



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

REKABET HUKUKU'NDA UYUMLU EYLEMLER VE HUKUKİ SONUÇLARI

Hatice Burcu AKAY

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

REKABET HUKUKU'NDA UYUMLU EYLEMLER VE HUKUKİ SONUÇLARI

Hatice Burcu AKAY

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2021

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın yürütülmesi aşamasında desteğini esirgemeyen tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı Özdemir' e ve BİDEB Yüksek Lisans Burs Programı kapsamında finansal olarak destek sağlayan TÜBİTAK' a teşekkürlerimi sunarım.

Hayatımın her aşamasında beni destekleyen ve yalnız bırakmayan aileme teşekkürlerimi sunuyor, bu çalışmayı her zaman yanımda olan Babam' a armağan ediyorum.

ÖZET

Hatice Burcu AKAY. *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler ve Hukuki Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yer alan rekabeti bozucu davranışlardan uyumlu eylem incelenmektedir. Çalışmamızın amacı, rekabeti bozucu diğer davranışlarla karşılaştırıldığında değişime ve gelişime açık olan uyumlu eylem türü ihlallere ilişkin güncel gelişmelerin ortaya koyulması ve değerlendirilmesidir. Nitekim rekabet hukukunun dinamik bir alan olması, teknolojinin akıl almaz bir hızla gelişmesi, uyumlu eylem olarak kabul edilebilecek davranışları da aynı hızda değiştirmekte ve çeşitlendirmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda; uyumlu eylemin tanımı, unsurları, uyumlu eylem sayılabilecek davranışlar, ispat hususuna ilişkin son gelişmeler ve özellikle Rekabet Kurulu kararları ışığında gelişen içtihadi uygulama incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Rekabet hukuku, piyasa ekonomisi, uyumlu eylem, işbirliği.

ABSTRACT

Hatice Burcu AKAY. Concerted Practices and Legal Results in Competition Law, Master's Thesis, Ankara, 2020.

In this work, prepared as a master's thesis, the issue regarding concerted action from anti-competitive behaviors that took place in the 4th article, of the Turkish Competition Act is examined. The purpose of this work is to reveal and evaluate the current developments regarding violations of the type of concerted actions that are open to change, and improvements in comparison to other anti-competitive behaviors. As a matter of fact, since competition law is a dynamic field and technology is developing at an unbelievable speed, also behaviors that can be accepted as concerted action are changed and diversified at the same speed. In this context, the definition of concerted practice, elements of which they consist, behaviors that can be regarded as concerted action, recent developments concerning proof issues and especially the applications of case laws developed in the light of Competition Authority decisions in Turkish law are examined.

Keywords: Competition Law, market economy, concerted practice, cooperation.

İÇİNDEKİLER

| | |
|---|------------|
| KABUL VE ONAY | i |
| YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI..... | ii |
| ETİK BEYAN..... | iii |
| TEŞEKKÜR | iv |
| ÖZET..... | v |
| ABSTRACT | vi |
| İÇİNDEKİLER | vii |
| KISALTMALAR DİZİNİ | xi |
| GİRİŞ | 1 |
| 1. BÖLÜM: REKABET HUKUKU VE UYUMLU EYLEM KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI | 2 |
| 1.1. REKABET HUKUKU VE REKABET KAVRAMI | 2 |
| 1.1.1. Rekabet Hukukunun Tarihsel Temelleri | 2 |
| 1.1.2. Rekabet Kavramı | 5 |
| 1.2. REKABETİN KORUNMASI VE UYUMLU EYLEM | 8 |
| 1.3. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ | 11 |
| 1.3.1. ABD Rekabet Hukukunda..... | 11 |
| 1.3.1.1. ABD Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar | 12 |
| 1.3.1.2. ABD Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramının Tarihsel Temelleri | 15 |
| 1.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda | 19 |
| 1.3.2.1. Avrupa Birliği Rekabet Hukukuna İlişkin Mevzuat | 20 |
| 1.3.2.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramının Tarihsel Temelleri | 21 |
| 1.3.3. Türk Rekabet Hukukunda | 29 |

| | |
|---|-----------|
| 1.3.3.1. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramının Tarihsel Temelleri | 30 |
| 1.3.3.2. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Anlaşma Kavramının Birlikte Kullanımı | 36 |
| 2. BÖLÜM UYUMLU EYLEMİN HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI | 40 |
| 2.1. GENEL OLARAK | 40 |
| 2.2. REKABETİ SINIRLAYICI EYLEMLERE İLİŞKİN TEMEL İLKELER..... | 42 |
| 2.2.1. De Minimis (Hoş Görülebilirlik) İlkesi..... | 42 |
| 2.2.2. Rule of Reason (Makul Sebep İlkesi) ve Per Se (Özü İtibarıyla) Yasak Uygulamalar İlkesi | 46 |
| 2.3. UYUMLU EYLEMİN HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI..... | 51 |
| 2.3.1. İki veya Daha Fazla Teşebbüs Arasında Gerçekleşmesi | 51 |
| 2.3.1.1. İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Varlığı | 51 |
| 2.3.1.2. Teşebbüs Kavramı..... | 52 |
| 2.3.1.2.1. Tanımı ve Unsurları | 52 |
| 2.3.1.2.2. Tacir Yardımcılarının Durumu..... | 59 |
| 2.3.1.2.3. Devlet ve Kamu Kuruluşlarının Durumu | 60 |
| 2.3.2. Teşebbüsler Arasında Bağlantının Varlığı | 67 |
| 2.3.2.1. Bilgi Değişimi ve Topla Dağıt (<i>Hub and Spoke</i>) Tipi İhlaller | 70 |
| 2.3.2.2. Tavsiyeler | 79 |
| 2.3.2.3. Kamuya Yönelik Duyurular | 80 |
| 2.3.3. Paralel Davranışların Varlığı..... | 83 |
| 2.3.3.1. Bilinçli Paralellik Tartışması..... | 84 |
| 2.3.3.2. Oligopole Özgü Paralellik ve Oligopol Piyasa Yapısı | 87 |
| 2.3.4. Piyasada Amaç ve Etki Bakımından Rekabetin Sınırlanması | 89 |

| | |
|--|------------|
| 2.3.4.1. İlgili Piyasa Kavramı..... | 89 |
| 2.3.4.1.1. İlgili Ürün Piyasası..... | 91 |
| 2.3.4.1.2. İlgili Coğrafi Piyasa | 96 |
| 2.3.4.2. Rekabetin Doğrudan veya Dolaylı Olarak Engellenmesi, Bozulması ve Kısıtlanması..... | 97 |
| 2.3.4.3. Amaç ve Etki Bakımından Rekabetin Engellenmesi, Bozulması ve Kısıtlanması..... | 99 |
| 3. BÖLÜM UYUMLU EYLEMİN İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI..... | 106 |
| 3.1. UYUMLU EYLEMİN İSPATI | 106 |
| 3.1.1. Yargılama Hukukunda İspat, İspat Yükü ve Delil | 107 |
| 3.1.2. Rekabet Hukuku Kapsamında Uyumlu Eylemin İspatı..... | 108 |
| 3.1.2.1. Terim Sorunu..... | 108 |
| 3.1.2.2. Uyumlu Eylemin İspat Yükü..... | 110 |
| 3.1.2.3. Uyumlu Eylemin İspat Vasıtaları ve İspat Standardı | 113 |
| 3.1.2.4. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemin İspatı ve Uyumlu Eylem Karinesi | 119 |
| 3.2. UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI..... | 129 |
| 3.2.1. Kamu Hukuku Bakımından Ortaya Çıkacak Sonuçlar | 129 |
| 3.2.1.1. İhlale Son Verme Kararı | 130 |
| 3.2.1.1.1. Davranışsal Tedbirler | 130 |
| 3.2.1.1.2. Yapısal Tedbirler..... | 131 |
| 3.2.1.2. İdari Para Cezası..... | 132 |
| 3.2.2. Özel Hukuk Bakımından Ortaya Çıkacak Sonuçlar | 135 |
| 3.2.2.1. Uyumlu Eylemin Haksız Fiil Niteliği | 136 |
| 3.2.2.2. Tazminat Hakkı | 138 |

| | |
|--|------------|
| SONUÇ..... | 145 |
| KAYNAKÇA | 151 |
| EK 1. ORİJİNALLİK RAPORU | 171 |
| EK 2. ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU | 173 |

KISALTMALAR DİZİNİ

| | |
|--------------|---|
| AAÇD | : Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi |
| AB | : Avrupa Birliği |
| ABAD | : Avrupa Birliği Adalet Divanı |
| ABD | : Amerika Birleşik Devletleri |
| AJCL | : The American Journal of Comparative Law |
| AER | : The American Economic Review |
| AET | : Avrupa Ekonomik Topluluğu |
| ABİHA | : Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma |
| AKÇT | : Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu |
| AKÇTA | : Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması |
| ALJ | : Antitrust Law Journal |
| AÜHFY | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları |
| AY | : Anayasa |
| AYM | : Anayasa Mahkemesi |

| | |
|----------------|--|
| B. | : Baskı |
| BAM | : Bölge Adliye Mahkemesi |
| Batider | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BFHD | : Banka ve Finans Hukuku Dergisi |
| Birlik | : Avrupa Birliği |
| BTHAE | : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü |
| BTHD | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BÜHFD | : Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| Bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| CCLJ | : Competition & Consumer Law Journal |
| CCP | : Center for Competition Policy |
| CFI | : Corporate Finance Institute |
| CMLR | : Common Market Law Reports |
| Çev. | : Çeviren |
| DEÜHFD | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |

| | |
|---------------|---|
| DOJ | : Department Of Justice (ABD Adalet Bakanlığı) |
| E. | : Esas |
| EC | : European Comity |
| ECJ | : European Court of Justice |
| ECR | : European Court Reports |
| ECT | : European Community Treaty |
| Ed. | : Edition |
| EİSUID | : Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi |
| E.T | : Erişim Tarihi |
| FTC | : Federal Trade Commission |
| FTK | : Federal Ticaret Komisyonu |
| GÜHFD | : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HBS | : Harvard Business School |
| HLR | : Harvard Law Review |
| HMK | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| İBD | : İstanbul Barosu Dergisi |

| | |
|-----------------|--|
| DİDDGK | : Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu |
| İKÜHFD | : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| İMKB | : İstanbul Menkul Kıymetler Borsası |
| JCLE | : Journal of Competition Law and Economics |
| JCRSS | : Journal of Current Researches on Social Science |
| JRALE | : Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics |
| K. | : Karar |
| KİT | : Kamu İktisadi Teşebbüsü |
| Komisyon | : Avrupa Komisyonu |
| K.S. | : Karar Sayısı |
| K.T. | : Karar Tarihi |
| Kurum | : Rekabet Kurumu |
| Kurul | : Rekabet Kurulu |
| LHD | : Legal Hukuk Dergisi |
| LDD | : Liberal Düşünce Dergisi |
| No. | : Numara |

| | |
|---------------|--|
| OFT | : Office of Fair Trading |
| para. | : paragraf |
| PLPA | : Perspectives of Law and Public Administration |
| RCJ | : Romanian Competition Journal |
| RERA | : The Review of European and Russian Affairs |
| RG | : Resmi Gazete |
| RK | : Rekabet Kurumu veya Rekabet Kurulu |
| RKHK | : 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun |
| SJE | : The Scandinavian Journal of Economics |
| SLR | : Stanford Law Review |
| T.A.Ş. | : Türk Anonim Şirketi |
| T.C | : Türkiye Cumhuriyeti |
| TDK | : Türk Dil Kurumu |
| THD | : Türk Hukuk Dergisi |
| TMK | : Türk Medeni Kanunu |
| TOBB | : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği |

- TSE** : Türk Standartları Enstitüsü
- Univ PA Law Rev** : University of Pennsylvania Law Review
- UPLR** : University of Pittsburgh Law Review
- WCLER** : World Competition Law and Economics Review
- v.** : versus
- vb.** : ve benzeri
- vd.** : ve devamı
- Yüksek Mahkeme** : Amerikan Yüksek Mahkemesi

GİRİŞ

Serbest rekabetin var olduğu piyasalarda başarılı olmak isteyen teşebbüsler, rakiplerinin faaliyetleri ve değişen piyasa koşulları doğrultusunda stratejilerini belirlemektedir. Piyasaların etkin bir şekilde işleyebilmesi, teşebbüslerin kararlarını piyasada oluşan bu koşullara göre bireysel bir şekilde almaları ve kendilerini bu koşullara adapte etmeleriyle sağlanabilmektedir. Ancak kârlarını maksimize etme amacı taşıyan teşebbüslerin, bazı durumlarda rekabet etmek yerine rakipleri ile işbirliği içerisine girme eğiliminde oldukları görülmüştür. Bu durum, teşebbüsler arasında ortaya çıkabilecek işbirliklerinin otoriteler tarafından yasaklanması sonucunu doğurmuştur.

Teşebbüslerin rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bu davranışlarının önüne geçilmesi için başta Amerika Birleşik Devletleri (ABD) olmak üzere, Avrupa Birliği (AB)'nde ve diğer birçok ülkede teşebbüsler arasındaki işbirliklerine ilişkin yasaklar koyulmuş ve bu işbirlikleri ağır yaptırımlara bağlanmıştır. Ülkemizde de, söz konusu bu davranışlar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'da, AB'deki sistematığe benzer şekilde yasaklanmış ve yaptırıma bağlanmıştır.

Rekabeti bozucu bu işbirlikleri, AB hukukunda “*anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları*” olarak ifade edilirken, ABD hukukunda “*sözleşme, kombinasyon ve gizli anlaşma*” olarak formülize edilmiştir. Hukukumuzda ise, AB hukukunda olduğu gibi teşebbüsler arasında gerçekleştirilecek işbirliği türleri, “*anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları*” olarak sistematize edilmiştir.

Üç bölümden oluşan tezimizde, bu işbirliği türlerinden “uyumlu eylem” kavramı incelenmektedir. Birinci bölümde; rekabet kavramı, piyasada rekabetin tesisi ve sürdürülebilirliğinin sağlanması için rekabet hukukunun ortaya çıkışı, ABD, AB ve ülkemizde rekabet hukuku mevzuatının tarihsel gelişimi ve uyumlu eylem kavramının bu süreçte ortaya çıkışı ele alınmaktadır. İkinci bölümde, uyumlu eylemin varlığı için gerekli unsurlar ayrıntılarıyla incelenmekte ve rekabeti sınırlayan davranışlara ilişkin uygulanan temel ilkelere değinilmektedir. Son bölüm olan üçüncü bölümde ise, uyumlu eylemin ispatı ve kamu hukukunda ve özel hukukta ortaya çıkan sonuçlar ele alınmaktadır.

1. BÖLÜM: REKABET HUKUKU VE UYUMLU EYLEM KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

1.1. REKABET HUKUKU VE REKABET KAVRAMI

1.1.1. Rekabet Hukukunun Tarihsel Temelleri

1980’lerden bu yana yaşanan küreselleşme ve liberalizm, iktisadi model olarak piyasa ekonomisini ortaya çıkarmıştır¹. Günümüzde de egemen olan piyasa ekonomisine ilişkin ilk bilimsel tespitler, 1776 yılında “*Ulusların Zenginliği*” adlı eserinde *Adam Smith* tarafından yapılmıştır². Buna göre, piyasa ekonomisi özel mülkiyetin ve serbest rekabetin varlığı üzerine kuruludur. Özel mülkiyetin varlığı, tüm teşebbüslerin piyasada özgürce hareket edebilme imkânının var olmasını; serbest rekabet ise herkesin istediği mal ve hizmeti herhangi bir sınırlama olmaksızın üretilebilmesi ve satılmasını sağlamaktadır³. Bu sayede alıcılar da kendilerine sunulan bu mal ve hizmetleri, ihtiyaçları doğrultusunda tercih edebilmektedir. Alıcılar tarafından tercih edilmek isteyen teşebbüsler de en ucuza, en kaliteli mal ve hizmeti sunmak için yarış içerisine girecek, verimliliği arttırmak ve maliyetleri düşürmek için çabalayacaktır. Sonuç olarak, teşebbüslerin verimlilikleri ve kabiliyetleriyle birlikte ulusal ekonominin de gelişimi sağlanacaktır⁴. *Smith*’e göre, bu

-
- 1 **Yalçınkaya**, Timuçin: Küresel Kapitalizm ve Ekonomi Politikaları, Ankara, Ekin Yayınevi, 2016, s.5; **Akalın**, Güneri: Piyasa Ekonomisi Nedir?, LDD, 2000, S.19, s.40.
 - 2 **Samuelson**, Paul A./**Nordhaus**, William D.: Economics, 9.Ed., McGraw-Hill Edition, New York, 2009, s.28-29. **Smith**, Adam: Ulusların Zenginliği Cilt II (Çev.**Akad**, M.Tanju), 2.B., İstanbul, Alan Yayınları, 2011, s.7 vd. Piyasa ekonomisinde hukuk düzeni; sözleşme, tüketim özgürlüğü, iş kurma, meslek ve iş yerini seçme ve rekabet özgürlüğüne dayanmaktadır. Piyasa ekonomisinde kârın maksimizasyonu kişinin kendi menfaatini sağlarken kamu menfaatinin de gerçekleşeceği yani kamu menfaati ile özel menfaatin paralel olduğu görüşüne dayanmaktadır. Toplumdaki ekonomik problemler piyasa ve fiyat mekanizmasıyla çözülebilecek, hangi malların ne kadar üretileceği, üretimde sağlanacak kazancın nasıl dağıtılacağı, ileriye dönük olarak yatırımların hangi alanlarda yapılacağı, tüketim ve tasarruf kararlarının piyasada oluşan fiyatlara bağlı olduğu görüşünü savunan klasik liberal iktisatçılara göre gizli el piyasada arz ve talebi dengelemektedir. (**Karayalçın**, Yaşar: Pazar Ekonomisi ve Hukuk, BTHD, 1992, C.16, S.4, , s.92-93).
 - 3 **Türk**, Hikmet Sami: Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, Batider, 1985, C.18, S.2, s. 123; **Sanlı**, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s.5
 - 4 **Ünal**, İbrahim: Rekabet Kurulu’nun Uyumlu Eylem Nedeniyle İdari Yaptırım Kararı ve Yargısal Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010, s.3; **Badur**, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2001, s.1-2.

şekilde iyi işleyen bir piyasa mekanizmasında bireysel faydada gerçekleşen artış, kamusal kazancı da arttıracaktır. Yani yazara göre, bireysel fayda ile kamusal menfaat arasında paralel bir ilişki mevcut olup, bu durum piyasa düzeninin “görünmez eli (*invisible hand*)” sayesinde kendiliğinden oluşmaktadır⁵.

Ancak liberal kapitalist ekonomi düzeni içerisinde ortaya çıkan aksaklıklar nedeniyle, bireysel faydanın her zaman kamu menfaatini beraberinde getirmediği görülmüştür⁶. Özellikle teknoloji ve endüstride yaşanan gelişmeler yeni bir anlayış ortaya çıkarmış, rekabette sınır tanımayan ve her türlü vasitanın meşru sayıldığı bir piyasa ortamı meydana getirmiştir⁷. Bu durum gerektiğinde teşebbüslerin rekabetin kısıtlanmasına veya tamamen ortadan kaldırılmasına neden olabilecek işbirlikleri içerisinde girmelerine neden olmuştur⁸. Bu işbirliklerinin önüne geçilmesi için ise, devletlerin pasif konumunu bırakarak bazı müdahalelerde bulunması gerekliliği ortaya çıkmıştır⁹. Kendi haline bırakılan piyasanın iktisadi hayatı olumsuz etkilemesi, piyasanın hukuk kurallarıyla düzenlenmesini zorunlu hale getirmiş; bunun sonucunda da rekabet hukuku ve rekabet kuralları ortaya çıkmıştır¹⁰.

Rekabet kuralları bu gelişmelerle birlikte serbest piyasa ekonomisinde ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi, rekabetin tesisi ve muhafazası amacıyla devletin yaptığı müdahaleler olarak ifade edilmektedir¹¹. Bu bakımdan rekabet hukuku uygulamalarının temel hedefi; tüketici refahını sağlamak, rekabeti tesis etmek ve bunun sürdürülmesi için gerekli önlemleri almaktır¹². Rekabetin korunmasıyla birlikte serbest piyasa ekonomisi,

5 **Samuelson / Nordhaus**, s.28-29.

6 **Türk**, s.123; **Topçuoğlu**, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisanüstü Tez Serisi, Ankara, 2001, s.3-4.

7 **Topçuoğlu**, s.4.

8 **Arı**, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s.15-16.

9 **Samuelson/Nordhaus**,s.30; **Türk**,s.123.

10 **Türk**, s.125-127.

11 **Kaya**, Ferman: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Yatay İşbirliği Anlaşmaları ve Dikey Anlaşmalar Açısından İncelenmesi, İBD, 2016, C.90, S.2, s.183.

12 **Whish**, Richard/ **Bailey**, David: Competition Law, 7.Ed, Oxford University Press, 2011, s.1.

refah ve gelişmeyi arttırıcı yönüyle birlikte aksaklıklarından kurtulacak ve sağlıklı bir şekilde işleyebilecektir¹³.

Rekabetin tesisi ve muhafazası, piyasanın sağlıklı bir şekilde işleminin yanısıra siyasi ve sosyal hayatta da olumlu etkiler yaratmaktadır. Nitekim rekabeti kısıtlayarak birlik oluşturan teşebbüsler tarafından ekonomik kararların alınması neticesinde, ekonomik gücü elinde bulunduran ve rahatlıkla piyasaya müdahale edebilen bu teşebbüslerce siyasi hayat da kontrol edilebilmektedir¹⁴. Bu bakımdan serbest rekabetin sağlanmasıyla birlikte siyasi, ekonomik ve sosyal gücün tek bir elde toplanmasının önüne geçilebilecektir¹⁵.

1972 tarihli *United States v. Topco Assocs kararında*¹⁶, “*Temel İnsan Hakları Beyannamesi*” nasıl insan olmaktan doğan temel hakları garanti altına alıyorsa, rekabet kurallarının da iktisadi hayatın verimli ve düzenli bir şekilde ilerlemesinin esasını oluşturan teşebbüslerin ekonomik özgürlüğünün ve serbest girişim sisteminin sürekliliğini garanti altına aldığı ifade edilmektedir¹⁷. Bu garanti tüm teşebbüsleri büyüklüğüne ve ekonomik gücüne bakılmaksızın kapsamaktadır¹⁸. Rekabet hukuku kararda, teşebbüslerin “*Magna Carta*”sı olarak ifade edilmektedir¹⁹. Bu bakımdan

13 Ünal, s.4.

14 *Badur*, ayrıca rekabetin kısıtlanması sonucu ortaya çıkabilecek olan tekellerin, zenginden alıp tekelleri teşebbüs sahiplerine veren bir piyasa yapısının oluşmasına neden olacağını ifade etmiştir (**Badur**, s.7); **Topçuoğlu**, s.3; **Sullivan**, Lawrence Anthony: “Economics and More Humanistic Disciplines: What Are the Sources of Wisdom for Antitrust?”, *Univ PA Law Rev.*, Haziran 1977, C. 125, S. 6, s.1222.

15 **Sullivan**, s.1223.

16 *United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972). (**Kolasky**, William: *Antitrust Senator John Sherman and the Origin of Antitrust*, C. 24, S. 1, Fall 2009, s.85).

17 **Kolasky**, s.85

18 “*Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete -- to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster. Implicit in such freedom is the notion that it cannot be foreclosed with respect to one sector of the economy because certain private citizens or groups believe that such foreclosure might promote greater competition in a more important sector of the economy.*” (*United States v. Topco Assocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/596/> (E.T.18.03.2021).

19 **Kolasky**, s.85; **Broder**, Douglas F.: *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, New York, Oxford University Press, 2010, s.2.

rekabetin, "demokratik, politik ve sosyal müesseselerin korunmasında" önemli bir rol oynadığı görülmektedir²⁰.

1.1.2. Rekabet Kavramı

Rekabet kavramı, birçok alanda kullanıldığı için birden fazla anlam taşımaktadır. TDK rekabeti, “*aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış*” olarak tanımlamaktadır²¹. İktisadi açıdan rekabet, piyasa ekonomisinde kâr, satış miktarı ve piyasa payı gibi belirli ticari hedeflere ulaşmak amacıyla işletmeler arasında söz konusu olan yarış olarak tanımlanmaktadır. Hukuki açıdan ise, belirli bir piyasada teşebbüslerin piyasa davranışlarını özgürce belirlemeleri ve uygulamaları şeklinde tanımlanmakta olup, rekabet hukuku bakımından hukuki ve iktisadi açıdan rekabet tanımı önem taşımaktadır²².

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna baktığımızda rekabet, “*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım özellikle “*özgürce ekonomik kararlar verebilme*” ifadesinin rekabetten ziyade teşebbüs olmanın bir unsuru olduğu ve kafa karışıklığına neden olabileceği gerekçesiyle *Topçuoğlu* tarafından eleştirilmiştir²³. Fakat “*teşebbüslerin özgürce ekonomik kararlar vermesi*” ifadesinin teşebbüslerin piyasa stratejilerini işbirliği içerisine girmeden bağımsız bir şekilde belirlemelerine dikkat çekmek amacıyla kullanıldığını ve “*teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı*” şeklinde yapılacak bir tanımın eksik olacağını düşünmekteyiz.

Karşımıza çıkan bir diğer soru, tesis edilmesi ve korunması gereken rekabetin hangi tür rekabet olduğu sorusudur²⁴. Uygulamaya bakıldığında, bu sorunun cevabının tam rekabet olarak verildiği görülmektedir²⁵. Tam rekabet piyasaları, çok sayıda teşebbüsün (*alıcı ve*

20 **Topçuoğlu**, s.3.

21 **TDK**, <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.28.01.2021).

22 **Badur**, s.1.

23 **Topçuoğlu**, s.6.

24 **Türkkan**, Erdal: Rekabet Hukuku Uygulamalarında “İşleyebilir Rekabet” Olgusu ve Kavramı, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 2000, s.124.

25 **Türkkan**, İşleyebilir Rekabet, s.124.

satıcı) bulunduğu, malların homojen olduğu, piyasaya giriş ve çıkışların serbest olduğu, herkesin tam bilgiye sahip olduğu piyasalardır. Bu tür piyasalarda, piyasanın çok sayıda teşebbüs tarafından paylaşılması sayesinde hiçbir teşebbüs fiyata müdahale edememektedir²⁶. Bu yönüyle rekabete ilişkin yapılan tanım ile tam rekabet tanımı paralellik göstermektedir. Fakat tam rekabetin ideal bir model olması ve mükemmel rekabetin (*perfect competition/pure competition*) hiçbir zaman var olmadığı ve var olmasının mümkün olmadığı düşüncesinin farklı rekabet teorilerinin ortaya çıkmasına neden olduğu görülmüştür²⁷.

1940 yılında *J.M. Clark* tarafından ortaya konulan işleyebilir rekabet teorisi (*workable competition/efficient competition*) bunlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸. *Clark* mükemmel rekabete, teorik ve pratik açıdan ulaşmanın mümkün olmadığını ve tam rekabet kavramının kullanılabilir bir referans kabul edilemeyeceğini iddia etmektedir²⁹. *Clark*, asıl amaçlanması gerekenin mükemmel rekabetin değil, işleyebilir rekabetin sağlanması olduğunu belirtmektedir. Buna göre, eğer mükemmel piyasa koşullarının (yani tam rekabet koşullarının) biri dahi sağlanamıyorsa, o zaman diğer koşulların sağlanması için harcanan emek bizi daha iyi bir sonuca götürmeyecektir. Tam rekabet piyasasının tüm koşulları sağlanamıyorsa o zaman diğer koşulların sağlanması anlam ifade etmeyecektir³⁰. Yani bir piyasa, yapısı itibarıyla tam rekabet koşullarının sağlanması ve sürdürülmesi için elverişli değilse o zaman tam rekabet koşullarının sağlanması hususunda ısrar edilmemeli, piyasa özelliklerine uygun rekabetin varlığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda *Clark*, işleyebilir rekabeti sağlayan ve toplumsal refaha katkıda bulunan tekellerin rekabet kurumlarını korkutmasına gerek olmadığını ifade

26 **Türkkan**, İşleyebilir Rekabet, s.124; **Samuelson/Nordhaus**, s.150.

27 **Chessler**, David: Determining When Competition Is "Workable": A Handbook for State Commissions Making Assessments Required By The Telecommunications Act of 1996, The National Regulatory Research Institute, The Ohio State University, Temmuz 1996, s.3 <http://ipu.msu.edu/wp-content/uploads/2016/12/chessler-workable-competition-96-19-july-96-1.pdf> (E.T. 20.11.2019).

28 **Keskin**, Ali Cenk: Uluslararası Rekabet Hukuku, 2.B, Onikilevha Yayınları, , 2020, s.1.

29 **Clark**, John Maurice: Toward A Concept of Workable Competition, AER, 1940, Vol. 30, No.2, s. 241. https://www.jstor.org/stable/1807048?seq=1#page_scan_tab_contents. (E.T. 20.11.2019).

30 **Türkkan**, İşleyebilir Rekabet, s.125.

etmektedir³¹. Buna göre, bazı durumlarda ikinci en iyiyi hedeflemek zorunluluk haline gelebilmektedir³².

Tam rekabet piyasalarının ideal yapısına eleştirisel yaklaşan diğer bir rekabet teorisi ise, “yarışabilir rekabet teorisi (*contestable competition theory*)”dır. *William J. Baumol, John J. Panzar ve Robert D. Willig* tarafından geliştirilen bu teori, işleyebilir rekabet teorisine benzer şekilde uç bir örnek olan tam rekabet piyasasının gerçekleşmesinin neredeyse imkânsız olduğunu kabul etmektedir³³. Yarışabilir rekabet teorisi, tam rekabet teorisinin birçok özelliğini taşımaktadır. Ancak bu teoriyi tam rekabet piyasasından ayıran en önemli özellik, rekabetin sağlanabilmesi için çok sayıda firmanın bulunması ve her bir firmanın piyasaya oranla çok küçük olmasıdır³⁴. Yarışabilir rekabet teorisinin temelinde potansiyel rekabet bulunmakta, tam rekabet piyasasında fiili rekabetin işlevini yarışabilir rekabet teorisinde potansiyel rekabet yerine getirmektedir³⁵. Buna göre, potansiyel rekabet, yani potansiyel rakiplerin varlığı ve bunların neden olduğu rekabet tehdidi piyasadaki teşebbüslerin fiyata ilişkin davranışlarını disipline edecektir³⁶. Potansiyel rekabet için önemli olan ise, piyasaya giriş ve çıkışların serbest olması ve her an yeni bir rakibin piyasaya dâhil olabileceğine dair bir olasılığın varlığıdır³⁷. Tam rekabet piyasasıyla karşılaştırıldığında, yarışabilir rekabet teorisinin daha gerçekçi bir piyasa

31 **Clark**, s. 241-256

32 **Türkkan**, İşleyebilir Rekabet, s.130-132. *Burada rekabetin fonksiyonlarını yerine getirip getirmediğinin önemli olduğu belirtilmektedir Tüketici refahı temin ediliyor, piyasada yeniliklere teşvik mevcut ve gelir dağılımının iyileştirilmesi, ekonomide demokrasinin geliştirilmesi gibi fonksiyonlar tatmin edici bir şekilde yerine getiriliyorsa, bir takım şartların sağlanmadığı gerekçesiyle rekabetin var olmadığından veya bozulduğundan bahsedilememesi gerektiği ifade edilmektedir (Türkkan, İşleyebilir Rekabet, s.130-132).*

33 **Günalp**, Burak/**Özel**, Hüseyin: Rekabet Politikalarının Esasları, Siyasa Dergisi, 2005, C.1, S.1, s.64, http://yunus.hacettepe.edu.tr/~ozel/H.Ozel_B.Gunalp_Siyasa.pdf(E.T.28.01.2021);**Çam**, Ülker: Yarışılabilir Piyasalar Teorisi: Potansiyel Rekabetin Önemi, EİSÜİD, 2017, C.3, S.1, s.90, <https://dergipark.org.tr/kkujebp/issue/33328/372131> (E.T. 20.11.2019).

34 **Çam**, s. 101.

35 **Asheim**, Geir: Contestability in A Resource Market with Non-Convex Costs, SJE, 1992, C.94, S.4, s.609; https://www.jstor.org/stable/3440373?seq=1#page_scan_tab_contents (E.T. 20.11.2019).

36 **Asheim**, s.609.

37 **Asheim**, s.609-610.

yapısı olduğu düşünülse de, yarışabilirlik özelliği taşıyan bir piyasanın gerçek hayatta karşılaşması zor piyasalar olduğu görülmektedir³⁸.

Tam rekabet modelinin ideal bir model olması, yarışabilir rekabet teorisinin ise tam rekabet teorisi gibi karşılaşılmamasının güç olması; öğretilerde ağırlıklı olarak işleyebilir veya etkin rekabet (*workable veya effective competition*) teorisinin kabul edilmesine neden olmuştur³⁹. Bu bakımdan tam rekabet koşullarının oluşmadığı piyasalarda doğrudan rekabetin var olmadığı sonucuna ulaşılmaması, piyasa koşullarına ve özelliklerine göre değerlendirme yapılarak rekabet koşullarının bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

1.2. REKABETİN KORUNMASI VE UYUMLU EYLEM

Adam Smith'in devletin ekonomideki etkisinin sınırlı olması gerektiği, piyasanın görünmez el tarafından düzenleneceği görüşü, piyasanın kendi yapısından kaynaklı aksaklıklar ve teşebbüslerin kârlarını arttırmak için rekabeti bozucu bir takım faaliyetler içerisine girmeleri sonucu etkinliğini kaybetmiştir⁴⁰. Sınırsız rekabetin, teşebbüslerin rekabet hakkını kötüye kullanmasına ve rekabeti sınırlayıcı davranışlar içerisine girmelerine neden olduğu görülmüştür⁴¹. Kamu menfaati ile bireysel fayda arasında paralelliğin her zaman mümkün olmadığı, aksine bazı teşebbüslerin gereğinden büyüyerek piyasaya egemen olması veya birlikte hareket ederek fiyatları etkilemelerinin tüketicileri ve kamu menfaatinin olumsuz etkilediği anlaşılmıştır. Sonuçta da tüketicilerin ve kamunun menfaatinin korunması için birtakım düzenlemelerin oluşturulması gerekliliği ortaya çıkmıştır⁴². Bu ihtiyaçlardan doğan rekabet hukuku kuralları, mal ve

38 **Çam**, s.101. Bankacılık ve havayolu taşımacılığı sektörleri giriş çıkışın serbest olması ve potansiyel rakiplerin piyasaya girmesinin her zaman mümkün olması bakımından yarışabilir piyasalara örnek verilmektedir (**Çam**, s.103-106).

39 **Baskoy**, Tuna: Effective Competition and EU Competition Law, RERA, 2005, Vol.1, No.1 s.1.

40 **Özkan**, Ahmet Fatih: Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları, Rekabet Dergisi, 2009, C.10, S.3, s.116.

41 **Karakılıç**, Hasan: Piyasa Ekonomisi Açısından Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, BTHD, 2016, C.32, S.3, s.108-109.

42 **Topçuoğlu**, s.315; **Keskin**, s.2.

hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı davranışlarını yasaklamakta ve bozulmamış rekabeti tesis etmeyi amaçlamaktadır.

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerle mücadele, rekabet otoritelerinin en önemli görevi olarak karşımıza çıkmaktadır. Rekabet otoritelerinin, piyasadaki rekabeti korumak için teşebbüslerin rekabeti bozucu, engelleyici ve kısıtlayıcı tüm davranışlarını gözetmesi gerekmektedir. Bu davranışlardan ilki, piyasaya egemen olarak diğer teşebbüslerin piyasadan çekilmeye zorlamaktır. İkinci rekabeti kısıtlayıcı uygulama, aynı veya farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşmeleri veya bir teşebbüsün diğerini devralmasıdır⁴³. Birleşmeler ve devralmalar tek başına rekabeti engelleyici nitelik taşımamakta, ancak teşebbüslerin birleşme ve devralma yoluyla piyasa gücünü tüketici aleyhine kullanması yasak kapsamında yer almaktadır⁴⁴. Rekabeti kısıtlayıcı son uygulama ise, piyasadaki teşebbüslerin anlaşarak birlikte hareket etmeleridir. Bu şekilde birlikte hareket eden teşebbüsler, bağımsızlıklarını korumakta, ancak piyasa kararlarını ortaklaşa almakta ve uygulamaktadır.

Hukukumuz bakımından rekabeti bozucu, engelleyici ve kısıtlayıcı bu davranışlar, “anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları” olarak ifade edilmektedir⁴⁵. AB rekabet hukukunda da bu davranışların “anlaşma, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylem” şeklinde ifade edildiği görülmekle birlikte, esas olarak izin verilen ve yasaklanan davranışlar arasındaki ayrım önemli kabul edilmektedir⁴⁶. ABD’ de ise, Sherman Kanunu’nun 1.maddesinde ticareti kısıtlamaya yönelik her türlü “sözleşme, kombinasyon ve gizli anlaşma (*contract, combination and conspiracy*)”nın hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar söz konusu kavramlar ayrı nitelikler taşısa da, aralarında

43 Topçuoğlu, s.11.

44 Whish/ Bailey 7. Ed., s.816-818.

45 Aslan, İ. Yılmaz: Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, 7.B, Bursa, Ekin Yayınları, 2020, s.52.

46 Heintz Van Landewyck Sarl v. Comm'n, Opinion of the Advocate General, Joined Cases 209-215 & 218/78, 1980 E.C.R. s.3286, 3310. *Kararda anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki kavramsal ayrımın önemsiz bir sınıflandırma kriteri olduğu tartışması yapıldığı ifade edilmektedir (Ghezzi, Federico/ Maggolino, Mariateresa: Bridging EU Concerted Practices with U.S. Concerted Actions, JCLE, 2014, C.10, S.3, s.651).*

önemli ölçüde örtüşme mevcuttur⁴⁷. Nitekim Sherman Kanunu'nda üç farklı kavram kullanılmasına rağmen uygulamada aralarında fark gözetilmediği, bunların hem birbiri yerine kullanıldığı, hem de hepsini kapsayacak şekilde “anlaşma” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Bu bakımdan anlaşma, bu ihlallerin en temel ve kritik unsurunu oluşturmaktadır⁴⁸.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'da işbirliğine ilişkin öngörülen ilk vasıta olan *anlaşma*, tarafların belirli bir konuda iradelerinin her yönüyle uyuşması sonucu kurulmaktadır⁴⁹. Diğer bir işbirliği durumu olan *uyumlu eyleme* ilişkin açık ve uzlaşmış bir tanım bulunmadığı görülmektedir. Teşebbüsler rekabeti engelleyici ve kısıtlayıcı anlaşmaların rekabet otoritelerinin denetimine takılmasının önüne geçmek için gizli işbirliği içerisine girebilmektedir. Anlaşma aşamasına ulaşmayan bu gizli işbirliklerinin uyumlu eylem kapsamında yer alacağı kabul edilmektedir⁵⁰. Bu bakımdan RKHK'da gizli işbirliği içerisine giren teşebbüslerin faaliyetlerinin ispatı bakımından yaşanacak zorlukların önüne geçmek amacıyla uyumlu eylem karinesi düzenlenerek ispat kolaylığı sağlanmıştır. Kanunda yer verilen son uygulama olan *teşebbüs birliği kararlarının* söz konusu olabilmesi için ise, teşebbüs birliğinin mevcut olması ve rekabet aleyhine bir teşebbüs birliği kararının alınmış olması gerekmektedir. Bu bakımdan anlaşma ve uyumlu eylemden farklılık arz etmekte olup, nadir olarak ortaya çıkmaktadır⁵¹. Görüldüğü üzere rekabet kuralları, uygulamada ortaya çıkabilecek her türlü işbirliğini kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve bu davranışlar ağır yaptırımlara bağlanmıştır.

47 **Roger, Barry J./Macculloch, Angus**: Competition Law and Policy in the EU and UK, 5.Ed., Routledge, London and New York, s 162.

48 **Broder**, s.37; **Şenol**, Şirin Sevilay, AB Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Dokuz Eylül Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.9

49 **Sanlı**, s. 76; **Güven**, Pelin: Rekabet Hukuku, 2.B Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s.125.

50 **Orbay Ortaç**, Nurdan: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramı, THD, 2007, S.10, s.81.

51 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.64.

1.3. UYUMLU EYLEM KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

1.3.1. ABD Rekabet Hukukunda

Kurallı ve sistemli rekabet hukuku düzenlemeleri ve rekabete ilişkin kapsamlı politikalar ilk olarak ABD’de ortaya çıkmıştır⁵². ABD’yi takiben piyasa ekonomisinin hâkim olduğu diğer ülkelerde de rekabeti koruyan düzenlemeler yaygınlaşmaya başlamıştır⁵³.

19.yy’da ABD’de yaşanan ekonomik büyüme ve dönüşüm, kârlarını arttırmak isteyen teşebbüslerin rekabet etmek yerine, karteller oluşturmalarına neden olmuştur⁵⁴. Ayrıca o tarihlerde ABD’de başka şirketlerin hisselerine sahip olmanın yasak olması da şirketleri, meşru olmayan başka yollara sevk etmiştir⁵⁵. Firmaların, paylarını “trustee” denilen güvendikleri kişilere devretmek yolunu seçerek firmaların tek çatı altında toplanmasına, bunun sonucu olarak da o piyasada tekelleşme oluşturarak rekabetin engellenmesine sebep olduğu görülmüştür⁵⁶. “Trust” adı verilen bu yapılar teknik olarak, birden çok sermaye sahibini tek bir çatı altında birleştirerek koordine eden yasal cihaz anlamına gelmektedir⁵⁷. Ancak zamanla bu yapılar rekabeti kendi lehlerine kontrol etmek isteyen sermaye sahiplerinin toplandığı birlikler haline gelmiştir. Bu durum “trust” kavramının teknik anlamından uzaklaşarak “tekel kurmak amacıyla teşebbüslerin bir araya gelmesi”,

52 **İlçak**, Ali: Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2003, s.6; **Broder**, s.2

53 **İnan**, Nurkut/**Piker**, Mehmet B. Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, BTHAE Yayınları, 2007, s.6; **Özsunay**, Ergun: Kartel Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s. 15; **Duhnea**, Emil: The Sherman Act - Codifying Common Law Provisions or Radical Legislative Reform, RCJ, 2016, Vol.2016, No.1-2, s.148; **Broder**, s.4; **Keskin**, s.99. ABD rekabet hukukunun temelleri, İngiliz common-law geleneğinde yer alan haksız rekabet hukukuna dayanmaktadır (**Tuhas**, Christina: Unfair Competition in Comparative Law. Antitrust Laws, Specific to American Law, Perspectives of Law and Public Administration, 2019, C.8, S.1, s.46; **Broder**, s.2).

54 **Sawyer**, Laura Phillips: US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective, HBS Working Paper Series, 2019, s.1. https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/19-110_e21447ad-d98a-451f-8ef0-ba42209018e6.pdf (E.T.29.01.2021).

55 **Karayalçın**, Yalçın: “İngiliz Hukunda Trust”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s.654.

56 **Jones**, Alison/ **Sufrin**, Brenda: EU Competition Law Text, Cases and Materials, 5.Ed., Oxford University Press, s.19; **Karayalçın**, İngiliz Hukunda Trust, s.654.

57 **Karayalçın**, İngiliz Hukunda Trust, s.653-654.

anlamı kazanmasına neden olmuştur⁵⁸. ABD rekabet hukuku bu tekellere, yani *trustlara* tepki olarak doğması sebebiyle, *antitrust hukuku* olarak ifade edilmektedir⁵⁹.

ABD'nin rekabet düzenlemesi olan Sherman Kanunu, büyük teşebbüslerce ekonomik gücün tek elde toplanmasını önlemeyi ve küçük teşebbüslerin büyük teşebbüslerle rekabet edebilmesini sağlamayı amaçlamakta bu bakımdan amacının ağırlıklı olarak politik olduğu belirtilmektedir⁶⁰. Sherman Kanunu'nu takip eden yıllarda, piyasadaki rekabeti korumak ve düzenlemek amacıyla bir dizi kapsamlı düzenleme oluşturulduğu görülmektedir. Bunlar: *Clayton Kanunu (1914)*, *Federal Ticaret Komisyonu Yasası (1914)*, *Roobinson- Patman Kanunu (1936)*, *Clayton Kanununda Celler-Kefauver Değişiklikleri (1950)* ve *Hart-Scott-Rodino Antitröst İyileştirmeleri Yasası (1976)*'dir⁶¹. Belirtilenler arasında özellikle Sherman Kanunu'nun, hem ABD rekabet hukukunun ilk düzenlemesi olması hem de içerdiği hükümler dolayısıyla Clayton Kanunu ile birlikte ABD hukukunun temelini oluşturduğu kabul edilmektedir⁶².

1.3.1.1. ABD Rekabet Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar

ABD'de yaşanan iktisadi güç yoğunlaşmaları ve büyük sermayeye sahip şirketlerin piyasaya egemen olmak amacıyla birlik kurmalarının önüne geçilmesinde, içtihat hukuku ve sınırlı sayıdaki eyalet kanununun yetersiz kaldığı görülmüştür⁶³. Bu kapsamda federal düzeyde bir yasama faaliyeti başlatılmış ve Sherman Kanunu 23.01.1889'da görüşülmeye başlanmış, Senato'da yaşanan yoğun tartışmalar sonucu Sherman Kanunu ancak 02.07.1890'da yürürlüğe girebilmiştir⁶⁴. Kanun, ABD hukukunda federal düzeyde

58 *Trust* kavramı genel olarak ortak hukuk (*common law*) sistemini benimseyen ülkelerde kullanılmaktadır (**Karayalçın**, İngiliz Hukunda Trust, s.653-654).

59 **Aslan**, İ. Yılmaz: Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999, s.93, **Posner**, Richard A.: The Robinson-Patman Act Federal Regulation of Price Differences, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D.C.,1976, s.17; **Sawyer**, s.1-2.

60 **Iuhas**, s.47.

61 **Broder**, s.2.

62 **Keskin**, s.101.

63 **Keskin**, s.102; **Uran**, s.4.

64 **Kolasky**, s.86-87; **Keskin**, s.102.

rekabet düzenini bozucu işlem ve eylemlerin yaptırma bağlandığı ilk ve temel kanun olma özelliğini taşımaktadır⁶⁵. Kanun iki bölümden oluşmakta olup; ilk bölümünde rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara, ikinci bölümde ise tekelleşmeyi önlemeye yönelik hükümler yer almaktadır⁶⁶.

Sherman Kanununun, federal düzeyde ilk düzenleme olması sebebiyle uygulamada duyulacak ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak mahkemelere geniş takdir yetkisi tanıyan, kapsamlı hükümler içermektedir⁶⁷. Kanunun bu kadar genel olması ve yoruma açık hükümler içermesinin federal hâkimlere, yasak kapsamı içerisinde yer almayan “kabul edilebilir işbirliği (*acceptable cooperation*)” ile yasak kapsamında yer alan “gizli işbirliği (*illegal collusion*)” arasındaki farkı belirleme konusunda olağanüstü bir güç verdiği belirtilmektedir⁶⁸. Bu durum, ABD rekabet hukukunun büyük ölçüde mahkeme yorumlarına bağlı olarak şekillenmesine sebep olmuştur⁶⁹.

Sherman Kanunu’nun kabulü sonrasında ilk *trust* olan *Standart Oil*’a ilişkin verilen *Standard Oil Co. v. United States*⁷⁰ kararıyla birlikte ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız “*rule of reason (haklı sebep)*⁷¹” ilkesi kabul edilmiştir⁷². Bu ilke mahkemeye, kanunda açıkça zararlı olarak kabul edilen davranışların her olay için ayrı değerlendirilerek makul oldukları takdirde, bu davranışları yasak kapsamı dışında bırakma yetkisi vermektedir⁷³. Bu karar, muhafazakâr yargıçlar tarafından Sherman Kanunu’nun dar yorumlanması ve yalnızca makul olmayan sınırlamaların cezalandırılmasına neden olacağı endişesine neden olmuştur⁷⁴. Bunun üzerine 1914’te söz konusu belirsizliklerin önüne geçmek için,

65 **Ilıcak**, s.47; **Duhnea**, s. 178.

66 **Uran**, s.27.

67 **Özsunay**, s. 15; **Duhnea**, s.184.

68 **Kovacic/Shapiro**, s.2;

69 **Broder**, s.35.

70 *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), (**Kovacic/Shapino**, s.5).

71 **Bkz.** Bölüm: 2.2.2

72 **Keskin**, s.103; **Hovenkamp**, Herbert J.: *The Rule of Reason*, Penn Law, Legal Scholarship Repository, 2018.

73 **Keskin**, s.107.

74 Kanunun neredeyse Anayasa kadar genel hükümler içermesi ve uygulayıcılara geniş yetkiler veriyor olmasının; Kanunun ciddiyetle uygulanmasının önüne geçtiği ve yeterli olmadığı eleştirilerine neden

daha ayrıntılı düzenlemeler içeren Clayton Kanunu ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'nu yürürlüğe girmiştir⁷⁵. Bu değişikliklerle birlikte, rekabet hukuku konusunda uzmanlaşacak Federal Ticaret Komisyonu (FTK) kurulmuştur⁷⁶. Sherman Kanunu'ndan yirmi dört yıl sonra kabul edilen Clayton Kanunu'yla belirli rekabet ihlalleri⁷⁷ ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş, birleşmelere sınırlamalar getirilmiş ve rekabetin ihlal edilmesi sebebiyle hak kaybına uğrayan kişilerin zararlarının tazmini için özel hukuk alanında tanınan talep hakları güçlendirilmiştir⁷⁸.

Clayton Kanunu'yla birlikte aynı yıl kabul edilen Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'na 1938 tarihinde yapılan ilavelerle, ticaret hayatında ortaya çıkabilecek olan tüm haksız rekabet metodları, aldatıcı eylem ve uygulamalar yasaklanmıştır⁷⁹. Federal Ticaret Komisyonu da bu kanunun hükümlerini yürütmekle görevli bağımsız bir idari organ olarak kurulmuştur. Düzenlemelerin uygulanması görevi, FTK ile ABD Adalet Bakanlığı arasında paylaştırılmıştır. FTK'ya, ticari faaliyetleri düzenleyerek hukuka aykırı rekabet uygulamalarına karşı mücadele etme görev ve yetkisi verilmiştir⁸⁰.

1936 yılında ise, Robinson-Patman Kanunu'yla, Clayton Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Robinson-Patman Kanunu'nun 1.Bölümü, Clayton Kanunu'nun 2.Bölümü gibi rekabete aykırı fiyat ayrımcılığına ilişkin düzenlemeler yapılmış ve Clayton

olarak yeni düzenlemelerin gerekliliği düşüncesini güçlendirdiği belirtilmektedir(**Aslan**, Amerikan Rekabet Hukuku, s.66).

75 **Kovacic/Shapino**, s.5.

76 **Kovacic/Shapino**, s.5; **Uran**, s.30.

77 Clayton Kanunu'yla belirli bağlama, münhasır bayilik anlaşmaları, yönetim kurullarına çaprazlama müdür atanması (*interlocking directorates*) ve hisse senetlerinin satın alınması yoluyla gerçekleşen birleşmeler yasak kapsamında düzenlenmiştir (**Kovacic/Shapino**, s.5). Sherman Kanunu (1890), 1914 yılında kabul edilen Clayton Kanunu ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu bazı revizyonlarla birlikte hala yürürlükte olan üç temel antitrust kanunudur. FTC Website, The Antitrust Law, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws> (E.T.23.07.2020).

78 **Aslan**, Amerikan Rekabet Hukuku, s.66; **Özsunay**, s.23.

79 **İkizler**, Metin: Rekabet Hukuklarında Uyumlu Eylemler, Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.28; **Uran**, s.30.

80 Kanunda Komisyon tarafından yapılacak soruşturma usulüne de ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. (**Özsunay**, s.24).

Kanunu'nu revize etmek amaçlanmıştır⁸¹. Clayton Kanunu'nun 2.Bölümünde yalnızca satıcılar arasındaki fiyat ayrımcılığı düzenlenmesi, üreticiden nihai tüketiciye kadar farklı kademelerde yaşanan fiyat ayrımcılığı konusunda yetersiz kalmasına neden olmuştur. Robinson Patman Kanunu bu boşluğu ortadan kaldırmak amacıyla ilk satıcıdan son tüketiciye kadar söz konusu olabilecek fiyat ayrımcılığını kapsar şekilde düzenlenmiştir⁸².

ABD'de Sherman Kanunu'yla başlayan yasama faaliyetleri ve uygulama neredeyse anayasal bir yapıya kavuşmuştur⁸³. ABD rekabet hukukunda oluşturulan bu köklü yapının, başta AB Rekabet hukuku olmak üzere birçok rekabet hukuku sistemine öncü olduğu görülmektedir⁸⁴.

1.3.1.2. ABD Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramının Tarihsel Temelleri

Sherman Kanunu m.1, ticareti sınırlamak amacıyla yapılan her türlü sözleşme, kombinasyon⁸⁵ ve gizli anlaşmayı⁸⁶ yasaklamaktadır. Sözleşme kavramı, iki veya daha

81 **Posner**, The Robinson-Patman Act, s.2; FTC,<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/price-discrimination-robinson-patman>. (E.T. 8/01/2020).

82 **Posner**, The Robinson-Patman Act, s.35-36. Clayton Kanunu'nda yapılan Celler-Kefauver değişiklikleriyle ise, rekabeti koruyucu hükümlerin daha uygulanabilir hale getirildiği belirtilmektedir. Belirtilen bu Kanunların yanı sıra birçok eyaletin de kendi rekabet düzenlemeleri de bulunmaktadır (The Editors of Encyclopaedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/celler-kefauber-act>, E.T.2.12.2019). Hart-Scott-Rodino Antitröst İyileştirmeleri Kanunu'nda ise, büyük birleşme ve satın almalarından önce FTK ve ABD Adalet Bakanlığı'na bu işlemler gerçekleşmeden önce bildirim yapılması hususu düzenlenmektedir (<https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program> E.T. 8/01/2020).

83 **Kovacic/Shapino**, s.18-19

84 **Jones/Sufrin**, s. 19; **Duhnea**, s.178.

85 “*Combination*” kavramı doktrinde farklı şekillerde çevrilmiştir. *Arı*, tröst veya benzeri biçimlerdeki her birleşme şeklinde çevirirken (**Arı**, Danışıklılık Kavramı, s.24); *Kekevi*, kombinasyon şeklinde çevirmektedir (**Kekevi**, H.Gökşin: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2008, s.160). Bu çalışmada “*combination*” kavramı için “kombinasyon” ifadesi kullanılmaktadır.

86 “*Conspiracy*” Kavramı Türkçe'ye “gizli anlaşma” olarak çevirmekle birlikte (**Özsunay**, s.15; **Arı**, Danışıklılık Kavramı, s.77, 283.Dipnot), “gizli işbirliği” olarak çeviren yazarlar da bulunmaktadır (**Akıncı**, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2001, s.141). Ayrıca “gizli plan” olarak ifade eden yazarlar da bulunmaktadır (**Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s.160). Bu çalışmada “*conspiracy*” kavramını ifade etmek için “gizli anlaşma” ifadesi kullanılmaktadır.

fazla tarafın hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade bayanı olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Kombinasyon, anlam olarak daha çok birleşmelerle veya *joint venture*⁸⁸ ile yakınlık gösterirken⁸⁹; gizli anlaşma ise, ortak hukuk (*common law*) geleneğinden gelen Sherman Kanunu'na göre, yasadışı eylemde bulunarak rekabeti etkileyen anlaşma olarak ifade edilmektedir⁹⁰.

Gizli anlaşmanın, esas itibarıyla ceza hukuku kaynaklı bir kavram olduğu, ortak hukuk sisteminde, ceza hukuku ve özel hukuktaki kullanımına göre farklı anlamlar taşıdığı görülmektedir⁹¹. Teknik olarak, amaç birliği içerisinde ortak bir anlayış ve plan dâhilinde tarafların buluşması anlamında kullanılmaktadır⁹². Ceza hukuku bakımından ise, birden fazla kişinin yasal olmayan faaliyetleri gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmesi anlamı taşımaktadır⁹³. Ceza hukukundaki gizli anlaşma sırf hareket suçu olarak kabul edilmektedir⁹⁴. Özel hukukta ise gizli anlaşma tek başına ihlal niteliği taşımamaktadır⁹⁵. Bu bakımdan özel hukukta, kendisine karşı gizli anlaşma içerisinde girilen kişiye karşı tazminat konusu olabilecek bir zarar verildiği takdirde ihlalin varlığı söz konusu olmaktadır⁹⁶. Sherman Kanunu m.1 kapsamında yer alan gizli anlaşmada ise, tek başına anlaşmanın yapılmış olmasından ziyade, sonucu önem taşımaktadır. Bu bakımdan madde

87 **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.B, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012, s.166.

88 *Joint Venture*, birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin ortak kontrolünde olan, yeni bir teknoloji veya ürün geliştirmek gibi tek bir teşebbüsün imkânlarını aşan durumlarda söz konusu olan birliklerdir. Bu tür birliklerin söz konusu olması durumunda, normal koşullarda yasadışı olarak kabul edilen birlikte fiyat belirleme gibi durumlar yasal kabul edilmektedir (**Brannock**, Steven L.:Basic Principle of United States Antitrust Law, Brannock & Humphries Tampa, Florida, s.3)https://www.abcamega.com/credit%20group%20documents/ncca/basic_principlesof_antitrust_la_w.pdf (E.T: 30/12/2019).

89 **Ghezzi /Maggiolino**, s.670.

90 **Joshua**, Julian M./ **Jordan**, Sarah: Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting The Concept of Conspiracy in European Community Competition Law Symposium on European Competition Law (Northwestern Journal of International Law&Business), 2004, Vol.24, No.3, s.651-652.

91 **Joshua/ Jordan**, s.652.

92 **Miles**, John Jeff: Principle of Antitrust Law, Ober|Kaler, Nisan 2016, s.20. "...a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of the minds." Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 810 (1946), (**Miles**, s.20).

93 **Joshua/Jordan**, s.652.

94 **Joshua/ Jordan**, s.652.

95 **Joshua/ Jordan**, s.653.

96 **Law**, Jonathan/ **Martin**, Elizabeth A. Martin: Oxford Dictionary of Law, 7.Ed., 2009, s.123-124.

kapsamındaki gizli anlaşma kavramının ceza hukukundan ziyade, özel hukuktaki anlamda kullanıldığını söylemek mümkündür. *United States v. Kissell & Harned*, *kararında*⁹⁷, gizli anlaşmanın bir anlaşma yoluyla kurulmakla birlikte, anlaşmanın tek başına yasak kapsamında olmadığı, asıl kanuna aykırılık teşkil edenin anlaşmanın sonucu olduğu ifade edilmiştir. Bu bakımdan gizli anlaşma, rekabeti olumsuz etkilemediği sürece tek başına yasak kapsamında kabul edilmemektedir⁹⁸.

Sherman Kanunu m.1’de yer alan bu üç kavram zaman içerisinde uygulamada, hem birbirinin yerine hem de hepsini kavrayacak şekilde “anlaşma (*agreement*)” kavramı kullanılmaya başlamıştır⁹⁹. Bu kapsamda kullanılan anlaşmanın varlığı için, şekil şartı¹⁰⁰ ve açık bir şekilde ifade edilmiş¹⁰¹ olması aranmamaktadır¹⁰². Tarafların amaç birliği taşıdığı sürece, nasıl adlandırıldıklarına bakılmaksızın bir eylem üzerinde anlaşarak buna uygun hareket etmeleri anlaşmanın varlığı için yeterli olmaktadır¹⁰³. Bu şekilde esnek bir anlaşma tanımının tercih edilmesiyle birlikte, rekabete zarar veren her türlü davranışın yasak kapsamına dâhil edilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir¹⁰⁴.

Anlaşma kavramının bu denli geniş yorumlanması, bir yandan rekabeti ortadan kaldıran her türlü davranışın yasak kapsamına girmesini sağlarken, diğer yandan bu amacı taşımayan davranışların da cezalandırılmasına neden olabileceği endişesine neden olmuştur¹⁰⁵. *Theatre Enterprises Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*

97 *United States v. Kissell & Harned*, 218 U.S. 601 (1910), s.218, (**Joshua/ Jordan**, s.653).

98 **Joshua/ Jordan**, s.653.

99 **Ghezzi/ Mariateresa**, s.670.

100 *Tobacco Co. v. United States* (**Ghezzi/ Maggiolino**, s.671).

101 *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 142 (1948), (**Ghezzi/ Maggiolino**, s.671-672).

102 **Ghezzi/ Maggiolino**, s.671;

103 **Broder**, s.37; **Baker**, Jonathan B.: Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory, *Antitrust Bulletin*, 1993, Vol.38, No.1, s.143-144.

104 *United States v. Paramount Pictures* (**Ghezzi/ Mariateresa**, s.672).

105 **Turner**, Donald F.: The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, *HLR*, 1962, Vol.75, No. 4, s.658.

Kararında ¹⁰⁶ bu konuya açıklık getirilerek teşebbüslerin davranışlarının yasak kapsamında değerlendirilmesi için, bu davranışın bağımsız bir karardan mı yoksa gizli bir anlaşmadan mı kaynaklandığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁷. Buna göre, teşebbüsler arasında kararlarını etkileyebilecek herhangi bir bağlantının bulunmadığı, teşebbüslerin bağımsız olarak aldıkları kararlardan kaynaklanan paralelliklerin yasak kapsamında olmadığına karar verilmiştir¹⁰⁸.

Sherman Kanunu'nda yer almayan uyumlu eylem kavramı ise, uygulamada mahkeme kararlarıyla birlikte ortaya çıkmıştır ¹⁰⁹. Amerikan Yüksek Mahkemesi (Yüksek Mahkeme)'nin uyumlu eylem niteliğindeki davranışlara ilişkin ilk tespitleri 1914 tarihli **Eastern States Retail Lumber Dealers Assn. v. United States (Kereste Satıcıları Kararı)** ¹¹⁰,nda yapılmıştır¹¹¹. Söz konusu kararda, perakende kereste satıcılar birliği tarafından toptan kereste satıcılarının tüketiciye doğrudan satış yapmasını önlemek için işbirliği yaptığı iddiası tartışılmaktadır. Perakende satıcılar birliği üyelerinin arasında dolaşan "official report" adı verilen raporda, tüketicilere doğrudan satış yapan toptan satıcılara ait özel bilgilere yer verildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme olayda, öncelikle söz konusu raporun dolaşımının, makul bir savunma önlemi mi, yoksa rekabeti engellemek için başvurulmuş saldırgan ve kötü niyetli bir davranış mı olduğunun belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Raporun içeriğine bakıldığında, adı listelenmiş olan toptancılarla işlem yapılmamasına ilişkin bir uyuşma tespit edilememiştir¹¹². Fakat raporda, davalı perakendeci birliklerince toptancıların tüketiciye doğrudan satış yapmasının haksız bir müdahale olarak kabul edildiği ve bu birliklerin kendi satış

106 Theatre Enter. Inc. v. Paramount Film Distribution Corp.,346 U.S. 537 (1954), (**Ghezzi/ Maggiolino**, s.673-674).

107 **Uran**, s.145; **Turner**, s.657.

108 **Turner**, s.658. Bu kararla aynı zamanda, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacak olan piyasa yapısından kaynaklanan ve haklı gerekçelere dayanan paralelliklerin, Sherman Kanunu m.1 kapsamında değerlendirilemeyeceği hususu karara bağlanmıştır (**Ghezzi/ Mariateresa**, s.673; **Turner**, s.657-658).

109 **Ghezzi/ Maggiolino**, s.672; **Kahraman**, Zafer: Rekabet Hukuku Bakımından Oligopolistik Bağımlılık, Beta Yayınları, 2008, s.53.

110 Eastern States Lumber Ass'n v. United States, 234 U.S. 600 (1914)
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/234/600/> (E.T.05.04.2019).

111 **İkizler** 2005, s.38-39.

112 Eastern States Lumber Ass'n v. United States, s.601.

bölgelerini kontrol etme arzusuna sahip üyelerden oluştuğu görülmüştür. Bu birliklerin diğer faaliyetlerinin yanısıra, toptancılar tarafından tüketiciye doğrudan satış yapmasını engelleyici müdahalelerde bulunduğu tespit edilmiştir¹¹³. Yüksek Mahkeme, bu birliklerin tarihçesini, birlik üyeleri arasında dolaşan raporun mahiyetini ve toptancıların satışlarına olan müdahalelerini göz önünde bulundurarak raporun perakendeciler arasında dolaşımının doğal bir eğilimden öte, doğrudan rekabeti sınırlama amacı taşıdığına karar vermiştir¹¹⁴. Yüksek Mahkeme'ye göre, diğer bir önemli nokta da raporda yer alan listelerin dolaşımı sonucunda, kendi bölgesinde haksızlık yapıldığı iddiasında bulunmayan perakendecilerin de listelenmiş toptancılarla iş yapmaktan kaçındıklarının tespit edilmesidir. Bu bakımdan bu durumun toptancıları boykot etme boyutunu aştığı ve rekabetin kısıtlanmasına sebep olduğu görülmüştür. Buna göre, bir perakendeci kendisi için haklı nedenlerin var olması halinde bir toptancıyla olan ilişkisini kesme hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak bireysel olarak yapıldığında zararsız olan bu tür eylemler, çok sayıda teşebbüsün birlikte hareket etmesi sonucu gerçekleştiğinde rekabetin engellenmesine neden olabilmektedir¹¹⁵. Bu sebeple teşebbüsler arasında doğrudan bir anlaşmanın var olmadığı durumlarda, rasyonel piyasa kararlarının dışında rekabeti kısıtlama amacıyla birlikte hareket etmelerinin yani teşebbüsler arasındaki uyumlu davranışların hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir¹¹⁶.

1.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda

AB, ortak pazarın kurulması ve her yönü itibariyle bütünleşmiş bir Avrupa oluşturulması amacıyla kurulmuş ulusüstü bir örgüttür¹¹⁷. Ortak pazarın tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için üye devletler arasında dürüst ve adil rekabetin sağlanması büyük

113 Eastern States Lumber Ass'n v. United States, s.606. Ayrıca Raporun dolaşımı yoluyla tüm birlik üyelerinin ve hatta bildirilecek diğer birlik üyelerinin yalnızca bölgesine müdahale edildiği düşünülen perakendecilerin değil tüm perakendecilerin listedeki toptancılara karşı tavır almaları hedeflediği tespit edilmiştir (Eastern States Lumber Ass'n v. United States, s.606).

114 Eastern States Lumber Ass'n v. United States, s.609.

115 Eastern States Lumber Ass'n v. United States, s.614.

116 **Uran**, s.151-152.

117 **Ateş**, Mustafa: Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış, AAÇD, 2008, C.7, S.2, s.47; **Tekinal**, Gülören/ **Tekinalp**, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, 2. B, İstanbul, 2000, s.382.

önem taşımaktadır¹¹⁸. Üye devletler arasında ticaret engellerinin kaldırılarak pazar entegrasyonunun sağlanması, teşebbüsler tarafından pazar bölünmelerinin önüne geçilmesi ve uluslararası sınırların ortadan kaldırılmasında rekabet hukuku önemli rol oynamaktadır¹¹⁹. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın 1966 tarihli *Consten and Grunding v. Commision*¹²⁰ kararında pazar entegrasyonunun sağlanması amacının Birlik rekabet hukukunu, diğer rekabet sistemlerinden ayıran en önemli özelliklerden biri olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca kararda AB rekabet politikasının amacının (kartellerin ve hâkim teşebbüslerin fiyatları etkilemelerini önleyerek) tüketici refahını ve küçük-orta büyüklükteki işletmeleri korumak olduğuna dikkat çekilmiştir¹²¹.

1.3.2.1. Avrupa Birliği Rekabet Hukukuna İlişkin Mevzuat

AB hukuku kaynaklarının birincil kaynaklar, ikincil kaynaklar ve diğer kaynaklar olarak ayrıldığı görülmektedir. Birincil kaynaklar; kurucu ve ek anlaşmalar ve üye ülkelerle yapılan anlaşmalardan oluşmaktadır. İkincil kaynaklar; tüzükler (*regulations*), yönergeler (*direktifler*) ve kararlardan (*decisions*) oluşmaktadır. Diğer kaynaklar ise; uluslararası anlaşmalar, hukukun genel prensipleri, ABAD içtihatları, tavsiyeler, görüşler (*recommendations and opinions*)¹²² ve genelgeler, beyanlar gibi bağlayıcı olmayan hukuk kurallarıdır¹²³.

Avrupa ekonomik entegrasyonu ve Avrupa'da ortak pazarın oluşturulması amacının gerçekleştirilmesi için gerekli araçları içeren “Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİHA)” 1 Aralık 2009 tarihinde “Lizbon Anlaşması” ile beraber yürürlüğe girmiştir. 1957 tarihli “Avrupa Topluluklarını Kuran Roma Anlaşması”, “Avrupa

118 Keskin, s.110-111.

119 Horspool, Margot / Humphreys, Matthew: European Union Law, 6.Ed., United Kingdom, Oxford University Press, s.471.

120 Consten-Grunding v. Commission, ECJ, 56-58/64, 13.7.1966, ECR-1966 (Horspool/Humphreys, s.471-472).

121 Horspool/ Humphreys, s.471-472.

122 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma Madde 288'e göre tavsiye ve görüşlerin bağlayıcılığı bulunmamaktadır (Tapan, Ruhi: AB Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri, Sayıştay Dergisi, 1999, S.32, C.10, s.104).

123 Horspool/ Humphreys, s.86-87.

Birliği'nin İşleyişı Hakkında Anlaşma (The Treaty on the Functioning of the European Union)” olarak yeniden düzenlenmiştir¹²⁴. ABİHA m.3, AB'ye, “iç pazarın işleyişı için gerekli olan rekabet kurallarını tesis etmede” münhasır yetki sağlamaktadır. Buna ek olarak, ABİHA m.119'da, “Üye Devletler ve Topluluk faaliyetlerinin, rekabetin serbest olduğu bir açık pazar ekonomisi ilkesi doğrultusunda yürütülmesi gerektiği” ifade edilmektedir¹²⁵. ABİHA'nın rekabete ilişkin maddelerine bakacak olursak: m.101 ve m.102'de teşebbüslere uygulanan rekabet düzenlemeleri, m.37. ve m.106'da serbestleştirme ve devlet müdahalesine ilişkin düzenlemeler, m.106, m.107 ve m.109'da devlet yardımlarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. ABİHA tüm üye devletlerde, tüm sektörlerle doğrudan uygulanabilen hukuki olarak bağlayıcı bir metin niteliği taşımaktadır¹²⁶.

1.3.2.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramının Tarihsel Temelleri

Uyumlu eylem kavramı, AB hukukunda ilk olarak *Shuman Planı*¹²⁷ esas alınarak yapılan görüşmeler neticesinde 18 Nisan 1951 tarihinde imzalanan “*Avrupa Kömür Çelik*

124 Avrupa Birliği'nin rekabete ilişkin düzenlemeler,; 25.03.1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Roma Anlaşması m.85-93 ve 07.02.1992 tarihli Avrupa Topluluğunu Kuran Maastricht Anlaşması m.85-93, 02.10.1997 tarihli Amsterdam Anlaşması'nın Rekabet Kurulları Başığı altında m.81-89 arasında yer almaktaydı. Rekabete ilişkin işbu düzenlemeler, 01.12.2009 tarihinde yapılan son düzenlemeyle Avrupa Birliği'nin İşleyişı Hakkında Anlaşma m. 101-109 arasında düzenlenmektedir (**Mess Rekabet Rehberi**, Brüksel&İstanbul, Nisan 2012, s.6).

125 **Mess Rekabet Rehberi**, s.6.

126 **Mess Rekabet Rehberi**, s.6-7; **Keskin**, s.113. AB rekabet kurallarının uygulanmasında Komisyon, üye devletlerin rekabet otoriteleri, Genel Mahkeme (AB ilk derece mahkemesinin adı Lizbon Anlaşmasıyla Genel Mahkeme olarak değiştirilmiştir.) ve ABAD tarafından birlikte uygulanmaktadır(**Keskin**,s.117).Komisyon rekabet ihlallerinin soruşturulması ve cezalandırılmasında önemli rol oynamakta olup, temel yürütme organıdır. Rekabet kurallarına uyulup uyulmadığını denetlemek, rekabet soruşturmalarını yürütmek Komisyon'un görevidir. Ayrıca belirli sektörlerle ilişkin incelemeler yaparak raporlar yayınlama gibi faaliyetleri de bulunmaktadır (**Woods, Lorna/ Watson, Philippa/ Costa, Marios: Steiner & Woods EU Law, 13. Ed., Oxford University Press, 2017, s.633, Çınar, Esat: Effects of European Commission Decisions on Competition Law Breaches Before Turkish Courts in Private Actions, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2020, s.21).**

127 “İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Avrupalı devlet adamlarının Avrupa'da kalıcı bir barış oluşturma çabaları hız kazanmıştır. Robert Schuman (Fransa Dışışleri Bakanı), Eski Milletler Cemiyeti Genel Sekreteri Jean Monnet'in tasarısına dayanarak, 9 Mayıs 1950 tarihinde, Avrupa devletlerini, kömür ve çelik üretiminde alınan kararları bağımsız ve uluslararası bir kuruma devretmeye davet etmiştir. Schuman Planına göre, Avrupa'da bir barışın kurulabilmesi için Fransa ve Almanya arasında yüzyıllardır süregelen çekişmenin son bulması gerektiği düşünölmüştür. Bunun yolu ise, söz konusu kurumun gözetiminde, ortak kömür ve çelik üretimini sağlamak ve bu örgütlenmeyi tüm Avrupa

*Topluluğu Anlaşması (AKÇTA)*¹²⁸’nda düzenlenmiştir. AKÇTA m.65/1’de piyasa içerisinde rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, kısıtlama ya da bozma eğilimi gösteren teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yasaklanmıştır¹²⁹. Bu anlaşmanın akabinde 25 Mart 1957 tarihli “*Roma Anlaşması*”yla “*Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)*” kurulmuş, AET m.85’te uyumlu eylemi yasaklayıcı hükümlere yer verilmiştir. Nihayet 7 Şubat 1992 tarihli “*Maastricht Anlaşması*”yla Avrupa Topluluğu kurulmuş, AET’nin yerini Avrupa Topluluğu almıştır. 2 Mayıs 1997’de imzalanan ve Mayıs 1999’da yürürlüğe giren “*Amsterdam Anlaşmasıyla*” AET 85.m içeriği hiç değiştirilmeden m.81’ e aktarılmıştır. Son olarak uyumlu eylem kavramı, 1 Aralık 2009 tarihinde yapılan son düzenlemeyle ABİHA m.101’de yerini almıştır.

ABİHA m.101’de teşebbüsler arasındaki rekabeti bozmaya yönelik her türlü davranışı yasak kapsamına alınması için, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının yanında ayrıca uyumlu eylem kavramına da yer verildiği belirtilmektedir¹³⁰. Buna göre, teşebbüsler arasındaki anlaşmalar ve teşebbüs birliği kararları gibi açıkça anlaşılması mümkün olmayan rekabeti bozucu davranışların önüne geçilmesi¹³¹ ve Birlik içerisinde bozulmamış bir rekabet sisteminin tesis edilmesi sağlanabilecektir¹³².

devletlerinin katılımına açık tutmak olarak görülmüştür (AB Başkanlığı, <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105>) (E.T. 17/12/2019).

128 “*Schuman Planının bir sonucu olarak, 1951 yılında, Belçika, Federal Almanya, Lüksemburg, Fransa, İtalya ve Hollanda'dan Oluşan 6 üye ile Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) kurulmuştur. Söz konusu Topluluk Yüksek Otoritesi'nin ilk başkanı ise, Schuman Planı'na ilham veren bu fikrin sahibi Jean Monnet olmuştur. Böylece, savaşın ham maddeleri olan kömür ve çelik, barış aracı olmuş; dünya tarihinde ilk defa devletler kendi iradeleri ile egemenliklerinin bir kısmını ulusüstü bir kuruma devretmiştir.*” AB Başkanlığı, <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105> (E.T. 17/12/2019)

129 Şenol, s.25-26.

130 Ghezzi/ Maggiolino, s.651.

131 Llorens, Albertina Albors: Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts Between Competitors, the Antitrust Bulletin, 2006, Vol. 51, No. 4, s.840; Ghezzi/ Maggiolino, s.651; Dashwood, Alan/ Dougan, Michael/ Rodger, Barry/ Spaventa, Elanor/ Wyatt, Derrick: Wyatt and Dashwood’s European Union Law, 6.Ed., Oxford and Portlang, Oregon, Hart Publishing, 2011, s.735, Jonas/ Sufirin, s.164.

132 Jonas/Sufirin, s.149; Llorens, s.837-838.

AB rekabet hukukunda da ABD rekabet hukukunda olduğu gibi bu üç kavramın birlikte kullandığı, uygulayıcıların teorik düzeyde bu üç kavramı birbirinden ayırt edecek tanımlar ortaya koymakta zorlandığı görülmektedir¹³³. Anlaşma kavramının, işbirliğinin en belirgin şekli olarak kabul edildiği, ilk bakışta hemen anlaşılamayan ve gayri resmi işbirliklerini de içerecek şekilde geniş bir anlamda kullanıldığı görülmektedir. **Bayer v. Commission**¹³⁴ kararında ilk derece mahkemesi, nasıl adlandırıldığına bakılmaksızın en az iki tarafın irade uyuşmasının anlaşmanın varlığı için yeterli olduğunu belirtmiştir¹³⁵. 1970 tarihli **ACF Chemiefarma v. Commission**¹³⁶ kararında ise, anlaşmanın varlığından söz edebilmek için teşebbüslerin rekabeti kısıtlamaya yönelik olarak belirli bir şekilde davranma niyetlerini açığa vurmaları gerektiği ifade edilmiştir. Taraflar yapmış oldukları centilmenlik anlaşmasının¹³⁷ ABİHA m.101 (eski m.81) anlamında anlaşma olmadığını iddia etmiş, fakat tarafların anlaşmanın ihlali halinde yaptırım öngörmüş olmalarının anlaşmayı yürütmek için ortak bir niyetin var olduğu varsayımını güçlendirdiği ve anlaşmanın ne şekilde yapıldığının öneminin bulunmadığı belirtilmiştir¹³⁸.

Anlaşmanın bu şekilde geniş kapsamlı kullanımı ABİHA m.101'in her türlü işbirliğine uygulanmasını sağlamakla birlikte, anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki sınırı belirsizleştirmektedir¹³⁹. ABAD ve Avrupa Komisyonu (Komisyon)'nun işbirliğinin kanıtlandığı sürece, bunun uyumlu eylem mi yoksa anlaşma mı olduğu hususuna dikkat etmediği görülmektedir. Bu durum anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki farkın çok da

133 **Ghezzi/Maggiolino**, s.651.

134 **Bayer v. Commission**, Case T-41 /96, 2000 E.C.R. 11-3383, para. 69, (**Llorens**, s.840).

135 Bu kararda, içtihat hukukunda daha önceden ortaya konulan tarafların iradelerinin uyuşmasının anlaşmanın varlığı için yeterli olması ve anlaşmanın şeklinin önemli olmaması unsurlarını bir araya getirdiği belirtilmektedir (**Llorens**, s.840).

136 **ACF Chemiefarma v. Commission**, Case 41 /69,1970 E.C.R. 661 (**Rodger/MacCulloch**, s.162) Anlaşmanın nasıl yapıldığının önemli olmadığı görüşü pek çok kararda kabul edilmiştir. Buna göre anlaşmanın yazılı, sözlü ne şekilde yapıldığı önem taşımamaktadır (**Rodger/MacCulloch**, s.162).

137 Centilmenlik anlaşması, tarafların borçlarının tıpkı sözleşmedeki gibi belirlendiği, taraflar arasındaki gayriresmî, hukuken bağlayıcılığı olmayan bir anlaşmadır. Centilmenlik anlaşmalarının esaslı bir özelliği, anlaşmanın yerine getirilmesinin, hukuki bir zorlayıcılık yerine, tarafların karşılıklı onur veya çıkarlarına bağlanmış olması olarak ifade edilmektedir (**İkizler**, Metin: Centilmenlik Anlaşması, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, DEÜHFD, 2017, C.19, Özel Sayı, s. 415).

138 **Llorens**, s.840-841.

139 **Llorens**, s.842-843. *Llorens* göre, bu durum uyumlu eylemi gizli anlaşma (*conspiracy*) kapsamı içerisinde ele alan Amerikan rekabet hukukunun etkisinden kaynaklanmaktadır(**Llorens**, s.842-843).

önemli olmadığı düşüncesini akla getirmektedir¹⁴⁰. Ancak içtihadta kavramlar arasında temel bir ayrımın var olduğuna ilişkin açıklamalara da rastlanmaktadır¹⁴¹. Nitekim *Comm'n v. Anic Partecipazioni Spa*¹⁴² kararında, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının aynı amaca hizmet ettiği, fakat yoğunlukları ve ortaya konuluş şekilleri bakımından birbirlerinden farklı olduğu belirtilmektedir¹⁴³. Bu bakımdan AB hukukunda, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının mevcut farklılıkları da göz önünde bulundurularak değerlendirildiği görülmektedir.

Uyumlu eylem kavramına ilişkin ilk tespitlerin ise, “*Dyestuffs Davası*” olarak da bilinen *ICI (Imperial Chemical Industries) v. Commission*¹⁴⁴ kararında yapılmıştır. Bu kararın konusunu; 1964, 1965 ve 1967 yıllarında; Almanya, Fransa, İtalya İsviçre İngiltere'nin de aralarında bulunduğu dokuz Avrupalı analin boyası (*aniline dyes*) üreticisinin (ICI'nin içerisinde yer aldığı) eş zamanlı ve aynı oranda fiyat artışı yapmaları oluşturmaktadır. Tarafların oligopol piyasa¹⁴⁵ yapısından kaynaklanan nedenlerle fiyat paralelliğinin oluştuğuna dair itirazları Komisyon tarafından kabul edilmemiştir¹⁴⁶. Komisyon, üreticilerin uyumlu eylem içerisinde hareket ederek fiyat artışına sebep olduklarına ve üye ülkeler arasındaki rekabeti bozduklarına karar vermiştir¹⁴⁷. Komisyon'un bu kararı verirken; teşebbüslerin yapısal farklılıklarına ve farklı özellikler gösteren ulusal piyasalarda faaliyet göstermelerine rağmen fiyat artışlarının aynı zamanda ve benzer oranda gerçekleşmesi, şirketlerin bünyelerinde yer alan yavru şirketlere fiyatların

140 **Llorens**, s.842-843.

141 **Llorens**, s.843.

142 *Comm'n v. Anic Partecipazioni Spa (Polypropylene)*, Case C-49/92P,1999 E.C.R. 1-4125, para. 131-133 <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0049&from=EN> (E.T.02.03.2020).

143 **Llorens**, s.843.

144 *ICI v. Commission*, Case C- 48/69 (1972) ECR 619. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=EN> (E.T.02.03.2020).

145 Oligopol piyasaları, birbirlerini doğrudan etkileyebilecek derecede az sayıda teşebbüsün bulunduğu piyasalardır. Bu tür piyasalarda teşebbüslerin piyasa davranışları rakiplerinin stratejilerine bağlıdır. Bu sebeple piyasada yapısından kaynaklı olarak paralellikler oluşmaktadır (**Gerven/ Varona**, s.576; **Samuelson/Nordhaus**, s.171).

146 **Woods/Watson/Costa**, s.641; **Çelen**, Aydın: Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hâkim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2003, s.27.

147 Aktaran **Llorens**, s.844.

belirlenmesine ilişkin talimat göndermesi gibi hususların göz önünde bulundurduğu görülmektedir¹⁴⁸.

Komisyon kararının temyizi üzerine ABAD, kararı onayarak üreticilerin neredeyse aynı zamanda, aynı ürünlerde fiyat arttırmalarının normal piyasa koşullarında mümkün olmadığını, bunun ancak taraflar arasında koordinasyonun varlığı ile açıklanabileceğini belirtmiştir. Kararda uyumlu eylemi “*tam anlamıyla sözleşme aşamasına ulaşmayan, taraflarının rekabetin riskine karşı bilerek ikame ettikleri pratik işbirliği*¹⁴⁹” olarak tanımlamıştır¹⁵⁰. Ayrıca uyumlu eylemin doğası gereği anlaşmanın tüm unsurlarını taşımadığı, teşebbüsler arasında koordinasyon var olmadan da ortaya çıkmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Paralel davranışların tek başına uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmekle birlikte¹⁵¹, teşebbüslerin büyüklüğü, sayısı, piyasa hacmi dikkate alındığında söz konusu uygulamanın normal piyasa koşullarına uygun olmayan rekabet koşullarına yol açmasının, uyumlu eylemin varlığına dair güçlü bir kanıt oluşturacağı belirtilmiştir¹⁵². Bu bakımdan uyumlu eylemin varlığının, elde edilen kanıtların söz konusu piyasanın özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde doğru bir şekilde tespit edilebileceği ifade edilmiştir¹⁵³.

Kararda uyumlu eylemin söz konusu olabilmesi için, işletmeler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon ve pratik işbirliğinin, bu işbirliğine doğrudan veya dolaylı bir temas ile ulaşılmasının ve rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliğin ortadan kaldırılmış olmasının aranacağı ortaya koyulmuştur. Uyumlu eylemin doğası gereği anlaşmanın tüm unsurlarını taşımasının gerekli olmadığı, dolayısıyla taraflar arasında “*detaylı bir anlaşma*” mevcut olmasa da yukarıda ifade edilen durumların ortaya çıkmasının uyumlu eylemin varlığına yeterli kanıt teşkil edeceği

148 Çelen, s.27

149 ICI v. Commission, para.64.

150 Woods/ Watson/ Costa, s.640-641.

151 Ghezzi/ Maggolino, s.653.

152 ICI v. Commission, para.65-66.

153 ICI v. Commission, para. 68.

belirtmiştir¹⁵⁴. Ayrıca paralel davranışların tek başına uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyeceği hususunun da altı çizilmektedir. Buna göre, piyasanın özellikleri dikkate alındığında, söz konusu davranış piyasa koşullarına uygun ise, bu tür davranışlar uyumlu eylem olarak kabul edilmeyecektir¹⁵⁵. **Gerven/Varona ve Prof. Rene Joliet**¹⁵⁶ ise, kararda piyasanın kendine has özelliklerinin göz önünde bulundurulması gereği kabul edilse de, piyasa özelliklerinin detaylı bir şekilde incelenmeden ve bağlantıya ilişkin herhangi bir kanıt ortaya koyulmadan tarafların işbirliği yaptığı sonucuna varılmasının endişe verici olduğunu belirtmiştir¹⁵⁷.

ABAD'ın uyumlu eylem kavramına ilişkin verdiği bir diğer önemli karar ise, 1975 tarihli **Suiker Unie and Others v. Commission (The Sugar Cartel)** kararıdır¹⁵⁸. Söz konusu kararda, AB ülkelerinde şeker piyasasının yüzde doksanına sahip olan teşebbüslerin 1968-69 ve 1971-72 yılları arasında ortak pazarı bölerek kontrol ettikleri iddiası incelenmektedir. Yapılan araştırmalar sonucunda, üreticilerin ortak pazarı bölerek rakiplerin iç piyasaya girmelerini engelledikleri, diğer ülkelerdeki rakiplerin ancak yerli üreticilerin onayıyla piyasaya girebildikleri görülmüştür¹⁵⁹. Komisyon teşebbüslerin bu yöndeki iradelerini içeren mektup ve teleteks mesajlarını ortaya koyarak uyumlu eylemin varlığına karar vermiş, ABAD tarafından da karar hukuka uygun bulunmuştur¹⁶⁰.

154 ICI v. Commission, para.65.

155 ICI v. Commission, para.66.

156 Joliet, René: La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative, Cahiers de droit européen 1974, s.251-286, (Naklen **Gerven**, Gerwin Van/ **Varona**, Edurne Navarro: The Wood Pulp Case and The Future of Concerted Practices, CMLR, 1994, Vol.31, No.3, s.589). Liege Üniversitesinde profesör olan, daha sonra *Woodpulp* kararında raportör olarak görev yapan Prof Joliet René, makalesinde *Dyestuffs* kararını eleştirmektedir (**Gerven/Varona**, s.589).

157 **Gerven/Varona**, s.589. *Dyestuffs* kararında, *Woodpulp* kararının aksine, eş zamanlı olmasa da fiyat duyurularını, yasak kapsamındaki dolaylı iletişim olarak kabul edilmektedir. (**Gerven/Varona**, s.590).

158 **Suiker Unie and Others v. Commission**, Case 40/73 ETC (1975) ECR 1663. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0040&from=EN\(E.T.02.03.2020\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0040&from=EN(E.T.02.03.2020)). (**Ghezzi/ Maggiolino**, s.652).

159 **Yüksel**, Onur Yelda: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2004, s.37.

160 **Suiker Unie And Others v. Commission**, para.269.

ABAD, *Dyestuffs kararında* yapılan uyumlu eylem tanımını temel alarak, koordinasyon ve işbirliğinden söz edebilmek için, ortak bir planın varlığının aranmasının gerekli olmadığını belirtmiştir¹⁶¹. Buna göre, teşebbüslerin piyasadaki davranışlarını bağımsız olarak belirlemeleri gerekmele birlikte, bu durum teşebbüslerin piyasadaki koşullara ve rakiplerinin davranışlarına karşı akıllıca stratejiler geliştirmelerini engellemeyecektir¹⁶². Ancak teşebbüslerin “doğrudan veya dolaylı iletişim” yoluyla rakiplerinin davranışlarını etkilemeye veya kendi davranışlarını rakiplerine ifşa etmeye yönelik davranışları kesinlikle yasak kapsamında yer almaktadır¹⁶³.

Dyestuffs kararıyla birlikte *Suiker Unie* kararının, uyumlu eylemin varlığı için hangi koşulların mevcut olması gerektiğine ilişkin çerçeve oluşturduğu görülmektedir. Uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için teşebbüslerin rekabet etmek yerine fikir birliği içerisinde hareket etmeleri gerekmele, fikir birliği için ise “doğrudan veya dolaylı iletişimin” varlığı yeterli kabul edilmektedir¹⁶⁴. Doktrinde, kararda oligopolistik piyasa yapısından kaynaklı paralelliklerin uyumlu eylem kapsamında kabul edilmediği görülse de, “dolaylı iletişim” gibi bir ifadeye yer verilmiş olmasının belirsizliğe neden olabileceği, özellikle “ileriye dönük fiyat açıklaması” veya “fiyat liderliği” gibi rasyonel piyasa davranışlarının yasak kapsamında kabul edilmesine neden olabileceği ifade edilmiştir¹⁶⁵. *Dyestuffs* ve *Suiker Unie kararında* söz konusu olan belirsizlikler, uyumlu eylem kavramına ilişkin verilmiş bir diğer önemli karar olan **Wood Pulp** kararıyla¹⁶⁶ tekrar ele alınmıştır¹⁶⁷. *Gerven/Varona*, *Woodpulp* kararının, *Prof. Joliet*'in *Dyestuffs kararı* üzerine yaptığı eleştirilerin AB rekabet hukukuna yansımaları olduğunu ifade etmektedir¹⁶⁸.

161 *Suiker Unie And Others v. Commission*, para.26-27-28.

162 *Suiker Unie And Others v. Commission*, para.173-174.

163 *Suiker Unie And Others v. Commission*, para.173.

164 **Whish/ Bailey** 7.Ed., s.113.

165 **Gerven/Varona**, s.591.

166 Karar oligopolistik bağımlılık başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacağı için burada sadece uyumlu eylem kavramının gelişim aşamasındaki önemi kısaca ele alınmaktadır (Bölüm.2.3.3.2.).

167 **Çelen**, s.30.

168 **Gerven/Varona**, s.589.

Komisyon *Wood Pulp* kararında, kâğıt hamuru üreticilerinin farklı ülkelerde faaliyet göstermelerine rağmen yıllardır gözlenen paralel fiyatların oligopolistik piyasa koşullarıyla açıklanamayacağına ve uyumlu eylemin varlığına karar vermiştir. Komisyon bu kararı verirken fiyatların ABD Doları cinsinden açıklanmasını da “dolaylı iletişim” delili olarak kabul etmiştir¹⁶⁹. Komisyon kararının temyizi üzerine ABAD öncelikle paralelliğin oligopolistik yapıdan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek için uzman raporu hazırlatmıştır. Raporda, piyasanın oligopolist bir yapıda olduğu ortaya koyularak Komisyon kararının yerinde olmadığı tespiti yapılmıştır. Piyasa koşullarının analiz edildiği bu rapor doğrultusunda ABAD ileriye dönük fiyat açıklamalarının piyasadaki belirsizliği ortadan kaldırmadığına karar vermiştir¹⁷⁰. *Dyestuffs* kararına benzer şekilde, paralel davranışların tek açıklamasının uyumlu eylem olmayabileceği, piyasanın yapısından kaynaklanan sebeplerle de paralelliğin ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, piyasadaki paralelliğin kanuni ve ekonomik gerekçelerinin ortaya konulması durumunda uyumlu eylemin varlığından söz edilmesi güçleşecektir¹⁷¹. Paralelliğin tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli olmadığı görüşü devam etmekle birlikte, “ileriye dönük fiyat açıklamaları”na ilişkin *Dyestuffs* kararındaki görüşünün değişikliğe uğradığı görülmektedir¹⁷².

Woodpulp, *Dyestuffs* ve *Suiker Unie* kararlarında, oligopolistik piyasalarda gözlemlenebilecek bilinçli paralelliklerin uyumlu eylem kapsamında olmadığı, ileriye dönük fiyat açıklamalarının piyasadaki belirsizliği azaltmakla birlikte, tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli delil niteliği taşımadığı açıkça ortaya koyulmaktadır¹⁷³. Bu üç

169 Çelen, s.30

170 Bu durumun ileriye dönük fiyat açıklamalarının endişe uyandırmadığı anlamına gelmemekte olduğu, ileriye dönük fiyat açıklamalarının piyasadaki belirsizliği azalttığı gerçeğini değiştirmediği belirtilmektedir. Nitekim doktrinde ileriye dönük fiyat açıklamalarının, rakiplerin davranışları hakkındaki belirsizliği azaltarak paralel fiyatlandırmayı kolaylaştıracağı ağırlıklı olarak kabul edilmektedir (Gerven/Varona, s.594).

171 Ezrachi, Ariel: EU Competition Law an Analytical Guide to The Leading Cases, 4.Ed Oxford and Portland, Oregon, , s.69; Woods/ Watson/ Costa, s.641; Çelen, s.32.

172 Çelen, s.31.

173 Çelen, s.32.

kararın AB rekabet hukukunda uyumlu eylem kavramına ilişkin temel prensiplerin belirlenmesinde önemli yere sahip olduğu görülmektedir.

1.3.3. Türk Rekabet Hukukunda

Rekabet Kanunu'nun kabul edildiği 1994 yılına kadar ülkemizde farklı ekonomik sistemler benimsenmiştir. 1980'e kadar karma bir sistem hâkimken, 24 Ocak 1980 kararlarıyla liberal ekonomik sisteme geçiş yapılmıştır. Bu durum özel teşebbüslerin ekonomi içerisindeki önemini artırmış, rekabete ilişkin düzenlemelerin yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Nitekim bu gerekliliğin hem Anayasa'da¹⁷⁴ hem de yapılan uluslararası anlaşmalarda yer aldığı görülmektedir¹⁷⁵. AB ile Türkiye arasındaki Ortaklık Anlaşması çerçevesinde oluşturulan Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı kararıyla¹⁷⁶ tarafların rekabet hukuku ve politikalarını uyumlaştırmaları öngörülmüştür. Türkiye'nin AB'ye adaylık süreci ve beraberinde Gümrük Birliğine katılması, Türkiye'nin AB rekabet düzenlemelerini uyumlaştırması ve bu alanın Birlik düzenlemeleri doğrultusunda gelişmesi sonucunu doğurmuştur¹⁷⁷. AB rekabet hukukunun da ABD rekabet hukukundan köklerini aldığı göz önünde bulundurulduğunda¹⁷⁸, Türk rekabet hukukunun, AB rekabet hukuku ile birlikte ABD rekabet hukukunda yer alan uygulamaların ve kullanılan araçların benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür.

174 Anayasa m.5, m.48, m.167 ve m.172 serbest rekabet ilkesi ve piyasaların korunmasına ilişkin temel ilkeler ortaya konulmaktadır. **Anayasa m.5** “*Ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*”, **Anayasa m.48** “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*”, **Anayasa m.167** “*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*”, **Anayasa m.172** “*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.*”

175 Arı, Danışıklılık Kavramı, s.29; İnan/Piker, s.3-4.

176 Decision No 1/95 of The EC-Turkey Association Council OJ 13.2.1996 L35/1.[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21996D0213\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:21996D0213(01)&from=EN) (E.T.01/01/2021).

177 Çınar, s.21-26.

178 Jonas/Sufrin, s.1.

1.3.3.1. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramının Tarihsel Temelleri

Uyumlu eylem kavramı ilk kez 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı RKHK'nın yürürlüğe girmesiyle hukukumuzdaki yerini almıştır. Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı kararı çerçevesinde, RKHK AB'nin ilgili düzenlemeleri, doktrin ve içtihatlar doğrultusunda oluşturulmuş olup, Türk rekabet hukukunda yer alan uyumlu eylem kavramı ve unsurları büyük ölçüde AB hukukuna benzerlik göstermektedir¹⁷⁹. RKHK'da uyumlu eylem kavramı, ABD ve AB rekabet hukuku düzenlemelerinde olduğu gibi tanımlanmamış olup kavramın tanımında Kurul kararları yol gösterici nitelik taşımaktadır.

Uyumlu eyleme ilişkin Rekabet Kurulu (RK) tarafından yapılan tanımlara baktığımızda genellikle RKHK m.4'ün gerekçesine ve doktrinde yapılan açıklamalara atıf yapıldığı görülmektedir¹⁸⁰. Uyumlu eylem kavramının RK tarafından ayrıntılı olarak incelendiği ilk karar olan "*Süt kararı*"¹⁸¹nda "uyumlu eylem" kavramı büyük ölçüde Aslan'ın¹⁸² görüşlerine dayanılarak açıklanmıştır¹⁸³.

Söz konusu kararda şişe süt üreticilerinin aralarında anlaşmak suretiyle ihale dönemlerinde anlaşarak çiğ süt fiyatlarını düşük tuttıkları iddiası değerlendirilmektedir. Yapılan incelemeler sonucunda, sektördeki firmaların piyasa payları ve sayıları dikkate alındığında işlenmiş süt piyasasının oligopolistik bir yapıya sahip olduğu, firmaların maliyet yapılarının benzer olması nedeniyle fiyat politikalarında benzerliklerin olabileceği görülmüştür. Kararda, "*işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, aralarında anlaşma olmadığı halde, pratik bir işbirliği sağlayan davranışlar mevcutsa*" bu tür davranışların yasak kapsamında yer aldığı belirtmiştir¹⁸⁴. İşletmeler arasındaki "*uygulama paralelliği[nin] değil, bu paralelliğin bilinçli olarak*

179 İkizler 2005, s.49; Çelen, s.61.

180 Kahraman, s.56.

181 Süt Kararı, RK, K.T:23.03.2000, K.S.:00-11/109-54, RG 24233,17.11.2000.

182 Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.57-60.

183 Kekevi, H. Gökşin: Kolaylaştırıcı Eylemler Bağlamında Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanması, Rekabet Dergisi, S.4, Ekim 2001, s.100.

184 Süt Kararı, para.42.

yaratılmış olması” halinde uyumlu eylemin söz konusu olacağı ifade edilmiştir¹⁸⁵. Uyumlu eylemin unsurlarını Aslan’ın görüşlerine dayanarak açıklayan Kurul, “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 işletme olmalı, (b) bilinçli paralellik bulunmalı, (c) bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı, (d) rekabet sınırlanmalıdır. Bu unsurlardan biri yoksa uyumlu eylem de yoktur¹⁸⁶” diyerek uyumlu eylemin varlığı için aranan şartları ortaya koymuştur.

RK, bu unsurlar üzerinden olayı değerlendirmiş ve sütün depolanamaz özelliğinden dolayı ihalelerde teşebbüslerin düşük oranda süt aldıklarını belirtmiştir. İhalelerde fiyatların fazla yükselmemesinin de rekabetin yoğun olduğu süt ürünleri satış piyasasında, hammadde olan çiğ sütün girdi maliyetinin düşük tutulmasının rasyonelliğinin bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Teşebbüslerin “*ekonomik nedenlerle açıklanabilecek bir davranış[ının]*” söz konusu olduğuna, “*ihalelerde, işletmelerin, sınırlı miktarda süt almaları[nın], işleme kapasitelerinin bir gereği*” olduğuna ve söz konusu davranışın “*rekabeti sınırlandırıldığına dair de bir kanıt[ın]*” mevcut olmadığına karar vermiştir¹⁸⁷.

RK tarafından uyumlu eyleme ilişkin ilk ceza ise, **Maya kararında**¹⁸⁸ verilmiştir. Süt kararını Aslan’ın görüşlerine dayandıran Kurul’un, Maya kararında, görüşlerinin değişmeye başladığı görülmektedir¹⁸⁹. Kararda, öncelikle iki farklı ihlalin söz konusu olduğu tespiti yapılmıştır. Bunların ilki maya fabrika çıkış fiyatının belirlenmesine ilişkindir. Kurul, her ne kadar maliyetlerden bağımsız olarak paralel bir şekilde fiyatların arttığı tespit etse de piyasanın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesini zorunlu kılması nedeniyle fabrika çıkış fiyatlarının belirlenmesi bakımından

185 Süt Kararı, para.43. Bilinçli paralellik kavramı, Aslan’ın görüşleri doğrultusunda kullanılmıştır. **Bkz. Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57-58.

186 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57-60.

187 Süt Kararı, para.44.

188 Maya Kararı, RK, K.S: 00-24/255-138 K.T: 27.06.2000 (Soruşturmayı yürüten kurul üyesinin karar toplantısına katılarak oy kullanması nedeniyle danıştayca iptal edilmiştir.) Danıştay kararı üzerine verilen yeni Karar: K.S: 08-63/1051-410, K.T.: 12.11.2008.

189 **Kekevi**, Kolaylaştırıcı Eylemler, s.102.

uyumlu eylemin söz konusu olmadığına karar vermiştir¹⁹⁰. Rakipler arasında bağlantıyı gösteren maddi deliller bulunmadığı ve fiyat artışları TÜFE'nin altında kaldığı için fiyatlarda gerçekleşen paralellik oligopolistik piyasa yapısından kaynaklı bağımlılık, hatta zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Burada Aslan'ın görüşleri¹⁹¹ temel alınsa idi, oligopolistik piyasalarda teşebbüslerin bilinçli olarak paralel davranışlar sergilemeleri durumunda işbirliği ihtimalinin öncelik kazanacağı belirtilmektedir¹⁹². Fakat Maya kararıyla Kurul Aslan'ın görüşlerinden ayrılmış, teşebbüslerin piyasa yapısından kaynaklanan sebeplerle akıllıca kararlar almalarını uyumlu eylem kabul etmemiştir. Diğer ihlal iddiası ise, “üreticilerin bayilerin satış fiyatını yükseltme konusunda” uyumlu eylem içerisinde olduklarına ilişkindir. Kurul burada, üreticilerin bayiler arasındaki rekabeti engelleyerek yeni fiyatlara geçişi kolaylaştırdıklarına ve bayi satış fiyatlarını yükselttiğine karar vermiştir¹⁹³.

Uyumlu eylem sebebiyle cezaya hükmedilen diğer bir karar ise **Gazete kararıdır**¹⁹⁴. Kurul'un Süt kararındaki görüşlerinden uzaklaşması bu kararla birlikte daha belirgin hale gelmiştir¹⁹⁵. Kurul, maliyetlerin farklı olduğu oligopol piyasalarında, fiyat belirleme durumunun rekabetin kısıtlandığı piyasalardaki davranışlara benzerliğinin ortaya koyulmasını uyumlu eylemin varlığı için yeterli bulmamıştır. Buna ek olarak “*kendi bağımsız davranışlarının yerine geçen, rakip teşebbüslerden bağımsız olarak hareket etmelerini engelleyen ve gelecekteki pazar davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıran*” davranışların varlığını aramıştır¹⁹⁶. Kararda, “*soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazete pazarları[nın] oligopolistik bir özellik*” taşıması, yurtdışından malzeme

190 Maya Kararı, s.34.

191 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57-58. Aslan'a göre, oligopolistik piyasalarda akıllıca davranış adıyla rekabetin kısıtlamasına göz yumulmamalıdır (**Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.59).

192 **Kekevi**, Kolaylaştırıcı Eylemler, s.101. Bu durumda, teşebbüsler arasında bağlantı aranmaksızın uyumlu eylemin varlığına karar verilmesi söz konusu olabilecektir (**Kekevi**, Kolaylaştırıcı Eylemler, s.102).

193 Maya Kararı, 08-63/1051-410, K.T: 12.11.2008, para.900.

194 Gazete Kararı,RK, K.S: 00-26/291-161, K.T: 17/07/2000 (Soruşturmayı yürüten kurul üyesinin karar toplantısına katılarak oy kullanması nedeniyle danıştayca iptal edilmiştir) Danıştay kararı üzerine verilen yeni karar: K.S:07-62/742-269, K.T: 26/07/2007.

195 **Kekevi**, Kolaylaştırıcı Eylemler, s.102.

196 Gazete Kararı, para.940.

temin edilmesi sebebiyle benzer maliyetlere sahip olabilecekleri ihtimali kabul edilmekle birlikte “*özellikle reklam gelirlerindeki farklılığın, maliyet yapılarına ve dolayısıyla fiyata etki edeceği*” dikkate alınarak fiyat paralelliklerinin ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmadığı sonucuna varılmıştır¹⁹⁷. “*Ekonomik sonuçlar bir yana, gruplar arasında özellikle gazete fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili toplantılar yapıldığı*” toplantılarda alınan bu kararların da işbirliğini açıkça ortaya koyduğu belirtilmiştir. Kararda Kurul’un, AB ve ABD rekabet uygulamalarına benzer şekilde, gruplar arasındaki ilişkiyi gösteren maddi deliller ile fiyat hareketlerini gösteren iktisadi delilleri birlikte aradığı görülmektedir¹⁹⁸.

2001 yılında “İçten yanmalı motorların yenilenme pazarında” faaliyet gösteren teşebbüslere ilişkin verilen kararda ise, RKHK m.4’ün lafzından ve amacından yola çıkarak uyumlu eylem, “*anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik veya rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak 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 durumu*” olarak tanımlanmıştır¹⁹⁹.

2006 yılında “yemek çeki piyasasında” kartel kurmak suretiyle müşteri paylaşıldığı iddiasına ilişkin verilen kararda²⁰⁰ uyumlu eylemin, RKHK m.4’ün gerekçesine dayandırılarak açıklandığı görülmektedir²⁰¹. Uyumlu eylem kararda, “*teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği*” hali olarak tanımlanmıştır²⁰².

197 Gazete Kararı, para.960.

198 **Kekevi**, Kolaylaştırıcı Eylemler, s.102-103.

199 Motor Yenileme Kararı, RK, K.S: 01-10/100-24, K.T: 27/02/2001, s.20

200 Yemek Çeki Kararı, RK, K.S: 06-36/465-127, K.T: 26/05/2006.

201 **Kahraman**, s.56-57.

202 Yemek Çeki Kararı, para.770.

2013 yılında Türkiye’de faaliyet gösteren on iki bankanın “mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylemde buldukları” iddiası üzerine yürütülen soruşturmada ise, Kanun’da tanımlanmayan anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının geniş yorumlandığı görülmektedir. Kararda RKHK m.4’ün gerekçesine atıfta bulunularak, *“anlaşmaların ispatındaki zorlukları dikkate almak suretiyle kanun koyucu; teşebbüslerin rekabeti sınırlama iradelerini açıkça ortaya koymaktan yahut bu yönde delil olarak kullanılacak belgeleri oluşturmaktan kaçınarak daha dolaylı vasıtalarla uzlaşmalarının Kanun’un uygulama alanı dışında kalmasını, diğer bir ifadeyle kanuna karşı hile yoluna gidilmesini engellemek amacıyla RKHK 4. Madde kapsamında uyumlu eylem müessesesini düzenlediği”* ifade edilmiştir²⁰³. Maddenin lafzı ve gerekçesinin birlikte değerlendirildiği, *“teşebbüslerin rekabeti sınırlama yönündeki iradesinin hangi yöntemler ile ortaya çıktığından ziyade, kurulan uzlaşmanın amacının, mevcut veya potansiyel etkisinin rekabet karşıtı olup olmadığının”* önem arz ettiği vurgulanmıştır²⁰⁴. Kurul’un, uyumlu eylemi apayrı bir kavram olarak değil, anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç olarak kabul ettiği belirtilmiştir²⁰⁵. *“Bu yaklaşımdan hareketle, Kurulu’nun yakın tarihli kararlarında anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının bir arada kullanıldığı ve Kanun’un 4. maddesi kapsamındaki rekabet ihlallerini kapsamak üzere genel olarak anlaşma kavramının tercih edildiği”*ne dikkat çekilmiştir²⁰⁶. Sonuç olarak anlaşma ile uyumlu eylem arasında pratikte bir fark gözetilmemekle birlikte; uyumlu eylem, *“anlaşma aşamasına ulaşmamış ancak kendi bağımsız davranışları yerine ikame edilen pratik işbirlikleri”* olarak tanımlanmıştır²⁰⁷.

Son olarak 2019 yılında “Piliç eti üretiminde faaliyet gösteren teşebbüslerin RKHK m.4’ü ihlal ettikleri iddiası” üzerine verilen kararda da benzer şekilde madde lafzına ve gerekçesine atıfta bulunulmuş, *“rekabeti sınırlayıcı sonuç doğuran teşebbüsler arasında*

203 Banka Kart Kararı, RK, K.S: 13-13/198-100, K.T: 08.03.2013, para. 104.

204 Banka Kart Kararı, para.105.

205 Banka Kart Kararı, para.106.

206 Banka Kart Kararı, para.106.

207 Banka Kart Kararı, para.104.

kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkilerin yasaklandığı” belirtilmiştir²⁰⁸.

Öğretide yapılan tanımlara bakacak olursak *Akıncı* uyumlu eylemi, “*piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek kârlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmağa yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlar*” olarak tanımlamaktadır²⁰⁹.

Topçuoğlu, “*teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradeden yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlar*” olarak tanımlamaktadır²¹⁰.

Aslan, “*iki veya daha fazla işletmenin ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan, fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışlar*” olarak uyumlu eylemi tanımlamaktadır²¹¹.

Kahraman, “*teşebbüslerin bağımsız davranışları yerine, ilgili pazarda rekabetin doğuracağı riskleri ve belirsizliği yok etmeye yönelik olarak, pazarın olağan ekonomik koşullarıyla bağdaşmayan davranışlar sergileyerek teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlama amacıyla veya böyle bir etkiye yol açacak şekilde bilinçli olarak eşgüdüm sağlanması*” şeklinde tanımlamaktadır²¹².

Tekinalp G./Tekinalp Ü., “*teşebbüslerin aralarında, sözlü veya yazılı herhangi bir sözleşme yapmadan, bir anlaşmaya ya da mutabakata varmadan, birbiriyle uyumlu olan kararları alıp uygulamaya koyarak veya birbirleriyle uyumlu davranışlarda bulunarak, belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti bozmaları, kısıtlamaları veya engellemeleri*” olarak tanımlamıştır²¹³.

208 Piliç Eti Kararı, RK, K.S: 19-12/155-70 K.T: 13.03.2019, s.83, para. 210.

209 *Akıncı*, s.145.

210 *Topçuoğlu*, s.200.

211 *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57. Aynı şekilde *Badur* da uyumlu eylemin varlığı için, piyasada paralelliğin bilinçli olmasını aramaktadır (*Badur*, s.68-69).

212 *Kahraman*, s.57-58.

213 *Tekinalp G./ Tekinalp Ü.*, s.394.

Kurul kararları ve doktrinde yer alan açıklamalar doğrultusunda uyumlu eylemi, anlaşma aşamasına ulaşmamış, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan, rekabeti bertaraf etmeye yönelik işbirliğine dayalı paralel davranışlar olarak tanımlamak mümkündür.

1.3.3.2. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Anlaşma Kavramının Birlikte Kullanımı

Anlaşma kavramının her türlü irade uyuşmasını kapsayacak şekilde kullanımı, uyumlu eylem niteliği taşıyabilecek davranışlar ile anlaşma arasındaki ayrımı güçleştirmektedir. RKHK m.4'ün gerekçesinde “*Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur*²¹⁴” denilmekte, anlaşma kapsamının geniş bir şekilde ele alındığı görülmektedir.

Doktrinde *Aslan*, uyumlu eylemi açık bir irade açıklaması aşamasına ulaşmayan, teşebbüsler arasındaki bağlantı sonucu ortaya çıkan paralel davranışlar olarak ifade etmektedir²¹⁵. Yazara göre, anlaşma taahhüt ve tasarruf aşaması olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Uyumlu eylemde ise, bu iki aşama bulunmamakta, en azından zorunlu unsur teşkil etmemektedir. Buna göre, uyumlu eylemde rakiplerin birbirlerinin davranışlarını öğrenmeleri için yapılan hazırlık hareketleri var olmakla birlikte, bu hareketler anlaşmanın taahhüt aşaması gibi karşılıklı uyum içermemektedir²¹⁶.

214 Gerekçenin devamı şu şekildedir: “*teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tesbit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir.*”

215 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57

216 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57-58. Ayrıca yazar, RK'nın ispat gücü çökmesi sebebiyle birçok olayda anlaşma ve uyumlu eylemi birlikte kullandığını belirtmektedir (**Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.63).

Topçuoğlu'na göre, rekabeti kısıtlayıcı davranışlar gizli bir şekilde yürütüldüğü için taraflar arasındaki bağlantının irade açıklaması aşmasına ulaşmış olmasının araştırılmasının zaman açısından bir yararı ve hukuki mantığı yoktur²¹⁷. Ayrıca yazar, uyumlu eylemde de taahhüt aşamasının bulunabileceğini, önemli olanın tarafların kendilerini taahhütleriyle ne ölçüde bağlı hissettikleri olduğunu belirtmektedir. Buna göre, eğer taraflar kendilerini hukuken taahhütlerine uymakla yükümlü hissediyorlarsa anlaşma; aksi halde uyumlu eylem söz konusu olmaktadır²¹⁸.

RK kararlarına bakıldığında, 26.7.2007 tarihli **Çimento kararında**²¹⁹, “Sözleşme olmasa bile rekabet ortamını bozan her türlü ilişkinin uygulamaya sokulması da anlaşma niteliğindedir. Ayrıca, rekabeti kısıtlayıcı, sınırlayıcı, ya da ortadan kaldırıcı etkileri nedeniyle, ‘centilmenlik anlaşmaları’ ve ‘sözlü anlaşmalar’ da 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir” ifadelerine yer verilerek anlaşma kavramı geniş bir şekilde yorumlanmıştır²²⁰.

25.10.2005 tarihli **Adıyaman LPG kararında**²²¹ tarafların satış fiyat ve koşullarını belirlemeye yönelik faaliyetlerini değerlendirirken teşebbüsler arasındaki anlaşmaların, uyumlu eylem olarak değerlendirilebilecek uygulamalar olduğu belirtilmektedir²²².

217 **Topçuoğlu**, s.209-210, 165.Dipnot.

218 **Topçuoğlu**, s.209-210, 165.Dipnot. Benzer şekilde *Oberdorfer/ Gleiss/ Hirsch* de uyumlu eylemde tarafların anlaşmada olduğu gibi kendilerini yasal olarak anlaşmaya bağlı kalmak zorunda hissetmediklerini, ancak mutabakatlarına uymak için bir motivasyon içerisinde oluklarını belirtmektedir (**Oberdorfer**, Conrad W./ **Gleiss**, Alfred / **Hirsch**, Martin, Common Market Cartel Law, 2.Ed, Commerce Clearing House Inc, Tropical Law Reports, 1971, para. 12).

219 Çimento Kararı, RK, K.T: 13.9.2005, K.S: 05-57/850-230.

220 Çimento Kararı, para.3270.

221 Adıyaman LPG Kararı, RK, K.S: 05-73/986-273, K.T: 25.10.2005 (Danıştay 10. Dairesinin 26.11.1998 Tarih, 93/750-159 sayılı Rekabet Kurulu Kararının iptaline ilişkin 15.1.2001 Tarih ve 1999/1735 E., 2001/52 K., 1999/1734 E., 2001/53 K., 29.5.2001 tarih ve 1999/1255 E., 2001/2029 K. sayılı kararları üzerine, haklarında soruşturma yapılan teşebbüslerin, Adıyaman ili LPG pazarında faaliyet gösteren yerel firmaları piyasa dışına çıkarma amacıyla rekabeti sınırlayıcı anlaşma yaparak 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u ihlal eder nitelikteki eylemlerinin yeniden değerlendirilmesi konulu soruşturma).

222 “4054 Sayılı Kanun’un 4. Maddesi kapsamında, başlı başına uyumlu eylem olarak değerlendirilebilecek olan bu uygulama ile ilgili olarak, Aygaz A.Ş. ’nin %99,99 pay oranıyla en büyük ortağı olduğu Mogaz Petrol Gazları A.Ş. ’nin evrakları arasında bulunan ve önaraştırma raporu ile soruşturma raporunda yer verilen; Aygaz A.Ş., İpragaz A.Ş., Sihirgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve Demirören Grubu temsilcilerinin 24.6.1997 tarihinde Gaziantep Tilmen Oteli ’nde yapmış oldukları, Güney ve Güneydoğu Anadolu Bölgeleri LPG pazarında rekabetin önlenmesi amacını taşıyan

Kararın ilerleyen bölümlerinde taraflar arasında anlaşmanın varlığı hususunda kuşkunun bulunmadığı, teşebbüslerin “*uyumlu eylem ya da anlaşma*” yaparak maliyetlerin altında fiyat belirlemek suretiyle rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmalarının veya onları piyasa dışına çıkartmaya çalışmalarının rekabet hukukunda yasak kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir. Kararda, uyumlu eylem ile anlaşma kavramının birlikte ele aldığı, bunlar arasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir.

RK, tarafından seramik kaplama malzemeleri ve/veya seramik sağlık gereçleri piyasasında faaliyet gösteren otuz iki teşebbüsün fiyat tespiti yaptıkları, piyasayı bölüştükleri ve arz miktarını kontrol ettikleri iddiaları üzerine açılan soruşturma sonucu verilen 02.02.2006 tarihli *Seramik kararında*²²³ ise, teşebbüslerin, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birlikte kullanılmayacağı yönündeki itirazları üzerine, uyumlu eylem ve anlaşmaya ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Kararda, AB ve ABD uygulamalarına atıf yapılarak ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Buna göre; AB hukukunda kuralları esneten bir uygulamanın söz konusu olduğu, *Polypropylene kararında* kartellerin gizli plan tipi anlaşma (*conspiracy-type agreement*) olarak incelendiği, Sherman Yasası m.1 uygulamalarına benzer şekilde, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birlikte kullanıldığı, “*uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayan ‘devam eden tek bir anlaşma (a single continuing agreement) – kompleks uzlaşmalar (complex arrangements)’*” kavramının geliştirildiği belirtilmiştir²²⁴. Bu bağlamda anlaşma ve uyumlu eylem içerisinde bulunan soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin, bunlara “*farklı dönemlerde de olsa iştirak ettikleri ve devam eden tek bir anlaşmanın*” söz konusu olduğu ve bu yaklaşım sayesinde delillerin bütün olarak değerlendirilebildiği ifade edilmiştir²²⁵.

anlaşmanın, maliyetin altında satış uygulamasına açıklık kazandırdığı,...” (Adıyaman LPG Kararı, para.600).

223 Seramik Kararı, RK, K.S: 06-08/121-30, K.T: 2.2.2006.

224 Seramik Kararı, para.6610.

225 Seramik Kararı,para.6630. “*devam eden tek bir anlaşma*” tanımlaması ise, uzun dönemli kartellerde, ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermenin imkânsızlığı nedeniyle geliştirilmiştir bu yaklaşım sayesinde, deliller bütün olarak değerlendirilerek kartelin varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulmakta, aksini gösteren bir kanıt olmadıkça, ilgili teşebbüslerin bu sürecin tamamına katıldığı varsayılmaktadır.” (Seramik Kararı, para.6630).

Polypropylene kararıyla anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki farkın büyük ölçüde ortadan kalktığına dikkat çekilmiştir. Komisyon'un, anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayırmadan ziyade uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar arasındaki ayırma odaklandığı ve karmaşık ihlallerde anlaşma uyumlu eylem farkını göz ardı ettiği ifade edilmiştir²²⁶. Bu bakımdan "Komisyonun elindeki delilleri anlaşma sonucuna ulaşmak için yeterli bulmadığı durumlarda, başta bilgi değişimi olmak üzere teşebbüsler arasındaki rekabetçi davranışları etkileyebilecek ilişkilere dayanarak uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşıldığı ve rekabet hukuku uygulamamızda da bu yaklaşımının benimsenebileceği" ifade edilmiştir²²⁷.

ABD ve AB uygulamaları da göz önünde bulundurularak Türk rekabet hukukunda konuya en doğru yaklaşımın uyumlu eylemin apayrı kavram olarak ele alınmasından ziyade, "anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç" olarak kabul edilmesi olduğu, önemli olanın anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayırımın değil; "RKHK m.4 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar (bilinçli paralellikler) arasındaki ayırım olduğu" belirtilmiştir²²⁸. Uygulamada başta ayrı kavramlar olarak ele alınan anlaşma ve uyumlu eylem kavramının karşılaşılan karmaşık ihlaller sebebiyle esnek yorumlanmaya ve aralarındaki ayırımın netliğini kaybetmeye başladığı görülmektedir.

226 Seramik Kararı, para.6650.

227 Seramik Kararı, para.6660. *Bu yaklaşımın benimsenmesinin üç faydası vardır. Birincisi, teşebbüsler özellikle de oligopolistler, karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan paralel davranışlarının uyumlu eylem olarak kabul edilmeyeceğinden emin olacaktır. İkincisi, kurul, uyumlu eylem karinesine işlerlik kazandıracak; konuya ilişkin tartışmalara son verebilecektir. Üçüncüsü, uzlaşmaya ulaşılan anı tanımlayan statik bir yaklaşım yerine, rekabetin ihlal edildiği bütün süreci kapsayacak biçimde anlaşma ve uyumlu eylem kavramları bir arada kullanılabilir.*" (Seramik Kararı, para.6690).

228 Seramik Kararı, para.6660, 6700. "…kısacası, AB rekabet hukukunda yıllarca süren tartışmaların ardından sherman yasası m.1 uygulamalarına öykünerek ulaşılan sonucu, türk rekabet hukukunda da kullanmak mümkündür; önemli olan anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ayırım değil; m.4 kapsamındaki uzlaşmalar ile salt paralel davranışlar bilinçli paralellikler arasındaki ayırımdır." (Seramik Kararı, para.6700).

2. BÖLÜM

UYUMLU EYLEMİN HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI

2.1. GENEL OLARAK

Anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının rekabet otoriteleri tarafından tespitinin kolay olması, teşebbüslerin rekabeti ortadan kaldıran faaliyetlerini gizli şekilde gerçekleştirmesine neden olmuştur²²⁹. Bu gizli işbirliklerinin rekabet otoritelerinin denetiminden kurtulmasının önüne geçmek amacıyla, uyumlu eylem kavramı öngörülerek anlaşma veya teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilemeyen, teşebbüslerin bağımsız davranışlarının yerini alan işbirlikleri yasaklanmıştır²³⁰.

Teşebbüs birliği kararları bir yana bırakılacak olursa, anlaşma ile uyumlu eylem kavramlarını birbirinden ayırt etmek kolay olmamaktadır²³¹. Her ne kadar karmaşık ihlallerin söz konusu olduğu durumlarda, iki kavram arasındaki ayırım görmezden gelinse de özellikle Türk rekabet hukuku bakımından anlaşma ve uyumlu eylemin hüküm ve sonuçları arasındaki fark göz önünde bulundurulduğunda, uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecek davranışların belirlenmesi önem arz etmektedir. Nitekim kavramın sınırları belirlenemediği takdirde, bir takım rekabet ihlalleri gözden kaçabileceği gibi hükmün amacını aşan uygulamaların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir²³². Bu bakımdan piyasada gözlemlenen bir davranışın uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi için gerekli şartların ortaya koyulması önem taşımaktadır.

Uyumlu eylem kavramına ilişkin ABAD tarafından verilmiş ilk önemli karar olan *Dyestuffs* ve *Sugar Cartel* kararlarında²³³ uyumlu eylemin söz konusu olabilmesi için: (1) işletmeler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon ve pratik işbirliği olması, (2) bu işbirliğine doğrudan veya dolaylı bir ilişki ile ulaşılması, (3)

229 **Güven**, Rekabet Hukuku, s.151.

230 **Whish/Bailey** (8.Ed), s.117

231 **Topçuoğlu**, s.192; **Roger./Macculloch**, s.163.

232 **Topçuoğlu**, s.193.

233 1.3.2.2.Bölüm.

rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliğin ortadan kaldırılmış olmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir²³⁴.

Rekabet Kurumu (RK)'nin *Aslan*'ın görüşlerine dayandırdığı *Süt kararında* ise, RKHK m.4 kapsamında uyumlu eylemin varlığı için önemli olanın işletmeler arasındaki uygulama paralelliğinin değil, bu paralelliğin bilinçli olarak yaratılmış olması olduğu belirtilmiştir²³⁵. Uyumlu eylemin varlığından söz edilebilmesi için var olması gereken şartlar ise şu şekilde ifade edilmiştir: (1) En az iki veya daha fazla işletme olmalı, (2) teşebbüsler arasında bilinçli paralellik bulunmalı, (3) bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanmamalı ve (4) rekabet sınırlanmalıdır. Ayrıca bu unsurlardan birinin olmaması durumunda uyumlu eylemin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir²³⁶.

Doktrinde *Topçuoğlu* uyumlu eylemin unsurlarını: (1) teşebbüslerin paralel davranışlar içerisine girmeleri, (2) uyumlu (paralel) davranışların teşebbüsler arasındaki işbirliği sonucunda ortaya çıkması, (3) teşebbüslerin amacı aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırmak olması şeklinde ele almaktadır²³⁷.

Akıcı, uyumlu eylemin unsurlarını objektif ve sübjektif unsur olarak ikiye ayırmaktadır. Objektif unsuru, birden fazla teşebbüsün bulunması ve rekabeti kısıtlamaya yönelik

234 *Sugar Cartel v. Commission*, para.425; *Dyestuffs v. Commission*, para.64.

235 Karara göre paralel davranışlar, teşebbüsler arasında bir ilişki tespit edilmediği sürece, tek başına uyumlu eylem niteliği taşımaz ve rekabete aykırılık oluşturmaz. Paralel bir davranışın rekabete aykırılık oluşturabilmesi için bunun açık veya gizli bir şekilde bilerek yani bilinçli bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim tarafların piyasa koşullarından hareketle tahminde bulunmaları, bunlara istinaden bazı kararlar almaları ve bu kararların benzer yönde olması taraflar arasında bir işbirliğinin varlığını kanıtlamak için yeterli değildir. Paralel davranışlar (veya bilinçli paralel davranışlar) ancak taraflar arasında var olan bir işbirliğinin sonucu ortaya çıkmış ise o zaman uyumlu eylemin varlığından söz edilebilecektir (*Süt Kararı*, para.43).

236 Söz konusu kararda uyumlu eylemin şartları ifade edilirken *Aslan*'nın görüşlerine atıf yapılmıştır. **Bkz. Aslan**, *Rekabet Hukuku Dersleri 2020*, s.57-58;

237 **Topçuoğlu**, s.193-197

uyumun eyleme dönüşmesi; subjektif unsur ise, teşebbüsler arasında uyumun mevcut olması oluşturmaktadır²³⁸.

İkizler ise uyumlu eylemin unsurlarını, (1) iki veya daha fazla teşebbüsün varlığı, (2) teşebbüsler arasında bir bağlantının varlığı, (3) piyasada bu davranışlara istinat eden paralel davranışların varlığı, (4) rekabetin sınırlanması şeklinde ele almaktadır²³⁹.

Yukarıda ifade ettiğimiz açıklamalardan yola çıkarak uyumlu eylemlerin söz konusu olabilmesi için bulunması gereken unsurları şöyle sıralayabiliriz: (1) iki veya daha fazla teşebbüs arasında gerçekleşmesi, (2) teşebbüsler arasında bağlantının varlığı, (3) paralel davranışların bulunması, bu davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamaması, (4) piyasada amaç veya etki bakımından rekabetin sınırlanması.

2.2. REKABETİ SINIRLAYICI EYLEMLERE İLİŞKİN TEMEL İLKELER

2.2.1. *De Minimis* (Hoş Görülebilirlik) İlkesi

De minimis ilkesi, rekabeti olumsuz etkileyen anlaşma/uyumlu eylemin etkisinin “küçük” olması durumunda, söz konusu rekabete aykırı davranışın hoş görülmesini ifade etmektedir²⁴⁰. Yani rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşmalar rekabete “*hissedilebilir derecede bir etki*”de bulunduğu takdirde yasak kapsamında değerlendirilmektedir²⁴¹. Bu ilkenin hukuktaki “*de minimis non curat lex (Hukuk pek önemsiz işlerle meşgul olmaz.)*” ilkesinden esinlenilerek oluşturulduğu belirtilmektedir²⁴². *De minimis* ilkesi, AB hukukunda ortaya çıkmış olup, ABD uygulamasında bu ilkeye rastlanmamaktadır²⁴³.

238 Akıncı, s.146.

239 *İkizler* 2005, s.64.

240 Tekinalp G./Tekinalp Ü., s.419.

241 Badur, s.77; Whish/Bailey 8.Ed, s.140; Ezrachi, s.57; Arı, Zekeriyya, Rekabet Hukukunda *De Minimis* Kuralı (Hissedilir Etki), BTHD, 2002, C.21, S.4, s.69.

242 Sanlı, s.102.

243 Sanlı, s.99.

De minimis ilkesinin AB hukukunda ilk olarak **Franz Völk v. SPRL Est J.Vervaecke** ²⁴⁴ kararıyla ortaya koyulduğu görülmektedir²⁴⁵. Söz konusu kararda, piyasa payı çok az olan Alman *Völk* firması tarafından Belçika ve Lüksemburg için münhasır dağıtıcılık hakkı verilmesi üzerine, rekabet ihlali iddiası incelenmiştir. ABAD piyasadaki payı bu kadar küçük olan bir teşebbüsün verdiği münhasır dağıtıcılık hakkının üye ülkeler arasındaki ticarete etkisinin çok az olacağını belirterek rekabet ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir²⁴⁶. *Franz Völk v. SPRL Est J.Vervaecke* kararıyla ortaya çıkan ilke daha sonra karışıklığa ve hukuki belirsizliğe neden olabileceği endişesiyle Komisyon tarafından objektif kriterlere bağlanmıştır²⁴⁷. Komisyon ilk kez 1970 yılında yayınladığı “*ABİHA m.85/1’in Kapsamına Girmeyen Küçük Öneme Sahip Anlaşmalar, Kararlar ve Uyumlu Eylemler Hakkında Komisyon Duyurusu*”²⁴⁸’nda “*üye ülkeler arası ticaretin hissedilir derecede etkilenmesi*” ifadesini kullanmış ve bu kavramı somutlaştırmak amacıyla, üye ülkeler arasında ticareti belirgin şekilde etkilemeyecek anlaşmalar için ölçüt oluşturmuştur ²⁴⁹. Komisyon “*hissedilir etki*” kriterini, “*piyasa payı ve eşikleri*” belirleyerek açıklığa kavuşturmuştur²⁵⁰.

De minimis ilkesine ilişkin son olarak yayımlanan 2014/C 291/01 nolu “*Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma Madde 101/1 Uyarınca Rekabeti Önemli Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşmalara İlişkin Komisyon Duyurusu*”²⁵¹ 30.8.2014 tarihinde yayımlanmıştır. Buna göre; teşebbüsler arasında yapılan üye devletler arasındaki ticareti

244 Franz Völk v. Etablissement J.Vervaecke, Case C-5/69, Judgment of The Court 9/07/1969, (Woods/Watson/Costa, s.646).

245 Woods/Watson/Costa, s.646.

246 Tekinalp G./Tekinalp Ü., s.419; Woods/Watson/Costa, s.647.

247 Whish/Bailey 8. Ed, s.140; Sanlı, s.102; Rodger/ Macculloch, s.174

248 Commission Notice of 27 May 1970 Concerning Agreements, Decisions and Concerted Practices of Minor Importance Which Do Not Fall Under Article 85(1) of The Treaty Establishing The European Economic Community, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9cddce79-f04a-4338-8573-cb9090ef80d5/language-en> (E.T.03.04.2020).

249 Tekinalp G./Tekinalp Ü., s.419.

250 Tomur, Kerem: Kobiler ve Rekabet Politikası *De Minimis* Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2004, s.31.

251 Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition Under Article 101(1) of TFEU (De Minimis Notice), 2014/C 291/01, 30.8.2014, https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/en/txt/?uri=oj%3ajoc_2014_291_r_0001 (E.T.03.04.2020)

etkileyebilecek ve rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar; herhangi bir piyasada rakip veya potansiyel rakip olan teşebbüsler arasında yapılıyorsa, anlaşmaya konu piyasa payının yüzde onunu geçmemesi yahut anlaşma rakip veya potansiyel rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılıyorsa sözleşmede piyasa payının yüzde on beşi geçmemesi halinde bu anlaşmalar “hissedilir derecede rekabeti kısıtlamamış” olarak kabul edilecek ve ABİHA m. 101 kapsamında değerlendirilmeyecektir²⁵². Piyasa payı eşiğine ek olarak, küçük ve orta ölçekli teşebbüsler arasındaki anlaşma/uyumlu eylemin nadiren üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek güce sahip olduğu belirtilmektedir²⁵³. Diğer taraftan, rekabeti kısıtlayıcı amacın mevcut olduğu veya fiyat belirleme, arzın sınırlandırılması veya piyasa paylaşımı gibi doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin (*hard-core restriction*) söz konusu olduğu durumlarda *de minimis* ilkesi uygulanmamakta ve eylemler ABİHA m.101 kapsamında yasak kabul edilmektedir²⁵⁴.

ABAD, rekabeti kısıtlamak amacının bulunduğu ancak piyasada hissedilebilir derecede etkisi olmayan davranışlara ilişkin görüşünü ilk kez *Expedia*²⁵⁵ kararında ortaya koymuştur. Rekabeti kısıtlama amacının bulunması durumunda *de minimis* ilkesinin uygulanmayacağı hususu daha sonra 2014’te yayımlanan Kılavuz’da da yazılı hale getirilmiştir²⁵⁶. Kararda, amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşma/uyumlu eylemin rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağı kabul edilmiş ve *de minimis* ilkesinin uygulanamayacağına karar verilmiştir²⁵⁷.

Ülkemizde ise, 7246 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ un 24 Haziran 2020 tarih ve 31165 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla “*de minimis*” ilkesi RKHK’da yerini almıştır²⁵⁸. RKHK’nın 41.maddesine yapılan eklemeye, fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz

252 De Minimis Notice, para.11

253 De Minimis Notice, para. 4.

254 De Minimis Notice, para. 13.

255 Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others, Case C-226/11, Court of Justice [2013] 4 CMLR 14 (**Ezrachi**, s.57).

256 **Ezrachi**, s.57.

257 **Rodger/Macculloch**, s.175; **Ezrachi**, s.57.

258 RG, 24.06.2020,<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200624-1.htm>(E.T. 27.07.2020).

miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, “rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan” anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları hakkında soruşturma yapılmayabileceği ifade edilmektedir²⁵⁹. Bu maddenin uygulama alanı bulabilmesi için söz konusu ihlallerin Kurulca belirlenecek “ciro ve piyasa payı” eşiklerini aşmaması gerektiği ifade edilmektedir. *Ciro ve piyasa payı eşiklerine ilişkin belirlenmelerin ve “fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller” kapsamına hangi durumların gireceğine ilişkin tespitlerin AB uygulamasında olduğu gibi, ikincil düzenlemelerle açıkça belirlenmesinin önem arz ettiği görülmektedir*²⁶⁰. Nitekim RK tarafından “*Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ*” yayımlanmıştır²⁶¹.

Düzenlemeyle birlikte her ne kadar ilk bakışta *de minimis* ilkesi hukukumuzda yeni bir uygulama gibi görünse de; değişiklik öncesi RK kararlarında açıkça ifade edilmemekle birlikte *de minimis* ilkesini çağrıştıran açıklamaların yer aldığı görülmektedir. Söz konusu kararlarda, “piyasanın küçüklüğü²⁶²” ve “ilgili hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde sınırlanmaması²⁶³” gibi ifadeler kullanıldığı, soruşturma kapsamında rekabetin sınırlandırıldığının tespit edildiği, ancak teşebbüslere para cezası verilmediği

259 4054 sayılı RKHK’nın 41 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir. “*Kurul; pazar payı ve ciro gibi ölçütleri esas alarak rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.*”

260 **Canbeyli, Armanç/ Ardiyok, Şahin/ Ak, Aslı/ Sesli**, Evren: “Uzun Yıllardır Tartışılan Rekabet Kanunu Değişiklikleri En Sonunda Geldi: İşte Değişiklikler”, Lexpera.Blog, 19/06/2020, <https://blog.lexpera.com.tr/uzun-yillardir-tartisilan-rekabet-kanunu-degisiklikleri-en-sonunda-geldi-iste-degisiklikler/> (E.T. 27.07.2020).

261 Rekabet Kurumu, Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ, Tebliğ No: 2021/3 <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/tebligler/2021-3-sayili-teblig-20210316111204081-pdf> (E.T.17.04.2021).

262 Antalya Fırıncılar Odası Kararı, RK, K.T: 20.11.1997, K.S: 40/245-1. Karada piyasanın küçüklüğü sebebiyle soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. “*..piyasanın küçüklüğü sebebiyle, 4054 sayılı kanun’un 4’üncü ve 6’ncı maddelerinde öngörülen ‘ülkenin bütününde ya da bir bölümünde’ koşununun gerçekleşip gerçekleşmediği de kuşkuludur*”(Antalya Fırıncılar Odası Kararı, s.2).

263 Elektrik Mühendisleri Odası İzmir Şubesi Kararı, RK, K.T:19.02.1998, K.S: 53/384-44.

görülmektedir²⁶⁴. Bu bakımdan *de minimis* ilkesinin Kanun değişikliği öncesi de uygulamada yer aldığını değişiklikle birlikte uygulamanın Kanuna yansıtıldığını söylemek mümkündür.

2.2.2. *Rule of Reason* (Makul Sebep İlkesi) ve *Per Se* (Özü İtibarıyla) Yasak Uygulamalar İlkesi

ABD’de Sherman Yasası m.1’de yer alan düzenlemenin genel olmasının uygulamada hangi davranışların yasal, hangilerinin yasak kabul edildiği hususunun tartışma yarattığı görülmektedir. Bu muğlak ifadelerin açıklığa kavuşturulması için yapılan yorumlar neticesinde ABD rekabet hukukunda önemli bir yere sahip “*per se*” ve “*rule of reason*” ilkeleri ortaya çıkmıştır²⁶⁵. Bu ilkeler ABD rekabet hukukunda mahkemelerce bir anlaşmanın makul olup olmadığının tespit edilmesinde yol gösterici olarak kullanılmaktadır²⁶⁶.

Per se ilkesine göre, bazı davranışların rekabeti kısıtlayacağı o kadar açıktır ki, bu davranışlara ilişkin ayrıntılı analizler yapılmasına, piyasa ve rekabet üzerindeki etkilerinin ayrıca değerlendirilmesine gerek olmadan doğrudan hukuka aykırı sayılabilmektedir²⁶⁷. *Per se* yasak kabul edilen uygulamalar, benzer davranışların her zaman rekabeti kısıtlayıcı ciddi sonuçlara neden olduğunun tecrübe edilmesi sonucunda oluşmuştur²⁶⁸. Bu bakımdan ilke, yargısal kolaylık sağlamakta, teşebbüslere yasal olmayan faaliyetlerin tespitinde yol gösterici olmakta ve teşebbüsler bakımından öngörülebilirlik sağlamaktadır²⁶⁹.

264 Tomur, s.60; Sanlı, s.187.

265 Akıncı, s. 214; Vesey, Caleb: *Per se* Rules in U.S. and EU Antitrust Competition Law, EUComplaw.org, New York Law School, <https://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/> (E.T: 05/04/2020); Keskin, s.107.

266 Uran, s.37; Broder, s.35-36.

267 Pitofsky, Robert: In Defense of Discounters: The No-Frills Case For a *Per Se* Rule Against Vertical Price Fixing, 1990, JRAL Vol.20, No.2, s.427; Hovenkamp, s.83; Yavuz, Şahin: Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “*Per Se*” veya “*Rule Of Reason*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2003, s.9; Uran, s.43; Broder, s.46.

268 Pitofsky, s.427.

269 Pitofsky, s.427; Uran, s.43; Keskin, s.108-109.

Rule of reason ilkesine göre ise, rekabeti bozucu kabul edilen davranışların rekabeti bozucu etkilerinin yanı sıra, toplumsal refaha katkıda bulunan olumlu etkileri de söz konusu olabilmektedir²⁷⁰. İlke rekabet hukukunun esas amacının tüketici refahı olduğunu, bu sebeple *per se* kabul edilmeyen faaliyetlerin *rule of reason* değerlendirmesine tabi tutularak rekabeti kısıtlayıcı etkileri olsa da eğer sosyal refaha daha çok katkı sağlıyorlar ise bunların cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadır²⁷¹. *Rule of reason* ilkesi gereği, *per se* ihlal sayılmayan ve amacı rekabeti kısıtlamak olmayan davranışların söz konusu olması halinde ekonomik analizler yapılarak bu faaliyetlerin rekabet üzerindeki etkileri ayrıntılı olarak incelenmelidir²⁷². Bu incelemeler sonucunda “makul sebeplere” dayanan davranışlar yasak kapsamında değerlendirilmemelidir²⁷³.

Sherman Kanunu m.1’de yer alan düzenlemenin belirsizliğine ilişkin eleştirilerin uygulamada ilk olarak *United States v. Trans-Missourri Freight Association*²⁷⁴ ve *United States v. Joint Traffic Association*²⁷⁵ davalarıyla birlikte başladığı görülmektedir²⁷⁶. *United States v. Trans-Missouri Freight Association* davasında davalı taraf “*Sherman Kanunu m.1’in dar kapsamlı lafzi yorumunun neredeyse tüm ticari anlaşmaları yasaklayacağı*²⁷⁷”nı ileri sürmüştü, ancak Yüksek Mahkeme bu itirazı kabul etmeyerek ihlal kararı vermiştir²⁷⁸. Düzenlemenin sadece makul olmayan anlaşmaları kapsadığına dair bir çıkarımın mümkün olmadığı, mahkemelerin “makullük” değerlendirmesi yapamayacağı belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme istisna getiren düzenlemelerin ancak Kongre tarafından belirlenebileceğini ifade ederek “*rekabeti*

270 **Ata**, Çağlar Deniz: Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Rekabet Kurumu Tez Serisi No.109, Ankara 2009, s.6.

271 **Akıncı**, s.215-216; **Ata**, s.5-6; **Sanlı**, s.96-97; **Hovenkamp**, s.118.

272 **Pitofsky**, s.427; **Tekinalp G./Tekinalp Ü.**, s.406.

273 **Hovenkamp**, s.83.

274 *United States v. Trans-Missourri Freight Association*, 166 US 290 (1897)
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/> (E.T.05/01/2021) (**Uran**, s.35).

275 *United States v. Joint Traffic Association*, 171 US 505 (1898)
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/171/505/> (E.T.05/01/2021) (**Akıncı**, s.215).

276 **Akıncı**, s.215; **Uran**, s.35.

277 *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, s.311 (*United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, para.327; **Ata**, s.5; **Uran**, s.35; **Hovenkamp**, s.85).

278 **Hovenkamp**, s.85.

kısıtlayan tüm ticari anlaşmaların” yasak kapsamında yer aldığına karar vermiştir²⁷⁹. Ancak Yüksek Mahkeme başkanı *Yargıç White* bu yoruma karşı çıkararak mahkemelerin makullük değerlendirmesi yapması gerektiğini ifade etmiştir²⁸⁰.

United States v. Joint Traffic Association davasında ise, teşebbüslerin birlikte fiyat tespiti yapmalarının gerekçesi olarak piyasadaki krizi öne sürmeleri kabul edilmemiş, bu gibi eylemlerin amacının doğrudan rekabeti kısıtlamak olduğu belirtilmiştir²⁸¹. Kararda *per se* ihlal sayılan durumların yasak kabul edilmesi ve ayrıca bir piyasa analizinin gerekmediğinin belirtilmesi, *per se* ihlal sayılmayan davranışlara piyasa analizinin yapılması gerektiği sonucuna neden olmaktadır. Bu sebeple *rule of reason* ve *per se* ilkelerinin karşıt iki ilke gibi görünmesine rağmen esasında birbirini tamamlayıcı nitelik taşıdığı ifade edilmektedir²⁸².

Rule of reason ilkesinin ilk kez kabul edildiği karar olan *Standard Oil Company v. United States*²⁸³ kararıyla birlikte, *United States v. Trans-Missouri Freight Association* davasında *Yargıç White*’ın eleştirilerinin ve *Joint Traffic Association kararı*’nda yer alan piyasa analizine ilişkin görüşlerin ilkenin gelişiminde önemli rol oynadığı görülmektedir²⁸⁴.

AB hukukuna bakıldığında, ABD düzenlemelerinden farklı olarak ABİHA m.101/3’te, m.101 kapsamında olup belirli koşulları sağlayan işbirliklerinin ABİHA m.101/1 hükmünden muaf tutulabileceğini düzenlenmekte, ABİHA’nın sistematığı içerisinde “muafiyet rejimine” yer verilmektedir²⁸⁵. Bu bağlamda AB rekabet hukukunda

279 Aktaran **Uran**, s.35.

280 Aktaran **Hovenkamp**, s.85.

281 **Akıncı**, s.215; **Sanlı** (2000), s.177, Dipnot 190.

282 **Sanlı**, s.97-98; **Arı**, “*per se*” ve “*rule of reason*” ilkelerinin birbirini tamamlayıcı nitelikte düşünülmemesi gerektiğini ifade etmektedir (**Arı**, Danışıklılık Kavramı, s.26).

283 *Standard Oil Co. v. United States* (**Hovenkamp**, s.85).

284 **Hovenkamp**, s.85. Standart Oil kararında Yüksek Mahkeme, *Yargıç White*’ın görüşlerine paralel şekilde, “Sherman Kanunu m.1’in sadece makûl olmayan bir şekilde rekabeti sınırlayan ticaret sınırlamalarına ” uygulaması gerektiğine karar vermiştir (**Hovenkamp**, s.85).

285 **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.746.

“kısıtlamaların objektif olarak gerekli veya başka tarzda ticari riskin alınmasının mümkün olmadığı durumlarda” *rule of reason* benzeri bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir²⁸⁶.

Doktrinde, ABD ve AB rekabet hukuku düzenlemelerinin birçok açıdan önemli farklılıklara sahip olması sebebiyle, muafiyet rejimi düzenlemelerinin AB’de ABD’de kullanıldığı şekilde *rule of reason* ilkesinin kabul edildiği anlamına gelmediği ifade edilmektedir²⁸⁷. Yine ABİHA m.101’de de Sherman Kanunu 1.Bölüme benzer şekilde yasak kapsamında sayılacak fiyat belirme, arz kontrolü, piyasa paylaşımı gibi bazı örnekleri sayılmaktadır. Bu liste kapsamlı olmasa da *per se* ilkesinin ABİHA m.101’in kendi içerisinde yer aldığı belirtilmektedir²⁸⁸. Bu bakımdan AB rekabet hukukunda *rule of reason* ve *per se* ilkeleri uygulamaya bırakılmamış ve ABİHA’da düzenlenmiştir²⁸⁹.

Hukukumuzda ise, mehz ABİHA’dakine benzer bir sistem benimsenmiştir. RKHK m.4/1’de genel olarak amacı ve etkisi rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmakta, ikinci fıkrada ise ABİHA’ya benzer şekilde örnek durumlar sıralanmaktadır. Bu bakımdan *per se* analizinin RKHK m.4/2 içerisinde aldığı ifade edilmektedir. *Sanlı*’ya göre, bu örnekler *per se* ihlalleri içerisinde barındırmakla birlikte, daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu sebeple hukukumuzda ayrıca bir *per se* değerlendirmesi yapmaya gerek yoktur²⁹⁰. RKHK m.4/2’nin *per se* analizini içerdiği ve kapsamlı bir yasak çerçevesi çizdiği görüşüne katılmakla birlikte, aynı zamanda bu çerçevenin gelişen teknoloji ve iş hayatı kuralları göz önünde bulundurularak mevcut koşullar doğrultusunda yorumlanmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

286 Tekinalp G./Tekinalp Ü., s.406.

287 Whish 7.Ed., s.134-135; King, Sasha: Agreements That Restrict Competition By Object Under Article 101(1) TFEU: Past, Present and Future, London School of Economics, Doktora Tezi, Ocak 2015, s.271; Vesey, s.2; Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt, s.746-747; Ezrachi, s.56.

288 Vesey, s.1.

289 Whish 7.Ed., s.135ç

290 Sanlı, s.99. Karş. Tekinalp G./Tekinalp Ü., s.344.

RKHK m.5'te ise, AB düzenlemelerinde olduğu gibi muafiyet rejimi düzenlenmekte, maddede ifade edilen şartların sağlanması haline teşebbüsler RKHK m.4'te yer alan genel yasaklama kuralından muaf tutulmaktadır²⁹¹. Burada muafiyet kapsamında değerlendirilmeyen uygulamaların *rule of reason* değerlendirmesine tabi tutulup tutulamayacağı hususu tartışma konusu olmuştur²⁹².

Cengiz' göre, kanunda muafiyet sisteminin öngörülmesiyle ayrıca bir *rule of reason* değerlendirmesinin gerekli olmadığını düşünmektedir²⁹³. *Sanlı* ise, *rule of reason* ilkesinin muafiyet koşullarıyla sınırlı kalmaması gerektiğini, zira bu sistemin her zaman gerektiği gibi işlemeyebileceğini savunmaktadır. RKHK m./1'in (ABİHA m.101/1) Sherman Kanunu'na benzer şekilde genel bir düzenleme olması sebebiyle yoruma ihtiyaç duyulacağı ifade etmektedir²⁹⁴.

RK kararlarına bakıldığında 23.01.2020 tarihli ***Sigorta Şirketleri kararında***²⁹⁵, teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişiminin rekabeti olumsuz etkilediği iddiası incelenmiştir. Kararda teşebbüslerin *“belirli bir noktadan sonra bilgi paylaşımında bulunmak durumunda kaldıkları, bu bakımdan soruşturma kapsamında bilgi değişiminin rekabetçi açıdan hassas bilgi değişimi olup olmadığı noktasında önemli olanın, bilgi değişiminin müşterinin bilgisi dâhilinde yapılıp yapılmadığı ve rekabetçi açıdan müşteri aleyhine bir sonuç doğurup doğurmayacağı”* olduğu ifade edilmiştir²⁹⁶. Bu bağlamda *“rakipler arasında fiyat, miktar veya bunları etkileyen hususlara yönelik gerçekleşen tek veya karşılıklı bilgi değişimleri de kartel olarak kabul edildiğini.....her ne kadar taraflar arasında tespit olunan anlaşma/uyumlu eylemlerin teşebbüslerin teklif sürecinde/öncesinde poliçe şartları, fiyat, prim gibi rekabete duyarlı bilgilere yönelik olduğu anlaşılrsa da, soruşturma kapsamında piyasada gerçekleşen işlemlerin özellikleri*

291 **Sanlı**, s.99.

292 **Sanlı**, s.99; **Cengiz**, Dilek: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.67.

293 **Cengiz** 2006, s.67.

294 **Sanlı**, s.99-100.

295 Sigorta Şirketleri Kararı, RK, K.S: 20-06/61-33, K.T. 23.01.2020.

296 Sigorta şirketleri Kararı, para.48, 53

dikkate alındığında piyasaya etkisi bakımından kartel değerlendirilmesi yapılamayacağına ²⁹⁷ ” karar verilmiştir. Söz konusu davranışlar kartel olarak nitelendirilmemekle birlikte, diğer ihlal kategorisinde kabul edilerek teşebbüslere para cezası verilmesine karar verilmiştir. Kararda, muafiyet rejimine girmeyen anlaşma/uyumlu eylem niteliği taşıyan bir davranışın *rule of reason* değerlendirmesine tabi tutulduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar RKHK’da muafiyet şartları belirlenmiş olsa da yapılacak ekonomik analizler çerçevesinde, şekilci yorumdan kaçınarak ²⁹⁸ mevcut olayın koşulları doğrultusunda, *rule of reason* değerlendirmesi yapılabileceği görüşüne katılmaktayız.

2.3. UYUMLU EYLEMİN HUKUKA AYKIRILIK UNSURLARI

2.3.1. İki veya Daha Fazla Teşebbüs Arasında Gerçekleşmesi

2.3.1.1. İki veya Daha Fazla Teşebbüsün Varlığı

Uyumlu eylemin gerçekleşmesi için birden fazla teşebbüsün birlikte hareket etmesi gerekmektedir²⁹⁹. 30.12.2004 tarihli *Selçuk Ecza Deposu Kararı*³⁰⁰,’nda ihlalin varlığı için birden fazla teşebbüsün müşterek hareket etmeleri aranmış, üç ecza deposundan ikisinin eylemlerine son vermesinden sonra diğer deponun tek başına aynı eylemi sürdürmesinin kanuna aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir: “*Bu madde anlamında bir anlaşma, eylem veya karardan söz edebilmek için, birden fazla teşebbüsün rekabeti sınırlayabilecek koşutluk içinde bulunması gerekmektedir. Oysa diğer iki Deponun Kotan Eczanesi’ne vadeli satışa başlamasından sonra, Selçuk Ecza Deposu’nun tek başına uyumlu eylemde bulunduğunu söylemek olanaklı değildir*”³⁰¹”. Kararda açıkça ortaya koyulduğu üzere, bir teşebbüsün daha önceden kararlaştırılan uyumlu eylem niteliğindeki davranışı tek başına gerçekleştirmesi durumunda ihlal söz konusu olmamaktadır.

²⁹⁷ Sigorta şirketleri Kararı, para.276.

²⁹⁸ Jones/Sufrin, s.198.

²⁹⁹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57; Jones, Alison: The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law, ECJ, 2012, Vol. 8, Issue 2, s.301.

³⁰⁰ Selçuk Ecza Deposu Kararı, RK, K.S: 04-83/1179-299, K.T: 30.12.2004.

³⁰¹ Selçuk Ecza Deposu Kararı, para.140

2.3.1.2. Teşebbüs Kavramı

2.3.1.2.1. Tanımı ve Unsurları

Rekabet birbirinden bağımsız ekonomik birimlerin içinde bulunduğu yarış olarak kabul edilmekte, rekabet hukuku esas olarak “teşebbüsler arasındaki” ilişkileri düzenlemektedir. Rekabet hukuku anlamında teşebbüs kavramı, ticaret hukuku anlamındaki işletme kavramından farklılık arz etmekte olup ekonomik faaliyet gösteren her birimi içine alabilecek şekilde geniş kapsama sahiptir³⁰².

Hukukumuzda teşebbüs kavramı, RKHK m.3'te “teşebbüsler, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmıştır. *Sanlı*, madde kapsamında teşebbüs kavramının ticari işletme gibi bir malvarlığını ifade etmediğini, kavramın “müteşebbisi” vurgulamak için kullanıldığını belirtmektedir³⁰³. *Cengiz* ise, “ekonomik bir faaliyetin yerine getirilmesi koşulu gereği bir gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir kuruluşun bazı faaliyetlerinin teşebbüs olarak değerlendirilmesi bazı faaliyetlerinin de teşebbüs olarak kabul edilmemesi bakımından, teşebbüs kavramının tümüyle müteşebbisi ifade ettiği”ni söylemenin doğru olmayacağını, tanımda “teşebbüs” ve “müteşebbis”in aynı derecede vurgulandığını ifade etmektedir³⁰⁴.

ABD’de Sherman Kanunu m.7’de teşebbüs kavramı yerine “kişi (person)” kavramının tercih edildiği görülmektedir³⁰⁵. Kişi kavramı ise; gerçek kişiler, tüzel kişiler ve kendilerine kişilik tanınmamakla birlikte ticari hayatta etkili olan ticari grupları kapsamaktadır³⁰⁶. AB rekabet hukukunda ise, teşebbüs kavramının ABİHA’da tanımlanmadığı, kavrama ilişkin tespitlerin Komisyon ve ABAD kararlarında yapıldığı

302 **Güzel**, Oğuzkan: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2003, s.13.

303 **Sanlı**, s.32.

304 **Cengiz** 2006, s.68.

305 *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 768–769 (1984) (**Broder**, s.35).

306 **Topçuoğlu**, s.103; **Arı**, s.147.

görülmektedir³⁰⁷. Komisyon ve ABAD kararlarında, gerçek veya tüzel kişinin teşebbüs olarak nitelendirilmesinde, öncelikle yapılan faaliyetin “*ekonomik nitelik*” taşıyıp taşımadığının incelenmektedir. Yürütülen faaliyetler ekonomik nitelik taşımaktaysa o zaman hukuki statüsü ve finansman modeli ne olursa olsun söz konusu birim teşebbüs olarak nitelendirilmektedir³⁰⁸. Ekonomik faaliyet unsuru ise, geniş yorumlanmakta, yalnızca malların üretimi ve dağıtımını değil aynı zamanda hizmetlerin sunulması/sağlanması da ekonomik faaliyet kapsamında kabul edilmektedir³⁰⁹.

Höfner v. Macrotron Davası’nda, “*rekabet hukuku bağlamında teşebbüs kavramı, hukuki statüsü ve nasıl finanse edildiği dikkate alınmaksızın ekonomik faaliyetlerle uğraşan varlıklar...*” şeklinde ifade edilmiştir³¹⁰.

Pavlov ve diğerleri Davası’nda³¹¹ ise; “*.. aynı zamanda belirli bir piyasada mal ve hizmet sunulması kapsamında yapılan her türlü işlemin ekonomik faaliyet*” olarak tanımlanmıştır³¹². Böylece münhasır yetkilere sahip Alman Federal İş ve İşçi Bulma Kurumu teşebbüs kabul edilmiştir³¹³.

307 **Whish/Bailey** 8.Ed., s.85; **Office of Fair Trading: Agreements And Concerted Practices**, Competition Law 2004, s.5; **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.713; **Jones**, Undertaking, s.302.

308 **Whish/Bailey** 8.Ed, s.87 vd.; **Güzel**, s.28; **Berry**, Elspeth/ **Homewood**, Matthew J /**Bogusz**, Barbara: EU Law Text, Cases and Materials, 2.Ed., New York, Oxford University Press, 2015. s.518; **Chalmers**, Damian/ **Davies**, Gareth/ **Monti**, Giorgio: European Union Law Cases and Materials, 2.Ed., United Kingdom, Cambridge University Press, s.964; **Jones/Sufrin**, s.128; **Bellamy**, Christopher/ **Child**, Graham: Common Market Law of Competition, 3.Ed., London, Sweet&Maxwell, 1987, s.45-46.

309 **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.713; **Jones/Sufrin**, s.127.

310 **Ezrachi**, s.4

311 Pavlov and Others Cases C-180/98 ETC (12/09/2000) ECR I-6451.

312 Pavlov and Others Cases, para. 75

313 **Whish/Bailey** 8.Ed, s.86-87; **Jones/Sufrin**, s.129-130; **Özkan**, s. 123.

Söz konusu açıklamalar kapsamında teşebbüsün varlığından söz edebilmek için; “ekonomik bir faaliyetin yerine getirilmesi” ve “ekonomik olarak bağımsız karar verebilen bir yapının” mevcut olması unsurlarının arandığı görülmektedir³¹⁴.

“Ekonomik faaliyetin yerine getirilmesi”; malların veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı aşamalarını kapsayan ekonomik faaliyetlerde bulunulması olarak ifade edilmektedir³¹⁵. Her türlü mal ve hizmetin üretimi, alımı, satımı, dağıtımı ekonomik faaliyet kapsamında yer almaktadır³¹⁶. Bu bakımdan esnaflar³¹⁷, avukatlar, tarım kooperatifleri, teşebbüs birlikleri (ticaret birlikleri gibi), bazı durumlarda kâr amacı gütmeyen organizasyonlar, piyasaya mal ve hizmet arz eden kamu tüzel kişileri, sanatçılar dahi teşebbüs kavramına girebilmektedir³¹⁸.

Rekabet hukuku bakımından teşebbüslerin maddi anlamda kâr sağlama amacının mevcut olmaması da teşebbüs niteliğine engel oluşturmamaktadır³¹⁹. Bu bakımda teşebbüsün kâr amacından yoksun olması, ekonomik bir amaç taşımadığını göstermemektedir³²⁰. Somut olayın özelliklerine göre, kâr amacı gütmeseler de yazarlar, sanatçılar, mucitler de rekabet hukuku anlamında teşebbüs olarak kabul edilebilmektedir³²¹.

AO-IP/Beyrard³²² kararı’nda Komisyon, elektrikli ev aletlerinde patentli buluşu olan *Bay Beyrard*’ı sahip olduğu patenti satarak ticari bir faaliyet içerisine girdiği gerekçesiyle

314 **Badur**, s.50; **Güzel**, s.14; Ayrıca **Bkz.Güven**, Rekabet Hukuku, 86-87; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.22-23;

315 **Whish/Bailey** 8.Ed., s.85-86.

316 **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.713.

317 Rekabet Kurumunun *İstanbul Ekmek Kararında* esnaflar teşebbüs olarak kabul edilmektedir. (İstanbul Ekmek Kararı, RK, K.S: 99-49/536-337, K.T: 27.10.1999) (**İnan/ Piker**, s.10).

318 **Bellamy/Child**, s.45-47; **Chalmers/Davies/Monti**, s.964; **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.713.

319 **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.713.

320 **Whish/Bailey** 7.Ed., s.88.

321 **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.713.

322 AOIP v. Beyrard, O.J. Eur. Comm. [1976] L 6/8, [1976] 1 CMLR D14.

teşebbüs olarak kabul etmiştir³²³. *RAI/UNITEL*³²⁴ kararında ise, İtalyan televizyonu *RAI*'nin *Milan Scala*'sının iki yüzüncü kuruluş yıldönümü nedeniyle gerçekleştirilen *Guiseppe Verdi*'nin *Don Carlos* operasının gala gecesini naklen yayımlama isteğinin, eseri icra eden opera sanatçılarının *UNITEL* isimli Alman kuruluşuyla yaptıkları anlaşma uyarınca kuruluşun izni olmaksızın yapılamayacağı iddiası incelenmiştir. Komisyon kararında sanatçıların faaliyetlerinin ticari değer taşıması halinde teşebbüs niteliğinde olacağını ve özellikle çok ünlü sanatçılar tarafından imzalanmış olan bu tarz anlaşmaların rekabet üzerine etkileri olabileceğini belirtmiştir³²⁵.

Hukukumuzda da benzer şekilde teşebbüs kavram geniş olarak ele alınmaktadır³²⁶. *Güzel*, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu m.65 ve m.66' da serbest meslek olarak sayılan, “*gümrük komisyoncuları, borsa ajan ve acenteleri, noterler, avukatlar, müşavirler, dış protezcileri, müzik sanatçıları ve rehberler şeklinde örnek verilerek sayılan kişilerle, mesleğini serbest olarak yürüten eczacılar, doktorlar, mimarlar, mühendisler vb. yürüttükleri ekonomik faaliyetler nedeniyle, teşebbüs olarak kabul edilebileceğini*” belirtmektedir³²⁷.

Rekabet hukuku anlamında teşebbüsün varlığı için aranan diğer bir unsur, teşebbüsün “*ekonomik olarak bağımsız karar*” alabiliyor olmasıdır. Rekabet hukuku kapsamında bağımsızlık, ticaret hukuku kapsamındaki bağımsızlıktan farklılık arz etmektedir. Rekabet hukuku bakımından hukuki bağımsızlıktan ziyade ekonomik bağımsızlık önem taşımaktadır³²⁸. Ekonomik bağımsızlık, ekonomik faaliyette bulunan birimin kendi başına karar alabilme ve iktisadi politikalarına tek başına belirleyebilme yeteneği olarak ifade edilmektedir. Başka bir kişinin veya kuruluşun iktisadi kontrolü altında faaliyet gösterilmesi halinde bağımsızlık söz konusu olmamaktadır³²⁹. Bağımsız karar verme,

323 AOIP/Beyrard, s.12 (**Whish** 8.Ed, s.86).

324 RAI v UNITEL OJ [1978] L 157/39, [1978] 3 CMLR 306, (**Güzel**, s.10).

325 **Güzel**, s.10.

326 **Aslan** Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.21.

327 **Güzel**, s.62; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.27.

328 **Sanlı**, s.30.

329 **Güzel**, s.14; **Sanlı**, s.32-33.

teşebbüsün aldığı kararların kendi dışında bir organın onayına tabi olmamasıdır. Bağımsızlık konusunda karşımıza çıkan en önemli sorunlardan biri hukuki bağımsızlığın mevcut olmasına karşın aynı yapı içerisinde yer alan grup şirketleri, çok uluslu şirketler gibi karmaşık grupların durumunun ne olacağıdır³³⁰. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir birimin teşebbüs olarak nitelendirilmesinde hukuki yapısından ziyade ekonomik olarak bağımsız karar alıp alamadığı önem taşımaktadır. Burada hukuken birbirlerinden bağımsız olmalarına rağmen, iktisadi olarak tek birim görünümünde olan işletmelerin (grup şirketleri) hangi durumlarda “*ekonomik birlik*” olarak kabul edileceği hususunu ele almakta fayda bulunmaktadır³³¹.

TTK m.195/4’te yer alan şirketler topluluğu kavramına ilişkin olarak yer alan hükme göre, hâkim ortaklığa doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan ortaklar birlikte ortaklıklar topluluğunu oluşturmaktadır³³². Hâkim ortağa “ana ortaklık”, bağlı ortaklara ise “yavru ortaklık” denmektedir. Hâkim ortağın/ana ortağın gerisinde ona hâkim olan başka kişiler de bulunabilmektedir³³³. “Ekonomik birlik yaklaşımına” göre, eğer kararlar tek bir teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda alınıyorsa, bu yapı içerisinde yer alan tüm birimler tek bir ekonomik birim olarak kabul edilmektedir³³⁴. Bu yaklaşım gereğince, tek bir ekonomik varlık oluşturan iki veya daha fazla tüzel kişi arasındaki anlaşma ve uyumlu eylem söz konusu olduğunda rekabet hukuku kuralları uygulanmamakta, bunlar ana teşebbüsle birlikte tek bir teşebbüs olarak kabul edilmektedir. Ana şirket ile yavru şirketler ya da birden fazla yavru şirket arasında gerçekleşen rekabet karşıtı davranışlar yasak kapsamında değerlendirilmemekte ve şirket yapısının altında yer alan yavru şirketler tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlallerinden de ana şirket sorumlu tutulmaktadır³³⁵. Ancak bu birlik içerisindeki ortaklıklar iktisadi

330 **Güzel**, s.32-33; **Jones**, Undertaking, s.302-303; **Badur**, s.52.

331 **Cengiz** 2006, s.74; **İnan/ Piker**, s.10-11, **Whish/Bailey** 7.Ed, s.92.

332 **Şener**, Oruç Hami:Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş, 2. Baskı. Ankara 2015, s.172.

333 **Şener**, s.172.

334 **Whish/Bailey** 8.Ed., s. 94-95; **Jones**, Undertaking, s.310.

335 **Whish/Bailey** 8.Ed.,s.94-95, **Güven**, Rekabet Hukuku, s.86; Akzo Nobel NV v Commission Case C-97/08 P [2009] ECR I- 8237, [2009] 5 CMLR 2633 (**Ezrachi**, s.25).

açından kararlarını bağımsız bir şekilde alarak uyguluyor ise, bu durumda ortaklıklar arasında yapılan rekabeti engelleyici davranışlar ihlal kapsamında yer almaktadır.

Ekonomik birlik hususu ilk kez ABD hukukunda *Yellow Cap davasında*³³⁶ tartışılmıştır. Davada, *Checker Cab Manufacturing* şirketi tarafından büyük şehirlerde faaliyet gösteren *Yellow Cab* taksi şirketi satın alınmıştır. Kararda *Yellow Cab* taksi şirketinin satın alınmasıyla *Chicago* şehrinde, *Checker Taxi Company* ile arasında var olan rekabeti ortadan kaldırdığı, rekabetin işbirliği yolu ile kısıtlandığı iddiası incelenmiştir. *Checker Cab Manufacturing* şirketinin iki taksi şirketinin de sahibi olduğu, bu sebeple rakip olmadıkları savunması Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme kararda ana şirket ile yavru şirket arasındaki anlaşmaya da rekabet kanunlarını uygulamış ve teşebbüsler arasında işbirliği olduğu sonucuna varmıştır³³⁷. Yüksek mahkeme “*grup içi işbirliği (intra-enterprise conspiracy* ³³⁸)” yaklaşımı kapsamında söz konusu davranışları teşebbüs içi uyumlu eylem olarak nitelendirmiştir³³⁹. Fakat “hukuki bağımsızlık teorisi”ni temel alan ve tüzel kişilik arkasında yer alan yapıyı dikkate almayan bu yaklaşım, ana şirket ile yavru şirketler arasındaki ilişkiyi açıklama konusunda yetersiz kalması sebebiyle eleştirilere uğramıştır³⁴⁰. *Copperweld Corp. v. Interdependence Tube Corp*³⁴¹ kararıyla birlikte bu yaklaşımdan vazgeçilerek, aynı merkezden kontrol edilen ana şirket ve onun yavru şirketleri arasındaki işbirliklerine Sherman Kanunu m.1’in uygulanmayacağına karar verilmiştir³⁴².

336 United States v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947). (Akıncı, s.264-265).

337 Aktaran Akıncı, s.264-265.

338 Bu doktrine göre, bir ana şirketin tamamına veya bir kısmına sahip olduğu iştiraklerin ana şirketten bağımsız hukuki varlığa sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu iştirakler ayrı bir tüzel kişilik olarak kabul edilmekte, bunun neticesinde ana şirket ile yavru şirketler arasındaki anlaşmalara da Sherman Kanunu m.1 uygulanmaktadır (Uran, s.127).

339 Akıncı, s. 264-265; Uran, s.127-128.

340 Akıncı, s. 267; Uran, s.130; Broder, s.43.

341 Copperweld Corp. v. Interdependence Tube Corp. (Uran, s.127-129).

342 Uran, s.128-130.

AB hukukunda da ekonomik birlik oluşturan teşebbüsler arasındaki faaliyetlerin yasak kapsamında kabul edilmediği görülmektedir³⁴³. *Viho v Commission*³⁴⁴ kararında, *Parker Pen Ltd* ve ona bağlı teşebbüslerin birlikte hareket ederek rekabeti ortadan kaldırdıkları iddiası incelenmiştir. *Parker Pen*'in bağlı teşebbüslerinin hisselerin tamamını elinde tuttuğu, satış ve pazarlama faaliyetlerini yönettiğini göz önünde bulundurularak bağlı teşebbüslerinin ekonomik kararlarını bağımsız bir şekilde belirleyemedikleri tespit edilmiştir. Ekonomik birlik oluşturan *Parker Pen Ltd* ve bağlı teşebbüslerin kendi içerisinde yapılan görev paylaşımına ABİHA m.101'in uygulanmayacağına karar verilmiştir³⁴⁵. *Akzo Nobel NV v Commission* kararında, yavru şirketlerinin bağımsız şekilde karar alamadıkları ve ana şirketin kontrolünde hareket ettikleri durumlarda bu teşebbüslerin ekonomik birlik yaklaşımı kapsamında tek bir teşebbüs olarak değerlendirileceği belirtilmiştir³⁴⁶.

Türk rekabet hukukunda da RK tarafından 17.07.2001 tarihinde verilen ***TKKM-Gübretaş kararında***, TKKMB (Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği)'nin gübre alım ihalesinde en düşük teklifi vermeyen Gübre Fabrikaları T.A.Ş.'ye (Gübretaş) sipariş vererek rekabet kurallarını ihlal ettiği iddiaları incelenmektedir. Kurul Gübretaş'ın hisselerinin çoğunluğuna TKKMB'nin sahip olması, yönetiminin de çoğunluğunu TKKMB yöneticilerinin oluşturması sebebiyle Gübretaş'ın TKKMB'nin kontrolünde olduğunu tespit etmiştir. Kurul, TKKMB ile Gübretaş'ın bağımsız birer teşebbüs olarak değil, ekonomik bütünlük içerisinde bulunan tek bir teşebbüs olarak ele alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Anlaşma veya uyumlu eylemin ancak teşebbüsler arasında gerçekleştiği takdirde RHKH m.4 çerçevesinde değerlendirilebileceği ve söz konusu uyuşmazlıkta bir ihlalin söz konusu olmadığına karar vermiştir³⁴⁷.

343 **Whish /Bailey** 8.Ed., s.92.

344 *Viho Europe BV v. Commission*, Case C-73/95P [1996] ECR I-5457 (**Whish/Bailey** 8.Ed., s.96).

345 **Whish/Bailey** 8.Ed., s.96; Ancak ekonomik bütün oluşturan bu teşebbüsler ve bağlı işletmeleri ABİHA m.102 çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir (**Chalmers/Davies/Monti**, s.964).

346 **Whish/Bailey** 8.Ed., s.97; **Ezrachi**, s.25.

347 TKKM-Gübretaş, RK, K.S: 01-33/331-94 K.T: 17.7.2001.

Sonuç olarak, birden fazla şirketin içerisinde yer aldığı birlikler bakımından, yavru şirketlerin ana şirketin kontrolünde faaliyet göstermeleri durumunda tüm bu şirketler ekonomik birlik olarak kabul edilmektedir³⁴⁸. Bu teşebbüsler arasındaki uyumlu eylem niteliğindeki davranışlar şirket içi görev dağılımı olarak değerlendirilmekte ve yasak kapsamı dışında kalmaktadır³⁴⁹.

2.3.1.2.2. Tacir Yardımcılarının Durumu

Rekabet hukuku bakımından teşebbüslerin iş ve işlemlerinin yardımcılar aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda, bu yardımcıların durumunun nasıl değerlendirileceği hususu önem taşımaktadır. Nitekim teşebbüsler iş ve işlemlerini “ticari temsilci” gibi bağımlı tacir yardımcıları aracılığıyla gerçekleştirebilecekleri gibi “acente” gibi bağımsız tacir yardımcıları aracılığıyla da gerçekleştirebilmektedir. Temsil ilişkisi bakımından temsilcinin teşebbüsün talimatları doğrultusunda teşebbüs adına iş ve işlemler yaptığı hallerde, temsilci ve teşebbüsün ekonomik bütün oluşturdukları kabul edilmektedir³⁵⁰. Fakat bunun dışında temsilcinin bağımsız davranma imkânının bulunduğu veya anlaşmalardan doğabilecek riskleri üstlendiği durumlar da söz konusu olabilmektedir³⁵¹.

Teşebbüsler, sürekli şekilde aracılıkta bulunan veya teşebbüsün nam ve hesabına sözleşmeler yapan acenteler aracılığıyla, sermaye tahsis etmeden ve masraf yapmadan ürettikleri mal ve hizmetlerini daha geniş bir çerçevede pazarlayabilmektedir³⁵². Teşebbüs adına aracılık etme ve sözleşme yapma şeklinde ortaya çıkan bu ilişki, gerçek anlamda acenteliği ifade etmektedir. Bu durumda, teşebbüs ile onun emir ve talimatları doğrultusunda ona bağlı olarak hizmet gören acente tek bir teşebbüs olarak kabul edilmektedir³⁵³. Ancak taraflar rekabet kurallarından kurtulmak için acente sözleşmesi

348 **Güven**, Rekabet Hukuku, s.87; **Jones/Sufrin**, s.139.

349 Hydrotherm Geratebau GMBH v Compact Del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Case170/83, ECR 1984, 2999, para.41. Komisyon burada tek ekonomik birlik olan teşebbüsün iç görev paylaşımının söz konusu olduğuna ve 101.madde'nin uygulanmayacağına karar vermiştir (**Jones/Sufrin**, s.139).

350 **Güven**, Rekabet Hukuku, s.88-89.

351 **Arı**, s.164; **Güzel**, s.42-43.

352 **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, BTHAE, 19.B., Ankara, 2014, s.198.

353 **Güven**, Rekabet Hukuku, s.88-89; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.103.

görüntüsü altında “tek satıcılık sözleşmesi” gibi başka bir hukuki ilişki içerisine girebilmektedir³⁵⁴.

Tek satıcılık sözleşmesinde de acentede olduğu gibi, teşebbüse ait mallar belirli bir bölgede tek satıcı tarafından tek başına (tekel hakkı) pazarlanmaktadır. Acente de tek satıcı da mal ve hizmetlerin sürümünü artırmaya yönelik faaliyet göstermektedir. Fakat tek satıcı acenteden farklı olarak, malları kendi ad ve hesabına satın alarak, sözleşmeyle kendisine tanınan tekel bölgesinde tekrar satış yapmaktadır. Tek satıcının kârı bu alım ve satım arasındaki farktan oluştuğu gibi faaliyetlerinin tüm rizikolarına da kendisi katlanmaktadır³⁵⁵. Bu durumda kendi nam ve hesabına hareket eden tek satıcının ana teşebbüse bağlı olduğunun düşünülmesi mümkün gözükmemektedir. Bu çerçevede gerçekleşen uyumlu eylem niteliğindeki davranışlar yasak kapsamında kabul edilmektedir³⁵⁶.

Benzer şekilde AB rekabet hukukunda da ticari ve finansal riskleri üstlenmeyen, teşebbüsün talimatları doğrultusunda hareket eden acentelerin bir çalışan gibi teşebbüsün parçası olduğu kabul edilmektedir. Ancak piyasada bağımsız hareket eden ve riskleri üstlenen acenteler ise ayrı bir teşebbüs olarak kabul edilmektedir³⁵⁷.

2.3.1.2.3. Devlet ve Kamu Kuruluşlarının Durumu

Teşebbüs kavramı ekonomik bir faaliyetin bağımsız şekilde yürütülmesini gerektirmektedir. Ekonomik faaliyetin gerçek kişi, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi tarafından gerçekleştirilmiş olması önem taşımamaktadır³⁵⁸. Bu bakımdan kamu otoritelerinin de bazı faaliyetleri bakımından teşebbüs olarak değerlendirileceği kabul

354 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.104.

355 **Arkan**, s.205.

356 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.103-104.

357 **Jones**, Undertaking, s.306-307.

358 **Jones/Sufrin**, s.128.

edilmekte, uygulamada ve doktrinde ekonomik faaliyetin söz konusu olduğu durumlar ve diğer durumlar olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır³⁵⁹.

Kamu otoritesi tarafından ekonomik bir faaliyet yürütülüyorsa, kamu otoritesi bu faaliyetleri bakımından teşebbüs olarak kabul edilmektedir³⁶⁰. Ancak kamu otoritesinin, kamu hukukundan kaynaklanan idari gücünü kullandığı; kamusal ihtiyaçları karşılamak için yerine getirmesi gereken ulusal güvenlik, adalet gibi asli görevleri çerçevesinde yaptığı faaliyetler söz konusuysa, bu durumda kamu otoritesi teşebbüs olarak kabul edilmemektedir³⁶¹. Bu bakımdan somut olayda yapılan değerlendirmeler doğrultusunda, faaliyetlerin ekonomik nitelikte olup olmadığı tespit edilmektedir. Söz konusu faaliyet bakımından kamu hizmetinin mi, yoksa kâr amacının mı daha ağır bastığı araştırılmaktadır. Ekonomik faaliyetler rekabet hukuku kurallarına tabi tutulurken, diğer faaliyetlere ise rekabet hukuku kuralları uygulanmamaktadır³⁶².

AB rekabet hukukunda ise, Komisyon ve ABAD'ın Birlik içerisinde rekabetin korunması ile üye devletlerin egemenlik yetkilerine saygı duyulması arasında denge sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu çerçevede devletin egemen gücünün kullanıldığı, kamu menfaati çerçevesinde hareket edildiği veya idari fonksiyonun yerine getirildiği hallerde rekabet kuralları uygulanmamaktadır³⁶³.

Bodson kararında³⁶⁴, belediye yetkilileri tarafından idari fonksiyon çerçevesinde yürütülen cenaze hizmetlerine imtiyaz tanınması durumuna rekabet hukuku kurallarının uygulanmayacağı değerlendirilmiştir³⁶⁵. ***SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol***

359 **Woods/Whatsons/Costa**, s.642; **Özkan**, s.117.

360 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.25.

361 **Woods/Whatsons/Costa**, s.642; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.101.

362 **Güzel**, s.24-25.

363 **Jones/Sufrin**, s.130

364 *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, Case 30/87 [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984 (**Jones/Sufrin**, s.130).

365 **Jones/Sufrin**, s.130; **Woods/Whatsons/Costa**, s.642.

*kararında*³⁶⁶ da da benzer şekilde, ülkeler arasındaki hava trafiğini kontrol eden ve ücret alan uluslararası örgütün yolcuların güvenliği için çalıştığı ve havayolu denetiminin tipik olarak kamu otoritesinin kullanımıyla ilgili olduğuna, bu sebeple *Eurocontrol*'ün teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir³⁶⁷.

*Höffner and Elser v. Macrotron GmbH*³⁶⁸ kararında ise, ABAD öncelikle, teşebbüs kavramının hukuki statüsüne bakılmaksızın ekonomik aktivitede bulunan her türlü birimi kapsadığını vurgulamıştır³⁶⁹. ABAD kamu otoritesi olarak görev yapan Federal İstihdam Bürosu tarafından gerçekleştirilen işçi yerleştirme işlemlerinin ekonomik faaliyet olduğuna ve ABİHA m.101'in uygulanması gerektiğine karar vermiştir³⁷⁰. Bu çerçevede AB rekabet hukukunda kamu otoritelerinin teşebbüs niteliğinin varlığı için ekonomik faaliyet unsurunun var olup olmadığının değerlendirildiği, ekonomik bir faaliyetin yerine getirilmesi söz konusuysa o halde rekabet kurallarının uygulandığı görülmektedir.

Türk rekabet hukukunda da büyük ölçüde AB rekabet hukukundaki uygulamalara benzer bir yaklaşım benimsenmektedir. RKHK m.2'nin gerekçesinde³⁷¹, “*Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına ya da özel kişilere ait olmasının önemi yoktur.*” ifadelerine yer verilmektedir. Kanun koyucu, gerekçede mal ve hizmet piyasalarında ekonomik faaliyette bulunan kamu teşebbüslerinin de rekabet kurallarına tabi olacağını

366 Sat Fluggesellschaft GmbH K. Eurocontrol, Case C- 364/92 [1994] ECR I- 43, [1994] 5 CMLR 208 (**Ezrachi**, s.5).

367 **Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt**, s.715; **Whish/Bailey** 8.Ed, s.87,91; **Özkan**, s.123. Benzer şekilde *SEPG kararında*, Cenevre limanının temizliği ve kirlilikten arındırılması işini üstlenen bir şirketin, limana giren gemilerden ücret almasının bir ekonomik faaliyet olmadığı, deniz ve liman kirliliğini önlemek gibi kamusal nitelik taşıyan bir faaliyet gerçekleştirdiğine karar verilmiştir (Diego Cali v. Servizio Ecologico Porto Di Genova (SEPG) Case C-343/95 [1997] ECR I-1547 **Özkan**, s.123).

368 Höffner and Elser v. Macrotron GmbH, Case C-41/90 [1993] 4CMLR 306 (**Ezrachi**, s.4).

369 Höffner and Elser v. Macrotron GmbH, para.21 (**Ezrachi**, s.4).

370 **Jones/Sufrin**, s.129-130; **Ezrachi**, s.4.

371 RKHK m.2 Gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Yılı 3, Dönemi 19, 10.5.1993, s.56. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c073/tbmm19073046ss0599.pdf> (E.T.

açıkça ifade etmektedir³⁷². Ancak devlet veya devleti temsil eden Cumhurbaşkanlığı, bakanlık ve belediye gibi kamu kurumlarının faaliyetlerini yürütmek için aldığı kararlar rekabet kuralları kapsamı dışında kalmaktadır. Nitekim bu kurumlar kamu yetkilerini kullanması sebebiyle RKHK anlamında teşebbüs niteliği taşımamaktadır³⁷³.

Devlet veya devleti temsil eden kurumlar rekabet kurallarına tabi olmamakta, ancak piyasada Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) şeklinde ekonomik faaliyet göstermesi durumunda, KİT'ler teşebbüs sayılmakta ve rekabet hukuku kurallarına tabi olmaktadır³⁷⁴. Burada ekonomik faaliyetle birlikte bir diğer unsur olan bağımsızlık unsuru da değerlendirilmekte, KİT'lerin rekabet hukukuna tabi olabilmeleri için aldıkları kararlarda bağımsız olmaları aranmaktadır. KİT'lerin özel kanunlar veya idari talimatlar doğrultusunda rekabet ihlali niteliği taşıyan davranışlar gerçekleştirmesi halinde ise, hukuken usulüne uygun yetkinin varlığı durumunda rekabet kuralları uygulanmayacaktır³⁷⁵. Bu bakımdan KİT niteliği taşımayan diğer kamu tüzel kişiliklerinin rekabet ihlallerine ilişkin şikâyetlerde ise, mevcut olayın şartları doğrultusunda “ekonomik faaliyet” ve “egemenlik” unsurlarının değerlendirilerek karar verildiği görülmektedir³⁷⁶.

Kurul 20.05.1999 tarihli *Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)* kararında³⁷⁷, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'un “*kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliğe sahip bir üst kuruluş*” olduğunu tespit ettikten sonra, şikâyet konusu TIR karnelerinin düzenlenmesi görevinin niteliğini tartışmıştır. Kurul, TIR karnelerinin düzenlenmesi

372 **Özkan**, s.124.

373 **Arı**, Danışıklılık Kavramı, s.151; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.101; Nitekim hükümet işlemlerinin kanuna aykırı olması halinde iptal yolu ve sonuçları ayrıca düzenlenmiştir. Bu sebeple rekabeti bozucu kamusal kararların denetimi RKHK kapsamı dışında kalmaktadır (**Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.32-33).

374 **Güzel**, s.64-65; **Arı**, Danışıklılık Kavramı, s.150-151; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.112.

375 **Güzel**, s.65; **İnan**, Nurkut: Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s.19-20. Yazar burada devlet kuruluşlarına fiyat yıkıcı fiyat uygulanmasına ilişkin verilen emirlerde, yasal olarak bu emri verme yetkisinin incelenmesi gerektiğini, eğer böyle bir yetki söz konusu değil ise, rekabet kurallarının uygulanacağını ifade etmektedir (**İnan** 1999, s.19-20).

376 **Güzel**, s.65.

377 TOBB Kararı, RK, K.S: 99-24/217-130, K.T: 20.05.1999.

görevinin aslen uluslararası bir sözleşmeyle T.C. Devletine verildiğini, bu görevin uygun görülen bir kuruluşa devredilebilme imkânı doğrultusunda TOBB'a verildiği tespitini yapmıştır. TOBB'un işlemlerinin RKHK kapsamında olup olmadığı ayrımı burada başlamış, *“TOBB'[un] bu işlemi teşebbüslerin oluşturduğu bir birlik olma sıfatı nedeniyle mi yoksa uluslararası bir sözleşmenin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne yüklediği bir yükümlülüğün devir yoluyla kendisine verilmiş olması nedeniyle mi yapmaktadır?”* sorusunun cevabını aramıştır. Nihayetinde *“TOBB'nin bu işleminin kaynağı uluslararası sözleşme ve bu sözleşmenin devlete yüklediği sorumluluğun devrini öngören Bakanlar Kurulu Kararnamesi olması nedeniyle bu hizmetin bir kamu hizmeti niteliğinde”* olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak TOBB'un kendisine devredilmiş olan işlemleri *“bedel karşılığında”* yapmış olması halinde RHKK anlamında bir *“hizmet”* üreten teşebbüs olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir³⁷⁸. Kararda Kurul'un faaliyetin niteliği noktasında değerlendirme yaptığı, her ne kadar TOBB bedel karşılığında hizmet üreten teşebbüs olarak kabul edilse de bir kamu hizmetinin söz konusu olması nedeniyle RKHK uygulanmayacağı sonucuna vardığı görülmektedir.

19.2.1998 tarihli *TUS Kararında*³⁷⁹ öncelikle Elektrik Mühendisleri Odası (EMO)'nun tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu belirlenmiştir. Şikâyet konusu *“Teknik Uygulama Sorumluluğu (TUS) Uygulama Esasları Yönetmeliği'nin dayanağını TMMOB EMO Tüzüğü'nden aldığı, hernekadar Anayasamızın 115'nci maddesi anlamında Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan bir Tüzük değilse de, kanunla kurulmuş bir kamu meslek kuruluşu olarak Elektrik Mühendisleri Odası'nın kanunla verilmiş görevleri çerçevesinde iç düzenleme yapma yetkisi bulunduğu ve Tüzük'ün de bu çerçevede olduğu”* değerlendirilmiştir³⁸⁰. Bununla birlikte *“EMO tarafından yapılacak düzenlemelerin RKHK'na aykırı olması halinde soruşturma*

378 TOBB Kararı, s.5-7 **Tan**, Turgut: Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri), Rekabet Dergisi, 2000, C.1, S.4, s. 3-42, s.9.

379 TUS Kararı, RK, K.S: 53/384-44, K.T: 19.2.1998.

380 TUS Kararı, s.3. Kararın devamında *“TUS Uygulaması Esasları Yönetmeliği'nin TUS puanı sınırlaması uygulamasına dayanak oluşturan 5.2 maddesinin rekabet kurallarına aykırı olduğu ancak, yukarıda da belirtildiği gibi bu uygulamanın esas itibarıyla kamu yararına olması nedeniyle Elektrik Mühendisleri Odası hakkında adı geçen Yönetmeliğin ilgili 5.2 maddesine yönelik bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı”* belirtilmiştir (TUS Kararı, s.5).

açılabilceği, sadece mevcut Yönetmelik hükmüne istinaden soruşturma açılmasına gerek olmadığı³⁸¹”na karar verilmiştir. Şikâyet konusu maddenin rekabet kurallarına aykırı olduğu, ancak “kamu yararı” sebebiyle rekabet kurallarının uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Kararda yer alan değerlendirmeler çelişkili ve ilk bakışta yanlış anlaşılmaya müsait olmakla birlikte, “EMO tarafından yapılacak düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun’a aykırı olması halinde soruşturma açılabilceği” ifadesiyle Yönetmelik hükmünün değil buna dayalı uygulamaların RKHK kapsamında değerlendirilebileceğinin ifade edilmek istendiği düşünölmektedir³⁸².

İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) Kararı ³⁸³’nda ise, Kurulca İMKB’nin “teşebbüs veya teşebbüs birliği olup olmadığı” hususu değerlendirmesi yapılmadan “şikâyet konusu uygulamanın mevzuat hükmünün yerine getirilmesi” niteliğinde olduğu tespiti yapılmış ve bu sebeple RKHK kapsamında değerlendirilmeyeceğine karar verilmiştir ³⁸⁴. Bilgisayar ihalesinde TSE yerine yabancı standartların istenmesi üzerine Devlet Malzeme Ofisi, Milli Savunma ve İçişleri Bakanlığı’nın şikâyeti üzerine verilen ***KİK Kararında*** ³⁸⁵, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kamu alımlarını kapsamadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak dayanağını 4054 sayılı kanundan alan herhangi bir işlem yapma imkânı bulunmadığı” ayrıca “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim olarak tarif edilen teşebbüs tanımına dilekçede sayılan kamu kuruluşlarının girmediği” belirtilmiştir ³⁸⁶. Kararda kamu ihalelerine RKHK’nın uygulanamayacağı yorumunu yapılmış, fakat neden uygulanmayacağı hususunda herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir. Kurul’un eski tarihli kararlarında,

381 TUS Kararı, s.5.

382 **Tan**, s.13.

383 İMKB Kararı, RK, K.S: 96/785-169, K.T:30.04.2000, s.24, 84 vd.

384 **Tan**, s.13-14.

385 KİK Kararı, RK, K.S: 41/269-19, K.T: 03.12.1997.

386 KİK Kararı, s.2-3.

teşebbüs niteliğine ilişkin her olayda farklı değerlendirme yaptığı ve yeknesak bir uygulamanın mevcut olmadığı görülmektedir³⁸⁷.

Kurul'un güncel tarihli kararlarından 2019 tarihli *Enerjisa Kararı*³⁸⁸’ında, “ekonomik faaliyet” ve “bağımsızlık” unsurlarına dikkat çekilerek “*ekonomik faaliyette bulunan, bağımsız karar alma mekanizmaları doğrultusunda hareket eden ve ekonomik olarak bütün teşkil eden birimlerin rekabet hukuku bakımından teşebbüs*” olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca “*ilgili ekonomik birimin hukuki kişiliğinin niteliğinin belirleyici bir etkisi bulunmadığı*” eklenmiştir³⁸⁹. Tarafların teşebbüs niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendiren Kurul, “*Sözleşme taraflarından Enerjisa’nın, Sözleşme kapsamında elektriğin üretimi ve satışı faaliyetinde bulunacağından, teşebbüs niteliğini haiz olduğunu, bununla birlikte, Sözleşme’nin diğer tarafı Bakanlık’ın teşebbüs niteliğini haiz olmadığını*” açıkça ifade etmiştir³⁹⁰. Bu bakımdan “*başvuru konusu Sözleşme kapsamında Bakanlık tarafından yapılacak faaliyetlerin 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun ve bu Kanun’a dayanılarak çıkarılan Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Yönetmeliği kapsamında söz konusu enerji kaynaklarının etkin kullanımına yönelik idari işlemler niteliğinde olduğu ve bünyesinde piyasa faaliyetinin en belirgin özelliklerinden biri olan piyasaya mal veya hizmet sunulmasına yönelik herhangi bir faaliyeti barındırmadığı*”na, bu sebeple Bakanlık ile Enerjisa arasındaki Sözleşme’nin RKHK kapsamında olmadığına karar verilmiştir³⁹¹. Kararda, ekonomik faaliyet ve bağımsızlık unsurlarının incelenmesi ve şikâyet konusu faaliyetin idari işlem niteliğinde olduğu değerlendirmesinin yapılması bakımından önceki tarihli Kurul kararlarına kıyasla daha tutarlı bir yaklaşım sergilendiği yorumu yapılabilmektedir.

387 **Güzel**, s.65.

388 Enerjisa Kararı, RK, K.S: 19-39/604-258, K.T: 12.11.2019.

389 Enerjisa Kararı, para.13.

390 Enerjisa Kararı, para.14.

391 Enerjisa Kararı, para.14.

2.3.2. Teşebbüsler Arasında Bağlantının Varlığı

Uyumlu eylemin varlığı için piyasadaki paralellik tek başına yeterli olmamakta, teşebbüsler arasında gelecekteki piyasa davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldıran doğrudan veya dolaylı bir bağlantının da varlığı gerekmektedir³⁹². Bu bakımdan bağlantı uyumlu eylemin temel özelliklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır³⁹³. Nitekim piyasadaki paralelliğin teşebbüslerin bağımsız kararları sonucunda ortaya çıkması durumunda uyumlu eylem söz konusu olmamaktadır³⁹⁴.

Bağlantının uyumlu eyleme vücut verebilmesi için ise, bağlantı sonucu elde edilen bilgilerin rekabeti engellemek amacıyla kullanılması gerekmektedir³⁹⁵. Diğer yandan, en az iki veya daha fazla teşebbüsün yer aldığı oligopolistik piyasalarda, paralellik piyasa yapısının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Çok sayıda teşebbüsün bulunduğu tam rekabet piyasalarının aksine, oligopolistik piyasalarda bir teşebbüsün davranışı, rakiplerin davranışlarını piyasa yapısı gereği etkilemektedir³⁹⁶. Bu tür piyasalarda bağlantı söz konusu olmasa da teşebbüsler rakiplerinin davranışları takip etme eğilimi taşımaktadır. Nitekim her bir teşebbüsün piyasadaki başarısı rakiplerinin davranışlarına karşı gelertirdikleri stratejilere bağlı bulunmaktadır. “*Oligopole özgü paralel davranışlar*” olarak adlandırılan bu davranışlar, piyasa yapısından kaynaklı olarak ortaya çıkmakta olup, rekabet hukuku uygulamalarında uyumlu eylem olarak kabul edilmemektedir³⁹⁷. Bu çerçevede teşebbüslerin piyasa koşullarına kendilerini adapte etmek için bağımsız olarak akılcı kararlar alması durumunda, bunlar basiretli iş adamının sergileyeceği olağan davranışlar olarak değerlendirilmektedir³⁹⁸.

392 Llorens, s.846, 851; Bellamy/Child, s.56-57.

393 Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt, s.736.

394 Uran, s.34, 143.

395 İkizler 2005, s.110-111.

396 Gerven/Varona, s.576.

397 Topçuoğlu, s.194; Gerven/Varona, s.576-577; Rodger/ Macculloch, s.164.

398 Rodger/ Macculloch, s.164; Topçuoğlu, s.194; Oberdorf/ Gleiss/ Hirsch, para.12; Bellamy/Child, s.58.

Uyumlu eylemin söz konusu olabilmesi için teşebbüsler arasında bağlantıyla birlikte ortak bir planın gerekli olup olmadığı hususunun ise doktrinde tartışıldığı görülmektedir³⁹⁹. Uyumlu eylem, anlaşma aşamasına ulaşmamış paralel davranışlar olarak kabul edildiği üzere, uyumlu eylemin varlığı için teşebbüsler arasında paralel davranışlara ilişkin icap ve kabule dayalı karşılıklı irade uyuşmasının anlaşmaya göre hafifletildiğini söylemek mümkündür. Uyumlu eylemde, açık irade açıklaması aşamasına ulaşmamakla birlikte, teşebbüsler arasında bir aktif bilgi akışı mevcuttur⁴⁰⁰. Anlaşmada ise, tarafların irade uyuşmaları “*hukuki sonuç iradesi*”ni de kapsamakta, uyumlu eylemde tarafların iradeleri yalnızca eylem için uyuşmakta, hukuki sonucu kapsamamaktadır. Diğer bir farklılık ise, anlaşmada teşebbüslerin uyumu ortaya çıkaran ortak iradelerini açığa vurmaları aranmakta iken, uyumlu eylemde eylemi doğuran uyum açık veya zımni olabilmektedir⁴⁰¹. Uyumun hukuken bağlayıcılığının bulunmaması ve ancak eylem aşamasına geçildiği zaman anlaşılabilmesi, ne şekilde ve nasıl çıktığının tespitini zorlaştırmaktadır⁴⁰². Bu bakımdan mahkeme kararlarında teşebbüsler arasındaki uyumun “fikirlerin buluşması (*meeting of minds*)”, “amaç birliği (*unity of purpose*)”, “ortak amaç/hedef (*common design/understanding*)” şeklinde ifade edildiği görülmektedir⁴⁰³.

Ortak plan ile uyumlu eylem arasındaki bağlantıya ilişkin verilen ilk karar ABD hukukundaki *Interstate Circuit*⁴⁰⁴ kararıdır. Söz konusu kararda iki farklı grup teşebbüs bulunmaktadır. İlk grup film dağıtıcılarından, ikinci grup ise *Interstate Circuit, Inc. ve Texas Consolidated Theatres* adında film gösterimi yapan teşebbüslerden oluşmaktadır. Piyasada tekel konumunda olan *Interstate Circuit ve Texas Consolidated Theatres*, film dağıtıcılarına daha önceden var olan iletişimlerini takiben piyasadaki rakabeti etkileyecek taleplerin yer aldığı mektuplar göndermiştir. Piyasanın büyük bir çoğunluğunu ellerinde

399 **İkizler** 2005, s.93.

400 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.58-59. *Aslan*, Teşebbüsler arasındaki belirsizliğin bağlantı yoluyla kaldırılması hususunu “bilinçli paralellik” olarak açıklamaktadır. Buna göre, rakip teşebbüslerin davranışları bilinçli olarak paralel ve birbirine uygun hale geliyorsa uyumlu eylem söz konusu olacaktır (**Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.58-59).

401 **Akinci**, s.146.

402 **Akinci**, s.146; **Llorens**, s.850.

403 “*a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of the minds*”, *American Tobacco Co. v. United States* (**Turner**, s.664; **Miles**, s.20; **Baker**, s.178).

404 *Interstate Circuit Inc. v United States*, 306 U.S.208 (1939).

bulunduran bu iki teşebbüsün diğer rakip teşebbüs aleyhine talepleri içeren mektupların gönderilmesinden sonra dağıtıcılarla bazı görüşmeler de yaptığı ve en nihayetinde dağıtıcı teşebbüslerin tamamının mektupta yer alan taleplere uygun bir şekilde hareket ettiği tespit edilmiştir. Davalı teşebbüsler, ilk derece mahkemesinin dağıtıcılarla rekabetin kısıtlanmasına yönelik işbirliği içerisine girildiğine karar vermesi üzerine, “*işbirliğine ilişkin yeterince delil olmadığı*” gerekçesiyle kararı temyiz etmiştir⁴⁰⁵.

Yüksek Mahkeme tarafından İlk Derece Mahkemesi’nin yaptığı tespitin doğru olduğuna kara verilmiştir. Nitekim mektupların antet kısmında mektubun muhatabı olan diğer film dağıtıcılarının da isminin yer aldığı ve mektuplarda yer alan taleplere tüm teşebbüslerin uyması durumunda yüksek kâr elde edilebileceği, aksi halde teşebbüslerin zarara uğrayacağı tespit edilmiştir. Yüksek Mahkeme, *Interstate* tarafından rekabeti kısıtlayıcı taleplerin yer aldığı mektupların dağıtıcılara gönderilmiş olmasını tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli bulmamış, “*dağıtıcıların uyumlu eylemlerinin farkında olarak bir plan doğrultusunda hareket etmeleri*”ne dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, teşebbüslerin uyumlu eylemin tasarlandığı ve bu eyleme davet edildiği bilincine sahip olarak söz konusu plana katılım sağlamaları uyumlu eylemin varlığı için yeterli bulunmaktadır. Bu bakımdan daha önceden yapılmış bir anlaşma ve/veya plan olmaksızın rekabeti kısıtlayıcı bir davete katılım sağlanması uyumlu eylemin varlığı için yeterli kabul edilmiştir⁴⁰⁶. Yüksek mahkeme, “*işbirliğinin başarılı bir plan için hayati öneme sahip olduğu bilinciyle hareket eden teşebbüslerin*”, rekabeti engelleyen bir plana katılmak için önceden bir anlaşma olmaksızın rakiplerinin davetinin kabul etmesinin gizli işbirliğinin varlığı için yeterli olduğunu ortaya koymuştur. Bu durumda rakipler arasında zımni bir anlaşmanın söz konusu olduğu düşünülmektedir⁴⁰⁷.

AB hukukunda ise, bu konuya ilişkin ABAD’ın yorumunu *Sugar Cartel* kararında bulmak mümkündür. ABAD *Dyestuffs* kararında yapılan uyumlu eylem tanımını tekrar ederek, uyumlu eylemin söz konusu olabilmesi için teşebbüslerin rekabet riskine karşı

405 **Uran**, s.158.

406 **Uran**, s.159-160.

407 **Turner**, s. 683.

pratik işbirliğine, doğrudan veya dolaylı bir bağlantı sonucu katılım sağlamalarını yeterli görmüştür. Bu bakımdan teşebbüslerin uyumlu eyleme katılım sağlamaya ilişkin iradelerini açıklamaları ve koordinasyon veya işbirliği için bir planın veya anlaşmanın varlığının gerekli olmadığı belirtilmiştir⁴⁰⁸. Teşebbüslerin bir “*bağlantı*” sonucu kendi iradeleri yerine geçen piyasadaki belirsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik davranışları ortaya koymalarının yeterli olduğuna karar verilmiştir. AB rekabet hukukunda ortak planın varlığı uyumlu eylem için yeterli görülmüş, ancak olmazsa olmaz bir koşul olarak kabul edilmemiştir⁴⁰⁹. Bu çerçevede uyumlu eylemin söz konusu olabilmesi için, teşebbüsler arasında anlaşma düzeyine varacak şekilde kesin bir planın varlığı ve bunlara uyulacağına dair açık ve kesin irade uyuşmasının gerekliliği aranmamaktadır⁴¹⁰. Teşebbüslerin herhangi bir bağlantı sonucu rakiplerinin piyasa davranışları ve politikalarından haberdar olmaları, aralarında açık bir plan mevcut olmasa dahi diğer teşebbüslerin de bu davranışları takip edeceği bilinciyle hareket ederek piyasada paralelliğe ve rekabetin ortadan kaldırılmasına neden olmaları uyumlu eylemin varlığı için yeterli kabul edilmektedir⁴¹¹. Önemli olan teşebbüsler arasındaki bağlantının ortaya koyulması olup, teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi, tavsiyeler ve kamuya yönelik yapılan duyurular yoluyla bağlantı gerçekleşebilmektedir.

2.3.2.1. Bilgi Değişimi ve Topla Dağıt (*Hub and Spoke*) Tipi İhlaller

Bilgi değişimi, birden fazla teşebbüsün rekabete ilişkin kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgileri karşılıklı paylaşılması olarak tanımlanmaktadır⁴¹². Bilgi değişimi, teşebbüslerin rakiplerinin piyasa stratejilerini önceden öğrenmeleri piyasadaki belirsizliğin ortadan kalkmasına ve teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarına karşı plan oluşturmalarını kolaylaştırmaktadır⁴¹³. Bu bakımdan teşebbüslerin faaliyetlerini etkin bir şekilde yürütmek için bazı bilgilere ihtiyaç duyduğu kabul edilmekle birlikte, bilgi

408 **Bellamy/Child**, s.57-58; **Ezrachi**, s.68-69.

409 **Ezrachi**, s.69.

410 **Bellamy/Child**, s.58.

411 **Whish** 7.Ed., s.113.

412 **Gürkaynak**, Gönenc/ **İkiler**, Bora/ **Şen**, Gülhiz: "Topla ve Dağıt" Tipi İhlallerin Rekabet Hukuku Boyutu, BTHD, 2013, C.29, S.3, s.282.

413 **Badur**, s.110.

değişiminin piyasanın şeffaflığını arttırarak uyumlu eyleme neden olabileceği düşüncesiyle dikkatle ele alındığı görülmektedir⁴¹⁴.

Teşebbüsler arasındaki her türlü bilgi alışverişi rekabet kuralları açısından risk teşkil etmemektedir⁴¹⁵. Nitekim aynı mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin belirli bir düzeyde rakip teşebbüslerle bazı ilişkiler içerisine girmeleri, bilgi alışverişinde bulunmaları ihtiyacı söz konusu olmaktadır⁴¹⁶. Piyasada faaliyet gösteren aktörlerin bu şekilde ilişki içerisinde bulunmasının her zaman rekabet aleyhine sonuç doğuracağını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Rekabet açısından en ideal piyasa türü olarak kabul edilen alıcı ve satıcıların ürün ve piyasa konusunda her türlü bilgiye sahip oldukları tam rekabet piyasalarına bakılacak olursa her türlü bilgi akışı gerçekleşmekte piyasa şeffaf bir özellik göstermektedir⁴¹⁷. Ayrıca bilgi değişimi sayesinde yeni iş modellerinin ortaya çıkması, daha verimli stratejilerin oluşturulması, piyasadaki bilgi asimetrikliğini ortadan kaldırarak piyasaların daha etkin hale gelmesi söz konusu olabilmektedir⁴¹⁸. Bu bakımdan bilgi değişiminin rekabete olan etkisinin tespit edilebilmesi için; bilginin yapısı, özellikleri, bilgi değişiminin amacı, gerçekleştiği piyasanın özellikleri ile piyasayı nasıl etkilediği incelenerek değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁴¹⁹. Bu şekilde hangi tür bilgi paylaşımının rekabeti ortadan kaldıracığı ve uyumlu eyleme neden olacağı ortaya koyulabilmektedir.

414 **Ardıyok, Sahin/ Yeşilyaprak**, Dilara: Rekabet Hukuku Açısından Üçüncü Taraflar Aracılığıyla Rakipler Arası Bilgi Değişimi, Mondaq, 18/01/2016, s.1. <https://www.mondaq.com/turkey/AntitrustCompetition-Law/459146/Rekabet-Hukuku-A305s305ndan-nc-TaraflarArac3051305287305yla-Rakipler-Aras305-Bilgi-De287i351imi>((E.T. 04/03/2020).

415 **Ardıyok/Yeşilyaprak**, s.1; **Capobianco**, Anatonia: Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, "Background Paper", OECD Policy Roundtables, 2010, s.23.

416 **Ardıyok/Yeşilyaprak**, s.1.

417 **Capobianco** OECD, s.23; **Türkkan**, Erdal: Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.71.

418 **Yıldız**, Uğur: Rekabet Hukukunda ABC Bilgi Değişimi (Hub&Spoke), Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.53; **Capobianco** OECD, s.24; **Zampa/Carli**, s.73; Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements (2011/C 11/01), para.57; RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Kabul Tarihi:30.4.2013 Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6), para.42, s.8.

419 **Göksu, Safi Işık**: Rakipler Arası Bilgi Değişimi ve Rekabet Hukuku Açısından Sonuçları: Kartel, Articletter, Winter 2015, s.86; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para.43, s.8; **Yıldız**, s.55-57; **Zampa/Carli**, s.74.

Bilgi paylaşımları rekabet hukuku bağlamından üç farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; (1) kartelin parçası olan bilgi paylaşımı, (2) ortak girişim standardizasyon veya arge çalışmaları gibi bir işbirliği anlaşmasının parçası olan bilgi paylaşımı ve son olarak (3) tek başına davranış olarak bilgi paylaşımıdır (*stand-alone ya da pure information exchanges*). Burada asıl tartışma konusu olan hususun tek başına davranış olan bilgi değişimi olduğu görülmektedir⁴²⁰. Tek başına davranış olan bilgi değişiminin uyumlu eyleme neden olup olmayacağına ilişkin çeşitli tartışmalar bulunmakla birlikte, genel olarak belirli şartlar dâhilinde bu bilgi değişiminin anlaşma ve/veya uyumlu eylem olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir⁴²¹.

Bir kartelin, anlaşma ve/veya uyumlu eylemin parçası veya delili olmayan tek başına davranış niteliğindeki bilgi değişimleri ABD rekabet hukukunda *rule of reason* ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir⁴²². FTK ve Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “*Rakipler Arasındaki İşbirliklerine İlişkin Antitröst Rehberinde*”⁴²³ bazı bilgi değişimlerinin faydalı hatta zorunlu olabileceği, verimliliği arttıran ve faydalı sonuçları bulunabilecek bilgi değişimlerinin *rule of reason* ilkesi çerçevesinde değerlendirileceği belirtilmektedir⁴²⁴. Bir anlaşmanın delili ve parçası olan bilgi paylaşımları ise *per se* ihlal sayılmaktadır⁴²⁵. Bu bakımdan *per se* ihlal sayılmayan tek başına davranış olan bilgi değişimleri eğer rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğuruyor ise ihlal olarak nitelendirilmektedir. *United States v. Container Corp. of America*⁴²⁶ kararında fiyatların belirlenmesine ilişkin herhangi bir anlaşma bulunmamasına rağmen, güncel fiyatlara

420 **Capobianco** OECD, s.22;**Aslan**, Fatma Ece: Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı, Rekabet Dergisi, 2012, C.13, s.6-7; **Gürkaynak / İnkiler / Şen**, s.282; Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements (2011/C 11/01), para.56.

421 **Karacennem**, Nejdet/ **Ardıyok Şahin**: Tek Başına Bilgi Değişimi İhlal Olabilir Mi? (Söyleşi), Rekabet Forumu Dergisi, 2013, S.76, s.4-5; **Aslan**, E., s.7; **Capobianco** OECD, s.22.

422 **Capobianco** OECD, s.50.

423 FTC/ US Department of Justice Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, April 2000, s. 6 https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf (E.T.18.03.2021) (**Capobianco** OECD, s.295).

424 **Capobianco** OECD, s.294.

425 **Capobianco** OECD, s.295.

426 *United States v. Container Corp. of America*, 393 U.S. 33 (1969).

ilişkin bilgi değişiminin fiyatlara etki ettiği gerekçesiyle ihlal kararı verildiği bilgi paylaşımının etkileri bakımından ele alındığı görülmektedir⁴²⁷.

AB hukukunda ise bilgi paylaşımına ilişkin tespitlerin 2011 yılında “*Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma m.101'in Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Rehber İlkeleri İçeren Komisyon Duyurusu (Yatay İşbirliği Komisyon Duyurusu)*”⁴²⁸’nda yapıldığı görülmektedir. Duyuruda amacı rekabeti kısıtlamak olan bilgi değişiminin yasak kapsamında olduğu, rekabeti kısıtlama amacının tespit edilemediği veya bu amacın açık olmadığı durumlarda ise, bilgi değişiminin rekabete olan etkilerinin inceleneceği belirtilmektedir⁴²⁹. Bu bakımdan teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi, teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarına karşı akıllıca stratejiler geliştirme hakkından mahrum bırakmaksızın, piyasadaki stratejik belirsizliği azaltıcı sonuçlar ortaya çıkartıyor ve teşebbüslerin bağımsız davranışlarını engelliyorsa; bu bilgi değişimi uyumlu eylem olarak kabul edilmektedir⁴³⁰.

Yatay İşbirliği Komisyon Duyurusu’na göre, Komisyon bir piyasada gerçekleşen bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığını bilgi değişiminin yaşandığı piyasadaki hukuki ve ekonomik duruma göre tespit edecektir⁴³¹. Yani bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi mevcut koşullara göre olay bazında (*case by case*), bilgi değişiminin içeriği, amacı ve yaşandığı piyasanın yapısı dikkate alınarak değerlendirilecektir⁴³². **ABAD Asnef- Equifax**⁴³³ kararında, bilgi değişiminin tek başına yasak kapsamında

427 **Aslan**, E., s.16; **Uran**, s.165-166.

428 Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements (2011/C 11/01).

429 Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements, para.72-75.

430 Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements, para.60-61.

431 Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements, para.72. Duyuruda amacın da bilgi değişiminin yaşandığı piyasanın hukuki ve ekonomik durumju göz önünde bulundurarak amacı tespit edeceği ifade edilmektedir. Bu bakımdan AB hukukunda ABD hukukunda olduğu gibi bir *per se* analiz yapıldığını söylemek mümkün gözükmemektedir (**Capobianco** OECD, s.311-312).

432 Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements para.75.

433 **Asnef- Equifax**, Case C- 238/05 [2006] ECR I- 11125, [2007] 4 CMLR 224.

olmadığını, bilgi değişiminin gerçekleştiği piyasanın ekonomik koşulları, piyasa yapısı, sistemi ve bilgi değişiminin içeriği söz önünde bulundurularak karara varılacağını ifade etmiştir⁴³⁴.

*T-Mobile*⁴³⁵ kararında ise, rekabeti kısıtlayıcı amaç ile etkinin alternatifli bir inceleme olduğu, rekabeti kısıtlayıcı amaç söz konusu ise ayrıca etkilerinin incelenmesine gerek olmadığı belirtilmiştir⁴³⁶. Kararda bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyıp taşımadığını tespit etmek için teşebbüsler arasındaki toplantıların sayısı ve şeklinin incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bilgi değişimine katı bir şekilde yaklaşmış, teşebbüslerin geleceğe yönelik stratejilerinin rakiplerine açıklandığı tek bir toplantının dahi uyumlu eylem olarak kabul edilebileceği sonucuna varılmıştır⁴³⁷.

Türk hukukunda ise, 2013 yılında yayımlanan *Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz*⁴³⁸, da bilgi değişimine ilişkin tespitler yapıldığı ve bunların büyük oranda Yatay İşbirliği Komisyon Duyurusu'na benzerlik gösterdiği görülmektedir. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da amacı rekabeti kısıtlamak olan bilgi değişimlerinin etkisine bakılmaksızın yasak kabul edildiği belirtilmektedir. Amacın belirlenmesi ve bilgi değişiminin piyasaya etkilerinin tespitinde ise Yatay İşbirliği Komisyon Duyurusu'na benzer şekilde bilgi değişiminin meydana geldiği ekonomik ve hukuki çerçevede olay bazında değerlendirileceği belirtilmektedir⁴³⁹.

Kurul'un yaklaşımını anlamak bakımından bir kartelin, anlaşma ve/veya uyumlu eylemin parçası veya delili olmayan tek başına davranış niteliğindeki bilgi değişimlerine ilişkin vermiş olduğu *Otomotiv Kararı*⁴⁴⁰ önem taşımaktadır. Kararda teşebbüsler arasında

434 **Whish/Bailey**, s.543.

435 T-Mobile Netherlands BV and Others Case C-8/08 [2009] ECR I-4529.

436 T-Mobile, para.26-30, (**Ezrachi**, s.94);

437 **Karacehennem/ Ardiyok**, s.4-5; **Ezrachi**, s.94; **Odudu**, Okeoghene: Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, ECJ, 2011, Vol.7, No.2, s.226.

438 RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6).

439 RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para.56-58, s.10

440 Otomotiv Kararı, RK, K. S.: 11-24/464-139 K.T: 18.04.2011.

gerçekleşen geleceğe yönelik bilgi paylaşımlarının rekabete aykırı anlaşma ve/veya uyumlu eylem olup olmadığı incelenmiştir. Kurul “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin lafzına göre anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarının rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı amaç taşıması[nın] yeterli [olduğunu]; amacın bu olduğu takdirde, söz konusu faaliyetin ayrıca piyasadaki rekabeti bozucu etkilerinin veya bu etkilerin ispatı”nın aranmasına gerek olmadığını ifade etmiştir⁴⁴¹. Fiyat stratejilerinin görüşülmesinin tek başına anlaşma ve/veya uyumlu eylem niteliği taşıyacağı, bilgi değişiminde esas olarak *rule of reason* değerlendirmesi yapılacağını, ancak “geleceğe yönelik fiyat ve/veya fiyat stratejilerine ilişkin bilgilerin değişimlerinin” bunun dışında kalarak *per se* yasak kabul edileceği belirtilmiş ve ihlalin gerçekleştiğine karar verilmiştir. Otomotiv firmalarına yüklü miktarda ceza verilen bu karar doktrinde, bilgi paylaşımının piyasadaki etkilerinin bütünüyle incelenmemesi, bilginin niteliğine, piyasanın yapısına ve değişimin nedenine bakılmaması uygulamada eleştirilere neden olmuştur⁴⁴². Bu bakımdan bilgi değişiminin uyumlu eyleme neden olup olmadığının tespiti için, “bilgi değişiminin sürekliliği, sıklığı, bilginin halka açık olup olmaması, toplulaştırma düzeyi, hangi pazar parametresi ile ilgili olduğu, sağlamlığı (güvenirliliği) ve detay düzeyi bilginin niteliği bakımından önemli olduğu” hususlarının göz önünde bulundurularak karar verilmesinin gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴³.

2013 yılında Türkiye’de faaliyet gösteren on iki bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunup bulunmadığının incelendiği, ilerleyen bölümlerde tekrar ele alacağımız ve yargı süreci halen devam eden **Banka Kart Kararında**⁴⁴⁴, bankalar arasında gerçekleşen bilgi değişimleri incelenmektedir. Kararda, “Sözü edilen nitelikteki stratejik bilgilerin rakipler arasında paylaşılması, rakip konumdaki teşebbüslerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizliği bir ölçüde azaltmakta ve rakipler arasında koordinasyona yol açmaktadır. Bu çerçevede, söz konusu bilgi paylaşımının, teşebbüslerin fiyat düzeyi, arz miktarı gibi stratejik kararlarına etki eden üst düzey yöneticileri arasında ve devamlı olarak

441 Otomotiv Kararı, para.1010.

442 Aslan, E.: s.63; Karacehennem/Arđıyok, s. 9.

443 Karacehennem/Arđıyok, s.9

444 Banka Kart Kararı, RK, K.T: 08.03.2013, K.S: 13-13/198-100.

gerçekleştirilmesi durumunda ise rekabeti sınırlayıcı olacağı açık” olduğu belirtilmiştir⁴⁴⁵. Bu bakımdan bankaların asli faaliyetlerine ilişkin maliyetlerini ortaya koyan stratejik kararlarda rol oynayan bilgilerin paylaşımı koordinasyona neden olmaya elverişli olduğu ifade edilmiştir⁴⁴⁶. *T-Mobile* kararına da atıfta bulunularak, teşebbüsün geleceğe yönelik piyasa davranışlarını rakiplerine açıklaması durumunda, bu bilgileri edinen rakiplerinin derhal ve açıkça karşı tarafa bildirmediği halde, rekabet ihlaline ilişkin zımni iradenin söz konusu olacağı ifade edilmiştir⁴⁴⁷. Kurul tarafından geleceğe yönelik fiyat stratejileri gibi bilgilerin paylaşımının doğrudan rekabeti kısıtladığı sonucuna varılmış olup, Otomotiv Kararındaki eleştirilerin bu karar bakımından da geçerli olduğu söylenebilmektedir⁴⁴⁸.

Bilgi değişiminin çeşitli vasıtalarla ve farklı bağlamlarda ortaya çıktığı görülmektedir. Doğrudan teşebbüsler arasında veya ticaret birlikleri, meslek odaları, piyasa araştırması yapan bağımsız üçüncü kişiler vasıtasıyla veya algoritma gibi internet ve bilgisayar kullanımıyla birlikte ortaya çıkan yeni teknolojik araçları kullanmak suretiyle de bilgi değişimi gerçekleşebilmektedir⁴⁴⁹. Bu bakımdan bilgi değişimi teşebbüsler arasında doğrudan veya sağlayıcılar gibi araçlarla dolaylı olarak da gerçekleşebilmektedir⁴⁵⁰. Doğrudan bilgi paylaşımı, teşebbüsler arasında herhangi bir aracı söz konusu olmadan doğrudan yapılan bilgi alışverişi iken; dolaylı bilgi paylaşımında teşebbüsler arasında herhangi bir temas bulunmadan üçüncü bir taraf veya bir sistem aracılığıyla bilgi paylaşımı gerçekleşmektedir⁴⁵¹. Örneğin perakendeciler arasında ortak tedarikçileri

445 Banka Kart Kararı, para.213.

446 Banka Kart Kararı, para.213.

447 Banka Kart Kararı, para.112.

448 **Karacehennem/Ardıyok**, s.10.

449 **Aslan**, E., s.7; **Doğan**, Cihan: Algoritma ve Rekabet Hukuku: 4.Madde İhlallerinin Dijital Görünümleri, GHÜFD, 2017, C.2., s.390; **Capobianco** OECD, s.30-32; Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements (2011/C 11/01), para.55, s.13; **Zampa/ Carli**, s.75; **Ardıyok**, Şahin/ **Yeşilyaprak**, Dilara: Rekabet Hukuku Açısından Üçüncü Taraflar Aracılığıyla Rakipler Arası Bilgi Değişimi, Mondaq.com, 18/01/2016, s.1, <https://www.mondaq.com/turkey/anti-trustcompetition-law/459146/rekabet-hukuku-a305s305ndan-nc-taraflar-arac3051305287305yla-rakipler-aras305-bilgi-de287i351imi> (E.T. 04/03/2020).

450 **Aslan**, E., s.7; **Capobianco** OECD, s.30-32; **Odudu**, s.205-206.

451 **Gürkaynak/İkiler/Şen**, s.285.

aracılığıyla gerçekleştirilen dikey bilgi akışı dolaylı bilgi paylaşımına neden olmaktadır. Bu tip bilgi akışı sonucu ortaya çıkan rekabet ihlalleri, İngiliz Rekabet Otoritesi (*Office of Fair Trading/OFT*) tarafından “*hub and spoke tipi ihlaller*” olarak ifade edilmektedir⁴⁵². Hukukumuzda ise söz konusu ihlaller, “*A-B-C Bilgi Değişimi*” veya “*topla dağıt bilgi değişimi*” olarak adlandırılmaktadır⁴⁵³. Bu tip ihlaller, merkez konumda yer alan bir teşebbüsün diğer teşebbüslere elde ettiği bilgileri dağıtması yoluyla gerçekleşmektedir. Bu durumda bilgileri toplayan teşebbüs ana temas noktası olmakta, bu bilgileri alt veya üst piyasadaki teşebbüslerle paylaşmaktadır⁴⁵⁴.

Topla dağıt tipi ihlaller sağlayıcı/üretici ile dağıtıcılar/perakendeciler veya tam tersi dağıtıcı/perakendeci ile sağlayıcılar/üreticiler arasında gerçekleşen üç taraflı anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵⁵. İlk ihtimalde sağlayıcı merkez konumda (*hub*) olarak, dağıtıcılar arasında dolaylı bilgi değişimini sağlayan dikey anlaşmalar mevcuttur⁴⁵⁶. İkinci ihtimalde ise, alt piyasada yer alan dağıtıcı, üst piyasadaki sağlayıcılar arasındaki bilgi değişiminde merkez konumda yer almaktadır⁴⁵⁷. Bu hallerde uyumlu eyleme neden olabilecek davranışlar sağlayıcı seviyesinde görülmektedir⁴⁵⁸. A-B-C bilgi değişiminde, genellikle fiyat, tedarik bilgileri veya iş stratejileri gibi bilgilerin paylaşıldığı görülmektedir. Bu bakımdan bu tür ihlallerde de temel endişe teşebbüslerin bilgi değişimi yoluyla piyasadaki belirsizliği ortadan kaldırılması olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁵⁹.

452 **Odudu**, s.207; **Gürkaynak/İkiler/Şen**, s.283; **Capobianco** OECD, s.31; **Ardıyok/Yeşilyaprak**, s.5.

453 **Odudu**, s.207; **Gürkaynak/İkiler/Şen**, s.285. Yazarlar “*hub and spoke*” tipi bilgi değişimlerinin Türk literatüründe “*topla dağıt*” tipi bilgi değişimleri olarak ifade edilmesini önermişler ve bu şekilde kullanmışlardır (**Gürkaynak/İkiler/Şen**, s.285); **Yıldız**, s.24.

454 **Doğan**, s.412; **Uran**, s.166.

455 **Amore**, Roberto: Three (Or More) Is A Magic Number: Hub & Spoke Collusion As A Way To Reduce Downstream Competition, ECJ, 2016, Vol. 12, No. 1, s.28-29; **Odudu**, s.207; **Yıldız**, s.24; **OECD**, Hub and Spoke Arrangements, Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Note by the European Union, DAF/COMP/WD(2019)89, s.2.

456 **Amore**, s.31

457 **Amore**, s.32;

458 **Amore**, s.33.

459 OECD, Hub and Spoke Arrangements 2019, s.3-5.

Hukukumuzda A-B-C bilgi değişimine ilişkin ihlallerin ele alındığı ilk karar olan *Araç Lastiği*⁴⁶⁰ kararında, bu tip ihlallere ilişkin ilk rekabet hukuku soruşturmalarının ortaya çıktığı İngiltere’de Birleşik Krallık Rekabet Temyiz Mahkemesi (*Competition Appeal Tribunal*) tarafından ele alınan *Tesco* kararındaki açıklamalara atıf yapıldığı görülmektedir⁴⁶¹. Rekabet Temyiz Mahkemesi tarafından verilen söz konusu karar, İngiltere’de günlük süt piyasasında bilgi değişimi sonucu gerçekleşen rekabet ihlaline ilişkindir. Söz konusu piyasada, süt üreticisi, sağlayıcı ve perakendeci olmak üzere üç seviye bulunduğu görülmektedir. Kararda, “(1) sağlayıcı A’nın ortak perakendeci X’e rakip sağlayıcı B’nin pazar davranışlarını etkilemek niyetiyle geleceğe dönük fiyatlama bilgilerini aktarması,(2) perakendeci X’in bu fiyatlama bilgilerini B’ye aktarması, (3) B’nin de rakip firma A’ya ait olduğuna inandığı (kesin kanaat getirdiği) bu bilgileri kullanarak kendi fiyatlama politikasını belirlemesi” koşullarının gerçekleşmesinin rekabetin amaç bakımından ihlalinin söz konusu olacağı ifade edilmiştir⁴⁶². Kurul, sağlayıcılar ile bayiler arasındaki bilgi değişimi değerlendirmesini Birleşik Krallık Rekabet Temyiz Mahkemesi’nin ortaya koyduğu üç koşul üzerinden yapmıştır. Bu bağlamda, Kurul’un topla dağıt tipi bilgi değişimine bakışının, *per se* değil *rule of reason* yaklaşımı olduğu söylenebilmektedir⁴⁶³. Benzer şekilde ABD Rekabet Otoritesi tarafından verilen *Toys R US* kararında da topla dağıt bilgi değişimi sonucunda ortaya çıkacak rekabeti kısıtlayıcı etkilerin amaç bakımından kanıtlanması gerektiği belirtilmiştir⁴⁶⁴.

Son olarak, toplu veri kullanımının ve yapay zekâ teknolojisinin hızlı gelişiminin dijital sektörlerde rekabet karşıtı uygulamaları teşvik ettiği görülmektedir. Özellikle algoritmaların kullanımı, yatay koordinasyonu arttırmakta ve teşebbüslerin piyasadaki değişikliklere hızlı bir şekilde adapte olmalarına imkân tanımaktadır⁴⁶⁵. ABAD tarafından

460 Araç Lastiği Kararı, RK, K.S: 15-44/731-266, K.T: 16.12.2015 (Doğan, s.414).

461 Gürkaynak/İkiler/Şen, s.290;

462 RK tarafından yapılan atıf için Bkz. Araç Lastiği Kararı, para.38.

463 Doğan, s.413.

464 Toys R US, Inc v. Federal Trade Commission, 221 F 3d 928,933 (7th Cir 2003), para.933 (Ardıyok/Yeşilyaprak, s.6; Uran, s.173).

465 OECD, Hub and Spoke Arrangements 2019, s.6.

verilen *E-turas kararı*⁴⁶⁶, dijital platformlar aracılığıyla ortaya çıkan rekabet ihlallerine ilişkin önemli bir karardır⁴⁶⁷. Söz konusu olayda, online rezervasyon platformu olan *E-turas*'ın yöneticisi tarafından platformda faaliyet gösteren otuz seyahat acentesine indirim oranlarına bir sınır konulmasına dair bildirimde bulunulduğu tespit edilmiştir. Bu bildirimlerin ise, platform içi mesajlaşma sistemi aracılığıyla acentelere iletildiği ve indirim oranlarına ilişkin söz konusu sınırın *E-turas* tarafından sistem üzerinden uygulandığı görülmüştür. ABAD kararda, mesajı alan acentelerin “aleni bir şekilde” mesajda ifade edilen davranışa uymadığını ortaya koymadıkça, ilgili makamlara bilgilendirme yapmadıkça ya da mesaj doğrultusunda hareket ettiği varsayımını çürütecek bir delil ortaya koyamadıkça sistem aracılığıyla uyumlu eyleme katılım sağlandığının kabul edileceğini ifade etmiştir⁴⁶⁸. Bu bakımdan algoritmaların kullanımı tek başına yasak kapsamında kabul edilmemekle birlikte, piyasayı koordine etmek amacıyla merkez konumda olan bir teşebbüs aracılığıyla piyasada paralelliğin ortaya çıkmasının uyumlu eyleme neden olacağı belirtilmektedir⁴⁶⁹.

2.3.2.2. Tavsiyeler

Teşebbüsler arasında bağlantıya neden olabilecek diğer bir unsur ise tavsiyelerdir. Tavsiye, belirli bir politikanın uygulanmasının yararlı olacağına ilişkin olarak muhataba yapılan bağlayıcı olmayan beyandır. Niteliği itibariyle tavsiyeler, rekabet hukuku anlamında bir anlaşmaya veya uyumlu eyleme sebebiyet vermeye elverişli değildir⁴⁷⁰. Ancak dikey ilişkide üreticiden veya sağlayıcıdan yeniden satıcıya malın fiyatı, satış şartları vb. konularda yapılan açıklama veya öneriler uyumlu eyleme neden olabilmektedir⁴⁷¹. Özellikle dikey ilişkide sağlayıcı tarafından yeniden satıcıya fiyat veya

466 *E-turas UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkirencijos taryva(Eturas)*, Case C-74/14, ECLI: EU: C:2016:42.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E2F4F4A3B640785102400814122EB508?text=&docid=173680&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=443537> (E.T.09.03.2020).

467 **OECD**, *Hub and Spoke Arrangements 2019*, s.5-6; **Doğan**, s.416.

468 *E-turas Case, C-74/14*, para.51.

469 **OECD**, *Hub and Spoke Arrangements 2019*, s.8.

470 **İkizler** 2005, s.125.

471 **İkizler** 2005, s.126.

diğer satış koşullarına ilişkin yapılacak tavsiyeler doğrudan yasak kapsamında yer almamakla birlikte, sağlayıcı tarafından belirlenen koşulların dayatılması yeniden satış düzeyinde paralelliğin oluşmasına neden olabilmektedir ⁴⁷².

Dikey ilişkide gerçekleşen tavsiyelerin uyumlu eyleme neden olup olmadığının tespitinde, hem Türk hukukunda hem de AB hukukunda bu tavsiyenin baskı ve teşvikle yapılıp yapılmadığı hususu dikkate alınmaktadır. 20.04.2010 tarihli “*ABİHA m.101/3’ün Dikey Anlaşmalara ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü* ⁴⁷³” nün 4/a maddesinde baskı veya teşviklerle yapılmayan satış fiyatı tavsiyelerinin satış fiyatının bağımsız bir şekilde belirlenmesini engellemediği ifade edilmektedir. Yine benzer şekilde, RK tarafından yayımlanan “*Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği* ⁴⁷⁴” nün 4/a maddesine göre; “*taflardan 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.

Bu çerçevede tüm tavsiyelerin aynı güçte olmadığı, zorunlu olarak algılanmayan fiyat tavsiyelerinin tek başına yasak kapsamında kabul edilmediği görülmektedir. Bu tür tavsiyeler ancak ürünün satış fiyatıyla ilgili yeniden satıcıya genel bilgi vermekte, fiyat yeniden satıcılar arasındaki rekabet koşullarına göre piyasada belirlenmekte ve uyumlu eylem söz konusu olmamaktadır. Ancak baskı ve teşviklerle yapılan tavsiyeleri takiben piyasada paralelliğin gözlenmesi durumunda uyumlu eylemin söz konusu olacağı kabul edilmektedir.

2.3.2.3. Kamuya Yönelik Duyurular

Bağlantıya neden olabilecek son durum ise, kamuya yönelik yapılan duyurulardır. Bu tip duyurular tüketicilerin bilgilendirilerek daha verimli kararlar almalarını sağlamakla

⁴⁷² OECD, Hub and Spoke Arrangements 2019, s.4.

⁴⁷³ 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.

⁴⁷⁴ RK, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2002/2).

birlikte, piyasadaki diğer teşebbüslerin de bu duyurulardan haberdar olmalarına ve piyasada şeffaflığın oluşmasına neden olabilmektedir⁴⁷⁵.

Kamuya yapılan bu duyurularla rakipleri fiyat uygulamalarından haberdar etmek amaçlanabileceği gibi, piyasa uygulamaları hakkında kamuyu bilgilendirmek de amaçlanabilmektedir. Bu iki amacın birlikte var olması ya da tek başına teşebbüslerin fiyat artışlarından alıcıları bilgilendirme amacı taşıması da mümkündür⁴⁷⁶. Özellikle fiyatların duyurulmasının olağan kabul edildiği ağır metal piyasaları gibi piyasalarda bu duyuruların normal karşılanması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷⁷. Ayrıca, fiyat duyuruları tek başına teşebbüslerin gelecekteki piyasa davranışlarına ilişkin kesin bilgi vermemektedir. Nitekim fiyatlarda artış yapmak isteyen teşebbüsün, fiyatlara ilişkin duyuru yaptıktan sonra rakiplerinin davranışlarını ve piyasadaki durumu gözlemleyerek bu hamleyi yapmaktan vazgeçmesi de mümkündür. Bu sebeple kamuya yapılan her duyurunun uyumlu eylem niteliği taşımayacağı kabul edilmektedir⁴⁷⁸.

Kamuya yapılan duyuruların rekabete olan etkisine ilişkin açıklamalar AB hukukunda Komisyon tarafından yayımlanan “*Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma m.101'in Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Rehber İlkeleri İçeren Komisyon Duyurusu (Yatay İşbirliği Komisyon Duyurusu)*”⁴⁷⁹’nda yer almaktadır. Hukukumuzda benzer şekilde RK tarafından yayımlanan “*Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz*”⁴⁸⁰’unda benzer değerlendirmeler yapılmaktadır. Buna göre, rekabete duyarlı bilgilerin kamuya açık ve tek taraflı duyurulması yasak kapsamında yer almamaktadır. Ancak bir teşebbüs tarafından yapılan duyuruyu takip eden rakiplerinin

475 **Gerven/Varona**, s.595; **Rabinovici**, Itai: Public Exchange of Information After Container Shipping, JEC Law & Practice, 2017, Vol. 8, No. 3, s.151; Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, OJ C 11, 14 January 2011, para.74.

476 **Gerven/Varona**, s. 594; **İkizler** 2005, s.130.

477 **Gerven/Varona**, s.593

478 **Gerven/Varona**, s.593-594.

479 Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements (2011/C 11/01).

480 RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Kabul Tarihi:30.4.2013 Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6).

duyuruları ve piyasada gözlemlenen paralellikler uyumlu eylemin varlığına işaret edebilmektedir⁴⁸¹.

ABAD, *Dyestuffs* kararında teşebbüslerin oldukça yakın zamanda benzer fiyat duyuruları yapmasının tesadüf olmadığını, özellikle de teşebbüs sayısının oldukça fazla olduğu ve milli piyasaların farklılık arz ettiği bir piyasada gerçekleşen paralellığın olağan olmayacağı yorumunu yapmıştır. Bu sebeple, bu duyuruların teşebbüslerin işbirliği içerisine girdiklerini, bu şekilde piyasadaki belirsizliği azaltarak rekabet sonucu doğacak riskleri bertaraf ettiklerini gösterdiği kabul edilmiştir. Bu yaklaşım *Yatay İşbirliği Komisyon Duyurusu*'nda yer alan açıklamalara paralellik arz etmektedir⁴⁸². *Ahlström Osakeyhtiö ve diğerleri (Wood Pulp)*⁴⁸³ kararında ise, kamuya yapılan duyuruların, tek başına rekabet ihlali sayılması için yeterli olmadığı belirtilmektedir. ABAD, fiyat duyurularını bir piyasa davranışı olarak kabul etmiş ve bunların tek başına rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizliği azaltmaya elverişli bulmamıştır. Kararda, duyuruyu yapan teşebbüsün o anda hala diğer teşebbüslerin gelecekteki davranışları hakkında bilgi sahibi olmaması ve diğer teşebbüsler için de duyuruyu yapan teşebbüsün ilerideki davranışları hakkında kesin bir kanıya sahip olmaması nedeniyle piyasadaki belirsizliğin tam anlamıyla ortadan kaldırılmadığına karar verilmiştir⁴⁸⁴.

Söz konusu olayda ilgili piyasa, üreticiler ile müşteriler arasında uzun dönemli ilişkilerin mevcut olduğu bir piyasa olup, hem alıcı hem de üretici/satıcılar için fiyat duyuruları yoluyla ticari risklerin azaltılmasında herkes için makul görülebilecek bir menfaatin söz konusu olduğu görülmüştür. Fiyat duyuruları piyasadaki şeffaflığı attırmakla birlikte, tek başına yapay bir şeffaflığın varlığı için yeterli kabul edilmemiştir. ABAD, kamuya

481 RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para.47; Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, para. 63. ABAD ve Komisyon kararlarında uyumlu eyleme ilişkin yasağın teşebbüslerin piyasadaki duruma akılcıca stratejiler geliştirmelerini engellemediğini ve paralel davranışların tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli delil teşkil etmeyeceği kabul edilmekle birlikte, fiyat duyuruları ve diğer dolaylı temasların uyumlu eyleme neden olabileceği ifade edilmektedir(ICI v. Commission, para.66).

482 **Gerven/ Varona**, s.589-590; **Rabinovici**, s.152.

483 *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, Cases C-89,104, 114, 116, 117, 125,129/85; ECR 1993, I-1307.

484 *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, para.59-65.

yapılan duyuruların gerçekten de ileriye yönelik uygulanacak politikalar hakkında kamuyu bilgilendirme amacına yönelik olabileceği ve bu şekilde sadece rakiplerin değil; alıcılar, yeniden satıcılar hatta kamu kurumlarının da önceden bilgilendirilmiş olacağını belirtmiştir⁴⁸⁵. Bu şekilde gerçekleşen duyurularda, duyuruya karşı rakiplerin ne şekilde tepki vereceğinin belirsiz olacağı, kamuya yapılan duyuruların tek başına piyasadaki belirsizliği ortadan kaldırmayacağı ve bu tür duyuruların olağan olduğu piyasalarda geleceğe ilişkin politikalar hakkında bilgilendirme yapılabileceği ifade edilmiştir⁴⁸⁶.

ABAD tarafından verilen bu iki karar birlikte değerlendirildiğinde *Dyestuffs* kararındaki duyuruların, *Wood Pulp* kararındaki duyurulardan farklı olarak bağlayıcı olmayan fiyat duyuruları şeklinde olduğu görülmektedir. Komisyon kamuya yapılan bu duyuruların teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminden bir farkı bulunmadığını ve piyasadaki belirsizliği ortadan kaldırdığına karar vermiştir⁴⁸⁷. Ancak *Wood Pulp* kararında yapılan duyurular piyasada olağan şekilde görülen ve herkesin fayda sağladığı duyurular olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan AB hukukunda kamuya yapılan fiyat duyurularının *per se* ihlal sayılmadığı, her olayın özelliklerine göre değerlendirildiği görülmektedir. Hukukumuz bakımından da *Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz*’unda belirtilen örnekler ve açıklamaların AB uygulamasına paralel olduğu görülmektedir⁴⁸⁸.

2.3.3. Paralel Davranışların Varlığı

Uyumlu eylemin varlığı için teşebbüslerin piyasa davranışlarının paralel hale gelmesi gerekmektedir⁴⁸⁹. Teşebbüslerin piyasa politikalarındaki paralellik uyumlu eylemin varlığına ilişkin başlangıç noktası ve önemli bir gösterge olmakla birlikte tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli olmamaktadır⁴⁹⁰. Bu bakımdan paralel davranışların

485 Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements, para. 63.

486 **Ezrachi**, s.70

487 **Rabinovici**, s.153.

488 RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para.86-89.

489 **Güven**, Rekabet Hukuku, s.156..

490 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.58-59; **Rodger/Macculloch**, s.165; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.156.

ekonomik ve rasyonel haklı gerekçelerle açıklanabildiği durumlarda uyumlu eylemin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir⁴⁹¹. Nitekim birden fazla teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopolistik piyasalarda, teşebbüslerin başarıları rakiplerinin davranışlarına karşı geliştirdikleri stratejilere bağlı bulunmaktadır. Bu bakımdan teşebbüslerin kendilerini piyasadaki koşullara adapte etmek için akıllıca stratejiler geliştirmeleri uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmemektedir⁴⁹².

Oligopolistik piyasalarda, teşebbüslerin piyasa davranışları konusunda karşılıklı bağımlılıkları göz önüne alındığında, bu teşebbüslerin rakiplerine benzer davranışlar sergilemesi ve piyasada paralelliğin oluşması olağan karşılanmaktadır⁴⁹³. Bu bakımdan teşebbüsler arasındaki paralelliğin rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bir uyumdan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitinde hukuki analizlerin yanısıra piyasaya yönelik iktisadi analizlerin de yapılması önem taşımaktadır⁴⁹⁴.

2.3.3.1. Bilinçli Paralellik Tartışması

Teşebbüslerin piyasa davranışlarında paralellik uyumlu eylemin varlığı için tek başına yeterli olmadığı, paralelliğin tesadüfen veya piyasanın özelliklerinden kaynaklanmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁵. Bu bakımdan paralelliğin teşebbüslerin olağan piyasa davranışları sonucu mu yoksa rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla uyumlu eylem sonucu mu ortaya çıktığının ortaya koyulabilmesi için, “bilinçli paralel davranış” ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Uyumlu eylemin varlığı için önceden yapılmış planın varlığı gerekli olmadan, teşebbüslerin eylemlerinin farkında olarak rekabeti kısıtlayıcı davranışlara bilinçli bir şekilde katılım sağlaması yeterli kabul edilmektedir. Fakat oligopolistik piyasalarda

491 **Rodger/Macculloch**, s.166; **Topçuoğlu**, s.193-194.

492 **Oberdorfer/ Gleiss/ Hirsch**, para.12, s.15; **Gerven/Varona**, s.576; **Rodger/Macculloch**, s.166.

493 **Oberdorfer/ Gleiss/ Hirsch**, s.15, para.12; **Rodger/Macculloch**, s.166; **Topçuoğlu**, s.194; **Baker**, s.173-174.

494 **Gerven/Varona**, s.592; **Köksal**, Emin/ **Sesli**, Evren: Rekabet Kurulu'nun Uyumlu Eylem Kararları: Sanayi İktisadi Öngörüler, ABD ve AB İçtihatlarıyla Ne Kadar Uyumlu? 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3429790#references-widget (E.T. 15/03/2020).

495 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.58-59; **Güven**, Rekabet Hukuku, s.156.

rakiplerinin hareketlerini takip etmeye çalışan teşebbüsler bilinçli bir şekilde paralelliğe sebep olabilmektedir⁴⁹⁶. Burada teşebbüsler arasındaki tek bağlantı teşebbüslerin davranışlarının gözlemlenmesidir⁴⁹⁷. Bu şekilde ortaya çıkan bilinçli paralelliğin tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli olmadığı, buna ek olarak bazı delillerin gerekli olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁸.

*Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp*⁴⁹⁹ kararında teşebbüslerin bireysel olarak aldıkları rasyonel kararlar sonucu oluşan paralelliğe ilişkin önemli değerlendirmeler yapılmaktadır⁵⁰⁰. Söz konusu kararda, şehir dışında yer alan bir sinemaya gösterim hakkı vermektan kaçınan film yapımcısı ve dağıtıcılarının uyumlu eylem/anlaşma çerçevesinde birlikte hareket ettikleri iddiası incelenmektedir. Kararda, film yapımcılarının film gösterim hakkını vermeme konusundaki davranışlarının bireysel bir teşebbüs kararı mı, yoksa anlaşma ve/veya uyumlu eylem sonucu ortaya çıkmış bir davranış mı olduğu sorusunun cevabı aranmıştır⁵⁰¹. Yapılan incelemeler sonucunda film yapımcı ve dağıtıcılarının şehir dışında yer alan ve fazla seyirciye ulaşma imkânı olmayan sinema salonlarına filmi vermeme konusunda verdikleri kararın rasyonel bir piyasa kararı olduğu ve bir anlaşma ve/veya uyumlu eylemden kaynaklanmadığına karar verilmiştir⁵⁰².

AB hukukunda da bilinçli paralelliklerin ABD hukukuna benzer şekilde değerlendirildiği görülmektedir. *Dyestuffs*⁵⁰³ ve *Suiker Unie*⁵⁰⁴ kararlarında paralel davranışların tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli olmadığı, teşebbüslerin bireysel olarak piyasa koşullarına uygun davranmalarının rekabete aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Yine *Wood Pulp*⁵⁰⁵ kararında da teşebbüslerin davranışlarında ortaya çıkan paralelliğin piyasa

496 **Uran**, s.140-141; **Gerven/Varona**, s.576

497 **Uran**, s.140-141.

498 **Turner**, s.681; **Gerven/ Varona**, s.597; **Rodger/Macculloch**, s.164.

499 *Theatre Enterprises Inc. v. Paramount Film Distrib.* (**Uran**, s.144-145).

500 **Uran**, s.143.

501 **Turner**, s.657.

502 **Uran**, s.144-145.

503 *ICI v. Commission* (**Ezrachi**, s.67).

504 *Suiker Unie and Others v. Commission*, (**Ezrachi**, s.68).

505 *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission*, (**Ezrachi**, s.70).

yapısından kaynaklanabileceği ve bu paralelliklerin rekabete aykırı olmadığı kabul edilmiştir⁵⁰⁶.

Türk rekabet hukuku doktrinine baktığımızda ise, *bilinçli paralelliğin* üç ayrı anlamda kullanıldığı görülmektedir. İlk kullanımı, ABD hukukuna paralel olarak oligopol piyasalarında ortaya çıkan paralel davranışları ifade etmektedir. Oligopol piyasa yapısının gereği ortaya çıkan paralel davranışlar bilinçli paralel davranışlar olarak adlandırılmakta, piyasa yapısından kaynaklı paralellikler uyumlu eylem olarak kabul edilmemektedir⁵⁰⁷. İkinci olarak, teşebbüslerin piyasada biliçli bir şekilde aldığı tüm kaarları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlardan *Aslan*'a göre, teşebbüsler davranışlarının bilincinde olarak piyasada paralelliğe neden olmaktadır. Bilinçlilik kavramı taraflar arasında anlaşmanın varlığının söz konusu olmadığı durumları ifade etmekte, daha çok teşebbüsler arasında bağlantının varlığına dikkat çekmek için kullanılmaktadır⁵⁰⁸. Bilinçli paralellik uyumlu eylemin bir unsuru olarak ele alınmaktadır. Oligopolistik piyasada piyasa koşulları gereği ve rekabetçi piyasalarda "bağlantı" sonucu ortaya çıkan paralellikler arasında fark gözetilmemekte, teşebbüslerin davranışları bilinçli olarak paralel ve birbirine uygun hale getiriliyorsa, uyumlu eylemin söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır⁵⁰⁹. Bilinçli paralelliğin üçüncü kullanımına göre ise, bilinçlilik uyumlu eylemin bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. *Dyestuffs* ve *Suiker Unie* kararlarında, "*bilinçli bir şekilde bilerek (knowingly)*" gerçekleşme durumu ifade edilmektedir⁵¹⁰. Rekabet Kurulu'nun 23.03.2000 tarihinde verdiği *Süt* kararında da bilinçli paralellik uyumlu eylemin bir unsuru olarak kabul edilmektedir:

"Uyumlu eylemde, 4.madde açısından önemli olan, işletmeler arasındaki uygulama paralelliği değil, bu paralelliğin bilinçli olarak yaratılmış olmasıdır. Bu bilinç, rakipler arası bir 'işbirliğinin' sonucu olabileceğinden, yasaya aykırı görülmiştir. Ancak,

506 *Çelen*, s.97.

507 *İkizler* 2005, s.135. Bu yöndeki görüşler için *Bkz. Sanlı*, s.79; *Topçuoğlu*, s.197-198; *Turner*, s.656-666.

508 *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.57-59.

509 *Aslan*, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.58-59.

510 *İkizler* 2005, s.135.

uyumlu eylemin varlığı, öğretide de genellikle kabul edildiği gibi, dört unsurun birlikte bulunmasını gerektirmektedir.....Rekabet Hukukunda paralel fiyatlandırma değil, firmalar arasındaki bilinçli paralellikler yasaklanmıştır. Paralel davranışların tümü Rekabet Hukuku anlamında “per se” rekabet ihlali sayılmamaktadır⁵¹¹”. Kararda bilinçli paralelliğin teşebbüsler arasında bir işbirliğinden kaynaklandığı hallerin yasak kapsamında olduğu değerlendirilmiştir. Bu bakımdan Türk rekabet hukukunda bilinçli paralelliğin her zaman oligopolistik paralellik anlamında kullanılmadığı görülmektedir. Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin bilinçli paralellik, paralelliğin bilinçli bir şekilde gerçekleştirildiğini ifade etmektedir⁵¹².

2.3.3.2. Oligopole Özgü Paralellik ve Oligopol Piyasa Yapısı

Oligopol piyasaları en genel haliyle, birbirlerini doğrudan etkileyebilecek derecede az sayıda teşebbüsün bulunduğu ve her teşebbüsün fiyatlara etki edebildiği piyasalar olarak tanımlanmaktadır⁵¹³. OECD tarafından hazırlanan raporda oligopol piyasası, lider teşebbüslerden oluşan küçük bir grup teşebbüs ile çok sayıda küçük teşebbüsün yer aldığı rekabetçi piyasayı da kapsayacak şekilde geniş kabul edilmekte, “az sayıda teşebbüsün bulunduğu, her teşebbüsün de rakiplerinin mevcut eylemlerini ve rakiplerinin gelecekteki muhtemel tepkilerini dikkate almalarını gerektirecek kadar küçük piyasalar” olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁴. Ancak Kahraman’a göre, oligopol piyasaları için küçük nitelendirmesi yeterli olmayıp, piyasadaki yoğunlaşmaların da dikkate alınması gerekmektedir⁵¹⁵. Yazara göre, oligopol piyasası piyasa gücünü ellerinde tutan az sayıda teşebbüsün rekabet ettiği ve bu teşebbüslerin stratejik kararlarını alırken rakiplerinin buna tepki vereceklerini bildiği piyasalardır⁵¹⁶. Bu bakımdan rekabet kurallarının esasında oligopolistik piyasalarda rekabeti koruma amacı taşıdığını söylemek mümkündür.

511 Süt Kararı, para.43.

512 İkiizler 2005, s.136-137.

513 Gerven/ Varona, s.576; Samuelson/Nordhaus, s.171.

514 OECD, Directorate For Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Committee On Competition Law and Policy, Oligopoly, DAFPE/CLP(99)25, 1999, s.18

515 Kahraman, s.6-7.

516 Kahraman, s.6-7.

Nitekim piyasada az sayıda teşebbüsün etkinlik göstermesi rekabete olan müdahaleleri kolaylaştırmaktadır⁵¹⁷.

Oligopol piyasalarının üç temel özelliği bulunmaktadır. Birincisi piyasaya girişlerin zor olmasıdır. Bunun sebebi piyasadaki ürünlerin üretiminin büyük ölçüde teknik bilgi, teknoloji ve büyük çapta sermaye gerektirmesidir⁵¹⁸. İkinci özelliği, piyasaya girişlerin zorluğundan kaynaklı olarak piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin birden fazla olmak koşuluyla az olmasıdır⁵¹⁹. Üçüncüsü ise, piyasadaki arz gücünün az sayıda teşebbüsün elinde bulunmasıdır. Oligopol piyasalarının belirlenmiş bir üst sınır bulunmamakta olup, “az sayıda teşebbüsün bulunması” birbirinin faaliyetlerinden etkilenebilecek ölçüde az teşebbüsün bulunması anlamında kullanılmaktadır⁵²⁰. Burada arzın sadece az sayıda teşebbüs tarafından sunulması değil, piyasa gücünün bu teşebbüsler elinde toplanmış olması önem taşımaktadır. Piyasa gücünün az sayıda teşebbüs elinde bulunmasının oligopol piyasa yapısının en önemli özelliklerinden biri olduğu kabul edilmektedir⁵²¹. Oligopol piyasalarının diğer bir özelliği de teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını sıkı bir şekilde takip etmeleridir. Oligopolistik bağımlılık olarak karşımıza çıkan bu özellik, teşebbüslerin davranışlarındaki değişikliğin rakiplerinin davranışlarını önemli derecede etkilemesini ifade etmektedir⁵²².

Oligopolistik piyasalarda teşebbüsler stratejilerini belirlerken rakiplerinin davranışlarını ve pozisyonlarını dikkate almaktadır. Bu tip piyasalarda teşebbüslerin başarı sağlaması rakibinin davranışlarına karşı geliştirecekleri stratejiye bağlı bulunmaktadır. Teşebbüsler arası etkileşimin bu kadar fazla olduğu piyasalarda uyumlu eylem ile piyasadaki kaynaklanabilecek paralel davranışları birbirinden ayırmak kolay olmamaktadır.

517 **Gerven/ Varona**, s.575.

518 **Kahraman**, s.7-8.

519 **Samuelson/Nordhaus**, s.171.

520 **Kahraman**, s.7-8.

521 *Bu tür piyasalarda yer alan ürünler homojen olabileceği gibi heterojen de olabilmektedir. Tam oligopol piyasası adı verilen ürünlerin homojen olduğu piyasalarda alıcıların ürün tercihini sadece fiyat etkilemektedir. Ürünlerin heterojen olduğu, yani nitelik, şekil, kalite bakımından yakın ikame edilebilirlik niteliğine sahip ürünlerin bulunduğu piyasalar ise “eksik oligopol” piyasaları olarak adlandırılmaktadır (Kahraman, s.7-8).*

522 **Kahraman**, s.7-8; **Samuelson/Nordhaus**, s.189

Teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını takip etmeleri, kararlar alırken bunları göz önünde bulundurmaları sonucu piyasada herhangi bir bağlantı söz konusu olmasa da benzer davranışların oluşması söz konusu olmaktadır. Bunun sonucunda teşebbüslerin kartel oluşturma, rekabeti ortadan kaldırma amaçları olmasa da uyumlu davranışlar ortaya çıkabilmektedir⁵²³. Rekabet kuralları piyasadaki aktörlerden ve basiretli bir tacirden beklenen davranışların yapılmasını yasaklamamaktadır⁵²⁴. Piyasada teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını gözlemesi, rakiplerine benzer davranışlar sergilemesi tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli olmamaktadır. Paralel davranışların uyumlu eyleme vücut verebilmesi için bu davranışların piyasadaki belirsizliği ortadan kaldırma amacıyla bir bağlantı sonucu olarak ortaya çıkması ve bu davranışları takiben piyasadaki belirsizliğin ve rekabetin ortadan kalkmış olması gerekmektedir⁵²⁵.

2.3.4. Piyasada Amaç ve Etki Bakımından Rekabetin Sınırlanması

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. Buna göre bir işbirliğinin hükümde yer alan yasak kapsamına girebilmesi için; işbirliğine yönelik davranışların belirli bir mal veya hizmet piyasasında gerçekleştirilmesi, amacı veya fiili veya potansiyel etkileri bakımından doğrudan veya dolaylı şekilde rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı nitelik taşıması gerekmektedir. Yasak kapsamında kalan davranışları tespit etmek için *bir davranışın amacı ve etkisi bakımından rekabeti bozucu nitelik taşıması, ilgili piyasa ve rekabetin doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesi, bozulması ve kısıtlanması* ifadelerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

2.3.4.1. İlgili Piyasa Kavramı

Piyasa kavramı rekabet hukukunda uygulama alanını belirleme bakımından büyük önem taşımaktadır. Rekabetin piyasaya bağlı bir kavram olması sebebiyle, öncelikle rekabetin

523 Topçuoğlu, s.196; Gerven/Varona, s.579.

524 Suiker Unie And Others v. Commission, para. 174.

525 Oberdorfer/ Gleiss/ Hirsch, para.12, s.14-15.

ihlal edildiği iddia edilen piyasanın belirlenmesi gerekmektedir⁵²⁶. RKHK m.4'te “belirli” piyasada denilmekte, ancak piyasanın nasıl belirleneceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin ayrıntılar ise, “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz⁵²⁷”da yer almaktadır.

Bir piyasada rekabetin engellenip engellenmediği hususunu tespit etmenin ilk adımı, teşebbüsün hangi piyasada rekabet ettiği belirlenmesidir. Teşebbüsler arasındaki rekabet koşullarının ve teşebbüslerin piyasadaki güçlerinin belirlenmesi için, rekabet edilen ürün veya hizmet piyasasının tespit edilmesi gerekmektedir⁵²⁸. İlgili piyasa kavramının tespiti, rekabet ihlallerinin saptanmasında hayati bir öneme sahip olup, ilgili teşebbüslerin piyasa güçlerinin tespit edilmesi ve piyasanın rekabetçi gücünün belirlenmesi gibi iki önemli veriye ulaşmak amacıyla kullanılmaktadır⁵²⁹.

ABİHA’da da ilgili piyasa kavramı açıkça tanımlanmamış, kavramın anlam ve kapsamı Komisyon tarafından yayımlanan “*AB Rekabet Hukukunun Amaçları Doğrultusunda İlgili Piyasa Tanımına İlişkin Komisyon Duyurusu (İlgili Piyasaya İlişkin Komisyon Duyurusu)*⁵³⁰” ve içtihatlar yoluyla gelişmiştir. İlgili Piyasaya İlişkin Komisyon Duyurusu’nda piyasa tanımı ve piyasanın sınırları belirlenirken izlenmesi gereken metotlar ortaya koyulmuştur. Bunu yaparken karar verme sürecindeki şeffaflığın ve

526 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.41.

527 RK, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Kabul Tarihi: 28.01.2008, Karar Sayısı: 08-04/56-M [https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-\(08-04\)-56-m-20210203105245341-pdf](https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-(08-04)-56-m-20210203105245341-pdf) (E.T.01.02.2021).

528 **Roger/ Macculloch**, s.95.

529 **Cengiz** 2006, s.84.

530 European Commission’s Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of EU Competition Law, OJ, 9.12.1997, C 372/5. Avrupa Komisyonu, ilgili ürün ve coğrafi piyasa tanımlanımına ilişkin 1997 tarihli işbu Duyuru’yu hızla gelişen iş ve yaşam koşullarına uyum sağlamak amacıyla güncelleme çalışmaları yürütmektedir. 26.06.2020 tarihli Komisyon açıklaması için **Bkz.** https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1187 (E.T.01.03.2021).

öngörülebilirliğin artırılması amaçlanmış, Komisyon'un inceleme yaparken uygulayacağı pratik adımlar açıkça belirtilmiştir⁵³¹.

İlgili Piyasaya İlişkin Komisyon Duyurusu'nda, piyasa tanımının teşebbüsler arasındaki rekabet kısıtlamalarını belirlemeye yardımcı olan sistematik bir araç olduğu ifade edilmiştir⁵³². Komisyon, ilgili piyasa kavramını “ürün piyasası” ve “coğrafi piyasa” olarak iki boyutta ele almış ve piyasanın hem “ürün” hem de “coğrafi” boyutlarının analiz edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵³³. RK tarafından yayımlanan “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”da da piyasa tanımının “teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan bir araç” olduğu belirtilmekte, piyasanın benzer şekilde ürün piyasası ve coğrafi piyasa olarak ele alındığı görülmektedir⁵³⁴.

2.3.4.1.1. İlgili Ürün Piyasası

İlgili piyasanın tanımlanmasında ilk aşama, piyasayı oluşturan ürünlerin tespit edilmesidir. RKHK'da ise ilgili ürün piyasası, m.2,4,6 ve 7 başta olmak üzere çeşitli hükümlerde “mal ve hizmet piyasası” olarak ifade edilmekte ve ürün kavramı, mal veya hizmetleri kapsar şekilde kullanılmaktadır⁵³⁵. İlgili ürün piyasası, tüketiciler bakımından özellikleri, fiyatı veya kullanım amacı bakımından ikame edilebilirliği olan ürünlerden oluşan piyasa olarak tanımlanmaktadır⁵³⁶.

531 **Whish/Bailey** 7.Ed., s.27-28;**Roger/Macculloch**, s.95. Komisyon duyurusundaki metodların büyük ölçüde ABD'de rekabet hukuku uygulamalarına paralel olduğu belirtilmektedir(**Roger/Macculloch**, s.95).

532 European Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of EU Competition Law, para.2.

533 **Whish/ Bailey** 7.Ed, s.28; European Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of EU Competition Law, para.1-2.

534 RK, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, para.1.

535 **Cengiz** 2006, s.86.

536 **Bellamy/Child**, s.94; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.44; **Woods/Watson, Costa**, s.660.

AB hukukunda piyasa tanımının yapılmasının öneminin vurgulandığı ilk karar *Continental Can v. Commission*⁵³⁷ davası olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³⁸. Kararda ilgili ürün piyasası, “birbiriyle ikâme edilebilen ürünlerden oluşan piyasa” şeklinde tanımlanmıştır⁵³⁹. Komisyon’un kararı ABAD tarafından ilgili piyasanın sınırlarının tam olarak çizilmediği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Söz konusu kararda farklı iki piyasanın var olduğuna karar veren Komisyon’un bu sonuca nasıl vardığını açıklaması gerektiği belirtilmiştir. ABAD bu durumu açıklığa kavuşturmuş, piyasaları birbirinden ayıran temel unsurun ikame edilebilirlik olduğunu ortaya koymuştur. “*İkame edilebilirlik (interchangeability)*” mahkeme tarafından yasal bir test olarak ürün piyasasının tespitinde temel kriter olarak kabul edilmiştir. Buna göre eğer mal veya hizmet ikame edilebilir ise, bu onların aynı piyasada yer aldığını göstermektedir⁵⁴⁰. Yani ürünün başka ürünlerle ikame edilebilirlik derecesi ölçüt alınmakta, ürünler birbirlerinin ikame edebiliyor ise aynı piyasada kabul edilmektedir. Bu çerçevede ürün piyasası, “birbirleriyle ikame edilebilen ürünlerden oluşan piyasa olarak” ifade edilmektedir⁵⁴¹. RK kararlarına baktığımızda ürün piyasasının ikame edilebilirlik ölçütüne göre tespit edildiği görülmektedir. *Süt kararında*, sanayi hammaddesi olarak kullanılan çiğ süt ile UHT ve pastörize olarak tüketiciye sunulan endüstriyel sütün birbirinin ikamesi olmadığı gerekçesiyle ayrı iki piyasa olarak belirlendiği görülmektedir⁵⁴².

Bir ürünün ikame edilebilirliği tespit edilirken hem *arz* hem de *talep* bakımından ikame edilebilirliği değerlendirilmektedir. Bir ürünün ikame edilebilirliğinin tespit edilmesinde; talebin ürünün fiyatında ve tüketicinin gelirinde gerçekleşen değişimlere karşı duyarlılığı veya arzın o ürünün fiyatındaki değişimlere olan duyarlılığı dikkate alınmaktadır⁵⁴³.

537 *Continental Can v Commission*, Case C-6/72 [1973] ECR 215.

538 **Whish / Bailey** (7.Ed.), s.29.

539 *Continental Can v Commission*, para.32.

540 **Whish / Bailey** 7.Ed., s.29-30; **Woods/Watson, Costa**, s.661.

541 **Bellamy/Childs**.94.

542 *Süt Kararı*, s.3.

543 **Whish/Bailey** 7.Ed, s.29-31; RK, *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*, para.8-15.

Bir ürünün talep bakımından ikame edilebilirliği, talep esnekliğinin ölçülmesiyle bulunmaktadır⁵⁴⁴. *Talep esnekliği*, bir ürünün talebinin, o ürün fiyatında gerçekleşen değişimlere karşı gösterdiği duyarlılığı ifade etmektedir⁵⁴⁵. Talep bakımından ikame edilebilirliğin tespitinde iki ölçüt kullanılmaktadır. İlki ürünün fiziksel karakteri, teknik özellikleri veya hukuki konumunun dikkate alınarak değerlendirilmesidir. Buna “*fonksiyonel ikame edilebilirlik*” adı verilmekte, bir ürün fiziksel karakteri, teknik özellikleri veya hukuki konumu göz önüne alındığında başka bir ürünle ikame edilebiliyorsa bu ürünlerin aynı piyasada yer aldığı kabul edilmektedir⁵⁴⁶. Bir ürünün tamamen değil de bir kısım özellikleri bakımından da ikame edilebilir olması durumunda ise söz konusu özellikler ayrı ayrı değerlendirilerek alt piyasaların oluşturulması yoluyla tespit edilmektedir⁵⁴⁷. Talep bakımından ikame edilebilirliğin tespiti için kullanılan diğer bir ölçüt ise, tüketicilerin tercihleridir. Bir ürünün fonksiyonel olarak ikame edilebilirliği tek başına ilgili piyasanın tespit edilmesi için yeterli olmamaktadır. Fonksiyonel ikame edilebilirliğin tüketiciler tarafından ne ölçüde benimsendiği ve tüketicinin o ürünü kullanım amacının da belirlenmesi gerekmektedir. Bir ürünün sayısız kullanım alanı mevcut olabilmekte ve bunların her biri farklı bir piyasa olarak değerlendirilmektedir⁵⁴⁸.

Tüketicinin ürünün fiyatında meydana gelen değişim karşısında başka bir ürünü tercih edebilmesi “*reaksiyonel ikame edilebilirlik*” olarak ifade edilmektedir⁵⁴⁹. Tüketiciler tarafından bir ürün yerine tercih edilebilen diğer ürünlerin aynı piyasada yer aldığı kabul edilmektedir⁵⁵⁰. Tüketicilerin ürünleri birbiri yerine kullanımını farklılık arz edebilmektedir. Yani kimi tüketiciler için birbiri yerine kullanılabilen ürünler kimi

544 **Aşçıoğlu Öz**, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, Rekabet Kurumu Lisanüstü Tez Serisi, 2000, s.93

545 **Türkay**, Orhan: Mikroiktisat Teorisi, İmaj Yayınları, 10.B., Ankara 2001, s.60-76; **Aşçıoğlu Öz**, s.93

546 **Aşçıoğlu Öz**, s.94

547 **Roger/Macculloch**, s. 97; **Aşçıoğlu Öz**, s.94; “*Haklarında soruşturma yürütülen firmalar tarafından üretilen ve/veya dağıtımı yapılan ürün çeşidi çok fazla sayıdadır, ancak aynı firma ürünlerinin benzer dağıtım kanalları kullanılarak dağıtılması daha genel bir yaklaşımın benimsenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle birbiri ile içiçe olmak üzere dört pazar belirlenmiştir*” (RK, K.T.24.11.1999, K.S.99-53/575-365, s.13).

548 **Roger/Macculloch**, s. 97; **Aşçıoğlu Öz**, s.94;

549 **Aşçıoğlu Öz**, s.94-95.

550 **Aşçıoğlu Öz**, s.96.

tüketiciler için o ürünün ikamesi olarak değerlendirilmeyebilir. Bu durumda ilgili ürün piyasasının tespit edilmesinde talebin fiyat esnekliği ve çapraz esnekliği tüketici gruplarının tercihleri dikkate alınarak incelenmekte ve gerekiyorsa fonksiyonel ikame edilebilirlikte olduğu gibi tüketicilerin tercihleri doğrultusunda da alt piyasalar oluşturulması gerekmektedir⁵⁵¹.

Ürünlerin fonksiyonel olarak ikame edilebilir olması, ürünlerin aynı piyasada yer aldığı kabulü için tek başına yeterli olmamaktadır. Bu ürünlerin ayrıca tüketiciler tarafından reaksiyonel olarak da ikame edilebilir bulunması gerekmektedir. Aksi halde bu ürünlerin aynı piyasada yer aldığı değerlendirmesi doğru olmamaktadır⁵⁵².

Talep bakımından ikame edilebilirliğin belirlenmesinde, “çapraz talep esnekliği” de önem arz etmektedir. Bir ürüne olan talebin, başka bir ürünün fiyatında gerçekleşen değişime olan duyarlılığı *çapraz talep esnekliği* olarak ifade edilmektedir⁵⁵³. Çapraz talep esnekliği yüksek olduğu durumlarda, bir ürünün fiyatında gerçekleşen herhangi bir artış, tüketici tercihlerinin önemli ölçüde diğer ürünlere kaymasıyla sonuçlanmaktadır. Yani bu oranın yüksek olması halinde iki ürünün ikame edilebilir olduğu ve ürünlerin aynı piyasada yer aldığı tespiti yapılabilecektir⁵⁵⁴. Gerek ABAD kararları, gerek Komisyon tarafından oluşturulan düzenlemeler dikkate alındığında, ilgili ürün piyasasının belirlenmesinde ilgili ürünün “*talep bakımından ikame edilebilirliğinin*” ön plana çıktığı görülmektedir. Fakat gerektiğinde, ilgili ürünün arz bakımından ikame edilebilirliği ve ilgili ürün piyasasının zaman bakımından değerlendirilmesi de ölçüt olarak dikkate alınmaktadır⁵⁵⁵.

551 Aşçıoğlu Öz, s.96.

552 Cengiz 2006, s.90; Aşçıoğlu Öz, s.95.

553 Çetinkaya, Murat: İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Ankara, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, 2003, s.41.

554 Roger/Macculloch, s. 97-98; Çetinkaya, s.41.

555 Çetinkaya, s.22; Aşçıoğlu Öz, s.97.

Bir ürünün arz bakımından ikame edilebilirliği ise, arz esnekliğinin ölçülmesi yoluyla bulunmaktadır⁵⁵⁶. Arz esnekliği, bir ürünün fiyatında gerçekleşen değişimin arz üzerinde yarattığı etki olarak ifade edilmektedir. Arz yönlü ikame edilebilirlikten söz edebilmek için, herhangi bir ürünü üreten teşebbüsün başka bir ürünü üretebilecek konuma kolaylıkla gelmesi gerekmektedir⁵⁵⁷. Yani teşebbüsün üretim sürecini değiştirmesi yüksek maliyet gerektirmemeli, değişim makul süre içerisinde gerçekleşebilmeli ve teşebbüs tarafından değişen şartlara kolaylıkla uyum sağlanabilmelidir⁵⁵⁸. Mevcut sermaye yapısıyla bir ürünün üretiminden başka bir ürünün üretimine ve satışına geçiş mümkün ise ancak bu durumda arz ikamesinin varlığından söz edebilmektedir. Son olarak, ilgili ürün piyasasının tespit edilmesinde arz bakımından ikame edilebilirliği dikkate alırken yalnızca piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler değil, ayrıca piyasaya girmesi olası rakip teşebbüsler, yani potansiyel rekabetin de dikkate alınması gerekmektedir⁵⁵⁹. Talep bakımından ikame edilebilirliğin tespit edilmesi hususunda fonksiyonel ve reaksiyonel ikame edilebilirliğe ilişkin yapılan açıklamalar, arz bakımından ikame edilebilirlik için geçerlilik taşımaktadır⁵⁶⁰.

Bir ürünün arz ve talebi dönemsel olarak farklılık gösterebilmektedir. Piyasanın ürün bakımından belirlenmesinde *zamansal niteliğinin* de dikkate alınması, piyasanın zamansal süreç bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁶¹. **United Brands v Commission**⁵⁶² kararında Komisyon, muz talebinin çapraz esnekliğinin mevsimden mevsime değişkenlik gösterdiğini, yaz aylarında diğer meyvelerin arzında yaşanan artışın muz talebini azalttığını ve diğer meyvelerin muz fiyatları üzerinde etkili olduğunu tespit etmiştir⁵⁶³. Bu bakımdan ürünlerin arz ve talebin çapraz esnekliği, dönemsel olarak

556 Çetinkaya, s.41,46.dipnot; Aşcıoğlu Öz, s.97

557 Cengiz 2006, s.92

558 Aşcıoğlu Öz, s.98.

559 Çetinkaya, s.55.

560 Aşcıoğlu Öz, s.98.

561 Whish/Bailey 7.Ed, s.41, 42; Çetinkaya, s.8; OFT, Guideline On Market Definition, OFT 403, December 2004, para 5.1–5.3 [oft403 \(publishing.service.gov.uk\)](http://oft403.publishing.service.gov.uk) (E.T.19.03.2021).

562 United Brands v Commission, Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429 (Whish/Bailey 7.Ed, s.41).

563 Whish/Bailey 7.Ed, s.41, 42;

farklılık arz edebilmekte ürün piyasasının tespitinde bu durumun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁶⁴. İlgili piyasasının zamansal boyutu, piyasanın ürün boyutunun devamı olarak karşımıza çıkmakta olup bir ürünün talep ve arz esnekliği incelenirken dönemsel olarak farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir⁵⁶⁵. İlgili ürün piyasası, tüm bu değişkenler dikkate alınarak ayrıntılı iktisadi analizler sonucu tespit edilebilmektedir. Nitekim her bir değerlendirme ayrı bir öneme sahip olup, ürün piyasasının doğru bir şekilde belirlenmesi için gereklilik arz etmektedir.

2.3.4.1.2. İlgili Coğrafi Piyasa

İlgili ürün piyasasının tespit edilmesinden sonra ikinci adım olarak ilgili ürün piyasasının coğrafi sınırlarının tespit edilmesi gerekmektedir. AB hukukunda ilgili coğrafi piyasa, *“kendi içinde rekabet şartları yeterince homojen olan ve komşu bölgelerdeki rekabet şartları belirgin bir şekilde farklı olduğu için bu bölgelerden ayırt edilebilen alan”* olarak tanımlanmaktadır⁵⁶⁶. İlgili piyasanın coğrafi olarak tespitinde, rekabet koşullarının homojenliği ölçüt olarak alınmaktadır. Buna göre, rekabet koşullarının homojen olduğu alanlar aynı coğrafi piyasayı oluşturmaktadır⁵⁶⁷.

Coğrafi piyasa tespit edilirken öncelikle teşebbüslerin fiilen faaliyette bulunduğu coğrafi alan saptanmakta, daha sonra rekabet koşulları bakımından bu alanla homojen olan diğer alanlar tespit edilmektedir. Tespit edilen bu alanların bütünü ise, “coğrafi piyasa” tanımını oluşturmaktadır⁵⁶⁸. Bu bağlamda ilgili coğrafi piyasa tespiti yapılırken ilgili ürün piyasasında da olduğu gibi coğrafi piyasada da potansiyel rekabet imkânları dikkate alınmaktadır⁵⁶⁹. Farklı bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler ve tüketiciler bakımından arz veya talep kaynağı olarak gösterilebilen alanlar ilgili coğrafi piyasaya dâhil olmaktadır. Yani bir ürünün farklı bir bölgeden yakın fiyatlarla alma imkânı mevcut ise

564 Aşçıoğlu Öz, s.103; Tekinalp G./Tekinalp Ü., s.443; Whish/Bailey 7.Ed, s.41.

565 Çetinkaya, s.8-9; Aşçıoğlu Öz, s.102.

566 European Commission’s Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of EU Competition Law, para.8.

567 Roger/Macculloch, s. 98.

568 Sanlı, s.88-89;

569 Whish 7.Ed, s.28.

bu bölge coğrafi piyasa kapsamı içerisine girmektedir⁵⁷⁰. Fakat alıcı ve satıcının birbirine çok uzak olduğu ve nakliye giderlerinin maliyete oranının yüksek olduğu alanlar coğrafi piyasaya dâhil edilmemektedir⁵⁷¹. Nitekim Komisyon *Sugar Cartel* kararında nakliye giderleri yüksek olan Almanya'nın kuzey ve batı bölgeleriyle güney bölgesinin ilgili piyasa olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁵⁷².

Türk rekabet hukukunda da coğrafi piyasanın tespitinde, homojen rekabet koşulları dikkate alınmaktadır⁵⁷³. Coğrafi piyasanın belirlenmesine ilişkin tespitler ise, “*İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*”da yer almaktadır. RKHK m.2’de coğrafi piyasaya ilişkin olarak “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde*” ifadesi yer almaktadır. Fakat “*İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*”da yer alan açıklamalar ve Kurul kararlarına bakıldığında, ilgili coğrafi piyasa ülkenin tamamını veya daha geniş bir alanı da kapsayabilmektedir⁵⁷⁴. RK’nın 15.12.1999 tarihli kararında İSDEMİR’in taşkömürünün deniz yoluyla taşınması için açtığı ihalede belirli firmalarla anlaşarak RKHK m.4’ü ihlal ettiği iddiasında; ABD, Kanada, Avustralya Limanları ile İSDEMİR limanı arasında kalan deniz taşımacılığı hattının ilgili coğrafi piyasa olduğu kabul edilmiştir⁵⁷⁵. Bu bakımdan yapılan analizlerle birlikte mevcut durumun koşullarına göre coğrafi piyasanın sınırları belirlenmektedir.

2.3.4.2. Rekabetin Doğrudan veya Dolaylı Olarak Engellenmesi, Bozulması ve Kısıtlanması

Uyumlu eylemin rekabet hukuku kapsamında yasak kabul edilmesi için bu eylemin piyasadaki rekabeti bozması veya potansiyel olarak bozabilecek nitelikte olması gerekmektedir⁵⁷⁶. Nitekim rekabete hiçbir etkisi bulunmayan, zararlı sonuçlar ortaya

570 Sanlı, s.88-89; Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.41.

571 Roger/Macculloch, s. 98.

572 Suiker Unie and Others v. Commission, s.1685-1687.

573 RK, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, para.3

574 Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.41.

575 İsdemir, RK, K.T:15.12.1999, K.S: 99-59/639-406.

576 Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.41, Bellamy/Child, s.89-90.

çıkarmayan, ekonomik veya rasyonel gerekçelere dayanan veya piyasadaki etkinliği arttıran eylemler rekabet hukuku bakımından yasak kapsamında kabul edilmemektedir⁵⁷⁷.

Rekabetin sınırlanması, ABİHA m.101/1’de “*ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması*”, RKHK m.4’te “*rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması*” olarak ifade edilmektedir. ABD rekabet hukukunda ise, Sherman Kanunu m.1’de rekabetin sınırlanması yerine, “*ticaretin sınırlanması*” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu bu ifade farklılıklarına rağmen rekabet düzenlemeleri bakımından esas amacın “*serbest rekabet kurallarına göre işleyen ticari hayatı korumak*” olduğunu söylemek mümkündür⁵⁷⁸.

RKHK bakımından “*rekabetin engellenmesi, bozulması ve kısıtlanması kavramları*” birbirine alternatif olarak düzenlenmekte ve hukuki sonuçları arasında fark bulunmamaktadır. Bunlardan herhangi birinin varlığı rekabetin sınırlanması için yeterli olup bir olayda hepsinin bir arada bulunması gerekmemektedir⁵⁷⁹. Sanlı’ya göre, RKHK m.4 ün başlığında tüm bu kavramların yerine geçecek şekilde “*sınırlayıcı*” ifadesinin kullanılması dolaylı şekilde, söz konusu terimler arasında temel bir farklılık gözetilmediğini göstermektedir. Yazara göre, söz konusu kavramların ortak noktası, rekabet üzerinde olumsuz etkinin gerçekleşmesi veya gerçekleşebilme ihtimalinin söz konusu olmasıdır⁵⁸⁰.

Bir diğer dikkat çekilmesi gereken husus ise, RKHK m.4’te yer alan rekabetin “*doğrudan veya dolaylı olarak bozulması*” ifadesidir. Esasen rekabet hukuku sistemimizde rekabetin doğrudan veya dolaylı olarak sınırlandırılmasının bir önemi bulunmamakta, RKHK

577 Sanlı, s.87-88; Dashwood/Dougan/Rodger/ Spaventa/ Wyatt, s.741.

578 İkizler 2005, s.157.

579 Tekinalp G. /Tekinalp Ü., s. 400.

580 Sanlı, s.90.

m.4'te belirli bir piyasada rekabetin sınırlanması sonucunu doğurabilecek ilişkilerin tamamı yasak kapsamı içerisinde yer almaktadır⁵⁸¹.

2.3.4.3. Amaç ve Etki Bakımından Rekabetin Engellenmesi, Bozulması ve Kısıtlanması

Uyumlu eylemin yasak kabul edilmesi için, eylemin rekabetin amacının ve/veya etkisinin rekabeti engellemesi, bozması veya kısıtlaması gerekmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı amaç ve etkinin birlikte bulunması gerekmemekte olup, bu iki unsur birbirine alternatif teşkil etmektedir⁵⁸². Nitekim kanunun lafzında da “veya” bağlacı kullanılması, bu iki durumun birbirinin alternatifi olduğunu açıkça göstermektedir⁵⁸³. AB rekabet hukukunda, ABAD bu konuya ilk kez *STM v Maschinenbau Ulm*⁵⁸⁴ kararında değinmiş, rekabeti sınırlayıcı amaç ve etki değerlendirmesinin kümülatif değil alternatif olduğunu ve bir anlaşmanın rekabete aykırılığını değerlendirirken ilk olarak anlaşmanın uygulanacağı “ekonomik bağlam” içerisinde amacın rekabeti engellemek olup olmadığının detaylı bir şekilde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁸⁵.

Birbirinin alternatifi olan amaç ve etki değerlendirmesi terditli şekilde yapılmaktadır. Buna göre, bir anlaşmanın amacının rekabeti engellemek olduğu ortaya koyulduğunda, artık bu anlaşmanın rekabeti bertaraf edici etkilerinin incelenmesine gerek kalmamakta ve doğrudan rekabet ihlalinin var olduğu kabul edilmektedir⁵⁸⁶. Ancak rekabeti engelleme amacının açık olmadığı hallerde, eylemin etkileri incelenmektedir⁵⁸⁷. Bu bakımdan öncelikle işbirliğinin amacının rekabeti engelleyici olup olmadığı araştırılmakta, eğer

581 **Sanlı**, s.91.

582 **Jones**, Alison: Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article101(1), ECJ, 2010, Vol:6, Issue:3, s.656.

583 **Cengiz** 2006, s.98.

584 *STM v Maschinenbau Ulm GmbH*, ECJ, 56/65, 30.6.1966, ECR-1966-235 (**Ezrachi**, s.85).

585 **Ezrachi**, s.85.

586 **Gürkaynak**, Gönenç/ **Yaşar**, Ayşe Gizem: Rekabeti Kısıtlayıcı Amacı Yeniden Değerlendirmek: “Groupement Des Cartes Bancaires v Commission” Kararı Işığında Yeni Bir Gün, Rekabet Dergisi, 2015, C.16, S.1, s.41; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.73.

587 **Jones**, Restrictions By Object, s.656.

amaç açık değil ve tespit edilemiyorsa anlaşmanın piyasa üzerinde yaratacağı etki dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır⁵⁸⁸.

Amaç değerlendirmesi yapılması, rekabet otoriteleri bakımından usul ekonomisi sağlamakta, rekabet otoritelerini “*amacı bakımından rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar*” söz konusu olduğunda ekonomik analiz yapma yükünden kurtarmaktadır⁵⁸⁹. Bu bakımından rekabeti kısıtlayıcı amaç kriterinin, usul ekonomisiyle birlikte hukuki belirliliği de beraberinde getirdiği ifade edilmektedir⁵⁹⁰.

Rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların yasaklanması, rekabet otoriteleri bakımından etkili bir araç olarak görülmektedir. Bu noktada karşımıza çıkan soru rekabetin sınırlanması amacının ne şekilde, hangi kısıtlara göre belirleneceğidir. ABAD tarafından verilen *Consten-Grunding v. Commission* kararında, rekabeti bozucu amacı saptanan anlaşmaların yaratacağı etkilerin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığı ifade edilmektedir⁵⁹¹. Doktrinde *Consten-Grunding v. Commission* kararından bu yana, rekabeti kısıtlama amacı taşıyan eylemlerin açıkça ortaya koyulmamış olmasının amaç değerlendirmesinin çerçevesinin genişlemesine neden olduğu ifade edilmektedir⁵⁹². *Consten-Grunding v. Commission* kararının ardından verilen *Beef Industry Development Society (BIDS)*⁵⁹³, *T-Mobile*⁵⁹⁴ gibi kararlarda da rekabeti kısıtlayıcı amacın geniş şekilde yorumlandığı belirtilmektedir⁵⁹⁵.

ABAD’ında da 2008 tarihli *BIDS* kararında, amaç ve etki değerlendirmesinin birbirinin alternatif olduğu, öncelikle amacın tespit edilmeye çalışılacağı, bu tespit yapılamazsa rekabete olan etkilerinin inceleneceği ifade edilmiştir. Amaç bakımından değerlendirme

588 **Roger/Macculloch**, s.168; **Whish/Bailey** 7.Ed., s.118; **Badur**, s.81-82.

589 **Aslan E.** s.11; **Gürkaynak/Yaşar**, s.46.

590 **King**, s.47.

591 *Consten-Grunding v Commission*, para. 342 (**Ezrachi**, s.86).

592 **Gürkaynak/Yaşar**, s.49

593 *Competition Authority v Beef Industry Development Society (BIDS)*, Case C-209/07, Court of Justice, [2008] ECR-I-8637, [2009] 4 CMLR 6, (**Ezrachi**, s.93).

594 *T- Mobile*, Case (**Ezrachi**, s.94-95).

595 **Gürkaynak/Yaşar**, s.50.

yapılırken öncelikle ekonomik şartların göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekilmiştir⁵⁹⁶. ABAD, anlaşmanın ekonomik koşullarını ve lafzını dikkate alarak amacın rekabete aykırı olduğunu tespit etmiş, rekabeti kısıtlama amacıyla birlikte hukuka uygun başka amaçlar bulunsa dahi ABİHA m.101'in ihlal edilmiş olacağına karar vermiştir⁵⁹⁷.

T-Mobile kararında, teşebbüslerin rekabeti olumsuz etkileme potansiyeline sahip olması, rekabetin engellenmesi amacının ortaya koyulması için yeterli sayılmıştır⁵⁹⁸. Kararda teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi teşebbüs davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldıracak nitelikte ise, bunların amacı bakımından rekabete aykırı olduğu kabul edilmiştir⁵⁹⁹. *Expedia* kararı ise, amacı bakımından rekabeti kısıtlayıcı anlaşma/uyumlu eylemin söz konusu olması durumunda *de minimis* ilkesinin uygulanamayacağını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Kararın ardından söz konusu bu durum, “*Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma Madde 101/1 Uyarınca Rekabeti Önemli Ölçüde Kısıtlamayan Küçük Önem Taşıyan Anlaşmalara İlişkin Komisyon Duyurusu*⁶⁰⁰”nda aynen hüküm altına alınmıştır⁶⁰¹.

Groupement des cartes bancaires (CB)⁶⁰² kararında ise, Komisyon tarafından rekabeti kısıtlayıcı amaç ve etkinin birlikte bulunduğu tespiti yapılarak ihlal kararı verilmiştir. Hukuk Sözcüsü *Wahl*, 27 Mart 2014 tarihli görüşünde⁶⁰³, rekabeti kısıtlayıcı amacın dar yorumlanması gerektiğini, amaç ve etki değerlendirmelerinin farklı değerlendirmeler

596 Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) Case (**Ezrachi**, s.93).

597 Competition Authority v Beef Industry Development Society (BIDS), para.21 (**Ezrachi**, s.93).

598 **Chalmers/ Davies/ Monti**, s.986.

599 **Gürkaynak/ Yaşar**, s.55; T- Mobile, Case C-8 /08, para.31 (**Ezrachi**, s.94).

600 Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) Of The Treaty On The Functioning Of The European Union (De Minimis Notice), 2014/C 291/01, 30.8.2014.

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN) (E.T.26.03.2020).

601 **King**, s.203; **Gürkaynak/ Yaşar**, s.58

602 CB v. Commission, Court of Justice, Case C-67/13 P -11.09.2014.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157516&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=473578> (E.T.26.03.2020).

603 Hukuk Sözcüsü *Wahl*'ın Görüşü, para 34-36.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149943&doclang=en> (E.T.26.03.2020).

olduğunu belirtmiştir⁶⁰⁴. ABAD, Hukuk Sözcüsü *Wahl*'ın görüşlerine paralel olarak amaç değerlendirmesinin rekabete yeterli derecede zarar veren belirli davranışlar bakımından söz konusu olduğunu, bu tür davranışların etkilerinin incelenmesine gerek olmadığını ifade etmiştir. Rekabete etkisi bulanmayan davranışlar bakımından amaç değerlendirmesi yapılarak bu davranışların rekabeti bozucu etkileri ortaya koyulmadan yasak kapsamında değerlendirilmesinin doğru olmadığı belirtilmiştir⁶⁰⁵.

Türk rekabet hukukuna baktığımızda ise, RK'nın 04.03.1999 tarihli **BİAK**⁶⁰⁶ kararında, RKHK m.4 kapsamına giren anlaşmalar iki gruba ayrılarak değerlendirilmektedir. Karara göre, birinci tür olan anlaşmalar, “*rekabeti sınırlamak amacıyla yönelik*” anlaşmalardır. Bu anlaşmalarda taraflar rekabetin kısıtlanmasını amaçlamakta, anlaşmayı bu amaca ulaşmak için bir araç olarak kullanmaktadır. İkinci grup anlaşmalar ise “*rekabetin kısıtlanmasına neden olan*” anlaşmalardır. Buna göre, amaç rekabetin sınırlanması dışında başka bir konu olarak karşımıza çıkmakta, ancak rekabeti sınırlayıcı etki veya bu etkiyi doğurabilecek nitelik taşımaktadır. Karara göre, tek amacı doğrudan rekabeti bozmak olan anlaşma ve/veya uyumlu eylemin uygulandığı takdirde rekabet aleyhine sonuç doğuracağı açıktır. Bu sebeple bunların hukuka aykırı kabul edilmeleri için ayrıca rekabete olan etkilerini araştırılmasına, hatta fiilen rekabeti sınırlandırmış olmalarına dahi gerek bulunmamaktadır. Ancak zararlı etkilerinin henüz ortaya çıkmamış olmasının, verilecek cezanın kapsamı açısından göz önünde bulundurulabileceği belirtilmiştir⁶⁰⁷.

26.7.2007 tarihli **Çimento kararında**⁶⁰⁸ da rekabeti engelleme amacının açık olduğu hallerde ayrıca rekabete olan etkisinin araştırılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir: “*Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, açık bir rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu*

604 **Ezrachi**, s.103.

605 *CB v. Commission*, para.58.

606 BİAK Kararı, RK, K.T: 4.3.1999, K.S: 99-13/99-40, s.8.

607 BİAK kararında RK, bir anlaşmanın RKHK m.4 kapsamında değerlendirilmesi için rekabeti sınırlayıcı eylemin gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığını ifade etmiş, ancak anlaşma henüz piyasaya etki etmediği gerekçesiyle cezanın kapsamını buna göre belirlemiştir (BİAK Kararı, s.11).

608 Çimento Kararı, RK, K.S: 07-62/740-268, K.T: 26.7.2007.

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.” **Çelik çember kararında**⁶⁰⁹ ise, “rekabeti ortadan kaldırmayı veya sınırlamayı amaçlayan tüm anlaşmaların kendiliğinden (*per se*) yasak olduğu” ifade edilmiştir.

Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik⁶¹⁰ kararında 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 ayırtırmak mümkündür” tespitine yer vermiştir.

Bu çerçevede, RK’nın “amaç bakımından rekabete aykırı anlaşmaları” genel olarak *per se* yasak kabul ettiği görülmektedir. 2014 tarihli **Sakarya İli Sürücü Kursları kararında**⁶¹¹, “4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde düzenlenen ihlalin 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* ihlal olarak kabul edilmekte, bu tür ihlallerin uygulanıp uygulanmadığının mutlak tespiti gerekli görülmemektedir” ifadelerine yer verilmiş olup, RK’nın “rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşma/uyumlu eylemler”in tamamının değil, yalnızca bir bölümünün *per se* ihlal niteliğinde olabileceği görüşünü benimsediği düşünülebilmektedir⁶¹².

Yine yakın tarihli **Çelik Otokorkuluk kararında**⁶¹³ soruşturma kapsamında bilgi değişimi kavramı ele alınmış, 4054 sayılı Kanun ve Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında

609 Çelik Çember Kararı, RK, K.S: 12-52/1479-508, K.T: 30.10.2012.

610 Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik Kararı, RK, K.S: 10-47/858-296, K.T: 01.07.2010.

611 Sakarya İli Sürücü Kursları Kararı, RK, K.S: 14-49/877-397, K.T: 09.12.2014.

612 **Gürkaynak/Yaşar**, s.85

613 Çelik Otokorkuluk Kararı, RK, KS: 18-44/702-344, K.T: 22.11.2018.

Kılavuz'a atıfta bulunarak “...rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bilgi değişimi ve rekabeti kısıtlama etkisi olan bilgi değişimi olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Buna göre, rekabeti kısıtlama amacı olan bilgi değişimlerinin etkisine bakılmaksızın rekabeti kısıtladığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede rakiplerin, gelecekte uygulamayı planladıkları fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgileri aralarında değişmesi, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak nitelendirilmektedir. Rekabeti kısıtlama amacı taşımayan bilgi değişimlerinin rekabet üzerindeki olası etkileri ise her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmektedir⁶¹⁴” ifadelerine yer verilmiştir. Kararda amacı bakımından rekabete aykırı tüm bilgi değişimlerinin değil; fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi hassas bilgilerin paylaşılması durumunda rekabete aykırılığın söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bu bakımdan RK kararlarında da rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşma/uyumu eylemin çerçevesinde bir daralma gözlemlendiğini söylemek mümkündür.

Rekabeti bozma amacının bulunmadığı veya amacın açık ve net bir şekilde anlaşılmadığı durumlarda, somut olayın koşulları çerçevesinde ayrıntılı piyasa analizleri yapılarak uyumlu eylemin mevcut ve potansiyel etkileri incelenmektedir⁶¹⁵. Bu durumda rekabeti bozucu amaç ortaya koyulamamış olsa da, rekabete aykırı etkiler söz konusu ise hukuka aykırılığın varlığı sonucuna ulaşılmaktadır⁶¹⁶. Rekabeti sınırlayıcı etkinin fiilen bulunmadığı durumlarda ise, uyumlu eylemin potansiyel etkileri bakımından rekabeti bozmaya elverişli olup olmadığı incelenmektedir⁶¹⁷. Uyumlu eylemin aktüel etkileri yanısıra muhtemel etkileri de göz önünde bulundurulmakta, potansiyel rekabeti bozucu etkilerinin varlığı durumunda eylem yasak kapsamında kabul edilmektedir⁶¹⁸. Ancak bir işbirliğinin ileride rekabeti bozucu etkiler doğurabilecek nitelikte olduğunun tespiti kolay olmamakta, bunun için ayrıntılı firma ve piyasa incelemelerinin yapılması gerekmektedir. Örneğin araştırmayla ilgili risklerin dağıtılmadan uygulanabilirliği zor olan yüksek teknoloji gerektiren endüstrilerde teşebbüslerin yeni teknolojilerde ilerleme kaydetmek

614 Çelik Otokorkuluk Kararı, para.339.

615 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.73; **King**, s.115-116.

616 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.73

617 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.73

618 **Sanlı**, s.105-106; **Badur**, s.82

için işbirliği yaptığı çalışmalarda, hangi durumlarda işbirliğinin gerekli olduğu, ar-ge kısmında yapılan işbirliğinin başka alanlarda rekabet etme isteğini köreltip köreltmeyeceği gibi soruların cevaplanması gerekmektedir. Bu soruların cevaplanması ve piyasadaki potansiyel etkilerinin ortaya koyulabilmesi, piyasanın ekonomik şartlarının dikkatlice incelenmesini gerektirmektedir⁶¹⁹. Uyumlu eylemin fiili ve potansiyel etkilerinin incelendiği bu aşamada ayrıntılı iktisadi analizlerinin yapılması sebebiyle, etki değerlendirmesinin amaç değerlendirmesine göre daha uzun sürdüğü görülmektedir⁶²⁰.

Yapılan analizler sonucu işbirliğinin rekabete etkisinin bulunmadığı, olumlu katkıda bulunduğu, rekabete zarar verdiği veya hem olumlu hem de olumsuz etkilerinin olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Rekabetin etkilenmediği ve rekabete olumlu etkilerin söz konusu olduğu ilk iki durum yasak kapsamında yer almamaktadır. Rekabete zararlı sonuçların var olduğu sonucuna varılır ise, rekabet ihlali söz konusu olmaktadır. Ancak hem olumlu hem de olumsuz etkilerin var olduğu durumlarda, muafiyet koşulları bakımından değerlendirme yapılmaktadır⁶²¹.

619 **Roger/Macculloch**, s.171.

620 **Badur**, s.82.

621 **Roger/Macculloch**, s.172-173.

3. BÖLÜM

UYUMLU EYLEMİN İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI

3.1. UYUMLU EYLEMİN İSPATI

Rekabet Kurumu'nun icra organı olan Rekabet Kurulu, RKHK m.27 çerçevesinde kendisine yüklenen görevi yerine getirirken, ihbar ve şikâyet yoluyla veya kendiliğinden ortaya çıkan şüphe üzerine soruşturmayı başlatmakla birlikte, rekabet hukuku ihlallerini ispat eden somut maddi vakıaları ortaya koymak ve bu çerçevede rekabet kurallarını en etkin şekilde yürütmekle yükümlüdür⁶²². Bu süreçte de Kurumun en önemli faaliyetlerden biri olan “rekabet hukuku ihlallerinin ispatı” meselesi karşımıza çıkmaktadır. Bu husus RKHK'da m.4, 47 ve 59'da özel olarak düzenlenmektedir.

İdari bir organ olan Rekabet Kurulu, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin soruşturma yürütürken ve karar alırken hukuk kurallarını somut olaya uygulamakta ve “yargı benzeri” bir faaliyet yürütmektedir⁶²³. Kurul tarafından rekabet hukuku ihlallerine ilişkin yapılan inceleme, araştırma ve ihlallere ilişkin alınan kararlar özellikleri itibariyle yargı kararı benzeri nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan rekabet hukuku bakımından “maddi gerçeğe ulaşma” yaklaşımı benimsenmektedir⁶²⁴.

Maddi gerçeğe ulaşma amacı sonucunda, rekabet soruşturmalarında ceza yargılamasına yaklaşan (re'sen araştırma, delil serbestliği ve şüpheden sanık yararlanır vb.) ilkeler doğrultusunda hareket edilmektedir. Rekabet soruşturmalarının işbu nitelikleri, başta uyumlu eylem olmak üzere rekabet hukuku ihlallerinin ispatı konusunda önemli sorunların ve tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur⁶²⁵. Bu tartışmalara ve

622 **Gürkaynak**, Gönenç/**Yıldırım**, K. Korhan/ **Özgökçen**, M. Hakan/**Aydın**, A. Buğra: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspat Odaklı Tartışmaları, Rekabet Dergisi, 2011, C. 12, S. 4, s.76.

623 **Budak**, Ali Cem: AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mayıs 2004, s.139.

624 **Gürkaynak/ Yıldırım/ Özgökçen/Aydın**, s.77; **Uyanık**, Pelin, Rekabet Hukukunda Delil, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2003, s.44.

625 **Budak**, s.139; **Gürkaynak/Yıldırım/ Özgökçen/Aydın**, s.77. Söz konusu usul ve ilkelerin teoride ve uygulamada karma bir şekilde medeni yargılama hukuku, ceza hukuku ve idare hukuku ilkelerinden beslenmesi nedeniyle teşebbüsler RKHK kapsamında muhatap kaldıkları iddiaların ispatında bu üç

uyumlu eylem bakımından ispat meselesine geçmeden önce, ispatın esasında bir yargılama hukuku kavramı olması nedeniyle, yargılama hukuku bakımından ispat, ispat yükü ve delil gibi kavramlara kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

3.1.1. Yargılama Hukukunda İspat, İspat Yükü ve Delil

Dava konusu yapılan hakkın gerçekte var olup olmadığının anlaşılması; maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi sonucunda mümkün olmaktadır. *Kuru/Arslan/Yılmaz* ispatı, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların gerçekten var olup olmadığı hakkında mahkemede kanaat uyandırılması olarak tanımlamaktadır⁶²⁶. *Konuralp*, ispatı bir önermenin doğruluğu hakkında kanaate varılması için nedenselliğin ortaya koyulması olarak ifade etmektedir⁶²⁷.

Vakıaların ispat edilmesinin akabinde, bu vakıaların kim tarafından ispat edileceği hususu karşımıza çıkmaktadır⁶²⁸. Bir vakıadan kendi lehine hak çıkarmak isteyen kişinin bunları ispat etme durumunda olması “*ispat yükü*” olarak ifade edilmektedir⁶²⁹. İspat yükü taraflar için, bir mükellefiyet değil, külfet olarak kabul edilmektedir. Taraf kendisi tarafından ispat edilmesi gereken bir hususu ispatlamaya zorlanamamaktadır⁶³⁰.

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.6’ya göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlamakla yükümlüdür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 190/1’de de bu durum açık olarak “*ispat yükü kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki*

hukuk disiplininde yer alan ilkelerden yararlanabileceği ifade edilmektedir (**Gürkaynak/ Yıldırım/ Özgökçen/Aydın**, s.77).

626 **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 25.B., 2014, s.351

627 **Konuralp**, Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, AÜHFY Döner Sermaye Yayınları No:536, Ankara, 1999, s.8.

628 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.351.

629 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.354; **Yılmaz**, Ejder: Rekabet Hukukunda İspat Yükü, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Kayseri, 2006, s.72

630 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.354.

sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir” şeklinde ifade edilmiştir⁶³¹. Fakat TMK m.6 ve HMK m.190/1’de de belirtildiği üzere genel kuralın istisnaları bulunmaktadır.

İspat faaliyetinde kullanılan araçlara “*delil*” adı verilmektedir⁶³². Sözlük anlamı yol gösteren olan delil kavramı, genel yargılama hukukunda ispatı gerekli uyumsuzluk konusu vakıaların vuku buldukları veya bulmadıkları hususunda karar veren mercide kanaat yaratmak için başvurulmuş ispat araçları olarak tanımlanmaktadır⁶³³. HMK m.187’de ispatın konusunun, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyumsuzluğun çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakılardan oluştuğu, bu vakıaların ispatı içinde delil gösterileceği ifade edilmektedir.

İspatın, özellikle yargılama hukukunda çok önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Yargılama hukukunda iddia ve savunmada bulunan taraf, ancak iddiasını ispat edebildiği takdirde lehine karar verilmesini sağlayabilmektedir⁶³⁴. Bu bakımdan yargılama bakımından haklı olmak tek başına yeterli olmamakta, haklılığın ispat yoluyla ortaya koyulması gerekmektedir. Bu durumun her ne kadar mahkemeler için geçerli olduğu kabul edilse de, “şeklen idari organ olarak” faaliyet göstermesine rağmen “yarı yargısal faaliyet” icra eden Rekabet Kurulu için de ispat hususunun aynı derecede önemli olduğu görülmektedir⁶³⁵.

3.1.2. Rekabet Hukuku Kapsamında Uyumlu Eylemin İspatı

3.1.2.1. Terim Sorunu

İspat esas itibarıyla “*taraf faaliyeti*” olup, RKHK’da taraflara ilişkin bir tanım bulunmamaktadır⁶³⁶. Bu bakımdan RK tarafından yürütülen soruşturmalarda taraf, ispat,

631 Kuru/Arslan/Yılmaz, s.355.

632 Yılmaz, Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, s.70-71.

633 Uyanık, s.21; Konuralp, İspat Kuralları, s.8.

634 Kuru/Arslan/Yılmaz, s.351.

635 Yılmaz, Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, s.70-71.

636 Gürkaynak/Yıldırım/ Özgökçen /Aydın, s.79; Konuralp, Haluk: Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, s.12.

delil gibi ifadelerin kullanımının ne kadar uygun olduğu tartışma konusu olmuştur⁶³⁷. *Budak*'a göre ispat, bir vakıanın doğruluğu hakkında hâkimi inandırmak anlamına gelmekte ve yalnızca yargılamada söz konusu olmaktadır⁶³⁸. Bu terimin yargı benzeri faaliyet kapsamında olsa dahi, bir vakıanın doğruluğu hakkında idarenin inandırılması için kullanılması uygun değildir. İdari işlem niteliği taşıyan, belirli maddi vakıaların varlığına veya yokluğuna ilişkin tespitler, iddia ve savunma arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmeye yönelik yargılama süreci içerisinde bağımsız mahkemelerce yapılan vakıa tespitlerinden farklılık göstermektedir. *Budak*' a göre, “*kanun kapsamında kullanılan, medeni usul hukukuna ait bu kavramların, ifade kolaylığı sağlaması bakımından mazur görülmesi mümkünse de bunlar tam ve teknik anlamda ispat ve delil olmadığı için gözden uzak tutulmalı, idari işlemlerde ve yargı benzeri faaliyetlerde ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması*” gerekmektedir⁶³⁹.

Konuralp'e göre, RKHK kapsamında gerek RKHK m.4 gerek RKHK m.44'te bahsi geçen tarafları, hakkında soruşturmaya başlanan kişiler olup, medeni usul hukuku anlamında mahkeme önünde bulunan uyuşmazlık konusu tarafların varlığı söz konusu değildir⁶⁴⁰. Bu sebeple yazar rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler konusunda ve özellikle bunlara ilişkin inceleme ve araştırmalarda taraf ve ispat terimlerinin kullanılması uygun olmamakla birlikte, bu durumun ciddi sorunlara yol açmayacağını düşünmektedir. Ancak bu terimlere medenî usul hukukundaki anlamları yüklemek ve rekabet mevzuatı çerçevesinde bu anlayıştan hareket etmek rekabet hukukun anlamına ve amacına uygun olmayacaktır⁶⁴¹.

Gürkaynak/Yıldırım/ Özgökçen /Aydın' a göre ise, idari merciler düzenleyici denetleyici işlemler yaptıkları kadar, yargılama benzeri faaliyetler de yürütmekte ve bu faaliyetler doğrultusunda birtakım cezalar vermektedir. Bu nedenle rekabet hukuku anlamında

637 **Konuralp**, Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, s.11.

638 **Budak**, s.150.

639 **Budak**, s.150.

640 **Konuralp**, Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, s.12-13.

641 **Konuralp**, Güncel Gelişmeler Sempozyum-V, s. 13.

kullanılan ispat kavramı, yargılama hukukundaki anlamından bir miktar farklı olarak RK soruşturmalarındaki faaliyetleri kapsayacak şekilde kullanılabilir⁶⁴².

Doktrinde de kabul edildiği üzere, Rekabet Kurulu'nun bir yargı merci olmadığı, kullanılan ispat ve delil kavramlarının teknik olarak yargılama hukukundaki ispat ve delile karşılık gelmediği, bu kavramların rekabet hukuku bakımından farklılık teşkil ettiği görülmektedir. Bu bakımdan bu kavramların rekabet hukuku anlamında uygun düştüğü ölçüde, yargılama hukukundaki temelden farklı olarak kullanıldığını söylemek mümkündür.

3.1.2.2. Uyumlu Eylemin İspat Yükü

Mahkemede bir vakıayı beyan veya hak iddiasıyla kendi lehine netice çıkarmak isteyen kimsenin bunları ispat etmek durumunda olması "ispat yükü" olarak ifade edilmektedir⁶⁴³. İspat yükü, taraflardan hangisinin uyumsuzluk konusu vakıaları ve olguları ispat edeceği sorusunun cevabıdır⁶⁴⁴. Genel kurala göre, ispat yükü iddia sahibine aittir⁶⁴⁵. Ancak ispat yükünün kime ait olduğu bazı hallerde özel hükümlerle belirlenmektedir. Bu hallerde ispat yükünün kimin üzerinde olduğu araştırılmaksızın kanunda işaret edilen tarafa bu yük yüklenmektedir⁶⁴⁶.

Rekabet hukuku kuralları bakımından da TMK m.6'da yer alan genel ispat kuralı geçerlidir. Ancak RKHK m.4'ün ikinci ve üçüncü fıkralarında uyumlu eylemlerin ispatı bakımından özel bir düzenleme yer almaktadır: "*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla*

642 **Gürkaynak/Yıldırım/ Özgökçen /Aydın**, s.84.

643 **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, s.354 vd.

644 **Can**, Burcu: Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2012, s.6.

645 "*Actori incumbit probatio (Müddei iddiasını ispatla mükelleftir)*".

646 **Topçuoğlu**, s.203-204.

tarafardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, uyumlu eylemlerin ispatına ilişkin bir karine öngörülmekte, ispat yükü tersine çevrilmektedir. Genel kurala göre bir vakıadan kendi lehine hak çıkararak tarafın vakıayı ispat etmesi gerekmekte ve vakıayı inkâr eden tarafın ispatla yükümlü olması söz konusu değil iken⁶⁴⁷, burada uyumlu eylemin ispatı bakımından, ispat yükünün ters çevrildiği görülmektedir⁶⁴⁸. Bu bakımdan teşebbüsler arasında uyumlu eylemin var olduğunu iddia eden kişiler, uyumlu eylemin fiili etkilerini veya sonuçlarını göstermekle ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır. Uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler ise, paralel davranışlar içerisinde olmadıklarını veya bu davranışlarının makul sebeplere dayandığını ispat etmek durumunda kalmaktadır⁶⁴⁹.

RKHK m.4'ün gerekçesinde:”*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 kabul edilmiştir. Böylece uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır*⁶⁵⁰.” denmektedir. Uyumlu eylem karinesinin düzenlenmesiyle, uyumlu eylemin ispatından yaşanan güçlüklerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Uyumlu eylem karinesine göre, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde hareket ettiklerini iddia eden tarafın piyasadaki paralelliği ispat etmesi yeterli olmaktadır. Eş zamanlı fiyat artışları, belirli alıcılara mal verilmemesi gibi görünüş itibariyle makul gerekçelere

647 **Kuru/ Arslan/Yılmaz**, s.355.

648 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.60.

649 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.60. Ancak burada ispat yükünün ters çevrilmediğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. *Can*'a göre, ispat yükü ters çevrilmemekte yalnızca belirli türdeki delillere atfedilen ispat gücü artırılmaktadır(**Can**, s.73). Yine *Budak*'a göre, uyumlu eylem karinesi ispat yüküyle ilgili bir husus değildir(**Budak**, s.152).

650 RKHK m.4'ün Gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, 10-05-1993, Dönem 19, Yasama Yılı 3, S: 599, s.5.

dayanmayan ve taraflar arasında işbirliği kuşkusunu güçlendiren emareler gösterildiği takdirde ispat yükü yerine getirilmiş sayılmaktadır⁶⁵¹. Ancak uyumlu eylemin söz konusu olması için birden fazla unsurun bir arada olması gerekmektedir. Teşebbüslerin paralel davranışlar içerisine girmiş olmaları bu unsurlardan yalnızca birini oluşturmaktadır. *İnan*'a göre paralel davranış olarak adlandırılan uygulama paralelliğinin tek başına var olması, uyumlu eylemin söz konusu olduğunu ortaya koymak için yeterli olmayacaktır⁶⁵². Yazara göre, uyumlu eylem bir suç teşkil etmektedir, suçun varlığı için de tüm unsurların mevcut olması gerekmektedir⁶⁵³.

Uyumlu eylem karinesine göre ise, sadece paralel davranışların varlığı ispat edildiği takdirde uyumlu eylemin unsurlarının var olmadığını ispatlama yükü sanık konumunda olan teşebbüse geçmektedir. Ancak ispat yükünün sanığa yüklenmesini engelleyen Anayasa'nın 38.maddesi⁶⁵⁴ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesine göre, bir kişinin suçluluğuna hükmedilebilmesi için, bu kişinin suçlu olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilmesi gerekmekte olup, bu yük bütünüyle devlete aittir. Bu sebeple, RKHK' nun 4.maddesinin son iki fıkrası Anayasa'nın 38.maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesine açıkça aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir⁶⁵⁵. *Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın*'in da ifade ettiği üzere, söz konusu hükümle birlikte, teşebbüsler bir ihlalin var olmadığı hususunu kanıtlamakla yükümlü hale gelmektedir⁶⁵⁶. Bu bakımdan uyumlu eylem karinesi, her ne kadar ispat kolaylığı sağlasa da, teşebbüslerin her an soruşturmayla karşı karşıya kalarak suçsuzluklarını ortaya koymak zorunda bırakılmaları sonucununa neden olabilmektedir.

Bu konuda, rekabet hukukumuzda mehzaz teşkil eden AB rekabet hukuku veya ABD rekabet hukukuna bakıldığında, uyumlu eylem karinesi benzeri bir uygulamanın olmadığı

651 **Topçuoğlu**, s.208-209.

652 **İnan**, Nurkut: Rekabet Hukuku Yazıları, BTHAE, Ankara, 2014, s.7

653 **İnan**, Rekabet Hukuku Yazıları, s.8.

654 “Suçluluğu sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

655 **İnan**, Rekabet Hukuku Yazıları, s.7-8.

656 **Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın**, s.91.

görülmektedir⁶⁵⁷. AB rekabet hukukunda da asıl kural, rekabet ihlalinin gerçekleştiğine dair delillerin Komisyon tarafından ortaya koyulmasıdır⁶⁵⁸. Bu delillerin ortaya koyulması halinde, ihlalde bulunduğu iddia edilen teşebbüslerin paralelliğin piyasa özelliklerinden kaynaklandığı gibi makul sebepleri ortaya koyması gerekmektedir. Burada Komisyon'nun paralel davranışların ispatının ötesine geçmesi ve detaylı bir piyasa analizi yapılarak bu davranışların piyasa yapısının sonucu ortaya çıkıp çıkmadığını ortaya koyması gerektiği ifade edilmektedir. Aksi takdirde kararların iptal edilmesi sonucuyla karşı karşıya kalınması söz konusu olabilmektedir⁶⁵⁹.

3.1.2.3. Uyumlu Eylemin İspat Vasıtaları ve İspat Standardı

İspat faaliyetinin konusunu maddi vakıalar oluşturmaktadır. Bu maddi vakıalar ise, “*ispat vasıtaları*” aracılığıyla ortaya koyulmaktadır. Delil bu vasıtalardan en çok karşımıza çıkan ve en bilineni iken, karinelerin de bu aşamada kullanıldığı görülmektedir⁶⁶⁰.

Bir vakıanın ispatında kullanılacak delillerin belirlenmesinde kanuni (katı/sıkı) delil ve serbest delil olmak üzere iki sistem bulunmaktadır⁶⁶¹. *Kanuni (katı/sıkı) deli sisteminde*, hangi vakıanın ispatında hangi delillerin kullanılacağı, delillerin sunulmasına ilişkin usuller yasal düzenlemeler çerçevesinde belirlenmiştir, bunların dışında herhangi bir delil ispat aracı olarak kullanılamamaktadır⁶⁶². *Serbest delil sisteminde* ise, gerekli şartların varlığı halinde ispat için her türlü delilden faydalanılması mümkündür⁶⁶³. İdari usul ve ceza muhakemesi gibi “resen araştırma” ilkesinin mevcut olduğu alanlarda delil serbestisinin (serbest delil sisteminin) benimsendiği görülmektedir⁶⁶⁴.

657 **Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın**, s.93.

658 **Woods/Watsons/Costa**, s.633.

659 **Gerven/ Varona**, s.604-605.

660 **Can**, s.8.

661 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 363

662 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 365

663 **Yılmaz**, Ejder: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 1999, s.101.

664 **Toroslu**, Nevzat/ **Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2015, s.172; **Can**, s.8.

Rekabet hukuku bakımından delillerin doktrinde, genellikle doğrudan ispat kabiliyetini haiz olup olmadıkları ölçütü çerçevesinde “doğrudan (birincil) deliller” ve “dolaylı (ikincil) deliller” olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir⁶⁶⁵. Rekabet ihlaline ilişkin maddi olayların varlığını doğrudan ve açıkça ortaya koyan delillere “*doğrudan (birincil) delil*” denmektedir⁶⁶⁶. ABD rekabet hukukunda “*dumanı üstünde tüten tabanca niteliğinde delil (smoking gun evidence)*” olarak ifade edilen bu deliller; işbirliğini doğrudan, açıkça ve tam olarak ortaya koyan belge ve beyanlardan oluşmaktadır⁶⁶⁷. Yazılı sözleşmenin bir kopyası, paralel davranmayı kabul eden teşebbüslerin video veya ses kayıtları, anlaşmanın yapıldığına tanıklık edenlerin ifadeleri doğrudan delillere örnek teşkil etmektedir⁶⁶⁸. Doğrudan deliller, uyumlu eylemin kanıtlanmasında en güvenilir yöntem olması nedeniyle öncelikli olarak tercih edilmektedir⁶⁶⁹. Fakat iddia konusu olayın varlığını doğrudan ve açıkça ortaya koyan kanıtlara ulaşılmasının oldukça güç olması doğrudan kanıt yönteminin nadiren kullanılmasına neden olmaktadır⁶⁷⁰.

Doğrudan doğruya vakıaları ispatlamayan, fakat sonuçta o vakıanın gerçekleştiği sonucuna varılmasını sağlayan deliller ise dolaylı/ikinci derece deliller (*circumstantial veya indirect evidence*) olarak ifade edilmektedir. Doğrudan/birinci derece delillere ulaşılmasının her zaman mümkün olmaması, teşebbüslerin kendilerini rekabet düzenlemelerine hızlıca adapte etmeleri, özellikle teknolojinin de gelişmesiyle birlikte teşebbüslerin birbirleriyle olan iletişimlerini gizlemek konusunda imkânlarının artması dolaylı/ikinci derece delillerin ispat faaliyetinde kullanılmasını zorunlu hale getirmektedir⁶⁷¹.

665 **Can**, s.14; **OECD**, Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Global Forum on Competition, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 11.09.2006, s.20.

666 **Kovacic**, William E. The Identification and Proof of Horizontal Agreement Under the Antitrust Laws, Antitrust Bulletin, 1993, Vol.3, No:1, s.27.

667 **Uyanık**, s.50, 48.dipnot; **OECD** 2006, s.114.

668 **Uran**, s.139; **OECD** 2006, s.114.

669 **Cengiz**, Dilek: “Uyumlu Eylem Karinesi” nin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, S.:35, s.4.

670 **Uyanık**, s.40; **Kovacic** 1993, s.27.

671 **Whish** 7.Ed, s.112.

Dolaylı/ikincil deliller de kendi içerisinde, “*iletişim delilleri*” ve “*ekonomik deliller*” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. *İletişim delilleri*, teşebbüslerin toplantı, telefon vb. suretle anlaşmanın unsurları hakkında iletişim kurduklarını gösteren ancak içeriği hakkında bilgi içermeyen delillerdir. İçeriği bilinmese de taraflar arasındaki telefon konuşması kayıtları, ortak yapılan seyahatler veya toplantılara katılım sağlanması; fiyat, talep, kullanım kapasitesinin tartışıldığına dair toplantı notları veya raporlar iletişim delillerine örnek gösterilebilmektedir⁶⁷². *Ekonomik deliller* ise, teşebbüslerin ilgili piyasada rekabet etmediklerini gösteren “*davranışsal deliller (conduct evidence)*” ve piyasa yapısının gizli bir uzlaşmanın kurulmasına ve sürdürülmesine uygun olduğunu ortaya koyan “*yapısal deliller (structural evidence)*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶⁷³. Paralel fiyatlandırma, eş zamanlı fiyat değişimleri, kapasite azaltma, paralel satış politikalarının benimsenmesi davranışsal delile örnek olarak gösterilebilmektedir. Davranışsal delillerin, en önemli ekonomik delillerden olduğu kabul edilmektedir⁶⁷⁴. Yapısal ekonomik delillere ise, yüksek yoğunlaşma oranları, piyasaya giriş engelleri, standartlaşmış ve homojen ürünler örnek gösterilmektedir⁶⁷⁵.

Rekabet ihlalinin varlığı sonucuna ulaşabilmek için gerekli diğer bir adım ise, yukarıda bahsi geçen mevcut delillerin değerlendirilerek, ihlalin gerçekleştiğine dair belirli bir kanaat noktasına ulaşılmasıdır⁶⁷⁶. İspat standardı (*standard of proof*) olarak ifade edilen bu kanaat noktası bir olayın varlığı şüphesiyle, bu olayın bizatihi gerçekleştiğine ilişkin ispat arasındaki ayrımı ifade etmektedir⁶⁷⁷. İlgili otorite iddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak için, mevcut delillerin “türüne”, “kanıt gücüne” ve

672 OECD 2006, s.20.

673 OECD 2006, s.21.

674 OECD 2006, s.20-21; OECD, Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement, Policy Brief, June 2007, s.2. <http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf> (E.T.24/04/2020).

675 OECD 2006, s.20-21; OECD 2007, s.3.

676 İkizler 2005, s.287.

677 Can, s.6.

“miktarına”, bakarak değerlendirme yapmakta ve bunların gerekli ispat standardını sağlayıp sağlamadığına karar vermektedir⁶⁷⁸.

Hukuk sistemlerine baktığımızda, suçun ciddiyeti ve muhtemel cezalara göre farklı ispat standartlarının benimsendiği görülmektedir. Örneğin ceza kovuşturmalarında ispat standardı yüksek tutulurken, diğer durumlarda bu seviye daha düşük olabilmektedir⁶⁷⁹. Günümüzde “ihtimallerin dengelenmesi/delilin üstünlüğü standardı (*balance of probabilities*)”, “açık hata standardı (*manifest error*)” ve “makul şüphenin ötesinde ispat standardı (*beyond reasonable doubt*)” olmak üzere üç temel standardı kabul edilmektedir⁶⁸⁰. Fakat “açık hata standardı”nın özel hallerde kabul edildiği⁶⁸¹, ispat standardının özel hukuk davalarında kabul edilen “ihtimallerin dengelenmesi/delilin üstünlüğü standardı” ve ceza davalarında kabul edilen “makul şüphenin ötesinde ispat standardı”ndan oluştuğu belirtilmektedir⁶⁸².

Özel hukuk davalarında benimsenen “ihtimallerin dengelenmesi/delilin üstünlüğü standardı”nda, tartışmalı hususun varlığı yokluğundan daha muhtemel kabul edilmektedir⁶⁸³. Ceza hukukunda kullanılan, en yüksek ve ulaşılması en zor ispat standardı olan “makul şüphenin ötesinde ispat standardı” ise, makul ve adil bir kişinin karar vermesini engelleyecek makul bir şüphenin bulunmaması olarak ifade edilmektedir⁶⁸⁴. *Bailey*, burada makul şüphenin matematiksel olarak ifade edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu bakımdan yüzde doksan dokuzluk bir şüphenin yüzde altmışlık bir şüpheden üstün olduğunu söylemek mümkün değildir. Esas olan hâkimin ulaştığı kanaatin yoğunluğudur. Karar verici “ihtimallerin dengelenmesi/delilin

678 **Bailey**, David: Standard of Proof in EC Merger Proceedings: A Common Law Perspective, CMLR, 2003, Vol. 40, No. 4, s.847.

679 **Bailey**, s.851.

680 **Bailey**, s.851; **Gippini Fournier**, Eric: Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases, WCLER, 2010, Vol. 33, No. 2, s.188.

681 Velayet hakları gibi. (**Clermont**, Kevin M./**Sherwin**, Emily: A Comparative View of Standards of Proof, AJCL, 2002, Vol. 50, No. 2, s.251).

682 **Clermont/Sherwin**, s.251.

683 **Gippini Fournier**, s.202; **Bailey**, s.852

684 **Bailey**, s.852

üstünlüğü standardı”da, şüphe dâhilinde karar verebilirken “makul şüphenin ötesinde ispat standardı”nda ikna edici kanıtların bulunması gerekmektedir⁶⁸⁵.

ABD rekabet hukukunda, ispat kurallarına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁸⁶. Rekabet ihlallerinin ceza hukuku rejimine tabi olarak ABD Adalet Bakanlığı tarafından soruşturulduğu, bu çerçevede ceza kovuşturmalarında benimsenen makul şüphenin ötesinde ispat standardının arandığı, genellikle doğrudan/birincil deliller (*smoking gun evidence*) doğrultusunda harekete geçildiği görülmektedir⁶⁸⁷. Ancak, doğrudan/birincil delillere ulaşmanın giderek zorlaşması, rekabet otoritelerinin dolaylı/ikincil delillere başvurmasını zorunluluk haline getirmektedir. Bu sebeple doğrudan/birincil delillerin mevcut olmadığı sınırlı durumlarda, dolaylı/ikincil delillerin de ispat faaliyeti kapsamında kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁶⁸⁸. Doğrudan delillere ulaşılmasının mümkün olmadığı istisnai hallerde, ekonomik ve yapısal deliller de ispat faaliyeti kapsamında kullanılabilir.

Dolaylı/ikincil delillerle ispatın kabul edilmesi, ABD rekabet hukukunda iletişime dair bir kanıtın bulunmadığı durumlarda, yalnızca ekonomik delillere dayanarak ihlalin varlığı sonucuna ulaşılmasının mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir⁶⁸⁹. Nitekim önceki bölümlerde de bahsi geçtiği üzere, oligopolistik piyasaların yapısından kaynaklanan bilinçli paralelliklerin hangi durumlarda uyumlu eyleme neden olacağı tartışılan bir husustur. ABD hukukunda, karşılaşılan bu sorunun çözülmesi amacıyla ilave faktörler (*plus factors*) adı verilen ikincil delil müessesinin geliştirildiği görülmektedir⁶⁹⁰. Buna göre, bilinçli paralellikler tek başına uyumlu eylemin varlığı için yeterli olmamakta ekonomik delillerle birlikte ilave faktörlerin de ortaya koyulması gerekmektedir⁶⁹¹.

685 **Bailey**, s.852.

686 **Can**, s.21

687 **OECD** 2006, s.173.

688 **Kovacic** 1993, s.27; **OECD** 2006, s.174.

689 **Kovacic** 1993, s.31-32.

690 **Baker**, s.175; **Uran**, s.139-140.

691 **OECD** 2006, s.176; **Kovacic** 1993, s.33-34; **Uran**, s.140.

ABD hukukunda mahkeme kararlarında, paralel davranışların uyumlu eyleme neden olabilmesi için, ilave faktörlerin mutlaka bulunması gerektiği ve bunların neler olduğu belirtilmektedir⁶⁹². Teşebbüsler arasında sıklıkla irtibat kurulduğunu gösteren toplantılar, telefon görüşmeleri gibi iletişim zemini oluşturulduğuna dair deliller, ilgili ürün piyasadaki yoğunlaşma oranları, piyasanın şeffaflık düzeyi gibi yapısal ekonomik deliller, mevcut durumun işbirliği dışında makul bir açıklamasının olmaması, sözkonusu davranışın teşebbüslerin bireysel çıkarlarına zarar verebilecek olması gibi durumlar ilave faktörlere örnek gösterilebilmektedir⁶⁹³. ABD rekabet hukukunda en yüksek ispat standardı olan “makul şüphenin ötesinde ispat standardı” esas alınmaktadır. İhlal kararı verilirken doğrudan/birincil delillere öncelik verilmekte, nadiren dolaylı/ikincil delillere başvurulmaktadır⁶⁹⁴.

AB rekabet hukukunda ise, “delillerin serbestçe değerlendirilmesi” ilkesi kabul edilmektedir⁶⁹⁵. Komisyon önceliği doğrudan/birincil delillere vermekle birlikte, doğrudan deliller ile birlikte, dolaylı delilleri (*circumstantial evidence*) de kullanmaktadır⁶⁹⁶. İspat standardına ilişkin olarak ise, AB düzenlemelerinde bir belirleme yer almamaktadır⁶⁹⁷. İspat standardına ilişkin açık bir tercih yapılmamış olsa da ABAD kararlarında, “sağlam, açık ve tutarlı”, “ikna edici”, “güvenilir” delillerin gerekliliğinden bahsedilmekte ve ispat standardı yüksek tutulmaktadır⁶⁹⁸. Bu kararlar doğrultusunda *İkizler*, rekabet ölçüsünün “makul bir şüphenin ötesi” olarak belirlendiğini ifade etmektedir⁶⁹⁹. *Can* da bu çerçevede, “mevcut uygulama bakımından ceza hukuku standardına çok yakın bir standardın esas alındığını, ancak uyumlu eylemin ispatlanmasında yer alan zorluklar nedeniyle bu standarttan taviz verildiğini” belirtmektedir⁷⁰⁰. Sonuç olarak, her ne kadar doktrinde, ispat standardının açıkça

692 **Uran**, s.142-143; **Baker**, s.174-175.

693 **Gürkaynak/Yıldırım/Özgökçen/Aydın**, s.94; **Can**, s.25-26; **OECD** 2006, s.176.

694 **OECD** 2006, s.174; **Can**, s.80.

695 **Can**, s.36.

696 **OECD** 2006, s.9; **OECD** 2007, s.1.

697 **Gippini Fournier**, s.189.

698 **Bailey**, s.856; **Gippini Fournier**, s.191-192.

699 **İkizler** 2005, s.292

700 **Can**, s.33.

belirtilmemesinden endişe duyulsa da, AB rekabet hukuku bakımından ispat standardının yüksek tutulduğu görülmektedir⁷⁰¹. Ayrıca hâkimin mevcut olayın şartlarına göre delilleri serbestçe değerlendirebilmesine de olanak sağlayan bu yaklaşımın, uygulamada esneklik sağladığı ve ispat standardının sınırlarının belirlenmesinin gereklilik arz etmediği ifade edilmektedir⁷⁰².

3.1.2.4. Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemin İspatı ve Uyumlu Eylem Karinesi

RKHK’da rekabet ihlallerinin ispatında kullanılacak ispat vasıtalarına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak RKHK m.47’nin son fıkrasında yer alan “*Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler.*” hükmüyle deliller açısından medeni usul hukukuyla rekabet hukuku arasında bağlantı kurulmaktadır. Rekabet hukuku ve dolayısıyla uyumlu eylem bakımından, medeni usul hukukunda yer alan her türlü delil ve ispat vasıtası, rekabet hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır⁷⁰³. Diğer yandan rekabet hukukunda, herhangi bir delil ile ispat zorunluluğu bulunmadığı ve Kurul’un “resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapma” yetkisinin mevcut olduğu dikkate alındığında, ceza yargılamasında kullanılan “*delillerin serbestçe değerlendirilmesi*” ve “*re’sen araştırma ve re’sen harekete geçme ilkeleri*” nin rekabet hukuku bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür⁷⁰⁴. Bu bakımdan rekabet hukukunda, medeni hukukta yer alan kesin delil-takdiri delil ayrımına yer verilmemektedir⁷⁰⁵. RKHK tarafından HMK’ya yapılan bu yollamanın,

701 **Bailey**, s.848. İspat standardının açık bir şekilde belirlenmemiş olmasının, kararlara olan güvenin zedelenmesine ve bazı olaylarda ispat standardının ne olması gerektiğine ilişkin tereddüte neden olabileceğini ifade edilmektedir (**Bailey**, s.848).

702 **Gippini Fournier**, s.207.

703 **Yılmaz, E.** (1999), s. 101- 102; **Uyanık**, s.11.

704 **Yılmaz, E.** (1999), s.90-102. *Yılmaz*, Rekabet Kanunu’nda yer alan usul hükümlerine egemen olan ilkelerin belirlenmesi için kanunun amacından hareket edilemesi gerektiğini belirtmektedir. Kanunun amacının “tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması” olarak ele alınmış olması nedeniyle amacının kamusal olduğunu ve Kurul’un re’sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açma yetkisinin olmasının, rekabet hukukunda re’sen harekete geçme ilkesi ve re’sen araştırma ilkesinin benimsendiğini gösterdiğini ifade etmektedir (**Yılmaz, E.** (1999), s.89).

705 **Yılmaz, E.** (1999), s.101 vd.

medeni yargılamadaki delil sisteminden ziyade, HMK’da belirtilen delil çeşitleri bakımından yapıldığı ifade edilmektedir⁷⁰⁶.

Rekabet hukuku bakımından serbest delil sisteminin benimsenmesi sonucu, “*kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delil*”in kullanılma imkânının mevcut olduğu görülmektedir⁷⁰⁷. Bu bakımdan rekabet ihlallerin ispatında, doğrudan/birincil delillerle birlikte veya yalnız başına dolaylı/ikincil deliller de ispat faaliyetinde kullanılabilir⁷⁰⁸. Piyasada paralelliğin gözlemlendiği, ancak doğrudan delillerin mevcut olmadığı durumlarda uyumlu eylemin ispatlanabilmesi için, piyasa yapısına ve piyasadaki rekabet durumuna ilişkin gerekli iktisadi analizlerinin yapılması ve teşebbüsler arasındaki bağlantıyı gösteren iletişim delillerinin ortaya koyulması gerekmektedir⁷⁰⁹. Ancak teşebbüsler arasındaki bağlantının doğrudan ortaya koyulmadığı durumlarda uyumlu eylemin ispatı konusunda güçlükler yaşanmaktadır. Türk rekabet hukukunda bu durumun önüne geçmek için, AB ve ABD rekabet hukukundan farklı olarak, RKHK m.4’te uyumlu eylem karinesi düzenlenmektedir⁷¹⁰. İspat yükü⁷¹¹ bahsinde de ifade edildiği üzere, uyumlu eylem karinesiyle birlikte taraflar arasındaki bağlantının ve iktisadi delillerin ortaya koyulamamış olmasına rağmen uyumlu eylemin mevcut olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁷¹². Uyumlu eylem bakımından ispat kolaylığı sağlanması amacı taşıyan işbu düzenlemenin doktrinde çeşitli tartışmalara ve eleştirilere neden olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki “*rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalara benzerlik göstermesi*” kriterinin belirsiz olmasının oligopol piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin de uyumlu eylem karinesi çerçevesinde değerlendirilmesine neden olabileceği hususudur. Uyumlu eylem

706 **Yılmaz, E.** (1999), s.101 vd. Rekabet hukuku usul ve ilkelerinin teoride ve uygulamada karma bir şekilde medeni yargılama hukuku, ceza hukuku ve idare hukuku ilkelerinden beslenmesi nedeniyle teşebbüslerin RKHK çerçevesinde bu üç disiplinde yer alan ilkelerin tümünden yararlanabilecekleri belirtilmektedir(**Gürkaynak/Yıldırım/ Özgökçen /Aydın**, s.77-78).

707 **Can**, s.56

708 **Can**, s.58.

709 **Cengiz**, Uyumlu Eylem Karinesi, s.5; **Whish** 7.Ed., s.166

710 **Cengiz**, Uyumlu Eylem Karinesi, s.14; **İnan**, Rekabet Hukuku Yazıları, s.6.

711 3.1.2.4. Bölüm.

712 **Budak**, s. 152.

karinesinin bu denli geniş bir koşula bağlanmasının teşebbüsler üzerinde ağır bir ispat yükü oluşturacağı ifade edilmektedir⁷¹³.

Uyumlu eylem karinesinin yorumunda ortaya çıkan diğer bir problem ise, paralel davranışların gizli bir işbirliğinden kaynaklandığını gösteren bağlantı delilinin bulunmadığı hallerde uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşıp ulaşılamayacağıdır. *Topçuoğlu*, düzenlemeyi sadece lafzına bağlı yorumlamakta, piyasada rekabetin bozulduğuna ilişkin emarelerin bulunması halinde, teşebbüslerin bu durumun aksini ispat etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir⁷¹⁴. *Budak* ise, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi çerçevesinde tam kanıt ölçütünün sağlanması gerektiğini ifade etmektedir⁷¹⁵.

İspat standardı bakımından ise, Türk rekabet hukukunda eylemin varlığına ilişkin istikrar kazanmış bir belirlemenin bulunmadığı, RK kararlarında da bu hususa ilişkin ifadelerin çok az kararda yer aldığı görülmektedir⁷¹⁶. RK kararlarında, paralelliklerin uyumlu eylem iddiaları çerçevesinde nasıl ele alındığını ve ispat hususunda Kurum’un yaklaşımını görmek mümkündür. Bu kapsamda RK’nın ispat hususundaki yaklaşımını ortaya koymak amacıyla Kurul kararlarında incelenecektir.

713 **Sanlı** 2000, s.82; **Yüksel**, s.64-65. *Yüksel*, RKHK m.59’ da kritere bir nebze açıklık getirildiğini, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması gibi durumların ispatlanması halinde, ispat yükünün teşebbüslere geçeceğinin belirtildiği, teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel gerekçelerle bu iddiayı çürütme şanslarının bulunduğu, oligopolistik bağımlılığın ya da bilinçli paralellığın, uyumlu eylem kavramı çerçevesinde bir iddia konusu yapılabileceğini, ancak tek başına bilinçli paralellikten uyumlu eylem sonucuna ulaşılamayacağını ifade etmektedir (**Yüksel**, s.65-66).

714 **Topçuoğlu**, s.204-208.

715 **Budak**, s.153. “...buradaki “benzerliğin” sadece kuşku uyandıran, sıradan bir benzerlik olması yeterli değildir. Rekabet Kurulu, objektif ekonomik verilerden hareketle yaptığı incelemede, mevcut benzerliğin uyumlu eylemin varlığını gösterdiği konusunda, konun uzmanı olan kişilerin bütün makul kuşkularını ortadan kaldıran bir kanaate varmış olmalıdır. Uyumlu eylemin varlığı konusunda böyle bir kanaate varılamamış olduğu, konunun “belirsiz” kalmış olduğu hallerde ise, bir rekabet kısıtlamasının bulunmadığına karar vermek gerekecek; ceza usulünde kullanılan terimle şüpheden sanık yararlanacaktır” (**Budak**, s.153).

716 **Can**, s.74-75.

17.07.2000 tarihli **Gazete kararı**⁷¹⁷ nda da oligopol özellik gösteren gazete piyasasında görülen paralel davranışların uyumlu eylem olarak kabul edilmesi için ulaşılan ekonomik delillerin yanında, teşebbüsler arasında fiyat davranışlarını etkileyecek bir iletişimin var olup olmadığının arandığı görülmektedir. “*Ulaşılan ekonomik sonuçlar bir yana, gruplar arasında özellikle gazete fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili toplantılar yapıldığı, bu konuda kararlar alındığı hatta uygulamaya geçirildiği dikkate alındığında, gruplar arasında günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarında işbirliği olduğu açıktır.*” ifadelerine yer verilerek, ekonomik delillerle birlikte teşebbüsler arasındaki iletişimi ortaya koyacak delillere de ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir⁷¹⁸.

23.09.2005 tarihli **Maya-III**⁷¹⁹ kararında ise, Kurumun yaklaşımının farklılaştığı görülmektedir. Kararda, “*oligopolistik piyasalarda fiyat hareketlerinin benzerlik göstermesi oligopol tanımında yer alsa da; dört firmanın birden piyasa koşullarında objektif herhangi bir değişme olmaksızın üretim maliyetlerindeki artışın ve enflasyon oranlarının hayli üzerinde fiyat artışına gitmelerinin ve bu artışları başlangıçta üst üste iki ay ve yüksek oranda gerçekleştirebilmelerinin ve ilerleyen zamanlarda da istikrarlı bir şekilde fiyat artış trendlerini devam ettirebilmelerinin uyumlu eylemden başka bir iktisadi gerekçesi*”nin bulunmadığı ifade edilmektedir⁷²⁰. Kurul bu kararında, yalnızca iktisadi verilere dayanarak sonuca ulaşmış, teşebbüsler arasında paralellığe neden olabilecek herhangi bir iletişimin varlığını araştırmaya gerek duymamıştır.

Kurul tarafından verilen güncel tarihli kararlardan 25.06.2014 tarihli **Beyaz Çimento Kararı**⁷²¹ ’nda gerek delillerin değerlendirilmesi gerek de ispat standardı hususunda önemli tespitler yer almaktadır. İki beyaz çimento üreticisinin fiyatları birlikte belirlediği iddiasının incelendiği kararda, “*doğası gereği gizli yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların ispatı meselesi*”nde söz konusu olan zorlukların aşılması için getirilen

717 Gazete kararı, RK, K.S: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000.

718 Gazete kararı, para.990.

719 Maya-III, RK, K.S: 05-60/896-241 K.T:23.9.2005. Danıstay iptali üzerine karar: 12.11.2008 tarih ve 08-63/1050- 409 Nolu Karar.

720 Maya-III, para.1580.

721 Beyaz Çimento Kararı, RK, K.S:14-22/460-202, K.T: 25.06.2014

uyumlu eylem karinesine ilişkin açıklamalar yapılmaktadır⁷²². Değerlendirme kısmında, ihlallerin ortaya koyulmasında kullanılacak ekonomik deliller ve iletişim delillerine ilişkin açıklamalara yer verildikten sonra, ekonomik delillerin belirsiz olabilme riskine vurgu yapılmaktadır. Teşebbüslerce uygulanan paralel fiyatların nedeninin net bir şekilde ortaya koyulmadığı, ancak iktisadi delillerin tek başına “*ispat edici niteliğe*” ulaşmadığı ve paralelliğin bir iletişim sonucu mu yoksa oligopol piyasadan kaynaklı olarak mı ortaya çıktığının belirsiz olduğu ifade edilmiştir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda, “*paralel davranışların değerlendirilmesi sırasında taraflar arasında rekabeti kısıtlama amaçlı ve karşılıklı bir iletişimin olması ve bu iletişimin açık ve tutarlı delillerle ortaya konması gereği*” vurgulanarak, “*söz konusu belgelerin, taraflar arasında bir anlaşma veya uyumlu eylemin varlığını gösterecek ve/veya iktisadi delilleri destekleyecek nitelikte rekabeti kısıtlama amaçlı ve karşılıklı bir iletişimi ortaya koyacak açık ve tutarlı deliller olmadıkları*”na karar verilmiştir⁷²³. Kurul’un burada, fiyatlardaki paralelliğin uyumlu eylemden kaynaklandığına dair olasılıklardan hareketle karara varmadığı, açık ve tutarlı delillerle birlikte, makul şüphenin ötesinde bir ispat standardını aradığını söylemek mümkündür⁷²⁴.

Kurul tarafından verilen 13.06.2019 tarihli ***Sofralık Yumurta kararı***⁷²⁵ da delillerin incelenmesi ve ispat standardı bakımından önemli tespitler içermektedir. Söz konusu olayda, Mardin’de faaliyet gösteren sofralık yumurta üreticileri bir otelde toplantı yapmak amacıyla bir araya gelmiştir. Toplantının düzenlenme nedeni ve sonuçları hakkında teşebbüslerin bilgisine başvurulduğunda, yalnızca biri toplantının fiyat belirleme amacıyla yapıldığını, diğer teşebbüsler ise toplantının birlik kurma amacıyla yapıldığını ifade etmiştir. Ayrıca yapılan piyasa analizlerinde iddia edilen paralel fiyat artışlarının döviz kurundaki artışa paralel olduğu, fiyatlardaki paralelliğin maliyetlerde

722 Beyaz Çimento Kararı, para.21.

723 Beyaz Çimento Kararı, para.30.

724 Kurul’un 2015 ve 2017 tarihli hazır beton kararlarında da bu yaklaşımı sürdürdüğü görülmektedir. RK, K.S:15-29/433-116, K.T: 9.07.2015; RK, K.S: 17-27/452-194 K.T: 22.08.2017 (**Köksal / Sesli**, s.20).

725 Sofralık Yumurta Kararı, RK, K.S:19-21/306-132 K.T:13.06.2019.

gerçekleşen artıştan aynı dönemde etkilenmelerinden kaynaklandığı ortaya koyulmuştur⁷²⁶.

Teşebbüslerin 2018 yılındaki fiyatları bakımından da paralelliğin söz konusu olmadığı, yalnızca kur artışına bağlı artışın fiyatlarına aynı dönemde yansımaları sebebiyle fiyat artışının yaşandığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak, “..her ne kadar [bir teşebbüsün] toplantıya fiyat belirleme amacıyla katıldığı anlaşılrsa da, diğer teşebbüsler bakımından bu hususa bu niyetle örtüşen bir irade bulunmadığı,...Nitekim teşebbüslerin sonraki dönemlerdeki davranışlarının da bu irade yokluğunu destekler nitelikte” olduğu belirtilerek, yalnızca bir teşebbüsün “tek taraflı rekabeti kısıtlama niyetinin, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde aranan karşılıklı irade uyumu koşuluyla gerçekleşmesi için yeterli olmadığı⁷²⁷” sonucuna varıldığı görülmektedir.

Karar öncelikle yumurta fiyatlarındaki artışa ilişkin durumu, ekonomik gerekçelerle açıklaması, “ekonomik analizin” önemini vurgulaması bakımından önem arz etmektedir. Bir diğer önemli nokta ise, açıkça ifade edilmemiş olsa da yapılan toplantıların “amaç yönünden” ele alınarak ispat standardının karşılanması kriter olarak aranmasıdır⁷²⁸. Bu bağlamda irade uyumunu ortaya koyacak yeterli delilin mevcut olmadığından bahisle ihlalin yokluğuna karar verilmesinin Danıştay içtihatlarında da belirtilen ihlalin varlığının “hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde” ortaya koyulması standandını da sağladığı belirtilmektedir⁷²⁹.

Sofralık yumurta kararında tek bir teşebbüsün ihlal niyetinin irade uyumu için yeterli olmadığı kabul edilirken, Kurul tarafından verilen 13.03.2019 tarihli **Piliç eti kararında**⁷³⁰ bir teşebbüsün iç yazışmalarından elde edilen deliller doğrultusunda karar

726 Sofralık Yumurta Kararı, para.32-33.

727 Sofralık Yumurta Kararı, para.34.

728 **Ardıyok, Şahin/ Başar**, Hazar: Rekabet Kurulu, İspat Standardına Tekrar Göz Kırıyor: Rekabet Kurulu, Mardin'deki Yumurta Üreticilerine İlişkin Kararını Verdi, Rekabet ve Regülasyon, 06.12.2019,s.4<http://www.rekabetregulasyon.com/rekabet-kurulu-ispata-standardina-tekrar-goz-kiriyor-rekabet-kurulu-mardindeki-yumurta-ureticilerine-iliskin-kararini-verdi/> (E.T.03.05.2020).

729 **Ardıyok/Başar**, s.5.

730 Piliç Eti Kararı, RK, K.S: 19-12/155-70, K.T: 13.03.2019.

verildiği görülmektedir⁷³¹. Piliç eti üreticilerinin RKHK m.4'ü ihlal ettikleri iddiaları üzerine yapılan incelemede, her ne kadar teşebbüsler arasında bilgi alışverişi yapıldığına dair belgeler elde edilse de “*bunların fiyatlama davranışlarına ilişkin olup olmadığı*”⁷³², “*bazı teşebbüslerin ellerinde diğer teşebbüslere ait fiyat listeleri tespit edilemediği*”⁷³³, “*fiyat hareketleri arasındaki uyumun doğrudan veya dolaylı bir iletişimden veya bilgi değişiminden kaynaklandığını gösterir nitelikte bir tespit bulunulama*”⁷³⁴”dığı gibi tespitler yapıldığı görülmektedir. Ancak soruşturma dâhilindeki teşebbüslerden CP firmasının iç yazışmalarından elde edilen bazı belgelerde açıkça fiyat konusunda bilgi verilmese de, konunun teşebbüslerce görüşüldüğüne dair emarelere ulaşılmıştır. Bu bilgiler çerçevesinde de “*fiyat listelerine yapılan zam oranlarının birbirine benzer*” olduğundan bahisle ihlalin varlığına karar verilmiştir⁷³⁵. Karşı oy yazısında ise, söz konusu piyasada fiyat listelerinin bayilerde toplandığı ve şeffaf oligopol nitelik taşıyan piyasada bahsedilen neticilerin ortaya çıkmasının beklenebileceği, ihlal tespitinin yapılabilmesi için “*dosya kapsamında bulunan ve özellikle de CP’de ele geçen delillerden çok daha fazlasına ihtiyaç bulunduğu*” belirtilmiştir. Bu bakımdan CP’den ele geçen şüpheli bilgi, belgeler ve son derece şeffaf hale gelen piyasa verilerinin takibine ilişkin iç yazışmaların ihlalin varlığı için “*yeterli delil*” niteliğinde olmadığı belirtilmiştir⁷³⁶.

Piliç eti kararında, *Sofralık yumurta* kararının aksine tek bir teşebbüsün iç yazışmalarında ortaya çıkan, içeriği belirsiz ve şüpheli hale gelen deliller doğrultusunda, kesin kanaate ulaşılmadan sonuca varılmıştır. Bu bakımdan birbirine çok yakın tarihlerde verilen bu iki karardan da anlaşıldığı üzere, Kurul bazı kararları bakımından ispat standardını yüksek tutarken bazı kararları bakımından düşük tutmaktadır⁷³⁷. Son olarak kararda da değinildiği üzere söz konusu teşebbüslerin 2009 yılında da benzer bir soruşturma

731 **Serter**, Yusuf Sertaç/**Canbeyli**, Armaç: Rekabet Hukukunda İspat Standardı: Güncel Uygulamaların İdare Hukuku İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020 (Video), 09.04.2020. 41:30.

732 Piliç Eti Kararı, para.368.

733 Piliç Eti Kararı, para.369.

734 Piliç Eti Kararı, para.370-371.

735 Piliç Eti Kararı, para.377.

736 Piliç Eti Kararı, Karşı oy yazısı, para.3-5.

737 **Serter/ Canbeyli** (Video), 41:30.

geçirerek ceza almış olmaları, teşebbüsler üzerinde olumsuz bir ön kanaatin etkili olmuş olma ihtimalini akıllara getirdiğini söylemek mümkündür⁷³⁸.

İspat standardı bakımından 01.10.2018 tarihli **Sahibinden Kararı**⁷³⁹,’nı iptal eden **Ankara 6. İdare Mahkemesi kararına**⁷⁴⁰ değinmek önem arz etmektedir. Söz konusu karar, yargı tarafından esastan iptal edilen nadir kararlardan biri olması nedeniyle de ayrı bir önem taşımaktadır⁷⁴¹. Kararda rekabet hukuku bağlamında ispat standardının çerçevesinin belirlenmesinin gerekliliği vurgulanmıştır. Kararda yapılan açıklamalara göre, “*ispat standardı kavramı; bir olayın varlığı ihtimali ile gerçek anlamda var olması hususlarından hangisinin geçerli olduğuna ilişkin yapılacak değerlendirmenin dayanak noktasını oluşturmaktadır. İspat standardı genel olarak, bir yetkili mercii veya yargı organlarının belirli bir davada bir görüşe varmadan önce karşılamak zorunda olduğu asgari sabitlik düzeyi*” olarak tanımlanmıştır⁷⁴².

Kurul kararlarında “sağlıklı veri, yeterli ve inandırıcı delil, ihlalin varlığına ilişkin açık delil” gibi ifadelerin yer aldığı, ancak “*delillerin, sözü edilen nitelikleri taşıyıp taşımadığının belirlenebilmesi için hangi unsurların dikkate alınacağına ilişkin somut kriterlerin öngürülmediği*” ifade edilmiştir⁷⁴³. Söz konusu kararlara ilişkin açılan davalarda Danıştay tarafından “*her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin delillerle ispat*” şeklinde bir ispat standardının arandığı belirtilmiştir. Sonuç olarak “*şüphe üzerinden kanaate varılmasının hukuken yetersiz kalacağı, bu şüphenin haklı olduğunu ortaya koyacak somut deliller ve gerekçelerle olayın ispatının hukuken arandığı anlaşılmalı, olgu, iddia ve tespitlerin belirtilen niteliklerde olmadığı, kesin ve tartışmasız olarak elde*

738 2009 tarihli soruşturma kararının, piliç eti sektöründeki teşebbüslerin rekabeti sınırlamak amacıyla hangi davranış ve politikaları benimsediklerini göstermesi bakımından aydınlatıcı olduğu ifade edilmektedir (Piliç Eti Kararı, para.247).

739 Sahibinden Kararı, RK, K.S: 18-36/584-285, K.T: 01.10.2018.

740 Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 2019/946, K.2019/2625 (Rekabet Kurumu resmi internet sitesi <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=bc9f149c-bbcc-4fd8-ad33d6145908954e> E.T.23.04.2020).

741 **Karamustafaoğlu**, Mert: Sahibinden.com Dosyası; Bir Zümrüdü Anka Hikayesi, Hukuk Postası, Şubat 2020, s.2. <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/sahibindencom-dosyasi;-bir-zumrudu-anka-hikayesi/> (E.T. 2.05.2020).

742 Ankara 6. İdare Mahkemesi Kararı, s.4.

743 Ankara 6. İdare Mahkemesi Kararı, s.5.

edilmiş somut delillere dayanılmaksızın gözleme istinaden sonuca varılmak suretiyle tesis edilen” Sahibinden kararının hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir⁷⁴⁴.

Söz konusu kararın rekabet hukuku uygulamasında benimsenmesi gereken ispat standardının açık bir şekilde ortaya koyulması bakımından büyük önem arz ettiği görülmektedir. Maddi anlamda yargılama faaliyeti yürüten ve “maddi gerçeğe” ulaşmayı amaç edinen Rekabet Kurulu kararları bakımından da, ispat standardının çerçevesinin belirlenmesinin ve bu standardın yüksek tutulmasının gerekli olduğu bu kararlar birlikte açıkça ortaya koyulmaktadır⁷⁴⁵.

Son olarak dava süreci halen devam eden ve ispat standardı bakımından büyük önem arz eden **Banka Kart Kararı**⁷⁴⁶’nın ve sonrasında yaşanan hukuki süreci ele almak gerekmektedir. 08.03.2013 tarihli karar, RK tarafından bu zamana kadar verilen en yüksek idari para cezası olması nedeniyle de dikkat çekmektedir. Kurul tarafından, “...bankacılık sektöründe faaliyet gösteren 12 teşebbüs arasında fiyat tespiti amacını taşıyan bir uzlaşma kurulmuş, bu uzlaşmanın ortak planının uygulanması ise; kredi, mevduat ve kredi kartı hizmetleri kapsamındaki pek çok ürüne yönelik faiz oranlarının ve ücretlerin tespitinde koordinasyon içerisinde hareket etmek üzere icra edilen bir dizi mutabakat ile hayata geçirilmiştir. Yapılan mutabakatların taraf sayısı değişkenlik arz etmekle birlikte, bahse konu 12 bankanın önemli bir bölümü, söz konusu mutabakatların çoğunluğuna düzenli olarak iştirak⁷⁴⁷” ettiğine karar verilmiştir. Kararda mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri bakımından “devam eden tek bir ihlalin” var olduğu gerekçesiyle on iki bankanın da bu üç piyasada gerçekleşen tüm ihlallerden sorumlu tutulduğu görülmektedir⁷⁴⁸.

Karar üzerine, ilgili bankalar tarafından açılan iptal davası Ankara 2. İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiş, bunun üzerine yapılan temyiz başvurusu da Danıştay

744 Ankara 6. İdare Mahkemesi Kararı, s.5.

745 Serter/Canbeyli (Video), 52:29.

746 Banka Kart Kararı, RK, K.S: 13-13/198-100 K.T: 08.03.2013.

747 Banka Kart Kararı, para. 283.

748 Banka Kart Kararı, para. 493.

13.Dairesi'nce reddedilmiştir⁷⁴⁹. Bunun üzerine karar düzeltme yoluna gidilmiş ve Danıştay tarafından bu talep kabul edilmiş ve Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin RK kararının iptali istemini reddeden kararı bozulmuştur⁷⁵⁰. Danıştay kararında “devam eden tek bir ihlal” kavramının yanlış uygulandığını belirterek “*diğer teşebbüslerin farklı pazar veya ürünlere ilişkin davranışlardan da sorumlu tutulabilmesi için, teşebbüsün çerçeve anlaşma veya ortak plandan haberdar olduğunun ya da en azından bu durumu bilebilecek durumda olduğunun*” ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁵¹. Böylece Danıştay'ın “devam eden tek bir ihlal” kapsamında teşebbüslerin sorumlu tutulabilmesi için gerekli ispat standardını, teşebbüslerin çerçeve anlaşma veya ortak plandan haberdar olduklarının veya olabilecek durumda olduklarının şüpheden uzak, açık ve kesin delillerle ortaya koyulması olarak belirlediği görülmektedir. Bu bahisle “*on iki bankanın tek bir çerçeve anlaşma veya ortak plan dâhilinde belirli bir koordinasyon içerisinde hareket ettiğinin ortaya konulamadığı....ilgili bankalar hakkında ihlale dâhil oldukları her bir hizmet yönünde ayrı ayrı değerlendirme yapılması..*” gerektiği ifade edilmiştir⁷⁵².

Danıştay tarafından RK kararındaki deliller incelenmiş, ilgili belgelerin hangi piyasalarda ait olduğuna ilişkin çeşitli gruplamalar yapıldıktan sonra, bu belge ve bilgiler dâhilinde bankaların farklı piyasalarda gerçekleşen faaliyetleri arasında bir bağlantının ortaya koyulamadığı tespiti yapılmıştır⁷⁵³. Sonuç olarak, “*on iki bankanın tamaminin mevduat, kredi, kredi kartı ve kamu mevduatı hizmetlerine ilişkin olarak tek bir çerçeve anlaşma veya ortak plan dâhilinde belli bir koordnasyon içerisinde hareket ettiğinin ve ihlale katılan teşebbüslerin söz konusu çerçeve anlaşma veya ortak plandan haberdar olduğunun yeterli seviyede (makul şüphenin ötesinde) bir ispat standardı ile ortaya konulamadığı, bu hususlara ilişkin dava konusu Kurul kararında yer alan tespitlerin gerekli deliller ile desteklenmediği dolayısıyla davalı idare tarafından eksik incelemeye*

749 Danıştay 13. Dairesi, 16/12/2015, E:2015/3590, K:2015/4614.

750 Danıştay 13. Dairesi, 21.05.2019, E: 2016/3587 K: 2019/1778 (Yayımlanmamıştır).

751 Danıştay 13. Dairesi, 21.05.2019, s.5.

752 Danıştay 13. Dairesi, 21.05.2019, s.7.

753 **Karamustafaoğlu**, Mert: Rekabet Kurumu'nun 12 Banka Kararında Beklenen İkinci Yarı, Hukuk Postası, Haziran 2019 <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/rekabet-kurumunun-12-banka-kararinda-beklenen-ikinci-yari/> (E.T. 0.05.2020), s.3.

dayalı olarak işlem tesis edildiği gerekçesiyle ispat standardının sağlanamadığına ve kararın eksik inceleme sonucu alındığına” karar verilmiştir⁷⁵⁴.

Mevcut durumda dosya yeniden karar verilmek üzere Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin kararında direnmesi üzerine, uyuşmazlık Danıştay İdari Dava Daireler Genel Kurulu ("DİDDGK")'na gitmiştir. Söz konusu süreç halen devam etmekte olup, verilecek kararın rekabet hukuku uygulanmasında gereken ispat standardı bakımından belirleyici nitelik taşıyacağı görülmektedir.

Yukarıda incelenen ilgili kararlarda da açıkça görüldüğü üzere, her ne kadar Rekabet Kurumu idari bir otorite olarak faaliyet gösteriyor olsa da, yapılan soruşturmalarda maddi anlamda gerçeğe ulaşma amacının mevcut olması Kurul kararları bakımından ispat standardının çerçevesinin belirlenmesini ve bu standardın istikrarlı bir şekilde her kararda aranmasını zorunluluk haline getirmektedir.

3.2. UYUMLU EYLEMLERİN HUKUKİ SONUÇLARI

3.2.1. Kamu Hukuku Bakımından Ortaya Çıkacak Sonuçlar

RKHK uyarınca serbest rekabet ortamının sağlanabilmesi ve sürdürülebilmesi için bu amaca uygun yaptırım sisteminin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁵⁵. Bu amaçla uygulanan yaptırımlar bir yandan caydırıcı nitelikte olmalı iken, diğer yandan teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerini ve ticaret yapma imkânlarını engelleyici olmaması gerekmektedir⁷⁵⁶.

754 Danıştay 13. Dairesi, 21.05.2019, s.7.

755 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.283.

756 **Badur**, s.164; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.283.

RKHK’da rekabet düzeninin sağlanması için öngörülen yaptırımlar iki başlık altında incelenmektedir. Bunlardan ilki, ihlalin anlaşılması üzerine kurul tarafından yapma ve yapmama emri şeklinde verilen idari yaptırım kararları, diğeri ise para cezalarıdır⁷⁵⁷.

3.2.1.1. İhlale Son Verme Kararı

RKHK’ nın “İhlale Son Verme” başlıklı 9. maddesine göre: “Kurul; ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanununun 4 üncü, 6 ncı veya 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirleri nihai kararında bildirir.” Düzenlemede yapılan 24 Haziran 2020 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte, RK’ya rekabeti bozucu davranışlara son verme veya belirli davranışları yapmayı emretme yetkisinin yanında, yapısal tedbirlere karar verme yetkisi de verilmiştir.

3.2.1.1.1. Davranışsal Tedbirler

RK RKHK m.9’a göre, teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışları karşısında, bu davranışların yapılmamasını (belirli davranışların yapılmasından kaçınma) veya belirli davranışların yapılmasını bir kararla isteyebilmektedir⁷⁵⁸. Yapma ve yapmama şeklindeki kararlar, öneri veya rica niteliğinden ziyade emir niteliği taşımaktadır⁷⁵⁹. Bu çerçevede Kurul, yıkıcı fiyat uygulamalarına son verecek şekilde fiyatların normal seviyeye yükseltilmesini, bölge paylaşımı sebebiyle faaliyet gösterilmeyen bir bölgeye mal arz edilmesine ya da başka satıcılardan da mal alınması gibi kararlar verebilmektedir⁷⁶⁰. Kurul’un bu tür kararları verirken ihlale ne şekilde son verileceğini ve gerçekleştirilmesi gereken uygulamaları açıkça belirtmesi gerekmektedir⁷⁶¹. RKHK m.9/3’te, Kurul’un birinci fıkraya göre vereceği karardan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine,

757 **İkizler** 2005, s.349.

758 **Aslan** Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.335.

759 **Topçuoğlu**, s.88.

760 **İkizler** 2005, s.350.

761 **Aslan** Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.335-336

ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceği belirtilmektedir. Aynı zamanda RKHK m. 52’de “*Verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır.*” denmekte olup bu gereklilik açıkça ifade edilmektedir⁷⁶².

3.2.1.1.2. Yapısal Tedbirler

24 Haziran 2020 tarihli 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la birlikte Kurul’a yapma ve/veya yapmama şeklindeki davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde yapısal tedbirler alma yetkisi verilmiştir⁷⁶³. Düzenlemede, davranışsal ve yapısal tedbirlerin, “*ihlalle orantılı ve ihlalin etkili bir biçimde sona erdirilmesi için gerekli*” durumlarda uygulanacağı belirtilmektedir. Yapısal tedbirlere ise, ancak “*davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde*” başvurulabileceği ifade edilmektedir⁷⁶⁴.

Kurula verilen yapısal tedbirlere ilişkin yetkinin kanun değişikliği sırasında en çok tartışılan konulardan biri olduğu görülmektedir⁷⁶⁵. Davranışsal tedbirlere ilişkin değişikliğin çok genel ve düzenlemenin sınırlarının belirsiz olması; teşebbüslerin ortaklık paylarını, malvarlıklarını ya da belirli faaliyetlerini devretmelerini zorunlu kılacak bu yaptırım gücünün Anayasa m.35 ile teminat altına alınan “mülkiyet hakkına” müdahale

762 **İkizler** 2005, s.350.

763 “**Madde 9 – (Değişik birinci fıkra:16/6/2020-7246/3 md.) Kurul; ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanununun 4 üncü, 6 ncı veya 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirleri nihai kararında bildirir. Davranışsal ve yapısal tedbirler, ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmalıdır. Yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulur. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesi halinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az 6 ay süre verilir.**”

764 Rekabet Kurumu resmi internet sitesinde yapılan 05.06.2020 tarihli Kamuoyu Açıklaması, <https://www.rekabet.gov.tr/Guncel/kamuoyu-aciklamasi-292c0e7644a7ea11811b00505694b4c6> (E.T. 28.07.2020).

765 **Babalık**, İrem Toprakkaya: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’ da Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirme, Lexperablog, 25.06.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/rekabetin-korunmasi-hakkinda-kanunda-yapilan-degisikliklere-iliskin-degerlendirme/> (E.T. 28.07.2020).

niteliği taşıyabileceği endişelerine neden olmuştur⁷⁶⁶. Bu endişelerin dile getirilmesi üzerine RK tarafından, ifade edilen bu endişelerin yersiz olduğu, yapısal tedbirlerin ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olduğu durumlarda uygulanacağını ifade etmiştir. Düzenlemede, “1/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 7. maddesinde benimsenen yapısal tedbirlerin (structural remedies)” temel alındığı belirtilmiştir. Ayrıca, “AB Komisyonunca yapısal çözümler eşit derecede etkili davranışsal çözüm bulunmadığı veya eşit derecede etkili davranışsal çözüm yolunun ilgili teşebbüs için yapısal çözümden daha külfetli olacağı durumlarda doğrudan doğruya emredilebildiği halde; ülkemiz için bu yöntemin tercih edilmediği, ihlal tespiti üzerine öncelikle davranışsal tedbirlerin uygulanacağı, bunların da sonuç vermediğinin yeni bir soruşturma sonucunda tespit edilmesi üzerine yapısal tedbirlerin uygulanacağı, bu durumda da orantılılık ve zorunluluk ilkelerine uyumlu olması”nın hüküm altına alındığına dikkat çekilmiştir⁷⁶⁷.

Kurul tarafından yapılan açıklamalarda, yapısal tedbirlerin mülkiyet hakkına dokunacak şekilde keyfi kullanılmayacağı ifade edilmektedir. Ancak uygulamada, işbu tedbirlere ilişkin belirsizliğin teşebbüsler bakımından sorunlara neden olmaması ve istikrarlı bir uygulamanın oluşturulması için uygulamaya ilişkin esasların ikincil düzenlemelerle belirlenmesinin büyük önem taşıdığı görülmektedir⁷⁶⁸.

3.2.1.2. İdari Para Cezası

RKHK' da uyumlu eylemin gerçekleşmesi sonucu uygulanan bir diğer yaptırım RKHK m.16'da düzenlenmiş olan idari para cezalarıdır. İdari para cezaları, bir yandan rekabet düzenine aykırı eylemlerin cezalandırılmasına hizmet ederken, diğer yandan teşebbüsler

766 **Gürkaynak**, Gönenç: Rekabet Kanununda Yeni Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Davranışsal ve Yapısal Tedbirler, Rekabet Hukuku Merkezi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler: Nedenleri, Kapsamı ve Olası Etkileri, Rekabet Hukuku Merkezi Online Konferans, 29.06.2020, https://www.youtube.com/watch?v=nK0P_yOUEjQ&ab_channel=RekabetHukukuMerkezi (E.T. 28.07.2020).

767 RK Kamoyu açıklaması, 05.06.2020 <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/kamuoyu-aciklamasi-292c0e7644a7ea11811b00505694b4c6> (E.T.24.06.2020).

768 **Canbeyli/ Ardiyok/ Ak/ Sesli**, s.2.

için caydırıcı nitelik taşımaktadır⁷⁶⁹. Bu sebeple idari para cezaları, rekabet düzeninin korunmasında en etkili yol olarak kabul edilmekle birlikte “cezanın orantılılığı ilkesi” gereği rekabet ihlali sonucu teşebbüsün elde ettiği haksız menfaat ile idari para cezasının aynı düzeyde olması gerekmektedir⁷⁷⁰.

Kanunda düzenlenen idari para cezaları, anlık (bir kerelik) verilen para cezaları (RKHK m.16) ve süreli para cezaları (RKHK m.17) olarak ikiye ayrılmaktadır. Anlık para cezaları; maktu olarak düzenlenmekte; “usule ilişkin hükümlerin ihlali durumunda ortaya çıkan” para cezaları (RKHK m.16/I) ve alt ve üst sınırları belirlenmiş olan “esasa ilişkin hükümlerin ihlali durumunda ortaya çıkan” para cezaları (RKHK m.16/II) olarak ikiye ayrılmaktadır. Usule ilişkin ihlaller RKHK m.16/2’de⁷⁷¹ sayılmış olup, bu ihlallere ilişkin öngörülmüş olan para cezaları maktu olarak belirlenmekte ve Kurul tarafından çıkarılan tebliğlerle her yıl bu miktarlar açıklanmaktadır⁷⁷².

Esasa ilişkin hükümlerin ihlali durumunda ortaya çıkan para cezaları da RKHK m.16/2’de düzenlenmiş olup, bu cezaları RKHK m.4, m.6 ve m.7’nin ihlali halinde ortaya çıkmaktadır⁷⁷³. Esasa ilişkin para cezalarının alt sınırı maktu olarak belirlenmekte ancak üst sınır teşebbüs, teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri

769 **Aygün**, Esin: Rekabet Hukukunda Para Cezaları:Teori ve Uygulama, Rekabet Kurumu Tezi Serileri, Ankara, 2008, s.1;

770 **Ünal**, İbrahim: Rekabet Kurulu’nun Uyumlu Eylem Nedeniyle İdari Yaptırım Kararı ve Yargısal Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.85; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.283.

771 RKHK 16/I “*Muafiyet, menfi tespit ve birleşme veya devralma için izin başvurusu ile bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan anlaşmalara ilişkin bildirim ve başvurularda yanıtıcı veya yanlış bilgi verilmesi, Kurul kararı ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıtıcı bilgi verilmesi, birleşme veya devralmanın ya da 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların süresi içinde bildirilmemesi, Kanun’un 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kurulun verdiği muafiyet kararlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*”

772 **Aksoy**,M.Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2004, s.10.

773 **Aksoy**, s.11-12.

safi gelirlerinin yüzde onuna kadar olarak belirlenmiştir (RKHK m16/4). RK çıkartmış olduğu tebliğlerle düzenlemede yer alan ceza miktarlarına ait alt sınırı artırabilmektedir.

Kurul, belirlenen sınırları aşmamak şartıyla, teşebbüslerin kusurları, piyasadaki ekonomik güçleri ve ihlalleri sonucu ortaya çıkan zararlar gibi hususları dikkate alarak cezanın miktarına serbestçe karar verebilme yetkisine sahip bulunmaktadır. Esasa ilişkin para cezalarında üst sınırın tespitinde kâr değil, bir önceki yıla ait cironun esas alınması, verilen cezaların çok yüksek miktarlarda olmasına neden olabilmektedir⁷⁷⁴. Doktrinde ciro ve cirodaki değişmelerin firmaların kazancını belirleme hususunda yeterli olmadığı ve cironun kazanç değil hasılat ölçüsü olduğu, bu sebeple teşebbüsün rekabet ihlali sonucunda elde ettiği kazancın tespit ve tahmin edilmesinde cironun uygun olmayan bir değer olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede ciro ölçütünün kullanılması yerine, cezaların adil ve caydırıcı olması bakımından en sağlam hareket noktası olarak ihlalden doğan kazancın tespit edilmesinin uygun olacağı ifade edilmekte olup, bu görüşe katılmaktayız⁷⁷⁵.

İdari para cezalarının uygulanmasında önem arz eden diğer bir durum ise, ihlal sonucu fiili etkinin gerçekleşmiş olmasının gerekli olup olmadığıdır. Doktrinde para cezasının uygulanması için uyumlu eylem, anlaşma veya kararın varlığının yeterli olduğu, bu eylemlerin ayrıca uygulanmasının gerekmediğini düşünen yazarlar bulunmakla birlikte⁷⁷⁶, potansiyel rekabeti bozucu nitelikteki bir eylemin fiili etkileri ortaya çıkmamış ise RKHK m.16 kapsamında para cezasının uygulanmasının zorunlu olmadığını düşünen yazarlar da bulunmaktadır⁷⁷⁷.

774 **Kaya**, Asım: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.45.

775 **Türkkan**, Erdal: Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezalarının Sakıncaları ve Katma Değer Kriteri: Birleştirilmiş Bir Analiz, Rekabet Forumu, S.82, Mart 2014, s.18.

776 **İkizler** 2005, s.351; **Kaya**, A.,s.39.

777 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.289.

Kurul *BİAK kararında*⁷⁷⁸, mevcut olan aykırılık sonradan ortadan kaldırılmış olsa da bu değişikliklerin yapıldığı döneme kadar ihlalin devam ettiği süre için para cezasının uygulanmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Ancak fiili etkilerin söz konusu olmaması sebebiyle RKHK m.4 kapsamında bir ihlal tespit etmiş olmasına rağmen para cezası uygulamamıştır. *Nobel Pazarlama Kararı*⁷⁷⁹, nda ise, RKHK çerçevesinde bir rekabet ihlali gerçekleştirip gerçekleştirmediğini anlaşılması için, söz konusu sözleşmelerde yer alan hükümlerin rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıması ve fiilen rekabeti bozucu etki yaratıp yaratmadığı hususlarının tespit edebilmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte bayilik anlaşmalarında bayinin yeniden satış fiyatını belirlemeye yönelik bir hükmün yer almasının rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle RKHK m.16/2 uyarınca idari para cezası verilmesinin gerekli olduğuna karar verilmiştir. Bu bakımdan Kurul'un mevcut olayın koşullarına göre, bazı durumlarda fiili etkiyi aradığı, bazı durumlarda fiili etki mevcut olmasa da idari para cezasına karar verdiği görülmektedir.

RKHK m.16'nın üçüncü fıkrasında idari para cezası verilebilecek muhataplar olarak teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve birlik üyeleri sayılmış; dördüncü fıkrada ise ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs, teşebbüs birliği yöneticileri ya da çalışanlarına da idari para cezası uygulanabileceği düzenlenmiştir⁷⁸⁰.

3.2.2. Özel Hukuk Bakımından Ortaya Çıkacak Sonuçlar

Rekabet hukukunun, hem “kamu hukuku” hem de “özel hukuk” niteliği nedeniyle, rekabeti kısıtlayıcı eylem ve işlemler sonucunda idari yaptırımlarla birlikte, özel hukuk alanında da bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁷⁸¹. Bu bağlamda uyumlu eylem sonucunda

778 BİAK Kararı, s.18-19.

779 Nobel Pazarlama Kararı, RK, K.S: 03-10/114-52 K.T: 18.2.2003

780 **Kaya**, A., s.44.

781 **Aksoy**, s.10; **Sanlı**, Kerem Cem: Rekabet Kurulu'nun On İki Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler, LHD, 2018, C. 16, S.183, s.1091.

ortaya çıkan özel hukuk sonuçları; geçersizlik yaptırımı, uyumlu eylemin haksız fiil niteliği ve tazminat hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.2.2.1. Uyumlu Eylemin Haksız Fiil Niteliği

Haksız fiil, hukuk kurallarına aykırı bir davranış neticesinde, başka bir kişinin malvarlığı veya şahıs varlığında zarar meydana gelmesine neden olan eylem olarak tanımlanmaktadır⁷⁸². Bir fiilin haksız fiil olarak kabul edilebilmesi için, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve fiil ile zarar arasında nedensellik bağının varlığı aranmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğu olmakla birlikte, kusursuz sorumluluk hallerinde kusur var olmasa da zarardan sorumluluk söz konusu olabilmektedir⁷⁸³. Uyumlu eylem sonucunda rekabetin kısıtlanması hukuka aykırılık hali olup, borçlar hukuku anlamında haksız fiil niteliği taşımaktadır⁷⁸⁴. Bu bakımdan uyumlu eylemin kusur sorumluluğu mu, kusursuz sorumluluk mu olduğu hususunun doktrinde tartışıldığı görülmektedir.

Topçuoğlu'na göre, “piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği büyük önem ve bunun toplum açısından bir zorunluluk teşkil etmesi” sebebiyle, rekabeti kısıtlayıcı davranışlar kusursuz sorumluluk hali olup, teşebbüslerin ayrıca kusurlu olmasının aranmasına gerek bulunmamaktadır⁷⁸⁵.

Cengiz, RKK m.57 ile birlikte düzenlemenin gerekçesinde de kanun koyucunun iradesine ilişkin açık bir ifadenin olmamasının eksiklik olduğunu, objektif sorumluluğun

782 **Kılıçoğlu**, Ahmet M.:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.B., Ankara, 2016, s.331-332

783 **Kılıçoğlu**, s.331-332; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Turgut**, M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B, İstanbul, 2009, s. 587 vd.

784 **Topçuoğlu**, s.297; **Güven**, Pelin: Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, 6-7 Nisan 2007, s.212.

785 **Topçuoğlu**, s.299-311.

kabulüne ilişkin açık bir ifadenin bulunmaması nedeniyle kusur sorumluluğunun kabul edilmesinin gerektiğini belirtmektedir⁷⁸⁶.

İnan, RKHK m.4 ve m.6'nın lafzına göre aykırılık halinde ceza verilmesi için kusur gerekmediğini, ancak şahsi görüşünün kusurun aranması yönünde olduğunu ifade etmektedir⁷⁸⁷.

Saylı' ya göre, Türk hukukunda genel kuralın kusur sorumluluğu olduğu, RKHK'da kusura ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle haksız fiil hukukunun genel esasları gereğince kusurun aranması gerektiğini belirtmektedir⁷⁸⁸.

Aslan'a göre ise, RKHK m.57'de düzenlenen tazminat kusursuz sorumluluğa başlanmış olup, diğer hallerde özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle kural olan kusur sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁷⁸⁹.

İkizler' in ifade ettiği bizim de katıldığımız görüşe göre, paralel davranışların uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi için, paralelliğin teşebbüsler arasındaki bağlantıdan kaynaklanması gerekmektedir. Bu durumda teşebbüsler arasındaki bağlantı sonucu, uyumlu eylem söz konusu olmakta bağlantının varlığı kusurun varlığı için yeterli görülmektedir. Bu durumda kusurdan vazgeçilmemekte, kusurun ayrıca ispatı aranmamaktadır⁷⁹⁰.

786 **Cengiz** 2006, s.372.

787 **İnan**, Nurkut: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Kurumu Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 9 Nisan 2004, s.48.

788 **Saylı**, Yasemin: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s.94.

789 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.328-329.

790 **İkizler** 2005, s.357.

3.2.2.2. Tazminat Hakkı

Haksız fiillerin kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk esasına dayandığına bakılmaksızın, söz konusu fiil sonucu zarar görenlerin bu durumu ispat ederek zararlarının tazminini isteme hakkı bulunmaktadır⁷⁹¹. Bu sebeple uyumlu eylem sonucu tazminat sorumluluğunun doğması için, uyumlu eylemin kusur veya kusursuz sorumluluğa dayanıyor olmasının kabulü önem taşımamaktadır. Rekabet hukuku bakımından rekabeti bozucu davranışlar sonucu tazminat sorumluluğunun ortaya çıkması, para cezasını tamamlayıcı bir yaptırım olarak önem arz etmektedir⁷⁹².

Rekabetin ortadan kaldırılması neticesinde iki türlü zararın meydana geldiği görülmektedir. Birincisi toplumsal zarar, diğeri ise tüketiciler ve rakip teşebbüslerin uğradığı zararlardır. Rekabeti bozucu davranışlar ve konumuz özelinde uyumlu eylem sonucu zarar gören rakip teşebbüsler ve müşteriler, RKHK m.57,58 ve 59'a göre, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde zararlarının tazminini adli mahkemelerde talep edebilmektedir⁷⁹³. Tazminata ilişkin olarak uygulanacak kurallar RKHK'da özel olarak düzenlenmekle birlikte, bu düzenlemelerin yeterli olmadığı durumlarda TBK'nın ilgili hükümleri de uygulama alanı bulmaktadır⁷⁹⁴. Bu bakımdan RKHK'nın TBK'ya göre özel düzenleme olması nedeniyle öncelikle uygulanmakta, hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere gidilmektedir⁷⁹⁵.

AB mevzuatında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir⁷⁹⁶. Ancak ilk defa ABAD 1974 tarihli *Belgische Radio en Televisie v. SV*

791 **Sanlı**, Kerem Cem: Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Davalarında Zararın Hesaplanması, 6. Tüketici Hukuku Kongre Kitabı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017, s.137.

792 **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s.184; **Cengiz**, Dilek: Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlallerinden Zarar Görenlerin Tazminat Talep Haklarına İlişkin Sorunlar ve Çözümleri, İKÜHFD, 2018, C.17, S.2, s.55.

793 **Aksoy**, s.51; **Güven**, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat, s.212.

794 **Cengiz**, Tazminat, s.39.

795 **Güven**, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat, s.212.

796 **Coşkun**, Sevda Yaşar; Rekabet Hukukunda Zararın Üç Katı Tazminat Davası, JCRSS, 2017, Vol.: 7, Issue: 1, s.151.

SABAM kararında⁷⁹⁷, ABİHA m.101 (eski m.85)'in üçüncü kişilerin haklarını da korumaya yönelik olduğuna, rekabetin bozulmasından kaynaklanan üçüncü kişilerin de zararlarının tazmini talep hakkına sahip olduğuna karar vermiştir⁷⁹⁸. Yine 1996 tarihli **Factortame kararında**⁷⁹⁹, üye devletlerin ABİHA'nın ihlali sonucu zarar gören kişilerin zararlarının tazmin edilmesi gerekliliği belirtilmiştir⁸⁰⁰. Bu şekilde zarar gören üçüncü kişiler, illiyet bağının bulunması durumunda ABİHA m.101'in ihlal edilmesinden doğan zararlar tazmini ulusal mahkemelerde talep edebilmektedir⁸⁰¹.

ABD rekabet hukukunda ise, rekabetin bozulmasından zarar gören kişilerin tazminat hakkına ilişkin düzenlemeler Clayton Kanunu m.4'te yer almaktadır. Buna göre, rekabet hukuku kurallarının ihlalinin sonucu ortaya çıkardığı zararlardan, rekabetin kısıtlanmasına neden olanlar hukuken sorumlu olmaktadır. Clayton Kanunu m.4 ile zarar gören kişilere “uğradıkları zararın üç katını” talep edebilme imkânı tanınmaktadır⁸⁰².

Hukukumuzda ise rekabet ihlalleri sonucu zarar gören kişilerin tazminat hakkı RKHK m.57, 58 ve 59'da düzenlenmektedir. RKHK m.57'de tazminat talebinde bulunabilecekler ve tazminatın şartlarına ilişkin belirlemeler yer almaktadır. Hükümde yer alan ifadelerle baktığımızda, “her kim” ve “bundan zarar görenlerin her türlü zararını” ifadelerinden kanunkoyucu tarafından tazminat talebinde bulunacaklar bakımından bir sınırlama yapılmadığı görülmektedir. RKHK m.58/I'e gelindiğinde ise, “rakip teşebbüsler” ve “rekabeti ihlâl eden teşebbüsün müşterilerinin” zararlarının tazmin edilmesini talep edebileceği ifade edilmektedir. Bu bakımdan bu kişilerin tazminat hakkı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır⁸⁰³. Ancak rakip teşebbüslerin ve müşterilerin, söz konusu zararı kendi müşterilerine, son durumda tüketicilere yansıtmaları

797 *Belgische Radio En Televisie v. Sabam*, ECJ, 127/73, 27-3-1974, ECR-1974, 313 (**Akıncı**, s.301-302).

798 **Akıncı**, s.301-302

799 *Factortame*, Cases C- 46/93 and C- 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA and Factortame* [1996] ECR I-6297, [1996] 1 CMLR 889, (**Whish** (7.Ed.), s.235).

800 **Whish** 7.Ed., s.235.

801 **Coşkun**, s.151

802 **Uran**, s.28; **Coşkun**, s.151-152.

803 **Narbay**, Şafak/ **Kesici**, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlından Kaynaklanan Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, BÜHFD, 2014, Vol.1, No.1, s.224.

sonucunda “tüketicilerin” tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı hususunun doktrinde tartışıldığı görülmekle birlikte⁸⁰⁴, 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 yapılmamaktadır⁸⁰⁵. Bu bakımdan zararın yansıtıldığı tüketicinin de RKHK’nın “*koruma amacı (purpose for the protection of the norm)*” kapsamında tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır⁸⁰⁶. Bu bakımdan rakip teşebbüsler ve üretimin farklı aşamalarındaki teşebbüsler veya müşteriler zararlarının tazminini talep edebilecektir⁸⁰⁷.

Yine RKHK m.57’ de zarar görenlerin “*her türlü zararının*” tazmin edileceği ikinci cümlesinde, tazminat hukukunun genel kurallarına paralel olarak “*zararın oluşmasına sebep olanların, zarardan müteselsilen sorumlu oldukları*” ifade edilmektedir. “Her türlü zarar” ifadesini maddi ve manevi zararları kapsayacak şekilde geniş yorumlayan yazarlar olmakla birlikte⁸⁰⁸, manevi tazminat taleplerinin rekabet hukuku ihlallerinden doğan

804 **Narbay /Kesici**, s.224-225.

805 **Badur**, s.162.

806 **Narbay /Kesici**, s.225; **Akıncı**, s. 381; **Aşçıoğlu Öz**, s. 181; **Topçuoğlu**, Metin: Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s. 31-32; **Özsunay**, s. 145; **Topçuoğlu**’na göre, tüketiciler, kısıtlayıcı faaliyetlerin muhatabı olan rakip teşebbüslere ürün veya çeşitli araç gereç temin eden teşebbüsler, bu teşebbüslerin pay sahipleri, alacaklıları gibi kişiler rekabet düzeninin bozulmasından zarar göreceklerdir. Ancak pay sahipleri ve alacaklıların zararlarının tespiti ve kişiselleştirilmesi kolay olmayacaktır (**Topçuoğlu**, s.304-305), **İnan**, maddede yalnızca rakiplerin tazminat hakkının düzenlendiğini, fakat tazminat için zarar verenle zarar gören arasında rekabet ilişkisi aranmasına gerek olmadığını düşünmektedir. Nitekim RKHK’nın 58.maddenin ikinci fıkrasında hem zarar gören rakip teşebbüslerin hem de zarar gören diğer kişilerin tüm zararlarını isteyebilecekleri şeklinde yorumlanması gerekmekte, bunun daha açık bir şekilde ifade edilmesinin uygun olacağını düşünmektedir (**İnan**, Sempozyum 2004, s.50-51).

807 **Badur**, s.162.

808 **Topçuoğlu**, Üç Katı Tazminat, s.31-32; **Saylı**, 91-92; **Cengiz** 2006, s.408; **Badur**, s.162.; **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.325; **Güven**, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat, s.234, Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, E: 2002/540, K: 2004/328,13.04.2004 tarihli . Kararda Mahkeme, “*RKHK’da yer alan tazminata ilişkin hükümler ile borçlar kanunu dışında tazminata ilişkin özel düzenlemeler getirildiğini tazminat konusunun maddi ve manevi zararları kapsadığını, buna göre öncelikle kanuna aykırı bir davranışın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak, Ticaret Kanunu’nda şirketlerin manevi zarara uğramış olmalarının sınırlı hallerde kabul edilmiş olması, davacı şirketin manevi zarara uğradığını ispat edememiş olması ve [T]BK’da yer alan manevi tazminata ilişkin şartların oluşmaması nedenleriyle manevi tazminat talebini reddetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay’a gitmiş ancak temyiz aşamasında davacı vekilinin davadan feragat etmesi üzerine, feragat nedeniyle bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına, bozma nedenine göre de davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir. yerel mahkeme, Yargıtay’ın feragat nedeniyle bozma kararına uymuştur*” (**Güven**, Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat, s.234-236).

zararlar ile bağdaşmayacağını düşünen yazarlar da bulunmaktadır⁸⁰⁹. Bu görüşü savunan yazarlardan *Sanlı*, rekabet hukuku düzenlemelerinin yalnızca “ekonomik çıkarları” koruduğunu, zararın üç katı tazmini imkanı getirilerek tazminat hakkının genişletildiğini, ayrıca manevi zararın tazmini amaçlansa idi bunun açıkça düzenleneceğini ifade etmektedir⁸¹⁰. *Akıncı*’ya göre ise, manevi tazminat talebinde amaç kişinin söz konusu eylemden dolayı hissettiği elem ve ızdırabın giderilmesidir. Rekabet hukuku ihlalleri sonucunda manevi tazminat talebi için var olması gereken “*kişilik haklarına tecavüz*” unsurunun sağlanması kolay değildir. Ancak bu durumun ortaya çıkabileceği kısıtlı durumlarda manevi tazminat talebinin genel hükümlere göre yapılmasına engel bir durum bulunmamaktadır⁸¹¹.

Rekabetin sınırlanması sonucu hangi zararların tazmin edilebileceğine ilişkin düzenlemeler ise RKHK m.58’de yer almaktadır. RKHK m.58/1’ in birinci cümlesinde, zarar görenlerin zararlarının, “*rekabetin sınırlanması sebebiyle ödedikleri bedel ile rekabet sınırlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki fark*” esas alınarak belirleneceği ifade edilmektedir⁸¹². Nitekim rekabet hukuku ihlalleri neticesinde meydana gelen zararın çoğunlukla yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁸¹³. Bu doğrultuda tüketicinin uğradığı zarar miktarının, ürünün fiyatında gözlenen artışa göre belirlenmesi ve rekabetin sınırlandığı dönemde ürünün fiyatına etki edebilecek piyasa koşullarındaki değişikliklerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁸¹⁴. *Topçuoğlu*’na göre, tüketicilerin zararlarının yalnızca fazla bedel ödemekle sınırlı olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Bu bakımdan ürün kalitesinin düşürülmesi, satış sonrası hizmetlerin kısıtlanması veya garanti koşullarının ağırlaştırılması gibi durumlar malvarlığında azalmaya neden olduğu oranda tazminat konusu olacaktır⁸¹⁵. Bu bağlamda rakip teşebbüslerin elde etmeyi umdukları kar, yani rekabetin sınırlanması sonucu yoksun

809 **Sanlı**, Tüketici Hukuku Kongresi, s.141; **Akıncı**, s.389.

810 **Sanlı**, Tüketici Hukuku Kongresi, s.141-142; **Sanlı**, Tazminat Davaları, s.1098.

811 **Akıncı**, s.389.

812 **Badur**, s.162.

813 **Sanlı**, Tüketici Hukuku Kongresi, s.139.

814 **Akıncı**, s.381; **Sanlı**, Tüketici Hukuku Kongresi, s.144.

815 **Topçuoğlu**, s. 304.

kalınan kâr da tazmin edilebilmektedir. Zararın hesaplanmasında ise, teşebbüslerin geçmiş yıllara ait bilançoları esas alınmaktadır⁸¹⁶.

816 **Badur**, s.162; **Aksoy**, s.58.

Tazmin şekli bakımından RKHK m.58/II’de tazminat hukukumuzda bulunmayan, ABD rekabet hukuku kaynaklı “üç kat tazminat” sisteminin getirildiği görülmektedir. AB hukuk sisteminde de var olmayan üç katı tazminat sisteminin hukukumuz bakımından “atipik” bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir⁸¹⁷. Hukukumuz açısından bu hükmün uygulanabilmesi için, “*ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması, kararı veya ağır ihmalden kaynaklanması*” ve “*zarar görenin talepte bulunması*” gerekmektedir. Bu durumda hâkim uğranılan maddi zararın karşılığına ya da zarara neden olan teşebbüslerin elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel kârın üç katı oranında tazminata hükmedebilecektir. Üç kat tazminat talebinde bulunabileceklerin kimler olduğu hususunda, maddede zarar görenlerin talep etmesinden bahsedildiği için tazminat talebinde bulunacaklar arasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir⁸¹⁸.

Son olarak ispat hususunda, RKHK m.59’da zarar görenlerin yasak faaliyetini ispatı hususunda sadece uyumlu eylem için geçerli olan RKHK m.4/3’e benzer bir karine öngörülmektedir. Buna göre eğer tazminat talebinde bulunanların, bir anlaşmanın varlığı ya da rekabetin bozulduğu izlenimi veren kanıtlar ortaya koymaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde bulunmadıklarını ispat etmeleri gerekecektir. RKHK m.59/2’de yer alan bu düzenleme RKHK m.4/3’te yer alan uyumlu eylem karinesine benzelelik göstermekle birlikte, RKHK m.59’da ispat yükünün davalılara geçebilmesi için zarar gördüğünü iddia edenlerin öncelikle bazı kanıtları sunmaları gerekmektedir. Ancak bu delillere dayanan zarar görenler RKHK m.59’da yer alan karineden faydalanabilmektedir⁸¹⁹.

817 **Sanlı**, Tazminat Davaları, s.1102.

818 **Aslan**, Rekabet Hukuku Dersleri 2020, s.326-327; *Topçuoğlu*, üç kat tazminat imkânının rekabet ihlallerinden zarara uğrayan herkesi kapsayacak şekilde yorumlanmasının hükmün caydırıcı niteliğini aştığını düşünmektedir. Buna göre rekabet ihlallerinden etkilenenler başta rakip teşebbüsler olmak üzere, tüketiciler, zarara uğrayan teşebbüs alacaklıları, pay sahipleri, en nihayetinde tüm ekonomi olduğunun düşünülmesi durumunda üç kat tazminat talebinde bulunabilecek kimselerin kısıtlanması gerekmektedir (**Topçuoğlu**, s.308).

819 **Saylı**, s.100-101.

RKHK m.57,58 ve 59’da yer alan rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararların tazminini düzenleyen kurallar, genel olarak tazminat hukukuna paralellik göstermekle birlikte, tazminat hukukuna tamamen ters düşecek düzenlemeler de içermektedir⁸²⁰. Rekabet hukuku bakımından bu farklılık, tazminat davaları ile zarar gören kişilerin zararlarının tazmin edilmesiyle birlikte caydırıcılık niteliğinin artırılması amacıyla kaynaklanmaktadır⁸²¹. Bu bakımdan rekabet hukuku bakımından tazminat hususunun ayrı bir öneme sahip olduğu görülmektedir.

820 **Aksoy**, s. 55.

821 **Cengiz**, Tazminat, s.55-56; **Topçuoğlu**, Üç Kat Tazminat, s.5.

SONUÇ

Dünya piyasalarında gerçekleşen küreselleşme ile birlikte uygulanmaya başlayan serbest piyasa ekonomisi devletin müdahalesine gerek olmadan piyasanın kendiliğinden işleyeceği iddiasıyla ortaya çıkmıştır. Ancak mükemmel rekabetin teoride kalması ve gerçekleşmesinin neredeyse imkânsız olması sebebiyle öngörülen senaryonun gerçekleşmediği görülmüştür. Rekabet hukuku da işte bu piyasada yaşanan aksaklıkların devlet eliyle düzeltilmesi anlayışıyla birlikte ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan rekabet hukuku piyasa aktörlerini korumaktan ziyade, tüketici refahını ve bizzatihi serbest piyasa ekonomisinin en önemli özelliklerinden biri olan rekabeti tesis etme amacı taşımaktadır.

Piyasalardaki rekabeti tesis etmek ve korumak amacıyla başta ABD olmak üzere birçok ülkede rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Ülkemizde ise, rekabetin korunmasına ilişkin bu düzenlemeler 1994 yılında yürürlüğe giren RKHK ile hukukumuzdaki yerini almıştır. Rekabeti kısıtlayan davranışlar, RKHK'nın 4.maddesinde anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları şeklinde formülize edilmiştir. Bunların yasak kapsamında yer alabilmesi için mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olmaları gerektiği belirtilmiştir.

Rekabeti kısıtlayan bu davranışlardan teşebbüs birliği kararları bir tarafa bırakılırsa anlaşma ve uyumlu eylem kavramı arasındaki farklılığı belirlemek oldukça güçtür. Her ne kadar uyumlu eylemin doğrudan delillerle kanıtlanamayan, anlaşma aşamasına varmayan her türlü işbirliğinin yasak kapsamında değerlendirilebilmesi amacıyla düzenlendiği ifade edilse de sonuçları bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sebeple hem son dönem Türk rekabet hukuku uygulamasında hem de ABD ve AB rekabet hukuku uygulamalarında anlaşma ve uyumlu eylem arasında kesin bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Ancak bu iki kavram arasında büyük bir ayrım olmaması uyumlu eylem kavramının rekabet hukuku uygulamasındaki önemini azaltmamaktadır. Aksine özellikle ispat hususu bakımından büyük kolaylıklar sağlayan uyumlu eylem kavramı birçok rekabeti bozucu davranışın tespitinde önemli rol oynamaktadır.

Bir davranışın uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle birden fazla teşebbüsün rekabeti kısıtlamak amacıyla paralel davranışlar içerisine girmeleri

gerekmektedir. Zira rekabet hukukunun sujesi teşebbüslerdir. Rekabet hukuku bakımından teşebbüs kavramı geniş olarak ele alınmakta, her türlü gerçek ve tüzel kişiyi kapsamaktadır. Burada teşebbüsler bakımından önemli olan ekonomik bir faaliyetin bağımsız olarak yerine getirilmesidir. Hem hukukumuzda hem de AB hukukunda ekonomik bağımsızlığın temel alındığı, teşebbüslerin hukuken birbirlerine bağlı olup olmamaları önem taşımamaktadır. Bu bakımdan ekonomik olarak bağımsız karar verebildikleri sürece bağlı şirketler ve tacir yardımcıları da teşebbüs olarak kabul edilebilecektir. Teşebbüslerin kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olması da teşebbüs nitelendirmesinde önem taşımamaktadır. Kamu tüzel kişileri de ekonomik faaliyet yürüttükleri durumlarda rekabet hukuku bakımından teşebbüs olarak kabul edilecektir.

Uyumlu eylemin varlığı için gereken bir diğer husus piyasada görülen paralel davranışların bir bağlantıdan kaynaklanmasıdır. Piyasada görülen paralel davranışların ortak bir plan/işbirliğinden kaynaklanması gerekmektedir. Bu bağlantı teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminden, tavsiyelerden veya kamuya yönelik yapılan duyurulardan kaynaklanabilmektedir. Bu bağlantı kaynaklarından uygulamada en çok karşımıza çıkanın bilgi değişimi olduğu görülmektedir. Bilgi değişimi piyasadaki belirsizliği ortadan kaldırarak rekabeti olumsuz etkilemekle birlikte, teşebbüslerin bilgi ve tecrübelerini paylaşarak piyasalarda olumlu etki yaratmaları da mümkündür. Bu bakımdan söz konusu bilgi değişiminin içeriği, bilgi değişimindeki amacın ve bilgi değişiminin rekabete olan etkilerinin incelenerek karar verilmesi önem taşımaktadır.

Bilgi değişimi bizzat teşebbüsler arasında gerçekleşebileceği gibi ticaret birlikleri, meslek odaları veya aracı kurumlar gibi üçüncü kişiler aracılığıyla dolaylı olarak da gerçekleşebilmektedir. Bu tür bilgi değişimlerine topla dağıt tipi (*hub and spoke*) bilgi değişimi adı verilmektedir. Teknolojide yaşanan gelişmeler ile birlikte topla dağıt tipi bilgi değişiminin üçüncü kişilere bile gerek duyulmadan çok hızlı ve tespit edilmesi zor bir şekillerde ortaya çıkabileceği görülmüştür. Algoritmalar sayesinde teşebbüsler rakiplerinin fiyat stratejilerinden anında haberdar olabilmekte ve buna göre fiyatlarını belirleyebilmektedir. Teşebbüslerin aynı algoritmaları kullanmaları sonucunda ise, piyasada fiyat paralellliği oluşacaktır. Ancak algoritmaların kullanılması tek başına ihlale neden olmayacak, yine teşebbüslerin ortak bir plan çerçevesinde, rekabeti kısıtlamak amacıyla aynı algoritmaları kullanmış olmaları aranacaktır.

Teşebbüsler arasındaki bağlantı sonucu piyasada paralelliğin oluşması uyumlu eylemin bir diğer unsurudur. Bu bakımdan rasyonel haklı gerekçelerin bulunduğu durumlarda uyumlu eylemin varlığından söz etmek mümkün değildir. En az iki veya daha fazla teşebbüsün yer aldığı oligopolistik piyasalarda olduğu gibi piyasa yapısından kaynaklı olarak ortaya çıkan paralellikler yasak kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu tür piyasalarda teşebbüsler piyasa davranışları bakımından karşılıklı bağımlı oldukları, rakiplerinin davranışlarını göz önünde bulundurarak hareket etmelerinin bu piyasada yer alan teşebbüsler açısından kaçınılmaz olduğu görülmektedir.

Son olarak bir davranışın uyumlu eylem olarak kabul edilebilmesi için amacı veya fiili/potansiyel etkileri bakımından mal ve hizmet piyasalarında doğrudan veya dolaylı şekilde rekabeti kısıtlaması gerekmektedir. Burada öncelikle söz konusu davranışın hangi piyasada gerçekleştirildiğinin tespit edilmektedir. Piyasa, hem ürün hem de coğrafi açıdan incelenmektedir. RKHK ilgili piyasa ifadesi kullanılmış, ayrıca bir açıklamaya yer verilmemekte bu hususa ilişkin ayrıntılara “*İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*”da yer verilmektedir. AB hukukunda da piyasa tanımı ve sınırlarına ilişkin belirlemeler, “*AB Rekabet Hukukunun Amaçları Doğrultusunda İlgili Piyasa Tanımına İlişkin Komisyon Duyurusu*”nda yer almaktadır. ABD rekabet hukukunda da duyuruda yer alan tespitlere benzer uygulamaların söz konusu olduğu görülmektedir.

Türk rekabet hukuku bakımından da duyurudaki tespitlere benzer bir uygulamanın söz konusu olduğu söylenebilmektedir. Coğrafi piyasa belirlenmesi yapıldıktan sonra amaç ve etkileri bakımından doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti bozması aranmaktadır. Bu bakımdan bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın hukuka aykırı olması için, rekabeti sınırlama amacı taşıması ya da rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu iki unsu birbirinin alternatifi olarak düzenlenmiş olup, birlikte bulunmalarına gerek yoktur. Eğer bir davranışın amacı rekabeti engellemek ise bu durumda, ayrıca bu davranışın piyasadaki etkilerini incelemeye gerek bulunmamaktadır. Ancak rekabeti engelleme amacının kesin olarak anlaşılmadığı durumlarda, davranışın piyasadaki olası etkileri dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

Uyumlu eylemin ispatı RKHK’da m.4, 47 ve 59’da düzenlenmektedir. İspat yükü bakımından genel kural geçerli olmakla birlikte, RKHK m.4’te ikinci ve üçüncü fıkralarında uyumlu eylemlerin ispatı bakımından özel bir düzenleme yer almaktadır.

Buna göre uyumlu eylemlerin ispatına ilişkin bir karine öngörülmekte, ispat yükü tersine çevrilmektedir. Burada uyumlu eylem karinesi öngörülmekte, teşebbüsler arasında uyumlu eylemin var olduğunu iddia eden kimseler, uyumlu eylemin fiili etkilerini veya sonuçlarını göstermekle ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır. Uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler ise, paralel davranışlar içerisinde olmadıklarını veya benzer veya eş zamanlı hareketlerinin makul sebeplere dayandığını ispat etmek durumunda kalmaktadır. Uyumlu eylem karinesiyle ispat bakımından kolaylık sağlanmakla birlikte, teşebbüslerin her an soruşturma ile karşı karşıya kalarak suçsuzluklarını ortaya koymak zorunda kalmalarına neden olabilmektedir.

AB ve ABD hukukunda ise, buna benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Uyumlu eylemin gizli işbirlikleri yoluyla ortaya çıkması ve doğrudan delillere ulaşılmasının her zaman mümkün olmaması, doğrudan deliller ile birlikte dolaylı delillerin kullanımını kaçınılmaz hale getirmektedir. Bu delillerin değerlendirilmesi sonucunda uyumlu eylemin varlığına karar verilmesi için gerekli ispat standardını sağlaması gerekmektedir. AB rekabet hukukunda ispat standardının açıkça belirlenmediği ancak ABAD kararlarında yer alan ifadelerden ispat standardının yüksek tutulduğu görülmektedir. ABD rekabet hukukunda ise, en yüksek ispat standardı olan makul şüphenin ötesinde ispat standardı esas alınmaktadır.

Türk rekabet hukukunda ise, uygulamada RK kararlarında istikrar kazanmış bir uygulama bulunmamaktadır. Kurul bazı kararları bakımından bu standardı yüksek tutarken bazı kararları bakımından düşük tutmaktadır. İspat standardı bakımından mevcut olan bu belirsizlik, bazı kararların “her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin delillerle ispatın” sağlanmadığı gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bu bakımdan “maddi gerçeğe” ulaşmayı amaç edinen Rekabet Kurulu kararları bakımından ispat standardının yüksek tutularak her karar bakımından aranması gereklilik arz etmektedir.

Uyumlu eylemlerin gerçekleşmesi sonucunda hem kamu hukuku hem de özel hukuk bakımından bazı sonuçlar meydana gelecektir. Kamu hukuku bakımından, RK tarafından teşebbüslere yapma- yapmama şeklinde davranışsal tedbirlerin yanısıra 2020 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte Kurul’a yapısal tedbirler alabilme yetkisi tanınmıştır. Buna

göre Kurul davranışsal tedbirlerin sonuç vermemesi durumunda, teşebbüslerin belirli faaliyetlerine son verilmesi, ortaklık paylarını veya malvarlıklarını devretmesi (yapısal tedbir) gibi tedbirleri de alabilecektir. Bu bakımdan ihlale son verilmesi kararıyla birlikte yapısal tedbirlerin de alınabileceği görülmektedir. Ancak RKHK m.4 bağlamında uyumlu eylem bakımından yapısal tedbirlere ilişkin uygulama zaman içerisinde netlik kazanacaktır.

İdari para cezaları bakımından ise, Kurul'a belirlenen sınırları aşmamak şartıyla, teşebbüslerin kusurları, piyasadaki ekonomik güçleri ve ihlalleri sonucu ortaya çıkan zararlar gibi hususları dikkate alarak cezanın miktarına serbestçe karar verebilme yetkisi verilmiştir. İdari para cezasının belirlenmesinde ciro ölçütü kullanılmakta cironun kazanç değil hasılat ölçüsü olması ve teşebbüsün ihlal sonucunda elde ettiği kazancını tespiti açısından yeterli olmadığı düşünülmektedir. Bu sebeple ciro ölçütünün kullanılması yerine, adil ve caydırıcı bir cezanın tesis edilebilmesi için sağlam hareket noktasının doğan kazancın tespit edilmesi olduğunu söylemek mümkündür.

Haksız fiil niteliği taşıyan uyumlu eylem sonucunda bundan zarar görenlerin tazminat talep edebilmektedir. Uyumlu eylem sonucu zarar gören rakip teşebbüsler ve müşteriler RKHK m.57,58 ve 59'a göre, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde her türlü zararlarının tazmin edilmesini talep edebileceklerdir. RKHK m.58/I' in birinci cümlesine göre, zarar görenlerin zararlarının, "rekabetin sınırlanması sebebiyle ödedikleri bedel ile rekabet sınırlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farkı" tazminat olarak talep edilebilecektir. RKHK m.58/II'de tazminat hukukumuzda bulunmayan, ABD rekabet hukukuna dayanan "üç kat tazminat" sistemi öngörülmektedir. Buna göre, "ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması, kararı veya ağır ihmalinden kaynaklanması" ve "zarar görenin talepte bulunması" durumunda uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olan teşebbüslerin elde ettiği veya elde etmeleri muhtemel kârın üç katı oranında tazminata hükmedilebilmektedir. Tazminat talebinde bulunan tarafın bir anlaşmanın varlığı ya da rekabetin bozulduğu izlenimi veren kanıtlar ortaya koymaları durumunda, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde bulunmadıklarını ispat etmeleri gerekmektedir. RKHK m.59/2'de yer alan bu düzenleme RKHK m.4/3'te yer alan uyumlu eylem karinesine benzerlik göstermektedir. Ancak RKHK m.59'a göre ispat yükünün davalılara

geçebilmesi için zarar gördüklerini iddia edenlerin öncelikle bazı kanıtları sunmaları gerekmekte olup, bunları sunabilen zarar görenler bu karineden faydalanabilmektedir.

KAYNAKÇA

AKALIN, Güneri: Piyasa Ekonomisi Nedir?, LDD, 2000, S.19.

AKINCI, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2001.

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

AMORE, Roberto: Three (or more) is a Magic Number: Hub & Spoke Collusion as a Way to Reduce Downstream Competition, ECJ, 2016, Vol.12, No.1.

ARDIYOK, Şahin/ **YEŞİLYAPRAK**, Dilara: Rekabet Hukuku Açısından Üçüncü Taraflar Aracılığıyla Rakipler Arası Bilgi Değişimi, Mondaq, 18/01/2016, <https://www.mondaq.com/turkey/Anti-trustCompetition-Law/459146/Rekabet-Hukuku-A305s305ndan-nc-Taraflar-Arac3051305287305yla-Rakipler-Aras305-Bilgi-De287i351imi> (E.T. 04/03/2020).

ARDIYOK, Şahin/ **BAŞAR**, Hazar: Rekabet Kurulu, İspat Standardına Tekrar Göz Kırıyor: Rekabet Kurulu, Mardin'deki Yumurta Üreticilerine İlişkin Kararını Verdi, Rekabet ve Regülasyon, 06.12.2019, <http://www.rekabetregulasyon.com/rekabet-kurulu-ispata-standartina-tekrar-goz-kiriyor-rekabetkurulu-mardindeki-yumurta-ureticilerine-iliskin-kararini-verdi/> (E.T.03.05.2020).

ARI, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda *De Minimis* Kuralı (Hissedilir Etki), BTHD, Aralık 2002, C.21, S.4 (*De Minimis*)

ARI, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004 (*Danışıklılık Kavramı*).

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 19.B., Ankara, BTHAE, 2014.

ASHEIM, Geir B.: Contestability in a Resource Market with Non-Convex Costs, SJE, 1992, Vol.94, No.4.

ASLAN, Ece: Gelecege Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı, *Rekabet Dergisi*, 2012, C.13 (*Aslan, E.*).

ASLAN, İ. Yılmaz: Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, 1999 (*Amerikan Rekabet Hukuku*).

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

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

ATEŞ, Mustafa: Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış, AAÇD, 2008, C.7, N.2.

AYGÜN, Esin: Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2008.

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

BAKER, Jonathan B.: Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory, *Antitrust Bulletin*, 1993, Vol.38, No.1.

BASKOY, Tuna: Effective Competition and EU Competition Law, RERA, 2005, Vol.1, No.1.

BELLAMY, Christopher/ **CHILD**, Graham: Common Market Law of Competition, 3.Ed., London, Sweet&Maxwell 1987.

BERRY, Elspeth/ **HOMEWOOD**, Matthew J./ **BOGUSZ**, Barbara: EU Law Text, Cases and Materials, 2.Ed., New York, Oxford University Press, 2015.

BRANNOCK, Steven L.: Basic Principle of United States Antitrust Law, Brannock & Humphries Tampa, Florida

https://www.abcamega.com/Credit%20Group%20Documents/NCCA/Basic_Principles_of_Antitrust_Law.pdf(E.T: 30/12/2019).

BRODER, D. F: U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction, New York, Oxford University Press, 2010.

BUDAK, Ali Cem: AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mayıs 2004.

CAN, Burcu: Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2012.

CAPOBIANCO, Anatonia: Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, "Background Paper", OECD Policy Roundtables, 2010 (*Capobianco OECD*).

CENGİZ, Dilek: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2006 (*Cengiz 2006*).

CENGİZ, Dilek: Uyumlu Eylem Karinesinin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, S.35, 2008 (*Uyumlu Eylem Karinesi*).

CENGİZ, Dilek: Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Rekabet İhlallerinden Zarar Görenlerin Tazminat Talep Haklarına İlişkin Sorunlar ve Çözümleri, İKÜHFD, 2018, C.17, S.2 (*Tazminat*).

CHALMERS, Damian/ **DAVIES**, Gareth/ **MONTI**, Giorgio: European Union Law Cases and Materials, 2.Ed., United Kingdom, Cambridge University Press, 2010.

CHESSLER, David: Determining When Competition Is "Workable": A Handbook for State Commissions Making Assessments Required by the Telecommunications Act of 1996, The National Regulatory Research Institute(Ohio State University), July 1996

<http://ipu.msu.edu/wp-content/uploads/2016/12/Chessler-Workable-Competition-96-19-July-96-1.pdf> (E.T. 20.11.2019).

CLARK, John Maurice: Toward a Concept of Workable Competition, AER, 1940, Vol.30, No.2, Part 1.

CLERMONT, Kevin M. / **SHERWIN**, Emily: A Comparative View of Standards of Proof, AJCL, 2002, Vol. 50, No.2.

ÇAM, Ülker: Yarışılabilir Piyasalar Teorisi: Potansiyel Rekabetin Önemi, EİSUID, 2017, C.3, S.1.

ÇELEN, Aydın: Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hâkim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2003.

ÇETİNKAYA, Murat: İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, 2003.

DASHWOOD, Alan/ **DOUGAN**, Michael/ **RODGER**, Barry/ **SPAVENTA**, Elanor / **WYATT**, Derrick: Wyatt and Dashwood's European Union Law, 6.Ed., Oxford and Portlang, Oregon, Hart Publishing, 2011.

DOĞAN, Cihan: Algoritma ve Rekabet Hukuku: 4.Madde İhlallerinin Dijital Görünümleri, GHÜFD, 2017, C.2.

DUHNEA, Emil: The Sherman Act - Codifying Common Law Provisions or Radical Legislative Reform, RCJ, 2016, No.1-2.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.B, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012.

EZRACHI, Ariel: EU Competiiton Law An Analytical Guide to the Leading Cases, 4.Ed., Oxford and Portland, Oregon 2014.

GERVEN, Gerwin Van; **VARANO**, Edurne Navarro: The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, CMLR, 1994, Vol.31, No.3.

GHEZZI, Federico/**MAGGIOLINO**, Mariateresa: Bridging EU Concerted Practices with U.S. Concerted Actions. *JCLE*, 2014, Vol.10, No.3.

GIPPINI FOURNIER, Eric: Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases, *WCLER*, 2010, Vol. 33, No.2.

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.kluwer/wcl0055&div=18&?&collection=kluwer> (E.T.28/04/2020).

GÖKSU, Safi Işık: Rakipler Arası Bilgi Değişimi ve Rekabet Hukuku Açısından Sonuçları : Kartel, Winter 2015.

https://www.goksusafiisik.av.tr/Articletter/2015_Winter/GSI_Articletter_2015_Winter_Article7.pdf (E.T.04/03/2020).

GÜNALP, Burak/ **ÖZEL**, Hüseyin: Rekabet Politikalarının Esasları, *Siyasa Dergisi*, 2005, C.1, S.1.

GÜRKAYNAK, Gönenç/**YILDIRIM**, K. Korhan/ **ÖZGÖKÇEN**, M. Hakan/**AYDIN**, A. Buğra: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspat Odaklı Tartışmaları, *Rekabet Dergisi*, 2011, C. 12, S. 4.

GÜRKAYNAK, Gönenç/**İKİLER**, Bora/**ŞEN**, Gülhiz: "Topla ve Dağıt" Tipi İhlallerin Rekabet Hukuku Boyutu, *BTHD*, 2013, C.29, S.3.

GÜRKAYNAK, Gönenç/ **YAŞAR**, Ayşe Gizem: Rekabeti Kısıtlayıcı Amaçlı Yeniden Değerlendirmek: "Groupement Des Cartes Bancaires v Commission" Kararı Işığında Yeni Bir Gün, *Rekabet Dergisi*, 2015, C.16, S.1.

GÜVEN, Pelin: Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V*, 2007. (*Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat*)

GÜVEN, Pelin: *Rekabet Hukuku*, 2.B, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008. (*Rekabet Hukuku*).

GÜZEL, Oğuzkan: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2003.

HORSPOOL, Margot / **HUMPHREYS**, Matthew: European Union Law, 6.Ed, United Kingdom, Oxford University Press.

HOVENKAMP, Herbert J.: The Rule of Reason, Faculty Scholarship at Penn Law, 2018.

İLİCAK, Ali, Sherman Antitrust Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2003.

IUHAS, Christina: Unfair Competition in Comparative Law. Antitrust Laws, Specific to American Law, Perspectives of Law and Public Administration PLPA, 2019, Vol.8, No.1.

İKİZLER, Metin: Rekabet Hukuklarında Uyumlu Eylemler, Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Seçkin Yayınları, Ankara 2005 (*İkizler 2005*).

İKİZLER, Metin: Centilmenlik Anlaşması, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, DEÜHFD, 2017, C.19, Özel Sayı, s.415-445.

İNAN, Nurkut: Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 1999 (*İnan 1999*).

İNAN, Nurkut: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Kurumu Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 9 Nisan 2004 (*İnan, Sempozyum 2004*).

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

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

JONES, Alison/ **SUFRİN**, Brenda: EU Competition Law Text, Cases and Materials, 5.Ed., Oxford University Press, 2014.

JONES, Alison: Left Behind by Modernisation? Restrictions by Object under Article101(1), ECJ, 2010, Vol:6, Issue:3 (*Restrictions By Object*).

JONES, Alison: The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law, ECJ, 2012, Vol. 8, Issue 2 (*Undertaking*).

JOSHUA, Julian M./ **JORDAN**, Sarah: Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law Symposium on European Competition Law (Northwestern Journal of International Law&Business), 2004, Vol.24, No.3.

KAHRAMAN, Zafer: Rekabet Hukuku Bakımından Oligopolistik Bağımlılık, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.

KARACEHENNEM, Nejdet/**ARDIYOK** Şahin: Tek Başına Bilgi Değişimi İhlal Olabilir mi? (Söyleşi), Rekabet Forumu Dergisi, Eylül 2013, S.76.

KARAKILIÇ, Hasan: Piyasa Ekonomisi Açısından Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, BTHD, 2016, C.32, S.3.

KARAMUSTAFAOĞLU, Mert: “Rekabet Kurumu’nun 12 Banka Kararında Beklenen İkinci Yarı”, Hukuk Postası, Haziran 2019 <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/rekabet-kurumunun-12-banka-kararinda-beklenen-ikinci-yari/> (E.T. 0.05.2020).

KARAMUSTAFAOĞLU, Mert: Sahibinden.com Dosyası; Bir Zümrüdü Anka Hikayesi, Hukuk Postası, Şubat 2020 <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/sahibindencom-dosyasi;-bir-zumrudu-anka-hikayesi/> (E.T. 2.05.2020).

KARAYALÇIN, Yaşar: Pazar Ekonomisi ve Hukuk, BTHD, 1992, C.16, S.4.

KARAYALÇIN, Yalçın: “İngiliz Hukunda Trust”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, BTHE, 1998 (*İngiliz Hukunda Trust*).

KAYA, Asım: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezaları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015 (*Kaya, A.*).

KAYA, Ferman: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Yatay İş birliği Anlaşmaları ve Dikey Anlaşmalar Açısından İncelenmesi, İBD, 2016, C.90, S.:2.

KEKEVİ, H. Gökşin: Kolaylaştırıcı Eylemler Bağlamında Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanması, Rekabet Dergisi, 2001, S.8 (*Kolaylaştırıcı Eylemler*).

KEKEVİ, H.Gökşin: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2008 (*Kartellerle Mücadele*).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

KING, Sasha: Agreements That Restrict Competition By Object Under Article 101(1) TFEU: Past, Present and Future, London School of Economics, Doktora Tezi, 2015.

KONURALP, Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, AÜHFY No:536, Ankara, 1999 (*İspat Kuralları*)

KONURALP, Haluk: Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V Kayseri, 6-7 Nisan 2007 (*Sempozyumu-V*).

KESKİN, Ali Cenk: Uluslararası Rekabet Hukuku, 2.B, Onikilevha Yayınları, 2020.

KOVACIC, William E. “The Identification and Proof of Horizontal Agreement Under The Antitrust Laws” Antitrust Bulletin, 1993, Vol.3, No:1 (*Kovacic 1993*).

KOVACIC, William E./SHAPIRO, Carl: Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, 1999, U of California, Berkeley, Center for Competition Policy Working Paper No. CPC99-09, <https://ssrn.com/abstract=506284> (E.T.1.12.2019).

KOLASKY, William: Antitrust Senator John Sherman And the Origin of Antitrust, American Bar Association Antitrust Law Magazine, 2009, Vol. 24, No. 1.

KÖKSAL, Emin/ SESLİ, Evren: Rekabet Kurulu’nun Uyumlu Eylem Kararları: Sanayi İktisadı Öngörülleri, ABD ve AB İçtihatlarıyla Ne Kadar Uyumlu?, Rekabet Hukuku Seminerleri 2020, On İki Levha <https://ssrn.com/abstract=3429790> (E.T. 15/03/2020).

KURU, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 25.B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

LAW, Jonathan/ **MARTIN**, Elizabeth A. Martin: Oxford Dictionary of Law, 7.Ed, 2009.

LLORENS, Albertina Albors: Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors, The Antitrust Bulletin, 2006, Vol. 51, No. 4.

MESS REKABET REHBERİ, Brüksel & İstanbul, Nisan 2012.

MILES, John Jeff: Principle of Antitrust Law, Ober|Kaler, Nisan, 2016.

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

OBERDORFER, Conrad W./ **GLEISS**, Alfred / **HIRSCH**, Martin, Common Market Cartel Law, 2.Ed., Chicago, Commerce Clearing House, 1971.

ODUDU, Okeoghene: Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, ECJ, 2011, Vol.7, No.2.

OECD, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Committee On Competition Law and Policy, Oligopoly, DAF/CLP(99)25, 1999 (*OECD 1999*).

OECD, “Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement”, Global Forum on Competition, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 11.09.2006 (*OECD 2006*)

OECD, Directorate For Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Hub and Spoke Arrangements, Note by the European Union, DAF/COMP/WD (2019)89 (*Hub and Spoke Arrangements*).

OĞUZMAN, M. Kemal/ **TURGUT**, M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B, İstanbul, 2009.

ORBAY ORTAÇ, Nurdan: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramı, THD, 2007, S.10.

ÖZKAN, Ahmet Fatih: Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları, Rekabet Dergisi, 2009, C.10, S.3.

ÖZSUNAY, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1985.

PIŞMAF, Şamil: İktisadi ve Hukuki Açıldan Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2012.

PITOFSKY, Robert: In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule against Vertical Price Fixing”, JRALE, 1990, Vol.20, No.2.

POSNER, Richard A.: The Robinson-Patman Act Federal Regulation of Price Differences, American Enterprise Institute for Public Policy Research Washington, D.C., 1976.

ROGER, Barry J./**MACCULLOCH**, Angus: Competition Law and Policy in the EU and UK, 5.Ed, Routledge, London and New York, 2015.

SAMUELSON, Paul A./**NORDHAUS**, William D.: Economics, 9.Ed, New York, McGraw Hill International Edition, 2009.

SANLI, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliğı Kararlarının Geçersizliğı, Ankara, Rekabet Kurumu, 2000.

SANLI, Kerem Cem: Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Davalarında Zararın Hesaplanması, 6. Tüketici Hukuku Kongre Kitabı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017 (*Sanlı, Tüketici Hukuku Kongresi*).

SANLI, Kerem Cem: Rekabet Kurulu'nun On İki Banka Hakkında Verdiği İhlal Kararı Üzerine Açılmakta Olan Tazminat Davaları Hakkında Bazı Düşünceler, LHD, 2018, C. 16, S.183 (*Sanlı, Tazminat Davaları*).

SERTER, Yusuf Sertaç/ **CANBEYLİ**, Armanç: "Rekabet Hukukunda İspat Standardı: Güncel Uygulamaların İdare Hukuku İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi",

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020 (Video), 09.04.2020.
https://www.youtube.com/watch?v=G1Ci_uQI3qc (E.T.1.05.2020).

SMITH, Adam: Ulusların Zenginliği Cilt II (Çev.**Akad**, M.Tanju), 2.B., İstanbul, Alan Yayınları, 2011.

SULLIVAN, Lawrence Anthony: Economics and More Humanistic Disciplines: What Are the Sources of Wisdom for Antitrust?, Univ PA Law Rev, 1977, C. 125, S. 6.

ŞAYLI, Yasemin.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2.B., Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.

ŞENOL, Şirin Sevilay: AB Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2010.

TAN, Turgut: Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri), Rekabet Dergisi, 2000, C.1, S.4.

TAPAN, Ruhi: AB Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri, Sayıştay Dergisi, 1999, C.10, S.32.

TEKİNALP, Gülören/ **TEKİNALP**, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, 2.B, İstanbul, Beta Yayınları, 2000 (*Tekinalp, G./Tekinalp, Ü.*).

TOMUR, Kerem: Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2004.

TOPÇUOĞLU, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İş birliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, 2001.

TOPÇUOĞLU, Metin: Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009 (*Üç Kat Tazminat*).

TURNER, Donald F.: The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, HLR, 1962, Vol.75, No. 4.

TÜRK, Hikmet Sami: Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, Batider 1985, C.13, S.2.

TÜRKAY, Orhan: Mikroiktisat Teorisi, 10.B., Ankara, İmaj Yayınları, 2001.

TÜRKKAN, Erdal: Rekabet Hukuku Uygulamalarında “İşleyebilir Rekabet” Olgusu ve Kavramı, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 2000 (*İşleyebilir Rekabet*).

TÜRKKAN, Erdal: Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.

TÜRKKAN, Erdal: Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezalarının Sakıncaları ve Katma Değer Kriteri: Birleştirilmiş Bir Analiz, Rekabet Derneği, Rekabet Forumu, S.82, Mart 2014.

URAN, Emrah: Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Hukuku Teori ve Uygulama, 2.B, Onikilevha Yayınları, 2020.

UYANIK, Pelin, Rekabet Hukukunda Delil, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara, 2003.

ÜNAL, İbrahim: Rekabet Kurulu’nun Uyumlu Eylem Nedeniyle İdari Yaptırım Kararı ve Yargısal Denetimi Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2010.

VESEY, Caleb: Per se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law, EUComplaw.org, New York Law School, <https://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/> (E.T.: 05/04/2020).

WHISH, Richard/ **BAILEY**, David: Competition Laws, 7.Ed., Oxford University Press, 2012 (*Whish 7.Ed.*)

WHISH, Richard/ **BAILEY**, David: Competition Law, 8.Ed, Oxford University Press, 2015 (*Whish 8.Ed*).

WOODS, Lorna/ **WATSON**, Philippa/ **COSTA**, Marios: Steiner & Woods EU Law, 13.Ed, Oxford University Press, 2017.

YALÇINKAYA, Timuçin: Küresel Kapitalizm ve Ekonomi Politikaları, Ankara, Ekin Yayınevi, 2016.

COŞKUN, Sevda Yaşar: Rekabet Hukukunda Zararın Üç Katı Tazminat Davası, JCRSS, 2017, Vol.:7, Issue:1

YAVUZ, Şahin: Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “*Per Se*” veya “*Rule of Reason*”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi, Ankara 2003.

YILMAZ, Ejder: Rekabet Kanununun Uygulanmasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, 1999 (*Yılmaz, E. 1999*).

YILMAZ, Ejder: Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri, 2004 (*Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II*).

YILMAZ, Ejder: “Rekabet Hukukunda İspat Yükü”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, 2006 (*Güncel Gelişmeler Sempozyumu-IV*).

YILDIZ, Uğur: Rekabet Hukukunda ABC Bilgi Değişimi (*Hub&Spoke*), Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

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

ZAMPA, Gian Luca/ **CARLI**, Cecilia: Information Exchanges, Concerted Practices by Object and Financial/Commodity Trading, Competition Law & Policy Debate, 2015, Vol. 1, No. 2.

İNTERNET ADRESLERİ

The Editors of Encyclopaedia Britannica <https://www.britannica.com/topic/Standard-Oil>, (E.T.2.12.2019).

FTC, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/price-discrimination-robinson-patman>(E.T. 8/01/2020).

Corporate Finance Institute (CFI) : Celler-Kefauver Act, <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/celler-kefauver-act/> (E.T.26.07.2020).

YARGI KARARLARI

Ankara 6. İdare Mahkemesi, E.2019/946, K.2019/2625 (Rekabet Kurumu resmi internet sitesi <https://www.rekabet.gov.tr/Safahat?safahatId=bc9f149c-bbcc-4fd8-ad33d6145908954e>).

Danıştay 13. Dairenin 21.05.2019, E.2016/3587, K. 2019/1778 (Yayımlanmamıştır).

TÜRK REKABET HUKUKU

Adıyaman LPG Kararı, RK, K.S: 05-73/986-273, K.T: 25.10.2005.

Antalya Fırıncılar Odası Kararı, RK, K.T: 20.11.1997, K.S: 40/245-1.

Araç Lastiği Kararı, RK, K.S: 15-44/731-266, K.T: 16.12.2015.

Beyaz Çimento Kararı, RK, K.S:14-22/460-202, K.T: 25.06.2014.

Banka Kart Kararı, RK, K.S: 13-13/198-100 K.T: 08.03.2013.

BİAK Kararı, RK, K.T: 4.3.1999, K.S: 99-13/99-40.

Çimento Kararı, RK, K.S: 07-62/740-268, K.T: 26.7.2007.

Çelik Çember Kararı, RK, K.S: 12-52/1479-508, K.T: 30.10.2012.

Çelik Otokorkuluk Kararı, RK.S.: 18-44/702-344, K.T.: 22.11.2018.

Çimento Kararı, RK, K.T: 13.9.2005, K.S: 05-57/850-230.

Doğan Yayın Holding/Feza Gazetecilik Kararı, RK, K.S: 10-47/858-296, K.T: 01.07.2010.

İstanbul Ekmek Kararı, RK, K.S: 99-49/536-337, K.T: 27.10.1999.

Enerjisa Kararı, RK, K.S: 19-39/604-258 K.T: 12.11.2019.

Elektrik Mühendisleri Odası İzmir Şubesi Kararı, RK, K.T:19.02.1998, K.S: 53/384-44.

Gazete Kararı, RK, K.S: 00-26/291-161, K.T: 17/07/2000(Danıştay iptal).

Gazete Kararı, K.S:07-62/742-269, K.T: 26/07/2007.

Gazete kararı, RK, K.S: 00-26/291-161, K.T.: 17.07.2000, 23.09.2005 tarihli ve 05-60/896-241, Danıstay iptali üzerine karar: K.T:12.11.2008, K.S: 08-63/1050- 409.

İMKB Kararı, RK, K.S: 96/785-169, K.T:30.04.2000.

İsdemir, RK, K.T:15.12.1999, K.S: 99-59/639-406.

KİK Kararı, RK, K.S: 41/269-19, K.T: 03.12.1997.

Maya Kararı, RK, K.S: 00-24/255-138 K.T: 27.06.2000(Danıştay İptal)

Maya Karar: K.S: 08-63/1051-410, K.T.: 12.11.2008.

Maya-III, RK, K.S: 05-60/896-241 K.T:23.9.2005.

Motor Yenileme Kararı, RK, K.S: 01-10/100-24, K.T: 27/02/2001.

Otomotiv Kararı, RK, K. S.: 11-24/464-139 K.T: 18.04.2011.

Piliç Eti Kararı, RK, K.S: 19-12/155-70, K.T: 13.03.2019.

Seramik Kararı, 06-08/121-30, K.T: 2.2.2006.

RK, K.S: 07-62/742-269, K.T: 26.07.2007.

RK, K.S:15-29/433-116, K.T: 9.07.2015.

RK, K.S: 17-27/452-194 K.T: 22.08.2017.

RK, K.S: 03-10/114-52 K.T: 18.2.2003.

Sakarya İli Sürücü Kursları Kararı, RK, K.S: 14-49/877-397, K.T: 09.12.2014.

Sahibinden Kararı, RK, K.S: 18-36/584-285, K.T: 01.10.2018.

Sigorta şirketleri Kararı, RK, K.S: 20-06/61-33, K.T. 23.01.2020.

Selçuk Ecza Deposu Kararı, RK, K.S: 04-83/1179-299 K.T: 30.12.2004.

Sofralık Yumurta Kararı, RK, K.S:19-21/306-132 K.T:13.06.2019.

Süt Kararı, RK, K.T:23.03.2000, K.S.:00-11/109-54, RG 24233,17.11.2000.

TOBB Kararı, RK, K.S: 99-24/217-130, K.T: 20.05.1999.

TUS Kararı, RK, K.S: 53/384-44, K.T: 19.2.1998.

TKKM-Gübretaş, RK, K.S: 01-33/331-94 K.T: 17.7.2001.

Yemek Çeki Kararı, RK, K.S: 06-36/465-127, K.T: 26/05/2006.

AB REKABET HUKUKU

ACF Chemiefarma v. Commission, Case 41 /69,1970 E.C.R. 661

Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission, Cases C-89,104, 114, 116, 117, 125,129/85; ECR 1993, I-1307

Akzo Nobel NV v Commission Case C- 97/08 P [2009] ECR I- 8237, [2009] 5 CMLR 2633

AOIP v. Beyrard, O.J. Eur. Comm. [1976] L 6/8, [1976] 1 CMLR D14.

Asnef- Equifax, Case C- 238/05 [2006] ECR I- 11125, [2007] 4 CMLR 224.

Belgische Radio En Televisie v. Sabam, ECJ, 127/73, 27-3-1974, ECR-1974, 313.

Bayer v. Commission, Case T-41 /96, 2000 E.C.R. 11-3383.

Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées, Case 30/87 [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984.

Comm'n v. Anic Partecipazioni Spa, (Polypropylene),Case C-49/92P,1999 E.C.R. 1-4125.

Continental Can v Commission, Case C-6/72 [1973] ECR 215.

Consten-Grunding v. Commission, ECJ, 56-58/64, 13.7.1966, ECR-1966.

Competition Authority v Beef Industry Development Society(BIDS), Case C-209/07, Court of Justice, [2008] ECR-I-8637, [2009] 4 CMLR 6.

Commission v. Anic Partecipazioni, Case C-49/92 P, 8.07.1999.

E-turas UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkirencijos taryva(Eturas), Case C-74/14, ECLI: EU: C:2016:42.

Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others, Case C-226/11, Court of Justice [2013] 4 CMLR 14.

Factortame, Cases C- 46/93 and C- 48/93 Brasserie du Pêcheur SA and Factortame [1996] ECR I- 6297, [1996] 1 CMLR 889,

Franz Völk v. Etablissement J.Vervaecke, Case C-5/69, Judgment of The Court 9/07/1969,

Heintz Van Landewyck Sarl v. Comm'n, Opinion of the Advocate General, Joined Cases 209-215 & 218/78, 1980 E.C.R. s.3286, 3310.

Höffner and Elser v. Macrotron GmbH, Case C-41/90 [1993] 4CMLR 306.

Hydrotherm Geratebau GMBH v Compact Del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Case170/83, ECR 1984, 2999,

Imperial Chemical Industries v Commission Case 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557.

Pavlov and Others Cases C-180/98 ETC (12/09/2000) ECR I-6451.

RAI v UNITEL OJ [1978] L 157/39, [1978] 3 CMLR 306,

Sat Fluggesellschaft GmbH K. Eurocontrol, Case C- 364/92 [1994] ECR I- 43, [1994] 5 CMLR 208.

STM v Maschinenbau Ulm GmbH, ECJ, 56/65, 30.6.1966, ECR-1966-235.

Suiker Unie and Others v. Commission, Case 40/73 ETC (1975) ECR 1663.

United Brands v Commission, Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

Viho Europe BV v. Commision, Case C-73/95P [1996] ECR I-5457.

ABD ANTITRUST HUKUKU

Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp. , 467 U.S. 752, 768–769 (1984).

Eastern States Lumber Ass'n v. United States, 234 U.S. 600 (1914).

Interstate Circuit, Inc. v United States, 306 U.S.208 (1939).

Paramount Pictures, Inc, 334 U.S. 131 (1948).

Standard Oil of New Jersey v. United States, 221 US 1, 55 L.Ed. 619, 1911.

Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 809-10 (1946),

Theatre Enter. v. Paramount Film Distribution Corp.,346 U.S. 537 (1954).
Toys R US, Inc v. Federal Trade Commission, 221 F 3d 928,933 (7th Cir 2003).
Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp 346 U.S. 537 (1954).
United States v. Container Corp. of America, 393 U.S. 33 (1966).
United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596 (1972).
United States v. Kissell & Harned, 218 U.S. 601 (1910).
United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131, 142 (1948),
United States v. Trans-Missourri Freight Association, 166 US 290 (1897).
United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505 (1898).
United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897).
United States v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947).

REKABET KURULU KILAVUZLAR

RK, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Kabul Tarihi: 28.01.2008, Karar Sayısı: 08-04/56-M

RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6).

RK, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2002/2)

RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Kabul Tarihi:30.4.2013 Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6).

AB DÜZENLEMELERİ

European Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of EU Competition Law, OJ, 9.12.1997, C 372/5.

Commission Notice of 27 May 1970 Concerning Agreements, Decisions and Concerted Practices of Minor Importance Which Do Not Fall Under Article 85(1) of The Treaty Establishing The European Economic Community,

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9cddce79-f04a-4338-8573-cb9090ef80d5/language-en> (E.T.03.04.2020).

Notice on Agreements of Minor Importance Which Do Not Appreciably Restrict Competition Under Article 101(1) of TFEU (De Minimis Notice), 2014/C 291/01, 30.8.2014,

https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/en/txt/?uri=oj%3ajoc_2014_291_r_0001
(E.T.03.04.2020)

Commission Notice Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements (2011/C 11/01).

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.