininde, Ülkemiz rekabet hukuku doktrininden farklı olarak uyumlu eylemlerin ayrı tanımlanmasına gidilmemiş, ABAD'ın Boya ve Şeker Karteli kararlarındaki tanımlamalara öncelik verilmiştir.

Aslan'a[146] göre uyumlu eylem, "*iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlarıdır*".

[143] KORAH, Modern Law, p. 220; ANTUNES, p. 60-61; Antunes'e göre uyumlu eylemlerde, anlaşmanın aksine, karşılıklı anlaşmaya hatta düşüncelerin içtimasına bile gerek yoktur, bkz. ANTUNES, p. 67.
[144] TOEPKE, p. 31.
[145] VAN BAEL/BELLIS, p. 36.
[146] ASLAN, 2001, s. 81.

Esin'e[147] göre uyumlu eylem, "*teşebbüs ve teşebbüs birlikleri tarafından alınan kararlar ve anlaşmalarla karşılaştırıldığında belirleyici olmayan müşterek bir hareket biçimidir*".

Topçuoğlu'na[148] göre ise, "*uyumlu eylem, teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlardır*".

Gülören Tekinalp'e[149] göre ise, "*uyumlu eylemler, işletmelerin aralarında bir anlaşma veya mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan kararları veya uygulamaları ifade eder*".

Ünal Tekinalp'e[150] göre ise "*uyumlu eylemler, teşebbüslerin araalrında, sözlü veya yazılı herhangi bir sözleşme yapmadan, bir anlaşmaya ya da mutabakata varmadan, birbirleriyle uyumlu olan kararları alıp uygulamaya koyarak veya birbirleriyle uyumlu davranışlarda bulunarak belirli bir mal ya da hizmet piyasasında rekabeti bozmaları, kısıtlamaları veya engellemeleridir*".

Cengiz'e[151] göre ise, "*uyumlu eylem, RKHK. m.4 anlamında, üçüncü kişilere karşı aleni olarak yapılan veya gizli olarak yapılmakla beraber doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlanabilen anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları veya eylemleri dışında kalan; rekabeti bozucu etkileri bakımından bunlarla aynı nitelikte olan, gizlilik*

[147] ESİN, s. 34.
[148] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 200.
[149] TEKİNALP, Uyumlu Eylemler, s. 203-204; "*Bir işletmenin ürününün fiyatını yükseltmesi halinde rakip işletmeler de hemen veya aynı zamanda fiyatlarını yükseltirlerse veya bir işletmenin bayilerine kabul ettirdiği bir şartı diğer teşebbüsler aynen veya küçük farklarla izlerlerse, teşebbüsler arasında -anlaşma bulunmamakla beraber-uyumlu eylem vardır",* TEKİNALP, Uyumlu Eylemler, s. 203-204.
[150] TEKİNALP/TEKİNALP, §28 Nr. 14.
[151] CENGİZ, s. 27.

ve örtülülük yöntemlerini içeren bütün işbirliklerini kapsayan ve yakalayıcı işlevi olan bir kavramdır".

Aydoğdu'ya[152] göre ise "*uyumlu eylemler, teşebbüslerin aralarında bir anlaşma veya mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan kararlarını veya uygulamalarını ifade eder*".

Akıncı'ya[153] göre ise, "*uyumlu eylem, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek kârlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlarıdır*".

İkizler[154] ise uyumlu eylemleri unsurları açısından şu şekilde tanımlamıştır: "*Uyumlu eylemler, iki ya da daha çok teşebbüsün birbirleriyle bağlantıya geçmesi sonucu pazar politikalarının paralelleşmesiyle rekabetin sınırlamasıdır*".

B. MAHKEME VE YETKİLİ KURUM KARARLARINDA YAPILAN UYUMLU EYLEM TANIMLARI

1. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında Uyumlu Eylem Tanımları

Uyumlu eylem, Adalet Divanı'nda ilk kez, I.C.I şirketinin Komisyon'a karşı açtığı ve Dyestuffs davası (Boya Maddeleri Davası) olarak bilinen davada tanımlanmıştır. Divan, "*uyumlu eylemi, aralarında gerçek anlamda bir anlaşma olmadığı halde, tarafların, rekabeti doğuracakları riskleri, bilerek ve isteyerek koordinasyon içinde*

[152] AYDOĞDU, s. 19.
[153] AKINCI, s. 145.
[154] İKİZLER, s. 60.

ortadan kaldırarak, bunun yerine, pratikte iş birliğin ortaya çıkaran davranış şekli…" olarak ifade etmiştir[155].

Avrupa Topluluk Hukuku içtihadında, Adalet Divanının Boya Maddeleri davasında[156] (*Dyestuffs Davası*), uyumlu eylem kavramının ilk olarak tanımlandığı görülmektedir[157]. Divan, fiyatları belirli bir tarihten itibaren artırmaya yönelik niyetlerini açıklayarak, boya maddeleri üreticilerinin, aralarında farklı piyasalardaki karşılıklı davranışlarına ilişkin belirsizliği ve dolayısıyla bunların üzerindeki her türlü özerk davranış değişikliğine özgü riskin büyük bir bölümünü önceden ortadan kaldırdığını düşünmüştür. Diğer yandan, Boya kararından, uyumlu bir uygulama ile tek başına tanımlanamadan, davranışın paralelliğinin piyasanın özelliklerini dikkate alarak ciddi bir işaret oluşturabileceği anlaşılmaktadır[158].

Dyestuffs Davasında, Komisyon'un kararına ve Mahkemenin kararına bağlı olarak, dava konusu olaylar aşağıdaki gibi cereyan etmiştir. Ocak 1964'ten Ekim 1967'ye kadar, Toplumda renklendirme maddelerinin fiyatında üç genel ve tek biçim artış gerçekleşmiştir. 7 ve 10 Ocak 1964 arasında, İtalya'da, Hollanda'da, Belçika'da ve Lüksemburg'da, belirli kategoriler hariç olmak üzere, çoğu anilin olan temel

[155] BELLAMY/CHILD, Common Market, p. 52-53; TOEPKE, p. 31; LANE, p. 53.
[156] ICI (Imperial Chemical Industries Ltd.) v. Commission (Dyestuffs), Cases 48/69, ECR 1972, 619.
[157] "*Basic Slag Davasında, …Duruşmada Yargıç Cross, Yazı İşleri Müdürüne aşağıda yazılı olanları ifade ederek karar vermiştir: 'Söz konusu hüküm, iki veya daha fazla kişi arasında yasal olarak bağlayıcı olmayan bir anlaşma ve iki veya daha fazla kişi arasında yasal olarak bağlayıcı olmayan bir düzenleme arasındaki bir ayrımı çizmektedir. Ayrımın amacı nedir? İster Anlaşma ister düzenleme olsun, taraflar arasında bazı iletişimin olması - zihinlerinin buluşması gerektiğini düşünüyorum (...). Bana göre, yasal olarak bağlayıcı olmayan bir düzenleme oluşturmak için gereken tek şey, tarafların birbirleriyle bir şekilde iletişim kurması ve bu iletişimin neticesinde, her birinin kasıtlı olarak diğerini belli bir şekilde hareket etmesine yönlendirmesidir. Eğer bu doğruysa, o zaman üye şirketlerin, bana göre, her birinin Basic ile söz konusu anlaşmayı yürüteceği bir düzenleme yaptıklarını düşünüyorum. Birbirleriyle hiç iletişim kurmadıkları iddia edilmiştir. Bunu kabul edemem. Her birinin Yönetim Kurulunda bir idarecisi vardı ve Yönetim Kurulunda iştirak etmemiş olan idarecilerin bilgilendirildiği görüşmeler üye şirketler arasında yazışma alışverişinde olduğu gibi görüşmelerdi. Ayrıca, hiçbir üyenin Basic ile bir anlaşma yapmak zorunda olmadığının ve hiçbir üyenin sözleşmesini yürütmesini etmesini diğerlerinin kendi şartlarını yerine getirmemesi koşuluyla yapmadığının altını çizmiştir. Elbette her birinin devam etmeyi reddetmekte özgür olduğu doğrudur ve aslında Brimbo Steel Co Ltd. şirketi geri çekilmiştir. Anlaşmaların, diğer üyeler tarafından benzer anlaşmaların yürütülmesine bağlı olmadığı da doğrudur. Fakat anlaşmaların geri kalan sekiz üyeye infazı için gönderildiği aşamaya gelindiğinde, ilgili herkes diğerlerinin kendi anlaşmalarını infaz etmesini beklemiştir*", JOLIET, s. 255.
[158] JOLIET, s. 252.

renklendirici maddelerin fiyatlarında %15'lik tekbiçim bir artış gerçekleşmiştir. 1 Ocak 1965 tarihinde, bu artış Almanya'ya kadar uzanmıştır. Aynı gün Fransa'nın dışında, tüm üreticilerin bir kısmı ortak pazar ülkelerine ilk artıştan hariç tutulan boyaların fiyatında %10'luk tek biçim bir artış uyguladı. ACNA şirketinin İtalyan piyasasında 1965 yılı artışına katılmamasının ardından, Toplumdaki diğer işletmeler bu piyasadaki fiyatlarında açıklanan artışı sürdürmemiştir. Sonunda, Ekim 1967'nin ortalarında, neredeyse tüm renklendirici maddelerde, Almanya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'daki hemen hemen tüm üreticiler tarafından %8'lik bir artış uygulandı. Bu artış Fransa'da %12 olmuş, buna karşılık İtalya'da ise hiçbir artış gerçekleşmemiştir. Komisyon, bu çeşitli artışların uyumlu nitelikte olduğu sonucuna varmış ve bunlara iştirak etmiş olan işletmelere para cezası vermiştir. Çeşitli artışlar sırasında her ülkede uygulanan oranların kimliği, söz konusu olan renklendirme maddelerin kimliği ve farklı ülkelerdeki uygulama tarihlerinin çok yakınlığı Komisyon tarafından bir gizli anlaşmadan çıkan kanıtlar olduğu kabul edilmiştir[159].

Yapılan değerlendirmelerde, "*dikkatli bir ön istişare olmadan, ortak pazara tedarik sağlayan ana üreticilerin, neredeyse aynı zamanda ve piyasa koşullarının farklı olduğu birçok ülkede, aynı ve önemli ürün serisinin fiyatlarını aynı yüzdelerle tekrar tekrar artırdığı inandırıcı değildir*" ifadesi kullanılmıştır. Diğer istişare göstergeleri de korunmuştur: "üreticiler tarafından şubelerine gönderilen artış emirlerinin içeriğinin benzerliği ve fiyat sorununun tartışıldığı üreticiler arasında bilgi temaslarının varlığı gibi"[160].

Komisyon, aynı ürünler üzerindeki fiyat artışlarının aynı oranda ve eşzamanlı olmasını ve fiyat bildirimlerinin, küçük ortaklara ve bayilere gönderilen satış bedeli emirlerinden ve gizli bağlantılardan kaynaklandığı nedenleriyle uyumlu eylemin bulunduğu kanısına ulaşmıştır. Teşebbüsler ise Dyestuffs piyasasının oligopol yapısının olması nedeniyle, birlikte davranmak için iş birliği yapmalarına gerek olmadığı, bir fiyat liderinin takip edilmesinin bu nitelikten kaynaklandığını iddia ederek kararı temyiz

[159] JOLIET, s. 252-253.
[160] JOLIET, s. 252-253.

etmişlerdir[161]. ABAD,[162] Komisyon kararını onaylayarak, uyumlu eylemin tanımına dair ilk temel ilkeyi koymuştur[163]. Bu karara göre,*"... (Uyumlu eylem) bir anlaşmanın tamamlanması aşamasına ulaşılması zorunlu olmaksızın, işletmelerin rekabetin risklerine karşı bilerek oluşturdukları, aralarında pratik iş birliği sağlayan bir koordinasyon şeklidir. Niteliği gereği uyumlu eylem bir anlaşmanın bütün elementlerine sahip değildir, fakat katılımcıların davranışlarından açıkça anlaşılan bir koordinasyon olmaksızın karşılıklı olarak tekrar edilerek ortaya çıkabilir*."

Söz konusu I.C.I davasında ise Hukuk Müşaviri Mayras, görüşlerinde, ABİDA 101. maddenin anlaşmalar ve uyumlu eylemler arasında açık bir şekilde yaptığı ayrımdan sonuç çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. "*Anlaşma kavramını sadece belirli bir uygulamaya indirgeyecek şekilde bu son kavrama o kadar sınırlı ve o kadar dar bir anlam yüklemek, genel olarak sıkça başvurduğunuz ve her bir düzenlemenin tam etkili olması uygun olacağı bir genel yorumlama ilkesine kesinlikle aykırı olacaktır*". Bu yorum, Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Gerçekten de, I.C.I kararından, uyumlu eylem kavramının ilgisinin sadece bir anlaşmanın delil planında bulunmadığı, somut bir bakış açısından, uyumlu eylem kavramının anlaşmanın altında kaldığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Hukuken bağlayıcı anlaşmadan, centilmenlik anlaşmasının ara aşamasından geçerek, en eksiksiz biçimden uyumlu uygulamaya, en az tamamlanmış biçim olan istişare biçimleri arasında bir hiyerarşi bulunmaktadır[164].

[161] "*Söz konusu şirketler için, aksine, piyasanın yapısına bağlı olan basit bir bilinçli paralel davranış söz konusuydu. Söz konusu ürünlerin fiyatları, büyük bireysel indirimlerle bir sert rekabet nedeniyle sürekli bir düşüş eğilimi göstermiştir. Fiyatların bu sürekli erozyonu olgusu göz önüne alındığında, bir artışı başlatan üretici, aynı karlılık sorunları olan rakipleri tarafından takip edilmesi beklenebilirdi, çünkü diğer şirketler, kaçınılmaz olarak eski fiyatlarının korunmasına neden olacak olan ani talep artışı ile başa çıkmak için üretimlerini ihtiyaç duydukları kadar hızlı arttırmazlardı. Kararın ilgisi esas olarak tartışmalı düzeyde bulunuyordu. Bana göre Komisyon, gözlemlenen paralelliğin, gizli anlaşma olmadan irrasyonel ekonomik davranışa karşılık geldiğini göstermek için piyasanın özelliklerini analiz edemediği için haklı olarak eleştirilmiştir. Aynı eleştiriyle karşı karşıya gelmemeye çalışırken, Adalet Divanı Komisyonun tutumunu büyük ölçüde onaylamıştır*", JOLIET, s. 252-253.

[162] JOLIET, s. 252-253.

[163] CENGİZ, s. 30.

[164] JOLIET, s. 253-254.

ABAD'ın söz konusu Dyestuffs Kararınının gerekçesinde yine uyumlu eylem kavramı şu şekilde ifade edilmiştir[165]: "*Eğer 85. madde "uyumlu uygulama" kavramını "işletmeler arasındaki anlaşmalar" ya da "işletme ilişkisi" kavramından ayırıyorsa, bunun sebebinin bu maddenin yasakları altında, uygun bir anlaşma yapılmasına zorlanmadan, bilerek rekabet riski altındaki pratik iş birliğini ikame eden teşebbüsler arasında bir koordinasyon biçimi kavrama niyetinde olması; özelliği gereğince, uyumlu uygulamanın bir anlaşmanın tüm unsurlarını bir araya getirmediği, özellikle de katılımcıların davranışlarıyla ifade edilen koordinasyondan kaynaklanabileceği; bir davranış paralelliği kendi içinde uyumlu bir uygulama ile tanımlanamazsa, yine de normal piyasa koşullarına uymayan rekabet koşulları ile sonuçlandığında, ürünlerin niteliği, şirketlerin büyüklüğü ve sayısı ile söz konusu pazarın hacmi göz önüne alındığında, bunun ciddi bir göstergesi olması muhtemel olduğu; durumun, özellikle paralel davranış ilgililere rekabetten kaynaklanacak seviyeden farklı bir fiyat dengesi aramasına ve tedarikçilerinin tüketicileri tarafından serbestçe seçim ve edinilen durumların ortak pazarda ürünlerin etkin hareket özgürlüğüne karşı kristalize edilmesi olduğu; mevcut davada uyumlu bir eylemin olup olmadığı sorusu, ancak itiraz edilen kararın çıkardığı delillerin tek başına değil, bir bütün olarak, söz konusu ürünlerin piyasasının özellikleri dikkate alınarak doğru bir şekilde değerlendirilebildiği*" yönünde karar gerekçesinden kavram hakkında sonuçlar çıkarılabilir.

ABAD'a göre, uyumlu eylemin, bir anlaşmanın tüm unsurlarını bir araya getirmediği kesindir. Diğer yandan Mahkeme, bu işbirliğinin etkisinin piyasada hüküm süren belirsizliğin giderilmesinden ibaret olduğunu çok açık bir şekilde açıklığa kavuşturmuştur: "*Her üreticinin rakiplerinin şu andaki veya ileride öngörülebilen davranışını hesaba katarak fiyatlarını serbestçe değiştirmesi, fiyat artışıyla ilgili koordineli bir hareket tarzı belirlemesi ve buna ilişkin tüm belirsizliğin önceden ortadan kaldırılması suretiyle rakipleriyle iş birliği yapması ve rekabeti sınırlaması, ABİDA'nın hükümlerine göre yasaktır*"[166].

[165] Ayrıntılı bilgi için bkz. PIRIOU, s. 41 vd.
[166] JOLIET, s. 253-254.

Bu karar sonucunda ABAD, uyumlu eylemlerle anlaşmaları ayırmış ve uyumlu eylemleri anlaşma aşamasına varmayan bir eş güdüm olarak kabul etmiştir. Bir diğer deyişle uyumlu eylemi, anlaşma aşamasına gelmeyen durum olarak ifade etmek mümkündür[167]. Uyumlu eylem kavramı, teşebbüsler arasında, uygun bir anlaşmanın yapılmasına gerek olmadan rekabet riski altında aralarındaki pratik iş birliğini bilerek ikame eden bir tür koordinasyon şeklini ifade etmektedir[168]. Bir uyumlu eylemin rekabet ihlali oluşturması için taraflar arasında bir sorumluluk veya görev dağılımının, somut olmayan bir mutabakat veya ispatlanması mümkün olmayan bir uzlaşmanın varlığı, gerekmektedir. Tarafların böyle bir durumda ortak hareket etmeleri esastır[169].

Divanın kararı değerlendirildiğinde, uyumlu eylemin meydana gelmesi için yalnızca teşebbüsler arası paralelliğin bulunması değil, aynı zamanda asıl paralelliğin bilinçli bir şekilde oluşturulması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu paralel davranış, teşebbüslerin kendi aralarında kurmuş oldukları herhangi bir ilişkiden veya iletişimden kaynaklanması söz konusu olabilir. Anlaşılacağı üzere anlaşma ile uyumlu eylem farklı kavramlardır. Anlaşmanın varlığından bahsedebilmek için hukuken bağlayıcı olmasa dahi taraflar arasında karşılıklı bir "irade açıklaması" varlığı gerekir. Uyumlu eylemde ise taraflar arasında böyle bir irade açıklamasına gerek yoktur. Bariz bir şekilde taraflar arasında irade açıklaması olmasa bile elverişli bir bağlantının bulunması dahi yeterlidir; çoğu zaman uyumlu eylemle aralarında daima haberleşme ya da bilgi akışı ve benzeri bir kanal vardır. Karşılıklı olmasa dahi bunların, taraflar arasında belli pazar politikalarına ait bilgileri açık hale getirdiği ve erişimini kolaylaştırdığı ifade edilebilir[170].

16.12.1975 tarihli Avrupa Adalet Divanı "Şeker Davası" (Suiker Unie v. Commission) hakkındaki kararını vermiştir. Bu kararda, Adalet Divanı uyumlu eylemin

[167] İKİZLER, s. 172.
[168] PIRIOU, s. 39.
[169] ESİN, s. 40.
[170] ASLAN, s. 81.

belirlenmesindeki kriterleri geliştirmiş ve belirginleştirmiştir[171]. ABAD'a göre uyumlu eylem[172]; *"-teşebbüsler arasında, kendi bağımsız faaliyetlerinin yerine geçen, bir çeşit koordinasyon ya da icrası mümkün iş birliği halinin olması, bu koordinasyona doğrudan veya dolaylı bir temasla ulaşılması ve amacın rakiplerin gelecekteki faaliyetleri hakkındaki belirsizlikleri daha önceden ortadan kaldırması olmalıdır*". Adalet Divanının o tarihe kadar aldığı en kapsamlı karar olduğu ve hukuk davasının boyutları itibariyle rekor bir dava olduğunu söylemek mümkündür[173]. Avrupa menşeili şeker üreticilerinden oluşan grubun piyasadaki hakimiyetleri ile piyasayı fiilen paylaşmalarını yasaklayan Komisyon kararının iptal edilmesi sonrasında anılan olay Adalet Divanı'nda görüşülmüştür. Anılan olayda, şeker üreticileri, şeker piyasasını kendi aralarında fiili olarak paylaşmışlar ve rakiplerinin izni ile kendi ilgili piyasalarının dışında faaliyet gösterebilecekleri hususunda anlaşmışlardır[174].

Komisyon, teşebbüslerin piyasa paylaşımına ilişkin irade açıklamalarını içeren mektupları ve e-teleks mesajlarını delil olarak kabul etmiş ve bu gizli bağlantılarla gerçekleştirilen eylemin, uyumlu eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır. Teşebbüsler ise aralarında bir iletişimin ve ortak planın bulunmaması nedeniyle uyumlu eylemin söz konusu olmadığını ileri sürerek, karara karşı temyiz itirazında bulunmuşlardır. Bunun üzerine, Adalet Divanı R.A. 85. maddesi bakımından bir planın araştırılmasının gerekli olmadığı yönünde kararı vermiştir[175].

Bu karara göre, herkes dilediği kişi ile ticari bir ilişkiye girmekte serbesttir. Kişiler piyasada aktif olan işletmelerin eylemlerini makul bir şekilde değerlendirebilmekte ve yaptıkları faaliyetleri izleyebilmektedir. Ancak, teşebbüslerin rakipleri ile doğrudan veya dolaylı olarak piyasayı etkiler şekilde temasta bulunmaları, kendisine tanınan

[171] Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Suiker Unie&ORS k. Komisyon davasında, uyumlu eylemin içeriğini tekrar tanımlamış, Dyestuffs Kararındaki "koordinasyon" ve "iş birliği" kararlarını açıklamıştır, ESİN, s. 35.
[172] ESİN, s. 35.
[173] DAIG, s. 213.
[174] AKINCI, s. 169.
[175] CENGİZ, s. 31; AKINCI, s. 169.

özgürlük yetkisinin kötüye kullanılmasıdır. Bu nedenle söz konusu temasları uyumlu eylem oluşturduğundan yasaklanmıştır[176].

Boya maddeleri ve Şeker Karteli kararlarının incelenmesinden çıkan sonuca göre, teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını önceden bilerek rekabetin doğuracağı belirsizlikleri ve riskleri ortadan kaldırmak veya piyasa şartlarını değiştirmek amacıyla doğrudan ya da dolaylı görüşmeler yapmaları ortada bir iş birliğinin olduğuna delalet sayılmaktadır[177].

ABAD, sürekli bir şekilde rakip firmaların eylemlerinin birbiri ile aynı çerçevede olmasının her zaman uyumlu eylemin varlığını ispatlamaya yeter bir kanıt olmadığını kabul etmektedir. Divan, nitekim Ahlström & Ors k. Komisyon davasında[178] oldukça farklı bir karar vermiştir[179]. Buna göre, "*AT Anlaşması, teşebbüslerin rekabetin gerektirdiği oluşumlara akıllıca ayak uydurmalarını engellemeyebilir. Buna karşılık, eğer rakiplerin faaliyetlerinin birbirleriyle aynı doğrultuda olması olağan pazar şartlarının dışında ürünlerin yapısı, teşebbüslerin büyüklüğü ve sayısı ya da pazar hacmi ile ilgili durumlarda bir değişime yol açıyorsa, bu aynı doğrultudaki faaliyetler uyumlu eylem için bir kanıt olarak öne sürülebilir*".

Ahlström&Ors k. Komisyon Davasının konusu, Komisyon'un, üçer aylık periyotlarla yapılan fiyat bildirimlerinin, uyumlu eylemin ispatını oluşturduğuna ilişkin iddiasıdır. Komisyon, üçer aylık periyotlarla fiyat bildirme metotlarının ve duyuruların peşinden ürünlerdeki fiyat yükselmelerinin de aynı oranda olmasını uyumlu eylem olarak kabul ediyordu. Komisyon'un, üreticiler arasında uyumlu eylem olduğuna dair başka kesin delil sunamaması sebebiyle, 1975-1981 dönemi fiyat bildirimleri ile fiyatlardaki artış oranlarının benzerliği konusunun, uyumlu eylemin oluşmasında kesin ve geçerli bir ispat aracı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekiyordu. Adalet Divanı

[176] AKINCI, s. 169.
[177] AKINCI, s. 169.
[178] A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities, Cases 89/85, 104/85, 114/85, 116-17/85, 125-29/85 (1988) ECR.
[179] ESİN, s. 35-36.

da, aynı bağlamda eylemde bulunmanın tek makul açıklama olduğu durumlar dışında, delil oluşturmayacağı yönünde karar vermiştir. Bu açıdan karar değerlendirildiğinde, Komisyon'un öngördüğü aynı doğrultudaki davranışlar uyumlu eylem olduğuna dair delil oluşturmamaktadır[180].

Komisyon, I.C.I k. Komisyon davasında, rakip teşebbüslerin gelecekte uygulayacakları tutumları, önceden birbirlerine bildirmelerinin ve böylece kendi tutumlarını bu bilgiye dayanarak ve diğer şirketlerin de aynı doğrultuda davranacağını göz önüne alarak ayarlamalarının uyumlu eylem için yeterli kanıt olabileceğini vurgulamaktaydı. Buna karşın, ABAD, Ahlström&Ors k. Komisyon Davasında, Komisyon'un üç aylık aralıklarla fiyat duyurma yönteminin, Kurucu Anlaşmayı ihlâl ettiğini veya böyle bir sistemin uyumlu eylem için daha önceki aşamalarda duyurulmuş fiyatların delil oluşturduğu yönündeki savunmasını reddetmiştir[181].

Divan, söz konusu karar için şu şekilde açıklama yapmıştır[182]: "*Bu davada iletişim, kullanıcılara duyurulan fiyatlardan oluşur. Pazarın tutumu da teşebbüsler için rakip firmaların ilerde izleyeceği politikaların ne olabileceği üzerine belirsizlikleri azaltmamaktadır. Her bir teşebbüs bu tavır içerisinde olduğunda, diğerlerinin gelecekteki tutumları evvelden kesin olarak bilinemez*".

Uyumlu eylemin tanımının, Komisyon tarafından zaman içerisinde genişletildiği görülmektedir. Nitekim, PVC Kararında[183] Komisyon şu tanıma yer vermiştir: "*Bir kartelin çevresinde olan ancak bu kartelle iş birliği içinde bulunan ve bilerek kendilerini bu kartelin amacıyla bağdaştıran teşebbüsler uyumlu eylem içinde addedilir*". LdPE k. Komisyon davasında[184] ise Komisyon, kartelin içinde asli rolü olmamasına rağmen uyumlu eyleme taraf olunabilmesinin mümkün olabileceğini kabul etmiştir. Bu davada

[180] ESİN, s. 37.
[181] A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities, Cases 89/85, 104/85, 114/85, 116-17/85, 125-29/85 (1988) ECR, (ESİN, s. 38).
[182] ESİN, s. 38.
[183] PVC I, OJ 1989, L74/1, 1990 4 CMLR 345.
[184] LdPE, OJ 1989 L 74/21, 1990 4 CMLR 382.

Komisyon, kartelin meydana gelmesinde ve ilerlemesinde yer alan üreticiler ve kartelin etrafında yer alan üreticiler olmak üzere üreticileri iki gruba ayırmıştır. Komisyon, bu kararında "herhangi bir teşebbüsün kartelle doğrudan veya dolaylı şekilde temasta bulunması ve kendini gayrinizami biçimde kartel ile ilişkilendirmesi halinde, kartelde asli bir rolü olmamasına rağmen, söz konusu teşebbüs uyumlu eylemin bir tarafı olabilir; örneğin, kartelin bir üyesiyle muhtemel fiyat artışları üzerine arada bir yapılan telefon konuşmaları ve yerel toplantılar gayrinizami bir ilişkinin varlığına ve uyumlu eyleme yeterli kanıt teşkil eder" şeklindeki ifadelere yer vermiştir. Anlaşılacağı üzere PVC ve LdPE davalarında Komisyon, uyumlu eylemden söz edebilmek için mevcut bir planın ispatına gerek duymamıştır[185].

2. Rekabet Kurulu Kararlarında Uyumlu Eylem Tanımları

Rekabet Kurulu kararlarında doğrudan doğruya uyumlu eylem tanımına yer vermemekte; daha çok doktrine ve RKHK. m. 4'ün gerekçesine atıfta bulunmakla yetinmektedir. Rekabet Kurulunun böyle bir atıfta bulunduğu kararları ele alıp incelemekte konunun anlaşılması bakımından yarar vardır.

Kurul, *Süt Kararında*[186] "*4.madde anlamında* "*uyumlu eylem*"den *söz etmenin mümkün olup olamayacağına gelince; işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, aralarında anlaşma olmadığı halde, pratik bir iş birliği sağlayan davranışlar mevcutsa, bunun rekabeti önleyici etki doğurması doğaldır ve yasamız açısından yasaktır*" demektedir. Bu suretle, Kurul uyumlu eylemin tanımına imkân veren ifadeler kullanmış olmaktadır.

Kurul yine *Yemek Çeki kararında*[187] şu ifadeleri kullanmıştır: "*Uyumlu eylem Türk Rekabet Hukuku anlamında "teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları*

[185] ESİN, s. 38-39; TÜSİAD, s. 31.
[186] Rekabet Kurulu 23.03.2000 tarihli ve 00-11/109-54 sayılı kararı.
[187] Rekabet Kurulu 26.05.2006 tarihli ve 06-36/465-127 sayılı kararı.

yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği halidir" diyerek, bu eylemi kısaca tanımlamıştır.

Kurul, içten yanmalı motorların yenilenme pazarında faaliyette bulunan motor yenileyen teşebbüslerin aralarında anlaşması ile RKHK'un 4. maddesini ihlâl ettiklerine ilişkin şikâyet doğrultusunda verdiği bir kararda[188] "*uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik veya rasyonel gerekçelere dayandırılamayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası işbirliği durumudur*" şeklinde uyumlu eyleme ilişkin daha geniş bir tanıma yer vermiştir.

Kurul, kararlarında RKHK. m. 4'ün sözü ve gerekçesi ile birlikte değerlendirerek teşebbüslerin rekabeti sınırlama yönündeki iradesinin hangi danışıklı ilişkiden kaynakladığı değil, kurulan uzlaşmanın etkisi veya amacının rekabeti önleme amacı taşıyıp taşımadığı yönünden yaklaşım sergilemektedir. Diğer bir ifadeyle, Kurul, RKHK. m. 4'ü hangi danışıklı ilişki ile ihlâl edildiğini değil, teşebbüsler arasında ihlâl niteliğinde bir irade uyuşmasının var olup olmadığı hususu üzerinde durmaktadır. Nitekim, Kurul'un 2.11.2011 tarihinde re'sen başlattığı soruşturma 8.3.2013 tarihli kararı ile nihayete ermiştir[189]. Bu kararında Kurul, Türkiye'de faaliyet gösteren on iki bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetlerine yönelik fiyat tespit etmek amacıyla bir uzlaşmaya vardıklarına ve böylece uyumlu eylem veya anlaşma ile RKHK. m. 4 hükmünün ihlâl ettiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda, "*...anlaşmanın varlığı için tarafların kendilerini bağlı hissettikleri herhangi bir uzlaşmanın mevcut olması*

[188] Rekabet Kurulu 27.02.2001 tarihli ve 01-10/100-24 sayılı kararı.

[189] Rekabet Kurulu 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararı, s. 24; Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOPUZ/BAKAR, s. 17 vd; Türkiye'de faaliyet gösteren 12 bankanın "mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylemde bulundukları" iddiası üzerinde geliştirilen soruşturma sonucunda, Kanun'da tanımı bulunmayan anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının geniş yorumlandığı gözlenmektedir.

yeterlidir. Belirtilen hususa ek olarak, anlaşmaların ispatındaki zorlukları dikkate almak suretiyle kanun koyucu; teşebbüslerin rekabeti sınırlama iradelerini açıkça ortaya koymaktan yahut bu yönde delil olarak kullanılabilecek belgeleri oluşturmaktan kaçınarak daha dolaylı vasıtalarla uzlaşmalarının Kanun'un uygulama alanı dışında kalmasını, diğer bir ifadeyle kanuna karşı hile yoluna gidilmesini engellemek amacıyla 4. madde kapsamında uyumlu eylem müessesesini düzenlendiği, bu çerçevede teşebbüslerin anlaşma düzeyine ulaşmayan ancak kendi bağımsız davranışları yerine ikame ettikleri pratik işbirlikleri uyumlu eylem kapsamında değerlendirildiği" ifade edilmiştir. Kararda, lafzı ve madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, "*teşebbüslerin rekabeti sınırlama yönündeki iradesinin hangi yöntemler ile ortaya çıktığından ziyade, kurulan uzlaşmanın amacının, etkisinin veya potansiyel etkisinin rekabet karşıtı olup olmadığının önem arz ettiği anlaşıldığı, nitekim Kurul kararlarında da Kanun'un 4. maddesinin hangi araçla ihlâl edildiği değil teşebbüsler arasında ihlâl niteliğinde bir irade uyuşmasının mevcut olup olmadığı üzerinde durulduğuna*" dikkat çekilmiştir.

3. Görüşümüz

Yukarıda yer verilen hem doktrine hem rekabet otoritesine ve mahkemelere ilişkin uyumlu eylemlerle ilgili tanımlardan her biri uyumlu eylemin farklı unsurlarını ön plana çıkarmıştır. Tüm tanımlamalar çerçevesinde, uyumlu eylemin sınırlarının ve özelliklerinin çizilmeye çalıştığı görülmektedir.

Bu bilgiler ışığında, uyumlu eylemi en genel hatlarını da içeren şekilde şu ifadelerle tanımlamak mümkündür: Uyumlu eylem, en az iki teşebbüs arasında, anlaşma veyahut teşebbüs birliği kararına varmayacak şekilde, birbirleri ile bağlantıya geçerek bağımsız rekabet politikaları üretmelerini engelleyecek biçimde pazarda bilinçli paralel davranmalarıyla serbest rekabeti sınırlayarak ihlâl etmeleridir.

Bu tanım çerçevesinde, uyumlu eylemin unsurlarını; en az iki teşebbüsün bulunması, teşebbüsler arasında bir bağlantının olması, birbirleri ile bilinçli paralel davranış göstermeleri ve rekabetin sınırlanması olarak belirlemek mümkündür.

II. UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

1. Doktrine Göre Uyumlu Eylemin Unsurları

Uyumlu eylemin tanımı gibi unsurları da doktrinde farklı yönlerden ele alınmıştır.

Akıncı'ya[190] göre, uyumlu eylemin biri sübjektif, diğer ikisi objektif olmak üzere üç temel unsuru vardır. Sübjektif unsuru uyum, objektif unsurları ise birden çok tarafın bulunması ve eylemin kendisidir.

Aslan'a[191] göre ise uyumlu eylemden söz edebilmek için dört unsurun varlığı şarttır. Bunlar;

-iki veya daha fazla teşebbüsün olması,

-teşebbüsler arasında bir tür koordinasyon ya da iş birliği bulunması ve bu durumun paralel pazar davranışlarına yol açması;

-koordinasyonun, taraflar arasındaki doğrudan ya da dolaylı bir bağlantı nedeniyle oluşması,

-bağlantının amacının, rakiplerinin gelecekteki eylemlerine dair belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik bilinçli bir davranış olmasıdır.

[190] AKINCI, s. 146.
[191] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 222-223.

Esin'e[192] göre ise, uyumlu eylem halinin var olabilmesi için bir sözleşmenin varlığı şart değildir. Uyumlu eylemin tespitinde üç esas unsurun ortaya çıkartılması yeterlidir. Bunlar;

-rekabet halindeki işletmeler arasında belirlenebilir ilişkinin var olması,

-rekabet halindeki işletmeler arasında ortak tavır algısı oluşturan ve diğer rakip firmaların fiillerini etkileyen davranışların olması

-rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme iradesinin ortadan kalkmasıdır.

Topçuoğlu'na[193] göre ise, uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için;

-taraf teşebbüslerin paralel davranışlar içerisine girmiş olması,

-uyumlu davranışlar teşebbüsler arasındaki iş birliği sonucunda ortaya çıkmış olması,

-işletmelerin amacının aralarındaki haksız rekabet sorununu ortadan kaldırmak olması gerekir.

2. Rekabet Kurulu Kararlarına Göre Uyumlu Eylemin Unsurları

Rekabet Kurulu'nun uyumlu eylemin tanımı ile ilgili ilk kararı 2000 tarihli Süt[194] kararıdır. Aslan'a atıf yapılan kararda, uyumlu eylemin unsurlarına ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmiştir: "…*Uyumlu eylemde, 4.madde açısından önemli olan, işletmeler arasındaki uygulama paralelliği değil, bu paralelliğin bilinçli olarak yaratılmış olmasıdır. Ancak, uyumlu eylemin varlığı, öğretide de genellikle kabul edildiği gibi, dört unsurun birlikte bulunmasını gerektirmektedir. Buna göre, uyumlu eylem için;*

(a) En az iki veya daha fazla işletmenin olması,

(b) Bilinçli paralellik bulunması,

[192] ESİN, s. 34.
[193] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 198.
[194] Rekabet Kurulu 23.03.2000 tarihli ve 00-11/109-54 sayılı kararı.

(c) Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamaması,

(d) Rekabet sınırlanmalıdır.

Bu unsurlardan biri yoksa uyumlu eylem de yoktur".

Kurul, Süt kararında, somut olayın uyumlu eylemler açısından incelendiğinde, öncelikle, teşebbüslerin anlaşıp anlaşmadığına bakılmasını, bu anlaşma kanıtlanamıyorsa, teşebbüsler arasında pratik bir iş birliğini meydana getiren davranışların varlığının araştırılmasını baz almıştır[195].

Kurul'un 2000 tarihli Gazete kararında[196] ise uyumlu eylemin unsurları daha farklı bir açıdan ele alınmıştır. Bu karara göre uyumlu eylemin unsurları şunlardır:

"-Taraflar arasında çoğunlukla sözlü ya da yazılı biçimde açıklanan toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları barındıran olumlu ilişkiler bulunmalıdır.

[195] İKİZLER, s. 63.

[196] Rekabet Kurulu 17.07.2000 tarihli ve 00-26/291-161 sayılı kararı, RG 24145, 19.08.2000; Rekabet Kurulu'nun Maya Kararında ise uyumlu eyleme yaklaşımı farklılaşmıştır. Kurul, ilk olarak yaptığı soruşturmada "*…maya üreticilerinin maya fabrika çıkış fiyatlarını birlikte belirlediklerine ilişkin iddia ile ilgili olarak; her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerden bağımsız olarak paralel olarak artırdıklarını ortaya koymakta ise de, pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi bir zorunluluğu gerekli kılması, maya üreticilerinin pazardaki fiyat belirsizliğini yok edebilecek doğrudan ya da dolaylı iletişime rastlanılmaması, maya üreticilerinin maya satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibarıyla toptan eşya fiyat endeksindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle bu artışların bir uyumlu eylem neticesinde olmadığını ortaya koymuştur*". Kararın devamında ise "*…maya üreticilerinin liste fiyatlarının belirlenmesinde uyumlu eylem içinde oldukları tespit edilememiş olmakla birlikte, üreticilerin bayilerin satış fiyatlarını yükseltme konusunda uyumlu eylem halinde oldukları tespit edilmiş bulunmaktadır. Üretici firmaların bir alt kademedeki bayilerin satış fiyatlarını yükseltmeye çalışmalarını sadece dikey bir kısıtlama olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Maya üreticileri tarafından bayilerin satış fiyatlarını yükseltme şeklinde oluşturdukları dikey kısıtlamalar üreticiler arasındaki yatay rekabeti doğrudan etkilemektedir. Zira, bayi fiyatlarının yükseltilmesi ile üreticilerin piyasaya deklare ettikleri liste fiyatları arasında çok önemli bir ilişki bulunmaktadır: Bayilerin düşük fiyatla maya satmaları engellenmek suretiyle üretici firmaların yeni liste fiyatlarını yayınlamaları ve yeni fiyata geçişleri kolaylaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, bayilerin arasındaki rekabetin engellenmesi, yeni liste fiyatlarının yayınlanmasına ve fiyat geçişlerine gerekli zemini hazırlamış olmaktadır*". Rekabet Kurulu, 27.06.2000 tarihli ve 00-24/255-138 sayılı kararı, RG 24245, 29.11.2000. (Danıştay, soruşturmada görev alan kurul üyesinin aynı zamanda karar toplantısına katılıp oy kullanmasını gerekçe göstererek kararı iptal etmiştir.) Danıştay kararı üzerine verilen yeni Karar: Rekabet Kurulu'nun 12.11.2008 tarihli, 08-63/1051-410 sayılı kararı, ŞAYLI, s. 26.

-Bu ilişki ve temaslar, piyasa hareketlerini ve uygulamalarını etkileme ve bilhassa bir teşebbüsün ilerideki piyasa politikasının belirsizliğini öncesinde ortadan kaldırma hedefini taşımalıdır.

-Teşebbüslerin piyasa hareketlerini, tam anlamıyla rekabetçi etkiler tarafından belirlenmesi mümkün olmayacak biçimde meydana getirme veya değiştirme etkisi olmalıdır.

Mühim olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekte sergileyecekleri davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin yok edilmesidir".

B. UYUMLU EYLEMİN UNSURLARI

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, uyumlu eylemlerin unsurlarını; iki veya daha çok teşebbüsün varlığı, teşebbüsler arasında bir bağlantının bulunması, pazarda bu bağlantıya yönelik benzer eylemlerin sergilenmesi ve rekabetin sınırlanması olarak belirlemek mümkündür.

1. İki veya Daha Çok Teşebbüsün Bulunması

RKHK. m. 4, iki veya daha fazla bağımsız teşebbüs arasında rekabeti sınırlama, bozma veya engelleme amacıyla yapılan anlaşmalar yönünde geçerlidir. Tek bir ekonomik varlıktan oluşan teşebbüsler arasındaki ilişkilere bu hükümler uygulanmaz[197]. Uyumlu eylemler, diğer danışıklı ilişkiler gibi, ancak iki veya daha çok teşebbüsün arasında gerçekleşir[198]. Bu sebeple, teşebbüs kavramının ne olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir.

[197] ARI, s. 145; ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 226; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 193; CENGİZ, s. 68.
[198] İKİZLER, s. 65.

a. Rekabet Hukuku Anlamında Teşebbüs Kavramı

Rekabet sisteminin aktif tarafı, işletmelerdir. Rekabet hukuku açısından, tüm gerçek ve tüzel kişiler, ticari bir faaliyette bulunmaları durumunda, teşebbüs olarak kabul edilmektedirler[199]. Ticari hayatın içinde, küçük bir şahıs işletmesinden, pek çok şirketi bünyesinde bulunduran holdinge kadar geniş bir yelpaze içinde birçok işletme bulunur. İşte teşebbüs kavramı, ticari hayatta faaliyet gösteren bütün bu iktisadi süjeleri kapsayan geniş bir kavramdır[200].

ABİDA hükümlerinde teşebbüs kavramı için bir tanım yapılmamış olup içtihatlarla bu kavramı belirlenmeye çalışılmıştır. Komisyon, Reuter/BASF kararında[201] bir gerçek kişiyi teşebbüs olarak kabul etmiştir. ABAD, Mannesman v. High Authority kararında[202], hukuken bir veya birden fazla kişiden oluşan, gerçek veya tüzel kişi fark etmeksizin, ekonomik birliktelik olarak tanımlanabilecek varlıkları teşebbüs olarak kabul etmiştir[203]. Söz konusu kararda, teşebbüs kavramı, "*kişisel, somut ve soyut unsurlardan oluşacak bir bütün teşkil eden, hukuken bağımsız bir özneye bağlı, belirli bir ticari amacı sürekli bir biçimde güden örgütlenmeler" olarak tanımlamıştır. Bu tanımda, esas kriter belirli bir ticari amacın sürekli bir biçimde güdülmüş olmasıdır…*" ifadeleriyle açıklanmıştır[204].

ABAD'ın, 1991 tarihli Höfner and Elser v. Macrotron kararında[205] AB rekabet hukuku açısından teşebbüs kavramının çerçevesi ve sınırları belirlenmiştir. Söz konusu kararda, rekabet hukuku bağlamında, kuruluş yasal statüsü finansman usulü fark etmeksizin, ekonomik faaliyeti bulunan her varlık, teşebbüs olarak kabul edilmektedir.

[199] ESİN, s. 30.
[200] TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 131-132.
[201] Reuter/BASF, OJ 1976, L 254.
[202] Mannessmann v. High Authority, Case 19/61, ECR 1962, 687.
[203] TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 133.
[204] ESİN, s. 30.
[205] Höfner AND Esler v. Macrotron, Case 41/90, ECR 1991, I-1979.

ABAD, kararlarından ticari bir faaliyet göstermeleri halinde tüm gerçek ve tüzel kişilerin teşebbüs olarak kabul edildikleri sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu doğrultuda, teşebbüs kavramına, özel sektör ve kamusal nitelikli kurumların sahip olduğu şirketlerin dâhil olduğu gibi, kâr amacı gütmeyen, ancak iktisadi veya ticari faaliyet gösteren dernekler ya da birlikler dahi dâhildir. Bu ifadelere ek olarak, ortak bir teşebbüsün de teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkündür. Bunun gibi, bu türdeki bir oluşumun bir değil, birçok ana teşebbüs tarafından kontrolünün yapılması halinde de, teşebbüs olarak kabulünün mümkün olduğu söylenebilir[206].

ABİDA'dan farklı olarak RKHK. m. 3'te, teşebbüs kavramının bir tanımı yapılmıştır. Buna göre, teşebbüs, "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*"dir. Rekabet hukukunun teşebbüs kavramı, ticaret hukukunun işletme kavramından[207] oldukça farklıdır. 6102 sayılı TTK. m. 11'e göre, "*ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*". Rekabet hukukunun teşebbüs kavramı ise bu madde de yapılan "ticari işletme" kavramından daha geniş ve kapsamlıdır[208].

Rekabet Kanununun uygulanması kapsamında, tüzel kişi teşebbüslerinin fark edilir bir yeri olduğunu söylemek mümkündür. Tüzel kişi teşebbüsleri, başta ticaret şirketleri olmak üzere kooperatifler, bir ticari işletmesi bulunan dernek ve vakıflar, teşebbüs birlikleri gibi iktisadi amaçlı tüzel kişileri kapsamaktadır[209].

Kanun koyucunun teşebbüs kavramını geniş kapsamlı bir şekilde tanımlaması yerinde olmuştur. Zira, rekabet hukukunda teşebbüs, büyük ölçüde iktisadi kriterler baz alınarak tanımlanmış olup, ticaret hukuku alanında yapılmış olan tanımlamalardan

[206] ESİN, s. 30-31.
[207] Ticari işletme ile ilgili olarak bkz. ARKAN, s. 26 vd.; İMREGÜN, s. 8 vd.
[208] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 74.
[209] TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 134; Ayrıca bkz. GÜZEL, s. 12 vd.

oldukça farklı unsurlar içermektedir[210]. Rekabet hukuku alanında teşebbüs kavramı ile diğer hukuk dallarında teşebbüs kavramının farklı anlam ve unsurlar taşıdığı Rekabet Kurulu kararlarında[211] da vurgulanmış ve yer almıştır[212].

Teşebbüs kavramını Aslan[213] şu şekilde tanımlamıştır: "*Teşebbüs, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır*".

Tekinalp/Tekinalp, teşebbüs kavramını, "*teşebbüs, mal ve hizmet üreten, bunları pazarlayan ya da bunların pazarlanmasına aracılık veya danışmanlık eden bütün gerçek ya da tüzel kişilerle, tüzel kişiliği olmayan ancak, bağımsız ve ekonomik açıdan bir bütün oluşturan birimler*" olarak tanımlamıştır. ABAD bir kararında teşebbüsü, iktisadi eylemleri devamlılık gösterecek şekilde yerine getiren ve hukuksal açıdan bağımsızlığa sahip kişiler şeklinde ifade etmiştir. "Teşebbüs", kavramının içine gerçek veya tüzel kişiler, tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar, topluluklar, teşekküller, kuruluşlar, tek kişi ortaklıkları, "konzern" gibi fiili ya da sözleşmesel işletmeler toplulukları da dâhildir. "Konzern", "grup" ve "holding topluluğu" da uyuma dayalı bir pazar stratejisi izlemesi şartıyla aynı sevk ve idare altındaysa tek bir teşebbüs olarak kabul edilir[214].

Topçuoğlu[215] ise teşebbüsü, "*sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde iktisadi faaliyetleri konu edinen her türlü birimdir*" ifadeleriyle tanımlamıştır.

---

[210] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 147.

[211] "*İnternet servis sağlayıcıların, 406 sayılı 4502 sayılı Yasa ile değişik 2. Maddesinin c bendi hükmüne göre, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izinlerde öngörülen telekomünikasyon alt yapısının kurulması ve işletilmesi yönünden bir haklarının bulunmaması, işletme lisans ve ruhsatlarının olmaması nedeniyle anılan Yasa anlamında 'işletmeci' sayılmamaları, davacının sağladığı olanaklardan yararlanarak piyasada fiilen hizmet satan bu kuruluşların 4054 sayılı Yasa bakımından 'teşebbüs' sayılmalarına engel değildir*", Danıştay 10. Daire, 2001/2113 E., 2004/5849 K., karar için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 75.

[212] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 74.

[213] ASLAN, Rekabet Hukuku,2017, s. 84.

[214] TEKİNALP/TEKİNALP, s. 390-391.

[215] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 103.

Bu tanımlar çerçevesinde bir teşebbüsün varlığı için iki esas unsurun bulunmasının gerektiği söylenebilir. Bunlardan ilki[216], hukuki statü ve finansman modeli dikkate alınmaksızın bir ekonomik faaliyet yerine getirilmesidir. Diğeri ise ekonomik olarak bağımsız karar verebilen bir ekonomik varlığın bulunmasıdır.

b. Hukuki Bağımsızlık ve Ekonomik Birlik Anlayışları

Bir uyumlu eylemin varlığı için en az iki teşebbüsün bulunması şarttır. Bu şartın gerçekleşmesi için bir teşebbüsün ve ekonomik faaliyetlerinin nerede başlayıp nerede sona erdiğinin öncelikle belirlenmesine ihtiyaç vardır. Hukuksal olarak bağımsızlığı olmakla birlikte, iktisadi olarak birbirlerine veya ortak bir merkeze bağlı teşebbüslerin, bağımsız teşebbüsler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Tartışmanın esasını ise teşebbüsler arasında hukuki bağımsızlığın mı yoksa ekonomik bir birliğin mi ölçüt olarak alınacağı konusu oluşturmaktadır[217].

Bu konuyla ilgili olarak doktrinde ekonomik birlik ve hukuki bağımsızlık olmak üzere iki anlayış bulunmaktadır[218]. Ekonomik birlik veya bütünlük anlayışı, genellikle hukuksal olarak birbirinden bağımsız olup, ekonomik olarak birbirlerine ya da ortak bir ana şirkete bağlı işletmeleri ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, ekonomik olarak birbirlerine veya ortak bir gerçek ya da tüzel kişiye bağlı unsurlar, ekonomik birliktelik oluştururlar[219]. Ekonomik birlik anlayışında, birden çok teşebbüsün kendi sorunlarını bağımsız bir şekilde çözüp çözemedikleri hususu esas alınmaktadır. Hukuki bağımsızlık anlayışıyla ifade edilmek istenen husus ise, rekabet kurallarının bir teşebbüse uygulanabilmesinin, bu teşebbüsün hukuki statüsü ile bağlantılı olmasıdır. Gerçek veya tüzel kişi olup olmadığına bakılmaksızın bağımsız bir hukuki kişiliğe sahip olan teşebbüsler rekabet hukuku bakımından bağımsız teşebbüslerdir. Hukuki bağımsızlık anlayışı, bir teşebbüsün tabi olduğu hukuk düzenine göre bağımsız olup olmadığını;

[216] CENGİZ, s. 69; bkz. İKİZLER, s. 67-68;
[217] İKİZLER, s. 68.
[218] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 78.
[219] ESİN, s. 46; ASLAN, Rekabet Hukuku 1997, s. 41.

ekonomik birlik anlayışı ise, ekonomik faaliyet ve davranışlarda bağımsız olup olmadığını esas almaktadır[220].

RKHK. m. 3 açısından teşebbüsün unsurlarından birisi de bağımsız karar verebilme yeteneğidir. Bu maddeye göre, "*bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" teşebbüs yeteneğine sahiptirler. Tanımdaki bağımsızlık unsurunu, *ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme* ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Önemli olan husus, ekonomik bir bütün içinde yer alan birimler ayrı teşebbüs olarak nitelendirilmemelidir[221]. Bu nedenle, tanımda yer alan bağımsızlık kavramından maksadın hukuki bağımsızlığın olmadığı, aksine ekonomik bağımsızlık olduğu kabul edilmektedir. Ekonomik birlik yaklaşımı gereğince aralarında ekonomik bağ bulunan teşebbüsler, artık bağımsız teşebbüs olarak kabul edilmemektedirler; bu yüzden söz konusu teşebbüsler arasında gerçekleşen anlaşma veya uyumlu davranışlar RKHK. m. 4'ün kapsamı dışında kalmaktadır. Bunun nedeni ise, ortada tek bir teşebbüsün olduğunun kabulüdür. Bundan dolayı RKHK. m. 4 teşebbüsler arası danışıklı ilişkilere tatbik edilmemektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ekonomik birlik anlayışını benimsemektedir. Nitekim RKHK. m.3'ün gerekçesinde de şu ifadeler yer almaktadır: "*Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, bir yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir*". İstisnaları olmakla birlikte Rekabet Kurulu'nun kararlarında ekonomik birlik anlayışının esas aldığını söylemek mümkündür. Rekabet Kurulu, Uludağ kararında[222] şu ifadelere yer vermiştir: "…*tarafların gerek ortaklık yapılarının gerekse yönetim kurullarının aynı şahıslardan meydana geldiği, dolayısıyla birbirlerinden hukuken bağımsız olan bu teşebbüslerin ekonomik açıdan birbirine bağımlı oldukları ve tek bir iktisadi birlik olarak değerlendirilmeleri gerektiği açıktır*".

[220] İKİZLER, s. 68 vd.
[221] ARI, s. 156.
[222] Rekabet Kurulu 03.03.1999 tarihli ve 99-12/93-35 sayılı kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı da, kararlarında istikrarlı olarak ekonomik birlik anlayışını benimsemiştir. *Hydrotherm kararında*[223], hukuki birlik yaklaşımı için bir ölçüt niteliği taşımayan bağımsız karar verebilme unsurunu vurgulamış ve bir gerçek kişi ile onun tarafından kontrol edilen şirketleri tek bir teşebbüs olarak kabul etmiştir. Bu kararla Avrupa Birliği Adalet Divanı ekonomik birimin birden çok gerçek veya tüzel kişiden oluşabileceğini açık bir şekilde belirtmiştir[224].

Ekonomik birlik anlayışına göre bağlı teşebbüsleri incelemekte fayda vardır. Bir teşebbüsün sevk ve idaresinin elde edilmesi söz konusu teşebbüsün hukuksal bağımsızlığını ortadan kaldırmamakla birlikte, ekonomi açısından, kendisini hâkimiyeti altına alan teşebbüse bağlı hale getirmektedir. Birliktelik oluşturan teşebbüsler ise hukuksal açıdan bağımsızlıklarını koruyarak, müşterek bir yönetim altında toplanmakta ve "bağlı teşebbüsler" sistemini meydana getirmektedir[225].

Önemle vurgulamak gerekir ki; bağımsız hareket edilmesi gereken alan, ekonomik konularla ilgili kısımlardır. Bir teşebbüsün stratejik ticari davranışlarını ve pazar politikalarını, keza önceliklerini belirleyebilmesi, onun bağımsız olması gerekir. Bu nedenle, bir şirketin pazar üzerinde etkili olmayan bir konuyla ilgili bağımsız hareket etmesi, bağımsız bir teşebbüs olarak değerlendirilmesini gerektirmemektedir. Buna karşılık, arz ettiği malların satış fiyatını belirlemede bir teşebbüsün bağımsız hareket edememesi, bağlı teşebbüs olarak nitelendirilmesine neden olur. Bir diğer ifadeyle, rekabeti sınırlayan uyumlu eylemeye katılıp katılmayacağı hususunda kendisi karar veremeyen bir teşebbüs, bağlı teşebbüstür[226].

Holding gibi aynı çatı altında toplanan teşebbüsler **yavru teşebbüs**, çatısı altında toplanılan teşebbüs ise, **ana teşebbüs** olarak adlandırılır[227]. Bağlı teşebbüsler, hukuksal

[223] Hydrotherm Gerätebau GmbH v. Compact Del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Case170/83, ECR 1984, 2999.
[224] İKİZLER, s. 69.
[225] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 126-127.
[226] İKİZLER, s. 70-71.
[227] ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 23.

olarak birbirinden bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmamakla birlikte, ekonomik yönden yavru teşebbüs, ana teşebbüse bağlıdır[228]. Bunun gibi bir teşebbüsün, ikinci bir teşebbüsün sermayesinin çoğunluğuna sahip olması durumunda da, artık ikinci teşebbüsün bağımsızlığından söz edilemez. Diğer bir ifadeyle, ana teşebbüsün, yavru teşebbüsüm sermayesinin yarıdan fazlasını elde etmesi veya onun karar organlarında söz sahibi olması hallerinde, yavru teşebbüsün ekonomik bağımsızlığından söz edilmesi mümkün değildir[229]. Avrupa Birliği hukukunda Komisyon ve Mahkemelerin, bir teşebbüsün, sermaye veya oy haklarının çoğunluğuna diğer bir teşebbüsün sahip olduğu durumlarda, ana-yavru ortaklık ilişkisinin varlığını benimseyen kararları vardır. Nitekim Komisyon bir kararında[230], Christiani ve Nielsen adındaki iki şirketin aralarında yaptıkları anlaşma ile Christiani, Nielsen'in tümüne sahip kılarlar. Bu nedenden dolayı yapılan anlaşma sadece iş bölümü yapmaya yönelik bir anlaşma olarak kabul edilerek, Komisyon bu anlaşmanın rekabeti kısıtlama sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir[231].

Rekabet Kurulu da *LPG-Adıyaman Kararında*[232], Mogaz'ın %99.99 pay oranına Aygaz'ın sahip olduğu, bu nedenle Mogaz'ın Aygaz'a ait bir yavru şirket olduğuna karar vermiştir. Rekabet Kurulu bir başka kararında[233], Glencore İstanbul ve Minerkom A.Ş. Glencore AG'nin bağlı şirketleri olarak Türkiye'de faaliyet gösterdiğini belirtir. Bunun gerekçesi olarak RKHK. m. 3'ün hükmünü gösterir. RKHK. m. 3'de teşebbüs, "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" olarak tanımlanır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, ekonomik birliktelik içinde bulunan tüm işletmeleri tek bir işletme şeklinde kabul etmektedir. Bu çerçevede, her ne kadar hukuksal anlamda birbirinden bağımsız olsa da, ana teşebbüs ile ana teşebbüsün kontrolü altında bulunan bağlı teşebbüsler aynı ekonomik birlik

[228] VAN BAEL/BELLIS, p. 22; GREEN/ROBERTSON, p. 296-297.
[229] VAN BAEL/BELLIS, p. 22-23, footnote 35.
[230] Re Christiani and Nielsen NV. 1969 CMLR (R.P. Supplement) D 37.
[231] ESİN, s. 46; Ayrıca bkz. TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 129; GÜZEL, s. 24.
[232] Rekabet Kurulu 26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı kararı, Rekabet Dergisi, C. 1, Sa. 1, 2000, 115 vd., 124.
[233] Rekabet Kurulu 02.09.2010 tarihli ve 10-57/1141-430 sayılı kararı.

içerisinde kabul edilmekte ve ana teşebbüs ile ona bağlı teşebbüslerin tamamı tek bir teşebbüs olarak dikkate alınmaktadır.

c. Teşebbüs Çeşitleri

Rekabet kuralları, ekonomik faaliyetleri olan gerçek ve tüzel kişi teşebbüslere uygulanmaktadır. Rekabet Kanunu kapsamında, "teşebbüs" kavramını sınırlandıran bir husus olmadığından dolayı geniş anlamda küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere, özel teşebbüslerden, kamusal nitelikli teşebbüslere kadar uzanan tüm ekonomik faaliyetlerde bulunan işletmeleri rekabet hukuku yönünden teşebbüs olarak nitelemek mümkündür[234].

AB Rekabet hukukunda da "teşebbüs" kurumsal olmayan, fonksiyonel bir kavramdır. Bir tüzel kişice sürdürülen ekonomik faaliyet "teşebbüs" olarak kabul edildiği gibi bir gerçek kişinin bu tür faaliyeti de "teşebbüs" kabul edilmektedir. Tek gerçek kişi olarak faaliyet gösteren bir tacir, "teşebbüs" olarak kabul edilmekte, bir komisyoncu, bir zanaatkâr, buluşunu ekonomik bakımdan değerlendiren bir mucit, bağımsız bir sporcu da "teşebbüs" sayılmaktadır[235]. Bunun yanı sıra, FİFA ve milli futbol federasyonları gibi kuruluşlar da teşebbüs olarak nitelendirilmektedir[236].

Gördüğü iş teşebbüs olarak kabul edilmeyen kimselerin başında, piyasadaki ekonomik faaliyetleri kendileri için yönetmeyen, bir diğer ifadeyle, bir başkasının emir ve direktiflerine göre ekonomik faaliyette bulunan gerçek kişiler gelir. Örneğin; işçilerin, başkalarına bağlı olarak yaptıkları hizmetsel nitelik taşıyan edimleri "teşebbüs" niteliğinde değildir[237].

[234] KORAH, Competition Law, p. 45-46; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 115-116.
[235] ÖZSUNAY, Anlaşmalar, s. 46.
[236] İKİZLER, s. 81.
[237] LIPPS, Nr. 310; ÖZSUNAY, Anlaşmalar, s. 48.

Görüldüğü üzere teşebbüs olarak nitelendirme kriterlerinde ekonomik faaliyet, bağımsızlık gibi özellikler önem arz etmektedir. Bu nedenle, bu özelliklerin ticari işletme ile karşılaştırmalı olarak ele alınıp incelenmesinde fayda görmekteyiz.

aa. Ticari İşletme, Esnaf İşletmesi ve Teşebbüsü

Ticari işletme, ticaret hukuku ile ilgili kavramlardan birdir. Türk Ticaret Kanunu, ticari işletmeyi esas alır ve ticaret hukukunun önemli kurumlarını bununla bağlantılı olarak düzenler[238]. TTK. m. 11'de ticari işletme, "*esnaf işletmesi için belirlenen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*" olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere ticari işletmenin vasıfları, gelir sağlama hedefli olma, süreklilik, bağımsızlık ve esnaf nitelikli faaliyet sınırını aşmak şeklinde belirlenebilir.

RKHK. m. 3 esas alındığında, teşebbüsün unsurları piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama ya da satma gibi bir ekonomik getirisi olan işle uğraşma, bağımsız şekilde karar alabilme ve ekonomik bakımdan bir bütün oluşturma şeklinde sıralanabilir.

Ticari işletme işletilmesinin en önemli nedeni gelir sağlamaktır. Fakat ticari işletme olarak nitelendirilmek için bunun gerçekleşmesi gerekmez. Bu sebeple ticari işletmenin varlığı için gelir sağlamak değil, gelir sağlamayı amaçlamış olma şartı aranır[239]. Gelir temin etmek amacıyla yapılan her türlü işler iktisadi faaliyet olarak değerlendirilir. Bu faaliyetlerin geçici ya da sürekli yapılması önem taşımaz. Gelir sağlayıcı faaliyet, bedeni, fikir veya sermayeye dayalı olarak da yapılabilir. Keza bağımlı ya da bağımsız olarak da ekonomik faaliyet yerine getirilebilir[240].

[238] ARKAN, s. 25; İMREGÜN, s. 7 vd.
[239] ARKAN, s. 27; POROY/YASAMAN, s. 34; İMREGÜN, s. 10-11.
[240] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 105.

RKHK. m. 3'ün hükmü dikkate alındığında, teşebbüsün bir unsuru olan ekonomik faaliyet piyasada mal ve hizmetin üretilmesine, pazarlanmasına, satılmasına veya bu sayılanların mümkün kılınabilmesi için mal, hizmet alımına veya tedarik edilmesine yönelik davranışlar olarak ifade edilmesi mümkündür. Teşebbüslerin ekonomik fiillerinde temel güdü, kazanç elde etmektir. Fakat teşebbüsün varlığı açısından, ticari işletmeden farklı olarak, gelir sağlamayı hedeflemesi zorunlu bir unsur değildir. Ekonomik yaşam içindeki her faaliyet ise teşebbüs olarak nitelendirilmeyi gerektirmez[241]. Tüketicilerin işledikleri ekonomik faaliyetler de rekabet kurallarının kapsamında değildirler[242]. Bir faaliyetin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için onun sadece ekonomik faaliyet olması yeterli değildir[243].

Devamlılık, ticari işletmenin esaslı unsurlarından biridir; o yüzden arızi ya da bir defaya mahsus olmak üzere yapılan işler ticari işletme ve ekonomik faaliyet sayılmaz. Buna karşılık, söz konusu faaliyetin daimî olması gerekmez; niteliği gereği ara ara kesintiye uğrayabilir. Örneğin, yazlık sinema veya plaj işletmeleri bu türden ticari işletmelerdir[244]. Ticari işletmelerde olduğu gibi, Rekabet Kanunu anlamında da bir teşebbüs varlığından bahsedebilmek için gelip geçici faaliyetler değil, ilgili ekonomik faaliyetlerin devamlılığı, ekonomik faaliyetin sürekli bir şekilde icra edilmesi şartı aranmaktadır[245].

Ticari işletme kavramında bulunan bağımsızlık ile teşebbüs kavramında yer alan bağımsızlık farklı anlamları ifade etmektedir. Ticari işletmedeki bağımsızlıktan, daha çok iktisadi-yönetimsel bağımsızlık anlaşılırken; teşebbüs anlamındaki bağımsızlıktan ise ekonomik bakımından bağımsızlık anlaşılmaktadır. Bir ticari işletme bünyesinde

[241] İKİZLER, s. 83.
[242] ÖZSUNAY, Anlaşmalar, s. 48.
[243] WHISH/BAILEY, p. 85.
[244] ARKAN, s. 31; POROY/YASAMAN, s. 34.
[245] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 114.

faaliyet gösteren ve kısmen dahi olsa o işletmeyi kendi adına işletmeyenler bağımsız bir ekonomik faaliyete sahip değildirler[246].

Ticari işletmenin bir başka unsurunu esnaf faaliyeti sınırını aşması oluşturur. Bu ayırım işletmenin varlığı ile ilgili değil, bir işletmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesi ile ilgilidir. Zira ticari işletmeye uygulanan kurallar ile esnaf işletmesine uygulanan kurallar farklıdır. Bununla birlikte, hem ticari işletme hem esnaf işletmesi çerçevesinde yürütülen ekonomik faaliyetler, teşebbüs niteliğini haiz olabilir. Diğer bir ifadeyle, teşebbüs kavramı, ticari işletme-esnaf işletmesi ayırımının üstünde yer alan ve ticari işletme kavramından kapsamı daha geniş olan bir kavramdır[247].

bb. Devlet, Kamu Kuruluşu ve Teşebbüsü

Devletin kamu kurum ve kuruluşlarının, faaliyetleri nedeniyle teşebbüs olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girip girmediği hususu ele alıp incelemeye ihtiyaç vardır.

Kamu teşebbüsü, "teşebbüs" ifadesiyle idarenin ticari olmayan işlem ve eylemlerini gören kamu kuruluşlarından; "kamu" ifadesi ile de özel hukuk kişilerinin teşebbüs ve ekonomik faaliyetlerinden ayrılmaktadır[248]. Yapısal açıdan bu teşebbüsün, en azından fiili olarak bağımsız ve kendi ticari hedeflerini takip eden bir birime sahip olması gerekir. Bu birim, ekonomik rasyonalizm prensibine göre hareket etmelidir. Kamu İktisadi teşebbüslerinin öncelikle kamu idaresinin yönetiminde bulunan teşebbüsler olmaları gerekir[249].

Konu, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku açısından değerlendirildiğinde iki ya da birçok teşebbüsün, ülke yönetim kurumlarının talimatları ve haklarında alınan kararlar

[246] ARKAN, s. 31; İKİZLER, s. 85.
[247] İKİZLER, s. 86.
[248] MANN, S. 819.
[249] MANN, S. 819.

bağlamında hareket ederek rekabeti kısıtlayan veya engelleyen fillerde bulunmaları ABİDA. m. 101'in kapsamında mütalaa edilmemektedir. Fransız-Japon Rulmanları kararında[250] Komisyon, *Topluluk ile Japonya arasındaki ticari anlaşmalardan kaynaklanan faaliyetlerin Ortak (Dış) Ticaret Politikası dâhilinde olması sebebiyle, ABİDA. m.101 kapsamına dâhil olmadığına* yönelik tespitlerde bulunmuştur[251].

Avrupa Birliği Adalet Divanının, Alüminyum kararında[252] Alman ve İngiliz davalılar, Komisyon'un itirazda bulunduğu müşterek satın alma sisteminin devlet müdahalesi kapsamına girdiğini ve ABİDA. m. 101'in kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu anlaşmaların devletlerin taraf olduğu iş ve eylemlerden olmaması veya devletlerin teşebbüsleri bu anlaşmalara katılmaya zorlamış olmaları gibi bir durum bulunmadığından, Komisyon bahis konusu iddiayı reddetmiştir. Davalılar, bunun üzerine söz konusu devletlerin bu sözleşmeleri dış ticaret siyasetinin bir parçası olarak gördükleri için teşvik ettiklerini, bu nedenle ilgili madde kapsamına girmemesi gerektiğini iddian etmişlerdir. Komisyon, Almanya yönetiminin bu faaliyetleri desteklemediğine, fakat anlaşmalara müsamaha gösterdiğine dayanarak, bu iddiayı hem İngiliz hem Alman tarafı için dikkate almamıştır[253].

AB Rekabet Hukukuna göre devletin tüzel kişiliği teşebbüs kapsamında değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte, kural olarak özel teşebbüslerin yanında kamu teşebbüsleri de rekabet hukukunun kapsamındadır. Belirtmek gerekir ki, kamunun tüm faaliyetleri Rekabet Kurumunun denetimine tabi değildir. Hangi faaliyetlerin devlet işlemi olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda, iç hukukta bulunan ve kamu kurumlarının faaliyetlerini nitelendiren kurallar tek başına belirleyici rol

[250] Roulement à billes, OJ 1974, L 343, s. 19; Kararda, *Japonya Hükümeti tarafından Japon sermayeli teşebbüslere dayatılan koşullardan kaynaklanan faaliyetlerin de bu madde kapsamında olmadığı; fakat iki halde de meydana gelecek olan her türlü ek anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere bu maddenin uygulanmasının mümkün olduğu; yalnızca Japon yetkili mercilerince Japonya'da yürürlükte olan mevzuat gereğince müsaade edilmiş anlaşma ve uyumlu eylemlerden kaynaklanan faaliyetlerin Japonya'da mevzuata aykırılık taşımasa dahi, bu halin 101. maddenin uygulanabilirliğini ortadan kaldırmadığına; çünkü sonuçta teşebbüslerin anlaşma veya uyumlu eylem halinde olmaktan sakınma serbestisinin her zaman bulunduğuna* yönelik tespitlerde bulunulmuştur, Roulement à billes, OJ 1974, L 343, s. 19.
[251] ESİN, s. 52.
[252] Aluminum Imports from Eastern Europe, OJ 1992, L 92/1.
[253] ESİN, s. 53-54; ESİN, s. 53-54.

üstlenmez, söz konusu faaliyetler ABİDA bünyesinde ele alınarak değerlendirilmesi gerekir. Bunun sebebi, üye devletlerin iç hukuk düzenlemeleri ile ABİDA'da yer alan ilgili düzenlemelerin içeriği üzerinde oynamalarını engellemektir. Dolayısıyla, üye ülkelerin iç hukuk hükümlerine göre bir faaliyetin kamu ya da özel hukuk faaliyeti olarak nitelendirmesi, AB Komisyonu nezdinde herhangi bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil etmez. Tüm bunları kapsayacak nitelikte, AB Rekabet hukukunda kamu teşebbüslerinin de rekabet kurallarına tabi oldukları kabul edilmektedir. Bu kabulün sonucu olarak kamu teşebbüslerinin de bir uyumlu eylemin faili olmaları mümkündür[254].

Türk hukuku bakımından konu değerlendirildiğinde ilk göz önünde tutulması gereken yasa hükmü Anayasa'nın 167. maddesidir. Bu madde de "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereği, devletin kartelleşmeyi önleme ödevi vardır. Bir diğer ifadeyle, bu madde, kamu eliyle kartel kurulmaması veya kartel kurulmasına imkân hazırlanmaması veyahut kartel oluşumunun teşvik edilmemesi konularını içermektedir.

Türk Rekabet Hukukunda da kamu teşebbüsleri Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamındadır. Söz konusu husus RKHK. m. 2'nin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir. "*Rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının bir önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunmasına dair amaçlar ön plana çıkıyorsa da, genel ekonomik faaliyetlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir*".

[254] İKİZLER, s. 89; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 69.

Kamu teşebbüsü niteliğine sahip kamu iktisadi teşebbüsleri ülkemizde önemli bir yer tutmaktadır. Kısaca KİT olarak adlandırılan Kamu İktisadi Teşebbüsleri kavramı, 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 2 uyarınca, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarını ifade etmektedir. İktisadi devlet teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait, ekonomi alanında ticaret hukuku kurallarına göre faaliyet göstermek üzere kurulmuş olan, kamu iktisadi teşebbüsüdür (233 Sayılı KHK. m. 2/2). Kamu iktisadi kuruluşları ise, sermayesinin tamamı devlete ait olup, tekel niteliğinde olan mal ve hizmetleri, kamu yararı kapsamında üretmek ve pazarlama için kurulmuş olan ve gördüğü bu kamu hizmeti nedeniyle ürettiği mal ve hizmetleri imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür (233 Sayılı KHK. m. 2/3). Kamu iktisadi teşebbüsler, devletin ekonomide doğrudan faaliyet göstermesinin aracı olup, kamu teşebbüsü niteliği arz etmektedir[255]. Rekabet Kurulu bir kararında[256] kamu iktisadi kuruluşu bakımından "ekonomik faaliyette bulunma" ve "ekonomik bağımsızlık" şartlarının oluşması nedeniyle ilgili kamu iktisadi kuruluşunun teşebbüs niteliğine sahip olduğuna karar vermiştir[257]. Şu hâlde, kamu iktisadi teşebbüsler, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yer almaktadır. Bununla birlikte, genel ekonomik menfaatlere dair hizmetleri gerçekleştirmekle görevli veya mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüsler de, kendilerine kamu kuralları çerçevesinde verilmiş olan belirli görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemedikçe, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmelidir[258].

Devlet veya devleti temsil eden Cumhurbaşkanlığı, Bakanlıklar ve belediyeler gibi kamu kurumlarının rekabet hukuku düzenlemelerine aykırılık teşkil edecek kararlar alması ve uygulamalar içinde bulunması hali, Rekabet Hukuku uygulama alanına girmez. Zira bu kurumlar kamusal yetkilerini kullanmakta ve ekonomik bir faaliyet

[255] GÜZEL, s. 54; İKİZLER, s. 90-91.
[256] Rekabet Kurulu 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1468-386 sayılı kararı.
[257] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 89.
[258] GÜVEN, s. 65.

içerisinde bulunmamaktadırlar. O yüzden, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun anlamında birer teşebbüs sayılmazlar[259].

Bir uyumlu eylemin gerçekleşmesi için yukarıdan beri yapılan açıklamalar doğrultusunda bağımsız en az iki veya daha çok teşebbüsün bulunması ve bunların uyumlu eyleme katılmaları gerekir. Esasen RKHK. m. 4 çerçevesindeki rekabeti ihlâl edici davranışların gerçekleşmesi için birden fazla teşebbüsün varlığı şarttır[260]. Zira, Rekabet Kurulu bir kararında[261], ecza deposunun üçünün uyumlu eylem içinde bulunduğuna dair karar vermesinden sonra bunlardan ikisinin eylemlerine son vermesini ve diğerinin aynı eylemleri sürdürmesinin Kanuna aykırı bir fiil olmadığına ve uyumlu eylemin tek başına sürdürülemeyeceğine karar vermiştir.

2. Teşebbüsler Arası Bir Bağlantının Bulunması

a. Genel Olarak Teşebbüsler Arası Bağlantı

Teşebbüsler arası bir bağlantıdan söz edebilmek için her şeyden önce onların davranışlarını belli bir ortak plan dâhilinde sergilemeleri gerekir. Doktrinde ve uygulamada, uyumlu eylemlerin varlığı için ortak bir planın bulunması, bunun hazırlanmasının veya uygulanmasının gerekli olup olmadığı öncelikle ele alınması gereken bir husustur[262].

Doktrinde Gleiss'e[263] göre, teşebbüslerin ortak bir planı izlemeleri, karşılıklı uyumun esas kriteridir. Burada önemli olan nokta ise, bir tarafın niyetini herhangi bir şekilde bilinçli olarak diğer tarafa belli etmesidir. Bu suretle belli edilen niyete uyanların

[259] TEKİNALP/TEKİNALP, s. 391; ARI, s. 151.
[260] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 226; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 193.
[261] Rekabet Kurulu 30.12.2004 tarihli ve 04-83/1179-299 sayılı kararı.
[262] İKİZLER, s. 93.
[263] GLEISS, s. 491-492.

eylemlerini, birbirinden bağımsız değil de diğerleriyle uzlaştıkları niyetlerini bilerek ve gözeterek yapmaları, bütün tarafların eş, uyumlu ve aynı amaçla hareket etmeleridir.

Ortak plan ile uyumlu eylem arasındaki bağların kökeni Amerikan Rekabet Hukukuna dayanmaktadır. Amerikan Rekabet Hukukunda ortak plan anlayışının kavranabilmesi için öncelikle bu kavramın incelenmesine ihtiyaç vardır. Amerikan Rekabet Hukukunda, gizli bir iş birliğinin söz konusu olabilmesi için teşebbüsler arasında bir anlaşmanın olması gerekir. Tarafların, sözleşmelerdeki icap ve kabul yerine geçecek bir uyuşmayı tamamlamış olmaları gerekir. Böyle bir uyuşma, teşebbüsler arasında karşılıklı birbirine uygun iradelerin değişimi sonucu sağlanır. Bunun yanı sıra, Amerikan Rekabet Hukukunda uyuşmanın varlığı, ortak planın varlığı durumunda gizli iş birliğinden söz edilebileceği anlayışı hâkim olmaya başlamıştır[264].

Ortak planın başarılı bir şekilde yürütülebilmesi için bütün tarafların katılımının sağlanması ve rekabetin kısıtlanmasına yönelik olması gerekir. Amerikan Yüksek Mahkemesine göre ortak planı hangi tarafın kurguladığı veya teşvik ettiği konusunun önemi bulunmamaktadır[265]. *Interstate Circuit* kararında[266], dava konusu tarafları bir önceki aşamada ortak bir faaliyet planı veya programında birleştiren bir girişimcinin davranışıydı. Söz konusu karardan, taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı veya tarafların birlikte davranmaları hususunda anlaşmış olmaları, iş birliğinin varlığının şart olmadığı sonucuna varmak mümkündür[267]. Zira Mahkeme Başkanı Hâkim Stone *Interstate Circuit* davasında verdiği karar gerekçesinden bir gizli iş birliğinin *(conspiracy)* varlığını ispat etmek için bir mutabakatın, bir anlaşmanın *(agreement)* aranması gereğinden tamamen vazgeçtiği anlamı çıkarılabilir: Zira bu kararın gerekçesinde "*...yasa dışı bir gizli anlaşmanın (conspiracy) tarafların eşzamanlı eylemi veya mutabakatı (agreement) olmadan oluşturulması, hatta çoğu zaman oluştuğu esastır. Rakiplerin, aralarında daha önce bir mutabakat (agreement) sağlamış olmaksızın, kaçınılmaz sonucu eyaletler arası ticaretin kısıtlanması olan bir plana*

[264] DIEKMANN, s. 67; İKİZLER, s. 94.
[265] DIEKMANN, s. 67.
[266] Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).
[267] AKINCI, s. 143.

iştirak etmeyi kabul etmesi, Sherman Yasası uyarınca yasadışı bir gizli anlaşma (conspiracy) kurulması için yeterlidir…" denilmektedir.

Söz konusu karara konu olan olayda, sinema işletmecilerinden biri, sekiz sinema filmi dağıtıcısına göndermiş olduğu mektuplarda[268], diğer sinema işletmecileri ile yapacakları lisans sözleşmelerine bazı hükümler koymalarını istemiştir. Her dağıtıcı bu mektubun diğer dağıtıcılara da gittiğinden haberdardır. Rakiplerinin bu öneriyi reddetmesi halinde büyük ticari kayıplara uğrayacaklarının farkında olmalarına rağmen her bir dağıtıcı önerilen davranışı uygulamıştır. Böylece dağıtıcıların arasında ortak bir plan doğrultusunda hareket etme ve buna bağlı kalma bilinci oluşmuştur. Buna göre, rekabeti kısıtlayıcı şartların gerçekleşmiş bulunması, hukuka aykırı nitelikte bir komplonun mevcut olması için ön şart değildir. Kararda vurgulanan önemli nokta, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde bulunma niyetiyle hareket etmeleri ve ortak bir planı benimseyerek bu plana bağlı kalmalarıdır[269].

Tüm dağıtım şirketleri mektuba ve talebe cevap vermişti. Bu sekiz şirket arasında bir "komplonun" varlığına dair doğrudan hiçbir tanıklık yoktu. Hükümet sadece firmaların gerçekte izlediği uygulamalara dayanıyordu. Her distribütör, diğer yedi distribütörün aktif rekabetinin çok farkındaydı. Tecrit edilmiş bir distribütör, sonuçları daha sonra kendisi için felaket olacak bir politikaya tek başına giremez. Planın başarısı ve artan çıkarların gerçekleşmesi, diğer tüm distribütörlerin benzer bir davranışına bağlıydı. Böylece distribütörler uyumlu davranmak için çok ciddi bir niyete sahiptiler[270].

[268] Sekiz sinema film dağıtım şirketi, Teksas'taki çeşitli şehirlerde sinema salonları (ve bu şehirlerin bazılarında özel salonların tekeline sahip olan) işleten bir grup şirketten, tiyatroların işletmecileri ile ilgili yeni bir politika izleyen ticari ilişkilerin kopması tehdidi altında bir mektup almıştı. Bu mektup özellikle, asgari kabul fiyatlarının uygulanması ve iki filmin gösterimini içeren seansların yasaklanması ile ilgiliydi. Mektup, alıcıların her birinin diğer yedi kişiye aynı anda gönderildiğini bilecekleri şekilde düzenlenmişti, bkz. JOLIET, s. 259 vd.

[269] JOLIET, s. 259 vd.; YÜKSEL, s. 4-5.

[270] JOLIET, s. 259 vd.; İKİZLER, s. 94-95.

Yüksek Mahkeme, taraflar arasında bir "komplo" düzenlendiğinin ispatı için bir anlaşmayı gösteren bir delilin sunulmasının gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, bir eylem uyumunun istendiği bilinciyle, her birinin teklif edilen planı kabul etmesinin ve uygulanmasına iştirak etmesinin yeterli olduğuna karar vermiştir. Dava konusu somut olayda her distribütör, diğerlerinin aynı davetiyeyi aldığını ve iş birliklerinin planın başarısı için gerekli olduğunu bilmektedir. Mahkeme, plan başarılı olsaydı, Sherman Yasası bağlamında rekabetin kaçınılmaz olarak kısıtlanmasına neden olacağının altını çizmiştir. Sonuç olarak, "*önceden herhangi bir mutabakat olmaksızın, düzgün yürütülürse, mutlaka Devletler arasında ticaretin kısıtlanmasına yol açan bir plana katılma teklifinin rakipler tarafından kabulü, Sherman Yasası uyarınca yasadışı bir komplo kurmak için yeterlidir*" [271].

Mahkeme tarafından belirlenen ilkeler, şüphesiz, davanın şartlarının gerektirdiğinden daha ileri gidiyordu. Gerçekten de, plan yalnızca oybirliğiyle katılım varsayımında başarılı olabilirdi ve eğer her distribütör planın rakipleri tarafından takip edileceğine dair bir güvence almamış olsaydı, bu gerçekleşemezdi. Mahkeme ayrıca kararında[272] "*Çeşitli distribütörlerin, bu piyasa koşulları altında her bir distribütörün bu planı kabul edeceğini bilerek hareket geçtiklerinin olağan hayatın akışına uygun olduğunu yoksa bu denli ağır ticari sonuçları olan değişiklikleri birbirlerinden habersiz gerçekleştirmelerinin ticari hayatın prensipleriyle örtüşmediğini ve basit bir tesadüf sonucu bu varsayımın gerçekleştiğini ise kabul etmediklerini*" ifadelerine yer vermiştir.

Mahkemenin konum alma kapsamını sınırlayan bu olayları dikkate almayı ihmal eden Federal Ticaret Komisyonu yakında "*bir dizi şirket, herkesin aynı şekilde hareket ettiğini bilerek ve bekleyerek bir davranış sergiledikleri zaman, aslında bir anlaşma yapmışlardır... Paralel bir eylem ile elde edilen aynı fiyatların ekonomik etkisinin, gizli bir anlaşma yoluyla elde edilen benzer fiyatlarla aynı olduğu açıktır ve bu nedenle*

[271] JOLIET, s. 259 vd.
[272] JOLIET, s. 259 vd.

Komisyon, bilinçli eylem paralelliğini Federal Ticaret Komisyonunu düzenleyen kanuna karşı bir ihlâl olarak görmüştür"[273].

American Tobacco Co. Şirketinin, Amerika Birleşik Devletleri aleyhine[274] açtığı davada Amerikan Yüksek Mahkemesi, kararında şu ifadelere yer vermiştir[275]: "*…Koşullar bir jürinin, gizli plan yapanların (conspirators) ortak bir amaç veya plan ve anlayış çerçevesinde bir birlik oluşturduklarını veya yasadışı bir anlaşma sağladıklarını düşünmesine yol açıyorsa, bir gizli anlaşmanın (conspiracy) kurulduğu sonucuna varmak hukuka uygundur…*"

İlk başta tamamen tek taraflı ve bağımsız eylemler olsalar bile, taraflar ortak bir tutum sergilemeye başladıkları belli bir an ve noktadan itibaren, mutlaka ortak bir iş çevirdikleri kanaatine vardıkları takdirde, bu durumda aralarında bir gizli anlaşma *(conspiracy)* meydana gelmiş olabilir. Bu durum, *Amerika Birleşik Devletleri'nin Masonite Corporation et al şirketine karşı davasında*[276] aynen gerçekleşmiştir. Davada bir dizi lisans sahibinin, lisans verenin tavsiye ettiği fiyatı uygulayacağını taahhüt etmesi, lisans sahipleri doğrudan birbirleriyle bir anlaşmaya varmamış olsalar bile, bu taahhüttü verenler arasında bir gizli anlaşmanın *(conspiracy)* varlığına kanıt kabul edilmesi için yeterli bulunmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi değerlendirmesinde, *"…müzakerelerde bulunarak ve ilk anlaşmaları yaparak her bir davalı … diğerlerinden bağımsız olarak hareket etmiş, yalnızca Masonite ile müzakere etmiş, diğerlerinin atabileceği adımlardan bağımsız olarak mutabakata (agreement) varmak istemiş ve diğerleriyle hiçbir şekilde bir görüşmede bulunmamıştır. Her bir davalının kendi sözleşmelerinin münferit birer işlem olmadığı, aksine daha geniş bir planın parçası olduğunun tam olarak hangi noktada farkına vardıkları belirsiz. Ancak planın devam*

[273] JOLIET, s. 260.
[274] American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 809-10 (1946).
[275] DIEKMANN, s. 68.
[276] 316 U.S. 265 (1942)

ettirilmesiyle her birinin amacının ve kapsamının farkına vardığı açıktır" ifadelerine yer vermiştir[277].

Diekmann'a göre Amerikan Rekabet Hukukunda ortak plan anlayışında uyumlu eylemlerin sübjektif temeli bulunmaktadır[278]. Ortak bir plana isteyerek katılan teşebbüslerin ulaşmak ve uygulamak istedikleri ortak hedef, sübjektif bir eşgüdüm içerir. Teşebbüsler arasında bu anlaşma, rekabeti kısıtlayıcı eylemlere yönelik yaptıkları eşgüdümdür. Böylece ortak bir planın kurgulanması veya yasadışı bir plana örtülü rıza gösterilmesi *(acquiescence in an illegal scheme)* bir nevi irade uyuşmasıdır ve bu niteliği ile uyuşmanın *(agreement)* özel bir türü olarak görülebilir. Bu uyuşma *(agreement)* artık tarafların açık beyanları üzerine değil, daha çok ince bir ağ çerçevesinde sessizce gerçekleşen eşgüdümler (uyum) üzerine kuruludur[279].

Amerikan Rekabet Hukukunda, ilk zamanlarda bir anlaşma düzeyine erişmeyen iş birliği durumları için, teşebbüslerin ortak bir plana katılımı aranmakta idi. Bu sebeple, o zamanda Amerikan Rekabet Hukukunda, iş birliğine dayalı rekabet sınırlamalarından bahsedebilmek için ya teşebbüsler arasında yapılmış bir anlaşma veya teşebbüslerin müştereken katıldıkları bir planın bulunması şarttır[280].

Avrupa Birliği rekabet hukuku açısından konu değerlendirildiğinde ABAD, Suiker Unie ve Dyestuffs kararlarında uyumlu eylemleri tanımlarken, koordinasyon ve iş birliğinden bahsetmiş ve bunların varlığı için bahsedilen manada bir planın mevcut olmasının mecburi nitelik taşımadığını ifade etmiştir. ABAD, aralarındaki koordinasyon ve iş birliğinin varlığı tespiti için teşebbüslerin gelecekteki pazar politikalarını belirlerken, birbirlerinden bağımsız olarak hareket edip etmediği ölçütünü esas almaktadır[281]. Buna göre teşebbüsler gelecekteki pazar politikalarını belirlerken birbirinden bağımsız hareket ediyorlarsa, uyumlu eylem içinde değildirler. Aksi halde

[277] DIEKMANN, s. 68.
[278] DIEKMANN, s. 74.
[279] DIEKMANN, s. 72.
[280] İKİZLER, s. 98.
[281] İKİZLER, s. 99.

ise, uyumlu eylem içindedirler. Bu içtihat doğrultusunda, Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, ortak bir planın varlığı uyumlu eylemler için zorunlu bir şart değildir. Amerikan Rekabet hukukunun aksine, Avrupa Birliğinde rekabetin sınırlanmış olduğu kanaatine ulaşılması için teşebbüslerin etrafında toplandıkları bir plan veya programın varlığı aranmamaktadır. Divanın bu kararı doktrin genelinde de esas alınmış; ortak planın varlığı uyumlu eylem için yeterli görülmüş ve fakat zorunlu bir şart olarak algılanmamıştır. Bu karar, doktrinde uyumlu eylemler hakkında gevşek veya zayıf anlaşmalar olarak bahsedilmesine zemin hazırlamıştır[282]. Diğer bir ifadeyle, uyumlu eylemlerde de anlaşmalardaki gibi, net ve açık olmayan, örtülü bir irade uyuşmasından söz edilebilmiştir. Bu anlamda irade uyuşması, iş birliğinin temelinin oluşturan zihinsel uyuşmayı (mental consensus) veya fikirlerin buluşmasını (minds of meeting) ifade etmektedir. O yüzden, zihinsel uyuşma veya fikri buluşma denen bu unsur, pazar üzerinde görülen salt benzer davranışlardan uyumlu eylemleri ayırmada kullanılmaktadır[283].

Pre-Insulated Pipes kararında[284], Komisyon, pazarda belirli eylemlerden kaçınmak veya eylemlerini bir çizgide tutmak suretiyle, teşebbüslerin bireysel ticari hareketlerini kısıtlayan ya da kısıtlayabilecek özellikteki ortak bir plana bağlı kalmalarını anlaşma olarak nitelendirmiştir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ortak bir planın varlığının, anlaşmalar ile kıyaslandığında, çok daha gevşek bir uyuşmaya ve sübjektif bir bağa işaret ettiği sonucuna varmak mümkündür. Nitekim teşebbüslerin her yönüyle tüm hususlarda anlaşmış bulunması, anlaşma şartlarına zaman zaman aykırı davranmaları ve hatta ara sıra karşılıklı rekabet içine girmeleri ortak plan çatısı altında oldukları müddetçe anlaşmanın sona erdiği veya kurulmadığı anlamına gelmez[285]. Uyumlu eylemin, karşılıklı anlayış veya hemfikir olma durumuna ya da iş birliğine dayanması onu anlaşmalara nazaran daha gevşek kıldığı ifade edilebilir[286].

[282] KORAH, Modern Law, p. 222 vd.; ANTUNES, p. 60.
[283] KORAH, Modern Law, p. 222 vd.; İKİZLER, s. 100.
[284] Pre-Insulated Pipes, OJ 1999, L-24/1.
[285] İKİZLER, s. 100-101.
[286] RODGER/MacCULLOCH, p. 164.

Bir hukuki işlemin temel kurucu unsuru, irade açıklamasıdır. İradenin dış dünyaya açıklanması ise iradenin beyanıyla ya da iradi faaliyetle gerçekleşir. İrade beyanı ise irade ve beyan olmak üzere iki unsurdan oluşur. İrade beyanının sübjektif unsuru olan irade doktrinde, fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesi olmak üzere çeşitli ayırımlara tabi tutulmuştur. Fiil iradesi, "dış bir davranışın yapılmasına yönelik bilinçli bir irade" demektir. Buna göre, beyan sahibi, beyan fiilini bileyerek isteyerek yapmalıdır. Bu iradeyi, beyan sahibi, sözle, işaretle ve diğer fiiller ile iradi bir eylemle dış dünyaya bildirmelidir. İşlem iradesi ise, "hukuki bir işlem yapma iradesidir". Buna göre, işlem iradesi beyan sahibinin, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik iradesini ifade eder. İşlem iradesi, irade beyanının içerik ve konusu olup, bununla beyan sahibinin ulaşmak istediği hukuki sonucu belirtir. Beyan iradesi ise, "beyan sahibinin işlem iradesini belirli bir davranışla muhataba beyan etme, bildirme iradesidir". Bu nedenle, beyan sahibi, yapmak istediği işlem iradesinin bir fiille dış dünyaya yansıtmak, muhatap ya da üçüncü kişilere bildirmek konusunda bir karara varmış olmalıdır[287].

İradenin oluşumunun bu sıra ve suretle gerçekleştiği Türk Hukuk doktrininde ise, Akıncı uyumlu eylemden söz edebilmek için bir hukuki işlemin temelinde aranan uyuşmanın oluşumunu kademelere ayırarak meseleyi ele almaktadır. Buna göre, tarafların arasında öncelikle geleceğe yönelik arzu ve istekleri ilgili konularda bir uyuşmanın varlığı gereklidir. Bazı konularda taraflar, tasavvurlara ve düşüncelere sahip olmalıdırlar. Uyumun ikinci aşamasını bu tasavvur ve düşüncelerin karşı tarafa iletilmesi oluşturur. Bu aşama olmadan bu düşünce ve tasavvurlar tarafların yalnızca iç dünyasına aittirler ve dış dünya için bir mana taşımamaktadırlar. Açıklama safhası ile birlikte bu istek ve arzular bir özelliğe kavuşurlar. Bu iki aşama sonunda hâlâ bir uyumun varlığından bahsedilemez. Tarafların açıkladıkları bu istek ve arzuların diğerleriyle benzer olması ve bir ortak menfaatin belirlenmesi uyum için şarttır. Taraflar, ilk iki aşamada kendi başlarına hareket etmekte iken son aşamada birlikte hareket ederler. İlk iki aşama uyumun varlığı için hazırlık aşamalarıdır ve bir uyumun oluşması için yeterli değildir. İlk iki aşama olmadan yalnız son aşama ile uyumun oluşmuş olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Rakip teşebbüslerin yöneticilerinin piyasa

[287] EREN, Genel Hükümler, s. 131 vd.

ile ilgili konularda görüşlerini bildirmek için bir araya gelmeleri, üretim masrafları ve mal arzına ilişkin bahislerde görüştükten sonra, fiyatın "x" olarak tespit edilmesinin herkesin yararına olacağını belirtmeleri halinde bu üç aşamanın da gerçekleştiği ifade edilebilir.

Doktrinde İkizler'in savunduğu ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, rekabet hukukundaki anlaşma kavramı, taraf iradelerinin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş olmasının gerekip gerekmemesi noktasında borçlar hukukundaki sözleşme kavramı ile eş anlamlı değildir. Bundan dolayı işlenen eylem ile ilgi kurulmaksızın uyumun varlığından bahsetmek, bunu gevşek bir irade uyuşmasına, karşılıklı anlayışa veya fikirlerin buluşmasına dayandırarak açıklamak mümkün değildir. Uyumlu eylemin rekabet hukukunda bir etkisinin olabilmesi için, anlaşmaların ve kararların kapsamına girmeyen danışıklı ilişki durumlarına hasredilmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle, uyumlu eylemin kapsamı, anlaşma ve kararlar haricindeki tüm rekabet ihlâlleri olarak belirlenebilir[288].

Uyumlu eylemlerde tarafların iradelerinin uyumu veya uyuşmasını ifade eden sübjektiflik, iş birliği içinde olma durumunu ifade etmektedir. Uyumlu eylemde, söz konusu uyum ya da uyuşma denilince bundan sadece bir içsel olay olan zihinsel konsensüs algılamamak aksine bununla birlikte taraflar arasında bir bağlantı veya temasın kurulduğunu anlamak gerekir. Bir iş birliğinde, teşebbüslerin herhangi bir şekilde yakınlaşmaları olmadan uyumlu eylemin gerçekleşmesi söz konusu olamaz. Uyumlu eylemlerde teşebbüslerin birlikte hareket etmelerini sağlayan işte bu yakınlaşmadır. Bu bağlamda bağlantı, "rekabeti sınırlayıcı paralel pazar politikaları uygulanmasına zemin hazırlayan teşebbüsler arası yakınlaşma" olarak tanımlanabilir. Bağlantı sonucu elde edilen bilgi, fikir ve kanaatlerin gelecek pazar politikalarının belirlenmesinde üstlendiği rol önemlidir. Bu bilgi, fikir ve kanaatler, eğer rekabeti sınırlayıcı paralel davranışlara neden oluyorlar ise uyumlu eylemler gerçekleşmiş

[288] İKİZLER, s. 102-103.

demektir[289]. Bu anlamda bağlantı kavramının, özelliklerinin ele alınmasında ve incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

b. Bağlantının Özellikleri

Uyumlu eylemin "objektifleşmiş" unsuru, teşebbüsler arasında doğrudan veya dolaylı bir şekilde meydana gelen bir bağlantının, temasın mevcudiyetidir. Bağlantının objektif olma özelliğinin sebebi ise teşebbüslerin uyuşup uyuşmadığı hususu ile ilgilenmemesidir. Birbirleriyle bağıntıya geçen teşebbüsler, bunun sonucunda yeni bazı bilgi, fikir ve kanaat sahibi olurlar. Bu bilgi, fikir ve kanaate göre teşebbüslerin yapacağı değerlendirmeler eğer rekabete karşı pazar politikaları üretilmesine yol açıyorsa, artık bu durumda teşebbüslerin bağımsız kararlar aldığından söz edilemez. Bağlantı esnasında bilgi değişimleri veya vaatler, öneriler, tavsiyeler, fikir alışverişleri, ağız aramaları, niyet yoklamaları gibi çok çeşitli hususların bahsi geçebilir; ancak bunların tümünün karar alma sürecinde dikkate alınması beklenemez; teşebbüsler doğru olduğu kanaatine vardıkları kısmı baz alırlar. Bunların doğruluğundan kesin surette emin olmak gerekli olmayıp, her teşebbüsün bağlantı sonucunda elde ettiği bilgi, fikir veya kanaate göre hareket edeceğine ilişkin beklenti içinde olması yeterli kabul edilmektedir[290].

Akıncı'ya göre de taraflar arasında koordinasyonun mevcudiyeti, şüphesiz ki öncelikle tarafların geleceğe yönelik isteklerini ve taleplerinin bulunmasını gerektirmektedir. Öyle ki, tarafların öncelikle belirli konularda tasavvurları ve düşünceleri bulunmalıdır. Bunların karşı tarafa iletilmesi ile de uyumun ikinci safhası gerçekleşmiş olur. Ancak açıklama ile birlikte tarafların arzu ve istekleri bir özellik kazanır. Şöyle ki, bu tasavvur ve düşüncelerin karşı tarafa iletilmesiyle birlikte bir bağlantı kurulmuş olur[291].

[289] İKİZLER, s. 104-105.
[290] İKİZLER, s. 110-111.
[291] AKINCI, s. 147.

Divanın bağlantıya ilişkin ilk önemli kararı Suiker Unie (Şeker Karteli) kararıdır[292]. Çalışmamızda daha önce de bahsedildiği[293] üzere, Komisyon tarafından teşebbüslerin bazı girişimlerinin ABİDA. m. 101 ve 102 kapsamında rekabeti ihlâl edici olduğuna ilişkin kararın temyiz edilmesi üzerine davaya konu sorun ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD ise, uyumlu eylemin mevcut olduğunu kabul etmek için bir plan veya programın varlığının aranmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Bunun yerine mahkeme, uyumlu eylem kavramı için çok önemli bir yorum getirmiştir. Buna göre, her teşebbüsün ortak pazarda izlemeyi planladığı politikası bağımsız şekilde belirlemesi gerekmektedir. Bu surette belirlenen pazar politikası teşebbüsleri, rakiplerinin var olan ve öngörülebilen hareketlerine akıllıca ayak uydurmak hakkından mahrum etmez. Ancak, rakipler arasında amaç veya etkisi mevcut olan veya potansiyel bir rakibin pazar politikalarına nüfuz edilmesi ya da benimsenen belli bir politikaya uyması amacıyla diğer rakiplerin haberdar edilmesi gibi uyumlu eyleme neden olacak doğrudan veya dolaylı bir bağlantıya izin verileceği anlamına gelmez[294].

aa. Bilgi Değişimi

Bilgi değişimi, teşebbüslerin, rekabet üzerine etki edebilecek ekonomik faaliyet ve politikaları ile ilgili bilgilerini birbirleri arasında değişim yapmaları, diğer rakiplerin zararına olacak şekilde paylaşmaları veya bir diğerine iletmeleri olarak da ifade edilebilir[295]. Bilgi değişimi[296], rekabet edilen işletmelerin, rekabete ilişkin kararlarını

[292] Suiker Unie v. Comission (Sugar), Cases 40/73, ECR 1975, 1663.
[293] §5, I, B. 1.
[294] İKİZLER, s. 112-113.
[295] CENGİZ, s. 244; İKİZLER, s. 115-116.
[296] Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan "Yatay İş Birliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz"da bilgi değişimine ilişkin olarak çeşitli düzenlemeler içermektedir; bundan dolayı bu düzenlemeler konumuz itibariyle çok büyük bir önem taşımaktadır. Kılavuzda, bilgi değişiminin rekabet hukuku açısından tanımı ve kapsamına ilişkin şu düzenlemeye yer verilmiştir: "*Teşebbüsler arasında bilgi değişimi birçok şekilde gerçekleşebilir. Bilgi, rakipler arasında doğrudan veya meslek kuruluşları gibi teşebbüs birlikleri, pazar araştırma kuruluşları ve benzeri üçüncü taraflar veya teşebbüslerin tedarikçi ya da dağıtım ağı yoluyla dolaylı olarak paylaşılabilir. Bilgi değişimi, bir anlaşmanın temel konusunu oluşturabileceği gibi, başka bir yatay anlaşmanın parçası da olabilir. Örneğin, bir üretim anlaşmasının tarafları anlaşmanın parçası olarak bazı maliyet bilgilerini birbirleriyle paylaşabilirler. Bu tür bilgi paylaşımları, yatay iş birliği anlaşmasının bütünü dikkate alınarak değerlendirilir. Bilgi değişimi, çeşitli etkinlik kazanımları ortaya çıkarabilir. Örneğin bilgi değişimi, taraflar arasında bilgi asimetrisi sorununu ortadan kaldırabilir. Ayrıca,*

etkileme potansiyeli olan ticari sırlarını, birbirlerine karşı açıklama yoluyla gerçekleşebilir[297]. Genellikle pratik hayatta bilgi değişimi, rakip teşebbüsler tarafından doğrudan veya uzman kurumlar, teşebbüs birlikleri ya da diğer ilgili kurum veya kişiler aracılığıyla yapılmaktadır[298].

Bu bilgi, geçmişi, şu andaki ekonomik faaliyetlere ilişkin verileri ve geleceğe yönelik pazar politikalarını kapsayacak şekilde geniş bir yelpazeye sahiptir. Bununla birlikte bu geniş yelpaze içindeki her bilgi değişiminin her zaman rekabet üzerine olumsuz etkisinin bulunduğu söylenemez[299]. Çünkü rakip teşebbüsler, birbirleri hakkında hiçbir şey bilmedikleri bir ortamda rekabet stratejisi izleyemezler. Tam rekabet piyasalarındaki ideal rekabetçi denge de tam bilgi varsayımına dayanmaktadır. Ancak, bilgi değişimleri, bazı koşullarda rekabete zararlı olabilmektedir. Bu gibi hallerde, bilgi değişimleri, piyasalarda rekabetin temel şartı olan belirsizlikleri azaltarak ya da ortadan kaldırarak piyasaları yapay olarak şeffaflaştırmaktadır. Rakip

teşebbüslerin, kendilerini rakipleriyle kıyaslamalarına imkân sağlayarak etkinliklerini arttırabilir. Bunun yanı sıra, bilgi paylaşımı, teşebbüslerin, stoklarını azaltmasına, kolay bozulabilen ürünlerini tüketicilere daha hızlı ulaştırmasına ya da talebin istikrarsızlığından kaynaklanan maliyetlerini düşürmesine de yardımcı olabilir. Araştırma maliyetleri azalan ve seçenekleri artan tüketiciler bu durumdan doğrudan fayda sağlayabilir. Ancak, bilgi paylaşımı özellikle, teşebbüslerin, rakiplerinin pazar stratejileri hakkında bilgi sahibi olmalarını sağladığı durumlarda rekabetin kısıtlanmasına neden olabilir. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi; pazarın yoğunlaşma derecesi, şeffaflığı, istikrarı, karmaşıklığı ve pazardaki teşebbüslerin benzerliği (simetri) gibi pazarın yapısına ilişkin unsurlar ile ilgili pazarı rakipler arası koordinasyona elverişli hale getirebilmesi nedeniyle paylaşılan bilginin niteliğine bağlıdır. Bunun yanı sıra, rakipler arasında bilgi değişimi, fiyat veya miktar tespiti amacını taşıyan bir anlaşma niteliği taşıdığında kartel olarak kabul edilerek cezalandırılır. Ayrıca, tarafların, üzerinde uzlaşılan kurallara uyup uymadığının takibini sağlayarak kartelin işleyişini kolaylaştıran bilgi değişimleri de kartelin bir parçası olarak değerlendirilir. Normal şartlar altında teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da beklenen davranışlarına göre basiretli bir biçimde kendilerini uyarlaması ihlâl olarak değerlendirilmemektedir. Ancak, rakipler arasında, pazardaki olağan koşullardan farklı rekabet koşulları yaratma amaç veya etkisine sahip olan doğrudan ya da dolaylı her türlü iletişim ihlâl olarak değerlendirilmekte ve yasaklanmaktadır. Örneğin, teşebbüsün, kendi uyguladığı veya uygulamayı düşündüğü politikayı rakibine açıklaması bu bağlamda değerlendirilebilir. Dolayısıyla, bilgi değişimi, rekabete duyarlı bilgilerin değişimi ile pazardaki belirsizliği azaltıyor ve rekabeti kısıtlayıcı iş birliğini kolaylaştırıyorsa, 4. madde kapsamında ihlâl teşkil edebilecektir… Bir teşebbüsün, rekabete duyarlı bilgilerini, gerçek anlamda kamuya açık şekilde, örneğin gazete vasıtasıyla, tek taraflı olarak ifşa etmesi, genellikle ihlâl teşkil etmez. Bununla birlikte, 4. madde kapsamında yapılacak değerlendirme açısından somut olayın özellikleri belirleyici olacaktır. Örneğin, böyle bir duyuruyu takiben rakiplerin de rekabete duyarlı bilgileri benzer şekilde ifşa yoluna gitmesi, koordinasyona işaret edebilir" (Kabul Tarihi:30.4.2013 Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6)).

[297] AZCUENAGA, p. 38; WHISH, s. 443; KEKEVİ, s. 6.

[298] LEONE/PETRICCIONE, p. 196-197.

[299] CENGİZ, s. 245-246; İKİZLER, s. 115-116.

teşebbüslerin, özellikle fiyat, üretim ve yatırım politikalarına ilişkin bilgi değişiminde bulunmaları hem rekabeti bozucu nitelikte işbirliği yapılmasına yol açabilir hem de mevcut işbirliğinin hangi rakipler tarafından ihlâl edildiğinin kolaylıkla tespitine imkân sağlayabilir[300]. Bu noktada bilgi değişiminin içeriği, niteliği, kapsamı ve ilgili piyasanın koşulları çok önem arz eder[301].

Rekabet üzerine etki edebilecek bilgi değişimlerinin başında fiyatlara ilişkin bilgilerin paylaşılması gelir. Üretim, envanterler, sevkiyatlar ve kapasite verileri de değişime konu olabilir. Doktrinde bilgi değişimleri, rekabet araçları üzerindeki bilgi değişimleri ve rekabetle ilgili parametreler üzerinde bilgi değişimleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[302]. Rekabet araçları üzerindeki bilgi değişimleri sözleşme şartları ile rekabet parametreleri üzerindeki bilgi değişimleri, aylık veya yıllık satış tutarları ve maliyetler ile ilgilidir.

Teşebbüslerin yaptıkları toplantılar, sosyal medya mesajları, iletişim görüşmeleri ya da birbirlerine gönderdikleri mektuplarla doğrudan bilgi değişiminde bulunmaları imkân dâhilinde olduğu gibi, teşebbüs birlikleri vasıtasıyla ya da fiyat duyuruları yoluyla bilgi alışverişinde bulunmaları da mümkündür[303].

Bilgi değişimine dair AB Rekabet hukukundaki en önemli kararlardan biri, *UK Tractors* Kararıdır[304]. Söz konusu karar, İngiliz traktör üreticileri ve ithalatçıları arasında kurulan bir bilgi değişimi sistemine ilişkindir. Bu üretici ve ithalatçılar arasında oldukça kapsamlı bir bilgi değişimine olanak sağlayan bu sistemi Ziraat Mühendisleri Birliği yönetmektedir. Bu kurulan sistemle birlikte üyeler son derece detaylı bilgilere ulaşabilmektedirler. Bu bilgi değişim sistemine üye olan her bir teşebbüs ile ilgili olarak üyeler, teşebbüslerin her birinin satış miktarlarını ve pazar paylarını haftalık, aylık ve

[300] CENGİZ, s. 190-191.
[301] LEONE/PETRICCIONE, p. 200; NOVSHEK, p. 17-23; AZCUENAGA, s. 38-39.
[302] CENGİZ, s. 246; İKİZLER, s. 116.
[303] CENGİZ, s. 246; YÜKSEL, s. 52.
[304] UK Agricultural Tractor Registration Exchange O.J. (1992) L68/19; Adalet Divanı'nın bilgi değişimine ilişkin verdiği bir diğer önemli karar, *T-Mobile* kararıdır. T-Mobile Netherlands BV and Others v RAD van bestuur van der Nederlands Mededingingsautoeriteit, Case C-8/08.

yıllık zaman dilimlerine göre erişebilmektedirler. Bununla birlikte, bu bilgi değişim sistemine üye olmayan teşebbüslerin dahi satış miktarlarına ve pazar paylarına ilişkin bilgilere ulaşılabilmektedir. Komisyon, değerlendirmesini öncelikle pazarın yapısını ele alarak başlamıştır. Değerlendirme sonucunda İngiliz traktör pazarının arz yönünden oldukça yoğunlaşmış olduğu tespit edilmiştir. Bu sonuca göre, pazardaki en büyük dört teşebbüsün pazar payı %80'i bulmakta iken, bilgi değişim sistemi üyeleri ile birlikte bu oran %88'e kadar yükselmektedir. Pazar yapısını tespit ettikten sonra Komisyon, bilgi değişiminin niteliği ve içeriği üzerine yoğunlaşmıştır. Bireysel verilerin paylaşımına gelindiğinde ise Komisyon, "*yüksek derecede yoğunlaşmış bir piyasada gerçek rakipler için ticari sır niteliğinde olan tam satış verileri ve pazar paylarına*" ilişkin bilgi değişiminin ABİDA. m. 101/1'i ihlâl ettiğine karar vermiştir. Komisyona göre taraflar arasındaki bilgi değişimi sistemi rekabeti iki sebeple ihlâl etmiştir: İlk olarak sistem oldukça yoğunlaşmış pazarda taraflar arasındaki "gizli rekabeti" önlemiş, ikincisi ise sisteme dahil olmayan teşebbüsler için pazara giriş engellerini yükseltmiş ve artırmıştır[305].

Otomotiv sektöründe hedef, stok, satış stratejisine ilişkin bilgi değişimleri ile geleceğe yönelik fiyata işaret eden bilgi paylaşımları pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Kurul'un oto piyasasında faaliyeti bulunan farklı işletmelerin ticari sırrı olan stok, satış hedefleri, gelecek satış pazarlama teknikleri, toplantı programı, fiyat stratejilerinin paylaşımına yönelik görüşmelerin 4054 sayılı yasanın 4.maddesine aykırılık oluşturduğuna dair iddiası üzerine yürüttüğü soruşturma neticesinde verdiği kararda[306], "*4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin lafzına göre anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarının rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı amaç taşıması yeterlidir; amacı bu olduğu takdirde, söz konusu faaliyetin ayrıca piyasada rekabeti bozucu etkilerinin görülmesi veya bu etkilerin ispatı aranmayacağı*" ifadelerine yer verilmiştir. Kararda, "*söz konusu fiyat stratejisi görüşmelerinin anlaşma ve/veya uyumlu eylem niteliği arz ettiği, dolayısıyla salt bilgi değişimi olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmekle birlikte, fiyat yahut fiyat stratejisine yönelik bilgi değişimi uygulamalarının dahi tek başına 4054 sayılı Kanun'un ihlâline vücut*

[305] CENGİZ, s. 249 vd.; PİŞMAF, s. 47 vd.
[306] Rekabet Kurulu 18.04.2011 tarihli ve 11-24/464-139 sayılı kararı.

vereceğine" ve "*geleceğe yönelik fiyat değişimi, rekabet hukuku bakımından diğer bilgi türlerine yönelik paylaşımlara kıyasla daha büyük bir endişe yarattığı, zira böyle bir bilgi, teşebbüsün piyasada uygulayacağı ticari stratejileri ortaya çıkarmakta ve böylelikle potansiyel olarak rekabeti kısıtladığını, dolayısıyla bilgi değişiminin değerlendirilmesinde esas olan yaklaşım rule of reason olmakla birlikte, geleceğe yönelik fiyat ve/veya fiyat stratejilerine ilişkin bilgilerin değişimi, belirtilen kuraldan istisna tutulduğu*" yönünde karar verilmiştir.

Rakipler arası bilgi değişimi, Rekabet Kurulu'nun Oniki Banka kararında[307] bankalar arası iletişim ihlâl iddiaları arasında yer almıştır. Kararda, "*sözü edilen nitelikteki stratejik bilgilerin rakipler arasında paylaşılması, rakip konumdaki teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği bir ölçüde azaltmakta ve rakipler arasında koordinasyona yol açtığı, bu çerçevede, söz konusu bilgi paylaşımının, teşebbüslerin fiyat düzeyi, arz miktarı gibi stratejik kararlarına etki eden üst düzey yöneticileri arasında ve devamlı olarak gerçekleştirilmesi durumunda ise rekabeti sınırlayıcı olacağı açık*" bulunduğu ifade edilmiştir.

bb. Toplantılar

Farklı sebeplerle bir araya gelen ya da doğrudan belirlenmiş konular hakkında toplantılar gerçekleştiren teşebbüslerin, davranışlarında istikrarlı bir tutum oluşmuşsa, uyumlu eylemin varlığının sabit olduğu kabul edilir. Teşebbüslerin piyasa davranışları arasında bulunan benzerlikleri uyumlu eylem olarak kabul edebilmek için, taraflar arasında bir bağlantının mevcudiyeti aranır. Bu bağlamda, bağlantının herhangi bir tutanağa, bilgi paylaşımına bağlı olması zorunlu değildir. Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin, hangi sebeple olursa olsun bir araya gelmeleri veya özel toplantılar düzenlemeleri, taraflar arasındaki bağlantının varlığı için yeterlidir[308].

[307] Rekabet Kurulu 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararı.
[308] WYATT/DASHWOOD, p. 358-359; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 202.

ABAD'ın *Pioneer* kararı[309], bu konuya ilişkin, güzel bir örnektir. Karar konusu olayda, Japon Pioneer firmasının Fransa'da (MDF), Almanya'da (Melchers) ve İngiltere'de (Shriro) üç dağıtıcısı bulunmaktadır. Pioneer'e ait ürünler Fransa'da diğer iki ülkeye oranla daha pahalıya satılmaktadır. Bu nedenle, Almanya ve İngiltere'den Fransa'ya Pioneer ürünleri getirilmektedir. MDF söz konusu durumdan şikâyetçi olması üzerine Pioneer, üç dağıtıcısı ile bir toplantı yapar. Toplantıda görüşülen konuda herhangi bir anlaşma yapılmamış ya da tutanak tutulmamıştır. Toplantının ardından İngiltere ve Almanya'da faaliyet gösteren dağıtıcılar, bahsi geçen ürünü Fransa'ya ithal eden toptancılara mal vermeyi reddetmişlerdir. Toptancıların Komisyon'a taşıdığı bu durum karşısında Komisyon, delil yokluğu nedeniyle iddiayı reddetmiştir. Daha sonrasında, olay ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD, klasik anlamda bir kanıt olmamasına rağmen, taraflar arasında gerçekleştirilen toplantıdan hareketle uyumlu eylemin varlığını kabul etmiştir[310].

Yatay İş birliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'a göre; "*bir teşebbüsün posta, e-posta, telefon görüşmeleri, toplantılar gibi vasıtalarla rekabete duyarlı bilgilerini, bunları açıkça veya zımnen kabul eden rakiplerine tek taraflı olarak açıklaması ile çok sayıda teşebbüsün, amaçları ve planları hakkında birbirlerini bilgilendirmesi arasında fark bulunmamaktadır*". Örneğin, bir teşebbüsün, fiyatları artırmak üzere bir uzlaşmaya varılmamış olmasına rağmen, fiyatlama politikasının rakiplere açıklandığı bir toplantıya sadece katılmış olması bile, bunun RKHK. m. 4'ün "*...mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi...*" hükmü kapsamına dâhil edilmesi mümkündür.

cc. Tavsiyeler

Tavsiye, bağlayıcı olmayan, fakat belirli bir politikanın uygulanmasının faydalı olacağı hususunda karşı tarafa yapılan bir beyandır. Bilgi değişimlerinde ise teşebbüsler, kendi politikaları ile ilgili bir bilgiyi karşı tarafa aktarmaktadırlar. Bu anlamdaki bilgi

[309] Musique Diffusion Française v. Comission, Cases 100/80, ECR 1983, 1825.
[310] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 202-203.

değişimi, mevcut satış veya üretim miktarlarını veya teşebbüsün gelecekteki pazar politikalarına ilişkin olabilir. Tavsiyelerde ise, teşebbüslerden biri veya üçüncü bir kişi bir başka teşebbüsün politikalarına dair görüş, düşünce ve tecrübelerini açıklayarak öneride bulunur. Uyumlu eylemler açısından değerlendirildiğinde, tavsiyelerin karşılıklı veya tek yanlı gerçekleşmesi mümkündür. Uyumlu eyleme neden olabilecek tavsiye, doğrudan doğruya bir başkasının pazar politikasına etki etmeye yönelik olmalıdır[311].

Rekabet hukuku açısından tavsiye, bir anlaşmaya yol açmaz. Zira, anlaşmada tarafların karşılıklı iradelerini açıklamaları sonucu ortaya çıkan bir irade uyuşması vardır. Ancak, tavsiyede, muhataba yönelik bir öneri, öğüt veya düşünce dile getirilmesi söz konusudur. Tavsiyede bulunanın, muhatabı ile anlaşma niyeti bulunmamaktadır. Sonuç olarak, tavsiyeye uyulmuş olup olmadığının bu noktada bir önemi bulunmamaktadır[312].

Uyumlu eylemler açısından ise tavsiyelerin karşılıklı veya tek taraflı gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Genellikle, tek taraftan bir teşebbüse tavsiyeler verilmektedir. Yatay ilişkilerde, bu tek taraf daha çok piyasa önderi veya teşebbüslerden biri olabileceği gibi bir birlik, dernek veya benzeri bir kuruluş da olabilir. Teşebbüslerin görüşlerinden istifade ettiği ortak bir danışman veya koordinatör de bu kapsama girmektedir. Dikey ilişkilerde ise genellikle üretici/sağlayıcıdan dağıtım kanalı içindeki yeniden satıcılara yönelen tavsiyeler söz konusu olmaktadır. Her iki durum içinde bağlantı, doğrudan doğruya değil, bir üçüncü kişi üzerinden sağlanmakta ve teşebbüslerin bu şekilde gelen tavsiyelere uymaları sonucu uyumlu eylemler ortaya çıkmaktadır[313].

[311] İKİZLER, s. 125; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 219.
[312] İKİZLER, s. 125.
[313] İKİZLER, s. 126.

20.04.2010 tarihli "*ABİDA. m.101/3'ün Dikey Anlaşmalara ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına ilişkin Komisyon Tüzüğü*[314]"nün 4/a maddesinde baskı veya teşviklerle yapılmayan satış fiyatı tavsiyelerinin, satış fiyatının bağımsız bir şekilde belirlenmesini engellemediği ifade edilmektedir. Yine benzer şekilde, Rekabet Kurulu tarafından yayımlanan "*Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*[315]"nün 4/a maddesine göre; "*taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkün*" kabul edilmektedir.

dd. Kamuya Yönelik Duyurular

Bilgi değişimi ve tavsiyelerin ortak özelliği, teşebbüslerin rakipleriyle doğrudan veya birlik ya da dernek gibi ortamların sağladığı olanakla iletişime geçmeleridir. Bu iki durumda da, teşebbüsler birbirleriyle ilişki kurmaktadırlar; alıcıların, bu bilgi değişiminden veya tavsiyeden genellikle haberleri olmaz. Buna karşılık, kamuya yapılan duyurularda, teşebbüslerden birinin fiyat artıracağının gazetede duyurulması gibi bir durum söz konusudur. Böyle bir durumda duyurulan bilgi hem rakiplere, hem toptancılara, satıcılara, alıcılara ve hatta tüketicilere kadar iletilmiş olur. Bu çeşit duyurularda, bilgi herkese açık olup kendi pazar davranışlarını belirlemede alıcılar için pazar şeffaflığı oluşturur[316].

Kamuya yönelik duyuruların amacı, genellikle gelecekte izlenecek ve uygulanacak pazar politikaları hakkında toplumu bilgilendirmektir. Bu duyuruları gerçekleştirirken teşebbüslerin güttükleri bir başka amaç da, pazarda uygulamayı planladıkları politikayı rakiplerine karşı önceden açığa vurmaktır. Bununla birlikte, teşebbüslerin bu duyuruları gerçekleştirirken koordinasyon amacı olmaksızın yeni pazar uygulamasına dair kamuyu bilgilendirmeyi amaçlamış olmaları da mümkündür.

[314] Commission Regulation (EU), No 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices L 102/5.
[315] Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2002/2).
[316] VAN GERVEN/VARONA, p. 595.

Kamuya yönelik duyuruların konusunu gelecekteki pazar politikaları oluşturur; ancak bu politikalar henüz hayata geçirilmemiştir. Bu durum teşebbüsün söz konusu bu politikalarını her zaman değiştirebileceğinin mümkün olduğu anlamına gelmektedir. Ancak, kamuya duyurulan ve herkes tarafından bilinmekte olan bir politikadan vazgeçmek, yalnızca rakiplere duyurulan bir bilgilendirmeden vazgeçmekten daha zordur. Bu yüzden kamuya yönelik duyuruların bir anlaşma zemini hazırlayacak biçimde kullanılmaya elverişsiz olduğu ifade edilebilir. Bir teşebbüsün duyurduğu politika ve planlardan vazgeçmesi, o teşebbüsün ticari itibarını zedeleyebilecektir. Bu nedenlerle kamuya yönelik duyurular, ciddiyet taşıyan durumlar için söz konusu olabilirken bilgi değişimleri ile kıyaslandığında uyuşma zemini hazırlamaya elverişsiz niteliktedir[317].

3. Teşebbüslerin Davranışları Arasında Paralelliğin Bulunması

Uyumlu eylemlerin bir diğer unsurunu, bağlantıya dayanan paralel davranışlar oluşturur. Paralel davranışlar, belli bir ekonomik alanda faaliyet gösteren rekabet halindeki teşebbüslerin birbirine benzer piyasa politikaları uygulamaları olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle, teşebbüsler birbirleriyle çatışan veya çelişen pazar politikaları içine girmekten kaçınırlar. Eğer bir fiyat artışı bahis konusu olursa, rakip teşebbüslerinin hepsi ya da çoğunluğu bu eyleme katılır. Bunun sonucu olarak pazarda fiyatın sabit tutulması ya da fiyat indirimine gidilmesi gibi etkili bir zıt politika güdülmez[318].

Uyumlu eylemlerin varlığı, teşebbüslerin pazar davranışlarını birbirlerine paralel hale getirmeleri ve bunun devamında birbirleri ile rekabetten kaçınmaları sonucunu doğurur[319]. Paralel davranışlar hem paralellik hem eylem ve davranış yönünden uyumlu eylem açısından önem taşımaktadır. Bir kere her paralel davranışın rekabet hukukuna aykırı ve yasak olduğu söylenemez. Paralel davranışlar, pazarda görülen her türlü

[317] İKİZLER, s. 130-131.
[318] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 74-75; İKİZLER, s. 134; Ayrıca bkz. AKINCI, s. 149.
[319] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 231.

paralelliği ifade etmek için kullanıldığından oldukça geniş bir kavramdır. Uyumlu eylemlerin dışında, paralel davranışların tesadüfen veya pazarın özelliklerinden kaynaklı bir şekilde doğması mümkündür. Özellikle, oligopol piyasalarda görülen paralel davranışlar, bilinçli paralel davranışlar olarak bilinmektedir[320]. Bu nedenle oligopol piyasa yapısı ile bilinçli paralel davranışların incelenmesinde fayda görülmektedir.

a. Teşebbüsler Arası Bilinçli Paralel Davranışlar

"Bilinçli paralel davranışlar" ifadesi, ilk olarak Amerikan Hukuku'nda kullanılmıştır. Oligopolistik bağımlılık altındaki teşebbüslerin paralel davranışlarının Sherman Yasasına aykırı olduğunu ifade etmek üzere "bilinçli" nitelendirilmesine yer verilmiştir[321]. Bu tip davranışlar yasak olarak görülmüştür. "Bilinçli paralel davranış" (consciously parallel behaviour) ifadesi, daha sonra Avrupa ve Türk doktrininde de kullanılmaya başlanmıştır[322].

Teşebbüslerin pazar davranışları bilerek isteyerek birbirine benzer hale getirilerek rekabetin sınırlanmış olması gerekmektedir. "Bilinçli" kavramı ile, anlaşmanın var olmadığı durumlar ifade edilmiştir. Eğer taraflar arasında bir anlaşma var ise, orada uyumlu eylem durumunun araştırılması gerekmez. Bilinçlilik ile teşebbüsler arasında bir bağlantının varlığı işaret edilmektedir. Bu bağlantı sayesinde, teşebbüsler birbirlerinin gelecekteki pazar davranışlarını önceden öğrenebilmekte ve ona uygun pazar davranışları geliştirebilmektedir. Piyasadaki belirsizlik hali ile rakiplerinin ne yapacağını bilememe halleri teşebbüsleri rekabete iten asıl nedenlerdir. Bu belirsizlik

[320] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 75; İKİZLER, s. 134.

[321] "Amerikan Antitröst Yasalarının "gizli anlaşma" *(conspiracy)* kavramı da temel şart olarak bir mutabakatın *(agreement)* bulunmasını aramaktadır. Bu bazı münferit kararlar için tartışmalı olabilir, ancak Federal Ticaret Komisyonu'nun 12.10.1948 tarihinde kendi teşkilatına gönderdiği iç talimatıyla da kabul edilmiştir. Bu talimatın esas olarak "bilinçli paralellik" *(conscious parallelism)* doktrinin çıkış noktası ve kavramın anlamının genişlettiği kabul edilmektedir. Buna göre, bir dizi teşebbüs, diğerlerinin de aynı davranışı göstereceği inancı ve beklentisiyle bir paralel davranış rotası takip ediyorsa o halde aralarında bir "mutabakata" *(agreement)* varmışlardır… bu nedenle komisyon bu bilinçli paralel davranışı Federal Ticaret Komisyonu Yasası'nın ihlâli olarak kabul etmektedir", HENRICHS, S. 97.

[322] AKINCI, s. 170 vd.; İKİZLER, s. 134-135.

açık veya gizli bir bağlantı ile ortadan kaldırıldığında, rakiplerin gelecekteki davranışları şeffaflaşır. Böylece teşebbüsler, rakiplerin davranışlarını önceden bildikleri takdirde rekabetten kolayca kaçınabilirler. Bu anlamda, rekabeti ihlâl edici anlaşma ile bilinçli paralellik arasında çok fark bulunmamaktadır[323].

Rekabet Kurulu'nun Süt kararında[324] bilinçli paralellik, uyumlu eylemlerin bir unsuru olarak değerlendirilmiştir. Türk Hukukunda, bilinçli paralellik dendiği zaman yalnızca oligopolistik bağımlılık altındaki paralellikler değil, aynı zamanda uyumlu eylemlerdeki paralellik de anlaşılmaktadır. Zira bilinçlilik kavramı ile paralelliğin bilinçli olarak gerçekleşmiş olduğu ifade edilmektedir. Uyumlu eylemler, bilinçli gerçekleştirilen paralel davranışlardır ve aslında bilinç unsuru açısından oligopolistik bağımlılığa dayanan paralel davranışlarla aralarında bir fark bulunmamaktadır[325].

b. Oligopole Özgü Paralellik ve Oligopol Piyasa Yapısı

Oligopol piyasası, piyasanın özelliklerini oluştururken birbirlerinin vereceği kararlardan etkilenme durumu olacak kadar az sayıda satıcısı olan ancak alıcısı sonsuz olan kişilerin karşı karşıya geldiği piyasa olarak tanımlanmaktadır[326]. Diğer bir ifadeyle, oligopol piyasası, satıcıların büyük, sayıca az oldukları bir piyasa biçimidir. Satıcılar büyük teşebbüsler oldukları için her birinin tek başına davranışı piyasayı etkiler[327]. Bu piyasanın, belirleyici üç koşulu bulunmaktadır. İlki, yeni satıcıların bu piyasaya girmeleri fiilen çok zorlaşmıştır. Bunun asıl nedeni, satışa konu olan ürünlerin üretiminin önemli ölçüde teknik bilgiyi, teknoloji ve büyük ölçekli sermayeyi gerektirmesidir. İkinci olarak, satıcıların sayısı, piyasaya girişin fiilen çok zor olmasına bağlı olarak oldukça azdır. Bundan dolayı, oligopol piyasalar kural olarak büyük ölçekli teşebbüslerin faaliyette bulunabildiği piyasalardır. Oligopol piyasalarda satıcıların rakamsal olarak belirlenmiş bir üst sayı sınırı yoktur. Bu piyasa, yapısı gereği satıcılar,

[323] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 227.
[324] Rekabet Kurulu 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı kararı.
[325] İKİZLER, s. 136-137.
[326] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 195; CENGİZ, s. 165; ARI, s. 95.
[327] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 195; ARI, s. 96.

piyasa politikalarını belirlerken birbirlerinden etkilenirler ve her biri piyasa politikalarına ilişkin karar ve davranışlarını belirlerken diğerlerinin karar ve davranışlarını göz önünde bulundururlar. Üçüncü unsur ise, satışa konu olan ürünler homojen veya heterojen olabilir[328].

Bilinçli paralellik ile oligopol piyasa yapısı oldukça yakın ilişki içindedirler. Sayısı fazla olmayan firmaların faaliyeti olan piyasada firmaların bilinçli olarak paralellik oluşturması firmaların piyasa paylarını önemli ölçüde etkileyecektir. Bu da, firmaların karar verirken, diğer firmaların olası davranışlarını göz önüne almaya iter. Oligopolcü piyasada, teşebbüsler bağımsız görünümündedirler. Bilinçli paralellik, teşebbüslerin ekonomik bağımsızlıklarının ortadan kalktığı piyasalarda gözlenen ve oligopol piyasasında fiyat teorisi ile yakından ilgili olan bir davranış biçimidir[329].

Oligopol piyasalarının karakteristiği "*her bir satıcının mantıken rakiplerinin davranışlarını dikkate almasıdır. Birinin atacağı adım, diğerinden beklediği tepkiye bağlıdır ve karşılıklı eğilimlerin sonucunu tek başına ve bağımsız olarak belirleyemez*"[330]. Bu davranış biçimlerinin sürekli ve karşılıklı olması eş güdümü satıcılar arasında doğrudan bir iletişim bulunmasını gerektirmez: *"... doğrudan bir iletişim bulunmasa bile, her bir katılımcının hareketleri, diğerlerinin yaptıklarına verdiği tepkisini açığa vuracak ve aynı zamanda bir katılımcı ne yaparsa yapsın diğerlerinin tepkilerini test etmeye yardımcı olacaktır. Bu nedenle, farklı katılımcıların hareketleri, tekliflerin ve tekliflere verilen cevapların yapısını tahmin eder*"[331]. Bu "pazarlık durumları" da sıkça oligopolistlerin eğilimlerinin "spontane bir koordinasyonuna" yol açıyorsa, o halde *Fellner*'in kesin olarak tespit ettiği gibi, ne doğrudan iletişime ne de kelime anlamıyla bir gizli mutabakata *(collusion)* ihtiyaç vardır[332].

[328] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 195-196; CENGİZ, s. 166-167.
[329] AKINCI, s. 150.
[330] GABRIEL, s. 803.
[331] GABRIEL, s. 803.
[332] GABRIEL, s. 803.

Uyumlu eylemler bakımından asıl önemli husus, oligopolün dar ve geniş olmak üzere ikiye ayrılmasıdır. Rakip teşebbüslerin birbirlerinin faaliyetlerine duyarlı olduğu, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği oligopoller dar; bunun dışındakiler ise geniş oligopoller olarak tanımlanır. Geniş oligopollerde, teşebbüslerin karşılıklı bağımlılığı dar oligopollere göre daha düşüktür. Dar oligopollerde oligopolistik bağımlılık daha güçlü bir şekilde kendini hissettirmektedir. Bununla birlikte geniş ve dar oligopolün birbirinden ayrılmasına ilişkin olarak, üzerinde mutabakata varılmış bir ölçüt mevcut değildir[333].

Çok sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda, rakiplerden birinin kazancını artırması, diğerleri için önemli bir kayba yol açmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, teşebbüslerin sayısı ne kadar fazla ise, bireysel politika değişikliklerinin rakiplere etkisinin yansıması o oranda azalmaktadır. Diğer taraftan, bu tür piyasalarda her bir teşebbüsün bir diğerinin pazar politikasını izlemesi oldukça güçtür. Oysa, az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda, teşebbüslerden birinin pazar politikasındaki değişiklik, diğerleri üzerinde önemli bir etki bırakabilmektedir. Çünkü, bu yeni politika başarılı olduğu takdirde, diğer teşebbüsler ciddi bir şekilde zarara uğrarlar. Bu muhtemel zararda rakiplerin kaçınılmaz olarak tepki vermelerine yol açar. Rakip sayısındaki azlık, pazar politikalarına karşılıklı gözlemlenmesini kolaylaştıracak ve her bir rakibin diğerinin politikasını erken öğrenebilmesini sağlayacaktır. Dolayısıyla, az sayıda rakibin bulunduğu piyasalarda bireysel politika değişikliklerinden etkilenme oranındaki yükseklik sebebiyle teşebbüslerin kararlarını birbirine bağımlı kılmaktadır[334].

Hem uyumlu eylemlerin hem de oligopolün, teşebbüslerin davranışlarını paralelleştirici etkisi vardır. Her iki durum sonucunda da rekabet sınırlanmış olmaktadır. Ancak, oligopole özgü paralelliklerde, teşebbüslerin rekabetçi olmayan uygulamaları, tamamen fikir düzeyinden gerçekleşen, birbirinden bağımsız akıl yürütmelerinin sonucudur. Oysa tüm danışıklı ilişki hallerinde, teşebbüslerin bir araya geldiği bir tartışma, görüşme veya uyuşma zemininde alt yapısı atılan, birbirine bağımlı davranışlar

[333] AKINCI, s. 160; İKİZLER, s. 139-140; CENGİZ, s. 167 vd.; ARI, s. 96.
[334] AKINCI, s. 160; İKİZLER, s. 141; CENGİZ, s. 166 vd.; ARI, s. 96 vd.

vardır. Oligopole özgü paralelliklerde karşılıklı bağımlılığın nedeni pazar yapısıdır. Bu pazar yapısı, teşebbüsler bir araya gelmese dahi paralellik sağlanması için elverişli bir zemin sağlamaktadır. Bu elverişli zeminde benzer verilerden hareket eden teşebbüsler, benzer sonuçlara, aralarında bir yakınlaşma olmaksızın da, ulaşabilmektedir. Bu nedenle, oligopole özgü paralellikler uyumlu eylemler kapsamında kabul edilemeyeceği gibi başlı başına bir danışıklı ilişki türü olarak da kabul edilemezler. Doktrindeki hâkim görüş gereğince de, az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu bilhassa dar oligopol piyasalarda, pazarın yapısından kaynaklanan şeffaflık ve bağımlılık sebebine binaen, paralel davranışların doğması her ne kadar istenmese de, yasak kapsamında da değerlendirilemeyecektir[335].

Rekabet Kurulu da Maya[336] kararında oligopolün teşebbüslerin davranışları üzerinde paralelleştirici etkisi olduğunu belirtmiş; oligopole özgü paralellikleri uyumlu eylem kapsamında değerlendirmemiştir. Kararda "*oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler. Bu tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmak zorundadırlar…*" ifadelerine yer verilmiştir.

4. Serbest Rekabet Kurallarının İhlâl Edilmesi

RKHK. m. 4/1'de, *"belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır."* hükmü yer almaktadır. ABİDA. m. 101'de ve RKHK. m. 4'te, rekabetin engellenmesi, bozulması ve kısıtlanması yasaklayıcı düzenlemelerin yer almasının nedeni serbest

[335] CENGİZ, s. 187 vd.; İKİZLER, s. 142-143.
[336] Rekabet Kurulu 27.06.2000 tarihli ve 00-24/255-138 sayılı kararı.

rekabet kurallarına göre işleyen ticaret hayatını korumaktır[337]. Teşebbüsler arasındaki bir faaliyetin ihlâl kapsamına girebilmesi için rekabeti sınırlandırması veya böyle bir amacı taşıyor olmasıdır.

Teşebbüsler arası her türlü anlaşma, uyumlu eylem Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girmez. Bir anlaşmanın Kanun kapsamına girmesi için serbest rekabeti sınırlayıcı olması gerekir. Rakipler arasında yapılan ve rekabetle ilgisi olmayan anlaşmalar Kanunun kapsamı dışındadır. Rekabeti sınırlayıcı etkisi çok küçük olan anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin, Kanun kapsamı dışında kalması gerekmektedir[338].

ABİDA. m. 101'e göre, amacı veya etkisi, ortak piyasada rekabeti kısıtlamak, sınırlandırmak veya bozmak olan anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yasaklanmıştır. Buna göre, rekabet hukuku kurallarının uygulanabilirliğinden bahsedebilmek için üye devletlerarası ticaretin etkilenmesinin yanı sıra pazarda rekabetin bozulmuş olması koşulu da aranmaktadır. Bu nedenle, amacı veya etkisi, rekabetin önlenmesi, sınırlandırılması ya da zarar görmesi olan her türlü anlaşma veya uyumlu eylemlerin, rekabet üzerinde yarattığı veya yaratacağı etki göz önüne alınarak değerlendirilmektedir[339].

ABAD, kararlarının bir kısmında "amaç" ve "etki" açısından keskin bir ayrışmaya yer vermemiştir. Divan, verdiği bazı kararlarında ise bu düşünceyi açıkça reddetmektedir. Rekabetin sınırlanmasının açıkça amaçlanmadığı durumlarda ise muvazaalı ilişkinin rekabet hukuku üstündeki etkileri incelenmekte ve iktisadi stratejiler bağlamında karar verilmektedir[340].

[337] BADUR, s. 86; İKİZLER, s. 158 vd.; CENGİZ, s. 18 vd.
[338] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 285.
[339] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 55.
[340] SANLI, Geçersizlik, s. 105; ŞAYLI, s. 56.

AB Rekabet Hukukunda, ABAD içtihatları gereği bir anlaşma veya uyumlu eylem, rekabet kurallarını ihlâl eder özellikte olsa dahi ortak pazarda rekabet üzerinde hissedilir ölçüde bir etkisi yoksa, AB Rekabet kuralları uygulanmaz. ABAD'ın, bir anlaşma veya uyumlu eylemin ortak pazardaki etkilerinin göz ardı edilebilecek nitelikte olması halinde, ABİDA. m. 101 kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklinde ifade ettiği bu ilke, *de minimis* kuralı olarak ifade edilmektedir[341].

ABAD, Polypropylene Kararı[342]'nda bir uyumlu eylemin 101. maddeyi ihlâl etmesi için etkisinin görülüp görülmediğini tartışmıştır. Bu soruya pozitif cevap verildiği takdirde rakipler pazarda fiili hiçbir etki yaratmaksızın sadece buluşur veya bilgi değişiminde bulunursa, bu durum uyumlu eylemin varlığını göstermez. Komisyon 101. maddedeki anlaşma ve uyumlu eylem uygulamaları arasında yasal farklılıklara izin vermemekle ilgilenmiş ve buna çalışırken Topluluk Mahkemelerinin desteğini almıştır[343].

ABAD, Polypropylene davalarından birisi olan Hüls Kararı[344]'nda pazarda rekabete aykırı etkilerin yaratılmaması halinde dahi 101. madde anlamında bir uyumlu eylemin varlığına karar vermiştir. Ancak, Cement Davalarında[345] ilk Derece Mahkemesi taraflar aksini ispat edene kadar bir ihlâlin olmadığına karar vermiştir. Divan, Hüls kararındaki bu görüşü ile bir içtihat oluşturmuştur. Buna göre, ABİDA. m. 101 hükmü doğrultusunda her bir ekonomik işletme, pazarda bağımsız bir şekilde kendi politikasını oluşturmalı ve bunu izlemelidir. Divan, uyumlu eylemin pazarda ortak bir davranışı gerektirdiğini kabul etmiştir. Nitekim, Divan'a göre piyasada bir teşebbüsün diğeriyle yaptığı bir temas ile sağlanan hareketin varsayıma dayanmakta ve bu varsayım nedeniyle Komisyon daha da ileri gitmemeli ve bu etkileri fiili olarak ispatlanmasını istememelidir. Bunun yanı sıra Divan, bir uyumlu eylemin rekabete aykırı bir amaç taşıması gerektiğini özelikle belirtmekte ve uyumlu eylemin pazarda etki yaratmasına

[341] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 56; CENGİZ, s. 57 vd.
[342] Polypropylene, Commission Decision 86/398/EEC of 23 April 1986, O.J. 1988, L 230/1.
[343] CENGİZ, s. 113 vd.; ŞAYLI, s. 56-57.
[344] Hüls AG v. Commission, Case C-199/92P, ECR L-4287, 1999.
[345] Cimenteries CBR SA v. Commission (Cement), Case T-25/95 etc., (2000) 5, CMLR 204.

gerek olmadığı yolundaki savına ABİDA. m. 101'in içinde geçen bozma amaçlı veya etkili ifadelerden destek alarak ulaşmıştır[346].

Rekabetin niteliği de, pazarda rekabetin bozulması durumunda göz önüne alınmalıdır. ABAD, rekabete aykırı olan bir eylemi incelerken rekabetin niteliği üzerinde de durmuştur. ABAD'ın kararlarıyla desteklenen de bu görüşe göre, pazarda rekabetin bozulmasına ilişkin olarak hem fiilî hem potansiyel rekabetin göz önüne alınması gerekmektedir. Divan, fiilî rekabetin yanı sıra potansiyel rekabetin de korunması gerektiği fikrinden hareketle, ABİDA. m. 101'i geniş yorumlamıştır. Buna göre, potansiyel rekabette göz önüne alınarak araştırma-geliştirme alanındaki ortak girişimler de ABİDA. m. 101 kapsamında değerlendirilmiştir. Komisyon, potansiyel rekabet ile ilgili genişletici yorumunu son zamanlardaki kararlarında daha dar bir şekilde yorumlamayı tercih etmektedir. Bununla birlikte, "potansiyel rekabet" hâlâ AB Rekabet hukukunun en önemli kavramlarında biridir[347].

ABAD "*Consten and Grundig V. Commission*" Davasında[348] 101. maddenin uygulanabilmesi için, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı amaç taşıdığının tespitinin yeterli olduğuna karar vermiştir. Karara göre, "*bir anlaşmanın rekabeti bozucu, sınırlandırıcı ve önleyici amaç taşıması yeterlidir, ayrıca uygulamasındaki amaç için gerçek etkilerinin de dikkate alınmasına gerek yoktur*"[349].

Daha önce ele alınıp incelenen bir başka karar olan "ICI V. Commission" Davasında[350] davacı boya üreticilerinin "*boya alıcıları geleneksel olarak boyalarını kendi ülkelerden alırlar. Zaten var olmayan rekabet, çeşitli ülkelerdeki satıcıların aynı anda fiyat artısı yapmalarıyla etkilenmiş olamaz*" savunmalarını Divan haklı bulmamıştır. Gerekçeye göre ortak pazar içinde, boya piyasasında kısıtlanmış olan rekabetin, tarafların uyumlu davranışı neticesinde devam edeceği belirtilmiş, bu haksız

[346] ŞAYLI, s. 57.
[347] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 57.
[348] Consten and Grundig Verkaufs-GmbH v. Commission, Case56-58/64, ECR 1966.
[349] ESİN, s. 60 vd.
[350] ICI v. Commission (Dyestuffs), Case 48/69, ECR 1972.

rekabet durumunun sürdürülmesini de rekabetin bozulması olarak nitelendirilmiştir. Diğer bir ifade ile piyasanın düzelme ihtimalini yok ederek bozulan piyasa düzenini devam ettiren eylem, 101.madde kapsamında rekabeti bozan bir davranış olarak tespit edilmiştir[351].

Türk Rekabet Hukukunda ise öncelikle uyumlu eylemin rekabeti sınırlayan bir hedefi olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer uyumlu eylemin rekabeti sınırlayıcı amacı olduğu kanısına ulaşılırsa, uyumlu eylemin doğrudan yasaklanması gerekir. Bu durumda diğer iki inceleme aşamasının devamı zorunlu değildir. Sadece para cezasının da verilmesi gereken durumlarda, verilecek cezanın miktarı ve ağırlığının (şiddetinin) belirlenmesi bakımından, rekabetin bozulmasının süre ve şiddetinin tespit edilmesi için daha fazla değerlendirme ihtiyacı bulunacaktır. Sadece amacı kanuna aykırı olduğu için bir uyumlu eylemin yasaklanabilmesi için, bu uyumlu eylemin rekabeti sınırlayabilecek makul özelliği olan iktisadi güç oluşturup oluşturmadığının, tarafların ekonomik güçlerinin buna uygun olup olmadığının araştırılması gerekir[352].

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde ise Kurul'un örneğin AKS ve diğerleri k. BİMAŞ ve diğerleri Kararı[353]'nda BİMAŞ ortak girişiminin ana sözleşmesinin, ulusal düzeyde yayın yapan televizyon kanalları reklam yeri piyasasında rekabetin engellenmesi etkisini doğurduğu gerekçesiyle Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir. Bu bağlamda Kurul burada, rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin tespit edilmiş olmasını yeterli görmüştür. Buna ek olarak, Kurul sözleşmenin rekabeti kısıtlama amacı taşıyıp taşımadığının da araştırılmasına gerek görmemiştir.

Ayrıca Kurul, bazı durumlarda rekabeti sınırlama amacı olmasa dahi uyumlu eylemin gerçekleşmiş olduğunu kabul etmektedir. Nitekim Kurul, "Özel Okullar Derneği" kararında[354] bu sonuca varmıştır. Bu konuda Danıştay'ın düşüncesi ise, belirli bir ürün piyasasında faaliyette olan teşebbüsler arası danışıklı ilişkilerin rekabeti

[351] BADUR, s. 83.
[352] ŞAYLI, s. 60.
[353] Rekabet Kurulu 01.02.2000 tarihli ve 00-4/41-19 sayılı kararı.
[354] Rekabet Kurulu 11.02.1999 tarihli ve 99-6/48-17 sayılı kararı.

engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşımasa bile, bu türden etkileri doğurması yahut doğurabilme olasılığını barındırmasının hukuka aykırı sayılmaları için yeterli olduğu yolundadır[355].

Kurulu'n *Doğan Yayın Holding/ Feza Gazetecilik* kararında[356] ise, *"öğretide anlaşmalara yönelik yaklaşım ile bir paralellik kurulduğunda amaç bakımından yasaklanan anlaşmaları doğrudan (per se) yasaklananlar kategorisi dâhilinde ele alınan, etki bakımından yasaklanan anlaşmaları ise muhakeme kuralı (rule of reason) incelemesine tabi tutulan anlaşmalar olarak ayrıştırmak mümkündür"* tespitine yer vermiştir. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu'nun "amaç bakımından rekabete aykırı anlaşmaları" genel olarak *per se* yasak kabul ettiği görülmektedir.

2014 tarihli Sa*karya İli Sürücü Kursları kararında*[357], *"4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen ihlâlin tespiti açısından, rakip teşebbüsler arasında yapılan anlaşmada rekabeti bozucu amacın bulunması yeterli olup söz konusu amacın tespit edilmesi halinde ayrıca rekabeti bozucu etkinin ve dolayısıyla zararın ortaya konulmasına gerek yoktur. Ayrıca rekabet hukukunda fiyat ve satış koşullarının belirlenmesine yönelik anlaşmalar per se ihlâl olarak kabul edilmekte, bu tür ihlâllerin uygulanıp uygulanılmadığının mutlak tespiti gerekli görülmemektedir"* ifadelerine yer verilmiş olup, Rekabet Kurulu'nun "rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşma/uyumlu eylemler"in tamamının değil, yalnızca bir bölümünün *per se* ihlâl niteliğinde olabileceği görüşünü benimsediği düşünülebilmektedir.

§ 7. UYUMLU EYLEMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Teşebbüslerin, sınai ve ticari faaliyetlerde bulunarak ekonomik etkinliğe katılmaları Anayasaca korunan temel bir ekonomik kişilik hakkıdır (AY. m. 48). Bu hakkın sınırları ise TMK. m. 2'de "dürüstlük ilkesi" temelinde çeşitli kanunlarda

[355] ŞAYLI, s. 61.
[356] Rekabet Kurulu 01.07.2010 tarihli ve 10-47/858-296 sayılı kararı.
[357] Rekabet Kurulu 09.12.2014 tarihli ve 14-49/877-397 sayılı kararı.

düzenlenmiştir. Bu sınırlamaların bir bölümü Anayasa m. 167/1'de yer alan "*Devlet…piyasalardaki fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*" hükmüne dayanılarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, niteliği itibariyle kamu hukukuna, özellikle idare hukuku alanına dâhil olan bir kanundur. Bununla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun işlemlerin geçersizliği, ifa edilmiş edimlerin iadesi ve haksız fiil sorumluluğu gibi düzenlendiği ihlâl eylemlerine bağlanan hukuki sonuçları itibariyle doğrudan doğruya özel hukuk alanına giren hükümleri de içermektedir. Uyumlu eylem ise, bu çerçevede TMK. m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük ilkesi temelinde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen hem idare hukuku hem de özel hukuk kapsamına giren sonuçları olan bir ihlâl eylemi olarak görülmektedir[358].

Türk Borçlar Kanunu genel ilkelerinden yola çıkarak RKHK. m. 4'te düzenlenen anlaşma ve kararların hükümsüz olduğu kendiliğinden anlaşılır. ABİDA. m. 101/2 uyarınca AB rekabet hukukunda da yasaklanan anlaşma ve kararların kendiliğinden geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Ancak, RKHK. m. 56'da yer alan "bu Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği" başlıklı düzenlemede, Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçersiz olduğu belirtilmiştir[359]. Bu düzenlemede, RKHK. m. 4'te rekabeti ihlâl edici yasak iş birliği faaliyetlerinden sadece ikisinden söz edilmiş, uyumlu eylemlerden bahsedilmemiştir. Bahsedilmeyen uyumlu eylemler, genel olarak, "*teşebbüslerin aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, iş birliği esasına dayanan paralel davranışlar*" olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle, hukuki işlem

[358] CENGİZ, s. 21-22.

[359] "*Hukuka aykırı kartel anlaşmaları ve kartel kararları "hükümsüz"dür. Türk rekabet hukuku öğretisinde bir görüş, RKK m. 56'daki "geçersizlik"in, türü itibariyle "kendine özgü bir geçersizlik" olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşün en önemli dayanağı, "geçersiz sayılan anlaşmaların, "muafiyet" alması halinde geçerli sayılmasıdır. Kanımca, RKK m. 56'da "geçersizlik" kavramıyla ifade edilen, BK m. 20 anlamındaki hükümsüzlüktür. Ancak, geçersiz olan anlaşma ya da kararlarının, RKK m. 5'deki koşulların gerçekleşmesi üzerine elde edilecek "muafiyet"le geçerli hale getirilebilmesi mümkün olduğundan, kanımca, burada bir "bozucu şarta bağlı bir geçersizlik" söz konusudur. RKK'ya göre, geçersiz (hükümsüz) olmaları nedeniyle, hukuka aykırı kartel anlaşmaları ya da kararlarından doğan edimlerin yerine getirilmelerini (ifa) isteyebilmek mümkün değildir. Yerine getirilmiş edimler bulunmakta ise, bunların BK 63 ve 64 maddelerine göre sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri verilmeleri gerekir. RKK, sadece hukuka ya da ahlaka aykırı bir amaçla verilen şeyin geri istenemeyeceğini ilişkin BK 65'in "bu kanundan doğan ihtilaflara uygulanmayacağı" nı belirtmektedir*", bkz. ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 143.

niteliği olmayan uyumlu eylemlerin hükümsüzlüğünden de söz edilemez[360]. Keza uyumlu eylemler, anlaşma olmadıkları, bağlayıcı nitelik taşımadıkları ve hukuken bir varlığa sahip bulunmadıkları için onların hükümsüz olmalarından da bahsetmek mümkün değildir[361]. Fakat uyumlu eylemlerin hükümsüzlüğü bahis konusu yapılamasa bile, bu tür eylemlerin, neden oldukları zararların tazmini sorumluluğuna yol açacağı şüphesizdir[362].

Önemle vurgulamak gerekir ki, RKHK. m. 56'da uyumlu eylemlerden söz edilmemiştir. Zira eylemlerin geçersiz kılınmalarından söz edilmesi, hukuk mantığı ile açıklanamaz. Eylemler, gerçekleşmiş olgulardır. Geniş anlamda hukuki fiillerin bir alt dalı olan sözleşmeler hariç olmak üzere, dar anlamda hukuki fiiller için geçersizlik yaptırımı düşünülemez. Bu nedenle hukuka aykırılık taşıyan fiiller haksız fiiller olarak nitelendirilir ve borçların kaynakları arasında yer alır. Uyumlu eylemler de Borçlar Hukuku anlamında birer haksız fiil oluştururlar. Bu nedenle, uyumlu eylemler için

[360] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 286-287; AKINCI, s. 358.

[361] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1123.

[362] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 286-287; "*Rekabeti sınırlayan hukuki işlemlerin geçersiz olduğu konusunda şüphe yoksa da, özellikle eylem olarak ortaya çıkan rekabeti sınırlayan uyumlu eylemler ve hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından geçersizlik yaptırımının uygulanabilirliği tartışmalıdır. Geçersizlik yaptırımı Kanun'un 4. maddesiyle sınırlanmış olmasına rağmen, 56. maddede uyumlu eylemlerden bahsedilmemektedir. Diğer bir deyişle, uyumlu eylemler geçersizliğe ilişkin düzenlemenin yapıldığı madde metninin kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bir görüşe göre, Rekabet Kurulu olayın nitelendirilmesinde anlaşma yahut uyumlu eylem nitelendirmesinden kaçınmaktadır. Bunun esas nedeni ise nitelendirmede yaşanan zorluklardır. Nitelendirmenin yapılabileceği düşünülse dahi, uyumlu eylemlerin yaptırımı konusunda bir açıklık olmayışı, danışıklı işlem ve eylemlerin ayrıma tabi tutulamaması, uyumlu eylemlerin gizli anlaşmaya dayanıyor olması sebebiyle; uyumlu eylemlerin de geçersizlik yaptırımına tabi tutulması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşılık hâkim görüşe göre, kanun koyucu kendine özgü bir geçersizlik kurumu oluşturmaktadır. Uyumlu eylemler bakımından, bu eylemlerin hukuki işlem niteliği taşımadığı, hukuken bir varlığa ve bağlayıcı niteliğe sahip olmadıklarından geçersizliklerinden söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, uyumlu eylemler özel hukuk anlamında haksız fiil teşkil edeceklerinden geçersiz kabul edilmeleri mümkün değildir. Bu noktada, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da uyumlu eylemler yönünden de muafiyet kararı verilebileceği noktasına dikkat çekmek gerekmektedir. Nitekim mehaz AB hukukunda geçersizlik kuralının uygulanmayabileceği hâlleri düzenleyen 81(3) maddesinin uygulanmasına ilişkin direktifte de uyumlu eylemlere muafiyet verilebileceği görülmektedir. Bu durumda hem hukukumuzda hem de mehaz AB hukukunda uyumlu eylemlere muafiyet verilebildiği, diğer bir deyişle, geçersizlik yaptırımından muaf tutulabildiğinin belirlendiği görülmektedir. O hâlde, uyumlu eylemlerin geçersizliğinden de bahsedilebilmesi gerekir. Nitekim iş birliği hareketlerinin hukuki işleme dayanması veya uyumlu eylem sonucu meydana gelen hukuki işlemlerin varlığı söz konusu olabilmektedir. Bu nedenlerle, uyumlu eylemlerin geçersizliğinden bahsedilmesi ve geçersizliğe bağlanan hukuki sonuçların doğması mümkün olmalı, uyumlu eylem olarak kabul edilen faaliyetler bakımından da geçersizliğin hukuki sonuçları söz konusu olabilmelidir*", bkz. BAŞAR, s. 74-76.

geçersizlik yaptırımı söz konusu olmaz; zira böyle bir yaptırım, işin niteliğine uygun düşmez[363].

Zira RKHK. m. 57'de, "*her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur…"* denmektedir. Bu madde ile Kanun koyucu, maddi yasaklayıcı normlara uyulmasını sağlamak üzere idari yaptırımın yanı sıra haksız fiile dayalı tazminat sorumluluğunu da öngörmektedir. Bunun yanı sıra, Kanun koyucu, rekabet hukukunun özelliklerini göz önüne alarak, RKHK. m. 57 ile "tazminat hakkını" ve zararın birden fazla kişinin davranışları sonucu oluşması halinde bunların zarardan müteselsilen sorumlu olacağını; m. 58 ile "zararın tazmini" bağlığı ile zararın hesaplanması ve üç katı tazminat yükümlülüğünü ve m. 59 ile "ispat yükümlülüğü"nü düzenlemiştir.

Kanun koyucu, rekabeti ihlâl eden danışıklı ilişkilere karşı idari yaptırımın yanı sıra haksız fiil sorumluluğunu doğuran düzenlemelere yer vermiştir. Kanunda hem idari yaptırım hem de özel hukuk alanında tazminat sorumluluğu öngörülmüş olsa da uygulama da idari yaptırımın çok ağır bastığı ve bu nedenle özel hukuk alanındaki tazminat sorumluluğunun geri planda kaldığı ifade edilebilir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da, Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerinde yer alan haksız fiil hükümlerine gönderme yaparak tazminat sorumluluğunu düzenlemiştir. Alman Rekabet Hukukunda olduğu gibi bizde de bu konuya ilişkin ayrı ve yeni bir sorumluluk hükümlerinin düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

[363] CENGİZ, s. 366; İKİZLER, s. 355; TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 297; SANLI, Haksız Fiil, s. 213 vd.; ARI, s. 214 vd.; KESİCİ, s. 16.

İKİNCİ BÖLÜM
UYUMLU EYLEMİN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR

RKHK. m. 4 hükmü ile güdülen amaç, piyasadaki belirsizlikleri teşebbüslerin anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları alarak ortadan kaldırmalarının önüne geçmek, her bir teşebbüsün bağımsız bir şekilde rekabet politikası üretmesini ve izlemesini sağlamak, böylece rekabetin sağlıklı bir şekilde işlemesini desteklemektir. Rekabet bir toplumda sağlıklı işlediği takdirde, teşebbüslerin bağımsız ürettikleri rekabet politikaları sayesinde piyasada arz dengesi korunarak tüketicilere adil bir şekilde ticaret yapma imkânı sağlanmaktadır. Ancak, çoğu zaman teşebbüsler, piyasadaki belirsizlikleri ortadan kaldırarak ve belli bir rekabet politikasını izleyerek kâr oranlarını artırma amacıyla rekabeti bozmaktadırlar. Bu durumda Kanun koyucunun uyumlu eylemi özellikle düzenlemesindeki amaç da, teşebbüslerin anlaşma veya teşebbüs birliği kararları dışında bir araya gelerek gizli iş birliği içine girip rekabetin sınırlanmasını veya bozulmasını amaçlayan ve ispatı kolay olmayan bu paralel davranışlarının önüne geçmek ve bunları yasaklamaktır.

Uyumlu eylemin doğurduğu hüküm ve sonuçların başında serbest rekabet düzeninin ihlâli gelir. Bu ihlâlden hem toplum hem de onu oluşturan fertlerin zarar görme ihtimali vardır. Kanun koyucu bu sonucu dikkate alarak serbest rekabet düzenini bozan uyumlu eylemler için bir yandan kamu hukuku nitelikli yaptırımlar, diğer yandan özel hukuk nitelikli yaptırımlar öngörmüştür. Aşağıda uyumlu eylemden doğan söz konusu yaptırımların önce kamu hukuku nitelikli olanları, sonra da özel hukuk nitelikli olanları ayrı ayrı ele alınıp açıklanmıştır.

§ 8. UYUMLU EYLEME BAĞLANAN KAMU HUKUKU YAPTIRIMLARI

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, serbest rekabet ortamının sağlanabilmesi ve sürdürülebilmesi amacı ile bazı yaptırımlar öngörmektedir[364]. Bu amaçla öngörülen yaptırımların bir yandan caydırıcı nitelikte olmasına, diğer yandan teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerini ve ticaret yapma imkânlarını engelleyici olmamasına özen gösterilmiştir[365].

Uyumlu eylemlerin kamu hukuku alanındaki yaptırımlarını, ihlâlin tespit edilmesi halinde Komisyon ve Kurul tarafından uygulanan idari yaptırımlar oluşturmaktadır. İdari yaptırımlar, iki farklı gruba ayrılmaktadır. Bu yaptırımlardan ilki idarenin teşebbüsleri belli bir şekilde davranmaya yönelten kararları, diğeri ise idari nitelikli para cezalarıdır[366].

I. İDARENİN TEŞEBBÜSLERİ BELLİ ŞEKİLDE DAVRANMAYA YÖNELTEN KARARLARI

İdarenin teşebbüsleri belli şekilde davranmaya yönelten kararları, idarenin ihlâle son verme kararı ile davranışsal ve yapısal tedbirler alma kararlarıdır. Pazarın yapısını etkilemeye ilişkin tedbirler yapısal; işlem tarafı teşebbüslerin davranışlarını düzenlemeye ilişkin tedbirler ise, davranışsal olarak nitelendirilmektedir. İdarenin bu kararları aşağıda aynı sıra ile ele alınıp açıklanmıştır.

A. İHLÂLE SON VERME KARARI

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un *"İhlâle Son Verme"* başlığı altında düzenlenen m. 9 hükmüne göre kurul ihbar, şikâyet ve Bakanlığın talebi üzerine

[364] ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, s.283; CENGİZ, s. 319 vd.
[365] BADUR, s.164; ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, s.283.
[366] SANLI, Geçersizlik, s. 385.

rekabetin ihlâl edildiğini tespit etmesi halinde alınması gereken sonuç tedbirleri kararında bildirmek durumundadır. Bu hükümde 24.06.2020 tarihinde yapılan değişiklikle Rekabet Kurulu'na rekabeti bozucu davranışlara son verme veya belirli davranışları emretme, bunun yanı sıra yapısal tedbirlere karar verme yetkisi verilmiştir.

Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti sınırlayıcı her türlü uygulamayı yasaklamak ve böylece serbest rekabeti korumaktır. Bu nedenle, bu amaca aykırı davranışların yasaklanması ve rekabetin yeniden tesisi için gerekli emirlerin verilmesi Kurul'un en temel yetkilerindendir[367].

Rekabet Kurulu yaptığı inceleme sonucunda anlaşma, karar veya uyumlu eylemin rekabeti sınırlayıcı olduğunu ve muafiyet verilmesi için gerekli şartları taşımadığını tespit ederse, bu eylem ve işlemleri yasaklar ve geçersiz sayar. RKHK. m. 9/1'de açık bir şekilde Kurul'un yalnızca Kanun'a aykırı davranışları yasaklama değil aynı zamanda belirli davranışları yapmayı emretme yetkisine de sahip olduğu anlaşılmaktadır[368].

Rekabet Kurulu'nun yapma-yapmama emri verebilmesinin ön şartı, ihlâlin varlığının tespit edilmiş olmasıdır. İhlâlin varlığına kanaat getirilmeden RKHK. m. 9'a göre karar çıkarılamaz. Bu karar niteliği itibariyle bir ihtiyati tedbir kararı değildir. Zaten ihtiyati tedbir konusu açıkça RKHK. m. 9/son'da düzenlenmiştir[369].

Kurul'un 9. maddeye dayanarak verdiği kararlarda, yapılmasını veya yapılmamasını istediği davranışı somutlaştırması aranmalıdır. Başka ifadeyle Kurul, sadece değişmesini istediği pazar politikasını belirtmekle yetinmeyerek, bunun için yapılması veya yapılmaması gereken uygulamayı da belirtmelidir. Bu bağlamda, söz konusu husus RKHK. m. 9/3'te düzenlenmiş ve Kurul'un ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlâle ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceği öngörülmüştür. Bunun yanı sıra söz konusu düzenlemeler doğrultusunda

[367] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1156.
[368] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1157.
[369] İKİZLER, s. 349.

alınacak karar, teşebbüsleri alternatif davranışlarda bulunmaktan alıkoyacak derecede katı ve ayrıntılı da olmamalıdır[370] .

Rekabet Kurulu ihlâle ne şekilde son vereceğini kararında açıkça belirtmelidir. Kurul'un TÜRSAB kararında[371] ihlâle son verme ile ilgili olarak "*Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlâle nasıl son verileceğine ilişkin olarak, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi birinci fıkrası doğrultusunda; TÜRSAB 15. Genel Kurulu'nda alınan ve piyasaya giriş engeli teşkil ettiği tespit edilen giriş ücreti ile ilgili kararın uygulamasının durdurulması ve bu yönde işlem yapıldığı konusunda Rekabet Kurumu'na bilgi verilmesi gerektiğinin TÜRSAB'a bildirilmesi*" yönünde hüküm kurulmuştur.

B. DAVRANIŞSAL TEDBİRLERE YÖNELİK KARARI

Davranışsal tedbirler, işlemin tarafı olan işletmeleri, rekabet karşıtı eylemlerde bulunmaktan alıkoyan ya da işletmelere belirli tip fiillerde bulunma yükümlülüğü getiren düzenlemelerdir. Diğer bir ifadeyle, davranışsal tedbirler, piyasa koşullarında değişiklik yapmadan, teşebbüslerden etkilenen pazardaki davranışlarına yönelik sorumluluklar getirerek yoğunlaşma işleminin rekabet karşıtı etkilerini gidermeyi amaçlamaktadır[372].

Rekabet Kurulu, RKHK. m. 9'da yapılan düzenleme çerçevesinde, rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir ihlâle son verme kararı alır. Rekabet Kurulu'nun aldığı ihlâle son verme kararında, rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi gereken davranışların neler olduğunu belirtir. RKHK. m. 9/1'de Kurul'un açıkça Kanun'a aykırı davranışları "yasaklama" ve aynı zamanda "emretme" yetkisine de sahip olduğu öngörülmektedir[373].

[370] İKİZLER, s. 350.
[371] Rekabet Kurulu 17.12.2003 tarihli ve 03-80/967-397 sayılı kararı.
[372] KARA/TUZCU, s. 587.
[373] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1156-1157.

Kurul, ihlâle ne şekilde son verileceğini kararında açıkça ifade etmelidir. Kararda ihlâle ne şekilde son verileceği gerektiğine ilişkin bir açıklık yer almıyor veya belirtilen hususun ihlâli ortadan kaldırmaya yetmediği anlaşılıyor ise, Kurul'un karara uymama nedeniyle para cezası verememesi gerekir[374].

Rekabet Kurulu'nun kararı belirli bir davranışın yapılması veya yapılmamasına da yönelik olabilir. Kurul, yıkıcı fiyat uygulamalarına son verecek şekilde fiyatların normal seviyeye yükseltilmesini isteyebilir. Kurul, bölge paylaşımı sebebiyle faaliyet gösterilmeyen bir bölgeye mal arz edilmesi ya da başka satıcılardan da mal alınması gibi kararlar da alabilir. RKHK. m. 9/3'te, Kurul'dan ihlâle ne şekilde son verileceğine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirmesi istenmektedir. Bu aynı zamanda RKHK. m. 52'nin bir gereğidir. Söz konusu hükme göre, "*verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır*"[375].

Rekabet Kurulu'nun uyguladığı davranışsal tedbir türleri; "erişim sağlama tedbirleri" ve "uzun dönemli münhasır anlaşmaların değiştirilmesini içeren tedbirler" olarak sınıflandırılmıştır. Bu tedbirler içerisinde erişim sağlama tedbiri, rakiplerin piyasaya girişini kolaylaştırma açısından bazı hallerde başvurulacak en uygun tedbirler olarak kabul edilebilir. Piyasadaki münhasırlık sözleşmelerinin olumsuz etkisini olabilecektir. Böylesi durumlarda, rekabete duyulan endişeleri gidermek amacıyla Kurulca alınan "münhasırlık anlaşmalarının iptali veya değiştirilmesi" kararları uygun tedbir olarak görülebilir[376].

Rekabet Kurulu, Borusan-Mannesmannröhren kararında[377], bildirime konu ortak girişim işleminin "sanayi/profil", "spiral" ve "PP boru" pazarlarında rekabetçi endişelere neden olmadığı, ancak işlemin tesisat/hat ve özel boru alt sektörlerinde rekabeti kısıtlama potansiyeli olduğu yönünde değerlendirme yapmıştır. Bu

[374] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1158.
[375] Bkz. ayrıca İKİZLER, s. 350.
[376] KARA/TUZCU, s. 591.
[377] Rekabet Kurulu 20.08.1998 tarihli ve 80/617-119 sayılı kararı.

değerlendirme ile, "her bir boru alt sektörü için ayrı ayrı olmak üzere, aylık bazda hazırlanan üretim, satış (iç piyasa ve ihracat) ve fiyat rakamlarını içeren bilgilerin ve bu çerçevede pazar paylarının, Rekabet Kurumu'na 6 ayda bir bildirilmesi" koşuluyla işleme izin verilmiştir[378].

Kurulun, "havacılık yakıtları" pazarındaki yoğunlaşma işleminin incelendiği Mobil Oil-THY Opet kararında[379] ortaya çıkabilecek rekabete ilişkin endişeler arasında "ilgili pazarın tamamen veya kısmen rakiplere kapatılması ve alt/üst pazardaki fiyatların yükselmesi de sayılmış ve dosya özelinde bunlardan özellikle pazarın rakiplere kapatılması veya erişimin engellenmesi" hususları belirtilmiştir. Kurul, bu somut olayda havacılık operasyon sözleşmesine sadık kalınacağına, depolama faaliyetine erişim sağlamaya, ürün satış ve kanat altı hizmetine erişim sağlamaya ilişkin taahhütler ile teşebbüsler arası ayrımcılık yapmamaya ve diğer ilgili mevzuata uyum taahhüdü kapsamında işleme izin vermiştir[380].

C. YAPISAL TEDBİRLERE YÖNELİK KARARI

OECD'ye göre yapısal tedbirler, piyasanın oluşumunda etkili olacak değişiklik için, şirketin maddi ve/veya manevi varlıklarının veya bütün bir faaliyet alanına ait mülkiyetin devrini sağlayan ve bu varlıkların eski ve yeni sahipleri arasında sürekli bir ilişkiye yol açmayan tedbirlerdir[381].

7246 sayılı Kanun[382] ile yapısal ve davranışsal tedbirler, RKHK. m. 9'da açıkça düzenlenmiş ve yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulacağı hüküm altına alınmıştır. Düzenlemede,

[378] KARA/TUZCU, s. 598-599.
[379] Rekabet Kurulu 16.07.2014 tarihli ve 14-24/482-213 sayılı kararı.
[380] KARA/TUZCU, s. 599.
[381] KARA/TUZCU, s. 587.
[382] RG, T. 24.06.2020, Sa. 31165.

davranışsal ve yapısal tedbirlerin, *"ihlâlle orantılı ve ihlâlin etkili bir biçimde sona erdirilmesi için gerekli"* durumlarda uygulanacağı öngörülmektedir.

Rekabet Kurulunun yapısal tedbir öngören ilk nihâi inceleme kararı Marmara Gıda Gıdasa kararıdır[383]; Karar kapsamında incelemeye alınan işlemlerden birisi için izne gerek olmadığı yönünde karar verilmiş, birine doğrudan izin verilmiş, birine ise koşullu olarak izin verilmiştir. Söz konusu kararda, "endüstriyel margarin" pazarındaki işlem bakımından pazarda yatay nitelikte tek taraflı etkileri içeren tespitler ön plana çıkmıştır. Kurul, kararda elden çıkarma kapsamında yapısal tedbirler alınması ve bu tedbirin denetleyici uzman tarafından denetlenmesine ilişkin hükümlerle işleme koşullu olarak izin vermiştir[384].

İlgili ürün pazarının "günlük ulusal siyasi gazeteler pazarı" olarak tanımlandığı Doğan-Bağımsız Gazeteciler ve Kemer Yayıncılık Devralma kararında[385] işlem tarafı teşebbüslerin pazardaki oranları, rakip işletmelerin pazar payları, piyasadaki dikey bütünleşme, piyasaya giriş-çıkış serbestisi, yatırım maliyetleri gibi koşullar, değerlendirmede etkili olmuştur. Bu nedenle arz ve talep yönünden ve piyasa yapısı ile olası girişler açısından yapılan değerlendirmeler sonucunda elde edilen bilgilerin ve bulguların Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi'ni devralması halinde hâkim durumunu rekabeti kısıtlayacak şekilde güçlendirebileceği yönünde olduğu belirtilmiştir. Batan teşebbüs savunmasının da dikkate alındığı kararda, elden çıkarma ve devir sürecinde izlenecek usûle ilişkin birtakım hükümlere yer verilerek işleme koşullu olarak izin verilmiştir[386].

[383] Rekabet Kurulu 07.02.2008 tarihli ve 08-12/130-46 sayılı kararı.
[384] KARA/TUZCU, s. 594.
[385] Rekabet Kurulu 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı kararı.
[386] KARA/TUZCU, s. 594-595.

II. İDARENİN İDARİ PARA CEZASINA YÖNELİK KARARI

Rekabet Kurumu'nun başvurabileceği en önemli yaptırımlardan biri de kuşkusuz idari para cezasıdır (RKHK. m. 16, 17). Kurumun verdiği idari para cezasına ilişkin kararları idari işlem niteliğindedir; bu yüzden idari yargı denetimine tabidir. Nitekim bu husus ilgili Kanun'da açıkça zikredilmiş ve idari para cezası kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabileceği belirtilmiştir (RKHK. m. 55)[387].

İdari para cezaları, teşebbüslerin malvarlığına yönelen idari yaptırımların başında gelmektedir. Bunlar, idari düzene aykırılık sebebiyle, doğrudan doğruya idari mercilerce verilen yaptırımlardır. Diğer idari yaptırımlar gibi yargı organına başvurmaksızın İdarece uygulanan ve bir miktar paranın alınması sonucunu doğuran idari yaptırım türüdür[388].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u m. 16'da idari para cezaları düzenlenmiştir. Bu düzenlemede her fiil için ayrı bir para cezası miktarı öngörülmüştür. Bu sebeple idari para cezaları, rekabet düzeninin korunmasında en etkili yollardan biri olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte "cezanın orantılılığı ilkesi" gereği idari para cezasının rekabet ihlâli sonucu teşebbüsün elde ettiği haksız menfaat ile aynı düzeyde olması gerekmektedir[389]. Her yıl Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirmeler sonucunda belli oranlarda artırılan cezalar, nispi oranlara dönüştürülmüştür. Cezalarla ilgili olarak ciro esası kabul edilmemiştir. Ancak maktu cezaların işletmelerin nispi büyüklüğüne göre caydırıcılığı farklı olmaktadır. Bu nedenle, biz de nispi ceza sisteminin daha uygun olduğu kanaatini taşımaktayız[390].

[387] APAYDIN, s. 32.
[388] OĞURLU, s. 88.
[389] ÜNAL, s. 85; ASLAN, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 283.
[390] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1046.

Rekabet hukukunda, idari para cezalarının hesaplanmasına yönelik olarak üç temel düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Kanun (RKHK. m. 16, 17); ikincisi yönetmelik[391]; üçüncüsü tebliğlerdir.

Rekabet Kurulu, para cezasına karar verirken göz önünde bulundurulacak unsurlar hakkında doğrudan Kabahatler Kanunu[392] m. 17/2'ye atıf yapmıştır. Söz konusu maddeye göre, "*idarî para cezası, maktu veya nispi olabilir, idarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur*". Kurul, para cezası verirken, "ihlâlin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâlin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır. Burada kusurun ağırlığı açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, buna da dikkat edilmesi gerekmektedir[393].

RKHK. m. 16'da usule ve esasa ilişkin ihlâller karşısında uygulanacak idari para cezaları düzenlenmiştir[394]. Usule ilişkin ihlâller, dört bentte[395] düzenlenerek, farklı miktarlarda ani nitelikte para cezası yaptırımına bağlanmıştır. Usule ilişkin ihlâllere karşı öngörülen para cezalarının muhatabı teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve/veya bu

[391] Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, RG., T. 15.02.2009, Sa. 27142.
[392] RG., T. 31.03.2005, Sa. 25772 (Mükerrer).
[393] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1071.
[394] GÖNEN, s. 49.
[395] RKHK m. 16/1: "*Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;*
a) Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,
b) İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,
c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,
d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,
hallerinden (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir".

birliklerin üyeleridir[396]. RKHK. m. 16/2'de ise, esasa ilişkin ihlâller ve bu ihlâllere karşı uygulanacak yaptırımlara ilişkin esaslar belirlenmiştir. Söz konusu fıkrada, maddi anlamda rekabet kurallarını ve Kanun'un temelini oluşturan m. 4, 6 ve 7 ile getirilen düzenlemelerin ihlâli halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir[397].

İlgili Yönetmelik[398] hükümleri ile para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, teşebbüs ile teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine verilecek para cezası belirlenirken ilk olarak temel para cezası hesaplanır. Temel para cezası RKHK. m. 4. veya 6'da yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanmaktadır. Daha sonra ise yönetmeliğin 6. ve 7. maddelerine göre ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak artırıma ve/veya indirme yoluna gidilir. %10'luk ceza sınırını aşan para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna (%10'una) indirilir[399].

İdari para cezalarına ilişkin hükümler değerlendirildiği zaman, oranların tespitinde ihlâlin usule ilişkin veya esasa ilişkin olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır. Zira, koruduğu menfaat dikkate alındığında usule ilişkin cezaların miktarını belirleyen oranların sabit ve düşük tutulduğu görülmektedir. Bu bakımdan idare usule ilişkin ceza miktarını belirleyen oranlarla bağlı olup, bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Esasa ilişkin ceza miktarının belirlenmesine gelince, bu konuda ilgili hükümlerde belirlenen alt ve üst sınırlar dâhilinde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır (Yönetmelik m. 4). İhlâl edilen menfaatlerin ağırlığı dikkate alınarak esasa dair ceza oranlarının ve buna bağlı olarak miktarlarının yüksek olduğu, bu nedenle idarenin takdir

[396] GÖNEN, s. 49-50.
[397] GÖNEN, s. 55-56.
[398] Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik.
[399] APAYDIN, s. 38-39.

yetkisinin özellikle esasa dair ceza oranlarının belirlenmesinde önem kazandığı söylenebilir[400].

İdari para cezalarının uygulanmasında önem arz eden diğer bir husus ise, Kurul kararlarında da tartışılmış olan RKHK. m. 16/2'de düzenlenen esasa ilişkin ihlâllerdir. Bu tür ihlâllere yol açan davranışların gerçekleşmesi halinde, Kurul'un para cezası verme yetkisine sahip olup olmadığı konusu tartışmalıdır[401]. *Aslan*[402] rekabeti sınırlayıcı fiili etkiler doğurmamış olan bir anlaşmaya para cezası verilemeyeceği dolayısıyla Kurul'un yetkisinin bulunmadığı görüşünü ileri sürmüştür. *İkizler*'e göre, para cezasına karar verilmesi için anlaşma, karar ya da uyumlu eylemin varlığı yeterlidir. Bunların ayrıca uygulamaya sokulmuş olması gerekmez. Amacı rekabeti sınırlamak olan bir anlaşma ya da karar tespit edildiğinde, henüz fiilen rekabet sınırlanmamış olsa dahi, para cezasına hükmedilebilir. Uyumlu eylemlere, beklenebilirlik ilkesi[403] gereğince pazarda fiili etkileri görülmeden önce müdahale edilebildiği durumlarda da teşebbüslerin para cezasına çarptırılması mümkün olmaktadır. Uyumlu eylemin uygulamaya sokulmuş olması idari para cezası için bir ön şart değildir[404].

Rekabet Kurulu'nun ise, somut olayın koşullarına göre, bazı durumlarda fiilî etkiyi aradığı, bazı durumlarda fiilî etki mevcut olmasa dahi idari para cezasına karar verdiği görülmektedir[405]. Kurul'un Adıyaman-LPG kararında[406] şu ifadelere yer verilmiştir: "*bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, per se bir rekabet ihlâli oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu*

[400] APAYDIN, s. 39.
[401] GÖNEN, s. 56.
[402] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1067.
[403] *"Nasıl gerçekleştiği, konusu vb. özellikleri dikkate alındığında, bağlantı sonrasında teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız pazar politikaları üretemeyeceği ve böylece pazar üzerinde paralel politikaların görüleceği aksi yönde makul bir şüphe kalmayacak derecede beklenebiliyorsa, artık bu politikaların uygulanmasıyla rekabetin gerçekten sınırlanması beklenmeksizin ihlâlin varlığına hükmedilebilir"*, İKİZLER, s. 155.
[404] İKİZLER, s. 351.
[405] Kurul Basın İzleme Araştırma Komitesi (BİAK)'ın kararında**,** rekabet kanununa aykırı bir durumun varlığını tespit etmiş ancak anlaşmanın değiştirilmiş olması nedeniyle yasaklama kararı vermemiş ve para cezası da uygulamamıştır.
[406] Rekabet Kurulu 26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı kararı.

nitelikte olan anlaşmalar, Tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır".

Çaykur kararında[407] ise, Kurul, somut olaya ilişkin bahsi geçen sözleşmeler ile protokolün[408] 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6'ncı maddelerini ihlâl ettiği tespitinde bulunmuştur. Ancak, yapılan incelemede Kurul, anılan anlaşmalar ile protokolün ÇAY-KUR'un bağlı olduğu Devlet Bakanlığı tarafından yayımlanan mevzuatın geniş yorumlanmasından kaynaklanması neticesinde rekabet ihlâline neden olması ve piyasaya yönelik uygulamanın ilk olması gerekçelerini dikkate alarak soruşturmaya gerek görmemiştir.

Kurul'un yeni tarihli Zincir Marketler kararında[409], şu ifadelere yer verilmiştir: "*yapılan incelemelerde elde edilen bilgi ve belgeler ile bunlara ilişkin yapılan analizler ve ulaşılan bulgular neticesinde; ÇAĞRI, METRO, ÇAĞDAŞ, YUNUS, GRATİS, WATSONS, BEŞLER, HENKEL, BANVİT, SÖKE UN, KATMER UN, EVYAP, COLGATE PALMOLIVE, BEYPİ, KÜÇÜKBAY, J&J, UNILEVER, NIVEA, DENTAVIT, ECZACIBAŞI, DALAN, NESTLE, P&G ve GPD tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edildiğine yönelik bir tespit yapılmamış olup dolayısıyla anılan teşebbüsler ve teşebbüs birliği hakkında aynı Kanun'un 16. maddesi doğrultusunda idari para cezası uygulanmasına yer bulunmamaktadır*". Kararın devamında, "*soruşturma kapsamında yapılan inceleme ve değerlendirmeler çerçevesinde A101, BİM, CARREFOURSA, MİGROS ve ŞOK'un satışa sundukları pek çok ürünün perakende satış fiyatlarının tespiti amacına sahip, topla-dağıt özelliği de sergileyen kartel niteliğindeki anlaşma veya uyumlu eylemler yoluyla; SAVOLA'nın ise kendi ürünleri bakımından rekabete hassas bilgilerin paylaşımına aracılık ederek perakende*

[407] Rekabet Kurulu 22.06.1999 tarihli ve 99-31/277-167 sayılı kararı.
[408] ÇAY-KUR tarafından bayilik sistemine ilişkin olarak 01.01.1995 tarihli sözleşmeler ile daha sonra Mayıs 1998 tarihinden itibaren imzalanan EK sözleşmeler ve ayrıca TEKEL'le imzalanan "Çay Satış Protokolü"nde yer alan maddeler.
[409] Rekabet Kurulu 28.10.2021 tarihli ve 21-53/747-360 sayılı kararı.

satış fiyatlarının tespiti amacına sahip bu topla-dağıt kartel görünümünde ortaya çıkan anlaşmalar veya uyumlu eylemlere dâhil olmak ve ayrıca perakende seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüslerin yeniden satış fiyatlarını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri sonucuna varılmıştır. Bu bakımdan ilgili teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında idari para cezası verilmesi, takdir edilecek idari para cezasının, Kanun'un 16. maddesinin son fıkrası uyarınca yürürlüğe konulan Ceza Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir". Kurul'un, bu karardaki yaklaşımı somut olayda önce rekabeti ihlâl edici uyumlu eylemi tespit etmek, sonra da yaptırım olarak idari para cezasına karar vermek tarzında olmuştur. Ayrıca somut olayda rekabeti ihlâl edici davranışın piyasaya fiili bir etki edip etmediği tartışmasına girmemiştir.

§ 9. UYUMLU EYLEME BAĞLANAN ÖZEL HUKUK YAPTIRIMLARI

I. UYUMLU EYLEMDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

Uyumlu eylemler, paralel davranışların hukuka aykırı yönünü ifade ederler. Bu anlamdaki uyumlu eylemler, Borçlar Kanunu uyarınca nitelikleri itibariyle birer haksız fiil oluştururlar[410]. Haksız fiiller kanundan doğan borç ilişkilerinin en başında yer alırlar. Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmının ikinci ayırımında haksız fiillerden doğan borç ilişkileri düzenlenmiştir (TBK. m. 49 vd.). Geniş anlamda haksız fiil kavramı, hem kusur sorumluluğu, hem kusursuz sorumluluk hallerini içeren bir kavramdır. Bununla birlikte, doktrinde dar anlamda haksız fiil sorumluluğu denilince, bundan kusura dayanan haksız fiil sorumluluk halleri anlaşılmaktadır. Kusur sorumluluğu, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla sözleşme dışında başka bir kişiye vermiş olduğu zarardan ve onun giderilmesinden sorumluluğunu ifade eder. Bu sorumluluk çeşidinde kusur kurucu unsur olması sebebiyle "kusur sorumluluğu" olarak da adlandırılmaktadır. Doktrinde buna genel olarak haksız fiil sorumluluğu denilmektedir[411]. TBK. m. 49 göz önünde tutulduğunda, haksız fiil

[410] CENGİZ, s. 21-22; İKİZLER, s. 356.
[411] EREN, Genel Hükümler, s. 561, 594.

sorumluluğunun kurucu unsurlarının, fiil, bu fiille bir kişiye verilen zarar, uygun illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusur olduğu ifade edilmektedir[412].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, uyumlu eylemden doğan haksız fiil sorumluğunun hangi esasa dayandığı belirtilmektedir; bir diğer ifadeyle, uyumlu eylemden doğan sorumluluğun kusura mı dayandığı, yoksa kusursuz mu olduğu konusunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Sadece, tazminat hakkının düzenlendiği RKHK. m. 58'de, hâkimin ancak ağır kusurun bulunması halinde uğranılan zararın üç katı tazminata hükmedeceği öngörülmektedir[413]. Kanunda bu konuya ilişkin açık bir hükmün bulunmaması sebebiyle doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Benzer bir durum, mukayeseli hukukta da söz konusudur. Nitekim aynı maddi rekabet hukuku normlarına sahip Alman, Fransız, İsviçre hukuklarında sorumluluğun doğabilmesi için kusurun varlığı şart olarak aranırken, İngiliz ve Amerikan hukuklarında kusur, sorumluluğun bir şartı olarak görülmemektedir[414].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, sorumluluğun hangi esasa dayandığını öngören bir hükmün bulunmaması nedeniyle, bu hususta haksız fiil sorumluluğunun genel şartlarını uygulama zorunluluğu doğmuştur. Türk hukukunda, genel kural, kusur sorumluluğu olup kusursuz sorumluluk hali istisnadır. Bu durumda kusursuz sorumluluğa başvurulabilmesi için bu konuda özel bir düzenleme bulunması gerekir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, rekabet hukukunda yapılan düzenlemeler içinde kusursuz sorumluluğa ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı rekabet hukukunda da kusur esasına dayanan haksız fiil sorumluluğunun geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna karşılık kusurun esas şart olarak benimsenmesinin

[412] EREN, Genel Hükümler, s. 594; OĞUZMAN/ÖZ, s. 12.
[413] SANLI, Haksız Fiil, s. 224-225.
[414] Kusursuz Sorumluluğu benimseyen görüşler için bkz. TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 299; ARI, s. 217 vd; Kusur Sorumluluğunu benimseyen görüşler için bkz. SANLI, Haksız Fiil, s. 224 vd; AKINCI, s. 367 vd.; İKİZLER, s. 357; CENGİZ, s. 372.

sonucu olarak, davalılar, kusurlu olmadıklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler[415].

II. UYUMLU EYLEMDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU VE ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

Haksız fiil sorumluluğunun doğal sonucu, bu fiillerden zarar görenlerin zararlarının tazminini isteme hakkına sahip olmalarıdır. Zira RKHK. m. 57'ye göre, "*her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur…*". Bu madde ile Türk rekabet hukukunda serbest rekabete aykırı davranışlar dolayısıyla uğradıkları zararları tazmin ettirmeye ilişkin tazminat hakkı açıkça düzenlenmiştir. Zarar görenlerin, doğrudan bu maddeye dayanarak tazminat istemeleri mümkündür.

Hükümde hem "anlaşma" hem de "sözleşme" kavramına yer verilmiştir. Oysa, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da tazminat sorumluluğuna ilişkin daha önceki sözleşmede sadece "anlaşma" kavramı kullanılmıştır. Bu nedenle, RKHK. m. 57'de sözleşme ifadesinin kullanılması isabetsiz olmuştur. Zira, Rekabet Hukukunda anlaşma, sözleşmeleri de kapsayan geniş bir anlama sahiptir[416]. Bunun yanı sıra hükümde uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yerine "eylem" ve "karar" ifadelerine de yer verilmiştir. Bu doğrultuda tazminat hukuku bakımından Kanunun 4. maddesinin

[415] SANLI, Haksız Fiil, s. 225-226.
[416] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1136-1137; İNAN, Özel Hukuk, s. 49; BADUR, s. 162.

kapsamının genişletildiği ve her türlü eylem ile her türlü kararın kastedildiği gibi yanlış bir yorumun ortaya çıkması mümkündür[417].

AB Rekabet hukukuna bakıldığında ise kamusal yaptırımların yanında özel hukuk yaptırımları da düzenlenmiştir. ABİDA'da özel hukuk yaptırımı olarak sadece geçersizlik yer almakta ancak tazminat davalarına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır[418]. AB Parlamentosu tazminat alanında bu boşluğu doldurmak amacıyla 2014 yılında "Rekabet İhlâllerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi[419]" kabul etmiştir. Söz konusu Yönerge, bu alandaki AB mevzuatının ilk bağlayıcı düzenlemesi olmuştur. Bu yönerge rekabet ihlâllerinden kaynaklanan tazminat davalarına ilişkin doktrinde kısa zamanda etkisini göstermiştir. Yönerge'nin amacı 3. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir: "*Rekabet hukuku ihlâli nedeniyle zarara uğrayan herkese etkin bir şekilde tam tazminat elde etme hakkının sağlanmasıdır*"[420].

Rekabet ihlâli neticesinde zarara uğrayan üçüncü kişilerinin taleplerini dayandıracağı sorumluluk türü hâkim görüş tarafından, haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, bu kısımda söz konusu sorumluluk türünün şartları incelenmektedir. Zira üçüncü kişilerin genel mahkemeler karşısında tazminat talep etmesi durumunda haksız fiil sorumluluğunun şartlarının oluşup oluşmadığı önem arz etmektedir. Bu anlamda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da özel bir düzenleme yer almadığı için Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil sorumluluğunun şartlarına ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir.

Buna göre uyumlu eylemden doğan sorumluluğun şartları şu şekilde sayılabilir: Bir uyumlu eylem işlenmiş olmalı, uyumlu eylem hukuka aykırı olmalı, bu eylemden

[417] İNAN, Özel Hukuk, s. 49.
[418] KORTUNAY, s. 85-86.
[419] Directive 2014/104/EU.
[420] BÜYÜKSAĞİŞ/KOYUNCU, s. 5.

bir zarar doğmalı, doğan zarar ile işlenen uyumlu eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve uyumlu eylemde bulunanların kusurlu olmalarıdır.

B. ŞARTLARI

1. Bir Uyumlu Eylem İşlenmiş Olmalı

Haksız fiil sorumluluğunun ilk ve temel şartı, sorumlu kimse tarafından bir fiilin işlenmesidir. Konumuzda bu fiili, uyumlu eylem oluşturmaktadır. Bir kimsenin işlediği fiilinden sorumlu tutulabilmesi için o kimsenin gerçekleştirdiği bir fiil (eylem) bulunmalıdır. Kendisinden tazminat talep edilen kişi tarafından işlenen bir fiil yok ise, sorumluluk da yoktur.

Fiil, bir insan davranışıdır. İnsan davranışları, genellikle yapma şeklinde olumlu davranış olarak gerçekleşir. Bir yapma fiili şeklinde olumlu bir davranış veya aktif bir davranış olarak insan davranışı ortaya çıkar. Fakat, fiilin yapmama veya kaçınma (pasif) şeklinde olumsuz davranış olarak gerçekleşmesi de mümkündür[421].

Uyumlu eylem ifadesinde geçen eylem, kişinin olumlu, aktif bir hareketine, bir şeyi yapmasına yönelmesi demektir. Davranış kavramı ise hem olumlu hem olumsuz anlamları içermekte; yani bir şeyi yapmama halini de kapsamaktadır. Uygulama kavramı da hem olumlu hem olumsuz halleri içeren bir anlama sahiptir. Zira, eylem veya fiil, sorumluluk hukukunda olumlu ve olumsuz, kişinin bütün davranışlarını kapsar şekilde kullanılmaktadır. Bu nedenle, pazar politikalarını yansıtan eylem ya da davranışların yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşmesi mümkündür. Bu durumlara

[421] KILIÇOĞLU, s. 280 vd; ANTALYA, s. 419 vd.

aktif olarak fiyat artırma ya da fiilen düşük tutulan üretim kapasitesini artırmama veya paralel ithalattan kaçınma halleri örnek olarak verilebilir[422].

Doktrinde baskın görüşe[423] göre, uyumlu eylem, şirketler arasında sağlanan uyum ve bunu takiben oluşan piyasa davranışının varlığı ile ortaya çıkar. Buna göre, uyumlu eylemler temelde bir uyum ve uyuma isnat eden eylemlerden oluşur. Bu görüşün dayandığı nokta ise uyumlu eylemler kavramının lafzî anlamıdır. Bunun nedeni ise uyumlu eylemin hem İngilizce'de "concerted practices" hem de Almanca'da "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" ifadelerinin eylemi esas alarak eylemin uyum içinde gerçekleştiğini belirtmesidir. Bu ifade, Türkçe karşılığında ele alındığı zaman da "uyum" kelimesinin bir sıfat olarak eylemi nitelediği ve aslında eylemin nasıl ortaya çıktığı hususunu belirttiğini söylemek mümkündür[424].

Uyumlu eylemler, bağlantı ve bu bağlantıya istinat eden paralel davranışlardan oluşmaktadır. Daha önce açıklandığı üzere, uyumlu eylemlerin varlığı için birden çok eylemin varlığı ve bu eylemler arasında uyumun bulunması gerekir. Ancak, uyumlu eylemlerin unsurlarından bahsedilirken, bir uyum ve bu uyuma istinat eden eylemlerin zamansal olarak iki aşamalı olarak gerçekleştiği düşünülmemelidir. Zira, uyumlu eylemlerin ortaya çıkışında her zaman zamansal olarak iki aşamalı bir durumun gerçekleşmesi beklenilemez. Teşebbüsler arasında gerçekleşen bir tavsiyenin diğer teşebbüslerce takip edildiği bir durumda, burada uyum ve eylem olmak üzere iki aşamada uyumlu eylemin gerçekleştiğini söylemek mümkün olmaz. Tavsiyede bulunulması ve diğer teşebbüsçe tavsiyenin alınması uyumun oluştuğu anlamına gelmemektedir. Ancak, bu tavsiyeye uyularak tavsiyeye göre yeni ayarlamalar yapıldığında ve bunun kolektif bir nitelik taşıması halinde, taraflar arasında bir uyum vardır denilebilir. Nitekim, bu noktada rekabeti sınırlayan eylem gerçekleşmiştir. Bir diğer ifadeyle, uyumun doğması ve varlığının anlaşılması eylemlerin gerçekleştiği zamana rastlamaktadır. Bu nedenle, uyumlu eylemlerin unsurlarını uyum ve eylem olarak değil, teşebbüsler arasında gerçekleşen bağlantı ve bunu takip eden pazar

[422] İKİZLER, s. 148; AKINCI, s. 158 vd.; ARI, s. 87.
[423] DAIG, s. 213, 217.
[424] DAIG, s. 217; İKİZLER, s. 145; ARI, s. 87.

davranışları olarak ikiye ayırmak gerekir. Bağlantı, uyum anlamına gelmez. Bağlantı, eylemlerin paralelleşmesine zemin hazırlayan teşebbüsler arası yakınlaşmadır[425].

Uyumlu eylemler açısından önemli olan, pazara ilişkin eylemlerdir. Diğer bir ifadeyle, teşebbüslerin kendi iç dünyalarından çıkarak, dışa yansıttıkları pazar davranışları önemlidir. Bunlar, doğrudan doğruya rekabetin sınırlanması sonucunu doğuran nihai pazar davranışlarıdır. Bir fiyat artışı veya arzın reddi gibi eylemler, rekabetin sınırlanması sonucunu doğuran eylemlerdir. Teşebbüslerin pazara yansıyan her uygulamaları, eylem unsurunu karşılayabilir. Bu uygulamaların, doğrudan rekabet üzerinde etkili olmaları gerekmez. Önemli olan husus, pazarda meydana gelen ve bir teşebbüse bağlanabilen bir uygulama veya eylemin bulunup bulunmadığıdır. Nitekim, ABAD bir kararında kamuya yönelik olarak gazete, televizyon vb. bir yolla yapılan ilan ve duyuruları pazar davranışı olarak nitelendirmiştir. Uyumlu eylemlerin rekabete aykırı bulunması için söz konusu eylemlerin rekabeti sınırlaması veya rekabeti sınırlayıcı bir etki doğurması gerektiği unutulmamalıdır[426].

2. İşlenen Uyumlu Eylem Hukuka Aykırı Olmalı

TBK. m. 49/1'e göre, bir sorumluluğun olması için işlenen eylemin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılıktan maksat işlenen eylemin emredici bir hukuk kuralını ihlâl etmesidir. Haksız fiil sorumluluğunda da durum aynıdır[427].

TBK. m. 49/1 gereğince, hukuka aykırılık oluşturan durumlar, hukuki koruma normlarının yani kişilerin mutlak haklarını koruyan normların ihlâli sonucunda diğer kişilerin menfaatlerini koruyan normların ihlâlidir. Bunun yanı sıra, şahısların yararlarını dolaylı olarak da olsa koruma amacı taşıyan kuralların ihlali, mutlak hak niteliğini bünyesinde barındırmayan menfaatlerin ihlâline yol açar. Bu tür normlara ise "bireysel veya özel koruma normları" denilmektedir. Özel koruma normunun TBK. m.

[425] İKİZLER, s. 147; Ayrıca bkz. AKINCI, s. 158.
[426] İKİZLER, s. 149.
[427] OĞUZMAN/ÖZ, s. 12-14.

49/1 anlamında hukuka aykırılık teşkil edebilmesi için kişilerin bir hukuki varlığını ve bilhassa mameleki bir menfaatini koruma amacı gütmesi şarttır[428]. Rekabet hukuku normları ise, bu anlamda ekonomik menfaatleri korumaları sebebiyle özel koruma normlarıdır[429].

Rekabet hukuku kurallarının mutlak hakları değil de ekonomik menfaatleri koruması sebebiyle tazminat sorumluluğu bakımından "hukuka aykırılık bağı"nın özel bir önemi vardır. İhlâl edilen norm, belli bir kişinin menfaatini korumayı amaç edinmiş olmalıdır. Buna doktrinde "hukuka aykırılık bağı" veya "ihlâl edilen hukuk normunun koruma amacı teorisi" denilmektedir[430]. Diğer bir ifadeyle, hukuka aykırı bir fiil sonucu zarara uğrayan kişinin haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilmesi için, ihlâl edilen normun amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının da girmesi gerekir[431]. Bir davranış, hukuka aykırı olsa da, davranıştan kaynaklanan zararlı sonuçlar, ihlâl edilen normun koruma alanına girmiyorsa, hukuka aykırılık bağı var olmadığından sorumluluk doğmaz[432].

Teşebbüslerin, paralel davranışları ile uyumlu eylemin sebep olduğu üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan sorumlu olmaları, bu eylemlerin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığı durumlarda, üçüncü kişilerin zararlarından bu teşebbüslerin sorumlu olmaları mümkün olmaz ve zarar görenler buna katlanmak durumundadırlar[433].

Hukuka uygunluk sebepleri, çatışan iki hukuki varlık ya da menfaatten, iki koruma normunun bir karşılaştırılmasının, bir dengelenmesinin sonucudur. Diğer bir ifadeyle, bu iki koruma normundan birinin daha üstün tutulması, hukuka uygunluk sebeplerini ifade eder. Somut olayda, zarar verenin lehine olan üstün koruma normu var

[428] EREN, Genel Hükümler, s. 677 vd.
[429] SANLI, Haksız Fiil, s. 229, dn. 42.
[430] EREN, Genel Hükümler, s. 684.
[431] OĞUZMAN/ÖZ, s. 15.
[432] EREN, Norm, s. 461 vd.
[433] AKINCI, s. 366.

ise bu davranış, hiçbir zaman hukuka aykırı olmamıştır. Hukuka uygunluk sebeplerinin en önemlileri, haklı savunma, zorunluluk hali olarak öne çıkmaktadır[434]. Bunlardan başka, TBK. m. 63'te hukuka uygunluk sebepleri olarak kanunun verdiği yetkinin kullanılması ile zarar görenin rızası, daha üstün nitelikli özel veya kamusal yarar da zikredilmektedir.

TBK. m. 63 hükmünde düzenlenen genel hukuka uygunluk sebeplerinin tamamı rekabet hukuku açısından uygulama alanı bulacak nitelikte değildir. Rekabet hukukuna aykırılık iddiası karşısında haklı savunma ve vekâletsiz iş görme savunmalarında bulunmak mümkün olmaz. Ancak, zarar görenin rızasını ayrı bir şekilde değerlendirmek gerekir. Zarar görenin rızası, kural olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Zira, Rekabet hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un emredici hükümlerine aykırılık, zarar görenin üzerinde tasarruf edebileceği bir alan değildir. Bunun yanı sıra, zarar görenin hukuka aykırı fiile rıza göstermesi halinde rıza gösteren kişi için tazminat talebinin önü kapanmış olur[435].

Başkasına zarar veren bir fiilin, özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılmasından kaynaklanması halinde, bu davranış hukuka aykırı olarak nitelendirilemez. Ancak, bu yetkinin sınırları dâhilinde kullanılması; aksine kötüye kullanılmaması gerekir. Bunun ölçüsü, dürüstlük kuralıdır (TMK. m. 2). Dürüstlük kuralı, somut olayda yetki sınırının aşılıp aşılmadığını belirlemede esas alınmalıdır. Bir teşebbüsün diğer bir teşebbüse karşı gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiilin özel bir

[434] EREN, Genel Hükümler, s. 688 vd; "*Rekabet hukukuna özgü olmayan hukuka uygunluk sebepleri arasında akla ilk gelen zarar görenin rızası ise de, burada dikkat edilmesi gereken nokta, zarar görenin rızasının (MK. m. 23 hükmü çerçevesinde ekonomik kişiliğin aşırı sınırlanmasına veya ekonomik özgürlükten vazgeçilmesine yol açmamak kaydıyla) sadece kendisinin tazminat hakkının doğmasını engelleyen bir hukuka uygunluk sebebi olarak teşkil edileceğidir ki, bu da esasen veya özellikle, rekabeti sınırlayıcı sözleşmenin tarafını oluşturan bu kişinin sınırlama yüzünden uğradığı zararı isteyip isteyemeyeceği bakımından önem taşır. Buna karşın, rıza rekabet ihlâli nedeniyle üçüncü (yani razı olanın dışındaki) kişilerin uğradığı zararlar bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olamayacağı gibi; Rekabet Kurulu'nun m. 4 ve m. 6 hükümlerine aykırılık bakımından yapacağı analiz (hukuka aykırılık analizi) çerçevesinde de hiçbir işleve sahip olamaz. Diğer taraftan, vekâletsiz iş görme, meşru müdafaa, bizzat ihkak_ı hak (kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma) hallerinin, rekabet ihlâllerinde birer hukuka uygunluk sebebi olarak uygulama alanı bulmayacağı şeklinde doktrinde temsil edilen görüşe katılıyorum"*, bkz. GÜRZUMAR, s. 151-152.

[435] KESİCİ, s. 110, 112.

yetkiden kaynaklanması halinde zarara neden olsa dahi hukuka aykırı sayılmayacağı ifade edilebilir[436]. Zira, Rekabet Kurulu'nun çeşitli tarihli kararlarında[437] tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı sözleşme ilişkilerinde öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin rekabet hukuku anlamında "haklı gerekçe" olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bir kimsenin başkasına zarar verirken kamu hukukuna dayanan bir yetkiyi kullanması halinde fiilin hukuka aykırı olduğundan söz edilemez. Çünkü, kamu görevlisi tarafından hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde kullanılarak bir başkasının hukuken himaye gören menfaatlerine müdahale edilmesi söz konusudur. Kamu yetkisinin kullanılması durumunun özellikle, teşebbüs birliği ve kararları açısından değerlendirilmesi gerektiği benimsenmektedir[438].

İşletmelerin uyumlu eylem hususundaki muafiyet istekleri aslında anlaşma için muafiyet talebine dönüşecektir. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, teşebbüslerin teoride uyumlu eylem için muafiyet talep etmeleri mümkün iken bu durum pratikte mümkün gözükmemektedir. Nitekim bu konudaki ABAD ve Rekabet Kurulu kararları

[436] KESİCİ, s. 113 vd.

[437] "*4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki bir fiilin ihlâl olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle fiili gerçekleştiren teşebbüsün hâkim durumda bulunması ve fiilinin kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir. Bu şartların ikisinin birden sağlandığı durumlarda dahi, fiili gerçekleştiren teşebbüsün haklı gerekçesini gösterebilmesi durumunda, Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki bir ihlâlden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki değerlendirme için başvuru konusu fiilin haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığının da tespit edilmesi gerekmektedir. (9) Ancak başvuru konusu sözleşmelerin feshinin haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığının değerlendirmesinin Rekabet Kurumu tarafından yapılabilmesinin mümkün olmadığı, taraflar arasında ihtilaf konusu olduğu açık olan bu durumun tespiti için ilgili mahkemelerin kararına ihtiyaç bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır*", bkz. Rekabet Kurulu 08.07.2021 tarihli ve 21-34/466-236 sayılı kararı; *"…tarafların aralarında yapmış oldukları söz konusu sözleşmenin 4. maddesinde yer alan, "Abone, birinci maddede belirtilen hizmet karşılığında, abone ücretini (2200$ ABD Doları) peşin olarak,… her ayın en geç 5 inci gününe kadar Ajans veznesi veya görevlisine öder. Aylık abone bedelini zamanında ödemeyen Abone'nin hizmeti durdurulur ve bu ücretin 30 gün içerisinde ödenmemesi halinde sözleşmesi feshedilir…" hükmü doğrultusunda, Anadolu Ajansı'nın Akit Gazetesi'ne haber akışını 4054 sayılı Kanun anlamında ayrımcılık yaparak kesmediği, bu nedenle Anadolu Ajansı hâkim durumda olsa dahi bu davranışın hâkim durumun kötüye kullanılma hali sayılamayacağı sonucuna ulaşılmıştır*", bkz. Rekabet Kurulu 12.09.2000 tarihli ve 00-34/369-207 sayılı kararı.

[438] KESİCİ, s. 116-117.

incelendiğinde uyumlu eylem için muafiyet talebinde bulunulan bir karara rastlanmamaktadır[439].

Türk ve AB Rekabet Hukuklarında muafiyet verilebilmesinin ön koşulu, muafiyet talebinde bulunulan anlaşma, birlik kararı ya da uyumlu eylemin bildirilmiş olmasıdır. Zaten Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında bu durum "*ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, 4 üncü madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını taşıdığının Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilir*" ifadesiyle yer almıştır. Oysa uyumlu eylemin bildirilmesi, onun bir anlaşma haline gelmesi sonucunu doğuracaktır. Uyumlu eylemin tarafları genellikle rekabet yasaklarından kurtulmak ve bildirim şartından kaçmak amacıyla, aralarındaki ilişkiyi anlaşma boyutuna taşımamaktadırlar. Yani uyumlu eylemin doğası, onun bildirilmesine ve muafiyet talep edilmesine uygun değildir[440].

RKHK. m. 57'ye göre, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için zarar, RKHK. m. 4'teki rekabeti ihlâl edici davranışlar ile meydana getirilmiş olmalıdır.

3. İşlenen Uyumlu Eylemden Bir Zarar Doğmalı

a. Genel Olarak

Zarar, sorumluluğun, yani tazminatın en önemli unsurunu oluşturur. Zira, haksız fiil sorumluluğunda salt hukuka aykırı bir davranış, sorumluluk doğurmaz. Zarar olmayan yerde, hukuki sorumluluk yoktur. TBK. m. 49, zarardan söz etmiş, ancak bu kavramı tanımlamamıştır. Böylece zarar kavramının tanımı, doktrine bırakılmıştır. Doktrin ve içtihatta zarar, "geniş anlamda zarar", "dar anlamda zarar" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamdaki zarar, maddi zararı anlamına gelmektedir. Geniş anlamda zarar ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararla birlikte şahıs varlığında, diğer bir

[439] ŞAYLI, s. 50-51.
[440] BADUR, s. 130.

anlatımla manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Geniş anlamda zararı, *Eren*, "bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme" olarak tanımlamıştır. Türk-İsviçre hukuklarında, doktrin ve içtihatta zarar kavramından daha çok maddi (mameleki) zarar kavramı anlaşılmaktadır[441].

Maddi zarar, bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeyi (azalmayı) ifade etmektedir. Maddi zarar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve nihayet bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir. Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki varlıkların meydana getirdiği bir bütün olup aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Malvarlığının pasif unsurları ise, borç ve yükümlülüklerden ibarettir. Sorumluluk hukukunda malvarlığı, geniş şekilde anlaşılmalıdır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki (fikri ve sınai haklar), malvarlığının en önemli unsurlarını meydana getirir. Bunun yanı sıra, zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler arasında yer almaktadır[442].

Zarar, malvarlığında irade dışı meydana gelen bir azalma veya eksilmedir. Bu azalma ya malvarlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi ya da pasiflerin artması şeklinde gerçekleşir. Aktif değerler üzerindeki hakların herhangi birinin yok olması ya da değerinin azalması veya borçların artması hali de zararı oluşturur. Diğer bir ifadeyle, zarar, aslında malvarlığında meydana gelen eksilme, zarar görenin zarar verici durumdan sonra malvarlığının aldığı hal ile bu durum meydana gelmeseydi alacağı hal arasındaki farktır. Böylece, zararın tespit edilebilmesi için zarar görenin malvarlığının gösterdiği bu iki hal arasındaki fark bulunmalıdır. Bu durumlardan ilki, malvarlığının zarar verici olaydan sonra aldığı hal; ikincisi ise zarar verici olay meydana gelmeseydi, malvarlığının göstereceği haldir. Malvarlığının iki durumu arasındaki fark, zarar görenin menfaatidir. Maddi zararın menfaat ya da menfaat farkı olarak anlaşılmasının dayanağı ise "fark teorisi" dir. Bu teori, Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüştür.

[441] EREN, Genel Hükümler, s. 599.
[442] EREN, Genel Hükümler, s. 600.

Federal mahkeme, bir kararında fark teorisini, "*tazminat, zarar verici olayların meydana gelmemesindeki menfaatin karşılanmasını amaçlar. O halde, malvarlığının, tazminatı doğuran olayın gerçekleşmesinden sonraki durumuyla bu olay gerçekleşmeseydi göstereceği durumu birbiriyle mukayese edilmelidir*" şeklinde açıklamıştır[443].

Maddi zarar bakımından önemli ayırımlardan biri, fiili zarar ile yoksun kalınan kâr ayrımıdır. Fiili zararda, malvarlığının aktifinde bir fiili azalma ya da malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma söz konusudur. Yoksun kalınan kâr ise elde edilebilecek bir kazançtan yoksun kalmayı ifade eder. Bu zarar türü, daha çok malvarlığının artmasına engel olunmasından kaynaklanır[444]. Haksız fiil sorumluluğu hem fiili zararı hem de yoksun kalınan kârı kapsamaktadır[445].

Maddi zararlar, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımına da tabi tutulmaktadır. Bu ayırım türü, illiyet bağı ile ilgilidir. Zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan zarar, diğerleri ise dolaylı zarardır[446]. Diğer bir ifadeyle, doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya eklenen bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Dolaylı zarar ise, hukuka aykırı fiilin verdiği doğrudan zarara bağlı olarak eklenen bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır. Doğrudan zararda, fiille zarar arasındaki illiyet bağı kolayca fark edilebilirken, dolaylı zararlardan hangilerinin tazmin edileceği sorunun halli, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının araştırılmasını gerektirir. Bu ayırım içinde ele alınan yansıma zarar ise, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin de bu fiil yüzünden uğradığı zararı ifade eder. Yansıma zararlardan, zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için zarar hem fiille uygun illiyet bağı; hem de hukuka aykırılık bağı içinde bulunmalıdır[447]. Hukuka aykırılık bağını kuran özel bir kanun hüküm olmadıkça, yansıma zararın

[443] EREN, Genel Hükümler, s. 602.
[444] OĞUZMAN/ÖZ, s. 41.
[445] CENGİZ, s. 374.
[446] EREN, Genel Hükümler, s. 608.
[447] OĞUZMAN/ÖZ, s. 43-44.

tazmini mümkün değildir. Burada esas olan zarar gören kişinin, ihlâl edilen normun koruma amacının içinde kalıp kalmadığı hususudur[448].

RKHK. m. 57 vd. hükümlerinde düzenlenen tazminat sorumluluğunda, zararla ilgili olan bu ayırımlar "kimlerin zararı ve hangi zararları?" sorularının cevaplanabilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu husus, RKHK. m. 57 ve m. 58 kapsamında ele alınıp incelenmelidir.

Söz konusu RKHK. m. 57'de geçen "zarar görenler" deyimi, normun koruma amacı kuramına göre yorumlanmalı ve kimlerin tazminat davası açabileceği tespit edilmelidir. Bunun yanı sıra, m. 57 'de "her türlü zarar" deyimi de hukuka aykırılık bağı, normun koruyucu amacı kuramı ve uygun illiyet bağı açısından yorumlanmalı ve sınırsız bir tazminat olanağı olarak düşünülmemelidir[449].

b. Fiili Zarar ve Yoksun Kalınan Kâr

RKHK. m. 4 hükmü ihlâl edildiği zaman ilgili pazara herhangi bir şekilde katılmış olan çeşitli teşebbüsler ve teşebbüslerin dışında kalan kişiler zarara uğrayabilir. Bu zararlar, her bir teşebbüse ve kişiye göre farklılık gösterir[450].

RKHK. m. 58 "zararın tazmini" başlığını taşıyan hükümde zarar kavramı, yukarıda açıklandığı üzere maddi zararın, temel ayırımlarından olan hem fiili zararı hem yoksun kalınan kârı da kapsamaktadır. RKHK. m. 58/1'e göre, "*rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler*". Bu düzenleme, fiili zararı ifade etmektedir. Hükmün devamında ise, "*zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün*

[448] GÜRZUMAR, s. 156.
[449] GÜRZUMAR, s. 160.
[450] GÜRZUMAR, s. 156.

kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır" ifadesi ile yoksun kalınan kâr kastedilmektedir.

Piyasa fiyatının kontrol altına alınması ile haksız rekabet oluşturulmakta ve tam rekabet piyasasında elde edilmesi normal olan kârın üzerinde bir kazancın elde edilmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda, rekabeti kısıtlayanların hedefi, tüketicilerin ödemek zorunda oldukları piyasada oluşan normal fiyatın üzerinde bedel ödemelerini sağlamaktır. Bu nedenle, haksız rekabeti oluşturanların elde etmeyi hedefledikleri kazanç ile tüketicilerin malvarlığında meydana gelen olması gerekenden daha fazla eksilme arasında bir bağlantı oluşmaktadır. Bu gibi durumlarda, haksız rekabet eylemi ile alıcıların uğradıkları zarar arasında doğrudan bir ilişki olduğu ortadadır. Tüketicinin malvarlığındaki azalmanın nedeni, malın gerçek değerinin üzerinde bir fiyat ile satılmasıdır. Malın gerçek değerinin üzerinde bir fiyat ile satılmasının bir sonucu olarak rekabetin kısıtlanması ortaya çıkmaktadır[451].

Bir alıcı karteline satış yapmak zorunda kalan toptan satıcılar, kartel sebebiyle kabul etmek zorunda kaldıkları düşük bedellerle, kartel olmasaydı belirleyecekleri fiyat arasındaki fark kadar zarar uğramış olurlar. Uğranılan bu zarar da bir fiilî zarar oluşturur. Burada kartel üyelerinin satıcıları, zarara uğrayan taraftır[452].

Rekabeti kısıtlayıcı uyumlu eylemler, hem tüketicilerin daha fazla bedel ödeyerek zarar görmelerine hem de bu eyleme hiç katılmamış olan rakip teşebbüslerin de rekabet olanaklarını önleyerek zarar görmelerine neden olmaktadır. Rekabeti kısıtlayıcı uyumlu eyleme katılan teşebbüslerin amacı, bu eyleme katılmayan rakip teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerini engellemek ve olanaklarını sınırlamaktır. Bu durum, rakip teşebbüslerin piyasa paylarında satış veya üretim miktarlarında azalmaya ve kazanç kaybına yol açmaktadır. Böyle bir durumda rakip teşebbüslerin kazanç kaybı ile rekabetin kısıtlanması arasında doğrudan doğruya bir ilişki bulunmaktadır. O yüzden bu zararlardan rekabetin kısıtlanmasına sebep olanlar sorumludur[453]. Sadece fiilen

[451] AKINCI, s. 376; Aynı konuda bkz. GÜRZUMAR, s. 156; SANLI, Haksız Fiil, s. 237; CENGİZ, s. 374-375.
[452] GÜRZUMAR, s. 156-157.
[453] AKINCI, s. 376-377.

piyasada faaliyet gösteren rakipler değil, aynı zamanda potansiyel rakipler de piyasaya girişlerinin engellenmesi nedeniyle yoksun kaldıkları karın tazminini talep edebilirler. Fakat bunun için öncelikle davacının gerçekten bir potansiyel rakip olduğunu ispatlaması gerekir[454].

Rekabetin kısıtlanmasının rakip teşebbüsler üzerindeki olumsuz etkisi yalnızca yoksun kalınan kârdan ibaret değildir. Rakip teşebbüslerin uğradıkları zararın bir diğeri de piyasa payı nedeniyle üretim ve satış miktarındaki düşüşler, atıl kapasite sorununu gündeme getirmektedir. Rekabet sağlıklı işleseydi ve kısıtlanmasaydı rakip teşebbüsün kapasite fazlalığı oluşmayacak ve bu kapasite fazlalığı sebebiyle harcama yapılmamış olacaktı. Bu konuda kapasite fazlalığı durumu, rekabetin kısıtlanması süresi ile sınırlıdır. Bundan dolayı rekabetin kısıtlanması kendiliğinden veya mahkeme kararı ile son bulduğu vakit, atıl kapasite sorunu sona ermiş olur. Atıl kapasite için yapılmış olan harcamalar, klasik anlamda zarar kavramının içine girmez. Bundan dolayı rekabetin kısıtlanması sona erince, rakip teşebbüsün sahip olduğu teçhizat ve yatırımlarda fiili bir hasar meydana gelmez. Ancak, rekabetin kısıtlandığı süre boyunca rakip teşebbüslerin bunları kullanamamaları nedeniyle ekonomik olarak atıl hale gelmişlerdir[455]. Doktrinde[456], "kullanım olanağının geçici olarak kaybının gerçek bir kayıp", dolayısı ile malvarlıksal bir zarar olmadığı ve kullanılma süresinin dondurulmasının ileride kullanma süresine ekleneceğini, bu nedenle tazminat istemini engelleyeceğinin savunabileceğinden bahsedilmiştir.

Nesneden geçici yararlanmanın zarar olarak nitelendirilemeyeceğini savunan görüşün, modern çağda tüketim hızının artması ile geçerliliği zayıflamıştır. Şöyle ki günümüzde özellikle teknoloji içeren tüketim malları ya da sabit malların tüketiciler tarafından belli bir süre için tercih edilmesi, çok sayıda tüketim tercihlerinin bulunması

[454] SANLI, Haksız Fiil, s. 237.
[455] AKINCI, s. 377.
[456] BURCUOĞLU, s. 166-167, Yazara göre bir nesnenin madde olarak değerinin yanında, bu değerden bağımsız olan bir kullanım değerinden söz etmek ve kullanım değerini ayrı bir malvarlıksal kalem, yitirilmesinin de malvarlıksal zarar kabul etmek yanlıştır. Kullanım değeri ayrı bir değer kabul edilmeyeceğinden, yitirilmesinin bir zarar olarak kabulü ve buna bağlı olarak giderilmesi halinde fark teorisi ve zarar görenin zenginleşemeyeceğine ilişkin temel ilke ihlâl edilmiş olur.

gibi unsurlar, malların zaman unsuru ile göz ardına atılmalarına ve âtıl hale gelmelerine yol açmaktadır. Bu haller göz önüne alındığında malların sadece geçici bir süre kullanılamaması günümüzde artık bir zarar oluşturmaktadır. Zira rekabetin kısıtlanması ile rakip teşebbüslerin sabit yatırım mallarından geçici bir süre istifade edememelerine yol açmaktadır. Kullanım olanakları teknolojik değişim, zaman gibi unsurlarla ortadan kalkan mallar, hasar görmemiş olsa bile rakip teşebbüsler, bunların kullanımından geçici bir süre yoksun kalmaları sebebi ile zarar görmektedirler. Rekabetin kısıtlanması sonucu, rakip teşebbüslerin uğradıkları kâr mahrumiyetinden doğan zarar gibi nesnenin kullanımından yoksun kalmak da somut veriler ile hesaplanabilen zararlardandır. Şöyle ki nesneyi kullanım olanağından yoksun kalma nedeni ile işletme ekonomisindeki asgari optimum büyüklük kavramları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zira rekabetin kısıtlanması sonucu, rakip teşebbüslerin satışının azalması, daha az kazanç elde etmelerine yol açar. Bunun yanı sıra, üretimde azalma, maliyet bedellerinin atmasına ve teşebbüs faaliyetlerinin zorlaşmasına da neden olmaktadır[457].

Rekabeti kısıtlayıcı bir eylemin rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırması ve piyasadaki paylarının azalmasına neden olması, bu teşebbüsleri de bazı tedbirler almaya ve yeni bir piyasa stratejisi belirlemeye yönlendirmektedir. Bu yönlendirmeler için bir ek harcama yapılması açıktır. Rekabetin kısıtlanmasının olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak için yapılmış olan bütün bu ek harcamalar, rakip teşebbüslerin fiili zararıdır. Yapılan bu harcamalara rağmen rekabetin olumsuz etkilerinin önlenememiş olması halinde ise, yoksun kalınan kâr zararı ile birlikte yapılmış olan bu harcamalar da talep edilebilir[458].

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyet, taraf olmayan teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırarak üçüncü kişilere olan taahhütlerini yerine getirmelerine engel oluyorsa, rekabetin kısıtlanmasından zarar gören bu teşebbüslerin üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldıkları tazminatlar da rekabetin kısıtlanmasından doğan zararlar arasında yer alır. Fakat üçüncü kişilere ödenmek zorunda kalınan tazminatların, teşebbüslerin,

[457] AKINCI, s. 378-379.
[458] AKINCI, s. 380.

rekabetin kısıtlanmasından doğan zararı olarak kabul edilmeleri için hukuka aykırı eylem ile üçüncü kişilere ödenen tazminata sebep olan durum arasında illiyet bağının bulunması gerekir[459].

c. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar

Daha önce[460] açıklandığı üzere, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişinin bu eylem sebebiyle kendi fiili veya üçüncü kişinin eylemi olmaksızın uğradığı zarar doğrudan zarardır. Bir kişinin hukuka aykırı eylemi nedeniyle oluşan etki sebebiyle olaydan etkilenen kişinin uğradığı zarar ise dolaylı zarardır. Doğrudan zararda fiille zarar arasındaki illiyet bağı kolay bir biçimde tespit edilebilirken, dolaylı zararlarda fiille tazmini gereken zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir[461].

Rekabet ihlâllerinden doğan uyumlu eylemden doğan sorumlulukta da, uygun illiyet bağının ve hukuka aykırılık bağının bulunması koşuluyla, dolaylı zararların tazmininin istenebilmesi mümkündür. Bu alanda uğranılan zararın çok önemli kısmını dolaylı zararlar oluşturmaktadır. Meseleyi bir örnekle açıklamak gerekir. Örneğin, rekabeti ihlâl edici uyumlu eyleme katılmayan rakip teşebbüsler, piyasada olağan rekabet koşullarının devam edeceğini varsayarak, ticarî faaliyetleri alanında, üçüncü kişilerle hukukî işlemler yaparlar ve bu işlemlere bağlı çeşitli taahhütler altına girdikten sonra sağlıklı rekabet ortamının rekabet ihlâlleri nedeniyle bozulması üzerine, bu taahhütlerini yerine getiremezlerse, hukuki işlem yaptıkları üçüncü kişilere, tazminat, cezai şart gibi ödemeler yapmak zorunda kalabilirler. O takdirde bu ödemeler uyumlu eyleme katılmayan rakip teşebbüsler açısından dolaylı zarar niteliğindedir. Nitekim bu durumlarda, uygun illiyet bağının ve hukuka aykırılık bağının bulunup bulunmadığının dikkatle irdelenmesi ve bu bakımdan genişletici yorum yapılmaması kuralını da önemle vurgulamak gerekir. Aksi halde, dolaylı zarar kavramının, uyumlu eyleme katılan rakip

[459] AKINCI, s. 380.
[460] §8, B., 3. a.
[461] OĞUZMAN/ÖZ, s. 43.

teşebbüslerin ticari faaliyetlerinin oldukça geniş bir alanını ele geçirmesine ve bu nedenlerle teşebbüslerin ekonomik anlamda çökmelerine yol açar[462].

Yansıma yolu ile uğranılan zararın bir mutlak hakkın veya bir nispi hakkın ihlâlinden kaynaklanması hukuka aykırılık bağı açısından önem taşımaktadır[463]. Başka kişilerin uğradığı zararın tazmin edilmesi, hukuka aykırılık bağı kurulmaması halinde mümkün olmaz. Bu kişilerin uğradığı zarar, ancak normun koruma amacının kapsamına girdiği uygun ve hukuka aykırılık bağlarının bulunduğu takdirde tazmin edilebilir[464].

Rekabetin kısıtlanması rakip teşebbüslerin ve tüketicilerin doğrudan zarar görmelerine yol açarken, aynı zamanda bu kişiler ile hukuki ilişki içinde bulunan başka üçüncü kişilerin zarar görmelerine de yol açabilir. Keza rekabetin kısıtlanmasından rekabet hukukunun doğrudan korumayı hedeflediği menfaat sahibi kişilerden başka, zarar gören teşebbüslerin paydaşları, alacaklıları gibi kişiler de zarar görebilirler. Bu zarar elbette ki tüketicilerin ve rakip teşebbüslerin uğradıkları zararlar gibi doğrudan değil, yansıma yolu ile ortaya çıkan zararlardır. Yansıma yolu ile ortaya çıkan zarar rekabet hukuku kapsamı dışında kalır; o yüzden yansıma yolu ile zarar görenlere tazminat talep hakkı tanınmamıştır. Bunun sebebi ise, doğrudan zarar gören kişilere dava açma hakkı tanınmış olması ve bunun rekabetin şartlarının gerçekleştirilmesi için yeterli olduğu görüşüdür[465].

Sanlı'ya[466] göre, rekabet hukuku açısından genel kuraldan ayrılmayı gerektiren herhangi bir neden bulunmamaktadır. Fakat, üçüncü kişilerin uğradığı zararlar rekabet hukuku normlarının koruma kapsamına girdiği takdirde, yazar bu tür zararların da tazmin edilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, kural olarak yansıma

[462] CENGİZ, s. 377.
[463] OĞUZMAN/ÖZ, s. 43-44.
[464] SANLI, Haksız Fiil, s. 239.
[465] AKINCI, s. 380-381.
[466] SANLI, Haksız Fiil, s. 239-240.

zararların rekabet hukuku normlarının ruhuna aykırı olduğunu da belirtmekten geri durmamıştır.

Gürzumar'a[467] göre ise, akit dışı sorumluluk hukukunda genel olarak normun koruma amacı ve hukuka aykırılık bağı kavramlarına dayanılarak sorumluluk çerçevesinin tespit edilmesi ilkesinin hâlâ geçerliliğini sürdürmektedir. Bu nedenle RKHK. m. 57'nin yorumunda da aynı bakış açısından hareket edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, m. 57'de "bundan zarar görenlerin" deyiminden, rekabeti sınırlayıcı eylemlerden zarar gören herkesin, hiçbir sınırlama olmaksızın ve bu eylemlerden yansıma yoluyla zarar görenlerin de tazminat isteyebilmesinin sağlayacak kapsamda hukuka aykırılık bağı oluşturan özel bir norm olarak düşünülmemelidir. Zira söz konusu hükme Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenen bir yansıma zarar olan destekten yoksun kalma tazminatı gibi bu hükme bir işlev yüklenmemelidir.

Şahin'e[468] göre, RKHK. m. 57 vd. hükümlerinde yansıma yoluyla meydana gelen zararlara ilişkin hukuka aykırılık bağını kuran özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Kanunun yansıma zararları tazmin kapsamına almadığı kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak, rekabeti sınırlayıcı eylemler sonucunda piyasa dışında kalan ve bu sebeple iflas eden teşebbüsün zararı doğrudan zarar olması sonucu tazmin edilirken, bu teşebbüse kredi sağlayan bankaların, teşebbüsün alacaklılarını, işçilerinin ve paydaşlarının uğradıkları zararlar, birer yansıma zarardır. Bununla birlikte söz konusu zararlarla rekabeti kısıtlayan bu eylemler arasında, hukuka aykırılık bağı bulunmadığı için tazminat kapsamında değildir.

Topçuoğlu[469], yansıma zararların talep edilebileceğini savunmaktadır. Yazara göre, RKHK'nın 57 ve 58. maddeleri gereğince zarar görenlerin her türlü zararlarının tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Hukuka aykırı faaliyetlerin muhatabı olan ve teşebbüslere hammadde, teçhizat temin eden veya bu teşebbüslerin ürünlerini satan

[467] GÜRZUMAR, s. 146-147.
[468] ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 178.
[469] TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 30-31.

ara teşebbüslerin yansıma zararlarının giderilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, rekabet hukuku açısından yansıma zararların tazmin edilemeyeceği yönündeki genel kuraldan ayrılmanın zorunlu olup, bu tür zararlar için uygun illiyet bağının gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Yansıma zarar, kanunun imkân tanıdığı hallerde talep edilebilen bir tazminat nedenidir. Bu doğrultuda yansıma zararın talep edilip edilemeyeceği hususunun tespit edilebilmesi için ilk olarak bu konuda bir kanunî düzenlemenin olup olmadığına bakılmalıdır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yansıma zararın talep edilebilmesi hususunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, rekabeti sınırlayıcı eylem nedeniyle oluşan yansıma zararların tazmininin talep edilebilmesi mümkün değildir. Zira böyle bir talebin Türk hukukunda, kanuni bir düzenleme eksikliği, hukuka aykırılık bağının zorlayıcı bir şekilde kurulması ve normun koruma amacının kapsamında olmaması nedenleri ile kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Aksi halde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen hükümler normun koruma amacı teorisi sınırları dışına çıkılarak geniş bir yoruma tabi tutulmuş olur. Bu nedenlerle, doktrinde yansıma yoluyla oluşan zararların talep edilemeyeceği yönündeki ağırlıklı olan görüşe katılmaktayız.

Tüketicilerin uğradıkları zararlar, yansıma zarar değildir. Diğer bir ifadeyle, tüketicinin uğradığı veya onun üzerinde kalan ve fazla bedel ödeme şeklinde ortaya çıkan zarar, dağıtıcının ya da perakendecinin fazla bedel ödemesi nedeniyle uğradığı zarar sebebi ile ortaya çıkmış bir zarar olarak düşünülmemelidir. Tüketicilerin bu suretle uğradıkları zarar yansıma değil, doğrudan zarardır[470].

Rekabetin sınırlanması sonucunda zarara uğrayan teşebbüslerin yanı sıra, onlarla iş yapan üçüncü teşebbüs veya kişilerin alacaklısı olan bankalar, bu teşebbüslerin çalışanları, teşebbüsün kiraladığı taşınmazın maliki vb. üçüncü kişilerin uğradığı zararlar yansıma zararlardır. RKHK. m. 57 vd. hükümlerinin kapsamı

[470] GÜRZUMAR, s. 162.

değerlendirildiğinde ise, bunların üçüncü kişilerin de tazminat isteyebilmelerini sağlayacak şekilde hukuka aykırılık bağı yaratan kurallar olmadığı sonucuna varılır[471].

4. İşlenen Uyumlu Eylemle Doğan Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalı

Hukuki sorumluluğu doğuran unsurlar arasında illiyet bağı büyük bir önem taşımaktadır. İlliyet bağı, sorumluluğun zorunlu koşulu, tazminat hukuku için ise temel bir unsurdur. Bu şart olmaksızın bir kişiye sorumluluk yüklenemez. Hukukta, gerçekleşen zararla sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki neden-sonuç ilişkisine, genel anlamda illiyet bağı denir. İlliyet bağı, her türlü sorumluluk çeşidinde mutlaka aranır. Türk, Alman ve İsviçre hukukuna göre geçerli olan teori uygun illiyet teorisidir. Uygun illiyet teorisi ise somut olayda gerçekleşen sonucun, hayatın olağan akışına uygun olması, benzer durumlarda benzer sonuçların gerçekleşmesinin makul kişilerce öngörülebilir olmasıdır[472].

Borçlar hukukunda olduğu gibi, rekabet hukukunda da tazminat sorumluluğunun doğması için zarar ile hukuka aykırı eylem arasında neden-sonuç ilişkisinin kurulması gerekmekte, sorumluluğun kapsamı ise uygun illiyet bağı çerçevesinde belirlenmektedir. İşlenen eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığının davacı tarafından ispat edilmesi gerekmektedir[473].

Rekabet hukuku açısından tazminat sorumluluğunun doğması için rekabeti ihlâl eden uyumlu eylem ile rakip teşebbüslerin ve üçüncü kişilerin uğramış oldukları zarar arasında neden-sonuç ilişkisinin varlığı zorunludur. Bu anlamda Borçlar hukukundaki genel kuraldan farklı bir özellik göstermez. Zarar gördüğünü iddia eden üçüncü kişiler, rekabeti ihlâl edici uyumlu eylem ile kendi zararları arasında uygun illiyet bağının varlığını ispat etmeleri gerekir. Ancak uygun illiyet bağının ispat edilemediği

[471] GÜRZUMAR, s. 162.
[472] EREN, Genel Hükümler, s. 621 vd. ; Ayrıca bkz. EREN, İlliyet, s. 1 vd.
[473] SANLI, Haksız Fiil, s. 245; Ayrıca bkz. AKINCI, s. 372.

durumlarda, üçüncü kişilerin tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır. Aynı şekilde ABD rekabet hukukunda *Clayton Act*'in 4. maddesindeki düzenlemeye göre, antitröst ihlâli ve ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunması gerektiği belirtilmiştir[474]. İlliyet bağına yönelik unsurların neler olduğu ise *Associated General Contractors v. California State Council of Carpenters*[475] kararında belirtilmiştir[476].

Davalının, zararın doğmasına başkaca davranışların neden olduğunu iddia etmesi durumunda, somut olayda illiyet bağının kesen sebeplerin olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir. Başka davranışlar da zararın doğmasına sebep olabilir ve bu davranışların illiyet bağını kesmesi söz konusu olabilir. Örneğin, kartel anlaşması sonucu piyasa fiyatlarında meydana gelen yükselmeler sebebiyle rakip teşebbüsler zarara uğradıkları iddiasıyla tazminat talep edebilirler. Bu durum karşısında, anlaşmaya taraf olan teşebbüsler fiyat artışlarının enflasyon veya başka ekonomik nedenler sonucunda ortaya çıktığını ileri sürdükleri takdirde, illiyet bağının kesilip kesilmediğinin araştırılması gerekmektedir[477].

Zararın geniş bir kitleye yayıldığı ve dolaylı zararların gerçekleştiği durumlarda, hâkimin önüne gelen somut olayda, normun koruma amacını ve uygun illiyet bağını dikkate alarak değerlendirme yapması ve sorumluluğun sınırlarını buna göre belirlemesi gerekir.

5. Eylem Kusurlu Olmalı

TBK. m. 49/1 uyarınca kusur, sorumluluğun kurucu unsurudur. Doktrin ve uygulamaya göre kusur, hukuk düzenince kınanan, hoş görülmeyen tavır ve davranıştır. Kusurlu davranış sonucunda zarar ve sorumluluk bir başkasına haklı nedenle yüklenmektedir[478]. Kusur, zarar ve sorumluluğun bir başka kişiye yükletilmesini haklı

[474] ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 125.
[475] Associated Gen. Contractors v. Carpenters 459 U.S. 519 (1983).
[476] ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 125.
[477] ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 182.
[478] ANTALYA, s. 422.

gösteren bir sorumluluk ilkesi ve nedenidir. Eylem sonucunda tazminat miktarının belirlenmesinde kusur önem taşımaktadır. Bu nedenle, kusur, aynı zamanda sorumluluğu sınırlayan bir unsurdur[479].

RKHK. m. 57 vd. düzenlenen tazminat hakkının kusura dayanıp dayanmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe[480] göre, RKHK. m. 57 ile bir kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiştir. Bunun nedeni ise, haksız rekabeti oluşturanların kusursuz sorumluluğu, piyasanın bozulmamasının toplum için önemi ve piyasa düzeninin kamu düzeni için oluşturduğu önemdir. Haksız fiil niteliği kapsamına giren hukuka aykırı davranışlardan kaynaklanan sorumluluğa dair esaslar Rekabet kanununda özel olarak düzenlemiştir. Bu tür uyuşmazlıklarda TBK. m. 49'daki şartların değil, RKHK. m. 57'deki şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki hukuka aykırı davranışlardan kaynaklanan ve özel bir hükümle düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu yönünde görüş ileri sürülmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe[481] göre, RKHK. m. 57 vd. hükümleri, sorumluluk hukukunda geçerli ilkeden ayrılan ve bir kusursuz sorumluluk hâli öngören hüküm olarak düzenlenmemiştir. RKHK. m. 57'de kusurdan söz edilmemesi, bu sonucu değiştirmez. İsviçre ve Almanya'da rekabet ihlâllerinden doğan sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olarak düzenlendiği hususu da göz önüne alındığında doktrinde hâkim görüş olan sorumluluğun kusura dayanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle RKHK. m. 4 hükmünün ihlâli nedeniyle tazminat davasının muhatabı olan kişinin kusurlu olması gerekir. Zira, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenen rekabet ihlâllerinin özelliği dikkate alındığında, somut olaylarda zarar verenlerin bu ihlâl davranışlarını gerçekleştirirken kusurlu olmamalarına imkân bulunmamaktadır. Nitekim, bir uyumlu eylemde, teşebbüslerin paralel davranışları bunların birbirleriyle

[479] EREN, Genel Hükümler, s. 655.
[480] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 299; TOPÇUOĞLU, Teşebbüs Birlikleri, s. 147.
[481] AKINCI, s. 367; SANLI, Haksız Fiil, s. 225-226, 241; İKİZLER, s. 356; CENGİZ, s. 372; GÜRZUMAR, s. 153.

bağlantıya geçmiş olmalarından kaynaklanıyorsa ve teşebbüsler arası bu yakınlaşma sonucunda rekabet sınırlanmışsa artık teşebbüsler kusurlu kabul edilirler[482].

Kusur kavramını açıklayan, sübjektif teori ve objektif teori olmak üzere iki temel görüş vardır. Kusurun sübjektif yönü, kusur ehliyeti ile; objektif yönü ise model davranışla ilgilidir. Sübjektif teori, kusur kavramını zarar verenin psikolojik ve moral durumuna göre değerlendirir. Objektif teoriye göre ise zarar verenin kusuru zarar veren kişi yönünden değil, objektif bir model üzerinden ele alınmaktadır. Bu model, zarar verenin mensup olduğu sosyal veya mesleki bir grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan makul, dürüst ve orta zekâlı bir insan modelidir. Bu model insanın davranışı ile zarar verenin davranışı kıyaslanmakta ve karşılaştırılmaktadır. Eğer zarar verenin davranışı bu örnek davranışa uymuyor, ondan sapıyorsa; bu sapma, kusur olarak adlandırılmaktadır. Kusur zararlı sonucun önceden öngörülmesi unsurundan ve bu sonuçtan kaçınma unsurundan oluşmaktadır. Model davranış, bu iki unsur bakımından ele alınıp ayrı ayrı incelenmelidir[483].

Sorumluluk hukuku bakımından sübjektif kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Failin, hukuka aykırı fiili ve sonucunu öngörerek ve isteyerek davranması halinde kast, hukuka aykırı sonucu istemiş olmayıp bu hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradesini yeterli ölçüde kullanmaması halinde ise, ihmali söz konusu olur[484]. Aynı koşullara sahip olan makul her kişinin alması gerekeni en basit tedbirin alınmamış olmasına, ağır ihmal denmektedir. Hafif ihmal, ağır ihmal derecesine ulaşmayan ihmaldir. Dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemiş olması, hafif ihmali oluşturur[485]. Ağır ihmalle hafif ihmal arasındaki ihmal ise orta ihmaldir.

Borçlar hukukunda, ceza hukukundan farklı olarak, hukuki bakımdan asıl önemli olan, kasıt ve ihmal ayrımı değil, ağır kusur (kasıt ve ağır ihmal) ile hafif kusur

[482] GÜRZUMAR, s. 153-154; İKİZLER, s. 357.
[483] EREN, Genel Hükümler, s. 654; ANTALYA, s. 424-425.
[484] EREN, Genel Hükümler, s. 661, 665; OĞUZMAN/ÖZ, s. 56.
[485] EREN, Genel Hükümler, s. 665.

ayrımıdır[486]. İhmalin dereceleri arasında açık ve kesin bir sınır çizmekte mümkün olmayıp her durum kendi bünyesi içinde ele alınıp incelenmeli ve normal, orta düzeyde bir kişinin o olayda ne tarzda davranacağı göz önünde tutulmalıdır[487]. Zira Kanun koyucu TBK, m. 51/1 ile "hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler" şeklinde diyerek somut olayın arz ettiği özelliklerin dikkate alınmasını belirtmiştir.

RKHK. m. 4'te düzenlenen rekabeti ihlâl eden danışıklı ilişkilerden doğan sorumluluk kusur sorumluluğudur. Bu sebeple, söz konusu madde hükmünü ihlâl ettiği iddiasıyla tazminat davasına muhatap olan bir kişinin sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir[488].

Uyumlu eylemler bakımından kusurda aranan özen ölçüsü hususu ele alındığında ise öncelikli konu bu eylemi gerçekleştiren tarafın niteliğidir. Uyumlu eylemler, en az iki veya daha fazla teşebbüsün arasında gerçekleşir. Rekabet hukukuna göre ise teşebbüs kavramı, piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan her gerçek ve tüzel kişi ile bağımsız karar verebilen ve ekonomik bir bütünlüğe sahip her birimi ifade etmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda ise tacir olmanın bir sonucu olarak her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir (TTK. m. 18/2). Şüphesiz, haksız fiillerde bu konu dahilindedir. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümü ise objektif bir özen ölçüsü getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve olanaklarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticarî konuda faaliyet gösteren öngörülü ve tedbirli bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekmektedir[489]. Özellikle her bir teşebbüsün, ticarî faaliyetlerde bulunurken rekabet sürecinde basiretli bir iş adamı gibi davranmaları, kanunun emredici hükümlerine uymaları ve bunun sonuçlarına katlanmaları gerekmektedir. Bu anlamda TTK. m. 18/2'de düzenlenen basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün, tacirlere normal bir kişiden çok daha ağır bir objektif özen

[486] EREN, Genel Hükümler, s. 661 vd.
[487] OĞUZMAN/ÖZ, s. 59-60.
[488] GÜRZUMAR, s. 153; AKINCI, s. 367.
[489] ARKAN, s. 153.

borcu yüklediği açıktır. Bu nedenle, teşebbüslerin çoğunun tacir olacağı hususu göz önüne alındığında ise somut olayların çok önemli bir kısmında gereken özenin gösterilmeyeceği ve ihmalle davranılacağı ifade edilebilir. Ancak, piyasa koşullarının öngörülemeyecek şekilde değişmesi gibi bazı istisnai hallerde, teşebbüslerin kusurlu kabul edilmeyeceği durumların gerçekleşeceği de kabul edilmelidir[490]. Bu halde, uyumlu eylemi gerçekleştiren teşebbüsler için objektif özen ölçüsü çıtasının yükseldiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Uyumlu eylemler, paralel davranışlardır; ancak her rekabeti sınırlayıcı paralel davranış uyumlu eyleme neden olmaz. Uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için, teşebbüslerin bağlantısı sonucu bir paralellik doğmuş olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, uyumlu eylemden söz edebilmek için teşebbüslerin bağlantıya geçmiş olması, yakınlaşması ve rekabeti sınırlamaları kusurlu olduklarına delâlet eder. Bunun sonucunda kusurun varlığının ayrıca ispatlanması gerekmez. Zira burada kusur karinesi söz konusudur. Bu tür faaliyetler için kusurdan vazgeçilmiş değildir. Ancak, yükü ve niteliği yer değiştirmiştir. Kusur esasına, dayanan uyumlu eylemlerden sorumlulukta, bağlantının varlığı kusurun varlığı için yeterli görülmektedir[491].

Diğer rekabeti sınırlayıcı davranışlar için de kusur sorumluluğu esas olduğundan teşebbüslerin anlaşmış veya karar almış olmaları kusurun varlığı için yeterlidir. Bu doğrultuda, rekabeti sınırlayıcı davranışın varlığı kusurun var olduğu anlamına gelmekte olup ayrıca ispatına gerek yoktur[492]. Diğer bir ifadeyle, teşebbüslerin hukuka aykırı sonucu elde etmeye yönelik davranışlarda bulunduğunun tespiti, kusur varlığına karine oluşturmaktadır. Bu nedenle, uyumlu eylemde bulunanların kusurunun tespiti, "gerçekten ne yapmış olduğunun", yani rekabeti geliştirip geliştirmediği, rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı hususunun her somut olayda ele alınıp yapılacak tespitine bağlıdır[493].

[490] KESİCİ, s. 198-199.
[491] İKİZLER, s. 357.
[492] İKİZLER, s. 357.
[493] AKINCI, s. 368.

Uyumlu eylemde, zarara sebep olanların kusurunun belirlenmesi oldukça zordur. Bu durumlarda, uyumlu eylemde bulunanların kusuru, rekabetin kısıtlanmasında etkili olan unsurlar dikkate alınarak belirlenir. Bilgi değişimi, standartlaşma ile rekabetin kısıtlanması durumlarında, piyasa yapısının ve şartlarının önemli etkileri vardır. Bu durumlarda, taraflar hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte bunu öngörebilmelerine rağmen hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesini önlemek için gerekli önlemleri almamaktadırlar. Rekabetin kısıtlanmasının önlenmesi konusunda gerekli özeni göstermeyen teşebbüslerin kusurlu sayılmaları söz konusudur. Bu nedenle, zarar gören tarafın, söz konusu eylemlerin neticelerini ve uğradığı zararı kanıtlaması halinde, kusuru da kanıtlaması gerekmemektedir[494].

Rekabeti kısıtlayarak hukuka aykırı davranan teşebbüslerin sorumluluktan kurtulabilmeleri, kusursuzluklarını ispat edebilmelerine bağlıdır. Rekabetin iş birliği sonucu kısıtlanması halinde, teşebbüslerin hukuka aykırı bir amaca yönelmiş olduklarının kanıtıdır. Bilinçli paralellik halinde, teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını takip etmeleri ve bu benzer davranışların hukuka aykırılık oluşturması rekabeti kısıtlamak amacı taşımalarına da bağlıdır. Bu gibi durumlarda, uyumlu eylemde bulunanların kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir. Bilinçli paralellik durumunda, aynı türden deliller ile teşebbüsler kusursuzluklarını kanıtlayabilirler. Örneğin, fiyat artışının piyasadaki ani bir talep artışı sonucu olduğunu, bu nedenle rekabeti kısıtlamadıklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler. Amerikan Tobacco davasında[495], oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin, herhangi bir ekonomik gerekçe göstermeden, benzer fiyat artırımında bulunmaları uyumlu eylem ile Rekabet Hukuku kurallarının ihlâli olarak nitelendirilmiştir. Davalı teşebbüsler, eğer fiyat artışlarını ekonomik bir gerekçeye dayandırabilselerdi, davranışları uyumlu eylem oluşturmayacağı gibi kusurlu da kabul edilmeyecekti[496].

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerde kusur ve hukuka aykırılık iç içe geçmiş kavramlardır. Bu nedenle, hukuka aykırılığın belirlenmesi, kusurun ispatının yer

[494] AKINCI, s. 369.
[495] American Tobacco Co. et. al. v. United States, 328 US 781; 66 S. Ct. 1125 (1946).
[496] AKINCI, s. 369-372.

değiştirmesini sağlamıştır. Rekabeti kısıtlamak için yapılan kartel sözleşmelerinde, uyumlu eylemde bulunanların kusursuz olduklarını ispatlaması çok zordur. *Akıncı*, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşma durumunda (rekabetin doğrudan kısıtlanmasının amaçlanmadığı), uyumlu eylemde bulunanlar, hukuka aykırı sonucun önceden görülemeyecek nitelikte olduğunu ya da kendisinin orta seviyede bir kimsenin göstermesi gereken özeni gösterdiğini, buna rağmen hukuka aykırı sonucu görmediğini kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulacağı görüşündedir[497].

İkizler[498] ve *Sanlı*'nın[499] görüşüne göre, bir teşebbüsün karar alıp uygularken, bunun ekonomik sonuçlarını öngörmemiş olması veya bunları düşünmemiş olması gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Ticari davranışların ekonomik sonuçları konusunda her şeyden önce bunu gerçekleştiren teşebbüsün bilgisi ve öngörüsünün olduğu kabul edilir. Bu nedenle, olayların önemli bir çoğunluğunda, rekabeti sınırladığı tespit edilen bir teşebbüsün en azından ihmali bir davranışla hareket ettiği ifade edilebilir. Üstelik, teşebbüslerin genellikle "tacir" sıfatını taşıdıkları varsayıldığında, göstermeleri gereken özenin ölçüsü daha ağır belirlenmiştir. Bu durum (TTK. m. 18/2), onların kusursuzluğunu ispatlamalarını zorlaştırmaktadır. Rekabet hukukunda tazminat sorumluluğundan kurtulmak için, teşebbüsün faaliyet alanında, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında ve ilgili pazarda faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir teşebbüsten beklenen özeni göstermesi aranır.

Tazminat sorumluluğunda kusurun rolü, RKHK. m. 58/2 de yer alan "üç kat tazminat"ta görülmektedir. RKHK. m. 58/2'ye göre, "*ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*".

[497] AKINCI, s. 372.
[498] İKİZLER, s. 358.
[499] SANLI, Haksız Fiil, s. 227.

Söz konusu maddeye göre, üç kat tazminat, tarafların anlaşması veya kararı ya da ağır ihmalinin olduğu hallerde talep edilebilir. Kanun koyucu, bu madde de anlaşma, karar ve bir kusur derecesi olan ağır ihmali aynı çizgide ele alıp her birini bağımsız bir sebep kabul etmiştir. Hâlbuki olması gereken düzenleme bakımından üç kat tazminatın istenebilmesi için ilgili maddenin teşebbüslerin aralarında yaptıkları hukuka aykırı anlaşma ya da aldıkları kararda tarafların "ağır ihmal" niteliğinde kusurlu olmalarının aranmasının gerekli olduğu şeklinde ifade edilmeliydi[500].

III. TAZMİNAT DAVASININ TARAFLARI

A. GENEL OLARAK

Haksız fillerin en önemli neticelerinden birisi söz konusu eylemlerden zarar gören kişilerin bu zararlarının karşılanmasını isteme haklarının bulunmasıdır. Tazminat hakkı, RKHK. m. 57'ye göre, "*her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur*". Bu hükümde, Rekabet hukukunda zarar görenlere rekabete aykırılık durumlarında tazminat hakkı açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle, zarar görenler TBK. m. 49 vd. göre genel hükümlere başvurmaksızın, doğrudan doğruya RKHK. m. 57'ye dayanarak uğradıkları zararın tazminini isteyebilirler[501].

Avrupa Birliği hukukunda tazminat hakkına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır[502]. Bununla birlikte Avrupa Birliği içinde zarar gören üçüncü kişilere davacı sıfatının tanınmasında Adalet Divanının rolü büyüktür. *Belgische Radio en Televise v. SVSABAM* kararında[503], Avrupa Birliği Adalet Divanı, ABİDA. m. 101'de menfaati korunmakta olan kişilerin tespitini yapmış, rekabetin ihlâli nedeniyle üçüncü

[500] Aynı görüş için bkz. ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 144; SANLI, Haksız Fiil, s. 246.
[501] İKİZLER, s. 359.
[502] GÜNDÜZ/KOYUNCU, s. 106; YAŞAR COŞKUN, s. 151.
[503] Belgische Radio En Televise v. Sabam, ECJ, 127/73, 27-3-1974, ECR-1974, 313 (AKINCI, s.301-302).

kişilerin uğradıkları zararların bu madde kapsamına girdiğini ve bu zararların karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Simmenthal kararında[504] da, Avrupa Birliği Hukuku'ndan doğan haklarının üye devletlerin ulusal hukuklarına göre korunmasına karar verilmiş ve bu sayede zarar gören üçüncü kişiler davacı sıfatını kazanmışlardır[505]. Zarar gören üçüncü kişiler, uygun illiyet bağı olması halinde ABİDA. m. 101'in ihlâl edilmesinden doğan zararlarının tazminini ulusal mahkemeler nezdinde açtıkları davalar ile talep edebilmektedirler[506].

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2000'li yılların başına kadar aldığı kararlarda, ihlâllerden zarar görenlerin ulusal mahkemelerde tazminat davası açma hakkından söz edilirken, üye ülkelerin, rekabetin ihlâlinden doğan zararlar bakımından karar verme konusunda birlik hukukundan doğan bir sorumluluk olup olmadığına değinmemiştir. ABAD'ın *Courage Crehan kararı*nda[507], ihlâlden zarar görenlerin tazminat hakkının bulunduğu açıkça tespit edilmiştir. Söz konusu kararda, rekabet ihlâlinden zarar görenlerin tazminat hakkı verilmemesi halinde ise, hem ABİDA'nın uygulanması ve etkinliğinin hem ABİDA. m. 101'de düzenlenen yaptırımların öneminin tehlikeye gireceği ifade edilmiştir. Özel hukuk alanındaki müeyyidelere dair ise ABAD'ın ikinci önemli kararı, *Manfredi kararı*dır[508]. Bu kararda, haksız rekabet ihlali sonucu meydana gelen zarar ile eylem arasında illiyet bağının olması koşuluyla menfaati ihlal edilen herkes tazminat hakkına sahip olacaktır[509].

ABD rekabet hukukunda ise, önemli bir rolü bulunan özel hukuk davaları, Clayton Yasası'nda düzenlenmektedir. Söz konusu yasanın 4. maddesine göre, "*bir rekabet ihlâli nedeniyle işi veya malı zarar gören herhangi bir kimse, makul bir avukatlık ücretinin yanı sıra, uğradığı zararın üç katı oranında tazminat isteme hakkına sahiptir*".

[504] Italian Finance Administration v. Simeantal, Case 106/77, (1978) ECR 629.
[505] AKINCI, s. 301-302
[506] YAŞAR COŞKUN, s. 151
[507] Courage Ltd. v. Bernard Crehan, Case C-453/99, (2001) ECR I-6297.
[508] Vicenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Case C-295/04, (2006) ECR I-6619.
[509] GÜNDÜZ/KOYUNCU, s. 108.

Clayton Yasası m. 4, zarara uğrayan herkese dava açma hakkı tanıyarak, rekabetin ihlâli nedeniyle zarar görenlere geniş bir hukuki himaye sağlamayı amaçlamaktadır[510].

Ülkemizde ise haksız rekabet eylemleri sonucunda zarar gören kişilerin tazminat hakkı RKHK. m. 57, 58 ve 59'da düzenlenmektedir. RKHK. m. 57'de tazminat talebinde bulunabilecekler ve tazminatın şartları belirlenmektedir. Buna göre hükümde yer alan, "her kim" ve "bundan zarar görenlerin her türlü zararını" ifadelerinden Kanun koyucu tarafından tazminat talebinde bulunacaklar bakımından bir sınırlama yapılmadığı sonucu çıkmaktadır[511]. RKHK. m. 58/1 düzenlemesi, rekabet ihlâllerinde rakip teşebbüslerin tazminat taleplerine ilişkindir. Bu maddeye göre, rekabet ihlâllerinden zarar görenler ve rakip teşebbüsler ifadesinin kullanılmasının da tüketicilerin tazminat taleplerini de içerdiği yönde yorum yapılabilir[512]. Ancak, "tüketicilerin" tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı hususunun doktrinde tartışıldığı görülmektedir[513]. Bununla birlikte baskın görüş tüketicilerin de bu talepte bulunabileceği yönündedir. Bu görüşe göre, RKHK. m. 57'de zarar gören herkesin tazminat talebinde bulunabileceği açıkça ifade edilmiş olup, kişi bakımından bir kısıtlama yapılmamıştır[514]. Bu bakımdan zararın yansıtıldığı tüketicinin de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "koruma amacı (purpose for the protection of the norm)" kapsamında tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır[515]. Buna göre hem rakip teşebbüsler hem üretimin farklı aşamalarındaki teşebbüsler hem müşteriler, uyumlu eylemle rekabet kurallarının ihlâli sonucu uğradıkları zararların tazminini talep edebilirler[516].

[510] GÜNDÜZ/KOYUNCU, s. 88.
[511] GÜRZUMAR, s. 146; Yazara göre, akit dışı sorumluluk hukukunda bugün hala genel olarak geçerli yerleşik olan anlayış, normun koruma amacı ve hukuka aykırılık bağı kavramlarına dayanılarak sorumluluk çerçevesinin tespit edilmesi olduğundan dolayı RKHK m. 57 hükmünün yorumu ve uygulanmasında da aynı anlayıştan hareket etmenin yerinde olacağıdır, bkz. GÜRZUMAR, s. 146.
[512] AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 182.
[513] NARBAY/KESİCİ, s.224-225.
[514] BADUR, s.162.
[515] AKINCI, s. 381; GÜRZUMAR, s. 161; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 181; TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 31-32; ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 145; NARBAY/KESİCİ, s.225.
[516] BADUR, s.162.

RKHK. m. 57 ve m. 58 hükümleri bakımından doktrininde üzerinde durulan bir başka konu ise rekabet ihlâli sonucunda manevi tazminat istenip istenemeyeceğidir. Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir[517]. Bu konunun hareket noktası ise, RKHK. m. 57'de yer alan "her türlü zarar" ve m. 58'de "bütün zararların" ifadesini yer alması etkili olmuştur. Bir görüşe[518] göre, söz konusu hükümlerdeki ifadelerden anlaşılması gereken zarar, maddi zarardır. Diğer bir görüşe[519] göre, Kanun'un ilgili hükümleri manevi tazminatı da kapsamaktadır. RKHK. m. 4 veya m. 6 hükümlerini ihlâl eden bir davranışın manevi tazminatı düzenleyen TBK. m. 58 hükmünün uygulanmasını gerektirecek bir durumda ortaya çıkmış olabilir. Bu durumda, zarar görenin kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı gerçekleşmişse, kişi manevi zararının tazmini için manevi tazminat davası açabilir. Rekabet ihlâlinin aynı anda kişilik hakkını ihlâl etmesi, ekonomik faaliyet özgürlüğünün sınırlanması şeklinde ortaya çıkabilir. Eğer bu kişi bir tüzel kişi ise burada "tüzel kişinin elem ve ızdırap duyamayacağı" gerekçesiyle manevi tazminat istenemeyeceğinin kabul edilmesi mümkün değildir[520]. Nitekim, TBK. m. 58 kapsamına giren manevi zararlar, şeref, haysiyet, kişinin özel hayatı, özgürlükleri ve ticari itibar gibi sosyal, duygusal ve ekonomik değerlerin ihlâl edilmesinden doğmaktadır[521]. Yargıtay[522] da tüzel kişilerin, manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmektedir. Zira, dışlayıcı bir uygulama ile pazar dışına itilen ve ticari işletmesini kaybeden bir gerçek kişi tacirin, bu sebeple duyacağı elem ve ızdıraptan söz etmek mümkündür[523]. Bu nedenle hem bu nedenlerle hem Kanun'un amacında talep edilebilecek zararın türünü kısıtlama amacı olmadığından, manevi tazminat istenebileceği görüşüne bizde katılmaktayız.

[517] EREN, Genel Hükümler, s. 893.
[518] SANLI, Haksız Fiil, s. 59; AKINCI, s. 389.
[519] ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 144; ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1141-1142; TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 31-32; BADUR, s. 162.
[520] GÜRZUMAR, s. 165.
[521] EREN, Genel Hükümler, s. 906.
[522] Y. 4. HD., 24.09.2001, E. 4164, K. 8421, bkz. GÜRZUMAR, s. 166.
[523] GÜRZUMAR, s. 165.

B. DAVACI TARAF

1. Genel Olarak

Medeni hukuktaki hak ehliyeti ile aynı anlamı taşıyan usul hukukunda bir davada taraf olabilme yeteneğine taraf ehliyeti denmektedir[524]. Diğer bir deyişle, taraf ehliyetine sahip kişi, haklara ve borçlara sahip olma yeteneğini haiz olan kişilerdir ve mahkemede davacı veya davalı olma sıfatlarını onlar taşıyabilirler. Tazminat davasında davacı sıfatı, haksız fiilden zarar gören kişinin kendisi veya kanuni haleflerine aittir[525].

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da davacı olabilecek kişiler açıkça sayılmamıştır. Ancak, düzenlemenin anlamı ve amacı gereği rekabetin sınırlanmasından zarar gören herkese tazminat hakkı tanınmıştır. Rekabet hukuku anlamında rekabet ihlâli nedeniyle zarar gören üçüncü kişiler ve bunların kanuni halefleri tazminat davası açma hakkına sahiptirler[526]. Bu nedenle hem alıcı teşebbüsler hem uyumlu eyleme katılmayan rakip teşebbüsler tazminat davası açabilirler. RKHK. m. 57'de "bundan zarar görenler" ifadesi gereği tüketicilerin de zarara uğramaları halinde tazminat davası açma hakları vardır. RKHK. m. 57 ile rekabet ihlâli nedeniyle zarara uğrayan kişilerin bütün zararlarının giderileceği hüküm altına alınmıştır; m. 58 ile davacıların zarar olarak talep edilebilecek miktar; zarar görenlerin ödedikleri bedel ile rekabet ihlâli olmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki fark olduğu belirtilmiştir[527].

Rekabet Kanunu'nda zarar görenler kavramı şeklinde geniş bir ifade kullanılmıştır. Bu kavramla, tüketicilerin, rakiplerin ve zarar gören diğer teşebbüslerinde tazminat talep edebilmelerine imkân tanınmıştır. Ancak, zarar görenler kavramı bunlardan ibaret değildir. RKHK. m. 57 hükmünde "tüketiciler" ve "rakip teşebbüsler" örnek olarak verilmiş, tazminat davasının davacılarının belirtmek üzere

[524] UTKU/POLAT/DENİZ, s. 366.
[525] UTKU/POLAT/DENİZ, s. 366.
[526] TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 38.
[527] TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 38.

sınırlı sayma yoluna gidilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, tazminat davası açma bakımından Kanun'un herhangi bir sınırlama getirmediği kabul edilmektedir[528]. Bu anlamda aşağıda tazminat talep etme hakkında sahip, diğer bir ifadeyle davacı konumunda olabilecek kişiler tek tek ele alınıp incelenmiştir.

2. Rakip Teşebbüsler

Rakip teşebbüslerin tazminat talep etme hakkı Kanun'un 58. maddesinde açık bir bir şekilde düzenlenmiştir. Rakip teşebbüs kavramı ile aynı ürün piyasasında mal veya hizmet üreten teşebbüsler ifade edilmek istenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, rakip teşebbüs kavramı doktrinde geniş yorumlanmaktadır. Bu anlamda rakip teşebbüsler kavramı, rekabet hukukunu ihlâl eden teşebbüsler ile bu teşebbüslerle doğrudan rekabet eden mevcut ve muhtemel teşebbüsleri de kapsayan geniş bir kavramdır. Bunun yanı sıra, birden çok teşebbüsün anlaşarak bir potansiyel rakibi pazar dışına çıkarması halinde ise potansiyel rakipler de bu davayı açabilirler[529].

Rekabetin ihlâl edilmesi sonucunda diğer teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri oldukça zorlaşmakta ve piyasa etkinliklerinin azalmasına yol açmış olabilir. Bu halde rakip teşebbüsler, piyasa paylarının azalması sebebi ile uğradıkları zararlar varsa, bunun tazminini isteyebilirler[530].

3. Doğrudan ve Dolaylı Alıcılar

Doğrudan alıcılar, haksız rekabet oluşturan şirket ya da firmaların asgari veya sabit ücret belirlemesine bağlı olarak daha yüksek ödeme yapmak durumunda kalanlardır. Onlar rekabetin ihlâli nedeniyle bu eylemden zarar gören ilk grubu oluştururlar. Doğrudan alıcılar, zarar veren işletmenin müşterileri, tüketici ve tüm

[528] UTKU/POLAT/DENİZ, s. 368.
[529] AKINCI, s. 318; ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 255.
[530] AKINCI, s. 318-319.

üretim sürecinde yer alan unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır. Dolaylı alıcılar ise, ihlâlden zarar görenin alıcılarıdır. Bu alıcılar gerçek kişi olabilecekleri gibi, teşebbüslerde olabilir. Diğer bir ifadeyle, dolaylı alıcılar, doğrudan alıcıların müşterileridir. Dolaylı alıcılar, rekabet kurallarının ihlâl edilmesi sonucunda daha fazla ödeme yapmak durumunda kalan alıcılardan oluşmaktadır[531].

Haksız rekabet ihlâli yapan teşebbüslerden ürün alan küçük firmalar bu fiyat artışını kabullenmemek için aynı şekilde kendi satışlarına söz konusu artışı yansıtmaktadırlar. Bu şekilde bir fiyat artışı yansımasının söz konusu olması halinde, davalı rekabeti ihlâl eden teşebbüsler, fiyat artışını kendi müşterilerine yansıtmaları sebebiyle davacı doğrudan alıcıların gerçekte bir zarara uğramadıklarını ileri sürebilirler. İşte bu noktada, rekabet ihlâlleri nedeniyle açılan tazminat davalarında davalılar tarafından ileri sürülen bu savunmaya "*passing on defence*" yani "yansıtma savunması" denilmektedir. Doktrinde, bu savunma için "*passing-on savunması*" terimi kullanılmaktadır. Ürünü ilk alan ve tüketiciye ulaştıran doğrudan alıcılar kendileri ürünü daha yüksek fiyattan aldıkları için zarar etmemek adına bu artışı dolaylı tüketicilere yansıtmaktadırlar. Bu durumda ise ikincil yani dolaylı alıcı konumunda olan tüketiciler fiyat artışının haksız bir şekilde kendilerine yansıdığını iddia ederek tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu şekilde, fiyat artışına maruz kaldıkları oranda dolaylı alıcılara tazminat davası açma imkânının tanınması, "dolaylı alıcı kuralı" olarak ifade edilmektedir[532].

Passing-on savunmasının ve dolaylı alıcı kuralının uygulanmasının söz konusu olabilmesi için, ihlâli gerçekleştiren teşebbüsten tekelci fiyatlandırmaya maruz kalmış bir ürün alımının gerçekleşmiş olması gerekir[533].

ABD rekabet hukukunun passing-on savunması ve dolaylı alıcı kuralına ilişkin tutumu, genel olarak mahkeme kararları ile belirlenmiştir. Bu bağlamda ABD Yüksek

[531] UTKU/POLAT/DENİZ, s. 116-117.
[532] BAŞ, s. 10-11.
[533] BAŞ, s. 11.

Mahkemesi'nin uygulaması dikkate alındığında, aktarma *(passing-on*) savunması ilk olarak 1968 yılında verdiği *Hanover Shoe*[534] kararı ile gündeme gelmiştir. Hanover Shoe kararında, ayakkabı makinesi üreticisi *United Shoe Machinery,* makinelerin bir kısmını ayakkabı üreticisi olan müşterilerine satmak yerine kiralamayı tercih etmiştir. Bu durumun *Sherman Act*'in 2. maddesini ihlâl ettiğini iddia eden ayakkabı üreticilerinden *Hanover Shoe,* bahsi geçen ihlâl nedeniyle uğradığı zararın tazmini amacıyla *United Shoe Machinery*'ye karşı üç kat tazminat davası açmıştır. Bunun üzerine davalı taraf olan *United Shoe Machinery*, davacı *Hanover Shoe'*nun herhangi bir zararı olmadığını iddia etmiştir. Zira davacı taraf uğradığı zararı müşterisi olan kişilere yansıtmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme davalı tarafından yapılan aktarma *(passing-on*) savunmasını reddetmiş olup, rekabet ihlâli nedeniyle dava açabilecek grubun doğrudan alıcılar olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda rekabet ihlâlini gerçekleştiren davalı tarafların, davacı konumunda olan doğrudan alıcılara karşı ileri sürebileceği aktarma *(passing-on*) savunmasının somut olayda uygulanması Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir[535].

Yüksek Mahkeme tarafından konuya ilişkin olarak verilen diğer önemli karar ise 1977 tarihli *Illinois Brick*[536] kararı olup; bu kararda yukarıda bahsi geçen *Hanover Shoe* kararı ile bağlantılı olarak rekabet ihlâli nedeniyle fiyat artışlarının kendilerine yansıtıldığını ileri süren dolaylı alıcılara dava açma hakkı tanınmamıştır. Bu anlamda ABD rekabet hukuku uygulamasında dolaylı alıcılara ve aktarma *(passing-on*) savunmasına ilişkin kararlar oldukça katı olup, dava açabilecek kişiler oldukça dar tutulmaktadır[537].

AB Rekabet hukukunda, Adalet Divanı tarafından verilen *Courage-Crehan* ve *Manfredi* kararlarında zarar gören herkesin tazminat hakkı olduğu kabul edilmesi nedeniyle dolaylı alıcıların da bu kapsamda değerlendirildiği sonucuna ulaşılabilir. AB Komisyonu'nun Tazminat Davalarına İlişkin Yeşil ve Beyaz Kitabında, dolaylı alıcılara

[534] Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp. 392 U.S. 481 (1968).
[535] BAŞ, s. 13-14; ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 32-33.
[536] Illinois Brick Co. v. Illinois 431 U.S. 720 (1977).
[537] BAŞ, s. 15-17; SANLI, Haksız Fiil, s. 228.

ve aktarma *(passing-on*) savunmasına izin verilmesi konusunda öneride bulunulmuştur. Bunun yanı sıra "Rekabet İhlâllerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi"nde dolaylı alıcıların dava hakkını kolaylaştıran bazı düzenlemelere yer verilmiştir[538].

Türk hukukunda ise RKHK'da bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolaylı alıcıların zararı, doğrudan ürünü alanların uğradıkları zarardan ayrı düşünülemeyecektir. Dolaylı alıcılar rekabet ihlali nedeniyle ödeyecekleri bedelden daha fazla bedel ödeyerek ürünü almaları durumunda ve bu durumun kendi zararlarına olduğunu ispatlamaları halinde tazminat talep edebileceklerdir. Aktarma savunması açısından bakıldığında ise davalı taraf, davacı konumundaki doğrudan alıcının ürünlerindeki fiyat artışını dolaylı alıcılara yansıttığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu doğrultuda aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralı Türk haksız fiil hukuku çerçevesinde teorik olarak uygulanabileceği ifade edilebilir. Buna karşın, dolaylı alıcılardan söz konusu yansıma zararı, başka bir deyişle doğrudan alıcının ihlâlden kaynaklanan fiyat artışını kendilerine yüklediğini ispatlamaları neredeyse imkânsızdır[539]. Bu nedenlerle, dolaylı alıcı ve aktarma savunmasının şu anki yasal düzenleme çerçevesinde ispat güçlüğü nedeniyle talep edilebilmesinin uygulamada sorunlara neden olacağı ifade edilebilir.

4. Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenler

Şemsiye etkisi, rekabet ihlali nedeniyle fiyatların rekabetçi seviyenin üzerinde belirlenmesi sonucunda bu ürünle ilgili Pazar genelinde yüksek fiyat oluşmasının piyasadaki malın ikamesi olan veya benzerlerinin de fiyatının artmasına yol açmasıdır. Aslında daha düşük fiyattan satış yaparak kazanç elde eden firmalar da yükselen fiyatları fırsat bilerek kendi fiyatlarını artırmakta ve tüm piyasa yüksek fiyat üzerinden belirlenmektedir. Zira ihlâle konu ürün üzerindeki aşırı fiyatlandırma, fiyatı bir nebze daha düşük olan rakip teşebbüslerin ürünlerine olan talebi artırmaktadır. Bu durumda,

[538] BÜYÜKSAĞİŞ/KOYUNCU, s. 170.
[539] BÜYÜKSAĞİŞ/KOYUNCU, s. 161.

rekabet ihlâli yapanların eylemleri bu ürünleri almayan, diğer firmaların ürünleri alan kişileri de etkileyecek duruma gelmektedir. Bir diğer ifadeyle, rekabet ihlâlini yapanların bu eylemi, ikame ürünlerin müşterilerini dahi etkiler, zarar verir. Bu nedenle, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararı, ilgili ürünü rekabeti ihlâl edenlerden değil de onların rakiplerinden satın almalarından doğar[540].

Şemsiye etkisi nedeniyle oluşan zararların unsurlarını öncelikle ele almakta fayda bulunmaktadır. İlk olarak, şemsiye etkisi, sadece rekabete aykırı fiyat artışını gerçekleştiren haksız rekabet eylemleri nedeniyle oluşmaktadır. Çünkü, piyasada yüksek bir fiyat şemsiyesi oluşturulması halinde rakip teşebbüsler bundan yararlanacak ve kendi fiyatlarını artıracaklardır. Bu durumda, rakip teşebbüslerin ürünlerini satın alan alıcılar da, şemsiye etkisi nedeniyle zarara uğradıklarını iddia edebilirler. Ancak, bu unsurun gerçekleşebilmesi için rakip teşebbüslerin fiyatlarını artırırken rekabet ihlâline dâhil olmamaları ya da rekabet ihlâli yapmamaları gerekir. Rakip teşebbüslerin bir rekabet ihlâli içinde olmaları halinde ise şemsiye etkisinden bahsedilemez. Zira, şemsiye etkisi, danışıklı davranış sebebiyle veya hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunda oluşturulan rakiplerin fiyatlarını artırmalarına imkân sağladığı bir durumdur[541].

Söz konusu etki nedeniyle oluşan zararlar nedeniyle tazminat hakkının oluşması için şemsiye etkisinin gerçekten fiyatları olması gerekenden daha fazla arttırması, aslında rakip olan firmaların ise fiyat arttırma niyetleri olmamasına rağmen şemsiye etkisi sonucunda fiyatlarını arttırması gerekmektedir. Potansiyel davacılar ise rakip teşebbüslerin müşterileridir. Rakip teşebbüslerin kendileri ise söz konusu davacı grubuna girmez[542].

ABD rekabet uygulamasında, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcıların rekabet ihlâliyle uzaktan bağlantılı olmalarının zararlarının tazminini zorlaştırdığı ve bu

[540] ŞAHİN, Şemsiye Etkisi, s. 91.
[541] ŞAHİN, Şemsiye Etkisi, s. 92-93.
[542] ŞAHİN, Şemsiye Etkisi, s. 93.

tür zararlarda illiyet bağının ispatlanmasının neredeyse imkânsız olması nedeniyle söz konusu zarara ilişkin tazminat istemleri çoğunlukla reddedilmektedir. Konuyla ilişkin Yüksek Mahkeme tarafından verilen *Mid-West Paper Products Company*[543] kararında hâkim, şemsiye etkisi nedeniyle oluşan zararların tazminini reddetmiştir. Kararda, gerekçe olarak, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlâli gerçekleştirenler ile arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını, davacıların, rekabet hukukunun, rekabet ihlâllerinden korumayı amaçladığı kişilerden olmadığına hükmetmiştir. Bunun yanı sıra, Yüksek Mahkeme şemsiye etkisi neticesinde ortaya çıkan zararın hesaplanmasının oldukça karmaşık olduğunu ve yukarıda bahsi geçen *Illinois Brick* kararında belirtildiği üzere, uygulanabilir nitelik taşımayan zararın hesaplanmasından kaçınmak gerektiğini ifade etmiştir[544]. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme aksi yönde olan *Beef Industry Antitrust Litigation*[545] kararında ise, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin zararının tazmin edilmesi gerektiğine ve söz konusu etki ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğuna hükmetmiştir. Benzer şekilde, *State of Washington v. American Pipe & Construction Co.* Kararında[546] da şemsiye etkisi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğuna ve şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlâlle uzaktan bağlantılı olmadığına vurgu yapmıştır[547].

AB rekabet hukukunda, şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda *Kone kararı*[548] ön plana çıkmaktadır. Komisyon'un verdiği karar, yürüyen merdiven ve asansör kartelinin 1980 ilâ 2004 yılları arasında Avusturya pazarında rekabeti bozduğu gerekçesine dayanmaktadır. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu gerekçe ile 2008 yılında, söz konusu merdiven ve asansör karteline Kone, Otis ve Schindler'in de aralarında bulunduğu beş teşebbüse rekabet otorite ve mahkemesince uygulanan idari para cezasını onamıştır. Şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören Avusturya Federal Demiryolları'nın bir iştiraki olan ÖBB-Infrastruktur'un, kartel üyesi olmayan şirketlerden satın aldığı yürüyen merdiven ve asansör nedeniyle zarara uğradığını,

[543] Mid-West Paper Products v Continental Group 592 F.2d (3d Cir. 1979).
[544] ŞAHİN, Şemsiye Etkisi, s. 98.
[545] Beef Industry Antitrust Litigation 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979).
[546] State of Washington v. American Pipe & Construction Co. 280 F. Supp. 802 (1968) para. 806.
[547] ŞAHİN, Şemsiye Etkisi, s. 99-100.
[548] Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG, C-557/12 (2014).

kartele konu ürünlerin bazılarını doğrudan kartel üyelerinden, bazılarını ara teşebbüslerden, bazılarını ise kartelin etkili olduğu piyasadaki kartel üyelerinin rakiplerinden satın aldığı iddiasında bulunmuş ve bu kapsamda ödediği aşırı fiyat nedeniyle uğradığı 8 milyon Avro tutarındaki zararının tazminini talep etmiştir. Talebinde bu zararın ise, en az 2 milyon Avro'ya yakın kısmının şemsiye etkisi nedeniyle uğradığını belirtmiştir. Ancak, ÖBB'nin tazminat talebi hem Avusturya'da ilk derece mahkemesinde hem Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine ön başvuru yoluyla ABAD'a gönderilen dava, ilk önce Kanun Sözcüsü tarafından incelenmiş, o incelemesinde zarar gören herkesin tazminat talep etme hakkının bulunduğunu, söz konusu somut olayda uygun illiyet bağının mevcut olduğunu ve bu sebeple şemsiye etkisi nedeniyle oluşan zararın reddedilmesinin AB rekabet hukukunun amacına ters düşeceğini belirtmiştir. ABAD'da Kanun Sözcüsü'nün bu görüşüne katılmış ve şemsiye etkisi ile oluşan piyasadaki fiyat artışından zarar gören rakip teşebbüslerin alıcılarının tazminat talebinde bulunabileceğine hükmetmiştir[549].

Türk Rekabet hukukunda ise, şemsiye etkisi nedeniyle oluşan zararlara ilişkin tazminat talebi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin yargı kararı da yoktur. Bu bağlamda, rekabeti ihlâl ettikleri tespit edilen on iki bankaya karşı açılan tazminat davalarında, on iki banka haricindeki başka bir banka ile sözleşme ilişkisi içine giren ve piyasanın durumundan etkilenerek kredi alarak zarara uğrayan üçüncü kişilerin de şemsiye etkisine dayanarak on iki bankaya karşı tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin doktrinde görüş vardır[550].

5. Tüketiciler

Rekabetin kısıtlanması sonucunda zarara uğrayan diğer bir grup ise tüketicilerdir[551]. Rekabetin kısıtlanması, buna yol açan teşebbüslerin hukuka aykırı olarak olması gerekenden daha fazla kazançlar elde etmesine sebep olabilir. Bu sebeple

[549] ŞAHİN, Şemsiye Etkisi, s. 104 vd.
[550] ÖCAL/KIRKBEŞOĞLU/TOKBAŞ, s. 114; GÜRKAYNAK, s. 24.
[551] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 304; İKİZLER, s. 364; SANLI, Haksız Fiil, s. 249; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 182; ARI, s. 232; UTKU/POLAT/DENİZ, s. 372; KESİCİ, s. 462.

elde edilen kazanç hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı kabul edilen kazanç ise tüketicilerin olması gerekenden daha fazla ödedikleri bedelde oluşur. Burada tüketici ile kastedilen, nihai kullanıcıdır[552]. Rekabeti kısıtlayanlar tarafından elde edilen haksız kazancı karşılayan grup esasen tüketicilerdir. Bu nedenle, tüketiciler veya son kullanıcılar olarak ifade edilebilecek gruptakiler, rekabetin kısıtlanması sebebiyle doğrudan zarar gören grup içerisinde yer almaktadırlar[553].

Doktrin, tüketicilerin böyle bir durumda zarara uğradıkları konusunda görüş birliği içinde olsa da, tüketicilerin tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı hususu tartışılan bir konudur. Rekabet hukuku normlarının asıl amacının tüketicilerin korunması olduğu için hâkim görüş tüketicilerin tazminat sorumluluğuna başvurabileceği yönündedir[554]. Her ne kadar RKHK. m. 57 ve 58'de kimlerin davacı olabileceği açıkça belirtilmemiş olsa da, tüketicilerin ve diğer müşterilerin de davacı olabileceği kabul edilmelidir. Zira, tüketicilerin zararı, fazla bedel ödeme ya da satış sonrası hizmetlerin sınıflandırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle rekabeti ihlâl eden eylem sonucunda tüketicilerin malvarlığında bir azalma meydana geldiği ölçüde dava hakkı tanınmalıdır[555]

Kartel anlaşması neticesinde tüketicilerin zararları fazla bedel ödeme şeklinde ve alım gücünün düşmesi olarak ortaya çıkabilir. Bu halde tüketiciler rekabetin kısıtlanmasından önceki bedel ile mal veya hizmet fiyatlarındaki artış nedeniyle ödedikleri bedel arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilmelidirler. Zira bu görüşe göre Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amaçlarından birisi de tüketicileri korumak olduğundan, onların tazminat davası açabilecek kişiler arasında sayılmaması rekabet normlarının amacına aykırılık oluşturur.

[552] AKINCI, s. 310.
[553] AKINCI, s. 310.
[554] TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 39; ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 145; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 181; ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 254.
[555] ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 254-255.

İnan'a göre, tüketicilerin zarara uğradıkları kabul edilse bile, onların grup davası açmaları hukuken mümkün değildir. Bu nedenle onlar ancak tek başlarına dava açabilirler. Bu teoride mümkün olmakla birlikte pratikte güç olması ve zarar ispatının etmelerinin neredeyse imkânsız olması nedenleriyle yazar bu görüşe katılmamaktadır. Bunun yanı sıra, ABD uygulamasında mevcut olan grup davasının *(class action)* Türk rekabet hukukunda düzenlenmemesi nedeniyle tek bir tüketicinin bütün tüketicileri temsilen dava açmasının da mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Bu nedenlerle yazara göre tüketicilerin RKHK. m. 57 ve 58 dayanarak tazminat davası açmasını mümkün görmemektedir[556]. Doktrinde farklı bir görüş[557] de, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unda tüketicilerin korunması, genel amaçları arasında yer alsa bile, RKHK. m. 58'in yalnızca amacı rakip teşebbüsleri korumaktır. Tüketicilerin ise normun koruma amacı içerisinde kalmadıklarından bahisle davacı olamayacakları görüşündedir[558].

Görüşler çerçevesinde kanaatimize göre, tüketicilerin rekabet ihlâli nedeniyle uğradıkları zararı tazmin edebilme hakkı ellerinde alınmamalıdır. Zira, Kanun'un söz konusu ilgili maddelerde lafzi olarak bir sınırlama getirmemesi oldukça bilinçlidir. Kanun'un amacı ve normun koruma amacı çerçevesinde tazminat hükümlerinin yalnızca rakip teşebbüsler ile sınırlı tutulması anılan hükümleri oldukça sınırlar ve etkisizleştirir. Türk rekabet hukukunda tüketicilerin başvurabileceği ve zararlarının tazminini kolaylaştıracak bir grup davası ile ilgili bir düzenleme olmaması eksiklik olması yanı sıra hali hazırdaki düzenlemelerin de tüketici aleyhine sınırlandırılması rekabeti ihlâlin yalnızca piyasayı ve ihlâle katılmayan teşebbüsleri etkilediği gibi çok dar bir çerçeveden yaklaşım geliştirir. Oysa, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un asıl amacı, rekabetin tesis edilmesi, rekabetin sağlıklı işlemesi ve bunun doğal sonucu olarak toplumdaki tüketicilerin zarar görmemesini sağlamaktır. Zira, uyumlu eylem nedeniyle on iki davaya yönelik tazminat davalarının bu bankaların müşterileri

[556] İNAN, Perşembe Konferansları, s. 16; SANLI, Haksız Fiil, s. 227; SAYHAN, s. 59.
[557] SAYHAN, s. 59.
[558] SAYHAN, s. 59.

tarafından açılabileceği kabul edilmektedir. Bu anlamda Türk Hukukunda tüketicilere (müşterilere) dava açma hakkı tanındığı kabul edilmektedir.

C. DAVALI TARAF

Tazminat davasının davalıları, şüphesiz rekabeti sınırlayıcı yönde anlaşan, karar veren ya da uyumlu eylemlerde bulunan teşebbüslerdir. RKHK. m. 57'de "*her kim bu Kanuna aykırı olarak ...rekabeti kısıtlarsa…bundan zarar görenlerin… zararını tazmine mecburdur*" denilmektedir. Bu düzenleme de rekabeti sınırlayan teşebbüslerden tazminat istenebileceği ifade edilmiştir. RKHK. m. 57/2'de, zararın oluşması birden fazla teşebbüsün davranışları sonucunda ortaya çıkması halinde ise bunların zarardan müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştür.

Kural olarak tazminat talepleri, hukuka aykırı kartel anlaşmalarında anlaşmanın taraflarına, kartel kararlarında, karar katılanlara, uyumlu eylemlerde, eylemi sürdürenlere, hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüslere karşı ileri sürülebilir[559]. Tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine karşı tazminat davası açılması, bunların taraf ehliyetlerinin olmaması nedeniyle mümkün değildir. Bu bağlamda, davalı olarak teşebbüs birliği değil buna dâhil olan gerçek kişi ya da tüzel kişi gösterilmelidir. Tüzel kişiliğe sahip olan teşebbüs birliklerine ise, tazminat davası açılması mümkündür. Bazı hallerde ise rekabet ihlâli bir şirketler topluluğu tarafından da gerçekleştirilebilir. Ana şirketten bağımsız karar alamayan yavru şirketlerin rekabeti ihlâl edici davranışları nedeniyle ana şirket sorumlu tutulabilir. Bu gibi durumlarda, tazminat davası ana şirkete açılmalıdır[560].

[559] ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 145; Aynı yönde bkz. CENGİZ, s. 422.
[560] ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 256.

IV. İSPAT YÜKÜ

Türk Medeni Kanunu'nda "ispat kuralları" ana başlığı altında m. 6'da "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" hükmü yer almaktadır. İspata ilişkin düzenlemeler esas olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda[561] (HMK) ve Türk Medeni Kanunu'nda[562] (TMK) bulunmaktadır[563]. Buna göre taraflar kendi lehine sonuç doğuracak olguların varlığını ispatla yükümlüdürler. Bu düzenleme gereği, haksız fiil sorumluluğunda, zarar uğradığını iddia eden davacının haksız fiilin unsurlarını kanıtlaması gerekmektedir. Bu kural, rekabet ihlâllerinden doğan haksız fiil sorumluluğu alanında da geçerlidir. Ancak, haksız fiil sorumluluğunun ispat konusu bakımından uyumlu eylemin RKHK. m. 59/1'de düzenlenen dolaylı kanıt yöntemiyle kanıtlanması hükmünün çelişki doğurması oldukça tartışmalıdır.[564].

RKHK. m. 59'un hükmü uyarınca, hukuka aykırı fiilin ispatı hususunda davacı geniş bir serbestiye sahiptir. Bu bağlamda, davacı, Mahkeme'ye fiilin neden hukuka aykırı olduğuna dair delilleri ve gerekli izahatı sunmak zorundadır. Ancak, rekabet hukukunda ispat güçlüğü kendisini bu noktada göstermektedir. Zira delillerin davalı teşebbüs veya teşebbüslerin hâkimiyet altında olması, davacının dayandığı olguların ispatını zorlaştırmaktadır. Bu zorluğu göz önünde bulunduran Kanun koyucu, RKHK. m. 59'da uyumlu eylemlerin ispatı konusunda 4. madde de yer alan karineye paralel bir hüküm düzenlemiş ve davacının ispat yükünü hafifletmiştir. RKHK. m. 4'ün 2. ve 3. fıkralarda, uyumlu eylemlerin ispatına ilişkin olarak özel bir hüküm sevk etmiştir. Buna göre, "*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

[561] RG, 04.02.2011, Sa. 27836.
[562] RG, 08.12.2001, Sa. 24607.
[563] HMK'nın 187. maddesine göre ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluştur ve bunların ispatı için de delil gösterilebilir. HMK'nın 190. maddesinde ise ispat yüküne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmektedir.
[564] CENGİZ, s. 381.

ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir". Anlaşılacağı üzere, RKHK., uyumlu eylemlere yönelik olarak bir karine getirmekte ve diğer rekabeti ihlâl edici davranışlar için geçerli olan ispat kurallarını tersine çevirmiştir. Böylece, rekabet hukukunun ihlâlinin var olmadığı hususunun ispatı soruşturmaya konu olan teşebbüslere yüklenmiştir. Söz konusu hüküm ile ispat yükünün yeri değiştirilmiş ve soruşturulan teşebbüsleri sorumluluktan kurtarmak için ihlâlin var olmadığını ispatlama durumunda bırakılmıştır[565].

Uyumlu eylem karinesinin düzenlendiği RKHK. m. 4'ün gerekçesinde[566] şu ifadeler yer almaktadır: "*Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkânsız olmaktadır. Bu nedenle Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesi kabul edilmiştir. Böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır*".

RKHK. m. 59'a 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 artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer*". Bu hüküm, kural olarak RKHK. m. 4 bakımından uygulama alanına sahiptir. Davacının bu kanıtları getirmesi halinde, yalnızca danışıklılık şartı değil, aynı zamanda danışıklılığın uygun illiyet bağı içinde piyasadaki rekabeti sınırladığı da ispat edilmiş sayılmalıdır. Davacının bu kanıtların yanı sıra,

[565] GÜRKAYNAK/YILDIRIM/ÖZGÖKÇEN/AYDIN, s. 91.
[566] https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/madde-gerekceleri, Erişim Tarihi 18.03.2022.

kendisinin de zarar gördüğünü uygun deliller ile kanıtlaması halinde, ispat yükü yerine getirilmiş olur[567].

AB Rekabet hukukunda, uyumlu eylem kavramının ilk kullanıldığı karar olan "Dyestuffs kararında[568]", komisyon Birliğin farklı ülkelerinde faaliyette olan benzer üreticilerin davaya yakın tarihlerde belirledikleri fiyat artışlarını inceleyerek, bu artışların uyumlu eylem sonucunda yapıldığına karar vermiştir. Ayrıca burada Komisyon sadece fiyat artış kararlarını yeterli görmeyerek uyumlu eyleme ilişkin destekleyici deliller olması gerektiğini ifade ederek destekleyici delil araştırmış ve üreticilerin satıcılarına/bayilerine gönderdikleri talimatların benzerlik göstermesini uyumlu eylem oluştuğu görüşünü destekleyici delil olarak kullanmıştır[569].

Rekabet Kurulu, Maya Kararında, maya üreticilerinin fabrika çıkış fiyatlarında görülen paralellikleri uyumlu eylem olarak değerlendirmemiştir. Kararın devamında, oligopolistik pazarlarda uyumlu eylem iddiasının ileri sürülebilmesi için paralel davranışın yanı sıra bu iddiayı destekleyen farklı kanıtların varlığı aranmıştır. Kararda, "*Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlene paralel davranışlar tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler*" şeklinde ifadeler kullanılmıştır[570].

RKHK. m. 4 anlamında ispat konusu rekabet soruşturmalarını ilgilendirmekte ve ispatla yükümlü olan taraf Rekabet Kurumu iken RKHK. m.59 ise genel mahkemelerde açılacak tazminat davalarını ilgilendirmekte olup ispatla yükümlü olan taraf rekabetin ihlâl edilmesinden zarar gördüğünü iddia eden davacılardır. RKHK. m. 59 ispat kuralı yalnızca "rekabet hukuku ihlâlinin varlığına" ilişkin getirilmiştir. Rekabet hukukunun ihlâlinin varlığı ispatlandıktan sonra, zararın varlığının ispatı konusu ise TBK. m. 50'ye tabi olmaktadır. Söz konusu hükme göre, "*zarar gören, zararını ve zarar verenin*

[567] SANLI, Haksız Fiil, s. 254.
[568] ICI v. Commission (Dyestuffs), Case 48/69, ECR 1972.
[569] GÜRKAYNAK/YILDIRIM/ÖZGÖKÇEN/AYDIN, s. 96.
[570] GÜRKAYNAK/YILDIRIM/ÖZGÖKÇEN/AYDIN, s. 102-103.

kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler". Bu nedenle, zararın ispatında RKHK. m. 59'da düzenlenen özel hüküm uygulanmaz ve davacı, uğradığını iddia ettiği zararını genel kurallara göre ispatla yükümlü olmayan devam eder[571]. Davacının uyumlu eylemin varlığını şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirsizlikleri ortadan kaldırarak ispatlaması gerekmektedir. RKHK. m. 59 gereği davacının uyumlu eylemin varlığını tam kanıt ölçütü sağlayarak kanıtlaması durumunda, RKHK. m. 4'ün 3 ve 4. fıkralarında olduğu gibi davalının kusuru da kanıtlanmış sayılır. Diğer bir anlatımla, hukuka aykırı fiil ile kusur unsurları örtüşmektedir[572].

Davacı, rekabet ihlâlinin, bir uyumlu eylemin varlığını öncelikle ortaya koymalıdır. Davacının, uyumlu eylem fiilinin ayrıca davalının kusuru çerçevesinde gerçekleştirdiğini de ispatlaması gerekmektedir. Ancak, rekabet hukukuna özgü olarak hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının iç içe geçtiği kabul edildiğinden, davacının hukuka aykırılığı ispat etmesi ile davalının kusurunu da ispat etmiş sayılır. Bu durum, davacının ispat gücü bakımından elini güçlendirmektedir. Zararın ispatı bakımından, rekabet hukukunun özellikleri ön plana çıkar. Davacı, uğradığı zararın bir rekabet ihlâlinden kaynaklandığını ispatlamalıdır. Zira bir kişi ya da kurumun sadece zarar görmesi rekabet hukuku kurallarının ihlali anlamına gelmemektedir. Netice olarak haksız rekabet iddiasıyla ikame edilen bir davada zarara uğradığını iddia eden davacı, ihlalin varlığını, kendisinin maruz kaldığı zararın bu ihlal nedeniyle oluştuğunu ve bu zararın rekabet hukuku kuralları içerisinde tazmin edilmesi gereken zarar olduğunu ve davalının kusurunu ispatla yükümlüdür[573].

Rekabet hukuku ihlâlinin gerçekleştiğinin mahkemece kabul edilmesi için, iddianın "piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın

[571] GÜRKAYNAK/YILDIRIM/ÖZGÖKÇEN/AYDIN, s. 115-116.
[572] CENGİZ, s. 396.
[573] ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 258-259.

aralıklarla artırıldığı gibi kanıtlarla" ispatlanması zorunludur. Söz konusu delillerin, hâkimde kanaat oluşturması için yeterli ve rekabet hukuku bakımından şüpheleri ortadan kaldıracak nitelikte olmaları gerekir. Ortada bir belirsizlik durumu var ise hâkimde yalnızca rekabet hukukunun ihlâl edilmiş olabileceği şüphesi kanaatinin oluşturulması davacının davasını ispatlaması için yeterli değildir. Rekabet ihlali iddiasında bulunan kişinin ihlalin varlığı konusunda belirsizliği ortadan kaldıracak yoğunlukta vakıaları kanıtlaması, rekabet hukukunun ihlali açısından yeterli olacaktır. Davalı da, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde, davacı tarafından iddia olunan her türlü vakıaların rekabet ihlâlinin varlığını ispatlamaya yeterli olmadığından bahisle delil ikame etme imkânına sahiptir[574].

V. ZAMANAŞIMI

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Onun için bu hususla ilgili olarak genel düzenlemelere bakılması gerekmektedir. Rekabet ihlâllerinden doğan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olması nedeniyle rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarının zamanaşımı süresi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen haksız fiil hükümlerine tabidir[575].

Haksız fiile dair zamanaşımı süresi TBK. m. 72'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, haksız fiile dayanan tazminat talebi için iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. İki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı zarar görenin, zararı ve tazminatı ödemekle yükümlü kişiyi öğrendiği andan itibaren başlamaktadır. Her durumda ise haksız fiil sorumluluğuna sebep olan uyumlu eylemin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçmesiyle tazminat alacağı zamanaşımına uğrar. Bu nedenle, rekabet

[574] BUDAK, s. 59-60.
[575] CENGİZ, s. 415; ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1152; UTKU/POLAT/DENİZ, s. 125.

kurallarının ihlâli nedeniyle açılacak tazminat davalarına da iki yıl ve on yıllık zamanaşımı süreleri uygulanır.

Rekabet hukuku ihlâlinden kaynaklanan tazminat sorumluluğunda Türk Borçlar Kanunu'nun genel esasları önemli düzeyde yol göstericidir. Ancak, zamanaşımı süresinin ne zaman başladığı hususu ile ilgili bazı tereddütler oluşabilir. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükmü esas alındığında zamanaşımı süresinin failin ve fiilin öğrenilmesinden itibaren başladığı ifade edilebilir. Bunun yanı sıra, rekabet ihlâlinden kaynaklanan bir zarar nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için bir Rekabet Kurulu kararının olmasına dair yasal bir zorunluluk yoktur. Bununla birlikte Yargıtay, Kurula başvuru yapılmaksızın veya yapılan başvuruda karar beklenmeksizin dava açılması halinde konu ile ilgili Kurul kararının bekletici mesele yapılması gerektiğini düşünmektedir. Bu nedenle, Rekabet Kurulu kararının içeriğinin öğrenilmesi, zamanaşımı süresinin başlangıcı ile yakından ilgilidir[576].

Kurul kararlarına karşı temyiz başvurunun yapılabilmesi ve hükmedilen para cezasının ödenmesi için Kanun'da öngörülen süreler, gerekçeli kararın tebliği ile başlamaktadır. Tarafların Kurul kararının içeriğini öğrenebilmeleri ancak gerekçeli kararın kendilerine tebliği ile mümkündür. Bu nedenle, rekabetin ihlâli nedeniyle açılacak tazminat davalarında, dava açma süresinin gerekçeli kararın tebliği ile başlayacağı değerlendirilmektedir. Buna ek olarak, hak kayıplarının yaşanmaması için zararın da gerekçeli karar ile birlikte öğrenildiği kabul edilmektedir[577]. Ancak, yakın tarihli ilk derece mahkeme kararlarına[578] ve Yargıtay kararlarına bakıldığı zaman, haksız fiil sorumluluğuna dayanan hallerde kısa zamanaşımı olan iki yılın fiili ve faili

[576] UTKU/POLAT/DENİZ, s. 126.
[577] UTKU/POLAT/DENİZ, s. 126-127.
[578] İstanbul 12. Tüketici Mahkemesi'nin 23.05.2017 tarih ve E.2016/979, K.2017/191 sayılı kararında zamanaşımına yönelik şu ifadelere yer verilmektedir; *"…öncelikle zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini belirlemek gerekir. Bu tarih bankaların uyumlu eylemlerinin sonra erdiği tarih olarak kabul edilmelidir. Haksız eylem bu tarihte son bulmuştur. Ancak bu tarih on yıllık zamanaşımı süresinin başlama tarihi olacaktır. Davacı yönünden önem arz eden diğer bir tarih ise haksız fiilin varlığını öğrenme tarihidir.."*

öğrenme tarihinin Kurul kararlarının internet sitesinde yayımlandığı tarihi değil, Kurul kararının yargısal anlamda kesinleştiği tarihi esas aldıkları görülmektedir[579].

Yargıtay'ın son zamanlarda verdiği bir karar[580] incelendiğinde, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiili zamanaşımına ilişkin hükmün rekabet ihlâllerine de uygulanacağına hükmetmiştir. Bununla birlikte, rekabet ihlâllerinde, soruşturma zamanaşımı idari cezalara ilişkin genel düzenleme olan Kabahatler Kanunu'na tabi olup, Kabahatler Kanunu m. 20/3 hükmüne göre idari para cezalarına sekiz yıllık zamanaşımı uygulanmaktadır. Yargıtay da, söz konusu kararda, şikâyet başvurusu yapılan tarih ile tazminat davası açılan tarih arasında sekiz yıllık süre geçmedikçe talep hakkının zamanaşımına uğramış olmayacağı yönünde karar vermiştir. Bu doğrultuda, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un ihlâli nedeniyle açılacak tazminat davalarında, şikâyetçi için şikâyet başvurusundan itibaren sekiz yıllık bir zamanaşımının uygulanacağı ifade edilebilir[581].

Rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin bir süreklilik arz etmesi durumunda, söz konusu eylemler sonlandırılmadan zaman aşımı süresi başlamamaktadır. Hukuka aykırı davranışların süreklilik arz etmeyip, belirli aralıklarla tekrarlanması söz konusu ise,

---

[579] ŞAHİN, Tazminat Talepleri, s. 338.

[580] Y. 11. HD, 30.03.2015, E. 2014/13296, K. 2015/4426 sayılı kararı, "…1-Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin sair karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Davacı vekili, davalı tarafın 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6.maddesinde yasaklanan "hâkim durumun kötüye kullanılması" eylemi sebebiyle aynı kanunun 57.maddesi uyarınca tazminat talep etmektedir. Söz konusu eylem 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesinde "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" şeklinde düzenlenmiş olup, Kanun'un 16/3.maddesinde "Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir" denilmek suretiyle, söz konusu eylem için nispi idari para cezasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Somut olayda, davacı tarafın tazminatı gerektiren olayı öğrenerek Rekabet Kurumu'na başvurduğu 06.06.2008 tarih ile bu davaya esas 29.10.2012 dava tarihi birlikte değerlendirildiğinde dava zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır. Davalı tarafın zamanaşımı def'inin yukarıdaki hükümler doğrultusunda değerlendirilmesi gerekirken, yerel mahkemece davanın zamanaşımı sebebiyle reddi kararı doğru olmadığından Dairemizin onama kararının kaldırılarak mahkemece verilen kararın açıklanan gerekçeyle bozulmasına karar vermek gerekmiştir…"

[581] ASLAN, Rekabet Hukuku 2017, s. 1152-1153; KAYA/YİĞİT, s. 1556-1557.

yasak davranış olarak nitelendirilebilecek her bir zarar ya da söz konusu zarara sebep olan failin öğrenilmesinden başlayarak zaman aşımı süresi hesaplanmaya başlar. Zarar veya bu zarara yol açan faillerden hangisi daha geç tarihte öğrenildiyse zaman aşımı süresi de bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Her bir teşebbüs için zamanaşımı süresi kendisinin öğrenilme tarihinden itibaren başlar. Ayrıca her faaliyet ayrı bir rekabet konusu olacağından zamanaşımı süresi her rekabet oluşturucu eylem için ayrı hesaplanmalıdır. Zararın öğrenilmesi bakımından önemli olan konu, zararın varlığını, niteliğini ve temel unsurlarını diğer bir ifadeyle bir dava açabilmek için gerekli hususların öğrenilmesidir[582].

Amerikan rekabet hukukunda zamanaşımı konusu *Clayton Yasası'nda* düzenlemiştir. Buna göre, antitröst özel hukuk davaları için dört yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bununla birlikte, Clayton Yasası m. 5'e göre, antitröstle ilgili federal bir kamu davasının açılması halinde, özel hukuk davası bakımından zamanaşımının duracağı düzenlenmiştir[583].

Avrupa Birliği Rekabet hukukunda ise, "Rekabet İhlâllerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi"nde zamanaşımı süreleri ele alınıp düzenlenmiştir. Anılan yönerge gereğince zamanaşımı süresi, ihlâlin sona ermesinden ve davacının ihlâli öğrendiği andan başlaması kaydıyla, en az beş yıl olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Yönergede, tazminat davalarıyla ilgili konularda üye ülke rekabet otoriteleri soruşturma başlattığı takdirde ise, zamanaşımı süresinin duracağı düzenlenmiştir. Hatta üye ülke yasal düzenlemesi elverişli ise, zamanaşımı süresi durmalıdır. Duran zamanaşımı süresinin, haksız rekabet hakkında karar vermeye yetkili makamın kararının kesinleşmesi ile birlikte işlemeye başlaması gerekir[584].

[582] TOPÇUOĞLU, İşbirliği, s. 314.
[583] ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 131.
[584] KAYA/YİĞİT, s. 1560.

VI. ÜÇ KAT TAZMİNAT

Rekabet hukukunun sorumluluk hukukuna kazandırdığı yeni bir tazmin şekli, "üç kat tazminat" sistemidir. ABD rekabet hukukundan esinlenen üç kat tazminat sistemi[585], rekabete aykırı faaliyetleri yapan teşebbüsleri cezalandırma, zarar gören kişi veya teşebbüsleri ise, dava açma yoluna teşvik amacıyla düzenlenmiştir. Özellikle büyük işletmelerin birleşme yoluyla küçük teşebbüsleri satın alarak oldukça büyük hacimlere ulaşması, aynı alanda faaliyet gösteren küçük teşebbüsleri iş yapamaz duruma getirmeleri ve birleşmeler sonucu piyasa yapıcı haline gelerek tüm fiyat hareketlerini belirleyici role sahip olmaları dikkate alınarak bu tür tazminat getirilmiştir.

Türk Hukukunda, tazminat zararın azami miktarıyla sınırlıdır ve bu miktarı hiçbir zaman aşmaması prensibi geçerlidir. Zira, tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değil, meydana gelen zararı gidermektir[586]. RKHK. m. 58/2 ise bu genel kurala istisna getirmiştir ve hâkimin taleple birlikte üç katı tazminata karar verebileceğini düzenlemiştir. Bu hüküm gereğince, Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun amacı zararın giderilmesi değildir. Bu düzenlemenin hukuki niteliğinin bir özel hukuk cezası özelliğine sahip olduğu ifade edilebilir. Bu hüküm, tazminatın zarar miktarını aşmasına olanak tanıdığı gibi zarardan bağımsız bir şekilde hesaplanması da mümkündür. Hâkim, zarar yerine zarar verenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kazanç üzerinden tazminata hükmedebilir.

[585] TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 5 vd.; AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 184; İNAN/PİKER, Rekabet Hukuku, s. 106; ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 144; SANLI, Haksız Fiil, s. 270; BADUR, s. 163; CENGİZ, s. 402; SERT, s. 701-717; YAŞAR COŞKUN, s. 149-171; CÖMERT AKBAY, s. 157 vd.; GÜLERYÜZ/ZORLUOĞLU YILMAZ, s. 362 vd.; ÖZ, s. 17 vd.; "*Türk tazminat hukuku açısından son derece önemli sayılabilecek bu hükmün kaynağı, esas itibarıyla Amerikan antitröst hukukudur. Zararın üç katına kadar tazminatın (treble damages action), Amerikan antitröst hukukunun uygulanmasında, özel hukuk hükümleri açısından Amerikan antitröst hukukunun en etkin yaptırımı olduğu söylenebilir. Ortaya çıkan zarar nedeniyle ödenmesi gerekebilecek tazminatın oldukça yüksek miktarlara ulaşması ve bunun teşebbüsler için çoğu zaman, Federal hükümetin yürüteceği soruşturmanın sonuçlarından daha etkili ve caydırıcı olması, pazarda doğrudan işletmeler tarafından gerçekleştirilen bir otokontrol sisteminin oluşmasını da sağlamıştır*", AŞÇIOĞLU ÖZ, s. 184-185; ARI, s. 226.

[586] EREN, Genel Hükümler, s. 873-874; ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 144; SANLI, Haksız Fiil, s. 269; AKINCI, s. 385.

Bu anlamda, bu düzenleme, zararı gidermekten ziyade caydırıcılık amacına hizmet etmektedir[587].

Anılan maddeye göre, "*ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*". Kanun'un bu hükmü ile hâkime, ortaya çıkan zararın, tarafların kasıtlı davranışlarından ya da ağır ihmalinden kaynaklandığı durumlarda, zarar görenin talebi doğrultusunda uğranılan maddi zararın karşılığına ya da zarara neden olan teşebbüslerin elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel kârın üç katı tazminata hükmedebilme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla davalının, hafif ihmalinin bulunması halinde, üç kat tazminata hükmedilemez. Kanun koyucu, rekabeti kasten veya ağır ihmal ile ihlâl eden teşebbüsleri, üç kat tazminat yolunu açarak caydırıcı bir düzenleme getirmiştir. Bu bakımdan, üç kat tazminat sisteminin, teşebbüslerin rekabeti ihlâl edici davranışlarını engelleyici bir tür cezalandırıcı tazminat olduğu ifade edilebilir[588].

Üç kat tazminat sisteminde, zarar, eylem sonucunda buna maruz kalanların uğradığı zarar ile bu zarara sebebiyet verenlerin elde ettikleri ya da muhtemelen elde edecekleri kazanç ile sınırlıdır. Zarar gören, rekabetin ihlâli ile uygun illiyet bağı sınırları içinde kalan maddi zararını ya da söz konusu zararlarının üç katı tazminat talebinde bulunabilir. Kast veya ağır ihmal şartına bağlı olan üç kat tazminat sistemi zarar görenin, genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat istemine ek olarak

[587] SANLI, Haksız Fiil, s. 269; "*Tazminat kavramıyla bağdaşmayan ve Kara Avrupası hukuklarında yer almayan bu çözümün hukukumuza hangi amaçla alındığı, başka bir anlatımla, normun 'varlık nedeni' (ratio legis) anlaşılamamaktadır. Öte yandan, RKK'nın zararın üç katı tutarında tazminata ilişkin koşullarının çok başarılı olmadığı da belirtilmelidir. RKK m. 58/3'e göre, 'üç kat oranında tazminat', ancak tarafların anlaşması veya kararı ya da ağır ihmalinin olduğu hallerde istenebilir. Burada, ağır ihmal, bağımsız bir neden olarak belirtilmektedir. Kanımca, üç kat tazminat çözümü kabul edilecekse, hukuka aykırı kartel anlaşmaları ya da kararlarında tarafların ağır ihmal (culpa lata) niteliğinde kusurlu olmaları aranmalıdır*", bkz. ÖZSUNAY, Özel Hukuk, s. 144.

[588] TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 7-8.

seçimlik bir haktır. Zarar gören, uğradığı zararı veya alternatif olarak karşı tarafın elde ettiği kârı ya da bunların üç katını tazminat olarak talep edebilir[589].

Üç kat tazminat yükümlülüğünün ilk koşulu, Kanun'u ihlâl nitelikli fiil ve işlemler ile rakip ve piyasaya katılan diğer teşebbüslere ve tüketicilere zarar verilmesidir. Bu sistemin temeli, uğranılan zarardır. Zararın türü, daraltıcı bir düzenleme olmadığından önemli değildir. Zarar ve uyumlu eylem arasında uygun illiyet bağının olup olmadığını, zarar gören teşebbüs ve tüketiciler ispat etmek zorundadırlar. Üç kat tazminat sisteminde, tazminat talep edilebilmesi için kusurun özel ağırlığı aranmıştır. Diğer bir ifadeyle, teşebbüslerin rekabeti, kasten veya ağır ihmalle ihlâl ettikleri durumlarda ancak üç kat tazminata hükmedilebilir. Uyumlu eylemlerden dolayı üç kat tazminata hükmedilebilmesi için, zarar gören davacıların, uyumlu eylemde bulunan davalının ağır kusurlu olduğunu ispat etmeleri gerekir. Ağır kusur, kast ve ağır ihmali kapsamaktadır. Kast, hukuk düzeninde korunan bir değerin bilerek ve istenerek ihlâl edilmesidir. Ağır ihmal ise benzer koşullar altında bulunan herkesin normal olarak alması gereken en basit tedbirleri bile alınmamış olmasıdır. Rekabet davalarında üç kat tazminata, hâkim kendiliğinden hükmedemez. Bunun için davacının talebinin de olması gerekir. Zira bu husus, RKHK. m. 58/2'de açıkça hükme bağlanmıştır[590].

Tazminatın üç kat olarak belirlenmesi için ağır kusur aranması gerekmekte ise de uygulamada, ağır kusur kavramı çok araştırılmamakta hemen her ihlâlde üç kat tazminata karar verilebilmektedir.

Üç kat tazminat, zararı aşan tazminat miktarının tavanını oluşturur. Maddi zararın veya zarara sebep olan kişilerin kazandığı ya da kazanması olası kâr miktarının üç katı olarak hesaplanmaktadır. RKHK. m. 58'de ne tür zararların hangi oranlarda/miktarlarda ödeneceği ve zararın belirlenme şekli netleştirilmiştir. Bir zararın miktarının RKHK. m. 58 hükmünün düzenlemelerine rağmen net olarak tespit edilememesi halinde tazminat

[589] TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 8.
[590] İKİZLER, s. 371 vd.; TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 18 vd.

miktarı hâkim tarafından takdir yetkisi kapsamında genel hükümlere göre belirlenebilmektedir[591] (TBK. m. 50).

[591] İKİZLER, s. 372; TOPÇUOĞLU, Üç Kat Tazminat, s. 32.

SONUÇ

Kökeni Amerikan Antitröst hukukuna dayanan uyumlu eylemler, rekabet hukukuna özgü bir kavramdır. Amerikan yasal düzenlemelerinde yer almayan uyumlu eylemler, Sherman Kanunu'nda düzenlenen işbirliği kavramının Amerikan Mahkemelerince yorumlanması sonucu içtihatlarla geliştirilmiştir. Daha sonrasında Avrupa Rekabet Hukukunda öngörülen hükümlerle rekabeti ihlâl edici bir davranış olarak uyumlu eylemler yasaklanmıştır. Türk Rekabet Hukukunda ise mehaz Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Kanun gibi rekabeti düzenlemek amacı taşıyan Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun ile uyumlu eylemler, rekabeti ihlâl edici bir davranış olarak yasaklanmıştır.

Uyumlu eylemler, RKHK. m. 4'te anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları ile bir arada düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, teşebbüslerin anlaşarak, kararlar alarak ya da uyumlu eylem gerçekleştirerek rekabeti sınırlamalarının önüne geçmektir. Anlaşmalar, taraflar arasında irade uyuşması sonucu oluşur. Anlaşma, geniş kapsamda yorumlanarak yazılı, yazısız, açık veya örtülü (zımni) her türlü uyuşma olarak tanımlanmaktadır. Uyumlu eylemlerin ise taraflar arasında anlaşma aşamasına varmayan, doğrudan delillerle kanıtlanamayan her türlü işbirliğidir. Bu anlamda, taraflar arasında bir anlaşma olarak değerlendirilemeyen ancak paralel, bilinçli bir işbirliği ile rekabetin sınırlanmasının amaçlandığı durumların tespit edilerek önüne geçilebilmesi için uyumlu eylemler yasal olarak düzenlenmiştir. Günümüzde, anlaşma ve uyumlu eylemler arasındaki farklılıkların bir önemi kalmamıştır. Zira, hem Avrupa Birliği Adalet Divanı hem Rekabet Kurulu kararlarında anlaşma ve uyumlu eylem açısından kesin bir ayırıma gidilmemektedir.

Uyumlu eylem, en az iki teşebbüsün aralarında, anlaşma veyahut teşebbüs birliği kararına varmayacak şekilde, birbirleri ile bağlantıya geçerek bağımsız rekabet politikaları üretmelerini engelleyecek ve sınırlayacak biçimde pazarda bilinçli paralel davranmalarıyla serbest rekabeti ihlâl etmeleridir. Bu tanım çerçevesinde, uyumlu eylemin unsurlarını; en az iki teşebbüs, teşebbüsler arasında bir bağlantının olması,

birbirleri ile bilinçli paralel davranış göstermelerin ve rekabetin sınırlanması olarak belirlemek mümkündür.

Uyumlu eylemden söz edebilmek için iki teşebbüs ve daha fazlasının varlığı gerekmektedir. Teşebbüs kavramı değerlendirilirken özel hukuka tabi teşebbüsler ve Kamu teşebbüsleri de rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Kanun, bir teşebbüsün bağımsız sayılıp sayılmayacağının tespitinde ekonomik birlik anlayışını benimsemiştir. Bu kapsamda aslında hukuksal düzen içinde birbirinden bağımsız gibi görünen ancak büyük çatı denilen ana teşebbüsün kontrolü altındaki küçük işletmelerde aynı ekonomik birlik içinde değerlendirilmekte olup ana teşebbüs ile bağlı teşebbüsler tek bir teşebbüs olarak nitelendirilmektedir. Nitekim günümüzde büyük şirketlerin neredeyse tamamının, aynı ürün sektöründe ana markalarına yardımcı olacak şekilde ancak farklı tüketici gruplarına hitap edecek yan ürünleri bulunmaktadır. Bankaların neredeyse tamamının aynı zamanda sigorta ve yatırım şirketleri bulunmakta, sektörde faaliyet gösterirken arkasında banka desteği olmayan diğer şirketlere nazaran ciddi avantajlar elde ettikleri görülmektedir.

Uyumlu eylemin varlığı için teşebbüsler arasında bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Birbiri ile bağlantıya geçen teşebbüsler, piyasa politikalarına ilişkin yeni bilgiye ve kanaate sahip olurlar. Bu bilgi ve kanaat, teşebbüslerin izleyecekleri pazar politikalarını etkileyerek rekabetin sınırlanmasına yol açıyorsa, artık teşebbüslerin bağımsız karar verdiklerini söylemek mümkün değildir. Uyumlu eylem açısından teşebbüsler arasındaki bağlantının ortaya çıkarılması önemlidir. Bağlantı, teşebbüsler arasında bilgi değişimi, tavsiyeler ve kamuya yönelik duyurular şeklinde gerçekleşebilir. Bilgi değişimi, teşebbüslerin rekabete etki edecek ekonomik politikaları ile ilgili her türlü bilginin değişimi, paylaşılması veya iletilmesidir. Tam rekabetçi piyasalarda, piyasayı şeffaflaştırarak belirsizlikleri ortadan kaldıran veya azaltan teşebbüsler arası bilgi değişimi rekabeti bozucu işbirliğine yol açmaktadır.

Uyumlu eylemlerin bir diğer unsurunu, bağlantıya dayanan paralel davranışlar oluşturmaktadır. Paralel davranışlar, belli bir ürün piyasasında faaliyette olan ve birbiri

ile rekabet halinde olması gereken firmaların aslında benzer faaliyet ve hareketler içinde olmasıdır. Uyumlu eylem ise, teşebbüslerin davranışlarını birbirine paralel hale getirerek bunun sonucunda rekabetten kaçınmalarına yol açmaktadır. Her paralel davranış, rekabet hukukuna aykırı değildir. Uyumlu eylemlerin dışında, pazar yapısından kaynaklanan nedenlerle de teşebbüsler arası paralel davranışın görülmesi mümkündür. Özellikle, satıcıların büyük ve az oldukları oligopol piyasalarda, piyasa yapısı gereği satıcılar birbirinin davranışlarından etkilenirler ve diğerlerinin piyasadaki davranışlarını esas alırlar. Bu noktada Rekabet Kuruluna önemli bir rol düşmektedir. Kurulun haksız rekabet başvurularında sektörün piyasa genelindeki görünümü, çok firmanın rekabetine açık olup olmadığı, oligopol yapıda olan bir piyasa ise fiyat belirlemelerin tüketici lehine nasıl geliştirileceğine yönelik değerlendirmelerde bulunması ve kararını buna göre belirlemesi gerekmektedir. Öte yandan piyasada çok fazla oyuncunun olduğu, firmaların zaten doğal rekabet içerisinde olduğu ürün piyasalarında ise uyumlu eyleme rastlamanın zorluğu ortadadır. Uyumlu eylem, paralel davranışlar genelde piyasada az oyuncunun olduğu, her işletmenin yer alamadığı banka, sigorta, taşıt, şeker gibi ürünlerde gerçekleşmektedir. Bu nedenle Kurulun kararlarında oligopol yapıları daha çok dikkate alarak tüketici lehine olabilecek kararlar vermesi gerekmektedir.

Uyumlu eylemin gerçekleşmesi için gereken son unsuru ise, rekabeti sınırlamasıdır. Teşebbüsler arasında her uyumlu eylem Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girmez. Uyumlu eylemin Kanun kapsamına girmesi için rekabeti sınırlama amacı olması gerekir. Eğer, uyumlu eylemin amacı veya etkisi rekabeti sınırlamak, önlemek ya da bozmak olduğu sonucuna varıldığı takdirde, bu eylem yasaklanmalıdır.

Uyumlu eylem, TMK. m. 2 dürüstlük ilkesi esas alınarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unda düzenlemeye kavuşan hem idare hukuku hem özel hukuk bakımından sonuçları olan bir ihlâl eylemidir. Türk hukukunda hukuka aykırı olan fiiller haksız fiil olarak nitelendirilmiştir. Bu anlamda, uyumlu eylemler de Borçlar Hukuku anlamında birer haksız fiil oluştururlar. Uyumlu eylem sonucunda, Rekabetin

Korunması Hakkında Kanun ile idari yaptırımın yanı sıra haksız fiile dayalı tazminat sorumluluğu öngörülmüştür.

Kamu hukuku bakımından, uyumlu eyleme ilişkin olarak uygulanacak yaptırımlar, idarenin ihlâle son verme kararı, davranışsal ve yapısal tedbirler alma kararları ile idari para cezasıdır. İhlâle son verme kararı ile Rekabet Kurulu, rekabeti bozucu davranışlara son verme veya belirli davranışları emretme, bununla birlikte yapısal tedbirlere karar verebilmektedir. Kurul, rekabeti ihlâl edici bir uyumlu eylem tespit ettiği takdirde, bu eylem veya işlemi yasaklar ve geçersiz sayar. Davranışsal tedbirler ile Kurul rekabeti ihlâl eden teşebbüsleri bu davranıştan menedebilir ve belirli bir davranışta bulunma zorunluluğu getirebilir. 2020 yılında Kanun'da yapılan değişiklikle davranışsal tedbirlerin yanı sıra Kurul'a yapısal tedbirler alma yetkisi de verilmiştir. Öncelikle Kurul, rekabetin sağlıklı işlemesini sağlamak için davranışsal tedbirlere başvuracak, bu tedbirlerin sonuç vermemesi halinde ise pazar yapısını etkileyebilecek veya teşebbüslerin mal varlıkları ile ilgili karar verebilme yetkisinin tanındığı yapısal tedbirleri uygulayabilecektir.

Uyumlu eylem sonucunda Kurul'un uygulayabileceği en önemli yaptırımlarından biri de idari para cezasıdır. Verilecek cezaların orantılı olması gerektiği ilkesi uyarınca, idari para cezasının rekabet ihlâli sonucunda işletmenin elde ettiği haksız menfaat ile aynı seviyede olması gerekmektedir. Kurul, idari para cezası verirken ihlâlin tekerrürü, süresi, teşebbüsün piyasadaki gücü, muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları göz önünde bulundurur. İdari işlem niteliğinde olan bu yaptırım, idari yargı denetimine tabidir. Bununla birlikte idari yargı, denetlemede bulunurken Kurul ile aynı uzmanlığa sahip olmadığından verilen kararı sadece yasalara uygunluk açısından denetlemekte ve yerindelik denetimini genellikle yapamamaktadır. Bu nedenle söz konusu davalarda idari yargı makamlarının konunun ehli olan bilirkişiler aracılığıyla yerindelik hususunu da denetlemeleri önem arz etmektedir.

Haksız fiil niteliğindeki uyumlu eylemin gerçekleşmesi sonucunda da tazminat sorumluluğu doğmaktadır. RKHK. m. 57'ye göre uyumlu eylem sonucunda zarar gören

herkes, zararının tazminini isteyebilir. Tazminata ilişkin hükümler RKHK. m. 57, 58 ve 59'da düzenlenmiştir. Tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi için, bir uyumlu eylem işlenmiş olmalı, bu uyumlu eylem hukuka aykırı olmalı, bu eylemden bir zarar doğmalı, doğan zarar ile işlenen uyumlu eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve uyumlu eylemde bulunanların kusurlu olmaları gerekmektedir. RKHK. m. 57'ye göre tazminat davasını açabilecek kişilerin başında tüketiciler ve rakip teşebbüsler gelmektedir. Davalı taraf ise uyumlu eylemde bulunan teşebbüslerdir.

Tarafların ispat yükü, RKHK. m. 59'da düzenlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğunda, zarara uğradığını iddia eden davacının haksız fiil sorumluluğunun unsurlarının somut olayda gerçekleştiğini kanıtlaması gerekmektedir. Davacı, bu davada eylemin, hukuka aykırı olduğuna dair delilleri mahkemeye sunmalıdır. İspat noktasında bu zorluğu göz önüne alan Kanun koyucu uyumlu eylemlerin ispatına yönelik olarak bir karine öngörmüştür. Öngördüğü bu karine ile, rekabet ihlâlinin var olmadığı hususunun ispatı uyumlu eylemi gerçekleştiren teşebbüslere yüklemiştir.

Zamanaşımı süresi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unda düzenlenmemiştir. Bu nedenle uyumlu eylem sonucunda açılacak tazminat davaları, Türk Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımı sürelerine tabi olmaktadır. TBK. m. 72'de haksız fiile dayanan tazminat talebi için iki ve on yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Ayrıca RKHK. m. 58'de rekabet hukukuna ilişkin yeni bir tazmin şekli olarak üç kat tazminat düzenlenmiştir. Buna göre, kasıt ya da ağır ihmal koşuluna bağlı olan üç kat tazminat sisteminde, zarar gören, genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat istemine ek olarak seçimlik bir hakka sahiptir.