

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA

REKABET HUKUKUNDA RAKİPLER ARASI
BİLGİ DEĞİŞİMİ

Çiğdem AKKAN

Danışman
Dr. Yaşar Can GÖKSOY

İZMİR-2019

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “Rekabet Hukukunda Rakipler Arası Bilgi Değişimi” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

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

Çiğdem AKKAN

ÖZET

Doktora Tezi

Rekabet Hukukunda Rakipler Arası Bilgi Değişimi

Çiğdem AKKAN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Rekabet hukukunda rakip teşebbüsler arasında çeşitli yollarla bilgi paylaşımı gerçekleştirilmektedir. Rakip teşebbüsler işbirliği amacıyla bilinçli olarak bu bilgi değişimini sağlayabilecekleri gibi; rakipler arasındaki bilgi değişimi reklamlar, pazar araştırmaları, mesleki organizasyonlar, müşteriler gibi üçüncü kişiler aracılığıyla ve dolaylı olarak da ortaya çıkabilir.

Rakip teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi, rakip teşebbüslerin birbirlerinin ticari stratejileri konusundaki belirsizlikleri azaltması ya da ortadan kaldırması dolayısıyla rekabet yönünden istenmeyen sonuçlar meydana getirebilir. Azalan ya da tamamen ortadan kalkan belirsizlik ve ilgili pazarda oluşan şeffaflık; rakiplerin birbirlerinin ticari kararlarını önceden bilmeleri, öngörebilmeleri ve buna göre kendi stratejilerini yönlendirmeleri imkânını beraberinde getirir. Bu durum, ilgili mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti kısıtlayarak tüketicilere olumsuz yönde etki edebilir. Ancak söz konusu bilgi değişimi sadece rakipler arasında kalmayıp tüketicilerin de kolayca bilgi edinebildiği genel bir şeffaflık yaratmaktaysa, bu durumda bilgi değişiminin rekabeti kısıtlamak yerine güçlendirdiğini ve tüketici menfaatlerine yönelik yarar sağladığını söylemek mümkün olacaktır.

Rekabet üzerinde hem olumlu hem olumsuz etkileri bir arada barındırabilen bilgi değişiminin rekabet hukuku yönünden değerlendirilmesi yapılırken tüm bu unsurla birlikte ele alınarak karşılaştırmalı bir inceleme

yapılarak baskın olan yön belirlenip somut olayın özelliklerine göre sonuca ulaşılmalıdır. Ayrıca bir bilgi değişimi faaliyeti değerlendirilirken bunun yasal bir düzenlemenin getirdiği zorunluluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı da dikkate alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Bilgi Değişimi, Rule of Reason Doktrini, Güvenli Limanlar, Etkinlik, Uyumlu Davranış Biçimi Olarak Bilgi Değişimi, Bilgi Değişiminden Kaynaklanan Birlikte Hâkim Durum.



ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy (PhD)

Information Exchange Among Competitors in Competition Law

Çiğdem AKKAN

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

In competition law, information exchange can occur among competitors in various ways. Competitors may provide the information exchange intentionally for the purpose of coordination; or information exchange among competitors can also occur by means of third parties as advertisements, market surveys, professional associations indirectly.

Information exchange among competitors may backfire with respect competition law because it can reduce or eliminate uncertainties about business strategies of competitors. The uncertainty that diminishes or is eliminated completely and transparency that occurs in the relevant market enables the competitors to know each other's business decisions in advance, to foresee and to coordinate own strategies with them. Under these circumstances, information exchange may have an effect on consumers negatively by restricting competition in the relevant goods or services market. However, it would be possible to say that if the information exchange creates a general transparency in which the consumers can easily reach to information, not just among the competitors, then the exchange of information strengthens rather than restricts competition and it provides benefit to the interest of the consumers.

While evaluating the exchange of information that can have both positive and negative effects on the competition in terms of competition law, a

comparative analysis should be carried out with all these elements and the dominant side should be determined and the result should be reached according to the characteristics of the concrete case. It should also be taken into account whether this is caused by a legal regulation when assessing an information exchange activity.

KEYWORDS: Information Exchange, Doctrin of Rule of Reason, Safe Harbours, Efficiency, Information Exchange as a Concerted Behavior, Collective Dominant Position caused by Information Exchange.



İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR CETVELİ	xxiv

GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİLGİ VE BİLGİ DEĞİŞİMİ KAVRAMLARININ TANIMI, BİLGİ DEĞİŞİMİNİN REKABETİ ARTTIRICI VE KISITLATICI SONUÇLARI İLE BİLGİ DEĞİŞİMİNİN TÜRLERİ

1.1. BİLGİ VE BİLGİ DEĞİŞİMİ KAVRAMLARININ TANIMI	3
1.1.1. Bilgi Kavramı	3
1.1.2. Bilgi Değişimi Kavramı	7
1.1.3. Bilgi Değişiminin Rekabeti Artırıcı ve Kısıtlayıcı Sonuçları	9
1.1.3.1. Bilgi Değişiminin Rekabeti Arttırıcı Sonuçları	14
1.1.3.1.1. Tüketici Menfaatleri	14
1.1.3.1.2. Teşebbüslerin Geleceğe Dönük Öngörülerde Bulunabilmesini Sağlama	17
1.1.3.1.2.1. Genel Olarak	17
1.1.3.1.2.2. Sektörel Yönden	22
1.1.3.1.2.2.1. Bankacılık Sektörü Yönünden	25
1.1.3.1.2.2.2. Sigortacılık Sektörü Yönünden	27
1.1.3.1.3. Pazara Yeni Girecek Teşebbüslere Kolaylık Sağlama	30

1.1.3.1.4. Teknolojik Gelişmelere Yardımcı Olma	31
1.1.3.2. Bilgi Değişiminin Rekabeti Kısıtlayıcı Sonuçları	33
1.1.3.2.1. Genel Olarak	33
1.1.3.2.1.1. Teşebbüsler Arasında Koordinasyon Oluşturma	33
1.1.3.2.1.2. Piyasa Kapama Etkisi	37
1.1.3.2.1.2.1. Pazara Giriş Engelleri Yaratma	38
1.1.3.2.1.2.2. Rakipleri Pazar Dışına İtme	43
1.1.3.2.1.3. Kartelleşmeye Sebep Olma	44
1.1.3.2.1.4. Tüketici Menfaatlerini İhlâl Etme	46
1.1.3.2.2. Zarar Teorileri	48
1.1.3.2.2.1. Koordineli Etkilere Dayalı Zarar Teorisi	49
1.1.3.2.2.1.1. İç İstikrara Yönelik Zarar Teorisi	49
1.1.3.2.2.1.2. Dış İstikrara Yönelik Zarar Teorisi	53
1.1.3.2.2.2. Koordineli Olmayan Etkilere Dayalı Zarar Teorisi	54
1.1.4. Bilgi Değişiminin Türleri	57
1.1.4.1. Yardımcı (Kolaylaştırıcı) Eylem Olarak Bilgi Değişimi-Tek Başına Eylem Olarak Bilgi Değişimi	57
1.1.4.1.1. Yardımcı Eylem Olarak Bilgi Değişimi	59
1.1.4.1.1.1. Genel Olarak	59
1.1.4.1.1.2. AB’de Konuya İlişkin Örnek Kararlar	61
1.1.4.1.1.2.1. “Polypropylene” kararı	61
1.1.4.1.1.2.2. “Zinc Producer Group” kararı	62
1.1.4.1.1.2.3. “Europia Asia Trades Agreement (EATA)” kararı	63

1.1.4.1.1.3. Rekabet Kurulu’nun Konuya İlişkin Örnek Kararları	64
1.1.4.1.1.3.1. “ <i>Bemka Emaye Bobin Teli ve Kablo San. A.Ş. vd.</i> ” kararı	64
1.1.4.1.1.3.2. “ <i>Beyaz Et Sanayicileri ve Damızlıkçılar Birliği (Besd-Bir)</i> ” kararı	66
1.1.4.1.1.3.3. “ <i>MPS Metal A.Ş.-Bekap Metal A.Ş.</i> ” kararı	66
1.1.4.1.1.3.4. “ <i>Asil Çelik San. ve Tic. A.Ş. vd.</i> ” kararı	67
1.1.4.1.1.4. Dikey Anlaşmalar Kapsamında Yardımcı Eylem Olarak Bilgi Değişiminin Ortaya Çıktığı Haller	68
1.1.4.1.1.4.1. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Koşulu (<i>Resale Price Maintenance Clause -RPM</i>)	68
1.1.4.1.1.4.2. En Çok Kayrılan Müşteri Kaydı (<i>Most Favoured Customer Clause -MFC</i>)	71
1.1.4.1.1.4.3. Fiyat Eşleştirme Klozu (<i>Price Matching Clause- PMC</i>)	73
1.1.4.1.1.4.4. Rekabete Cevap Verme Klozu (<i>Meeting Competition Clause- MCC</i>)	75
1.1.4.1.1.4.5. İngiliz Şartı (<i>English Clause</i>)	76
1.1.4.1.2. Tek Başına Eylem Olarak Bilgi Değişimi	77
1.1.4.2. Ortaya Çıkış Şekline Göre Bilgi Değişimi	87
1.1.4.2.1. Doğrudan Bilgi Değişimi	87
1.1.4.2.2. Üçüncü Kişi Aracılığıyla Bilgi Değişimi	88
1.1.4.2.2.1. Ticaret Birlikleri ve Bağımsız Kuruluşlar Aracılığıyla Bilgi Değişimi	88
1.1.4.2.2.2. İnternet Aracılığıyla Bilgi Değişimi	92
1.1.4.2.2.2.1. B2C (Business to Consumer)	92
1.1.4.2.2.2.2. B2B (Business to Business)	95
1.1.4.2.2.2.3. C2C (Consumer to Consumer)	99

1.1.4.2.2.3. Diğer Üçüncü Kişiler Aracılığıyla Bilgi Değişimi	99
1.1.4.2.2.4. AB ve ABD’de Konuya İlişkin Örnek Kararlar	100
1.1.4.2.2.4.1. “The Airline Tariff Publisng (ATP) Company” kararı	100
1.1.4.2.2.4.2. “Vegetable Parchment” kararı	102
1.1.4.2.2.4.3. “CEPI-Cartonboard” kararı	103
1.1.4.2.2.4.4. “Wirthschaftsvereinigung Stahl” kararı	104
1.1.4.2.2.4.5. “EUDIM” kararı	105
1.1.4.2.2.5. Rekabet Kurulu’nun Konuya İlişkin Örnek Kararları	106
1.1.4.2.2.5.1. “Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği (TÇMB)” Kararı	106
1.1.4.2.2.5.2. “Gübre Üreticileri Derneği (GÜD)” kararı	108
1.1.4.2.2.5.3. “Otomotiv Distribütörleri Derneği (ODD)” kararı	109
1.1.4.2.2.5.4. “Petrol Sanayicileri Derneği (PETDER)” kararları	110
1.1.4.2.2.5.5. “Uluslararası Nakliyeciler Derneği (UND)” kararı	113
1.1.4.2.2.5.6. “Türkiye Hazır Beton Birliği (THBB)” kararı	115
1.1.4.2.2.5.7. “Boya Sanayicileri Derneği (BOSAD)” Kararı	116
1.1.4.3. Bilginin Yatay Değişimi- Bilginin Dikey Değişimi	117
1.1.4.3.1. Bilginin Yatay Değişimi	117
1.1.4.3.1.1. Genel Olarak	117
1.1.4.3.1.2. Rakip Kavramı	117
1.1.4.3.2. Bilginin Dikey Değişimi	120

1.2. BİLGİ DEĞİŞİMİ HAKKINDA MEVCUT MEVZUAT HÜKÜMLERİ

	125
1.2.1. Genel Olarak	125
1.2.2. ABD	125
1.2.2.1. Sherman Yasası	125
1.2.2.2. Clayton Yasası	127
1.2.2.3. Federal Ticaret Komisyonu Yasası (FTC Act)	128
1.2.2.4. Robinson- Patman Yasası	129
1.2.2.5. Celler-Kefauver Yasası	129
1.2.2.6. Rakipler Arasındaki İşbirlikleri Hakkında Antitröst Rehberi	129
1.2.2.7. Sağlık Hizmetleri Alanında Antitröst Uygulama Politikalarına İlişkin Açıklamalar	132
1.2.3. Avrupa Birliği (AB)	133
1.2.3.1. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)	133
1.2.3.2. Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber	135
1.2.3.3. AET Anlaşması m. 81/III Hükümünün Uygulanmasına İlişkin Genel Rehber	139
1.2.3.4. AET Anlaşması m. 81 Hükümünün Denizcilik Taşıma Hizmetlerine Uygulanması Hakkında Rehber	139
1.2.4. Birleşik Krallık	141
1.2.5. Türkiye	144

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİ DEĞİŞİMİNİN REKABET HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA BİLGİ DEĞİŞİMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE TARİHSEL SÜREÇ 147

2.1.1. Sherman Yasası'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki İlk Dönemler 147

2.1.1.1. "American Column & Lumber Co. v. United States" kararı 148

2.1.1.2. "American Linseed Oil Co. v. United States" kararı 149

2.1.1.3. “Cement Manufacturers Protecvtive Assn. v. US” kararı	149
2.1.1.4. “Maple Flooring Manufacturers Association v. United States” kararı	150
2.1.2. Harvard Okulu (Yapısalcı Kuram) Dönemi	152
2.1.3. Chicago Okulu (Davranışçı Kuram) Dönemi	154
2.1.4. Tekrarlanan Oyun Modeli Dönemi	156
2.2. AVRUPA KOMİSYONUNUN BİLGİ DEĞİŞİMİNE BAKIŞINDAKİ TARİHSEL SÜREÇ	157
2.2.1. Teşebbüsler Arasında İşbirliği Alanındaki Anlaşmalar, Kararlar ve Uyumlu Eylemler Hakkında 1968 Tebliği	157
2.2.2. “Suiker Unie” Kararı	159
2.2.3. “UK Agricultural Tractor Registration Exchange” Kararı	161
2.3. BİLGİ DEĞİŞİMİNİN PER SE, AMAÇ BAKIMINDAN VEYA RULE OF REASON OLARAK (ETKİLERİ BAKIMINDAN) REKABETE AYKIRILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÜVENLİ LİMANLAR (SAFE HARBOURS)	163
2.3.1. Bilgi Değişiminin Per Se Rekabete Aykırılık Yönünden Değerlendirilmesi	163
2.3.2. Bilgi Değişiminin Amaç Bakımından Rekabete Aykırılık Yönünden Değerlendirilmesi	166
2.3.3. Bilgi Değişiminin Rule of Reason Olarak (Etkileri Bakımından) Rekabete Aykırılık Yönünden Değerlendirilmesi	174
2.3.3.1. Rule of Reason Analizinde Değerlendirilecek Unsurlar	181
2.3.3.1.1. Değiştirilen Bilgiye İlişkin Unsurlar	181
2.3.3.1.1.1. Değiştirilen Bilginin Türü ve Konusu	181
2.3.3.1.1.1.1. Halka Açık Olan Bilginin Değişimi-Halka Açık Olmayan Bilginin Değişimi	181
2.3.3.1.1.1.2. Bireysel Bilginin Değişimi-Kümülatif (Toplanmış/Kollektif) Bilginin Değişimi	185
2.3.3.1.1.1.3. Rekabete Hassas Bilginin Değişimi	187
2.3.3.1.1.1.3.1. Genel Olarak	187

2.3.3.1.1.1.3.2. AB ve ABD’de Konuya İlişkin Örnek Kararlar	194
2.3.3.1.1.1.3.2.1. “ <i>National Association of Music Merchants, Inc.</i> ” kararı	194
2.3.3.1.1.1.3.2.2. “ <i>Agreements Between Manufacturers of Glass Containers (IFTRA)</i> ” kararı	194
2.3.3.1.1.1.2.2.3. “ <i>COBELPA/VNP</i> ” kararı	195
2.3.3.1.1.1.3.3. Rekabet Kurulu’nun Konuya İlişkin Örnek Kararları	195
2.3.3.1.1.1.3.3.1. “ <i>Harun Güzeldere vd.- Baylas Otomotiv A.Ş. vd.</i> ” kararı	195
2.3.3.1.1.1.3.3.2. “ <i>Otomotiv Derneği (ODD) ve üyeleri ile Otomotiv Sanayii Derneği (OSD) ve üyeleri</i> ” kararları	196
2.3.3.1.1.1.3.3.3. “ <i>ALJ Otomotiv A.Ş. vd.</i> ” kararı	200
2.3.3.1.1.1.3.3.4. “ <i>ArcelorMittal-Borçelik-Erdemir</i> ” kararı	202
2.3.3.1.1.1.3.3.5. “ <i>Advis Akademik Danışmanlık ve Uluslararası Ticaret A.Ş. vd.</i> ” kararı	202
2.3.3.1.1.1.3.3.6. “ <i>Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü-Hidrojen Peroksit Sanayi ve Tic. A.Ş. vd.</i> ” kararı	204
2.3.3.1.1.1.3.3.7. “ <i>Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği ve üyeleri</i> ” kararı	205
2.3.3.1.1.1.3.3.8. “ <i>Akademi Medikal Paz. Ltd. Şti. vd.</i> ” kararı	206
2.3.3.1.1.1.3.3.9. “ <i>Arçelik Pazarlama A.Ş.- Vestel Ticaret A.Ş.-BSH Ev Aletleri San. ve Tic. A.Ş.</i> ” kararı	206

2.3.3.1.1.1.3.3.10. “Türkiye Ağaç İşleri Esnaf ve Sanatkarları Federasyonu-Kastamonu Entegre Ağaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Yontaş Yonga Levha Sanayi ve Ticaret A.Ş.” kararı	208
2.3.3.1.1.1.3.3.11. “Bank of Tokyo-Mitsubishi UFC Turkey A.Ş.- Citibank A.Ş. vd. (On Üç Banka)” Kararı	208
2.3.3.1.1.1.4. Tek Taraflı Bilgi Değişimi-Karşılıklı Bilgi Değişimi Ayrımı	209
2.3.3.1.1.1.4.1 Tek Taraflı Bilgi Değişimi (Tek Taraflı Bilgi Açıklamaları)	209
2.3.3.1.1.1.4.1.1. Geleceğe Yönelik Fiyat Bilgilerinin Tek Taraflı Olarak Açıklanması	211
2.3.3.1.1.1.4.1.2. Tek Taraflı Bilgi Açıklamalarının Özel veya Kamusal Nitelikte Olması	220
2.3.3.1.1.1.4.1.3. İspat Aracı Olarak Tek Taraflı Bilgi Açıklamalar	227
2.3.3.1.1.1.4.1.4. “Cheap Talk” Olarak Tek Taraflı Bilgi Açıklamaları	229
2.3.3.1.1.1.4.1.5. İradi Olmayan Tek Taraflı Bilgi Açıklamaları	232
2.3.3.1.1.1.4.2. Karşılıklı Bilgi Değişimi	235
2.3.3.1.1.1.5. Değiştirilen Bilginin Detaylılık Derecesi	236
2.3.3.1.1.2. Değiştirilen Bilginin Ait Olduğu Zaman Dilimi	236
2.3.3.1.1.2.1. Geçmişe Dönük (Tarihi) Bilginin Değişimi	236
2.3.3.1.1.2.2. Güncel Bilginin Değişimi	240
2.3.3.1.1.2.3. Geleceğe Yönelik Bilginin Değişimi	241

2.3.3.1.1.3. Bilgi Değişiminin Sıklığı	243
2.3.3.1.2. Bilgi Değişiminin Söz konusu Olduğu İlgili Pazarın ve Ürünün Yapısı	245
2.3.3.1.2.1. İlgili Pazar Kavramı	245
2.3.3.1.2.1.1. İlgili Ürün ya da Hizmet Pazarı	246
2.3.3.1.2.1.2. İlgili Coğrafi Pazar	252
2.3.3.1.2.1.3. Zamansal (Dönemsel) Pazar	255
2.3.3.1.2.2. Bilgi Değişiminin Değerlendirilmesi	
Bakımından İlgili Pazarın ve Ürünün Özellikleri	255
2.3.3.1.2.2.1. Şeffaflık	256
2.3.3.1.2.2.2. İlgili Pazarda Faaliyet Gösteren	
Teşebbüs Sayısı (Pazarın Yoğunlaşma Oranı)	261
2.3.3.1.2.2.3. Ürünün Homojenlik Oranı	263
2.3.3.1.2.2.4. İlgili Pazar Koşullarının Durağan ya	
da Değişken Olması	267
2.3.3.1.3. Bilgi Değişimine Katılan Teşebbüslerin Özellikleri	269
2.3.3.1.3.1. Simetri	269
2.3.3.1.3.2. Pazar Payı ve Pazar Gücü	270
2.3.3.1.3.2.1. Hâkim Durumda Bulunma	272
2.3.3.1.3.2.2. De Minimis Kuralı	274
2.3.3.2. Rule of Reason Analizinde Etkinlik Savunması	279
2.3.4. Güvenli Limanlar (<i>Safe Harbours/Safe Havens</i>)	284

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET KURULU SORUŞTURMA SÜRECİNDEN VE ÇEŞİTLİ MEVZUATTAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ

3.1. REKABET KURULU SORUŞTURMA SÜRECİNDEN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ	287
3.1.1. Genel Olarak	287
3.1.2. Soruşturma Tarafının Dosyaya Giriş Hakkından Doğan Bilgi Değişimi	290
3.1.2.1. Dosyaya Giriş Hakkı	290

3.1.2.1.1. Dosyaya Giriş Hakkına Sahip Olanlar	292
3.1.2.1.2. Dosyaya Giriş Hakkını Kullanma Süresi	296
3.1.2.1.2.1. Dosyaya Giriş Hakkının Başlama Zamanı	296
3.1.2.1.2.2. Dosyaya Giriş Hakkının Bitiş Zamanı	299
3.1.2.1.3. Dosyaya Giriş Hakkını Kullanma Talebinin Değerlendirilmesi ve Dosyaya Giriş Şekli	303
3.1.2.1.4. Dosyaya Giriş Hakkı Kullanılarak Dosyadaki Bilgilere Erişme ve Belgelerden Örnek Alma	304
3.1.2.1.4.1. Kurum İçi Yazışmalar	312
3.1.2.1.4.2. Ticari Sır	313
3.1.2.1.4.2.1. Tanımı ve Belirlenmesi	313
3.1.2.1.4.2.2. Ticari Sırların Korunması	316
3.1.2.1.4.3. Diğer Gizli Bilgileri İçeren Belgeler	317
3.1.2.2. Değerlendirme	317
3.1.3. Kurul Üyeleri ve Kurum Personelinin Soruşturma Kapsamında Edindikleri Bilgiler Yönünden Bilgi Değişimi	319
3.1.4. OECD Uygulamalarına Göre Rekabet Kurulları Arasında Bilgi Değişimi	320
3.2. ÇEŞİTLİ MEVZUATTAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ	322
3.2.1. Türk Ticaret Kanunu (TTK) Hükümlerinden Kaynaklanan Bilgi Değişimi	322
3.2.1.1. Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Doğan Bilgi Değişimi	322
3.2.1.1.1. Genel Olarak	322
3.2.1.1.2. Due Diligence	335
3.2.1.1.3. Değerlendirme	337
3.2.1.2. Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkından Doğan Bilgi Değişimi	339
3.2.1.2.1. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Arasındaki İlişki	339
3.2.1.2.2. Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Haklarından Doğan Bilgi Değişiminin Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	

Kapsamında Şirket Türlerine Göre Rekabet Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi	340
3.2.1.2.2.1. Kollektif Şirketler Yönünden	340
3.2.1.2.2.1.1. Kollektif Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	340
3.2.1.2.2.1.2. Kollektif Şirketlerde Ortakların Sadakat ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	341
3.2.1.2.2.1.3. Değerlendirme	342
3.2.1.2.2.2. Adi Komandit Şirketler Yönünden	343
3.2.1.2.2.2.1. Adi Komandit Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	343
3.2.1.2.2.2.2. Adi Komandit Şirketlerde Ortakların Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	345
3.2.1.2.2.2.3. Değerlendirme	346
3.2.1.2.2.3. Anonim Şirketler Yönünden	346
3.2.1.2.2.3.1. Pay Sahipleri Yönünden	346
3.2.1.2.2.3.1.1. Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	346
3.2.1.2.2.3.1.2. Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	350
3.2.1.2.2.3.2. Yönetim Kurulu Üyeleri Yönünden	351
3.2.1.2.2.3.2.1. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	351
3.2.1.2.2.3.2.2. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü	353
3.2.1.2.2.3.3. Değerlendirme	356
3.2.1.2.2.4. Limited Şirketler Yönünden	361
3.2.1.2.2.4.1. Ortaklar Yönünden	361
3.2.1.2.2.4.1.1. Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	361

3.2.1.2.2.4.1.2. Limited	Şirketlerde	
Ortakların Sır Saklama ve Rekabet Etmeme		
Yükümlülüğü		362
3.2.1.2.2.4.2. Müdürler Yönünden		363
3.2.1.2.2.4.2.1. Limited	Şirketlerde	
Müdürlerin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı		
		363
3.2.1.2.2.4.2.2. Limited	Şirketlerde	
Müdürlerin Sır Saklama ve Rekabet Etmeme		
Yükümlülüğü		364
3.2.1.2.2.4.3. Değerlendirme		366
3.2.1.3. Sermaye	Şirketlerinde	
İnternet Sitesi Açma		
Zorunluluğundan Doğan Bilgi Değişimi		368
3.2.1.3.1. Sermaye	Şirketlerinde	
İnternet Sitesi Açma		
Zorunluluğu		368
3.2.1.3.2. Bilgi Değişimi	Yönünden	
Rekabet Hukuku		
Kapsamında Değerlendirme		370
3.2.2. Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) Hükümlerinden Kaynaklanan Bilgi		
Değişimi		371
3.2.2.1. Genel Olarak		371
3.2.2.2. Lisans Sözleşmeleri ve Bilgi Değişimi		374
3.2.2.3. Patent Havuzları ve Bilgi Değişimi		380
3.2.3. Enerji Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi		386
3.2.3.1. Ortak Hükümler: Enerji Piyasası	Bildirim	
Yönetmeliği'nden Kaynaklanan Bilgi Değişimi		386
3.2.3.2. Elektrik Piyasası Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi		
		389
3.2.3.3. Doğalgaz Piyasası Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi		
Değişimi		396
3.2.3.4. Petrol Piyasası Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi		
		398
3.2.3.5. Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Mevzuatından		
Kaynaklanan Bilgi Değişimi		403

3.2.4. Vergi Usul Kanunu (VUK) Hükümlerinden Kaynaklanan Bilgi Değişimi	406
3.2.5. Değerlendirme	408

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINDAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ İLE UYUMLU DAVRANIŞ BİÇİMİ OLARAK BİLGİ DEĞİŞİMİ VE BİLGİ DEĞİŞİMİ YOLUYLA BİRLİKTE HÂKİM DURUM

4.1. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINDAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ	413
4.1.1. Yatay İşbirliği Anlaşmaları	413
4.1.2. Güvenli Liman (Safe Harbour) Niteliğindeki Yatay İşbirliği Anlaşmaları	424
4.1.2.1. Araştırma ve Geliştirme (Ar-Ge) Anlaşmaları Kapsamında Bilgi Değişimi	425
4.1.2.2. Teknoloji Transferi Anlaşmaları Kapsamında Bilgi Değişimi	432
4.1.2.3. Uzmanlaşma (Üretim) Anlaşmaları Kapsamında Bilgi Değişimi	437
4.1.2.4. Sigorta Sektörü Kapsamında Bilgi Değişimi	442
4.1.3. Güvenli Liman Niteliği Taşımayan Yatay İşbirliği Anlaşmaları	445
4.1.3.1. Ortak Alım Anlaşmaları	445
4.1.3.2. Ticarileştirme (Ortak Satım) Anlaşmaları	450
4.1.3.3. Diğer Ortak Girişim (Joint-Venture) Anlaşmaları	454
4.1.3.4. Standardizasyon Anlaşmaları	456
4.2. UYUMLU DAVRANIŞ BİÇİMİ OLARAK BİLGİ DEĞİŞİMİ	466
4.2.1. Uyumlu Eylem Kavramı	466
4.2.2. Uyumlu Eylem Niteliğindeki Rekabete Aykırı İşbirliklerinin Unsurları	470
4.2.2.1. Uyumlu Davranış Şeklinde Gizli Bir İşbirliği Bulunması	473

4.2.2.2. İşbirliğinin Teşebbüsler Arasında Olması	477
4.2.2.3. Rekabeti Doğrudan ya da Dolaylı Bozma Amacı veya Etkisinin Bulunması	489
4.2.2.3.1. Rekabetin Doğrudan veya Dolaylı Bozulması	489
4.2.2.3.2. Rekabeti Bozma Amacı	492
4.2.2.3.3. Rekabeti Bozucu Etki	494
4.2.3. Pazar Koşullarından Kaynaklanan Uyumlu Davranışlar ile Bilgi Değişimi Sonucu Ortaya Çıkan Uyumlu Eylemler	502
4.2.3.1. Pazar Koşullarından Kaynaklanan Uyumlu Davranışlar	502
4.2.3.1.1. Karşılıklı Oligopolistik Bağımlılıktan Kaynaklanan Bilinçli Paralel Davranışlar	502
4.2.3.1.1.1. Genel Olarak Oligopol Pazarlar ve Oligopol Modelleri	503
4.2.3.1.1.1.1. Genel Olarak Oligopol Pazarlar	503
4.2.3.1.1.1.2. Oligopol Modelleri	504
4.2.3.1.1.1.2.1. Cournot Modeli	504
4.2.3.1.1.1.2.2. Bertrand Modeli	505
4.2.3.1.1.1.2.3. Chamberlin Modeli	505
4.2.3.1.1.2. Karşılıklı Oligopolistik Bağımlılık	506
4.2.3.1.2. Fiyatın Borsada Belirlenmesinden veya Devlet Tarafından Belirlenmesinden Kaynaklanan Fiyat Paralellikleri	514
4.2.3.1.3. Maliyetlerin Benzer Olmasından Kaynaklanan Fiyat Paralellikleri	514
4.2.3.1.4. Fiyat Liderliğinden Kaynaklanan Fiyat Paralellikleri	515
4.2.3.1.5. İlgili Pazarın Şeffaf Yapısından Kaynaklanan Uyumlu Davranışlar	517
4.2.3.2. Bilgi Değişimi Sonucu Ortaya Çıkan Uyumlu Eylemler	518
4.2.4. Uyumlu Eylemin İspatı	523
4.2.4.1. Rakip Teşebbüsler Arasındaki Paralel Davranış	524
4.2.4.2. Rakip Teşebbüsler Arasındaki İletişim (Bağlantı Delili)	525

4.2.4.3. İlgili Pazardaki Rekabet Koşullarının Rekabetin Bozulduğu Pazarlardaki Koşullara Benzerlik Göstermesi	532
4.3. BİLGİ DEĞİŞİMİ YOLUYLA BİRLİKTE HÂKİM DURUM	548
4.3.1. Hâkim Durum ve Birlikte Hâkim Durum Kavramları	548
4.3.1.1. Hâkim Durum Kavramı	548
4.3.1.1.1. Hâkim Durumun Tanımı	548
4.3.1.1.2. Hâkim Durumun Unsurları	549
4.3.1.1.2.1. Ekonomik Güç	549
4.3.1.1.2.2. Bağımsızlık	552
4.3.1.1.2.3. Devamlılık	553
4.3.1.2. Birlikte Hâkim Durum Kavramı	554
4.3.2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kavramına Genel Bakış	558
4.3.2.1. Dışlayıcı Davranışlar Yoluyla Kötüye Kullanma	564
4.3.2.1.1. Yıkıcı Fiyatlama	565
4.3.2.1.2. Mal Vermeyi (Sözleşme Yapmayı) Reddetme	568
4.3.2.1.3. Fiyat Sıkıştırması	569
4.3.2.1.4. İndirim Sistemleri	570
4.3.2.1.5. Münhasırlık (Tek Marka) Anlaşmaları	570
4.3.2.1.6. Bağlama (Kelepçeleme) ve Paket Satış	571
4.3.2.2. Sömürücü Davranışlar Yoluyla Kötüye Kullanma	572
4.3.2.3. Ayrımcı Davranışlar Yoluyla Kötüye Kullanma	573
4.3.3. Birlikte Hâkim Durum Oluşmasında Bilgi Değişiminin Rolü ve Uygulanacak Hükümler	575
4.3.3.1. Birlikte Hâkim Durum Oluşmasında Bilgi Değişiminin Rolü	575
4.3.3.1.1. Bilgi Değişimi Yoluyla Piyasanın Şeffaflaştırılması ve Teşebbüsler Arasında Eşgüdüm Sağlanması	576
4.3.3.1.2. Bilgi Değişimi Yoluyla Piyasanın Kapatılması	577
4.3.3.1.3. Bilgi Değişimi Yoluyla Ürünlerin Homojen Hale Getirilmesi	579
4.3.3.1.4. Teşebbüsler Arasında Kurulan Eşgüdümün Bilgi Değişimi Yoluyla Devamlılığının Sağlanması	581
4.3.3.2. Birlikte Hâkim Durum Oluşması Halinde Uygulanacak Hükümler	582

SONUÇ

586

KAYNAKÇA

602



KISALTMALAR

AATUHK	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
aşğ.	aşağı
AT	Avrupa Topluluğu
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BEDK	Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu
BEHK	Bilgi Edinme Hakkı Kanunu
BIAC	Business Industry Advisory Committee
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CFI	Court of First Instance
CJEU	Court of Justice of the European Union
Çev.	Çeviren
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi

DEÜSBED	Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
dn.	Dipnot
DOJ	Department of Justice
E.	Esas
EC	European Community
Ed.	Editör
EU	European Union
EPDK	Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu
FTC	Federal Trade Commission
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
ISO	International Organization for Standardization
İİBF	İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
İİBFD	İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	Madde
Mük.	Mükerrer
No.	Number
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OFT	Office of Fair Trading
OJ	Official Journal
p.	Page
PPK	Petrol Piyasası Kanunu

RG	Resmi Gazete
RK	Rekabet Kurulu
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	Sayfa
S.	Sayı
SMK	Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TEİAŞ	Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TÜSİAD	Türkiye Sanayici İşadamları Derneği
TSE	Türk Standartları Enstitüsü
TTK	Türk Ticaret Kanunu
U.S.	United States
Vol.	Volume
VUK	Vergi Usul Kanunu
yuk.	Yukarı

GİRİŞ

Özellikle Türkiye’de çok genç bir hukuk dalı olarak nitelendirebileceğimiz rekabet hukukunda son yıllarda öne çıkan kavramlardan biri bilgi değişimidir. Bilgi değişimi önceleri genellikle uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmekte veya uyumlu eylemin ispatlanmasında kullanılan bir ispat aracı olarak görülmekte iken, daha sonra bilgi değişiminin aslında tek başına rekabet ihlâli oluşturabilecek bir eylem olduğu özellikle içtihatlar yoluyla benimsenmiştir. Buna rağmen RKHK’da açıkça bilgi değişiminden ve bunun rekabeti bozucu nitelikte bir ihlâl olabileceğinden söz edilmemiş olması nedeniyle, konuya ilişkin tam bir netlik bulunmamaktadır. Bu nedenle Türkiye, ABD ve AB ülkelerinde, bilgi değişimine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler ile rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından verilen kararlar derlenerek konunun genel hatlarının ortaya konmasının gerekli ve faydalı olacağı düşünülerek bu çalışma gerçekleştirilmiştir.

Bu çalışmamızda öncelikle bilgi ve bilgi değişimi kavramları ile ifade edilmek istenenin ne olduğu üzerinde durulacak, daha sonra bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri, bilgi değişiminin türleri ve bilgi değişimi hakkında hem iç hukuk hem de uluslararası hukukta yer alan mevzuat düzenlemeleri üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, ABD ve AB’nin bilgi değişimine bakışına ilişkin tarihsel sürece değinilecek; daha sonra bilgi değişiminin rekabete aykırılık konusunda per se, amaç yönünden ve etkileri yönünden değerlendirilmesi ele alınacaktır. Bu kısımda özellikle bilgi değişiminin etkileri yönünden değerlendirilmesinde göz önüne alınacak faktörler üzerinde durularak rekabeti bozma olasılığı yüksek olan bilgi değişimlerinin hangileri olduğu örnek kararlar yoluyla detaylandırılacaktır.

Üçüncü bölümde, rekabet kurulu soruşturma süreci hakkında bilgi verilerek bu süreçte taraflara tanınan dosyaya giriş hakkı çerçevesinde gerçekleşen bilgi değişimine değinilecektir. Ayrıca rekabet hukuku mevzuatı dışında çeşitli mevzuattan kaynaklanan ve hatta zorunluluk olarak öngörülen bilgi paylaşımları irdelenerek rekabet hukuku yönünden yorumlanacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise, öncelikle yatay işbirliği anlaşmalarına ve bu anlaşmalar yoluyla gerçekleşen bilgi değişimlerinden söz edilerek mevzuat çerçevesinde değerlendirmeler yapılacaktır. Akabinde, bilgi değişimi yoluyla ortaya çıkan uyumlu eylemler, uyumlu eylem ile bilgi değişimi arasındaki farklılıklar, bilgi değişiminin uyumlu eylemlerin ispatındaki rolü ile birlikte hâkim durumun ortaya çıkması ve sürdürülmesinde bilgi değişiminin rolü hakkında açıklamalar yapılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

BİLGİ VE BİLGİ DEĞİŞİMİ KAVRAMLARININ TANIMI, BİLGİ DEĞİŞİMİNİN REKABETİ ARTTIRICI VE REKABETİ KISITLAYICI SONUÇLARI İLE BİLGİ DEĞİŞİMİNİN TÜRLERİ

1.1 BİLGİ VE BİLGİ DEĞİŞİMİ KAVRAMLARININ TANIMI

1.1.1. Bilgi Kavramı

Türkçe’de sadece tek bir kelime ile ifade edilen “*bilgi*”nin, İngilizce’de “*data*”, “*information*” ve “*knowledge*” olmak üzere üç farklı karşılığı bulunmaktadır. Bu üç terim bazen karıştırılmakta ve birbirlerinin yerine kullanılmakta ise de aslında üç kavramın anlamı birbirinden farklıdır. Ancak dilimizde bu üç kavramın karşılığı tek bir kavramla ifade edildiğinden, bunların anlamlarının tam olarak anlaşılması güçlük arz edebilmektedir.

Bilgi kavramı üzerine çalışanlar, İngilizce’de kullanılan üç kavramı bir piramit üzerinde göstermeyi tercih etmişlerdir. Böylece bu üç farklı “*bilgi*” kavramının anlamını kavramak daha kolay bir hâl almaktadır. Bahsi geçen piramitte en altta “*data*”, ortada “*information*” ve en üstte de “*knowledge*” bulunmaktadır¹.

Piramidin en altında yer alan “*data*” dilimizde de yer etmeye başlamış bir kelimedir. Bu kavram ile ifade edilen bilgi, işlenmemiş bilgidir. Bir başka deyişle; bilginin ham hali “*data*” olarak adlandırılmaktadır². Dilimizde “*data*”nın karşılığı olarak “*veri*” kavramının kullanılması kanaatimizce isabetli olacaktır³.

¹ Jonathan Hey, “The Data, Information, Knowledge, Wisdom Chain: The Metaphorical link”, <http://www.dataschemata.com/uploads/7/4/8/7/7487334/dikwchain.pdf>, (14.06.2016), p. 3. Ayrıca bkz. <http://www.knowledge-management-tools.net/knowledge-information-data.html> (14.06.2016); <http://www.informationisbeautiful.net/2010/data-information-knowledge-wisdom/> (14.06.2016).

² Rıfat İraz ve Ebru Yıldırım, “İşletmelerde Stratejik Bilgi Yönetiminin Yenilikçi Faaliyetlerin Sürdürülebilirliğine Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 4, Sayı, 8, 2004, s. 80.

³ Veri kavramına ilişkin birçok farklı tanım bulunmaktadır. Bu tanımlar için bkz. Malik Yılmaz, “Enformasyon ve Bilgi Kavramları Bağlamında Enformasyon Yönetimi ve Bilgi Yönetimi”, *AÜ Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, Cilt: 49, Sayı: 1, 2009, s. 98; Hey, pp. 5-6.

İşlenmemiş haldeki bilgilerin yani verilerin, işlenip belli bir amaç için derlenmesiyle ortaya çıkan sonuç bilgi ise “*information*” kavramına karşılık gelmektedir⁴. “*Information*” kavramına karşılık gelen bilgi; somutlaşmış bilgidir.

“*Knowledge*”, “*information*” a göre daha soyuttur. “*Knowledge*” zihnimize yer etmiş olan bilgidir. “*Information*”da bilgi kâğıt üzerinde, “*knowledge*”da ise zihinde işlenmektedir. Doktrinde bu anlamdaki bilgi; öğrenme ve deneyim yoluyla kazanılmış olan önceki bilgilerle bütünleştirilmiş, kararlara ve davranışlara yol gösteren, kişisel anlamda düzenlenmiş bilgi olarak tanımlanmıştır⁵.

Doktrinde; kişinin önceden mevcut olan bilgilerinin (*knowledge*), çevredeki sayısız uyarıcı arasından verileri (*data*) ve bilgileri (*information*) seçmesinde etkili olduğu belirtilmiştir. Buna göre; kişinin önceden mevcut olan bilgileri ve beklentileri iki ayrı filtre oluşturur. Bunlardan ilki algısal filtredir. Bu filtre ile kişi, dünyadaki sayısız uyarıcı arasından veri (*data*) niteliğinde olanları süzer. İkinci filtre ise kavramsal filtredir. Bu filtre ile veri olarak nitelendirilen uyarıcılar arasından, yine önceki bilgiler ve beklentiler yoluyla “*information*” niteliğindeki bilgiler ayırt edilir. Bu “*information*” niteliğindeki bilgilerin bir kısmı “*knowledge*”a katılarak zihinde yer eden bilgiler arasına katılır⁶.

Karmaşıklığın giderilmesi için bazı yazarlar tarafından bu üç terimin dilimizdeki karşılıkları; veri (*data*), enformasyon (*information*) ve bilgi (*knowledge*) şeklinde üç farklı terim ile ifade edilmiştir⁷.

Bizim çalışmamızda ele aldığımız ve rakipler arasında değiştirilmesine rekabet hukuku bakımından sonuç bağlanan bilgi, “*information (enformasyon)*” anlamındaki bilgidir.

Doktrinde bir görüş, bilgi terimini üç ayrı anlamda ele almıştır. Bunlar; süreç olarak bilgi, *knowledge* olarak bilgi ve nesne olarak bilgidir. Bu görüşe göre; öğrenme, birisine bir şey aktarma süreci, süreç olarak bilgi; bu süreç sonunda

⁴ İraz ve Yıldırım, s. 80; M. Yılmaz, s. 98; Hey, pp. 7-9.

⁵ İraz ve Yıldırım, s. 80; Hey, pp. 9-11.

⁶ Max Boisot ve Agusti Canals, “Data, information and knowledge: have we got it right?”, Universitat Oberta de Catalunya Internet Interdisciplinary Institute, Working Paper, 2004, <http://www.uoc.edu/in3/dt/20388/20388.pdf>, pp. 8-10; Hey, pp. 11-13.

⁷ İraz ve Yıldırım, s. 80; M. Yılmaz, s. 97.

edinilen bilgi, *knowledge* olarak bilgi ve bu bilginin kitap, dergi, belge gibi nesneler üzerine aktarılmasıysa nesne olarak bilgi olarak ifade edilmiştir⁸.

Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından bilginin birden fazla tanımı yapılmıştır. Bunlar;

“İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat”;
“Öğrenme, araştırma ve gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf”;
“İnsan zekâsının çalışması sonucu ortaya çıkan düşünce ürünü, malumat, vukuf”;
Genel olarak ve ilk sezi durumunda zihnin kavradığı temel düşünceler; “Bilim” ve “Kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönelttiği anlam”dır⁹.

Doktrinde bilgiye ilişkin birçok farklı tanım yapılmıştır. En basit tanımlardan birine göre bilgi; *“Bir durum, kişi, olay vs. hakkında birşeyler söyleyen gerçekler veya detaylar”* şeklinde tanımlanmıştır¹⁰.

Bir diğer tanıma göre, *“bireyin akıl, düşünme ve muhakeme yoluyla elde ettiği algı-değer-kavram ve ilkeler bütünü”dür¹¹.*

Diğer tanımlar; *“Bilgi; belli bir düzen içindeki deneyimlerin, değerlerin, amaca yönelik enformasyonun bir araya getirilip değerlendirilmesi için bir çerçeve oluşturan esnek bir bileşimdir.” “Bilgi, deneyim, değerler, enformasyon ve uzman görüşlerine yeni bir çerçeve sağlamak için deneyim ve enformasyonun bütünleştirilmesi, anlamlı bir hale getirilmesi sürecidir.”* şeklindedir¹².

Bir başka tanıma göre ise bilgi; *“Verilerin, karar alma sürecine destek sunacak biçimde anlamlı hale getirilmesi amacıyla analiz edilerek işlenmesiyle ulaşılan sonuçlar”dır¹³.*

Doktrinde bilginin; algılama, anlama, düşünme, muhakeme etme, yorumlama, açıklama, doğrulama, değerlendirme gibi iç içe geçmiş birçok etkinlikten oluştuğu belirtilmiştir¹⁴.

⁸ Yaşar Tonta, “Bilgi Yönetiminin Kavramsal Tanımı ve Uygulama Alanları”, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/BilgiYonetimi.pdf>, (14.06.2016), s. 1.

⁹ TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c7526280bf4a9.17167972 (26.02.2019).

¹⁰ Christensson, p. 12.

¹¹ Salih Alp ve Adem Karakaş, “Asimetrik Bilgi Teorileri Karşısında Hayek’in Ekonomik Yaklaşımları: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **Liberal Düşünce**, Sayı: 51-52, 2008, s. 216.

¹² Yavuz Demirel ve Zeliha Seçkin, “Bilgi ve Bilgi Paylaşımının Yenilikçilik Üzerine Etkileri”, **Ç.Ü.S.B.E. Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1, 2008, s. 190; M. Yılmaz, s. 100.

¹³ Mehmet İnce ve Ercan Oktay, “Bilginin Bir Stratejik Güç Olarak Önemi ve Örgütlerde Bilgi Yönetimi”, **Selçuk Üniversitesi Karaman İİBF Dergisi**, Sayı: 10, 2006, ss. 16-17.

¹⁴ Tonta, s. 1.

Doktrinde bilginin değerini belirleyen unsurların; kalite, zamanlılık, eksiksizlik, doğruluk, yerindelik ve ucuzluk olduğu ifade edilmiştir. Bilginin kalitesi; doğru, geçerli, açık ve anlaşılır olması ile lmektedir. Buna göre; bilgiyi alan kişinin bu bilgiye göre eyleme geçerek yerinde kararlar alabilmesi için bilginin tüm bu özellikleri taşıyor olması gerekir. Bu zellikleri taşımayan ve bu nedenle yorumlanamayıp kullanılamayan bilginin hiçbir değeri yoktur¹⁵.

Bilginin türleri konusunda doktrinde ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre bilgi temel olarak; kaynağına göre bilgi ve yapısına göre bilgi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁶.

Kaynağına göre bilgi kendi içinde açık ve örtülü bilgi olmak üzere ikiye ayrılır. Açık bilgi, *“bireyde var olan, aık ve yerleşmiş bilgi”* olarak tanımlanmaktadır. Buna karşılık örtülü bilgi, *“kişiye özgü olan, saptanması, biçimlenmesi, ifade edilmesi güç olan bilgi”* şeklinde aıklanmıřtır¹⁷. Doktrinde Demirel ve Seçkin ise açık bilgiyi; bir araya getirilmiş ve çoğunlukla metin, tablo, diyagram gibi şekillerde sunulan bilgi olarak tanımlarken; örtülü bilginin açık olarak ifade edilemeyen veya ima olarak ifade edilebilen beynimizde taşıdığımız bilgi olduğunu ifade etmiřtir¹⁸.

Yapısına göre bilgi ise kendi içinde üç gruba ayrılarak incelenmiştir. Bunlar; insanda bulunan bilgi (insan kapitali), müşteride bulunan ve müşteriyle ilgili olan bilgi (müşteri kapitali) ile süreçlerle ilgili olan bilgi (yapısal kapital)dir. İnsan kapitali, insanın bilgisinin değerini ifade eder. Bir başka deyişle; çalışanların tecrübesi, bilgisi, yetkinliği ve bu kişilerin sayısı insan kapitalini oluşturur. Müşteri kapitali; müşterilerin büyüklüğü, sayısı, saygınlığı, müşteri olarak çalışılan süre, çalışma sıklığının bir ölçüsüdür. Yapısal kapital ise işletmenin özümsediği ve ürün ya da hizmetleriyle yatırıma dönüştürdüğü bilginin değerini ifade etmektedir. İşletmenin tescilli markaları, know-how’ı, tescilli patent, endüstriyel tasarım ve faydalı modelleri, unvanları gibi unsurlar yapısal kapitali oluřurmaktadır¹⁹.

Doktrinde stratejik bilgi tanımına da yer verilmiştir. Buna göre; uzun dönemli yönetim faaliyetleriyle ilgili olan, stratejik kararların alınmasında,

¹⁵ İraz ve Yıldırım, ss. 81-82; İnce ve Oktay, s. 18.

¹⁶ İraz ve Yıldırım, s. 82.

¹⁷ İraz ve Yıldırım, s. 82; Hey, p. 10.

¹⁸ Demirel ve Seçkin, s. 191.

¹⁹ İraz ve Yıldırım, ss. 82-83.

uygulanmasında ve kontrolünde kullanılan, genellikle geniş kapsamlı ve özet bilgidir²⁰.

Stratejik bilgilerin değişimi, piyasadaki rekabeti etkileme olasılığı yüksek olan bilgilerdir. Bu nedenle bu tür bilgilerin paylaşılması, rekabet hukuku bakımından özellikle önem arz etmektedir.

Bilgi değişimine konu olan bilgi, sadece belirli bir firmaya ilişkin maliyet, talep, fiyat, miktar gibi unsurlara ilişkinse bunlar “*özel değerler*” ya da “*firmaya özgü bilgiler*”; buna karşılık her firmayı ilgilendiren sektör genelindeki talep, ortak girdiler, miktar gibi unsurlara ilişkinse bunlar “*ortak değerler*” olarak adlandırılmaktadır²¹.

Paylaşılan bilgilerin nitelik ve kapsamı rekabet hukuku bakımından yapılan değerlendirme bakımından oldukça önemlidir. Konuya ilişkin açıklamalar çalışmanın ilerleyen kısımlarında yapılacağından burada üzerinde durulmayacaktır.

1.1.2. Bilgi Değişimi Kavramı

Bilgi, günümüzde işletmeler için stratejik bir kaynak olduğundan bilgiyi rakiplerinden daha hızlı ve etkin bir şekilde elde eden teşebbüsler, rakiplerine göre daha çabuk başarıya ulaşacaklardır²². Bazen teşebbüslerin bireysel olarak bilgiyi elde etmeleri zor ve maliyetli olabilmektedir. Bu nedenle teşebbüsler, birbirleriyle işbirliği içine girerek ellerindeki bilgileri birbirleriyle paylaşma yolunu seçebilmektedir. Böylece işbirliği içine giren teşebbüsler, rakiplerine göre avantaj elde etmekte ve bilgiye daha hızlı ve kolay bir şekilde ulaşarak ticari stratejilerini pazar koşullarına daha kolay bir şekilde adapte edebilmektedirler. Genellikle bu düşünceyle ortaya çıkan bilgi değişiminin pazardaki rekabet ortamını olumsuz yönde etkilemesi olasılığı doğabilir. Çalışmamızın ana konusu olan bilgi değişiminin sonuçlarına ve değerlendirmesine geçmeden önce kavramın tanımını ortaya koymak faydalı olacaktır.

²⁰ Demirel ve Seçkin, s. 191.

²¹ Şamil Pişmaf, **İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, s. 6.

²² İraz ve Yıldırım, s. 90; İnce ve Oktay, s. 17.

Bilgi değişimi kavramına rekabet hukuku mevzuatında açıkça yer verilmemiş; bilgi değişiminin rekabet hukuku kurallarına aykırı olup olmadığı konusunda doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır. Bu bağlamda, bilgi değişimi kavramının unsurlarının ortaya konduğu ortak bir tanım da bulunmamaktadır.

Bilgi değişimi doktrinde Pişmaf tarafından; *“Aynı endüstride faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüsün tek yanlı yahut karşılıklı olarak, rekabetçi kararlarına etki eden her türlü ticari bilgilerini paylaşmaları”* olarak tanımlanmıřtır²³.

D. Cengiz tarafından yapılan tanıma göre; *“Bilgi değişimi, rakip teşebbüslerin rekabete ilişkin kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ticari bilgilerini, birbirlerine karşılıklı açıklamak suretiyle değiştirmeleridir.”*²⁴

Gürkaynak ve Kekevi de benzer bir tanımlamaya giderek bilgi değişimini; *“iki veya daha fazla rakip teşebbüsün, rekabete ilişkin kararlarını etkileyebilecek ticari bilgileri değiştirmesi veya değiş tokuş etmesi”*²⁵, *“iki veya daha fazla rakip teşebbüsün, rekabete ilişkin kararları etkileyebilecek ticari bilgileri değiştirmesi”*²⁶ şeklinde tanımlamıştır.

Yiğit ise bilgi değişimini; *“teşebbüslerin rekabete ilişkin kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ticari bilgilerini, birbirlerine açıklamak suretiyle karşılıklı değiştirmeleri”* olarak tanımlamıřtır²⁷.

Bilgi değişimi kavramı, aynı pazarda faaliyet gösteren ve birbirleriyle yatay ya da dikey ilişki içinde bulunan iki veya daha fazla sayıdaki birbirinden bağımsız teşebbüsün, kendi işletmeleriyle (üretim miktarı, satış miktarı, fiyatlandırma, kâr marjı, geleceğe dönük olarak planlanan stratejiler vb.) veya faaliyette bulundukları pazar ile ilgili (sayısal ve istatiksel olarak toplam arz ve talep miktarlarındaki artma veya azalmalar, ortalama fiyat aralıkları, pazardaki yoğunlaşma oranı vb.) bilgileri karşılıklı veya tek taraflı olarak paylaşmaları şeklinde tanımlanabilir.

²³ Pişmaf, ss. 5-6.

²⁴ Dilek Cengiz, **Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, (Uyumlu Eylem), s. 190.

²⁵ Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, ““Topla ve Dağıt” Tipi İhlallerin Rekabet Hukuku Boyutu”, **BATİDER**, Cilt: 29, Sayı: 3, 2013, (Topla ve Dağıt), s. 282.

²⁶ Gökşin H. Kekevi, **Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, (Uzmanlık Tezi), s. 11; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 285.

²⁷ İlhan Yiğit, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 375.

Yapılan tanımlamaya göre, teşebbüsler arası bilgi değişiminden söz edebilmek için öncelikle aynı pazarda faaliyet gösteren en az iki teşebbüsün bulunması gerekmektedir. Pazarda %100 pazar payına sahip tek bir teşebbüs bulunması (monopol=tekel) ve bu teşebbüsün bağımsız işletmelerden oluşan bir dağıtım ağına sahip olmaması halinde o sektörde bilgi değişimi kavramının gündeme gelmesi mümkün değildir.

Kavramın tanımı yönünden bilginin sektöre yönelik genel nitelik taşıyan istatistiksel bir bilgi olması veya işletmenin kendi işleyişiyle ilgili özel ya da ticari sır niteliğinde bir bilgi olması önem taşımaz. Aynı şekilde; bilgi paylaşımının iki teşebbüs arasında olması ile söz konusu pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüsler arasında olması arasında kavramsal yönden bir farklılık mevcut değildir. Pazardaki tüm teşebbüslerin sahip oldukları bilgileri birbirleriyle paylaşmaları ile teşebbüslerden sadece bir ya da birkaçının sahip olduğu bilgiyi tek taraflı olarak paylaşması, bilgi değişimi kavramının ortaya çıkması yönünden belirleyici roldeki unsurlar değildir. Bahsedilen tüm bu hususlar, ortaya çıkan bilgi değişimi faaliyetinin rekabet hukuku kurallarına uygun olup olmadığının tespit edilmesi noktasında büyük öneme sahiptir ve bu konu çalışmanın ilerleyen aşamalarında ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.1.3. Bilgi Değişiminin Rekabeti Arttırıcı ve Rekabeti Kısıtlayıcı Sonuçları

RKHK m. 3’de rekabetin tanımı yapılmıştır. Buna göre rekabet, “*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde Topçuoğlu bu tanımı eleştirmiş ve rekabetin bunun yerine “*teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı*” şeklinde tanımlanmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir²⁸.

İktisat öğretilerinde temel alınan model, genel rekabetçi denge modeli olup bu model, tam rekabet piyasasının var olduğu varsayımına dayanır. Bu sistem, çok

²⁸ RKHK’deki rekabet tanımına yönelik eleştiriler için bkz. Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, (İşbirliği Davranışları), ss. 18-19.

sayıda gerçek rakiplerin varlığı, giriş engellerinin yokluğu, eş değer teknolojilere serbestçe erişim, homojen ürünler, hiçbirinin fiyat ve toplam arz miktarını tek başına etkileme gücüne sahip olmadığı alıcı ve satıcılar ile mükemmel bir şekilde bilgilendirilmiş temsilcilerden oluşmaktadır²⁹.

Tam rekabet ilk kez neo-klasik iktisat akımının kurucularından Stanley Jevons tarafından dile getirilmiş, tam rekabet piyasasının unsurları ise ilk olarak 1921 yılında Frank Knight tarafından ortaya konulmuştur. Bunlar; çok sayıda küçük alıcı ve satıcının bulunduğu pazar yapısı (*atomisite şartı*), ürün homojenliği (*homojenlik şartı*), kusursuz ve açık bilgiye ulaşılabilen şeffaflık (*şeffaflık şartı*), alıcı ve satıcıların pazara giriş çıkış serbestliği (*mobilité şartı*) ile sıfır nakliye giderleridir³⁰. Tam rekabet piyasalarında fiyat bilgilerine erişim, gerek mevcut firmalar gerekse potansiyel girişimciler ile potansiyel alıcılar yönünden serbest olmalıdır³¹. Zira tam rekabet piyasalarında rakipler arası bilgi değişimi, piyasanın

²⁹ Per Baltzer Overgaard and H. Peter Møllgaard, "Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly", University of Aarhus, School of Economics and Management, Economics Working Paper 2007-3, ftp://ftp.econ.au.dk/afn/wp/07/wp07_03.pdf, (10.01.2018), p. 3; Peter Møllgaard and Per Baltzer Overgaard, "Transparency and Competition Policy", **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrenter og Konkurrensemyndighed, Kalmar, 2006, p. 104; Christensson, p. 9; Pişmaf, s. 5; Metin İkizler, "Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, (Türk ve AB Hukuku), s. 236; Metin İkizler, **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, (Uyumlu Eylemler), ss. 116-117; Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000, (Yasaklayıcı Hükümler), s. 4; Kerem Cem Sanlı, "Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma", **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2000, (Tekelci Fiyatlandırma), ss. 82-83; Çiğdem Ünal, **Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyat Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, (Aşırı Fiyat), s. 4; Akıncı, s. 22; Erdal Türkkan, **Rekabet Hukuku Uygulamalarında "İşleyebilir Rekabet" Olgusu ve Kavramı**, **Perşembe Konferansları**, RK, Kasım 2000, Ankara, s. 124.

Bu koşullardan birinin bile bulunmaması durumunda tam rekabetçi bir piyasanın varlığından söz edilemez. Bu durumda şeffaflığın, söz konusu piyasada refahı artırıcı ya da azaltıcı etkisi olduğuna ilişkin kesin bir yargıda bulunmak mümkün değildir. Ekonomi teorisi, bu tür piyasalardaki şeffaflığın artılarının ve eksilerinin belirlenebilmesi için söz konusu özel duruma ilişkin tüm koşulların dikkatlice değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (Møllgaard and Overgaard, p. 104; Christensson, p. 10).

³⁰ Öztunalı, s. 18. Doktrinde Güven, tam rekabet koşullarını, atomisite şartı, homojenlik şartı, şeffaflık şartı ve mobilité şartı olarak dörde ayırarak ele almıştır (Güven, Rekabet Hukuku, s. 30).

³¹ Overgaard and Møllgaard, p. 3.

Fiyat bilgileri konusunda tam olarak bilgi sahibi olunmaması halinde, ürünler homojen olmasına rağmen fiyatlarda farklılaşmalar başlar. Firmaların araştırma maliyetleri ve bazı sağlayıcılara kitlenmeleri (esir olmaları) sonucunda fiyatlar ortalama maliyetleri aşar ve fiyat farklılaşması ortaya çıkar. Fiyat bilgilerinin sadece tüketiciler bakımından internet siteleri gibi yollarla tam olarak ulaşılabilir ve karşılaştırılabilir olması halinde ise sadece tüketici fiyatları yönünden düşüşler olacaktır. Bu nedenle, model olarak alınan tam rekabet piyasası örneğinin devam edebilmesi için

etkinlik sağlayıcı özelliklerindendir³². Ayrıca teşebbüsler, rakipleriyle mücadele etmek için daha düşük maliyetle daha kaliteli üretim yapma çabasına girmezler, reklâm yapmazlar, yenilik ve Ar-Ge projeleriyle ilgilenmezler, aralarında işbirliği yoksa yapmazlar, varsa da bu işbirliğini bozmazlar³³. Tam rekabet piyasasında gerek üreticilerin gerekse tüketicilerin davranışları fiyatlar üzerinde etki etmez. Bir başka deyişle; iktisadi teorilerde temel alınan tam rekabet piyasasında teşebbüslerin davranışlarının piyasa koşulları ve fiyatlar üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Bu piyasalarda arz ve talep herhangi bir kısıtlama olmaksızın karşılaştıklarından fiyat, hiçbir dış etkenden etkilenmeksizin pazardaki arz ve talebe göre belirlenir³⁴. Bu nedenle teşebbüslerin stratejiler geliştirmesini gerektiren bir ortam söz konusu değildir³⁵. Teşebbüslerin ilgili piyasada değiştirebildikleri tek unsur, arz miktarıdır. Ancak tam rekabet piyasalarında teşebbüslerin pazar payları tek başına piyasayı etkileyebilecek büyüklükte olmadığından, teşebbüslerin arzı arttırmaları ya da kısımlarının piyasa ve piyasada oluşan fiyat üzerinde bir etkisi olmamaktadır³⁶.

Ancak gerçek durumda piyasalarda tam rekabet hâkim olmayıp aksine eksik rekabet mevcuttur^{37, 38}. Bu nedenle; 1939 yılında Clark öncülüğünde, bir piyasada

pazardaki tüm firmalar, tüketiciler ve potansiyel girişimciler bakımından fiyat bilgilerine serbest ve tam bir erişim sağlanması zorunludur (Overgaard and Møllgaard, p. 4).

³² Pişma, s. 5.

³³ İzak Atiyas, “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 1, 2000, (Rekabet Politikası), ss. 25-26.

³⁴ Zafer Kahraman, **Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 9; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 29; Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s. 83.

³⁵ Atiyas, Rekabet Politikası, s. 26.

³⁶ Yaşar Can Göksoy, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi-Maddi Hukuk Yönünden**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2003, (Birleşme ve Devralmalar), s. 16; Nurkut İnan ve diğerleri, “Rekabet Kurulunun Çimento ve Hazır Beton Sektörlerindeki Soruşturmaları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, s. 140.

³⁷ Doktrinde Atiyas, eksik rekabete sebep olan üç etken unsur üzerinde durmuştur. Bunlardan ilki, sabit maliyetler ve bundan doğan ölçek ekonomileridir. Örneğin Ar-Ge yatırımları oldukça ciddi sabit maliyetlerdir. Ölçek ekonomilerinin yüksek olduğu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı az olup doğal tekel ya da doğal oligopol bir yapı hâkimdir. Bu durumda az sayıdaki teşebbüsün fiyatları etkilemesi mümkünken aynı zamanda kendi aralarında anlaşma yoluyla rekabeti engellemeleri de daha kolaydır. Yazar ikinci unsurun ürün çeşitliliği olduğunu belirtmektedir. Buna göre; ilgili pazarda ürün çeşitliliği fazlaysa her çeşit ürünü üreten teşebbüs sayısı da o kadar azdır. İlgili pazardaki ürün çeşitlerinin her birini üreten ya tek bir tane ya da birkaç tane işletme mevcut olacaktır. Bu tekel gücü, ürün çeşitleri arasındaki ikame esnekliğinin yüksekliği ile sınırlandırılmaktadır. Bu tür piyasalarda teşebbüslerin fiyatları etkileme gücü bulunması kaçınılmazdır. Yazar son faktörün ise eksik bilgi olduğunu belirtmektedir. Buna göre; tam rekabet piyasasında firmaların fiyatları etkileyemediği düşüncesi, herhangi bir teşebbüs tarafından fiyat indirimi yapılması halinde tüm tüketicilerin bu firmanın ürünlerine yöneleceği, böylece fiyat indirimi yapan firmanın tüm piyasayı ele geçireceği düşüncesine dayanır. Oysaki bu düşüncenin gerçekleşebilmesi için, fiyat indirimi yapan teşebbüsün

ulaşılabilecek en iyi rekabetçi düzeni ifade eden “*işleyebilir rekabet*” kavramına doğru bir yönelim ortaya çıkmıştır^{39, 40}. Clark, mükemmel rekabetin var olamayacağını ve hiçbir zaman da var olmadığını vurgulayarak tam rekabetin birçok analiz için başlangıç noktası olarak kabul edilmesini eleştirmiştir⁴¹. İşleyebilir rekabette teşebbüsler rakiplerine karşı üstünlük elde etmek için çaba sarfederler. Bu, ürünlerin kalitesini yükseltmek ya da maliyetleri ve fiyatları düşürmek gibi yollarla olabilir. İşleyebilir rekabet teorisinde rekabetin amacı, piyasada çeşitliliği korumaktır⁴². İşleyebilir rekabetten söz edilebilmesi için; önemli ölçüde benzer nitelikteki mal veya hizmet için uygun sayıda temin kaynağı ve müşteri bulunmalı, hiçbir teşebbüs rakiplerini zorlayabilecek kadar güçlü olmamalı, teşebbüsler kâr elde etme konusunda hevesli olmalı, teşebbüsler kendi ticari politikalarını rakiplerinden bağımsız olarak kendileri belirlemeli, pazara giriş engelleri olmamalı, pazarın bir tarafında faaliyet gösteren teşebbüsün, pazarın diğer tarafına girişinde kasten yaratılmış bir engel bulunmamalı ve ilgili pazarda belirli bir teşebbüs veya teşebbüsler grubuna, yasal, politik veya ticari anlaşmalardan kaynaklanan bir öncelik ya da ayrıcalık tanınmamış olmalıdır⁴³. İşleyebilir rekabette her bir teşebbüsün

yapmış olduğu bu indirim hakkında piyasadaki tüm müşterilerin bilgi sahibi olması gerekmektedir. Ancak piyasadaki tüm müşterilerin fiyat indiriminden haberdar olması çok mümkün değildir. Zira tüm fiyatların sürekli takip edilerek karşılaştırılması tüketici için zor ve maliyetli olup bir beraberinde bir araştırma maliyeti getirmektedir. Bu durum tüketicinin tam bir kıyaslama ve araştırma yapmasını engelleyeceğinden herhangi bir teşebbüsün yapacağı küçük bir indirim o teşebbüsün tüm piyasayı ele geçirmesini sağlamaz (Atiyas, Rekabet Politikası, ss. 28-29).

³⁸ Gerçek hayatta karşılaşılan piyasalarda genellikle tam rekabet teorisinin varsayımları olan homojen mallar, çok sayıda rakip, piyasaya serbest giriş ve çıkış, tüm teşebbüslerin eşit derecede bilgiye sahip olması gibi unsurlardan bir ya da birkaçının eksik olduğu görülmektedir. Bu durum, piyasa aksaklıkları olarak adlandırılır (İsmail Hakkı Karakelle, “Pazara Giriş Engellerine Karşı Rekabet Hukuku ve Politikası”, **Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi**, Muğla Üniversitesi İİBF ve Rekabet Kurumu, 25-26 Eylül 2003, s. 15; Güven, Rekabet Hukuku, s. 30).

Piyasa aksaklıkları, kalıcı ve geçici piyasa aksaklıkları olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Kalıcı piyasa aksaklıkları; doğal tekeller, dışsallıklar, bilgi asimetrisi ve kamu malları iken geçici aksaklıklar; rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, hâkim durumun kötüye kullanılması ve rekabeti kısıtlayıcı yoğunlaşmalardır (Ardıyok ve Yüksel, ss. 144-152)

Bu unsurlardan birinin dahi eksik olması halinde eksik rekabet piyasası söz konusu olmaktadır (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 4; Mustafa Ateş, **Rekabet Hukukuna Giriş**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Rekabet Hukuku), ss. 271-272).

³⁹ İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 236-237; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 30-31; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 272-273; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 17.

⁴⁰ İşleyebilir rekabet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. John Maurice Clark. “Toward a Concept of Workable Competition”, **The American Economic Review**, Vol. 30, No. 2, 1940, pp. 241-256; Türkkan, ss. 123-138; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 17-20.

⁴¹ Clark, p. 241.

⁴² Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 30.

⁴³ İ. Yılmaz Aslan, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, (AT Rekabet Hukuku), ss. 52-53.

diğerlerine göre avantajlı duruma geçmeleri her zaman mümkündür⁴⁴. Tam rekabet piyasasının aksine, işleyebilir rekabette teşebbüsler regülasyon gücüne sahiptir. Teşebbüsler yanında piyasanın ve devletin de regülasyon gücü vardır. Bu üç regülatörün regülasyon alanları değişkendir. Örneğin; patent hakkı sahibi monopol, patent koruma süresince pazarı regüle ederken, patent koruma süresi dolduktan sonra pazara çok sayıda rakip teşebbüs girerek pazarı birlikte regüle edebilirler veya durumun gereklerine göre devlet, ilgili pazarı regüle etmeye başlayabilir⁴⁵. Korunmak istenen piyasa yapısı, tam rekabet piyasası değil, ekonomik yaşamın gerçeklerine daha uygun olduğu kabul edilen işleyebilir rekabet düzenidir⁴⁶.

Eksik rekabet piyasalarında teşebbüslerin geliştirdiği stratejiler ve tüketicilerin davranışları fiyatlar başta olmak üzere piyasa koşulları üzerinde etki etmektedir⁴⁷. Bu nedenle eksik rekabet piyasalarında teşebbüsler arasında yapılan bilgi değişimi faaliyetlerinin piyasa koşulları ve rekabet durumu üzerinde önemli etkileri ortaya çıkabilmektedir⁴⁸. Zira bilgi asimetrisi, piyasa aksaklıklarının kaynaklarından biri olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

Teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminin en temel sonucu, piyasanın şeffaflaşmasıdır. Yapısı itibariyle şeffaf olmayan piyasalarda teşebbüsler, bilgi değişimini sürekli ve düzenli bir hale getirerek piyasada bir şeffaflaşma yaratabilirler⁵⁰. Bilgi değişiminin yoğunluğu ile paylaşılan bilginin niteliğine göre şeffaflaşmanın derecesi değişecektir. Pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin karşılıklı olarak bilgi paylaşımında bulunması halinde şeffaflaşma, belirtilen pazarda genel bir etki yaratacaktır. Bunun yanında, paylaşılan bilgilerin ticari sır niteliğindeki özel bilgiler olması halinde piyasadaki şeffaflaşma en üst düzeye ulaşabilecektir. Oluşan şeffaflık, sadece teşebbüsler arasında kalabileceği gibi, bu şeffaflığın tüketiciye ulaşması da mümkündür. Her iki durumda birbirinden farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

⁴⁴ Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 17.

⁴⁵ Türkan, s. 137.

⁴⁶ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 7-8.

⁴⁷ Atiyas, Rekabet Politikası, s. 26.

⁴⁸ Bu nedenle rakipler arası bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkilerine yönelik kaygılar ve iktisadi araştırmalar oligopol piyasalara odaklanmıştır (Pişmaf, s. 5).

⁴⁹ Karakelle, s. 15; Ardiyok ve Yüksel, ss. 145, 147-148.

⁵⁰ OECD, "Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects", Policy Roundtables 2012, (OECD 2012), <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf> (10.01.2017), p. 29.

Birçok olumlu etkinin yanında bir o kadar da olumsuz etkisi bulunan piyasa şeffaflaşmasıyla sonuçlanan bilgi değişiminin rekabeti arttırıcı ve azaltıcı sonuçları aşağıda incelenmektedir.

1.1.3.1. Bilgi Değişiminin Rekabeti Arttırıcı Sonuçları

1.1.3.1.1. Tüketici Menfaatleri

Piyasanın şeffaflaşmasının özellikle tüketiciler yönünden faydaları mevcuttur. Şöyle ki; piyasanın şeffaflaşması ve bu şeffaflaşmanın sadece teşebbüsler arasında sınırlı olarak kalmayıp tüketiciye de ulaşması halinde tüketiciler, üreticilerin ürettikleri mal ya da hizmetin tüm özellikleri, fiyatları ve kalitesi hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olabilecekler; böylece bu ürün ve hizmetler arasında sağlıklı bir karşılaştırma yaparak düşen araştırma maliyetleri sonucunda tercihlerini daha doğru bir şekilde ortaya koyabileceklerdir⁵¹. Böylece tüketiciler belirli bir firmaya bağlı

⁵¹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, OJ 14.01.2011 C 11/1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN), p. 13 (05.05.2014); Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 8; OECD “Information Exchanges Between Competitors under Competition Law”, Policy Roundtables 2010, (OECD 2010), <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> (10.01.2017), pp. 10, 21, 23, 27, 274, 393; OECD 2012, p. 24; Matthew Bennett and Philip Colins, “The Law and Economics of Information Sharing: The Good, The Bad and The Ugly”, **European Competition Journal**, Vol. 6, No. 2, 2010, p. 314; Capobianco, p. 1257; Lesley Morphet and Jason van Dijk, “Information Exchange amongst Competitors- When is this a contravention of Section 4 (1)(b) of the Competition Act”, The Third Annual Competition Commission, Competition Tribunal and Mandela Institute Conference on Competition Law, Economics and Policy in South Africa and Celebration of 10 years of the Competition Act and Competition Authorities, www.compcom.co.za (30.11.2015), p. 1; Iona Florina Costin, **Information Exchange among Undertakings in EU Competition Law**, MBL Thesis, Université de Genève, 2011, pp. 6, 33; Møllgaard and Overgaard, p. 109; Sevilay Uzunallı, **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (İşletme Konusu), s. 27; Ece Fatma Aslan, “Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 3, 2012, (Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı), s. 9; Pişmaf, ss. 1, 18; Rainer Nitsche and Nils von Hinten-Reed, “Competitive Impacts of Information Exchange”, Charles River Associates Limited, 2004, https://www.e-ca.com/sites/default/files/note_on_information_exchange_en.pdf, (30.11.2015), pp. 4, 17; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 191; Onur Yelda Yüksel, **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2004, s. 51; Christensson, pp. 9-10.

Doktrinde Whish tarafından, mükemmel rekabetin, pazar koşulları hakkında mükemmel şekilde bilgilendirilmiş olan tüketicilere bağlı olduğu ifade edilmiştir (Richard Whish, “Information Agreements”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, p. 20).

Doktrinde Costin, pazar paylarına ilişkin bilgilerin de tüketiciye yarar sağlayabileceğini belirtmiştir. Buna göre; nasıl ki kitap satın alırken en çok satan kitaplar listesinin üst sıralarında bulunan kitaplara

kalmak zorunda kalmayacaklardır⁵². Tüketicilerin bilinçlenerek tercihlerini yönlendirmelerden uzak bir şekilde ortaya koyabiliyor olması, üreticileri ürettikleri mal ve hizmetleri daha yüksek kalitede, tüketici menfaatlerine uygun ve tüketici ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde geliştirmeye iter. Üreticilerin tamamının bu yöndeki eğilimi, pazardaki rekabetin ve tüketici refahının artmasına neden olur^{53, 54}. Tüketicilerin ürün çeşitliliği hakkındaki farkındalığının artması, ayrıca pazara yeni girişlerin önünü açarak rekabeti arttırıcı bir etki ortaya çıkarır⁵⁵.

Bilgi paylaşımı tüketicilere ulaşmasa bile, bazı hallerde tüketiciler yararına sonuç doğurabilir. Şöyle ki; bir işletmenin işçilik, hammadde gibi girdi maliyetlerini rakipleriyle paylaşması sonucunda, rakiplerin araştırma maliyeti ortadan kalkacaktır. Böylece üretim maliyeti düşmüş olacak ve son fiyat daha alt bir seviyede oluşacaktır.

yönelim daha fazla olmakta ise, tüketiciler tarafından pazar payı yüksek olan firmaların ürünlerinin daha kaliteli olduğu düşüncesiyle seçimin daha kolay yapılması söz konusu olabilir (Costin, p. 33). Ancak bir ürünün çok tercih ediliyor olması her zaman o ürünün rakiplerine göre daha kaliteli olduğu anlamına gelmez. Tüketiciler genellikle daha az kaliteli olmasına rağmen fiyatı daha düşük olduğu için belirli ürünlere yönelebilmektedir. Ayrıca tüketici tercihlerinde reklamlar aracılığıyla yaratılan algının ya da medya kanalıyla ortaya konan bir moda akımının etkisi yadsınamaz. Bu reklâm ya da özendirici akımların her zaman doğru bilgi içerdiğini söylemek nasıl ki mümkün değilse, çok tercih edilen bir ürün ya da hizmetin de her zaman en kalitelisi olduğunu ya da tüketicinin menfaatleri yönünden en uygun tercih olduğunu söylemek de aynı şekilde her zaman mümkün olmayacaktır.

⁵² Overgaard and Møllgaard, p. 12.

⁵³ OECD 2010, pp. 10, 27, 274.

Bennett ve Colins, iyi bilgilendirilmiş tüketicinin, firmalar arasındaki sağlıklı rekabetin teşvik edilmesinde anahtar rol oynadığını belirtmiştir (Bennett and Colins, p. 315).

⁵⁴ Toplumsal refahın tanımlanmasında iki ayrı yaklaşım mevcuttur. Bunlardan ilki toplumsal refahı, tüketicilerin elde ettiği fayda ile üretici kârlarının toplamı olarak tanımlamaktadır. Buna "*toplum refah kıstası*" denir. İkincisi ise toplumsal refahı, tüketicilerin refahı olarak tanımlanmakta olup buna "*tüketici refahı kıstası*" denmektedir. Maliyetlerin azaltılması yoluyla üreticilerin kârını arttırması halinde tüketicilere yansıyan bir ek fayda olmamasına rağmen toplam refah kıstasına göre toplum refahında bir artış olduğu kabul edilir. Buna karşılık; tüketici refahı kıstasına göre, üretici kârını ne kadar arttırmış olursa olsun tüketicilerin refahını azaltan bir değişiklik olması halinde toplumsal refahın düşmüş olduğu kabul edilir (Atiyas, Rekabet Politikası, ss. 29-30; Mitha Kocmut, "The Role of Efficiency Consideration Under the EU Merger Control", **The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy**, Working Paper (L) 09/05, <http://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/CCLP%20L%2009-05.pdf>, (11.06.2014), pp. 10-13; Mücteba Altun, **Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, s. 13, dn. 34).

Tüketici refahı standardı, fiyat standardı ve tüketici fazlası standardı olarak ikiye ayrılmaktadır. Fiyat standardı, tüketici faydası bakımından fiyatların yükselmemesini esas alır. Tüketici fazlası standardı ise fiyat yükselişini tek başına esaslı unsur kabul etmez. Buna göre; fiyatlarda bir yükseliş olsa dahi bu durumun olumsuz etkilerini bertaraf edebilecek ürün kalitesi, artan hizmet veya inovasyon gibi tüketiciye yarar sağlayacak unsurların bulunması halinde tüketici refahı ortaya çıkabilir (İmren Seyrantepe, **Birleşmelerin Kontrolünde Etkinlik Savunmasının Rolü Yatay Birleşmeler Temelinde Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, s. 6; Kocmut, ss. 10-13).

Ağırlıklandırılmış standart ve Hillsdown (potansiyel rekabet) standardı konusunda bilgi için bkz. Kocmut, ss. 13-14.

⁵⁵ OECD 2010, p. 276.

Bu şekilde daha düşük fiyatların oluşması, tüketicilerin yararınadır⁵⁶. Ayrıca teşebbüslerin teknoloji ve know-how hakkında sağladıkları bilgiler, daha verimli ve ucuz üretim sağlayarak tüketicilerin menfaatine bir sonuç doğuracaktır⁵⁷.

Sonuç itibariyle; piyasadaki şeffaflık, piyasadaki rekabeti artırıcı etkisi sayesinde tüketicilerin daha kaliteli ve ihtiyaçlarına daha uygun mal ve hizmete ulaşması bakımından tüketici menfaatlerine hizmet eder.

Bazen tüketiciler, iyi bilgilendirilmiş olmalarına rağmen, piyasada kendi tercihlerini diledikleri gibi ortaya koyamamaktadırlar. Bu durumun sebeplerinden biri, tercih değişikliğinin tüketiciye maliyetinin yüksek olmasıdır. Ayrıca uzun dönemli sözleşmelerin yapılmış olması gibi sebepler, tüketicinin tercihlerinde değişiklik yapmasını engelleyebilmektedir. Özellikle finans, iletişim, sigorta gibi daha karmaşık ürün pazarlarında tüketiciler bilgilendirilmiş olsa dahi piyasadaki ürün veya hizmetlerin karmaşıklığı nedeniyle anlaşılmasının ve kıyaslanmasının zor olması dolayısıyla, bu piyasalarda tüketicilerin tercihlerini belirlerken genellikle fiyat unsurunun etkili olduğu görülmektedir⁵⁸.

Tüketici tarafında oluşan şeffaflık nedeniyle tüketicilerin daha bilinçli bir şekilde tercihlerini ortaya koymaları dolayısıyla arz kesiminde artan rekabet, firmalar arasındaki mevcut işbirliklerine yönelik ihlalleri daha cazip getirir. Buna karşılık; artan rekabet nedeniyle fiyatlarda oluşacak düşüş ise işbirliğine yönelik ihlaller yönünden caydırıcılık yaratmaktadır. Doktrinde; tüketici tarafında oluşan şeffaflığın sebep olduğu ihlallere yönelik caziplik ile caydırıcılık etkilerinin sonuçta tüketiciler üzerinde ne yönde bir etki oluşturacağı konusunda kesin bir sonuca varılamayacağı; bu nedenle her olayın özelliklerine göre case-by-case analizi yapılarak bir sonuca varılması gerektiği belirtilmiştir^{59, 60}.

⁵⁶ Costin, p. 11; Joel Schrag ve Elizabeth Schneirov, “Rakipler Arasında İşbirliği”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2008, s. 210.

⁵⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 198, dn. 280.

⁵⁸ OECD 2010, p. 275; OECD 2010, p. 275, dn. 9; Bennett and Colins, pp. 315-316.

⁵⁹ Overgaard and Møllgaard, p. 12; Møllgaard and Overgaard, pp. 109-110.

⁶⁰ Piyasada ilerideki pazar koşullarının öngörülemediği hallerde, ürünlere ilişkin bilgilerin tüketiciler tarafından ulaşılabilir olması, piyasadaki fiyat rekabetini yoğunlaştırır. Buna karşılık; pazardaki teşebbüslerin piyasa koşulları hakkında ileriye görebiliyor olmaları halinde, tüketicilerin fiyatlara yönelik hassasiyeti işbirliğine yardımcı olabileceği gibi aksi bir durum da söz konusu olabilir (Møllgaard and Overgaard, p. 125).

1.1.3.1.2. Teşebbüslerin Geleceğe Dönük Öngörülerde Bulunabilmesini Sağlama

1.1.3.1.2.1. Genel Olarak

Piyasanın şeffaflaşması pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin geleceğe yönelik öngöründe bulunabilmesine yardımcı olur. Pazara ilişkin ana özellikler hakkında bilgi sahibi olan teşebbüsler, arz ve talep dengesini kurarak daha etkin ve verimli ticari stratejiler belirleyebilirler^{61, 62}. Buna “*kesinlik etkisi (precision-effect)*”

⁶¹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 13; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 8; OECD 2012, p. 24; Bennett and Collins, pp. 318-319; David J. Teece, “Information Sharing, Innovation and Antitrust”, **Antitrust Law Journal**, Vol. 62, 1993-1994, pp. 478-479; das Reena Nair and Liberty Mncube, . “The Role of Information Exchange in Facilitating Collusion-Insights from Selected Cases”, <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/10-year-review/parallel-3a/The-role-of-information-exchange-dasNairMncube140809-2.pdf> (30.11.2015), p. 4; Morphet and Dijk, p. 1; Costin, pp. 6, 31; Xavier Vives, “Information Sharing: Economics and Antitrust”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, p. 87; Overgaard and Møllgaard, p. 12; Whish, p. 19; Pişmaf, ss. 1, 18; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 191; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 117; O. Y. Yüksel, s. 51; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 198, dn. 280; Christensson, p. 11; Maura P. Doyle and Christopher M. Snyder, “Information Sharing and Competition in the Motor Vehicle Industry”, **Chicago Journals**, Vol. 107, No. 6, 1999, p. 1327.

Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed, özellikle rakiplerin yatırım kararlarına ilişkin stratejik belirsizliğin ortadan kalkmasının ekonomik etkinliği geliştireceğini ifade etmektedir (Nitsche and Hinten-Reed, pp. 4, 11).

⁶² Arz ve talep dengesinin kurulması, özellikle tekeller piyasalarda tüketici menfaati yönünden oldukça önemlidir. Şöyle ki; fiyat, arz ve talep eğrilerinin kesiştiği noktada oluşmaktadır. Talep miktarı konusunda önceden bilgi sahibi olmayan monopol, tahmini talep miktarına göre kendi arz miktarını belirleyecektir. Bu durumda tahmini talep miktarı ile buna göre yapılan arz miktarını gösteren eğrilerin kesiştiği noktada fiyat oluşması gerekir. Ancak monopolün tahmin ettiği talep miktarı her zaman gerçekleşmeyebilir. Talebin, monopol tarafından tahmin edilenin üzerinde olması halinde piyasada bir arz eksikliği söz konusu olacaktır. Bu durumda talep eğrisi, tahmini talep eğrisine göre sağa doğru kayacak; bunun sonucunda talep ve arzın kesişme noktası yukarı doğru kayarak fiyatları yükseltecektir. Oysa ki; monopol, talebin bu kadar yüksek olacağını bilseydi arz miktarını buna göre belirleyip arttıracak ve arz ile talebin kesiştiği nokta daha aşağıda olacağından fiyat, daha düşük olarak belirlenecekti. Bu durumda, monopolün talebin yüksek olacağı konusunda önceden bilgi sahibi olmaması, fiyatın daha yüksek olmasına neden olarak tüketicinin aleyhine bir durum oluşturmuştur. Buna karşılık; gerçek talep, monopolün tahmin ettiği talep miktarının altında oluşur ve ortaya arz fazlası çıkarsa durum değişecektir. Şöyle ki; monopolün tahmin ettiği talep miktarının gerçekte oluşmaması halinde talep eğrisi sola doğru kayacaktır. Böylece fiyat daha aşağıdaki kesişme noktasında oluşacaktır. Ancak monopol, gerçekte talebin bu kadar düşük olacağını bilseydi arz miktarını daha düşük tutacak ve böylece arz ve talebin kesişme noktası daha yukarıda oluşacaktı. Bu durumda, monopolün daha düşük olan gerçek talep miktarı hakkında önceden bilgi sahibi olmaması, fiyatın daha alt seviyede oluşmasını sağlayarak tüketicinin yararına bir sonuç ortaya koymuş; ancak monopolün gereksiz miktarda fazla üretim yapmasına neden olmuştur (Kai-Uwe Kühn and Xavier Vives, “Information Exchanges Among Firms and Their Impact on Competition”, Institut d’Anàlisi Econòmica (CSIC), Barcelona, 1994, (Information Exchange), <http://blog.iese.edu/xvives/files/2011/09/Information>, pp. 4-7; Costin, p. 32).

denir⁶³. Bu, özellikle yatırım maliyetleri yüksek olan sektörler ile önemli oranda talep dalgalanmalarının bulunduğu, tüketici tercihlerinin hızlı bir şekilde değiştiği sektörlerde, teşebbüslerin gereksiz fazla yatırımlar yapmasının önüne geçerek işletmelerin daha etkin ve kârlı bir şekilde faaliyette bulunmalarına yardım eder⁶⁴. Şöyle ki; gelebilecek talep miktarını veya fiyatlarda oluşabilecek değişimleri önceden tahmin edemeyen işletmeci, stoklarını sürekli üst seviyede tutmak ya da sürekli tam kapasitede çalışmak zorunda iken; bilgi paylaşımı sonucunda sektöre ilişkin geleceğe dönük tahminler yapabilen, pazara yeni girişlerin olması karşısında artacak arz miktarı, ham madde tedarikinin çeşitli nedenlerle zorlaşmasıyla ortaya çıkabilecek arz azalması, fiyat ve maliyet artışı ya da tüketicilerin farklı yönlerdeki eğilimleri nedeniyle talep miktarında oluşabilecek düşüşleri öngörebilen işletmeci, bu öngörülerini doğrultusunda stok seviyesini belirleyip gereksiz fazla yatırımdan kaçınarak işletmesi için gerekli önlemleri önceden alabilir⁶⁵. Özellikle çok yüksek yatırımlar yapılmasını gerektiren teknolojik ürünler pazarında, geleceğe yönelik taleplerin tahmin edilebilmesi, yeni ürünlere yönelik olarak yapılacak yatırımların planlanabilmesi için son derece önemlidir⁶⁶. Zira yeni ürünlere yönelik yapılacak büyük miktarlardaki yatırımların, üretilecek yeni ürünlere yönelik talep miktarının yetersiz kalması halinde üreticiler için oldukça önemli miktarlarda zarara yol açması kaçınılmazdır. Firmanın düşük talep oranını öngörebilecek düzeyde piyasa bilgisine sahip olması halindeyse firma, daha kârlı olan alternatif bir piyasaya yönelecek ve böylece kaynakların etkin dağılımı sağlanmış olacaktır⁶⁷. Bunun tam tersi de mümkündür. Şöyle ki; gelecek talep miktarı konusunda bilgi sahibi olmayan ve

Monopolistik bir piyasada talep miktarlarının beklenenden yüksek ya da düşük olacağı bilgisini edinen teşebbüs, kendi arz miktarını edindiği bilgiye dayanarak ortaya çıkacak olan talep miktarına göre belirler. Böylece arz fazlası üretimden ya da karşılayamayacağı artık talepten doğacak olan zararlardan kaçınmış olur. Aynı bilginin rakip teşebbüsler tarafından da elde edilmesi halinde tüm teşebbüsler bu bilgiye göre arz miktarlarını belirleyeceklerinden öncelikli olarak bilgi sahibi olunması teşebbüs için ek bir fayda sağlamayacaktır. Aksine; aynı bilginin rakip teşebbüsler tarafından da elde edilmesi, bilginin değerini azaltacak ve bu bilgiden elde edilebilecek menfaatin düşmesine sebep olacaktır. Buna “*negatif dışsal etki*” denir. Bu nedenlerle, ortak talep belirsizliğine dayanan ve miktar üzerinden rekabet edilen monopolistik piyasalarda teşebbüsler, gelecek taleplere ilişkin olarak elde ettikleri bilgileri rakipleriyle paylaşmak istemezler (Kühn and Vives, pp. 13-18; Nitsche and Hinten-Reed, pp. 12-15).

⁶³ Christensson, p. 11.

⁶⁴ OECD 2010, pp. 278, 393; Bennett and Collins, p. 318; Costin, p. 31.

⁶⁵ OECD 2010, pp. 10, 24, 25; Nair and Mncube, p. 5; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 8.

⁶⁶ OECD 2010, pp. 10, 26, 27.

⁶⁷ Pişmaf, s. 18.

özellikle de pazara yeni giriş yapacak olan teşebbüs, oluşacak talebi tahmin edemediğinden daha temkinli bir tutum sergileyecek, tesisini daha küçük inşa edip daha az hammadde alacaktır. Ancak aynı teşebbüs, pazar koşulları konusunda iyi bilgi sahibi olsaydı ve talep miktarının yüksek olacağını öngörebilseydi, daha yüksek miktarda yatırım yapabilecek, daha güvenli bir şekilde pazara girebilecekti⁶⁸.

Bilgi değişimi, rakiplerin yatırım planları hakkındaki belirsizliği ortadan kaldırarak ekonomik etkinliği geliştirir⁶⁹.

Doktrinde; otomobil üreticisi firmaların üretim planlarını altı ay önceden ticari bir yayın yoluyla yayınlamaları konusu incelenmiştir. Doktrinde Kühn tarafından; yapılan açıklamaların taahhüt içermediği, bağlayıcı olmayıp değiştirilebildiği ve tüketici yönünden ulaşılabilir olmadığı tespit edilmiştir. Yapılan incelemede, firmaların üretim planlarını önceden yayınlamaları sonucunda genellikle sonradan bu üretim planlarını değiştirdikleri ve üretim miktarını önceki plana göre azaltma yoluna gittikleri görülmüştür. Ayrıca yapılan değerlendirmede, paylaşılan üretim planı bilgilerinin üretici firmaların bireysel talep bilgileri hakkında açıklayıcı olmadığı sonucuna varılmıştır. Buna göre; söz konusu geleceğe dönük üretim planı bilgilerinin paylaşılmasında rekabete aykırılık bulunmadığı; hatta gereğinden fazla üretimi engellediği için piyasada etkinlik arttırıcı etkiye sahip olduğu ifade edilmiştir⁷⁰.

Buna karşılık; Doyle ve Snyder, 1965-1995 yılları arasında otomobil üreticilerinin en büyük üç ve sonradan katılan AMC ile dört firması arasındaki bilgi değişimini masum görmediğini açıklamıştır. Yazarlar tarafından; pazarda en büyük pazar payı %40 oranla GM'ye ait olsa da, diğer otomobil üreticileri Ford ve Chrysler'in her zaman GM'nin açıklamalarını bir lider olarak kabul edip takip etmedikleri; buna karşılık tüm firmaların birbirlerinin üretim planı açıklamalarını aynı oranda dikkate alarak kendi üretim planlarında buna göre değişiklik yaptıkları, ele alınan konu sadece üretim planları konusundaki bilgi değişimi olsa da bunun gerçekte dört rakip firma arasında gerçekleşen bilgi değişiminin sadece küçük bir kısmına ilişkin olduğu, incelendiğinde firmalar arasında geleceğe dönük fiyat, ürün

⁶⁸ Morphet and Dijk, p. 10.

⁶⁹ Christensson, p. 11.

⁷⁰ Kai-Uwe Kühn, "Fighting Collusion by Regulating Communication Between Firms", **Economic Policy**, 2001, p. 184.

geliştirmeleri ve birçok konuda bilgi paylaşımı olduğunun görüldüğü, geleceğe yönelik üretim planları ile fiyat bilgilerinin paylaşımı birlikte değerlendirildiğinde bunun ortak talep parametreleri hakkında bilgi anlamına geldiği, tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde rakip otomobil üreticileri arasındaki bilgi değişiminin cheap talk niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir⁷¹.

Bilgi değişiminin olumlu etkilerinden biri, yatırımcıların kârlı alanları araştırma konusunda yapmak zorunda olduğu araştırma maliyetlerini azaltarak yatırım yapılacak alanın daha kolay bir şekilde tespit edilmesini sağlamasıdır⁷².

Piyasa koşullarındaki değişiklikler karşısında, rakiplerinin davranışlarını ve talepleri yeterince gözlemleyemeyen teşebbüsler, değişikliklere ayak uydurmak için nasıl bir yol izlemeleri gerektiğini bilemezler. Yapmaları gerekenleri tespit edebilmek için deneme-yanılma yolunu seçmek zorunda kalırlar. Bu yol oldukça zahmetli ve maliyetlidir. Teşebbüsler arasında bilgi değişimi olduğunda ve buna bağlı olarak piyasa şeffaflaştığında ise firmaların gözlem ve bilgi seviyesi artacağından değişen piyasa koşullarına karşı uygulanması gereken yollar konusunda deneme-yanılma yoluna gitmeksizin deneyim kazanılmış olacaktır⁷³.

Pazar yapısı hakkında daha fazla bilgi sahibi olan teşebbüsler, daha etkili pazarlama stratejileri geliştirerek daha verimli bir dağıtım ağı kurabilirler; zira ürettikleri mal ya da hizmete nerede daha çok ihtiyaç duyulduğu ve talebin nerede daha yüksek olduğu gibi hususların tespitinde bilgi değişimi önemli yer tutar⁷⁴. Ayrıca yapılan bilgi değişimi sayesinde teşebbüsler, kendi maliyetleri ile mevcut ve potansiyel rakiplerinin maliyetlerini, iş süreçlerini ve performanslarını karşılaştırabilir (benchmarking)⁷⁵; bu sayede üretim etkinliğini arttırıcı, daha kaliteli,

⁷¹ Doyle and Snyder, pp. 1326-1361.

⁷² Nitsche and Hinten-Reed, p. 17.

⁷³ Pişmaf, s. 17.

⁷⁴ OECD 2010, pp. 10, 278, 393; OECD 2010, p. 417; Bennett and Collins, p. 318; Nair and Mncube, p. 4; Costin, p. 31; Pişmaf, ss. 18-19; Nitsche and Hinten-Reed, pp. 4, 11.

⁷⁵ Doktrinde Azcuenaga tarafından benchmarking; bir firmanın kendi kapasitesini değerlendirip geliştirmesine dayalı bir referans noktası olarak bir başka firmanın işleyişinin bazı yönlerini inceleme uygulaması olarak tanımlanmıştır. Yazar, benchmarking ile amaçlanan; üretim, dağıtım veya yönetimde (ürün ve hizmet kalitesini geliştirip tüketicilere daha düşük fiyat uygulayabilme, daha rekabetçi bir duruma gelebilme gibi) daha etkili yöntemler öğrenmek olduğunu ifade etmiştir. Benchmarking bu yararları yanında rakipler arasında işbirliğini ve danışıklılığı kolaylaştırıcı etki gösterme potansiyeline de sahiptir (Mary L. Azcuenaga, "Price Surveys, Benchmarking and Information Exchanges", **American Society of Association Executives 8th Annual Legal Symposium**, FTC, 08.11.Washington, D.C., 1994, pp. 5, 19-24).

daha hızlı ve daha ucuz üretime yönelik yeni stratejiler benimseyebilirler⁷⁶. Böylece piyasada rakipler arasında daha etkin üretim yapabilme konusunda bir rekabet oluşacak ve bu sayede yeni teknolojilerin uygulanmasının önü açılmış olacaktır.

Bilgi değişiminin teşebbüsler bakımından bir başka olumlu etkisi, ihalelerde kendini göstermektedir. Herhangi bir ihaleye katılan teşebbüslerin tamamı, teklif verecekleri ürün ya da hizmet yönünden aynı derecede bilgiye sahip değillerdir. Bilgi asimetrisi nedeniyle, daha fazla bilgi sahibi olan teşebbüsler ihale konusunun gerçek değerini bildiklerinden buna göre teklif vermekte iken tam olarak bilgi sahibi olmayan teşebbüsler ihale konusuna gerçek değerinin üzerinde teklif verebilirler. Bu durumda ihaleyi kazanan teşebbüs, bilgi eksikliği nedeniyle ihale konusuna değerinin üzerinde teklifte bulunmuştur. Bilgi değişiminin bulunması ve şeffaflık oluşması halinde söz konusu bilgi asimetrisi ortadan kalkmakta ve “*kazananın lâneti*

Kıyaslama (Benchmarking) doktrinde Pişmaf tarafından; “... İki veya daha fazla firmanın, etkinlik artışı sağlayabilmek için birbirlerinin iş yapma uygulamalarını karşılaştırmasına dayanan bir araştırma tekniğidir.” şeklinde tanımlanmıştır (Pişmaf, s. 16). Kıyaslama yapılabilmesi için teşebbüsün, rakiplerine ait birtakım bilgilere sahip olması gerekmektedir. Bu bilgilerin bir kısmı kamuya açık bilgiler olsa da çoğu gizli bilgilerdir. Bu nedenle kıyaslama yapılabilmesi için rakipler arasında belirli bir seviyede bilgi değişiminde bulunulması zorunludur. Zira kıyaslama sonucunda firmalar, rakipleri tarafından kullanılan daha etkin üretim şekillerini öğrenerek bunları kendileri de uygulamaya başlayacaklar; böylece piyasadaki etkinlik arttığı gibi daha yüksek kalitede üretim yapılması da sağlanarak rekabeti artırıcı sonuçlar elde edilecektir (Pişmaf, s. 17).

Doktrinde Capobianco tarafından, benchmarking çalışmaları kapsamındaki bilgi değişiminin, rekabeti artırıcı etkileri yönünden bireysel muafiyet kapsamında düşünülmesi gerektiği savunulmaktadır (Antonio Copabianco, “Information Exchange Under EC Competition Law”, **Common Market Law Review**, Vol. 41, No. 5, 2004, p. 1270).

Teece, benchmarking faaliyetlerinin her ne kadar rakipler arasında bilgi paylaşımı içermekte ise de, bir teşebbüsün, rakibinin elde ettiği başarıları nasıl sağladığı hakkında bilgi sahibi olmasının, o teşebbüsün kendi yapısını ve sistemini yenileştirmesi, maliyetlerini düşürmesi ve maksimum etkinlik sağlaması konusunda rehber niteliğinde olacağını ifade etmiştir. Buna karşılık; bir piyasada benchmarking bilgi değişiminde bulunan teşebbüslerin sayısı ve pazar payları artarsa, rekabet ihlali olasılığı da artacaktır. Bu nedenle rule of reason analizine göre dikkatli bir değerlendirme yapılması gereklidir (Teece, p. 478).

⁷⁶ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 13; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 8; OECD 2010, pp. 10, 24, 278, 393; Christina Caffarra and Kai-Uwe Kühn, “The Cost of Simplicistic Rules for Assessing Information Exchange: The Italian Jet Fuel Decision”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensvetket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, p. 138; Bennett and Collins, p. 318; Nair and Mncube, p. 5; Costin, p. 31; Vives, p. 87; Whish, p. 19; Uzunallı, İşletme Konusu, s. 27; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 9; Nitsche and Hinten-Reed, p. 4; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 11-12; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 198, dn. 280; Kühn, p. 191; İsmail Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, (Rekabet Hukuku), p. 405.

(*winner's curse*)” olarak adlandırılan bu tür olumsuz durumların ortaya çıkması engelenmektedir⁷⁷.

1.1.3.1.2.2. Sektörel Yönden

Bazı sektörlerde teşebbüsler arası bilgi değişimi bazı konulardaki bilgi asimetrisini gidermek yönünden o sektördeki işletmeler açısından zorunludur. Bu, özellikle bankacılık ve sigortacılık sektörlerinde kendini göstermektedir⁷⁸.

Bankacılık ve sigorta sektörlerinde bilgi değişiminin zorunlu olmasının ve bu nedenle bu sektörlerde aşağıda açıklanacağı gibi bilgi değişimine belirli sınırlar içinde muafiyet tanınıyor olmasının dayanağı, ters seçim ve ahlâki tehlike kavramlarıdır. İlk olarak George Akerlof tarafından 1970 yılında ortaya atılan bu düşünce, “*limon problemi*” olarak da anılmaktadır⁷⁹. Bu düşünce daha sonra Vairan tarafından geliştirilerek ters seçim ve ahlâki tehlike kavramları literatüre dâhil edilmiştir⁸⁰. Ters seçim ve ahlâki tehlike kavramları bilgi asimetrisinin bulunduğu; yani taraflardan birinin diğerine göre daha az bilgi sahibi olduğu durumlarda ortaya çıkar⁸¹. Örneğin bankanın, kredi talep eden müşterinin mali durumunu bilmemesi halinde riskin ne kadar olduğunu belirlemesi mümkün olmayacaktır. Aynı şey sigorta

⁷⁷ “Kazananın lâneti etkisi” hakkında bkz. Nitsche and Hinten-Reed, pp. 17-18; Ayça Tükel, “Asimetrik Enformasyon Işığında Halka Arzların Uzun Dönemli Performanslarının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Ekonometri ve İstatistik Dergisi*, Sayı: 12, 2010, ss. 107-108; Cahit Ağaoğlu, *Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tahkim*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 62, dn. 70.

⁷⁸ OECD 2010, p. 10, 25; Bennett and Collins, p. 319; Kühn and Vives, Information Exchange, p. 118; Costin, p. 31; Pişmaf, s. 19; Kühn, pp. 191-192.

⁷⁹ Düşüncenin “*limon problemi*” olarak anılmasının sebebi, bunun Akerlof tarafından ikinci el otomobil piyasası örnek verilerek anlatılmış olması ve ABD’de ikinci el kötü araçların “*limon*” olarak anılmasıdır. Yazara göre, ikinci el otomobil piyasasında iyi araçlar ve kötü araçlar vardır. Ancak alıcılar, bu araçların hangisinin iyi, hangisinin kötü olduğunu bilmezler ve bunu sadece satıcılar bilir; yani piyasada alıcılarla satıcılar arasında bilgi asimetrisi hâkimdir. Araçlar ortalama bir fiyat üzerinden satışa sunulmaktadır. Ancak bu ortalama fiyat kötü araçlar için yüksek iken, iyi araçlar için düşüktür. Bu nedenle iyi araçların sahipleri, araçlarını bu fiyattan satmak istemezler; ancak fiyatı yükseltmeleri halinde de alıcılar iyi ve kötü araçları ayırt edemediklerinden fiyatı yüksek olan iyi araçları satın almayacaklardır. Bu durum, araçlarını düşük fiyata satmak istemeyen satıcıları piyasa dışına itecektir. Böylece piyasada sadece kötü araçlar, yani limonlar kalacaktır. Bu durum ters seçim oluşturur (George Akerlof, “The Market For “Lemons”: Quality Uncertainty and The Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 1970, pp. 489-492).

⁸⁰ Bilgi için bkz. Tükel, s. 106.

⁸¹ Meltem Erdoğan, “Bankacılık Sektöründe Asimetrik Bilgi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 20, 2008, s. 1; Utku Altunöz, “Türk Bankacılık Sistemindeki Asimetrik Bilgi Probleminin Oyun Teorisi Çerçevesinde Analizi”, *Dicle Üniversitesi İİBFD*, Cilt: 2, Sayı: 5, 2013, s. 2; Pişmaf, s. 19.

şirketleri için de geçerlidir. Sigorta şirketlerinin, müşteri tarafından sigortalatılmak istenen değer yönünden rizikonun gerçekleşme olasılığının ne kadar yüksek olduğunu tespit edip prim miktarını belirleyebilmesi için birtakım bilgilere sahip olması gerekir. Bu iki örnekte de müşteri, sigorta şirketi ya da bankaya göre daha fazla bilgi sahibidir ve sahip olduğu olumsuz bilgileri paylaşmak istemeyecektir. Bu durumda bilgi asimetrisi nedeniyle bankanın temin edeceği krediler için ortalama bir risk belirlemesi ve bunu kullandıracağı kredilerin tamamına eşit olarak yansıtması (kredileri tayinlaması) gerekecektir. Sigorta şirketleri de aynı şekilde ortalama bir riziko olasılığını esas alarak primleri belirleyecek ve tüm sigorta poliçeleri için aynı prim miktarları uygulanacaktır. Bu durum iyi müşteriler için olumsuz sonuçlar yaratır. Mali durumu risk taşımayan ya da daha az risk taşıyan bir müşteri için kredi maliyeti çok yüksek geleceğinden bu müşteri kredi kullanmak istemeyecektir. Yine rizikonun gerçekleşme olasılığı düşük olan bir sigorta müşterisi, belirlenen prim kendisi için çok yüksek geleceğinden sigorta yaptırmaktan vazgeçecektir. Buna karşılık, risk oranı yüksek olan müşteriler bu yüksek kredi fiyatlarını ya da sigorta primlerini kabul etmeyi göze alacaklardır⁸². Bu durumun bir sonucu olarak iyi müşteriler piyasadan çekilecek, bankalar ya da sigorta şirketleri kötü müşterilerle baş başa kalacaklardır. Bir başka deyişle; kötü müşteri, iyi müşteriyi piyasadan kovacaktır. Bu durum ekonomi literatüründe “ters seçim” olarak adlandırılmaktadır^{83, 84}.

Kredi sağlama ya da sigorta poliçesi satma işleminden önce gerçekleşen ters seçim, işlem yapıldıktan sonra ahlâki tehlike olasılığını ortaya çıkarmaktadır. Bankanın, bilgi asimetrisi nedeniyle ortaya çıkan ters seçim sonucunda kötü müşteriye kullandığı kredi, daha sonra müşteri tarafından kasıtlı olarak

⁸² Akerlof, pp. 492- 494; Joseph E. Stiglitz and Andrew Weiss, “Asymmetric Information in Credit Markets and Its Implications for Macro-Economics”, **Oxford Economic Papers, New Series**, Vol. 44, No. 4, 1992, p. 694; Erdoğan, s. 8; Alp ve Karakaş, ss. 219-220; Altunöz, s. 5.

⁸³ OECD 2010, pp. 25, 278-279; Kühn and Vives, Information Exchange, p. 105; Bennett and Collins, p. 319.

Ters seçim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, ss. 1-17; Güler Aras ve Alövsat Müslümov, “Kredi Piyasalarında Asimetrik Bilgi ve Bankacılık Sistemi Üzerindeki Etkileri”, **İktisat, İşletme-Finans Dergisi**, Sayı: 222, s. 3; Alp ve Karakaş, ss. 219-220; Altunöz, s. 5.

Ayrıca bkz. <http://sigortateknik.blogspot.com.tr/2013/06/sigorta-sektorunde-asimetrik-bilgi.html> (21.10.2015).

⁸⁴ Ters seçime karşı önlemler hakkında bkz. Akerlof, pp. 499-500.

Bankacılık sektöründe ters seçim ve ahlâki tehlike durumuna karşı alınması gereken önlemler konusunda bkz. Stiglitz and Weiss, pp. 694-724; Erdoğan, ss. 6-14.

ödenmeyerek banka zarara uğratılabilmektedir. Aynı şekilde, sigorta şirketi tarafından yüksek risk taşıdığı bilinmeyen sigorta ettirene sağlanan sigorta koruması sonucunda, sigorta ettirenin kastı ya da kusuruyla rizikonun ortaya çıkmasına sebep olması dolayısıyla sigorta şirketi büyük miktarlarda sigorta tazminatı ödemek zorunda kalabilmektedir. Özellikle sigorta ettirenin, aslında atıl duran bir emtiayı sigortalatarak sigorta poliçesi yapıldıktan sonra kasıtlı olarak rizikonun gerçekleşmesini sağlaması ve bu şekilde zenginleşmesi, sıkça görülen bir dolandırıcılık yöntemidir. Ortaya çıkan bu olumsuz sonuç, ekonomi literatüründe “*ahlâki tehlike*” olarak adlandırılmaktadır^{85, 86}.

Banka ve sigorta sektörlerinde ortaya çıkma olasılığı son derece yüksek olan ters seçim ve ahlâki zarar durumlarının ortaya çıkması riskinin en aza indirilebilmesi için bu piyasalarda bilgi asimetrisinin ortadan kaldırılması önem taşır^{87, 88}.

⁸⁵ OECD 2010, pp. 25, 278-279; Kühn and Vives, Information Exchange, p. 105; Bennett and Collins, p. 319.

Ahlâki tehlike konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, ss. 1-17; Aras ve Müslümov, s. 3; Alp ve Karakaş, ss. 229-220; Altunöz, ss. 5-6.

Ayrıca bkz. <http://sigortateknik.blogspot.com.tr/2013/06/sigorta-sektorunde-asimetrik-bilgi.html> (21.10.2015).

⁸⁶ Bankacılık sektöründe ahlâki tehlike konusunda alınabilecek önlemler hakkında bkz. David Besanko and George Kanatas, “Credit Market Equilibrium with Bank Monitoring and Moral Hazard”, **The Review of Financial Studies**, Vol. 6, No. 1, 1993, pp. 213-232.

⁸⁷ Japelli ve Pagano tarafından, kredi piyasalarında ters seçimi önlemenin, kredi kayıt büroları veya kamusal kredi sicili aracılığıyla yapılacak bilgi değişimi ile mümkün olabileceği üzerinde durulmuştur. Yazarlara göre, kredi kayıt büroları veya kamusal kredi sicili aracılığıyla yapılan bilgi değişimi sonucunda bankalar, kredi talep eden müşteri hakkında bilgi sahibi olabilecek ve böylece müşterinin geri ödememe riskinin ne kadar büyük olduğu konusunda tahminde bulunabilecektir. Bu bilgilere sahip olan banka, vereceği kredi miktarını ve faiz oranını daha kolaylıkla belirleyebilecektir. Ayrıca bu sistem sayesinde kredi kullanan müşteri de aldığı krediyi geri ödeme konusunda çaba sarf edecektir. Zira müşteri, aldığı krediyi zamanında ya da hiç geri ödememesi halinde, diğer tüm kredi kuruluşları nezdinde kredilerinin kesileceğini ya da kendisi için çok daha maliyetli olacağını biliyor olacaktır. Bir başka deyişle, kredi kayıt bürolarının varlığı, hem ters seçim hem ahlâki tehlike olasılığını azaltacak; aynı zamanda ortalama faiz oranlarını da düşürecektir (Tullio Jappelli and Marco Pagano, “Information sharing, lending, and defaults: Cross-country evidence”, **Journal of Banking and Finance**, Vol. 26, No. 10, 2002, pp. 2018-2020).

⁸⁸ Komisyon tarafından 1984 yılında verilmiş olan “*Nuovo Cegam*” kararında, üyeleri İtalya’daki sigorta şirketleri ve reasürans şirketleri olan birliğin durumu incelenmiştir. Bahsi geçen karara konu olayda; sigorta aşamasında sigorta şirketlerinin uygulayacakları ortak prim tarifesinin ve sözleşme koşullarının belirlenmiş olması nedeniyle rakipler arasındaki rekabetin kısıtlandığı; ortak sigorta (koasürans) yönünden, sigorta şirketlerinin ortağını üye şirketler arasından seçmek zorunda olması ve reasürans yönünden ise reasürans şirketlerinin uygulananacak prim miktarları ve sözleşme koşulları bakımından serbest olmamaları, aynı zamanda birlik üyesi olan sigorta şirketlerinin birlik üyesi olan reasürans şirketleriyle çalışma kısıtı bulunması bakımından rekabeti sınırlayıcı olduğu tespit edilmiştir. Buna karşılık Komisyon tarafından, sigorta piyasasının uzmanlık gerektirmesi, birlik tarafından yapılan istatistiksel bilgiler, risk çalışmaları ve önleyici teknikler gibi çalışmaların sektördeki etkinlik performansını artırması, reasürans desteği garantisi sağlaması ve tüm bunların sigorta hizmetlerinin üretimi ve dağıtımını geliştirici, teknik ve ekonomik gelişmeleri teşvik edici araçlar olması nedeniyle birlik faaliyetlerinin, üyelerin uygulayacakları son prim konusunda serbest

1.1.3.1.2.2.1. Bankacılık Sektörü Yönünden

Bankacılık sektörünün en önemli faaliyetlerinden olan kredi ve kredi kartı satma işlemleri, kullanıcının mali durumuna bağlı son derece riskli işlemlerdir. Bankanın kredi kullanmak isteyen müşterisine hangi limitlerde ve ne tür teminatlar karşılığında kredi kullandırabileceği ya da kredi kartı satacağı müşterisine tanıyacağı kredi kartı limiti, o müşterinin geçmiş mali siciline göre belirlenmektedir. Böylece; daha önce başka bankalardan kullanmış olduğu kredi borçlarını ödememiş olan bir müşteriye yeni bir kredi açmaktan ya da kredi kartı vermekten kaçınılarak geri ödenmeme riski banka tarafından büyük oranda bertaraf edilebilmektedir. Ülkemizde bu amaçla Türkiye Bankalar Birliği nezdinde 5411 sayılı Bankalar Kanunu'na dayanılarak Risk Merkezi kurulmuştur. Risk Merkezinde kişilerin kredi geçmişleri ile o tarihe kadar karşılıksız çıkan çekleri ve protesto edilip ödenmeyen bonolarının da kayıtları tutulmaktadır. Bahsi geçen sistem kayıtları tüm bankalar tarafından ulaşılabilir durumdadır. Bu sistemden önce Merkez Bankası tarafından tutulan “*kara liste*” sistemi mevcut idi. Buna göre Merkez Bankası tarafından, kredi ve kredi kartı borçlarını ödemeyenler, keşide ettikleri çekler karşılıksız çıkanlar ya da tanzim ettikleri bonolar ödememe protestosuna maruz kalıp ödenmemiş olanların listeleri tutularak tüm bankalara dağıtılmaktaydı.

Açıklandığı üzere, bankacılık sektöründe ortak bir merkez tarafından tüm banka müşterilerinin kayıtları tutulmakta ve bu kayıtlara tüm bankaların erişimi sağlanmaktadır. Burada ortak bir merkez tarafından toplanan bilgilerin üyeler ile paylaşılması söz konusudur. Bu sistem rekabet hukuku yönünden üçüncü kişi aracılığıyla bilgi paylaşımı niteliği taşımakla birlikte, sektörün işlemesi için zorunlu olması ve bundan dolayı yasa ile güvence altına alınmış olması nedeniyle rekabet ihlâli söz konusu değildir. Zira sistemde paylaşılan bilgi, kamu güvenine mahzar olan bankaların güvenliği ve korunması amacıyla paylaşılan ve sadece müşterilerin finansal durumuna ilişkin olan bilgilerdir. Bu bilgilerin paylaşımı yoluyla bankaların verdikleri kredilere karşılık geri ödeme alamama riski azalmakta ve böylece

birakılması koşuluyla bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilmesine karar verilmiştir (EC, 1984, *Nuova Cagem*, 30.03.1984, OJ 11.04.1984 L 99/29).

Doktrinde Kühn ve Vives tarafından, Komisyonun bu kararının özellikle reasürans şirketlerinin karşılaşacağı ters seçim riskini azalttığı üzerinde durulmuştur (Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, pp. 105-109).

bankacılık sektörü çok daha verimli bir şekilde faaliyette bulunabilmektedir⁸⁹. Ayrıca paylaşılan bilgilerin içeriğinde, kredi müşterilerinin daha önce kredi kullandığı bankaların hangileri olduğu ve kredi sözleşmesi koşulları bulunmamaktadır. Böylece kredi kurumlarına ait bilgilerin paylaşılması söz konusu olmamakta; paylaşılan bilgiler sadece müşterilerin kredi notunun hesaplanmasında esas alınan, önceki kullanılan kredilerin miktarları, geri ödemelerde oluşan gecikmeler, kanuni takibe geçilip geçilmediği gibi bilgilerle sınırlı kalmaktadır. Bahsi geçen sistem tüm kredi kuruluşların erişimine açık olduğundan herhangi bir eşitsizlik de söz konusu değildir. Doktrinde, bankacılık sektöründeki bu sistemin, geçmişe dönük bilgi değişiminin rekabeti artırıcı etkilerine örnek olarak gösterilebileceği ifade edilmiştir⁹⁰. Ancak buradaki bilgi değişimi sadece geçmişe dönük bilgilerle sınırlı olmayıp ayrıca güncel bilgileri de içermektedir. Zira söz konusu bilgiler arasında, müşterinin mevcutta devam eden kredileri, bu kredilerin limitleri ve hâlihazırda temerrüt içinde bulunup bulunmadığına ilişkin bilgiler de mevcuttur.

ABAD tarafından verilen “Asnef-Equifax” kararında⁹¹, kredi kuruluşları arasında, kredi kullanan kişilere yönelik bir sicil oluşturulması şeklinde yapılan bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı olmadığına karar verilmiştir. Kararda; pazarın yoğunlaşmamış ve parçalanmış bir pazar olması, sicil sisteminin daha önce kredi kullandıran finans kurumlarının hangileri olduğunu ve kabul edip uyguladıkları koşulların neler olduğunu açıklamıyor olması ve sicil kayıtlarına tüm finans kuruluşlarının ulaşabiliyor olması dolayısıyla sicil sisteminin rekabeti bozucu bir etkisinin olmadığı, ayrıca sicil sisteminin, geri ödemelerdeki başarısızlığı azaltarak kredi kuruluşlarının verimliliğini artırıcı etkileri olduğu; bu nedenle her ne kadar AET Anlaşması m. 81/I kapsamına girse de m. 81/III’deki bireysel muafiyet koşullarının bulunduğu belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen bir kararda da; Kredi Kayıt Bürosu (KKB) üyesi olan bankaların, bireysel kredi ürününe yönelik mevcut ve potansiyel müşteri konumundaki tüketici bilgilerilerini birbirleriyle paylaştıkları, bu şekilde kredilerin geri ödenmeme riskini en aza indirmeyi, müşteri araştırma süresini azaltarak daha

⁸⁹ Konu hakkında bkz. OECD 2010, p. 26.

⁹⁰ OECD 2010, p. 440.

⁹¹ CJEU, 2006, *Ansef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL*, 23.11.2006, Case C-238/05, ECR 11125. Karar hakkında bkz. Nair and Mncube, p. 9; Costin, pp. 31-32; Christensson, p. 40; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 288.

hızlı hizmet vermeyi amaçladıkları, Merkez Bankası'nın da gerçek ve tüzel kişilere ait karşılıksız çek, ödenmemiş kredi ve kredi kartları, protestolu senetler, kredi limit ve risk bilgilerinin yer aldığı veritabanının bulunduğu, “Kara Liste” denen bu veritabanının tüm bankaların online erişimine açık olduğu, bankaların kredi risk bölümlerinin, kendilerine gelen başvuruları değerlendirirken Merkez Bankası ve KKB kayıtlarından birlikte yararlandıkları, iki sistem arasında temel birtakım farklılıkların bulunduğu, Merkez Bankası kara listesinin sadece borcunu ifa etmeyenleri içerdiği, KKB’de ise kredi kullanan tüm kişilere ilişkin düzenli ödeme, gecikmeli ödeme, kullanılan kredi sayısı, limiti gibi bilgilerin bulunduğu, böylece risk değerlendirmesi bakımından KKB’nin faydalı olduğu, kredi müşterilerine ilişkin bilgi paylaşımının koordinasyona yol açtığına dair bir bulguya rastlanılmadığı ifade edilmiştir⁹².

1.1.3.1.2.2. Sigortacılık Sektörü Yönünden

Sigortacılık sektöründe sigorta şirketi sigorta poliçesiyle sigortalının birtakım risklerini üstlenmekte, buna karşılık sigorta ettiren belirlenmiş olan sigorta primini ödemektedir. Sigorta sözleşmesinde risk arttıkça ödenecek prim miktarı da artmaktadır. Hatta risklerin çok yüksek olması halinde sigorta şirketleri o konuda sigorta sözleşmesi akdetmekten kaçınabilmektedirler. Örneğin sağlık sigortalarında daha önce geçirilmiş olan bazı hastalıklar, o hastalıkların sigorta poliçesi kapsamı dışında bırakılmasını gerektirebilmektedir.

Sigorta sektöründeki bir diğer risk ise sigorta suiistimleridir. Haksız kazanç sağlamak amacıyla kötüniyetli kişilerce sigorta suiistimleri gerçekleştirilebilmekte ve sigorta şirketleri zarara uğratılabilmektedir.

Gerek prim miktarlarının belirlenebilmesi ve rizikonun gerçekleşme oranı hakkında bilgi edinilmesi gerekse sigorta suiistimallerinin önlenmesi yönünde gerekli tedbirlerin alınabilmesi bakımından, bunların en çok hangi alanlarda ve ne miktarda olduğu gibi konularda bilgi sahibi olunabilmesi için sigorta şirketleri arasında bir bilgi değişimi yapılması zorunludur. Bir başka deyişle; sigorta

⁹² RK, 2008, *Ahmet Kocakoç-Kredi Kayıt Bürosu A.Ş.*, 18.10.2008, 08-58/937-380.

piyasasındaki ters seçim ve ahlâki tehlike olasılığının azaltılabilmesi konusunda, bilgi değişimi önemli bir araçtır.

Avrupa Komisyonu tarafından 2010 yılında sigorta şirketleri yönünden bir grup muafiyeti kabul edilmiştir⁹³. Buna göre; sigorta şirketleri arasında, hesaplamalar, tablolar, rizikolar hakkında bilgi edinilmesi ve risk oranları hakkında yapılan çalışmalara ilişkin bilgilere yönelik bilgi değişimleri grup muafiyeti kapsamında yer alacaktır. Ancak bunların grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, derlenerek dağıtılan bu bilgilerin sigorta şirketleri ve sigortalılar bazında bireysel bilgi içermemesi, bağlayıcı olmaması ve tüm sigorta şirketleri tarafından ulaşılabilir olması gerekmektedir. Sigorta şirketi, söz konusu tabloların, hesaplamaların ve çalışmaların ilgili olduğu alanda veya coğrafi bölgede faaliyet göstermese dahi bu bilgilere ulaşabilmeli ve bunlardan örnek alabilmelidir⁹⁴.

Ülkemizde 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁹⁵ m. 31/B hükmüyle Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi kurulması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Hükme göre; Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde, sigortalılar ve sigorta sözleşmesinden dolayı da olsa menfaat sağlayanlara ilişkin olarak, yanlış sigorta uygulamaları da dâhil olmak üzere, risk değerlendirmesine esas bilgileri toplamak ve bu bilgilerin sigorta, reasürans ve emeklilik sigorta şirketleri ile Müsteşarlıkça belirlenen kişilerle paylaşılmasını sağlamak amacıyla Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi kurulur. Bu merkezin amacı, risk değerlendirmesine esas olan bilgilerin toplanması ve sigorta şirketlerine dağıtılması yoluyla sigorta şirketlerince riskin daha gerçekçi bir şekilde hesaplanmasını sağlamaktır. Ayrıca sigorta suiistimallerine ilişkin olan yanlış sigorta işlemleri hakkındaki veriler toplanıp ilgililere dağıtılmaktadır. Hükümün ikinci fıkrasına göre tüm sigorta, reasürans ve emeklilik sigorta şirketleri bu merkeze üye olmak ve merkez tarafından istenilen her türlü bilgiyi vermek zorundadır. Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi, gerek özel hukuk tüzel kişileriyle gerekse kamu kurum ve kuruluşlarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşlarından ve diğer bilgi merkezlerinden

⁹³ EC, 2010, Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, 30.03.2010, 267/2010, L 83/1.

⁹⁴ Bilgi için bkz. OECD 2010, p. 26; Capobianco, pp. 1272-1273.

⁹⁵ 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı RG.

bilgi talep etmeye, bunlarla bilgi alışverişine yönelik sözleşmeler imzalamaya yetkilidir. Merkezin tüm işlem ve kayıtları gizlidir.

Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezinin kuruluş ve işleyişini düzenleyen Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi Yönetmeliği 2008 yılında yayınlanmıştır⁹⁶. Yönetmelik hükümlerine göre; tüm sigorta şirketleri basılan her poliçe, gerçekleşen her hasar ve ödenen her prim hakkında en çok bir günlük gecikmeyle Merkeze bildirim yapmak zorundadır. Her sigorta dalı için ayrı ayrı kurulmuş olan alt merkezler, ilgili oldukları sigorta dalına ilişkin bilgileri toplayıp derlemekle görevlidir. Alt merkezlerce toplanıp derlenen bu bilgiler, hazırlanan raporlarda istatistik ve tablolar şeklinde açıklanmaktadır. Bu istatistik ve tablolarda toplam poliçe sayısı, gerçekleşen toplam hasar, hasarın illere göre dağılımı, ödenen ortalama sigorta tazminatı ve bunun illere göre dağılımı, sigorta suiistimallerine yönelik toplam ihbar sayısı ve bunların illere göre dağılımı gibi kümülatif rakamlar üzerinden bilgi verilmektedir. Belirtilen raporlar, Merkezin internet sitesi üzerinden herkese açık olarak yayınlanmaktadır.

Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi tarafından yapılan bu faaliyetler, rekabet hukuku yönünden üçüncü kişi aracılığıyla yapılan bilgi değişimi niteliğindedir. Yukarıda açıklanan ve sadece istatistiksel verilerden oluşan kümülatif rakamların açıklandığı raporlar yönünden rekabeti kısıtlayıcı bir durum söz konusu değildir. Zira açıklanan bu bilgiler, sigorta şirketleri bazında bireysel bilgileri açıklamadığı gibi, toplanıp derlenen bu bilgilere erişim yönünden de bir kısıtlama söz konusu değildir. Buna karşılık; Sigortacılık Kanunu m. 31/B hükmünün 5. fıkrasının ikinci cümlesinde “Söz konusu bilgiler, sahibinin açık rızasının bulunması durumunda belirlendiği kişiye belli bir ücret karşılığında verilir.” ifadesi yer almaktadır. Yönetmelik’in “Bilgi Kayıtlarına Erişim” başlıklı 24. maddesinin ikinci fıkrasında “Münhasıran çalışma konuları ile ilgili olmak üzere Merkez nezdinde tutulan bilgilere dışarıdan erişim tanınacak yetkili kullanıcılar ve erişebilecekleri kayıtların içeriği ile erişim şekli Müsteşarlıkça belirlenir.” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre, Merkez nezdinde tutulan bilgileri talep eden ve yetkili kullanıcı olmayan kişilerin talepleri, yönetim komitesi tarafından karara bağlanır. Son fıkrada ise, ikinci ve dördüncü fıkralar kapsamında tanınacak erişimin ve/veya bilgilerin ücretinin belirlenmesi veya ücretsiz verilmesi konularında yönetim

⁹⁶ 09.08.2008 tarih ve 26962 sayılı RG.

komitesinin karar vereceği düzenlenmiştir. Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde rekabet hukuku yönünden birtakım sorunların ortaya çıkabileceği düşünülmektedir.

Öncelikle yetkili kullanıcıların sisteme girerek elde edebileceği bilgilerin neler olduğu konusunda bir açıklık getirilmeyerek konu, Müsteşarlık düzenlemesine bırakılmıştır. Bu bağlamda, yetkili kullanıcıların sistem üzerinden sigorta şirketleri bazında bilgi sahibi olmalarının ya da sigortalıların önceki sigorta poliçelerinin hangi şirket tarafından ve hangi koşullarla basıldığı, belirlenen sigorta kapsamı ve prim oranları gibi konularda bilgi edinmelerinin mümkün kılınması halinde ortaya çıkacak bilgi değişimi, bireysel bilginin değişimi anlamına gelecektir. Bu durumda bu bilgi değişiminin rekabeti olumsuz yönde etkileyecek potansiyele sahip olacağı kolaylıkla söylenebilir.

İkinci husus, yetkili kullanıcılara ve yetkili kullanıcılar dışındaki isteklilere verilecek bilgilerin ücretlerinin ne olacağı ya da ücretli olup olmayacağı konularında yönetim komitesinin yetkilendirilmiş olmasıdır. Merkezde toplanan bilgilerin sadece belirlenen ücreti ödeyenlerin erişimine açılması, bu bilgilerin erişilebilirliği konusunda tereddüt yaratabilir. Ayrıca yetkili olmayan kullanıcılara talep ettikleri bilgilere erişim imkânı tanınıp tanınmaması konusunda takdir yetkisinin yönetim komitesine bırakılmış olması ve bu konuda verilecek karara yönelik somut kriterler getirilmemiş olması bir diğer eleştiri konusudur.

1.1.3.1.3. Pazara Yeni Girecek Teşebbüslere Kolaylık Sağlama

Şeffaflık, pazara yeni girişler açısından da önemlidir. Zira pazara girmek isteyen yeni girişimciler, şeffaflık sayesinde pazar koşulları hakkında bilgi sahibi olabilecek, buna göre değerlendirme yapabilecek ve pazardaki mevcut teşebbüslerle daha kolay rekabet edebileceklerdir⁹⁷. Bunun aksine; pazarda bilgi asimetrisi bulunması halinde, piyasaya yeni giriş yapmak isteyen teşebbüsler ilgili piyasa hakkında tam ve doğru bilgiye ulaşamayacaklar ve bu nedenle ilgili pazara girmekten

⁹⁷ Capobianco, p. 1257; Costin, p. 34; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 9; Pişmaf, s. 19; Nitsche and Hinten-Reed, p. 4.

vazgeçebileceklerdir. Buna “sinyal karmaşası (signal jamming)” yaklaşımı denmektedir⁹⁸.

Bilgi paylaşımı nedeniyle piyasada ortaya çıkan şeffaflaşma, söz konusu pazara ait tüm mevcut koşulların bilinebilir hale gelmesini sağlar. Böylece o pazara yeni giriş yapacak olan bir teşebbüs, piyasaya ait tüm koşulları önceden öğrenebildiğinden işletmesini bu koşullar için hazır hale getirerek, yeni girilecek olan pazarın belirsizliklerinden kaynaklanabilecek riskleri asgari düzeye indirebilir⁹⁹. Bu durum, pazarın girişimciler için daha cazip hale gelmesine neden olacağından pazara girişlerin artması ve rekabetin güçlenmesi sonucunu beraberinde getirebilir. Yeni girişimcilerin belirsiz bir pazara girmektense, şeffaf ve şartları hakkında rahatça bilgi edinilebilen bir pazara girmeyi tercih etmeleri kaçınılmazdır.

1.1.3.1.4. Teknolojik Gelişmelere Yardımcı Olma

Teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımı; yeni üretim teknikleri veya ürün çeşitleri geliştirme, mevcut ürünleri daha dayanıklı, kullanışlı ve verimli hale getirme konularında teknolojik gelişmelerin ortaya çıkmasına ve inovasyona yardımcı olabilir¹⁰⁰. Teşebbüslerin; ürün geliştirme tekniklerini, üretim sürecine ilişkin verimlilik artırıcı yeni yöntemleri ve bunun gibi yenilikçi birtakım çalışmalar sonucunda elde ettikleri bilgileri birbirleriyle paylaşarak geliştirmeleri, çok daha

⁹⁸ Mehmet Yanık, **Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 45.

⁹⁹ OECD 2010, p. 10.

¹⁰⁰ İnovasyon (yenilikçilik) doktrinde; “bilimsel ve teknolojik araştırmalar sonucu ortaya konan bulguları, ekonomik ve toplumsal faydaya dönüştürmek” olarak tanımlanmıştır. Buna göre inovasyon, “Bilimsel ve teknolojik araştırmalar sonucu ortaya konan bulguları, pazarlanabilir yeni ürün, yeni sistem, yeni üretim yöntemleri ve yeni toplumsal hizmetlere dönüştürmek; ya da aynı bulgulardan hareketle, mevcut ürünleri, sistemleri, toplumsal hizmetleri teknolojik açıdan geliştirmek” şeklinde ifade edilmiştir (İraz ve Yıldırım, s. 87).

Odman Boztosun tarafından inovasyon, “araştırma-geliştirme (ar-ge) faaliyetleri sonucu elde edilen gelişmelerin, yeni bir teknoloji olarak, ticari amaçla, endüstriyel sahada kullanılabilir hale dönüştürülmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır (Ayşe Odman Boztosun, “Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, **Perşembe Konferansları**, RK, Kasım 2002, Ankara, (Teknolojik Yenilikler), s. 172).

Yenilikçilik; sürekli, dinamik ve köklü yenilikler olarak üçe ayrılmaktadır. Sürekli yenilik, ürünlerin yapısını değiştirmeden, üründe müşterilerin ihtiyaçlarına ve zevklerine göre küçük değişimler yapılmasıdır. Dinamik yenilik, ürünlerin kullanım alışkanlıklarını değiştirmeden, mevcut ürünün başka bir türünü veya yeni bir ürünü geliştirmektir. Köklü yenilik ise, müşterilerin kullanım alışkanlıklarını değiştiren yeni bir ürünün üretilmesidir (Demirel ve Seçkin, s. 192).

Yenilik ve yenilikçi pazarlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hilal Yılmaz, **Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, ss. 9-55.

verimli ve etkin bir hale getirmeleri mümkündür¹⁰¹. Bu bilgi değişimi, ulusal ya da bölgesel temelli teşebbüsler arasında uygulanabileceği gibi, sadece birkaç teşebbüs arasında da söz konusu olabilir¹⁰².

Üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, temel ürün ve tamamlayıcı ürünün uyumlu olmasının zorunluluğunun gerektirdiği teknolojik bilgi paylaşımıdır. Şöyle ki; bazı ürünler için gerekli olan tamamlayıcı ürünlerin farklı üreticiler tarafından üretilse dahi temel ürün ile uyumlu olarak üretilmesi gerekmektedir. Örneğin CD çalar ile CD uyumu. Çok sayıda CD çalar ve CD üreticisi bulunmasına rağmen, üretilen tüm CD ve CD çalarlar birbirleri ile uyumludur. Bu uyumun sağlanabilmesi için gerek CD gerekse CD çalar üretiminde belirli standartlara uyulması gerekmektedir. Bu ortak standartların oluşturulabilmesi için teknik bilgilerin değişimi ve bu amaçla toplantılar yapılması gereklidir. Bu toplantılarda fiyat tartışmaları yapılmadıkça veya standartlar konusunda yapılan anlaşma, arzı azaltmaya yönelik koordineli bir girişimi gizlemeye yönelmedikçe, bu tür

¹⁰¹ Whish, p. 20; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 11; Christensson, pp. 11-12.

Doktrinde Demirel ve Seçkin, yenilikçiliğe açık bir kültürün oluşturulması için bilgi ve bilgi paylaşımına dayalı bir yapılanmanın gerekli olduğunu ifade ettikten sonra yazarlar tarafından, bilgi paylaşımına dayalı kültürün iki yönlü bir yapılanmayı içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunlar, bilgi paylaşımını örgüt stratejisi olarak yapılandırmak ve çalışanları bilgi paylaşımı için davranış ve alışkanlık kalıplarını değiştirmeye özendirme. Örgütsel bazda bilgi paylaşım kültürü; bilgiyi elde etme, organize etme, dönüştürme ve örgütsel düzeyde herkesin kullanımına sunma olarak tanımlanmıştır. Ayrıca yenilikçi bir örgütsel kültür yaratmada da atılması gereken en önemli adımlardan birinin, bilgi paylaşımını yaygınlaştırmak olduğu vurgulanmıştır (Demirel ve Seçkin, ss. 192-193).

¹⁰² Her yenilikçi ülke, bazı sektörlerde daha büyük rekabetçi avantajlara sahiptir. Örneğin; ABD’de yazılım, yarı iletkenler, biyoteknoloji; Almanya’da makine araçları ve kimyasallar; Japonya’da otomobil ve fotoğraf ekipmanları gibi. Belirli ülkelerde ve belirli alanlarda inovasyon yaratmak için çalışan firmalar ve kurumlar bağımsız olarak hareket etmek yerine birbirleriyle bağlantılı olarak çalışırlar. Buna “ulusal yenilikçilik sistemi” denir. Bu konuda verilebilecek en çarpıcı örnek, Silikon Vadisi’dir (Teene, pp. 469-471).

Doktrinde Teene tarafından ayrıca endüstriyel gruplardan da söz edilmiş ve bunların faydalarına değinilmiştir. Buna örnek olarak İtalyan seramik fayans birliği olan Assopiastrelle verilmiştir. Söz konusu birliğin üyeleri özellikle Sassuolo bölgesinde yoğunlaşan firmalardan oluşmaktadır. Birlik, üyelerin ortak ihtiyaçlarına yönelik (büyük çaplı satın almalar, yabancı pazar araştırmaları, mali ve yasal konularda danışmanlık gibi) hizmetler vermeye başlamıştır. Ayrıca Birlik ile hükümet arasındaki ilişkilerin de gelişmesini sağlamıştır. Bu faaliyetler sonucunda, birlik üyeleri arasında üretim ve üretim süreci alanında önemli teknolojik gelişmeler sağlanmıştır. Sektördeki bu yenilikçi gelişmelerin, tek bir işletmenin mühendislik çalışmaları ile değil, kurulan işbirliğinin ortak çalışması sonucunda ortaya çıktığı, böylece yabancı rakiplerin tek bir firma ile ya da bir firmalar grubu ile değil, bir alt kültürle rekabet etmek zorunda kaldığı ifade edilmiştir. Yazar ayrıca, bu tür işbirliklerinin rekabeti köreltme noktasına varmaması gerektiğini; aksine bu tür işbirlikleri ile rekabetin aynı anda birlikte mevcut olmasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır (Teene, pp. 471-473).

toplantıların rekabeti kısıtlayıcı olmadığı; aksine teknolojik gelişme için zorunlu olduğu söylenebilir¹⁰³.

Sonuç itibariyle; bilgi değişimi, rekabeti arttırıcı ve yeni teknolojiler geliştirilmesini sağlayan Ar-Ge anlaşmaları, standardizasyon anlaşmaları gibi bazı yatay işbirliği anlaşmaları kapsamında gereklidir¹⁰⁴. Bu konu üzerinde ileride ayrıntılı olarak durulacağından burada başkaca açıklama yapılmayacaktır.

1.1.3.2. Bilgi Değişiminin Rekabeti Kısıtlayıcı Sonuçları

1.1.3.2.1. Genel Olarak

1.1.3.2.1.1. Teşebbüsler Arasında Koordinasyon Oluşturma

Bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında ortak bir amaç belirleyerek bu amaca ulaşmak için koordinasyon sağlamaları çok kolay değildir. Özellikle çok parçalı, talebin dalgalı olduğu ve ürünlerin homojen olmadığı piyasalarda bu koordinasyonun sağlanması daha da zordur. Buna karşılık; yoğunlaşmış, ürünlerin homojen olduğu durağan piyasalarda, pazarda şeffaflık oluşması halinde teşebbüsler arasında bir ortak hareket etme eğilimi ortaya çıkabilir. Bu ortak hareket etme eğiliminin amacı, özellikle fiyatları yükseltmek yoluyla kârı maksimize etmek ve sağlanabilecek en yüksek faydayı sağlamaktır. Teşebbüslerin bu şekilde ortak hareket etmeye yönelmesine neden olabilecek şeffaflığın ortaya çıkma sebeplerinin en önemlisi, bilgi paylaşımıdır. Şeffaflığın artmasıyla bilgi paylaşımı, şirketlerin rekabetçi davranışlarının koordinasyonuna yardımcı olarak rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkilerin ortaya çıkmasıyla sonuçlanabilir¹⁰⁵.

¹⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Teece, pp. 473-475.

¹⁰⁴ Bennett and Collins, p. 320, Pişmaf, s. 19.

¹⁰⁵ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 15; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 9; Whish, p. 20; Azcuenaga, p. 6; Christensson, p. 16; Doyle and Snyder, p. 1327; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 405; Yiğit, s. 376.

Doktrinde Caffarra ve Kühn, bilgi değişiminin bir anlaşmaya ulaşılmasına yardımcı olduğu fikrini destekleyen somut bir delilin bulunmadığını, anlaşmaya ulaşılmasına bilgi değişiminin değil, teşebbüslerin birbirlerini gözlemlemesinin yardımcı olduğunu ifade etmiştir (Caffarra and Kühn, p. 137).

Ekonomi biliminin temellerinden birini oluşturan “Görünmez el teorisi”ni¹⁰⁶ savunan Smith; rakiplerin piyasa fiyatları hakkında bilgi sahibi olmasının yeterli olduğunu, piyasa fiyatlarının milyonlarca tüketici, üretici ve kaynak sahibinin tercihlerini kendiliğinden derleyip toplayarak birbirleriyle uyumlulaştırdığını, fiyat sisteminin tüketici tercihleri, maliyetler, zamanlama, kuruluş yeri seçimi gibi birçok konuda bilgi sağladığını, bu nedenle piyasa fiyatlarının tek başına piyasa hakkındaki birçok istatistiksel bilginin özeti niteliğinde olduğunu, rakiplerin piyasa fiyatlarını takip edip arzlarını buna göre ayarlamaları halinde piyasanın, kaynakların etkin bir şekilde bölüşülmesini kendiliğinden sağlayacağını, bu nedenle kaynakların etkin bölüşülmesi için rakipler arasında bilgi değişimi yapılmasına gerek bulunmadığını savunmaktadır¹⁰⁷.

Neo-iktisatçılar görünmez el teorisinin ancak tam rekabet piyasalarında işleyebileceğini, tekel ya da tekel benzeri kartellerin varlığı halinde ise bazı etkinsizliklerin ortaya çıkarak görünmez elin sağlıklı bir şekilde çalışmasını engelleyeceğini ifade etmişlerdir¹⁰⁸.

Görünmeyen el teorisinin halen birçok temel ekonomi kitabında doğru olarak kabul ediliyor olması doktrinde birtakım eleştirileri beraberinde getirmektedir. Doktrinde bir görüş; görünmez el teorisinin, kaynakların etkin bir şekilde bölüşülmesini sağlamasının mümkün olmadığı, bunun sağlanabilmesi için mevcut arz ve talep hakkında bilgi sahibi olmanın yeterli olmayarak geleceğe yönelik tüm

¹⁰⁶ Görünmez el teorisi; her insanın sürekli olarak kendi sahip olduğu sermayeye en çok kazanç getirecek alternatifleri araştırıp bunların peşinden koştuğunu, böylece kendisi için menfaat sağladığını ve amacının da topluma değil kendisine menfaat sağlamak olduğunu; ancak bunu yaparken aslında kendisi için temin ettiği menfaatin toplum için de yarar sağladığını ve aslında hiç farkında olmadan toplum için en yararlı yatırımı yaptığını; bir başka deyişle kendi menfaati için çabalayan kişinin görünmez bir el sayesinde toplumun çıkarı için hizmet ettiğini savunan temel teorilerden biridir (Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Books I, II, III, IV and V, MetαLibri, Amsterdam, Lausanne, Melbourne, Milan, New York, San Paulo, 2007, pp. 37-362; James D. Gwartney and Richard L. Stroup, *Temel Ekonomi*, Çev. Yıldırım Arslan, [http://ozgurtoplumundegerleri.com/res/James_D_Gwartney_Richard_Stroup_Temel_Ekonomi .pdf](http://ozgurtoplumundegerleri.com/res/James_D_Gwartney_Richard_Stroup_Temel_Ekonomi.pdf) (29.07.2015), ss. 21-23; Nitsche and Hinten-Reed, pp. 4, 10; Ahmet Fatih Özkan, “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 3, 2009, (Kamu Teşebbüsleri), s. 116; Öztunalı, s. 16; İ. Y. Aslan, *Rekabet Hukuku*, ss. 1-2; Ateş, *Rekabet Hukuku*, ss. 78-79).

¹⁰⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Smith, pp. 37-362; Gwartney and Stroup, pp. 21-23.

¹⁰⁸ Ortaya çıkabilecek etkinsizlikler üç türdür. Bunlar; üretim etkinsizliği, dağılım etkinsizliği ve dinamik etkinsizliktir. Üretim etkinsizliği, ürünlerin mümkün olan en düşük maliyetin üzerinde bir maliyetle üretilmesi anlamına gelmektedir. Dağılım etkinsizliği, pazardaki bazı alıcıların ödemeye istekli ve muktedir oldukları bedelin üzerinde fiyatlar bulunmasını ifade etmektedir. Dinamik etkinsizlik ise piyasaya yenilikçi ürünlerin sunulmasındaki yetersizliği tanımlamaktadır (Öztunalı, s. 18).

zamanlara ilişkin arz ve talep bilgilerine sahip olmak gerektiği, kaynakların etkin bir şekilde bölüşülmesinin ancak rakiplerin birbirlerinin fiyatları ile geleceğe ilişkin niyet ve planları hakkında bilgi sahibi olması yoluyla mümkün olduğu, bir başka deyişle; her ne kadar fiyat bilgilerinin arz ve talep hakkında ve kaynakların kıtlığı konusunda önemli sinyaller veren araçlar olduğu doğruysa da sadece piyasa fiyatları hakkında bilgi sahibi olmanın yeterli olmadığı, rakiplerin ancak bilgi değişimi yoluyla birbirlerinin gelecek planları hakkında bilgi sahibi olmaları halinde koordinasyon kurabileceği ve kaynakların etkin paylaşımının sağlanabileceği yönündedir¹⁰⁹.

Doktrinde serbest ekonomiyi savunanlardan bir diğeri Hayek'tir¹¹⁰. Yazara göre; merkezi otorite tarafından milli bir ekonomik düzen oluşturulması, birçok ekonomik problemi beraberinde getirecektir. Zira merkezi planlayıcı, toplanmış ve derlenmiş bilgiler doğrultusunda uzun vadeli bir ekonomik plan hazırlayacaktır. Ancak merkezi planlayıcının elindeki bilgiler, piyasaya ait tüm bilgiler değildir. Bu bilgiler her ne kadar toplanmış ve özetlenmiş bilimsel nitelikli bilgiler ise de piyasada planlayıcıya ulaşmayan başka birçok bilgi de bulunmaktadır. Bu, bilginin dağılmış ve bölünmüş olmasından, bir başla deyişle herkesin her bilgiye sahip olmamasından kaynaklanmaktadır. Merkezi planlayıcı tarafından bilinmeyen ve ekonomik düzenin hazırlanmasında dikkate alınmayan bu bilgiler, daha sonra ekonomik problemlerin doğmasına sebep olacaktır. Bu nedenle yazara göre, merkezi bir ekonomik düzen oluşturulması başarı şansı yüksek olmayan bir yoldur. Piyasada genellikle sadece toplanmış ve özetlenerek bilimsel niteliğe kavuşmuş bilgiler önemslenmekte ise de yazara göre asıl önemli olan bilgiler, ilgili yer ve zamandaki mevcut piyasa koşullarıdır. Ancak yer ve zamana ilişkin piyasa koşulları genellikle ekonomi teorilerinde değersiz görülmekte, hatta bu bilgilere sahip kişilerin bunlardan faydalanarak teknik ve teorik donanımı daha fazla olan rakiplerine karşı avantaj elde etmesi dürüst olmayan bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Oysaki piyasaya asıl yön veren bilgiler, mevcut durumun kendine özgü özelliklerine ilişkin olanlardır. Piyasa koşulları sık sık ve hızlı bir şekilde değişiklik gösterebilmektedir. Bu

¹⁰⁹ Teece, ss 466-469.

Doktrinde Overgaard ve Møllgaard ise, görünmez el teorisinin işlemesi için fiyat sisteminde bilgi toplanması gerektiğini belirtmiştir (Overgaard and Møllgaard, p. 4).

¹¹⁰ Friedrich August von Hayek, "The Use of Knowledge in Society", **The American Economic Review**, Vol. XXXV, September 1945, No. 4, pp. 519-531; Nitsche and Hinten-Reed, pp. 4, 10-11.

durumlarda piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin ortaya çıkan değişikliklere göre hızlı bir şekilde hareket ederek yeni duruma uyum sağlaması gerekmektedir. Ancak merkezi ekonomik düzenin hâkim olduğu ekonomilerde bu çok kolay değildir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, bu tür merkezi politikalar uzun vadeli olarak hazırlanır ve bu kurallara uymak gerekmektedir. Bu durumda piyasa koşullarında ortaya çıkan değişiklikler karşısında derhal önlem alınması ya da politikalarda değişiklik yapılması mümkün olmaz. Yazar, tüm bu gerekçelerle hem merkezi ekonomi politikalarına karşı çıkmış hem de mevcut piyasa koşulları hakkında bilgi sahibi olduğu takdirde daha iyi rekabet etme şansı tanıyan serbest piyasa ekonomisini desteklemiştir. Ayrıca Hayek, kaynakların etkin dağılımı için fiyat sistemi ekonomisinin gerekli olduğunu savunmuştur¹¹¹.

Doktrinde ifade edildiği üzere; teşebbüslerin kârı maksimize etmek için denge fiyatına ulaşmalarını sağlayabilecek sonsuz sayıda farklı fiyat vardır. Bu nedenle; teşebbüsler, bu sonsuz sayıdaki fiyat içinden hepsi için en kazançlı ve en sürdürülebilir olanı seçmek zorundadırlar. Bunun için iletişimde bulunmaları gereklidir¹¹². Açık kartel dışındaki oluşumlarda bu iletişim, kamusal fiyat açıklamaları ya da belirsizliği azaltacak başkaca dolaylı iletişim yollarıyla sağlanmalıdır¹¹³. Zira yanlış bir denge noktasının seçilmesi halinde, bir fiyat savaşı tetiklenebilir ya da optimal seviyenin altındaki bir noktada koordinasyona ulaşılabilir¹¹⁴. Açıklanan bu nedenlerle; teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımı, koordinasyonun, tarafların tamamı için en kârlı noktada sağlanması ve sürdürülmesi için gereklidir.

Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed, bazı durumlarda tam koordinasyonun tüketici menfaati ve refah üzerinde olumlu etkileri olabileceğini; tamamen koordinasyonsuz rekabetin başarısız bir piyasaya sebep olabileceğini, bu tür durumda bazı koordinasyonların varlığının istenebileceğini savunmuştur¹¹⁵.

¹¹¹ Overgaard and Møllgaard, p. 4.

¹¹² Bennett and Collins, pp. 320-321; Margaret C. Levenstein and Valerie Y. Suslow, . “Cartel Bargaining and Monitoring: The Role of Information Sharing”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensvetket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, p. 44; Doyle and Snyder, p. 1332.

¹¹³ Levenstein and Suslow, p. 44.

¹¹⁴ Bennett and Collins, pp. 320-321.

¹¹⁵ Nitsche and Hinten-Reed, p. 5.

İlk başta koordinasyon niyeti olmayan teşebbüsler, sık ve düzenli olarak bilgi paylaşımında bulunmaları sonucunda piyasanın yapay olarak şeffaflaşmasıyla, kazançlarını en üst seviyeye çıkarma arzusuyla bir koordinasyon isteği içine girebilirler. Bilgi değişiminin teşebbüsleri koordinasyona ve bu amaçla ortak bir dengeye ulaşmaya sevk etmesi, piyasadaki rekabeti ciddi ölçüde kısıtlayacak ve ortadan kaldıracak, bunun sonucu olarak da tüketicinin zararına sebep olacaktır.

1.1.3.2.1.2. Piyasa Kapama Etkisi

Piyasa kapama etkisi doktrinde “..*alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejileri ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁶. Bir diğer tanım ise; “..*mevcut ya da piyasaya yeni giren rakip teşebbüslerin rekabet etme şansı bulamadığı piyasa oranı*” şeklindedir¹¹⁷. Konumuz itibariyle yatay işbirliği sonucunda oluşan piyasa kapama ele alındığından, bu türü de kapsayan ikinci tanım bizim için daha uygundur¹¹⁸.

Piyasa kapama etkisi, yeni teşebbüslerin pazara girişini engelleme ve piyasada faaliyet gösteren teşebbüsleri pazar dışına itme şeklinde iki yönlü olarak karşımıza çıkar.

¹¹⁶ Alper Karakurt, **Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2005, s. 8.

¹¹⁷ Karakurt, s. 9.

¹¹⁸ Dikey piyasa kapamalarda sağlayıcılar, dağıtım seviyesindeki bayileri münhasırlık klozu içeren bayilik sözleşmeleriyle kendilerine bağladıkları için, sağlayıcı seviyesinde yeni bir teşebbüsün pazara girmesi oldukça zorlaşmış olacaktır. Zira pazara yeni giriş yapacak olan sağlayıcının ürünlerinin dağıtımını yaptıracak dağıtıcı bulması çok zor, hatta neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle ilgili pazara girmek isteyen sağlayıcının aynı zamanda bir alt seviyedeki dağıtım pazarına da girmesi ve kendi ürünlerinin dağıtımını sağlayacak dağıtım ağını kurması gerekmektedir. Bu da maliyetlerde çok ciddi bir artış oluşturarak yapılacak işin son derece komplike bir hal almasına neden olacaktır. Konuya ilişkin bkz. Yanık, ss. 38-40, 46-48.

Doktrinde Karakurt, piyasa kapama etkisinin rekabet hukuku uygulamalarına konu olmasının nedeninin rakip teşebbüslerin maliyetini arttırması olduğunu belirtmişse de bunun özellikle dikey bütünleşme bakımından geçerli bir ifade olduğunu söylememiz mümkündür (Karakurt, s. 11).

Yatay işbirlikleri yoluyla gerçekleşen piyasa kapama durumlarında potansiyel rakip; kârlılık oranları, mevcut pazar payları, oligopolistik yapılanmalar gibi sebeplerle ilgili pazara hiç girememekte ya da çok kısa süre içinde pazarı terk etmek zorunda kalmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu hallerde maliyeti arttıran bir durum değil; kâr oranını düşürerek teşebbüsün kâr etmeye geçme süresini ideal olmayacak derecede uzatan veya müşteri kazanıp belirli bir pazar payı elde etmeyi engelleyen durumlar söz konusudur.

1.1.3.2.1.2.1. Pazara Giriş Engelleri Yaratma

Giriş engeli kavramı ilk kez 1887 yılında J.B. Clark tarafından ortaya atılmış olup 1950’lerde J.S. Bain tarafından bugünkü haliyle ekonomi literatürüne sokulmuştur^{119, 120}. Pazara giriş engelleri konusunda birbirinden farklı birçok tanım bulunmaktadır^{121, 122}. Genel olarak; bir teşebbüsün hâlihazırda faaliyette bulunmadığı yeni bir pazarda faaliyet gösterme isteğine rağmen, ilgili pazara giriş konusunda karşılaştığı her türlü kısıtlama giriş engeli olarak tanımlanabilir. Giriş engelleri, adından da anlaşıldığı gibi, sadece ilgili piyasaya yeni giriş yapacak olan teşebbüsler için söz konusu olup ilgili piyasada faaliyet gösteren teşebbüsleri olumsuz yönde etkilemeyen kısıtlamalardır^{123, 124}.

¹¹⁹ Yanık, s. 11.

¹²⁰ Giriş engelleri kavramına ilişkin tarihsel süreç ve farklı yaklaşımlar hakkında bilgi için bkz. Yanık, ss. 11-18.

¹²¹ Bu tanımlar için bkz. İsmail Yücel Ardiç, **Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2004, s. 46; Karakelle, s. 18; Mehmet Barca ve Şaban Esen, “İktisat Okullarının Giriş Engellerine Yaklaşımı ve Hukuki Sonuçları”, **New World Sciences Academy (NWSA)**, Cilt: 5, Sayı: 3, 2010, ss. 304-305; Nazmi Ocak, **Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hakim Durumunun Tespiti**, Beta yayınları, İstanbul, 2016, s. 228; Seda Ulaş Kısa, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 3.

¹²² Giriş engeli kavramının ortaya çıkışı hakkında bkz. Barca ve Esen, s. 304.

¹²³ Barca ve Esen, s. 304.

¹²⁴ Bazı durumlarda piyasaya giriş konusunda herhangi bir engel bulunmamasına rağmen yeni teşebbüsler ilgili piyasaya girme konusunda isteksiz davranırlar ve ilgili pazara ya hiç yeni giriş olmaz ya da çok az sayıda yeni giriş olur. Bunun sebebi, pazarın yaşam devridir. Bir pazarda dört devir bulunmaktadır. Bunlar; başlangıç, büyüme, olgunluk ve düşüş devirleridir. Tamamen yeni bir ürünün piyasaya sürülmesiyle pazar başlangıç devresine başlayacaktır. Bu devrede ürünün yeni olması nedeniyle piyasada çok az sayıda teşebbüs bulunacaktır ve fiyat rekabeti henüz başlamamış olacaktır. Büyüme devresinde söz konusu yeni pazara, gerek ürünün yeniliği gerekse fiyatların yüksekliği nedeniyle yeni girişler olacaktır. Bu aşamada ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı artacaktır. Ancak henüz arz, talebi tam olarak karşılayamamaktadır. Ayrıca piyasa henüz yeni olduğundan marka bağlılığı oluşmamıştır ve pazara giren her teşebbüs bir pazar payı elde edebilir. Olgunlaşma aşamasında artık arz, talebi karşılayabilmektedir. Pazardaki teşebbüsler belli bir istikrara ulaşmıştır, pazar payları oluşmuştur, marka bağlılığı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle mevcut teşebbüslerin pazar paylarını arttırabilmeleri için çok yoğun bir rekabet söz konusudur. Düşüş devresinde ise, yaşanan yoğun rekabet nedeniyle fiyatlar düşmüş, kârlılık azalmıştır. Bu dönemde yeni teşebbüsler gerek kârlılığın düşük olması gerek rekabetin çok yoğun olması ve gerekse pazardaki doygunluk nedeniyle pazar payı elde etmenin zorlukları dolayısıyla ilgili pazara yönelmek istemeyeceklerdir. Böylece aslında ilgili pazara yönelik bir giriş engeli bulunmamasına rağmen pazarın içinde bulunduğu evre nedeniyle girişimciler bu pazarı yatırım için uygun bulmayacaklar ve ilgili piyasaya yeni girişler gerçekleşmeyecektir (Ardiç, ss. 44-45).

Doygun pazarlarda herhangi bir ekonomik yöntem talebi arttırmayacağından bu pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar payını arttırabilmeleri, ancak rakip teşebbüslerin pazar paylarını ele geçirmek suretiyle mümkündür. Bu nedenle bu tür pazarlarda birkaç teşebbüsün birlikte işbirliği içine girme olasılığı daha yüksektir (Kahraman, s. 138).

Pazara giriş ve pazardan çıkış konusunda engellerin bulunmadığı, serbestinin hâkim olduğu piyasalara yarışmacı piyasalar denmektedir. Yarışmacı rekabet ile potansiyel rekabet birbirini tamamlayan sistemlerdir¹²⁵. Zira giriş serbestisi bulunan yarışmacı piyasalarda potansiyel rekabet güçlüdür. Potansiyel rekabetin güçlü olduğu piyasalarda hâlihazırda piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler fiyatları arttırma yoluna giderlerse, artan fiyatlar piyasaya yeni girişlerin olmasını sağlayabilir. Piyasaya yeni girişler olması üzerine artan rekabet, artan fiyatların yeniden düşmesine sebep olarak tüketici lehine bir sonuç yaratabilir¹²⁶. Bu nedenle teşebbüsler pazar davranışların belirlerken sadece fiili rakiplerin tepkilerini değil, potansiyel rakiplerin tepkilerini de dikkate almaktadırlar¹²⁷.

Giriş engelleri, doktrinde baskın olarak yapısal (doğal) engeller ve davranışsal (suni) engeller olarak ikiye ayrılmaktadır^{128, 129}. Yapısal giriş engelleri; devletin düzenleyici faaliyetlerinden kaynaklanan engeller, batık maliyetler¹³⁰ ve diğer yapısal giriş engelleri olarak üçe ayrılmıştır. Diğer yapısal giriş engelleri kapsamında; mutlak maliyet avantajları¹³¹, ölçek ekonomileri¹³² ve büyük sermaye gereksinimi sıralanmıştır.

¹²⁵ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 31-32.

¹²⁶ Atiyas, Rekabet Politikası, s. 28.

¹²⁷ Ardic, s. 27.

¹²⁸ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 253-255; Ardic, ss. 45-56; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 267-269; Yiğit, ss. 128-133; Cevdet İlhan Günay, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Rekabet Hukuku), s. 103.

¹²⁹ Doktrinde Günay tarafından yapılan bir diğer ayırım; kasıtlı-kasıtsız giriş engelleri şeklindedir. Buna göre kasıtsız giriş engelleri; mutlak maliyet avantajı, ürün çeşitliliği, ölçek ekonomisi şeklinde olabilecekken kasıtlı giriş engelleri, limit fiyat politikası şeklindedir (Günay, Rekabet Hukuku, s. 103).

Yapısal-davranışsal giriş engelleri ve hukuki-ekonomik-teknik giriş engelleri ayrımları diğer sınıflandırmalardan ikisidir (Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 646).

¹³⁰ Batık maliyetler, bir teşebbüsün piyasadan çıkarken nakde çeviremeyeceği ve alternatif kullanım alanı olmadığından kullanmayacağı, bu nedenle katlanmak zorunda olduğu sabit sermaye kaybıdır (Sevilay Uzunallı, “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, (Yıkıcı Fiyat), ss. 69-70; Ardic, s. 48; M. Yanık, s. 21; Öztunalı, s. 74; Ulaş Kısa, s. 4, dn. 7).

¹³¹ Mutlak maliyet avantajı, piyasada mevcut firmanın herhangi bir veri üretim düzeyini, piyasaya yeni girecek olan firmadan daha düşük olan uzun dönem birim maliyetle üretme yeteneğidir. Bu avantajlar; kurulu firmanın sahip olduğu daha üstün üretim teknikleri, patent hakları, işletme idaresi gibi daha iyi ve daha üstün kaynaklara, üretim faktörlerine erişme imkânları olabilir (Yanık, s. 13).

¹³² Ölçek ekonomileri, teşebbüslerin üretim tesislerinin ölçekleri büyüdüğünde birim başına düşen maliyetlerin düşmesini ifade eder. Bir başka deyişle; teşebbüs, belli bir ölçeğin üzerinde üretim yapabilmelidir ki ölçek ekonomisinden yararlanabilsin ve birim maliyeti düşsün (Ardic, s. 51; Kahraman, s. 134; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 24; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 196; Gürkaynak ve diğerleri, “Atık Yönetimine ve Geri Dönüşüme İlişkin İşbirliği Anlaşmalarının Rekabet Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2012, (Atık Yönetimi), s. 20).

Davranışsal giriş engelleri ise sınırlayıcı fiyatlama¹³³, yıkıcı fiyatlandırma, aşırı kapasite bulundurma şeklinde ortaya çıkabilen mevcut teşebbüslerin tepkileri, ürün farklılaştırması¹³⁴ ve reklâm ile dikey kısıtlamalar¹³⁵ olarak üçe ayrılmıştır^{136, 137}.

Bilgi değişimi sonucu giriş engellerinin yaratılması mümkündür. Şöyle ki; bilgi paylaşımının ilgili piyasadaki tüm rakip teşebbüsler arasında olması halinde piyasada genel bir şeffaflık ortaya çıkar. Bu durum pazara yeni girmek isteyen teşebbüsler yönünden yukarıda açıklanan avantajlar yanında birtakım dezavantajlar da yaratabilmektedir. Şöyle ki; yeni girişimcinin girmek istediği pazardaki tüm teşebbüslerin birbirleriyle bilgi paylaşımında bulunuyor olması, yeni girecek teşebbüsü de bu bilgi paylaşımı mekanizmasına dâhil olmaya zorlamaktadır. Bu mekanizmaya dâhil olan yeni teşebbüs, tüm bilgileri diğer rakipleriyle paylaşmak zorunda kaldığından onlarla rekabet etme imkânı ortadan kalkar. Pazara yeni girmiş

Pazara yeni girecek olan teşebbüslerin bu düşük maliyeti yakalaması mümkün olmayacak, maliyetleri daha yüksek olacaktır. Bu durum teşebbüsün ilgili pazara girmesini engelleyecektir (Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 650).

¹³³ Sınırlayıcı fiyatlama, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazara yeni girişleri önlemek amacıyla kârının bir kısmından vazgeçmeleri ve böylece pazarı yeni girişler bakımından cazip olmayan bir hale getirmeleridir (Ardıç, s. 53).

¹³⁴ Ürün farklılaştırması, bir piyasada faaliyet gösteren bir firmanın kendi ürettiği ürününü diğer rakip firmaların ürettiği ürünlerden farklı hale getirmek için yaptığı çalışmalardır (H. Yılmaz, s. 51).

¹³⁵ Doktrinde dikey kısıtlamalar, “*dikey anlaşma veya uyumlu eylem ile getirilen ve ilgili pazardaki rekabeti etkileyebilecek; amaç ya da etki olarak rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı ya da ızzar edici kayıtlar*” olarak tanımlanmıştır. Buna göre dikey kısıtlamalar ya dikey anlaşmalar ya da dikey uyumlu eylemler yoluyla ortaya çıkabilmektedir (Özlem Coşgun Karaman, **Rekabetin Dikey Kısıtlanması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, (Dikey Kısıtlama), ss. 9-10). Dikey kısıtlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barış Ekdi, **Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, (Piyasa Kapatma), ss. 3-134.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ardıç, ss. 45-56.

Giriş engelleri konusunda farklı ayrımlar hakkında bilgi için bkz. Barca ve Esen, ss. 305-307; Ocak, ss. 229-232.

¹³⁷ Doktrinde Karakelle giriş engellerinin OECD ve Dünya Bankası tarafından yapısal ve davranışlar engelleri olarak iki ana kola ayrıldığını belirttikten sonra yapısal giriş engellerini; kamusal düzenlemeler, yüksek sermaye gereksinimi, batık ve sabit maliyetler, mutlak maliyet avantajı, stratejik girdilere hâkimiyet, fikri mülkiyet hakkı ve dışsalıklar olarak listelemiştir. Yazar, davranışsal giriş engellerini ise üç ana gruba ayırmıştır. İlk grupta atıl kapasite yatırımları, ürün farklılaştırılması ve reklâm kampanyaları; ikinci grupta mal vermeyi reddetme, yıkıcı fiyatlama, dikey anlaşma yoluyla piyasa kapama; üçüncü grupta ise organize suç örgütleri yoluyla giriş engelleri bulunmaktadır (Karakelle, ss. 18-23).

Doktrinde Kahraman, pazara giriş engellerini hukuki engeller, yapısal engeller ve ölçek ekonomileri olarak üçe ayırarak incelemiştir (Kahraman, ss. 133-134).

Sirel tarafından giriş engelleri; doğal ve stratejik olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulmuştur (Esen Sirel, “Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ekonomik Analiz”, **Perşembe Konferansları**, RK, Nisan 2001, Ankara, ss. 39-40).

olmanın getirdiği rekabet etme zorluğu, işletme bilgilerinin rakiplere açıklanmasıyla birlikte daha da artarak yeni teşebbüsün rekabet gücünü yok eder¹³⁸.

Pazara yeni girecek olan teşebbüs, pazarda mevcut olan bilgi paylaşım mekanizmasının dışında kalmayı tercih edebilir. Bu durumda birbirleriyle paylaşım içinde bulunan teşebbüsler ortak hareket ederek piyasayı yönlendirebilmekteyken, pazara yeni girip bilgi paylaşım mekanizması dışında kalan teşebbüsün rakipleriyle rekabet etmesi imkânsız hale gelmektedir¹³⁹.

Bilgi paylaşım mekanizmasına girme ya da girmeme yönünde yapacağı seçim ne olursa olsun, yeni gireceği pazarda rakipleriyle etkin bir şekilde rekabet etme imkânı kalmayacağını anlayan girişimci, ortaya çıkacak olan batık maliyet miktarı küçük de olsa bu pazara girmekten vazgeçecektir¹⁴⁰. Böylece bilgi paylaşımı sistemiyle dolaylı bir giriş engeli yaratılmış olmaktadır. Ayrıca giriş engelleri nedeniyle yeni girişlerin yapılamadığı pazarda, mevcut teşebbüslerin kendi aralarında işbirliği içine girmeleri çok daha kolay olacaktır¹⁴¹. Bu durumda bilgi paylaşımı yoluyla sağlanan işbirliği sonucunda pazara giriş engeli yaratılması ile bu giriş engeli dolayısıyla yeni girişler olmayan pazardaki mevcut oyuncuların aralarında işbirliği kurmasının daha kolay bir hal alması şeklinde bir kısırdöngü karşımıza çıkmaktadır.

Pazara giriş engeli, pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından bilinçli olarak ve birlikte hareket edilerek yaratılabilir. Bir pazara yeni girişlerin olması için o pazarda fiyatların yüksek olması ve işletmenin yüksek oranda kâr sağlayabilecek olması gerekir. Kârlılık oranının düşük olduğu bir pazara hiçbir yeni girişimci girmek istemeyecektir. Zira kâr oranının düşük olması halinde yeni yatırımcı yapmış olduğu pazara giriş maliyetlerini uzun bir süre sonunda karşılayabilecek ve ancak bundan sonra gerçek anlamda kâr elde etmeye başlayabilecektir. Pazara girmek

¹³⁸ Costin, p. 36.

¹³⁹ Costin, p. 36.

¹⁴⁰ Piyasalara yönelik giriş engellerinden biri batık maliyetlerdir. Bir piyasaya girmeyi düşünen işletme, önce piyasa koşullarına ve yatırım maliyetlerine göre elde edebileceği kârı hesaplayacaktır. Eğer piyasadaki rekabetin çok keskin olması bekleniyorsa girişimci için küçük bir batık maliyet bile pazara giriş konusunda caydırıcı olabilir (Atiyas, Rekabet Politikası, s. 28).

Piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında bilgi değişimi sistemi kurmuş olmaları, potansiyel rakip için caydırıcı olma hususunda yeterlidir. Zira potansiyel rakip piyasaya girecek olur ve sistem dışında kalırsa rekabet etme gücü bulunmayacak, sisteme dâhil olursa da ortak hareket etme zorunluluğu nedeniyle bu kez kendi menfaatine olan işletmesel kararları alıp uygulayamayacak ve dilediği gibi bir rekabete girişemeyecektir. Her iki olasılığın sonucunda da batık maliyetlerin ortaya çıkacağı açıktır. Bu durum, potansiyel rakibin başka piyasalara yönelmesine neden olacak etkin bir piyasa kapama sonucunu yaratmaktadır.

¹⁴¹ OECD 2012, p. 23.

isteyen teşebbüsten haberdar olan mevcut teşebbüsler bu girişi engellemek amacıyla fiyatları düşürme yoluna gidebileceklerdir. Fiyatları düşürecekleri yönündeki bilgiyi birbirleriyle paylaşmaları sonucunda tüm teşebbüsler aynı yönde davranarak genel bir fiyat düşüşü ortaya çıkacaktır. Böylece bilgi değişiminin yarattığı şeffaflık, pazardaki teşebbüsler arasında fiyatların düşürülmesi yönünde bir uyumlu eylem ya da anlaşma yaratmaktadır. Bir başka deyişle; bilgi değişimi sonucu şeffaflaşan piyasaya yeni giriş hazırlıklarını öğrenen teşebbüsler, birlikte ortak bir karar alıp anlaşmaya vararak fiyatları düşürebilecekleri gibi, birinin fiyatları düşürmesinin ardından bunu gören diğer tüm rakiplerin de bilinçli olarak aynı doğrultuda hareket etmesi sonucunda bir uyumlu eylemin ortaya çıkarılması yoluyla da aynı fiyat düşüşü sağlanabilir. Yapılan fiyat indirimi, kâr oranını minimize eden bir fiyat indirimi olabileceği gibi, satışların zararına yapılması anlamına gelen bir yıkıcı fiyatlandırma olarak da ortaya çıkabilir. Fiyatlardaki bu düşüşü gören yeni girişimci, bu sektöre yatırım yapmaktan vazgeçerek daha kârlı olan başka bir sektöre yönelecektir. Özellikle yıkıcı fiyatlandırma durumunda, piyasaya yeni girecek olan bir teşebbüsün zararına satış yapması düşünülemez. Böylece mevcut teşebbüsler, bilgi değişiminin yardımıyla birlikte hareket ederek pazara yeni girişleri önlemiştir.

İkinci olasılık ise piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin potansiyel rakiplerine karşı birlikte hareket ederek pazara girilmesi halinde kendileriyle rekabet etme şansının olmayacağı görünümünü yaratmaktır. Teşebbüsler bu amaçla dev reklâm kampanyaları yapabileceği gibi atıl kapasiteyle çalışma ya da yeni sabit yatırımlar yapma gibi çok büyük adımlar da atabilirler¹⁴². Böylece pazara giriş yapmayı düşünen teşebbüsün, pazardaki diğer rakipleriyle rekabet edecek gücü olmadığı düşüncesiyle gözü korkacak ve pazara giriş yapmaktan vazgeçecektir.

Üçüncü bir olasılık, bilgi değişimi dolayısıyla oluşan şeffaflık sonucu piyasaya yeni giriş yapmayı düşünen teşebbüsün varlığının öğrenilmesinden sonra yapılacak dikey işbirliği yoluyla pazar kapama yoluna gidilmesidir. İlgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler ile bir alt pazarın oyuncuları arasında yapılacak anlaşmayla, ilgili piyasaya giriş yapacak olan teşebbüsten mal alınmaması konusunda mutabık kalabilecekleri gibi bir üst pazardaki teşebbüslerle yapılan anlaşmayla yeni girecek teşebbüse hammadde tedarik edilmeyeceği konusunda da

¹⁴² Atiyas, Rekabet Politikası, ss. 28-29; Ulaş Kısa, ss. 39-43; Serpil Şiramun, **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, ss. 40-42.

dışlayıcı bir tutum içine girebilirler. Bu dikey işbirliğinin piyasaya giriş yapmayı düşünen teşebbüs tarafından, henüz ilgili pazara giriş yapılmadan öğrenilmesi halinde, söz konusu teşebbüsün ilgili pazara girmekten vazgeçmesi kuvvetle muhtemeldir. Önceden öğrenemediğinden ilgili pazara girmiş ve daha sonra kendisinden mal alınmamasıyla ya da kendisine hammadde tedarik edilmemesiyle durumdan haberdar olmuşsa, bu kez piyasaya yeni giren bu teşebbüs pazar dışına itilmiş olacak ve çok kısa bir sürede pazardan çıkmak zorunda kalacaktır¹⁴³.

1.1.3.2.1.2.2. Rakipleri Pazar Dışına İtme

Sektördeki bilgi paylaşımı her zaman tüm rakip teşebbüsler arasında gerçekleşmemektedir. Bazen sadece birkaç teşebbüs kendi aralarında bir bilgi değişim sistemi kurmakta ve sadece bu sisteme dâhil olan teşebbüsler arasında bilgi paylaşımı gerçekleşmektedir. Bu durumda bilgi paylaşımının teşebbüslere sağladığı menfaatlardan sadece bu sistem içindeki teşebbüsler yararlanabilmekte; diğer rakipleri ise bu menfaatlardan yararlanamamaktadır. Bilgi paylaşımı sisteminin dışında kalmak bu teşebbüsler için, bilgi değişimi sistemindeki teşebbüsler karşısında büyük bir dezavantaj oluşturmaktadır^{144, 145}.

Bilgi paylaşımı yapan birkaç teşebbüs, gerek fiyatlandırma gerekse piyasa koşullarına karşı oluşturdukları ortak stratejilerle (açık anlaşmalar ya da uyumlu eylemlerle) pazarda güçlü bir duruma gelebilmektedirler. Buna karşılık; rakipleri hakkında yeterli bilgi sahibi olmayan, sektöre ilişkin geleceğe dönük tahminler yapamayan diğer teşebbüslerin, bilgi değişim sistemi içindeki teşebbüslerle rekabet etme gücü gün geçtikçe azalmaktadır. Bilgi paylaşımı sayesinde gerektiğinden fazla yatırım yapmayarak kaynaklarını etkin bir şekilde kullanan, bu sayede kârlılığını ve pazar payını arttıran işletmeler, bu işbirliğinin etkisiyle piyasayı yönlendirebilme gücünü elde edebilmektedir. Bu aşamada bilgi paylaşımına dâhil olan bu teşebbüsler, anlaşmalar, kararlar ya da uyumlu eylemler yoluyla dilediklerinde beklenmeyen keskin bir fiyat indirimine (yıkıcı fiyatlandırma) giderek sistem dışındaki rakiplerine

¹⁴³ Akıncı, ss. 99-100.

¹⁴⁴ OECD 2010, p. 311.

¹⁴⁵ Bunun için bilgi değişimine konu olan bilginin rekabet yönünden çok stratejik olması ve piyasanın büyük bir kısmını kapsayıcı nitelikte olması gerekmektedir (OECD 2010, p. 311).

darbe vurabilmektedir. Sistemdeki teşebbüsler kendilerinin ortaya çıkardığı bu ani ve keskin fiyat indirimine dayanabilecek hazırlığı önceden yapmış olduklarından zararına satışlardan diğer rakipleri kadar sert bir şekilde etkilenmemektedirler. Bunun sonucunda rekabet edecek gücü kalmayan sistem dışındaki rakipler pazar dışına itilmekte ve o pazardaki faaliyetine son vermek zorunda kalmaktadırlar.

1.1.3.2.1.3. Kartelleşmeye Sebep Olma

Doktrinde Çelen tarafından yapılan tanıma göre kartel, “*pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarındaki rekabeti azaltarak ortak kârlarını en üst düzeye çıkarmak amacıyla yaptıkları anlaşmalar*”dır¹⁴⁶. En yaygın kartel görünümüleri; fiyat belirleme¹⁴⁷, miktar belirleme (kota anlaşmaları)¹⁴⁸ ve pazar paylaşma¹⁴⁹ şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Aydın Çelen, **Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 9.

¹⁴⁷ Fiyat belirleme kartelleri, kârı yükseltmenin en etkili yollarından biridir. Ancak kartel oluşturan çok sayıda teşebbüsün aynı fiyat üzerinde uzlaşması kolay değildir. Zira fiyatı belirleyen birçok faktör vardır. Fiyat tespiti yapılabilmesi için teşebbüslerin maliyetlerinin benzer olması gerekmektedir. Fiyat kartellerinin tespiti kolaydır. Aynı zaman dilimi içinde aynı fiyatların uygulanması, fiyat artışlarının ekonomik sebepler haklı göstermedikçe aynı dönemlerde ve aynı oranlarda yapılması gibi emareler, bir fiyat kartelinin varlığına işaret eder (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 200-201, dn. 292).

Fiyat tespitinde “*fiyat*” terimi oldukça geniş kapsamlı olarak yorumlanmaktadır. Buna göre; ortak muhasebe teknikleri, oran, kâr, indirim konularında yapılan anlaşmalar, fiyatı doğrudan tespit etmemekle beraber, etkide bulunmayı amaçlayan tavsiye niteliğinde fiyat, hedef fiyat, asgari-azami fiyat, kâr denkleştirme anlaşmaları, fiyat hesaplama sistemleri, fiyat konusunda bilgi değişimi anlaşmaları, “*fiyat*” kapsamında değerlendirilerek fiyat tespiti olarak kabul edilmektedir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 108; Gökşin H. Kekevi, **ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, (Karteller), s. 8).

¹⁴⁸ Bu tür uygulamalar “*kota kartelleri*” olarak adlandırılmaktadır. Üretim, dağıtım ve satışa ilişkin olarak farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Üretime ilişkin kota anlaşmalarında teşebbüsler aralarında belirli bir miktarda üretim yapılması, ek kapasite yaratılmaması gibi konularda anlaşılırlar. Dağıtım ve satışa ilişkin kota anlaşmalarında ise, yapılacak satış miktarı, dağıtımın hangi kanallardan ne miktarda yapılacağı, belirlenen tavan miktarı aşan satış ve/veya dağıtım yapılmaması gibi konularda teşebbüsler arasında bir anlaşmaya varılmaktadır (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 207, dn. 326).

¹⁴⁹ Doktrinde Akıncı, piyasa paylaşma anlaşmalarını; “*Aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, anlaşarak faaliyet bölge ve konularını belirlemeleri ve her bir teşebbüse serbestçe faaliyet göstereceği bir bölgenin veya konunun tahsis edilmesi*” şeklinde tanımlamıştır (Akıncı, s. 84).

Özellikle yatay anlaşmalar yoluyla piyasaların paylaşılması; rakip teşebbüsler arasındaki rekabetin ortadan kalkması, teşebbüslerin paylaşılan pazarlarda tekel benzeri bir konuma gelmeleri ve tüketicilerin ticaret ve seçim özgürlüğünün sınırlanması gibi zararlı etkiler doğurmaktadır (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 109).

Piyasa paylaşma anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkisi hakkında bkz. Akıncı, ss. 86-90.

¹⁵⁰ Çelen, s. 9.

Düzenli bir bilgi paylaşımı sisteminin kurulması halinde bu sisteme katılan teşebbüsler, bu sistemde bulunan diğer tüm teşebbüslerle birlikte ortak hareket etme zorunluluğu hissedebilmektedir. Zira sürekli bir bilgi paylaşımı mevcut olduğundan her teşebbüsün ne yönde davrandığı, sistemdeki diğer tüm teşebbüsler tarafından bilinmektedir. Birbirleriyle paylaştıkları bilginin menfaatlerinden yararlanan teşebbüsler, bu sistemin devam edebilmesi için birbirleriyle paralel davranışlar içine girme ve aynı yönde hareket etme zorunluluğu duymaktadırlar. Ayrıca bu teşebbüsler, diğer teşebbüslerle paralel şekilde davranmamaları halinde sistem dışına itileceklerini ve bilginin kendileriyle paylaşılmayacağını bildiklerinden, bu durumun olumsuz sonuçlarından kurtulabilmek için ortak harekete katılmayı tercih etmektedirler. Zira oluşan şeffaflık nedeniyle her teşebbüsün ne yönde davrandığı, uyguladığı stratejiler ve bunların etkileri, diğer teşebbüsler tarafından rahatlıkla öğrenilebilmekte ve rakiplerin birbirlerine gerçeğe aykırı bilgi vermesi de imkânsız hale gelmektedir¹⁵¹.

Bilgi paylaşımı sistemine dâhil olan teşebbüslerin gerek ortak hareket etme zorunluluğu yönünde hissettikleri baskı gerekse özellikle rekabet ortamını bozarak kendi lehlerine menfaat sağlayıp pazardaki güçlerini arttırmak istemeleri yönündeki niyetleri sonucunda oluşan planlı hareketleriyle ortaya çıkan ortak davranışlar, bu birlikteliği kartelleşmeye götürmektedir¹⁵². Özellikle piyasada az sayıda rakip bulunması, ürünlerin homojen olması, yüksek giriş engelleri bulunması, inovasyon oranının düşük olması ve yüksek şeffaflık oranı durumlarında, herhangi bir anlaşma

Bir diğer kartel görünümü ise; ihalelerde danışıklı harekettir. Rakipler herhangi bir satış, sözleşme veya proje için yapılan ihalelerde kendi aralarında kazanma sırası belirleyebilir, ihaleleri aralarında paylaşabilir (Kekevi, Karteller, ss. 8-9).

¹⁵¹ OECD 2010, p. 23.

¹⁵² Ekonomik yönden resmi bir kartel ile zımni anlaşma yoluyla kurulan işbirliklerinin sonucu aynıdır. Bu, sosyal refah zararına fiyatların daha yüksek bir seviyeye gelmesidir (OECD 2012, p. 22).

Rakipler arasında işbirliği kurulmasında en doğrudan yol, açık anlaşmalardır. Ancak oligopolistik piyasalarda kartel oluşturan teşebbüsler, birbirlerinin (birlikte kartel oluşturdıkları rakiplerinin) davranışlarını dikkate alarak kendi stratejilerini bunlara göre belirlerler. Bu tür davranışlar; zımni gizli anlaşma, karşılıklı bağımlılık ya da işbiriksiz oligopol olarak anılmaktadır. Açık işbirliği ile fiyat seviyesinin zımni işbirliğine göre daha yüksek bir seviyeye çıkarılması, daha fazla sayıdaki teşebbüsün işbirliğine katılmasının sağlanması ve işbirliğinin sürdürülmesi daha kolaydır. Buna karşılık açık anlaşma ile oluşan kartellerin tespit edilmesi ve bunların yaptırıma bağlanması da daha kolaydır. Bu nedenle teşebbüsler sadece zımni işbirliği dengesinin korunamadığı hallerde açık bir şekilde kartel anlaşmaları yolunu seçmektedir (OECD 2012, pp. 28, 29).

Zımni (gizli) anlaşmalar, doktrinde, “...aralarında açık bir anlaşma bulunmaksızın tarafların amaçları doğrultusunda rekabeti sınırlamak amacıyla yaptıkları bağlayıcı nitelikte olan ve taraflara ortak fayda sağlayan durumlar...” olarak tanımlanmıştır (Meltem Akkaya Bağış, **Gizli Anlaşma: Oyun Teorisi Yaklaşımı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 2).

bulunmamasına rağmen bilinçli paralel davranışlar dolayısıyla bir kartelin ortaya çıkma olasılığı çok daha yüksektir¹⁵³.

Kartellerde amaç; bireysel kâr maksimizasyonu değil, elde edilen toplam kârın maksimizasyonudur. Kusursuz işleyen bir kartel, tekel gücüne ulaşarak tekel fiyatları uygulayabilir¹⁵⁴. Kartelleşen teşebbüsler mal ve hizmetlerin fiyatlandırılmasında, mal ve hizmet kalitesinde, arz miktarlarının belirlenmesinde ve birçok konuda piyasayı yönlendirebilir hale gelmektedir. Bunun sonucunda hem pazara girişlerin önünde bir giriş engeli oluşmakta hem de kartel dışında kalan teşebbüsler pazar dışına itilmektedir. Bu durum piyasadaki rekabet edilebilirliği ortadan kaldırarak yarattığı anti rekabetçi etkilerle sağlıklı bir rekabet ortamından çok uzak bir piyasa yaratmaktadır.

1.1.3.2.1.4. Tüketici Menfaatlerini İhlâl Etme

Rekabet hukukunun genel amacı, tüketici refahını korumak ve etkinliği arttırmaktır¹⁵⁵. Bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı sonuçları olarak açıklanan

¹⁵³ OECD 2010, p. 402.

¹⁵⁴ Kahraman, s. 23; Çelen, s. 9.

¹⁵⁵ Schrag ve Schneirov, p. 209; Ali Demiröz, “Rekabet Kurulunun Genel Çerçevesi”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, s. 23; Ünal, Aşırı Fiyat, s. 10.

Ancak, rekabet hukuku tüketici hukukuyla karıştırılmamalıdır. Doktrinde Erdem’in de belirttiği gibi, rekabet hukuku sadece tüketicilerin tekeli teşebbüslere karşı korunması amacıyla yönelik bir hukuk dalı değildir. Rekabet hukukunun amacı, kaynakların verimli bir şekilde dağılmasını sağlamak amacıyla etkin bir serbest rekabet düzeninin kurulması ve korunmasıdır. Bu, fiyatların piyasa koşullarına göre belirlenmesini, maliyetlerin kontrol altında tutulmasını, yeni teknolojiler bulunmasını ve üretimde verimliliği sağlar. Tüm bunlardan tüketiciler de yarar sağlayacaktır (Ercüment Erdem, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, (Rekabet Hukuku), ss. 379-380; Gönenç Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması**, RK, Akademik Çalışmalar, (Amaç), ss. 24-30; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 4-5; Nevin Kortunay, **Pazarlamada Uygulanan Rekabet Stratejilerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, Ekin Yayınları, Bursa, 2013, s. 29).

Özellikle doktrinde Gürkaynak, rekabet hukukunun tek amacının toplumsal refahı sağlamak ve bu amaca ulaşmak için iktisadi etkinliği korumak olduğunu vurgulamış; başka bir amaç benimsenmesinin ise yanlış bir politika tercihi olacağını ifade etmiştir (Gürkaynak, Amaç, ss. 3, 98-100; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 284).

Doktrinde Akıncı ise; rekabeti geliştirmeye ve korumaya yönelik her rekabet hukuku kuralının temelinde tüketicinin korunması düşüncesi olduğunu, kaynak kullanımında etkinlik de dâhil olmak üzere rekabetin ekonomik sonuçlarının tüketiciler üzerindeki bütün etkilerinin tüketicilerin yararına olduğunu, bu sebeple günlük hayatta rekabet hukukundan söz ederken bununla tüketicileri korumaya yönelik bir dizi kuralların kastedildiğini belirtmiştir. Akıncı devamla, 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra rekabet hukukunun farklı bir nitelik kazandığını, her ne kadar rekabetten yararlanacak olanlar tüketiciler ise de bunların korunmasının rekabet hukukunun konusu olmadığını, çünkü rekabet ile elde

durumların tamamının ortak etkisi, tüketici menfaatlerinin ihlâl edilmesidir. Özellikle yoğunlaşmış piyasalarda şeffaflık, tüketicilere zarar verici etkiler doğurur¹⁵⁶. Pazardaki teşebbüsler davranışlarını koordine ederek fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde tutabilir, üretimi sınırlandırabilir, pazarı paylaşabilirler¹⁵⁷. Tüm bunlar tüketicilerin zararınadır.

Giriş engellerinin ortaya çıktığı, bilgi değişimi sistemine katılmayan teşebbüslerin pazar dışına itildiği ve ortak hareket etme zorunluluğu sonucunda kartelleşmenin olduğu piyasalarda tüketicilerin olumsuz etkilenmesi kaçınılmazdır. Tüm bu hallerde piyasadaki rekabet dengesi bozulmakta ve piyasanın yönünü belirleme gücü, kartelin ya da kartel haline gelmemekle birlikte piyasaya yön verme yetkinliğini kazanmış olan teşebbüslerin eline geçmektedir.

Piyasadaki rekabet dengesi bozulduğundan, tüketicilerin kıyaslama yapmaları ve ihtiyaçlarına en uygun ürünü uygun fiyata temin etmeleri imkânı ortadan kalkmaktadır. Kartel ürün fiyatlarını ve kalitesini kendisi belirlemekte, tüketici de bunları kabul etmek zorunda kalmaktadır. Böylece tüketici, daha yüksek fiyata daha az kaliteli ve ihtiyaçlarını karşılamaya daha az hizmet eden mal veya hizmete sahip olabilmekte; bununla yetinmek zorunda kalmaktadır. Sonuç itibarıyla, tüketici için önemli bir maliyet ortaya çıkmaktadır¹⁵⁸.

Kartelleşme ve tekelleşme nedeniyle rekabet baskısı hissetmeyen teşebbüsler, daha kaliteli ürünler üretme, yeni üretim teknikleri geliştirme veya maliyetleri düşürmeye çalışma gibi çabalar içine girme konusunda isteksiz davranırlar¹⁵⁹. Bu durumda tüketiciler açısından ürün kalitesi yönünden bir zarar ortaya çıkmaktadır.

edilmek istenenin tüketicinin korunması değil, iktisadi verimlilik olduğunu vurgulamış; buna rağmen hakkaniyet gereği de olsa tüketicilerin korunmasının rekabet hukuku uygulamasının vazgeçilmez bir yanını oluşturduğuna değinmiştir (Akıncı, ss. 7-8).

Akıncı ise, rekabet hukukunun birincil amacının tüketicinin korunması değil, tüketicinin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri tedarik ettiği piyasalarda serbest rekabetin korunması olduğunu, rekabet ortamının korunmasıyla tüketici refahı ve dolayısıyla toplumsal refahın korunduğu belirtilmiştir (Mustafa Ateş, “Rekabet Hukukunun Özel Hukukla İlişkisi”, **BATİDER**, Cilt: 29, Sayı: 3, 2013, (Özel Hukuk), s. 100).

Rekabet hukukunun amacına yönelik tartışmalar için bkz. Gürkaynak, Amaç, ss. 6-100.

¹⁵⁶ OECD 2010, p. 21.

¹⁵⁷ Nitsche and Hinten-Reed, p. 5.

¹⁵⁸ Morphet and Dijk, p. 1.

¹⁵⁹ Teşebbüslerin daha kaliteli ürünler üretme, yeni üretim teknikleri geliştirme veya maliyetleri düşürmeye çalışma gibi çabalar içine girme konusundaki istekliliği iktisat literatüründe “*x-etkinliği*” olarak adlandırılmaktadır (Atiyas, Rekabet Politikası, s. 32).

Bu konulardaki isteksizlik ise “*x-etkinsizliği*” olarak ifade edilmektedir (Seyrantepe, s. 12).

1.1.3.2.2. Zarar Teorileri

Doktrinde bilgi değişiminin ortaya çıkardığı zararlı sonuçlara yönelik iki farklı zarar teorisi mevcuttur. Bunlar; koordineli etkilere dayalı zarar teorisi ve koordine olmayan etkilere dayalı zarar teorileridir¹⁶⁰, ¹⁶¹. Koordineli etkilere dayanan zarar teorisi de kendi içinde iç istikrara yönelik ve dış istikrara yönelik zarar teorileri olarak ikiye ayrılır.

Doktrinde; tek el durumunda, kaynakların olabileceğinden daha az verimli olarak kullanılabileceğ i, x-etkinliğinin tam rekabet piyasasına göre düşük olacağı, zira tekeci firmanın maliyetleri mümkün olan en alt seviyeye indirme konusunda rekabetçi bir baskı altında olmadığı ifade edilmiştir (Ünal, Aşırı Fiyat, s. 7; Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s. 86; H. Yılmaz, ss. 16-18).

Doktrinde kabul edilen bir başka görüş ise, tek el durumundaki firmaların yeniliklere daha istekli olduğu ve bunun sebebinin ise daha fazla kâr elde etme isteğ i olduğu yönündedir. Bu görüş özellikle Schumpeter tarafınd an savunulmuştur (Konu hakkında bkz. Atiyas, Rekabet Politikası, s. 35; H. Yılmaz, ss. 12-16).

Her iki yöndeki görüşler için bkz. Ünal, Aşırı Fiyat, ss. 8-9.

Kanaatimizce bu ikinci görüş, tüketici için zorunlu ihtiyaç niteliğinde olmayan ürünler için bazı hallerde geçerli olabilir. Zira tek el tarafından uygulanan yüksek fiyatlar, marjinal maliyet kadar fiyat ödemeye razı olan tüketicilerin bir kısmı tarafından ödenemez ve bu tüketiciler ilgili ürünü almaktan vazgeçerler (Atiyas, Rekabet Politikası, s. 30).

Ancak tüketicinin yüksek fiyatı nedeniyle almaktan vazgeçtiğ i ürünler genellikle zorunlu ihtiyaç niteliğinde olmayan ürünlerdir. Bu tür ürünlerde tüketici tarafından satın almaktan vazgeçme, tek elci firma için o miktarda müşteri kaybı oluşturmaktadır. Bu nedenle tek elci firma, müşteri kaybını göze alarak daha yüksek fiyat uygulayıp kârını arttırmayı seçmek yerine, müşteri kaybetmeden kâr marjını arttırmasını sağlayacak bir yol bulmak isteyecektir. Bu yol da fiyat artışı yapmaktansa, maliyetleri azaltacak yöntemler bulmak ve kârı bu şekilde arttırmaktır. Bu düşünceye sahip tek elci işletme, maliyetleri düşürebileceğ i yeni teknikler ve üretim şekilleri araştırmaya yönelebilecektir. Ancak bu olasılık halinde de Ar-Ge çalışmalarından doğacak olan batık maliyetin, elde edilmesi muhtemel kâr artışı karşısında göze alınmaya değ er olması gerekir.

¹⁶⁰ OECD 2010, pp. 10-11; E. F. Aslan, Geleceğ e Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 9.

¹⁶¹ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliğ i Anlaşmalarına İlişkin Rehber'd e rakipler arası bilgi değişiminin rekabetin kısıtlanmasına sebep olmasının üç yolla gerçekleşebileceğ i belirtilmiştir. Bunlardan ilki; bilgi değişimi nedeniyle piyasanın şeffaflaşması ve rakiplerin davranışları arasında koordinasyon sağlanmasını kolaylaştırması sonucu rakipler arasında açık bir anlaşma olmaksızın rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkiler ortaya çıkmasıdır. İkinci yol, iç istikrarın artması ve piyasadaki şeffaflaşma nedeniyle firmaların birbirlerini gözlemleyebilmesidir. Üçüncü yol ise, dış istikrarın artması ve pazara yeni giriş yapacak olan firmaların piyasaya girmeleri engellenerek piyasanın kapatılmasıdır (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 15. Aynı yönde: Yatay İşbirliğ i Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, ss. 9-10; Pişmaf, ss. 58-59).

1.1.3.2.2.1. Koordineli Etkilere Dayalı Zarar Teorisi¹⁶²

1.1.3.2.2.1.1. İç İstikrara Yönelik Zarar Teorisi

Koordineli etkilere dayalı zarar teorisinin ilk şekli; danışıklık içinde bulunan teşebbüsler tarafından bilgi paylaşımı yoluyla ortak bir menfaat ile bu menfaate ulaşma yolunun belirlenmesi, bu yapıldıktan sonra teşebbüslerin birbirlerini gözlemleyerek ortak iradede ayrılan teşebbüs olup olmadığını kontrol altında tutmaları, ortak iradeye aykırı hareket edenlerin etkin bir şekilde cezalandırılması ve böylece herhangi bir teşebbüsün uzlaşılabilir kurallardan ayrılmasının önlenmesiyle sonuçlanan iç istikrarın artmasına yönelik zarar teorisidir¹⁶³.

Bu teori ile bilgi değişiminin yukarıda açıkladığımız olumsuz sonuçlarının birçoğu birlikte ele alınmaktadır. Buna göre; teşebbüsler bilgi değişimi yoluyla piyasanın şeffaflaşmasına neden olmaktadır. Özellikle paylaşılan bilginin toplanmamış, özel ve hassas bilgi niteliğinde olup bunun düzenli bir sıklıkla paylaşılması pazardaki şeffaflığı artırarak rakiplerin davranışlarına yönelik belirsizliği azaltacaktır¹⁶⁴. Bu şeffaflaşma sonucunda birbirlerinin işletme faaliyetleri, uyguladıkları fiyatlar, satış politikaları gibi birçok konuda bilgi edinmekte ve böylece birbirlerinin piyasa şartları karşısında alacağı tavırları önceden tahmin edebilmektedirler¹⁶⁵.

¹⁶² Konu hakkında bkz. OECD 2010, pp. 28-30, 280-283.

¹⁶³ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 15; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 9; OECD 2010, pp. 311, 393-394; Bennett and Collins, p. 322; Costin, pp. 34-36; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 9; Pişmaf, s. 58.

¹⁶⁴ Nair ve Mncube, p. 1; Daivis Švirinas, “The Assessment of Information Exchange Agreements Between Competitors From the Perspective of Competition Law of the EU and of the Republic of Lithuania”, *Jurisprudence*, Vol. 19, No. 1, 2012, p. 95.

¹⁶⁵ İlgili piyasada bilgi değişimi olmadığında satışları düşen bir teşebbüs, bu düşüşün gerçek sebebinin rakiplerinden birinin fiyat kırarak kendi müşterilerini çalması mı yoksa talepteki bir düşüş mü olduğunu bilemez. Sebebi bilmediğinden, satışlarını yeniden arttırmak için uygulaması gereken yolu da tam olarak belirleyemez. Buna karşılık ilgili piyasada, bir kuruluş aracılığıyla teşebbüslerin bireysel satış fiyat ve miktarlarının toplanarak tüm teşebbüslere aynı şekilde sunulduğu bir bilgi değişimi sisteminin etkin olması halinde teşebbüs, kendi satışlarındaki düşüşün sebebinin ne olduğunu bilebilecektir. Ancak bunun için, teşebbüsler tarafından verilen bilgilerin doğru olması gerekir (Overgaard and Møllgaard, p. 13; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 11).

Satışlarının düşme sebebinin ne olduğunu bilmeyen teşebbüs, bir fiyat savaşını tetikleyecektir ve bu durumda teşebbüsler arasında bir anlaşma varsa, bu anlaşma fiyat savaşıyla sona erecektir (Pişmaf, ss. 10, 13).

Teşebbüsler bilgi paylaşma konusunda sahip oldukları bu ortak iradeyi bir kademe daha ileri götürerek, sağlayacakları kârı maksimize etmek için de kullanmak isterler. Bu aşamada bilgi paylaşımı içindeki teşebbüsler en yüksek kazancı sağlayabilecekleri ortak yolu belirleyerek bu yolun izlenmesi yönünde açık ya da zımni bir anlaşma sağlarlar. Bilgi paylaşımı yoluyla oluşan şeffaflık sayesinde tüm teşebbüsler, birbirlerinin bu anlaşmaya uygun davranıp davranmadığını rahatlıkla takip edebilmektedir¹⁶⁶. Özellikle teşebbüslerin geçmiş davranışları ile mevcut durumda sergiledikleri tutumları, gözlem konusunda kolaylık sağlamaktadır¹⁶⁷. Ayrıca bu gözlemlene sonucunda bazı teşebbüslerin ortak iradeye aykırı davrandığı, yani aldatma eğilimi içine girdiği saptanırsa, ortak iradeyi ihlâl eden bu teşebbüslere birtakım etkili yaptırımlar uygulanarak iç istikrar desteklenmektedir¹⁶⁸. Zira teşebbüslerden bir ya da birkaçının ortak iradeye aykırı davranması diğer teşebbüslerin ve kartelin zararına sebep olacaktır.

Kartele dâhil teşebbüslerin marjinal maliyetlerinin birbirlerinden farklı olması, dolayısıyla da her teşebbüs için en yüksek kâr sağlayacak fiyatın aynı seviyede olmaması kartelin devamını zorlaştıran en önemli etkenlerdendir. Marjinal maliyeti daha düşük olan teşebbüslerin kârlılığa geçtiği fiyat seviyesi, marjinal maliyeti yüksek olan teşebbüslere göre daha düşük bir noktadadır. Bu durum, daha yüksek kârlar elde etmek isteyen teşebbüsleri aldatmaya iten bir nedendir¹⁶⁹. Hatta doktrinde Çelen'e göre, kartel üyesi teşebbüslerin aldatma güdülerinin oluşmasının tek nedeni, kartel fiyatının marjinal maliyetin üzerinde bulunmasıdır. Şöyle ki; marjinal maliyeti kartel fiyatının altında olan bir teşebbüs, kendi fiyatını marjinal maliyetin üzerinde ancak kartel fiyatının altında bir noktaya çekerse artan taleple birlikte kendi elde ettiği kâr yükselecektir. Kârı artırma isteği, teşebbüsü kartel fiyatından sapmaya ve aldatmaya yöneltecektir¹⁷⁰.

Aynı durum kartelerde fiyat artırma kararı alınması halinde de söz konusudur. Teşebbüsler fiyatları belirli bir oranda artırma konusunda açık ya da zımni bir anlaşmaya varmışken teşebbüslerden bir ya da birkaçının buna uymayarak

¹⁶⁶ OECD 2010, p. 281; Kühn and Vives, Information Exchange, p. 79; Costin, p. 35; Švirinas, p. 95; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 191.

¹⁶⁷ Costin, p. 35; Vives, p. 92; Pişmaf, s. 12.

¹⁶⁸ OECD 2012, p. 40.

¹⁶⁹ Çelen, ss. 9-11.

¹⁷⁰ Çelen, s. 12; Akıncı, s. 71.

fiyat artışına gitmemesi halinde, fiyat artışına giden teşebbüsler satışlarının ve dolayısıyla da kazançlarının düşmesiyle karşı karşıya kalacaklardır. Bu nedenle bir ya da birkaç teşebbüsün alınan ortak karara aykırı davranmasının önlenmesi, sistemdeki teşebbüsler için son derece önem taşımaktadır. Ayrıca teşebbüsler, işbirliği ile oluşan ortak iradeyi ihlâl etmeleri halinde bunun, fiyatları rekabetçi dengeye doğru çekecek bir fiyat savaşını tetikleyeceğini bilmektedir¹⁷¹. Özellikle talebin düşük olduğu dönemlerde teşebbüslerin fiyat indirimlerine giderek bir fiyat savaşını tetikleme olasılıkları daha yüksektir¹⁷². Zira talepteki ani düşüşler teşebbüsleri korkutur ve uzun vadeli planlardan ziyade teşebbüslerin kısa vadeli kâra yönelmesine sebep olur¹⁷³. Bir fiyat savaşının ortaya çıkması halinde tüm teşebbüslerin kârı düşecek, hedeflenen kâr maksimizasyonu sağlanamayacaktır. Bu nedenle teşebbüsler, işbirliği sonucu oluşan ortak iradeden sapmak istemezler¹⁷⁴.

Teşebbüsler bakımından aldatma isteğinin arttığı bir diğer durum, fiyatların tek el fiyatına yaklaşmış olmasıdır^{175, 176}. Fiyatların tek el fiyatına yaklaşmış olması halinde teşebbüslerden birinin kendi fiyatlarında uygulayacağı küçük bir indirim, bu teşebbüsün pazar payında ve kârında büyük bir artış yaratacaktır¹⁷⁷. Ancak teşebbüsün, bu aldatıcı davranışının bir fiyat savaşını tetikleyeceğini göz ardı etmemesi gerekmektedir. Rakip teşebbüslerin söz konusu fiyat indirimine karşı

¹⁷¹ OECD 2012, p. 29; Levenstein and Suslow, p. 47; Kahraman, s. 27.

¹⁷² Costin, pp. 35-36; Kahraman, s. 15.

¹⁷³ Kahraman, s. 15.

¹⁷⁴ Duopol bir piyasadaki iki teşebbüsün homojen nitelikteki ürünleri Nash dengesinde sabit marjinal maliyetle ürettiğini düşündüğümüzde bu iki rakip teşebbüs arasında bir kârlılık rekabeti olmadığı söylenebilecektir. Buna karşılık bu iki rakip teşebbüs zımnı bir şekilde ortak bir anlayışa ulaşarak daha yüksek bir fiyat uygulayabilirler. Bu durumda her iki rakibin de kârı artacaktır. Ancak zaman içinde bu teşebbüslerden biri, tüm pazarı tek başına elinde tutmayı ve tüm kârı elde etmeyi düşünerek anlaşmayı bir fiyat indirimi ile ihlâl edebilir. Bu durumda ihlâli gerçekleştiren teşebbüs, rakibinin müşterilerini de alıp kârını arttıracaktır. Ancak bu çok uzun sürmeyecektir. Zira ihlâlde bulunan teşebbüsün bu davranışı bir fiyat savaşını tetikleyecek ve iki rakip teşebbüs arasında bir fiyat savaşı başlayacaktır. Bu fiyat savaşı sonucunda fiyatlar ilk haline dönecek ve her iki teşebbüs de daha yüksek kâr elde etme imkânını kaybetmiş olacaktır (Nair ve Mncube, pp. 2-3).

¹⁷⁵ Teşebbüsün marjinal maliyetten daha yüksek fiyat uygulaması tek elci fiyatlandırma olarak adlandırılmaktadır (Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s. 79).

¹⁷⁶ Tekelci fiyatın sosyal refah üzerinde iki olumsuz etkisi olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki; tek elci fiyat üzerinden mal ve hizmet satın almaya devam eden tüketicilerin rekabetçi fiyat üzerinde bir fiyat ödemeleri nedeniyle tüketicilerden tek elci teşebbüse doğru gerçekleşen refah transferidir. İkincisi ise; rekabetçi bir piyasada oluşacak fiyat üzerinden söz konusu mal veya hizmeti alacak olan, yani rekabetçi fiyatı ödemeye razı olan tüketicilerin, tek el fiyatı nedeniyle o mal veya hizmeti almaktan vazgeçmeleri sonucunda oluşan müşteri kaybıdır. Buna “*dara kaybı (deadweight loss)*” denir (Ünal, Aşırı Fiyat, ss. 6-7; Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, ss. 85-86; 131-132).

Refah transferi sonucunda toplumdaki gelir dağılımı bozulur (Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s. 79).

¹⁷⁷ Kahraman, ss. 14-15.

derhal cevap veremediği durumlarda, teşebbüs kısa bir süre için küçük bir fiyat indirimi yaparak kârını arttırıp daha sonra fiyatını yine önceki ortak seviyeye yüksektebilir. Böylece kısa süreli sapma, diğer teşebbüsler tarafından derhal tespit edilip buna karşı misilleme yapılamadığından, kısa süreliğine işbirlikçi denge bozulmuş ise de tekrar aynı dengeye dönmüştür. İşbirlikçi dengeden kısa süreliğine sapan teşebbüs, bu süre içinde hem kendi kârını arttırmış hem de herhangi bir misilleme ile karşılaşmamıştır. Bu durum, diğer teşebbüsleri de aynı oyuna yönlendirir. Diğer teşebbüslerin de aynı sapma stratejisini uygulamaya başlaması halinde bir süre sonra işbirlikçi dengeden uzaklaşarak rekabetçi dengeye dönecektir.

Özet olarak, teşebbüsler arasında işbirliğinin kalıcı olması için gerekli olan üç unsur bulunmaktadır. Bunlar; ortak bir anlaşmaya ulaşmak, bu anlaşmaya bağlı kalınıp kalınmadığını gözlemleyip anlaşmayı ihlâl edenleri tespit etmek ve anlaşmayı ihlâl edenleri cezalandırmak¹⁷⁸. Bir işbirliğinin devamı ancak ihlâllerin derhal tespit edilebildiği ve ihlâlde bulunanların sert bir şekilde cezalandırıldığı piyasalarda mümkündür¹⁷⁹. Anlaşma ihlâllerinin gecikmeli olarak tespit ediliyor olması yaptırımların etkinliğini azaltacaktır¹⁸⁰. Aynı şekilde; anlaşmaya taraf olan teşebbüsler arasındaki etkileşimin sık olmaması, ihlâllerin tespit edilebilirliğini ve yaptırımla karşılaşma olasılığını azalttığından, fiyat indirimi gibi ihlâlleri daha cazip bir hale getirecektir¹⁸¹. İhlâllerin yaptırıma bağlanması konusunda bir diğer önemli husus, ihlâli yapan teşebbüslerin tam olarak tespit edilebilmesidir. Tam bir tespit yapılamadığında cezalandırmaya yönelik olarak başlatılan fiyat savaşları, misilleme yapanlar da dâhil olmak üzere piyasada faaliyet gösteren tüm teşebbüsleri olumsuz yönde etkileyecektir. Buna karşılık ihlâli gerçekleştiren işletme tam olarak tespit edilebilirse genel bir fiyat savaşı yerine sadece söz konusu teşebbüse yönelik daha

¹⁷⁸ Nair ve Mncube, pp. 1, 5; Overgaard and Møllgaard, pp. 11-12; Nitsche and Hinten-Reed, p. 23; Bundeskartellamt, “Prohibition Criteria in Merger Control- Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?”, Working Group of Competition Law, Discussion Paper, 8-9 October 2001, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (18.05.2016), p. 16; Kahraman, ss. 15, 27-29.

¹⁷⁹ Caffarra and Kühn, pp. 136-137; Kahraman, s. 28; Çelen, ss. 13-14.

¹⁸⁰ Overgaard and Møllgaard, p. 9; Pişmaf, ss. 13, 64; Nitsche and Hinten-Reed, p. 26; Kahraman, ss. 15, 28.

¹⁸¹ Overgaard and Møllgaard, p. 9; Pişmaf, ss. 13, 64; Levenstein and Suslow, p. 47.

etkili cezalandırma yöntemleri kullanılması mümkün olabilecektir¹⁸². Oligopollerde rekabet ancak rakiplerin birbirlerini aldatması (anlaşmayı ihlâli) ile mümkün olduğundan rekabetin sağlanabilmesi için rakipler arasında eksik bilgiye yol açılması ve bunun desteklenmesi gerekmektedir¹⁸³. Böylece rakipler birbirlerinin aldatmaya yönelik davranışlarını tespit edemeyecek, bu ihlâllere ilişkin yaptırım uygulayamayacak ve oligopol piyasası ortak anlaşma nedeniyle uzaklaştığı rekabet ortamına yeniden kavuşabilecektir.

Özellikle talebin çok dalgalı olduğu pazarlarda, teşebbüsler arasında işbirliğinin sağlanması ve bunun devam ettirilmesi zordur. Zira bu tür piyasalarda, dengesiz ve değişken talep miktarları dolayısıyla, teşebbüslerin, ortaklaşa uygulanması konusunda anlaşılan fiyattan saparak fiyatlarını daha düşük seviyelere çekmesi ve böylece rakiplerinin pazar paylarının bir kısmını ele geçirmeye yönelmesi olasıdır¹⁸⁴. Bu nedenle bu tür değişken yapıli pazarlarda, koordinasyonun iç istikrarının sağlanabilmesi için izleme ve cezalandırma sisteminin etkin bir şekilde çalışması gerekmektedir¹⁸⁵.

Teoriye göre bu şekilde iç istikrarda bir artış meydana geliyor ise de, bunun sonucunda teşebbüslerin bağımsızlığının ve serbest rekabet sisteminin ortadan kalkması kaçınılmazdır.

1.1.3.2.2.1.2. Dış İstikrara Yönelik Zarar Teorisi

Dış istikrara yönelik zarar teorisine göre; bilgi paylaşımı yoluyla şeffaflaşan piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler, piyasaya yeni girişler olacağı konusunda önceden bilgi sahibi olmaktadır ve buna karşı davranışlarını koordine etmektedirler¹⁸⁶. Teşebbüsler açık ya da zımni bir anlaşma yoluyla uygulayacakları ortak politikalarla bu yeni girişleri engelleyebilmekte veya aralarındaki işbirliğini daha güçlü hale getirerek pazara yeni giren teşebbüsün kendilerine herhangi bir

¹⁸² Pişmaf, s. 14.

¹⁸³ Akkaya Bağış, s. 8.

¹⁸⁴ OECD 2010, p. 281; Bennett and Collins, p. 322, Kahraman, s. 17.

¹⁸⁵ OECD 2010, p. 281; Bennett and Collins, p. 322.

¹⁸⁶ OECD 2010, pp. 282, 311; Bennett and Collins, p. 323; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 9-10.

olumsuz etkisinin olmasının önüne geçebilmektedirler. Böylece pazara giriş engelleri yaratılarak pazar yeni girişlere kapatılmaktadır¹⁸⁷.

1.1.3.2.2. Koordine Olmayan Etkilere Dayalı Zarar Teorisi

Bilgi paylaşımı her zaman pazardaki tüm teşebbüsler arasında meydana gelmemekte, bazen pazardaki sadece birkaç rakip kendi aralarında bilgi paylaşımında bulunmaktadır. Bu durumda paylaşılan bilginin hassas bilgi niteliğinde olması, bilginin piyasanın büyük kısmını kapsaması ve hassas bilginin bu paylaşımının, bilgi paylaşımı sistemi dışında kalan teşebbüsler açısından ciddi bir dezavantaj yaratması halinde ortaya piyasanın kapanması sonucu çıkmaktadır¹⁸⁸.

Örneğin, ilgili piyasada pazar payının çoğunluğunu elinde tutan rakip teşebbüsler grubu, kendi aralarında fiyat bilgilerini düzenli olarak paylaşmakta ise bu bilgi paylaşımının zaman içinde fiyat tespitine yönelik eş güdümlü davranışların ortaya çıkmasına neden olma olasılığı oldukça yüksektir. Pazar payının çoğunu elinde tutan bu teşebbüsler topluluğu, bilgi değişim sistemi dışında kalan rakiplerine zarar vermek amacıyla eş zamanlı olarak ani ve keskin bir fiyat kırma politikası izleyip satış fiyatlarını maliyet fiyatlarının altına düşürdükleri takdirde, daha küçük pazar payları bulunan sistem dışındaki teşebbüslerin, sisteme dâhil teşebbüsler topluluğuyla rekabet etmesi çok zor bir hal alır. Pazar payları daha küçük olan teşebbüsler bir süre rekabet etmek için dirense de maliyetin altındaki fiyatlarla satış yapmaları halinde ayakta durmaları mümkün olmayacağından pazarı terk etmek zorunda kalırlar. Fiyatları düşüren teşebbüsler ise buna önceden hazırlıklı oldukları için bu süreci bir kısım zararla atlatacaklar ve bunun sonucunda piyasada yarattıkları kapama etkisi sayesinde elde ettikleri kartel gücüyle, kayıplarını fazlasıyla telafi edebileceklerdir. Örneğimizde yatay bir piyasa kapama söz konusudur ve bu, kartelleşmeyi beraberinde getirir. Kapanan piyasaya yeni teşebbüslerin girmesi de söz konusu olmayacaktır. Zira yeni girişimler için ancak rekabet ortamı bulunan kârlı

¹⁸⁷ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 15; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 9; Švirinas, p. 96; Pişmaf, ss. 58-59.

¹⁸⁸ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 15; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 10; OECD 2010, pp. 30, 284; Bennett and Collins, p. 324; Švirinas, 96; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 10.

sektörler tercih edilir. Bir piyasaya yeni girişin belirli bir maliyeti vardır ve kâr edilebilmesi için öncelikle bu yatırım giderlerinin karşılanması gerekmektedir. Bu da ancak sağlıklı bir rekabet ortamı bulunan ve kâr oranlarının yüksek olduğu piyasalarda mümkündür. Bu nedenle, kartelleşmenin bulunduğu kapanmış bir piyasaya yatırım yapmak hiçbir girişimci için cazip olmayacaktır.

Piyasa kapama etkisi dağıtım ağları yoluyla dikey olarak da gerçekleşebilir ve bu oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Dikey olarak piyasanın kapanması özellikle uzun süreli bayilik sözleşmelerine konan ve sözleşme süresince devam edecek olan doğrudan ya da dolaylı rekabet yasakları yoluyla ortaya çıkar¹⁸⁹. 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği¹⁹⁰, dikey ilişkiler yoluyla piyasa kapamanın önüne geçilmesini engellemek için dikey anlaşmalardaki rekabet etmeme yükümlülüklerini¹⁹¹ istisnalar saklı kalmak kaydıyla en fazla beş yıl süreyle sınırlamıştır. Ancak taraflar her beş yıllık sürenin sonunda yeniden müzakerelerde bulunarak rekabet etmeme yükümlülüğü içeren dikey anlaşmayı devam ettirebilirler. İlişkinin bu şekilde devamında süre bakımından bir sınırlama yoktur.

Yapılan uzun süreli dağıtım anlaşmalarında rekabet etmeme yükümlülüğü anlaşmada yazılı bulunan hükme göre beş yılla sınırlı olarak görünmesine rağmen, fiiliyatta birtakım yollarla beş yıldan sonraki dönem için de rekabet etmeme yükümlülüğünün sürdürülmesi mümkün olmaktadır¹⁹². Örneğin, yirmi yıl süreyle

¹⁸⁹ Dikey anlaşmalar yoluyla piyasa kapama hakkında bkz. İ. Yılmaz Aslan ve Emre Önal, **Türk Akaryakıt Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, ss. 36-37, 57-111.

¹⁹⁰ RK, 2002, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2002/2, 14.07.2002 T. ve 24815 S. RG. Söz konusu Tebliğ'de 2007 yılında bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklik metnine ilişkin bkz. 2007, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 2007/2, 25.05.2007 T. ve 26532 S. RG.

¹⁹¹ Dikey anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülükleri hakkında bilgi için bkz. Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, ss. 136-156; Agah Kürşat Karauz, **Akaryakıt Bayilik Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, ss. 181-183; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 504-521; İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2015, (Rekabet), ss. 88-89; İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar- Teori ve Uygulama**, Ekin Yayınları, Bursa, 2004, (Dikey Anlaşmalar), ss. 57-59, Aslan ve Önal, ss. 70-77; 150-154; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 529-532; Metin Topçuoğlu, **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Asil Yayın, Ankara, 2006, (Acentelik), ss. 115-19; Meltem Küçükayhan Aşçıoğlu, **Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, ss. 191-202; Ozan Can, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, ss. 122-125; Çiğdem Akkan, "Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Rekabet Etmemeye Yükümlülüğü", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, Nisan 2014, ss. 12-44.

¹⁹² Bu durum özellikle akaryakıt bayilik sözleşmeleriyle birlikte akdedilen uzun süreli intifa, kira, işletme, ekipman sözleşmeleri gibi çeşitli sözleşmelerle gerçekleşmektedir. Bu tür durumlara karşılık Rekabet Kurumu tarafından düzenleme yapılmış ve tüm bu sözleşmelerin tek bir sözleşme olarak

akdedilmiş bir bayilik sözleşmesindeki hükme göre bayi sadece beş yıl rekabet etmeme yükümlülüğü altındadır. Ancak uygulamada dağıtıcı, bayiden her ay düzenli olarak aldığı ve sattığı ürünler hakkında ayrıntılı bilgi istemekte ve buna göre kendisinin tedarik ettiği ürünlere ilişkin rakamlar ne kadar yüksek ise bir sonraki ay fiyatlarda o kadar fazla indirim uygulamakta, ek promosyonlar vermektedir. Bayilik anlaşmasında yazılı olmayan bu durum fiilen düzenli bir şekilde devam etmektedir. Bu durumda bayi her ne kadar anlaşma kapsamında rekabet yasağı altında değil ise de sağlayıcının yapacağı ek indirim ve promosyonlardan daha fazla yararlanabilmek için rakip firmalara ait ürünleri almamayı ve satmamayı tercih etmektedir. Bu sistem, bayinin her ay düzenli olarak dağıtıcıyla girdiği dikey bilgi değişimi sayesinde işlemektedir. Paylaşılan bilgi nitelik itibariyle ticarete hassas bilgidir. Zira bayinin aylık alış ve satış rakamları, alt kategorilere ayrılıp detaylandırılarak paylaşılmaktadır. Özellikle dağıtım ağı çok geniş olan teşebbüslerin bu uygulamaları dikey olarak piyasayı kapatmakta ve rakiplerin kendi dağıtım ağını kurmak için dağıtıcı bulmalarını çok zor bir hale getirmektedir. Kendi dağıtım ağını kuramayacağını farkında olan bir teşebbüs, ilgili pazara girmekten vazgeçecek ve böylece dikey anlaşmalar yoluyla yatay olarak piyasa kapatılmış olacaktır¹⁹³.

kabul edilerek beş yılı aşan sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına gireceği belirtilmiştir. Çalışmamızın kapsamı itibariyle bu konuya daha fazla değinilmeyecek olup konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Berat Gürzumar ve Kerem Cem Sanlı, “Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054 Sayılı Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, C. III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, ss. 549-577; Kerem Cem Sanlı, “Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sözleşmeleri II: Geline Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, Temmuz 2010, ss. 177-230; Aslan ve Önal, ss. 3-230; Karauz, Akaryakıt Bayilik Sözleşmeleri, ss. 200-223; Akkan, Akaryakıt Bayilik Sözleşmeleri, ss. 3-58; Mehmet Suat Kayıkçı, **Petrol Piyasası Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 243-246; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 511-518; Sezin Ezgi Sarıakçalı Alkaç, **Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, ss. 139-177; Şahin Yavuz, “Akaryakıt Dağıtımına Yönelik Rekabet Kurulu Uygulamalarının Danıştay Çıkmazı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararın Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 15-40.

¹⁹³ Ali Ilıcak, “ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi”, (Dikey Anlaşmalar), http://www.actecon.com/PDF/Dikey_2008.pdf (11.06.2014), s. 5.

1.1.4. Bilgi Değişiminin Türleri

Bilgi değişimine ilişkin farklı noktalardan sınıflandırmalar ve ayrımlar yapılması mümkündür¹⁹⁴. İngiltere Adil Ticaret Ofisi tarafından 2004 yılında yayınlanan Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemler-Rekabet Hukuku Rehberi'nde bilgi paylaşımı konusuna değinilmiş ve bilgi paylaşımı, fiyata ilişkin bilgilere yönelik olan ve fiyat dışındaki bilgilere yönelik olan bilgi değişimi olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulmuştur¹⁹⁵. Yapılan bu ayrımda fiyat konusundaki bilgilerin paylaşılması halinde rekabet ortamının olumsuz yönde etkilenme ihtimâlinin daha yüksek olduğu, fiyat dışındaki konulara ilişkin bilgi paylaşımında ise rekabete olan etkinin bilginin türüne, paylaşım sıklığına, niteliğine, pazarın yapısına ve bunun gibi birçok etkene bağlı olduğu belirtilmiştir.

Bu çalışmamızda bilgi değişimini, tek yanlı ya da karşılıklı olmasına, yardımcı eylem ya da tek başına eylem olmasına ve ortaya çıkış şekillerine göre üç ana başlık altında sınıflandırılacaktır.

1.1.4.1. Yardımcı (Kolaylaştırıcı) Eylem Olarak Bilgi Değişimi-Tek Başına Bir Eylem Olarak Bilgi Değişimi Ayrımı

Bilgi değişimi faaliyetlerini, tek başına bir eylem olarak bilgi değişimi ve yardımcı eylem olarak bilgi değişimi şeklinde iki temel gruba ayırmak mümkündür. Bu ayırım, bilgi değişiminin ortaya çıkış şekli ile ilgilidir. Daha doğru bir ifadeyle; bu ayırımın temeli, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma ya da işbirliğinin bir parçası olarak mı yoksa bu tür daha geniş bir organizasyondan bağımsız olarak tek başına mı ortaya çıktığı sorusunun cevabına dayanır.

¹⁹⁴ Doktrinde bilgi değişimine yönelik yapılan sınıflandırmalardan biri, biçimsel olmayan bilgi değişimi ve biçimsel bilgi değişimi şeklindedir. Biçimsel olmayan bilgi değişimi, belirli şartlara bağlı olmaksızın, herhangi bir sohbet sırasında kendiliğinden ortaya çıkan bilgi değişimidir. Yüz yüze bir sohbet sırasında olabileceği gibi, telefon görüşmesi, elektronik posta ve sair yollarla ortaya çıkabilir. Biçimsel bilgi değişimi ise herhangi bir organizasyonda özellikle teknoloji aracılığıyla belli şartlar altında, örgütün bütün üyeleri arasında gerçekleştirilen bilgi değişimidir. Biçimsel bilgi değişiminin amacına ulaşıp ulaşmadığı ve denetimi taraflarca kolaylıkla yapılabilir (Demirel ve Seçkin, s. 196).

¹⁹⁵ OFT, Agreements and concerted practices-Competition Law Guideline, UK, p. 17 vd. (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284396/oft401.pdf - 23.01.2015).

Doktrinde Kühn ve Vives tarafından, bilgi değişiminin beş ayrı şekilde ortaya çıkabileceği üzerinde durulmuştur¹⁹⁶. Yazarlar; bilgi değişiminin ilk olarak, örneğin fiyat belirleme anlaşmaları gibi yasaklanmış daha geniş kapsamlı bir anlaşmanın parçası olarak ortaya çıkabileceğini belirtmişlerdir. Bilgi değişiminin ikinci şekli, fiyat belirlemenin dolaylı bir yolu olarak kullanılmasıdır. Üçüncü olarak, bilgi değişimi rekabeti kısıtlayan ya da ortadan kaldıran bir anlaşmanın varlığının etkin bir delili olabilir¹⁹⁷. Bilgi değişiminin dördüncü şekli, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)¹⁹⁸ m. 101'de listelenen yasadışı anlaşmaların devamının sağlanabilmesi için yardımcı bir araç olarak kullanılmasıdır. Son olarak ise, bilgi değişimi tek başına rekabeti kısıtlayıcı, ortadan kaldırıcı ya da sınırlayıcı olabilir.

Yazarlar tarafından bilgi değişiminin ne şekilde ortaya çıkabileceği konusunda yapılan bu açıklamalar isabetli olmakla birlikte kanaatimizce tüm bu bilgi değişim şekillerinin temelde tek başına bir eylem ya da yardımcı eylem niteliğinde olması esastır. Zira yazarlar tarafından bilgi değişiminin ortaya çıkışının birinci, üçüncü ve dördüncü türü olarak açıklanan hallerde bilgi değişimi bir yardımcı eylem niteliğindeyken diğerlerinde tek başına bir eylemdir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Kühn and Vives, Information Exchange, p. 74.

¹⁹⁷ Caffarra and Kühn, p. 132; Morphet and Dijk, p. 1.

Doktrinde Han, bilgi değişimi faaliyetlerinin tek başına bağımsız bir ihlâl olmadığını; örneğin fiyat konusundaki bilgi değişimlerinin fiyat belirlemeye yönelik bir anlaşmanın varlığının kanıtlanması noktasında dolaylı delil olarak değerlendirilebileceği, mahkemelerin taraflarca bir anlaşma yapılıp yapılmadığının belirlenmesi sürecinde bilgi değişimi faaliyetlerini de o güne kadarki antirekabetçi eğilimler, satıcı yoğunluğu, inelastik talep gibi diğer içeriksel faktörlerle birlikte ele aldığı belirtilmiştir (John Han, "Antitrust and Sharing Information about Product Quality", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 73, No. 3, 2006, p. 1001).

Ancak yazarın, bilgi değişimi faaliyetlerinin tek başına bir ihlâl teşkil etmeyeceği ve sadece dolaylı delil olarak etkisinin bulunacağı yönündeki bu görüşlerine katılmak pek mümkün görünmemektedir.

¹⁹⁸ EC, 2012, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), 26.10.2012, C 326/47, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN-14.07.2015>)

¹⁹⁹ Doktrinde Costin ise bilgi değişimini; başka bir işbirliği anlaşmasının parçası olarak ortaya çıkan bilgi değişimi, tek başına bilgi değişimi ve teknoloji transferi gibi başka bir yatay işbirliği anlaşmasının bir parçası olarak bilgi değişimi olarak üçe ayırmıştır (Costin, p. 23).

1.1.4.1.1. Yardımcı (Kolaylaştırıcı) Eylem Olarak Bilgi Değişimi

1.1.4.1.1.1. Genel Olarak

Bilgi değişimi bir kartelin ya da bir işbirliği anlaşmasının²⁰⁰ bir parçası olarak; bir başka deyişle bunların yardımcı eylemi olarak ortaya çıkabilir²⁰¹. Bu hallerde ortada bir kartel oluşturma ya da işbirliği yapma amacı mevcuttur ve bu amaca ulaşıp bunun devamının sağlanabilmesi için bilgi paylaşımına ihtiyaç duyulmaktadır. Bir kartelin oluşabilmesi için öncelikle katılımcıların fiyat, miktar ve kârın paylaşılması hususlarını kapsayan ortak koşullarda anlaşma sağlaması gerekmektedir. Ayrıca katılımcıların aldatma isteklerine rağmen anlaşmanın uygulanmasını sağlama ve piyasaya girişleri engelleme, bir kartelin varlığı için gerekli olan koşullardır. Bu üç koşulun sağlanmasında iletişim, yani bilgi değişiminden yararlanılmaktadır²⁰². Kartelin ya da işbirliğinin tarafları, bu amaçla

²⁰⁰ Kartel anlaşmaları ile kartel anlaşması niteliği taşımayan diğer işbirliği anlaşmaları birbirinden farklıdır. Kartel anlaşmalarında amaç, rekabeti bozmaya yöneliktir. Bu nedenle kartel anlaşmalar *per se* hukuka aykırıdır. RKHK m. 4/II hükmünde beş bent halinde sayılan anlaşmalar, kartel anlaşmalarının en önemli örnekleridir. Diğer işbirliği anlaşmalarında ise açıkça rekabeti bozma amacı bulunmamaktadır. Bu nedenle bu anlaşmaların rekabeti ihlâl edip etmediğinin tespit edilebilmesi için *rule of reason analizi* yapılması gerekmektedir. Kartel anlaşmaları hakkında bkz. Akıncı, ss. 66-109.

²⁰¹ OECD raporunda yardımcı eylem olarak ortaya çıkan bilgi değişimi faaliyeti iki başlık altında değerlendirilmiştir. Bunlar; pazar paylaşımı ya da fiyat tespiti anlaşmalarının yardımcı faktörü olarak bilgi değişimi ve joint-venture, standardizasyon, Ar-Ge gibi etkinlik artırıcı işbirliği anlaşmalarının içeriğine dâhil yardımcı eylem olarak bilgi değişimidir (OECD 2010, pp. 9, 21, 22).

Ayrıca OECD ve doktrinde bazı yazarlar tarafından bilgi değişimi genel olarak üçe ayrılmıştır: Kartelin bir parçası olan bilgi değişimi, daha geniş kapsamlı bir anlaşmanın parçası olan bilgi değişimi ve tek başına bir eylem olan bilgi değişimi (OECD 2010, p. 285. BIAC tarafından da bu üçlü ayrım kabul edilmektedir. Bkz. OECD 2010, p. 390. Aynı yönde bkz. Bennett and Collins, p. 328; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 6).

²⁰² Levenstein ve Suslow, kartel üyeleri arasındaki iletişimi ikiye ayırarak incelemiştir. Bunlardan ilki, kartelin oluşturulması için gerekli ortak koşulların belirlenmesine yönelik pazarlık aşamasındaki iletişim iken ikincisi kartel oluşturulduktan sonra üyelerin anlaşma koşullarına uyup uymadığını gözlemleyerek ihlalleri tespit etmeye yönelik iletişimdir (Levenstein and Suslow, pp. 43-44).

Yazarlar tarafından kartel üyeleri arasındaki iletişim konusunda değinilen bir diğer husus, üyeler arasındaki hiyerarşidir. Buna göre; kartellerde bir hiyerarşi bulunmaktadır. Kartelin ilk oluşum aşamasındaki pazarlıklar ile anlaşmanın daha sonra gözden geçirilmesi ve tartışılmasına yönelik görüşmeler yılda bir ya da birkaç kez toplanan üst düzey yöneticiler tarafından yapılmakta iken anlaşmanın uygulanması ve üyeler tarafından tam olarak uyulup uyulmadığının gözlemlenmesi ile ihlallerin cezalandırılmasına yönelik görüşmeler daha alt yönetim kademesindekiler tarafından yapılmaktadır. Bu hiyerarşik sistem, kartellerin kalıcı olmasını sağlamaktadır (Levenstein and Suslow, pp. 50-57).

aralarında bir bilgi değişimi mekanizması kurmakta ve aralarındaki bilgi akışını bu şekilde sağlamaktadırlar²⁰³.

Rekabet hukukunda kolaylaştırıcı eylemlerin genel olarak üç alt başlıkta incelenmesi mümkündür. Bunlar; rakiplerin uzlaşmaya varmasını kolaylaştırıcı araçlar, rakiplerin uzlaşmadan sapanları tespit etmelerini kolaylaştırıcı araçlar ve rakiplerin uzlaşmadan sapanları cezalandırmalarını kolaylaştırıcı araçlardır²⁰⁴. Yardımcı eylem niteliğindeki bilgi değişimi de, işbirliğinin kurulmasını kolaylaştırıcı veya ihlâli zorlaştırıcı (sapmaların tespitini ve cezalandırılmalarını kolaylaştırıcı) nitelikte olabilir. Örneğin; ikame ürün üreticileri arasındaki detaylı bireysel bilgilerin paylaşılması, rakiplerin fiyatları yükseltmek ya da arzı kısmak amacıyla işbirliği oluşturmasını kolaylaştırır. Ayrıntılı ve sık yapılan bilgi değişimi ise, olası ihlâllerin tespit edilmesini kolaylaştırır^{205, 206}. Kolaylaştırıcı eylemlerin temel fonksiyonu, piyasadaki belirsizliği azaltarak pazarın şeffaflaşmasını sağlamaktır²⁰⁷.

Bilgi değişiminin yardımcı eylem olduğu hallerde; bilgi değişimi, ana eylem ile birlikte değerlendirilmektedir²⁰⁸. Bir başka deyişle; bilgi değişiminin kartelin bir parçası olması halinde, kartel tek başına rekabet hukuku yönünden *per se* hukuka aykırı olduğundan bilgi değişimi ayrı bir eylem şeklinde ele alınıp hukuka aykırı olarak nitelendirilmemektedir. Burada hukuka aykırı olan, asıl olarak kartelin kendisidir. Bilgi paylaşımı bu amaca yönelik yardımcı bir eylem niteliğinde olup paylaşılan bilginin rekabet hukuku yönünden değerlendirilmesine ve bilgi paylaşımının rekabet hukuku yönünden bir ihlâl oluşturup oluşturmadığının irdelenmesine gerek bulunmamaktadır.

²⁰³ Yardımcı eylemlerin en yaygın olarak bahsedilen türleri; rakipler arasında doğrudan ya da dolaylı olarak iletişim kurulmasını sağlayan bilgi değişimi, kamusal konuşmalar ya da açıklamalardır (OECD 2012, p. 30).

²⁰⁴ OECD, Oligopoly, pp. 237-243; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 9; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 188.

²⁰⁵ OECD 2010, p. 403; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 124.

Aslan tarafından, bilgi değişiminin, ilgili teşebbüslerin mutabakata vardıkları konularda taahhütlerine uygun davranıp davranmadıklarının saptanmasını kolaylaştırdığı durumlarda kolaylaştırıcı eylem olarak tanımlandığı belirtilmiştir (Ece Fatma Aslan, “Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3, 2009, (Bilgi Değişimi), s. 53).

²⁰⁶ Kartel üyeleri, aralarında güvensizlik olduğunda bilgi değişimi konusunda üçüncü kişilerin aracılık etmesini isteyebilirler (Ayrıntılı bilgi için bkz. Levenstein and Suslow, p. 60-65).

²⁰⁷ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 187.

²⁰⁸ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 13; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 8; OECD 2010, pp. 9, 390; Švirinas, p. 91; Ardiyok, Bilgi Değişimi, s. 9.

Aynı durum işbirliği anlaşmaları için de geçerlidir. Rakiplerin, örneğin fiyat belirleme konusunda yapmış oldukları bir anlaşmada, bu anlaşmayı yürütebilmek için tarafların fiyat bilgilerini birbirleriyle paylaşmaları gerekir. Bu durumda işbirliğini kolaylaştıran bilgi değişimi ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, fiyat belirleme anlaşmasının taraflarının tamamının bu anlaşmaya uygun davranıp davranmadığı hususu tüm taraflar yönünden son derece önemlidir. Bu nedenle, tarafların tamamının aylık fiyat bilgilerini gösteren belgeleri birbirlerine ya da bir üçüncü kuruluşa vermeleri zorunluluğu getirilerek bu denetim sağlanabilir. Böyle bir yükümlülük, anlaşmanın herhangi bir yaptırımla karşılaşmak istemeyen tüm taraflarını o anlaşmaya uymak zorunda bırakacaktır. Bu durumda bilgi değişimi, taraflar arasındaki işbirliğine yönelik anlaşmanın ihlâlini zorlaştıran bir yardımcı eylem olarak ortaya çıkmaktadır.

1.1.4.1.1.2. AB’de Konuya İlişkin Örnek Kararlar

1.1.4.1.1.2.1. “Polypropylene” kararı

Komisyon tarafından verilmiş olan “Polypropylene” kararında²⁰⁹; polipropilen üreticileri arasında ayda iki kez düzenli olarak yapılan toplantılarda, üreticilerin taban fiyat belirleme, hedef fiyat belirleme, hedef miktar belirleme ve pazar paylaşma konularında aralarında anlaştıkları tespit edilmiştir. Ayrıca üreticiler, bir bilgi değişimi sistemi kurmuşlardır. Buna göre; üretim, satış ve stok bilgilerini aylık olarak bilgi takas merkezine bildirmektedirler. Bilgi takas sisteminin özel bir anonimlik garantisi bulunmakta; bir başka deyişle söz konusu merkeze ulaşan bilgilerin firma bazında bireysel olarak belirlenebilir olmayacağı garanti edilmekte ise de karara konu olayda samimi bir garanti söz konusu değildir. Zira üreticiler,

²⁰⁹ EC, 1986, *Polypropylene*, 23.04.1986, OJ 18.08.1986 L 230/1. Karar hakkında bilgi için bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, pp. 102-105; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 121-140; İkizler, *Uyumlu Eylemler*, ss. 163-167, 248-251; Bahadır Balkı, “The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3, 2009, ss. 90-92; Kekevi, *Karteller*, ss. 32-34; Emel Badur, “Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 7, 2001, (Fiyat Sınırlamaları), s. 52; Bahar Ersoy, **Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2015, ss. 15-20; Zekeriya Arı, **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, (Danışıklılık), ss. 56-57.

sürekli gerek telefon ve sair yollarla gerekse her ay iki kez düzenli olarak yapılan toplantılarda aralarında bilgi değişiminde bulunmaktadır. Yapılan bilgi değişimleri, ticari sır niteliğinde olan detaylı bilgilere ilişkin olup koordinasyon amacı taşımaktadır.

Bahsi geçen kararda, taraflar arasındaki bilgi değişimi, taraflarca düzenli toplantılarda fiyat belirleme, miktar belirleme, pazar paylaşımı konularında yapılan anlaşmaların devamını sağlamak ve rakiplerin anlaşmaya uyup uymadığını belirleme amacı taşıyan yardımcı eylem niteliğindedir. Ayrıca söz konusu bilgi değişimlerinin yapılması, taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemlerin varlığına yönelik delil teşkil etmektedir.

1.1.4.1.1.2.2. “Zinc Producer Group” kararı

Avrupa Komisyonu tarafından incelenen “Zinc Producer Group”²¹⁰ kararına konu olan olayda, çinko üreticileri tarafından Çinko Üreticileri Grubu kurulmuş ve bu grup bünyesinde ciddi kararlar alınmıştır.

Çinko fiyatı Londra Metal Borsasında (LME) belirlenmektedir. LME’de birtakım spekülasyonlar dolayısıyla oluşan ani fiyat artışlarında müşterilerin ikame nitelikteki başka metallere yönelme tehlikesi bulunmaktadır. Çinko üreticileri öncelikle bu tehlikeyi bertaraf etmek istemişlerdir. Bu amaçla, çinko üreticileri grubu üyeleri tarafından üretici fiyatlarının belirlenmesi konusunda anlaşma yapılmıştır. Buna göre; LME’de 140 sterlin olan üretici fiyatları, daha sonra 100 sterline düşürülmek üzere, öncelikle 125 sterlin olarak belirlenmiştir. Ayrıca çinko üreticileri, LME’de çinko satmama, müşterilerinin de satmasına izin vermeme, LME üretici fiyatlarının 85 sterline düşmesi halinde yapacakları alışlarla LME fiyatlarını destekleme, gerekli olması halinde belirlenecek düzeyde arzı ve satışları kısma taahhüdünde bulunmuşlardır. Ek olarak çinko üreticileri, yapacakları çinko satışlarını, aldığı çinkoyu sadece kendi tüketiminde kullanacak ve yeniden satış yapmayacak olan iyiniyetli müşterilere yapma konusunda anlaşmışlardır. Üretici fiyatları belirlenirken uygulanacak olan fiyat, fiyat lideri tarafından açıklanacak ve

²¹⁰ EC, 1984, *Zinc Producer Group*, 06.08.1984, OJ 17.08.1984 L 220/27. Karar hakkında bkz. Whish, pp. 32-33; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 239-240; O. Y. Yüksel, s. 49; Arif Esin, **Rekabet Hukuku**, ESC Consulting Ltd., İstanbul, 1998, (Rekabet), s. 54.

diğer üreticiler de bu fiyatı takip edeceklerdir. Ayrıca yapılan anlaşmanın uygulanabilirliği yönünden piyasa verileri toplanıp firmaların davranışları izlenecektir.

Söz konusu anlaşma sonucunda LME fiyat dalgalanmaları hafiflemiş ise de anlaşmanın gerek üretici fiyatlarını belirlemesi gerek arzı kısıması ve gerekse yeniden satışı yasaklaması bakımından rekabeti kısıtlayıcı amaç ve etki gösterdiği açıktır. Komisyon tarafından da bu gerekçelerde firmalara idari para cezası kesilmesine karar verilmiştir. Karara konu olayda bilgi değişiminin, taraflar arasında yapılan anlaşmayı devam ettirebilme bakımından bir yardımcı eylem niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

1.1.4.1.1.2.3. “*Europia Asia Trades Agreement (EATA)*” kararı

Komisyonun “*Europia Asia Trades Agreement (EATA)*” kararı da bilgi değişiminin bir yardımcı eylem niteliğinde olduğu örneklerden biridir²¹¹. Karara konu olayda deniz taşımacılığı yapan firmalar, kapasite yönetim programı kurmak amacıyla aralarında Avrupa-Asya Ticaret Anlaşmasında (EATA) mutabık kalmışlardır. Sektörde toplam pazar payları % 86 olan rakip teşebbüsler tarafından oluşturulan EATA’nın amacı; EATA taraflarının sahip olduğu, işlettiği veya kontrol ettiği derin deniz gemilerinde mevcut kapasitenin optimum kullanımı ile sağlanan hizmetler için yapılan yatırımın makul bir geri dönüş oranıyla istikrarlı bir seviyeye ulaşması ve bu tür hizmetlerin yaşayabilirliğinin gelecekte de devamının saplanması için kazancın iyileştirilmesidir. EATA’ya göre kazancın iyileştirilmesi, navlun oranlarının sürekli düşüş göstermesine bir çare bulunmasıyla mümkündür. Bunun için EATA, tarafların Kuzey Avrupa ile Uzak Doğu arasında verdiği hizmetin navlun bedellerini arttırmayı amaçlamaktadır. Bunun yollarından biri, taraflardan her birinin yük taşıma için piyasaya teklif edebileceği maksimum izin verilen kapasitenin tespiti suretiyle arzın belirlenmesi ve pazarın paylaşılmasıdır. İzin verilen maksimum kapasiteyi aşan taraf kapasite ücreti ödemekle yükümlü olacak; herhangi bir dönemde izin verilen kapasiteyi aşmayan taraf ise artan kapasiteyi yönlendiremeyecek veya transfer edemeyecektir.

²¹¹ EC, 1999, *Europia Asia Trades Agreement (EATA)*, 30.04.1999, OJ 26.07.1999 L 193/23. Karar hakkında bkz. Whish, p. 33.

EATA'nın yürütülmesi; tarafların temsilcilerinden oluşan Genel Politika Komitesi, Pazar Teftiş Komitesi ve Sekreteryaya tarafından temin edilecektir. Sekreteryaya, taraflardan filo kapasiteleri ile aylık yükleme bilgilerini toplayacaktır. EATA'ya göre taraflar, anlaşmaya uyduklarından emin olunması için gerekli olan bilgi, belge ve raporları sunmakla yükümlüdür. Pazar Teftiş Komitesi, Sekreteryadan elde ettiği bu bilgilerle pazar koşullarını değerlendirerek Genel Politika Komitesine rapor edecektir. Üyeler yılda iki kez kendi gemilerinin her birinin kapasitelerini açıklamakla yükümlüdür. Ayrıca üyeler her ay Sekreteryaya taşıma yaptıkları geminin adı, taşınan miktar, tarih, kapasite kullanım yüzdesi, her gemi için gelecek iki aya ilişkin kapasite tahmini ile gelecek dört ay için toplam aylık tahminler de olmak üzere ayrıntılı bireysel bilgilerini vermek zorundadır. Sekreteryaya ayrıca anlaşmaya uygunluğu izleme görevi de verilmiştir.

Karara konu EATA anlaşması; fiyat ve miktarı belirleme, müşteri paylaşma amaçlarına ilişkin olması dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşımaktadır. Komisyon tarafından da aynı yönde bir sonuca ulaşılmış ve anlaşmanın bireysel muafiyet koşullarını taşımadığı belirtilmiştir. Söz konusu olayda taraflar arasında gerçekleşen bilgi değişimin, fiyat ve miktar belirleme ile pazar paylaşma amaçlı EATA anlaşmasının devamını sağlamaya yönelik bir yardımcı eylem niteliğindedir.

1.1.4.1.1.3. Rekabet Kurulunun Konuya İlişkin Örnek Kararları

1.1.4.1.1.3.1. “Bemka Emaye Bobin Teli ve Kablo San. A.Ş. vd.” kararı

Rekabet Kurulu tarafından emaye bobin teli piyasasında faaliyet gösteren altı teşebbüsün fiyat listelenin birebir aynı olması, aynı zamanda ve aynı yönde değişiklik göstermesi üzerine yapılan incelemede teşebbüslerin kendi fiyat listelerini düzenli olarak birbirleriyle faks yoluyla paylaştıkları, daha sonra 08.05.2006 tarihinde tek fiyat listesi uygulama kararı aldıkları, bu anlaşmayı uygulayabilmek ve kendilerinin de uyduğunu rakiplerine göstermek amacıyla fiyat listelerini düzenli olarak birbirlerine fakslamaya devam ettikleri, liste fiyatlarına uygulamada tam

olarak bağı kalmasalar bile bu durumun rekabete aykırılık teşkil ettiğı sonucuna varılmıştır²¹².

Kararın karşı oy yazısında, tek fiyat listesi uygulama kararı alınan 08.05.2006 tarihinden önceki döneme ilişkin olarak yeterli amaç ve etki analizi yapılmadığı belirtilmiştir. Ortak fiyat listesi uygulayan teşebbüslerin savunmalarında da yer alan, emaye bobin telinin hammaddesinin %80 oranında bakır olduğu, bakır fiyatlarının Londra Metal Borsası (LME) tarafından belirlendiğı ve bu nedenle fiyatların aynı olmasının pazarın doğasından kaynaklandığı hususlarına karşı oy yazısında değinilerek, 08.05.2006 tarihinden önceki fiyat paralelliğinin sektörün yapısından kaynaklanmış olabileceğı ifade edilmiştir.

Kanaatimizce 08.05.2006 tarihinden önce de rakipler arasında fiyat listelerinin karşılıklı değişimi söz konusu olduğundan ve bu dönemde mevcut bir ortak fiyat uygulama anlaşması bulunduğu tespit edilemediğinden, bu dönemdeki fiyat paralellikleri bilgi değişimi sonucu ortaya çıkan bir uyumlu eylemden kaynaklanabilir. Karşı oy yazısında her ne kadar bu fiyat paralelliğinin bakır fiyatlarının metal borsasında belirlenmesinden kaynaklanmış olabileceğı düşüncesi ortaya konmuş ise de bu dönemdeki fiyat listelerinin değişimi hususuna değinilmemiştir. Rekabete hassas bilgi niteliğindeki fiyat bilgilerinin rakipler arasında düzenli olarak değiştirilmesi, rakiplerin uyumlu davranış biçimi yaratarak rekabeti bozma amacı taşıdığı hususunda güçlü bir kanıt niteliğindedir. Bu bilgi değişimi sonucunda paralel fiyatlar yoluyla uyumlu eylem ortaya çıkmasa dahi bilgi değişimi faaliyeti, amacı bakımından rekabete aykırı olarak kabul edilmelidir. Karara konu olayda ise fiyat bilgilerinin değişimi sonucunda uyumlu eylem ortaya çıkmıştır. Bilgi değişimi sonucu oluşan uyumlu eylem ve tek fiyat uygulama kararı, ard arda gelen ve devam eden bir süreçtir. Bu nedenle; tüm bu eylemlerin bir bütün halinde bir çerçeve anlaşma olarak nitelendirilmesi kanımızca isabetli olacaktır. Bu durumda çerçeve anlaşma içindeki her bir bilgi değişimi, uyumlu eylem ve anlaşmanın rekabeti bozucu amaç ya da etkisinin kesin olarak kanıtlanmasına gerek yoktur. Bunların tamamı bir bütün halinde ele alınarak ortak sonucun piyasadaki rekabeti bozma olduğunun kabul edilmesi yeterli ve isabetlidir.

²¹² RK, 2007, *Bemka Emaye Bobin Teli ve Kablo San. A.Ş. vd.*, 07.07.2007, 07-56/672-209. Karar hakkında bkz. Pişmaf, ss. 85-86.

1.1.4.1.1.3.2. “Beyaz Et Sanayicileri ve Damızlıkçılar Birliği (Besd-Bir)” kararı

Rekabet Kurulunun “Beyaz Et Sanayicileri ve Damızlıkçılar Birliği (Besd-Bir)” kararında²¹³; piliç eti üreticisi ve Besd-Bir üyesi olan rakip teşebbüsler arasında, birçok kez fiyat arttırma anlaşmaları yapıldığı, arzın kısılmasına yönelik olarak özellikle Besd-Bir başkanının üyelere gönderdiği teklif yazıları yoluyla eylemlerde bulunduğu, ortak ihracat yapmaya yönelik faaliyetler içine girildiği, tüm bu rekabeti kısıtlayıcı eylemlerde Besd-Bir’in kolaylaştırıcı fonksiyon gösterdiği, yapılan anlaşmalara uyulup uyulmadığı hususunda teşebbüsler arasında fiyat listeleri ve stok miktarlarına ilişkin bilgi değişimlerinde bulunduğu, gizli şirket bilgileri ve geleceğe yönelik fiyat listelerinin paylaşılması yoluyla piyasada şeffaflığı arttırmaya çalıştıkları tespit edilmiştir.

Kurul; tüm bu eylemlerin piliç eti üreticileri arasındaki bir kartel anlaşmasının parçalarını oluşturduğu kanaatine varmıştır. Söz konusu kararda bir kartel anlaşması mevcut olduğundan, rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bilgi değişiminin kartel anlaşmasına yönelik bir yardımcı eylem niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

1.1.4.1.1.3.3. “MPS Metal A.Ş.-Bekap Metal A.Ş.” kararı

Rekabet Kurulu incelediği olayda²¹⁴, niteliği itibariyle son derece yoğunlaşmış durumdaki pazarda rakip konumunda bulunan MPS Metal ve Bekap Metal arasındaki ilişkiyi değerlendirmiştir. Yapılan araştırmada, iki rakip firmanın birlikte iç piyasa talebinin %93-95’ini karşıladığı belirlenmiştir.

Her iki teşebbüste yapılan incelemeler sonucunda, rakip konumdaki iki teşebbüs arasında gerek telefon ve elektronik posta yoluyla gerekse yüz yüze yapılan çok sayıda görüşme bulunduğu, bu görüşmelerin müşteri paylaşımı, fiyat tespiti ve

²¹³ RK, 2009, *Beyaz Et Sanayicileri ve Damızlıkçılar Birliği Derneği (Besd-Bir) vd.*, 25.11.2009, 09-57/1393-362. Karar hakkında bkz. Gönenç Gürkaynak, “Rekabet Hukuku Teorisi-Güncel Rekabet Kurulu Kararları Işığında Teşebbüs Birlikleri Bünyesinde Gerçekleştirilen Bilgi Toplama, Bilgi Değişimi ve Bilgi Paylaşımı Faaliyetleri”, *Çimento İşveren Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 3, Mayıs 2011, (Bilgi Değişimi), s. 51.

²¹⁴ RK, 2012, *MPS Metal Plastik San. Çember ve Paketleme Sistemleri İmalat ve Tic. A.Ş.- Bekap Metal İnş. San. ve Tic. A.Ş.*, 30.10.2012, 12-52/1479-508.

ihalelerde birlikte hareket etmeye yönelik önemli miktarda bilgi paylaşımı içerdiği, bunlar sonucunda teşebbüslerin birçok kez birlikte hareket ederek ihalelere teklif verdiği, fiyat ve diğer satış koşullarını belirlediği, müşteri paylaşımı yaptığı tespit edilmiştir. MPS Metal'in şirket yetkilisi, Bekap Metal ile aralarında bir kartel oluşturduklarını ikrar ederek pişmalık başvurusunda bulunmuştur. Soruşturma sonucunda, söz konusu teşebbüsler arasındaki ilişkinin RKHK m. 4'ü ihlâl eden bir kartel anlaşması olduğuna karar verilmiştir.

Söz konusu karara konu olayda taraflar arasında birçok kez değişik yollarla ve sıklıkla gerçekleşen bilgi değişimi faaliyetlerinin, kartel anlaşması yönünden bu anlaşmanın kurulmasını ve devamını kolaylaştıran yardımcı eylem niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

1.1.4.1.1.3.4. “Asil Çelik San. ve Tic. A.Ş. vd.” kararı

Demir çelik üreticilerine ilişkin olarak yapılan şikâyetle Rekabet Kurulu tarafından, Türkiye’de demir-çelik üretim pazarının %95’ini kapsayan Demir Çelik Üreticileri Derneği çatısı altında düzenli olarak toplantılar yapıldığı, toplantılara her firmanın üst düzey yöneticilerinin katıldığı, bu toplantılarda öncelikle rakip teşebbüsler arasında önemli derecede bilgi alışverişi yapıldığı, akabinde satış fiyatı, hammadde alış fiyatı, arz miktarı, ithalat koşulları, kamu ihaleleri için teklif edilecek minimum FOB fiyatlarının tespit edildiği, bunların ortak olarak karara bağlandığı ve uygulanması yönünde anlaşıldığı; ayrıca alınan karara uyulmasının sağlanması için izleme komitesi oluşturulduğu tespit edilmiştir²¹⁵. Rekabet Kurulunun bu tespitini teyit eden çok sayıda yazışma ele geçirilmiştir.

Rekabet Kurulu kararına konu olan olayda, rakip teşebbüsler arasında dernek çatısı altında gerçekleştirilen toplantılar yoluyla alınan kararların, tüm teşebbüslerin bağlanma iradesi taşıması ve tüm kararların uygulanması, ayrıca uygulanmasını sağlamaya yönelik izleme komitesi oluşturulması çerçevesinde rekabeti ihlâl ettiği açıktır. Sözü edilen rekabete aykırı anlaşmaların gerek yapılması gerekse uygulanmasının sağlanması aşamasında ise bilgi değişiminden yardımcı eylem olarak faydalandığı görülmektedir.

²¹⁵ RK, 2005, *Antalya Ticaret Odası- Asil Çelik San. ve Tic. A.Ş. vd.*, 14.10.2005, 05-68/958-259.

1.1.4.1.1.4. Dikey Anlaşmalar Kapsamında Yardımcı Eylem Olarak Bilgi Değişiminin Ortaya Çıktığı Haller

Yardımcı eylem olarak bilgi değişiminin dikey anlaşmalarda ortaya çıktığı hallere ilişkin bazı tipik örnekler verilebilir²¹⁶. Burada bu örneklerle kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır:

1.1.4.1.1.4.1. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Koşulu (*Resale Price Maintenance Clause -RPM*)

Dikey anlaşmalarda sağlayıcı ile alıcı arasında yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin bir koşul kabul edilmiş olabilir. Bu, açıkça yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenip alıcı tarafından da bu fiyata uyulacağı şeklinde olabileceği gibi; yeniden satış fiyatının belirlenmesinde uygulanacak kâr marjının veya tavsiye edilen fiyat üzerinden yapılabilecek azami indirim oranının ya da yeniden satış fiyatına ilişkin bir formülün belirlenmesi gibi fiyat belirleyici unsurların saptanmasına yönelik bağlayıcı kurallar koyma şeklinde de ortaya çıkabilmektedir²¹⁷. Bunun gibi; yeniden satış fiyatı yönünden asgari bir sınır getirilmesi veya bir fiyat aralığı dayatılması yönündeki anlaşma koşulları, fiyat belirleme kapsamında kabul edilmektedir. Buna karşılık; 2002/2 sayılı Tebliğ m. 4/a hükmüne göre, baskı ya da teşvik sonucunda sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla azami satış fiyatı belirlenmesi veya satış fiyatının tavsiye edilmesi mümkündür. Burada önemli olan kullanılan sözcükler değil, gerçek amaçtır. Bir başka deyişle; dikey anlaşmada sağlayıcının dağıtıcıya bildireceği fiyat listelerindeki fiyatların tavsiye niteliğinde olduğu belirtilmekte ise de, bunun anlaşmanın geri kalanıyla birlikte yorumlanması gerekmekte, eğer anlaşma uygulamaya konmuş ise bunun ne şekilde uygulandığı önem taşımaktadır²¹⁸. Fiyat

²¹⁶ OECD 2012, p. 30.

²¹⁷ Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, s. 110; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 78.

²¹⁸ Doktrinde İ. Y. Aslan ise bu konuda çok katı davranmamak gerektiğini belirterek, Rekabet Kurulunun; “*Distiribütör, Şirketin belirleyip uygulamaya koyduğu toptancı, perakendeci vb. sirkülerini uygulamak zorundadır. Bu sirküler tavsiye niteliğini taşıyan fiyatlar, iskonto, vade, satış koşulları ile ilgili olacaktır.*” şeklindeki hükmün, her ne kadar fiyatların tavsiye niteliğinde olacağı belirtilmiş ise de bir önceki cümlede uygulama zorunluluğu getiriliyor olması nedeniyle bu önceki

her ne kadar tavsiye olarak belirtilmişse de bu fiyatlara uyulmaması halinde dağıtıcıya ceza uygulanması, fiyatlara uyan dağıtıcılara uygulanan indirim ve promosyonlardan yararlandırılmaması, mal vermekten kaçınılması gibi durumlarda fiili bir zorlama olduğu açıktır²¹⁹.

Her ne şekilde olursa olsun, yeniden satış fiyatının belirlenmesi RKHK m. 4/I-a gereğince rekabete aykırılık oluşturmaktadır. Aynı şekilde 2002/2 sayılı Tebliğ m. 4/I-a hükmünde alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisini engellemenin rekabeti bozucu nitelik taşıdığı ve bu tür dikey anlaşmaların muafiyet kapsamı dışında kaldığı düzenlenmiştir²²⁰. Asgari ve sabit yeniden satış fiyatı belirlemenin rekabet üzerindeki iki temel etkisi; marka içi rekabetin ortadan kalkması²²¹ ve fiyatların şeffaflaşmasıdır^{222, 223}.

Mevzuat kapsamında rekabet ihlâli teşkil eden fiyat belirlemeden bahsedilebilmesi için dikey anlaşmadaki fiyat koşulunun bağlayıcılık taşımayan bir tavsiye niteliğinde olmayıp bir dayatma, alıcı açısından da bir yükümlülük oluşturuyor olması gerekmektedir²²⁴. Özellikle sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki müzakerelerde yeniden satış fiyatı tartışılıyorsa, dağıtıcı tarafından uygulanan yeniden satış fiyatları sağlayıcı tarafından gözlemleniyorsa ve sağlayıcı tarafından

cümlelerin çıkarılması gerektiği yönündeki kararını eleştirmiştir (İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, ss. 70-71).

Kanaatimizce, Rekabet Kurulu'nun yaklaşımı isabetli olup sözleşmenin bir bütün halinde değerlendirilmesi amaca uygun olacaktır.

²¹⁹ Küçükayhan Aşçıoğlu, ss. 80-81.

²²⁰ Doktrinde İ. Y. Aslan, yeniden satış fiyatı belirlemesinin yasaklanmasının bir önyargı ile başladığını, ABD'de konuya ilişkin önemli yumuşatmalar olmasına rağmen ülkemizde ve AB'de aynı önyargının halen devam ettiğini, aslında yeniden satış fiyatının belirlenmesinin her zaman rekabeti bozucu olduğunu gösteren bir analizin bulunmadığını, aksine analizlerin yeniden satış fiyatının üretici tarafından belirlenmesinin markalar arası rekabeti artırıcı olabileceğini gösterdiğini, markalar arası rekabetin zayıf olduğu pazarlarda ise yeniden satış fiyatı belirlenmesiyle RKHK m. 6 kapsamında mücadele edilebileceği savunulmuştur (İ. Yılmaz Aslan, "Rekabet Kurulunun Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Grup Muafiyeti Tebliğinin Getirdikleri", **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 14; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489).

²²¹ Üreticinin, satıcılar arasındaki marka içi rekabeti sınırlama sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, ss. 108-119.

²²² Luc Peepkorn, "Dikey Anlaşmaları İktisadi Boyutu", Çev. Meltem Bağış, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 10, 2002, s. 84.

²²³ Doktrinde İ. Y. Aslan, yeniden satış fiyatının tespiti ve dağıtıcılara bölge tahsis edilmesinin dağıtıcılar arasındaki rekabeti ortadan kaldırdığını; ancak dağıtıcıların kendi bölgelerinde markalar arası rekabete odaklanmalarına yol açtığını, böylece özellikle markalar arası rekabetin yoğun olduğu pazarlarda bu sınırlamalar dolayısıyla markalar arası rekabetin artacağını, ayrıca dağıtıcılar arasında fiyat rekabetinin ortadan kalkmasının tüm rekabeti ortadan kaldırmayacağını, zira dağıtıcıların fiyat dışındaki alanlarda rekabete yöneleceğini, satış öncesi ve sonrası hizmetlerle promosyon çalışmalarında rekabetin fiyat rekabetinden daha önemsiz olduğunun söylenmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır (İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 69).

²²⁴ Costin, p. 17.

tavsiye edilen yeniden satış fiyatları ile dağıtıcı tarafından uygulanan fiyatlar arasında büyük bir yakınlık varsa, söz konusu dikey ilişkide yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik bir anlaşma olduğu kabul edilir²²⁵.

Dikey anlaşmada yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik olarak bulunan bağlayıcı bir koşulun uygulanabilirliği, sağlayıcı ile alıcı arasındaki bilgi akışına bağlıdır. Alıcı, uyguladığı yeniden satış fiyatları hakkında sağlayıcıya düzenli olarak bilgi verecek; sağlayıcı da dikey anlaşma gereği kendisi tarafından belirlenmiş olan yeniden satış fiyatının alıcı tarafından uygulanıp uygulanmadığını bu şekilde denetleyebilecektir. Bu noktada bilgi akışı, dikey bir şekilde gerçekleşmektedir. Sağlayıcı, uygulanacak fiyatı alıcıya iletmekte; alıcı da uyguladığı fiyatlar hakkında sağlayıcıya bilgi vermektedir. Dikey bir şekilde iki yönlü olarak gerçekleşen bilgi akışının rekabeti bozucu etkileri, alıcı seviyesinde yatay olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; sağlayıcı, dağıtım ağındaki tüm alıcıların uygulayacakları yeniden satış fiyatlarını yukarıda açıklanan şekillerden biriyle belirlemekte ve alıcılar buna uymak zorunda kalmaktadır. Böylece dağıtım ağı içindeki alıcıların, uygulamak zorunda oldukları tek fiyat nedeniyle kendi aralarında rekabet etme olanağı ortadan kalkmaktadır²²⁶. Böylece anlaşmadaki fiyat belirleme koşuluna ilişkin yardımcı eylem niteliğinde olan dikey yöndeki bilgi paylaşımı, alıcı seviyesinde ve yatay yönde bir rekabeti bozucu etki yaratmaktadır.

Bazı piyasalarda yeniden satış fiyatlarının belirlenmesine yönelik kayıtların sağlayıcının faaliyet gösterdiği üst pazarda yatay etki göstermesi de mümkündür. Bu olasılık, birbirlerinin toptan fiyatları hakkında düzenli olarak bilgi elde edemeyen kartel üyeleri arasında kendini gösterir. Şöyle ki; kartel üyeleri birbirlerinin toptan satış fiyatları hakkında tam bir gözlem yapamıyor ve düzenli olarak bilgi elde

²²⁵ Bu görüş, Fransız Rekabet Konseyi tarafından “*Phonak*” kararında dile getirilmiştir. Bu karardan sonra Fransız Rekabet Konseyi 13 Nisan 2010 tarihinde bir Rehber hazırlamıştır. Bu Rehber’de, tavsiye edilen satış fiyatı ile yeniden satış fiyatının belirlenmesi durumunun birbirinden nasıl ayırt edilebileceği açıklanmıştır. Buna göre; sözleşme devam ettiği sürece, orijinal yeniden satış fiyatı veya ürün konumlandırma stratejisi için gerekli olanı açacak şekilde bayiye yeniden satış fiyatları bildiriliyorsa, bayi ile olan işbirliğinde sistematik olarak fiyat gözlemleme yapılıyorsa, fiyat karşılaştırma listeleri veya ilgili hassas bilgiler diğer bayilere dağıtılmak üzere derleniyorsa, fiyatlandırma hesaplamaları için bayiye kitapçık veya talimatlar veriliyorsa otomatik olarak rekabetin kısıtlandığı sonucuna varılamaz ise de bu uygulamaların riski tetikleyebileceği sonucuna varılabileceği belirtilmiştir (Costin, pp. 17-18).

²²⁶ Aynı şekilde maksimum fiyatın belirlenmesi halinde de rakipler arasında rakiplerin fiyatları konusunda bir farkındalık söz konusu olacaktır ve bu, piyasadaki fiyat şeffaflığını arttıracaktır (OECD 2010, p. 31, dn. 42).

edemiyorsa, perakende seviyesinde ortaya çıkan bir fiyat değişkenliğinin sebebinin ne olduğunu anlayamayacaktır. Perakende seviyede ortaya çıkan fiyat değişkenliğinin sebebi, maliyet değişikliği olabileceği gibi kartelin bozulması da olabilir. Kartel üyelerinin ikinci olasılığın ortaya çıktığını düşünmeleri, kartelin gerçekten bozulması sonucunu doğuracak rekabetçi davranışlara yönelmelerine sebep olabilecektir. Ancak dikey anlaşmalarda yeniden satış fiyatının belirlenmesi klozu varsa perakende seviyede fiyat hareketliliği ortaya çıkmayacaktır ve bu durum kartel için önemli bir sorunu ortadan kaldırmış olacaktır²²⁷.

1.1.4.1.1.4.2. En Çok Kayrılan Müşteri Kaydı (*Most Favoured Customer Clause -MFC*)

En çok kayrılan müşteri kaydı, dikey anlaşmalara konan ve sağlayıcının, alıcıya tüm müşterilerine uyguladığı en düşük fiyat üzerinden mal veya hizmet tedarik etme yükümlülüğü yüklendiği bir şarttır²²⁸. Bu kayıt, fiyat dışında başkaca koşullara ilişkin olarak da kararlaştırılabilir.

Dikey anlaşmada bu kaydı kabul eden sağlayıcı, müşterilerinin tamamı arasında uyguladığı en düşük fiyatı, dikey anlaşmasında en çok kayrılan müşteri kaydı bulunan alıcısına da uygulama yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, sağlayıcının yeni müşteri kazanmak gibi amaçlarla sadece yeni müşterilere yönelik büyük fiyat indirimleri yapması mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir indirim yapması halinde, dikey anlaşmalarında en çok kayrılan müşteri klozu bulunan tüm müşteriler için aynı indirim uygulamak zorunda kalacaktır. Bu da sağlayıcının çok ciddi miktarlarda kâr kaybına uğramasına sebep olacaktır²²⁹.

En çok kayrılan müşteri kaydı, söz konusu piyasadaki dikey anlaşmalarda çok yaygın bir halde kullanıldığında rekabeti engelleyici etki ortaya çıkmaktadır. Öncelikle yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, dikey anlaşmalarında en çok kayrılan müşteri kaydına yer veren sağlayıcının yeni müşteriler elde edebilmek adına rakipleriyle fiyat rekabeti yapma imkânı ortadan kalkacaktır²³⁰. İkinci olasılık,

²²⁷ Ilıcak, Dikey Anlaşmalar, s. 5.

²²⁸ OECD 2010, p. 30, dn. 40; Costin, p. 21; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 200.

²²⁹ OECD 2010, p. 30, dn. 40; Costin, p. 21; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 200.

²³⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 201.

pazardaki sağlayıcılar arasında özellikle fiyat konusunda ortaya çıkan kartelleşmeye yönelik paralel davranışlar bulunması halinde kendini gösterir. Şöyle ki; dağıtım anlaşmalarına en çok kayırlan müşteri kaydı koymuş olan sağlayıcı, rakiplerine karşı pazar payını arttırabilmek için ani fiyat indirimleri yoluna başvuramayacaktır. Ani bir fiyat indirimi yapması halinde hem bu indirimi diğer müşterilerine de uygulamak zorunda kalacağından zarar edecek hem de toplu halde tüm müşterilerine uygulamak zorunda kaldığı indirim, ortak bir hareket halinde olduğu rakipleri tarafından fark edilecektir. Aynı yönde hareket ettiği rakiplerinin danışıklılıktan saptığının fark edilmesini ve kendisine karşı bir yaptırım uygulanmasını istemeyen sağlayıcı, rakipleriyle aynı yönde davranmaya devam edecektir. Bu durum, kartelleşmeye ve mevcut kartelin devam etmesine sebep olur²³¹. Üçüncü durum ise, en çok kayırlan müşteri klozunun dağıtım seviyesindeki alt pazarda pazar kapama etkisi yaratma olasılığıdır. Bir sağlayıcının mevcut dağıtım anlaşmalarında bayilerine en çok kayırlan müşteri klozu ile en iyi fiyat uygulama garantisi vermesi halinde, piyasaya yeni girecek olan bir teşebbüs, söz konusu sağlayıcı ile dağıtım anlaşması içine girmekten vazgeçecektir. Çünkü piyasaya yeni girecek olan bayinin, sağlayıcısından malı alış fiyatı, rakip bayilerin alış fiyatının altına düşmeyeceğinden rakip bayilerle fiyat rekabetine girme imkânı neredeyse tamamen ortadan kalkacaktır. Bu durum, alt pazarda ortaya çıkabilecek kartelleşme ile pazar kapanması sonucunun doğmasına neden olabilecektir²³².

Doktrinde, pazarlık yapma maliyetine katlanan müşterinin elde ettiği indirimin en çok kayırlan müşteri klozu nedeniyle diğer müşterilere de uygulanması nedeniyle ortaya çıkan bedavacılık (*free-rider*) etkisinin zamanla pazarlık yapma saikini ortadan kaldıracağı, böylece uzlaşmanın devamına katkı sağlayacağı belirtilmiştir²³³.

Rekabet Kurulu tarafından Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da 2018 yılında yapılan güncelleme ile en çok kayırlan müşteri koşuluna Kılavuz'da yer verilmiştir. Kılavuz, en çok kayırlan müşteri koşulunun rekabet üzerinde yaratabileceği olumsuz etkilere değindikten sonra, alıcıların pazar gücünün bulunmadığı hallerde bu koşul sayesinde bu küçük alıcıların da pazardaki uygun fiyat

²³¹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 201; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 12.

²³² Costin, p. 21.

²³³ Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 12.

ve koşullardan yararlanma imkânına sahip olabileceklerini, böylece rekabete olumlu bir etkinin ortaya çıkacağını belirtmiştir. Yine Kılavuz'da; üst pazarda yoğunlaşma seviyesinin düşük olması halinde, en çok kayırlan müşteri koşulunun rekabet üzerinde olumsuz etki yaratmayacağı ifade edilmiştir.

En çok kayırlan müşteri klozunun uygulanabilmesi ancak bilgi paylaşımı yoluyla mümkündür. Sağlayıcılar, kendi alıcılarına uyguladıkları fiyatlar hakkında, sözleşmelerinde en çok kayırlan müşteri kaydı bulunan tüm alıcılarına bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiş olabilir. Bu halde, sağlayıcı ile alıcılar arasındaki dikey bilgi paylaşımı, dikey anlaşmada yer alan en çok kayırlan müşteri koşulunun bir gereğı ve yardımcı eylemi olarak ortaya çıkmaktadır.

1.1.4.1.1.4.3. Fiyat Eşleştirme Klotu (*Price Matching Clause- PMC*)

Fiyat eşleştirme klotu, dikey anlaşmalarda yer verilen kayıtlardan biridir. Buna göre; alıcı, sağlayıcı tarafından kendisine temin edilen ürünün piyasadaki bir başka sağlayıcı tarafından daha düşük fiyata satıldığını tespit ederse; sağlayıcı, aradaki fazlalık fiyat farkını alıcısına iade etmeyi üstlenmektedir. Bir başka deyişle; sağlayıcı kendi satış fiyatlarını, en düşük fiyatı uygulayan rakibinin fiyatları ile eşleştirme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu klotun uygulanabilmesi için, alıcıdan sağlayıcıya yönelik bir dikey bilgi paylaşımı gerekmektedir. Buradaki dikey bilgi paylaşımı, dikey anlaşmadaki fiyat eşleştirme klotunun yardımcı eylemi niteliğindedir.

Dikey sözleşmelerinde fiyat eşleştirme klotu bulunan sağlayıcılar, rakipleriyle bir fiyat rekabeti içine girme konusunda isteksiz olacaklardır. Zira sağlayıcının rekabet amacıyla yapacağı her fiyat indirimine karşılık, rakipleri tarafından daha düşük fiyat uygulama çabası içine girilecek ve bunun sonucunda da dikey anlaşmalarında fiyat eşleştirme klotu bulunan sağlayıcı, planladığı rakamın altındaki fiyatları uygulamak zorunda kalabilecektir. Bu nedenle; dikey anlaşmalarında fiyat eşleştirme klotuna yer veren sağlayıcılar, birbirleriyle fiyat rekabetine girmek yerine, ortak bir duruş sergileyerek fiyatları belirli bir seviyede tutmaya çalışırlar. Böylece hem rakip teşebbüslerin tamamı daha fazla kâr elde

edecek hem de değişken fiyatlar nedeniyle ortaya çıkabilecek riskleri bertaraf etmiş olacaklardır. Bu yaklaşım, rakipler arasında kartelleşmeye neden olabileceklerdir.

Diğer bir olasılık ise, dikey sözleşmelerdeki fiyat eşleştirme klotunun ve bunun yardımcı eylemi olan bilgi değişimi faaliyetinin, rakipler arasında mevcut olan kartelin korunmasına yardım etmesidir. Şöyle ki; rakipler arasında bir kartelin bulunması ve buna dayalı olarak ortak bir fiyat uygulanması yönünde anlaşma olması halinde, teşebbüslerden birinin bu kartel kararından saparak fiyat indirimi yoluyla daha fazla pazar payı elde etme çabası içinde girmesi mümkündür. Ancak söz konusu kartelin yapısı içinde bulunan teşebbüslerden biri veya hepsinin, alıcıları ile yapmış olduğu dikey anlaşmalarında fiyat eşleştirme klotu bulunması halinde, gizli bir şekilde kartel kararlarından ayrılarak fiyat indirimi yapma yoluna giden teşebbüsün bu davranışı, rakipleri tarafından derhâl tespit edilebilecektir. Bu riski almak istemeyen teşebbüs, gizli bir fiyat rekabetine girmek yerine kartel kararlarına uyum göstermeyi tercih edecektir²³⁴.

Fiyat eşleştirme klotunun üst pazarda piyasa kapama etkisi olduğu da söylenebilir. Zira piyasaya yeni girmek isteyen bir teşebbüs, o pazardaki en büyük rakiplerinin dikey anlaşmalarında fiyat eşleştirme klotu olduğunu bilmesi halinde, bu rakibiyle fiyat rekabetine girerek pazar payı elde edemeyeceğini öngörebilecektir. Pazara yeni giren bir teşebbüsün rekabet gücünün diğer teşebbüslere göre daha az olacağı da dikkate alındığında pazara girmeyi düşünen girişimci bu düşüncesinden vazgeçecek ve başka pazarlara yönelecektir²³⁵.

Fiyat eşleştirme klotu, teşebbüslerin kendi fiyatlarını belirleme konusundaki karar alma yetkisini, piyasada en düşük fiyatı uygulayan teşebbüse bırakmaktadır. Bu durum, fiyat eşleştirme klotu gereğince en düşük fiyatı kendi müşterisine uygulamak zorunda kalan teşebbüs için zarar doğurabilir. Zira ürün aynı olsa dahi farklı teşebbüsler bakımından farklı maliyetler ortaya çıkabilmektedir ve söz konusu klot nedeniyle zararına satış yapma durumu doğması olasılığı ortaya çıkmaktadır²³⁶.

²³⁴ Costin, p. 18.

²³⁵ Costin, p. 18.

²³⁶ OECD 2010, p. 31, dn. 41; Costin, p. 18.

1.1.4.1.1.4.4. Rekabete Cevap Verme Klozu (*Meeting Competition Clause- MCC*)

Rekabete cevap verme klozu dikey anlaşmalarda sağlayıcıya, müşteriye rakipler tarafından verilen daha düşük fiyatı uygulayarak müşteriyle çalışmayı sürdürme imkânı tanır. Buna karşılık; sağlayıcının, rakibi tarafından verilen daha uygun teklifin aynısını ya da daha uygununu müşterisine sunma yükümlülüğü yoktur. Sağlayıcı, rakibi tarafından müşterisine sağlanan daha uygun teklifi karşılamaz ise; müşteri, daha uygun teklifi veren sağlayıcı ile çalışma imkânına sahiptir. Bir başka deyişle; sağlayıcı ya rakibi tarafından müşterisine verilen daha uygun teklifle aynı yöndeki şartları müşterisine uygulayacak ya da müşterisini rakibiyle çalışmak üzere serbest bırakacaktır²³⁷.

Rekabete karşılık verme klozu, ilk bakışta rekabeti arttırıcı etkiye sahiptir. Zira rakip teşebbüslerin fiyat rekabetine girmesi ve bunun sonucunda tüketicinin daha düşük olan fiyattan tedarik imkânını elde etmesi sonucu doğmaktadır. Böylece tüketicinin menfaatine bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca; rekabete karşılık verme klozunun, uzun dönemli sözleşmelerde önemli oranda fiyat esnekliği sağlaması, alıcıların en iyi anlaşma koşullarını araştırmak için zaman kaybetmesine gerek olmaksızın sözleşmesel ilişki içine girebilmesi ve alıcıya en düşük fiyattan satın alma olanağını kaybetmeme garantisi vermesi açısından da rekabete yönelik olumlu etkileri bulunduğu söylenebilir²³⁸.

Buna karşılık; söz konusu klozun bazı durumlarda kartellerin yararına sonuç doğurması da mümkün olabilmektedir. Özellikle; bu klozun yer aldığı anlaşmanın tarafı olan sağlayıcının, rakipleri ile içerisine girdiği bir kartel oluşumu bulunması halinde, karteğe dâhil olan teşebbüslerin kartel kurallarına uyup uymadığını gözlemlene ve kartel kurallarından ayrılanları cezalandırma mekanizmasının işlemesine yardımcı olur. Zira söz konusu kloz sayesinde teşebbüsler, aralarında belirledikleri ortak fiyat uygulamasından ayrılanları kendi müşterilerinden aldıkları bilgi sayesinde derhâl tespit edebileceklerdir²³⁹. Bu nedenle, rekabete cevap verme klozunun mevcut kartellerin devamını kolaylaştırıcı etkisi mevcuttur.

²³⁷ Costin, p. 21.

²³⁸ Costin, p. 22.

²³⁹ OECD 2010, p. 31, dn. 41.

Piyasadaki etkin teşebbüslerin dikey sözleşmelerinde rekabete cevap verme klotunun yaygın olarak kullanılması pazarın kapanmasına sebep olabilecektir²⁴⁰. Pazara yeni girecek olan teşebbüsler, pazardaki mevcut teşebbüslere göre daha düşük bir fiyat teklifinde bulunduklarında, güçlü rakiplerinin kendi fiyatlarını bu seviyeye düşürerek müşterilerini ellerinde tutmaya devam etme imkânına sahip olduklarını görecektir; bunun sonucu olarak da etkin bir şekilde rekabet şansı olmadığını düşünerek söz konusu pazara girmekten vazgeçecektir.

Dikey anlaşmalarda yer alan bu klotun uygulanabilmesi için bilgi değişimi zorunludur. Buradaki bilgi değişimi, rakipler arasında üçüncü kişi aracılığıyla yapılan bir bilgi değişimi niteliğindedir. Bir başka deyişle; her ne kadar bilgi akışı, müşteriden sağlayıcıya yönelik olsa da müşterinin sağlayıcıya aktardığı bilgi, sağlayıcının rakibine ait olan hassas bilgidir. Sonuç olarak; bilgi değişimi, etkisini yatay olarak göstermekte ise de rekabete cevap verme klotu yönünden yardımcı eylem niteliğinde olduğundan rekabet hukuku açısından tek başına değer taşımamaktadır. Sağlayıcı, müşterisinin kendisine aktardığı bilginin doğru olup olmadığını kendi rakibinden teyit etmek isteyebilir. Bu durumda rakipler arasında doğrudan bilgi değişimi ortaya çıkacaktır. Doktrinde Costin, rakipler arasında bu şekilde ortaya çıkan bilgi değişiminin tek bir seferlik olması halinde hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini; ancak bunun davranışlara dönüşen bir uygulama haline gelmesi halinde tehlike arz edeceğini ifade etmiştir²⁴¹.

1.1.4.1.1.4.5. İngiliz Şartı (*English Clause*)

Dikey anlaşmalarda yer verilen koşullardan biri İngiliz Şartı'dır. Bu koşulun bulunduğu bir dikey anlaşmaya taraf olan alıcı, kendisine sağlayıcısına göre daha iyi koşullar teklif edildiğinde bu teklifi kendi sağlayıcısına bildirmeyi taahhüt etmektedir ve kendisine gelen teklifler hakkında sağlayıcısına bilgi vermek zorundadır²⁴².

İngiliz şartında bilgi değişiminin yönü, alıcıdan sağlayıcıya doğru olup dikeydir. Ancak bu bilgi değişiminin etkisi, sağlayıcılar düzeyinde yatay bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Sağlayıcı, alıcıya gelen daha iyi teklif ya da teklifler hakkında

²⁴⁰ Costin, p. 21.

²⁴¹ Costin, p. 22.

²⁴² OECD 2010, p. 31; Ulaş Kısa, s. 50.

bilgi sahibi olduktan sonra, kendi stratejilerine rakiplerine göre yön verebilecektir²⁴³. Rakiplerinin teklifleri hakkında bilgi sahibi olan sağlayıcı, bu sayede rakiplerinin fiyat politikaları ve sair ticaret usulleri hakkında tek yanlı olarak bilgi sahibi olmaktadır. Bir başka deyişle; bilgi değişimi sayesinde sağlayıcı için piyasa ve rakiplerinin market stratejileri konusunda bir şeffaflaşma oluşmaktadır²⁴⁴. Bu da sağlayıcıya rakipleri karşısında avantajlı bir durum sağlamaktadır. Buradaki bilgi değişimi, dikey sözleşmedeki İngiliz şartının bir gereği olarak yardımcı eylem şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca kartelin devamını kolaylaştırma ve piyasa kapama etkileri yönünden de yukarıda ele aldığımız diğer koşullarla benzer özellik göstermektedir.

1.1.4.1.2. Tek Başına Bir Eylem Olarak Bilgi Değişimi

Bilgi değişiminin rekabet hukuku yönünden önem taşıdığı haller, bilgi değişiminin tek başına bir eylem olarak ortaya çıktığı hallerdir.

Yukarıda açıklandığı üzere, bilgi değişiminin bir kartel, anlaşma, uyumlu eylem ya da kararın yardımcısı olduğu hallerde rekabet hukukuna aykırılık ana eylem yönünden değerlendirilmekte, ayrıca bilgi değişimi bakımından yaptırım uygulanmamaktadır. Ana eylemin rekabete aykırı olması halinde onun parçası ve yardımcısı olan bilgi değişimi faaliyeti de ana eylemle birlikte rekabete aykırı nitelik taşımakta; ancak uygulanacak yaptırım ana eyleme ilişkin olmaktadır. Yardımcı eylem olan bilgi değişimi yönünden ikinci bir yaptırım gündeme gelmemektedir. Buna karşılık; bilgi değişiminin bir başka eylemin yardımcısı olmayıp tek başına bir eylem olduğu hallerde rekabet hukuku yönünden bilgi değişiminin rekabeti bozucu etki yaratıp yaratmadığı ya da böyle bir amaç taşıyıp taşımadığı incelenmektedir.

Bu noktada bilgi değişimi ile anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının farklılığı ortaya çıkmaktadır^{245, 246}. Örneğin; teşebbüsler arasında fiyat

²⁴³ Capobianco, p. 1271.

²⁴⁴ OECD 2010, p. 31; Capobianco, p. 1271.

²⁴⁵ Doktrinde Cucu; anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının tamamını genel olarak “anlaşma” başlığı altında incelemiş; uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını anlaşmanın bir türü olarak değerlendirmiş ise de bunu, işbu çalışmada yapılan tüm açıklamalar çerçevesinde isabetli bulmamaktayız (Christina Cucu, “Agreements”, “Decisions” and “Concerted Practices”: Key Concept in the Analysis of Anticompetitive Agreements”, **Challenges of the Knowledge Society, The International Conference**, Bucharest, 17-18 May 2013, p. 215).

belirleme konusunda sözlü ya da yazılı bir anlaşma mevcutsa, bir başka deyişle birden fazla teşebbüsün iradesi ortak bir fiyat uygulama yönünde birleşmişse burada bir anlaşmanın varlığından söz edilecektir.

ABD Yüksek Mahkemesi, Sherman Kanunu'na göre anlaşmadan söz edilebilmesi için anlaşmanın açık ve resmi olmasının gerekmediğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, bir anlaşmanın varlığından söz edilebilmesi için; bir amaç birliği, ortak bir plan ya da anlayış veya hukuk dışı bir uygulama konusunda fikir birliği bulunması ile ortak bir planı uygulama kastı bulunması yeterlidir²⁴⁷.

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."* şeklinde açıklama yapılarak kanun koyucunun *"anlaşma"* kavramı ile neyi ifade etmek istediği açıklanmıştır.

Doktrinde anlaşma kavramı; *"RKHK m. 4 düzenlemesinde anlaşma, birden fazla teşebbüsün, rekabeti bozucu bir işbirliği yapılmasına ilişkin ortak niyetlerini kendi aralarında açık ve net olarak ortaya koydukları uzlaşmaları içeren, hukuka aykırı bir işbirliği şeklindedir."* şeklinde tanımlanmıştır²⁴⁸.

Rekabete aykırı anlaşma kavramına ilişkin bir tanıma göre ise; *"Rekabete aykırı anlaşmalar, iki veya daha fazla teşebbüs arasında, ifade şekillerine bakılmaksızın, pazar davranışlarını koordine etmek amacıyla yapılan, rekabeti bozma, sınırlandırma veya kısıtlama amacı bulunan anlaşmalardır"*²⁴⁹.

Rekabet hukukundaki anlaşma kavramı, borçlar hukukundaki sözleşme kavramına göre oldukça geniş kapsamlıdır^{250, 251}. Anlaşma kavramının bu şekilde

²⁴⁶ Doktrinde İnan, bilgi değişiminin bir rekabet ihlali olabilmesi için bunun bir anlaşma ya da uyumlu eylem niteliğinde olması gerektiğini, aksinin kabulünün RKHK m. 4 hükmüne aykırı olduğunu ifade etmiştir (Nurkut İnan, **Rekabet Hukuku Yazıları-Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İçeriği ve Uygulanması Hakkında Görüşler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014, ss. 87-91).

²⁴⁷ OECD 2012, p. 36.

²⁴⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 32-33.

²⁴⁹ Cucu, p. 215.

²⁵⁰ Doktrinde; rekabet hukuku anlamında anlaşmaların, taraflar arasında hukuken bağlanma iradesi olmasa da kurulabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca borçlar hukuku anlamında icap ve kabul söz konusu olmasa da tarafların irade beyanının rekabetin sınırlandırılması amacı taşıyan ya da bu sonucu doğuran konu üzerinde birbirine uygun olmasının aranması gerektiği belirtilmiştir (İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 178-179; Buğra Kesici, **Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 59).

geniş kapsamlı olarak kabulü, Türk, AB ve ABD rekabet hukuku sistemlerinin ortak özelliğidir. Buna göre; bağlayıcılığı olmayan centilmenlik anlaşmaları²⁵², görüş bildiren açıklamalar, taahhütler, beyanlar, sağlayıcının bayilerine gönderdiği tavsiye niteliğinde olduğu belirtilen fiyat listeleri, talimatlar, tutanaklar, teşebbüslerin teşebbüs birlikleri aracılığıyla yaptığı dolaylı mektuplaşmalar, imzasız sözleşmeler, standart satış koşullarının kabulü, protokol, toplantı tutanakları, faturalar üzerine basılı “*ihracat yasaktır*” damgası anlaşma kapsamında değerlendirilmektedir^{253, 254, 255}. Anlaşmanın sözlü veya yazılı olması, imzalı veya

²⁵¹ “Sözleşme” ve “anlaşma” kavramları arasındaki fark konusunda bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 159-160, dn. 100; Küçükayhan Aşçıoğlu, ss. 44-54; Yiğit, ss. 15-19.

²⁵² Centilmenlik anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 201-221.

²⁵³ Murat Aydoğdu, “Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Rekabeti Sınırlaması (Engellemesi, Bozması veya Kısıtlaması)”, **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e Armağan**, DEÜ, İzmir 2001, s. 18; İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 247-248; Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, ss. 11-14; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 34-35; Kahraman, s. 59; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 174; Emel Badur, **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)**, RK, Akademik Çalışmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001, (Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar), s. 58; Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 88; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 77; Cucu, pp. 216-219; Ersoy, s. 13; Burcu Can, **Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, s. 34; Arif Esin, “Rekabet Hukuku’nda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar”, **TÜSİAD**, Aralık 1998, Yayın No. TÜSİAD-T/98-12/244, (TÜSİAD), <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/1848-rekabet-hukukunda-anlasma-uyumlu-eylem-ve-kararlar>, (01.03.2016), s. 25; Esin, Rekabet, s. 32; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 207; Güven, Rekabet Hukuku, s. 127; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 49-50, 63-64; Günay, Rekabet Hukuku, s. 54; Cevdet İlhan Günay, **Rekabet Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, (Şerh), ss. 149-152; Helin Berfin Akyüz, **Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar**, Adalet Yayınları, Ankara, 2007, s. 24.

²⁵⁴ Doktrinde bir başka görüş; anlaşma kavramının borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş olarak yorumlanmaması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre; borçlar hukuku anlamında sözleşme olarak nitelendirilmeyen işbirliği durumlarının uyumlu eylem olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Topçuoğlu bu konudaki görüşlerini öncelikle RKHK m. 56 hükmüne dayandırmaktadır. RKHK m. 56 hükmüne göre; m. 4’e aykırı olan anlaşmaların tâbi olduğu yaptırım geçersizliktir. Geçersizlik yaptırımı ancak sözleşmeler için söz konusu olabilir. İkinci olarak; anlaşma kavramının sözleşmeyi aşan şekilde geniş yorumlanmasının hukuki kavramlara zarar vereceği ve hiçbir katkı sağlamayacağı ileri sürülmüştür. Üçüncü gerekçe ise centilmenlik anlaşmaları kapsamında getirilmiştir. Buna göre; centilmenlik anlaşmaları gizli yapılmaları nedeniyle uygulamaya geçmeden önce yakalanmalarının ve yasaklanmalarının mümkün olmadığı, bu nedenle bunların anlaşma olarak nitelendirilmelerinin doğru olmadığı, bu durumun RHKH m. 4/III’de getirilen uyumlu eylem karinesi ile getirilen ispat kolaylığından yararlanma imkânını ortadan kaldıracağı yönündedir (Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 174-177).

Bu görüşe göre; bağlayıcı olmayan mutabakatlar, tasavvur açıklamaları, niyet ve his açıklamaları, centilmenlik anlaşmaları uyumlu eylem niteliğindedir (Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 197).

Bu yöndeki görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 40-44; Akıncı, ss. 45-46; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 209-210; Küçükayhan Aşçıoğlu, ss. 52-53.

Anlaşma kavramı üzerine farklı yaklaşımlar hakkında bkz. Akıncı, ss. 42-43.

Doktrinde Sanlı, RHKH m. 56’da RKHK m. 4’e aykırı anlaşma ve kararların geçersiz olduğunun belirtilmiş olması nedeniyle anlaşma kavramının çok geniş yorumlanamayacağı yönünde bir sonucun

imzasız olması ya da açık veya örtülü olması önem taşımaz²⁵⁶. Hukuken bağlayıcı olmayan taahhütler de anlaşma kapsamında değerlendirilir²⁵⁷. Kanuni ya da iradi şekil şartlarına uyulmaksızın yapılmış olan sözleşmeler rekabet hukuku anlamında kusursuz bir şekilde doğmuş anlaşmalar olarak kabul edilmektedir²⁵⁸. Borçlar hukuku kapsamında hükümsüz olan bir sözleşme dahi rekabet hukuku yönünden anlaşma kapsamında kabul edilebilir ve bu anlaşmaya ciddi sonuçlar bağlanabilir²⁵⁹. Böylece tarafların hukuki geçersizlik veya yokluk savunmaları engellenmiş olmaktadır²⁶⁰. Anlaşmanın, taraf tüzel kişileri temsile yetkili olmayan kişilerce imzalanmış olması halinde dahi tüzel kişilik rekabet hukuku alanında bu anlaşmalardan sorumlu tutulabilmektedir^{261, 262}. Ayrıca taraflar arasında işbirliği

çkarılabileceğini belirtmiştir. Zira zaten hukuken geçerli bir şekilde doğmayan anlaşmanın geçersizlik yaptırımına tâbi tutulması bir anlam ifade etmemektedir. Ayrıca anlaşma kavramının kapsamının bu kadar geniş tutulması, uyumlu eylem kavramını anlamsız kılacaktır. Buna karşılık yazar; aksi düşüncenin kabul edilerek anlaşmanın kapsamının sadece hukuki işlem niteliğindeki sözleşmelerle sınırlandırılmasının RKHK'nın amacına uygun olmayacağını ilave etmiştir. Şöyle ki; rekabet hukuku bakımından önemli olan, rekabetin bozulmasını engellemektir. Anlaşma kavramının kapsamının dar tutulması halinde, hukuken bağlayıcı ya da geçerli olmayan anlaşmalar ancak uyumlu eylem çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için gerçekleşen bir eylem olması gerekmektedir. Bu durumda henüz eyleme geçmemiş olan anlaşmalara müdahale edilmesi mümkün olmayacaktır. Yazar sonuç olarak; rekabet hukukundaki baskın görüşün kabul edilerek anlaşma kavramının sözleşmelerden geniş tutulmasının tercih edilmesinin daha doğru olacağı sonucuna varmıştır (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 98-99).

²⁵⁵ Tek taraflı beyan, açıklama, talimatlar ile fatura üzerindeki “*ihracat yasaktır*” damgası gibi tek yanlı davranışların anlaşma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ayrıntılı bilgi ve emsal kararlar çerçevesinde değerlendirmeler için bkz. Hasan Karakılıç, “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı Uygulamalar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 4, 2013, (Tek Yanlı Uygulamalar), ss. 3-43.

²⁵⁶ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 174-175; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 76; Cucu, p. 216; Akıncı, s. 43; Karakılıç, Tek Yanlı Uygulamalar, s. 19; Badur, Fiyat Sınırlamaları, s. 36; Ersoy, ss. 5, 12-13; B. Can, ss. 21, 54-55; Esin, TÜSİAD, s. 25; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 206; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 50; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 74; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 46; Yiğit, s. 17; Hasan Karakılıç, **Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, (Bağlama Uygulamaları), s. 281; Murat Şahin, **Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri- ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 149; Kesici, s. 59; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 32-33.

²⁵⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 76; Christensson, p. 25; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 125-126; Yiğit, s. 15; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 281-282; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 62-63; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 74.

²⁵⁸ İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 248-249; Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, s. 12; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 177, 190; Cucu, pp. 217-218; Akıncı, ss. 43-44; Badur, Fiyat Sınırlamaları, s. 36; Güven, Rekabet Hukuku, s. 129; Yiğit, s. 18.

²⁵⁹ Ateş, Özel Hukuk, s. 93; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 355-356.

²⁶⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 177.

²⁶¹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 191; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 207-208; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 50-51; Z. Arı, Danışıklılık, s. 36; N. Kortunay, s. 46.

²⁶² Doktrinde Z. Arı, yetkisiz kişiler tarafından bir anlaşma imzalanmış ancak bu anlaşma uygulamaya konmamışsa bu durumda söz konusu anlaşmadan dolayı teşebbüslerin sorumluluğu doğmayacağını ifade etmiştir. Zira yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemde dolayı sorumluluğun doğması için bu işleme icazet verilmesi gerekir. Yetkisiz temsilci tarafından imzalanan anlaşmanın uygulamaya

yapılmasına yönelik bir sözleşme taraflarca feshedilmiş olmasına rağmen zımnen uygulanmaya devam ediyorsa ya da sözleşmenin süresi dolmuş olmasına rağmen uygulanması veya etkileri sürüyorsa bu sözleşmeler de rekabet hukuku bakımından geçerli ve yürürlükte olan anlaşmalar olarak değerlendirilecektir²⁶³. Bunun tam tersi olarak; imzalanmış ancak uygulamaya konmamış anlaşmalar RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilecektir²⁶⁴; zira rekabeti kısıtlamaya yönelik amaç veya potansiyel etki yeterlidir.

ABAD tarafından 1970 yılında verilen bir kararda; taraflarca imzalanmamış olan centilmenlik anlaşması niteliğindeki anlaşmayı, ihlâl halinde uygulanacak hükümleri içermesi, tarafların fiilen bağlanma niyeti bulunması gerekçeleriyle Roma Anlaşması m. 85'e aykırı bulan Komisyon kararı isabetli görülmüştür²⁶⁵.

Yine ABAD tarafından verilen "*Ford-Werke AG and Ford of Europe Inc. v. Commission*" kararında; gönderilen sirkülerin içeriğinin fiili davranışlarla kabul edilmiş olması, taraflar arasında bir anlaşmanın kurulmuş olduğunun kabulü için yeterli görülmüştür²⁶⁶.

RKHK m. 4'de belirtilen teşebbüs birliği kararı, teşebbüs birliği tarafından alınan rekabeti bozucu kararları ifade eder²⁶⁷. Teşebbüs birliği kararlarının iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar; bir teşebbüs birliğinin varlığı²⁶⁸ ve bu teşebbüs birliğine

konmamış olması halinde bir icazetin varlığından söz edilemeyeceğinden bir sorumluluk da doğmayacaktır (Z. Arı, Danışıklılık, ss. 36-37).

Yazarın görüşü borçlar hukuku kapsamında isabetli olsa da rekabet hukukundaki anlaşma kavramının borçlar hukukundaki sözleşme kavramından çok daha geniş kapsamlı olması çerçevesinde bu şekilde kesin bir yargıya varmak çok isabetli olmayabilir. Şöyle ki; bir teşebbüs adına yetkisi olmayan temsilci rekabeti bozucu nitelikte bir anlaşma imzalamış ve bu anlaşma uygulanmamış olsa dahi, teşebbüsün yetkilisi tarafından bu işlemin bilinmesi ve hatta anlaşma şartlarının bizzat görüşülmüş olması mümkündür. Bu durumda sadece imzayı atanın imza yetkilisi olmaması ve anlaşmanın uygulanmamış olmasıyla, rekabeti kısıtlama amacı ya da potansiyel etkisi taşıyan bir anlaşmadan dolayı teşebbüsün sorumluluktan kurtulması mümkün olmamalıdır. Bu nedenle kesin bir yargıya varmak yerine, somut olayın özelliklerine göre inceleme ve değerlendirme yapılması daha isabetli bir karar verilmesini sağlayabilecektir.

²⁶³ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 186; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 35; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 175; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 53-54.

²⁶⁴ Z. Arı, Danışıklılık, s. 35.

²⁶⁵ CJEU, 1970, *Boehringer Mannheim v. Commission*, 15.07.1970, Case 45/69. Karar hakkında bkz. Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 59.

²⁶⁶ CJEU, 1985, *Ford-Werke AG and Ford of Europe Inc. v. Commission*, 17.09.1985, Joined cases 25 and 26/84. Karar hakkında bkz. Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, ss. 60-61; Esin, TÜSİAD, s. 26.

²⁶⁷ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 37.

²⁶⁸ Teşebbüs birlikleri RKHK m. 3'e göre; "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri" ifade eder.

isnad edilebilen bir kararın²⁶⁹ ya da eylemin varlığıdır²⁷⁰. Örneğin fiyat belirleme, teşebbüsler üstü bir teşebbüs birliği, meslek odası ya da komite tarafından yapılmışsa bu, karar statüsündedir. Kararı alan birliğin tüzel kişiliğinin bulunup bulunmaması önem taşımaz. Zira RKHK m. 3’de verilen teşebbüs birliği tanımında, *“Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik”* ifadesi ile teşebbüs birliklerinin tüzel kişiliğinin bulunmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Teşebbüs birliğinden bahsedilebilmesi için süreklilik unsurunun bulunması gerekir²⁷¹. Teşebbüs birliklerinin faaliyetlerinin ticari nitelikte olması zorunluluğu yoktur²⁷². Teşebbüslerin ticari amaçlarla bir araya gelmesi şart olmayıp sosyal, kültürel, bilimsel, sportif ve benzeri herhangi bir amaçla bir araya gelmiş olmaları yeterlidir²⁷³.

Teşebbüs birlikleri tarafından alınmış olan bir kararın hiç uygulanmamış olması o kararı rekabet hukukuna aykırı olmaktan kurtarmaz. Rekabete aykırı olarak alınan bu karar nedeniyle teşebbüsler birliği sorumlu olacaktır²⁷⁴.

Teşebbüs birlikleri tarafından alınan kararların tavsiye niteliğinde olması halinde fiili duruma bakılacaktır. Her ne kadar kararın tavsiye niteliğinde olduğu

Teşebbüs birliğinin varlığından bahsedilebilmesi için, teşebbüslerin sürekli bir amaç için bir araya gelmiş olmaları gerekir. Ayrıca baştan kararlaştırılan ve uzun zamana yayılan ortak sorunların çözülmesi ve belirli hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik bir birliklilik bulunmalıdır (Metin Topçuoğlu, “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, **AÜHF**, Cilt: 50, Sayı: 4, 2001, ss. 129-171, (Teşebbüs Birlikleri), s. 135; Esin Çamlıbel Taylan, “Rekabetin Korunmasına İlişkin Mevzuat Işığında Tek Elden Dağıtım Anlaşmaları”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, DEÜHF, İzmir, 2000, s. 633).

Teşebbüs birlikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 225-231; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 188-190; Topçuoğlu, Teşebbüs Birlikleri, ss. 130-131; Ocak, ss. 160-166; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 37-38; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 96-109; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 138-140; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 243-256.

²⁶⁹ Birlik kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 232-245; Topçuoğlu, Teşebbüs Birlikleri, ss. 150-165; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 249-284; Ergün Özsunay, “Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları”, **Perşembe Konferansları**, RK, Şubat 2000, ss. 62-65.

²⁷⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 222.

²⁷¹ Akıncı, ss. 179, 283; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 96; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 248; N. Kortunay, ss. 36-37, 51.

Doktrininde Z. Arı ise aksine, bir birliğin teşebbüs birliği olarak kabul edilmesi için sürekli veya geçici nitelik taşımasının önemli olmadığını, bir birliğin çok kısa bir süre için, hatta tek seferlik toplanmış olsa dahi rekabeti sınırlama amacıyla veya bu yönde etki doğuracak şekilde hareket etmiş olmasının yeterli olduğunu, aksi yöndeki bir yorumun bu birlikliliklerin denetimini güçleştireceğini savunmaktadır (Z. Arı, Danışıklılık, s. 68).

²⁷² Akıncı, s. 282; Güven, Rekabet Hukuku, s. 139; Z. Arı, Danışıklılık, s. 68; N. Kortunay, s. 37, 51.

²⁷³ Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 245-246.

²⁷⁴ Aşçıoğlu Öz, ss. 93-94; Akıncı, s. 180; Akyüz, s. 27.

belirtilmekte ise de söz konusu kararı teşebbüs birliği üyeleri aynen uyguluyorsa ve kendilerini bu kararla bağlı hissediyorlarsa bu durumda ilgili karar RKHK m. 4 ve ABİDA m. 101/I kapsamında yasaklanacaktır^{275, 276}. Hatta kararı tüm üyelerin uygulaması gerekmeyip sadece rekabeti sınırlamaya yetecek kadarının uygulaması yeterlidir²⁷⁷. Doktrinde, tavsiye niteliğinde olduğu belirtilen bir kararın aslında bağlayıcılık taşıyıp taşımadığının belirlenmesi bakımından; tavsiye olarak nitelenen karara üyelerce uyulmasının beklenilebilirliği konusunda bu tür kararlara karşı üyelerin geçmişteki tutumları, tavsiye olarak nitelenen kararın rekabet üzerindeki nüfuzunun ciddiyet ve derinlik boyutu ve bununla bağlantılı olarak kararın üyelerin ciddi bir çoğunluğu tarafından takip edilip edilmediği gibi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir²⁷⁸.

Alınan kararın birliğin yetkili organı tarafından alınmaması ya da gerekli usule uyulmaksızın alınması nedeniyle geçersiz olması durumunda, söz konusu kararın birlik tarafından benimsenip benimsenmediği incelenerek bir sonuca varılacaktır. Bu aşamada; kararın, birliğin daha önceden açığa vurduğu ve kabul gören niyetinin bir uzantısı ya da dışı vurumu olup olmadığı, usulüne uygun olarak alınmamış olan kararın birlik üyelerinin çıkarlarına uyup uymadığı, kararın birlik organları ve üyeleri tarafından kusursuz bir kararmış gibi dikkate alınıp alınmadığı, ilgili karara dayalı uygulamaların bulunup bulunmadığı ve ilgili kararın geçerli

²⁷⁵ Gülören Tekinalp, ““Uyumlu Eylemler” Kavramı”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e Armağan**, İAHAUM, İstanbul, 1995, s. 203; Aydoğdu, s. 21; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 73; Cucu, pp. 220-221; Badur, Fiyat Sınırlamaları, s. 61; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 249; İ. Y. Aslan, Rekabet, ss. 61-63; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 140-141; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 72-74; N. Kortunay, s. 51.

²⁷⁶ Doktrinde bir görüş, sadece hukuken bağlayıcı nitelikteki kararların teşebbüs birliği kararları kapsamında kabul edilmesi gerektiğini, tavsiye niteliğindeki kararların ise uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilmesini ileri sürmüştür. Bu görüşü savunan yazarlar üç ayrı gerekçeye dayanmışlardır. Bunlardan ilki; tavsiye niteliğindeki kararların uygulanıp uygulanmayacağına belirsiz olması, ancak uygulanmaları halinde bir fiili etkinin ortaya çıkacağı, bu kapsamda fiili etki unsuru uyumlu eylemler için zorunlu unsur olduğundan tavsiye niteliğindeki kararların da ancak uyumlu eylem olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu yönündedir. İkinci gerekçe; tavsiye niteliğindeki kararlar ile uyulması zorunlu olan bağlayıcı kararların aynı hukuki kalıp içine sokulmasının hukuki kavramları bulandıracağıdır. Diğer bir gerekçe ise, tavsiye niteliğindeki kararların uyumlu eylem olarak değerlendirilmemesi halinde RKHK m. 4/III’de getirilen ispat kolaylığının uygulanamayacağı yönündedir. Bu yöndeki görüşler hakkında bilgi için bkz. Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 195-196; Akıncı, ss. 181-184.

Bu görüşe karşı getirilen eleştiriler için bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 44-47; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 198-201; Akıncı, ss. 182-183; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 255-256; Z. Arı, Danışıklılık, s. 72.

²⁷⁷ İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 253; N. Kortunay, ss. 51-52.

²⁷⁸ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 241; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 84; Yiğit, ss. 37-38.

kararların tâbi olduğu bazı şekli uygulamalara konu olup olmadığı (karar defterine işlenme vb.) göz önünde bulundurulmalıdır²⁷⁹.

Bunlara karşılık; teşebbüsler, aralarında yazılı ya da sözlü bir anlaşma bulunmamasına rağmen, birbirlerine paralel olarak hareket ediyorsa ve kendi fiyatlarını belirlerken rakiplerinin fiyatlarını esas alıyor, aynı fiyatları uyguluyorsa gerekli koşulların bulunması halinde burada bir uyumlu eylemin olduğunu söylemek mümkündür²⁸⁰. Uyumlu eylemin ortaya çıkması için herhangi bir anlaşma ya da karara gerek yoktur²⁸¹.

Doktrinde kabul gören bir tanıma göre uyumlu eylemler, *“teşebbüsler arasında anlaşma aşamasına varmamış olan, fakat rekabetin risklerinden kaçınmak üzere bilinçli olarak gerçekleştirilen, pratik işbirliğinden oluşan bir koordinasyon şekli”* olarak tanımlanmıştır²⁸².

Uyumlu eylemlere ilişkin olarak yapılan yaygın başka bir tanıma göre uyumlu eylemler, *“teşebbüslerin aralarında bir anlaşma veya mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan kararlarını veya uygulamalarını ifade eder.”*²⁸³.

Doktrinde İkizler tarafından yapılan bir diğer tanıma göre ise; *“Uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, rekabetin risklerine karşı bilerek ikame edilmiş, büyüklüğü ve yapısı kadar teşebbüslerin sayısı, önemi ve ürün tipi bakımından, pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açan, pratik işbirliği doğuran bir eşgüdüm (uyumluluk) halidir.”*²⁸⁴

RKHK m. 4/III hükmünde yapılan düzenlemeye göre; bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişimlerinin, arz-talep dengesinin veya teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu ya da kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine oluşturur. Böylece kanun koyucu bir ispat kolaylığı getirmiş, uyumlu eylemin varlığının mutlak olarak ispatlanmasına gerek

²⁷⁹ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 242-245.

²⁸⁰ Anlaşmalar ile uyumlu eylemlerin karşılaştırılmasına ilişkin bkz. İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 249-251.

²⁸¹ Çamlıbel Taylan, s. 627; İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 237.

²⁸² Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, s. 16.

²⁸³ G. Tekinalp, s. 203; Aydoğdu, s. 19; İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 239.

²⁸⁴ İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 240.

kalmamıştır. Karinede belirtilen koşulların oluşması halinde ispat yükü, bir uyumlu eylem bulunmadığını iddia eden teşebbüslere düşecektir. Sonuç olarak burada aksi ispat edilebilir, kesin olmayan bir karine mevcuttur²⁸⁵.

Kanun koyucu aynı ispat kolaylığını, zarar görenlerin tazminat hakkı kapsamında da getirmiştir. “İspat Yüğü” başlıklı RKHK m. 59 hükmüne göre; *“Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kârlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.”* Buna göre; rekabeti ortadan kaldıran, bozan veya sınırlayan uyumlu eylemler içine giren teşebbüslere karşı zarar görenler tarafından genel mahkemelerde açılacak olan tazminat davalarında, RKHK m. 59’da sayılan delillerin bulunması halinde bir uyumlu eylemin bulunduğu kabul edilecek ve ispat yükü davalılara geçecektir. Bu düzenlemeye göre yaklaşık ispatın yeterli olduğu söylenebilir²⁸⁶. Uyumlu eylemler ve uyumlu eylemlerin ispatı konusu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağından burada başkaca açıklama yapılmayacaktır.

Tek başına bilgi değişimi ise sadece bilgi paylaşımı seviyesinde kalan bir eylemdir. Gerek anlaşma ve kararlar gerekse uyumlu eylemler kendi içlerinde bilgi paylaşımını barındırır²⁸⁷. Ancak buradaki bilgi paylaşımı yukarıda açıklandığı gibi,

²⁸⁵ Ejder Yılmaz, “Rekabet Hukuku Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Kasım 1999, ss. 98;-99 Aydoğdu, ss. 20-21; İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 270.

²⁸⁶ Doktrinde uyumlu eylemlerin varlığında kesin delillerin aranmamasının birtakım sakıncalar yaratabileceği belirtilmiştir. Buna göre; piyasadaki verilerin dikkatli bir şekilde değerlendirilmemesi nedeniyle uyumlu eylem içinde bulunan teşebbüsler tespit edilemezken aslında uyumlu eylem içinde bulunmayan teşebbüslerin haksız olarak yaptırımla karşılaşması halinde piyasadaki rekabetin bozulabileceği ifade edilmiştir (Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, s. 20).

²⁸⁷ ABAD tarafından “Züchner v. Bayerische Vereinsbank” kararında, uyumlu eylemin ortaya çıkması için basit bir bilgi değişiminin yeterli derecede etkili olabileceği belirtilmiştir (OECD 2012, p. 35, dn. 77).

Bahsi geçen kararda mahkeme, bankalar tarafından aynı oranda işlem ücreti uygulanmasının, her ne kadar bankalar arasında bu yönde bir anlaşma olduğu kanıtlanmamış olsa da uyumlu eylem sayılarak rekabet ihlali oluşturduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme tarafından, teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ya da öngörülebilir davranışlarına göre kendi davranışlarını adapte etme hakkının bulunduğu; ancak bunun hiçbir zaman teşebbüsler arasında, normal piyasa koşullarıyla uyum göstermeyen rekabet şartlarının oluşturulmasına yönelik amacı ya da etkisi bulunan doğrudan veya dolaylı anlaşmalar yapılabileceği anlamına gelmediği belirtilmiştir. Sonuç itibarıyla mahkeme tarafından, herhangi bir şekilde iletişime geçilmesi veya sadece bilgi değişimi yoluyla aynı yönde davranılması halinde uyumlu eylemin ortaya çıkmış olacağı açıklanmıştır (CJEU, 1981, Züchner v. Bayerische Vereinsbank, 14.07.1981, 172/80 Case, ECR 2021).

yardımcı eylemdir. Teşebbüsler arasında bulunan anlaşma, uyumlu eylem veya karar niteliği taşımayan bilgi paylaşımı faaliyetleri ise tek başına bilgi değişimleridir.

Tek başına bilgi değişimi etki yönünden piyasada uyumlu davranışlara sebep olarak piyasadaki rekabeti bozucu etki doğurabilir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bunun yanında tek başına bilgi değişiminin ilgili pazardaki rekabeti bozma amacıyla yapılması da mümkündür. Örneğin; rakip teşebbüslerin sık sık ve düzenli olarak birbirleriyle fiyat bilgilerini paylaşmaları, fiili olarak piyasada bir fiyat paralelliği yaratmasa dahi amaç bakımından rekabete aykırı kabul edilmelidir. Zira rekabete en hassas olan fiyat bilgilerinin rakip teşebbüsler arasında düzenli ve sık paylaşımında masum bir niyet olduğunun kabulü pek kolay değildir. Bu nedenle; piyasada ortaya çıkan fiili bir etki bulunmasa dahi söz konusu bilgi değişiminin fiyat belirlemeye yönelik uyumlu davranışlar yoluyla rekabeti bozmayı amaçladığı kabul edilmelidir.

Bu tür tek başına eylem olan bilgi paylaşımlarının rekabeti olumsuz etkileyip etkilemediğinin ya da rekabeti ortadan kaldıracı bir amaç taşıyıp taşımadığının mutlaka irdelenmesi gerekmektedir^{288, 289}.

²⁸⁸ OECD raporuna göre, tek başına eylem olan bilgi değişimleri değerlendirilirken, bu bilgi değişiminin kartel tipi ihlâl mi yoksa etkinlik arttırıcı işbirliğine mi daha fazla benzediğinin belirlenmesi gerekmektedir (OECD 2010, p.9).

²⁸⁹ Doktrinde E. F. Aslan tarafından; bilgi değişiminin rule of reason analizi çerçevesinde rekabeti fiilen sınırlandırdığı sonucuna ulaşıldığı tüm durumlarda, paylaşımın daha üst bir ihlâlin kolaylaştırıcı eylemi niteliğinde olduğu, bilgi paylaşımının bir üst ihlâl olmaksızın rekabeti fiilen sınırlandırmasının ve dolayısıyla bu nedenle herhangi bir teşebbüse para cezası verilmesinin mümkün olmadığı, paylaşımın gelecekte rekabeti sınırlandırma potansiyeline sahip olduğu durumlarda ise eylemin ihlâl teşkil ettiği gerekçesiyle yasaklanmasının mümkün olduğu, ancak bu durumda da ihlâlin fiili bir etkisi olmaması nedeniyle ilgili teşebbüslere para cezası verilmesinin orantılı olmayacağı savunulmuştur (E. F. Aslan, Bilgi Değişimi, s. 55).

Yazarın bilgi değişiminin bir üst ihlâlin yardımcı eylemi durumunda olmaksızın tek başına bir ihlâl oluşturamayacağı, sadece geleceğe yönelik bir rekabet sınırlandırma potansiyeline sahip olabileceği yönündeki görüşüne katılmamız pek mümkün görünmemektedir. Zira bilgi değişiminin rekabet hukuku yönünden önem taşıdığı asıl şekli, tek başına bir ihlâl oluşturduğu hallerdir. Yardımcı eylem olan hallerde bilgi değişimi eylemi, ana ihlâli kanıtlamaya yönelik delil niteliğinde olup ana ihlâl eylemi içinde erimekte ve ayrıca bir değer taşımamaktadır. Yukarıda da üzerinde durduğumuz gibi, rakip teşebbüsler arasındaki sık ve düzenli bilgi değişimi faaliyetleri piyasada fiili bir etki yaratmamış olsa da amaç bakımından rekabete aykırı kabul edilir. Zira rakip teşebbüsler arasında sık ve düzenli bilgi değişiminde bulunulması, kartel oluşturma veya piyasada uyumlu eylemler yoluyla rekabeti bozma amacı dışında çok mümkün değildir. Bu amaçla yapılan bilgi değişimi faaliyetlerinin amaçlanan sonuca herhangi bir sebeple ulaşmamış olması, bu bilgi değişimi faaliyetlerinin bir ihlâl oluşturmadığı ya da cezayı gerektirmediği anlamına gelmez. Yapılan bilgi değişiminin rekabeti bozma amacı taşıdığı yeterli delillerle ortaya konamıyor dahi olsa, bu bilgi değişiminin rekabeti bozma potansiyeli taşıdığı gerçeği yadsınamaz. Bir başka deyişle; rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişiminin rekabeti bozma amacı bulunmasa ya da kanıtlanamasa ve fiili olarak rekabeti bozucu bir etki ortaya çıkmamış olsa dahi, bu eylemin potansiyel etki bakımından değerlendirilmesi ve eğer piyasadaki rekabeti bozucu etki gösterme potansiyeli bulunuyorsa söz konusu bilgi değişiminin bir

1.1.4.2. Ortaya Çıkış Şekline Göre Bilgi Değişimi Türleri

Bilgi değişimine ilişkin bu ayrıma, Avrupa Komisyonu tarafından 2011 yılında hazırlanan Yatay İşbirliği Anlaşmalarına 101. Maddenin Uygulanmasına İlişkin Rehber’de değinilmiştir²⁹⁰. Buna göre; bilgi değişimi doğrudan olabileceği gibi, üçüncü kişiler aracılığıyla da ortaya çıkabilir²⁹¹.

1.1.4.2.1. Doğrudan Bilgi Değişimi

Bilgi değişiminin araya bir üçüncü kişi, kurum, birlik, dernek ve sair kişi ya da kuruluş girmeksizin doğrudan doğruya teşebbüsler arasında tek yönlü ya da karşılıklı olarak paylaşılması halinde doğrudan bilgi değişiminden söz edilmektedir.

Bilgi değişiminin rakip teşebbüsler arasında doğrudan yapılması durumunda, rakip teşebbüsler kendi aralarında ya özel iletişim yoluyla bilgi paylaşmakta ya da basın veya internet gibi araçlarla yapılan açıklama ve ilânlar gibi genel iletişim yoluyla bilgi paylaşımında bulunmaktadır²⁹². Doğrudan bilgi paylaşımı yüz yüze görüşmeler, toplantılar, telefon konuşmaları, elektronik posta ya da herhangi bir iletişim aracı yoluyla sohbet, rakiplerin birbirine kendi firmalarına ilişkin raporları, fiyat listelerini, geleceğe dönük stratejilerine ilişkin bilgileri göndermeleri gibi birçok farklı yolla gerçekleştirilebilir²⁹³. Rekabet hukuku açısından doğrudan bilgi değişimleri en çok risk içerek bilgi değişimi türüdür²⁹⁴.

ihlâl oluşturduğu sonucuna varılması gerekmektedir. Bu durumda sözkonusu ihlâl yönünden teşebbüslere para cezası verilir verilmeyeceği somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir.

²⁹⁰ EC, 2011, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 14.01.2011, OJ C/11, p. 13, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011;011:0001:0072:EN:PDF> (23.01.2015).

²⁹¹ Doktrinde Gürkaynak ve diğerleri bilgi değişimini ortaya çıkış şekillerine göre üçlü bir ayrıma tâbi tutmuştur. Buna göre bilgi değişimi; doğrudan taraflar arasında, üçüncü kişiler yoluyla ya da doğrudan kamuya açık paylaşım şeklinde gerçekleştirilebilir (Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 285).

²⁹² D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 190.

²⁹³ Christensson, p. 15.

²⁹⁴ Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 285.

1.1.4.2.2. Üçüncü Kişi Aracılığıyla Bilgi Değişimi

1.1.4.2.2.1. Ticaret Birlikleri ve Bağımsız Kuruluşlar Aracılığıyla Bilgi Değişimi

Bilgi değişiminin araya üçüncü bir kişi girmesi ve bilgilerin o üçüncü kişi tarafından toplanıp teşebbüslere dağıtılması suretiyle yapılan bilgi paylaşımı, üçüncü kişi aracılığıyla yapılan bilgi değişimidir. Burada genellikle teşebbüslerüstü bir teşebbüsler birliği, ticaret birliği, dernek, meslek odası gibi bir kuruluş tarafından belirli periyodlarla o sektördeki tüm teşebbüslerden fiyat, arz miktarı, talep miktarı, kâr marjı, ciro, ithalat ve ihracat rakamları gibi bilgiler toplanmakta ve toplanan bu bilgiler derlenerek o sektördeki tüm teşebbüslere dağıtılmaktadır²⁹⁵. Bilgiyi toplayıp dağıtan kuruluşun tüzel kişiliğinin bulunup bulunmaması önem taşımaz. Bilgiler toplandığı haliyle dağıtılabildiği gibi işlenip derlenerek ya da bilgi toplayan merkezin yorumları katılarak da dağıtılabılır²⁹⁶.

Genellikle teşebbüs birliklerinin anketler ve çeşitli bilgi değişimleri sonucu elde ettikleri bilgileri derleyerek istatistiksel hale getirmeleri ve bunları paylaşım açmaları konusunda rekabet otoritelerinin tavrı olumludur²⁹⁷.

Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de toplanmış ve yayınlanmış bilgilerin, sağlayıcılar ve tüketicilerin sektördeki ekonomik durumu daha net görmesini sağladığından faydalı olduğu belirtilmiştir. Yine bu tür bilgilerin pazar katılımcılarının stratejilerini piyasa koşullarına adapte edebilmek için daha iyi bilgilenmelerine izin verdiği belirtilmiştir. Toplanmış bilgi değişiminin dar oligopollerde gerçekleşmediği sürece rekabeti kısıtlayıcı etki göstermeyeceği; buna rağmen spesifik özellikleri olan piyasalarda (çok dar ve durağan oligopoller gibi) toplanmış bilgilerin değişimi sonucunda dahi ortak bir anlayışın ortaya çıkmasının kolaylaşabileceği üzerinde durulmuştur²⁹⁸.

²⁹⁵ Christensson, p. 15.

²⁹⁶ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 115, dn. 222.

²⁹⁷ Gürkaynak, Bilgi Değişimi, s. 49; Christensson, pp. 14-15; Yiğit, s. 376.

²⁹⁸ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 19-20; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 14; Pişmaf, s. 66.

Üçüncü kişi aracılığıyla ortaya çıkan bilgi paylaşımının rekabet hukuku yönünden etkileri birçok kez tartışılmıştır. Doktrinde; üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleşen bu bilgi değişimi faaliyetlerinin, doğrudan rakipler arasında yapılan bilgi değişimine göre daha düşük rekabet riski taşıdığı, doğrudan bilgi değişiminin rekabeti bozucu bir anlaşma yapma konusunda daha büyük bir olanak sağladığı ifade edilmiştir. Bunun için değişimi gerçekleşen bilgilerin toplanmış ve bireysel olarak hangi teşebbüse ait olduğu ayırt edilemeyen, anlaşılabilen bilgiler olması gerekmektedir²⁹⁹. OECD tarafından hazırlanan raporda ticaret birlikleri tarafından toplanarak derlenip dağıtılan bu bilgilerin, o birliğe üye olmayan teşebbüsler yönünden de erişilebilir olması halinde rekabeti bozucu bir durum oluşmayacağı belirtilmiştir³⁰⁰. Hatta ilgili pazarın yoğunlaşmış oligopol bir pazar olmaması şartıyla, bu tür toplulaşmış bilgilerin dağıtılmasıyla sektörün ekonomik durumuna ışık tutulacağı, tedarikçilerin ve müşterilerin bundan yarar sağlayacağı düşünülmektedir³⁰¹.

Ayrıca OECD raporunda ticaret birlikleri ile bağımsız araştırma kuruluşları tarafından bilgi toplanması ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Buna göre; bağımsız kurumlar tarafından bizzat teşebbüslerden bilgi istenmeksizin sadece pazar gözlemlenerek ve kendilerine has istihbarat yöntemleri kullanılarak elde edilen bilgilerin dağıtılması halinde rekabeti bozucu bir durum ortaya çıkmamaktadır. Raporda bu sonuç üç ayrı gerekçeyle dayandırılmıştır. Bunlardan ilki, toplanan bilgilerin doğrudan teşebbüslerden değil, pazardan toplanmış olmasıdır. Bu durumda kartel kurallarının uygulanması için gerekli olan şartlardan biri oluşmamıştır. İkinci gerekçe, pazarın şeffaflığıdır. Buna göre, bağımsız kuruluşun elde ettiği bilgiler, piyasanın gözlemlenmesiyle elde edilen bilgilerdir. Bir başka deyişle; piyasa zaten bu bilgilerin elde edilmesine izin verecek kadar şeffaftır. Bu nedenle bağımsız kuruluş tarafından bu bilgilerin toplanıp dağıtılması, piyasadaki şeffaflıkta bir artış yaratmamaktadır. Üçüncü gerekçe ise, bu şekilde uzman kuruluşlarca pazar bilgilerinin toplanması sayesinde teşebbüslerin bu yönde yapması gereken masraflardan tasarruf etmesinin sağlanmasıdır. Bu değerlendirmeler yapıldıktan sonra; bilgi toplayan kuruluşa piyasadaki teşebbüsler tarafından ücreti ödenerek bilgi

²⁹⁹ Azcuenaga, pp. 14-15; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 413.

³⁰⁰ OECD 2010, pp. 32-33.

³⁰¹ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 413.

toplaması yönünde talimat verilmesi veya bilgilerin bu kuruluşa bizzat teşebbüsler tarafından iletilmesi hallerinde, rekabete aykırı etkilerin ortaya çıkma riskinin yükselmesinin mümkün olduğu hususuna değinilmiştir³⁰².

OECD tarafından kabul edilen bu görüş eleştirilebilir. Ticaret birliklerinin ya da bağımsız araştırma kuruluşlarının piyasa hakkında topladığı ve derleyerek dağıttığı bilgiler hakkında genel bir sonuca varmanın çok yerinde olmadığını söylemek mümkündür. Erişilebilir kılınan bu bilgilerin içeriği, niteliği ve kapsamı ile birlikte ilgili pazar koşulları birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılması daha isabetli görülmektedir³⁰³. Örneğin dar ve durağan oligopol piyasalarda gerçek anlamda toplanmış nitelikteki bilgiler dahi işbirliği sonucu yaratabilir³⁰⁴.

Doktrinde Sanlı bu tür oluşumlarda, teşebbüslerin bir araya gelerek bilgi değişimini maksimum düzeye çıkardıklarını, bunun da aralarında farklı menfaatleri tatmin edebilecek nitelikte oldukça kompleks nitelikli anlaşma ve kararların oluşabilmesine olanak sağladığını belirtmiştir³⁰⁵.

Doktrinde, ticaret birlikleri tarafından toplanıp derlenerek dağıtılan bilgilerin ve bu bilgilere ilişkin istatistik programlarının üye olmayanların erişimine açık olması, dağıtılan bilgilerin ve bunlara ilişkin ticari stratejilerin üyelerce tartışıldığı toplantılar düzenlenmemesi ve ticaret birliğinin yönetiminin üyelerden bağımsız olması gerektiği ifade edilmektedir³⁰⁶.

Paylaşılan bilgi, sadece genel nitelik taşıyan istatistiksel ve rakamsal verilere ilişkinse; örneğin yılın ilk yarısında piyasadaki toplam arz miktarı, toplam talep miktarı, ortalama fiyat, önceki yıla göre ortalama fiyatta oluşan yüzdelik değişim, önceki yıla göre toplam ithalat ve ihracat rakamlarındaki değişim yüzdesi, yapılan toplam yeni yatırım gibi konuları içeriyorsa, herkesin ulaşabileceği nitelikteki bu bilgilerin rekabeti bozucu bir etkisi olmayacaktır³⁰⁷. Ancak bu rakamsal veriler,

³⁰² OECD 2010, p. 33. Aynı yönde: Capobianco, pp. 1261-1262, 1269; Morphet and Dijk, p. 3.

³⁰³ Doktrinde Morphet ve Dijk tarafından; pazar bilgilerinin bu işi meslek edinmiş olan bir araştırma kuruluşunca toplanması ve basılarak dağıtılması durumunda her ne kadar çok fazla tehlike görülmemekte ise de, bunun antirekabetçi etkilerin ortaya çıkmayacağı konusunda bir garanti oluşturmadığı isabetli olarak belirtilmiştir (Morphet and Dijk, p. 3).

³⁰⁴ Costin, p. 47.

³⁰⁵ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 156, dn. 85.

³⁰⁶ Capobianco, p. 1261.

³⁰⁷ Gürkaynak; bir sektörde yaşanan çeşitli sorunların teşhisine, orta ve uzun vadeli yatırım olanaklarının ortaya çıkarılıp değerlendirilmesine, sektöre sermaye girişinin sağlanmasına, ithalat ve ihracat hareketlerinin sergiledikleri görünümün ortaya konmasına ve buna benzer amaçlara yönelik olarak gerçekleştirilen bilgi toplama, izleme, takip ve anket faaliyetlerinin hukuka uygun kabul

firma ve ürün bazında alt başlıklar halinde ve ayrıntılı olarak açıklanmaktaysa, bu durumda teşebbüslerin şahsi verilerinin açıklanması söz konusu olur ve bu bilgi paylaşımı yoluyla rekabeti bozucu bir etkinin ortaya çıktığı sonucuna varılabilir³⁰⁸. Bu tür bilgi değişimi sistemleri kartel oluşturulması bakımından kolaylık sağlayan önemli yöntemlerdendir³⁰⁹. Şahsileştirilmiş bilginin paylaşılması, teşebbüsler arasındaki mevcut işbirliğinin devamını da kolaylaştıran bir etkiye sahiptir. Zira firma bilgilerinin bireysel bazda rakipler tarafından edinilmesi halinde, ortak iradede sapan firmalar kolaylıkla tespit edilebilecek ve bu ihlallerinden dolayı yaptırımla karşılaşabileceklerdir³¹⁰. Aynı durum monopollerde ve sadece birkaç firmanın faaliyet gösterdiği durağan piyasalar ile oligopolistik nitelikteki yoğunlaşmış piyasalarda derlenmiş bilgilerin değişimi yönünden de geçerlidir. Değiştirilen bilgi her ne kadar derlenmiş bilgi niteliğinde olsa da özellikle sık sık ve düzenli olarak yapılan paylaşımlarda pazar yapısı nedeniyle rekabete yönelik olumsuz etkilerin ortaya çıkma olasılığı oldukça yüksektir³¹¹.

Doktrinde Gürkaynak, Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlar incelendiğinde ortaya çıkan sonuçları genel hatlarıyla özetleyerek temel kriterleri belirlemiştir. Buna göre; miktara ilişkin verilerin gösterildiği tablolarda, bu tür verilerin teşebbüsler bazında ayırt edilmesine imkân verilmemeli; fiyatların, üretimin, satışların ve kapasite kullanım oranlarının gelecekteki durumlarına dair tahmin yapılmamalı ve tahmin yapılmasına olanak tanınmamalı; verilerin toplanmasında görevli kişilerin teşebbüslerden elde ettiği bilgileri diğer teşebbüs üyeleri ile üçüncü kişilerden gizli tutmaları sağlanarak bu husus kesin olarak teminat altına alınmalı; belirli bir teşebbüsün rekabete hassas bilgilerinin anlaşılması ihtimali

edildiğini; ancak bu çeşit çalışma ve faaliyetlerin, bunları hukuka uygun olmaktan çıkaran çeşitli unsurlar barındırmalarının da mümkün olduğunu belirtmiştir (Gürkaynak, Bilgi Değişimi, ss. 49-50). Kanaatimizce de bu tür çalışmalar yönünden genelleştirebilir bir sonuca varmak çok isabetli olmayabilir. Zira bir bilgi toplama sürecinin bu tür fayda sağlayıcı bir amacı olmasına rağmen paylaşılan bilgilerin içeriği dolayısıyla etki analizi sonucunda rekabeti kısıtlama potansiyeli bulunduğu tespit edilmesi ve RKHK m. 4 kapsamına girmesi mümkün olabilir. Böyle bir durumda söz konusu bilgi toplama faaliyetinin fayda sağlayıcı amacı ve bu bilgilerin paylaşılması sonucu ortaya çıkan veya çıkabilecek olan etkinlikler RKHK m. 5 kapsamında bireysel muafiyet yönünden bir etkide bulunabilir.

³⁰⁸ OECD 2010, pp. 48-49; Švirinas, p. 108; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 192.

Doktrinde Gürkaynak; bir teşebbüs birliği bünyesinde gerçekleşen teşebbüsler arası bilgi değişimlerinin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde genel ölçütün, söz konusu bilgi değişimlerinin ticari sırları kapsayıp kapsamaması hususu olduğunu belirtmiştir (Gürkaynak, Bilgi Değişimi, s. 49).

³⁰⁹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 115, dn. 222.

³¹⁰ Costin, p. 47; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 115, dn. 222.

³¹¹ Švirinas, pp. 108-109; Gürkaynak, Bilgi Değişimi, ss. 50-51.

varsa özetler ve toplamalar dahi yayınlanmamalı ve aylık verileri gösteren tablolar belirli bir süre geçmeden dağıtılmamalıdır³¹².

1.1.4.2.2.2. İnternet Aracılığıyla Bilgi Değişimi

1.1.4.2.2.2.1. B2C (Business to Consumer)

Modern çağda internet her alanda son derece yaygın bir şekilde kullanılan ve hayatımızı önemli ölçüde kolaylaştıran bir araçtır. Özellikle son yıllarda elektronik ticarete³¹³ yönelimde ciddi bir artış oluşmuştur. Gerek ürünlerin özelliklerinin ve fiyatlarının gerekse teslim ve ödeme koşullarının rahatlıkla karşılaştırılabilir olması elektronik ticareti cazip kılan sebeplerin başına gelmektedir³¹⁴. Bazı sektörler bakımından geliştirilen özel uygulamaları içeren internet siteleri (booking.com, tripadvisor.com, skyscanner.com vs.) ve teşebbüslerin kendilerine ait internet siteleri aracılığıyla kolaylıkla erişilebilen birçok bilgi, tüketiciler bakımından hayatı kolaylaştırmaktadır. Ancak tüm bu internet sitelerinin herkesin erişimine açık genel bir aleniyet oluşturuyor olmaları karşısında, rakip teşebbüslerin birbirlerinin ürün ve hizmetleri ile bunların fiyatları hakkında bilgi edinmeleri de son derece kolay bir hâl almıştır. Bu şekilde tüketiciye yönelik olarak satış yapmak üzere kurulan internet siteleri aracılığıyla gerçekleşen ticarete B2C (*Business to Consumer*) adı verilmektedir³¹⁵.

Bu tür internet sitelerinin en belirgin örneklerinden biri, seyahat acentelerinin internet siteleridir. Seyahat acentelerinin internet siteleri aracılığıyla sayısız lokasyondaki sayısız konaklama tesisi hakkında tüm bilgilere erişmek mümkündür. Bu internet sitelerinde; konaklama tesislerinin konumu, plaj, havuz, su parkı gibi imkânlarının olup olmadığı, yeme-içme konusunda fiyata dâhil olarak sunulan paketin kapsamı, odaların ve ortak alanların özelliği, animasyon ve diğer aktiviteler, tesis kapsamındaki diğer tüm imkânlar ayrıntılı olarak fotoğrafları ile birlikte sunulmaktadır. Bu özellikler yanında tesislerin tüm bir sezon boyunca uygulayacağı

³¹² Gürkaynak, Bilgi Değişimi, s. 51.

³¹³ Elektronik ticaret doktrinde; “ özellikle internet olmak üzere bilgisayar ağları vasıtasıyla mal veya hizmetlerin ticaretinin yapılması ” şeklinde tanımlanmıştır (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 991).

³¹⁴ Christensson, p. 9.

³¹⁵ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 999.

fiyatlar rahatlıkla görülebilmekte ve farklı tarih aralıklarına göre fiyat değişiklikleri kolaylıkla öğrenilebilmektedir. Aynı şekilde sadece internet üzerinden konaklama tesisi bulma, karşılaştırma ve rezervasyon yapma imkânı sağlayan internet siteleri de mevcuttur.

Tesislerin müşterilere sundukları satış koşulları ve fiyatların rekabete hassas bilgi niteliği taşıdığı açıktır. Bu tür internet siteleri aracılığıyla rekabete hassas bilgiler aleni hale gelmekte ve piyasada tam bir şeffaflık oluşmaktadır. Bu durumun rekabeti bozucu olduğu düşünülebilir. Zira seyahat acenteleri ile sektöre özgü diğer internet sitelerinin sağladığı bu bilgi akışı sayesinde ilgili pazardaki şeffaflık artmış ve neredeyse tam bir şeffaflığa ulaşılmıştır. Bu nedenle söz konusu bilgi akışının piyasadaki şeffaflığı önemli ölçüde arttırdığı açıktır. Buna karşılık; turizm konaklama sektörü ele alındığında pazarın çok parçalı bir yapı içinde bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. İlgili pazardaki oyuncu sayısının fazlalığı ve özellikle ülke koşullarından kaynaklanan bazı sebeplerle yabancı turist sayısında azalma olduğu dönemlerde tesisi doldurma isteği rekabeti arttırmaktadır. Çok parçalılığın bir sonucu olarak, sunulan hizmet homojen nitelik taşımamaktadır. Birbirinden farklı binlerce tesisin her birinin sahip olduğu ve müşteriye sunduğu imkânlar, uyguladıkları politikalar çerçevesinde sunulan hizmetin kapsamı ve niteliği birbirinden çok farklıdır. Piyasadaki bu şartlar; rakip teşebbüsler arasındaki hassas bilgilerin çok yüksek oranda değişimi ve piyasada oluşan şeffaflık seviyesinin bu rakip teşebbüsler arasında bir danışıklılığa sebep olmasını neredeyse imkânsız kılmaktadır. Özellikle yoğun talep gören bayram ve tatil günlerinde tüm tesislerin fiyatlarında artış olduğu herkesçe bilinen bir gerçek ise de bu artışın teşebbüsler arasındaki bir danışıklılığa değil, yüksek talepten kaynaklanan pazar koşullarına bağlı olduğunu söylemek daha gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

İlgili pazarın özellikleri yanında, sözü geçen internet sitelerinin tüketicilere büyük yarar sağladığı tartışmasızdır. Rastgele bir tesis seçip dikte edilen fiyatı ödemek yerine, tüketici yüzlerce tesisi oturduğu yerden tüm özellikleriyle ve fiyatlarıyla karşılaştırarak, hatta bu tesisler hakkında burada daha önceden konaklayan tüketicilerin yorumlarını da okuyarak, kendisi için en uygun tesisi seçebilmektedir. Bu sayede tüketici hem daha kaliteli hem de daha ekonomik bir tercih yapabilmektedir.

İnternet yoluyla bilgi değişiminin çok yaygın olduğu bir diğer alan, uçak bileti piyasasıdır. Gerek havayolu firmalarının kendi internet siteleri gerekse seçilen kalkış-varış noktaları arasında tüm havayollarının tüm seferlerini derleyerek karşılaştırmalı olarak sunan özel uygulamaları içeren internet siteleri ve akıllı telefon uygulamaları aracılığıyla, her havayolunun her tarihteki her uçuşu hakkında bilgi sahibi olmak mümkündür. Bu internet siteleri ve uygulamalar aracılığıyla, tüm havayollarının iki nokta arasındaki uçuşlarının her tarihe göre fiyatları, direkt ya da aktarmalı olup olmadığı, sefer saatleri, doluluk oranı, sağlanan servis, ikram gibi yan hizmetler, izin verilen bagaj ağırlığı ve ek bagajlara uygulanan fiyat politikası, ek hizmetlere uygulanan fiyatlar gibi her türlü bilgiye kolaylıkla ve herkes tarafından ulaşılabilir.

Bu şeffaflığın tüketici yönünden önemli faydalar sağladığı açıktır ve yukarıda seyahat acentelerinin internet sitelerinin tüketiciye sağladığı yararlar yönünden yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Söz konusu internet siteleri sayesinde tüketici, sadece bilgisayar ekranına bakarak tüm havayollarının tüm uçuşlarını, tüm özellikleri ve fiyatları görebilmekte, bunları rahatlıkla kıyaslayabilmektedir. Ancak havayolu sektörü, yukarıda açıkladığımız turizm sektöründen farklıdır. Turizm sektöründeki çok parçalılık havayolu sektöründe söz konusu değildir. Pazara girişteki zorluklar nedeniyle havayolu piyasasında yurtiçi uçuşlarda toplamda 5-6 firma faaliyet göstermektedir. Bu firmaların tamamı tarafından aynı kalkış noktasından aynı varış noktasına olan aynı tür (direkt veya aktarmalı) uçuşlar yönünden rekabet olabileceği düşünülebilir. Buna karşılık bazı varış noktalarına sağlanan uçuşlar bakımından sadece iki firmanın hizmeti bulunmaktadır. Bu durumda bu iki firmanın piyasadaki şeffaflıktan faydalanarak fiyat belirlemesi yapmaları ve fiyatlarını sürekli birbirleriyle aynı seviyede tutmaları mümkündür. Yine sektörde faaliyet gösteren 5-6 firmanın belirli tarih aralıklarında aynı seviyede fiyat uygulamaya yönelik anlaşma ya da uyumlu eylem içine girmeleri de mümkündür. Piyasadaki şeffaflık ve sürekli bilgi akışı bu tür fiyat belirleme davranışlarının oluşmasını ve devamını son derece kolaylaştırabilir.

Tüm bunlara rağmen, tüketicilerin sağladığı önemli faydalar göz önünde bulundurularak söz konusu internet siteleri aracılığıyla sağlanan bilgi akışı ve şeffaflığın engellenmemesi gerekmektedir. Ancak yukarıda belirtilen antirekabetçi

etkiler yönünden dikkatli olunması ve piyasa şartlarından kaynaklanmayan fiyat paralelliklerinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması isabetli olacaktır.

Bu iki sektör dışında, diğer birçok sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler, kendi internet siteleri aracılığıyla satış yapmaktadır. Ayrıca birçok markaya ait farklı ürünleri bir araya getirerek satış imkânı sağlayan internet siteleri son yıllarda oldukça popüler bir hale gelmiştir. Bu tür internet siteleri “*online pazaryeri*” olarak adlandırılmaktadır³¹⁶. Bu internet sitelerinin bazıları (gittigidiyor.com, hepsiburada.com, n11.com vs.) sadece ürünlerin, satıcının ve satış koşullarının sunulduğu ortamlardır. Buradaki bir ürünü almak isteyen tüketici, siparişi bu internet sitesi üzerinden verip ödemeyi yine bu siteye yapmaktadır. Ürün ise ürünü satışa sunan tedarikçi tarafından tüketiciye gönderilmekte, tüketicinin ürünü sağlam bir şekilde teslim aldığı aracı internet sitesinde onaylamasıyla ödeme, tedarikçinin hesabına aktarılmaktadır. Böylece tüketici yönünden güvenli bir sistem oluşturulmaktadır. Bu internet sitelerinin bazılarında ise (trendyol.com, 1V1Y.com, dekorazon.com vs.) ürünün tüketiciye gönderimi de bizzat internet sitesini işleten teşebbüs tarafından yapılmaktadır.

İnternet alışverişinin tüketiciye sağladığı zaman ve enerji tasarrufu ile kıyaslama kolaylığı, B2C sisteminin olumlu özellikleridir. Ancak rakip teşebbüsler arasında bilgi değişimi sağlandığı da açıktır. Buna rağmen; özellikle giyim, kozmetik, elektronik, kırtasiye, dekorasyon gibi alanlarda tercih edilen bu sistemin, söz konusu sektörlerdeki çok parçalılık ve genellikle sadece büyük teşebbüsler tarafından internet satış sisteminin kullanılıyor olması nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı etki gösterme potansiyeli çok düşüktür.

1.1.4.2.2.2.2. B2B (Business to Business)

B2B sistemi, elektronik ticaretin bir türü olup internet kanalıyla üreticiden toptancıya, toptancıdan perakendeciye yönelik toptan satış sistemidir³¹⁷. Bu sistem üçüncü kişi tarafından kurulmuş bir internet sitesi aracılığıyla bu internet sitesini kullanan tüm üretici, toptancı ve perakendicileri buluşturan sanal bir portal üzerinden işlemektedir. B2B doktrinde, “*teşebbüslerin ürün ve hizmet alışverişi yapmak için*

³¹⁶ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 995-998.

³¹⁷ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 998.

*bir araya geldikleri internet ortamındaki pazar yeri” olarak tanımlanmaktadır*³¹⁸. Yapılan bir diğer tanımlamaya göre; B2B elektronik ticaret alanları, endüstriyel alıcı ve satıcıların merkezi bir ağ aracılığıyla internet üzerinden çevrimiçi işlem yapmasına izin veren yazılım sistemidir³¹⁹. Toptan satış yapmayı hedefleyen üreticiler ve toptancılar bu internet sitesine üye olup satmak istedikleri ürünlerini, bunların birim fiyatlarını, özelliklerini, minimum sipariş miktarlarını tanımlayarak ürünlerini satışa arz etmektedir (alibaba.com vs.). Toptan alış yapmak isteyen toptancı ve perakendeciler de aradıkları ürünleri bu internet sitesinde bulunan çok sayıda ürünü karşılaştırarak bulabilmektedir. Tüketicilere yönelik B2C elektronik ticaret sitelerinin çok yaygın olmasına karşılık B2B sistemi henüz yeterince yaygın değildir.

Sistemin taraflara birçok açıdan kolaylık ve avantaj sağladığı açıktır. Öncelikle alıcılar bakımından zaman ve enerji tasarrufu sağlamakta; araştırma maliyetlerini düşürmektedir. Alıcılar çok daha kolay bir şekilde aradıkları ürün çeşitlerine ulaşabilmekte, ürünler arasında rahatlıkla kıyaslama yapabilmekte ve toptan siparişlerini kolaylıkla verebilmektedir. Satıcılar bakımından ise müşterilere ulaşmak çok daha kolaylaşmıştır. Böylece maliyetlerde düşüş sağlanabilmektedir³²⁰. Tek tek müşterilere ulaşmaya, katalog gönderip onlarla iletişim kurmaya çalışmak yerine, kataloglarını bir internet sitesine yükleyerek kitlelere ulaşabilmektedirler. Ayrıca bu tür bir sistemde dünyanın her yerindeki satıcıların çok kolay bir şekilde dünyanın her yerindeki alıcılara ulaşması mümkün hale gelmektedir. Böylece satıcılar bakımından pazarın genişlemesi, alıcılar bakımından ise kendi menfaatlerine ve tercihlerine en uygun, en kaliteli, en ucuz ürünlere ulaşılması sağlanmaktadır. B2B sisteminde yeni ürünlerin pazara sürülmesi hem çok daha hızlı hem de çok daha düşük maliyetli olmaktadır.

B2B sisteminin sağladığı bu kolaylıklar yanında birtakım rekabetçi endişelere sebep olduğu söylenebilir. Zira portal üzerinden yayınlanan kataloglar sadece müşterilere değil, aynı zamanda rakip teşebbüslere de açık durumdadır. Böylece rakip teşebbüsler birbirlerinin ürünlerinin özelliklerini, fiyatlarını, satış koşullarını ve

³¹⁸ Whish, p. 24; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 193; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 67.

³¹⁹ Joachim Lücking, “B2B E-Marketplaces: A New Challenge to Existing Competition Law Rules?”, **Competition Law and the New Economy Conference**, University of Leicester, 12-13 July 2001, p. 1.

³²⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 193; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 67.

stoklarını kolaylıkla öğrenebilmektedir. Bu tür ticarete hassas bilgilerin rakip teşebbüsler arasında kolaylıkla değiştirilmesi rekabet yönünden istenmeyen bir durumdur. Zira söz konusu bilgi paylaşımı nedeniyle ilgili pazarda fiyat koordinasyonları gibi rekabeti bozucu uygulamalar kolaylaşabilmektedir³²¹.

Bir diğer sorun ise rakip teşebbüslerin bu tür portallarda bulunan sanal sohbet odalarında (*chat rooms*) birbirleriyle rahatlıkla iletişime geçebiliyor olmasıdır. Bu sohbet odaları, 19. ve 20. yüzyıldaki “*sigara dumanı dolu odalar (smoke-filled rooms)*”a benzetilmektedir³²². Birbirlerinin fiyat ve stok bilgilerini portal üzerinden rahatlıkla görebilen rakip teşebbüslerin sohbet odalarında birbirleriyle iletişime geçmeleri birtakım şüpheler yaratmaktadır. Bu sohbet odaları sayesinde rakipler yüz yüze gelmelerine gerek kalmaksızın kolaylıkla iletişime geçebilmektedir ve bu tür görüşmelerde, fiziki toplantılara göre çok daha az kanıt bulunmaktadır³²³. Özellikle ilgili ürünü satışa arz eden teşebbüs sayısının az olması halinde, bu rakip teşebbüslerin sohbet odalarında görüşerek fiyat veya diğer satış koşullarını belirlemeleri mümkündür. Bu durum oligopolistik fiyatlandırmayı kolaylaştırmaktadır³²⁴.

B2B portalları rakip teşebbüsler arasında uzlaşmaya varılmasını kolaylaştırdığı gibi uzlaşmadan sapmaların tespitini de çok kolay bir hale getirmektedir. Rakip teşebbüsler oligopolistik fiyat üzerinde uzlaşmışlarsa, tam şeffaflığın mevcut olmasından dolayı rakiplerden birinin aldatmaya yönelik bu fiyattan sapması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, tam şeffaflık nedeniyle aldatmanın derhal tespit edilerek derhal misilleme yapılması imkânı oldukça geniştir³²⁵.

FTC tarafından 2000 yılında B2B sisteminin incelendiği bir rapor yayınlanmıştır³²⁶. Söz konusu raporda B2B’nin birçok yolla etkinlik artırıcı avantajları olduğu; ancak birçok antirekabetçi sorun doğurduğu belirtilmiştir. Raporda bu sorunların ilkinin, teşebbüslerin eşi benzeri olmayan bir oranda bilgi

³²¹ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 1013.

³²² Whish, p. 24.

³²³ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 1013-1014.

³²⁴ Kekevi, Kolaylaştırıcı Eylemler, s. 67.

³²⁵ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 193-194; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 67-68; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 1014.

³²⁶ FTC, 2000, Entering the 21st Century: Competition Policy in the Worlds of B2B Elektronik Marketplaces, Ekim 2000, <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/entering-21st-century-competition-policy-world-b2b-electronic-marketplaces/b2breport.pdf> (21.10.2016). Rapor hakkında bilgi için bkz. Whish, pp. 24-25; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 194.

değişimi yapmasına izin vermesi olduğu, bunun fiyat koordinasyonu ya da diğer antirekabetçi koordinasyonlarla rekabete zarar verebileceği ifade edilmiştir. Yine alıcı tarafında ortak satın almalarla monopson gücü yaratılması ve ayrımcı uygulamalar ile sistemdeki bilgilere her kullanıcının eşit olarak erişememesi gibi rekabeti bozucu etkiler üzerinde durulmuştur.

FTC'nin söz konusu raporunda birtakım çözüm arayışlarına değinilmiştir. Bunlardan biri, B2B'nin pazarlara göre bilgi erişim düzeyini değişik seviyelerde tutmasıdır. Buna göre dalgalı küresel pazarlarda kullanıcıların daha fazla bilgiye erişimine izin verilirken yoğunlaşmış pazarlarda daha kısıtlı bilgiye erişime izin verilebileceğidir (örneğin, satıcının adı görünmeden sadece fiyatının görünmesi gibi). Bir diğer çözüm önerisi, teşebbüslerin kendi rakiplerinin kataloglarına erişimine izin verilmemesidir. Bunlar dışında; alıcı ve satıcıların gizlilik anlaşmalarına tâbi olması, denetim mekanizması kurulması ve ihlallerin yaptırıma bağlanması gibi farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde, B2B sisteminin antirekabetçi olası etkilerinin önüne geçilebilmesi için birtakım önerilerde bulunulmuştur. Buna göre; B2B sisteminde hassas bilgilerin paylaşımına izin verilmemeli, bu bilgilere ulaşılmasını engelleyici güvenlik duvarları oluşturulmalı, B2B kapsamındaki ortak satın alma ve ticarileşmeler ilgili Rehber kapsamında değerlendirilmeli ve tüm alıcı ve sağlayıcılar için ayrımcı olmayan eşit ve açık erişim sağlanmalıdır³²⁷. Ayrıca yazılıma erişim ve erişim haklarına ilişkin kurallar oluşturularak sistemin sıkı denetim altında tutulması gerektiği belirtilmiştir³²⁸.

Doktrinde Lücking, B2B'nin rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesinde, somut olayda irdelenen sistemin hangi bilgilerin paylaşımına izin verdiğinin, tüm bilgilere herkesin erişiminin mümkün olup olmadığının, bilgilerin bireysel bazda mı yoksa derlenmiş istatistiksel bilgiler niteliğinde mi olduğunun önem taşıdığını, değerlendirmenin tüm bunlar dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yazar, özellikle bir kısım pazar oyuncusunun B2B sisteminin yönetimini elinde tutması halinde problem oluşacağını ifade etmiştir. Bu durumda

³²⁷ Whish, pp. 36-37; Lücking, pp. 10-11.

³²⁸ Kühn, pp. 196-197.

sistem yöneticileri, bu sistem üzerinden yapılan tüm bireysel işlemlerin bilgilerini tüm üyelere açık olmayacak şekilde sadece kendileri için elde edip kullanabilirler³²⁹.

1.1.4.2.2.3. C2C (Consumer to Consumer)

E-ticaretin bir diğer şekli ise C2C (Consumer to Consumer) şeklindeki ticarettir³³⁰. Burada internet sitesi aracılığıyla tüketiciler bir araya getirilerek ikinci el ürün satışı sağlanmaktadır.

C2C de online pazaryeri niteliğinde olmasına rağmen alıcı ve satıcı tarafında sadece bireysel tüketicilerin bulunması nedeniyle rekabet hukukunu ilgilendiren bir alan değildir. Ancak bazı internet siteleri C2C ve B2C'yi aynı platform üzerinden sağlamaktadır (sahibinden.com vs.). Bu internet sitelerinde hem tüketiciler kendi kullandıkları ürünleri satışa arz etmekte hem de ikinci el ürün satışı yapan teşebbüsler (ikinci el otomobil galerisi işleten teşebbüsler gibi) ellerindeki ürünleri satışa arz etmektedir. Bu durumda söz konusu internet siteleri B2C yönünden rekabet hukukunun ilgi alanına girmektedir³³¹.

1.1.4.2.2.3. Diğer Üçüncü Kişiler Aracılığıyla Bilgi Değişimi

Üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleşen bilgi değişimlerinde, bu üçüncü kişinin her zaman bir teşebbüslerüstü birlik, meslek birliği, bağımsız araştırma kuruluşu veya bir internet sitesi olması zorunlu değildir. Bunlar dışında kalan üçüncü kişiler aracılığıyla da bilgi değişimi mümkündür. Örneğin, bayiler arasında bilgi değişimine aracılık eden bir dağıtıcı ya da farklı dağıtıcılar arasında bilgi değişimine sebep olan

³²⁹ Lücking, p. 6.

³³⁰ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 999.

³³¹ Rekabet Kurulu tarafından, sahibinden.com internet sitesinin kurumsal üyelerinden aldığı üyelik ücretinin fahiş şekilde arttırıldığı, fiyat ve ödeme şekli konusunda kendi uygulamalarını dikte ettikleri, bu şekilde hâkim durumun kötüye kullanıldığı yönünde yapılan şikâyet incelenmiş ve söz konusu internet sitesinin faaliyet gösterdiği sektörün şebeke etkileri nedeniyle belirli bir düzeyde giriş engelleri barındıran bir sektör olduğu, buna rağmen sektöre yeni girişlerin gerçekleştiği, yüksek fiyatlar uygulansa bile bu durumun orta ve uzun vadede gerek yerleşik teşebbüsün yatırımlarının geri dönüşünü alabilmesi gerekse pazara yeni girişleri özendirmesi ve pazardaki mevcut teşebbüslerin potansiyel müşterilere daha kolay ulaşabilmesini sağlaması açısından şebeke etkilerinin pazardaki rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini hafifleterek son tahlilde rekabet açısından olumlu sonuç doğuracağına düşünüldüğü belirtilerek hâkim durumun kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceği sonucuna varılmıştır (RK, 2015, *Sahibinden Bilgi Teknolojileri Paz. ve Tic. A.Ş.*, 19.02.2016, 15-08/109-45).

bayi de üçüncü kişi durumundadır³³². Bir başka deyişle; bir dağıtıcı, bayileri arasında, bayilerin birbirlerine ilişkin bilgilere ulaşmasına aracılık ediyorsa burada dağıtıcı, bayilere göre üçüncü kişi durumundadır.

Bu tür bilgi değişimlerinde üçüncü kişinin değişimine aracılık ettiği bilgilerin niteliği, ayrıntılilik derecesi, gizlilik durumu gibi özellikleri önem taşımaktadır. Bu noktada, ticaret birlikleri ve bağımsız kuruluşlar aracılığıyla bilgi değişimi kapsamında yapılan tüm açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

1.1.4.2.2.4. AB ve ABD’de Konuya İlişkin Örnek Kararlar

1.1.4.2.2.4.1. “The Airline Tariff Publishing (ATP) Company” kararı

ABD Adalet Bakanlığı (DoJ) tarafından açılan “The Airline Tariff Publishing (ATP) Company” davasında³³³, Kolombiya Federal Mahkemesince ATP tarafından düzenli olarak havayolu şirketlerinin yurtiçi seferlerine ilişkin fiyat bilgilerinin toplanması ve toplanan bu bilgilerin diğer havayolu şirketlerine dağıtılıp ayrıca seyahat acenteleri tarafından kullanılan bilgisayarlı ücret değişim sistemine kaydedilmesi olayı incelenmiştir. Söz konusu sisteme tüm seyahat acenteleri, tüm havayolu şirketleri ve tüketiciler erişebilmektedir.

Sözü geçen karara konu olayda, ATP tarafından havayollarına ilişkin yurtiçi bilet ücretleri günlük olarak toplanıp dağıtılmaktadır. Ayrıca fiyatlarla birlikte bu fiyatın hangi sınıf uçuş için geçerli olduğunu, kuralları ve kalkış-varış noktalarını (direkt uçuş ya da aktarmalı uçuş) belirten özel kodlar da bildirilmektedir. Ancak havayolu şirketleri tarafından ATP’ye bildirilen fiyatların uygulanmasına yönelik herhangi bir bağlayıcılık bulunmamaktadır. Şöyle ki; havayolu şirketleri belirli bir yurtiçi sefere ait bilet fiyatlarını ATP’ye bildirdikten sonra, bu fiyatları biletin daha erken ya da daha geç satın alınmasına göre düşürebilmekte veya yükseltebilmektedir. Yapılacak fiyat artışları söz konusu sistem yoluyla yedi gün önceden ilân edilmektedir. Rakip teşebbüslerin yeni fiyatı kabul etmeleri halinde yeni fiyat uygulanmakta, kabul etmemeleri halinde ise geri alınmaktadır. Bir başka deyişle;

³³² OECD 2012, pp. 168, 169; Nair ve Mncube, p. 6; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 285.

³³³ United States District Court for the District of Columbia, 1994, *United States of America v. Airline Tariff Publishing Co.*, 10.08.1994, 92-2854.

fiyat artışı yapmak isteyen havayolu öncelikle ilgili bilgisayar sistemi aracılığıyla fiyat artışının başlayacağı tarihi de belirterek bunu ilân etmekte; rakip havayolları tarafından bu teklif kabul edilirse belirtilen fiyat artışı uygulamaya konmakta, rakipler tarafından kabul edilmezse teklif hiç uygulamaya konmadan geri çekilmektedir. Havayolları tarafından ATP aracılığıyla ilân edilen fiyatlar için havayolları ayrıca bir ilk ve son biletleme tarihi belirlemektedir. Bu tarihler, bilet satışlarının hangi tarihler aralığında belirtilen fiyatlar üzerinden yapılacağını göstermektedir. Ancak bu son biletleme fiyatlarının çoğunlukla güvenilir olmadığı tespit edilmiştir. Havayolları son biletleme tarihini ve o tarihten sonra fiyat artışı olacağını ilân etseler de birçok fiyat artış ilânı rakip teşebbüslerin kabul etmemesi nedeniyle uygulamaya konmadan geri çekilmektedir. Hâl böyle olunca, aslında daha sonraki bir tarihte bilet satın almayı düşünen tüketici, son biletleme tarihini kaçırmamak ve sözde fiyat artışına yakalanmamak için daha erken tarihte bilet satın almak zorunda kalmaktadır. Buna rağmen; daha sonra belirlenen tarihte fiyat artışına geçilmemekte ve son biletleme tarihi uzatılmaktadır. Bu durumun tüketicileri yanlış yönlendirdiği ve tüketicileri istismar ettiği tespit edilmiştir.

Havayolu şirketleri yaptıkları savunmada; paralel fiyatların piyasa şartları karşısında gerçekleştiğini, rakip teşebbüsler tarafından yapılan fiyat artışlarının piyasa şartları çerçevesinde verilen akıllıca ve mâkul kararlar olduğunu, fiyat belirlemenin söz konusu olmadığını iddia etmişlerdir. Ayrıca fiyat artışlarının önceden açıklanmasında tüketicilerin yararı bulunduğunu ve bu sistemin tüketici refahını arttırdığını iddia etmişlerdir. Seyahat acenteleri de tüketicilerin, bilet rezervasyon tarihi ile biletin satın alındığı tarih arasındaki fiyat değişikliklerine olumsuz yaklaşıtlarını, önceden fiyat artışı yapılacak olan tarihlerin ve uygulanacak yeni fiyatların açıklanması sisteminin devamının tüketiciler tarafından da arzu edileceğini ifade etmişlerdir.

DoJ tarafından, gazete, televizyon, radyo ve diğer medya araçlarıyla tüketicilere son biletleme tarihlerinin belirtildiği durumlar dışında, havayollarının sistemde son biletleme fiyatlarını ilân etmemeleri önerilmiştir. Ayrıca havayolları gelecekte gerçekleşek fiyat artışları ile ilk biletleme tarihlerini açıklamayacaklardır. Bu teklife karşı havayolu şirketleri, medya araçları vasıtasıyla yapılacak duyurunun maliyetleri arttıracak ve fiyat indirimlerini makul kılmayacağını, ayrıca sadece son

biletleme tarihi belirleyebilmek için böyle bir ilân şartının anlamsız olduğunu belirtmişlerdir. DoJ ayrıca kodlar aracılığıyla verilen bilginin içeriğinin ayrıntılı değil, basit olmasını önermiştir.

Dava, öncelikle en büyük iki havayolunun daha sonra diğer altı havayolunun DoJ'un tekliflerini kabul etmesi ve buna göre; 2004 yılına kadar on yıl süreyle gelecekte gerçekleşecek fiyat artışları ile bunların uygulamaya gireceği tarihlerin, geniş olarak reklamı yapılmadığı takdirde önceden ilân edilmemesi, kullanılan kodlar kapsamında sadece en temel basit bilgilerin aktarılması yönündeki bir mutabakat kararıyla sonuçlanmıştır³³⁴.

1.1.4.2.2.4.2. “Vegetable Parchment” kararı

Avrupa Komisyonunun “Vegetable Parchment” kararında³³⁵, özellikle yağlı gıdaların paketlenmesinde kullanılan bir kâğıt türünün üreticileri arasında kurulmuş olan Genuine Vegetable Parchment Association (GVPA) aracılığıyla yapılan bilgi değişimi ele alınmıştır. Karara konu olayda, birlik üyeleri yapmış oldukları ihracat işlemlerine ilişkin faturaların, miktar bilgilerinin, sipariş teyit bilgilerinin birer kopyasını aylık olarak GVPA'nın sekreteryasına göndermektedir. GVPA gelen bu bilgileri derleyip, her bir üyenin ihracat miktarlarını gösteren tablolar haline getirmekte ve tüm üyelere dağıtmaktadır. Ayrıca GVPA üyeleri yaptıkları rutin toplantılarda, fiyatlarda uygulayacakları artış oranlarını ve uygulama zamanlarını belirlemekte; buna ek olarak pazar liderleri tarafından önceden belirlenen artış oranları uygulanarak hazırlanan fiyat tarifeleri tüm üyelere iletmek üzere GVPA'ya gönderilmektedir.

³³⁴ Karara ilişkin bilgi için bkz. OECD 2012, p. 27; Nair ve Mncube, pp. 9-10; Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 69-71; Costin, pp. 49-50; Vives, p. 90; Overgaard and Møllgaard, pp. 15-16; Møllgaard and Overgaard, pp. 118-119; Pişmaf, ss. 32-34; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 230-231; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 31-32; Azcuenaga, pp. 14-15; Severin Borenstein: “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publisinh Case (1994)”, <http://www.colorado.edu/econ/courses/spring10-4999-003/ATPCO.pdf> (23.02.2016), pp. 233-251; George A. Hay, “The Meaning of “Agreement” under the Sherman Act: Thoughts from the “Facilitating Practices” Experience”, **Review of Industrial Organization**, No. 16, 2000, (Facilitating Practices), pp. 120-122; Kühn, pp. 184-186; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 1012-1013.

³³⁵ EC, 1977, *Vegetable Parchment*, 23.12.1977, OJ 13.03.1978 L 70/54. Karar hakkında bkz. O. Y. Yüksel, s. 52; Christensson, p. 30; Martin Ris, “The European Community Rules on Competition: The Concerted Practices Doctrine”, **Boston College International and Comperative Law Review**, Vol. 13, No. 2, pp. 472-481.

Komisyon tarafından yapılan inceleme sonucunda, GVPA kanalıyla yapılan bilgi değişiminin, üyelerin bireysel ihracat bilgilerinin ayırt edilir şekilde dağıtılıyor olması ve fiyat tespiti yapılması nedenleriyle rekabete aykırı olduğu tespit edilmiş; söz konusu aykırılığın etkinlik savunmasından yararlanamayacağı kanaatine varılmıştır.

1.1.4.2.2.4.3. “CEPI-Cartonboard” kararı

Avrupa Komisyonu tarafından verilmiş olan “CEPI-Cartonboard” kararında³³⁶; pazar payının %90’ını elinde tutan karton üreticilerinin üye olduğu CEPI tarafından kurulan bir bilgi değişimi sistemine yönelik menfi tespit talebinde bulunulmuştur. Karara konu olan sistemde, firmalara ilişkin şahsi bilgilerin dağıtılmayıp sadece toplanmış bilgilerin derleme şeklinde dağıtılacağı konusunda garanti verilmiştir. Ayrıca dağıtılan istatistiklerin rakiplerin katıldığı toplantılarda tartışılmayacağı, dağıtılan istatistiksel bilgilere herhangi bir yorum, analiz, gözlem ve tavsiyenin eşlik etmeyeceği, istatistiklerin fiyat, üretim, kapasite kullanma oranları konularında tahminler içermeyeceği hususlarında da garanti verilmiştir. Karara konu sistemde, dört farklı konuda bilgi paylaşımı sağlanmaktadır. Bunlar; tüketim özeti, ürün alt türleri, kapasite raporları ve sipariş akış bilgileridir. Tüketim özeti, aylık bazda hazırlanmaktadır ve takvim yılı esas alınarak yıllık olarak dağıtılmaktadır. Ürün alt türleri, yedi alt kategoride ele alınmakta olup üretime yönelik tonaj bilgileri verilmemekte, sadece oranlar belirtilmektedir. Kapasite raporları (üretim ve kapasite kullanım oranları) yıllık bazda düzenlenmektedir. Bu kapsamda ürünler dört alt gruba ayrılmaktadır. Sipariş akış bilgileri ise haftalık olarak ve ürüne ilişkin dört alt kategori esas alınarak derlenmektedir. Bu kapsamda toplam sipariş, satılmayıp bekleyen stok ve diğer bekleyen ürünlere ilişkin istatistiksel bilgiler derlenip dağıtılmaktadır.

Komisyon tarafından bilgi değişimi sistemini incelendikten sonra; ürün alt türleri ile kapasite raporlarına ilişkin bilgilerin birlikte bir bütün halinde ve

³³⁶ EC, 1996, Notice Pursuant to Article 19(3) of Council Regulation No 17 (Case No IV/ 34.936/E1-CEPI-Cartonboard), OJ 19.10.1996 C 310/3. Karar hakkında bkz. Capobianco, pp. 1253-1254; Morphet and Dijk, p. 6; Whish, p. 34; O. Y. Yüksel, s. 50; Christensson, p. 31; Pelin Uyanık, **Rekabet Hukuku Açısından Delil**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, (Delil), ss. 55-56.

şahsileştirilme fırsatı vermeyecek şekilde derlenip dağıtılması, ayrıca sipariş akış bilgilerinin ürünleri dört yerine iki alt ürün grubuna ayırarak, haftalık yerine iki haftada bir toplanan bilgilerin dört haftada bir dağıtılması şeklinde sistemin değiştirilmesi koşuluyla menfi tespit verilebileceğine karar verilmiştir.

1.1.4.2.2.4.4. “*Wirtschaftsvereinigung Stahl*” kararı

Avrupa Komisyonu tarafından verilmiş olan “*Wirtschaftsvereinigung Stahl*” kararında³³⁷, Alman çelik işletmelerinin tamamını bir araya getiren bir birlik olan *Wirtschaftsvereinigung Stahl* (WV) aracılığıyla gerçekleşen bilgi değişimi incelenmiştir. Karara konu olayda WV üyesi olan ve Avrupa Birliği kapsamındaki birçok teşebbüs ile bağlantısı bulunan 16 teşebbüs, ESCS (European Coal and Steel Community) Anlaşması kapsamında bilgi değişimi faaliyetinde bulunmaktadır. Bilgi değişimi, her bir teşebbüsün ürün bazında Almanya ve diğer birlik ülkelerindeki pazar payı bilgilerine, dağıtılan ürünlerin ülke ve bölge yönünden ayrıştırılarak kalite ve miktarları gibi ticarete hassas nitelikteki bilgilerine ilişkindir. Her bir teşebbüsün 45 farklı ürün ve 8 farklı kalitedeki çelikten hangilerini nerede ne miktarda ürettiği, nereye ne miktarda dağıttığı, yapılan ithalatların ayrıntıları gibi çok kapsamlı ve ayrıntılı bilgileri paylaşımına açılmıştır. Tüm bu bilgiler, WV tarafından üye teşebbüslerden elektronik posta, mektup gibi farklı yollarda aylık olarak toplanmaktadır. Toplanan bu bilgiler sadece üyelerin tamamına açık olup, üye olmayanların bu bilgilere erişebilmesi söz konusu değildir.

İlgili piyasa, yüksek yatırım maliyetleri gerektirdiğinden yüksek giriş engelleri bulunan yoğunlaşmış bir piyasadır. Ürünler yapı itibariyle homojen niteliktedir. Sonuç itibariyle, Komisyon tarafından bu tür bir bilgi değişimi sisteminin rekabete aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

³³⁷ EC, 1998, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, 26.11.1997, OJ 03.01.1998 L 1/10. Karar hakkında bkz. Capobianco, p. 1254; E.F. Aslan, *Bilgi Değişimi*, ss. 23, 27-29; Švirinas, p. 99; Whish, pp. 30, 34; Christensson, pp. 39-40.

1.1.4.2.2.4.5. “EUDIM” kararı

Avrupa Komisyonu tarafından verilen “EUDIM” kararında³³⁸ bir meslek birliği olan EUDIM aracılığıyla sadece üyeler arasında yapılan bilgi değişimi faaliyetinin rekabeti sınırlandırmadığı sonucuna varılmıştır.

Karar konusu olayda, tesisat malzemeleri toptancılarının üye olduğu bir birlik olan EUDIM hakkında, üyeler arasında bölge paylaşımı ve gizli ticari bilgilerin paylaşımı konusunda centilmenlik anlaşması bulunduğu konusunda bir şikâyetle bulunulmuştur. Komisyon tarafından yapılan incelemede, EUDIM üyelerinin toplam pazar paylarının %5-%10 arasında olduğu, üyeler arasında herkesin kendi milli pazarında faaliyet göstermesi konusunda bir mutabakat bulunduğu, PHS olarak anılan hijyenik ürünler alt pazarında rakipler arasında bireysel bilgilere yönelik paylaşımlarda bulunulduğu tespit edilmiştir. PHS pazarı nitelik olarak alış ve satış pazarları olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. Alış piyasası yönünden veri tabanı ve sıklıkla düzenlenen toplantılar yoluyla alış fiyatları ve koşulları sadece üyeler arasında paylaşılmaktadır. Satış piyasasına ilişkin olarak ise, maliyet, kârlılık, stok, ciro, satış miktarları, satış trendleri, pazara etki gibi birçok konuda şahsi bilgiler paylaşılmaktadır. Buna karşılık satış fiyatları hakkında bilgi paylaşımı yapıldığına dair delil tespit edilememiştir. EUDIM, alış piyasasına ilişkin olarak yapılan bilgi değişiminin maliyetleri düşürmeyi, maliyetleri daha düşük olan rakiplerle daha kolay rekabet edebilmeyi ve sağlayıcılarla pazarlık etme gücünü arttırmayı amaçladığını, rekabeti bozucu amaç ve etkisinin olmadığını iddia etmiştir.

Komisyon tarafından yapılan soruşturma sonucunda, alış piyasasına ilişkin olarak yapılan bilgi değişiminin rekabeti sınırlandırmadığı sonucuna varılmıştır. Satış piyasasına ilişkin bilgi değişimi konusunda ise; satış miktarları ve pazar payları hakkındaki bilgilerin paylaşılmasının özellikle oligopolistik piyasalarda rekabeti sınırlandırdığı, şikâyet konu olan pazarın çok parçalı bir pazar olduğu, pazarda faaliyet gösteren toptancı sayısının 3.000’den fazla olduğu, pazar paylarının çok küçük olduğu, bir milyondan fazla ürün çeşidi bulunduğu, satış fiyatlarına ilişkin bilgi değişimi yapılmadığı gerekçeleriyle yapılan bilgi değişiminin rekabetçi yapıyı

³³⁸ EC, 1996, Notice Pursuant to Article 19(3) Council Regulation No 17, (Case No IV/33.815, 35.842- EUDIM), 17.04.1996, OJ 96/C 111/8. Karar hakkında bkz. Capobianco, pp. 1254-1255; Švirinas, p. 99; Whish, p. 31; Christensson, pp. 32-33.

etkin bir şekilde olumsuz yönde etkilemediği sonucuna varılmıştır. Rakipler arasındaki, her teşebbüsün kendi milli pazarında faaliyet göstermesi konusundaki mutabakata ilişkin olarak ise; EUDIM üyeleri, her üyenin dilediği yerde faaliyet gösterebileceğini açıklayan resmi bir deklarasyonda bulunmuşlardır.

1.1.4.2.2.5. Rekabet Kurulunun Konuya İlişkin Örnek Kararları

1.1.4.2.2.5.1. “Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği (TÇMB)” Kararı

Rekabet Kurulunun bilgi değişimine ilişkin olarak vermiş olduğu ilk karar, TÇMB’nin üyeleri arasında bilgi değişimi sağlayan sisteme yönelik olarak 1997 yılında menfi tespit talebinde bulunması üzerine verilmiştir³³⁹.

İlgili karara konu olan bilgi değişimi sisteminde TÇMB, tüm üreticilerden üretim, iç satış, ihracat ve stok bilgilerini toplamakta, bu bilgileri aylık olarak derlemekte ve tüm çimento üreticilerine eşit olarak dağıtmaktadır. TÇMB yapmış olduğu bu bilgi toplama, derleme ve dağıtma faaliyetinin amacının kısa, orta ve uzun vadeli çimento üretim, tüketim ve ihracat projeksiyonları yapmak, bu projeksiyonları izlemek ve gerektiğinde düzeltici tedbirler almak olduğunu belirtmiş; geçmişte bu projeksiyonların ülke ekonomisine önemli yararlar sağladığının altını çizerek söz konusu sisteme menfi tespit verilmesini talep etmiştir.

Menfi tespit talep edilen pazar, ürünün homojen olduğu, piyasaya giriş engellerinin bulunduğu ve az sayıda işletmenin yüksek kârlarla faaliyet gösterdiği oligopolistik yapıda bir piyasadır. TÇMB’nin menfi tespit talebi üzerine Rekabet Kurumu bir görüş yazısı ile başvuru konusu bilgi değişimi sistemine hangi koşullarda menfi tespit verilebileceğini ayrıntılı olarak bildirmiştir³⁴⁰.

Kurum, öncelikle teşebbüs bazında miktar verilerinin değişimini içeren bir sistemin, pazar özellikleri de göz önüne alındığında rekabet hukukunun önlemek istediği yapılanma ve davranış türlerinin oluşumunu kolaylaştırıcı nitelikte olduğunu, sık ve ayrıntılı bilgi değişiminin davranış esnekliğinin giderilmesi ve rekabetin

³³⁹ RK, 2006, *Baştaş Başkent Çimento Sanayi, ve Ticaret A.Ş. vd.*, 24.04.2006 , 06-29/354-86. Görüş kararı hakkında bkz. Pişmaf, ss. 78-79; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 260-261; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 61.

³⁴⁰ 15.05.1998 T. ve 1054 sayılı RK görüş yazısı.

doğasında bulunan risklerin bertaraf edilmesine yönelik anormal saydam ve istikrarlı mal akışını içeren yapay piyasa koşullarının oluşmasında araç olabileceğini, teşebbüslerin serbest rekabet koşulları altında bağımsız olarak oluşması gereken davranışlarının bireysel tercihler dışında başka etkenlerle belirlenmesine, teşebbüsler arası koordinasyon oluşmasına ve rekabet hukukuna aykırı olarak ortaya çıkan bu oluşumun denetlenmesinin sağlanmasına yardımcı olma olasılığının bulunduğunu belirtmiştir.

Kurum, menfi tespit talep edilen bilgi değişimi sistemine yönelik gördüğü sakıncaları bu şekilde açıkladıktan sonra, bilgi değişim sistemine menfi tespit verilebilmesi için gerekli olan koşulları ayrıntılı olarak açıklamıştır. Buna göre öncelikle üretim, satış, stok, ihracat gibi miktara ilişkin verilerin gösterildiği tabloların teşebbüs bazında ayırt edici olmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu rakamlar sadece coğrafi bölge bazında toplam rakamlar üzerinden verilmelidir. Kuruma göre bir coğrafi bölgedeki teşebbüs sayısı toplamda üçten az ise o bölgedeki teşebbüslere ait bilgiler, başka bir bölgeye eklenerek tablolastırılmalıdır. Böylece söz konusu kararla Kurumun, toplulaştırılmış bilgilerin varlığından söz edebilmek için üçten fazla teşebbüsten elde edilen bilgilerin teşebbüs bazında ayırt edilemeyecek şekilde derlenmesi gerektiği görüşünde olduğu sonucu çıkarılabilmektedir.

Kurum; herhangi bir veri türüne göre teşebbüsler arasında karşılaştırma yapan tabloların oluşturulmaması gerektiğini, tablolarda bulunan istatistiksel verilerin teşebbüs temsilcilerinin bir araya geldiği toplantılarda hiçbir görüşme ve tartışmaya konu edilmemesi gerektiğini, dağıtılan istatistiklere ek olarak karşılıklı rekabetçi davranışları etkileyebilecek herhangi bir yorum, analiz ve tavsiyeye yer verilmemesi gerektiğini, ürün türlerinin belirli dönemlerdeki üretim miktarlarına ilişkin tabloların bölgesel toplamlar halinde yayınlanması ve ürünlerin en fazla üç gruba ayrılması gerektiğini belirtmiştir. Böylece ürün alt kırılımlarının en fazla üç olması gerektiği ve daha fazla alt kırılım olması halinde detaylı hale gelecek bilgi değişiminin muafiyetten yararlanamayacağı vurgulanmıştır.

Fiyatların, üretimin, satışların ve kapasite kullanım oranlarının gelecekteki kullanımlarına ilişkin tahminler yapılmamalı, rekabete hassas bilgilerin birlik üyelerinden ve üçüncü kişilerden gizli tutulması sağlanmalıdır. Belirli bir teşebbüse

ilişkin rekabete hassas bilgilerin anlaşılması ihtimali varsa özetler ve toplamalar dahi yayınlanmamalıdır. Kurum son olarak, aylık periyotta toplanan bilgileri gösteren tabloların, ilgili ayın bitiminden itibaren iki ay geçmedikçe dağıtılmaması gerektiğini belirtmiştir.

1.1.4.2.2.5.2. “Gübre Üreticileri Derneği (GÜD)” kararı

Rekabet Kurulu tarafından “GÜD Kararı”nda³⁴¹ öncelikle gübre üreticileri arasında doğrudan doğruya geleceğe yönelik fiyat listelerinin paylaşıldığı, yapılan toplantılarda açıklanan fiyatlara sadık kalınması gerektiği yönünde anlaşmalar yapıldığı, centilmenlik anlaşması kapsamında rakip üreticiler arasında bölge paylaşımı yoluna gidildiği, ithalatın engellendiği ve ihalelere birlikte hareket edilerek danışıklı olarak girildiği yönünde tespitler yapılmıştır.

Kararda ikinci olarak, GÜD aracılığıyla yapılan bilgi değişimi faaliyetleri üzerinde durulmuştur. Karara konu olayda GÜD her ay istatistiki bülten yayınlanmaktadır. Söz konusu bültenlerde, üretici şirketlerin aylık ve kümülatif üretimleri, kapasiteleri ve kapasite kullanım oranları ile aylık ve kümülatif gübre satış miktarı, ayrıca üç aylık gübre ithalat ve ihracat miktarları yer almaktadır. Üretici şirketler bunlara ek olarak bayilik verdikleri ya da bayiliklerini iptal ettikleri bayilerin ad ve adreslerini her ay GÜD’e göndermekte, GÜD tarafından bu bilgiler tüm üreticilere dağıtılmaktadır. Üreticiler bayilerle ilgili bilgilerin paylaşılması konusunda yaptıkları savunmalarda, bunun sebebinin destekleme ödemeleri sırasında bazı bayilerin yolsuzluklara karıştığı ve bu bayilere karşı dikkatli olunması için bilgilerin paylaşıldığını ileri sürmüştür. GÜD genel sekreteri ise bayiliklerde olan değişikliklerin bildirilme sebebinin, bir bayinin 3-4 şirketin bayisi olmasının istenmemesi olabileceğini ifade etmiştir.

Kurul tarafından yapılan incelemede, istatistiki bültenler için gönderilen bilgilerin rekabete hassas bilgiler olduğu, bu bilgilerin her üretici bazında

³⁴¹ RK, 2006, *Türkiye Ziraat Odaları Birliği- Bandırma Gübre Fabrikaları A.Ş. vd.*, 05.01.2006 , 06-02/45-7.

Aynı konuda diğer iki gübre üreticisi firma hakkında Rekabet Kurulu tarafından yine aynı yönde karar verilmiştir. Karar için bkz. RK, 2007, *Türkiye Ziraat Odaları Birliği- Toros Tarım San. Tic. A.Ş. vd.*, 26.07.2007 , 07-62/738-266.

Kararlar hakkında bkz. Pişmaf, ss. 79-80.

yayınlandığı, böylece rakiplerin birbirlerinin üretim ve satış miktarlarını öğrendiği ve pazardaki belirsizliğin ortadan kalkarak rekabetçi davranışların koordinasyonunu kolaylaştıran bir yapıya kavuştuğu tespit edilmiştir.

GÜD kanalıyla yapılan bir diğer bilgi değişimi faaliyeti ise GÜD nezdinde yapılan toplantılardır. GÜD yönetim kurulu, üretici firmaların genel müdürlerinden oluşmaktadır. Genel müdürler nezdinde yapılan yönetim kurulu toplantılarında arz-talep durumları, fiyatlar, üretim miktarları gibi hususlar görüşülüp tartışılmaktadır. Elde edilen toplantı notlarında bu konularda görüşmeler yapılarak belirli noktalarda anlaşmalara varıldığı tespit edilmiştir. Burada rakiplerin dernek adı altında koordinasyon çalışmaları içinde olduğu söylenebilir.

Tüm bu faaliyetlere yönelik yapılan inceleme sonucunda Rekabet Kurulu, yoğunlaşmanın yüksek olduğu oligopolistik yapıdaki pazarda rakip konumdaki teşebbüsler arasındaki bu görüşmelerin pazarda rekabet oluşması için gerekli olan gizlilik ve belirsizlik unsurlarını ortadan kaldırdığı, rakip teşebbüslerin gerek kendi aralarında gerekse GÜD kanalıyla yaptıkları bilgi alışverişinin rekabet koordinasyonuna yol açtığı sonucuna varmıştır.

1.1.4.2.2.5.3. “Otomotiv Distribütörleri Derneği (ODD)” kararı

ODD tarafından kurulacak bir internet sitesi aracılığıyla ortaya çıkacak bilgi değişimi yönünden menfi tespit talebiyle Rekabet Kuruluna başvurulmuştur³⁴². Başvuruya konu internet sitesinde, Türkiye’de satılan yeni otomobil ve hafif ticari araçların yıllık ve aylık bazda toplam satış ve ithalat miktarları, yeni otomobil ve hafif ticari araçlar için markaların, aylık ve yıllık bazda Türkiye genelindeki satış miktarları ve pazar payı verileri ile yeni otomobil ve hafif ticari araç satışlarının marka bazında yerli-ithal dağılımına ilişkin bilgiler istatistiksel olarak verilecektir.

Söz konusu istatistiklerin hazırlanabilmesi için gerekli bilgilerin dernek üyeleri tarafından ODD’ye verilmesi gerekmekte ise de ODD tarafından dernek üyelerine hiçbir zorunluluk getirilmemiş ve dernek üyeleri bu konuda tamamen serbest bırakılmıştır. Buna karşılık dernek üyelerinin tamamının, alınan dernek kararına uyduğu ve ilgili bilgileri ODD ile paylaştığı gözlemlenmiştir.

³⁴² RK, 2004, *Otomotiv Distribütörleri Derneği*, 15.04.2004, 04-26/287-65. Karar hakkında bkz. Pişmaf, s. 80; Gürkaynak, *Bilgi Değişimi*, s. 50.

Kurul tarafından yapılan incelemede sektörün yapısı TCMB kararındaki çimento pazarıyla karşılaştırılmış ve her iki pazarın yapısının birbirlerinden oldukça farklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Otomobil ve hafif ticari araçlar pazarı homojenlikten uzaktır. Pazar oligopolistik bir yapıda olsa da rakipler arasındaki anlaşma ya da uyumlu eylemlerle rekabetin yatay olarak sınırlandırılması çok sık rastlanan durumlar değildir. Son yıllarda Gümrük Birliği Anlaşması'nın bir sonucu olarak pazardaki yoğunlaşmanın azaldığı görülmektedir. Ayrıca ülkemizde ilgili piyasada talep, piyasa koşullarına göre oldukça değişkendir. Özellikle son yıllarda ekonomik koşullar nedeniyle talepte önemli bir düşüş olduğu görülmüştür. Bu koşullarda rakiplerin anlaşmalar veya koordineli davranışlar yoluyla rekabeti kısıtlama olasılığı zayıftır. Piyasadaki rekabet fiyat, kalite, değişen talebe hızlı yanıt verme, etkin bir pazarlama, yeni model geliştirme yeteneği, ürün çeşitliliği, servis ağının yaygınlığı gibi faktörler üzerinden gerçekleşmektedir.

Kurul; menfi tespit talebine konu internet sitesinde yer alan bilgilerin istatistiksel nitelikte olması, markaların ülke genelindeki toplam satış miktarları ve pazar paylarını içermesi, bölgeler ve iller bazında ayrıntılı bilgiler verilmemesi, ürünlerin alt segmentlere ayrılarak satış fiyat ve miktarlarına yer verilmemesi, verilen bilgilerin geleceğe dönük bilgi ve tahminler içermemesi nedeniyle talep konusu internet sitesinin rekabeti kısıtlayıcı koordinasyonlara yol açma potansiyelinin düşük olduğuna karar vererek menfi tespit talebini kabul etmiştir.

1.1.4.2.2.5.4. “Petrol Sanayi Derneği (PETDER)” kararları

PETDER kararı, Rekabet Kurulu tarafından üçüncü kişi aracılığıyla bilgi değişiminin incelendiği bir diğer karardır³⁴³. PETDER; akaryakıt, madeni yağ, LPG ve ihrakiye gibi petrol türevi ürünlerin üretim, satış ve dağıtımında faaliyet gösteren teşebbüslerin gönüllü olarak katılabildiği bir dernektir. Karara konu olayda PETDER, sektöre ilişkin olarak yayınlayacağı istatistiklerde kullanmak üzere sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerden bilgi toplamak istemekte ve bu amaçla menfi tespit talebinde bulunmaktadır.

³⁴³ RK, 2007, *Petrol Sanayicileri Derneği*, 20.09.2007, 07-76/907-345. Karar hakkında bkz. Pişmaf, s. 84; Gürkaynak, Bilgi Değişimi, s. 50.

Bilgi toplanacak olan teşebbüsler, derneğe üye olsun olmasın bilgi vermek isteyen tüm teşebbüslerdir. Bilgi verme konusunda gönüllülük esası geçerlidir. Toplanacak olan bilgiler, teşebbüslerin aylık bazdaki satış miktarlarıdır. Bu satışların fiilen gerçekleştiği ayı takip eden ay içinde satış miktar bilgileri ülke satışları olarak derlenecek ve üçer aylık dönemler halinde yayınlanan sektör raporları aracılığıyla internet sitesi üzerinden ilân edilecektir. Söz konusu derlenmiş bilgilere herkes tarafından ulaşılabilecektir. Söz konusu kararda toplanan bilgilerin ülke genelinde ve teşebbüs bazında üçer aylık dönemler halinde yayınlanacağı belirtilmiştir. Bilgi derleme işlemi bağımsız bir denetim ve danışmanlık kuruluştan tarafından yapılacaktır.

Rekabet Kurulu tarafından yapılan incelemede, ilgili pazarların akaryakıt dağıtımını, jet yakıtı, LPG dağıtımını ve madeni yağ pazarı olduğunu belirlenmiş ve tüm bu pazarları yoğunlaşmış pazarlar olarak tanımlanmıştır. Özellikle akaryakıt dağıtım pazarında bayilere uygulanan tavan ve tavsiye fiyatlarının birbirlerine çok yakın olduğu, ürünlerin homojen olduğu ve tüm bunlar dikkate alınarak ilgili pazarda rekabetçi risklerin yüksek olduğu belirtilmiştir.

Kurul tarafından, menfi tespit talep edilen sistemde değişime konu olan bilgilerin geçmişe ait bilgiler olduğu, geleceğe yönelik bilgilerin oligopol pazarlarda koordinasyon yaratma riski taşıırken geçmişe dönük bilgilerin mevcut bir anlaşma ya da uyumlu eylemin kontrolünü sağladığı, bunun yanında geçmişe dönük verilerin dinamik bir süreçte rakipler arasında geleceğe yönelik bir koordinasyona yol açmasının da mümkün olduğu üzerinde durulduktan sonra tüm bu açıklamalar pazar yapısı ile birlikte yeniden değerlendirilmiştir.

Kurul; bayilerle uzun süreli bayilik sözleşmeleri yapıldığı, bir bayinin bulunduğu yerle sınırlı olarak gelen müşteriye satış yapıldığı, bu kapsamda kısa dönemde satış miktarları ve pazar paylarının çok değişken olmadığı, bu nedenle rakiplerin geçmişe dönük satış rakamlarının bilinmesinin kısa dönemli koordinasyonlar için elverişli olmadığı, orta ve uzun dönemde ise ürünler homojen olduğundan rekabetin satış ve ek hizmetlere ilişkin kalite, tanıtım ve bayilik ağının genişliği üzerinden yürüdüğü, böyle bir yapıda geçmişe dönük satış miktarlarına ilişkin bilgilerin pazardaki rekabet üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağı kanaatiyle menfi tespit talebini kabul etmiştir.

PETDER, 2011 yılında benzer şekilde bir kez daha menfi tespit talebinde bulunmuştur. Kurul, toplanıp derlenerek yayınlanmak istenen bilgilerin hâlihazırda kamuya açık bilgiler olduğunu, tavsiye edilen pompa satış fiyat bilgilerine rakiplerin, alıcıların ve üçüncü kişilerin gerek ilgili dağıtım şirketinin gerekse EPDK'nın internet sitesinden zahmetsizce ve masrafsız olarak öğrenebildiklerini, bu nedenle bu bilgilerin paylaşılmasının rekabeti kısıtlayıcı bir etkisinin olmadığını belirterek menfi tespit talebini kabul etmiştir³⁴⁴.

Rekabet Kurulu, 2007 yılında verilen menfi tespit belgesinin geri alınmasının gerekip gerekmediği konusunu 2013 yılında resen ele almıştır. Yapılan değerlendirmede; bilgi değişiminin belirli koşullar altında rekabetçi güdülerini zayıflatmış, koordinasyona neden olduğu, özellikle ürünlerin homojen, maliyetlerin benzer, arz ve talebin istikrarlı olduğu, yüksek giriş-çıkış engelleri bulunan yoğunlaşmış piyasalarda bilgi değişiminin, kolaylaştırıcı eylem ya da bağımsız bir ihlâl niteliği taşıma olasılığının yüksek olduğu, bu koşullar altında bilgi değişiminin koordinasyon oluşturma, koordinasyonun devamını sağlama ve ortak anlayıştan sapanları cezalandırma imkânı tanıdığı açıklanmıştır. Kurul, akaryakıt ve LPG pazarlarının bu nitelikleri taşıdığını ifade etmiştir. Kurul tarafından, bilgi değişiminin piyasada yaratacağı etkinin piyasanın şeffaflık düzeyine bağlı olduğu, bilgi değişiminin piyasadaki şeffaflık düzeyine katkısı ne kadar az ise rekabeti kısıtlayıcı etki doğurma olasılığının da o kadar az olduğu vurgulanmıştır. Bu genel açıklamalardan sonra, akaryakıt ve LPG piyasasının şeffaflık durumu incelenmiştir. Yapılan değerlendirmede, petrol ve LPG mevzuatları çerçevesinde düzenli olarak fiyat, üretim, satış, ithalat, ihracat vb. bilgilerin EPDK'ya bildiriminin zorunlu olduğu, EPDK'nın topladığı bu bilgileri düzenli olarak “Özet Piyasa Rakamları” başlığı altında sektör raporlarında yayınladığı; ayrıca her dağıtım şirketinin kendi internet sitesinde ilçe bazında tavsiye edilen bayi satış fiyatlarını yayınlaması gerektiği, sahip olunan depolama kapasitelerine ise EPDK internet sitesinden ulaşılabilirdiği, mevzuattan kaynaklanan tüm bu yükümlülükler nedeniyle piyasanın şeffaflaşmış olduğu tespit edilmiştir. Kurul tüm bu değerlendirmelerden sonra PETDER tarafından gerçekleştirilen bilgi değişimini değerlendirmiştir. Yapılan incelemede, paylaşım konu verilerin, tüm teşebbüslerin tamamlanan ay içinde her

³⁴⁴ RK, 2011, *Petrol Sanayicileri Derneği*, 22.09.2011, 11-48/1215-428. Karar hakkında bkz. E. F. Aslan, *Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı*, s. 60.

bir akaryakıt, LPG ve madeni yağ ürününe ilişkin satış miktarlarının, tüm alt kırılımlarını ve varsa transit ticareti de içerek şekilde son derece ayrıntılı olduğu belirlenmiştir. Kurul, EPDK tarafından 2-3 ay gecikmeyle yayınlanan bu verilerin PETDER tarafından hemen izleyen ay paylaşıldığını, ayrıca PETDER tarafından paylaşılan bilgilerin EPDK'nın paylaştıklarından farklı olarak teşebbüs özelinde tüm ürünlerin ve alt kırılımlarının iç ticaret-transit ticaret ayrımını da içerdiğini, bu nedenlerle PETDER tarafından yapılan bu bilgi değişiminin piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı etki gösterebileceği sonucuna varmıştır. Buna karşılık PETDER, menfi tespit belgesinin geri alınmamasını, bunun yerine paylaşılacak bilgilere ilişkin belirli koşullar getirilmesini önermiştir. Kurul; RKHK m. 13'de sayılan menfi tespit belgesi geri alma koşullarının oluşmadığına, bu nedenle menfi tespit belgesinin geri alınmamasına; ancak toplanan bireysel satış bilgilerinin teşebbüs özelinde ayırt edilemeyecek şekilde toplulaştırılarak izleyen ay kamuya açık şekilde yayınlanmasına, bireysel satış verilerinin EPDK ile paralel içerik ve zamanda yayınlanmasına ve teşebbüslerin, alt kırılımları da içerecek ayrıntılı bireysel satış bilgilerinin ve pazar paylarının derlenerek üç ayda bir yayınlanmasına karar vermiştir³⁴⁵.

1.1.4.2.2.5.5. “Uluslararası Nakliyeciler Derneği (UND)” kararı

Uluslararası Nakliyeciler Derneği (UND) tarafından başlatılan Akaryakıt Fiyat Artış Düzenleme Faktörü (AFDF) uygulamasına ilişkin olarak Rekabet Kurulu tarafından resen bir önaraştırma başlatılmıştır³⁴⁶.

UND, sektörün %90'ını kapsayan bir dernektir. AFDF uygulamasının amacı, akaryakıt fiyatlarındaki artışların nakliye fiyatlarına yansıtılmasına ilişkin bir formül oluşturmak ve bu formüle göre ortaya çıkan değeri tüm üyelere bildirmektir. Akaryakıt fiyatlarının, nakliye fiyatının belirlenmesindeki en önemli unsurlardan biri olması ve çok dalgalı yapısı nedeniyle takibin zor olması nedeniyle AFDF uygulamasına geçildiği ifade edilmiştir. AFDF uygulamasında nakliyenin gerçekleştirileceği ülkeler uzaklıklarına göre kategorilere ayrılmış ve her kategori

³⁴⁵ RK, 2013, *Petrol Sanayi Derneği*, 21.11.2013, 13-64/904-384.

³⁴⁶ RK, 2010, *Uluslararası Nakliyeciler Derneği (UND)*, 28.01.2010, 10-10/94-42. Karar hakkında bkz. E.F. Aslan, *Geleceğe Yönelik Bigi Paylaşımı*, ss. 60-62.

için AFDF oranını belirleyen bir formül hazırlanmıştır. Bu oran her ay UND tarafından güncellenmekte ve tüm üyelere bildirilmektedir. AFDF oranları tavsiye niteliğinde olup faturalara yansıtılması halinde ayrı bir kalem olarak yazılacaktır. AFDF oranları hesaplanırken önceki ay ile değil, içinde bulunulan yılın Ocak ayı ile kıyaslama yapılarak akaryakıt fiyatlarındaki artış oranı belirlenmektedir. Buna göre; örneğin Mayıs ayına ilişkin AFDF oranı belirlenirken Ocak ayı ile kıyaslama yapılarak aradaki artış oranı belirlenip nakliye fiyatlarına eklenecek; daha sonra Haziran ayında yine Ocak ayı ile kıyaslama yapılarak tekrar artış oranı belirlenecek ve bu da nakliye fiyatlarına yansıtılacaktır. Bu durumda nakliye fiyatlarına eklenen akaryakıt fiyat artış oranlarında bir mükerrerlik söz konusu olacaktır. Akaryakıt fiyatlarında düşüş olduğunda ise AFDF eksi oranda nakliye fiyatlarına yansıtılacaktır.

Rekabet Kurulu tarafından incelenen dosyada, UND'nin AFDF aracılığıyla rakipler arasında bilgi değişimine neden olduğu belirlenmiş, söz konusu bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkisi ya da potansiyel etkisi bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. Kurul; ilgili sektörde faaliyet gösteren çok fazla sayıda teşebbüs olduğunu, ancak bunların çok azının kurumsal nitelikte olduğunu, pazardaki oyuncu sayısının fazla olması nedeniyle fiyat konusunda bir birlik sağlanmasının imkânsız olmasa da oldukça zor olduğunu, akaryakıt fiyatlarındaki değişimin herkes tarafından bireysel olarak öğrenilebilecek nitelikte olduğunu, bu nedenle değişime konu bilginin hassas bir bilgi olmadığını, son dönemlerdeki kriz nedeniyle talepteki düşüşün pazarda AFDF oranının uygulanmamasına neden olduğunu, bir başka deyişle mevcut durumda fiili bir uygulama olmadığını ifade etmiştir. Buna karşılık; akaryakıt fiyatlarındaki artışın mükerrer şekilde yansıtılması sonucu oluşan AFDF oranının, nakliye fiyatlarının sürekli artması yönünde bir baskı oluşturabileceği, her ne kadar mevcut durumda rekabeti sınırlandırıcı bir etki yaratmasa da rakiplere gönderilen bir fiyat sinyali niteliğinde olduğundan fiyat rekabetini kısıtlama potansiyeli taşıdığı, bu nedenlerle AFDF uygulamasının RKHK m. 4'e aykırı olduğu ve bireysel muafiyetten yararlanmasının da mümkün olmadığı sonucuna varılarak UND ve üyelerine

yapılacak bir bildirimle söz konusu uygulamanın sonlandırılması yönünde görüş yazısı gönderilmesine karar verilmiştir³⁴⁷.

1.1.4.2.2.5.6. “Türkiye Hazır Beton Birliği (THBB)” kararı

THBB, bilimsel çalışmalara kaynak teşkil etmesi ve üyelik aidatlarının hesaplanabilmesi için, bir anket vasıtasıyla THBB üyesi olan teşebbüslerden aylık üretim miktarlarına ilişkin bilgilerin toplanmasına yönelik düzenlemeleri içeren ana tüzüğüne menfi tespit verilmesi için Rekabet Kuruluna başvurmuştur³⁴⁸.

Rekabet Kurulu söz konusu menfi tespit talebinin incelenmesi için hâlihazırda devam eden ve ilgili sektöre ilişkin olan soruşturmaların tamamlanmasını beklemiştir. Bu soruşturmalar tamamlandıktan sonra menfi tespit talebini incelemeye almış ve THBB’den ana tüzüğün güncel halini talep etmiştir.

Kurul yaptığı incelemede; THBB’nin önceki ana tüzüğünde üyelere alınacak aidat miktarının, teşebbüsün bir önceki ay ürettiği hazır betonun metreküp miktarının genel kurul tarafından belirlenen meblağ ile çarpılarak belirleneceğini düzenlemiştir. Buna karşılık ana tüzüğün güncel halinde bu hükmün değiştiği ve üyelere alınacak aidatın yönetim kurulunca belirleneceğinin düzenlendiği görülmüştür. Bu durumda aidat miktarlarının hesaplanması için aylık üretim miktarı bilgilerinin toplanmasına yönelik ihtiyaç ortadan kalkmıştır.

THBB Genel Sekreteri ile yapılan görüşmede de artık aidat için aylık üretim miktarlarına ihtiyaç duyulmadığı, bu nedenle aylık üretim miktarlarının toplanmadığı, bunun yerine sadece bilimsel çalışmalara kaynak oluşturmak üzere

³⁴⁷ Doktrinde de rakipler arasında baz noktalar belirlenerek bu noktalara göre nakliye fiyatlarının belirlenmesinin rakipler arasında fiyat belirlemeyi kolaylaştırıcı bir etken olduğu belirtilmiştir. Buna göre; belirlenen baz noktalarına göre uygulanacak nakliye fiyatlarının belirlenmesi halinde, üretim noktalarına yakın olan alıcılar, ürünü daha ucuza alabilme hakkından yoksun bırakılmış olacaktırlar (D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 196-198).

Rekabet Kurulu tarafından verilen inceleme konusu kararda, doğrudan nakliye fiyatları belirlenmemiş olup bunun yerie baz noktalar tespit edilerek bu noktalara göre nakliye fiyatlarına eklenecek akaryakıt fiyat artış oranına ilişkin formül belirlenmiştir. Nakliye fiyatlarının belirlenmesindeki temel unsurun akaryakıt fiyatları olduğu düşünüldüğünde, karara konu olayda dolaylı olarak nakliye fiyatlarının sabitlenmesinin söz konusu olduğu düşünülebilir. Bu nedenle, Rekabet Kurulu tarafından, karara konu uygulamanın rekabete aykırı olarak değerlendirilmiş olması kanaatimizce de isabetlidir.

³⁴⁸ RK, 2007, *Türkiye Hazır Beton Birliği (THBT)*, 23.05.2007, 07-42/466/178. Karar hakkında bkz. Gürkaynak, Bilgi Değişimi, s. 51.

yıllık üretim miktarı bilgilerinin toplandığı ve toplanan bu bilgilerin THBB bünyesinde gizli tutularak üyelere dağıtılmadığı, yayınlanmadığı bildirilmiştir.

Rekabet Kurulu; teşebbüs birliklerinin bu tür çalışmalarına ancak hassas rekabetçi bilgilerin teşebbüsler arasında el değiştirmesine olanak sağlanmaması, elde edilen bilgilerin aylık bazda yayınlanmaması veya en azından belirli bir süre beklenerek yayınlanması ve bilgilerin gizliliğinin korunması kaydıyla menfi tespit verilebileceği belirtilmiştir. Sonuç itibarıyla; başvuru konusu ana tüzüğün tüm bu koşulları karşılıyor olması nedeniyle menfi tespit talebinin kabulüne karar verilmiştir.

1.1.4.2.2.5.7. “Boya Sanayicileri Derneği (BOSAD)” Kararı

BOSAD, Türkiye boya sanayisinin ciro ve miktar verileri kapsamında alt pazarlarının dağılımını da gösteren, pazarın toplam büyüklüğünü ortaya koyacak bilgi değişimi anlaşması niteliğindeki teşebbüs birliği kararına menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebiyle Rekabet Kuruluna başvurmuştur³⁴⁹.

Başvuru konusu anlaşmaya göre; BOSAD’a üye teşebbüsler geçmiş üç aylık dönemler halinde tonaj ve ciro bilgilerini, gizlilik sözleşmesi çerçevesinde bir bağımsız denetim kuruluşuyla paylaşacaklardır. Bu bağımsız denetim kuruluşu tarafından elde edilen bilgiler kesinlikle diğer teşebbüslerle ve BOSAD ile paylaşılmayacaktır. Söz konusu bilgiler, bağımsız denetim kuruluşu tarafından, teşebbüs isimleri belirtilmeksizin, bölgesel olarak ayırım yapılmadan toplam sektör verisi şeklinde geçmiş üç aylık dönemler ve yıllık sektörel toplam ciro ve satış miktarı olarak kümülatif ülke verisi haline getirilecektir. Bu kümülatif bilgiler BOSAD tarafından internet yoluyla kamuya açıklanacaktır.

Kurul yapmış olduğu değerlendirmede; ilgili pazardaki yoğunlaşma, pazardaki şeffaflık derecesinin artacak olması ve koordinasyon riski nedeniyle başvuru konusu bilgi değişimi anlaşmasına menfi tespit verilemeyeceğine; ancak RKHK m. 5 kapsamında bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

³⁴⁹ RK, 2012, *Boya Sanayicileri Derneği (BOSAD)*, 26.06.2012, 12-35/984-301.

1.1.4.3. Bilginin Yatay Değişimi - Bilginin Dikey Değişimi

1.1.4.3.1. Bilginin Yatay Değişimi

1.1.4.3.1.1. Genel Olarak

Bilginin arz zincirinin aynı seviyesindeki teşebbüsler arasındaki değişimine bilginin yatay değişimi denir.

Bilginin yatay değişiminde bilgi mevcut ya da potansiyel rakipler arasında paylaşılmaktadır. Bu nedenle bu bilgi paylaşımının rakipler arasında aynı doğrultuda hareket etme eğilimine sebep olma olasılığı yüksektir. Bunun bir sonucu olarak kartelleşmenin ortaya çıkması ve pazara yeni girişlerin engellenmesi veya teşebbüslerin pazar dışına itilmesi suretiyle pazarın kapatılması mümkündür. Yatay seviyedeki işbirliklerinin markalar arası rekabeti kısıtlaması nedeniyle ilgili pazardaki olumsuz etkilerinin oldukça yüksek olduğu kabul edilmektedir. Tüm bunlar rekabeti kısıtlayıcı etkiler olup rekabet otoritelerinin müdahalesini gerektirir. Ancak bu müdahalenin yapılması için paylaşılan bilginin diğer unsurlarla birlikte rekabeti kısıtlayıcı sonuçları ortaya çıkarmaya elverişli olması gerekmektedir. Paylaşılan bilgi her ne kadar rakipler arasında paylaşılmakta ise de nitelik itibarıyla rekabeti bozucu etki göstermeye yatkın bilgi olmayabilir. Paylaşılan bilginin önemsizliği, yüzeysel niteliği, çok eski tarihli olması, paylaşım yapılan piyasanın özellikleri gibi birçok etken, yatay bilgi paylaşımını rekabeti ihlâl edici olmaktan çıkarabilir.

Çalışmamızın asıl konusu olan bilginin yatay değişiminde bilgi değişimi rakipler arasında olduğuna göre, rakip kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunun incelenmesi yararlı olacaktır.

1.1.4.3.1.2. Rakip Kavramı

4054 sayılı RKHK’da rakip kavramının tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık; 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 3’de rakip teşebbüsler şu şekilde tanımlanmıştır:

“Aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılardır. Ürün pazarı, anlaşma konusu mal ve hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal ve hizmetleri kapsar.”

2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği³⁵⁰ m. 4/I-f hükmünde fiili rakip, *“aynı ilgili pazarda aktif olarak faaliyet göstermekte olan teşebbüs”*; m. 4/I-k hükmünde potansiyel rakip, *“AR-GE anlaşmasının yokluğu durumunda fiyatlarda küçük ve kalıcı bir artış olması halinde, gerekli dönüştürme maliyetlerine katlanarak veya ek yatırımları yaparak üç yılı aşmayacak zaman diliminde ilgili pazara girme olasılığı bulunan teşebbüs”* ve m. 4/I-l hükmünde ise rakip teşebbüs, *“aynı ürün ve teknoloji pazarında faaliyette bulunan fiili ya da potansiyel rakip”* olarak tanımlanmıştır.

2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği³⁵¹ m. 4/I-e hükmünde;

“Rakip teşebbüsler (rakip): İlgili teknoloji ve/veya ilgili ürün pazarında rekabet eden teşebbüslerdir. Bu bağlamda;

- 1) İlgili teknoloji pazarındaki rakip teşebbüsler, rakip teknolojilere dair lisans veren teşebbüslerdir (teknoloji pazarındaki mevcut rakipler)...*
- 2) İlgili ürün pazarındaki rakip teşebbüsler, teknoloji transferi anlaşması yapıldığı sırada,*
 - 1. Anlaşma konusu ürünlerin satıldığı ilgili ürün pazarında ve ilgili coğrafi pazarda halihazırda faal olan teşebbüsleri (ilgili pazardaki mevcut rakipleri) veya*
 - 2. Gerçekçi bir yaklaşımla, nispi fiyatlarda az ama sürekli bir artışa karşılık, söz konusu ilgili ürün pazarına veya ilgili coğrafi pazara, uygun zamanda girmek için gerekli ek yatırımları veya değişim maliyetlerini üstlenecek teşebbüsleri (ilgili pazardaki potansiyel rakipler)*

ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁵⁰ RK, 2016, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2016/5, 16.03.2016 T. ve 29655 S. RG.

³⁵¹ RK, 2008, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/2, 23.01.2008 T. ve 26765 S. RG

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da³⁵², “rakip” kavramının hem mevcut hem de potansiyel rakipleri kapsadığı belirtildikten sonra her iki terimin anlamına yer verilmiştir. Kılavuz'a göre mevcut rakip, aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerdir. Herhangi bir işbirliği anlaşmasının bulunmadığı durumlarda, fiyatlarda küçük ama kalıcı bir artış olması halinde bir teşebbüs, diğer teşebbüsün faaliyet gösterdiği ilgili pazara girmek için gerekli ek yatırımları veya gerekli geçiş maliyetlerini kısa sürede üstlenebilecek ise bu teşebbüs, diğer teşebbüsün potansiyel rakibi durumundadır³⁵³.

Tüm bu tanımlardaki ortak noktalardan yola çıkarak; rakip kavramının mevcut (fili) rakip ve potansiyel rakip olarak ikiye ayrıldığını belirterek bu kavramların ortak bir tanımını ortaya koyabiliriz. Buna göre mevcut (fili) rakipler, ilgili pazarda aktif olarak faaliyet gösteren tüm teşebbüsleri ifade eder. Potansiyel rakipler ise; hâlihazırda ilgili pazarda aktif olarak faaliyet göstermemekle birlikte, fiyatlarda küçük olmakla beraber kalıcı bir düşüş olduğunda kısa zaman içinde değişim maliyetleri ile ek yatırımları karşılayarak ilgili pazara girerek faaliyet gösterme olasılığı bulunan teşebbüslerdir. Potansiyel rakiplerin ilgili pazara girişi için gerekli olan kısa süre ile kastedilen sürenin ne kadar olduğu konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi; bu süre Ar-Ge anlaşmaları için üç yıl olarak belirlenmiş iken diğer durumlara ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde de potansiyel rekabet, ilgili piyasada herhangi bir faaliyeti bulunmayan ancak pazara giriş ihtimâli bulunan teşebbüsler olarak tanımlanmıştır³⁵⁴. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da, pazara giriş olasılığı

³⁵² RK, 2013, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, 30.04.2013, 13-24/326-RM(6).

³⁵³ RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 2.

³⁵⁴ Mehmet Akif Kayar, **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 24; Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, s. 39; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 33. Buna göre; potansiyel rekabet, ilgili piyasada hâlihazırda herhangi bir faaliyeti bulunmayan; ancak pazara girme olasılığı bulunan teşebbüslerin yarattığı rekabettir (Ardıç, s. 27).

Potansiyel rekabet, yüksek giriş engelleri bulunan yoğunlaşmış piyasalarda düşüktür (İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 50; Kayar, s. 24; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 637).

Ancak sadece giriş engellerinin düşük olması, potansiyel rekabetin mutlaka yüksek olduğu anlamına da gelmez. Potansiyel rekabetin yüksek olup olmadığı değerlendirilirken giriş engelleri yanında başka faktörlerin de değerlendirilmesi gerekir. Örneğin pazara giriş engelleri bulunmasa bile, pazara ilişkin bilgi eksikliği, daha cazip pazarlar bulunması, tembellik, sermaye grupları arasındaki gizli centilmenlik anlaşmaları, siyasi baskılar gibi birçok sebeple pazara yönelik istek düşük olabilir (Ayşe Odman Boztosun, “Yıldız Holding-Dardanel Devralmasına İzin Verme Kararı Bağlamında Potansiyel Rekabet”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III**, 7 Aralık 2012, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 167.

değerlendirmesinin gerçekçi bir zemine dayandırılması gerektiği ve pazara giriş olasılığının sadece teorik olarak bulunmasının yeterli olmadığı belirtilmiştir³⁵⁵.

Kılavuz'da, RKHK m. 3'de yapılan teşebbüs tanımı kapsamında aynı ekonomik bütünlükte bulunan şirketlerin rakip olarak kabul edilmeyecekleri ifade edilmiştir. Buna göre bir şirket, başka bir şirket üzerinde belirleyici etkiye sahipse (kardeş şirketlerde olduğu gibi) bu şirketler aynı ürün veya hizmet pazarında faaliyet gösterecekler dahi rakip olarak kabul edilmeyeceklerdir³⁵⁶.

Doktrinde potansiyel rekabetin kaynakları; mevcut firmaların kapasite genişletmesi, coğrafi pazar genişlemesi, ürün genişlemesi ve yeni girişler olarak dört ana başlık altında toplanmıştır³⁵⁷. Buna göre potansiyel rekabet; mevcut teşebbüslerin kapasitelerini genişletmeleri, faaliyet gösterdikleri coğrafi alanı genişleterek daha önce faaliyette bulunmadıkları coğrafi pazarlara girmeleri, ürün genişlemesi yoluyla farklı ürün pazarlarına girmeleri olasılığına dayalı olarak ortaya çıkabileceği, tamamen yeni işletmelerin kurulması olasılığına dayalı olarak da oluşabilir.

1.1.4.3.2. Bilginin Dikey Değişimi

Bilginin arz zincirinin farklı seviyelerindeki teşebbüsler arasındaki değişimine bilginin dikey değişimi denir.

Bilginin dikey paylaşımında bilgi dikey olarak aşağıdan yukarı, yukarıdan aşağı ya da iki yönlü olarak paylaşılır. Bu, genellikle fiyat belirleme ya da pazar paylaşma amaçlarıyla yapılır. Dikey işbirliklerinin rekabet üzerindeki etkisi genellikle marka içi rekabet yönünden gerçekleştiğinden, bu tür işbirliklerine yaklaşım, markalar arası rekabeti kısıtlayan yatay işbirliklerine olduğu kadar katı değildir. Ancak bazı durumlarda işbirliğinin yatay mı dikey mi olduğu çok net bir şekilde ortaya konamayabilir. Dikey işbirliği taraflarından birinin aynı zamanda diğer taraf ile aynı seviyede rakip olması mümkündür. Bu durum; dağıtıcının aynı zamanda kendi ürünlerinin de dağıtımını yapıyor olması halinde bu iki teşebbüsün sağlayıcı seviyesinde birbirlerine rakip olması şeklinde ortaya çıkabilir. Bir diğer

³⁵⁵ RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 2.

³⁵⁶ RK, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 2.

³⁵⁷ Ardiç, ss. 32-34; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 637-638.

durum da, sağlayıcının dikey ilişki içinde olduğu dağıtıcılar yanında ayrıca kendi dağıtım ağına da sahip olmasıdır. Bu ikinci olasılıkta rekabet, dağıtım düzeyindedir. Bu tür durumlarda ilişkinin niteliğini net bir şekilde ortaya koymak her zaman çok kolay olamayabilir³⁵⁸.

2002/2 sayılı Tebliğ ile dikey anlaşmalara grup muafiyeti tanınması koşulları düzenlenmiştir. Bahsi geçen Tebliğ m. 4/I-a, b hükümlerinde fiyat belirleme ile bölge ve müşteri paylaşma yönündeki anlaşmaların grup muafiyeti kapsamı dışında kalacağı düzenlenmiştir. Bu durumda aynı hükümlerin bilgi paylaşımı için de geçerli olması gerekir. Şöyle ki, bir bayilik sözleşmesinde dağıtıcının bayilere bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki perakende fiyatlarını her ayın başında bildireceği düzenlenmiş ve bayiye uyguladığı fiyatlara ilişkin bilgileri düzenli olarak ve sık aralıklarla dağıtıcıya iletme yükümlülüğü getirilmişse buradaki amacın fiyatları belirlemek olduğu düşünülebilir. Her ne kadar bayilik sözleşmesinde dağıtıcı tarafından bayilerin uygulayacağı perakende fiyatların belirleneceği ve bayinin bunlara uymakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmemiş ise de, sözleşmeye konan bilgi verme zorunluluğu yoluyla bayinin sözde tavsiye niteliğindeki fiyatlara uyup uymadığı kontrol edilebilecek ve hatta fiili birtakım yaptırımlar uygulanabilecektir. Böylece dikey anlaşmada açık bir fiyat tespiti hükmü bulunmamakla birlikte, dikey bilgi paylaşımı yoluyla fiyat tespiti sağlanabilecektir. Bu noktada 2002/2 sayılı Tebliğ m. 4 hükmünün uygulanması ve bu tür anlaşmalara grup muafiyeti tanınmaması gerekmektedir.

Bilginin dikey değişiminin ortaya çıkma şekillerinden biri, “*topla ve dağıt*” (*hub-and-spoke*) yöntemidir³⁵⁹. Bu durumda dağıtıcı, kendi bayilerinden edindiği bilgileri toplayıp tekrar tüm bayilere dağıtmaktadır^{360, 361}. Böylece bayiler,

³⁵⁸ Konuya ilişkin değerlendirme ve örnek Kurul kararları için bkz. Emre Önal, “Dağıtım Seviyesindeki Rekabete Aykırı Uzlaşmaların Rekabet Kurulu Kararları Işığında Değerlendirilmesi: Dikey İhlal mi Yoksa Yatay İhlal mi?”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 49-59.

³⁵⁹ Bu yöntemle ayrıca “(A)’dan (B)’ye, (B)’den (C)’ye (A2B2C)” de denilmektedir (OECD 2012, s. 160; Gürkaynak ve diğerleri, *Topla ve Dağıt*, s. 286).

³⁶⁰ OECD 2010, p. 31; Costin, p. 19.

³⁶¹ İ. Y. Aslan tarafından topla ve dağıt yönteminin üç şekilde gerçekleştirilebileceği açıklanmıştır. Buna göre; sağlayıcı, yeniden satıcılardan topladığı bilgileri yeniden satıcılara dağıtarak bilgi paylaşmalarını sağlayabilir. İkinci durum bunun tam tersidir. Buna göre yeniden satıcılar, sağlayıcılardan bilgi toplayarak sağlayıcılara dağıtır ve sağlayıcılar arasında bilgi paylaşımına yardımcı olur. Üçüncü durum ise rakip teşebbüslerin alt ya da üst pazarında yer almayan üçüncü kişilerin rakip teşebbüslerden bilgileri toplayıp yine onlara dağıtarak bilgi paylaşımına sebep olmaları şeklinde gerçekleşmektedir (İ. Y. Aslan, *Rekabet Hukuku*, s. 419).

birbirlerine ilişkin bilgileri edinmekte ve dağıtıcı kanalıyla bayiler arasında bilgi değişimi gerçekleşmektedir. Bu tür anlaşmalar yoluyla marka içi rekabetin sınırlanması teşvik edilebilmektedir³⁶². Burada bilgi akışı dikey ise de bilgi değişiminin sonuçları bayiler arasında, yani yatay olarak ortaya çıkmaktadır³⁶³. Bu şekildeki bir bilgi değişimi faaliyeti sonucunda, bayiler arasında paralel davranışlar ve ortak fiyat uygulamalarının ortaya çıkma olasılığı oldukça yüksektir.

OFT tarafından verilmiş olan “*Replica Football Kit*” kararında³⁶⁴, lisans veren marka sahibi, lisans alan üretici ve tüm perakendecilerin fiyat tespiti yönünde anlaşmalar ve uyumlu eylemler içine girdikleri, fiyat tespitinin genellikle lisans alan üretici tarafından perakende dağıtıcılar arasında fiyat bilgilerinin değiştirilmesi suretiyle ortaya çıkmış olduğu belirtilerek teşebbüslerin tamamı cezalandırılmıştır.

Aynı şekilde “*Toys and Games*” kararında³⁶⁵ da OFT tarafından, oyuncak sağlayıcısı olan Hasbro’nun, ülkenin en büyük dağıtıcılarından biri olan Argos ve pazar payı daha küçük olan Littlewoods ile dağıtım anlaşması kapsamında fiyat belirleme yoluna gittiğine karar verilmiştir. Hasbro tarafından yapılan fiyat tespiti eyleminin ispatında özellikle elektronik posta yazışmaları üzerinde durulmuştur. Bu elektronik postalardan, Hasbro’nun dağıtıcıları arasında bilgi değişimine sebep

³⁶² E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 7.

³⁶³ OECD 2010, p. 31.

³⁶⁴ Karara konu olayda Umbro, birçok İngiliz futbol takımının forma ve diğer aksesuarlarını lisanslı olarak üreterek dağıtım ağı yoluyla perakende satışının gerçekleştirilmesini sağlayan firmadır. Umbro’nun lisanslı ürünlerini üretilip dağıttığı futbol takımlarından biri de Manchester United (MU)’dır. MU, perakende fiyatların belirlenmesi konusunda Umbro ile sürekli görüşmeler ve yazışmalar yapmakta, özellikle marka değerinin korunması endişesini yansıtarak fiyatların belirli bir rakamın altına inmemesi ve ürün kalitesinin düşmemesi yönünde Umbro üzerinde baskı uygulamaktadır. Ancak olaya genel itibarıyla bakıldığında MU’nun perakende fiyatların belirlenmesi konusunda yapmış olduğu baskının, OFT tarafından marka itibarının korunması amacına yönelik yasal girişimler olarak kabul edilmesi isabetli olarak mümkün görülmemiştir. Zira perakende fiyatların belirlenmesi konusunda çok ciddi pazarlık ve baskılar söz konusu olmuştur. MU’nun bu baskıları sonucu Umbro, aynı baskıyı perakende satış yapan dağıtım ağındaki firmalar üzerinde uygulamıştır. Somut olaya konu olan ürünlerin dağıtım konusunda selektif dağıtım ağı tercih edilmiş, ürünün zincir süpermarketlerde satılmasının özellikle önüne geçilmiştir. Böylece selektif dağıtım ağı kapsamındaki dağıtıcılar üzerinde Umbro tarafından baskı oluşturulması daha kolay bir hale gelmiştir. Ayrıca dağıtım ağına dâhil olan firmaların uyguladıkları fiyatlar Umbro kanalıyla tüm dağıtıcı firmalara ulaşmış ve böylece tüm dağıtıcı firmalar tarafından fiyatlar aynı seviyede tutulmuş, aynı promosyon ve indirimler uygulanmıştır. OFT, 2003, *Price- Fixing of Replica Football Kit*, 01.08.2003, CA98/06/2006. Karara ilişkin bkz. OECD 2010, p. 32; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, ss. 290-291; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 420-422.

³⁶⁵ OFT, 2003, *Agreements between Hasbro U.K. Ltd, Argos Ltd and Littlewoods Ltd fixing the price of Hasbro toys and games*, 21.11.2003, CA98/8/2003. Karar hakkında bkz. OECD 2010, p. 32; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, ss. 291-292; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 420-422.

olduğu, dağıtıcılardan birinin uyguladığı fiyatlar hakkında diğerine bilgi vererek fiyatların sabitlenmesine sebep olduğu tespit edilmiştir.

Konuya ilişkin önemli kararlardan biri de “*Tesco kararı*” olarak anılan “*Dairy Retail Price Initiatives*” kararıdır³⁶⁶. OFT tarafından incelenen olayda; tedarikçiler aracılığıyla perakendeciler tarafından geleceğe dönük perakende fiyat bilgilerinin paylaşılması yoluyla bir uyumlu eylem içine girilip girilmediği incelenmiştir. Soruşturma kapsamında 2002 yılı çiğ süt ve peynir pazarı, 2003 yılı çiğ süt, peynir ve tereyağı pazarları incelenmiştir. Soruşturma sırasında yedi şirket rekabeti ihlâl edici uyumlu eylem içinde olduklarını itiraf ederek OFT ile anlaşma yapmışlardır. Perakendecilerden Tesco ise suçlamaları kabul etmemiştir. OFT tarafından yapılan incelemede Tesco’nun 2002 ve 2003 peynir piyasası için, tedarikçiler aracılığıyla dolaylı olarak perakende fiyatlara yönelik bilgileri rakipleriyle paylaştığı sonucuna varılmıştır. Tesco tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur. Temyiz Mahkemesi tarafından yapılan incelemede Tesco’nun rakipleri ile dolaylı iletişim faaliyetlerinin bazılarının kanıtlanmış olduğu tespit edilmiştir³⁶⁷. Temyiz Mahkemesi tarafından yapılan incelemede; dolaylı bilgi değişiminin gerçekleşmesi için; A’dan B’ye, B’den C’ye bilgi aktarımının gerçekleşmesi ve C tarafından bu bilginin ticari kararların alınmasında kullanılması ile A açısından bilginin aktarılacağını bilebilecek durumda olma ve bu bilinçle hareket etmenin gerektiği ifade edilmiştir.

OFT’nin ve Temyiz Mahkemesinin kararlarında ortaya koymuş olduğu ortak tutum; “*hub and spoke*” yoluyla gerçekleşen bilgi değişiminde bayilerin bu fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için bazı koşulların bulunması gerektiği yönündedir. Buna göre OFT; sağlayıcısına bilgi aktaran bayi, bu bilginin sağlayıcısı tarafından pazar koşullarını etkileme amacıyla kullanılacağını öngörememişse ve/veya sağlayıcısından diğer bayiye yönelik bilgiyi elde eden bayi, bilginin kaynağı olan bayinin bu bilginin sağlayıcı tarafından açıklanmasına rıza göstermediğini bilmiyorsa bir rekabet ihlâli oluşmayabileceğini belirtmiştir³⁶⁸.

³⁶⁶ OFT, 2011, Dairy Retails Price Initiavies, 26.07.2011, CE/3094-03. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, ss. 292-304; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 423-424.

³⁶⁷ CAT, 2012, Tesco Stores Limited, Tesco Holdings Limited, Tesco Plc v. OFT, 20.12.2012, Case No: 1188/1/11.

³⁶⁸ OECD 2010, p. 14; Costin, p. 20.

Ancak OFT tarafından belirtilen öngörme ve bilme unsurlarının rekabet ihlâli için bir önkoşul olarak kabul edilmesi kanaatimizce Türk ve AB rekabet hukukuna uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyecektir. Zira gerek RKHK m. 4 gerekse ABİDA m. 101/I kapsamında rekabet ihlâlinden söz edebilmek için rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkinin bulunması yeterlidir. Bir başka deyişle; herhangi bir eylemde bulunan teşebbüsün rekabet kısıtlama amacı olmasa dahi bu eylem sonucunda rekabeti kısıtlayıcı bir etki ortaya çıkmışsa veya böyle bir etkinin ortaya çıkma ihtimâli mevcutsa teşebbüsün eyleminden dolayı sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir. Bu durumda sağlayıcısına bilgi aktaran bayinin, sağlayıcısı tarafından bu bilginin pazar koşullarını yönlendirme amacıyla kullanılacağını bilmiyor olmasının bayiye sorumluluktan kurtaracağı yönünde bir düşünce çok isabetli görülmemektedir. Bu durum olsa olsa verilecek cezanın tayini yönünden bir etki doğurabilir. Özellikle de, sağlayıcısından bir diğer bayiye ilişkin bilgiyi elde eden ve bunu kullanan bayinin, bilginin ait olduğu bayinin, sağlayıcı tarafından bu bilginin kullanılmasına rıza göstermediğini bilmiyor olmasının ihlâli ortadan kaldıran bir unsur olarak kabul edilmesi RKHK ve ABİDA çerçevesinde son derece hatalı bir yaklaşım olacaktır. Zira sağlayıcısından bilgiyi alan bayi, bu bilginin bir başka bayiye ait olduğunu bilerek almakta ve bu bilgiyi kullanmaktadır. Bayinin rakibine ait bilgiyi alıp kullanması, bir ihlâlin varlığından söz etmek için tek başına yeterlidir³⁶⁹.

Dikey yöndeki bilgi paylaşımları genellikle dikey anlaşmanın yardımcı eylemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuya yukarıda “*Yardımcı Eylem Olarak Bilgi Değişimi*” başlığı altında değinildiğinden burada yeniden açıklama yapılmayacaktır. Bilgi değişiminin yardımcı eylem olarak ortaya çıktığı hallerde dikey anlaşma değerlendirmeye alınacak ve rekabeti kısıtlayıcı etkiler yönünden incelenecektir. Bilgi değişimi eylemi ise bu dikey anlaşmanın yardımcı eylemi olduğundan ayrıca ve tek başına bir değerlendirmeye tâbi tutulmayacaktır.

³⁶⁹ Doktrinde Gürkaynak ve diğerleri de Türk rekabet hukuku çerçevesinde amaç yanında etki unsurunun da bir kriter olarak kabul edilmesi nedeniyle topla ve dağıt türü bilgi değişimine dayalı ihlâllerin bazı sorunlara sebep olabileceğini, varılacak sonucun OFT içtihatları ile benimsenen ilkelere göre farklılık göstereceğini belirtmiştir (Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 308).

1.2. BİLGİ DEĞİŞİMİ HAKKINDAKİ MEVCUT MEVZUAT HÜKÜMLERİ VE DÜZENLEMELER

1.2.1. Genel Olarak

Genel itibariyle baktığımızda dünya çapında, bilgi değişimi faaliyetlerini ve sonuçlarını düzenleyen özel mevzuat hükümlerinin bulunmadığı ve bilgi değişiminin kartel anlaşmaları ya da uyumlu eylemler kapsamında genel hükümlere göre değerlendirildiği görülmektedir³⁷⁰. Bilgi değişimi konusunun özel olarak düzenlenmemiş olmasının sebebi kanaatimizce ilgili konunun geçmişinin çok öncelere dayanmıyor olması ve rekabet hukukunun birçok konu yönünden özellikle iç hukukta oldukça genç bir hukuk dalı olmasıdır.

Bilgi değişimine ilişkin özel olarak düzenlenmiş mevzuat hükümleri bulunmamakla birlikte, duyulan ihtiyaç nedeniyle rekabet otoriteleri tarafından konuyu içeren rehberler yayınlanmakta ve bu şekilde konuya ilişkin temel kuralların belirlenmesi yoluna gidilmeye çalışılmaktadır.

Bilgi değişimi konusunda ABD, AB ve Birleşik Krallık'ta yayınlanmış olan rehberlerde yer alan açıklamalar ile mevcut mevzuat hükümlerine değindikten sonra bilgi değişimine ilişkin Türk mevzuat hükümlerine ve Rekabet Kurulu düzenlemelerine yönelik açıklamalarda bulunmak faydalı olacaktır.

1.2.2. ABD

1.2.2.1. Sherman Yasası

ABD'de 1890 yılında çıkarılan Sherman Yasası (*The Sherman Antitrust Act*)³⁷¹, ABD ve İngiltere'de uygulanan gelenek hukuku (*common law*) kurallarının yazılı hale getirilmesiyle oluşturulmuştur^{372, 373}. Sherman Yasası modern anlamdaki ilk rekabet hukuku düzenlemesidir^{374, 375}.

³⁷⁰ OECD 2010, p. 9.

³⁷¹ http://www.linco.org/sherman_txt.html (14.07.2015).

³⁷² Çağlar Deniz Ata, **Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Anlaşması 81. Madde ve Muafiyet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, s. 3.

Yasa'nın 1. bölümünde³⁷⁶, makul bir sebebi olmayan ticaret sınırlandırmalarına yönelik her türlü anlaşma, sözleşme ve gizli ittifaklar yasaklanmıştır³⁷⁷. Fiyat belirleme, arzı kısıma, pazar veya müşteri paylaşmaya yönelik karşılıklı anlaşmalar, tarafların pazar güçleri olmasa dahi Sherman Yasası m. 1 kapsamında bir ihlâl oluşturmaktadır³⁷⁸.

Yasa'nın 2. bölümü ile ise, kartel ve tekel oluşturan ya da oluşturmaya amaçlayan veya bu tür bir oluşumun parçası olmaya yönelik olan her türlü anlaşma ve gizli ittifak eylemleri yasaklanmıştır. Buna göre teşebbüslerden birinin rakibine ortak davranış teklifinde bulunması ve rakibi tarafından bu teklifin sözlü olarak reddedilmesi ya da ortak davranış benimsenmeyerek reddedilmiş olması halinde söz konusu ihlâl Sherman Yasası'nın 2. bölümü kapsamında tekelleşmeye teşebbüs olarak nitelendirilir³⁷⁹. Yasaya göre bu tür eylemler suç olarak kabul edilmiş ve bu suçlara yönelik para ve hapis cezaları getirilmiştir³⁸⁰.

Sherman Yasası ile her türlü tekel oluşumu ve tekelleşme girişimi yasaklanmakla birlikte³⁸¹ ABD'de diğer birçok hukuk sisteminden farklı olarak,

³⁷³ Sherman Yasası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 77-81; Aşçıoğlu Öz, ss. 41-44; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 23-27; Ali Cenk Keskin, **Uluslararası Rekabet Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 102-104.

³⁷⁴ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 13; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 27-28.

³⁷⁵ Doktrinde, rekabeti düzenleyici yasaların Eski Yunan ve Hindistan'da M.Ö. 50 yıllarına uzandığı, modern anlamda ilk tekelleri önleme yasasının ise, teknik anlamda bir rekabet hukuku düzenlemesi olmamakla birlikte, 1624 tarihli İngiliz "*Statue of Monopoly*" yasası olduğu belirtilmiştir (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 17; N. Kortunay, s. 27).

³⁷⁶ Sherman Yasası 1. bölümü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. William E. Kovacic, "The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws", **The Antitrust Bulletin**, Spring 1993, pp. 21-57.

³⁷⁷ Sherman Yasası'nın ortaya çıkış süreci hk. bkz. Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 59-62; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 7-8; Erden Kuntalp ve diğerleri, "Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması", **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2000, ss. 34-36; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 27; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 13; Ünal, Aşırı Fiyat, ss. 15-16; Ali Ilıcak, **Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, ss. 8-66; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 64-68; Keskin, ss. 99-101.

³⁷⁸ Kovacic, p. 6.

³⁷⁹ Kovacic, p. 57.

³⁸⁰ Doktrinde; planlı olarak ve ısrarla farklı alıcı gruplarına ayrımcı fiyatlar uygulamak, özellikle aşırı üretim kapasitesi yaratarak potansiyel rakipleri pazara girmekten caydırmak, sürekli maliyetin altında fiyatlarla satış yaparak rakipleri piyasadan çekilmeye zorlamak, küçük rakiplerin ürünlerini kötülemek ya da ticari sırlarını ele geçirmek gibi yollarla onlar için piyasa şartlarını ağırlaştırmak, gerekli teçhizatı alıcılara satmayı reddedip uzun dönemli kira ilişkilerini zorunlu kılarak piyasanın diğer imalatçılar için cazibesini yitirmesine sebep olmak gibi eylemlerin Sherman Yasası 2. bölümü kapsamında tekel oluşmaya yönelik davranışlar olarak kabul edilmektedir (Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 81).

³⁸¹ ABD'de kartellerle mücadele hakkında tarihsel sürece ilişkin bilgi için bkz. Kekevi, Karteller, ss. 17-28.

tekelci fiyatlamaya yönelik herhangi bir yasaklama ya da tekelci fiyatlamayı sakıncalı gören herhangi bir yaklaşım bulunmamaktadır. ABD’de mahkemeler tarafından tekelci fiyatlamaya yönelik bir müdahalede bulunulmamakta; ancak yıkıcı fiyatlandırma ve fiyat ayrımcılığı konularına müdahale edilmektedir. Tüm bu yaklaşım tarzı, ABD rekabet hukuku sisteminin diğer sistemlere göre farklı ve karmaşık yanlarını ortaya koymaktadır³⁸².

ABD’deki rekabet hukukunun temelini oluşturan bu Yasa’da bilgi değişimi konusunda özel hükümler ve açık düzenlemeler yer almamaktadır. Buna karşılık; mahkemeler tarafından, karşılıklı bilgi değişiminin uyumlu davranışlara sebep olabileceği, böylece Sherman Yasası’nın 1. bölümünde düzenlenen türden bir antirekabetçi gizli işbirliğinin ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir³⁸³. Ayrıca bilgi değişiminin değerlendirilmesinde *per se* yaklaşım yerine, ağırlıklı olarak *rule of reason* analizine dayalı değerlendirme tercih edilmektedir^{384, 385}.

1.2.2.2. Clayton Yasası

Sherman Yasası’ndan sonra 1914 yılında Clayton Yasası (*The Clayton Act*) çıkarılmıştır^{386, 387}.

Clayton Yasası ile Sherman Yasası’ndaki hükümlere ek yeni hükümler getirilmiş, daha ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir³⁸⁸. Özellikle fiyatta kabul edilebilir sebepler olmaksızın müşteriler yönünden farklı uygulamalara gidilmesi yasaklanarak bu tür uygulamalar yaptırıma bağlanmıştır. ABD antitröst hukuku

³⁸² Ayrıntılı bilgi ve söz konusu durumun sebebini açıklamaya yönelik görüşler hakkında bkz. Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, ss. 93-98.

ABD ve AB hukuklarındaki tekelci fiyatlandırma konusundaki yaklaşımlar arasındaki farklılıkların olası nedenlerine ilişkin bkz. Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, ss. 103-108.

³⁸³ OECD 2010, p. 40, 294; Pişmaf, s. 22; Azcuenaga, p. 6.

³⁸⁴ OECD 2010, pp. 40, 294; Pişmaf, s. 22.

Doktrinde Whish, Amerikan rekabet hukukunda her ne kadar oligopolistik piyasalarda bilgi anlaşmalarının karine olarak yasa dışı olduğu kabul edilse de bilgi değişimine ilişkin *per se* yaklaşımın kabul edilmediğini ve bilgi değişiminine ilişkin olayların *rule of reason* çerçevesinde değerlendirildiğini belirtmiştir (Whish, p. 26).

³⁸⁵ ABD’de *rule of reason* ve *per se* doktrinlerinin ortaya çıkış süreci hakkında bilgi için bkz. Ata, ss. 4-16.

³⁸⁶ <http://gwcl.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf> (14.07.2015).

³⁸⁷ Clayton Yasası’nın ortaya çıkışı hakkında bkz. Kuntalp ve diğerleri, ss. 34-36; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 27-28; Keskin, ss. 104-105.

³⁸⁸ Clayton Yasası hakkında bilgi için bkz. Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 82-83; Keskin, s. 105.

bakımından son derece önemli olan bu Yasa'da da rakip teşebbüsler arası bilgi paylaşımı hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

1.2.2.3. Federal Ticaret Komisyonu Yasası (FTC Act)

Federal Ticaret Komisyonunu (FTC) kuran FTC Yasası 1914 tarihinde yürürlüğe girmiştir^{389, 390}.

FTC Yasası'nın 5. bölümünde yasadışı rekabetin haksız yöntemleri düzenlenerek bu tür eylemler yasaklanmıştır^{391, 392}. Ancak burada da bilgi değişimi konusunda açık bir ibareye yer verilmemiştir. Buna karşılık bilgi değişiminin FTC Yasası m. 5 kapsamında olduğu kabul edilmektedir³⁹³. Ayrıca tek taraflı bilgi açıklamalarının Sherman Yasası'nın 1. bölümünde belirtildiği şekilde bir anlaşma oluşturmuyor olması nedeniyle Sherman Yasası 1. bölüm kapsamında değerlendirilemeyeceği; buna karşılık tek taraflı bilgi açıklamalarının da FTC Yasası'nın 5. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁹⁴. Zira Sherman Yasası kapsamında bir ihlâl oluşturmayan, ancak rekabeti kısıtlama tehdidi içeren davranışlar FTC Yasası m. 5 kapsamında değerlendirilmektedir³⁹⁵. Buna ek olarak, somut durumun özelliklerine göre, tek taraflı bilgi açıklamalarının Sherman Yasası'nın 2. bölümünde yasaklanan tekelleşme ve tekelleşmeye yönelik girişimlere ilişkin uzlaşma ya da gizli işbirliği kapsamında ele alınmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁹⁶. Ancak Sherman Yasası kapsamında tek taraflı davranışların rekabete aykırı kabul edilebilmesi için bu davranış sergileyen teşebbüsün önemli bir pazar payı bulunması gerekmektedir. Pazar gücü bulunmadığı takdirde teşebbüslerin tek taraflı davranışları rekabeti ihlâl edici nitelikte görülmemektedir³⁹⁷.

³⁸⁹ https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorpora_tingus_safe_web_act.pdf (24.02.2016).

³⁹⁰ FTC Yasası hakkında bilgi için bkz. Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 83-84; Keskin, s. 106.

³⁹¹ Sherman Yasası'na aykırılığın aynı zamanda FTC Yasası'na da aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir (Pişma, s. 22, dn. 42; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 28; Kovacic, p. 59).

³⁹² FTC Yasası m. 5 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kovacic, pp. 59-80.

³⁹³ Azcuenaga, p. 6.

³⁹⁴ OECD 2012, p. 172.

³⁹⁵ Azcuenaga, pp. 6-7.

³⁹⁶ OECD 2012, p. 172.

³⁹⁷ Kovacic, pp. 5-6.

1.2.2.4. Robinson- Patman Yasası

Robinson- Patman Yasası, 1936 yılında Clayton Yasası'na ek olarak kabul edilmiştir³⁹⁸.

Bu Yasa müşteriler arasında, özellikle fiyat ayrımcılığı olmak üzere ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler getirmiştir³⁹⁹. Söz konusu Yasa, rakipler arası bilgi değişimi konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir.

1.2.2.5. Celler-Kefauver Yasası

Celler-Kefauver Yasası 1950'de kabul edilerek Clayton Yasası'nın 7. bölümüne eklenmiştir. Bu Yasa'nın amacı, Clayton Yasası'nda düzenlenmiş olan yatay birleşmelere ek olarak, rekabeti kısıtlayan dikey ve konglamera birleşmelerin yasaklanmasına yönelik hükümlerin düzenlenmesidir. Söz konusu Yasa genellikle Anti-Birleşme (*Anti-Merger*) Yasası olarak bilinmektedir^{400, 401}.

1.2.2.6. Rakipler Arasındaki İşbirlikleri Hakkında Antitröst Rehberi

Federal Ticaret Komisyonu (FTC) ile Adalet Bakanlığı (DOJ) 2000 yılında ortaklaşa olarak Rakipler Arasındaki İşbirlikleri Hakkında Antitröst Rehberi yayınlamışlardır^{402, 403}.

Bahsi geçen rehberde genel olarak rakipler arasındaki işbirliği ilişkilerine değinilmiş, bunların per se ve rule of reason olarak yasa dışı kabul edildiği haller ile değerlendirme esasları üzerinde durulmuştur. Rehber'de fiyat arttırmaya ya da arzı

³⁹⁸ <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-1996-title15/pdf/USCODE-1996-title15-chap1-sec13.pdf> (25.07.2016).

³⁹⁹ Bilgi için bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 29; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 219, dn. 376; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 93.

⁴⁰⁰ <https://definitions.uslegal.com/c/celler-kefuver-anti-merger-act/> (23.10.2017).

⁴⁰¹ Bilgi için bkz. Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 93-94; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 138-140.

⁴⁰² Federal Trade Commission (FTC) and The U.S. Department of Justice (DOJ), April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf -28.01.2015).

⁴⁰³ Rehber hakkında bilgi için bkz. OECD 2010, pp. 41-42, 298-299; E. F. Aslan, Bilgi Değişimi, ss. 9-12; Morphet and Dijk, pp. 11-12; Pişma, ss. 34-37.

azaltmaya yönelik anlaşmaların per se yasak olduğu belirtilmiştir. Bunlara ek olarak, rakipler arasındaki ihaleye fesat karıştıran, müşteri paylaşımına ilişkin olan anlaşmaların da yine per se yasak olduğuna değinilmiştir⁴⁰⁴. Per se yasak kapsamına girmeyen anlaşmalar rule of reason analizine göre değerlendirilecektir.

Rehber, rule of reason analizinin ne şekilde yapılacağını açıklamıştır. Buna göre; öncelikle ilgili anlaşmanın niteliğinin incelenmesi gerekir. Anlaşmanın niteliğine bakılırken anlaşmanın amacı ve eğer anlaşma hâlihazırda uygulanmakta ise antirekabetçi zararlara sebep olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer anlaşmanın niteliği ve pazar gücünün bulunmaması, antirekabetçi zararların bulunmadığını gösterirse anlaşmanın soruşturulmasına gerek kalmayacaktır. Buna karşılık, anlaşmanın niteliğinden rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin ortaya çıkabileceği anlaşılıyorsa ya da ortaya çıkmış zararlı etkiler mevcutsa ve bu zararları dengeleyecek ağır basan faydalar bulunmamaktaysa ayrıntılı bir pazar analizi gerekmeksizin anlaşma hakkında soruşturma başlatılacaktır⁴⁰⁵. Anlaşmanın niteliği incelendiğinde olası rekabetçi etkilerin bulunduğu anlaşılmakta ise de sonuca ulaşmak için bunun yeterli olmadığı hallerde daha derinlemesine bir inceleme yapılması gerekir. Bu durumda; ilgili pazar belirlenecek, pazar payları hesaplanacak ve yoğunlaşma oranına bakılacaktır. Anlaşmanın bir pazar gücü yaratıp yaratmadığı ya da mevcut pazar gücünü arttırıp arttırmadığı, bunun rekabet için risk oluşturup oluşturmadığı önemlidir⁴⁰⁶. Bu faktörler değerlendirildiğinde rekabeti kısıtlama potansiyeli olmadığı sonucuna varılırsa rekabeti arttırıcı faydaların bulunup bulunmadığı konusu araştırılmaksızın soruşturma sonlandırılacaktır. Ancak aksine, rekabete zarar verici etkilerin var olduğu sonucuna varılırsa, bu zararları dengeleyecek rekabeti arttırıcı etkilerin bulunup bulunmadığına bakılması gerekmektedir⁴⁰⁷.

Rehber’de anlaşmanın niteliği değerlendirilirken anlaşmanın, tarafların bağımsız karar alma yeteneğini sınırlandırıp sınırlandırmadığı, ortak kontrol ve finansal çıkarların birleşmesine sebep olup olmadığı hususlarının incelenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur⁴⁰⁸. Buna göre; üretim, pazarlama, satın alma ve Ar-

⁴⁰⁴ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, pp. 3, 8.

⁴⁰⁵ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, pp. 9-10.

⁴⁰⁶ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, p. 11.

⁴⁰⁷ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, ss 11-12.

⁴⁰⁸ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, ss 12-15.

Ge işbirliklerinin rekabeti arttırıcı etkiye sahip olmalarının yanında; bazı durumlarda bu işbirliklerinin tarafların bağımsız karar alma yeteneğini olumsuz etkileyerek ve pazar gücü yaratarak ya da pazar gücünü arttırarak rekabete zarar veren sonuçlar doğurduğu belirtilmiştir⁴⁰⁹.

Rehber’de bazı hallerde rakipler arasındaki bilgi değişiminin rekabeti arttırıcı etkilerinin bulunduğu ve rekabeti arttırmak için bazı hallerde makul düzeydeki bilgi değişiminin gerekli olduğu üzerinde durulmuştur. Buna örnek olarak; belirli teknolojilerin, know-how’ın ve diğer fikri mülkiyet haklarının paylaşılması gösterilmiştir. Buna karşılık, bilgi değişimi ya da açıklamalarının, özellikle fiyat, arz ya da rekabete hassas olan çeşitli diğer konularda rakipler arasındaki işbirliği olasılığını arttırabileceği; diğer koşulların eşit olması halinde fiyat, arz miktarı, maliyet ve stratejik planlamalara ilişkin bilgilerin paylaşımlarının, rekabete daha az hassas olan diğer bilgilerin paylaşımına göre rekabete yönelik kaygıları daha çok arttırdığı belirtilmiştir. Yine diğer koşulların eşit olması halinde, mevcut ya da geleceğe yönelik iş planlamalarına ve stratejilere ilişkin bilgilerin paylaşılmasının, tarihi bilgilerin paylaşılmasına göre rekabeti olumsuz etkileme yönünde daha yüksek bir potansiyel taşıyabileceği düzenlenmiştir. Son olarak, teşebbüslere ait özel bilgilerin değişiminin, toplanmış bilgilerin dağıtılması durumuna göre rekabeti sınırlandırma konusunda daha yüksek risk taşıdığı üzerinde durulmuştur⁴¹⁰.

Rehber’de rakipler arasındaki her türlü işbirliğini kapsayacak güvenli limanlar düzenlenmiştir. Buna göre iki ayrı güvenli liman mevcuttur⁴¹¹. Bunlardan ilki, pazar payına ilişkin olup işbirliği içindeki rakiplerin pazar payları toplamının yüzde yirmiyi aşmıyor olmasıdır. Bir başka deyişle; işbirliği içine giren rakip teşebbüslerin pazar paylarının toplamının yüzde yirmiyi aşmıyor olması halinde bu işbirliği, rekabet mevzuatı yönünden değerlendirilmeksizin yasal kabul edilecektir. İkinci güvenli liman ise Ar-Ge çalışmalarıdır. Rakip teşebbüsler inovasyon amacıyla ortak Ar-Ge çalışmaları yapmaktaysa bu işbirliği, teşebbüslerin pazar payları ne olursa olsun Rehber’e göre güvenli liman kapsamında olacaktır. Ancak her iki halde de, işbirliğinin per se yasa dışı sayılmasını gerektiren bir durum mevcutsa veya anlaşmanın doğasından antirekabetçi zararların ortaya çıkacağı açıkça

⁴⁰⁹ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, ss 13-15.

⁴¹⁰ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, p. 15.

⁴¹¹ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, p. 25 vd.

anlaşılmaktaysa ya da işler haldeki anlaşma zaten rekabete zarar veren sonuçlara sebep olmuşsa⁴¹² o işbirliği eyleminin güvenli bölgeden yararlanması mümkün olmaz⁴¹³.

Rehber'deki bu düzenlemeler, rakipler arasındaki her türlü işbirliğini kapsamakta olduğundan rakipler arasındaki bilgi paylaşımı faaliyetleri de gerekli koşulları taşıması halinde Rehber'deki güvenli bölgelerden yararlanabilecektir.

1.2.2.7. Sağlık Hizmetleri Alanında Antitröst Uygulama Politikalarına İlişkin Açıklamalar

1996 yılında DOJ ve FTC birlikte Sağlık Hizmetleri Alanında Antitröst Uygulama Politikalarına İlişkin Açıklamalar yayınlamıştır^{414, 415}.

Bu açıklamalar kapsamında sağlık hizmetleri alanında fiyat ve maliyete, çalışanların ücretleri ve gelirlerine ilişkin olarak yapılan bilgi değişimi faaliyetlerinin bazı koşulları taşıması halinde güvenli liman kapsamında korunacağı belirtilmiştir⁴¹⁶. Buna göre; fiyat, maliyet ve ücretler konusundaki bilgilerin güvenli liman korumasından yararlanabilmesi için, bu bilgilerin bir anket kapsamında toplanmış olması gerekir. Bilgilerin toplanmasına yönelik bu anket, bir hükümet kuruluşu, ticaret birliği, akademik kuruluş gibi bir üçüncü kişi tarafından yapılmalıdır. Toplanan bu bilgilerin en az üç ay öncesine ait olması gerekmektedir. Ayrıca, toplanan bilgilerin en az beş sağlayıcıdan toplanmış olması, istatistikteki bilgilerin %25'inden fazlasının sağlayıcıların şahsi bilgilerine ilişkin olmaması ve dağıtılan bu bilgileri alanların, sağlayıcılar tarafından çalışanlara uygulanan ücretler ve ödenen tazminatlar konusunda bireysel bazda sağlayıcıları ayırt edemeyecek olması gerekmektedir. Tüm bu koşulların bir arada bulunması halinde sağlayıcılar arasındaki bilgi değişimi, güvenli liman kapsamında yer alarak herhangi bir rekabet ihlali yaptırımıyla karşılaşmayacaktır.

⁴¹² Bu durumlarda ayrıntılı olarak rule of reason analizi yapılmasına gerek yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, p. 10.

⁴¹³ FTC and DOJ, April 2000, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, pp. 26-27.

⁴¹⁴ FTC and DOJ, August 1996, Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0000.htm> (28.05.2015).

⁴¹⁵ Bilgi için bkz. OECD 2010, pp. 299-300; Pişma, ss. 37-38.

⁴¹⁶ Bilgi için bkz. OECD 2010, pp. 41-42.

1.2.3. Avrupa Birliği (AB)

1.2.3.1. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)

Avrupa'da kurulan ilk birlik, Avrupa Kömür ve   elik Birliğidir. Söz konusu birliği kuran anlařmanın⁴¹⁷ 65-67. maddelerinde rekabete ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Anlaşmanın 65. maddesinde; ortak pazar içinde normal rekabet işleyişini doğrudan veya dolaylı olarak engellemeye, kısıtlamaya veya bozmaya, özellikle fiyat tespitine veya belirlemeye, üretimi, teknik gelişimi ve yatırımları sınırlamaya veya denetim altına almaya, pazarları, ürünleri, müşteri veya ikmal kaynaklarını paylaştırmaya yönelik tüm anlaşmaların, teşebbüs birlikleri kararlarının ve üzerinde anlaşmaya varılan uygulamaların yasaklandığı düzenlenmiştir.

1957 yılında Roma Anlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuřtur⁴¹⁸. Roma Anlaşması m. 85-94 hükümleri rekabet kurallarını düzenlemektedir. Roma Anlaşması m. 85 hükmü ile;   ye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve ortak pazar içindeki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu doğuran özellikle;

- alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını doğrudan ya da dolaylı olarak belirleyen,
-   retimi, pazarları, teknik gelişmeleri ve yatırımı kısıtlayan veya kontrol eden,
- pazar ve tedarik kaynaklarını paylaştıran,
- diğer ticari taraflar ile yapılan eşdeğer işlemlere farklı koşullar uygulayan ve böylece onları rekabet bakımından zararlı duruma sokan,
- sözleşmelerin akdedilmesini, özellikleri veya ticari teamüller gereğince bu tür sözleşmelerle hiç ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlayan

⁴¹⁷ Treaty Establishing the European Coal and Steel Community and Annexes I-III, 18.04.1951, http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1951_treaty_establishing_ceca.pdf (16.06.2016).

⁴¹⁸ The Treaty of Rome, 25.03.1957, http://ec.europa.eu/archives/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf (28.09.2015).

teşebbüsler arasındaki tüm anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve birlikte davranışlar ortak pazarla bağdaşmadığından yasaktır. Bu anlaşmayla yasaklanan anlaşma ve kararlar hükümsüzdür.

07.02.1992’de AB’yi kuran anlaşmalardan Maastrich Anlaşması imzalanmış ve bu anlaşma 01.11.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴¹⁹. Bu anlaşmayla AET, Avrupa Toplulu’na (AT) dönüşmüştür. Bu anlaşma ile Roma Anlaşması’ndaki rekabet hukuku kurallarına ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

02.10.1997 tarihinde imzalanan Amsterdam Anlaşması’yla AB kurulmuştur⁴²⁰. Amsterdam Anlaşması’nda rekabet hukukuna ilişkin kurallar anlaşmanın 81-89. maddeleri arasında yer almaktadır. Roma Anlaşması’nın m. 85 vd. hükümleri, bu anlaşmayla m. 81 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.

17.12.2007 tarihinde Lizbon Anlaşması ile son değişiklikler yapılmıştır⁴²¹. Bununla birlikte yapılan tüm değişiklikler toparlanıp yeniden numaralandırılarak son nihai metin olan Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA) oluşturulmuştur⁴²². ABİDA’da rekabet hukuku kuralları m. 101-109 arasında düzenlenmiştir. Roma Anlaşması m. 85 ve Amsterdam Anlaşması m. 81 hükümleri ABİDA’da m. 101 hükmü haline gelmiştir. Böylece ABİDA m. 101 hükmüne göre rekabeti engelleme, sınırlama, bozma amacı taşıyan ya da bu etkilere sebep olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklanmıştır.

AB’de kabul edilmiş olan “yetki ikamesi (*subsidiarite*) ilkesi”⁴²³ gereğince; rekabete aykırı bir davranış, üye devletlerarası ticareti etkiler nitelikteyse AB rekabet

⁴¹⁹ Treaty of Maastricht on European Union, 07.02.1992, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:xy0026&from=EN> (16.06.2016).

⁴²⁰ Treaty of Amsterdam Amending the Treaty of European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, 02.10.1997, <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf> (16.06.2016).

⁴²¹ EU, 2007, Treaty of Lisbon, 17.12.2007, OJ C 306/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=EN> (28.09.2015).

⁴²² EU, 2012, Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 26.10.2012, OJ C 326/47, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (16.06.2016).

⁴²³ Yetki ikamesi (*Subsidiarite*) ilkesi hakkında bkz. Sedef Zeyrekli ve Rengül Ekizceleroğlu, “Avrupa Birliği Bağlamında Hizmette Yerellik (*Subsidiarite*) İlkesi ve İlkenin Türkiye Açısından Ele Alınışı”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Cilt:16, Sayı. 3, 2007, ss. 29-48; Enver Bozkurt ve Mehmet Özcan, “Subsidiarite İlkesi (İkincillik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF**, Cilt:6, Sayı. 1, 2001, ss. 1-21; Ahmet M. Güneş, “Avrupa Birliğinde Subsidiarite İlkesinin Uygulanmasının Ulusal Parlamentolar Tarafından Denetlenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı. 141, 2014, ss. 37-62; Hakan Cavlak, “Subsidiarite (Yerellik) İlkesi ve Avrupa Birliği Çevre Politikası”, **BJSS Balkan Journal of Social Sciences/ Balkan Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 6, Sayı. 11, 2017, ss. 134-140.

kuralları, devletlerarası ticareti etkilemeyerek sadece ülke içindeki rekabeti etkilemişse ulusal rekabet kuralları uygulanır⁴²⁴.

ABİDA m. 101 hükmünde, selef hükümlerde olduğu gibi teşebbüsler arası bilgi paylaşımından açıkça bahsedilmemektedir. Ancak maddede belirtilen nitelikteki bir anlaşma, uyumlu eylem ya da kararın yardımcı eylemi niteliğinde olan bilgi paylaşımı faaliyetlerinin madde kapsamına girmekle birlikte⁴²⁵, parçası olduğu ana eylemden ayrı bir şekilde değerlendirilemeyeceği ve tek başına bir değer taşımadığı açıktır. Tek başına bir eylem olan bilgi değişimi faaliyeti hakkında ise açık bir düzenleme bulunmadığından konunun değerlendirilmesi yoruma, içtihatlarla ve rekabet otoritelerinin görüşlerine muhtaçtır⁴²⁶.

Doktrinde Whish tarafından, bilgi değişimi konusunda taraflar arasında bir anlaşma bulunması halinde bu anlaşmanın, AET Anlaşması m. 81/I (ABİDA m. 101/I) kapsamına gireceği; buna karşılık bağımsız bir üçüncü kişi kanalıyla bilginin toplanması, derlenmesi ve dağıtılmasının ya da teşebbüslerin basın, müşterilerle tartışma gibi yollarla birbirlerinin davranışları sonucunda bilgi elde etmelerinin madde kapsamına girmeyeceği açıklanmıştır. Ayrıca yazar tarafından, bilgi değişiminin sözleşmesel bir yükümlülük oluşturmayan centilmenlik anlaşması veya bir uyumlu eylem niteliğinde olması halinde, bunun rekabeti kısıtlayıcı ya da ortadan kaldırııcı bir etkiye sahip olması durumunda AET Anlaşması m. 81/I (ABİDA m. 101/I) kapsamına gireceğine işaret edilmiştir⁴²⁷.

1.2.3.2. Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber

Avrupa Komisyonu tarafından 2001 yılında Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber Taslağı yayınlanmıştır⁴²⁸. Taslakta rakipler arasındaki yatay işbirliği anlaşmaları olarak Ar-Ge, üretim, satın alma, ticarileşme, standardizasyon ve çevre

⁴²⁴ Aşçıoğlu Öz, s. 66.

⁴²⁵ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 13; Costin, p. 37.

Doktrinde Švirinas, bilgi değişiminin m. 101 kapsamına girebilmesi için mutlaka bilgi değişimine ilişkin bir anlaşmanın, uyumlu eylem veya kararın bulunması gerektiğini özellikle vurgulamıştır (Švirinas, pp. 91-94).

⁴²⁶ Švirinas, p. 89.

⁴²⁷ Whish, p. 29.

⁴²⁸ EC, 2001, Draft, Guidelines on the Applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Agreement, C 3/2, 06.01.2001 ([http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0106\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0106(01)&from=EN) -28.01.2015).

korumaya yönelik anlaşmalar irdelenmiştir. Bunlar incelenirken rakipler arasındaki bilgi değişimi konusuna ayrıntıya yer vermeksizin değinilmiş ve hassas ticari bilginin paylaşımının AET Anlaşması m. 81 kapsamına girebileceği yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Bahsi geçen taslak 2010 yılında revize edilmiştir⁴²⁹. Revize edilen metinde bilgi değişimi konusuna ayrı bir başlık altında çok daha geniş yer verilmiştir^{430, 431}. Metinde bilgi değişiminin rakipler arasında doğrudan, üçüncü bir kişi aracılığıyla, ticaret birlikleri gibi ortak bir kuruluş aracılığıyla ya da yazılı yayınlar yoluyla gerçekleşebileceğine değinilmiştir. Taslakta bilgi değişiminin, sadece bir anlaşmanın, uyumlu eylemin ya da bir teşebbüsler birliği kararının parçası olması halinde ABİDA m. 101 kapsamına gireceği belirtilmiştir⁴³².

Taslağa göre, ticarete hassas bilginin değişimi halinde rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ortaya çıkabilir. Teşebbüsler geleceğe yönelik davranışlar bakımından bir anlaşma olmaksızın aynı şekilde hareket etme yönünde birbirlerine uyum gösterebilir. Ayrıca bilgi değişimi dolayısıyla piyasada oluşacak şeffaflaşma nedeniyle teşebbüsler birbirlerini izleyebilecek ve piyasaya yeni girişlere karşı ortak bir davranış geliştirerek piyasanın kapanmasına sebep olabileceklerdir⁴³³. Teşebbüsler arasında geleceğe dönük fiyat ve miktar bilgilerinin paylaşılması, rakiplerin fiyat konusunda ortak bir davranış sergilemelerine yol açabilir. Rakipler bu bilgilerin paylaşımı yoluyla, pazar payını kaybetme ya da rekabetçi fiyat savaşlarına maruz kalma riski taşımaksızın ortaklaşa olarak daha yüksek fiyatlar uygulayabilirler. Bu, ABİDA m. 101/I kapsamında amaç yönünden rekabetin kısıtlanması olarak değerlendirilebilir ve teşebbüsler kartel nedeniyle cezalandırılabilir^{434, 435}. Rekabetin amaç yönünden sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı

⁴²⁹ EC, 2010, Draft, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning Of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, SEC 528/2 (http://europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_en.pdf -28.01.2015).

⁴³⁰ EC, 2010, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning Of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 16 vd.

⁴³¹ Bilgi için bkz. E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 28-29; Švirinas, pp. 90-91.

⁴³² EC, 2010, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning Of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 16.

⁴³³ EC, 2010, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning Of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 18.

⁴³⁴ EC, 2010, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning Of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 18, 19. Aynı yönde: OECD 2010, p. 312.

belirlenirken, bilgi paylaşımının doğası gereği rekabeti sınırlandırma olasılığı bulunup bulunmadığı dikkate alınacaktır⁴³⁶. Geleceğe dönük fiyat ve miktar bilgileri ile amaç yönünden rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşıyan diğer bilgiler dışındaki bilgilere yönelik paylaşım faaliyetlerinde her olay için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu durumda yapılan bilgi değişimi faaliyetinin ABİDA m. 101/I kapsamına girmesi için, bu bilgi değişimi faaliyetinin fiyat, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği, inovasyon gibi rekabet parametrelerinin birini ya da birkaçını ciddi bir şekilde olumsuz yönde etkilemesi gerekmektedir⁴³⁷. Bilgi değişimi işletmeler tarafından verimliliği arttırmak için kullanılabilir. Ancak verimliliği arttırmak için gerekli olanı aşan bilgi değişimleri ABİDA m. 101/III kapsamı dışında kalacaktır ve bu bilgi paylaşımını yapan işletmeler, bunun verimliliği arttırma amacına ulaşmak için zorunlu olduğunu ispatlamak zorunda kalacaklardır⁴³⁸.

Taslağa yönelik yapılan birçok eleştiri getirilmiştir⁴³⁹. Taslağa yönelik eleştirilerden ilki, amaç ve etki yönünden rekabetin kısıtlanması konusundaki

⁴³⁵ Rehber'deki, geleceğe yönelik fiyat ve miktar bilgilerine ilişkin tüm paylaşımların amaç yönünden rekabeti sınırlandırıcı olduğu yönündeki yaklaşım doktrinde eleştirilmektedir. E. F. Aslan tarafından; özellikle, Rehber'de bu yaklaşıma dayanak olarak gösterilen mahkeme kararlarının sert yorumlandığı, kararlarda yer alan bazı cümlelerin bağlı olduğu olgulardan koparıldığı, mahkeme kararlarındaki bazı cümlelerin bağlayıcı hukuk normu ile eşdeğer konuma getirilmeye çalışıldığı, yorumun amaca göre yapılması gerektiği, Rehber'de yer alan bazı kararlardaki bilgi paylaşımına yönelik ifadelerin amaca göre yorumlanması halinde bunların sadece kartelin bir unsuru olan bilgi paylaşımları bakımından uygulanabilir olduğunun düşünüldüğü ve bunların tek başına bir eylem olan bilgi değişimi faaliyetlerine uygulanamayacağı, eğer tek başına eylem niteliğindeki bilgi paylaşımlarına kıyasen uygulanmak isteniyorsa bunun ancak kartel oluşturma amacı taşıyan bilgi değişimlerine uygulanmasının mümkün olabileceği, geleceğe yönelik bilgi paylaşımının amaç yönünden rekabete aykırı kabul edilebilmesi için paylaşımın amacının açıkça kartel oluşturmak için uzlaşmak olduğunun elde edilen delillerle ortaya konmuş olmasının gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca yazar tarafından, bilgi paylaşımı taraflarının elde ettikleri bilgiye uygun davranmaması halinde, teşebbüslerin başta buna uygun davranacakları yönünde bir imada bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Böyle bir imada bulunmuş, açıkça muhalif kalmamışsa amaç yönünden rekabete aykırı olan uzlaşmaya taraf olduğu sonucuna varılabileceği, bu durumda bile rakibinden öğrendiği bilgiyi kendi ticari stratejisini belirlerken dikkate almadığını kanıtlayarak kendini sorumluluktan kurtarabileceği savunulmuştur. Yazara göre; bilgi paylaşımı nedeniyle pazarda normalde mevcut olmayan koşulların ortaya çıkıp çıkmadığı önem taşır. Bunun için öncelikle pazardaki normal koşulların ne olduğu ortaya konmalı, daha sonra bilgi değişiminin bu koşullar üzerinde ne gibi değişiklikler yarattığı incelenmelidir (E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 47-50) .

⁴³⁶ E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 45-46.

⁴³⁷ EC, 2010, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning Of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 19.

⁴³⁸ EC, 2010, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning Of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 25.

⁴³⁹ Taslak metnine yönelik eleştiriler için bkz. European Competition Lawyer Forums, Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, June 25,2010

ayrımın yeterli olmadığı ve değerlendirme yapılırken izlenmesi gereken kurallar konusunda bir netlik bulunmadığı yönündedir⁴⁴⁰. Geleceğe dönük miktar bilgileri konusunun yeterince aydınlatılmamış olması ve mutlak bir varsayım yapılmış olması bir diğer eleştiri konusu olarak açıklanmıştır. Buna göre, geleceğe dönük miktar bilgileri bazı piyasalarda kamusal bir şekilde açıktır ve bu, uzun dönemli yatırım planlarında yardımcı olarak rekabet attırıcı bir etki yaratır. Bu nedenle kamusal olarak açık olan geleceğe dönük miktar bilgilerinin paylaşılması, amaç yönünden bir kısıtlama olarak kabul edilmemelidir⁴⁴¹. Rehber taslağında dikey anlaşmalarda etki temelli yaklaşımın kabul edilmiş olmasının güvenli limanlar oluşturulmasına yönelik olumlu bir tutum içermediği; aksine güvenli limanların belirlenmesi halinde yasal bir belirlilik oluşacağı eleştirilen bir diğer nokta olmuştur⁴⁴². Ayrıca taslakta, AB düzenleyici rejimleri kapsamında bilgi değişimi, ortak hesaplama araçlarının kullanılması, ticaret birliklerinin rolünün faydalı istatistiksel bilgiler ile diğer bilgiler, eğitimler kapsamında değerlendirilmesi, birleşmeler ve diğer işlemler kapsamındaki bilgi değişimleri, “topla ve dağıt” (*hub-and-spoke*) olarak anılan ihlaller konularında değerlendirmelerde bulunulması gerektiği belirtilmiştir⁴⁴³.

Tüm bu eleştirilerden sonra metne 2011 yılında son hali verilmiş ve Rehber yayınlanmıştır⁴⁴⁴. Metnin 2011 yılında yayınlanan son halinde taslağa yönelik eleştirilerin az da olsa dikkate alınmış olduğu görülmekte ise de bunun tatmin edici boyutta olduğunu söylemek pek kolay değildir⁴⁴⁵. Rehber’de, teşebbüslerin toplantı, e-mail, telefon görüşmesi gibi yollarla tek taraflı olarak ticarete hassas bilgilerini rakiplerine açıklaması halinde, açık bir anlaşma bulunmasa dahi, rakibin bu tür

(http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/ecdf_en.pdf -28.01.2015). Eleştiriler hakkında bilgi için bkz. E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 29-31.

⁴⁴⁰ European Competition Lawyer Forums, Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 2.

⁴⁴¹ European Competition Lawyer Forums, Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 2, 3.

⁴⁴² European Competition Lawyer Forums, Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 4.

⁴⁴³ European Competition Lawyer Forums, Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 6, 7.

⁴⁴⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements. Bkz. yuk. s. 14, dn. 50.

⁴⁴⁵ Nihai metne getirilen değişiklikler ve nihai metne yönelik değerlendirmeler hakkında bkz. Pişma, ss. 56-71; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 31-34.

bilgileri almak istemediğini açıkça belirtmiş olmadığı takdirde, bilgiyi kabul etmiş ve kendi pazar stratejilerini bu bilgilerle uyumlu hale getirmiş sayılacağı belirtilmiştir. Buna karşılık teşebbüslerin tek taraflı açıklamalarını basın ve yayın organları ve sair yollarla kamusal olarak yapmaları halinde, bu durum tek başına ABİDA m. 101/I kapsamına girmeyecektir. Ancak rakiplerin bu açıklamayı takiben karşılık olarak tek taraflı açıklamalarda bulunması, bunun ortak bir anlayışa varmak için kullanılan bir strateji olduğu yönünde kanıt oluşturabilir⁴⁴⁶. Nihai metinde, geleceğe yönelik fiyat ve miktar bilgilerinin paylaşılmasının kartel olarak değerlendirilebileceği açıklandıktan sonra, ABİDA m. 101/III'deki bireysel muafiyet hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir⁴⁴⁷.

1.2.3.3. AET Anlaşması m. 81/III Hükümünün Uygulanmasına İlişkin Genel Rehber

Avrupa Komisyonu tarafından 2004 yılında AET Anlaşması m. 81/III'ün uygulanmasına yönelik bir Genel Rehber yayınlanmıştır⁴⁴⁸.

Genel Rehber'de AET Anlaşması m. 81'in uygulama alanı hakkında açıklamalar yapılmış ise de bilgi değişimi konusuna değinilmemiş, bu konu hakkında değerlendirmelerde bulunulmamıştır.

1.2.3.4. AET Anlaşması m. 81 Hükümünün Denizcilik Taşıma Hizmetlerine Uygulanması Hakkında Rehber

Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan bir diğer rehber, 2008 yılında yayınlanan ve AET Anlaşması m. 81'in denizcilik taşıma hizmetlerine uygulanmasına ilişkin rehberdir^{449, 450}.

⁴⁴⁶ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 14.

⁴⁴⁷ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 16.

⁴⁴⁸ EC, 2004, Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty, 27.04.2004, 2004/C, 101/08 ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(07\):EN:HTML -30.01.2015](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(07):EN:HTML -30.01.2015)).

⁴⁴⁹ EC, 2008, Guidelines on the Application of Article 81 of the Treaty to Maritime Transport Services, 26.09.2008, 2008/C, 245/02 ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008 XC0926\(01\)&from=EN -30.01.2015](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008 XC0926(01)&from=EN -30.01.2015)).

Rehber'e göre bilgi değişimi faaliyetleri olay bazında tüm faktörler göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede esas alınacak iki temel faktör, pazar yapısı ve bilginin niteliğidir. Pazar yapısı incelenirken yoğunlaşma seviyesi ile arz ve talep yapısı değerlendirilmelidir. Yoğunlaşma seviyesi yüksek olan oligopol pazarlarda bilgi değişiminin kısıtlayıcı etkisi, yoğunlaşmanın düşük olduğu pazarlara göre daha fazladır. Fiyat, kapasite ve maliyetlere ilişkin bilgilerin paylaşımının m. 81 kapsamına girme olasılığı, diğer bilgilerin paylaşılmasına göre daha yüksektir. Değerlendirmede, bilginin ticari hassaslığı önem tařır⁴⁵¹. Ayrıca hangi teşebbüslere ait olduğu belirli olan, bir başka deyişle özelleştirilmiş bilgilerin paylaşılması m. 81 kapsamına girebilecekken, ayırt edilmeyen toplanmış bilgiler madde kapsamına girmemektedir. Ancak geleceğe dönük kapasite tahminlerine yönelik toplanmış bilgilerin paylaşılması, doğrudan fiyatlar üzerinde etki edebileceğinden rekabeti kısıtlayıcı sonuçlara sebep olabilir⁴⁵². Geçmişe yönelik (tarihi) bilgi değişimi genellikle m. 81 kapsamına girmez, çünkü bu tür bilgilerin paylaşılması, rakiplerin geleceğe yönelik davranışlarını etkileme gücüne sahip değildir. Buna karşılık geleceğe yönelik bilgilerin paylaşılması, özellikle de fiyat ve arz miktarları hakkındaki bilgilere ilişkin paylaşımlar rekabetçi etkiler yönünden daha problemlidir⁴⁵³. Bilgi değişiminin sıklığı da önemli bir konudur. Daha sık yapılan bilgi paylaşımının rekabet üzerindeki etkileri daha fazla olacaktır⁴⁵⁴.

Rehber'de bu genel açıklamalara değinildikten sonra deniz taşımacılığındaki fiyat bilgisi konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur. Deniz taşımacılığında toplanan bilgilere dayalı olarak deniz taşımacılığındaki ortalama fiyat bilgileri ilan edilmektedir. Bunlar, teşebbüs bazında ayrılmış olmadıkça m. 81 kapsamına girmez. Ancak bu fiyat açıklamaları, piyasadaki belirsizliği azaltarak rakipler arasındaki rekabeti kısıtlıyorsa m. 81 kapsamına girecektir. Rekabeti sınırlayıcı bilgi paylaşımı

⁴⁵⁰ Rehber hakkında bilgi için bkz. Costin, pp. 7-8; E. F. Aslan, Bilgi Değişimi, ss. 12-18; Chistensson, pp. 27-29.

⁴⁵¹ EC, 2008, Guidelines on the Application of Article 81 of the Treaty to Maritime Transport Services, p. 9.

⁴⁵² EC, 2008, Guidelines on the Application of Article 81 of the Treaty to Maritime Transport Services, p. 10.

⁴⁵³ EC, 2008, Guidelines on the Application of Article 81 of the Treaty to Maritime Transport Services, p. 10.

⁴⁵⁴ EC, 2008, Guidelines on the Application of Article 81 of the Treaty to Maritime Transport Services, p. 10.

aynı zamanda daha iyi yatırım planları yapılması, kapasitenin etkin kullanımı gibi verimliliği artırıcı sonuçlar da yaratabilir. Bu durumda m. 81/III kapsamında muafiyet gündeme gelecektir⁴⁵⁵.

1.2.4. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'ta rekabet hukukuna yönelik düzenlemelerin ilki 1948 yılında yürürlüğe giren Monopol ve Sınırlayıcı Uygulamalar (Tahkikat ve Kontrol) Yasası (*Monopoly and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act*)'dır. Bu yasa ile Monopoller Komisyonu (*Monopolies Commission*) kurulmuştur⁴⁵⁶.

Bu yasayı, 1956 yılında yürürlüğe giren Sınırlayıcı Ticaret Uygulamaları Yasası (*Restrictive Trade Practices Act*) takip etmiştir⁴⁵⁷. Bu düzenleme ile Sınırlayıcı Ticaret Uygulamaları Mahkemesi kurulmuş, kartel uygulamalarına bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, kartel anlaşmalarının önce resmi bir sicile kaydedilmesi ve Sınırlayıcı Ticaret Uygulamaları Mahkemesine getirilmesi gerekmektedir. Mahkeme tarafından bu anlaşmanın kamu yararına aykırı olup olmadığı tespit edilecektir. Bahsi geçen Yasa'da bilgi değişiminden söz edilmemiş, mahkeme tarafından genellikle fiyat tespiti ve pazar paylaşmaya yönelik anlaşmaların kamu yararına aykırı olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁵⁸.

Sözü geçen Yasa'nın yerini 1965 yılında yürürlüğe giren Monopoller ve Birleşmeler Yasası (*Monopolies and Mergers Act*)⁴⁵⁹ ile 1969 yılında yürürlüğe giren Monopoller ve Sınırlayıcı Ticaret Uygulamaları Yasası (*Monopolies and Restrictive*

⁴⁵⁵ EC, 2008, Guidelines on the Application of Article 81 of the Treaty to Maritime Transport Services, p. 11.

⁴⁵⁶ S. R. Dennison, "The British Restrictive Trade Practices Act of 1956", **Journal of Law & Economics**, Vol. 2, 1959, p. 64.

⁴⁵⁷ Yasa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dennission, pp. 64-83; Lucile Sheppard Keyes, "Collective Restrictions Under The British Restrictive Trade Practices Act, 1956", **Virginia Law Review**, Vol. 51, No. 3, 1965, pp. 42-457; Peter G. Whiteman, "Arrangements" within the Restrictive Trade Practices Act 1956", **The Modern Law Review**, Vol. 29, No. 5, 1966, pp. 563-568; Peter G. Whiteman, "The New Judicial Approach to the Restrictive Trade Practices Act 1956", **The Modern Law Review**, Vol. 30, No. 4, 1967, pp. 398-425; Valentine Latham Korah, "Resale Price Maintenance and the Restrictive Trade Practices Act, 1956, S. 25", **The Modern Law Review**, Vol. 24, No. 2, 1961, pp. 219-238.

⁴⁵⁸ Kühn and Vives, Information Exchange, p. 72.

⁴⁵⁹ Yasa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. D.G. Goyder, "Monopolies and Mergers Act, 1965", **The Modern Law Review**, Vol. 28, No. 6, 1965, pp. 693-698.

Trade Practices Act)⁴⁶⁰ almıştır. Bilgi değişimi, bu son yasal düzenleme ile kapsama alınmıştır⁴⁶¹. 1973 yılında Adil Ticaret Yasası (*Fair Trading Act*)⁴⁶², 1976'da Ticareti Sınırlandıran Uygulamalara İlişkin Yasa (*Restrictive Trade Practices Act*)⁴⁶³, 1980'de Rekabet Yasası (*Competition Act*)⁴⁶⁴ yürürlüğe girmiştir. Bunlardan Ticareti Sınırlandıran Uygulamalara İlişkin Yasa (*Restrictive Trade Practices Act*) 01.03.2000 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Tüm bu yasaların ortak amacı; pazarda rekabetçi yapı oluşturmak, bu yapıyı korumak ve rekabetçi piyasanın devamını sağlamaktır⁴⁶⁵.

Birleşik Krallık, 1972 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) üyesi olmuş ise de 1980 yılına kadar yukarıda belirtilen rekabet hukuku mevzuatı uygulanmıştır. Söz konusu mevzuat çerçevesindeki kurallar AET'den çok ABD sistemine uygundur. 1998 yılında AB mevzuatı ile uyumlu Rekabet Yasası (*Competition Act*)⁴⁶⁶ kabul edilmiş, söz konusu yasa 2000 yılında yürürlüğe girmiş ve bu yasa ile rekabet hukuku kuralları tek bir çatı altında toplanmıştır⁴⁶⁷.

Birleşik Krallık'ta bilgi değişimi konusunda hâlihazırda ayrı ve özel bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktadır. Buna karşılık, Adil Ticaret Ofisi (Office of Fair Trading=OFT) tarafından 2004 yılında "*Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemler*" adlı bir rehber yayınlanmış olup, bu rehberde bilgi paylaşımı konusuna da değinilmiştir⁴⁶⁸.

Rehber'de; bu Rehber'in, AB anlaşması, AB Komisyonu tarafından çıkarılan rehberler ve mevcut mevzuat yerine kullanılmadığı, aksine tüm bunlarla birlikte bir tamamlayıcı olarak kullanıldığı herhangi bir tereddüde yol açmamak adına rehberin girişinde açıkça belirtilmiştir.

⁴⁶⁰ Tam metin için bkz. http://www.mca.gov.in/Ministry/actsbills/pdf/The_Monopolies_and_Restrictive_Trade_Practices_Act_1969.pdf (22.09.2015).

⁴⁶¹ Kühn and Vives, Information Exchange, p. 72.

⁴⁶² Tam metin için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41> (17.04.2017).

⁴⁶³ Tam metin için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/34/schedule/3/crossheading/copyrights> (17.04.2017).

⁴⁶⁴ Tam metin için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/21/pdfs/ukpga_19800021_en.pdf (17.04.2017).

⁴⁶⁵ Aşçıoğlu Öz, ss. 46-47.

⁴⁶⁶ Tam metin için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/contents> (17.04.2017).

⁴⁶⁷ Aşçıoğlu Öz, s. 47.

⁴⁶⁸ OFT, 2004, Agreements and Concerted Practices, Understanding Competition Law, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284396/oft401.pdf (02.02.2015).

Rehber’de rekabeti sınırlandırıcı etki gösterebilen anlaşmalar başlığı altında bilgi değişimi, fiyat konusundaki bilgi paylaşımı ve fiyat dışındaki bilgilerin paylaşımı konularına yer verilmiştir⁴⁶⁹. Bir başka deyişle; bilgi değişimi, rekabeti sınırlandırıcı etki gösterebilen anlaşmaların bir türü olarak açıklanmıştır. Ancak çalışmada birçok defa belirtilmiş olduğu gibi, bilgi değişiminin rekabet hukuku yönünden değerlendirmeye alınmasını gerektiren haller, bilgi değişiminin tek başına bir eylem durumunda olduğu durumlardır. Bilgi değişiminin bir anlaşmanın, uyumlu eylemin ya da bir teşebbüsler birliği kararının yardımcı parçası olması halinde sadece ana eylem yönünden bir değerlendirme yapılmaktadır. Ayrıca tek başına bir eylem olan bilgi değişiminin anlaşma olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Zira bilgi paylaşımında bulunan teşebbüsler arasında her zaman bir anlaşma bulunmayabilir. Hatta bilgi değişiminin tek taraflı olması da mümkündür. Herhangi bir anlaşmaya dayanmayan, teşebbüslerin kendi inisiyatifleriyle açıkladıkları bilgiler nedeniyle piyasadaki belirsizliğin azalması ya da ortadan kalkması ve bunun sonucunda teşebbüslerin bir anlaşmaya dayanmaksızın paralel davranışlar sergilemesi mümkündür. Bu nedenle, bilgi paylaşımı kavramının genel itibarıyla bir anlaşma olarak nitelendirilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı söylenebilir.

Rehber’de öncelikle bilgi değişiminin genel olarak rekabeti arttırıcı etki gösterdiği, müşterilerin daha fazla bilgi sahibi olması sonucunda rekabetin artacağı hususuna değinilmiştir. Ayrıca bilgi değişimi sayesinde yeni teknolojiler ve pazar fırsatları gibi konularda bilgi sahibi olunması nedeniyle rekabet gelişme gösterebilecektir. Buna karşılık; bilgi paylaşımı sonucunda piyasadaki belirsizlik azalır ya da tamamen ortadan kalkarsa bilgi değişiminin rekabet üzerinde olumsuz etkileri ortaya çıkabilir. Bilgi değişiminin rekabet üzerinde dikkate değer bir olumsuz etkisinin olup olmadığı konusu, her olay için özel olarak yapılacak değerlendirmeler sonucunda anlaşılabilir. Bu değerlendirme yapılırken pazarın yapısı, bilginin niteliği ve paylaşım şekli önem taşımaktadır. OFT tarafından kabul edilen gelen kurala göre; pazardaki teşebbüs sayısı azsa, bilgi değişimi sık ve hassas konulara ilişkin detaylı bilgilere ilişkinse, rekabetin kısıtlanmasına yönelik sonuçların ortaya çıkma ihtimâli artmaktadır⁴⁷⁰. Ayrıca bilgi paylaşımı sadece bazı teşebbüsler arasında sınırlı tutulmakta ve diğer teşebbüslerin ve müşterilerin bu bilgilere

⁴⁶⁹ OFT, 2004, Agreements and Concerted Practices, Understanding Competition Law, p. 13.

⁴⁷⁰ OFT, 2004, Agreements and Concerted Practices, Understanding Competition Law, p. 17.

ulaşması mümkün olmamaktaysa rekabeti kısıtlayıcı sonuçların ortaya çıkma riski daha yüksek olacaktır⁴⁷¹.

Rehber'e göre fiyat konusundaki bilgilerin paylaşımı, teşebbüsler arasında fiyat koordinasyonu sağlar ve rakipler arasındaki rekabeti ortadan kaldırır. Fiyat konusundaki bilgi paylaşımına, doğrudan fiyata ilişkin bilgilerin paylaşımı yanında, fiyatın belirlenmesine yönelik unsurlar hakkındaki bilgilerin paylaşımı da girmektedir. Güncel bilgilerin paylaşılması, rekabet üzerinde etkili olabileceksen tarihsel ve toplama bilgilerin paylaşılmasında böyle bir etki söz konusu değildir. Fiyat dışındaki bilgilerin paylaşılmasında ise, bunun rekabet üzerindeki etkisi söz konusu pazarın yapısına ve bilginin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin istatistiksel bilgiler, pazar araştırmaları ve genel çalışmalar, teşebbüslerin ticari ve rekabetçi bağımsızlıklarını azaltmadıklarından rekabete olumsuz etki etmez⁴⁷². Ancak paylaşılan bilgi, teşebbüslerin mevcut ya da geleceğe dönük planlarına ilişkinse ve genel nitelik taşımayan, hangi teşebbüslere ait olduğu belirlenebilen bir bilgi söz konusuysa, bu eylem rekabeti olumsuz yönde etkileyecektir⁴⁷³.

1.2.5. Türkiye

İç hukukta mevzuat incelendiğinde doğrudan doğruya bilgi değişimini tanımlayan ve düzenleyen, bilgi değişiminin hangi hallerde rekabeti kısıtlayıcı veya arttırıcı sonuçlar doğuracağını açıklayan, güvenli limanlar getiren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

RKHK m. 4'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 eylemlerinin yasak olduğu düzenlenmiştir. Ancak yasa hükmünde sadece anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlardan söz edilmiş; bilgi değişimi kavramına yer verilmemiştir. Buna rağmen gerek Rekabet Kurulu gerekse doktrin, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama

⁴⁷¹ OFT, 2004, Agreements and Concerted Practices, Understanding Competition Law, p. 18.

⁴⁷² OFT, 2004, Agreements and Concerted Practices, Understanding Competition Law, p. 18.

⁴⁷³ OFT, 2004, Agreements and Concerted Practices, Understanding Competition Law, p. 19.

amacı taşıyan veya bu etkiyi gösteren bilgi değişimi faaliyetlerinin de RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde hemfikirdir.

Bilgi değişiminin tanımının ve rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi nin yapıldığı tek kaynağın Rekabet Kurulu tarafından 2013 tarihinde çıkarılan Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz olduğunu söylemek yanlış olmaz. Söz konusu Kılavuz'da bilgi değişiminin tanımı yapıldıktan sonra bilgi değişiminin RKHK m. 4 ve m. 5 kapsamında değerlendirilmesine yer verilmiştir. Ancak söz konusu Kılavuz'daki açıklamaların yeterli ve tatmin edici olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Söz konusu Kılavuz'da, rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen yatay işbirliği anlaşmaları ayrı ayrı ele alınarak incelenmiş, böylece bu anlaşmaların niteliği gereği ortaya çıkacak bilgi değişimi faaliyetlerine ilişkin yol gösterilmiştir. Kılavuz'da yer alan düzenlemeler, çalışmamız içinde yeri geldikçe açıklandığından burada daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

Rekabet Kurulunun Ar-Ge anlaşmalarına, sigorta sektörüne, teknoloji anlaşmalarına ve uzmanlaşma anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğleri bulunmakta olup söz konusu tebliğler kapsamında ilgili anlaşmalara yönelik bilgi değişimi faaliyetlerine ilişkin güvenli limanlar belirlenmiştir. Belirtilen tebliğlere ilişkin ilgili bölümlerde gerekli açıklamalar yapılacağından burada ayrıca açıklama yapılmayacaktır.

Türkiye'de rekabet hukuku konusundaki tüm mevzuatın kaynağını AB rekabet hukuku oluşturmaktadır. Zira AB ile Türkiye arasında 12.09.1963 tarihli Ankara Antlaşması (Ortaklık Sözleşmesi)⁴⁷⁴ akdedilmiş ve bu antlaşma gereğince bir Ortaklık Konseyi kurulmuştur. Bu antlaşma, Türkiye'nin Avrupa'nın bir parçası olma isteğinin ilk adımı olarak nitelendirilmektedir⁴⁷⁵. Bu antlaşmaya dayalı olarak 1970 yılında Katma Protokol⁴⁷⁶ imzalanmış olup bu protokol bir uygulama anlaşması niteliğindedir⁴⁷⁷. Türkiye'nin Avrupa ile entegrasyonuna yönelik son belge, Ortaklık

⁴⁷⁴ Tam metin için bkz. http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ile-avrupa-ekonomik-toplulugu-arasinda-bir-ortaklik-yaratan-anlasma-_ankara-anlasmasi_-12-eylul-1963-.tr.mfa (19.04.2017).

⁴⁷⁵ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 19.

⁴⁷⁶ Tam metin için bkz. <http://www.mfa.gov.tr/avrupa-ekonomik-toplulugu-ile-turkiye-arasinda-ortaklik-iliskisi-kurulmasina-dair-anlasmaya-katma-protokol---23-kasim-1970.tr.mfa> (19.04.2017).

⁴⁷⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 20.

Konseyi tarafından alınan 06.03.2005 tarihli 1/95 sayılı Gümrük Birliği Kararı'dır⁴⁷⁸. Sayılı tüm bu belgelerle birlikte Gümrük Birliği Kararı'na göre Türkiye, tüm rekabet hukuku mevzuatını AB rekabet hukuku mevzuatı ile uyumlu hale getirmeyi ve bu hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasını temin etmeyi kabul etmiştir. Buna göre; Türkiye, AB rekabet hukukundaki tüm grup muafiyeti düzenlemeleri ile AB'de geliştirilmiş olan içtihatları, Gümrük Birliği'nin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde uygulamaya koymayı, bu grup muafiyeti düzenlemelerinde gerçekleşecek her türlü değişikliğin Türkiye'ye bildirilmesinden itibaren en geç bir yıl içinde iç mevzautta aynı yönde değişiklikler yapmayı taahhüt etmiştir. Bu nedenle; Türk rekabet hukuku kuralları, AB rekabet hukukundaki değişiklik ve gelişmelere göre ve bunlara uyumlu şekilde düzenlenmektedir^{479, 480}.

⁴⁷⁸ EU, 1995, *Decision No 1/95 of the EC- Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Custom Union*, 22.12.199, OJ 13.02.1996 L 035, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21996D0213\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21996D0213(01):EN:HTML) (16.06.2016).

Doktrinde Balkı, 1/95 sayılı Gümrük Birliği kararının Türkiye'deki rekabet hukukunun kuruluşuna esas olan temellerden biri olduğunu ifade etmektedir. Yazar, Türk rekabet hukuku rejiminin temelini oluşturan diğer iki unsurun ise; Anayasa'nın 167. maddesi ve uygulanan serbest pazar ekonomisi olduğunu belirtmiştir (Balkı, ss. 68-69).

Aynı yönde: İ. Y. Aslan, *Rekabet Hukuku*, ss. 57, 63-64; İ. Y. Aslan, *Rekabet*, ss. 15-16; Güven, *Rekabet Hukuku*, ss. 38-40; N. Kortunay, ss. 31-32)

1/95 sayılı Gümrük Birliği kararı hakkında bilgi için bkz. Aşçıoğlu Öz, ss. 204-209, İ. Y. Aslan, *Rekabet Hukuku*, ss. 47-55; Ateş, *Rekabet Hukuku*, ss. 154-155; Günay, *Rekabet Hukuku*, ss. 34-35.

⁴⁷⁹ Sevilay Eroğlu, **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 63; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 4-5; Kuntalp ve diğerleri, s. 32, dn. 2, 3.

⁴⁸⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eroğlu, ss. 62-65; Sanlı, *Yasaklayıcı Hükümler*, ss. 19-21.

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİ DEĞİŞİMİNİN REKABET HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. ABD ANTİTRÖST HUKUKUNDA BİLGİ DEĞİŞİMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE TARİHSEL SÜREÇ

2.1.1. Sherman Yasası'nın Yürürlüğe Girmesinden Sonraki İlk Dönemler

Sherman Yasası'nın 1. bölümünde makul bir sebebi olmayan ticaret sınırlandırmalarına yönelik her türlü anlaşma, sözleşme ve gizli ittifakların yasaklanmış olduğunu, Yasa'nın 2. bölümüyle de kartel ve tekel oluşturan ya da oluşturmaya amaçlayan veya bu tür bir oluşumun parçası olmaya yönelik olan her türlü anlaşma ve gizli ittifak eylemlerinin yasaklandığını; ancak bilgi değişimi konusunda Yasa'da açık bir düzenleme bulunmadığını yukarıda açıklamıştık⁴⁸¹.

Sherman Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra, gerek bilgi değişimi konusundaki gerekse getirilen yasaklayıcı hükümlerin uygulanma kriterlerindeki belirsizlik nedeniyle teşebbüsler arasında açık işbirlikleri devam etmiştir⁴⁸². Ancak bir süre sonra per se ihlaller ile rule of reason kuralının uygulanmasına yönelik temel kurallar oluşmaya başlayınca bu kez teşebbüsler kanuna aykırı olarak değerlendirilebilecek işbirliklerinden kaçınmaya ve farklı yollar aramaya başlamışlardır. Bu arayış sonucunda teşebbüsler, kanuna aykırılığı açıkça düzenlenmemiş olan bilgi değişimi faaliyetlerine yönelmişlerdir⁴⁸³. Bu durum, fiyat birliklerinin kurulmasına sebep olmuş; bu fiyat birlikleri hem bilgi değişimine hem de teşebbüsler arası rekabetin engellenip işbirliğini teşvik eden sektörel kuralların uygulanmasına aracılık etmiştir⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Bkz. yuk. ss. 125-127.

⁴⁸² D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 203-204; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 13.

⁴⁸³ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 203-204; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 13-14.

⁴⁸⁴ Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 14.

Teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi faaliyetleri oldukça yoğunlaşmış ve bir süre sonra konuya ilişkin ilk Yüksek Mahkeme kararları ortaya çıkmıştır⁴⁸⁵. Bunlar; “*American Column & Lumber Co. v. US*” kararı, “*American Linseed Oil Co. v. US*” kararı, “*Maple Flooring Manufacturers Association v. US*” kararı ve “*Cement Manufacturers Protective Assn. v. US*” kararıdır. Yüksek Mahkemenin bilgi değişimi konusunda net bir tavır sergilemediği bahsi geçen kararları tek tek ele incelemek yararlı olacaktır.

2.1.1.1. “*American Column & Lumber Co. v. United States*” kararı

ABD Yüksek Mahkemesi 1920 yılında verdiği “*American Column & Lumber Co. v. United States*” kararında⁴⁸⁶; ülkedeki kereste üreticilerinin üçte biri arasında, ellerinde bulunan stoklar, üretim, nakliye, fiyatlar, müşterilerin isimleri, geleceğe yönelik piyasa koşullarına ilişkin görüşler, geleceğe yönelik üretim ve fiyat bilgileri gibi ayrıntılı bilgilere yönelik kurulan bilgi değişimi sistemini değerlendirmiştir.

Yüksek Mahkeme, rakipler arasında yapılan bilgi değişimi faaliyetinin bulunmasını ve bunun sonucunda fiyatların önemli derecede artmış olmasını; arzı kısıp fiyatları artırarak rekabeti kısıtlama amaç ve etkisi bulunan bir gizli işbirliği ihlâlinin delili olarak değerlendirmiş ve ihlâlin Sherman Yasası’nın 1. bölümünün ihlâli niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

Söz konusu karar, rakipler arasında yapılan bilgi değişimlerinin Sherman Yasası’nın 1. bölümü kapsamında bir ihlâl olarak kabul edildiği ilk karardır⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 14.

⁴⁸⁶ U.S. Supreme Court, 1921, *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377. Karar hakkında bilgi için bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, pp. 62-64; Han, p. 999; Morphet and Dijk, p. 12; Pişmaf, ss. 23-24; Whish, p. 26; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 204-205; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 15-16; İ. Y. Aslan, *Rekabet Hukuku*, s. 407.

Doktrinde Whish, söz konusu karara konu piyasanın çok parçalı olması nedeniyle fiyat konusunda bilgi değişimine yönelik bir anlaşmanın işbirliği için uygun koşulları oluşturmadığını, buna rağmen söz konusu kararda bir ihlâlin var olduğu sonucuna varıldığını; buna karşılık *Maple Flooring Manufacturers* (Karara ilişkin olarak bkz. a.şğ. ss. 150-151) kararına konu olayda piyasanın oligopolistik olmasına ve fiyat belirleme imkânının çok daha büyük olmasına rağmen bir ihlâlin bulunmadığı sonucuna varıldığını belirterek her iki kararda varılan sonuçların çelişkili olduğunu ifade ederek kararları eleştirmiştir. Yazar bu kararların, mahkemelerin rekabet hukuku davalarını kendi ekonomik özellikleri içinde değerlendirme konusunda başarısız olduğu klasik örnekler olarak tanımlamıştır (Whish, p. 26).

⁴⁸⁷ D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, s. 204.

2.1.1.2. “*American Linseed Oil Company v. United States*” kararı

ABD Yüksek Mahkemesi 1921 yılında verdiği “*American Linseed Oil Company v. United States*” kararında⁴⁸⁸ İlk Derece Mahkemesinin aksine; keten tohumu yağı, kek ve yemek üreten, satan ve dağıtımını yapan, altı farklı eyaletteki on iki şirket arasında gerçekleşen, fiyat listeleri, günlük satış bilgileri ve eldeki stoklar hakkındaki aylık bilgilerin değişimine ilişkin anlaşmayı Sherman Yasası’nın 1. bölümüne aykırı bulmuştur.

2.1.1.3. “*Cement Manufacturers Protective Association*” kararı

ABD Yüksek Mahkemesinin 1925 yılında vermiş olduğu “*Cement Manufacturers Protective Association v. United States*” kararında⁴⁸⁹, çimento üretimi ve dağıtım faaliyetinde bulunan teşebbüslerin üye olduğu birlik aracılığıyla yapılan bazı bilgi değişimi faaliyetlerinin rekabeti kısıtlayıcı olmadığı ve Sherman Yasası’nın 1. bölümü kapsamına girmediği sonucuna varılmıştır.

Bahsi geçen karara konu olayda, “*özel iş anlaşması*” hazırlanmış ve tüm birlik üyelerine gönderilmiştir. Bu özel iş anlaşması, çimento satışına ilişkin şartları belirlemektedir. Ayrıca teslim yerine göre navlun fiyatlarını gösteren bir kitapçık üyelere iletilmiştir. Üyeler; üretim bilgileriyle ellerindeki stok ve dağıtım bilgilerini aylık olarak, önceki ay ve önceki yılın aynı zaman dilimiyle karşılaştırmalı şekilde istatistiksel halde rapor etmektedirler. Bunun yanında, vadesi geçmesine rağmen borcunu ödemiş olan müşterilerin isim ve adreslerinden oluşan listeler, yasal yollarla tahsil edilmek üzere işleme konan toplam borç miktarları konularındaki bilgiler rapor edilmektedir. Son olarak, birlik üyeleri arasında düzenli toplantılar gerçekleştirilmektedir.

Yüksek Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede, birliğin tüzüğünde üyelerin kendi iş koşullarını belirlemede serbest olduğunun belirtilmiş olduğu tespit

⁴⁸⁸ U.S. Supreme Court, 1923, *United States v. American Linseed Oil Company*, 262 U.S. 371. Karar hakkında bilgi için bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, p. 64; Pişmaf, ss. 24-25; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, s. 205; İkizler, *Uyumlu Eylemler*, s. 319; Kekevi, *Uzmanlık Tezi*, s. 16.

⁴⁸⁹ U.S. Supreme Court, 1925, *Cement Manufacturers Protective Association v. United States*, 268 U.S. 588. Karar hakkında bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, p. 65; Pişmaf, s. 26; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 206-207; Kekevi, *Uzmanlık Tezi*, ss. 16-17; Kovacic, pp. 63-64; B. Can, s. 44.

edilmiştir. Bir başka deyişle; her ne kadar özel iş sözleşmesi örneği hazırlanıp üyelere gönderilmiş ise de üyeler bu sözleşme formunu kullanmak zorunda değillerdir. Birlik tarafından, belirtilen sözleşme formunun, üyeleri gerçek olmayan hileli işlemlere karşı korumayı amaçladığı belirtilmiştir. Ayrıca karara konu sektördeki işlemlerin, birlik kurulmadan önce de yeknesak olduğu ve geleneksel olarak çimento satışlarının aynı koşullarla yapıldığı tespit edilmiştir. Teslim yerlerine göre navlun fiyatlarını gösteren bir kitapçık basılıp dağıtılması, Yüksek Mahkeme tarafından bir fiyat tespiti olarak değerlendirilmemiştir. Çimento fiyatının, öğütme maliyeti, paketlenme maliyeti ve navlundan oluştuğu, navlun fiyatlarını gösteren kitapçıkta yapılan hesaplamanın, resmi tarifede gösterilen ton fiyatın 380 pound ağırlığa tekabül eden bir ünite çimentoya göre uyarlama yapılarak belirlendiği, çimento fiyatlarında aşırı veya makul olmayan bir yükselme bulunmadığı, hatta diğer emtialara göre fiyatların daha düşük olduğu, üyeler arasında fiyat tespitine yönelik bir anlaşma ya da anlayışın bulunmadığı kabul edilmiştir. Üyelerce aylık olarak rapor edilen bilgilerin istatistiksel olduğu ve hiçbir şekilde yorum içermediği, birlik üyelerince yapılan toplantılarda ise hukuka aykırı konulara girilmediği, piyasa beklentileri veya fiyat belirlemeye yönelik görüşmeler yapılmadığı tespit edilmiştir.

Yüksek Mahkeme, tüm bu tespitlerin sonucunda; birlik üyeleri arasında üretim, fiyat veya bölge sınırlamasına ilişkin herhangi bir anlaşma ya da anlayış bulunmadığı, üyeler tarafından rekabetin Sherman Yasası'nın 1. bölümü anlamında kısıtlanmadığı ve engellenmediği sonucuna varmıştır.

2.1.1.4. “Maple Flooring Manufacturers Association v. United States” kararı

ABD Yüksek Mahkemesi yine aynı yıl vermiş olduğu “Maple Flooring Manufacturers Association v. US” kararında⁴⁹⁰ da Sherman Yasası'nın 1. bölümü kapsamında bir ihlâl bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bahsi geçen kararda, ahşap yer döşeme sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin üye olduğu birlik aracılığıyla

⁴⁹⁰ U.S. Supreme Court, 1925, *Maple Flooring Manufacturers Association v. United States*, 268 U.S. 563. Karar hakkında bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, pp. 65-66; Han, pp. 999-1000; Morphet and Dijk, p. 12; Pişmaf, s. 25; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 205-206; İkizler, *Uyumlu Eylemler*, s. 320; O.Y. Yüksel, s. 29; Kekevi, *Uzmanlık Tezi*, s. 16, Azcuenaga, pp. 10-13; Akıncı, ss. 165-166.

teşebbüsler arasında yapılan bilgi değişimi faaliyetinin rekabeti kısıtlamadığı sonucuna varılmıştır.

Karara konu olayda, teşebbüslerler arasında değiştirilen bilgiler; ortalama maliyetler, navlun bedelleri ile geçmiş ve kapatılmış işlemler hakkındaki miktar, satılan döşeme türü, satış tarihleri ve fiyatları, ortalama navlun oranları, ödenen komisyonlar, eldeki stokların miktarı ve türü, tamamlanmamış siparişler, aylık üretim ve yeni siparişlere ilişkindir. Alıcıların isimleri ile mevcut fiyatlar ve diğer ayrıntılar hakkında bilgi verilmemektedir. Ayrıca üyeler arasında aylık toplantılar yapılmaktadır. Yüksek Mahkeme, bu aylık toplantılarda fiyatlarla ilgili herhangi bir tartışma yapılmaksızın sektör sorunlarının tartışıldığını tespit etmiştir.

Yüksek Mahkeme kararın gerekçesini dört noktada toplamıştır. Buna göre; paylaşılan bilgi toplanmış ve geçmişe ilişkin niteliktedir. Bilgi değişimine konu olan bilgiler halka açık olup alıcıların %90-95'i tarafından ulaşılabilir durumdadır. Yapılan bilgi değişimi nedeniyle bir fiyat birliği ortaya çıkmamıştır. Paylaşılan bilgiler, üyelerin hızlı bir şekilde teslim fiyatı belirlemelerine yönelik olup hukuka uygun bir amaca sahiptir⁴⁹¹.

Yüksek Mahkeme tarafından sonuç olarak, birlik üyeleri arasında rekabeti sınırlandırıcı anlaşma ya da uyumlu eylem içine girilmediği ve bu tür bir sonuca ulaşma amacı bulunmadığı kanaatiyle Sherman Yasası'nın 1. bölümü anlamında rekabetin kısıtlanmadığı sonucuna varılmıştır.

1925 yılında verilen gerek "*Cement Manufacturers Protective Association*" kararı gerekse "*Maple Flooring Manufacturers Association*" kararı ile Yüksek Mahkemenin bilgi değişimi konusundaki tavrı netleşmiştir. Buna göre; yapılan bilgi değişiminin amacı fiyat ya da miktar belirlemek değilse, bilgi değişimiyle bu sonuçlar ortaya çıksa dahi yapılan bilgi değişimi faaliyeti hukuka uygun kabul edilmektedir⁴⁹². ABD Yüksek Mahkemesinin kararları oldukça eski tarihli olup mevcut yaklaşımlar çerçevesinde eleştiriye açıktır⁴⁹³.

⁴⁹¹ Pişmaf, s. 25.

⁴⁹² Pişmaf, s. 26.

⁴⁹³ Doktrinde D. Cengiz, söz konusu kararları eleştirerek, ilgili piyasalara ilişkin iktisadi yapının yeterince ayrıntılı analiz edilmediğini ve dikkate alınmadığını, bilgi değişimlerinin amaç ve etkilerine ilişkin değerlendirmelerin de yeterince ayrıntılı olmadığını belirterek söz konusu kararların eleştirildiğini ifade etmiştir (D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 207).

2.1.2. Harvard Okulu (Yapısalcı Kuram) Dönemi

ABD’de 1930’lu yılların başında Harvard Okulu tarafından savunulan ve kurucusu Mason olan Yapısalcı Kuram ortaya çıkmıştır⁴⁹⁴. Kuramın önemli isimleri Bain ve Turner’dır⁴⁹⁵. Kuram, 1940 ve 1950’li yıllarda yaygınlaşmıştır⁴⁹⁶.

Bu kurama göre; bir piyasanın iktisadi analizi, yapı-davranış-performans arasındaki ilişki ile ortaya konabilir. Buna göre; piyasalarda rekabetçi olmayan sonuçların ortaya çıkmasının sebebi, ilgili pazarın yapısıdır. Bir başka deyişle; ilgili pazarın yapısal özellikleri, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışlarını ve bununla bağlantılı olarak da pazar sonuçlarını yani performanslarını belirler⁴⁹⁷. Her teşebbüs kendi kararlarını verirken rakiplerinin vereceği tepkileri de dikkate almalıdır. Aksi halde teşebbüsler rasyonel davranmamış olacaklardır. Bu nedenle oligopolistik bağımlılık sonucu ortaya çıkan paralel davranışlar kaçınılmaz olarak pazarın yapısından kaynaklanmaktadır⁴⁹⁸. Rekabetçi olmayan sonuçların ortaya çıkmasının engellenmesi için piyasanın yapısal özelliklerini kontrol altında tutmak ve yönlendirmek gerekmektedir. Örneğin oligopol piyasalarında ortaya çıkma olasılığı yüksek olan uyumlu işbirliklerinin engellenebilmesi ancak oligopol piyasa modellerinin oluşmasının engellenmesi ile mümkündür. Bu, genellikle birleşmelerin sıkı kontrolü şeklinde kendini göstermiştir⁴⁹⁹. Yapısalcı kuram sonucunda; teşebbüsler arasında gizli ve açık anlaşmaları yasaklayan, teşebbüslerin pazar güçlerinin artmasına kuşkuyla bakan ve pazar gücünü arttırabilecek yatay ya da dikey birleşmeleri önlemeye çalışan bir rekabet politikası ortaya çıkmıştır⁵⁰⁰. Bu kurama göre karşılıklı oligopolistik davranışlar piyasa yapısından dolayı ortaya çıktığına göre, bu tür paralel davranışların Sherman Yasası’nın 1 .bölümü anlamında bir anlaşma olarak değerlendirilmesi mümkün değildir^{501, 502}.

⁴⁹⁴ Kahraman, s. 35.

⁴⁹⁵ O.Y. Yüksel, s. 14; Çelen, s. 19.

⁴⁹⁶ Yanık, s. 11.

⁴⁹⁷ Kahraman, s. 35; Aydın Öztunalı, **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 18; Güven, Rekabet Hukuku, s. 32.

⁴⁹⁸ O.Y. Yüksel, s. 14; Çelen, s. 19.

⁴⁹⁹ Harvard Okulu (Yapısalcı Kuram) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 207-219; Kuntalp ve diğerleri, ss. 39-53; Barca ve Esen, ss. 307-310, 313-316; Sevda Yaşar Coşkun, “Rekabet Kurulu Rekabet İhlali Kararlarının İktisat Okulları Bağlamında Çözümlemesi”, **Akademik Bakış Dergisi**, Sayı: 21, 2010, ss. 11-17; Kahraman, ss. 35-36; Öztunalı, ss. 18-19.

⁵⁰⁰ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 61.

⁵⁰¹ O.Y. Yüksel, s. 14; Çelen, s. 19.

Yapısalcı Kuram'ın bu katı yaklaşımı ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına da yansımış ve aynı yansıma bilgi değişiminin değerlendirilmesinde de görülmüştür. ABD Yüksek Mahkemesinin "*United States v. Container Corp.*" kararında⁵⁰³, oluklu karton koli piyasasında ürünlerin homojen ve misli olduğu, bu nedenle rekabetin sadece fiyat yönünden yapılabildiği, piyasada talebin durağan olduğu belirtilmiş ve bu piyasada üreticiler arasında, kendi müşterilerine uyguladıkları ya da teklif ettikleri fiyat bilgilerini karşılıklı olarak birbirleriyle paylaşmalarına yönelik faaliyetin, fiyatları sabitleyerek rekabeti kısıtladığı ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından, fiyatın serbest piyasa tarafından belirlenmesine yönelik müdahalelerin per se hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu bilgi değişiminin Sherman Yasası'nın 1. bölümü kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır.

Doktrinde Pişmaf, bu davanın Yüksek Mahkemenin bilgi değişimi konusundaki tavrının değiştiğini gösteren ilk karar olması nedeniyle önemli olduğu vurgulanmıştır. Yazara göre; daha önce yukarıda değindiğimiz 1925 yılında verilmiş olan kararlarda Yüksek Mahkeme, bilgi değişiminin amacından hareket ederek bir sonuca varmakta; bir başka ifadeyle bilgi değişiminin amacının fiyat ve miktar belirleme olmadığı hallerde bu sonuçlar ortaya çıkmış olsa bile bilgi değişimini hukuka uygun kabul etmekte iken, *Container Corporation* kararı ile bilgi değişimi faaliyetinin sonucuna ve fiyatlar üzerindeki etkisine odaklanmıştır⁵⁰⁴.

Doktrinde D. Cengiz ise, 1925 yılında verilen kararlarda Yüksek Mahkemenin amaç ve etki yönünden değerlendirme yaptığını belirtmiştir⁵⁰⁵.

Söz konusu kararlar incelendiğinde Yüksek Mahkemenin amaç ve etki bakımından değerlendirme yaptığını; ancak etkinin sadece fiili etki kapsamında incelendiğini, bir başka deyişle rekabeti bozucu etki gösterme potansiyeli bulunsa dahi bu etkilerin ortaya çıkmamış olması halinde Sherman Yasası'nın 1. bölümüne aykırılık oluşmadığı sonucuna varıldığı görülmektedir.

⁵⁰² Turner'ın görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 22-24.

⁵⁰³ U.S. Supreme Court, 1969, *United States v. Container Corp.*, 393 U.S. 333. Karar hakkında bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, p. 67; Pişmaf, ss. 26-27; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 218-219; Kahraman, s. 77-78; İkizler, *Uyumlu Eylemler*, ss. 319-320; O.Y. Yüksel, s. 30; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 24.

⁵⁰⁴ Pişmaf, s. 26.

⁵⁰⁵ D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, s. 207.

2.1.3. Chicago Okulu (Davranışçı Kuram) Dönemi

ABD’de 1970’li yıllarda Chicago Okulu tarafından savunulan Davranışçı Kuram ortaya çıkmıştır⁵⁰⁶.

Davranışçı Kuram’a göre; piyasalarda rekabetçi olmayan sonuçların ortaya çıkmasının sebebi, piyasanın yapısı değil; söz konusu piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışlarıdır. Pazar gücünün artması ve firmaların büyümelerinin sebebi üstün performanstır ve aşırı kârlılık fiyatların şişirilmesinden değil, maliyetlerin düşürülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle; teşebbüslerin büyümeleri ve pazar güçlerinin artması engellenmemelidir. Ancak piyasada en etkili olan teşebbüsler hâlihazırda faaliyet gösteren teşebbüsler olduğundan piyasaya yeni girişler özendirilmemelidir⁵⁰⁷.

Bu yaklaşıma göre; bir piyasada piyasa yapısından kaynaklı uyumlu davranışların ortaya çıkması mümkün değildir. Oligopolistik piyasalarda karşılıklı bilinçli davranışların ortaya çıkması da ancak teşebbüslerin işbirlikçi davranışlarıyla mümkün olabilir. Davranışçı Kuram’a göre teşebbüslerin davranışları ile ilgili olan rekabete aykırı koordinasyonların kurulması ve bunların sürdürülmesi kolay değildir. Bu tür koordinasyonların kurulabilmesi için öncelikle piyasadaki belirsizliklerin ortadan kaldırılarak rekabete sebep olabilecek tüm etkenler üzerinde anlaşmaya varılmalıdır. Koordinasyon oluşturulduğunda tarafların daha fazla kâr elde etme düşüncesiyle işbirliğinden sapma düşüncesi ortaya çıkacaktır. Bu nedenle; sapmaları tespit edebilecek önlemler alınmalı ve ortak dengeden sapanların cezalandırılması için etkin bir sistem kurulmalıdır⁵⁰⁸.

Chicago Okulu’na göre pek çok tek taraflı davranış per se yasal sayılmalıdır⁵⁰⁹. Piyasalar devlet müdahalesi olmadan daha iyi çalışacağından devlet müdahalesi asgari düzeyde olmalıdır⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 24-30.

⁵⁰⁷ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 61-62.

⁵⁰⁸ Chicago Okulu (Davranışçı Kuram) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 24-30; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 219-228; Kuntalp ve diğerleri, ss. 39-53; Barca ve Esen, ss. 310-316; Coşkun, ss. 11-17; Kahraman, ss. 36-39; O.Y. Yüksel, ss. 17-20; Çelen, ss. 19-20; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 24-25; Öztunalı, ss. 20-21; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 82-83.

⁵⁰⁹ Öztunalı, s. 20.

⁵¹⁰ Güven, Rekabet Hukuku, s. 32; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 82-83

İşbirliği taraflarının işbirliğinden saparak yeniden rekabetçi dengeye dönülmesi Stigler'in "tek hamleli oyun modeli (one-shot game)" ile açıklanmıştır. Buna göre; A ve B teşebbüsleri üretim miktarı üzerine bir işbirliğine ulaşmışlardır. Her ikisi de işbirliği kurallarına uyarsa her ikisinin de kârı 50 olacaktır. Buna karşılık; birisi koordinasyon kurallarını ihlâl ederek üretimini arttırırsa kârı 60'a çıkacaktır. Sapma ile daha fazla kazanç sağlayacağını bilen teşebbüslerin her ikisi de işbirliğinden ayrılacak ve işbirlikçi dengeden rekabetçi dengeye dönmüş olacaktır⁵¹¹. Buna göre; Bork ve Posner, firmalardan birinin sapması halinde, bu sapma rakipler tarafından farkedilinceye kadar büyük kârlar elde edilebileceğini belirterek Harvard Okulu'nu eleştirmiştir⁵¹².

Davranışçı Kuram ile birlikte ABD Yüksek Mahkemesinin bilgi değişimi konusundaki görüşleri yumuşamıştır. Böylece bilgi değişimine yönelik yukarıda ele alınan "Container Corp." kararındaki per se aykırılık düşüncesi, yerini rule of reason analizine göre değerlendirme yapılması gerektiği düşüncesine bırakmıştır⁵¹³.

Yüksek Mahkeme "U.S. v. U.S. Gypsum Co." kararında, fiyat bilgilerine yönelik bilgi değişiminin her zaman rekabete per se aykırı olarak kabul edilemeyeceğini, bu bilgilerin paylaşımının bazı hallerde etkinlik artırıcı olabileceğini, bunun yanında güncel fiyat bilgilerinin değişiminin özellikle oligopol piyasalarında rekabeti azaltmaya yönelik bir potansiyele sahip olduğunu, bu nedenle bu tür piyasalardaki fiyat bilgilerinin değişimine yönelik faaliyetlerin Sherman Yasası'na aykırılık oluşturacağını belirterek rule of reason analiziyle sonuca ulaşılması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur⁵¹⁴.

⁵¹¹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 222-223; O.Y. Yüksel, ss. 17-18; Yaşar Tekdemir, "AT Rekabet Hukuku Işığında "Birlikte Hakimiyet" Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım", **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Mart 2000, s. 8; Edward J. Green and Robert H. Porter, "Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information", **Econometrica**, Vol. 52, No. 1, 1984, pp. 87-88.

⁵¹² O.Y. Yüksel, s. 18.

⁵¹³ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 224. Doktrinde Kuntalp ve diğerleri, rule of reason kuralının temelindeki teorik alanın Chicago Okulu tarafından inşa edildiğini ifade etmişlerdir (Kuntalp ve diğerleri, s. 53).

⁵¹⁴ Supreme Court, 1978, U.S. v. U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422. Karar hakkında bkz. Pişmaf, s. 27; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 224.

2.1.4. Tekrarlanan Oyun Modeli Dönemi

Tekrarlanan oyun modeli ABD’de 1990’lı yıllarda ileri sürülmüştür. Söz konusu model, tek hamleli oyun modelinin gerçeğe uygun olmadığı düşüncesinden yola çıkmıştır.

Tek hamleli oyun modelinde, işbirliğinin taraflarını oluşturan teşebbüsler hamlelerini tek sefer oynayarak işbirlikçi dengeden sapmaktadır. Tekrarlanan oyun modeline göre ise, sürekli karşı karşıya olan rakip teşebbüslerin oyunu tek hamlede bitirmeleri söz konusu olmayacak ve karşılıklı tekrarlanan hamlelerle oyun devam edecektir. Bu durumda işbirliğinden bir sapma olduğu takdirde, kısa dönemde elde edilecek olan fazladan kâr, uzun dönemde ortaya çıkacak olan toplam zarara göre çok küçük kalacaktır. Bunun bilincinde olan teşebbüsler, kısa dönemli bir kâr için uzun dönemde ortaya çıkacak daha büyük zararlardan kaçınarak işbirliğinden sapmamaya gayret edeceklerdir. Böylece işbirlikçi denge korunabilecektir. Bu görüş, işbirlikçi dengenin korunması için ayrıca sapmaların tespiti ile sapanların cezalandırılmasına ilişkin etkili bir sistemin de kurulmasının gerekli olduğunu kabul etmektedir⁵¹⁵.

Söz konusu modelin ABD Yüksek Mahkemesinin bilgi değişimine ilişkin görüşlerine yansması olumlu olmuştur. Yüksek Mahkeme, gerek per se gerekse rule of reason kurallarının aşırılıklarından uzaklaşarak her iki kuralın uygulama esaslarını mâkul bir hale getirmiştir⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Tekrarlayan oyun modeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 228-232; Kahraman, ss. 39-42; O.Y. Yüksel, ss. 20-23; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 30-32; Tekdemir, s. 8.

⁵¹⁶ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 229.

2.2. AVRUPA KOMİSYONUNUN BİLGİ DEĞİŞİMİNE BAKIŞINDAKİ TARİHSEL SÜREÇ

2.2.1. Teşebbüsler Arasında İşbirliği Alanındaki Anlaşmalar, Kararlar ve Uyumlu Eylemler Hakkında 1968 Tebliği

Avrupa Komisyonu tarafından yapılan düzenlemelerde bilgi değişimi kavramına değinilen ilk metin 1968 Tebliği'dir^{517, 518}. Bu Tebliğ'in yerine 2001 yılında Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan ve yukarıda açıklanan Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber Taslağı geçmiştir⁵¹⁹. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere gerek 2001 yılında yayınlanan bu taslakta gerekse Rehber'in yayınlanan son metninde, teşebbüsler arası bilgi değişimine değinilmemiştir. Bu nedenle, 1968 tarihli Tebliğ'de konu hakkında yapılan açıklamaların halen geçerliliğini koruduğu yönünde geniş katılımlı bir kabul mevcuttur⁵²⁰.

1968 tarihli Tebliğ'de, teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımının doğrudan olabileceği gibi üçüncü bir kişi aracılığıyla da olabileceği belirtilmiştir. Tebliğ'de bilgi değişimi faaliyetlerinin AET Anlaşması m. 81 kapsamına girebileceği, ancak bunun değerlendirmesinin pazar yapısı ve olaya özgü özel durumlar dikkate alınarak yapılması gerektiği belirtilmiştir. Tebliğ'e göre rekabeti etkileyen bir bilginin paylaşımı ve homojen ürünlere ilişkin oligopolistik bir pazardaki rekabet

⁵¹⁷ OECD 2010, p. 35; Costin, s. 7; Švirinas, p. 90; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 25; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 245.

⁵¹⁸ EC, 1968, Notice Concerning Agreements, Decisions and Concerted Practices in the Field of Cooperation Between Enterprises, OJ 29.7.1968 C75, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1422876757776&uri=CELEX:31968Y0729\(01 \(02.02.2015\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1422876757776&uri=CELEX:31968Y0729(01%2002.02.2015)).

⁵¹⁹ Bkz. yuk. s. 135.

⁵²⁰ OECD 2010, p. 35, dn. 64; Capobianco, p. 1249, dn. 7.

Doktrinde Whish, Rehber'de bilgi anlaşmalarına ilişkin düzenleme olmadığını; ancak önceki Tebliğ'de açıklanan görüşlere gölge düşüren herhangi bir açıklamanın da yapılmamış olduğunu belirtmiş olmasına rağmen; Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber'in 1968 Tebliği'nin yerine geçtiğini ve bu nedenle 1986 Tebliği'nin artık yürürlükte olmadığını belirterek yaygın görüşü kabul etmediğini ortaya koymuştur (Whish, pp. 27-28).

Ayrıca doktrinde D. Cengiz tarafından da söz konusu Rehber'in 5. maddesiyle 1968 tarihli Tebliğ'in yürürlükten kaldırıldığı ifade edilmiştir (D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 245).

Kanaatimizce 5. madde hükmü, 1968 tarihli Tebliğ'in yürürlükten kaldırıldığı konusunda bir düzenleme içermemektedir.

kısıtlamaları m. 81 yönünden yapılan değerlendirmede özellikle dikkate alınmalıdır⁵²¹.

Doktrinde Whish, söz konusu Tebliğ'de m. 81/I kapsamına girmeyen ve yararlı olarak tanımlanan çeşitli anlaşma türlerinin düzenlendiğini, bu anlaşma türlerine ilişkin listede, tek amacı fikir ve deneyimleri paylaşmak olan, ortak pazar araştırmalarının, karşılaştırmalı girişim ve sektör çalışmalarının sürdürülmesi anlaşmalarının ve hesaplama modelleri ile ortak istatistik hazırlama çalışmalarının yer aldığı açıklanmıştır. Yazar; bilgi değişimi anlaşmalarının da bu kapsama girdiğinin açık olduğunu; buna rağmen Komisyon tarafından bu anlaşmaların, teşebbüslerin gelecek davranışlarını serbestçe belirlemelerine olanak sağlıyorsa sakıncalı olmadığını düşündüğünü belirtmiştir⁵²².

Tebliğ'de bilgi değişimlerinin m. 81 kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde, bilgi değişiminin amacından hareket edilerek bir sonuca varılacağı belirtilmiştir. Buna göre; rakip teşebbüslerin bağımsız karar almalarını uyumlu eylemlerle veya aleni olarak engellemeyi ve rakip teşebbüsler arasında koordinasyonu amaçlayan bilgi değişimi faaliyetleri m. 81 kapsamına girecek; buna karşılık amacı, rakip teşebbüslerin bağımsız olarak karar alabilmesini sağlamak olan ve buna zemin hazırlayan bilgi değişimleri m. 81 kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak bu ayırımın yapılmasının bazı durumlarda zor olduğu ifade edilmiştir. Buna göre; bazı durumlarda, teşebbüslerin fiyat, yatırımlar ve toplam ciroya ilişkin ticari bilgilerinin belirli kurumlarda kayıt altında durmasının ticari bir gereklilik olabileceği, işbirliği bulunmadığı takdirde teşebbüsler arasında yapılan ortak pazar araştırmalarının ve pazar koşullarına ilişkin incelemelerin m. 81 kapsamına girmeyeceği üzerinde durulmuştur⁵²³.

Avrupa Komisyonu tarafından 1977 yılında yayınlanan önceki yıla ilişkin Rekabet Politikası Konusunda 7. Rapor'da birtakım ek açıklamalara yer verilmiştir⁵²⁴. Bu raporda Komisyon, bilgi değişimi konusunda per se yasak yaklaşımını benimsemediğini teyit etmiştir. Buna göre bilgi değişimi konusunda

⁵²¹ Konu hakkında bkz. OECD 2010, p. 35; Capobianco, pp. 1249-1251; Pişmaf, s. 43; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 245; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 118; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, ss. 287-288.

⁵²² Whish, p. 27.

⁵²³ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 245.

⁵²⁴ EC, Seventh Report on Competition Policy, April 1978, http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1977_en.pdf (02.02.2015).

değerlendirme yapılırken esas alınması gereken üç nokta vardır. Bunlar; değiştirilen bilginin niteliği ve kapsamı, pazar yapısı ve bilginin alıcılara ulaşp ulaşmadığıdır⁵²⁵. Ayrıca 7. Rapor’da, üretim ve satışlar hakkındaki bilgilerin değişimi hususunda, bilgiler bireysel bazda teşebbüsleri belirlemediği sürece, rekabet hukuku yönünden bir sorun oluşmayacağı belirtilmiştir⁵²⁶.

Değiştirilen bilginin niteliği ve kapsamı hususunda, bilginin firma bazında bireyselleşmemiş, toplanmış istatistiksel bilgiler olması ile hangi firmalara ait olduğu belli olan özelleşmiş bilgiler ayırımına önem verilmiştir. Pazar yapısı incelenirken; özellikle oligopolistik piyasalarda bilgi değişimi nedeniyle artan şeffaflık dolayısıyla teşebbüsler arasındaki iletişimin güçlenmesi, bunun sonucunda teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını takip ederek rakiplerine derhal etkin bir şekilde aynı yönde bir davranışla cevap vermeleri ve rekabet yoğunluğunun azalması eğilimi üzerinde durulmuştur. Bilginin alıcılara ulaşp ulaşmadığı hususu, bilgi değişiminin rekabeti azaltma ya da arttırma yönündeki etkisini belirleyecek olan unsurlardandır⁵²⁷.

2.2.2. “Suiker Unie” Kararı

ABAD’ın “*Sugar Case*” kararı olarak bilinen 1975 tarihli “*Suiker Unie*” kararı⁵²⁸, bilgi değişiminin bağımsız bir ihlâl olup yaptırıma tâbi tutulabileceğini gösteren ilk karar olarak oldukça önemlidir⁵²⁹. Ancak kararda bilgi değişimi

⁵²⁵ EC, Seventh Report on Competition Policy, pp. 19-20.

Konu hakkında bkz. OECD 2010, p. 36; Švirinas, p. 90; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 245-247.

⁵²⁶ Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 80-81; Costin, p. 46; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 118.

⁵²⁷ Konu hakkında bilgi için bkz. Capobianco, p. 1250.

⁵²⁸ CJEU, 1975, *Suiker Unie UA and others v. Commission of the European Communities*, 16.12.1975, Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73. Karar hakkında bkz. OECD 2012, s. 34; Pişmaf, ss. 44-45; Kühn and Vives, p. 75; İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 256-261; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 31-32, 237-238; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 12-114; O.Y. Yüksel, ss. 37-39; Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, “Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2011, (Uyumlu Eylemlerin İspatı), (Uyumlu Eylemlerin İspatı), ss. 96-97; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 38-39; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 110; Tekdemir, ss. 9-10; Balkı, ss. 71-72, 81; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 152-153, dn. 68; Christensson, p. 30; Ris, pp. 471-481; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 288; Akıncı, s. 169; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 45-46; Recep Gündüz, **Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, ss. 8-9; B. Can, s. 41; Esin, TÜSİAD, ss. 28-29; Z. Arı, Danışıklık, ss. 81-82.

⁵²⁹ Pişmaf, s. 45.

bağımsız nitelikte bir kavram olarak ele alınmayıp bir uyumlu eylem şeklinde nitelendirilmiş ve uyumlu eylem niteliğinde bir ihlâl olduğu gerekçesiyle yaptırım söz konusu olmuştur. Bu nedenle karar her ne kadar bilgi değişimini yaptırıma bağlayan ilk karar ise de nitelendirmeyi uyumlu eylem olarak yaptığı için terminolojik olarak bilgi değişimini ele alan ilk karar değildir.

Karara konu olayda; AB’de şeker piyasasının %90’lık pazar payını elinde tutan şeker üretici ve dağıtıcıları tarafından paralel davranışlar sergilendiği, bu paralel davranışlar yoluyla şekerin serbest ithalatının engellendiği, pazarı bölüşerek ithalatın sadece kendi aralarında yapılmasının sağlandığı, şeker satışının sadece üreticiler arasında yapılarak bir şeker üreticisinin başka bir AB ülkesindeki şeker üretimi yapmayan dağıtıcıya doğrudan satış yapmasının engellendiği, böylece rakiplerin iç piyasaya giriş yapmasının önüne geçildiği ve pazarın bölüşüldüğü tespit edilmiştir. Bu tespit; rakip teşebbüslerin aralarındaki mektuplar ve teleks mesajları ile kanıtlanmıştır.

ABAD söz konusu kararda, uyumlu eylemlerin fiilen işleyen bir planı gerektirdiği argümanını reddetmiştir. Mahkeme, rakiplerin uygulayacakları politikaları birbirlerinden bağımsız olarak belirlemeleri gerektiğini belirtirken, teşebbüslerin piyasa koşulları altında kendi piyasa stratejilerini akıllıca bir adım olarak rakiplerinin davranışlarına adapte etme hakkı bulunduğunun da altını çizmiştir. Ancak bu yapılırken, mevcut veya potansiyel rakiplerin pazardaki davranışlarını etkileme veya gelecekte uygulamayı planladığı stratejilerden rakipleri haberdar etme amaç veya etkisine sahip her türlü doğrudan veya dolaylı irtibattan kaçınılması gerektiği özellikle belirtilmiştir. Bir başka deyişle; bağımsız irade ile karar alma, rakiplerin davranışlarından etkilenmeden ya da kendi davranışlarını onlara adapte etmeden karar alma anlamına gelmemektedir. Kararlar birbirleriyle uyumlu olabilir. Önemli olan; uyumun rekabeti bozma, sınırlandırma ya da ortadan kaldırmaya yönelik olmamasıdır⁵³⁰.

⁵³⁰ OECD 2012, p. 34; G. Tekinalp, s. 205; İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 258; Pişmaf, ss. 44-45. Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de de uyumlu eylem hakkında yapılan açıklamalarda aynı ifadelere yer verilmiştir (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 13-14).

2.2.3. “UK Agricultural Tractor Registration Exchange” Kararı

Bilgi değişimi konusunda Avrupa Komisyonu tarafından verilen ilk karar, 1992 tarihli “UK Agricultural Tractor Registration Exchange” kararıdır⁵³¹.

Kararın konusu, İngiltere’de faaliyet gösteren tarımsal makinaların üretimi ve ithalatı yapanların üye olabildiği bir birlik olan AEA’nın, “*Tarımsal Traktör Tescil Borsası*” olarak anılan bir anlaşmaya menfi tespit veya bireysel muafiyet alabilmek amacıyla Avrupa Komisyonuna yapmış olduğu başvurudur. Başvuru konusu anlaşma, 1975 tarihli daha eski bir anlaşmanın yerine geçecek şekilde hazırlanmıştır. 1975 tarihli eski anlaşma için Avrupa Komisyonuna hiçbir bildirim yapılmamış; Avrupa Komisyonu bahsi geçen anlaşmayı, paralel ithalatın engellendiği gerekçesiyle 1984 yılında yapılan bir şikâyet kapsamında incelemiştir. Söz konusu soruşturmadan sonra AEA 04.01.1988 tarihinde Komisyona menfi tespit ya da bireysel muafiyet için başvuruda bulunmuştur.

Başvuru konusu anlaşma, anlaşmaya taraf olan teşebbüsler arasında kurulacak, günlük ve aylık perakende satış miktarları ve pazar payları hakkındaki bir bilgi değişim sistemine ilişkindir. Yukarıda da belirtildiği gibi, sistem aslında 1975 yılından beri kullanılmaktadır. İngiliz hukukuna göre ülke topraklarında işleyecek tüm motorlu araçların Ulaşım Bakanlığına tescil edilmesi zorunludur. Bu tescil işlemleri ülke çapında faaliyet gösteren ortalama 60 adet yerel araç lisanslama ofisi tarafından yapılmaktadır. Tescil işlemleri, Bakanlık tarafından yayınlanan rehber göre yapılmakta olup bu rehber kapsamında yer alan formun doldurulması gerekmektedir. Satıcının kim olduğu, satışın yapıldığı yer, satış tarihi gibi oldukça ayrıntılı bilgiler içeren bu formdaki bazı bilgiler, aracın tescilinden sonra SIL adlı bilgi işlem şirketine gönderilmekte ve burada muhafaza edilmektedir. AEA tarafından başvuru konusu yapılan anlaşmanın düzenlediği bilgi değişim sistemi de bu kayıtlara dayalı olarak işleyen ve bilgilere anlaşma taraflarınca ulaşılmasını

⁵³¹ EC, 1992, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, 17.02.1992, OJ 13.03.1992 L 68/19. Karar hakkında bkz. Copabianco, pp. 1251-125, 1260-1261; Kühn and Vives, *Information Exchange*, pp. 96-102; Vives, pp. 92-93; Nair ve Mncube, p. 8; Costin, pp. 12, 16, 36, 42-43; E. F. Aslan, *Bilgi Değişimi*, ss. 24-27; Morphet and Dijk, pp. 6-7; Švirinas, pp. 98-99; Overgaard and Møllgaard, pp. 17-18; Møllgaard and Overgaard, p. 121; Pişmaf, ss. 47-50; Levenstein and Suslow, pp. 63-64; Whish, pp. 27-32, 35, 40-41; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, s. 249-251; İkizler, *Uyumlu Eylemler*, ss. 120-121; Christensson, pp. 33-38; 49-50; Kühn, pp. 194-195; Gürkaynak ve diğerleri, *Topla ve Dağıt*, s. 288; Kekevi, *Karteller*, ss. 38-39.

sağlayan bir sistemdir. Ayrıca anlaşmaya göre üyeler, yılda en az bir kez bir araya gelerek toplantı düzenleyeceklerdir.

AEA tarafından başvurusu yapılan anlaşmaya katılım, AEA'ya üye olsun olmasın İngiltere'de faaliyet gösteren tüm tarımsal traktör üreticileri ve ithalatçılarına açık olarak düzenlenmiştir. İngiltere'deki traktör piyasası özellikle Ford, Case, Massey-Ferguson ve John Deere firmaları tarafından domine edilmektedir. Bu dört firma ilgili pazarın %80'ini elinde tutmaktadır. Her biri %15-25 arası pazar payı sahibi olan bu dört firmayı, %2-3 civarında pazar payını elinde bulunduran Renault, Deutz ve Same-Lamborghini takip etmektedir. Başvuru sırasında anlaşmayı birlikte imzalamış olan bu firmalar, pazarın %87-88'ini elinde bulundurmaktadır. Pazarın geri kalan kısmı ise, birkaç küçük işletme tarafından paylaşılmış durumdadır. Renault, Deutz ve Same-Lamborghini'nin dağıtım ağı, diğer dört firma kadar geniş değildir. Özellikle yüksek beygirli araçlar kategorisinde sağlayıcıların sayısı iki ya da üçe düşmektedir. Traktör piyasası; traktör satışının geniş bir dağıtım ve servis ağı gerektiriyor olması, pazarın durağan bir yapısının bulunması ve tüketicilerin tercihlerinde özellikle iyi tanınmış markaların tercih ediliyor olması gibi sebeplerle yüksek giriş engelleri bulunan bir piyasadır.

Üyeler, 24.11.1988 tarihinde anlaşmayı askıya almaya karar vermişler; 12.03.1990 tarihindeyse beş üye tarafından imzalanan "*Birleşik Krallık Traktör Tescil Bilgi Sistemi*" adlı anlaşmayı Avrupa Komisyonuna bildirmişlerdir.

Avrupa Komisyonu tarafından, yapılan bilgi değişiminin sadece ilgili üreticinin perakende satışlarına ilişkin olması halinde sakıncalı görülmeyeceği belirtilmiştir. Buna karşılık; söz konusu bilgi değişimi, rakiplerin satışlarının ayırt edilerek belirlenmesine izin veriyorsa ve paralel ithalatçılar ile bayilerin perakende satışlarını engelliyorsa, söz konusu bilgi değişimi rekabet ihlali olarak değerlendirilecektir.

Avrupa Komisyonu yapılan ilk bildirimini incelemiş ve anlaşma konusu bilgi değişim sisteminin, rakip teşebbüslerin her birinin satışlarını ayırt edilecek şekilde belirlediği sonucuna varmıştır. Komisyon; pazarın yapısı, anlaşmaya taraf olan teşebbüslere sağlanan bilginin hassas gizli bilgi olması ve bilginin detaylılık derecesi (her firmanın sattığı ürün, satış tarihi ve yeri), tarafların AEA'da düzenli olarak toplanacak olması hususlarını göz önünde bulundurarak zaten oldukça yoğunlaşmış

olan pazarda artacak olan şeffaflığın rekabeti sınırlandırıcı etki doğuracağı, yeni girişlerin ya da üye olmayanların satışlarındaki artışların üyeler tarafından hemen tespit edilerek buna karşı pazar paylarını korumaya yönelik karşı tepkide bulunulacağı ve üye olsun ya da olmasın yeni teşebbüslerin pazara girişlerinde giriş engellerinin artacağı kanaatine ulaşarak menfi tespit başvurusunun reddi ile bireysel muafiyet koşullarının oluşmadığına karar vermiştir. İkinci başvuru konusunda Komisyon tarafından ayrıca bir inceleme yapılmamış, ilk başvuru hakkında verilen kararın gerekçesinin ikinci bildirim konusu olan düzeltilmiş anlaşmaya da kıyasen uygulanmasına karar verilmiştir.

Karara karşı yapılan temyiz başvurularına karşı gerek ilk derece mahkemesi⁵³² gerekse ABAD⁵³³ tarafından Komisyon kararının onanmasına karar verilmiştir.

Böylece, bilgi değişimi konusunda verilen bu ilk karar ile bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde esas alınacak unsurlar ortaya konulmuştur.

2.3. BİLGİ DEĞİŞİMİNİN PER SE, AMAÇ BAKIMINDAN VEYA RULE OF REASON OLARAK (ETKİLERİ BAKIMINDAN) REKABETE AYKIRILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.3.1. Bilgi Değişiminin Per se Rekabete Aykırılık Yönünden Değerlendirilmesi

Rekabet hukukunda per se yasaklar, bir eylemin etkileri ve amacı yönünden hiçbir değerlendirme yapılmasına gerek olmaksızın kesin bir şekilde yasaklanmış olmasını ifade eder⁵³⁴. Bu kesin yasaklara rağmen uygulanan davranış ya da yapılan

⁵³² CFI, 1994, *John Deere v. Commission*, 17.10.1994, ECR II-957; CFI, 1994, *Fiatagri and New Holland Ford v. Commission*, 17.10.1994, ECR II-905.

⁵³³ CJEU, 1998, *John Deere v. Commission*, 28.05.1998, C-7/95 P, ECR I-3111 ve CJEU, 1998, *New Holland Ford v. Commission*, 28.05.1998, C-8/95 P, ECR I-3175. Karar hakkında bkz. Whish, p. 20.

⁵³⁴ Schrag ve Schneirov, p. 210; E. F. Aslan, *Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı*, s. 11; Coşgun Karaman, *Dikey Kısıtlama*, s. 86; Topçuoğlu, *İşbirliği Davranışları*, s. 147; Aşçıoğlu Öz, s. 43; Sanlı, *Yasaklayıcı Hükümler*, s. 97; Zekeriya Arı, “Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı”, **BATİDER**, Cilt: 21, Sayı: 4, 2002, (De Minimis), s. 86; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 63; Kesici, s. 67; Sümer Ümit Nevruz Özdemir, “Telekomünikasyon Sektöründeki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku İlişkisinde

anlaşma; tarafların amacına, işlemin ortaya çıkardığı etkilere, pazar yapısına ve sair etkenlere bakılmaksızın rekabete aykırı kabul edilmektedir. Bu nedenle per se yaklaşıma, “*şekil temelli yaklaşım*” da denmektedir⁵³⁵.

Doktrinde per se kuralının; soruşturma süresini kısaltması nedeniyle usul ekonomisine uygun olduğu, ayrıca rekabete aykırı hususların belirlenmesinde kesinlik, açıklık ve netlik sağladığı belirtilmiştir. Buna ek olarak; hangi tip davranışların bir soruşturmaya sebep olacağı kesin bir şekilde belirli olduğundan teşebbüslerin davranışlarını buna göre belirlemelerini sağlayacağı ifade edilerek per se yaklaşımın faydaları ortaya konmuştur⁵³⁶. Per se kuralının avantajları; ekonomik güvenilirlik, davaların görülmesinde usuli kolaylık ile öngörülebilirlik dolayısıyla hukuki güvenlik ve istikrar olarak özetlenmektedir⁵³⁷. Buna rağmen doktrinde; per se yaklaşımın sadece, davranışın yol açtığı zararların son derece belirgin olması nedeniyle etki temelli araştırmanın kaynak israfı oluşturacağından rasyonel olmadığı durumlar ile Tip 1 ve Tip 2 hata riskinin⁵³⁸ çok düşük olduğu hallerde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş; bu koşulların ise sadece fiyat kartelleri yönünden oluştuğu belirtilmiştir⁵³⁹.

Doktrindeki bir başka yaklaşım ise per se doktrininin tamamen terk edilmesi yönündedir. Bu görüşe göre; rule of reason analizine göre yapılacak değerlendirme sonucunda; fiyat tespiti, piyasa paylaşma, üretimin kontrolü gibi anlaşmaların hiçbir olumlu etkisi söz konusu olamayacağından, varılacak sonuç per se yaklaşımdan farklı olmayacaktır⁵⁴⁰.

Bilgi değişimi faaliyetlerinin per se rekabete aykırı kabul edilmesi halinde, her türlü bilgi değişimi tamamen yasaklanacak, başkaca hiçbir değerlendirme ve araştırma yapılamayacaktır. Ayrıca per se yasak karşısında tarafların kendini savunmaları ve eylemin rekabete aykırılık taşımadığını ispatlamaları da mümkün değildir. Bu açıklamalar ışığında, bilgi değişimi faaliyetlerinin per se rekabete aykırı

Güncel Mahkeme Kararları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 6.

⁵³⁵ Necla Sümer Özdemir, **Rekabete Aykırı Dışlayıcı Uygulamaların Tespitinde Etki Temelli Yaklaşım ve Etki Standartları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2015, s. 4.

⁵³⁶ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 148-149; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 97; Yiğit, s. 64; Sümer Özdemir, s. 8.

⁵³⁷ Keskin, s. 109.

⁵³⁸ Tip 1 ve Tip 2 hakkında bkz. a.şğ. s. 177 dn. 585.

⁵³⁹ Sümer Özdemir, s. 8.

⁵⁴⁰ Bu görüş hakkında bilgi için bkz. Akıncı, s. 228.

kabul edilmesinin söz konusu olmadığı açıktır. Aksi yöndeki bir yaklaşım; bir teşebbüsün fiyatlarını gösteren broşür bastırmasını, indirimli ürünlere ilişkin reklam vermesini ya da yeni çıkan bir ürününü tanıtmalarını dahi per se yasak kapsamına sokar.

Rekabet hukukunda fiyat belirleme, arzı kısma ya da müşteri paylaşmaya yönelik olan anlaşmalar per se yasak olarak değerlendirilebilmektedir. Bu kapsamda, bu amaçlara yönelik bilgi paylaşımlarının da per se yasak kapsamında kabul edilip edilmeyeceği tartışılabilir. Eğer bilgi değişimi, per se yasak olan fiyat belirleme, pazar paylaşma, arzı azaltma gibi bir anlaşmanın yardımcı eylemi niteliğindeyse, bu bilgi değişimi faaliyeti tek başına rekabete aykırılık yönünden değerlendirilemeyeceğinden bilgi değişimi faaliyetinin per se yasak olduğu sonucuna varılması mümkün olmayacaktır. Zira yardımcı eylem niteliğindeki bilgi paylaşımları, asıl eylem ile birlikte değerlendirilecek ve tek başına ayrı bir incelemeye tâbi tutulmayacaktır. Bir başka deyişle; bu tür durumlarda per se yasak olan anlaşmanın kendisi olup bu anlaşmanın yardımcı eylemi olan bilgi değişimine rekabet hukuku tarafından delil niteliğinde olması dışında bir değer atfedilmez.

Bilgi değişiminin tek başına bir eylem olduğu ve geleceğe yönelik fiyat, arz miktarı ve müşteri listeleri gibi konulara ilişkin olduğu hallerde, bu bilgi değişimi faaliyetlerinin per se yasak kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Bu hallerde, yapılan bilgi değişiminin per se yasak olarak değerlendirilmesi çok isabetli bir yaklaşım olmayabilir. Zira burada RKHK m. 4 kapsamında bir anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı bulunmamakta; tek başına eylem niteliğinde bir bilgi değişimi faaliyeti bulunmaktadır⁵⁴¹. Rakipler tarafından fiyat bilgileri düzenli olarak ilân ediliyor olabilir; ancak bunun fiyat belirlemek amacıyla yapılıp yapılmadığı, başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın kesin olarak söylenemez. Ayrıca; yapılan bilgi değişimi sonucunda piyasada fiyatları değiştiren bir etkinin ortaya çıkıp çıkmadığı veya böyle bir olasılığın bulunup bulunmadığı da son derece önemlidir. Zira yapısı itibarıyla şeffaflık seviyesi çok yüksek olan pazarlarda bilgi değişiminin piyasadaki fiyatlara yönelik herhangi bir

⁵⁴¹ Doktrinde Han, fiyat konusundaki bilgi değişiminin per se yasak olmak şöyle dursun, tek başına bağımsız bir ihlâl dahi olamayacağı ifade edilmişse de yazarın, fiyat konusundaki bilgi değişimi faaliyetlerinin bağımsız bir ihlâl oluşturamayacağı görüşüne katılmamız mümkün görünmemektedir (Han, pp. 998-999).

etkisi olmayabilir. Öncelikle yapılan bu bilgi paylaşımı sonucunda ilgili pazardaki fiyatlarda bir değişiklik olup olmadığına bakılması, eğer değişiklik varsa bunun ne yönde olduğu ve bu değişikliği etkileyen başka faktörler bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Örneğin; fiyat bilgilerine ilişkin bir bilgi değişimi, çok parçalı piyasalarda ya da fiyata dayalı bir işbirliğinin sürdürülmesinin mümkün olamayacağı kadar dinamik olan piyasalarda rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmayabilir⁵⁴².

Per se yaklaşım kabul edilecek olursa, başkaca hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve taraflara savunma imkânı tanınmaksızın, yapılan faaliyet rekabeti bozucu, kısıtlayıcı ya da engelleyici yasak bir faaliyet sayılacaktır. Bu nedenle; bilgi değişimi faaliyetinin per se yasak kapsamında değerlendirilmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Genel olarak, bilgi değişimi konusunda per se yasak yaklaşımı, destek görmeyen bir yaklaşımdır⁵⁴³.

2.3.2. Bilgi Değişiminin Amaç Bakımından Rekabete Aykırılık Yönünden Değerlendirilmesi

Amaç bakımından rekabete aykırılık halinde söz konusu anlaşma ya da uyumlu eylem, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı mevcut ya da potansiyel etkisi bulunup bulunmadığı değerlendirilmeksizin karine olarak rekabete aykırı kabul edilmektedir⁵⁴⁴. Amaç bakımından rekabete aykırı olduğu kabul edilen anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar yönünden ayrıntılı iktisadi analiz yapılması gerekmekte, rekabet otoriteleri bu yükten kurtulmakta ve ayrıntılı iktisadi analizin

⁵⁴² OECD 2010, p. 51.

⁵⁴³ OECD 2010, p. 271; Vives, p. 83.

BIAC tarafından da, bilgi değişiminin rule of reason analizine göre değerlendirilmesi ve per se yaklaşımın burada uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir (OECD 2010, p. 188).

Doktrinde E. F. Aslan, rekabet hukukunda geleceğe yönelik planlanan eylemlere ilişkin teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi paylaşımlarının rekabet üzerindeki etkilerinin olumsuz olduğuna ilişkin bir kabul olduğuna ve bu nedenle ilgili paylaşımların etkilerinin analiz edilmesinin gerekli olmadığına yönelik bir tespitin yanıltıcı olacağını, rekabet hukukunda geleceğe yönelik bilgi paylaşımının rekabet üzerindeki etkisi hakkında genel bir kabul bulunmadığını savunmaktadır (E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 13).

⁵⁴⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 8; Pişmaf, s. 59; Whish, p. 37; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 101; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 140-141.

maliyetinden de tasarruf sağlanmaktadır⁵⁴⁵. Ancak taraflar, getirdikleri savunmalarla bu karinenin aksini ispat edebilirler. Bir başka deyişle; rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşma, uyumlu eylem, karar ya da fiiller ortaya rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı herhangi bir etki çıkmamış olsa dahi karine olarak rekabete aykırı kabul edilir; ancak rekabete aykırılık yönündeki varsayımın taraflarca çürütülmesi, bahsi geçen anlaşma ya da eylem yoluyla rekabeti arttırıcı etkilerin sağlandığının kanıtlanması mümkündür. Amaç bakımından karine olarak rekabete aykırı kabul edilen anlaşma, düzenleme veya uygulamanın, antirekabetçi amaç veya etkisinin bulunmadığı, bu nedenle RKHK m. 4 kapsamına girmediği kanıtlanabileceği gibi; söz konusu işlemin amaç yönünden rekabete aykırı olmakla birlikte RKHK m. 5 kapsamındaki bireysel muafiyet koşullarını bulundurduğu da kanıtlanabilir⁵⁴⁶.

Amaç bakımından rekabete aykırılıkta kastedilen amaç kavramı tarafların niyetini ifade etmemektedir. Buradaki amaç kavramı, ilgili pazarın ekonomik ve hukuki koşulları kapsamında yapılan değerlendirmede ortaya çıkan objektif amaçtır. Buna karşılık; yapılan değerlendirmede tarafların amaçları da dikkate alınabilir⁵⁴⁷.

Amaç bakımından rekabete aykırılık halini per se aykırılıktan ayıran temel nokta, tarafların etkinlik savunması kapsamında savunma ve aksini ispat hakkına sahip olmalarıdır⁵⁴⁸.

Doktrinde Kühn, amaç bakımından rekabete aykırılık halinde ispat külfetinin yerine getirilmesinin son derece zor olduğunu belirterek amaç yönünden rekabete aykırılık ile per se aykırılığı aynı başlık altında birlikte değerlendirmiştir⁵⁴⁹. Kühn'e

⁵⁴⁵ Gönenç Gürkaynak ve Ayşe Gizem Yaşar, ““Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç”ı Yeniden Değerlendirmek: “Groupment Des Cartes Bancaires V Commission” Kararı Işığında Yeni Bir Gün”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2015, s. 46; E.F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 11; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 286; Yiğit, s. 76.

⁵⁴⁶ Bennett and Collins, p. 313; Gürkaynak ve Yaşar, s. 45.

⁵⁴⁷ Gürkaynak ve Yaşar, s. 46; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 286-287; Yiğit, s. 77.

⁵⁴⁸ OECD 2010, p. 51; Bennett and Collins, pp. 330-331; Pişmaf, s. 75.

⁵⁴⁹ OECD 2010, p. 422.

Doktrinde Padilla tarafından da amaç yönünden rekabete aykırılık karinesinin aksinin ispatının imkânsız olduğu, bu nedenle bu karinenin de facto olarak per se ihlâl dönüştüğü ifade edilmiştir (OECD 2010, pp. 441-442).

Doktrinde Capobianco, iletişimin hangi şeklinin yasa dışı olarak tanımlanacağı, hangi türüne ise izin verileceğini belirleyen temel kurallar yaratılması halinde bu kuralların zaman içinde de facto olarak per se yasak halini alabileceği üzerinde durmuştur. Yazar ayrıca bazı piyasaların özellikleri itibarıyla bir zımnî işbirliğine yatkın olmayabileceğini, ayrıca bazı bilgi değişimlerinin ortak anlayış üzerinde yok denecek kadar az bir etkisinin olabileceğini belirterek; temel kurallar oluşturmak yerine her bilgi değişimi faaliyetinin, ortaya çıktığı pazardaki etkileri analiz edilerek kendi ekonomik koşullarında ve rakipler arasındaki rekabeti sınırlandırıcı olası etkileri ortadan kaldıran potansiyel etkinlik kazanımları göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır (Copabianco, pp. 1259-1260).

göre; geleceğe yönelik özel fiyat bilgilerinin ve geleceğe yönelik üretim planlarına ilişkin bilgilerin paylaşılması, per se kuralı kapsamında değerlendirilebilecek başlıca bilgi değişimi türleridir⁵⁵⁰. Buna karşılık yazara göre; geleceğe ilişkin pazara giriş ve diğer yatırım planları hakkındaki konulara yönelik bilgi paylaşımları, karar alma sürecinin çok uzun olması ve geriye dönülemezliğin çok yüksek olması nedeniyle per se ihlâl olarak değerlendirilmemelidir⁵⁵¹.

Uygulamaya baktığımızda da genellikle amaç bakımından rekabete aykırılık halinin per se yasak olarak nitelendirildiği görülmektedir. Türk rekabet hukuku açısından konu ele alındığında RKHK m. 4 hükmünde amaç ve etki temelli iki yaklaşımdan hareket edildiği ve hükümde altı bent halinde örnekleyici olarak sayılan durumların özellikle hukuka aykırı olduğunun belirtildiği görülmektedir. Kanun koyucunun hükümde saydığı bu örneklerin per se yasak olduğu genel olarak kabul edilen bir yaklaşımdır. Ancak bu yaklaşım doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Eleştirilerin dayanağı, teorik olarak per se ihlâllerde aksini ispat olanağı bulunmamakta iken amaç bakımından rekabete aykırılık hallerinde aksini ispat ve bireysel muafiyet olanağının bulunmasıdır. Amaç bakımından rekabete aykırılıkların per se ihlâl olarak değerlendirilmesi durumunda, teşebbüslerin aksini ispat ve bireysel muafiyet imkânları ellerinden alınmış olacaktır⁵⁵².

ABAD tarafından verilen “*Groupement des cartes bancaires (CB) v. Commission*” kararında⁵⁵³, karar sürecinde AG Wahl tarafından dosyaya sunulan görüşte⁵⁵⁴ bu husus üzerinde durulmuştur. AG Wahl, her ne kadar amaç bakımından rekabete aykırılık ile per se kuralının benzer yanları olsa da iki kuralın birbirinden farklı olduğunu, amaç bakımından aykırılıkta bireysel muafiyetten yararlanılabileceğini

⁵⁵⁰ Kühn, bilgi değişimi faaliyetlerini, izleme etkili ve işbirliği etkili bilgi değişimi olarak iki gruba ayırmaktadır. Buna göre; şeffaflık seviyesi çok yüksek olan piyasalardaki bilgi değişimi, izleme etkili bilgi değişimidir. Bu tür piyasalarda açık bir anlaşma olmadığı takdirde, teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminin işbirliği amaçlı olduğunu ispatlamak neredeyse mümkün değildir. Zira piyasadaki şeffaflık seviyesi zaten çok yüksektir ve teşebbüsler tarafından piyasa bilgilerine ulaşılması olağandır. Buna karşılık; geleceğe yönelik fiyat bilgilerinin ve üretim planlarının özel olarak paylaşılması, teşebbüsler arasında ortak bir amaca yönelik işbirliğinin ortaya çıkmasına yardımcı olmaktadır. Bu nedenle yazar tarafından bu tür bilgi değişimleri, işbirliği etkili bilgi değişimi olarak tanımlanmakta ve per se ihlâl kapsamında değerlendirilebileceği savunulmaktadır (OECD 2010, pp. 422-423).

Aynı yönde: Morphet and Dijk, p. 4; Overgaard and Møllgaard, p. 19.

⁵⁵¹ OECD 2010, p. 423; Overgaard and Møllgaard, p. 20.

⁵⁵² Gürkaynak ve Yaşar, ss. 48, 83.

⁵⁵³ CJEU, 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) v. Commission*, 11.09.2014, C-67/13 P. Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Gürkaynak ve Yaşar, ss. 61-81.

⁵⁵⁴ AG Wahl’ın görüşü hakkında bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Gürkaynak ve Yaşar, ss. 66-68.

belirtmiştir. Ayrıca; rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının dar tutulması, amaç değerlendirilirken içinde bulunan ekonomik ve hukuki koşulların incelenmesi, amaç tespitinde etki ve potansiyel etki yönünden inceleme yapılmaması ve rekabeti kısıtlayıcı amaç kapsamına sadece deneyimler ve ekonomi ışığında rekabete zarar verici doğası açıkça görülebilen anlaşmaların girmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, teşebbüslerin geleceğe yönelik fiyat ve miktar gibi bilgileri paylaşımları amaç yönünden rekabeti kısıtlayıcı niteliktedir⁵⁵⁵. Ancak bu bir karine niteliğinde olup aksinin ispatı mümkündür. Buna karşı bir diğer görüş, bu şekilde bir yaklaşımın makul kabul edilemeyeceğini, otomatik olarak böyle bir karinenin uygulanamayacağını savunmaktadır⁵⁵⁶.

OECD tarafından, geleceğe yönelik fiyat bilgilerinin paylaşılmasının, doğrudan teşebbüsler arasında yapılması ya da üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleşmesi bakımından bir farklılık olmaksızın amaç yönünden rekabete aykırı olduğu

⁵⁵⁵ OECD 2010, pp. 289, 312; Bennett and Collins, pp. 328-330; Pişmaf, s. 75.

Doktrinde Whish, geleceğe ilişkin fiyat bilgilerinin paylaşılmasının rekabeti amaç bakımından kısıtladığının düşünülebileceğini belirtmiş ise de geleceğe yönelik miktar bilgilerine bu kapsamda değinmemiştir (Whish, pp. 37-38).

⁵⁵⁶ OECD 2010, pp. 51-52.

Padilla'ya göre, amaç yönünden rekabete aykırılık karinesinin kabul edilmesi halinde bu karine de facto olarak per se yasak halinde dönüşecektir ve rakipler arasında refahı artırıcı nitelikteki iletişimin de ortadan kalkmasına sebep olacaktır. Bu nedenle yazara göre, hiçbir bilgi değişimi türü için hukuka aykırılık karinesi kabul edilmemelidir. Ayrıca yazara göre, hiçbir bilgi değişimi çeşidi, diğerlerine göre işbirliği oluşturmaya daha fazla elverişli ya da rekabeti artırıcı etkileri daha yüksek nitelikte değildir (OECD 2010, p. 441).

Doktrinde E. F. Aslan tarafından savunulan görüşe göre ise, geleceğe yönelik tüm bilgi paylaşımlarının amaç yönünden rekabete aykırı olduğu varsayımı ile yola çıkmak hatalıdır. Geleceğe yönelik bilgi paylaşımının amaç yönünden rekabete aykırı kabul edilebilmesi için paylaşımın amacının açıkça kartel oluşturmak için uzlaşmak olduğunun elde edilen delillerle ortaya konmuş olmasının gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca yazar tarafından, bilgi paylaşımı taraflarının elde ettikleri bilgiye uygun davranmaması halinde, teşebbüslerin başta buna uygun davranacakları yönünde bir imada bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Böyle bir imada bulunmuş, açıkça muhalif kalmamışsa amaç yönünden rekabete aykırı olan uzlaşmaya taraf olduğu sonucuna varılabileceği, bu durumda bile rakibinden öğrendiği bilgiyi kendi ticari stratejisini belirlerken dikkate almadığını kanıtlayarak kendini sorumluluktan kurtarabileceği savunulmuştur. Yazara göre; bilgi paylaşımı nedeniyle pazardaki normalde mevcut olmayan koşulların ortaya çıkıp çıkmadığı önem taşır. Bunun için öncelikle pazardaki normal koşulların ne olduğu ortaya konmalı, daha sonra bilgi değişiminin bu koşullar üzerinde ne gibi değişiklikler yarattığı incelenmelidir (E.F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 47-50, 68-71).

Doktrinde Vives, genel olarak bilgi değişiminin bir işbirliğinin varlığına yönelik karine oluşturmayaacağını ifade etmiştir (Vives, pp. 85-86).

Doktrinde Švirinas, Avrupa Komisyonu tarafından geleceğe yönelik fiyat ve miktar bilgilerinin rakipler arasında paylaşılmasının amaç yönünden rekabete aykırı kabul ediliyor olmasını eleştirmiştir. Yazar, amaç yönünden rekabetin kısıtlanmasından söz edilebilmesi için antirekabetçi etkilerin açıkça kanıtlanmış olması gerektiğini, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının tespiti için ise birçok faktörün birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiğini, bu nedenle belirli kategorideki bilgilerin değişimi konusunda amaç yönünden rekabete aykırılık sonucuna varılmasının hatalı olduğunu belirtmiştir (Švirinas, pp. 97-98).

belirtilmiştir⁵⁵⁷. Hatta doktrinde bir görüşe göre; oligopolistik özellik taşıyan piyasalarda toplanmış fiyat bilgileri dahi yasaklanmalıdır. Zira bu tür piyasalarda bilgiler toplanmış nitelikte olsa dahi piyasadaki oyuncu sayısı az olduğundan bireysel olarak çıkarımda bulunulabilmesi mümkündür⁵⁵⁸.

Ancak, geleceğe yönelik fiyat açıklamaları bazen amaç yönünden rekabet ihlâli olarak kabul edilmez. Bazı piyasalarda siparişlerin önceden verilmesi gerektiği için, geleceğe yönelik olarak müşterilere uygulanacak olan fiyatların kamusal şekilde önceden açıklanması gerekebilir. Bu durumda, önceden yapılan geleceğe yönelik kamusal fiyat açıklamalarının amaç yönünden bir ihlâl olarak nitelendirilmesi söz konusu olmaz. Fakat bu durum, bu tür açıklamaların rekabet ihlâli oluşturmayacağı anlamına da gelmez⁵⁵⁹. Bir başka deyişle; rekabet ihlâli bulunup bulunmadığı somut olay kapsamında rule of reason analizine göre değerlendirilmelidir.

OFT tarafından verilen “Schools” kararına konu olan olayda, okullar geleceğe yönelik olarak uygulamayı düşündükleri harç miktarlarını, kamusal olarak ulaşılabılır olmayacak bir şekilde, düzenli ve sistematik olarak paylaşmaktadır. 50 adet özel okul tüm bu bilgileri okullardan birinin muhasebecisine göndermekte, muhasebeci bu bilgileri derleyip toplu olarak tablo halinde getirerek bilgi paylaşımına katılan tüm okullara dağıtmaktadır. OFT, geleceğe yönelik olarak fiyat paylaşımı niteliğindeki bu bilgi değişiminin amaç yönünden rekabete aykırı olduğuna karar vermiştir⁵⁶⁰.

Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Dair Rehber’in 2010 yılında Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılan taslak metninde, rakipler arasında geleceğe yönelik fiyat ve miktar bilgilerine yönelik şahsi bilgilerin paylaşılmasının amaç yönünden m. 101’e aykırı olduğu belirtilmiştir⁵⁶¹. Ayrıca taslakta, rakiplerin geleceğe yönelik niyetlerini ortaya çıkaran güncel bilgi paylaşımlarının da aynı şekilde amaç yönünden

⁵⁵⁷ OECD 2010, p. 287.

⁵⁵⁸ Christensson, p. 43.

⁵⁵⁹ OECD 2010, p. 312, dn. 19.

⁵⁶⁰ OFT, 2006, *Exchange of Information on Future Fees by Certain Independent Fee-paying Schools*, 20.11.2006, CA98/05/2006, Case CE/2890-03. Kararla ilgili bilgi için bkz. OECD 2010, p. 286; Bennett and Collins, pp. 328-329; Costin, p. 40.

⁵⁶¹ EC, 2010, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, Draft, p. 19, prg. 68. Konu hakkında bkz. Costin, pp. 39-40.

rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır⁵⁶². Taslaktaki bu açıklama, “geleceğe yönelik niyetleri ortaya çıkaran güncel bilgi”nin ne olduğu, kapsamının neye göre belirleneceği noktalarındaki belirsizlikler nedeniyle eleştirilmiştir. Özellikle, bu kavramın çok dar yorumlanabileceği, tüm mevcut fiyatlara yönelik bilgi paylaşımlarının bu kapsamda değerlendirilebileceği ve bunun sonucunda tüketiciler için oldukça yararlı olan fiyat karşılaştırması yapan internet sitelerinin de amaç yönünden rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi olasılığı sonucunda tüketicilerin bu faydalardan mahrum bırakılabileceği önemli eleştiri noktalarını oluşturmuştur⁵⁶³. Taslak üzerinde yapılan birtakım değişiklikler sonucunda 2011 yılında yayınlanan Rehber’de, eleştiriler doğrultusunda bu yorumun terk edildiği; sadece geleceğe yönelik fiyat ve miktar bilgilerine ilişkin paylaşımların amaç yönünden m. 101’e aykırılık oluşturacağının açıklandığı görülmektedir⁵⁶⁴. Rehber’e göre rakiplerin geleceğe yönelik fiyat ve miktar niyetleri konusunda birbirlerini bilgilendirmeleri genellikle fiyat ve miktar belirleme amacı taşıdığından kartel olarak değerlendirilip cezalandırılabilir. Kartel oluşturan bilgi değişimleri sadece ABİDA m. 101/I’i ihlâl etmekle kalmayıp; aynı zamanda ABİDA m. 101/III’deki koşulları karşılaması da mümkün olmayan eylemlerdir⁵⁶⁵. Ayrıca, gerek Taslak gerekse Rehber’de geleceğe yönelik fiyat niyetlerinin kamusal olarak açıklanması hususunda “rakipler arasında bilgi paylaşımı”ndan söz edilmiş olması nedeniyle, bunun dar yorumlanacağı ve geleceğe yönelik tek taraflı fiyat açıklamalarının, amaç yönünden m. 101’e aykırı görülmeyeceği hususu üzerinde durulmuştur⁵⁶⁶.

OECD ve doktrindeki bazı yazarlar tarafından, bilgi paylaşımının amaç yönünden mi yoksa etki yönünden mi rekabete aykırı kabul edileceği noktasında, kamusal-özel bilgi paylaşımı ayrımına gidilmesinin uygun olabileceği teklifi ileri sürülmüştür. Buna göre; mevcut ya da geleceğe yönelik niyetlere ilişkin bilgi, herkesin kolaylıkla ulaşabileceği şekilde kamusal olarak açıklanmışsa etki yönünden; buna karşılık halka açık olmayacak şekilde özel olarak paylaşılmışsa amaç yönünden

⁵⁶² EC, 2010, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, p. 19, prg. 68.

⁵⁶³ OECD 2010, pp. 289-290; Bennett and Collins, p. 333.

⁵⁶⁴ EC, 2011, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, p. 16. Aynı yönde: Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 10.

⁵⁶⁵ EC, 2011, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, p. 16; Pişma, ss. 59-60.

⁵⁶⁶ OECD 2010, p. 290; Bennett and Collins, p. 334.

rekabete aykırı kabul edilmelidir. Bu şekilde bir ayırım yapılması halinde, amaç ve etki ihlalleri arasında net bir ayırım yapılabileceği, böylece yasal belirsizliğin azalacağı savunulmaktadır⁵⁶⁷. Bu görüşü savunan yazarlar özellikle iki gerekçeye dayanmaktadır. Bunlardan ilki, geleceğe yönelik veya mevcut bilgi paylaşımlarının kamusal olması halinde, özel paylaşımlara göre daha fazla fayda sağlayacağıdır. Zira bu tür bilgi paylaşımları, tüketicilere kıyaslama imkânı tanımakta ve böylece rekabeti arttırmaktadır⁵⁶⁸. İkinci olarak ise, ortak bir fiyat odağına ulaşma yönünden, kamusal paylaşımlar özel paylaşımlara göre çok daha maliyetli ve zordur⁵⁶⁹.

Kanaatimizce, güncel ve geleceğe yönelik her türlü bilgi paylaşımının hiçbir ayırım yapılmaksızın, sadece özel olarak paylaşılmış olması nedeniyle amaç yönünden rekabete aykırı kabul edilmesi çok isabetli olmayabilir. Zira paylaşılan güncel ya da geleceğe yönelik bilgi özel olarak paylaşılmış olsa da; bilginin içeriği, kapsamı, detaylı olmaması, pazarın yapısı gibi birçok nedenden dolayı, paylaşılan bilginin rekabeti olumsuz etkileme potansiyeline sahip olmaması mümkündür. Bu durumda, paylaşımı yapan teşebbüslerin karine olarak rekabeti ihlâl ettiğinin kabul edilmesi ve bu teşebbüslerin bu karinenin aksini ispat külfetiyle karşı karşıya bırakılması adil olmayan sonuçlar doğmasına neden olabilir.

Paylaşılan bilginin rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı açıkça anlaşılabilirse, bu bilgi paylaşımı fiilinin rekabete amaç yönünden aykırı olduğunun kabul edilmesi kanaatimizce mümkündür. Zira RKHK m. 4 hükmünde; “...rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan...” anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklamıştır. Bu bağlamda, söz konusu anlaşma, uyumlu eylem ya da kararların fiilen rekabeti bozmuş olmasına gerek bulunmayıp bu amacı taşıyor olması ya da bu etkiyi yaratma olasılığı bulunması bunların rekabete aykırı olarak değerlendirilip yasaklanması için yeterlidir. Aynı değerlendirme bilgi değişimi için de yapılmalıdır. Zira teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bir bilgi paylaşım faaliyeti rekabeti bozucu etki yaratmamış ise de böyle bir etki yaratması muhtemelse ya da bilgi paylaşımının amacı rekabeti bozmaksa, o bilgi paylaşımı faaliyetinin rekabeti bozucu olduğunun kabulü

⁵⁶⁷ OECD 2010, pp. 290-291; Bennett and Collins, p. 334.

⁵⁶⁸ ABD Mahkemelerinin yaklaşımı genellikle bu yöndedir. Buna ilişkin en çarpıcı örnek, “Sugar Case” kararıdır (Kühn and Vives, Information Exchange, p. 68).

⁵⁶⁹ Bennett and Collins, pp. 334-335.

gerekmektedir. Örneğin, ilgili pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki teşebbüslerin tamamının birbirleriyle geleceğe dönük fiyat bilgilerini paylaşmasının, piyasanın yapısında kendiliğinden bulunan şeffaflık nedeniyle teşebbüslerin bu bilgileri kendiliğinden öğrenme imkânının bulunması durumu hariç olmak üzere, piyasadaki fiyatları belirleme amacına yönelik olduğu açıktır. Bu paylaşımın sonucunda ortak bir fiyat uygulamasına henüz gidilmemiş olsa dahi, yapılan bilgi değişimi eylemi rekabeti kısıtlama amacı taşıması nedeniyle rekabete aykırıdır. Zira fiyat konusundaki bu bilgi paylaşımı eylemi, piyasada uygulanacak fiyatlar yönünden bir şeffaflık sağlayacak, belirsizliği ortadan kaldıracaktır. İlk etapta ortak bir fiyatın uygulanması söz konusu olmasa dahi bu risk her zaman mevcuttur. Az sayıdaki teşebbüs arasında fiyat bilgilerinin değiştirilmesi eylemi, ortak bir fiyat uygulama ve kartelleşme yönündeki eğilimi ortaya çıkarma potansiyelini taşımaktadır. Bu nedenle; yapılan bilgi paylaşımının amacının rekabeti kısıtlamak olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa o işlemin amaç yönünden rekabete aykırı olduğunun kabul edilmesi mümkündür. Ancak bu kabul, aksi ispatlanabilir bir karine olmalı ve taraflara savunma hakkı tanınmalıdır.

ABAD tarafından verilmiş olan “*T-Mobile Netherlands*” kararında bir eylemin amaç bakımından rekabete aykırı olduğunun ortaya konulabiliyor olması halinde, ayrıca eylemin etkisinin değerlendirilmesine gerek bulunmadığı belirtilmiştir⁵⁷⁰. Rekabete aykırı bir amacın bulunup bulunmadığının tespitinde ise; eylemin kendine özgü hukuki veya ekonomik kapsamı göz önüne alındığında doğası gereği rekabeti önleme, sınırlama ya da ortadan kaldırma potansiyeline sahip olup olmadığının değerlendirilmesi ve böyle bir potansiyel mevcutsa eylemin amaç yönünden rekabete aykırı olduğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁵⁷¹. Rekabete aykırı amaç ile rekabeti sınırlama potansiyelinin bulunmasının birlikte ele

⁵⁷⁰ CJEU, 2009, *T-Mobile Netherlands and others*, 04.06.2009, C-8/08. Karar hakkında bkz. OECD 2010, p. 39; OECD 2012, p. 182; Costin, pp. 38-39; E. F. Aslan, Bilgi Değişimi, ss. 29-31; E.F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 35-37; Pişmaf, ss. 50-52; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 289; Gürkaynak ve Yaşar, ss. 54-55; Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, “Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Ekmek Mayası Kararı), s. 103.

⁵⁷¹ Pişmaf, s. 51.

ABAD tarafından “*T-Mobile Netherlands*” kararında yapılan bu açıklama, 2011 yılında yayınlanan ve yukarıda incelemiş olduğumuz ABİDA m. 101’in Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanması Hakkında Rehber’de de aynen yer almıştır. Bu husus dikkate alındığında söz konusu kararın AB rekabet hukuku yönünden gerçekten oldukça önemli bir yere sahip olduğunu söylemek mümkündür (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 8).

alınması doktrinde haklı eleştirilere neden olmuştur. Böyle bir değerlendirmenin, potansiyel etki yönünden rekabete aykırılığı amaç bakımından rekabete aykırılığın kapsamına alacağı, böylece etki değerlendirmesini imkânsız kılacağı belirtilmiştir⁵⁷². Doktrinde Pişmaf tarafından, “*T-Mobile Netherland*” kararının bilgi değişiminin amaç bakımından ihlâl kapsamında değerlendirilebileceğini göstermesi nedeniyle AB rekabet hukukunda küçük çaplı bir milât olarak olduğu ifade edilmiştir⁵⁷³.

Sonuç olarak; bilgi değişimi faaliyetinin bulunması halinde öncelikle bunun amacına bakılması gerekir⁵⁷⁴. Eğer bu bilgi paylaşımıyla objektif veya sübjektif olarak rekabeti bozucu bir sonuç amaçlandığı açıkça anlaşılabilirse, bu işlem karine olarak amaç yönünden rekabete aykırı kabul edilmelidir. Ancak taraflar yaptıkları savunmalarda, bilgi değişimi faaliyetinin rekabeti bozucu bir amacı olmadığını, aksine rekabeti artırıcı etkiye sahip olduğunu ispat ederlerse herhangi bir yaptırımla karşılaşmayacaklardır. Bilgi değişimi faaliyetinin amacının rekabeti kısıtlamak olduğu açıkça görülemiyorsa, bu durumda etki yönünden bir inceleme yapılmalıdır. Bu noktada, diğer tüm unsurlar birlikte değerlendirilerek rule of reason analizi yapılmalı ve bu analizin sonucuna göre bilgi paylaşımı eyleminin rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı bir etki yaratıp yaratmadığına ya da yaratma potansiyeli bulunup bulunmadığına karar verilmelidir.

2.3.3. Bilgi Değişiminin Rule of Reason Olarak (Etkileri Bakımından) Rekabete Aykırılık Yönünden Değerlendirilmesi

Bilgi değişiminin per se yasaklanmasının doğru olmayacağı, rekabeti bozucu amaç taşıdığının açıkça tespit edilememesi halinde etki yönünden rule of reason analizi yapılması gerektiği yukarıda açıklanmıştır⁵⁷⁵. Bir bilgi değişiminin rekabeti

⁵⁷² Gürkaynak ve Yaşar, s. 54.

⁵⁷³ Pişmaf, s. 52.

⁵⁷⁴ Morphet and Dijk, p. 5.

Doktrinde Švirinas, Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber ile paralel olarak; bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı bulunup bulunmadığı incelenirken anlaşmanın yazılışının, içerdiği terimlerin, yasal ve ekonomik içeriğinin ve tarafların davranışlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir (Švirinas, p. 95; EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p.8).

⁵⁷⁵ Amacın araştırılması ex-ante (etkiler gerçekleşmeden önce), etkinin araştırılması ise ex-post (etkiler ortaya çıktıktan sonra) incelemeyi gerektirmektedir (Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 142). Buna karşılık olası etkilerin araştırılması, henüz ortaya çıkan somut etkiler bulunmadığından ancak ex-ante olarak incelenebilir.

bozucu etki taşıyıp taşımadığını tespit etmek her zaman kolay değildir. Zira rekabete zararsız gibi görünen bilgi değişimi, bazı koşullarda rakiplerin birbirlerinin politikaları hakkında bilgi sahibi olmasına izin vererek rekabeti olumsuz etkileme potansiyeli taşıyabilir. Bazı hallerdeyse, rekabet üzerinde olumsuz etki edeceği düşünülen bir bilgi değişiminin diğer tüm koşullarla birlikte ele alındığında aslında rekabet üzerinde hiçbir olumsuz etki oluşturmadığını görmek mümkündür. Bu nedenle bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilirken tüm faktörler ele alınarak rule of reason analizi (etki temelli analiz) yapılması gerekmektedir⁵⁷⁶.

Danışıklılık kavramına hukuki açıdan bakıldığında sadece teşebbüsler arasındaki koordinasyon anlaşılmakta iken ekonomik yönden danışıklılık, sapmalar halinde uygulanabilir bir cezalandırma mekanizması ile pazar koşullarının işbirliği organizasyonu üzerindeki etkilerinin kısıtlı olması unsurlarına dayanmaktadır. Bu nedenle yapılacak olan analizin hem hukuki hem ekonomik yönden tüm değerlendirmeleri içerecek şekilde kapsamlı olması gerekmektedir⁵⁷⁷.

Rule of reason analizi yapılırken birçok faktör birlikte ele alınarak ayrı ayrı değerlendirilecek ve bu değerlendirmeler sonucunda söz konusu bilgi paylaşımı faaliyetinin rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahip olup olmadığı konusunda somut olayın özelliklerine göre (*case-by-case analysis*) bir sonuca varılacaktır⁵⁷⁸. Değerlendirme yapılırken, bilgi değişimi sonucunda rekabetin mevcut durumu ile bu bilgi değişimi faaliyeti olmasaydı rekabetin bulunacağı durumun karşılaştırılması gerekmektedir⁵⁷⁹.

Etki temelli rule of reason analizi konusunda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlar; tam etki temelli yaklaşım ve yapılandırılmış etki temelli yaklaşım olarak adlandırılmaktadır. Tam etki temelli yaklaşımda; davranışın, sadece rekabet ve rakipler üzerindeki değil, ayrıca tüketiciler üzerindeki olumsuz etkisinin mutlak olarak delillerle ortaya konması gerekmektedir. Bu yaklaşım; inceleme sürecinin uzun sürmesi, maliyetli olması ve hukuki belirsizliğin yüksekliği nedeniyle eleştirilmiştir. Yapılandırılmış etki temelli yaklaşımda ise; öncelikle belirlenmiş

⁵⁷⁶ Christensson, p. 44.

⁵⁷⁷ Kühn, pp. 172-173.

⁵⁷⁸ Bilgi değişiminden kaynaklanan tüketici menfaatlerine yönelik etkiler ve rekabet için potansiyel olarak zararlı etkiler; değiştirilen bilginin özellikleri, yapısı ve pazardaki rekabet seviyesine bağlı olarak ortaya çıkacaktır (Morphet and Dijk, p. 1).

⁵⁷⁹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 9, 16-17; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 11; OECD 2010, pp. 313, 395; Costin, p. 40; Švirinas, p. 98; Pişmaf, s. 60; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 105-106.

birtakım koşulların var olup olmadığına bakılmaktadır. Bu ön koşulların mevcut olması halinde etki temelli analize geçilmektedir. Örneğin; hâkim durumun kötüye kullanılması iddiasında öncelikle ilgili teşebbüsün hâkim durumda bulunup bulunmadığına bakılır. Eğer hâkim durum söz konusu değilse etki temelli analiz yapılmasına da gerek kalmayacaktır⁵⁸⁰.

ABİDA m. 101/I ve RKHK m. 4 anlamında bir rekabet kısıtlamasından söz edilebilmesi için bilgi değişiminin; fiyat, arz, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği, inovasyon gibi unsurlardan biri ya da birkaçı üzerinde kayda değer bir olumsuz etkisi bulunmalıdır⁵⁸¹. Bu kapsamda, tarafların karar alma bağımsızlığının azalması ve taraflardan en az birinin niyetinde bir değişiklik ortaya çıkarak piyasa davranışlarının düzenlenmesi ya da etkilenmesi söz konusu olmalıdır⁵⁸².

Doktrinde rule of reason analizinin; münferit olaylar karşısında esnek bir değerlendirme imkânı tanıyor olması, taraflara savunma imkânı getirmesi ve ulaşılan sonucun tereddüt içermemesi nedenleriyle faydalı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu kuralın ekonomik verimliliği teşvik ettiği ve rakip teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı davranışlar içine girme eğilimleri hususunda caydırıcı rol oynadığı üzerinde durulmuştur⁵⁸³.

Doktrinde; öncelikle güvenli limanların belirlenmesi gerektiği, güvenli liman kapsamına girmeyen durumlarda ise hangi seviyedeki işbirliğinin makul kabul edileceğinin ve söz konusu bilginin işbirlikçi davranışın ortaya çıkmasına ne şekilde yardımcı olabileceğinin ortaya konması gerektiği belirtilmiştir. Bundan sonra söz konusu bilgi değişimi anlaşmasının, işbirliği anlaşmasının izlenebilirliği konusundaki etkisinin ve son olarak da etkinlik savunmasının titizlikle incelenmesi gerektiği hususları vurgulanmıştır⁵⁸⁴.

İngiliz hukukunda, olayın koşullarına göre yapılan case-by-case değerlendirmenin iki olumsuz etkisinin olabileceği ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, her durum için yapılması gereken bu analizin, firmalar yönünden ağır bir yük teşkil

⁵⁸⁰ Sümer Özdemir, ss. 14-17.

⁵⁸¹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 8, 16; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 10; OECD 2010, p. 313; Costin, p. 40; Švirinas, p. 98; Pişmaf, s. 60.

⁵⁸² EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 8.

⁵⁸³ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 149.

⁵⁸⁴ Caffarra and Kühn, pp. 145-146.

etmesidir. Firmaların her durum için oldukça karmaşık olan bu analizi yapması oldukça maliyetlidir. Bu nedenle, mali yönden yeterli derecede güçlü olmayan firmaların, maliyetli olan bu analizi yapmak yerine, risk almamak için uygulamak istedikleri faaliyetten vazgeçmeleri olasıdır. Bu durumda, case-by-case analizi, rekabete zarar verici bir etki ortaya çıkarmaktadır⁵⁸⁵.

İngiliz hukukunda case-by-case analizinin ikinci olumsuz etkisinin, rekabet otoriteleri yönünden ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Buna göre; özellikle rekabet rejimi yeteri kadar gelişip olgunlaşmamış olan sistemlerde, aslında rekabete aykırılık teşkil eden eylemlerin, rekabet otoritesi tarafından bir ihlâl olarak değerlendirilmemesi durumlarında, anti rekabetçi davranışlara karşı etkin bir caydırıcılık sağlanamayacağı ve rekabete zarar verici bir etki ortaya çıkacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁶. Kuralların önceden belli olduğu (ex-ante) bir sistemin, davranış ortaya çıktıktan sonra (ex-post) yapılan bir değerlendirmeye göre çok daha etkili olacağı; bu nedenle optimal politikanın ex-ante bir bakış açısı bulunması gerektiği belirtilmiştir⁵⁸⁷.

ABD’de de rule of reason kuralına yönelik benzer eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirilerden ilki, rule of reason çerçevesinde çözülmesi gereken davaların, ayrıntılı iktisadi analiz ve birçok ekonomistin görüşünü gerektirmesi bakımından pahalı ve çok uzun davalar olduğu yönündedir. Bir diğer eleştiri, rule of reason kurallarının zor

⁵⁸⁵ OECD 2010, p. 273; Bennett et al., p. 7; Bennett and Collins, p. 313.

⁵⁸⁶ OECD 2010, p. 273; Bennett et al., p. 7; OECD 2010, pp. 420-421; OECD 2010, pp. 435-436.

İlk olumsuz etki “*Tip 1 hata=Type 1 error*”, ikinci olumsuz etki ise “*Tip 2 hata= Type II error*” olarak adlandırılmıştır (OECD 2010, p. 273; Bennett and Collins, p. 313).

Bu isimlendirme istatistik bilimine dayanmaktadır. İstatistik biliminde; örneğin, yangın çıkmamış olmasına rağmen yangın alarminin çalması Tip 1, yangın çıkmış olduğu halde yangın alarminin çalmaması ise Tip 2 hata olarak nitelendirilmektedir. Bu kavramların rekabet hukuku yönünden önemli olduğu kabul edilmektedir. Rekabet hukuku bakımından aslında bir rekabet ihlâli bulunmamasına rağmen, söz konusu işlem ya da eylemin rekabet ihlâli olarak değerlendirilmesi Tip 1 hatadır. Buna karşılık, rekabeti ihlâl eden bir eylem ya da işlemin rekabete aykırılık taşımadığı sonucuna varılması halindeyse Tip 2 hata ortaya çıkmaktadır. Tip 1 hata halinde, aslında bir ihlâl olmadığı halde rekabet ihlâli ile yüzleşme riski kaygısı taşıyan firmalar, daha az iş ilişkisine girme eğilimi göstereceklerdir. Bunun sonucunda da, piyasadaki mal ve hizmet çeşitliliği azalarak tüketici refahı aleyhine bir durum ortaya çıkacak; ayrıca piyasada yeterli derecede gelişme sağlanamayacaktır. Tip 2 hata halinde ise, tekelleşmeye yönelik faaliyetlerin önüne geçilemeyecek ve piyasadaki rekabet dengesi zarara uğrayacaktır (New York Law School, “Error Types”, European Union Competition Law, <http://www.eucomplaw.com/error-types/> -01.06.2015). Aynı yönde: Han, pp. 1013-1014. Hata türlerinden birini azaltmaya yönelik olan her bir girişim, diğer hata türünün ortaya çıkmasında artışa neden olacaktır (OECD 2010, p. 435).

Tip 1 hata yerine “*false positive*”, Tip 2 hata yerine ise “*true negative*” ifadeleri de kullanılabilmektedir (Öztunalı, s. 61).

⁵⁸⁷ OECD 2010, p. 420.

ve karmaşık olması nedeniyle teşebbüslerin rekabet ihlâli oluşturan ve oluşturmayan davranışlar arasında bir ayırım yapmalarının mümkün olamadığı, ortaya çıkan belirsizlik nedeniyle hangi eylemlerin ihlâl oluşturacağını tahmin etmekte zorlukların olduğu noktasındadır. Diğer bir eleştiri ise, iktisadi analizin karmaşık ve zor olması, ayrıca oldukça güçlü verilerle desteklenmesi gerektiğinden neredeyse her zaman davalı lehine karar verileceğidir. Tüm bu eleştiriler kapsamında, rule of reason kuralının ortaya çıkardığı belirsizlik nedeniyle hukukun üstünlüğü ilkesinin zedelendiği iddia edilmiştir⁵⁸⁸.

Doktrinde, rule of reason kuralı çerçevesinde yapılan değerlendirmenin son aşaması olan dengeleme aşamasının belirsizliklere sebep olabileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre; inceleme konusu olan eylem ve anlaşmaların olumlu ve olumsuz etkileri genellikle ölçülebilir ve karşılaştırılabilir değildir ve bu durum belirsizlik yaratmaktadır. Bu sorun, “*çözülmemiş dengeleme sorunu*” olarak adlandırılmıştır⁵⁸⁹.

Doktrinde rule of reason analizine ilişkin tartışma konularından biri, bu analizin yapılmasında kullanılacak ölçütlere ilişkindir. Buna göre; bazı yazarlar, rule of reason analizi yapılırken sadece ABİDA m. 101/III kapsamında belirtilen hususlara bakılması gerektiğini, burada sayılan ölçütler dışında başkaca bir değerlendirme yapılamayacağını savunurken birtakım yazarlar ise rule of reason değerlendirmesinin bu kriterlerle sınırlı olmadığını kabul etmektedir⁵⁹⁰.

Türk hukukunda ise rule of reason analizinin kullanılıp kullanılamayacağı ve ne şekilde kullanılabileceği tartışma konusu olmuştur. D. Cengiz tarafından; Türk hukukunda rule of reason ilkesinin uygulanması koşullarının ve rule of reason ilkesi kullanılarak RKHK m. 4 ile getirilen yasakların sınırlandırılması inisiyatifinin rekabet otoriteleri ile mahkemelere bırakılmamış olduğu, bunun ölçütlerinin RKHK m. 5 hükmü ile getirildiği, hükmün istisna niteliğinde olduğu ve böyle bir istisnanın kapsamının rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından genişletilemeyeceği, bu nedenle rule of reason değerlendirmesinin RKHK m. 5’de belirtilenlerle sınırlı olarak yapılması gerektiği savunulmuştur⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ Ata, ss. 22-26.

⁵⁸⁹ Ata, ss. 23-24.

⁵⁹⁰ Konuya ilişkin tartışmalar hakkında bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 64-67; Yiğit, ss. 68-69.

⁵⁹¹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 67.

Doktrinde Sanlı; muafiyet sisteminin eksikliklerini belirterek hukuksal güvenliği sağlamakta yeterli olmayacağını, RKHK m. 5 ile Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin sınırlandırıldığını, bu durumun bazı olumlu etkileri olan anlaşmaların geçersizliğine yol açtığını, ayrıca RKHK m. 4 hükmünün tıpkı Sherman Yasası 1. Bölüm gibi muğlak ve belirsiz ifadeler içerdiğini, AB hukukunda da rule of reason analizinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunduğunu ve tartışma karşısında genel olarak olumlu bir yaklaşım benimsendiğini, tüm bunlar kapsamında Türk rekabet hukukunda rule of reason analizinin benimsenmesinin bir zorunluluk olduğunu ifade etmiştir⁵⁹².

Doktrinde Yiğit ise, Türk rekabet hukukunda rule of reason analizine yer verilmediğini, RKHK m. 4 hükmünde amaç ve etki bakımından bir değerlendirme öngörüldüğünü, bu hüküm kapsamında sadece danışıklı ilişkinin olumsuz yönlerinin dikkate alındığını, olumlu yönlerin incelenme alanının ise RKHK m. 5 olduğunu, m. 5 kapsamında yapılacak değerlendirmenin rule of reason benzeri bir değerlendirme olduğunu, bu değerlendirmenin 5. maddedeki tüm koşulların bir arada bulunması şartını gerektirdiğini, her ne kadar rule of reason analizine RKHK'da yer verilmemiş olsa da bunun tamamen dışlanmadığını, ancak yapılacak analizde RKHK m. 5 koşullarıyla sınırlı bir değerlendirme yapılabileceğini belirtmiştir⁵⁹³.

Kanaatimizce; rule of reason kuralı ile bireysel muafiyet birbirine çok benzeyen ve birbirini tamamlayan iki farklı ilkedir. Rule of reason kuralında bir danışıklı işlemin tüm olumsuz ve tüm olumlu yönleri birlikte ele alınarak baskın olan tarafa göre işlemin rekabeti bozucu etki veya potansiyel etkiye sahip olup olmadığı belirlenir. Bir danışıklı işlemin rekabeti bozabilecek etkileri yanında yer alan bir veya birden fazla olumlu etkisi, o işlemi rekabete zararlı nitelikte olmaktan çıkarabilir. Örneğin; işlemin tüketiciye sağladığı yarar o kadar fazladır ki, bu danışıklı işlemin rekabeti bozmaya yönelik potansiyel bir etki göstermeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu durumda; danışıklı işlemin RKHK m. 4 kapsamında yapılan etki değerlendirmesi sonucu rekabeti bozucu mevcut ve/veya potansiyel etkisi olmadığı ortaya çıkmıştır. Bazen de danışıklı işlem açısından RKHK m. 4 kapsamında yapılan etki değerlendirmesinde, işlemin olumlu etkilerinin, olumsuz etkilere göre baskın gelmediği ve işlemin rekabeti bozucu nitelikte olduğu tespit

⁵⁹² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 99-101.

⁵⁹³ Yiğit, ss. 69-70.

edilebilir. Bu durumda, işlem RKHK m. 4'e göre rekabete aykırıdır; ancak ikinci bir değerlendirme daha gerekmektedir. Bu da RKHK m. 5'dir. Bu aşamada, m. 4 kapsamında değerlendirme yapıldığında işlemi rekabete aykırılıktan kurtarmaya yetmeyen olumlu yönlerin, bu işlemin rekabete aykırılığını mazur göstermeye yetip yetmeyeceği incelenecektir. Bir başka deyişle; danışıklı işlem, olumlu etkiler barındırmasına rağmen rekabete aykırıdır, ancak bu olumlu etkilerin RKHK m. 5'i karşılaması halinde bireysel muafiyet sağlama ihtimali halen mevcuttur. Kısaca özetlemek gerekirse; rule of reason analizi, RKHK m. 4 kapsamında etki değerlendirilmesi yapılırken, m. 5 ile sınırlı olmamak üzere uygulanan ve değerlendirme konusu işlemin sonuç olarak rekabeti bozucu etki içerip içermediğini belirleyen analizdir. Bireysel muafiyet ise, rule of reason analiziyle yapılan etki değerlendirmesi sonucunda rekabeti bozucu etkiler içerdiği belirlenen işlemin, RKHK m. 5 çerçevesinde belirlenen tüm koşulların bir arada bulunması şartıyla, bu rekabete aykırılığının mazur görülmesi ve işleme izin verilmesi anlamına gelmektedir. Yani; rule of reason analizi, işlemin rekabeti kısıtlayıcı olup olmadığını belirleyen etki değerlendirmesine yönelik ayrıntılı bir analiz iken; bireysel muafiyet değerlendirmesi, rekabeti kısıtlayıcı olduğu belirlenen işleme olumlu etkileri dolayısıyla izin verilip verilmeyeceğini belirlemektedir.

Bazı piyasalarda, piyasanın şeffaflık derecesi ne olursa olsun, işbirliğinin kalıcı olması çok zordur. Örneğin; işletmelerin maliyet yapıları, pazar payları, kapasite seviyeleri, dikey bütünleşme seviyesindeki asimetri gibi faktörler, teşebbüslerin ortak bir koordinasyona ulaşma isteklerini azaltabilir. Bunun yanında; inovasyonun bir teşebbüse diğerlerine göre çok büyük avantaj sağlıyor olması, arz ve talebin çok dengesiz ve hareketli olması, bilgi değişimine taraf olmayan teşebbüslerin koordinasyonun beklenen sonucunu riske atabilecek olması, giriş engellerinin bulunmaması ya da çok düşük olması, alıcıların koordinasyonu istikrarsız hale getirebilecek güce sahip olması, rakibin davranışına aynı şekilde karşılık vermede başarısız olma olasılığı gibi faktörler, teşebbüslerin bir koordinasyona yönelme isteğini azaltabilir ya da oluşacak koordinasyonun uzun

sürelî olmasını engelleyebilir⁵⁹⁴. Ayrıca bazı hallerde bilgi değişimi faaliyetine yönelik geçerli etkinlik savunması getirilebilir⁵⁹⁵.

Açıklanan nedenlerle, rule of reason analizinde birçok faktör önem taşımakta olup bunların ayrı ayrı açıklanması gerekmektedir⁵⁹⁶.

2.3.3.1. Rule of Reason Analizinde Değerlendirilecek Unsurlar

2.3.3.1.1. Değiştirilen Bilgiye İlişkin Unsurlar

2.3.3.1.1.1. Değiştirilen Bilginin Türü ve Konusu

Bilgi değişimi faaliyetinin rule of reason analizi yoluyla değerlendirilmesinde paylaşılan bilginin türü ve içeriği çok önemlidir.

2.3.3.1.1.1.1. Halka Açık (Kamusal) Olan Bilgi Değişimi-Halka Açık Olmayan Bilgi Değişimi

Paylaşılan bilgi, herkesin ulaşabileceği şekilde paylaşılmışsa ve bilgi paylaşımının yarattığı şeffaflık sadece ilgili pazardaki teşebbüsler için değil, aynı zamanda tüketiciler ve pazara yeni giriş yapacak olan potansiyel rakipler için de geçerliyse halka açık bilgi söz konusudur⁵⁹⁷. Gerçek anlamda halka açık bilgiden söz edilebilmesi için, bu bilgiye herkesin herhangi bir bedel ödemeksizin ve kısıtlamaya tâbi olmaksızın ulaşabilmesi gerekmektedir⁵⁹⁸. Doktrinde Gürkaynak ve diğerleri tarafından; bilgiye makul bir maliyete katlanılarak ulaşılabilir olması durumunda

⁵⁹⁴ OECD 2010, p. 46; Capobianco, p. 1268.

⁵⁹⁵ Nair ve Mncube, p. 1.

⁵⁹⁶ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de de bilgi değişiminin case-by-case analizi yapılırken; bilgi değişimi sisteminin amacı, sisteme giriş şartları, sistemde kalma şartları, bilgi değişiminin sıklığı, değiştirilen bilginin türü (kamusal, özel, gizli, toplanmış, detaylı, tarihi, güncel vs.) ve fiyat, miktar veya hizmet koşullarının belirlenmesinde değiştirilen bilginin önemi gibi unsurların değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir (EC, 2011, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, s. 17). Aynı yönde: Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 11.

⁵⁹⁷ OECD 2010, p. 33; Overgaard and Møllgaard, p. 19.

⁵⁹⁸ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 20; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 14; OECD 2010, pp. 318, 396; OECD 2012, p. 25; Costin, p. 48; Švirinas, p. 107; Pişma, s. 68.

da bilginin halka açık olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹⁹. İ.Y. Aslan ise, bilgiye erişim maliyetleri bakımından bütün rakipler ve müşterilerce aynı derecede erişilebilir olan bilgilerin kamuya açık bilgiler olduğunu belirtmiştir⁶⁰⁰.

Eğer bilginin araştırılıp elde edilmesi zor ve maliyetli ise o bilginin halka açık bir bilgi olarak kabulü mümkün değildir⁶⁰¹. Bilgiye ulaşmak, tüketiciler ve bilgi değişimi sistemi içinde bulunmayan teşebbüsler için, bu sisteme dâhil olan teşebbüslere göre daha zor ve maliyetli ise, bu durum tüketiciler ve sistem dışındaki teşebbüsler için caydırıcılık oluşturuyorsa bu bilginin gerçek anlamda kamusal bir bilgi olduğu söylenemez⁶⁰²; ⁶⁰³.

Rekabet Kurulu 2011 yılında vermiş olduğu PETDER kararında rakiplerin, müşterilerin ve üçüncü kişilerin gerek dağıtıcı firmaların fiyatlarına gerekse EPDK'nın internet sitesinden tavsiye niteliğindeki pompa fiyatlarına eş zamanlı, maliyetsiz ve zahmetsiz olarak ulaşabildiklerini belirttikten sonra literatürde bu tür bilgilerin gerçek anlamda kamuya açık bilgi olarak adlandırıldığını ifade etmiştir⁶⁰⁴.

Bilginin halka açık olması halinde tüketiciler tarafından arz konusu ürün ve hizmetler hakkında daha ayrıntılı bilgi edinilebilmekte, pazardaki ürün ve hizmetler

⁵⁹⁹ Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 285.

⁶⁰⁰ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 414.

⁶⁰¹ OECD 2010, p. 50; Costin, p. 48; Pişmaf, s. 69.

İlk bakışta kamusal bilgi olarak görünen; ancak ulaşılabilmesi için ödenmesi gereken bedelin bazı teşebbüsler ve tüketiciler yönünden caydırıcılık taşıdığı bilgiler "*gerçek kamusal bilgiler*" değil; "*kamusal alandaki bilgiler*"dir (Švirinas, p. 107).

⁶⁰² OECD 2010, p. 317; Švirinas, p. 107; Pişmaf, s. 68.

Doktrinde Švirinas bunun için, sistem dışındaki teşebbüslerin veya tüketicilerin bilgiye ulaşma maliyetlerinin sistem içindeki teşebbüslere göre satın almak istemeyecekleri kadar yüksek olması gerektiğini belirtmiştir (Švirinas, p. 107).

⁶⁰³ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber ve Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da, aynı ülkede faaliyet gösteren akaryakıt istasyonlarının düzenli olarak telefonla fiyat bilgilerini paylaşmalarına ilişkin bir örnek verilmiştir. Verilen örnekte piyasa dar oligopol, durağan ve karmaşık olmayan bir yapıdadır. Bilgi değişimi yapan firmalar, değişime konu bilginin kamuya açık olduğunu, zira her istasyonda bulunan fiyat panolarında uygulanan fiyatların yazıldığını iddia etmişlerdir. Rehber'de, her ne kadar fiyatlar akaryakıt istasyonlarındaki panolarda yazılarak duyurulsa da bunun gerçek anlamda halka açık bilgi oluşturmadığı, zira tüm akaryakıt istasyonlarında uygulanan fiyatların günlük olarak öğrenilebilmesi için her gün tüm ülkedeki akaryakıt istasyonlarının dolaşılıp panolarına bakılması gerektiği, bunun son derece yüksek maliyet gerektirmesi yanında imkânsız olduğu, tüm bu nedenlerle amaç yönünden rekabete aykırı olmayan bilgi değişiminin rule of reason analizi sonucunda ABİDA m. 101/I kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 25; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 19).

⁶⁰⁴ RK, 2011, *Petrol Sanayicileri Derneği*, 22.09.2011, 11-48/1215-428. Karar hakkında bkz. E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 60.

kıyaslanarak tüketici ihtiyaçlarına en uygun olanlar seçilebilmektedir⁶⁰⁵. Bu nedenle; halka açık bilgi paylaşımının tüketici menfaatlerine olumlu etkisi olduğu ve rekabeti kısıtlayıcı etki gösterme olasılığının düşük olduğu söylenebilir⁶⁰⁶. Aksine; halka açık bilgi paylaşımı yoluyla bilinçlenen ve tercih hakkını güçlü bir şekilde elinde tutan tüketici sayesinde, teşebbüsler tüketicinin tercih edebileceği ürünler ve hizmetler üretme çabası içine girer ve böylece rekabeti arttırıcı bir etki ortaya çıkar. Tüm bunların sonucunda; piyasadaki artan şeffaflık, sosyal refahın gelişmesini sağlayabilir⁶⁰⁷.

Halka açık olmayan bilgi ise sadece ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında kalmış bilgidir⁶⁰⁸. Bilgi paylaşımı ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin tamamı ya da bir kısmı arasında yapılmaktadır. Bu paylaşım organizasyonu dışında kalanların paylaşılan bilgiye ulaşabilmeleri mümkün değildir. Bu durumda, aralarında bilgi paylaşan bu teşebbüsler arasında anlaşma olsun ya da olmasın birlikte hareket etme yönünde bir eğilim ortaya çıkabilmektedir⁶⁰⁹. Birlikte hareket etme yönünde oluşan eğilim zamanla kartelleşmeye kadar uzanabilmektedir. Doktrinde geleceğe yönelik fiyat bilgilerinin sadece rakipler arasında kalacak şekilde paylaşılmasının rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın doğrudan delili olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶¹⁰. Ancak paylaşılan bilginin halka açık olmaması her zaman rekabeti kısıtlayıcı bir sonucun ortaya çıktığı anlamına gelmemektedir. Diğer

⁶⁰⁵ OECD 2012, p. 25.

⁶⁰⁶ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 21; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 14.

⁶⁰⁷ OECD 2012, p. 25.

⁶⁰⁸ Bilgi değişiminin tedarik zincirinin aynı seviyesindeki teşebbüsler arasında fatura değişimi vb. yolla yapılması halinde, paylaşılan bilgi tüketiciye ulaşmamaktadır. Buna karşılık, ticari basın kanalıyla yapılan bilgi değişimlerinde paylaşılan bilgiye tüketicilerin de ulaşabilmesi mümkündür. Basın yoluyla yapılan bilgi paylaşımları, tüketiciler için araştırma maliyetlerini düşürür ve rekabetin yoğunlaşmasına sebep olur (Kühn and Vives, Information Exchange, p. 79).

⁶⁰⁹ Capobianco, p. 1258; Christensson, p. 15.

Doktrinde Overgaard ve Møllgaard, tüketici tarafındaki bilgi değişiminin rekabeti, arz tarafındaki bilgi değişiminin ise işbirliği potansiyelini arttıracağını belirtmiştir. Yazarlar ideal olanın, tüketici ve piyasaya girecek potansiyel rakiplere yönelik bilgi akışının serbest olması; buna karşılık pazardaki mevcut teşebbüsler bakımından bilginin erişilebilir kılınmaması olduğunu belirtmekle birlikte uygulamada bilgi akışını sadece tek bir tarafta tutmanın pek mümkün olmadığına da altını çizmişlerdir (Overgaard and Møllgaard, p. 13).

Yazarların bu görüşünün kendileri tarafından da belirtildiği gibi pratikte uygulanması mümkün görülmemekle birlikte, uygulanması halinde rekabete ne kadar uygun olacağı da tartışılması gereken bir husustur. Zira pazardaki mevcut teşebbüslerin piyasa bilgilerine ulaşması mümkün olmazken tüm bu bilgilerin yeni giriş yapacak firmalar için erişilebilir kılınması kanaatimizce sağlıklı bir rekabet ortamına çok uygun düşmemektedir.

⁶¹⁰ Pişmaf, s. 12.

tüm koşullarla birlikte somut olaya dayalı bir değerlendirme yapılarak sonuca varılması gerekir.

Yukarıda değinildiği gibi, OECD tarafından, halka açık olmayan güncel ya da geleceğe yönelik bilgilerin paylaşılmasının amaç yönünden, halka açık olanların ise etki yönünden rekabete aykırılık değerlendirmesine tâbi tutulması yönünde bir öneri getirilmiştir⁶¹¹. Ancak güncel ve geleceğe yönelik her türlü bilginin, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, amaç yönünden rekabete aykırılık değerlendirmesine tâbi tutulması, tarafımızca çok isabetli görülmemektedir.

Genel eğilimin, kamusal bilgi paylaşımının özel bilgi paylaşımına göre rekabeti sınırlandırma ya da ortadan kaldırma olasılığının daha düşük olduğu yönünde ortaya çıkmasına karşılık doktrinde bazı yazarlar bu genellemeyi kabul etmemektedirler⁶¹². Bu görüşe göre; kamusal bilgi açıklamalarının özel bilgi açıklamalarına göre işbirliği potansiyelinin daha yüksek olması ya da kamusal bilgi paylaşımlarının rekabeti arttırıcı etkiler yönünden özel bilgi paylaşımlarına göre daha olumlu görülmesi şeklinde bir genel kanı hatalıdır. Zira rekabete açık, birçok asimetrik teşebbüsün rekabet halinde olduğu, talep kesiminin yoğunlaşmış olduğu bir piyasadaki iki teşebbüsün özel bilgi paylaşımının rekabeti kısıtlama olasılığı oldukça düşükken; yüksek giriş engelleri bulunan, talebin oldukça dalgalı olduğu bir piyasada tüm teşebbüslerin halka açık bir şekilde geleceğe yönelik fiyat bilgilerini açıklamaları halinde ortaya çıkabilecek anti rekabetçi etkiler oldukça ciddi olabilir.

Halka açık olmayan bilgi paylaşımlarının tamamının per se ya da amaç yönünden rekabete aykırı kabul edilmesi ya da tam tersine, kamusal olan tüm açıklamaların güvenli liman olarak görülmesine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığından; yapılan bilgi değişimi kamusal da olsa özel de olsa rule of reason analizine tâbi tutulacaktır. Bu kapsamda case-by-case analizine göre tüm faktörler birlikte değerlendirilerek bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi tespit edilecektir. Bu genel kural karşısında; doktrindeki kamusal-özel bilgi paylaşımı konusundaki genellemeyi reddeden görüşün aslında çok farklı ve aykırı bir görüş olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Kamusal-özel bilgi değişimi konusundaki yaygın düşünce de tüm olaylara uygulanan bir genelleme ve genel kural içermemektedir. Bu yaygın görüş, sadece halka açık olmayan bilgi değişimi faaliyetlerine biraz daha dikkatli bir

⁶¹¹ OECD 2010, p. 290.

⁶¹² OECD 2010, p. 439; Bennett and Collins, p. 335.

şekilde yaklaşmakta; ancak kamusal olsun olmasın tüm bilgi değişimi faaliyetlerini rule of reason analizi çerçevesinde değerlendirmektedir. Doktrindeki aksi görüşün tam olarak bu “*daha dikkatli yaklaşma*” noktasına eleştiri getirdiği ve her iki tür bilgi paylaşımına da eşit şekilde dikkat edilmesi gerektiğini savunduğu anlaşılmaktadır.

2.3.3.1.1.2. Bireysel Bilginin Değişimi-Kümülatif (Toplanmış/ Kollektif) Bilginin Değişimi

Belirli bir teşebbüse ait bilgiler bireysel bilgi⁶¹³, o sektördeki teşebbüslerden elde edilerek derlenmiş halde sunulan ve firma bazında ayırt edilebilirlik göstermeyen bilgiler ise kümülatif (toplanmış) bilgidir^{614 615}.

Her iki bilgi türü kıyaslandığında, bireysel bilginin kümülatif bilgiye göre rekabeti olumsuz yönde etkileme olasılığının daha yüksek olduğu açıktır⁶¹⁶. Bireysel bilgi özellikle iki noktada teşebbüsler arasındaki danışıklılığın devamına yardımcı olmaktadır. Bunlar; ortak işbirliğinden sapan teşebbüslerin tespit edilmesi ve saptanan ihlâlin cezalandırılması sisteminin etkin bir şekilde işlemlerini sağlamaktır⁶¹⁷. Kümülatif bilgi hakkında yukarıda “*Üçüncü Kişi Aracılığıyla Bilgi Değişimi*” başlığı

⁶¹³ Doktrinde Costin tarafından yapılan tanıma göre, belirli bir rakip ya da belirli bir işlemi doğrudan ya da dolaylı olarak kimliklendiren bilgiler bireysel bilgidir. Dolaylı kimliklendirme, bilginin toplanma düzeyinin düşük olduğu, özellikle bilginin her kategoride az sayıda katılımcı bulunan sınırlı alt kategorileri ayrıntılandığı hallerde söz konusu olur. Katılımcı sayısı fazla olsa dahi, basın açıklaması gibi kaynaklardan elde edilen bilgilerle kimliklendirme yapılabilir (Costin, p. 47). Doktrinde Demirel ve Seçkin tarafından yapılan tanıma göre ise bireysel bilgi, problemlerin çözümünde ve özel druumlarda herkesin sahip olduğu ve bireyler tarafından bağımsız olarak kullanılan bilgidir. Bireysel bilgi bu yönüyle özelleştirilmiş değerler bütünüdür (Demirel ve Seçkin, s. 191).

⁶¹⁴ Christensson, p. 14.

⁶¹⁵ Demirel ve Seçkin’e göre kolektif bilgi, bilgi paylaşımı eylemi ile şekillenen, bir organizasyon içinde bireyler tarafından aktarılan ve paylaşılan bilgidir (Demirel ve Seçkin, s. 191).

⁶¹⁶ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 19; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 13; Capobianco, p. 1258; Costin, p. 46; Vives, p. 84; Møllgaard and Overgaard, p. 123; Whish, p. 23; Pişmaf, s. 13; Nitsche and Hinten-Reed, p. 24; Christensson, p. 14; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 413.

Bireysel bilgilerin paylaşılması halinde ortak anlayışı ihlâl eden teşebbüslerin tespiti ile cezalandırılması, dolayısıyla daha etkin bir kartel uygulaması ortaya çıkabilecektir. Ayrıca, rakiplerin pazar dışına itilmesi ve yeni girişlere karşı verilecek sert bir karşılık ile oluşturulan tehdit yoluyla pazara yeni girişlerin engellenmesi mümkün olabilir (Kühn and Vives, Information Exchange, p. 81).

⁶¹⁷ Kühn, p. 188.

altında gerekli açıklamalar yapılmış olduğundan burada konu yeniden ayrıntılı olarak ele alınmayacaktır.

Bilgi paylaşımı yapılırken teşebbüslerin ayırt edilmesini sağlayacak şekilde bireysel bilgilerin paylaşılması durumunda rekabet hukuku açısından bir risk mevcuttur. Zira bu tür bilgi paylaşımları, teşebbüslerin özel ticari bilgilerinin açıklanması anlamına gelmektedir. Bu durumda ilgili piyasada şeffaflık oluşacak ve rakiplerin birbirlerinin geleceğe dönük davranışlarını tahmin etmeleri kolaylaşacağından birbirleriyle koordineli hareket etme olasılıkları da artacaktır. Doktrinde bireysel bilgilerin paylaşılmasının yoğunluğunda ve paylaşılan bilgilerin toplanmamışlık seviyesinde ani bir artışın gerçekleşmesinin, işbirliğine yönelik bir faaliyete girişilmiş olması konusundaki şüpheyi arttıracak ifade edilmiştir. Ancak bu tür bir bilgi değişiminin hiçbir şekilde işbirliğine yönelik kesin bir delil oluşturmayacağı özellikle vurgulanmıştır⁶¹⁸. Bireysel bilgilerin değiştirilmesi halinde ayrıca teşebbüslerin birbirlerini gözlemlemeleri ve ihlâllere yönelik cezalandırmalar oldukça etkin olacaktır. Bu durum, işbirliklerinin devamını kolaylaştırıcı etkiye sahiptir⁶¹⁹.

Kümülatif bilgi ise derleme bilgi olup ortalama rakamları gösterir. Bu nedenle, teşebbüslerin paralel bir davranış içine girme ihtimali ve piyasanın şeffaflaşma olanağı daha azdır. Ancak paylaşılan bilgi kümülatif nitelik taşımasına rağmen, sadece genel sayısal ve istatistiksel veriler yerine alt başlıklarla ayrıntılandırılmış ve teşebbüs esaslı bilgilerin derlenmesinden oluşmaktaysa piyasadaki şeffaflığı arttırıcı bir etkiye sahip olduğu söylenebilecektir. Bu bağlamda her kümülatif bilginin rekabet yönünden olumsuz etki taşımayan bilgi, her bireysel bilginin ise rekabeti bozucu bilgi olduğu yönünde bir genelleme yapılamaz. Örneğin ürünlerin homojen olduğu durağan piyasalarda kümülatif bilgilerin paylaşımı dahi, teşebbüsler arasında koordinasyon sağlamada ve anlaşmadan sapmalar olup olmadığının tespitinde yeterli olabilmektedir⁶²⁰. Doktrinde az oyunculu oligopol pazarlarda bazı hallerde toplanmış bilgilerin dahi özellikle ayrıntılı alt kırılımların verilmesi dolayısıyla bireyselleştirilmesinin mümkün olduğu, bu durumda bu tür toplanmış bilgilerin paylaşılmasının da rekabete aykırılık oluşturabileceği ifade

⁶¹⁸ Caffarra and Kühn, p. 141.

⁶¹⁹ Caffarra and Kühn, pp. 142-143.

⁶²⁰ Pişmaf, s. 13.

edilmiş, bu duruma örnek olarak da “*UK Agricultural Tractor Registration Exchange*” kararı verilmiştir⁶²¹,⁶²².

Bireysel bilgiler genel itibariyle her ne kadar teşebbüsün kendi ticari bilgilerine ilişkin ise de bu ticari bilginin rekabeti bozucu etki gösterecek kadar hassas bir bilgi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Teşebbüse ait bireysel bilgi, rekabeti etkilemesi mümkün olmayan önemsiz ve sıradan bir bilgiyse bu bilginin paylaşılmış olması rekabet yönünden önem arz etmeyecektir. Ayrıca pazar koşulları da paylaşılan bireysel bilginin rekabet üzerinde ne yönde bir etki doğuracağı konusunda oldukça önemlidir⁶²³. Sonuç itibariyle; bilginin bireysel ya da kümülatif olmasına bağlı olarak genel kurallar konması mümkün olmayıp olay bazında olayın diğer tüm şartları ile birlikte değerlendirme yapılması gerekmektedir⁶²⁴.

2.3.3.1.1.1.3. Rekabete Hassas Bilginin Değişimi

2.3.3.1.1.1.3.1. Genel Olarak

Teşebbüslerin paylaştığı bireysel nitelikteki detaylı bilgiler, rekabete hassas (stratejik) bilgi olarak değerlendirilmektedir. Rekabete hassas bilgilerin paylaşılması halinde rekabetin kısıtlanması sonucunun ortaya çıkma olasılığı, diğer bilgi paylaşımlarına göre daha yüksektir⁶²⁵. Bu tür bilgilerin paylaşımı halinde, o

⁶²¹ Christensson, pp. 45-46.

⁶²² Karar hakkında bkz. yuk. ss. 161-163.

⁶²³ Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed tarafından, bazı hallerde bireysel firma bilgilerinin paylaşımının rekabeti arttırabileceği belirtilmiştir. Yazarlar, ürünlerin homojen olduğu bir piyasada fiyatların marjinal maliyetin üzerinde olması durumunda en fazla kârı en çok üretim yapan teşebbüsün elde edeceği örneğinden hareket etmiştir. Bu durumda rakipler en iyi cevabı seçememekle birlikte en kârlı teşebbüsün hareketlerini taklit edecek olurlarsa onlar da kendi üretim miktarlarını arttıracaklardır. Bu durumda toplam arz miktarı artacağından fiyat düşecektir. Fiyatın marjinal maliyetin altına düşmesi halinde en az üretimi yapan teşebbüs en kârlı teşebbüs durumuna gelecektir. Rakiplerin en kârlı teşebbüsü izlemesi halinde miktarlar rekabetçi sonuca yaklaşacaktır (Nitsche and Hinten-Reed, p. 28).

⁶²⁴ Costin, p. 46.

⁶²⁵ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 19; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 13; OECD 2010, p. 316.

Kühn ve Vives, rekabetin kısıtlanması kavramının iyi bir şekilde tanımlanmadığını belirtmiştir. Yazarlara göre bu kavramın iki farklı tanımı olabilir. Bunlardan ilki, sosyal refahı (tüketici refahının) azaltıcı etkiye sahip her türlü eylemin rekabeti kısıtlayıcı eylem olarak tanımlanabileceğidir. Ancak yazarlar bu tanımın, her olayda ilgili sektörde tam bir refah analizi gerektiriyor olması nedeniyle uygulanabilir olmadığını belirtmişlerdir. Rekabeti kısıtlayıcı eylem ikinci olarak, işbirlikçi davranışın kapsamını önemli derecede genişleten eylem olarak tanımlanabilir. Buna göre hangi tür bilgi değişimlerinin rekabeti kısıtlayıcı olduğunun belirlenmesi gerekir. Yazarlara göre; teşebbüslerin kendi

teşebbüslere ait özel ticari bilgiler deşifre edilmiş ve teşebbüsün geleceğe dönük olarak yapmayı planladığı ticari manevraları ortaya çıkmış ya da tahmin edilebilir bir hal almıştır.

Rekabete hassas bilginin paylaşımı halinde bu bilgiyi paylaşan teşebbüs yönünden geleceğe yönelik belirsizlik durumu ortadan kalkar ya da ciddi şekilde azalır⁶²⁶. Böyle bir durumda rekabet ortamının zarar görmesi ve antirekabetçi etkilerin ortaya çıkması olasılığı oldukça yüksektir⁶²⁷. Zira teşebbüslerin birbirleriyle rekabet etme niyetleri ve karar alma bağımsızlıkları azalır⁶²⁸. Paylaşılan bilginin fiyat, miktar, ticari stratejiler gibi ticarete hassas bilgiler olması halinde, bu bilgi değişiminin rakipler arasında ortak anlayışın kurulması, yönetilmesi ya da uygulanmasına yardımcı olacağı düşünülmektedir⁶²⁹.

Bu noktada önemli olan, bir bilginin rekabete hassas bilgi olup olmadığının doğru değerlendirilmesidir. Ticari sır niteliğindeki bilgilerin rekabete hassas bilgi kapsamında olacağı kuşkusuzdur⁶³⁰. Bu çerçevede ticari sırrın ne olduğu üzerinde durulması faydalı olabilir.

Ticari sır doktrinde; *“bağımsız ekonomik değeri olan veya iktisadi faaliyetlerde sahibi lehine rekabet avantajı sağlayan, sadece sınırlı bir çevrede bilinen ve gizli kalmasında sahibinin menfaati olan her türlü bilgi”* olarak tanımlanmıştır⁶³¹.

fiyat ve miktar bilgilerini paylaşmaları halinde rekabeti kısıtlamaya yönelik açık bir anlaşma olmasa da rekabetin kısıtlanması sonucu genellikle ortaya çıkar. Buna karşılık toplanmış anonim nitelikteki bilgilerin paylaşımı, rekabeti kısıtlayıcı değildir. Toplanmamış diğer bilgiler yönünden ise başkaca hususlara bakılması gerekir. Bunlardan biri bilginin değişim sıklığı, diğeri ise detaylılık derecesidir. Ayrıca bilgi değişimine giren teşebbüslerin pazar payları da değerlendirmede önem taşır. Bilgi paylaşımında bulunan teşebbüslerin pazar paylarının küçük olması, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etki göstermesi olasılığını düşürmektedir. (Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 113-117).

⁶²⁶ OECD 2010, p. 270; Švirinas, p. 102; Pişma, s. 64.

⁶²⁷ OECD tarafından, stratejik bilgilerin değiştirilmesi sonucunda rekabetin etkin bir şekilde kısıtlanması için, bilgi değişimi içindeki teşebbüslerin pazarın büyük kısmını kapatıyor olması gerektiği belirtilmiştir. Aksi halde; bilgi değişimine katılmayan teşebbüsler, diğerlerinin rekabete aykırı davranışlarına engel olabilecektir. Pazarın etkin bir şekilde kapatılması halinin gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın koşullarına göre belirlenecektir. (OECD 2010, p. 316).

⁶²⁸ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 19.

⁶²⁹ OECD 2010, p. 48; Capobianco, p. 1263.

⁶³⁰ Ticari sır kavramının ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi için bkz. Gürbüz Usluel, ss. 16-21.

⁶³¹ Mehmet Emin Bilge, **Ticari Sırların Korunması**, 2. Baskı, Asil Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 5; Muhammed Sulu, **Ticari Sırların Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 12.

Doktrinde Gürbüz Usluel ticari sırra ilişkin oldukça ayrıntılı bir tanım yapmıştır. Gürbüz Usluel'e göre; *“Ticarî sır, bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları veya diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, gizliliği nedeniyle rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanmaması gereken, ancak mevzuatın gerekli kıldığı hallerde yetkili mercilere verilebilen, ticarî işletmenin ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan ve ekonomik menfaat sağlayan; işletme veya şirketin gizli kalması için hal ve şartlara göre gerekli güvenlik önlemlerini aldığı, hâlihazırda veya olası bir ekonomik değer taşıyan, sahibinin sırrı saklaması yönünde açık veya örtülü iradeye sahip olduğu gizli bilgidir.”*⁶³²

Kimyasal formüller, üretim teknikleri, teknik buluşlar, araştırma ve geliştirme bilgileri, stratejik planlar, müşteri listeleri, fiyat ve stok bilgileri, reklam planları, bilgisayar program kodları, makine çizimleri, veri tabanları, kredi kaynakları, mal ve hammadde kaynakları, çalışanların ücretleri, personel kayıtları gibi bilgiler ticari sır kapsamında sayılmıştır⁶³³. Ayrıca, teşebbüslere ne yapmamaları gerektiğini gösteren, terk edilmiş teknik yöntemler, ar-ge konusundaki başarısızlıklar, başarısız pazarlama teknikleri gibi olumsuz bilgilerin de ticari sır olarak değerlendirilebileceği, zira bu tür bilgilerin diğer rakipler için masrafsız şekilde üstünlük kazanma olanağı yarattığı ifade edilmiştir⁶³⁴.

Doktrinde “sır” kavramı üç unsurla açıklanmıştır. Bunlar; genel olarak bilinmeyip sadece sınırlı kişiler tarafından bilinme, sınırlı tanınmışlıkta korunmaya değer bir menfaatin bulunması ve sırrı bilenlerin sınırlı tutulmasında sır sahibinin iradesi bulunmasıdır⁶³⁵. Bunlara ek olarak dördüncü unsurun gerçeklik olduğu, gerçek olmayan bir bilginin sır olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilen bir diğer görüştür⁶³⁶.

⁶³² Gürbüz Usluel, s. 29.

⁶³³ Bilge, ss. 5-6; Sulu, s. 12; Safiye Nur Bağrıaçık, **Üretim ve İş Sırlarının Korunması (Özellikle Haksız Rekabet Hukuku Açısından)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 41-42.

⁶³⁴ Sulu, ss. 12-13; Bağrıaçık, s. 43.

⁶³⁵ Oruç Hami Şener, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, 2017, (Limited Ortaklıklar), s. 476.

⁶³⁶ Bağrıaçık, ss. 7-11.

Doktrinde ticari sırrın; bilginin ticari nitelikte olması, ticari bilgiyi gizli tutma iradesi, sır sahibinin sırrın gizli kalmasında menfaati olması ve sırrın ekonomik bir değere sahip olması şeklinde dört unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir⁶³⁷.

Bağrıaçık, ticari sırrın unsurlarını; bir ticari işletme ile ilgili olma, başkaları tarafından bilinmeme, sahibinin gizli tutma iradesi ve gizli tutulmasında objektif bir menfaatin bulunması olarak sıralamıştır⁶³⁸.

Doktrinde Karasu, açıklandığı takdirde şirketin menfaatine zarar verebilen her olay veya hususun gizli tutulmasında şirketin menfaatinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini, buradaki zararın mutlaka parasal olarak hesaplanması mümkün olan bir zarar niteliğinde olmasına gerek bulunmadığını, maddi olmayan zararların da şirketin menfaatinin kabulü için yeterli olabileceğini ifade etmiştir⁶³⁹.

Doktrinde Bilge ise ticari sırrın unsurlarını; bir bilginin bulunması, bu bilginin ticari nitelikte olması, bu ticari bilginin sır vasfı taşıması ve bilgi sahibinin bu bilgiyi sır olarak tutma iradesi bulunması olarak saymıştır⁶⁴⁰.

Gülbüz Usluel, ticari sırrın en önemli iki unsurunun gizlilik ve ekonomik fayda unsurları olduğunu vurgulamıştır⁶⁴¹.

Ticari sır niteliğindeki bilgilerin teşebbüs tarafından, rakip nitelikteki bir veya birden fazla teşebbüse açıklanması halinde, ticari sırrı açıklayan teşebbüsün, açıklamayı yaptığı rakipleri ile sınırlı olarak artık bilgiyi gizli tutma iradesi bulunmadığı ve yapılan bu açıklama ile açıklama yapılan rakiplere yönelik olmak kaydıyla TTK'daki haksız rekabet hükümlerinden veya fikri ve sınai hakların korunmasına yönelik hükümlerden kaynaklanan koruma hakkından⁶⁴² feragat ettiği kabul edilecektir⁶⁴³. Bu durumun normal rekabet koşulları altında teşebbüsün menfaatlerine aykırı olduğu ve makul bir işadamı davranışı niteliğinde olmadığı açıktır. Öyleyse, teşebbüsün kendi aleyhine olan, akıllı işadamı davranışı niteliğinde olmayan bu tür bir davranışın, teşebbüs yönünden rekabet üstü bir menfaat elde

⁶³⁷ Sulu, ss. 13-19.

⁶³⁸ Bağrıaçık, s. 38.

⁶³⁹ Rauf Karasu, "Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı", **BATİDER**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2004, (Limited Şirket Ortağının Rekabet Yasağı), ss. 153-154.

⁶⁴⁰ Bilge, ss. 16- 32.

⁶⁴¹ Aslı E. Gülbüz Usluel, **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss. 29-43.

⁶⁴² Ticari sırrın korunması hakkında bkz. Bilge, ss. 99-191; Sulu, ss. 47-104; Gülbüz Usluel, ss. 75-160.

⁶⁴³ Sırrın sadece sınırlı sayıda rakibe açıklanmış olması, bu bilginin ticari sır niteliğini ortadan kaldırmaz (Sulu, s. 106).

edilmesine, rakiplerle girilecek danışıklı ilişki sonucunda kartel oluşturularak tek el kârına ulaşılmasına yönelik bir davranış niteliğinde olduğu kabul edilebilir.

Rekabete hassas bilgi konusunda genellikle, fiyat ve miktar bilgilerinin en hassas bilgiler olduğu, bunları talep ve maliyetlerle ilgili bilgilerin takip ettiği yönünde bir görüş mevcuttur^{644, 645}. Teşebbüsün müşterilerine uyguladığı fiyatları

⁶⁴⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 19; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 13; OECD 2010, p. 396; Costin, p. 11; Pişmaf, s. 65; Kühn, pp. 187-188.

Capobianco tarafından; fiyat ve miktar bilgilerine ilişkin bilgi değişiminin rakiplerin davranışlarını doğrudan ortaya çıkarabilmesi nedeniyle bu tür bilgilerin değişimine çok daha büyük önem verildiği belirtilmiştir (Copabianco, p. 1258).

Doktrinde Vives, geleceğe yönelik planların kamusal olmayacak şekilde paylaşılması ile bireysel fiyat ve miktar bilgilerinin paylaşılmasının yüksek risk, bireysel talep ve maliyet bilgilerinin paylaşılmasının orta risk, toplanmış bilgilerin paylaşılmasının ise düşük risk taşıdığını belirtmekle birlikte; maliyet ve talep konularındaki bilgi değişiminin, gerek koordinasyonun sağlanması gerekse firmaların birbirlerini gözlemleyerek koordinasyonun kalıcı olmasının sağlanması bakımından son derece etkili olduğunu belirtmiştir. Yazara göre; bir kartelin devam edebilmesi için üretimin kartel firmaları arasında etkin bir şekilde bölüşülmesi, bunun için de kartel firmaları arasında maliyet bilgilerinin paylaşılması gerekir. Aynı durum, talep konusundaki bilgilerin paylaşılması bakımından da geçerlidir. Talep konusundaki bilgi değişimi yoluyla talepteki belirsizlik azalır ve kartel kapsamındaki firmalar arasındaki koordinasyonun gelişmesi sağlanır. Böylece az bilgi sahibi olan firmalar tarafından fiyat indirimlerine gidilmesi önlenerek maliyetli fiyat savaşları yerine, tüm firmalar fiyatlarını daha iyi bir şekilde uyarlayabilirler. Ayrıca talep ve arz miktarlarına ilişkin bilgi değişimi, pazar istatistiklerindeki karmaşayı azaltarak ihlallerin tespit edilmesini kolaylaştırır (Vives, pp. 91-93).

Buna karşılık Caffarra ve Kühn, maliyet bilgilerinin paylaşımının, talep bilgilerinin paylaşımının aksine, gözlemlene konusunda gerçek anlamda etkili olmadığını ifade etmiştir (Caffarra and Kühn, pp. 143-144).

⁶⁴⁵ Doktrinde, teşebbüsler arasında, fiyatların nasıl saptandığına ilişkin olarak yapılan bilgi değişiminin fiyat tespiti ile aynı etkiyi doğurduğu, teşebbüslerin doğrudan fiyat tespit edemedikleri takdirde, fiyat listesi, uygulanan indirimler, alışveriş koşulları, indirimlerde uygulanacak oransal değişikliklerle bunların yapılma zamanları gibi koşullarda bilgi değişiminde bulunularak rekabeti doğuran belirsizliği ortadan kaldıracakları ifade edilmiştir (Badur, Fiyat Sınırlamaları, s. 46).

Doktrinde Kühn ve Vives, teşebbüslerin kendi fiyat ve miktar bilgilerini paylaşmaları konusunda işbirliği amacı dışında bu bilgi paylaşımını haklı gösteren başkaca bir ticari sebep bulmalarının oldukça zor olduğunu belirtmiştir (Kühn and Vives, Information Exchange, p. 115).

Buna karşılık Nitsche ve Hinten-Reed, Kühn ve Vives'in bu görüşünün artık sadece çok spesifik olaylarda geçerli olduğunu, bu argümanın ancak rakip teşebbüsler arasında mükemmel bir ilişkinin olduğu, tüm teşebbüslerin söz konusu özel bilgiye ve piyasaya ilişkin diğer tüm hususlar hakkında herşeyi bildiği durumlarda kabul edilebileceğini savunmaktadır. Yazarlar, birçok sektördeki farklı firmaların farklı konularda diğerlerine göre daha fazla bilgi sahibi olduğunu, bir başka deyişle piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasında tam bir bilgi simetrisi bulunmasının söz konusu olmadığını belirterek Kühn ve Vives tarafından ileri sürülen bu argümana katılmadıklarını ortaya koymuşlardır (Nitsche and Hinten-Reed, p. 20).

Bunun yanında, yazarlar tarafından; geleceğe yönelik fiyatlar, satış ve kapasitelerle ilgili gelecek planlarının paylaşılmasının, işbirliğini kolaylaştırıcı eğilimde olduğu belirtilmiş; geleceğe yönelik talep ve maliyet bilgilerinin ise fiyat, satış ve kapasite bilgileriyle tamamlanmaması ya da söz konusu bilgilerden bu hususlarda çıkarımlarda bulunulmasının söz konusu olmaması halinde, daha az öneme sahip olduğu üzerinde durulmuştur (Nitsche and Hinten-Reed, p. 24).

Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed tarafından, bazı durumlarda fiyat ve miktar bilgilerinin aslında talep ve maliyet bilgilerini aktarmak amacıyla paylaşıldığını, mevcut ve yakın dönemdeki fiyat ve miktar bilgileri ile ilgili dönemlere ilişkin talep ve maliyet konularında fikir edinildiği ve geleceğe yönelik talep ve maliyetler hakkında tahminlerde bulunulabildiği belirtilmiştir (Nitsche and Hinten-

müşteri bazında ve ayrıntılı olarak açıklaması⁶⁴⁶, fiyat politikaları hakkında detaylı bilgi vermesi, aylık ya da yıllık satış rakamlarını alt ürün kategorilerine ayırarak açıklaması⁶⁴⁷, gelecek yıla ilişkin planlanan stok, üretim, ihracat rakamlarını açıklaması, kâr marjı, yatırım planları, pazar stratejileri hakkında bilgi verilmesi halinde bu bilgilerin ticarete hassas bilgi olduğu kabul edilebilir⁶⁴⁸. Fiyat bilgilerinin değişimi, fiyat tespiti ile aynı etkiyi doğurur⁶⁴⁹. İlgili piyasada rekabet Ar-Ge üzerinden yapılıyorsa Ar-Ge bilgileri hassas bilgi olarak değerlendirilir⁶⁵⁰. Özellikle

Reed, p. 6, 8). Ayrıca yazarlar tarafından, bazı durumlarda etkin bir işbirliğinin gerektirdiği anlaşma ve izlemenin, sadece fiyat veya miktar bilgilerinden çok daha ayrıntılı bilgilerin değişimine ihtiyaç gösterebildiği, bu nedenle bu tür durumlarda daha detaylı bilgileri içermiyorsa sadece fiyat ya da miktara ilişkin bilgi değişimlerine izin vermenin mümkün olabileceği savunulmuştur (Nitsche and Hinten-Reed, p. 5-6). Mevcut bir anlaşmanın rakipler arasında sürdürülebilmesi için fiyat veya miktar bilgilerinden çok daha ayrıntılı başkaca bilgilere ihtiyaç duyuluyor olmasının, sadece fiyat veya miktara ilişkin bilgi değişimine izin verilmesi sonucunu doğurmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira mevcut anlaşmanın devamı için sadece bu bilgilerin paylaşılması yeterli olmasa da bu tür bilgilerin paylaşılmasının tek başına rekabeti sınırlandırıcı potansiyelde olduğunu söylemek pek tabi mümkündür. Meğerki tüm bu bilgiler gerçek anlamda halka açık bilgi niteliğinde olsun.

⁶⁴⁶ Doktrinde Costin, fiyat bilgilerinin ayrıntılı olarak açıklanması halinde rekabet ihlâli oluşacağını belirtmiştir. Yazar, açıklanan fiyatların sadece katalog fiyatı niteliğinde olması ve müşterilere uygulanırken bu fiyatlarda önemli miktarlarda indirimler yapılması ya da ikili ticari anlaşmalar kapsamında farklı fiyatlandırmalara gidiliyor olması halinde, paylaşılan katalog fiyatlarının gerçekte uygulanan fiyatlar olmaması nedeniyle rekabete hassas bilgi değişiminden söz edilemeyeceğini isabetli olarak belirtmiştir (Costin, p. 11).

⁶⁴⁷ Doktrinde Cafarra ve Kühn, satış bilgileri ile teslim bilgilerinin her zaman aynı anlama gelmediği hususunu vurgulamıştır. Özellikle uzun dönemli anlaşmaların hâkim olduğu piyasalarda teslimlerin, satışlardan çok daha sonra yapıldığı; bu durumda gözlemlemeyi sağlayan bilginin bireysel teslim bilgileri değil, bireysel satış bilgileri olduğu ifade edilmiştir (Caffarra and Kühn, pp. 143-144).

⁶⁴⁸ E. F. Aslan, Bilgi Değişimi, s. 55; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 412.

Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber ile Rekabet Kurulu Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da; fiyata, miktara, müşterilere, maliyetlere, cirolara, satışlara, alımlara, kapasiteye, ürün niteliklerine, pazarlama planlarına, risklere, yatırımlara, teknolojilere, Ar-Ge programlarına ilişkin ve benzeri bilgilerin rekabete hassas bilgi kabul edildiği belirtilmiştir (Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 19; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 13; Pışmaf, s. 64; Azcuenaga, p. 15; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 412).

Doktrinde Costin tarafından; fiyatlar, miktarlar, müşteri listeleri, üretim maliyetleri, devralmalar, satışlar, kapasiteler, kalite özellikleri, pazarlama planlamaları, riskler, yatırımlar, teknolojiler, Ar-Ge programları ve bunların sonuçları hakkındaki bilgilerin, stratejik bilgiler olduğu belirtilmiştir (Costin, pp. 10-11).

⁶⁴⁹ İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 93.

Normal rekabette her bir firma fiyatlarını bağımsız olarak belirler. Rakipler arasında fiyat anlaşmaları olması halinde fiyat belirleme özgürlüğü ortadan kalkmış demektir. Eğer rakip teşebbüsler arasında eş zamanlı fiyat hareketlilikleri gözlemleniyorsa bu durum, rakipler arasında fiyat anlaşması bulunduğu yönünde bir delil oluşturur. Oyun teorisi temelinde, oligopollerde teşebbüsler arasında fiyat, miktar ve geleceğe yönelik fiyat konularındaki bilgilere yönelik çok taraflı bilgi akışı, rakipler arasında bir anlaşma bulunduğu yönünde kesin kanıt oluşturur. Aynı zamanda, herhangi bir teşebbüs tarafından geleceğe yönelik uygulanacak fiyatların tek yanlı olarak açıklanması da bir anlaşmanın varlığının kesin kanıtıdır (Akkaya Bağış, ss. 6-7).

⁶⁵⁰ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 19; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 13; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 412.

yazılım, internet, bilişim, telekomünikasyon, biyoteknoloji, ilaç pazarları gibi pazarlar “inovasyon pazarları” olarak adlandırılmakta olup rekabetin inovasyon üzerinden yapıldığı pazarlardır⁶⁵¹. Buna karşılık; sadece yıllık ciro bilgilerinin verilmiş olması ya da o yılki toplam ihracat rakamının açıklanması gibi ayrıntılı olmayan ve belirsizliği azaltıcı etki göstermeyen bilgiler, ticarete hassas bilgi olarak nitelendirilmez ve bunların rekabeti kısıtlayıcı amaç ya da etkiye sahip olduğunu söylemek de pek kolay değildir^{652, 653}. Doktrinde teşebbüslerin bireysel üretim ve satış miktarları ya da fiyatlarına ilişkin bilgileri paylaşımlarının anlaşmaya yönelik çok önemli bir teşvik unsuru olduğu, zira her bir teşebbüsün, rakiplerinin üretim kararlarını gözlemleyebildiği bir piyasada çok sayıda küçük teşebbüsler bulunsada dahi tam bir anlaşmanın ortaya çıkmasının mümkün olduğu savunulmaktadır⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, “Microsoft Davası Ekseninde, İnovasyon Pazarlarında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 22 Haziran 2010, (Microsoft Davası), ss. 509-510; H. Yılmaz, s. 20.

⁶⁵² Doktrinde Han, ürünlerin nitelikleri hakkındaki bilgilerin paylaşılmasının, miktar belirlemeye yönelik bir anlaşma bulunmadığı müddetçe karine olarak yasal olduğunu belirtmiştir (Han, p. 1003).

⁶⁵³ Doktrinde Şvirinas, pazar payı bilgilerinin paylaşılmasının Avrupa Komisyonu tarafından rekabeti kısıtlayıcı olarak kabul ediliyor olmasını eleştirmiştir. Yazara göre; satış miktarları ve pazar payları ile ilgili bilgilerin paylaşılması sadece istisnai durumlarda rekabet üzerinde olumsuz etkiler gösterebilir. Bunlardan ilki, satış miktarları ve pazar paylarına ilişkin geleceğe yönelik planlar konusundaki bilgilerin paylaşılmasıdır. Geleceğe yönelik planları içermeyen tarihi veya güncel nitelikteki pazar payı ve satış miktarlarının bilinmesi yazara göre rekabeti kısıtlayacak nitelikte değildir. Yazara göre ikinci olarak; sadece pazar paylarına ilişkin bilgi değişiminin tek başına rekabet üzerinde olumsuz etki etmesi söz konusu değildir. Bir teşebbüsün rakibi ile aynı pazar payına sahip olduğunu bilmesi, rakibin gelecekteki davranışları konusunda bir öngörü kazandırmaz ve teşebbüse kendi davranışlarını rakibinin davranışlarına göre uyarlama imkânı sağlamaz. Yine bir teşebbüsün, rakibinin pazar payının düşmekte olduğunu öğrenmesi, o teşebbüsün rekabet etme isteğini azaltmaz; aksine artırır. Bu nedenle yazara göre, tek başına pazar payı bilgilerinin değişiminin rekabeti kısıtlayıcı bir etkisi yoktur. Ancak yazara, pazar payı bilgisi yanında önemli bir başka bilginin de paylaşılması halinde rekabetin kısıtlanabileceğini kabul etmektedir. Buna göre; pazar payı bilgileri yanında fiyat bilgileri de paylaşılsa fiyattaki değişikliklerin pazar paylarını nasıl etkilediği anlaşılabilir. Ayrıca pazar payı bilgilerini paylaşan rakip teşebbüsler önceden, üretim kotaları, miktar belirleme vs. yoluyla pazar paylaşma gibi bir zımni bir işbirliği içine girmişlerse, tek başına pazar payı bilgilerinin paylaşılması dahi rekabet üzerinde olumsuz etki yapacaktır. Çünkü bu durumda teşebbüsler, zımni işbirliğinin koşullarına uyulup uyulmadığını pazar payı bilgilerini kontrol ederek tespit edebileceklerdir (Şvirinas, pp. 103-104).

⁶⁵⁴ Pişma, ss. 13-14.

2.3.3.1.1.3.2. AB ve ABD’de Konuya İlişkin Örnek Kararlar

2.3.3.1.1.3.2.1. “*National Association of Music Merchants, Inc.*” kararı

FTC tarafından 2009 yılında verilmiş olan “*National Association of Music Merchants, Inc. (NAMM)*” kararında⁶⁵⁵, 9.000’den fazla üyesi bulunan bir ticari birlik olan NAMM’ın, düzenlediği toplantılarda üyeler arasında rekabete hassas fiyat ve iş stratejileri bilgilerinin değişimini teşvik ettiği, üyeler arasında bu yönlendirme doğrultusunda bilgi değişiminde bulunulduğu, bu bilgi değişimi faaliyetleri sonucunda tüketicilere zarar verecek şekilde, fiyat artışlarında koordinasyonun ortaya çıktığı belirlenerek rekabete hassas bilgi değişiminin yasaya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

2.3.3.1.1.3.2.2. “*Agreements Between Manufacturers of Glass Containers (IFTRA)*” kararı

Avrupa Komisyonu söz konusu karara konu olayda⁶⁵⁶, cam kap üreticileri arasında imzalanan ve “*Adil Ticaret Kuralları (IFTRA Rules)*” olarak adlandırılan anlaşmayı incelemiştir. Komisyon tarafından yapılan incelemede; cam kap üreticileri arasında imzalanan anlaşma kapsamında tarafların; iç satış fiyatları, ihracat fiyatları, indirimler, satış koşulları hakkında bilgi değişiminde bulunmayı, bu fiyat ve koşullar da herhangi bir değişiklik olması durumunda bu değişiklikleri bildirmeyi kabul ettikleri tespit edilmiştir. Anlaşma kapsamında ulusal fiyat ofisleri kurulmuş, bu ofisler aracılığıyla bilgi değişimi sistematik bir şekilde sağlanmıştır. Ayrıca düzenlenen toplandıda fiyat listeleri değiştirilmiş, düzenli olmayan ihracat satışları için dahi fiyat bildirimi yapılması gerektiği kararlaştırılmıştır.

Komisyon yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, imzalanan anlaşmanın Roma Anlaşması m. 85/I’e aykırı olduğuna karar vermiştir.

⁶⁵⁵ FTC, 1994, *National Association of Music Merchants, Inc.*, 09.03.2009, C-4255.

⁶⁵⁶ EC, 1974, *Agreements Between Manufacturers of Glass Containers*, 15.05.1974, OJ 17.05.1974 L 160/1. Karar hakkında bkz. Esin, Rekabet, s. 87.

2.3.3.1.1.3.2.3. “COBELPA/VNP” kararı

Avrupa Komisyonu tarafından verilmiş olan “COBELPA/VNP” kararında⁶⁵⁷; fiyat, indirim, fiyat değişiklikleri, genel satış ve iskonto koşulları, miktar ve ödemeler ile ilgili bilgilerin karşılıklı olarak değişiminin amacının, piyasa stratejilerini koordine etme isteği ve fiyat rekabetinin risklerini ortadan kaldırarak normal rekabet koşullarından sapan rekabet koşulları oluşturma isteği olmasının tek olasılık olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kararda, teşebbüslerin aylık olarak satış ve arz miktarlarını, ürün türü ve coğrafi bölge alt kısımlarıyla birlikte istatistiksel tablolar halinde paylaşımları bir uyumlu eylem olarak kabul edilmiş; bu uyumlu eylemin bir birlik sistemi oluşumuyla sonuçlanarak normal rekabet koşullarından sapan rekabet koşulları belirlenmesine sebep olacağını ifade etmiştir.

2.3.3.1.1.3.3. Rekabet Kurulunun Konuya İlişkin Örnek Kararları

2.3.3.1.1.3.3.1. “Harun Güzeldere vd.- Baylas Otomotiv A.Ş. vd.” kararı

Otomotiv firmalarının ÖTV indirimi sonrası anlaşma ya da uyumlu eylem yoluyla arzı kısıp fiyatları arttırdığı yönünde Rekabet Kuruluna yapılan şikâyetlere ilişkin incelemede Kurul tarafından, rakipler arasında bu yönde herhangi bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunmadığına oyçokluğuyla karar verilmiştir⁶⁵⁸.

Karara ilişkin karşı oy yazısı incelendiğinde; dosya kapsamında yapılan araştırmada rakip firmalara ait çalışanların bilgisayarlarındaki elektronik postaların incelendiği, bunlar arasında rakip firmaların birbirleriyle geleceğe yönelik talep beklentileri ile uyguladıkları fiyat artış bilgilerini paylaştıklarına yönelik elektronik postalar olduğunun tespit edildiği anlaşılmaktadır. Buna rağmen Rekabet Kurulu

⁶⁵⁷ EC, 1977, COBELPA/VNP, 08.09.1977, OJ 21.09.1977 L 242/10. Karar hk. bkz. Švirinas, p. 102; Whish, pp. 31, 40; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 248; Christensson, p. 30.

⁶⁵⁸ RK, 2009, Harun Güzeldere vd.- Baylas Otomotiv A.Ş. vd., 24.06.2009 T., 09-30/637-150. Karar hakkında bkz. Pişma, s. 81.

tarafından karar metni içinde bu hususlara hiçbir şekilde değinilmemiş ve konunun bu yönlerden bir değerlendirmeye tâbi tutulmamış olması eleştiriye açıktır.

2.3.3.1.1.3.3.2. “Otomotiv Derneği (ODD) ve üyeleri ile Otomotiv Sanayii Derneği (OSD) ve üyeleri” kararları

Rekabet Kurulunun Otomotiv Distiribütörleri Derneği (ODD) ve üyeleri ile Otomotiv Sanayii Derneği (OSD) ve üyeleri hakkında resen yapmış olduğu önaraştırmada varılan sonuç oldukça dikkat çekicidir⁶⁵⁹. Söz konusu önaraştırmaya konu olayda, binek, hafif ticari ve ticari araç satışlarına yönelik olarak tüm alt modeller bazında satış adedi bilgilerinin sektördeki tüm rakip teşebbüsler tarafından aylık olarak birbirleriyle paylaştıkları tespit edilmiştir. Rakip teşebbüsler satış rakamlarına ilişkin bilgileri doğrudan doğruya kendi aralarında elektronik posta yoluyla ya da ODD kanalıyla paylaşmaktadır. Hatta elektronik postalar incelendiğinde tüm alt modelleri ayrı ayrı belirten ayrıntılı satış miktarı bilgilerinin paylaşımın haftalık periyotta olacak şekilde sıklaştığı da tespit edilmiştir. Binek otomobil pazarındaki teşebbüslerin birbirlerine tavsiye niteliğindeki mevcut fiyat listelerini elektronik posta yoluyla gönderdikleri; ayrıca ODD ve OSD toplantılarında teşebbüslerin tamamının sektörün geleceğine yönelik pazar tahminlerini birbirleriyle paylaştığı hususları yapılan tespitler arasındadır.

Rekabet Kurulu yapmış olduğu inceleme sonucunda; bilgi değişiminin rekabet ihlâli oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde dikkate alınan unsurlardan birinin değişen bilginin niteliği olduğu, kural olarak değiştirilmesinde sakınca görülmeyen bilgilerin, firmaların bireysel olarak ayrıştırılmasına imkân vermeyecek, genel istatistiki veri niteliğindeki toplulaştırılmış ve firmaların bağımsız karar alma kabiliyetini sınırlamayan bilgiler olduğu, ancak değişen bilginin koordinasyon yaratma etkisinin bulunup bulunmadığının her somut olayın koşullarına göre belirlenmesi gerektiği açıklanmıştır. Bu genel açıklamadan sonra Rekabet Kurulu somut olaya dönük değerlendirmelere geçmiştir. Rekabet Kurulu; binek, hafif ticari ve ticari araç satışlarına ilişkin tüm alt modeller bazında aylık ve haftalık periyotlarla

⁶⁵⁹ RK, 2009, “Otomotiv Derneği (ODD) ve üyeleri ile Otomotiv Sanayii Derneği (OSD) ve üyeleri”, 09.09.2009, 09-41/998-255. Karar hakkında bkz. Pişmaf, ss. 81-83; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, s. 60.

satış rakamı bilgilerinin paylaşılmasının güncel veri paylaşımı niteliğinde olduğu, buna rağmen otomotiv pazarının bilgi erişiminin kolay olduğu bir pazar olması nedeniyle paylaşılan güncel satış bilgilerinin koordinasyon etkisi yaratmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Rakipler arasında düzenli olarak tavsiye niteliğindeki güncel fiyat listelerinin paylaşılmasında, bu fiyat listelerinin internet sitelerinde de yayınlanıyor olması nedeniyle Kurul tarafından bir sakınca görülmemiştir. ODD ve OSD toplantılarında pazarın geleceğine ilişkin muhtemel satış rakamları hakkında yapılan tahminlerin, sektörün durumunu belirleme amacı taşıdığı, otomotiv sektörünün mevcut yapısı dikkate alındığında bu tür tahminelerin paylaşılmasının rekabeti bozma ya da kısıtlama niteliği taşımadığı Kurul tarafından ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen bu kararın eleştiriye son derece açık olduğu söylenebilir. Öncelikle, tüm alt modelleri ayrıntılı bir şekilde kapsayan satış rakamlarının rakipler arasında aylık, hatta haftalık olarak düzenli bir şekilde paylaşılmasının rekabete hassas bir bilgi paylaşımı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Buna rağmen Rekabet Kurulu tarafından pazarın bilgi erişimi kolay olan bir pazar olması nedeniyle bu bilgi paylaşımının koordinasyon yaratmayacağı sonucuna varılmış olması, en azından gerekçenin tatmin edicilikten uzak olması nedeniyle çok isabetli değildir. Pazarın genel yapısı itibarıyla rakipler tarafından bu bilgilere aynı ayrıntı derecesiyle ve aynı hızla ulaşılabilir ise de kararda bu durumun ne şekilde gerçekleştiğinin açıklanması, pazardaki şeffaflığın değerlendirilmesi ve bilgi değişiminin pazarda ekstra bir şeffaflık yaratıp yaratmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Bunlar yapılmadan sadece birkaç kelimelik bir gerekçeyle koordinasyon oluşmayacağı sonucuna varılması, tarafımızca kabul edilebilir bir yöntem olarak görülmemektedir⁶⁶⁰. Tavsiye niteliğindeki güncel fiyat listelerinin rakipler arasında değişimi konusunda ise Rekabet Kurulunun görüşüne katılmak mümkündür. Ancak bu sonuca varmadan önce, paylaşılan fiyat listelerinin firmalar tarafından internet sitesinde yayınlanan listelerle aynı olup olmadığı, paylaşılan listelerde her ne kadar fiyatların tavsiye niteliğinde olduğu belirtilmiş ise de fiiliyatta bu fiyatlardan sapma bulunup bulunmadığı hususlarının

⁶⁶⁰ Doktrinde Pişmaf, bu denli stratejik bilgilerin oldukça sık bir şekilde değişiminin ancak son derece rekabetçi pazarlarda rekabete aykırı etki yaratmayabileceğini, karar incelendiğinde Kurulun otomotiv pazarını oldukça rekabetçi bir Pazar olarak gördüğü izleniminin uyandığını belirtmiştir (Pişmaf, ss. 81-82).

incelenmesi; eğer gerçekten paylaşılan fiyat listeleri internet üzerinden yayınlanan listelerle aynı ve tavsiye niteliğinde ise Kurulun ulaştığı sonuca varılması daha doğru bir yol olarak düşünülebilir. Doktrinde Pişmaf tarafından, tavsiye niteliğindeki tüm fiyat listelerinin normalde ancak rakip teşebbüslerin bayilerinden toplanabileceği, otomotiv pazarında faaliyet gösteren firmaların yurt genelindeki bayi sayıları dikkate alındığında bu kadar ayrıntılı verilerin haftalık olarak piyasadan toplanmasının maliyetsiz ve kolay olmayacağı, bu durumda gerçek bir kamuya açık bilgidir söz edilmesinin mümkün olmadığı üzerinde durulmuştur⁶⁶¹.

Rakip firmaların geleceğe dönük olarak satış miktarlarına ilişkin tahminlerini birbirleriyle paylaşmaları noktasında ise incelenmesi gereken husus, yapılan bilgi değişiminin arzı kısıtlama amacı ya da etkisi taşıyıp taşımadığıdır. Bu husus ayrıntılı olarak değerlendirildikten sonra bir sonuca varılması daha sağlıklı olabilecektir.

Doktrinde Pişmaf, rekabet düzeyinin görece yüksek olduğu pazarlarda dahi böylesine stratejik bireysel firma bilgilerinin rakipler arasında bu kadar detaylı, sık ve gizli bir şekilde değiştirilmesinin koordinasyon yaratma olasılığı bulunduğunu, bu nedenle teşebbüslerin bilgi değişimine neden ihtiyaç duyduklarının sorgulanması ve etkinlik savunması varsa bunun araştırılması gerektiğini belirttikten sonra pazarın tamamını oluşturan teşebbüsler arasında stratejik bilgilerin son derece sık bir şekilde değiştirilmesinin hiçbir şekilde rekabeti kısıtlayıcı etki göstermeyeceğini içeren Kurul kararının Tip II hata örneği oluşturduğu ifade edilmiştir⁶⁶².

Sonuç itibarıyla Rekabet Kurulu kararının yeterli değerlendirme ve gerekçeden uzak, dolayısıyla tatmin edicilikten yoksun olduğunu söylemek mümkündür.

ODD tarafından 2011 yılında bu kez Rekabet Kuruluna menfi tespit veya muafiyet talebiyle başvurulmuştur⁶⁶³. Yapılan başvuruda, 2004 yılında verilen kararda değerlendirilen bilgilere ek olarak, muhtelif zamanlarda yayınlanmak üzere markaların şebekelerindeki personel sayısı, yetkili satıcı ve servis adetleri, üçer aylık dönemlerde toplam ve marka olarak ayrıştırılmış şekilde il bazında satış adetleri, üçer aylık dönemlerde markaların yeni modellerine ilişkin kesin olmayan lansman

⁶⁶¹ Pişmaf, s. 82.

⁶⁶² Pişmaf, ss. 82-83.

⁶⁶³ RK, 2011, *Otomotiv Distribütörleri Derneği (ODD)*, 14.07.2011, 11-43/916-285. Karar hakkında bkz. E. F. Aslan, *Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı*, s. 60.

alışmaları, binek ve hafif ticari araçların filo satışlarında markaların devlet, kiralama şirketleri, taksiler, leasing ve özel satış olarak sınıflandırılan alıcı gruplarına yönelik satışlardaki paylarına ilişkin bilgilerin toplanması ve derlenmesi çalışmalarına yönelik menfi tespit veya muafiyet talep edilmiştir.

Kurul yapmış olduğu değerlendirmede öncelikle muhtelif zamanlarda yayınlanmak üzere markaların şebekelerindeki personel sayısı, yetkili satıcı ve servis adetlerine ilişkin bilgilerin paylaşılmasının rekabet ihlâli oluşturmayacağını ve bu konuya ilişkin menfi tespit belgesi verilebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık; il bazında ayrıştırılmış veriler, lansman bilgileri ve markaların filo satış rakamlarının paylaşılmasına ilişkin verilerin kapsamının geniş tespit edilmesi halinde koordinasyon riskinin ortaya çıkabileceği ifade edilerek bu bilgilere menfi tespit verilmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak menfi tespit verilmesi uygun görülmeyen bilgiler bakımından; il bazında verilerin marka, model ve alt kırılım ayrıştırması içermemesi; lansmana ilişkin paylaşımların uygulanacak tavsiye veya nihai satış fiyatlarını, satış stratejisini, hedef, arz miktarı gibi koordinasyon doğurucu etkisi bulunan bilgileri içermemesi; filo satış rakamlarının alıcı grupları bakımından ayrıştırılmasında alıcıların unvanlarına ilişkin bilgilere yer verilmemesi koşuluyla söz konusu bilgilere RKHK m. 5 kapsamında bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.

ODD 2012 yılında bir kez daha Rekabet Kurulu'na başvurarak bu kez, ağır ticari araçlara ilişkin satışlar ile hafif ve binek araçlara ilişkin satış sonrası hizmetler kapsamındaki bilgilerin üyeler ve üyeler dışında talepte bulunan üçüncü kişilerle paylaşılmasına dönük bilgi paylaşım sistemi için menfi tespit veya muafiyet verilmesi talebinde bulunmuştur. Rekabet Kurulu, ağır ticari araçlara ilişkin talebin, yukarıda ele alınan 11-43/916-285 sayılı karar çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirterek yapılan değerlendirmede değişiklik yaratan bir husus olmadığından yeniden inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Binek ve hafif araçlar yönünden paylaşılacak bilgilerin ise; aylık, üç aylık ve yıllık bazda, mekanik ve kaporta alt kırılımlarını içerir şekilde yetkili servis araç giriş sayısı ve hizmet satılan saat verilerine ilişkin olduğu, söz konusu verilerin tek başına rakipler arasında

koordinasyon oluşturmadığı veya koordinasyonu kolaylaştırıcı nitelikte olmadığı belirtilerek menfi tespit belgesi verilmesi talebi uygun görülmüştür⁶⁶⁴.

2.3.3.1.1.3.3.3. “ALJ Otomotiv A.Ş. vd.” kararı

Rekabet Kurulu, yukarıda açıkladığımız iki kararından sonra otomotiv sektöründe faaliyet gösteren 23 firma hakkında, ticari sır niteliğindeki stok, hedef ve satış stratejisi ile toplantılar veya doğrudan iletişim yoluyla fiyat stratejilerine ilişkin bilgilerin paylaşılması faaliyetlerinin RKHK m. 4’e aykırılığı iddiasıyla soruşturma açılmasına karar vermiştir⁶⁶⁵. Açılan soruşturma kapsamında oldukça ayrıntılı incelemeler yapılmıştır.

Yapılan araştırmalar kapsamında rakip teşebbüslerin stok seviyeleri, satış hedefleri, belirli modellerde kampanyalar yapıldığı ve bu modellerin olabildiğince çabuk tüketilmeye çalışıldığı, ticari veya binek araçlardan hangisine ağırlık verildiği, geleceğe yönelik üretim miktarları, kampanya içerikleri, kampanyaların devam edip etmeyeceği ve ne zamana kadar devam edeceği, geleceğe yönelik fiyat artış planları, bu artışların ne zaman ve hangi oranlarda olacağı ile fiyat stratejileri, satışına başlanacak yeni modeller ve satışa başlama zamanı, satışa sunulacak yeni modeller için uygulanacak fiyatlar, geleceğe yönelik miktar bilgileri, pazar payı hedefleri, kur sabitleme konusundaki düşünceleri hakkında karşılıklı olarak birbirlerine bilgi verdikleri tespit edilmiştir. Yapılan görüşme metinlerine göre, aralarında döviz kurlarındaki artışın fiyatlara yansıtılması konusunda ortak görüşe vardıkları saptanmıştır. Ayrıca bazı yazışmalarda, firmaların yaptıkları fiyat indirimlerini rakiplerine bildirip aynı yönde karşılık verip vermeyecekleri hakkında bilgi istediklerine rastlanmıştır. Kurul, ilgili pazarı dünyada sınırlı sayıda oyuncunun bulunduğu oligopolistik ve yoğunlaşma oranının düşük olmadığı bir pazar olarak nitelenmiştir. Rakip teşebbüslerin uyguladıkları fiyatlar karşılaştırmalı olarak incelendiğinde fiyat artışlarının birbiriyle paralellik gösterdiği belirlenmiştir.

Rekabet Kurulu, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin uygulamalarının RKHK m. 4 uyarına anlaşma ve/veya uyumlu eylem niteliği taşıdığı, söz konusu fiyat stratejisi görüşmelerinin salt bilgi değişimi olarak kabul

⁶⁶⁴ RK, 2012, *Otomotiv Distribütörleri Derneği (ODD)*, 06.06.2012, 12-30/891-269.

⁶⁶⁵ RK, 2011, *ALJ Otomotiv A.Ş. vd.*, 18.04.2011, 11-24/464-139. Karar hakkında bkz. Pişmaf, s. 83.

edilemeyeceği, fiyat ya da fiyat stratejilerine yönelik bilgi değişimi uygulamalarının dahi tek başına RKHK'yı ihlâl edeceği kanaatine varmıştır. Kurul, geleceğe yönelik fiyatlara ilişkin bilgi değişiminin, rekabet hukukuna göre diğer bilgi değişimlerine kıyasla daha fazla endişe yarattığını, böyle bir bilginin teşebbüsün piyasada uygulayacağı ticari stratejileri ortaya çıkardığı ve potansiyel olarak rekabeti kısıtladığı üzerinde durmuştur. Bilgi değişimi değerlendirilmesinde esas olan yaklaşımın rule of reason olduğu, geleceğe yönelik fiyat veya fiyat stratejilerine ilişkin bilgi değişimlerinin ise bu kuraldan istisna tutulduğu, doktrinde ve içtihatlarda bu tür bilgi paylaşımlarının rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı kabul edilerek piyasadaki etkilerine bakılmaksızın rekabet ihlâli olarak değerlendirildiği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu, rakip teşebbüslerin yapmış olduğu görüşmelerin bir bütün olarak ele alınması gerektiği, bu görüşmelerdeki esas amacın rakiplerin davranışlarının öngörülemezliğinden doğan riski ortadan kaldırmak olduğu, hedef, stok ve satış stratejisine yönelik olarak yapılan görüşmelerin fiyat politikasına ilişkin olarak yapılan görüşmelerin tamamlayıcısı niteliğinde olduğu, zira rakibin hedef, stok ve satış hedeflerinin bilinmesi durumunda fiyatlandırma politikası hakkında sinyaller alınabileceği açıklanmıştır. Kurula göre bu tür bilgilerin edinilmesi halinde hedefe ulaşma ve stok eritme amaçlı kullanılacak stratejilerin, zam ve indirimlerin tahmin edilmesi zor olmayacaktır. Sektördeki oyuncuların rakiplerinin satış adetlerini hızlı ve detaylı takip edebiliyor olması karşısında hedef rakamını gerçekleştiren veya gerçekleştirmeye yaklaşan firmaların önemli indirimlere gitmeyeceği öngörülebilir; böylece rakipler olası indirimlerden ve kampanyalardan vazgeçebilirler. Kurula göre aynı şekilde rakibinin ticari araç satışlarına ağırlık vereceğini öğrenen firmalar, binek araç segmentinde fiyat arttırımına gidebilir veya planladığı kampanyalardan vazgeçebilir.

Tüm bu açıklamalar kapsamında Rekabet Kurulu tarafından bilgi değişimi faaliyetinde bulunduğu ve bunun sonucunda paralel davranışlar sergilediği tespit edilen teşebbüslerin eylemlerinin RKHK m. 4'e aykırı olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ Doktrinde E. F. Aslan, tarafından, söz konusu karara konu olayda tek taraflı beyanlar bulunduğu, tek taraflı beyanların açıkça fiyat belirleme amacı taşımadığı veya diğer firmaları danışıklığa davet etme amacı gütmmediği, rakipler arasında bir uzlaşma sağlanmadığı, fiyat artış oranlarının ve

2.3.3.1.1.3.3.4. “ArcelorMittal-Borçelik-Erdemir” kararı

Rekabet Kurulu tarafından incelenen ArcelorMittal-Borçelik-Erdemir dosyasında⁶⁶⁷, Borçelik ile Erdemir arasında bilgi değişimi faaliyetleri olduğu tespit edilmiştir.

Firmalar arasında doğrudan doğruya gerçekleşen bilgi değişiminde; ürün bazında aylık alış satış miktarları, firmalara ilişkin pazar gelişim raporları, aylık dış ticaret verileri, yatırım bilgileri, aylık bazda sevkiyat raporlarının paylaşıldığı tespit edilmiştir.

Rekabet Kurulu Borçelik ile Erdemir arasındaki bilgi değişimi faaliyetlerine konu olan bilgilerin rekabete hassas bilgiler olduğu, yassı çelik pazarının az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği yoğunlaşmış bir pazar olduğu, pazara giriş engellerinin bulunduğu, Erdemir’in Borçelik’te hissedar olmasından kaynaklandığı düşünülen bilgi değişimi faaliyetinin değiştirilen bilginin niteliği ve pazar yapısı kapsamında rekabeti sınırlandırarak koordinasyona yol açtığı, hissedarlık ilişkisi nedeniyle RKHK m. 5’e göre muafiyet verilmesinin de mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

2.3.3.1.1.3.3.5. “Advis Akademik Danışmanlık ve Uluslararası Ticaret A.Ş. vd.” kararı

Rekabet Kuruluna, Work and Travel (WAT) sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyat birliği içinde bulunduğu yönünde yapılan ihbar üzerine sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerle ilgili önaraştırma yapılmıştır⁶⁶⁸.

Yapılan incelemelerde teşebbüs yetkilileri ile görüşmeler ve yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Bunların sonucunda, rakip teşebbüslerin uyguladıkları fiyatların birbirlerine yakın olduğu, özellikle sektörün en büyük teşebbüslerinin fiyatlarının aynı olduğu, yurt dışı sponsor firmalar tarafından fiyat

tarihlerinin birbirlerinden farklı olduğu kanaatiyle Rekabet Kurulu tarafından varılan sonuç eleştirilmiştir (E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 63-64). Yukarıda yaptığımız açıklamalar kapsamında yazarın eleştirilerine katılmamız pek mümkün görülmemektedir.

⁶⁶⁷ RK, 2009, *ArcelorMittal-Borçelik-Erdemir*, 16.06.2009, 09-28/600-141. Karar hakkında bkz. Pişmaf, ss. 81-82; E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 62-63.

⁶⁶⁸ RK, 2007, *Advis Akademik Danışmanlık ve Uluslararası Ticaret A.Ş. vd.*, 11.04.2007, 07-31/325-120. Karar hakkında bkz. E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 57-58; Pişmaf, ss. 86-87.

konusunda bir baskı yapılmadığı ancak fahiş fiyatla kayıt alımlarına müdahale edildiği, pazarda 30-35 adet teşebbüs bulunduğu, pazarın yeni girişlere açık ve rekabetçi bir pazar olduğu, piyasanın fiyat bilgilerine kolayca erişilmesini sağlayacak şeffaflıkta olduğu, küçük teşebbüsler ile pazara yeni giren firmaların fiyat kırarak çok düşük fiyatlarla kayıt aldığı, diğer firmaların bu kadar düşük bedellerle kayıt alınması halinde gerekli hizmetin verilemeyeceği ve sektörün zarar göreceği düşüncesiyle minimum fiyat belirleme yönünde görüşmeler yaptığı, minimum fiyat teklifleri sunulduğu ancak bir mutabakata varılamadığı, uygulamada da teklif edilen minimum rakamların altındaki fiyatlara kayıt alındığı, küçük firmaların fiyat belirlerken genellikle büyük firmaları takip ettiği tespit edilmiştir. Ayrıca sektörün önde gelen firmalarının birbirleriyle uyguladıkları fiyatlara ilişkin bilgi paylaşımında bulunduğu, yapılan toplantılarda fiyat dışında, örneğin vize reddi alan öğrencilerin ödedikleri tüm bedelin iade edilmesi, vize reddinin öğrencinin sunduğu belgelerin sahteliğinden kaynaklanması halinde hiç iade yapılmaması, uçak bileti temini konusunda yardımlaşılması, katılımcılara sunulan yer ve iş imkânlarının azaltılması konusunda mutabakata varıldığı ve bu konularda ortak uygulamalar yapıldığı belirlenmiştir.

Rekabet Kurulu tüm bu incelemeler sonucunda, sektörde faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin rekabete hassas nitelikte olan fiyat bilgilerini birbirleriyle paylaştığını, fiyat konusunda mutabakata varmak için görüşmeler yapıldığını, ancak uzlaşmaya varılmadığını tespit ederek; pazarın yapısı, ölçeği ve teşebbüslerin ekonomik olarak küçüklüğü göz önüne alınarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına, teşebbüslerin fiyat bilgilerini birbirleriyle paylaşmamaları ve piyasanın yapısını etkileyecek toplantı ve görüşmelerde bulunmamaları konusunda uyarılmalarına karar vermiştir.

Karara ilişkin karşı oy yazısında söz konusu olayda yedi aydır devam eden bir ihlâlin bulunduğu açık olduğu, RKHK m. 4 kapsamında bir anlaşmanın ya da en azından bir uyumlu eylemin bulunduğu kabul edilerek soruşturma açılmasına karar verilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmiş olmasının Kanun'a ve Kurulun uygulamalarına uygun olmadığı ifade edilerek karara muhalif kalınmıştır.

2.3.3.1.1.3.3.6. “Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü-Hidrojen Peroksit Sanayi ve Tic. A.Ş. vd.” kararı

Eti Maden İşletmeleri A.Ş.’nin Hidrojen Peroksit San. ve Tic. A.Ş. (HPSTAŞ), Ak-Kim Kimya Sanayi ve Tic. A.Ş. ve Pusula İth. İhr. ve Paz. A.Ş. hakkında aralarında fiyat anlaşması yaptıkları ve HPSTAŞ’ın hâkim durumu kötüye kullandığı hususlarına ilişkin olarak yapmış olduğu şikâyet kapsamında Rekabet Kurulu tarafından önaraştırma başlatılmıştır⁶⁶⁹. Yapılan incelemelerde şirketler arasında fiyatlar, üretim ve satış bilgileri gibi konularda zaman zaman görüşülerek şirketlerin birbirlerini bilgilendirdikleri tespit edilmiştir. Elde edilen belge ve yazışmalarda genellikle HPSTAŞ ve Pusula’nın, Ak-kim’i bir fiyat artışı ve fiyat anlaşması yapmaya ikna etmeye çalıştığı, ancak bu konuda başarılı olamadığı, genellikle Akkim’in düşük fiyatlarından şikâyetçi oldukları belirlenmiştir.

Kurul; taraflar arasında rekabete hassas bilgi değişimi faaliyetinin bulunduğunu, ancak bir anlaşmaya varılmadığını, bir anlaşmanın varlığı söz konusu olsa dahi tarafların birbirlerinin müşterilerine teklif verme gibi yollarla birbirlerini aldatma çabası içinde bulunduğunun anlaşıldığını belirterek bu nedenlerle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına ve tarafların birbirleriyle rekabete hassas bilgileri paylaşmalarına son vermeleri konusunda uyarılmalarına karar vermiştir.

Rekabet Kurulunca verilen bu karar Danıştay tarafından, soruşturma açılarak ihlâl bulunup bulunmadığının daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesinin uygun olacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir⁶⁷⁰. Danıştay’ın iptal gerekçesinde; rakip teşebbüsler arasında mal alışverişine ilişkin görüşmeler yanında ayrıca uyguladıkları fiyat ve üretim-satış miktarlarına gibi rekabete duyarlı parametrelere ilişkin de bilgi değişiminde bulunulduğu, HPSTAŞ’ın Ak-Kim ile anlaşma zemini aradığına dair deliller bulunduğu hususlarına değinilmiştir. Danıştay’ın iptal kararının akabinde Rekabet Kurulu tarafından soruşturma başlatılmıştır.

Kurul yapmış olduğu incelemede HPSTAŞ ile Ak-Kim arasında iletişim olduğunu gösteren birçok bilgi ve belge tespit etmiştir. Öncelikle HPSTAŞ ile

⁶⁶⁹ RK, 2006, *Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü-Hidrojen Peroksit Sanayi ve Tic. A.Ş. vd.*, 20.12.2006, 06-92/1172-350. Karar hakkında bkz. Pişma, ss. 87-88.

⁶⁷⁰ Danıştay 13. Daire, 2610.2009 T., 2007/5106 E., 2009/9394 K.

Akkim rakip olmalarının yanında ayrıca HPSTAŞ tarafından Ak-Kim’e de mal satışı yapılmaktadır. Yani bu iki teşebbüs hem rakip konumundadır hem de Ak-Kim, HPSTAŞ’ın müşterisi konumundadır. Teşebbüsler arasında gerçekleşen iletişimin bir kısmının alıcı-satıcı ilişkisine dayalı fiyat pazarlığına ilişkin olduğu tespit edilmiştir. Bunun dışında ayrıca teşebbüsler arasında zaman zaman kendi fiyat ve miktar bilgilerine ilişkin bilgi değişimi içeren iletişimin de bulunduğu saptanmıştır. Teşebbüsler arasında bu tür bilgi değişimi bulunmasına karşılık bir yandan da ciddi bir rekabet bulunmaktadır. Elde edilen yazışmalarda HPSTAŞ’ın, Ak-Kim’in müşterilerini ve bayilerini ele geçirmeye çalıştığını, teşebbüsler arasında fiyat rekabeti bulunduğunu, Ak-Kim’in fiyat düşürdüğü ve bu nedenle HPSTAŞ’ın satışlarının etkilendiğini belirten ifadeler bulunmaktadır. Ayrıca; şikâyetçi Eti Maden’in iddia ettiği şekilde, ihale öncesi taraflar arasında anlaşma olduğunu gösteren herhangi bir delil tespit edilememiştir.

Rekabet Kurulu tüm bunları birlikte değerlendirmiş ve teşebbüsler arasında her ne kadar bilgi değişimi bulunduğunu gösteren deliller bulunsa da teşebbüsler tarafından paralel fiyatlandırma yapılmamış olması ve fiyat tespiti yönünde anlaşmaya varıldığını gösteren bulguların mevcut olmaması dolayısıyla RKHK m. 4’ün ihlâl edildiğine dair yeterli delil bulunmadığına karar vermiştir⁶⁷¹.

2.3.3.1.1.3.3.7. “Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği ve üyeleri” kararı

Rekabet Kurulu, “Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği ve üyeleri” kararında⁶⁷², Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği çatısı altında yapılan toplantılarda üyelerin; okul fiyatları, fiyat politikaları, burslar ve maaşlar hakkında görüşmelerde bulunduğunu, bu görüşmeler sırasında yapılan bilgi değişimleriyle ortak bir uygulama benimsemeyi amaçladıklarını tespit etmiş ve tüm bu bilgi değişimi faaliyetlerinin RKHK m. 4’e aykırı olduğu sonucuna varmış ise de RKHK m. 41 gereği zamanaşımı gerçekleştiğinden soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

⁶⁷¹ RK, 2011, *Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü- Hidrojen Peroksit Sanayi ve Tic. A.Ş. vd.*, 11-05/88-31.

⁶⁷² RK, 2011, *Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği ve üyeleri*, 03.03.2011, 11-12/226-76.

2.3.3.1.1.1.3.3.8. “Akademi Medikal Paz. Ltd. Şti. vd.” kararı

Rekabet Kurulu tarafından verilen bu kararda⁶⁷³, birbirlerine rakip konumda olan çok sayıdaki medikal şirketinin, girecekleri ihaleler konusunda birbirleriyle iletişim içinde bulundukları, ihaleleri kendi aralarında paylaştıkları ve bu yönde çok sayıda ve sık irtibat içinde bulundukları tespit edilmiştir.

Kurul yapmış olduğu incelemede; her ne kadar teşebbüsler ihalelere bizzat katılmasa da rakip teşebbüslere yaklaşık maliyet konulu proforma faturalarını fakslamaları veya bu yönde bilgi vermelerinin, ihalede rekabetçi bir ortam oluşmamasına sebep olabileceği veya kendisinin katılacağı bir ihalede rakiplerinden kendi proforma faturalarını istemesinin önünü açabileceğini belirterek yaklaşık maliyete ilişkin bilgi paylaşımının rekabet ihlali oluşturduğu sonucuna varmıştır.

2.3.3.1.1.1.3.3.9. “Arçelik Pazarlama A.Ş.-Vestel Ticaret A.Ş.-BSH Ev Aletleri San. ve Tic. A.Ş.” kararı

Rekabet Kurulu, rakip konumdaki Arçelik, Vestel ve BSH (Bosh, Siemens, Gaggenau, Profilo) arasında rekabete duyarlı bilgi değişimi yapılarak RKHK m. 4 hükmünün ihlâl edildiği yönündeki şikâyet kapsamında önaraştırma yapmıştır⁶⁷⁴.

Yapılan önaraştırma sürecinde BSH’de yerinde incelemeler yapılmış, BSH çalışanları arasında birtakım elektronik posta yazışmaları tespit edilmiştir. Söz konusu elektronik postaların içeriğinde, BSH ekibi kendi arasında Arçelik ve Arçelik grubuna dâhil Beko’nun yürüttüğü kampanyalar ve uyguladıkları fiyatlar hakkında bilgiler paylaştığı görülmüştür. Yazışma metinlerine bakıldığında bu bilgilerin Arçelik bayilerinden edinildiği anlaşılmaktadır. Örneğin bir elektronik postada, “*Kaynarca Arçelik bayinden aldığım bilgiye göre...*”; bayi alış-satış fiyatları, kâr marjları ve kampanya bayi katılım bedellerinin tümünün yer aldığı excel dosyasının ekli olduğu bir başka elektronik postada, “*...Bilgi alınan bayi....*”; tüm bu yazışmaların başlangıcını oluşturan ve bu bilgilerin toplanmasını talep eden

⁶⁷³ RK, 2008, *Akademi Medikal Paz. Ltd. Şti. vd.*, 19.12.2008, 08-74/1180-455.

⁶⁷⁴ RK, 2018, *Arçelik Pazarlama A.Ş.-Vestel Ticaret A.Ş.-BSH Ev Aletleri San. ve Tic. A.Ş.*, 08.02.2018, 18-04/49-26.

elektronik posta içeriğinde ise, *..Arçelik bayi bağlantısı olan arkadaşlarımın yardımını rica ederim...*” ifadeleri bulunmaktadır.

Rekabet Kurulu yapmış olduğu bu tespitlerin akabinde konuya ilişkin değerlendirme yaparken öncelikle bilgi değişiminin amaç ve etki yönünden rekabete aykırı olabileceği, etki konusunda değerlendirme yapılırken pazarın ve bilginin özelliklerine bakılması gerektiği, rekabete duyarlı bilginin rekabet ihlâli konusunda en yüksek potansiyeli taşıdığı konularında genel açıklamalarda bulunmuş; ayrıca rekabete duyarlı bilgi değişiminin hangileri olduğu konusunda önceki Kurul kararlarına da atıf yaparak konuyu genel hatlarıyla değerlendirmiştir.

Kurul söz konusu kararda sonuç olarak; dosya kapsamında elde edilen belgelerin bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucunda, ilgili yazışmaların BSH’nin kendi organizasyonundaki satış yetkililerinin kendi aralarında yaptığı elektronik posta yazışmalarından ibaret olduğu, bu yazışmaların teşebbüsün rakipleri hakkında piyasadan bilgi topladığını gösterdiğini, teşebbüsün rakipleriyle rekabete duyarlı ticari bilgileri paylaştığına dair herhangi bir bulguya ulaşılmadığını belirterek BSH aleyhine soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce Rekabet Kurulu tarafından verilen bu karar tartışmaya açıktır. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere, söz konusu teşebbüs için elektronik postaların içeriğinden, rakiplere ilişkin fiyat ve kampanya bilgilerinin, rakibin bayilerinden edinildiği açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda BSH’nin bilgi toplama faaliyetinin basitçe piyasadan bilgi toplama şeklinde değerlendirilmesi çok doğru bir yaklaşım olarak görülmemektedir. Rakibin bir bayisinin alış-satış fiyatları ve kâr marjını gösteren ayrıntılı bir excel tablosunun basit bir piyasa araştırması ile elde edilmesi mümkün değildir. Paylaşılan fiyatların güncel fiyatlar olduğu yazışmaların içeriğinden net olarak anlaşılabilmektedir. Bu durumda BSH’nin rakibinin bayilerinden rekabete hassas nitelikteki fiyat ve kampanya bilgilerini edindiği açıktır. Bu nedenle Rekabet Kurulunun, salt yazışmaların teşebbüs içi olması gerekçesine dayalı olarak RKHK m. 4 kapsamında soruşturma açılmasına yer olmadığı kararı vermiş olması çok isabetli görülmemektedir.

2.3.3.1.1.3.3.10. “Türkiye Ağaç İşleri Esnaf ve Sanatkarları Federasyonu-Kastamonu Entegre Ağaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Yontaş Yonga Levha Sanayi ve Ticaret A.Ş.” kararı

Rekabet Kurulu tarafından incelenen olayda⁶⁷⁵; sunta, yonga levha ve MDF sektöründe faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin dernek çatısı altında düzenli olarak toplantılar yaptığı, bu toplantılarda fiyat ve satış koşullarının belirlenmesine yönelik anlaşmalar sağlandığı tespit edilmiştir. Ayrıca rakip teşebbüsler uygulayacakları fiyatlara ilişkin fiyat listelerini önceden birbirlerine göndermektedir.

Rekabet Kurulu, rekabet hukukunda rakipler arasında bilgi değişiminin belli sınırlarının bulunduğunu, aynı sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında bilgi değişimine belirli kurallar çerçevesinde izin verilebildiğini, bilgi değişiminin bir yandan etkinlik artırıcı etkileri mevcutken sınırın aşılması halinde rekabeti kısıtlayıcı olduğunu ifade etmiştir. Kurul bu açıklamalardan sonra; rakip teşebbüslerin fiyatlarına, maliyetlerine, satışlarına, üretim miktarlarına, kapasite kullanımlarına, teklif şartnamelerine, stoklarına, ticari sırlarına ilişkin bilgilerin doğrudan rekabetçi stratejilerle ilgili olduğunu ve önceden öğrenilmesi halinde koordinasyon riski taşıdığını belirtmiştir. Rekabet Kurulu somut olayda, teşebbüsler arasında fiyat bilgilerine ilişkin bilgi değişiminde bulunulduğunu, fiyatların rekabet stratejilerinin “*en önemli değişkeni ve aracı*” olduğunu, bu nedenle fiyata ilişkin bilgi alışverişinin rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğunu açıklamıştır.

2.3.3.1.1.3.3.11. “Bank of Tokyo-Mitsubishi UFC Turkey A.Ş.- Citibank A.Ş. vd. (On Üç Banka)” Kararı

Rekabet Kurulu tarafından verilen ve “*On Üç Banka Kararı*” olarak anılan kararda, bankalar arasında müşterilere teklif edilecek kredi faiz ve koşulları hakkında bilgi değişiminde bulunulmaktadır⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ RK, 2006, *Türkiye Ağaç İşleri Esnaf ve Sanatkarları Federasyonu- Kastamonu Entegre Ağaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Yontaş Yonga Levha Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, 22.05.2006, 06-35/441-113.

⁶⁷⁶ RK, 2017, *Bank of Tokyo-Mitsubishi UFC Turkey A.Ş.- Citibank A.Ş. vd.*, 28.11.2017, 17-39/636-276.

Rekabet Kurulu; ticari hayat içinde rakip olsun olmasın birçok teşebbüs arasında doğrudan ya da teşebbüs birlikleri, pazar araştırma şirketleri, müşteriler vs. yoluyla dolaylı olarak bilgi değişiminde bulunulduğunu ve pazarın şeffaflaştırıldığını, genel olarak pazardaki tüm teşebbüs ve müşterilere yansıyan şeffaflığın etkinlik artırıcı olduğunu, ancak bilgi değişiminin rakipler arasında gerçekleşmesi ve hassas bilgiler içermesi halinde bunun rekabet hukuku tarafından yasaklanabileceğini belirtmiştir. Kurul; başta fiyat ve üretim miktarları olmak üzere, pazarın temel rekabet parametrelerini şeffaflaştıran, rakiplerin birbirlerine karşı hamlelerine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıran, maliyet, satış verileri, kapasite kullanım oranları, stok durumları ve bunlara benzer bilgilerin rekabet açısından üst düzeyde hassas bilgiler olduğunu vurgulamıştır. Kurul tarafından, fiyata ilişkin bilgi değişimlerinin amaç yönünden rekabete aykırı olduğu, genellikle fiyat ve miktara ilişkin bilgi değişimlerinin muafiyet koşullarını taşıma ihtimalinin düşük olduğu belirtilmiştir.

Bilgi değişimine ilişkin yapılan bu genel açıklamalardan sonra Kurul, rakip durumdaki bankalar arasında, fiyat, miktar, vade ve/veya ilgili kredi işlemlerine katılımlarına ilişkin bilgilerin paylaşımına yönelik bilgi değişimi faaliyetlerinin *“rekabeti kısıtlama amacı taşıyan bir anlaşma/uyumlu eylem teşkil ettiği”* sonucuna ulaşmıştır.

2.3.3.1.1.1.4. Tek Taraflı Bilgi Değişimi-Karşılıklı Bilgi Değişimi Ayrımı

2.3.3.1.1.1.4.1. Tek Taraflı Bilgi Değişimi (Tek Taraflı Bilgi Açıklamaları)

Bilgi paylaşımının bir teşebbüs tarafından tek taraflı olarak yapılması mümkündür. Bu genellikle gazete, internet ya da televizyon aracılığıyla yapılan bir açıklama ya da bu yollardan biriyle teşebbüse has ayrıntılandırılmış rakamsal verilerin açıklanması veya verilen bir reklâm yoluyla yapılabilir. Örneğin; bir teşebbüsün yeni yıl itibarıyla yeni bir fiyat politikası izleyeceğini ve fiyatların her ne şartta olursa olsun o yıl içinde X meblağını aşmayacağını ilân etmesi tek yanlı bir bilgi paylaşımı olarak değerlendirilir. Yine bir teşebbüsün yeni bir tesise yatırım

yapacağını açıklaması tek yanlı bir bilgi paylaşımı olup bu açıklamadan, işletmenin fiyatları yükselteceği yönünde bir anlam çıkarılabilir⁶⁷⁷.

Tek taraflı bilgi açıklamaları doktrinde, “*rakip teşebbüslerin rekabete ilişkin kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ticari bilgileri tek taraflı olarak açıklamaları*” olarak tanımlanmıştır⁶⁷⁸.

Tek yanlı bilgi paylaşımının rekabeti kısıtlayıcı başka bir anlaşmanın yardımcı eylemi olması halinde, tek yanlı bilgi paylaşımı rekabet hukuku yönünden tek başına değerlendirilmeyecektir. Bu durumda değerlendirme asıl anlaşma ile birlikte yapılacak ve asıl anlaşmanın rekabete aykırı olması halinde bunun yardımcı eylemi niteliğindeki tek yanlı bilgi paylaşımı için ayrıca bir müeyyide uygulanması gerekmeyecektir⁶⁷⁹.

Tek yanlı bilgi paylaşımının rekabet hukuku yönünden önem taşıdığı haller özellikle, bunun tek başına bir eylem olarak ortaya çıktığı hallerdir. Tek yanlı olarak yapılan bilgi paylaşımının, gerek pazar yapısı gerekse bilginin niteliği dikkate alınarak yapılan değerlendirme sonucunda rekabeti engellemeye yönelik bir amaca sahip olduğu ya da rekabet ortamını bozucu bir sonuç ortaya çıkardığı ya da böyle bir sonuç doğurma olasılığının bulunduğu kanaatine ulaşılmışsa, bu eylem rekabet hukuku yönünden bir yaptırıma bağlanacaktır.

Tek yanlı bilgi açıklamaları rakipleri yanıltmaya yönelik olarak gerçeğe uygun olmayan, bağlayıcılığı ve kanıtlanabilirliği bulunmayan bilgiler olabileceği gibi gerçeğe uygun bilgiler de olabilir. Teşebbüslerin gerçek gelecek planlarına ilişkin bilgileri açıklaması sonucunda, tam rekabetçi bir piyasada bu bilgi açıklamasının rakipler tarafından dikkate alınması ve takip edilmesi söz konusu olmayabilecekken bazı pazarlarda bu tek yanlı açıklamaların rakipler tarafından takip edilerek işbirlikçi bir davranışın ortaya çıkması da mümkün olabilir. Yine geçmişe dönük bilgilere ilişkin tek taraflı açıklamalarla, teşebbüslerin ortak iradede sapıp sapmadıklarının tespiti ve ihlallerin yaptırıma bağlanması mümkün hale gelebilir⁶⁸⁰.

Bazı hallerde tek yanlı bilgi açıklamaları kanunlar ya da sektör regülasyonları tarafından emredilmektedir. Bu durumda, teşebbüsler belirli aralıklarla önemli

⁶⁷⁷ Costin, p. 13.

⁶⁷⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 194.

⁶⁷⁹ OECD 2012, p. 32.

⁶⁸⁰ Doyle and Snyder, pp. 1330-1331.

miktarda kurumsal bilgiyi açıklamak zorundadırlar. Bu durum hem özel şirketler hem de kamu şirketleri için geçerlidir. Ayrıca yatırımcıların ve hisse senedi sahiplerinin aydınlatılması için araştırma şirketleri tarafından şirketlerin durumlarının analizi amacıyla birçok bilgi talep edilmektedir⁶⁸¹. Yatırımcıların geleceğe yönelik tahminlerde bulunması ve buna göre hisse senedi satın alma ya da satma yönünde fikir sahibi olabilmesi için şirketin durumu hakkında bilgi sahibi olunması gerekmektedir. OECD tarafından, bu gibi hallerde teşebbüslerin rekabet hukuku yönünden bir sorumluluğa maruz kalmamaları için güvenli limanların oluşturulması ve rekabet otoritelerince rehberlerin yayınlanması gerektiği isabetli olarak belirtilmiştir⁶⁸².

2.3.3.1.1.4.1.1. Geleceğe Yönelik Fiyat Bilgilerinin Tek Taraflı Olarak Açıklanması

OECD tarafından 2010 tarihli raporda, tek yanlı geleceğe yönelik fiyat bilgilerinin kamusal olarak açıklanması halinde bunun bir rekabet ihlâli olarak yorumlanması konusunda mahkemelerin isteksiz davrandığı, bunun sebebininse bu tür kamusal açıklamaların tüketicilerin fiyatları karşılaştırmaları ve satın alma stratejilerini belirlemeleri konusunda tüketicilere yönelik menfaatler sağlaması olduğu belirtilmiştir⁶⁸³. OECD sözü geçen raporunda bu yaklaşımın, geleceğe yönelik tek yanlı fiyat açıklamalarının tüketicilere yönelik bir taahhüt içermesi nedeniyle bir rekabet ihlâli olarak düşünülmesi için yeterli derecede antirekabetçi etkilerin bulunmadığı yönündeki ekonomi teorisiyle uyumlu olduğu ifade edilmiştir⁶⁸⁴.

İngiliz hukukunda bu tür taahhüt içeren fiyat açıklamalarının, güncel fiyatların açıklanmasına benzer nitelik taşıdığı ve taahhüt içeren kamusal gelecek fiyat açıklamalarının, özel nitelikteki geleceğe yönelik fiyat açıklamalarına göre çok

⁶⁸¹ OECD 2012, p. 14.

⁶⁸² OECD 2012, p. 14.

⁶⁸³ ABD hukukunda da genel yaklaşım aynı gerekçeyle bu yöndedir (Pişmaf, s. 29).

⁶⁸⁴ OECD 2010, p. 34.

Doktrinde de özellikle tüketiciye yönelik olarak açıklanan geleceğe ilişkin fiyat bilgilerinin taahhüt niteliğinde olması, tüketiciye yönelik bir tavan fiyat garantisi vermesi gibi hallerde tüketicilerin pazarlık gücünün artarak geleceğe yönelik satın alma planlamalarını daha net yapabilecekleri, bu nedenle potansiyel etkinlikler yeterince yüksek olduğundan söz konusu fiyat açıklamalarının rekabet ihlâli olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir (Pişmaf, s. 12; Kühn, p. 186).

daha bağlayıcı nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanında, örneğin bir teşebbüsün kamusal olarak yaptığı tek taraflı açıklamada, geleceğe ilişkin olarak fiyatların yükseleceğini bildirmesi ve aynı anda hissedarlara, bu fiyat artışı uygulanırken hiçbir şekilde müşteri kaybı yaşanmayacağını saldırgan bir şekilde taahhüt edilmesi halinde, bu açıklamanın hem rakiplerle ortak bir fiyat uygulanacağı hem de bu ortak kararı ihlâl edenlerin cezalandırılacağı anlamına geldiği şeklinde yorumlanabileceği belirtilmektedir⁶⁸⁵.

Doktrinde bir görüşe göre; tek taraflı fiyat açıklamalarının bir taahhüt niteliği taşıması halinde rekabet üzerinde olumsuz etki etmeyeceği düşüncesi, rakiplerin bu fiyattan daha düşük bir fiyat uygulayacağı, böylece fiyatın düşerek tüketiciye fayda sağlayacağı değerlendirilmesiyle tek hamleli oyun teorisine dayanmaktadır. Ancak değerlendirmenin tekrarlayan oyun teorisine göre yapılması gerekmektedir. Buna göre; tek taraflı geleceğe dönük fiyat açıklaması yapıldığında, rakibinin uygulayacağı fiyatları öğrenenen diğer teşebbüsler, kendi fiyatlarını belirlerken rakibin fiyatına göre küçük bir fark bırakarak daha düşük fiyat belirleyeceklerdir. Bir başka deyişle; rakibin fiyatını bilmeselerdi daha düşük bir fiyat uygulayacakken, rakibin fiyatını öğrendikten sonra kendi fiyatlarını daha yüksekte tutsalar da rekabet edebileceklerini göreceklere fiyat daha yukarıda oluşacaktır. Bu durumda tüketici menfaatleri olumsuz etkilenecektir⁶⁸⁶.

Doktrinde tek taraflı geleceğe yönelik fiyat açıklamalarının kamusal nitelik taşısa dahi, bir taahhüt değeri bulunmaması halinde⁶⁸⁷ rekabete zararlı olabileceği ifade edilmektedir^{688, 689}. Buna örnek olarak; bir firmanın gelecekte uygulayacağı fiyatlara ilişkin gazete, broşür ve sair yollarla fiyat listesi yayınlaması ve bu fiyat listesinde firmanın açıklanan fiyatlarda değişiklik yapabileceği notunun bulunması durumu gösterilmiştir. Özellikle önceden yapılan tek yanlı fiyat açıklamaları,

⁶⁸⁵ OECD 2012, p. 164.

⁶⁸⁶ Christensson, pp. 46-47.

⁶⁸⁷ Doktrinde, müşterilerin açıklanan fiyatlardan ticaret yapabilmesi halinde yapılan fiyat açıklamalarının taahhüt içerdiği; buna karşılık açıklanan fiyatlar üzerinden ticaret yapılamaması halinde yapılan açıklamanın taahhüt içermeyerek cheap talk niteliğinde olduğu ifade edilmiştir (Møllgaard and Overgaard, p. 123).

⁶⁸⁸ Bennett and Collins, p. 335; Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 117-118.

⁶⁸⁹ Doktrinde Akkaya Bağış, tek taraflı olarak geleceğe yönelik fiyatlara ilişkin bilgi açıklamalarının oyun teorisi çerçevesinde bir anlaşmanın varlığına ilişkin kesin kanıt niteliğinde olduğunu; zira gelecekte uygulanacak fiyatların tek yanlı olarak alenen ilan edilmesinin, rakiplerin de anında haberdar olarak benzer hareketler yapabilmesinden başka bir amacı olamayacağını belirtmiştir (Akkaya Bağış, s. 7).

rakiplere düşünme ve cevap verme süresi sağlayan bir uzlaşma teklifi fonksiyonuna sahip olduğundan bu tür bilgi açıklamaları uzlaşmaya varmayı kolaylaştırıcı araçlardır⁶⁹⁰. Bu durumda tek taraflı olarak geleceğe yönelik fiyat açıklamasında bulunan teşebbüsün rakipleri bu açıklamayı takip edebilir ve rakip teşebbüsler arasında bir fiyat paralelliği oluşabilir. Hatta tek yanlı açıklamalarda bulunan teşebbüsün bir kartel oluşturma isteği içinde bulunması halinde, yapmış olduğu açıklamanın takip edilmemesi durumunda bir fiyat savaşı çıkaracağının sinyallerini veren davranışlar içinde bulunması, tek taraflı açıklamanın takip edilmesiyle bir kartel oluşumunun ortaya çıkması sonucunu doğurabilir⁶⁹¹.

Doktrinde İkizler tarafından, tek taraflı kamusal fiyat açıklamalarının anlaşma zemini oluşturmak bakımından uygun olmadığı ifade edilmiştir. Yazara göre; kamusal olarak yapılan geleceğe yönelik fiyat açıklamalarında açıklanan husus herkes tarafından öğrenildiğinden, açıklamayı yapan teşebbüsün bu açıklamadan vazgeçmesi çok kolay değildir. Kamusal açıklamayı yapan teşebbüsün daha sonra rakiplerinin tutumuna göre bunu geri alması ya da etki-tepki çerçevesinde değiştirerek anlaşma zeminine ulaşmaya çalışması söz konusu teşebbüsün güvenilirliğini ve saygınlığını zedeleyecektir. Bu nedenle yazara göre, kamuya yönelik duyurular kendi içinde bir bağlayıcılık bulundurduğundan bir işbirliği yaratmak için gerekli esnekliğe sahip değildir⁶⁹².

İkinci olasılık ise rakiplerin yapılan fiyat açıklamasını takip etmemeleridir. Bu durumda tek taraflı olarak fiyat açıklaması yapan teşebbüs, açıkladığı fiyatlarla bağlı olduğu taahhüdünde bulunmayıp aksine fiyatlarda değişiklik yapma hakkını saklı tuttuğundan bu fiyat listesini geri çekerek kendi fiyatlarını, rakiplerinin fiyatlarıyla uyumlu hale getirebilecektir. Her iki olasılıkta da rakipler fiyat savaşı ve müşteri kaybetme risklerine girmeksizin ortak bir fiyat uygulamasına ulaşabilmektedir⁶⁹³. Teşebbüslerin planlayıp duyurdukları fiyatları ancak rakiplerinin de aynı fiyatları duyurmaları üzerine uygulamaya koydukları modellerde oluşan denge fiyatlarının, tekelci denge fiyatlarına oldukça yakın olduğu gözlemlenmiştir⁶⁹⁴. Fiyat duyurusunun yapıldığı tarih ile bu duyurudaki fiyatların uygulamaya gireceği

⁶⁹⁰ Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 9; Yiğit, s. 381.

⁶⁹¹ Levenstein and Suslow, pp. 45-46.

⁶⁹² İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 131.

⁶⁹³ Pişmaf, s. 11.

⁶⁹⁴ Pişmaf, s. 11.

tarikh arasında, rakiplerin kendi fiyatlarını buna uyarlayabilecekleri kadar zaman aralığı bulunup bulunmadığı önemlidir⁶⁹⁵.

Doktrinde Kühn tarafından geleceğe yönelik tek taraflı fiyat açıklamalarının kamusal olarak yapılması konusu değerlendirilirken ikili bir ayrıma gidilmiştir. Yazara göre; yapılan tek taraflı ve kamusal açıklama, teşebbüsün gelecekte uygulayacağı kendi fiyatlarına ilişkinse (Örneğin: “*Fiyatlarımızı 1 Temmuz’da %5 arttıracamız*”), bu açıklama dolayısıyla tüketicilerin kendi bütçelerini planlamaları kolaylaşacağından tüketiciler yarar sağlayacaktır. Buna karşılık; tek taraflı olarak yapılan gelecek fiyatlara ilişkin açıklama, rakipleri de kapsayacak nitelikteyse (Örneğin: “*Sektördeki firmaların daha sorumlu davranması halinde, önümüzdeki yıl fiyatlarda genel olarak %5 oranında bir artış olacağına inanıyorum.*”), burada bir işbirliği daveti bulunmaktadır ve yazara göre bu tür açıklamalar per se ihlâl niteliğindedir⁶⁹⁶. Doktrinde Doyle ve Snyder de bu tür açıklamaların rakipleri disipline etme amaçlı olabileceğini ve rakipler tarafından bu açıklamaların takip edilmesiyle işbirlikçi koordinasyonun kurulabileceğini ifade etmiştir⁶⁹⁷.

OECD tarafından 2012 yılında düzenlenen yuvarlak masa politikası raporu tek taraflı bilgi açıklamalarını konu almış ve tek taraflı bilgi açıklamalarını rekabet hukuku yönünden ayrıntılı olarak değerlendirmiştir⁶⁹⁸. Buna göre tek taraflı bilgi paylaşımına ilişkin olaylarda öncelikle, teşebbüslerin tek taraflı olarak bilgi paylaşımında bulunma konusunda yükümlölük altına girdikleri bir anlaşmanın bulunup bulunmadığına bakılması gerekmektedir. Bu şekilde taahhüt içeren bir anlaşmanın bulunması ile sadece basitçe tek taraflı olarak yapılan bilgi değişiminin bulunması arasında bir farklılık mevcuttur. Şöyle ki; tek taraflı bilgi paylaşımının bu yönde taahhüt içeren bir anlaşmaya dayalı olarak yapılması halinde, fiyat belirleme amacıyla hareket edildiğine dair daha kuvvetli bir şüphe ortaya çıkacaktır ve anlaşma, per se olarak rekabete aykırı kabul edilecektir. Buna karşılık; herhangi bir yükümlölük içeren anlaşmaya dayalı olmaksızın tek taraflı olarak yapılan bilgi paylaşımları olayın özelliklerine göre rule of reason analizi kapsamında incelenecek,

⁶⁹⁵ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 132, 326.

⁶⁹⁶ OECD 2010, p. 424.

⁶⁹⁷ Doyle and Snyder, p. 1332.

⁶⁹⁸ OECD, 2012, (OECD 2012) Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects, DAF/COMP(2012)17, <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf> (08.04.2015).

oluşan şeffaflığın rekabeti kısıtlayıcı ve arttırıcı etkileri birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılacaktır⁶⁹⁹.

Tek taraflı olarak yapılan geleceğe yönelik fiyat açıklamalarının fiyat liderleri tarafından yapılıp yapılmamış olması, bu açıklamanın diğer firmalar tarafından benimsenip aynı yönde hareket edilip edilmeme olasılığının ne kadar yüksek olduğunu belirler⁷⁰⁰. Fiyat liderliği oligopol piyasalarda, lider olarak kabul edilen teşebbüs tarafından fiyat değişikliklerinin belirlenmesi ve duyurulması, belirlenip duyurulan bu fiyatların diğer teşebbüsler tarafından izlenmesiyle oluşan piyasa dengesidir⁷⁰¹.

Fiyat liderliği doktrinde üçe ayrılarak incelenmiştir. Buna göre fiyat liderliği; hâkim firma fiyat liderliği, barometrik fiyat liderliği ve işbirliğine dayalı fiyat liderliği olarak üçe ayrılır⁷⁰²,⁷⁰³.

Hâkim firma fiyat liderliğinde hâkim durumda bulunan firma fiyatlarını belirlemekte, diğer küçük teşebbüsler de bu fiyata uymaktadır. Buradaki paralel hareketin sebebi rekabeti önlemek değildir. Aksine; küçük teşebbüslerin hâkim firma ile rekabet etme güçleri bulunmadığından, bu teşebbüslerin hâkim teşebbüs ile aynı fiyatları uygulaması, pazar yapısından kaynaklanan bir zorunluluktur. Zira küçük teşebbüslerin, hâkim durumdaki teşebbüsten daha yüksek bir fiyat belirlemeleri

⁶⁹⁹ OECD 2012, p. 32.

⁷⁰⁰ OECD 2012, p. 45.

Bennett ve Collins, mevcut fiyat bilgilerinin açıklanmasının fiyat lideri tarafından yapılmış olması halinde, diğer teşebbüslerin bu açıklama doğrultusunda hareket etmeleri suretiyle zımnî bir uygulamayla fiyat artışı yapılabileceğini ifade etmiştir (Bennett and Collins, p. 321).

Fiyat liderliği ve ekonomik etkileri hakkında bkz. Akkaya Bağış, ss. 33-44.

⁷⁰¹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 198; O. Y. Yüksel, ss. 47-48.

⁷⁰² OECD 2012, p. 45; O. Y. Yüksel, ss. 48-49.

⁷⁰³ Doktrinde D. Cengiz tarafından fiyat liderliği; düşük maliyetli teşebbüsün fiyat liderliği, hâkim teşebbüsün fiyat liderliği ve barometrik fiyat liderliği şeklinde üçe ayrılarak incelenmiştir. Hâkim durumdaki teşebbüsün fiyat liderliği ve barometrik fiyat liderliği konusunda yazar tarafından yapılan açıklamalar, yukarıda belirtilen ve OECD tarafından yapılan açıklamalar ile aynı yöndedir. Düşük maliyetli teşebbüsün fiyat liderliği ise; homojen bir ürünü farklı maliyetlerle üreten teşebbüslerden en düşük maliyete sahip olan teşebbüsün lider olarak kabul edildiği ve yüksek maliyetli teşebbüsler tarafından izlendiği sistem olarak açıklanmıştır. Buna göre; yüksek maliyetli teşebbüsler, düşük maliyetli teşebbüsü fiyat lideri olarak izlerken kendi kârlarını maksimize edemezler; ancak bu durumu fiyat savaşına tercih ederler. Ancak yazar, söz konusu modelde dengenin sürdürülmesinin çok kolay olmadığını belirtmiştir. Zira söz konusu modelde yüksek maliyetli teşebbüsler, düşük maliyetli liderin belirlediği fiyatları takip edebilmek için kendi üretimlerini azaltacaklardır ve bu durum lider teşebbüsü kârını maksimize edemediği bir noktaya doğru itecektir. Bu nedenle söz konusu modelin devamının sağlanabilmesi için yazara göre, yüksek maliyetli teşebbüsler ile düşük maliyetli teşebbüsler arasında bir pazar paylaşımı anlaşması yapılması gerekmektedir. Böylece düşük maliyetli teşebbüsün fiyat liderliği modeli, rekabet ihlali yaratan bir duruma sebep olacaktır (D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 198-200).

halinde pazar payını koruyabilmeleri mümkün değildir. Hâkim firmaya göre daha düşük bir fiyat belirlemeleri ise, hâkim firmayla bir fiyat savaşına girecek güçleri bulunmaması ve böyle bir fiyat savaşı sonucunda devamlılıklarını korumalarının mümkün olmaması nedeniyle olasılık dışıdır. Söz konusu paralel davranış bir fiyat belirleme ve rekabeti engelleme amacı taşımayıp oligopolistik pazar yapısından kaynaklandığından rekabet hukukunun kapsamına girmez⁷⁰⁴.

Barometrik fiyat liderliğinde, bazı teşebbüsler, diğerlerine göre pazar hakkında daha fazla bilgi sahibidir. Pazar hakkında daha fazla bilgi sahibi olan teşebbüslerin geleceğe yönelik stratejilerini planlaması diğerlerine göre daha kolaydır. Bu nedenle; daha az bilgi sahibi olan teşebbüsler kendi kararlarını alabilmek için, önce daha fazla bilgi sahibi olan teşebbüslerin harekete geçmesini bekler; kendi davranışlarını belirleme konusunda bilgi sahibi teşebbüslerin davranışlarından yardım alır. Burada daha fazla bilgi sahibi olan teşebbüsler bir barometre işlevi görmektedir⁷⁰⁵. Bu teşebbüslerin uyguladığı veya gelecekte uygulayacağını açıkladığı fiyatların rakipler tarafından takip edilmesi, rekabeti sınırlamaya yönelik tek yanlı bir bilgi açıklaması olarak değerlendirilemez⁷⁰⁶.

İşbirliğine dayalı fiyat liderliğinde teşebbüsler, işbirliğine dayalı bir sonuç konusunda koordinasyon sağlamak amacıyla kamusal açıklamalar yoluyla işleyen bir açık işbirliği sistemi kurmuşlardır. Bu sistemin etkin bir şekilde kurulabilmesi ve devam edebilmesinin ön koşulları; pazarda rakip firmaların az ve yeterli sayıda bulunması, yüksek giriş engellerinin bulunması, ürünlerin homojen olması, yeteri kadar kararlı (sabit) bir talep eğrisinin varlığı ve teşebbüslerin kendi maliyet eğrilerinin simetrik olmasıdır⁷⁰⁷. Özellikle, rekabetin miktardan ziyade fiyat konusunda olması halinde fiyat liderliği daha etkili bir işbirliği aracı haline gelmektedir. Ortak işbirlikçi sonuca ulaşmak için takipçi olarak hareket eden teşebbüsler bunun sonucunda daha yüksek pazar payı ve daha yüksek kâr elde

⁷⁰⁴ OECD 2012, p. 45; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 198-199; O. Y. Yüksel, ss. 48-49.

⁷⁰⁵ OECD 2012, pp. 45, 46; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 199; O. Y. Yüksel, ss. 48-49.

⁷⁰⁶ “Zinc Producer Group” kararında Komisyon, çinko üreticileri grubunun 1977-1979 tarihleri arasındaki fiyat liderliği uygulamasının barometrik fiyat liderliği olduğu ve oligopolistik karşılıklı bağımlılık kapsamında kalan bir paralellik bulunduğundan bir rekabet ihlali oluşturmadığı sonucuna varılmıştır. Karara ilişkin olarak bkz. yuk. s. 62.

⁷⁰⁷ OECD 2012, p. 46; O. Y. Yüksel, ss. 48-49.

etmektedir⁷⁰⁸. Bu tür fiyat liderliği, anlaşma veya uyumlu eyleme dayalı olarak oluşabilir⁷⁰⁹.

ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen “*Sugar Institute*” kararında⁷¹⁰, ülkedeki tüketime yönelik şeker üretiminin çoğunu karşılayan on beş şirketin aralarında anlaşma yaparak, hiçbir müşteriye ayrıcalık yapılmaması amacıyla her teşebbüsün kendi satış fiyatlarını açıklama ve açıklanan bu fiyatlarla bağlı kalma yükümlülüğü altına girmiş olmasını rekabeti kısıtlayıcı olarak yorumlanmıştır. Bir başka deyişle; fiyat bilgilerinin önceden açıklanmasını değil, firmaların açıkladıkları fiyatlarla bağlı kalmaya zorlanarak gizli indirimlerin engellenmesi rekabet hukukuna aykırı görülmüştür.

Gelecek fiyat uygulamalarına ilişkin tek taraflı bilgi açıklamaları konusunda önemli bir karar, ABAD tarafından verilmiş olan “*Wood Pulp II*” kararıdır⁷¹¹. Karar, kâğıt hamuru pazarına ilişkindir. AB’deki 30’dan fazla ülkede bulunan 800’den fazla kâğıt üreticisinin kullandığı kâğıt hamurunu sağlayan 50 üretici bulunmaktadır. Bu

⁷⁰⁸ OECD 2012, p. 46; O. Y. Yüksel, s. 49.

⁷⁰⁹ O. Y. Yüksel, s. 49.

⁷¹⁰ Karara konu olayda, ABD’de şeker üreticilerine yönelik bir ticaret birliği kurulmuştur. Bahsi geçen ticaret birliğinin üyeleri, rafine edilmiş şekerin %70-80’ini satan teşebbüslerdir. Şeker Birliği üyeleri, geleceğe yönelik olarak gerçekleştirmek istedikleri fiyat artışını önceden açıklamakta, rakip teşebbüslerin bu açıklamayı takip edip etmemesine göre fiyat belirlemektedirler. Bir başka deyişle; fiyat artışı yapmak isteyen teşebbüs, önceden bu fiyat artışı düşüncesini hem rakiplerine hem de tüketicilere açıklamaktadır. Bu yapılırken, tüketicilere bir geçiş dönemi sağlanmaktadır. Rakip teşebbüsler bu geçiş dönemi içinde kendi fiyatlarını aynı doğrultuda arttırma eğilimine girerlerse, fiyat artışı uygulamaya geçmekte; ancak rakipler kendi fiyatlarını arttırmaya yönelik bir eğilim içine girmezlerse, fiyat artışı yapacağını açıklayan teşebbüs, bu fiyat artışı planını geri çekmektedir. Hükümet tarafından bu uygulamanın rekabeti kısıtlayıcı olduğu iddia edilerek dava açılmış, buna karşılık Şeker Birliği tarafından bu uygulamanın rekabeti kısıtlayıcı olmadığı, aksine tüketicilerin fiyat artışı konusunda önceden uyarıldığı ve böylece tüketicilerin geçiş dönemi içinde eski fiyatlardan alım yaparak kendilerini gelecekte ortaya çıkacak fiyat artışlarından koruyabildikleri ifade edilerek savunma yapılmıştır. Yüksek Mahkeme, fiyat artışlarının önceden açıklanmasında rekabeti kısıtlayıcı bir durum olmadığı sonucuna varmış; ancak Şeker Birliğinin açıklanan fiyatlara bağlı kalınmasını temin ederek gizli fiyat indirimleri yapılmasını engellediğini tespiti etmiştir (U.S. Supreme Court, 1936, *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 30.03.1936, 297 U.S. 553). Karar hakkında bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, s 68; Pişmaf, s 29.

⁷¹¹ CJEU, 1993, *Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission*, 31.03.1993, Joined Cases C-89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85, ECR I-1307. Karar hakkında bilgi için bkz. Kühn and Vives, *Information Exchange*, pp. 84-93; Morphet and Dijk, p. 6; Costin, p. 38; Møllgaard and Overgaard, pp. 120-121; Švirinas, pp. 93-94; Pişmaf, ss. 52-56; Whish, pp. 28-29, 39; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 240-242; Dilek Cengiz, ““Uyumlu Eylem Karinesi”nin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 35, 2008, (Uyumlu Eylem Karinesi), ss. 11-14; İkizler, *Uyumlu Eylemler*, s. 133; O. Y. Yüksel, ss. 44-47; Gürkaynak ve diğerleri, *Uyumlu Eylemlerin İspatı*, ss 97-98; Gürkaynak ve diğerleri, *Ekmek Mayası Kararı*, s. 102, 104; Çelen, ss. 34-38; Tekdemir, ss. 10-13; Balkı, ss. 82-85; Christensson, pp. 31-32; Cucu, pp. 225-226; Kekevi, *Karteller*, ss. 30-36; B. Can, ss. 41-42; Uyanık, *Delil*, ss. 51-52; Esin, *TÜSIAD*, ss. 28-30; Z. Arı, *Danışıklık*, s. 80, dn. 297; Ateş, *Rekabet Hukuku*, s. 376, dn. 724; Esin, *Rekabet*, ss. 35-38.

üreticilerin çoğu, pazarın 2/3'sini karşılayan Finlandiya ve İsveç firmalarıdır. Ayrıca Kanada ve ABD'de kurulu üretici firmalar bulunmakta ise de bu firmalar için AB bir alt pazar durumundadır. Ürünlerin %40'ı açık pazarda, diğer %60'ı ise iç pazarda satılmaktadır. Bu %40'lık kısmın büyük bir bölümü ise belirli sağlayıcılarla yapılan uzun dönemli sözleşmeler kapsamında satılmaktadır. Uzun süreli bu ilişkiler, dikey bütünleşmeye benzer özellik göstermektedir. Bu nedenle pazardaki yoğunlaşma oranının tespiti zordur. Üretici firmalar, alıcılardan gelen talep üzerine üç aylık dönemler için fiyatları belirleyerek bu fiyat bilgilerini tek taraflı olarak önceden açıklamaktadır. Ayrıca ABD üretici firmalarının üye olduğu *Kraft Export Assosiation (KAE)* adlı bir birlik bulunmaktadır. Bu birlik üyeleri, antitröst yasalarından muafiyet sağlayan ayrı bir yasaya (*Webb Pomorene Act-1918*) tâbidir. Birliğin herhangi bir kâr amacı bulunmamakta olup bu birlik, üye firmaların kendilerine ait bilgileri paylaştığı bir bilgi değişim merkezidir. Bunun yanında, 10 Finlandiyalı üretici firma tarafından kurulan ortak satış organizasyonu kendi fiyatlarıyla ilgili bilgileri İsviçre tröstü olan Fides şirketi tarafından işletilen Avrupa Kâğıt ve Kâğıt Hamuru Endüstrisi Araştırma ve Bilgi Merkezi çerçevesinde belirli başka kâğıt hamuru üreticileriyle paylaşmaktadır⁷¹².

⁷¹² Karara konu olan üretici firmaların yerleşik olduğu gerek ABD ve Kanada'nın gerekse karar tarihi itibarıyla İsveç ve Finlandiya'nın AT üyesi ülkeler olmaması nedeniyle bu firmalar, Komisyon tarafından AET Anlaşması'na göre cezalandırılmalarının mümkün olmadığı yönünde itirazda bulunmuşlardır. Komisyon tarafından; yapılan incelemede, AET Anlaşması'nın uygulanabilmesi için, rekabet ihlâli teşkil eden anlaşma, uyumlu eylem veya kararların nerede oluştuğunun değil, nerede uygulandığının önemli olduğu, dava konusu olayda ise uygulamanın alıcıların bulunduğu AB üyesi ülkelere gerçekleştiği, bu nedenle AET Anlaşması'nın ortak pazara üye olmayan ilgili ülkelere de etki doktrini kapsamında uygulanmasının mümkün olduğu sonucuna varılmıştır. ABAD ise varılan sonucu doğru bulmakla birlikte; sebebi etki doktrinine değil; teşebbüsler arası fiyat anlaşmasının Avrupa Birliği sınırları içinde tatbik edilmiş olmasına dayandırmıştır. Karar bu noktada, AET Anlaşmasının topraksal uygulama kapsamının belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Kararın bu konudaki değerlendirmesi için bkz. Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 168; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 70-71, dn. 243; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 376, dn. 724.

Doktrinde yapılan tanıma göre; “Etki doktrini, rekabet yasalarının yerli teşebbüslerin yanı sıra, o ülkede doğrudan varlığı olmasa bile eylem ve işlemleri rekabet koşullarını etkiliyorsa, bu eylem ve koşulları gerçekleştiren yabancı teşebbüslere de uygulanmasına imkân tanıyan hukuki ilkedir.” (Ocak, s. 218).

Doktrinde Sanlı, her türlü zararlı etkinin, etki doktrininin uygulanması için yeterli görülmediğini, etkinin esaslı, doğrudan, derhal ve makul şartlar altında önceden öngörülebilir olması şartlarının arandığını belirtmiştir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 69, dn. 232).

RKHK m. 2'de RKHK'nın kapsamı düzenlenmiştir. “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, ...işlemler bu Kanun kapsamına girer.” şeklindeki hükümde yer alan “ya da bu piyasaları etkileyen” ibaresinden, RKHK'nın Türkiye'de yerleşik olmayan teşebbüslerin ülke dışındaki eylem ve işlemlerinin Türk piyasaları üzerinde etki etmesi halinde bu teşebbüsler bakımından da uygulanabileceği sonucunun dolaylı olarak çıktığı kabul edilmektedir. Doktrinde bu

Komisyon tarafından, geleceğe yönelik fiyat açıklaması niteliğindeki bu eylemlerin piyasanın kendi yapısından kaynaklanmayan bir şeffaflık yaratması, bunun fiyat anlaşmalarının önünü açması, eş zamanlı fiyat duyurularının taraflar arasında sürekli bilgi değişimi olmaksızın mümkün olamayacağı gibi sebeplerle rekabet ihlâli oluşturduğu sonucuna varılmıştır⁷¹³. Kararda geleceğe yönelik fiyat duyuruları başta olmak üzere taraflar arasındaki bilgi değişimi hem fiyat belirleme anlaşmasının bir kanıtı hem de bağımsız bir ihlâl olarak değerlendirilmiştir⁷¹⁴.

Karara yapılan itiraz üzerine ABAD tarafından yapılan değerlendirmede, dava konusu pazarın kendi yapısından kaynaklanan bir şeffaflığın bulunduğu, ilgili pazar çok sayıda üreticiden oluşmakta ise de bu üreticilerin belirli bir kağıt hamuru üzerinde uzmanlaşmaları nedeniyle ilgili pazarın oligopolistik bir yapıya sahip olduğu, yapılan tek yanlı geleceğe yönelik fiyat açıklamalarının rakiplerin geleceğe yönelik davranışlarındaki belirsizliği ortadan kaldırmadığı, yapılan tek yanlı açıklamalardan sonra fiyatlarda bir değişiklik olmadığı, fiyat açıklamalarının alıcılar (kâğıt hamurunu ana ham madde olarak kullanan kâğıt üreticileri) tarafından talep edildiği, yani mâkul ticari gerekçeden kaynaklandığı, bu açıklanan fiyatların alıcılar için tavan fiyat garantisi olduğu ancak firmalarca gizli fiyat indirimleri yapılmasını engellemediği ve talebin beklenenin altında olması halinde fiyatların indirilmesinin mümkün olduğu, bölgeler arasında ürün fiyatları arasında farklılaşma bulunmamasının fiyat tespiti anlamına gelmeyeceği gibi gerekçelerle rekabet ihlâli bulunmadığından bahisle Komisyonun kararı iptal edilmiştir.

durum etki doktrini ile açıklanmaktadır (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 136-139; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 43-48; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 374-375; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 46-47; Günay, Şerh, ss. 59-61; Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, “Türk Rekabet Hukuku Kurallarının Ülke Dışı Uygulamasına İlişkin Aşılması Gereken Örnek: Total/Cepsa Kararı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu II**, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Total/Cepsa Kararı), ss. 17-18).

Doktrinde Sanlı, genel olarak kabul edilenin aksine; bu durumu etki doktrinine dayandırmadığını, zira hükümdeki ifade bütün olarak değerlendirildiğinde Türkiye’de faaliyet göstermesine rağmen uygulamaları Türk piyasalarını değil dış piyasaları etkileyen ihracat kartelleri gibi teşebbüslere de RKHK’nın uygulanabileceğini, dolayısıyla Kanun’da sadece etki temeline dayanılmadığını ifade etmiştir. Yazar ayrıca Komisyon ve ABAD kararlarında da AB sınırları dışındaki teşebbüslere yaptırım uygulanırken, özellikle ana-yavru ortaklıklar söz konusu olduğunda etki doktrinine değil, “*ekonomik bütünlük teorisi*”ne dayanıldığı, yavru ortaklık durumu bulunmayan hallerde ise etki doktrinine dayanıldığı; buna rağmen ABAD’ın bunu pek fazla dile getirmemeyi ve konuyu, “*ülkesellik prensibi*”ni geniş yorumlayarak çözümleme yolunu tercih ettiğini belirtmiş, buna örnek olarak da yukarıda ele aldığımız *Wood Pulp II* kararını vermiştir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 38-40. Aynı yönde: Akyüz, ss. 14-15).

⁷¹³ EC, 1984, *Wood Pulp*, 19.12.1984, IV/29.725, OJ 26.03.1985 L 85/1.

⁷¹⁴ Pişmaf, s. 54.

Kararda eleştirilmesi gereken nokta, geleceğe yönelik fiyatlara ilişkin bilgilerin firmalar arasında doğrudan paylaşılmasının ancak gizli bir işbirliğini devam ettirmek amacıyla yapılıyor olması halinde rekabet hukuku yönünden ihlâl teşkil edeceğinin belirtilmiş olmasıdır. Karar, doktrinde özellikle bu yönden eleştirilmiş ve bilgi değişiminin tek başına bir eylem olarak da rekabet ihlâli oluşturabileceği üzerinde durulmuştur⁷¹⁵. Ayrıca geleceğe yönelik fiyat duyurularının rakipler arasında stratejik belirsizliği azaltmadığı sonucuna varılmış olması bir diğer eleştiri noktası olmuştur⁷¹⁶. Kararda tüketici yönünden piyasa şeffaflığı ile üretici yönünden piyasa şeffaflığı arasında bir ayırım yapılmamış olması, eleştiri alan bir diğer nokta olmuştur⁷¹⁷.

2.3.3.1.1.4.1.2. Tek Taraflı Bilgi Açıklamalarının Özel veya Kamusal Nitelikte Olması

OECD raporuna göre genel itibariyle özel nitelikteki; bir başka deyişle sadece rakiplerle paylaşılan ve tüketicinin ulaşması mümkün olmayan bilgilere ilişkin tek yanlı paylaşımların rekabet hukuku yönünden ihlâl oluşturma potansiyeli son derece yüksek olup bu tür bilgi paylaşımları, rakipler arasında fiyat tespitine yönelik işbirliği yapılması konusunda motive edici olabilir⁷¹⁸. Bu nedenle, sadece rakiplere yönelik yapılan özel nitelikteki tek taraflı bilgi paylaşımlarının, herhangi bir etkinlik gerekçesi bulunmaması, sadece rakiplerin fiyat belirlemesine yardımcı olmak niyetiyle yapılarak fiyat savaşlarını ve fiyat değişimlerini önlemeye yönelik olması halinde rekabete aykırı kabul edilmesi gerekmektedir⁷¹⁹.

Buna karşılık; kamusal nitelik taşıyan, bir başka deyişle sadece rakipler tarafından değil, herkes tarafından serbestçe ulaşılabilen şekilde yapılan tek yanlı bilgi paylaşımlarının rekabet ihlâli oluşturma olasılığı düşük olup, aksine bu tür paylaşımların rekabeti artırıcı etkileri bulunmaktadır. Ancak bu açıklamalar, tüm özel ya da kamusal bilgi paylaşımları için geçerli olan genel kurallara değildir. Kamusal nitelik taşıyan bilgi paylaşımlarının tüketicilere yönelik bir taahhüt içermesi

⁷¹⁵ Kühn and Vives, Information Exchange, p. 89.

⁷¹⁶ Pişmaf, s. 55.

⁷¹⁷ Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 92-93.

⁷¹⁸ OECD 2012, p. 12.

⁷¹⁹ OECD 2012, p. 40.

halinde genel olarak rekabeti arttırıcı etkileri olduğu, hem arz hem talep kesimi için olumlu olarak görüldüğü kabul edilmekle birlikte; aksi etkilerin ortaya çıkması da mümkündür⁷²⁰. Kamusal nitelik taşıyan bilgi paylaşımlarında paylaşılan tüm bilgiler tüketicilere de yönelmiş durumda olduğundan tüketicilerin bilinçlenmesi, ikame mal ve hizmetleri kalite ve fiyat bakımından karşılaştırabilmesi (*shop around*), tercihlerini daha etkin bir şekilde ortaya koyabilmesi, araştırma maliyetlerinin azalması ve alternatif ürünler arasında tercihlerini kolaylıkla değiştirebilmesi mümkün olmaktadır⁷²¹. Bunun sonucu olarak da, tüketicinin beklentilerine karşılık vermek isteyen arz kesimindeki teşebbüsler arasında rekabet artmakta ve böylece bilgi paylaşımının rekabeti arttırıcı etkileri ortaya çıkmaktadır.

Tek taraflı kamusal açıklamaların arz kesimi yönünden de faydaları bulunmaktadır. Bilgi açıklamaları sayesinde şeffaflaşan piyasada teşebbüsler, değişen şartlar hakkında daha iyi bilgi sahibi olacaklarından geleceğe yönelik yatırım planlarını, büyüme hedeflerini, üretim miktarlarını daha kolay bir şekilde belirleyebileceklerdir. Ayrıca oluşan şeffaflık, pazara yeni girecek teşebbüsler için de kolaylık sağlayacaktır⁷²².

İş ve Danışma Komitesi (*The Business and Advisory Committee* = BIAC), tek taraflı kamusal açıklamaların karine olarak yasal olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, bu açıklamaların yapılmasının birçok iş alanı için gerekli olduğunu, hatta hukukun farklı alanları yönünden bu tek taraflı kamusal açıklamaların yapılmasının zorunlu olduğunu, başka hukuk alanlarınca zorunlu kılınan açıklamaların rekabet hukuku tarafından hukuka aykırı kabul edilmesinin bir çelişki yaratacağını belirtmiştir⁷²³. BIAC ayrıca per se yasaklara ilişkin kuralların tek başına bir eylem olan tek taraflı bilgi açıklamalarına uygulanamayacağını, zira tek taraflı açıklamalar sonucunda mevcut ya da potansiyel bir zararın ortaya çıktığının doğrulayıcı delillerle kanıtlanması gerektiğini ifade etmiştir⁷²⁴.

Buna karşılık; bazı hallerde tek taraflı ve kamusal nitelik taşıyan bilgi paylaşımlarının rekabeti kısıtlayıcı etkiler ortaya çıkarması ya da bu amacı taşıyor

⁷²⁰ OECD 2012, p. 12.

⁷²¹ OECD 2012, pp. 40, 162; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 196.

⁷²² OECD 2012, pp. 162, 163.

⁷²³ OECD 2012, p. 212.

⁷²⁴ OECD 2012, p. 213.

olması mümkündür. Özellikle yapılan tek taraflı açıklamanın, rakiplere yönelik bir işbirliği daveti niteliğinde olması halinde bu durum karşımıza çıkmaktadır.

Bir teşebbüsün geleceğe yönelik fiyat politikası hakkında kamusal olarak yapılan bir açıklama, rakiplere yönelik bir fiyat belirleme anlaşması daveti niteliğinde olabilir. Bu durumda, yapılan bilgi paylaşımı her ne kadar kamusal nitelikte ise de, rekabeti sınırlandırma amacı taşımaktadır.

Tek taraflı kamusal açıklama; yapılan bilgi açıklamasının amacını aşar şekilde gerektiğinden fazla bilgi içeriyorsa, sadece tüketicilere yönelik bilgi aktarımı değil, ayrıca belirli rakiplere yönelik bilgi aktarımı da gerçekleştiriyorsa, geleceğe dönük olarak yapılacağı açıklanan davranışın rakiplerin çoğunun izleyeceği stratejiye bağlı olduğu belirtilmişse ve işbirliğine ilişkin davetin rakiplerce kabul edilmemesi halinde onlara yönelik olarak, örneğin fiyat savaşı gibi bir tehdit içeriyorsa, yapılan tek taraflı kamusal bilgi paylaşımının rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı söylenebilir⁷²⁵.

Davet niteliğindeki tek taraflı açıklamalarda, rakiplerin kendi davranışlarını, davet içeren açıklama yönünde değiştirip değiştirmedikleri önemlidir⁷²⁶. Rakiplerin davranışlarında, başka bir makul sebep bulunmaksızın, yapılan davet niteliğindeki açıklama doğrultusunda bir değişiklik yapması, tek taraflı bilgi açıklamasının rekabeti kısıtlayıcı ya da ortadan kaldırıcı bir etki yarattığını göstermektedir⁷²⁷. Bu durumda, davranışlarını rakibinin açıklamasına göre yönlendiren teşebbüsler de rekabete aykırı eylemin bir parçası haline gelmişlerdir.

BIAC tarafından, kamusal nitelikteki tek taraflı açıklamaların bir davet niteliğinde olup olmadığı değerlendirilirken, özel açıklamalara göre daha hassas davranılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre; ortaya çıkan rekabete zarar verici sonuç ile kamusal nitelikteki tek taraflı davet açıklaması arasında illiyet bağı bulunduğu dair delil mevcut olmadığı sürece, kamusal açıklamanın yasal olduğu

⁷²⁵ OECD 2012, pp. 12, 42; Nair ve Mncube, p. 6.

⁷²⁶ OECD 2012, p. 156.

⁷²⁷ Doktrinde Kühn ve Vives, açık bir anlaşma bulunmamasına rağmen, rakipler arasında bilgi değişimi bulunması ve rakiplerin birbirleriyle uyumlu politikalar izlemesi halinde bu benzer davranış şeklinin bilgi değişimi sonucunda ortaya çıkan bir gizli ittifaktan mı kaynaklandığı, yoksa rakiplerin izlediği benzer davranışların akıllı bir işadınının pazar koşullarına adapte olmak amacıyla uyguladığı politikalardan mı ibaret olduğu arasında ayırım yapılması gerektiği isabetli olarak ifade edilmektedir (Kühn and Vives, Information Exchange, p. 112).

karinesi kabul edilmelidir⁷²⁸. BIAC, tek taraflı bilgi açıklamaları yönünden güvenli limanlar belirlenmesi gerektiğini, ayrıca tek taraflı kamusal açıklamaların hangi durumlarda hukuka aykırı kabul edileceğini belirleyen açık kuralların oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir⁷²⁹. BIAC'a göre; tek taraflı açıklamanın yasa dışı kabul edilmesi için bazı belirtiler göstermesi gerekmektedir. Bu belirtiler; açıklamanın kamusal nitelikte olmayıp özel olarak bir ya da birkaç rakibe yönelmiş olduğu, bir ya da birden fazla rakip tarafından yapılmış olan kamusal bir açıklamaya cevap niteliği taşıdığı, açıklanan bilginin tüketicilerden çok rakipler için bir anlam ifade ettiği, tek yanlı açıklamanın rekabet otoritesi tarafından tespit edilmesini önlemek ve gizlemek amacıyla gizli eylemlerin ya da başka uygulamaların da bu açıklamaya eşlik ettiği, bilgi açıklayanın ve rakiplerinin yakın geçmişte kamu açıklamaları yoluyla gerçekleştirdikleri kanıtlanmış anti-rekabetçi davranışlarının bulunduğu veya rekabete zarar vermeye yönelik niyetin bulunduğu yönünde delillerin mevcut olmasıdır. Bu delillerden birinin bulunmaması halinde tek taraflı açıklamanın yasal olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁷³⁰.

Tek taraflı bilgi açıklaması, rakiplere yönelik bir işbirliği daveti içermemekle birlikte; rakipler yine de özellikle geleceğe dönük bilgi açıklamalarında, bu açıklamayı takip ederek kendi stratejilerini belirlerken bu açıklamalara paralel davranışlar sergileyebilirler. Bu paralel davranışlar sonucunda pazar yapısı ve diğer tüm faktörlere bağlı olarak rekabeti kısıtlayıcı ya da ortadan kaldırıcı sonuçların ortaya çıkması mümkündür⁷³¹.

⁷²⁸ OECD 2012, p. 213.

⁷²⁹ OECD 2012, p. 219.

⁷³⁰ OECD 2012, p. 220.

⁷³¹ Avusturalya Rekabet ve Tüketici Komisyonu (*Australian Competition and Consumer Commission-ACCC*), 2010 yılında, büyük bankaların geleceğe yönelik olarak uygulayacakları faiz oranlarının tek taraflı olarak açıklanmasını rekabet hukuku yönünden uygun bulmadığını açıklamıştır. Komisyona göre, faizleri düşürmeyi planlayan bankalar, rakipleri tarafından geleceğe yönelik yüksek faiz oranları açıklanmasından sonra faizlerde indirim gitmeyecek ve yüksek faiz oranlarını sürdüreceklerdir (OECD 2012, p. 99).

Avusturalya'da rekabet hukukuna yönelik genel çerçeve, 2010 tarihli Rekabet ve Tüketici Yasası (*Competition and Consumer Act*) ile belirlenmiştir. Yasa ile, rakiplerce gerçekleştirilen, münhasırlık koşulu içeren veya rekabeti önemli ölçüde azaltma amacı ya da etkisi taşıyan anlaşmalar, düzenlemeler ve uzlaşmalar yasaklanmıştır. Ancak birçok yargı kararında, bilgi değişimi veya açıklamalarının anlaşma, düzenleme veya uzlaşma kavramına dâhil olmadığı yorumuna yer verilmiştir. Zira Avusturalya hukukunda, anlaşma, düzenleme veya uzlaşma kavramlarının varlığından bahsedebilmek için açık iletişim delili aranmakta olup yasa, nitelik itibarıyla ilkelere değil, kurallara dayalıdır. Bilgi değişimi veya açıklanmasında ise genellikle açık iletişim delili bulunmamaktadır. Yasa, 2012 yılında yapılan bir değişiklik sonucunda iki yeni yasak getirmiştir. Buna göre, özel (sadece bir veya birden fazla rakibe yönelik olarak yapılan) fiyat açıklamaları per se olarak yasaklanmıştır.

OFT tarafından bankacılık sektörüne yönelik olarak verilmiş bir kararda, RBS tarafından kredi fiyatlandırmalarına ilişkin bilgilerin tek yanlı olarak Barclays'a iletildiği, iletilen bilgilerin toplanmış bilgi niteliğinde olmadığı, geleceğe yönelik fiyatlandırmalara ilişkin gizli, ticarete hassas bilgi niteliğinde olduğu, Barclays'ın bu bilgileri almayı açıkça reddetmediği, böylece RBS yönünden bu bilgilerin kabul edildiği izleniminin ortaya çıktığı, Barclays'ın RBS'den aldığı geleceğe yönelik kredi ürünleri fiyatlandırma bilgilerini kendi fiyatlandırma formüllerini belirlerken kullandığı kanaatiyle söz konusu eylemin amaç yönünden rekabete aykırı olduğu sonucuna varılmıştır⁷³².

Sonuç olarak; yapılan tek taraflı bilgi paylaşımına karşılık olarak rakiplerin ne yönde tepki verdiği son derece önemlidir. Teşebbüslerden birinin fiyat artışı yapacağı yönündeki bir açıklamasının ardından rakiplerin de aynı yönde bir fiyat artışına gitmeleri halinde, ilk açıklamanın fiyat artışına yönelik işbirliğine ilişkin bir davet olduğu ve rakiplerin de bu daveti kabul ettiği sonucuna varılmaktadır. Meğerki bu davetten önce fiyat artışı zaten tasarlanmış olsun⁷³³.

FTC tarafından verilen "*Valassis Communications*" kararında, Valassis'in kamusal olarak yapmış olduğu geleceğe yönelik tek taraflı fiyat ve birtakım strateji bilgilerine yönelik ayrıntılı açıklamaları, pazarı paylaştığı rakibi News America'ya fiyat savaşıyla birlikte kaptırdığı pazar paylarını geri kazanabilmek ve fiyat seviyesini fiyat savaşından önceki düzeye çıkarabilmek için aralarındaki rekabete son vermeye yönelik olarak yapılmış bir işbirliği teklifi olarak değerlendirilerek rekabete aykırı kabul edilmiştir⁷³⁴.

Aynı şekilde; "*Precision Moulding*" kararında da şirket yetkililerince, rakiplerinin fiyatlarının gülünç derecede düşük olduğu, ürünlerini yok pahasına satmak zorunda olmadıkları, fiyat savaşı yapılması halinde rakiplerinin hayatta kalamayacağı şeklinde yapılan tek yanlı açıklamaların fiyat yükseltme amaçlı bir

Ayrıca; önemli derecede rekabeti azaltıcı (*substantially lessen competition=SLC rule*) amaç taşıyan diğer bilgi ve fiyat bilgisi açıklamaları da yasaklar kapsamına alınmıştır (OECD 2012, pp. 99-104).

⁷³² OFT, 2011, *Royal Bank of Scotland Group plc and Barclays Bank plc*, 20.01.2011, CE/8950/08, CA98/01/2011. Karar hakkında bilgi için bkz. Bennett and Collins, p. 329.

⁷³³ OECD 2012, pp. 13, 43.

⁷³⁴ FTC, 2006, *Valassis Communication, Inc.*, 19.04.2006, 051 0008, Docket No. C-4160. Karara ilişkin bilgi için bkz. OECD 2012, pp. 43, 173; Pişma, ss. 39-40.

çağrı ve bu çağrıya uyulmaması halinde rakiplere yönelik bir fiyat savaşı tehdidi olarak yorumlandığı görülmektedir⁷³⁵.

FTC'nin "*U-Haul International, Inc. and Amerco*" kararında, pazarda lider durumdaki U-Haul'un, birlikte pazarın %70'ine sahip oldukları en yakın rakibi olan Avis Budget Inc.'e yönelik 2006-2008 yıllarında devam eden çok sayıdaki özel ve kamusal nitelikteki tek yanlı açıklamaları, fiyat yükseltme konusunda işbirliğine yönelik bir davet olarak değerlendirilmiştir⁷³⁶.

Yine Komisyon tarafından verilmiş olan "*Stone Container*" kararında, yapılan tek taraflı açıklamaların, gizli görüşmelerin, röportajların ve kamuya yönelik ilanların fiyat koordinasyonu sağlamak amacıyla rakiplere yapılan bir davet niteliğinde olduğu kabul edilmiştir⁷³⁷.

Yapılan tek taraflı bilgi açıklamasının, rakip teşebbüs tarafından daha önce yapılmış olan tek taraflı bir bilgi açıklamasına karşı cevap niteliğinde olup olmadığı, yapılan açıklamanın rekabete aykırılığının değerlendirilmesinde önem taşır. Yapılan tek taraflı bilgi açıklaması, rakip teşebbüsün daha önce yaptığı bir açıklamaya cevap niteliği taşıyorsa, bu tür açıklamaların bağımsız olarak ilk seferde yapılan açıklamalara göre rekabeti kısıtlama olasılığı daha yüksektir⁷³⁸. Zira bu durumda, rakip teşebbüs tarafından önceki tarihte yapılan bilgi açıklamasının dikkate alındığı ve bu bilgi açıklamasının ortak bir noktada buluşarak işbirliği yapma amacıyla değerlendirildiği anlaşılmaktadır⁷³⁹.

Tek taraflı olarak açıklanan bilginin tarihi bilgi niteliğinde olması halinde, bu bilginin rakiplerin geleceğe yönelik davranışlarını belirleyebilecek etkiye sahip bulunmaması nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin doğması genellikle söz konusu

⁷³⁵ FTC, 1996, *Precision Moulding Co. Inc.*, 10.09.1996, 9510124.

⁷³⁶ FTC, 2010, *U-Haul International Inc. and Amerco*, 20.07.2010, 0810157.

Karara esas olan kamusal açıklama niteliğindeki 2008 *Amerco Earnings Conference Call* kapsamında yapılan açıklamalara ilişkin metne ulaşmak için bkz. <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2010/07/100720uhaulexhibit.pdf> (13.05.2015). Karar hakkında bkz. Pişmaf, ss. 39-40.

⁷³⁷ FTC, 1998, *Stone Container Corporation*, 03.06.1998, 9510006. Karar hakkında bkz. Overgaard and Møllgaard, p. 16.

⁷³⁸ OECD 2012, p. 160.

⁷³⁹ OECD 2010, p. 310; Costin, pp. 37-38.

Örneğin; A teşebbüsü tek taraflı bir açıklama yaparak gelecek yıl sektörde %10 oranında genel bir fiyat artışı olabileceğini düşündüğünü ifade etmiştir. Daha sonra rakibi olan B, gelecek yıl olabilecek fiyat artışının %15'lere ulaşabileceğini tek taraflı bir açıklama ile ortaya koymuştur. B'nin bu açıklamasından sonra A, ilk açıklamasını değiştirerek gelecek yıl sektörde genel olarak %15 oranında fiyat artışı olmasının kuvvetle muhtemel olduğunu duyurmuştur. Burada rakipler arasında fiyat belirleme amaçlandığı açıktır.

olmaz⁷⁴⁰. Buna karşılık; geleceğe yönelik fiyat, arz miktarı, satış stratejileri gibi bilgilerin tek taraflı olarak paylaşılması halinde, bunun rakiplere yönelik bir işbirliği daveti olması ve rekabeti ortadan kaldıran sonuçlara sebep olması olasılığı çok daha kuvvetlidir⁷⁴¹.

OECD'nin 2012 tarihli raporunda, Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Dair Rehber'deki açıklamalarla paralel olarak; tek taraflı olarak yapılan bilgi paylaşımına karşılık, bilgiyi alan rakip teşebbüs tarafından açıkça bu tür bilgileri almak istemediği belirtilmemiş ve bilgi reddedilmemişse bu bilginin rakip teşebbüs tarafından kabul edildiği ve pazar davranışları belirlenirken kullanılacağı varsayılacağı belirtilmektedir. İletilen bilgi, elektronik ortamda ya da rakiplerin birlikte katılmış oldukları bir toplantıda açıklanmış olabilir⁷⁴².

ABAD'ın “*T-Mobile Netherlands*” kararında⁷⁴³, Hollanda'da faaliyet gösteren mobil iletişim şirketlerinin temsilcilerinin düzenledikleri bir toplantıda, sonradan ödemeli faturalı sisteme ilişkin standart bayi fiyatlarının düşürülmesi tartışmalarının rekabeti kısıtlayıcı, ortadan kaldırıcı veya engelleyici nitelikte bir bilgi değişimi olduğu, tek bir toplantıda söz konusu olsa dahi bilgi değişiminin rakipler arasındaki stratejik belirsizliği azalttığı ve bunun da rakipler arasında rekabeti bozucu amaçla bir uyumlu eylem içine girilmesine sebep olabileceği belirtilmiştir⁷⁴⁴.

Rekabet Kurulu tarafından verilen “*On İki Banka*” kararında, “*T-Mobile Netherlands*” kararına atıf yapılarak; fiyat arttırımı yönünde açık bir anlaşma tespit edilemese dahi, tek bir teşebbüsün, rekabete duyarlı bilgiler içeren tek bir açıklamada bulunduğu tek bir rakipler arası iletişimin, iletişime taraf olan teşebbüslerin tamamı bakımından ihlâlin varlığına hükmedilmesi için yeterli olduğu; böyle bir sorumluluktan kurtulmanın tek yolunun ise, ihlâle taraf olunmadığının rakiplere

⁷⁴⁰ OECD 2012, p. 43.

⁷⁴¹ OECD 2012, a. 44.

⁷⁴² EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 14; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 9; OECD 2012, pp. 13, 47. Aynı yönde: OECD 2010, p. 310; Costin, p. 38. Doktrinde Švirinas, rakip tarafından açıklanmış olan bu tür bilgilere yönelik kabullerin bir anlaşma niteliğinde değerlendirilerek ABİDA m. 101 kapsamında sayılacağı belirtilmektedir. Hatta bilgi paylaşımı yapılan tek bir toplantıda bulunmanın dahi anlaşmanın varlığı için yeterli sayılması gerektiği ifade edilmektedir (Švirinas, p. 93).

⁷⁴³ Bkz. yuk. s. 173, dn. 569.

derhal ve açıkça bildirilmesi ile bu bildirimle ilişkin delil sunulabilmesi olduğu vurgulanmıştır⁷⁴⁵.

İlk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan “*Tréfileurope Sales SARL*” kararında, fiyat belirlemeye yönelik fiyat açıklaması yapılan bir toplantıda bulunan katılımcının aktif olmasa dahi, toplantıdan ayrılmadığı takdirde, yapılan açıklamaya uygun davranacağının kabul edileceği belirtilmiştir⁷⁴⁶.

2.3.3.1.1.4.1.3. İspat Aracı Olarak Tek Taraflı Bilgi Açıklamaları

OECD raporunda, tek taraflı bilgi paylaşımının kartel anlaşmalarına yönelik bir ispat aracı olabileceği üzerinde durulmuştur.

Genellikle kartel soruşturmalarında⁷⁴⁷ doğrudan deliller elde edilememekte, dolaylı deliller ile soruşturma sürdürülmektedir^{748, 749}.

Dolaylı delillerin en önemlisi iletişim delilidir⁷⁵⁰. Buna göre; kartel oluşturduğu düşünülen taraflar arasındaki herhangi bir iletişim türü, kartele yönelik

⁷⁴⁵ RK, 2013, *Akbank T.A.Ş. vd.*, 08.03.2013, 13-13/198-100.

⁷⁴⁶ CFI, 1995, *Tréfileurope Sales SARL v. Commission*, 06.04.1995, Case T-141/89.

⁷⁴⁷ Kartel incelemeleri üç aşamadan oluşmaktadır. Bunlar; tarama, doğrulama ve tahkiktir. Tarama, bir sektörün yakından incelenmeye değer olup olmadığının belirlendiği aşamadır. Doğrulama aşaması, bir davranışın piyasadaki rekabet ile açıklanamayacağının anlaşılması aşamasıdır. Tahkikat ise karar mercinin bir kanun ihlali olduğuna ikna olması için kanıt toplanması sürecidir (Sinan Çörüş, **Kartellerin Tespit Edilmesinde Davranışsal Tarama Teknikleri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, s. 6).

Tarama teknikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çörüş, ss. 5-66.

⁷⁴⁸ Doğrudan delil, uyuşmazlık konusu vakıayı tek başına ispatlama gücüne sahip delil iken dolaylı delil ancak başka delillerle desteklenmesi halinde vakıanın gerçekliğini ortaya koyabilen delildir (B. Can, s. 8, D. Cengiz, ss. 265-267).

⁷⁴⁹ Rekabet soruşturmalarına konu olan ihlaller üç gruba ayrılmaktadır. Bunlardan ilkinde, taraflar arasında aynı yönde davranmak ve ortaklaşa hareket etmek konusunda açık bir anlaşma mevcuttur. Bu tür durumlarda çok derinlemesine inceleme yapılması gerekmemektedir; zira taraflar arasındaki irade uyuşması ve anlaşma açıktır. Yazılı bir anlaşma metnine ulaşılmasa dahi firmaların davranışları ve endüstri koşullarına ilişkin durumsal deliller yoluyla sorumluluk kurulması mümkündür. İkinci grup, tarafların aralarında bir işbirliği oluşturma konusunda toplantı ya da yazılı anlaşma gibi geleneksel yolları kullanmadığı, bunların yerine ortak bir plan oluşturup işbirliği sağlamak için daha dolaylı yollar tercih ettikleri durumlardır. Zımnî işbirliği niteliğindeki bu tür ihlallerde, taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı amaç ya da etki taşıyan işbirliğinin kanıtlanması, taraflarca doğrudan iradelerin değişimi yerine ortak amaca yönelik olarak kullanılan taktiklerin tespit edilebilmesi ve bu taktiklerin taraflar arasında ortak bir strateji oluşturmakta kullanılabilir olduğunun kanıtlanmasına bağlıdır. Üçüncü grup ihlaller ise tarafların ortak bir anlayış oluşturmak için birbirlerini gözlemleme ve rakiplerinin fiyat hareketlerine katılma yönünde davranış sergilemeleri halidir. Bazı piyasalarda bu tür davranışlar, açık kartel anlaşmaları ile aynı sonuçlara sebep olabilmektedir (Kovacic, pp. 7-8).

⁷⁵⁰ Delil hiyerarşisinde en üst sırada yer alan, hukuka aykırı davranış ile sorumluların tespitinde hata riskini minimize eden deliller “*kuvvetli deliller (hard evidence)*” olarak adlandırılır. Bu tür delillerin “*kartelin altın standardı*” olduğu ifade edilmektedir. Bunlar; iletişime ilişkin ses ve görüntü kayıtları, iletişim sırasında taraflarca hazırlanmış olan belgeler gibi delillerdir (B. Can, s. 18).

delil olarak değerlendirilmektedir⁷⁵¹. Bu iletişim türlerine tarafların birlikte katıldıkları toplantılara ilişkin notlar ve kayıtlar, tarafların birbirleriyle yaptığı telefon görüşmelerine ilişkin kayıtlar, elektronik ortamda yapılan yazışmalar girdiği gibi tek taraflı olarak yapılmış olan bilgi paylaşımları, kamusal açıklama ve konuşmalar da girmektedir^{752, 753}.

Genellikle kesin delillere ulaşmak pek mümkün olmamakta ve rekabet ihlâlinin kanıtlanabilmesi için birtakım ek faktörlere (*plus factor*) ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ek faktör niteliğindeki deliller; ekonomik delil ve iletişim delilidir. Özellikle dört durum *inter alia* olarak ek faktör kabul edilmektedir:

- Söz konusu pazarın zımni anlaşmaya ve yasal paralel davranışa elverişli olmaması delili (Örneğin, zımni anlaşmanın piyasa etkileşiminin olası bir sonucu olmaması),
- Paralel davranış haklı gösterebilecek dış faktörlerin bulunmaması delili,
- Firmalar arasında firmaların piyasa davranışlarını etkileyen doğrudan ya da dolaylı bağlantı veya iletişim delili,
- Firmaların kendi çıkarlarının aksine hareket etmesi delili (Bir firma tek taraflı olarak kendi çıkarları doğrultusunda hareket ediyorsa paralel davranış içinde değildir) (OECD 2012, p. 38).

Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kovacic, pp. 32-55; B. Can, ss. 25-27.

Doktrinde G. Tekinalp dördüncü durum üzerinde durarak, teşebbüsün menfaatine olmayan bir fiyat artışına gitmesinin, diğer teşebbüs veya teşebbüslerle birlikte bir kartel oluşturulduğuna dair bir “*artı faktör*” olarak değerlendirileceğini ifade etmiştir (G. Tekinalp, s. 203).

Artı faktörler hakkında ayrıca bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 302-305.

Doktrinde O.Y. Yüksel ek faktörleri; birlikte davranış için mantıklı bir nedenin varlığı, birlikte uygulanmadığında teşebbüsün çıkarına aykırı davranışlar, toplantıların ve direkt iletişim sağlayan diğer yöntemlerin kullanılması, kolaylaştırıcı eylemlere başvurulması ve pazarın yatay işbirliği sonucunu destekleyen performans özellikleri olarak sıralamıştır (O.Y. Yüksel, ss. 25-35).

Heimler’e göre; karteller yapısı itibarıyla istikrarsızdır. Zira kartel üyeleri, kartel kurallarını gizlice ihlâl etme eğilimindedir. Bu nedenle, kartelin varlığını sürdürebilmesi için kendi içinde bir denetim ve ceza mekanizması bulunması gerekmektedir. Bu noktada bir kartelin varlığının en önemli kanıtı, ihlâlde bulunanların cezalandırılmasıdır (OECD 2010, p. 402).

Açık ya da zımni bir işbirliği anlaşması bulunmayan işbirliklerindeki iki önemli sorundan birisi ihlâllerin cezalandırılması, ikincisi ise ortak kuralların belirlenmesidir. Etkin bir cezalandırma sistemi bulunmaması, teşebbüslerin kısa vadede pazar paylarını artırma niyetiyle ortak kuralları ihlâl etmeleri eğilimi göstermeleri sonucunu doğuracaktır (OECD 2010, p. 419).

Han, kartelin üç delille kanıtlanabileceğini belirtmiştir. Bunlar; izleme, zorlama mekanizması ve ani fiyat dalgalanmaları gibi nedensiz durumlardır (Han, p. 1002).

Kartellerin ortaya çıkarılmasındaki güçlükler nedeniyle birçok ülkede pişmanlık düzenlemeleri mevcuttur. Bu düzenlemeler ile, mevcut bir kartelin ortaya çıkmasına yardımcı olan teşebbüse, belirlenen koşulların varlığı halinde ceza uygulanmayacaktır. Pişmanlık programları hakkında bilgi için bkz. Pelin Uyanık, “Pişmanlık Programları”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002, ss. 32-51; Kekevi, Karteller, ss. 57-72, 137-141.

Buna karşılık hard-core kartel durumunda açık bir kartel anlaşması bulunduğundan ekonomik delillere ihtiyaç duyulmaz. Zira kartel anlaşmasının varlığı tek başına yeterli olup per se ihlâl niteliğindedir ve bu anlaşmanın yürürlüğe konmadığı ya da rekabeti kısıtlayıcı etki göstermediği şeklinde savunma yapılması mümkün değildir. Hard-core kartel halinde, kartel anlaşmasının rekabeti kısıtlayıcı etki göstermemesi olması sadece cezada bir indirim sağlayabilir (OECD 2010, p. 401).

Kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması için gerekli ispat araçları ile kartellerin etkili biçimde cezalandırılabilmesi için gerekli yaptırımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kekevi, Karteller, ss. 72-191.

⁷⁵¹ Rekabet hukukunda delil ve ispat hakkında bkz. Uyanık, Delil, ss. 21-81.

⁷⁵² OECD 2012, pp. 32 vd.

⁷⁵³ Amerikan Temyiz Mahkemesinin “*Petroleum Products Antitrust Litigation*” kararına konu olayda; davalı petrol şirketleri ham petrol üretmekte ve rafine benzin satmaktadırlar. Rafine benzinin satışı

2.3.3.1.1.4.1.4. “Cheap Talk” Olarak Tek Taraflı Bilgi Açıklamaları

Tek yanlı bilgi paylaşımları, özellikle geleceğe dönük bilgi içerdiklerinde bazen “cheap talk”^{754, 755} (ucuz konuşma = kanıtı bulunmayan, güvenilir olmayan değersiz bilgi) niteliğinde olup bir rekabet ihlâli oluşturmaz.

Cheap talk niteliğindeki bilgiler derhal kanıtlanamayan bilgiler olup daha ileride gerçekleştirilebileceği gibi hiç uygulanmaksızın devre dışı da bırakılabilir⁷⁵⁶.

dört ayrı yolla yapılmaktadır. Bunlar: Franchise olarak belirli bir markanın ürünlerini satan bağımsız istasyonlar, üretici şirketlerin kendilerinin işlettiği istasyonlar, bayilere ve alıcılara yeniden satış yapan aracılar ve toptan alım yapanlar. Bunların içinde franchising yoluyla satış yapan istasyonlar, aslan payını oluşturmaktadır. Olayda davacılar, davalıların petrol ürünleri fiyatlarını yükseltmek veya belirlemek için gizli anlaşma içinde bulunduklarını, bunu gerçekleştirmek için fiyat bilgilerinin karşılıklı olarak değiştirilmesi yolunu kullandıklarını, bunun Sherman Yasası’nın 1. bölümünü ihlâl ettiğini iddia etmişlerdir. Davacıların iddialarının ilk dayanağı, petrol şirketlerinin fiyatlandırma sistemi olmuştur. Fiyatlar üzerinde yapılan incelemede, fiyatların birkaç hafta sürekli düşüş halinde olduğu, ancak daha sonra fiyatların keskin bir yükselişle öncekinden daha yüksek bir seviyeye geldiği belirlenmiştir. Davacılar, hiçbir üreticinin, rakipleriyle herhangi bir anlaşma içine girmeksizin ani bir fiyat artışı yapamayacağını, bunun müşteri ve kazanç kaybı anlamına geleceğini, bu durumun olayda davalıların arasında önceden yapılan fiyat anlaşmaları olduğunu gösterdiğini belirtmişlerdir. Mahkeme tarafından bunun tek başına, fiyat anlaşması yapılmış olduğunu kanıtlayamayacağı belirtilmiştir. Davacılar ikinci gerekçe olarak, davalıların uygulayacakları toptan fiyatlar ile bayi fiyatlarına ilişkin bilgileri önceden birbirleriyle paylaştıklarını iddia etmiştir. Yapılan incelemede, davalı petrol şirketlerinin, bayilere uygulayacakları fiyat değişiklikleri veya bayi indirimlerinin uygulanması ya da kaldırılması gibi konularda aldıkları kararları basın açıklamaları yoluyla ilan ettikleri tespit edilmiştir. Bu açıklamalar, alınan kararların uygulanmasından birkaç gün önce yapılmaktadır. Davacılar, bu açıklamaların kamusal nitelikte olduğunu, bir ihlâl oluşturmadığını iddia etseler de mahkeme tarafından bu savunmalara itibar edilmemiştir. Mahkeme, davacıların ilk dayanağının tek başına bir gizli anlaşmanın varlığını kanıtlama konusunda yeterli olmamasına rağmen, basın açıklamaları yoluyla önceden yapılan fiyat bildirimlerinin ilk gerekçeyi de güçlendirerek, fiyat tespiti konusunda bir anlaşmanın varlığını kanıtlayacak delil niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır. Mahkeme tarafından, bilgi değişimine yönelik bir anlaşmanın tek başına bir rekabet ihlâli oluşturmadığı; bunun bir ihlâl teşkil etmesi için bilgi değişiminin, açık ya da zımni bir fiyat tespiti anlaşmasının varlığını göstermesi ya da rule of reason analizine göre Sherman Yasası 1. bölümünü ihlâl eden açık ya da gizli bir anlaşmadan kaynaklanıyor olması gerektiği üzerinde durulmuştur (US Court of Appeals, Ninth Circuit, 1990, *Petroleum Products Antitrust Litigation*, 22.06.1990, 906 F.2d 432). Karar hakkında bkz. Pişma, ss. 31-32; O.Y. Yüksel, s. 32; B. Can, s. 27, dn. 54.

⁷⁵⁴ Cheap talk her zaman tek taraflı bir bilgi paylaşımı olarak ortaya çıkmaz. Karşılıklı bilgi paylaşımlarında da cheap talk söz konusu olabilir. OECD raporunda, cheap talk ‘un taraflar arasında ortak bir düşünce oluşmasına yardım etmesinin mümkün olabileceği ve anında kanıtlanamamasına rağmen daha sonra kanıtlanabileceği ifade edilmiştir. Buna, “ATP (Airline Tariff Publishing)” kararında ABD Adalet Bakanlığının tutumu örnek gösterilmiştir. Adalet Bakanlığı, anlaşmaya yönelik koşullar karmaşık olsa dahi, tarafların anlaşmaya varma konusunda ortak bir iradeleri mevcutsa, cheap talk’un bu amaca ulaşma konusunda yardımcı olabileceği yönünde görüş bildirmiştir (OECD 2010, p. 34; Overgaard and Möllgaard, pp. 15-16).

Nair ve Mncube, bahsi geçen kararın cheap-talk iletişiminin başarılı bir koordinasyon sağlama konusunda etkili bir araç olabileceğini gösterdiğini belirtmiştir (Nair ve Mncube, pp. 8-9).

⁷⁵⁵ Cheap talk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Joseph Farrell and Matthew Rabin, “Cheap Talk”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 10, No. 3, 1996, pp. 103-117; Gary Charness, “Self-Serving Cheap Talk: A Test of Aumann’s Conjecture”, *Games and Economic Behavior*, No. 33, 2000, pp. 177-194.

⁷⁵⁶ OECD 2012, p. 27; Nair ve Mncube, s. 6; Doyle and Snyder, p. 1330.

Fakat bu, tüm tek yanlı bilgi paylaşımlarının cheap talk niteliğinde olduğu ve rekabet ihlâli oluşturmayaacağı şeklinde anlaşılmamalıdır⁷⁵⁷. Zira bir teşebbüs tarafından tek yanlı olarak paylaşılan bilgiden sonra rakiplerin tutumunun ne olacağı önemlidir. Eğer rakipler, açıklamada bulunan teşebbüsün paylaştığı bu bilgiyle aynı yönde bir strateji izleme ve buna paralel davranma yolunu seçerlerse bu noktada rekabetin zarar görme ihtimâli ortaya çıkacaktır⁷⁵⁸. Tek yanlı bilgi paylaşımıyla, diğer teşebbüsler için bilgiyi paylaşan teşebbüs yönünden mevcut olan belirsizlik ortadan kalkmış olacaktır. Bilgiyi paylaşan teşebbüs bunu, piyasayı yönlendirmek amacıyla da yapmış olabilir. Rakiplerin açıklanacak bilgi ile uyumlu bir şekilde davranacağını bilen ve özellikle piyasada etkin bir konumda olan teşebbüs, tek yanlı bir açıklamayla tüm piyasayı etki altına almayı amaçlayabilir. Bu noktada bilgi paylaşımı tek yanlı dahi olsa rekabet hukukunu ilgilendiren bir konu haline gelmektedir.

Cheap talk'un, bu açıklamayı yapan teşebbüsün rakipleri tarafından takip edilmesi halinde rekabeti bozucu bir eşgüdüm oluşturmalarının mümkün olabilmesi için, söz konusu cheap talk niteliğindeki bilginin gerçeğe uygun olması gerekmektedir. Zira gerçeğe tamamen uygun olmayan ya da içinde gerçeklik barındırmayan cheap talk ile rakipler arasında rekabete aykırı bir koordinasyon kurulması olasılığı bulunmamaktadır⁷⁵⁹.

Doktrinde cheap talk niteliğindeki bilgi paylaşımlarının da bazı hallerde teşebbüsler arasında işbirliğine sebep olabileceği ve bir rekabet ihlâli oluşturabileceği kabul edilmektedir. Her ne kadar cheap talk, kanıtlanabilir ve güvenilir bilgi niteliği taşımasa da ve bu tür bilgi paylaşımında bulunan tarafın gerçeği söyleme niyeti bulunmasa da bazı ekonomistlere göre firmalar arasındaki bu iletişim, Nash

⁷⁵⁷ Doktrinde bir kısım yazarlarca, bilginin bağlayıcılık derecesinin, bilginin iki özelliği ile yakında bağlantılı olduğunu belirtilmiştir. Bunlar; bilginin kanıtlanabilirliği ile bilginin içeriğidir. Buna göre; kanıtlanabilir bilgiler "*hard information*", kanıtlanamayan bilgiler ise "*soft information*" olarak nitelenir. Örneğin geleceğe ilişkin bilgiler, kanıtlanamayan bilgiler kapsamında iken; geçmişe ilişkin bilgiler, kanıtlanabilen bilgilerdir. Geçmişe ilişkin bir bilginin kanıtlanamayan bir bilgi olması halinde, bu bilginin davranışları belirlemede kullanılması söz konusu olmaz. Kanıtlanamayan bilgilerin paylaşımı, cheap-talk kapsamında değerlendirilebilir (Costin, p. 50; Vives, pp. 84-86; Kühn, p. 170; Overgaard and Møllgaard, p. 19; Møllgaard and Overgaard, p. 123; Christensson, p. 13).

⁷⁵⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 196.

⁷⁵⁹ Ayrıntılı örneklendirme ve açıklamalar için bkz. Farrell and Rabin, pp. 103-107.

dengesine⁷⁶⁰ ulaşılmasına yardımcı olabilir⁷⁶¹. Özellikle tek başına ve kendiliğinden ortaya çıkan cheap talk, teşebbüsler arasında ortak bir fikir buluşması ve işbirliği stratejisinin ortaya çıkmasına sebep olabilir⁷⁶². Ayrıca cheap talk'un kalıcı işbirliği sağlama ve güven sorununu aşma konusunda önemli bir rolü olduğu, firmalar arasındaki bireysel ilişkilerin yaratılması ve devam ettirilmesi konusunda yardımcı olabileceği ifade edilmektedir⁷⁶³. Rakipler arasında bir anlaşmaya ulaşma niyeti olmasına rağmen, anlaşma koşulları henüz belirlenmemiş ve karmaşık durumdaysa,

⁷⁶⁰ Nash dengesine, oyun teorisinin (*game theory*) belkemiğini oluşturmaktadır. Nash dengesi, oyunda kaç kişi olursa olsun herkesin genel duruma baktığında seçiminden memnun olduğu ve seçimini değiştirmek için haklı bir sebep göremediği durumu ifade eder (Altunöz, s. 13).

Ayrıca Nash dengesi, bir firmanın, diğer firmaların davranışlarını göz ardı etmeksizin kendi kârını mümkün olduğu kadar maksimize edecek şekilde rekabetçi davrandığı varsayımı üzerine kurulmuştur. Oyun teorisinde firmaların her biri kendini bir oyunun parçası olarak görür ve her bir firmanın davranışının bir diğerini etkilediği bir ortamda kendi kârını maksimize etmeye çalışmaktadır. Kısacası; oyun teorisinde her bir oyuncu rekabetçi bir şekilde kendi stratejilerini belirleyerek uygulamakta, oyuncular arasında bir işbirliği bulunmamaktadır. Her bir oyuncunun uyguladığı strateji, diğer oyuncuların stratejilerine karşı en iyi cevap niteliğinde olup tüm bu stratejilerin birlikteliğinden oluşan stratejiler seti de Nash dengesini oluşturmaktadır. Böylece Nash dengesi, eş zamanlı en iyi tepkiler topluluğudur. Bu durumda hiçbir oyuncunun tek taraflı bir sapma ile kazanç sağlaması mümkün değildir. Bir başka deyişle; her bir oyuncu kendi arz miktarını veya fiyatlarını değiştirmekte özgürdür; ancak bunu yapmaya istekli değildir. Çünkü böyle bir değişikliğin diğer teşebbüslerden bağımsız olarak yapılması dengeyi bozacağından hiçbir teşebbüsün menfaatine uygun olmayacaktır. Dengenin bozulmaması ancak tüm teşebbüslerin aynı hareketi yapmasıyla mümkündür (Akkaya Bağış, ss. 3-4; Kahraman, ss. 13, 18-21).

İşbirlikçi olmayan oyun teorisi doktrinde “*Tutuklular İkilemi (Prisoners' Dilemma)*” ile açıklanmıştır. Tutuklama İkilemi'ne göre, polis tarafından iki tutuklu birbirlerinden soyutlanmış iki ayrı odada sorgulanmaktadır. Bu tutukluların her ikisi de diğerinin suçu itiraf edip etmediğini bilmemektedir. Eğer her ikisi de suçu itiraf etmezlerse ikisi de ceza almayabilecektir. İkisi de suçu itiraf ederlerse ikisi de normalden daha az ceza alacaklardır. Eğer biri itiraf ederken diğeri etmezse itiraz etmeyen yüksek ceza alacak, itiraf edense düşük ceza alacaktır. Bu durumda sorgulanan tutukluların her ikisi de daha az ceza alabilmek için suçu itiraf ederler. Oligopollerde ise oyuncular birbirlerinden izole değildir. Teşebbüsler birbirlerinin stratejilerini gözlemleyebilmektedir. Buradaki ikilem, rekabet etmek veya etmemektir. Ekonomik olarak teşebbüslerin menfaatine en uygun olan, rekabet etmeyip işbirliği yapmaktır; ancak işbirlikçi anlaşmalar rekabet hukuku bakımından yasaklanmış olduğundan seçebilecekleri en iyi yol, işbirlikçi olmayan yöntemlerdir (Kahraman, ss. 20-21; Christensson, pp. 19-20).

Nash dengesi hakkında ayrıca bkz. Green and Porter, pp. 89-95.

⁷⁶¹ OECD 2012, p. 26; OECD 2010, p. 419; Pişmaf, s. 10; Møllgaard and Overgaard, pp. 108-109; Kühn, pp. 181-182.

⁷⁶² OECD 2012, p. 26; Nair ve Mncube, p. 6; Costin, p. 14.

Levenstein ve Suslow, açık kartel üyeleri arasındaki iletişimin bir kısmının, özellikle firmaların yapmayı düşündüklerini ya da diğerlerinin ne yapması gerektiğine yönelik düşüncelerine yönelik iletişimin cheap-talk niteliğinde olduğunu belirtmiştir (Levenstein and Suslow, pp. 44-45).

⁷⁶³ OECD 2012, p. 26; Bennett and Collins, p. 324.

Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed tarafından da belirtildiği gibi; cheap talk derhal kanıtlanamayan bir bilgi olsa da bilginin doğruluğu daha sonra teyit edilerek yanlış açıklamalar cezalandırılabilir. Uzun dönemli ilişkilerde cheap talk etkin güvenilirlik yaratarak bir taahhüde dönüşebilir (Nitsche and Hinten-Reed, p. 19).

cheap talk, rakiplerin anlaşma koşullarını belirlemesine ve ortak bir dengeye ulaşmasına yardımcı olabilir⁷⁶⁴.

OECD, “*The Airline Tariff Publishing Co.*” davasındaki ATP tarafından fiyat bilgilerinin günlük olarak toplanıp dağıtılması şeklinde gerçekleşen bilgi değişiminin cheap talk olduğunu ifade etmiştir⁷⁶⁵. Sözü geçen karar daha önce ele alınmış olduğundan burada yeniden değinilmeyecektir⁷⁶⁶. Ancak, karardaki faaliyetin OECD tarafından cheap talk olarak nitelendirilmesinin sebebinin, havayolu firmaları tarafından geleceğe yönelik olarak paylaşılan bilet fiyatlarının firmalar yönünden bağlayıcı olmaması ve bu fiyatların biletlerin erken ya da geç alınmasına göre daha düşük veya daha yüksek olarak uygulanmasına bağlandığını söylemek mümkündür.

2.3.3.1.1.4.1.5. İradi Olmayan Tek Taraflı Bilgi Açıklamaları

Tek taraflı bilgi paylaşımı istem dışı olarak bir hata sonucu yapılmış olabilir. Örneğin; bilgisayar sistemine giren virüs yüzünden sistemde kayıtlı özel ticari sırlar internet sitesinde yayınlanmış olabilir ya da çalışanlardan biri iş akdinin işveren tarafından feshedildiğini öğrenmesi üzerine şirketin hassas ticari bilgilerini rakiplere göndermiş olabilir.

Farklı şekillerde karşımıza çıkabilecek bu örneklerin tamamında teşebbüsün bilgileri rakipleriyle ya da halkla paylaşma amacı ve iradesi yoktur. Bu tür durumlarda, paylaşılan bilgi nedeniyle şeffaflığın artması ve öngörülemezliğin ortadan kalkması sonucu doğmuş ve rekabet ortamı bozulmuşsa, bilgileri irade dışı paylaşan teşebbüsün bu hareketi rekabet hukuku yönünden yaptırıma bağlanacak mıdır?

Rekabet hukuku yönünden değerlendirme yapılırken öncelikle amaç, ikinci olarak da etki yönünden değerlendirme yapılması gerektiği daha önce açıklanmıştır. Örneğimizde amaç yönünden yapılan değerlendirmede rekabeti bozma amacının bulunmadığı açıktır. Etki yönünden değerlendirme yapıldığıdaysa piyasadaki rekabet ortamının olumsuz etkilendiği görülmektedir. Etki yönünden değerlendirme yapılırken amaçtan bağımsız hareket edilmektedir. Şöyle ki; bilgi paylaşımında

⁷⁶⁴ OECD 2012, p. 172.

⁷⁶⁵ OECD 2012, p. 27.

⁷⁶⁶ Bkz. ss. 100-102.

bulunan teşebbüs veya teşebbüslerin rekabeti bozma amacı bulunmamakta ise de ortaya çıkan sonuç aksi yönde yapılıp bilgi değişimi rekabete aykırıdır. Bir başka deyişle; idari yönden teşebbüslerin sorumlu tutulması ve idari para cezasına çarptırılmaları için kusur şartı aranmaz. Kusurun varlığı ve derecesi, sadece verilecek cezanın miktarı bakımından etkilidir⁷⁶⁷. Bu nedenle, her ne kadar irade dışı sebeplerle rekabete yönelik olumsuz etkiler doğmuşsa da, ticari sırları paylaşılan teşebbüsün rekabet hukuku bakımından sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu durum ancak idari para cezasında bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Ticari sırların, verdiğimiz ikinci örnekteki gibi bir üçüncü kişi tarafından dağıtılmış olması halinde, teşebbüsün bu üçüncü kişiye karşı hukuki ve cezai yollara başvurma hakkı mevcuttur.

Dağıtılan bu bilgiler nedeniyle üçüncü bir kişi zarar görmüş olabilir. Örneğin açıklanan bilgiler arasında, müşteri teşebbüslerin ticari bilgileri bulunabilir. RKHK m. 57’de RKHK’ya her türlü aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir⁷⁶⁸. Burada tartışma konusu olan nokta, tazminat sorumluluğu bakımından kusur şartı aranıp aranmadığıdır.

Doktrindeki bir görüş, hükümde kusurdan söz edilmediğine göre tazminat sorumluluğu bakımından kusur şartı aranmadığı yönündedir⁷⁶⁹. Kusur şartı aranmadığını savunan görüşe göre tazminat sorumluluğun doğması için rekabeti kısıtlayıcı ya da bozucu davranış ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir⁷⁷⁰.

Doktrinde Şahin; RKHK m. 57 hükmündeki sorumluluğun kusura dayalı olup olmadığı konusunda hükümde bir açıklık bulunmadığını, hükmün gerekçesinde de bu konuda bir açıklama yapılmadığını, objektif sorumluluğun kabul edildiğine dair açık bir hüküm olmaması sebebiyle kusursuz sorumluluğun kabulünün zor olduğunu ifade etmiştir. Ancak yazar buna ek olarak; rekabeti sınırlayan fiyat tespiti, pazar paylaşımı gibi açıkça rekabeti ihlâl etmekten başka amacı olmayan kartel anlaşmalarında

⁷⁶⁷ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 271-272; Hatice Yavuz, **Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Niyet Unsuru**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, ss. 42-44.

⁷⁶⁸ Tazminat sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, ss. 258-267; Akıncı, ss. 355-389; Yiğit, ss. 5-401; Şahin, ss. 9-314; Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 1136-1155; Güven, ss. 737-768; Kesici, ss. 5-550.

⁷⁶⁹ Bu görüşe göre; buradaki sorumluluk, sözleşme dışı kusursuz sorumluluktur (Erdem, Rekabet Hukuku, s. 392; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 311).

⁷⁷⁰ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 299; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 218-219.

tarafların kusurunun bulunmamasının mümkün olmadığını, bu nedenle bu gibi hallerde sadece hukuka aykırılığın ve uygun illiyet bağının ispatının yeterli olduğunu ve ayrıca kusurun ispatının gerekli olmadığını, bu nedenle bu durumda objektif sorumluluk benzeri bir sorumluluğun söz konusu olduğunun söylenebileceğini belirtmiştir. Yazar, rekabet ihlallerinin çoğunda ihmal derecesinde de olsa kusurun bulunduğunu, ancak bazı hallerde, örneğin dikey anlaşmalarda üreticiden mal alabilmek için zayıf durumdaki ara teşebbüslerin üreticinin kararlarına uymak zorunda kaldıklarını, bu durumda kusurdan söz edilemeyeceğini, bu nedenle taraflara kusurlu olmadıklarını ispatlama hakkı tanınması gerektiğini ilave ettikten sonra sonuç olarak kanun koyucunun tazminat sorumluluğu konusunda kusursuz sorumluluk ilkesini açıkça kanunda düzenlemesi gerektiğini, böyle bir düzenlemenin dava hakkının kullanılması bakımından teşvik edici olacağını savunmuştur⁷⁷¹.

Yazarın kartel anlaşmalarında tarafların kusursuz olmasının mümkün olmadığını belirttikten sonra burada objektif sorumluluk benzeri bir durum olduğunu ifade etmesi kanaatimizce kendi içinde çelişki oluşturmaktadır. Ayrıca yine yazar tarafından bazı hallerde zayıf durumdaki teşebbüslerin kusurlu olmayabileceği belirtilmesine rağmen, kanun koyucu tarafından hükmün objektif sorumluluk esasına göre düzenlenmesi gerektiğinin savunulması birbiriyle uyum göstermeyen iki farklı yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Zira objektif sorumluluğun kabulü halinde, kusuru olmayan zayıf teşebbüsün kusursuz olduğunu ispatlayarak tazminat sorumluluğundan kurtulma imkânı ortadan kaldırılmış olacaktır.

Doktrindeki baskın olan görüş ise; kusursuz sorumluluk durumunun istisna olduğu, kusursuz sorumluluk için açıkça bu hususun düzenlenmesi gerektiği, RKHK m. 57 hükmünün haksız fiil sorumluluğuna dayalı olduğu ve bu nedenle tazminat sorumluluğunun doğması için kusurun zorunlu bir unsur olduğu yönündedir⁷⁷².

⁷⁷¹ Şahin, ss. 184-185.

⁷⁷² Akıncı, ss. 367-372; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 754-755; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 1149-1150; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 300-301; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 372; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 356-357; Kadir Baş, “Türk Hukukunda rekabet ihlallerine ilişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2011, s. 45; Yiğit, ss. 280-285; Kesici, ss. 16-23, 36, 207-211; Kerem Cem Sanlı, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar”, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 17 Haziran 2011, (Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar), ss. 36, 43-44; Hila Utku ve diğerleri, “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat

Kanaatimizce, kanun koyucu tarafından açıkça kusursuz sorumluluk hali düzenlenmediğine göre, tazminat sorumluluğu bakımından kusur şartı aranmalıdır. Örnekte açıklanan olayda, üçüncü kişilerin uğradığı zararlar bakımından ilgili teşebbüse kusur atfedilemeyeceğinden, ilgili teşebbüs yönünden RKHK m. 57 anlamında bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmamalıdır^{773, 774}.

2.3.3.1.1.4.2. Karşılıklı Bilgi Değişimi

Karşılıklı bilgi değişiminde birden fazla teşebbüs kendilerine ait bilgileri birbirleriyle paylaşmaktadır. Bu, yukarıda açıklandığı üzere bir yardımcı eylem olabileceği gibi; bir anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararından bağımsız olan tek başına bir eylem olarak da ortaya çıkabilir. Ayrıca karşılıklı bilgi değişimi sistemine söz konusu pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin katılması ya da paylaşımın sadece birkaç teşebbüs arasında kalması mümkündür.

Davalarında Usul Sorunları”, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 17 Haziran 2011, ss. 357-359, 364-365; Ateş, Özel Hukuk, s. 94; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 356; Günay, Rekabet Hukuku, s. 189.

⁷⁷³ Tazminat sorumluluğu her türlü zararı kapsamaktadır. Bir başka deyişle; tazmin yükümlülüğü hem fiili zararları hem de yoksun kalınan kârı kapsar. Kanundaki “*her türlü zarar*” ifadesi dolayısıyla manevi tazminatın da bu kapsamda olduğunun kabulü gerekmektedir (Erdem, Rekabet Hukuku, ss. 392-393; Aydoğdu, s. 25; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 299-304; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 1141; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 297; Güven, Rekabet Hukuku, s. 1156; Yiğit, 222; Z. Arı, Danışıklılık, s. 230; Ateş, Özel Hukuk, s. 97).

Doktrinde Şahin ise; kanun koyucunun “*her türlü zarar*” ifadesiyle tazminat kapsamını manevi zararları da içerecek şekilde genişletme amacının olmadığını, ihlâli gerçekleştirenler için yönelik olarak Rekabet Kurulunun vereceği idari para cezası yanında, üç kat tazminat ve manevi zararların da tazmininin mümkün hale gelmesinin teşebbüsler açısından ekonomik yıkımlara sebep olabileceğini, teşebbüslerin ve ekonominin aşırı zarar görme ihtimalinin yüksek olduğunu savunmuştur (Şahin, ss. 176-177).

Doktrinde Sanlı ve Kesici de; manevi tazminatın kişilik haklarının ihlâli ile ilgili olduğunu, RKHK’nın manevi zararları kapsadığını söylemenin mümkün olmadığını, rekabet hukukunu ihlâl ederek ekonomik bir zarara yol açan fiilin kişilik haklarına tecavüz unsurunu içermesinin doğası gereği pek mümkün olmadığını, manevi bir zararın ortaya çıkması ihtimalinde ise bu zararın tazmininin dayanağının RKHK değil, TBK genel hükümleri olduğunu belirtmiştir (Sanlı, Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar, ss. 40-41; Kesici, ss. 187-188).

Doktrinde Utku ve diğerleri de, RKHK m. 57 ve 58 hükümlerinin esas olarak maddi zarar ve yoksun kalınan kârın talep edilebileceğinin düzenlendiğini ifade etmiştir (Utku ve diğerleri, s. 361).

Tazminat sorumluluğunun kapsamı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Yiğit, ss. 215-223; Şahin, ss. 170-177; Kesici, ss. 170-190; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 220-230; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 297-299.

⁷⁷⁴ Rekabet ihlallerinden doğan zararların hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Hale Gündüz ve Sinan Bozkuş, “Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Hesaplanması: AB Uygulaması Bağlamında Genel Yaklaşımlar”, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 419-479.

Yapılan bilgi paylaşımının rekabet ihlâli oluşturup oluşturmadığı, tüm unsurların birlikte rule of reason analizi çerçevesine değerlendirilmesi sonucunda belirlenecektir.

2.3.3.1.1.1.5. Değiştirilen Bilginin Detaylılık Derecesi

Bilgi değişiminin konusunu oluşturan bilginin içerik itibarıyla ne kadar detaylı olduğu, bilgi değişiminin rekabete yönelik etkisinin belirlenmesinde önem taşır.

Paylaşılan bilgi sadece genel nitelik taşıyan ve ayrıntı içermeyen bilgiyse, bu paylaşımın rekabet üzerinde yaratacağı olumsuz etkinin ayrıntılı bilgiye oranla daha az olacağı söylenebilir. Paylaşılan bilginin içeriği ne kadar detaylıysa bilgi paylaşımı sonucunda ortaya çıkacak anti rekabetçi etkiler o kadar fazla olacak; rakip teşebbüslerin birbirlerinin geleceğe yönelik davranışlarını tahmin edebilme ve kendi davranışlarını bu tahminlerle uyumlu hale getirme olasılığı da o kadar artacaktır⁷⁷⁵.

Bir teşebbüsün satış politikası olarak Ege Bölgesi kıyılarına öncelik vereceğine yönelik bir bilgiyi paylaşması ile Ege Bölgesi'ne arz edeceği ürünlerin il ve ilçe bazında ayrıntılı miktarlarını içeren bir bilgiyi paylaşması arasında rekabete yönelik doğacak olumsuz etkilerin oranı bakımından farklılıklar olması kaçınılmazdır.

2.3.3.1.1.2. Değiştirilen Bilginin Ait Olduğu Zaman Dilimi

2.3.3.1.1.2.1. Geçmişe Dönük (Tarihi) Bilginin Değişimi

Teşebbüsler kendileriyle ilgili geçmişe dönük bilgileri birbirleriyle karşılıklı ya da tek taraflı olarak paylaşabilirler. Genellikle on iki aydan daha eski olan bilgiler tarihi bilgi olarak kabul edilir; ancak bu kesin bir ölçüt olmayıp olay bazında ve her olayın kendine has özellikleri çerçevesinde ayrıca değerlendirme yapılması gerekir^{776, 777}.

⁷⁷⁵ OECD 2010, pp. 11, 48; Capobianco, p. 1264.

⁷⁷⁶ OECD 2010, pp. 49, 317; Costin, p. 50; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 413.

Geçmişe dönük bilgilerin paylaşımı genellikle rekabeti bozucu etki gösterme eğilimi taşımamaktadır. Tarihi bilgilerin zaman bakımından etkinliği sona ermiş olduğundan bu bilgilerin paylaşılması, şeffaflık yaratmamakta ve teşebbüsün ne yönde hareket edeceği konusundaki belirsizliği ortadan kaldırmamaktadır⁷⁷⁸. Bu nedenle doktrinde bir görüş, tarihi bilgilerin paylaşılmasına, bilgiler hassas bilgi niteliğinde dahi olsa izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁷⁹. Özellikle bu tarihi bilgilerin derlenmiş bilgi olması halinde, rekabet ihlâli olasılığı yok denecek kadar azalmaktadır⁷⁸⁰.

Buna rağmen; geçmişe dönük bilgi paylaşımlarının tamamının rekabet hukukunun ilgi alanı dışında kalacağı ve rekabeti hiçbir zaman olumsuz yönde etkilemeyeceği söylenemez⁷⁸¹. Özellikle geçmişe dönük bireysel fiyat ve miktar bilgilerinin paylaşılmasının rekabet ihlâli oluşturabileceği kabul edilmektedir⁷⁸². Örneğin; bir teşebbüs geçmişe dönük üretim ve fiyat bilgilerini yıl yıl açıklayacak şekilde paylaşmış olup bu bilgilerde, üretim ve fiyat seviyelerinde her yıl sistematik olarak aynı oranda bir artış yapılmış olduğu görülüyor olabilir. Bu, teşebbüsün her sene aynı politikayı izlediğini göstererek gelecek yıllara ilişkin fiyat ve üretim miktarlarının tahmin edilmesini sağlayabilecektir. Bu ihtimâlde, her ne kadar

⁷⁷⁷ Avrupa Komisyonu, traktör ve tarım makineleri üreticileri arasında yapılan düzenli, detaylı ve bireysel bilgilerin paylaşılmasına yönelik bilgi değişimi faaliyetine ilişkin olarak 1999 yılında bir sınırlama kararı almıştır. Komisyon tarafından alınan bu kararda, traktör ve tarım makineleri üreticileri arasında, on iki aylıktan daha yeni olan bireysel bilgilerin paylaşılması yasaklanmıştır. Buna karşılık; on iki aylıktan daha yeni olan bilgiler, toplanmış bilgi şeklinde dağıtılabilir. Ancak bunun için bu bilgilerin en az üç bayiden elde edilmiş olması; üçten daha az sayıda bayi varsa dağıtılacak bilginin on birimden daha fazla traktöre ilişkin olması gerekmektedir (EC, 1999, *Commission approves new system for exchange of information between tractor and agricultural machinery manufacturers following changes*, 20.09.1999, IP/99/690, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-99-690_en.htm?locale=FR, E.T. 23.07.2015). Konu hakkında bkz. Capobianco, p. 1265; Costin, pp. 50-51.

Doktrinde D. Cengiz bu ölçütü, tüm bilgi değişimleri için belirlenmiş genel nitelikte yeni bir ölçüt gibi değerlendirmiş ise de, belirtmiş olduğumuz gibi bu kıstas, sadece traktör ve tarım makineleri üreticileri bakımından getirilmiş olan bir kıstas olup tüm bilgi değişimi faaliyetleri için genel bir düzenleme içermemektedir (D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, s. 247).

⁷⁷⁸ OECD 2010, pp. 49, 317; Bennett and Collins, p. 331; Capobianco, p. 1265; Švirinas, p. 109; Christensson, p. 16; İ. Y. Aslan, *Rekabet Hukuku*, s. 413.

⁷⁷⁹ Capobianco, p. 1269.

⁷⁸⁰ OECD 2010, p. 287; Capobianco, p. 1265; Møllgaard and Overgaard, p. 124; Fabiana Di Porto, “Abuses of information and informational remedies: rethinking exchange of information under competition law?”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2448120, (04.04.2017), p. 29; Azcuenaga, p. 14; Yiğit, s. 377.

⁷⁸¹ Doktrinde Christensson, oligopol piyasalarda geçmişe dönük bilgilerin dahi paylaşılmasının yasaklanması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, bu tür piyasalarda rakiplerin çok iyi bilgilenmiş olduklarını, birbirlerinin geçmiş, mevcut ve gelecek fiyat bilgilerini elde ederek rekabeti tamamen yok edeceklerini iddia etmiştir (Christensson, p. 42).

⁷⁸² Kühn, p. 196.

paylaşılan bilgiler geçmişe dönük olsa da teşebbüsün geleceğe yönelik tavrını ortaya koymaya yardımcı olduğundan rekabeti bozucu bir etkiye sahiptir. Buna karşılık; 30 yıllık bir işletmenin kuruluşunun ilk beş yılına ait ortalama üretim miktarları ve cirosu ile son beş yıla ait ortalama üretim miktarları ve cirosunu karşılaştırmalı olarak açıklaması halinde rekabeti olumsuz etkileyecek bir sonucun doğması yüksek bir olasılık değildir.

Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de geçmişe dönük bilgilerin, teşebbüslerin geleceğe yönelik davranışlarını gösterme, ortak bir anlayış oluşturma, ihlallerin gözlemlenmesini sağlama olasılığının bulunmadığı ve ihlallere karşı derhâl misilleme imkânı sağlamadığı belirtilerek tarihi bilgilerin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etki göstermediği ifade edilmiştir⁷⁸³. Buna karşılık doktrinde bir görüş, geçmişe dönük bireysel bilgilerin kanıtlanabilir bilgiler olması dolayısıyla, teşebbüslerin geçmiş davranışları hakkında kesin bilgiler verdiğini, böylece bu bilgilerin öncelikle teşebbüsler arasında ortak bir anlayışın gelişmesine yardımcı olduğunu, ardından da teşebbüslerin birbirlerinin davranışlarını gözlemleyerek ortak uygulamalardan sapanları daha kolay bir şekilde tespit edebileceklerini savunmaktadır^{784, 785}. Özellikle paylaşılan bireysel ve geçmişe ait bilginin çok eski tarihli olmaması halinde (örneğin, önceki yıla ait olması gibi) yukarıda yaptığımız açıklamalar kapsamında bu görüşün daha isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed isabetli olarak, güncel bilgiler ile yakın geçmişe ait bilgileri aynı etkide ele alarak bu bilgilerin koordinasyona yardımcı olabileceğini belirtmiştir⁷⁸⁶.

Bilginin tarihi nitelikte olup olmadığı özel şartlara göre belirlenir. Örneğin; sözleşmelerin iki yıllık sürelerle akdedildiği bir piyasada iki yıl öncesine ait bilgiler tarihi nitelikte kabul edilmezken, sözleşmelerin aylık olarak akdedildiği bir piyasada

⁷⁸³ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 20; Pişmaf, s. 67.

⁷⁸⁴ Vives, p. 92; Caffarra ve Kühn, pp. 137, 142; Kühn and Vives, Information Exchange, p. 42; Møllgaard and Overgaard, pp. 123-124; Pişmaf, s. 12; Nitsche ve Hinten-Reed, pp. 6, 25; Doyle and Snyder, p. 1327.

Buna karşılık Švirinas, tarihi bilgilerin paylaşılmasının teşebbüsler arasında işbirliği kurulmasına ve uygulamaların gözlemlenmesine yardımcı olmadığını savunmaktadır (Švirinas, p. 109).

⁷⁸⁵ Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed, işbirliğine yönelik ihlallerin tespitinde geçmişe dönük fiyat ve miktar bilgilerinin esas önemli olan bilgiler olduğunu; maliyet, kapasite ve talep bilgilerinin ise daha az öneme sahip olduğunu belirtmiştir (Nitsche ve Hinten-Reed, p. 25).

⁷⁸⁶ Nitsche ve Hinten-Reed, p. 24.

bir yıl öncesine ait bilgilerin dahi tarihi bilgi niteliğinde olduğu söylenebilir⁷⁸⁷. Piyasa koşullarının sıklıkla değiştiği bir pazarda bir yıllık bilgi tarihi nitelikte sayılabilecekken, durağan monopol piyasalarda bir yıl öncesine ilişkin bilgi kullanışlı ve güncel bilgi olarak değerlendirilebilir⁷⁸⁸. Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de bilginin tarihi bilgi sayılması bakımından kesin bir eşik bulunmadığı; ancak piyasadaki ortalama sözleşme uzunluğu süresinden birkaç defa daha eski olan bilginin tarihi bilgi kabul edileceği belirtilmiştir. Ayrıca Rehber’e göre bilginin tarihi niteliği; bilginin doğası, toplanması, değişim sıklığı ve mevcut pazar özelliklerine (durağanlık ve şeffaflık gibi) bağlı olarak değişiklik gösterir⁷⁸⁹.

Geçmişe dönük bilgilerin değişiminde rekabeti bozucu etkilerin ortaya çıkma olasılığı bulunmaktaysa da bu olasılık, güncel ve geleceğe dönük bilgilerin paylaşılması halinde ortaya çıkan risk karşısında oldukça küçüktür⁷⁹⁰. Buna karşılık, geçmişe dönük ticarete hassas bilgilerin, ürünlerin homojen olduğu, yoğunlaşmış, istikrarlı ve simetrik piyasalarda, halka açık olmayacak şekilde ve sık olarak paylaşılması halinde rekabet ihlâli ortaya çıkabilir⁷⁹¹.

Komisyon tarafından verilen “*Fatty Acids*” kararında⁷⁹², pazarın % 60’ını elinde tutan üç lider firma arasında yapılan, geçmiş üç yıla ait yıllık toplam satış rakamlarına ilişkin bilgilerin değişimi ve bundan sonra toplam satış rakamlarının üç aylık dönemlere ilişkin raporlar halinde paylaşılmasına ilişkin anlaşma rekabeti kısıtlayıcı görülmüştür. Komisyon, geçmiş üç yıla ait yıllık toplam satış rakamlarına ilişkin bilgilerin paylaşılmasının, rakiplerin pazarda yıllardır devam eden gelenekselleşmiş konumu hakkında bilgi vereceğini, ayrıca bundan sonra toplam satış rakamlarının üç aylık dönemlere ilişkin olarak paylaşılacak olmasına ilişkin anlaşmanın uygulanması dolayısıyla bu konuda yapılan düzenli ve sık paylaşımların iki büyük rakibin bireysel iş bilgilerini öğrenme fırsatı yarattığını, bu üç firma arasındaki rekabetin yoğunluğunun azalmasının kaçınılmaz olduğunu ve rakiplerin

⁷⁸⁷ OECD 2010, p. 288; Bennett and Collins, p. 331; Švirinas, p. 109.

⁷⁸⁸ Švirinas, p. 109.

⁷⁸⁹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 20; Pişmaf, s. 67.

⁷⁹⁰ OECD 2010, p. 11; Møllgaard and Overgaard, p. 123; Whish, p. 23.

⁷⁹¹ OECD 2010, p. 440.

⁷⁹² EC, 1986, *Fatty Acids*, 02.12.1986, OJ 06.01.1987 L 3/17, 2.12.1986. Karar hakkında bkz. Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 93-96; Costin, p. 12; Pişmaf, ss. 45-47; Nitsche ve Hinten-Reed, p. 26; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 249; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 118-119; Christensson, pp. 32-33; Kühn, pp. 192-194.

birbirlerinin hareketlerine daha hızlı bir şekilde karşılık verebileceğini belirterek rekabeti kısıtlayıcı olarak yorumlamıştır.

2.3.3.1.1.2.2. Güncel Bilginin Değişimi

Güncel bilgi, teşebbüslerin hâlihazırda uyguladıkları politikalara ilişkin bilgidir. Teşebbüslerin kendilerine ait güncel bilgileri paylaşmaları rekabet hukuku yönünden dikkate alınması gereken bir durumdur. Zira teşebbüslerin mevcut süreçte uyguladıkları pazarlama stratejileri, fiyat politikaları, arz miktarları, müşterileri gibi hassas bilgilerini rakipleriyle paylaşmaları, ilgili piyasada ciddi bir şeffaflaşmaya neden olacaktır⁷⁹³. Birbirlerinin hassas bilgilerini öğrenen rakipler, kendi politikalarını belirlerken bunları dikkate alacak ve piyasadaki rekabet ortamı ciddi bir şekilde zedeleneyecektir. Özellikle de sadece birkaç teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda güncel ve hassas bilgilerin paylaşılması kartelleşmeye neden olabilir⁷⁹⁴. Güncel bilgilerin, örneğin mevcut fiyat bilgilerinin paylaşımı, rakip teşebbüsleri ortak bir fiyat seviyesine yöneltebilir, fiyat danışıklılığının alt yapısını oluşturabilir⁷⁹⁵.

Paylaşılan güncel bilgi, teşebbüs birlikleri tarafından toplanan ve piyasadaki tüm teşebbüse dağıtılan toplam rakamlar üzerinden derlenmiş istatistiksel bilgilerden ibaretse, rekabeti bozucu bir etkinin bulunma olasılığı daha düşüktür. Ancak bu durumda da pazar yapısı ve sair etkenler birlikte ele alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira paylaşılan bilgiler her ne kadar toplam ya da ortalama rakamlar üzerinden yapılan ve teşebbüsler bazında bireyselleşmemiş bilgiler olsa da, bu ortalama rakamlar mevcut durumda halen geçerli olduğundan teşebbüslerin bu rakamlara göre kendi fiyatlarını ve arz miktarlarını düzenlemeleri sonucunu doğurabilir. Özellikle, teşebbüslerin kendi fiyatlarını mevcut ortalama fiyat

⁷⁹³ Bennett ve Colins, ayrıntılı bir şekilde güncel fiyat bilgilerinin paylaşılması durumunda, diğer firmaların, açıklama yapan firmanın pazardaki konumu hakkında daha net bilgi sahibi olacağını ve bunun, fiyat koordinasyonu sağlamak için olası odak noktaların sayısını azaltarak tek bir noktaya ulaşmayı kolaylaştıracağını ifade etmiştir (Bennett and Collins, p. 322).

⁷⁹⁴ Buna karşılık doktrinde Caffarra ve Kühn, özellikle talebe ilişkin güncel bilgilerin paylaşılmasının rakipler arasında belirsizliği azalttığını; buna rağmen gözlemlemeye yardımcı olma bakımından daha güçsüz olduğunu, rakiplerin geçmiş davranışlarına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmadığını ve bu nedenlerle bu tür bilgi değişimlerinin daha ılımlı bir şekilde ele alınması gerektiği belirtilmiştir (Caffarra and Kühn, p. 142).

⁷⁹⁵ Azcuenaga, p. 14.

seviyesine çekmeleri ve fiyatlarda bir eşitlik oluşması oldukça kuvvetli bir olasılıktır. Bu nedenle; paylaşılan güncel bilgilerin teşebbüslere ait bireysel bilgiler olmaması halinde rekabeti olumsuz etkileyecek bir sonucun doğmayacağı yönünde bir genelleme yapılması doğru olmayıp her olay kendi şartları içinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

2.3.3.1.1.2.3. Geleceğe Yönelik Bilginin Değişimi

Rekabet hukuku yönünden en hassas olan bilgiler, teşebbüslerin geleceğe yönelik stratejilerine ve özellikle geleceğe yönelik fiyatlandırma politikalarına ilişkin bilgilerdir⁷⁹⁶,⁷⁹⁷. Teşebbüslerin geleceğe yönelik fiyat politikaları, yatırımları, yeni pazarlara açılma projeleri, planladıkları arz miktarları⁷⁹⁸, piyasaya sürecekleri yeni ürünler ve bunların üretim formülleri gibi bilgiler, o teşebbüsün ticarete hassas bilgileridir. Bu tür bilgilerin paylaşılması geleceğe yönelik şeffaflık ve öngörülebilirlik yaratarak işletmeler arasında işbirliği kurulmasına yardımcı olur⁷⁹⁹. Rakibinin geleceğe yönelik politikaları hakkında bilgi sahibi olan işletmeler, kendi politikalarını bu bilgiler doğrultusunda yönlendirir. Bunun sonucunda piyasadaki rekabet ortamı olumsuz yönde etkilenecek etkin bir rekabetin varlığı imkânsız hale gelecektir. Bu nedenle, rekabet hukuku yönünden en çok titizlikle üzerinde durulması gereken bilgi paylaşımı türü, geleceği yönelik bilgilerin paylaşılmasıdır⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ Capobianco, p. 1265; Møllgaard and Overgaard, p. 124.

OECD raporunda rekabetin kısıtlanması konusunda en büyük riskin, geleceğe yönelik fiyatlandırmalara ilişkin bilgi değişimlerinde söz konusu olduğu; buna karşılık maliyetler ve taleplere yönelik tahminlere ilişkin bilgi paylaşımlarının rekabeti kısıtlama konusunda çok küçük bir risk taşıdığı belirtilmiştir (OECD 2010, pp. 11, 49).

Cafarra ve Kühn, geleceğe yönelik planlanan fiyat bilgilerinin paylaşılmasının, mevcut bir işbirliğinin doğrudan delili olduğu konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunduğunu vurgulamıştır (Cafarra and Kühn, p. 139).

⁷⁹⁷ Doktrinde Overgaard ve Møllgaard, geleceğe yönelik davranışlara ilişkin bilgilerin paylaşılmasının oligopollerde olası birçok denge arasından bir tanesine odaklanmaya yardımcı olarak odaksal bir nokta kurulmasına izin vereceğini ifade etmiştir (Møllgaard and Overgaard, p. 123).

⁷⁹⁸ Doktrinde bir görüş, geleceğe yönelik üretim planlarına ilişkin bilgi değişiminin, sadece teşebbüslerin talep hakkındaki bireysel bilgilerini etkin bir şekilde paylaşmaları halinde bir anlam ifade edeceğini belirtmiştir. Bu görüşe göre; planlanan gelecek davranışlara ilişkin bilginin paylaşılması, mevcut piyasa bilgilerini yaymanın güvenilir bir yoldur (Caffarra and Kühn, p. 140).

⁷⁹⁹ Capobianco, p. 1258; Costin, p. 11.

⁸⁰⁰ Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed tarafından, geleceğe yönelik fiyatlar, satış ve kapasitelerle ilgili gelecek planlarının paylaşılmasının, işbirliğini kolaylaştırıcı eğilimde olduğu belirtilmiş; geleceğe yönelik talep ve maliyet bilgilerinin ise fiyat, satış ve kapasite bilgileriyle tamamlanmaması ya da bu bilgilerden bu hususlarda çıkarımlarda bulunulmasının söz konusu olmaması halinde, daha az öneme sahip olduğu üzerinde durulmuştur (Nitsche ve Hinten-Reed, p. 24).

Geleceğe yönelik bilgi paylaşımının rekabet üzerinde yaratacağı olumsuz etki, gerek geçmişe dönük gerekse güncel bilginin paylaşılmasına göre daha fazla ve daha yoğundur⁸⁰¹. Bu nedenle; bilgi paylaşımına yönelik olayların incelenmesinde, geleceğe yönelik bilgi paylaşımının çok daha hassas ve derinlemesine irdelenmesi isabetli olacaktır. Ancak bu, geleceğe yönelik her türlü bilgi paylaşımının rekabet ihlâli oluşturacağı anlamına gelmemektedir. Özellikle piyasadaki şeffaflık seviyesinin yüksek olması nedeniyle geleceğe yönelik piyasa koşullarının önceden tahmin edilebilir ve belirlenebilir olması halinde, geleceğe yönelik olarak yapılacak bilgi paylaşımının piyasa şeffaflığına ek bir katkısı olmayacaktır⁸⁰². Yine; piyasada çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösteriyor olması halinde, ortak bir işbirliğine ulaşılabilmesi için çok yüksek seviyede koordinasyon gerekeceğinden bu tür çok parçalı bir piyasada yapılan geleceğe yönelik bilgi paylaşımının antirekabetçi bir etki yaratma olasılığı düşük ve zordur⁸⁰³. Bu nedenle; bilgi paylaşımının sadece geleceğe yönelik bir davranışa ilişkin olması, o bilgi değişimi faaliyetinin rekabeti kısıtlayıcı olduğunu gösterme konusunda yeterli değildir. Zira, bilgi değişiminin rekabeti arttırıcı sonuçları olarak açıklanan hususlar, geleceğe yönelik bilgi değişimleri için de geçerli olduğundan⁸⁰⁴ somut olayın özelliklerine göre case-by-case değerlendirme yapılmalıdır.

⁸⁰¹ Whish, p. 23.

⁸⁰² OECD 2010, p. 437.

⁸⁰³ OECD 2010, p. 437.

Yazar ayrıca farklı birden çok alanda rekabet eden teşebbüslerin, sadece tek bir alana ilişkin geleceğe yönelik bilgi paylaşımında bulunması halinde bir koordinasyonun ortaya çıkmasının söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Buna örnek olarak bankalar verilmiştir. Yazar; faiz oranları, müşterilere uygulanan işlem ücreti, şube sayısı, ATM şebekesinin yaygınlığı gibi birçok farklı boyutta birbirleriyle şiddetli bir şekilde rekabet eden bankaların, sadece müşterilere uygulayacakları işlem ücretlerine ilişkin olarak geleceğe yönelik bilgi değişiminde bulunmaları halinde rekabeti kısıtlayıcı koordineli bir etkinin ortaya çıkmayacağını ifade etmiştir (OECD 2010, pp. 437-438).

Bu konuda yazarın görüşünün eleştirilebilir olduğu söylenebilir. Şöyle ki; her ne kadar bankalar birçok farklı yönden birbirleriyle rekabet halinde iseler de, örnekteki gibi, müşterilere uygulanacak işlem ücretleri konusunda bilgi değişiminde bulunulması halinde, sadece bu konuda rakipler arasında bir koordinasyon sağlanması mümkündür. Diğer alanlarda rekabet devam ediyor ve hatta rekabetin şiddeti artmış dahi olsa, sadece müşteri işlem ücretlerindeki bir koordinasyon, tüketicilerin zararına sebep olacağından anti rekabetçi bir etkinin ortaya çıktığının kabul edilmesi kanaatimizce daha isabetli olabilir.

⁸⁰⁴ OECD 2010, p. 439.

2.3.3.1.1.3. Bilgi Değişiminin Sıklığı

Bilgi değişiminde paylaşımın ne sıklıkta yapıldığı, bilgi değişiminin rule of reason değerlendirmesinde dikkate alınması gereken önemli bir faktördür. Bilgi paylaşımının sıklığı arttıkça, rekabete yönelik olumsuz etkiler de artış göstermektedir⁸⁰⁵. Bilgi değişiminin sık olduğu hallerde, teşebbüslerin pazarı, rakipleri ve yeni girişleri izlemesi kolaylaşmaktadır⁸⁰⁶.

Teşebbüslerin toplam arz miktarlarını iki yılda bir açıklamaları ile üç ayda bir açıklamaları arasında rekabet etkileri yönünden önemli farklılıklar vardır. Öncelikle iki yılda bir açıklanan bilgi, durumun özelliğine göre tarihi bilgi niteliğinde olup rekabet üzerinde olumsuz etki gösterme olasılığı daha düşüktür. Buna karşılık, üç aylık periyotlar halinde paylaşılan arz miktarına ilişkin bilgiler, nitelik itibarıyla güncel olup bunların piyasadaki belirsizliği ortadan kaldırması mümkündür.

Bilginin sık paylaşımı, teşebbüslerin birbirlerinin ticari durumları hakkında bilgi sahibi olmalarına, birbirlerinin davranışlarına ilişkin öngörülerde bulunabilmelerine ve kendi stratejilerini belirlerken sahip oldukları bilgilere göre yön belirlemelerine neden olmaktadır⁸⁰⁷. Piyasadaki şeffaflaşmayla birlikte pazarın diğer özelliklerine göre, rakipler arasında paralel davranışların ortaya çıkması ve kartelleşme, giriş engellerinin yaratılması, tekelleşme, pazarın paylaşılması gibi rekabet hukukunun istemediği durumların doğması kuvvetle muhtemel bir hâl almaktadır. Sık bilgi paylaşımı, rakipler arasında ortak bir anlayışa ulaşılmasını kolaylaştırdığı gibi, bu ortak anlayışın sürdürülmesi için teşebbüslerin birbirlerini gözlemleyebilmesini ve ortak anlayıştan ayrılan teşebbüslere daha kolay bir şekilde yaptırım uygulanabilmesini de sağlamaktadır⁸⁰⁸.

Genel itibarıyla bilgi değişiminin daha sık olması halinde rekabetin ihlâlüne yönelik sonuçların doğma olasılığı daha yüksek kabul edilse de bu, bilgi değişiminin

⁸⁰⁵ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 20; Kühn and Vives, Information Exchange, p. 81; Švirinas, p. 109; Pişmaf, s. 68; Christensson, p. 15; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 413.

⁸⁰⁶ Christensson, p. 16.

⁸⁰⁷ Capobianco, p. 1266; Švirinas, p. 109.

⁸⁰⁸ OECD 2010, pp. 50, 397.

Örneğin fiyat bilgilerinin rakiplerce birbirleriyle üç ayda bir paylaşılıyor olması durumunda teşebbüslerden biri, bu üç aylık sürecin ilk ayının sonunda ortak fiyattan ayrılarak bir fiyat indirimine giderse, bunun diğer teşebbüsler tarafından tespiti ancak üç aylık sürecin sonunda mümkün olacağından iki ay süren bir ihlâl ortaya çıkacaktır (Nair ve Mncube, p. 3).

daha uzun aralıklarla olması durumunda rekabetin asla zarar görmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bilgi değişiminin sıklığı, rule of reason analizi kapsamındaki diğer tüm faktörlerle birlikte değerlendirilmelidir. Özellikle uzun süreli anlaşmalara dayalı piyasalarda, sık olarak yapılmayan bilgi değişimi faaliyeti dahi teşebbüsler arasında bir ortak işbirliğine sebep olabilecektir⁸⁰⁹.

İtalyan rekabet kurulu tarafından 2004 yılında verilmiş olan “*Philip Morris/Cigaretta Retailers*” kararı doktrinde haklı eleştirilere sebep olmuştur⁸¹⁰. Karara konu olayda, Philip Morris (PM), bayileri ile akdettiği standart anlaşmayı Kurula bildirmiştir. Standart anlaşmada; bayilerin tamamının, PM’nin sigaralarının marka bazında günlük satış miktarlarını, bayilerin günlük toplam satış miktarlarını ve bayilerin sattığı her sigara markasının günlük satış miktarlarını aylık olarak PM’ye bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca PM’nin bayileriyle akdettiği standart anlaşmada münhasırlık şartı bulunmaktadır. Bu nedenle, PM’nin rakiplerinin PM ile aynı düzeyde bir bayilik ağı kurma imkânları ortadan kalkmaktadır. Karara konu dönemde sigara pazarı oldukça yoğunlaşmış bir durumdadır. PM ve ETI on yıl kadar bir süre birlikte hareket ederek rakiplerinin pazarda büyümesini engellemişlerdir. PM ve ETI birlikte pazarın yaklaşık %90’ını ellerinde tutarak hâkim durumda bulunmaktadır. Soruşturma sırasında ETI, British American Tobacco (BAT) tarafından devralınmıştır. Ayrıca PM, standart anlaşmasındaki münhasırlık kaydını geri çekmiştir. İtalyan rekabet kurulu, ETI’nin BAT tarafından devralınması ile ETI’nin lehine olarak PM’nin pazar payının yaklaşık %10 oranında düştüğünü, bu devralma ile PM’nin hâkim durumunun ortadan kalktığını, karşısında bir rakip oluştuğunu, fiyatların düzenli olarak resmi gazete yayınlanıyor olması nedeniyle sigara piyasasının fiyat yönünden şeffaf olduğunu, PM’nin anlaşmasındaki bilgi değişiminin dikey yönlü olduğunu, bu bilgi değişimi yoluyla gerek coğrafi gerekse satış noktası yönünden talep trendlerini daha etkin bir şekilde gözlemleyebileceğini, böylece daha iyi bir ürün dağıtımı ve marka pozisyonu sağlayacağını belirterek PM’nin standart anlaşmasının rekabeti ihlâl etmediği sonucuna varmıştır.

⁸⁰⁹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 20; OECD 2010, pp. 50, 317; Švirinas, p. 110; Pişma, s. 68.

⁸¹⁰ OECD 2010, p. 44, dn. 109; Antonio Capabianco and Stefano Fratta, “Information Exchanges Between Competitors: the Italian Competition Authority’s Recent Practice”, **Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP**, Paper: 44, 2005, <http://law.bepress.com/wilmer/art44> (11.06.2014), pp. 3-6.

Doktrinde Capobianco ve Fratta, Kurulun bu kararını haklı olarak eleştirmişler ve Kurulun bu karar ile bu tarihe kadar aynı yönde kararlar verdiği AB prensiplerinden ayrıldığını belirtmişlerdir⁸¹¹. Yazarlar özellikle PM'nin pazardaki gücü ile pazardaki şeffaflık arasındaki ilişkinin irdelenmediğini ve ETI'nin devralınması ile PM'in hâkim durumunun sona ereceğine ilişkin varsayımın doğru olup olmadığı konusunda yeterli araştırma yapılmadığını belirtmiştir. Yazarlara göre PM'nin, BAT tarafından devralınan ETI ile birlikte hareket etmeye devam etmesi halinde, dikey bilgi değişimi yatay yönde etki gösterecek ve hâkim durum daha da güçlenecektir. Ayrıca standart anlaşmadaki bilgi değişimi yoluyla rakiplerine karşı onların ulaşamadığı hassas ve ayrıntılı bilgilere ulaşarak elde ettiği avantajın, yine anlaşma dolayısıyla piyasadaki şeffaflığın artması sonucunda dışlayıcı etki yaratıp yaratmadığı hususunun kararda hiç tartışılmamış olması eleştirilen noktalardan biridir.

2.3.3.1.2. Bilgi Değişiminin Söz konusu Olduğu İlgili Pazarın ve Ürünün Yapısı

2.3.3.1.2.1. İlgili Pazar Kavramı

Bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etki gösterip göstermediğinin değerlendirilmesinde ilgili pazarın ve ürünün özellikleri oldukça önemlidir⁸¹².

Burada öncelikle “*ilgili pazar*” ile ne ifade edildiği üzerinde durulmasında yarar vardır. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Tebliği⁸¹³ ekinde Birleşme ve Devralmalar Hakkında Bildirim Formu

⁸¹¹ Capobianco and Fratta, pp. 3-5.

⁸¹² Söz konusu pazarda işbirliğinin oluşup oluşmama olasılığının değerlendirilmesinde, diğer tüm unsurların sabit olması (*ceteris paribus*) halinde anahtar etmenler, pazarın yapısı ve ürünün özellikleridir (OECD 2012, p. 39).

⁸¹³ RK, 2010, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 2010/4, 07.10.2010 T. ve 27722 S. RG. Söz konusu Tebliğ’de, yürürlüğe girdikten sonra 2010, 2011, 2012 ve 2016 yıllarında birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler için bkz. RK, 2010/4 Sayılı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ, 2011/2, 30.09.2011 T. ve 28070 S. RG.; RK, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 2012/3, 29.12.2012 T. ve 28512 S. RG.; RK, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 2016/3, 13.02.2016 T. ve 29623 S. RG.

bulunmaktadır. Söz konusu Bildirim Formu'nun 5. maddesinde ilgili ürün pazarı, ilgili coğrafi pazar ve etkilenen pazarlara değinilmiştir.

Avrupa Komisyonu tarafından 1997 yılında Birlik Rekabet Hukukunun Amaçları Bakımından İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Tebliğ yayınlanmıştır⁸¹⁴. Söz konusu Tebliğ ile ilgili pazar, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar şeklinde iki kısımda incelenmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından 2008 yılında Komisyon Tebliği ile uyumlu düzenlemeler içermesine rağmen Komisyon Tebliği'ne göre çok daha az ayrıntı içeren, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'u yayınlanmıştır⁸¹⁵. Kılavuz'a göre pazar tanımlamasının temel ilkeleri; talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabettir. İlgili pazarın tanımlanmasında dikkate alınacak kriterler ise Komisyon Tebliği'nde belirtildiği gibi; ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazardır.

2.3.3.1.2.1.1. İlgili Ürün ya da Hizmet Pazarı

İlgili pazar belirlenirken öncelikle ilgili pazar, ürün bakımından belirlenmelidir. Bunun için inceleme konusu pazarın hangi ürünlerden oluştuğu saptanmalıdır⁸¹⁶. İlgili ürün pazarı, tüketici açısından nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları itibarıyla ikame edilebilir olarak kabul edilen ürünlerden oluşan piyasadır⁸¹⁷. Aralarında açık bir benzerlik bulunan ya da aynı kullanım amacına hizmet eden ürünler aynı piyasa içinde kabul edilebilir⁸¹⁸. 2010/4 sayılı Tebliğ ekindeki Bildirim Formu'na göre ilgili ürün pazarının tespitinde, tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbirleriyle değiştirilebilir

⁸¹⁴ EC, 1997, Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, 09.12.1997 OJ 372/5, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN) (15.07.2016).

⁸¹⁵ RK, 2008, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, 10.01.2008, 08-04/56-M, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fkilavuz5.pdf> (31.05.2016).

⁸¹⁶ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 85; Aşçıoğlu Öz, s. 109.

⁸¹⁷ Eroğlu, s. 199; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 89, 248; Sülün Güçer, **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları**, RK, Akademik Çalışmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 13, Ankara, 2005, ss. 34-35; Halil Çeçen, **Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 28; H. Yılmaz, s. 36; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 163; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 41; Güven, Rekabet Hukuku, s. 285; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, s. 415; Z. Arı, Danışıklık, s. 105; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 279; Günay, Rekabet Hukuku, s. 76; N. Kortunay, s. 38; Esin, Rekabet, s. 183.

⁸¹⁸ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 162.

veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır. Ayrıca tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir.

Kılavuz'a göre; ilgili ürün pazarı belirlenirken alternatif ürünlerin birbirlerinin ikamesi olup olmadığı önem taşımaktadır. İkame ürünlerin belirlenmesinde, incelenmekte olan endüstri, mal ve hizmetler özellikle önem taşır. İkame edilebilirlik hem arz hem talep bakımından değerlendirilir. Talebin ürün fiyatlarında, tüketici gelirinde ve diğer ürünlerin fiyatlarındaki değişiklikler karşısındaki duyarlılığı (talep esnekliği) talep ikamesinin saptanmasında dikkate alınırken; arzın ürünün fiyatındaki değişiklikler karşısındaki duyarlılığı arz ikamesinin saptanmasında önem taşır⁸¹⁹.

İlgili ürün pazarı, özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları yönünden tüketicinin birbiri yerine yeterli derecede ikame edilebilir kabul ettiği tüm ürün ve hizmetleri kapsar⁸²⁰. Ürünlerin fiyatları arasında önemli derecede farklılık bulunması bunların farklı pazarlarda olduklarına dair karine oluşturur. Zira ürünlerin özellikleri ne kadar benzer olursa olsun fiyatlar arasında büyük fark bulunması halinde tüketiciler yönünden ikame edilebilirlik oranı düşük olmaktadır⁸²¹. Buna rağmen farklı fiyatlar her zaman farklı pazarlar anlamına gelmeyebilir⁸²².

Kılavuz'a göre; iki ürünün talep yönünden ikame olup olmadığını belirlemede göz önüne alınacak kriterler; yakın geçmişte ürünlerin birbirlerini ikame ettiğine dair bulgular, özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, tüketici tercihleri, talebin potansiyel ikame ürünlere kaydırılmasına ilişkin maliyet ve engeller, değişik müşteri kategorileri ve fiyat ayrımcılığıdır.

Talep ikamesi konusunda değerlendirme yapılırken, fiyatlardaki değişikliğin yeterli düzeyde olması ve ikamenin gerçekleşebileceği sürenin saptanması gereklidir⁸²³.

⁸¹⁹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 87; Aşçıoğlu Öz, ss. 109-110.

⁸²⁰ Eroğlu, s. 200; Kahraman, s. 110; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 163; Öztunalı, s. 32; Aşçıoğlu Öz, s. 109; Şiramun, s. 24; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 285-286.

⁸²¹ Sinan Ülgen, "Avrupa Birliği'nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", **TÜSİAD**, Aralık 1998, Yayın No. TÜSİAD-T/98-12/247, <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/1849-avrupa-birliginde-hakim-durumun-kotuye-kullanilmasi>, (01.03.2016), s. 28; Çeçen, s. 31; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 514-515.

⁸²² Sirel, s. 37.

⁸²³ Ülgen, s. 24.

Bir mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelerin, başka bir ürünün satışında yapacağı etkiye çapraz fiyat elastikiyeti (esnekliği) denir⁸²⁴. Çapraz elastikiyet, bir ürünün fiyatındaki bir birim değişikliğin ürünün miktarında kaç birimlik değişikliğe neden olduğu hesaplamaya yarar⁸²⁵. Çapraz elastikiyetin belirlenmesinde ilgili ürünün özellikleri ile alıcı tercihleri birlikte değerlendirilmelidir^{826, 827}. Tüketici bir ürünün fiyatında artış meydana gelmesi halinde tercihini başka bir ürüne yönlendiriyorsa, bu durumda iki ürün arasında çapraz fiyat esnekliğinin yüksek olduğu anlaşılır⁸²⁸. Süt fiyatlarında oluşan %10'luk bir artışın süt tüketimini belli bir oranda düşürerek ayran tüketimini arttırdığı gözlemleniyorsa ayran ve süt aynı pazarda kabul edilecektir. Ayran fiyatlarındaki artışın ayran tüketimini belli bir oranda azaltıp meyve suyu tüketimini arttırması halinde meyve suyu da aynı pazarda kabul edilebilir. Bu sisteme “ikame zinciri” denir. Ancak ikame zinciri oluşturulurken ilk ürünle son ürün arasında bağlantı olmasına ve ikame zincirinin amacı aşar şekilde uzamamasına dikkat edilmesi gerekmektedir⁸²⁹.

Doktrinde talep ikamesinin, fonksiyonel ikame edilebilirlik ve reaksiyonel ikame edilebilirlik olmak üzere iki ölçüt esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Fonksiyonel ikame edilebilirlik (*ürünün objektif ikame edilebilirliği*); bir ürünün niteliklerinin, fiziksel ve teknik özellikleri ile hukuki konumunun başka

⁸²⁴ Ocak, ss. 191, 195; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 248; Güven, Rekabet Hukuku, s. 286; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 280; N. Kortunay, s. 38; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 213; Günay, Şerh, s. 988.

⁸²⁵ Orçun Şenyücel ve Cihan Aktaş, “İlgili Pazar Kavramı”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 2, 2000, ss. 45-46.

⁸²⁶ Ocak, ss. 191, 195; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 248.

⁸²⁷ AB rekabet hukukunda ilgili ürün pazarının tespiti bakımından çapraz esnekliğin ölçülmesi için SSNIP (*Small but significant non-transitory increase in price*) testi uygulanmaktadır. Çapraz esneklik, bir ürüne olan talebin, diğer tüm koşullar aynı kalmak kaydıyla, başka bir ürünün fiyatındaki değişikliğe karşı duyarlılık oranıdır. Bahsi geçen test ile bir ürünün fiyatında geçici olmayan, küçük ama önemli bir fiyat artışı uygulanır. Bu fiyat artışından sonra o ürünün müşterilerinin davranışlarının ne yönde olduğu incelenir. Eğer müşteriler bu fiyat artışından sonra başka ürünlere yöneliyorlarsa ve yapılan fiyat artışı kâr getirmeyecek bir hâl alıyorsa, tüketicilerin yöneldiği ürünler ilgili pazar kapsamında kabul edilir. Açıklanan şekilde ilgili pazar kapsamına giren tüm ürünler belirlenerek pazarın sınırları tespit edilir (Kahraman, ss. 110-111; Öztunalı, ss. 32-33; Şenyücel ve Aktaş, ss. 52-53; H. Yılmaz, ss. 36-38; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 150-152; Güven, Rekabet Hukuku, S. 279; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 77, 79; Günay, Şerh, s. 986; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 504-507).

SSNIP testi hakkında bkz. Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Esnek Hukuk ve İktisat Yaklaşımları: ABD’deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, (Yoğunlaşmalar), s. 128.

⁸²⁸ Z. Arı, Danışıklılık, ss. 108-109; Aşçıoğlu Öz, s. 111; Çeçen, s. 32; Şenyücel ve Aktaş, s. 46; N. Kortunay, s. 38; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 213; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 503; Günay, Şerh, s. 989.

⁸²⁹ Sirel, ss. 34-36; Z. Arı, Danışıklılık, s. 110.

bir ürünle ikame edilebilir nitelikte olmasını ifade eder. Reaksiyonel ikame edilebilirlik (*ürünün sübjektif ikame edilebilirliği*) ise; tüketicilerin söz konusu ürünün fiyatında meydana gelen bir değişiklik durumunda başka bir ürünü tercih edip etmediği, tercihlerin ne oranda değiştiği, kısacası tüketicilerin bu değişikliğe nasıl reaksiyon verdiğidir. Hem fonksiyonel hem de reaksiyonel ikame edilebilirliği olan ürünlerin aynı ilgili pazarda olduğu kabul edilir⁸³⁰. Zira örneğin pahalı marka kol saatleri ile işportada satılan kol saatleri fonksiyonel olarak ikame edilebilir ise de reaksiyonel olarak ikame olmadıklarından aynı ürün pazarında değerlendirilmeyecektir⁸³¹. Ancak bazen tüketici tercihleri açısından reaksiyonel ikame edilebilirliği olmayan; ancak fonksiyonel ikame edilebilirliği olan ürünler aynı pazarda kabul edilebilmektedir⁸³².

İkame edilebilirlik değerlendirilirken ortalama bir tüketicinin tercihlerine göre ürünlerin kullanım amacı esas alınmalıdır⁸³³.

Yüksek Mahkeme “*United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*” davasında vermiş olduğu kararda, paketleme amacıyla kullanılan selafon ve diğer paketleme malzemelerinin aynı ürün pazarında olduğuna karar vermiştir⁸³⁴. Yüksek Mahkeme tarafından verilen bu kararda, her ne kadar selafonun diğer paketleme malzemelerinden kalite itibarıyla farklı olduğu, selafonun nem ve koku geçirmez nitelikte olup aynı zamanda patlamaya karşı yüksek dirençli ve kolay yırtılabilir özellikleriyle diğer paketleme malzemelerinden ayrıldığı iddia edilmişse de; selafonun ve diğer paketleme malzemelerinin aynı amaca (paketleme amacına) yönelik olması ve ürünlerden birinin fiyatının düşmesi halinde müşterilerin kolaylıkla o ürüne yöneliyor olması nedeniyle ürünler arasındaki çapraz talep esnekliğinin yüksek olduğu, bu nedenle selafonun da diğer paketleme ürünleriyle birlikte aynı ürün pazarına dâhil olduğu sonucuna varılmıştır.

Talep bakımından ikame edilebilirlik belirlenirken teorik olarak iki malın ikame edilebilir olması yeterli bulunmamakta, somut koşullar çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir. Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan

⁸³⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 88-91; Ocak, ss. 192-194; Aşçıoğlu Öz, ss. 111-112.

⁸³¹ Aşçıoğlu Öz, s. 112; N. Kortunay, s. 39.

⁸³² Ocak, s. 195.

⁸³³ Ocak, s. 196.

⁸³⁴ U.S. Supreme Court, 1956, *United States v. E.I. du Pont Numors & Co.*, 11.06.1956, 351 U.S. 377. Karar hakkında bkz. Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 163; Şenyücel ve Aktaş, ss. 46-48; Akıncı, ss. 205-206.

“PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş.- JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.” kararında ilgili pazar tespiti yapılırken sigaralar öncelikle, Amerikan harmanı sigaralar ve şark tütünü sigaralar olarak ikiye ayrılmıştır. Kurul tarafından yapılan incelemede iki tür arasında önemli fiyat farklılıkları bulunduğu, Amerikan harmanı sigaraların üst, orta ve popüler sınıfta, şark tipi sigaraların ise alt sınıfta değerlendirildiği, her iki tür arasında fiyat, kalite, kullanılan tütün ve materyal farklılıkları bulunduğu, kullanıcılarda tüketici sadakati ve ürün bağımlılığı oluştuğu⁸³⁵, bir malın teorik olarak diğerinin yerine kullanılabilecek olmasının o iki ürünün her zaman aynı pazara dâhil edilmesi için yeterli gerekçe olmadığı belirtilerek her iki ürünün aynı ilgili pazarda değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve söz konusu olayda ilgili pazarın Amerikan harmanı ile üretilen sigaralar olduğu sonucuna varılmıştır⁸³⁶.

Arz yönünden ikame edilebilirlik, arz esnekliğinin ölçülmesiyle tespit edilir⁸³⁷. Kılavuz’a göre arz ikamesi; tedarikçilerin göreceli fiyatlarda meydana gelecek küçük ve kalıcı artışlarda, üretimlerini başka bir ürüne kaydırabilmelerini, bunun için kısa dönemde kayda değer ek maliyetlere ve risklere katlanmak zorunda kalmadan ürünlerini pazarlayabilmelerini ifade eder. Arz ikamesinde iki koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; yeni üretimin tüketicilere kısa zamanda ulaştırılması ve üreticilerin ek masraflar ile risklere maruz kalmamalarıdır⁸³⁸. Arz ikamesinin bulunması giriş engellerinin yüksek olmamasına bağlıdır. Giriş engellerinin yüksek olması halinde ürünün fiyatı çok yükselmiş bile olsa başka bir teşebbüsün kısa zamanda az maliyetle pazara girmesi mümkün olamayacaktır⁸³⁹. Piyasada arz ikamesinin bulunması halinde pazara yeni girişler olabileceği ve arzın artabileceği düşüncesi, pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler üzerinde rekabetçi baskı oluşturacaktır. Bir başka deyişle; arz ikamesinin yüksek olması, ilgili pazarda potansiyel rekabetin yüksek olduğunu gösterir⁸⁴⁰.

⁸³⁵ Ürün bağımlılığı konusunda bkz. Süleyman Cengiz, **Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, ss. 32-34.

⁸³⁶ RK, 2002, *PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş.- JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.*, 24.12.2002, 02-80/937-385.

⁸³⁷ D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, s. 91; Kahraman, s. 111; Ocak, s. 208.

⁸³⁸ Ülgen, s. 32; N. Kortunay, s. 40.

⁸³⁹ H. Yılmaz, s. 39; Z. Arı, *Danışıklılık*, s. 111.

⁸⁴⁰ Z. Arı, *Danışıklılık*, ss. 111-112.

Doktrinde İ.Y. Aslan ve Z. Arı, arz ikamesinin teorik olarak yüksek olmasının her zaman ilgili iki ürünün aynı pazarda olduğunu göstermeyeceğini, bir pazarda kârlı bir şekilde faaliyet gösteren, o üründe uzmanlaşmış ve o ürünün pazarlama özelliklerini bilen bir üreticinin zaman ve masraf kaybı olmasa da diğer ürünün arzına geçmeyeceğini, bu nedenle arz ikamesi yönünden pazar tespiti yapılırken çok dikkatli olunması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁴¹.

Talep ikamesinde aranan fonksiyonel ve reaksiyonel ikame koşulları, arz ikamesi için de geçerlidir. Talebe ilişkin reaksiyonel ikamede tüketicinin rolü, arza ilişkin reaksiyonel ikamede yerini üretici, dağıtıcı, satıcı gibi arz edenlere bırakmaktadır⁸⁴².

Avrupa Komisyonu “Nestle/Perrier” kararında şişelenmiş su sektöründe faaliyet gösteren Perrier’in tüm hisselerinin, birçok alanda paketlenmiş gıda ve soft içecek sektöründe faaliyet gösteren Nestle tarafından devralınması işleminin değerlendirilmesi çerçevesinde öncelikle etkilenecek olan ilgili pazarı incelemiştir⁸⁴³. Öncelikle talep ikamesi bakımından şişelenmiş içme suyu ile soft içecekler değerlendirilerek bu iki ürün grubunun birbirlerinin talep ikamesi olup olmadığı konusunda tespitlerde bulunulmuştur. Talep ikamesi değerlendirmesinde öncelikle tüketicilerin bu iki grup ürünü tüketme istekleri karşılaştırılmıştır. Tüketiciler genellikle şişelenmiş içme suyunu, katkısız, saf ve sağlıklı bir içecek olduğu ve sağlıklı yaşamın bir gereği olduğu için ve susuzluk ihtiyacını gidermek için tüketmektedir. Diğer soft içecekler ise farklı katkı maddeleri ile aromalar içermektedir. Tüketiciler genellikle sosyal ortamlarda ve lezzet alma amacıyla bu içecekleri tüketmektedir. Şişelenmiş içme suyunu tüketiciler evlerinde günlük ihtiyaçları için çok miktarda tüketirken soft içecekleri çok daha az miktarlarda tüketmektedirler. Talep ikamesi konusunda yapılan değerlendirmede bir sonraki adım olarak ürünlerin fiyatları ve fiyat değişimlerine hassasiyetleri incelenmiştir. Bu değerlendirmede soft içeceklerin fiyatının şişelenmiş içme suyundan birkaç kat daha pahalı olduğu ve içme suyunun fiyatında önemli bir artış olması halinde tüketicilerin içme suyu yerine diğer soft içeceklere yönelim göstermeyecekleri tespit edilmiştir.

⁸⁴¹ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 167; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 42; Z. Arı, Danışıklılık, s. 112.

⁸⁴² D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 92.

⁸⁴³ EC, 1992, *Nestle/Perrier*, 22.07.1992, OJ 05.12.1992 L 356/1. Karar hakkında bkz. Güven, Rekabet Hukuku, ss. 272, 294.

Komisyon iki ürün grubu arasındaki talep ikamesini değerlendirdikten sonra arz ikamesi yönünden bir değerlendirme de yapmıştır. Öncelikle iki ürün grubunun üretim koşulları karşılaştırılmıştır. Buna göre; şişelenmiş içme suyu, kaynağında şişelenmek zorundadır ve üretici, şişeleme tesisini su kaynağının bulunduğu yere konumlandırmak zorundadır. Diğer soft içecek üreticileri ise herhangi bir yasal kısıtlamaya tâbi olmaksızın kendileri için en uygun yerde tesis kurabilmektedir. Ürün gruplarının fiyatlama süreci birbirinden çok farklıdır. Ayrıca en önemli noktalardan biri, soft içecek üretim tesisinin şişelenmiş içme suyu üretim tesisine dönüştürülmesi, şişelenmiş su tesislerinin taşınması gerekli zorunlu şartlar ve lokasyon şartı nedeniyle mümkün olmamasıdır.

Komisyon tüm bu değerlendirmeler sonucunda şişelenmiş içme suyu ile diğer soft içecekler grubunun birbirinin ikamesi olmasının mümkün olmadığını, iki ürün gruplarının farklı pazarlara dâhil olduğunu tespit ederek inceleme konusu devralma işleminden etkilenecek ilgili ürün pazarının şişelenmiş içme suyu pazarı olduğu kanaatine ulaşmıştır.

İki ürün arasında talep ikamesi olmamasına rağmen arz ikamesi bulunması mümkündür. Bu durumda söz konusu iki ürünün aynı ürün pazarında olduğunun kabul edilmesi isabetli olmayacaktır. Örneğin; fotokopi kağıdı ile fotoğraf baskı kağıdı talep yönünden birbirinin ikamesi değildir. Buna karşılık bu iki kağıdın üretim koşulları yönünden aralarında arz ikamesi olabilir. Ancak sadece arz ikamesi bulunması bu iki ürünün aynı ürün pazarına dâhil olduğu anlamına gelmeyecektir⁸⁴⁴.

2.3.3.1.2.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili pazarın belirlenmesinde, ilgili ürün pazarı belirlendikten sonra ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi gerekmektedir. 2010/4 sayılı Tebliğ ekindeki Bildirim Formu'na göre ilgili coğrafi pazar; teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgeden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.

⁸⁴⁴ Günay, Şerh, s. 990.

Kılavuz'a göre; ilgili coğrafi pazarın tanımlanmasında kullanılabilecek unsurlar ise; siparişlerin geçmişte başka bölgelere kaydırıldığını gösteren bulgular, özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler, talebin temel özellikleri, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, satın almaların mevcut coğrafi eğilimi, ticaret akımları, mal sevkiyat eğilimleri, siparişlerin başka bölgelerdeki teşebbüslere kaydırılmasıyla ilgili engeller ve maliyelerdir.

İlgili coğrafi pazara ilişkin yapılan bir tanım; *“rekabet hukukunda ilgili şirketlerin mal ve hizmetlerini sattıkları ve rekabet koşullarının yeterince yeknesak olduğu alan”* şeklindedir⁸⁴⁵.

Doktrinde ilgili coğrafi pazara ilişkin olarak yapılan bir tanıma göre; *“Teşebbüsün fiilen ticari faaliyette bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen piyasadaki alıcıların “önemli oranda ek bir maliyete katlanmaksızın” kolaylıkla ulaşabildiği alan ilgili coğrafi pazardır.”*⁸⁴⁶

Doktrinde, ABAD ve Komisyon kararlarında⁸⁴⁷ ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde rekabet koşullarının homojenliği esas alınmaktadır. Buna göre; önce ilgili teşebbüslerin fiilen faaliyette bulunduğu coğrafi alan belirlenecek ve daha sonra rekabet koşullarının bu alan da dâhil olmak üzere homojen olduğu diğer coğrafi alanlar belirlenerek tamamı bir bütün halinde ilgili coğrafi pazar olarak nitelendirilecektir⁸⁴⁸. Fiilen faaliyette bulunulan alan, ürünlerin üretiminin yapıldığı değil, satıldığı alandır⁸⁴⁹. Rekabet koşullarının homojen olduğu alan belirlenirken tüketici tercihlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir⁸⁵⁰.

Doktrinde, ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinin talep boyutu ve arz boyutu ayrı ayrı ele alınmıştır. Talep boyutunda önemli olan; müşterilerin kısa vadede ve ek bir maliyetle karşılaşmaksızın siparişlerini başka yerlerde bulunan firmalara aktarip

⁸⁴⁵ Ülgen, s. 35.

⁸⁴⁶ Ocak, ss. 212-213.

⁸⁴⁷ Yukarıda değinilen “Nestle/Perrier” kararında Komisyon, ilgili coğrafi pazarın tüm Avrupa değil; sadece Fransa olduğuna karar vermiştir. Zira her üye devlette rekabet koşulları farklıdır ve diğer ülkelerde Fransa pazarına girebilecek güçlü rakipler olmadığı tespit edilmiştir. Doktrinde Aşçıoğlu Öz, bu kararın, ilgili coğrafi pazar kavramında potansiyel rekabetin önemini vurguladığını belirtmiştir (Aşçıoğlu Öz, ss. 117-118).

⁸⁴⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 96-98; Ocak, s. 213; Aşçıoğlu Öz, ss. 116-117; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 249-250; İbrahim Gül, **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 19; Güçer, s. 102; Ulaş Kısa, s. 20; Şiramun, s. 24; Çeçen, s. 28; H. Yılmaz, s. 42.

⁸⁴⁹ Eroğlu, s. 199.

⁸⁵⁰ Gül, s. 19.

aktaramayacaklarıdır. Bu mümkünse ilgili coğrafi pazar, bu bölgeleri de kapsayacak şekilde yorumlanacaktır⁸⁵¹. Arz boyutunda ise; belirli bir bölgede satış yapabilmek için bir teşebbüsün karşılaşacağı navlun masrafları, dağıtım sistemleri, sevkiyat şekilleri gibi fiili engeller dikkate alınmalıdır^{852, 853}. Bunların yanında; malın kısa süre içinde bozulabilir nitelikte olması, tüketicilerin geleneksel alışkanlıkları, damak zevkleri gibi faktörler de ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde etkili olabilmektedir⁸⁵⁴.

Doktrinde; farklı bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin, tüketiciler için alternatif bir arz kaynağı; farklı bölgelerdeki tüketicilerin ise teşebbüsler için alternatif bir talep kaynağı olarak görülebildiği hallerde, bu bölgelerin aynı coğrafi pazar içinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵⁵. Bu kapsamda ticaret akışı önem taşımaktadır. Şöyle ki; iki bölge arasında ticaret akışı yoksa bu iki bölgenin farklı coğrafi pazarlar olduğu kabul edilir⁸⁵⁶.

Doktrinde, doğal pazar kavramından söz edilmiştir. Buna göre; bazı ürünlerin nitelikleri dolayısıyla oluşan bir pazarları vardır. Buna örnek olarak ekmek verilmiştir. Ekmeğin çabuk bayatlayan bir ürün olması nedeniyle belirli mesafedeki bir alan içinde kalması gerekmektedir. Bu alan ekmek için doğal pazardır ve aynı zamanda da coğrafi pazarı oluşturmaktadır⁸⁵⁷. Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan bir kararda ilgili coğrafi pazar belirlenirken, ekmeğin çabuk bayatlaması nedeniyle yerleşim birimleri arasında kolayca taşınmadığı, buna karşılık İstanbul il sınırları içindeki ilçeler arasında ekmek ticareti yapılabildiği, bu nedenle ilgili coğrafi

⁸⁵¹ Günay, Şerh, s. 992.

⁸⁵² Ülgen, ss. 36-40; Günay, Rekabet Hukuku, s. 83; Günay, Şerh, ss. 992-993; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 538-541

⁸⁵³ Doktrinde, genel olarak ülkenin her tarafında satılan bir ürünün söz konusu olduğu ve nakliye giderlerinin düşük olduğu durumlarda piyasanın bütün ülkeyi kapsadığının kabul edildiği belirtilmiştir. “*Hoffman-La Roche*” kararı konuya ilişkin emsal karar olarak gösterilmektedir. Söz konusu kararda, karara konu vitamin haplarının nakliye giderlerinin, vitaminlerin bedeline göre çok düşük olması nedeniyle tüm AB ülkelerinin ilgili pazar olduğuna karar verilmiştir (Akıncı, s. 202). Karar hakkında bkz. a.ş. s. 308 dn. 1030.

⁸⁵⁴ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 155; Esin, Rekabet, s. 188.

⁸⁵⁵ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 250; Akıncı, s. 203.

⁸⁵⁶ Z. Arı, Danışıklılık, s. 121.

⁸⁵⁷ Güven, Rekabet Hukuku, s. 301.

pazar olarak İstanbul il sınırlarının kabul edildiği belirtilmiştir⁸⁵⁸. Doğal pazarı olan ürünlere verilen bir diğer örnek ise çiğ sütür⁸⁵⁹.

2.3.3.1.2.1.3. Zamansal (Dönemsel) Pazar

Doktrinde ilgili ürün pazarı belirlenirken zaman bakımından da değerlendirme yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Buna göre; kısa dönemde arz ve talep esnekliği olmayan ürünlerin uzun dönemde ya da başka bir mevsimde arz ve talep esnekliği bulunabilir⁸⁶⁰.

İlgili pazarın zamansal olarak değerlendirilmesi, incelemeye konu mal veya hizmet pazarının farklı dönemlerde rekabet koşulları açısından önemli derecede farklılık göstermesi halinde söz konusu olacaktır⁸⁶¹.

2.3.3.1.2.2. Bilgi Değişiminin Değerlendirilmesi Bakımından İlgili Pazarın ve Ürünün Özellikleri

Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de, etkin bir şekilde şeffaflığı yüksek, yoğunlaşmış, karmaşık olmayan, durağan ve simetrik piyasalarda ortak bir anlayışa ulaşarak işbirliği yapılmasının, firmaların birbirlerini izleyerek ihlalleri cezalandırmasının diğer piyasalara göre çok daha kolay olduğu belirtilmiştir⁸⁶². Yine ürünlerin homojen olduğu oligoplistik pazarlarda rekabetin kısıtlanması ya da bozulması diğer piyasalara göre daha kolaydır.

Önemi nedeniyle, pazar yapısı ve ürüne ilişkin özelliklerin bilgi değişiminin rekabeti artırıcı ya da kısıtlayıcı sonuçları üzerindeki etkilerini ayrı ayrı ele almak faydalı olacaktır.

⁸⁵⁸ RK, 1999, *İstanbul Halk Ekmek Un ve Unlu Maddeler Gıda San. ve Tic. A.Ş.*, 04.08.1999, 99-37/376-241.

⁸⁵⁹ Günay, Şerh, ss. 993-994.

⁸⁶⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 94-95; Aşçıoğlu Öz, ss. 119-120; Ulaş Kısa, s. 20; Çeçen, ss. 35-36; Cemal Ökmen Yücel, **Elektrik Üretiminde Hakim Durumun Tespiti**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, s. 52; H. Yılmaz, s. 44; Z. Arı, Danışıklık, s. 108; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 288; Günay, Rekabet Hukuku, s. 84; Günay, Şerh, s. 994.

⁸⁶¹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 251.

⁸⁶² EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 17.

2.3.3.1.2.2.1. Şeffaflık

Bilgi değişiminin rekabeti bozucu etki yaratıp yaratmadığının araştırılmasında, ilgili pazarın yapısı son derece önem taşır. İlgili pazarın yapısı incelenirken göz önünde bulundurulması gereken bir husus, pazardaki şeffaflık derecesidir.

Bilgi değişiminin rekabeti bozucu etkisinin ortaya çıkması için bu bilgi değişimi sonucunda pazarın şeffaflığının ve buna bağlı olarak öngörülebilirlik düzeyinin artması gerektiğine daha önce birçok kez değinilmiştir⁸⁶³. Bu kapsamda incelenmesi gereken nokta, bilgi değişiminden önce pazardaki şeffaflık oranı ile bilgi değişiminden sonraki şeffaflık oranlarının karşılaştırılmasıdır⁸⁶⁴. Şöyle ki; bilgi değişiminden önce ilgili pazar zaten yüksek oranda şeffafsa, bu durumda bilgi değişiminin ek bir şeffaflık sağlaması söz konusu olmayacağından rekabeti bozucu bir etkisinin de bulunmayacağı söylenebilir⁸⁶⁵. Zira pazardaki şeffaflık zaten yüksektir ve bu nedenle teşebbüsler istedikleri bilgilere ulaşabilmektedir. Bilgi paylaşımı, ekstra fazla bir bilgiye ulaşılmasına sebep olmamaktadır. Birçok bilgi zaten ulaşılabilir durumda olduğundan tek başına bilgi paylaşımı faaliyeti, pazarda bir işbirliğinin olduğunu kanıtlamak konusunda yetersiz olacaktır. Bu durumda, pazardaki teşebbüsler arasında bir işbirliği olduğu sonucuna varılabilmesi için bilgi değişimi yanında ek faktör olarak paralel davranış unsurunun da bulunması gerekmektedir⁸⁶⁶.

Ancak bazı piyasalarda pazarın şeffaf olması ve rakip teşebbüsler tarafından paralel davranışlar sergilenmesi de rakipler arasında bir işbirliği olduğu anlamına

⁸⁶³ Piyasadaki belirsizlik konusunda hukukçular ve ekonomistlerin bakış açıları birbirleri ile uyumlu değildir. Hukukçular yönünden, piyasada etkin bir rekabetin sağlanabilmesi için belirsizliğin korunması gereklidir. Buna karşın ekonomistler tam aksi düşünceye sahiptir. Ekonomistlere göre, mükemmel rekabet ortamına ulaşılabilmesi için mükemmel bilgi düzeyine de ulaşılması gerekmektedir. Ekonomistler, hukukçuların aksine, piyasadaki belirsizliğin azalması halinde rekabetin kısıtlanacağını düşünmektedirler. Ekonomistlerin genel bakış açısının bu yönde olmasına karşılık; Adam Smith, *“Aynı ticaretle ilgilenen insanlar nadir olarak eğlence ya da oyalanma için buluşurlar; ancak sohbet, gizli bir anlaşma veya fiyat yükseltmeye yönelik bazı tertiplerle sonlanır.”* diyerek rakiplerin bir araya gelmesine kuşkuyla yaklaşan bir bakış açısı ortaya koymuştur (Smith, pp. 105-106; OECD 2010, pp. 284-285; Bennett and Collins, pp. 324-327; Capobianco, p. 1247; Teece, p. 469; Costin, pp. 30-31; Christensson, pp. 9-10).

⁸⁶⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 17; OECD 2010, p. 314; Costin, p. 41; Švirinas, p. 100; Pişmaç, s. 61; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 411.

⁸⁶⁵ OECD 2010, p. 45; Capobianco, p. 1268; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 198-199, dn. 280.

⁸⁶⁶ Vives, p. 89.

gelmemektedir. Şöyle ki; aşağıda tekrar ele alınacağı üzere, tam bir şeffaflık bulunan oligopolistik piyasalarda, faaliyet gösteren az sayıdaki rakip teşebbüs piyasadaki mevcut şeffaflık nedeniyle tam bir bilgiye sahip olmaktadır. Başka bir ifadeyle; tüm teşebbüsler, rakiplerinin piyasa kararlarını gözlemleyebilmektedir. Böyle bir piyasada rakip teşebbüsler, birbirlerinin piyasa kararlarını yok sayamazlar ya da kendi kararlarını verirken rakiplerini göz ardı edemezler. Bu tür piyasalarda her teşebbüs, tüm rakiplerin kararlarının birbirlerini etkileyeceğinin bilincindedirler. Bu durumda rakip teşebbüslerin davranışları arasında bilinçli bir paralellik ortaya çıkar. Ancak bu paralellik, bir işbirliğinin sonucu olmayıp pazar koşullarının rasyonel sonucudur⁸⁶⁷. Bu nedenle; pazarın son derece şeffaf olduğu bir piyasada rakip teşebbüslerin davranışlar arasında paralellik bulunması her zaman rakipler arasında bir danışıklılık bulunduğu anlamı taşımayacaktır. Buna karşılık; az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopol piyasasında, şeffaflık bulunmasına rağmen, rakiplerin birbirlerinin piyasa kararlarından kendiliğinden haberdar olması mümkün olmuyorsa ve piyasadaki şeffaflık tam bilgi sahibi olunacak derecede değilse, bu tür piyasalarda rakip teşebbüslerin bilgi değişimini yoluyla piyasada ek şeffaflık sağlaması ve bu bilgi değişiminin uyumlu eyleme sebep olması mümkündür⁸⁶⁸. Rekabet açısından tehlikeli olan şeffaflık, pazarın yapısından kaynaklanan şeffaflık değil, yapay şeffaflıktır⁸⁶⁹. Bu nedenle pazarın, bilgi akışı sağlamak amacıyla teşebbüsler tarafından şeffaflaştırılmış olup olmadığı önemlidir⁸⁷⁰.

Pazar yapı itibarıyla şeffaf olmakla birlikte, bu pazardaki teşebbüslerden biri ya da bir kaçı, geleceğe yönelik, öngörülemeyen önemli bir hassas bilgiyi paylaşmış olabilir. Bu durumda; ilgili pazarın yapısından kaynaklanan şeffaflık, söz konusu bilgi paylaşımı eylemini rekabete aykırı olmaktan kurtaramayacaktır. Çünkü söz konusu pazar şeffaf dahi olsa, paylaşılan bilgi geleceğe yönelik tahmin edilemeyen bir stratejiye ilişkin olup ticarete hassas bilgi niteliğindedir. Sonuç olarak; pazarın şeffaflaşmasına küçük bir miktarda katkı sağlayan bilgi değişiminin rekabete yönelik olumsuz etkisi, şeffaflaşmaya önemli derecede etki eden bilgi değişimi faaliyetine göre daha az olacaktır⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 177-178, 182; Kahraman, ss. 5, 10.

⁸⁶⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 177-178, 182-183.

⁸⁶⁹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 122.

⁸⁷⁰ İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 59.

⁸⁷¹ OECD 2010, p. 314.

Piyasanın şeffaflık derecesindeki değişim değerlendirilirken temel kıstas, ulaşılabilir hale gelen bilginin, teşebbüslerin davranışlarını belirlemede ne derece etkili olduğunun saptanmasıdır⁸⁷². Bir başka deyişle; uygulanan bilgi değişimi faaliyeti sonucunda ortaya çıkan şeffaflık teşebbüslerin stratejilerini belirlemede etki göstermemekte ve teşebbüsler önceki politikalarıyla uyumlu bir şekilde faaliyetlerini sürdürmeye devam etmekte iseler, bilgi değişiminin yarattığı şeffaflığın rekabete yönelik olumsuz bir etkisinin bulunmadığı söylenebilecektir. Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de, piyasadaki şeffaflık seviyesindeki değişikliğin değerlendirilmesinde, ulaşılabilir bilginin firmalar tarafından rakiplerinin davranışlarını belirlemede ne ölçüde kullanıldığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁷³. Doktrinde Kühn ve Vives tarafından, bilgi değişimi sonucunda sadece teşebbüslerin bilgi edinmelerinin mi sağlandığı, yoksa teşebbüslerin bazılarının uyguladıkları davranış biçimlerinin değiştirilmesinin mi amaçlandığı arasında ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre; bilgi değişimi nedeniyle oluşan şeffaflaşma sayesinde piyasa koşullarını daha iyi irdeleyebilen bir teşebbüsün, tüm bu koşulları göz önüne alarak karar alması ve bunu yaparken başka bir karar alma mekanizmasına bağlı olmadan tamamen bağımsız olarak hareket etmesi olasıdır⁸⁷⁴. Kanaatimizce, ortak bir karar alma mekanizması bulunmasa dahi, bilgi değişimi nedeniyle şeffaflaşan piyasada tek başına bağımsız olarak karar alan teşebbüslerin, birbirlerini gözlemleyerek ve stratejilerini birbirlerine uyumlu hale getirerek rekabetin kısıtlanmasına sebep olmaları mümkündür. Zira rekabet hukukunun asıl ilgilendiği konu olan tek başına eylem niteliğindeki bilgi değişimi faaliyetinin etkisi ancak bu şekilde ortaya çıkmaktadır.

İlgili pazarın yapı itibarıyla şeffaflık oranının düşük olduğu piyasalarda yapılan bilgi paylaşımı eğer piyasada bir şeffaflık yaratmışsa, bu bilgi paylaşımının rekabeti bozucu etkiye sahip olduğu söylenebilir. Şeffaflığın yüksek olduğu bir

⁸⁷² OECD 2010, p. 314; Costin, p. 41; Švirinas, p. 100; Pişmaf, s. 61; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 411.

⁸⁷³ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 17.

⁸⁷⁴ Kühn and Vives, Information Exchange, p. 76.

Doktrinde Švirinas; bilgi değişiminin değerlendirilmesinde söz konusu bilginin, teşebbüslerin rakiplerinin davranışlarını öngörerek kendi davranışlarını bunlara göre yeniden uyarlamalarına izin verip vermediğinin ve böylece bu teşebbüsün bağımsız karar almasını ve rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir (Švirinas, pp. 102-103).

piyasada rekabetin tam olarak etkin bir şekilde devamı mümkün değildir⁸⁷⁵. Bilgi değişiminin şeffaflık oranını arttırması, bu bilgi paylaşımı faaliyeti nedeniyle rekabetin olumsuz etkilendiğini göstermektedir. Piyasada belirsizliğin azalarak şeffaflığın artması; teşebbüslerin birbirleriyle paralel davranışlar içine girmesinin, ortak bir irade doğrultusunda koordinasyon oluşturmalarının, işbirliği anlaşmaları yoluyla yükümlülük altına girmelerinin, bu kapsamda yükümlülükler uyulup uyulmadığının tespiti amacıyla birbirlerinin davranışlarını kolaylıkla gözlemleyebilmelerinin ve herhangi bir ihlâl halinde bu ihlâli gerçekleştiren teşebbüsün cezalandırılmasının önünü açmaktadır⁸⁷⁶.

Ancak piyasadaki belirsizliğin azalması ya da ortadan kalkması, her zaman tüketicinin zararına olarak rekabetin olumsuz etkileneceği anlamına gelmez. Bazı durumlarda, belirsizlikte ortaya çıkan azalma, piyasada özellikle fiyatların düşmesi yoluyla tüketiciler üzerinde olumlu etkilere de sebep olabilir⁸⁷⁷. Bu nedenle; bilgi

⁸⁷⁵ Doktrinde Nilsson, artan şeffaflık nedeniyle arama maliyetlerinin azalması sonucunda piyasadaki şeffaflığın kalıcı hale geleceğini; piyasada kalıcı hale gelen bu şeffaflık dolayısıyla rekabete aykırı anlaşmaların sürdürülebilmesinin çok daha kolay bir hal alacağını belirtmiştir (Pişmaf, s. 15).

⁸⁷⁶ OECD 2012, p. 40; Capobianco, p. 1256; Kühn and Vives, Information Exchange, p. 79; Pişmaf, s. 14; Nitsche ve Hinten-Reed, p. 23.

Bu nedenle, işbirliğinin devamının sağlanması bakımından, ortak anlayışa ilişkin konudaki bilginin (fiyat, miktar vs.) piyasadan elde edilebiliyor olup olmadığı önem taşır. Eğer rakipler tarafından piyasa gözlemlenerek bilgi elde edilebiliyor ve rakiplerin anlaşmaya uyup uymadıkları tespit edilebiliyorsa işbirliğinin kalıcılığını korumak daha kolay olacaktır. Buna karşılık, ortak anlayışa uygun davranılıp davranılmadığının takibi ancak rakipten alınacak bilgi ile mümkünse işbirliğinin devamı daha zor bir hale gelecektir. Çünkü bu ikinci durumda ortak anlayışa uyulup uyulmadığını denetlemek ve bir ihlâl tespit edip ceza mekanizmasını işletmek, ilk duruma göre daha zor ve zahmetlidir (Nair ve Mncube, pp. 3-4).

⁸⁷⁷ Bu konuda yaygın olarak kullanılan bir örnek mevcuttur. Örnekte, aynı cadde üzerinde elma satan ve birbirleriyle sadece fiyat yönünden rekabet edebilecek durumda olan iki işletme mevcuttur. A işletmesinin maliyeti 5 birimdir. A işletmesi, rakibi olan B işletmesinin satış fiyatlarını bilmemektedir. Bu durumda A işletmesi, kendi satış fiyatını belirlerken B işletmesinin uyguladığı fiyata yönelik tahminde bulunmak ve fiyatlarını buna göre belirlemek zorundadır. A işletmesi, B işletmesinin satış fiyatının 10 birim olabileceğini düşünürse, onunla rekabet edebilmek için fiyatını bunun altında bir rakam olarak belirlemesi yeterli olacağından fiyatını 9 birim olarak belirler. Ancak B işletmesinin fiyatları gerçekte 8 birimdir. A işletmesi, B işletmesinin fiyatlarını bilmediği için kendi fiyatlarını daha yüksek olarak belirlemiş ve müşterilerini B'ye kaptırmıştır. Buna karşılık; A işletmesi, fiyatlarını belirlemeden önce caddeden aşağı doğru yürüyüp B işletmesinin fiyatlarına baksaydı gerçek fiyatın 8 birim olduğunu görerek kendi fiyatlarını bunun altında, örneğin 7 birim olarak belirleyecekti. Bu durumda B'nin bilgi sahibi olması dolayısıyla tüketiciler, 8 birim yerine aynı elmaya 7 birim ücret ödeyecekler ve tüketici refahı artacaktı. Bir başka deyişle; örnekte, teşebbüsün rakibi hakkında bilgi sahibi olması, fiyatları düşürüp tüketici refahını arttırmaktadır. Buna karşılık; örnekteki A, B'nin fiyatlarını bilmiyor olabilir ve gerçek fiyat 8 birim iken, B'nin fiyatının 6 birim olabileceğini tahmin edebilir. Bu tahminine göre A'nın, B ile rekabet edebilmek için kendi elmalarının fiyatını 6 birimin altında tutması ve çok küçük bir kâr ile satış yapması gerekir. Bu durumda A, B'nin müşterilerini kazanacak; tüketiciler de aynı elmaya 8 birim yerine örneğin 5.5 birim ödeyeceklerdir. Bu örnekte, A bilgi sahibi değildir ve tüketici refahı artmıştır. Buna karşılık A, B'nin fiyatlarına gider bakar ve 8 birim olduğunu görürse; bu kez A fiyatlarını 7 birime yükseltebilecektir. Bu durumda A bilgilenmiş,

değişimi sonucunda piyasadaki şeffaflaşma değerlendirilirken, oluşan şeffaflığın tüketicileri kapsayıp kapsamadığının tespiti önemlidir. Şeffaflığın sadece rakipler arasında kalması ve tüketiciye ulaşmaması (*private transparency*), tüketicinin zararına işbirliği eğilimi ile rekabetin kısıtlanması olasılığını arttıran tehlikeli bir durumdur⁸⁷⁸.

Çağımızda özellikle internet gibi bilgi teknolojileri sayesinde tüketiciye ulaşan bir şeffaflık (*public transparency*) ortaya çıkmaktadır. Tüketici, internet aracılığıyla ürünlerin fiyatlarını ve özelliklerini karşılaştırabilmektedir. Tüketicinin araştırma maliyetlerini azaltan bu şeffaflık, piyasada talebin elastik olmasına sebep olur. Talebin elastik olması, teşebbüsler arasında rekabeti arttırıp teşebbüsleri fiyat indirimleri yapmaya sevk edebilir; anlaşma ihlallerini daha cazip hale getirir⁸⁷⁹. Bu durum tüketicilerin lehinedir. Özellikle farklılaştırılmış ürünler piyasalarında bu durum gözlemlenir. Buna karşılık; özellikle ürünlerin homojen olduğu piyasalarda rakipler ortak bir uygulama yoluna gidebilirler. Bu tür piyasalarda tüketiciye ulaşan şeffaflığın tüketiciye bir menfaat sağlaması söz konusu olmamaktadır. Aksine; piyasada oluşan bu şeffaflık, pazar oyuncularının birbirlerini kolaylıkla gözlemlemesine ve ortak karardan sapanların kolaylıkla tespit edilerek çok daha sert bir şekilde cezalandırılmasına sebep olabilmektedir⁸⁸⁰. Oligopolistik piyasalarda da aynı olumsuz sonuç ortaya çıkabilmektedir⁸⁸¹.

fiyatlar yükselmiş ve tüketici refahı düşmüş olacaktır. Örneklerde A'nın, B'nin fiyatları hakkında ne şekilde bilgi edildiği sonucu değiştirmemektedir. A ve B her gün pazarın ortasındaki bir kara tahtaya fiyatlarını yazsalar ya da B, uyguladığı fiyatları A'ya kendisi söylese de sonuç, yukarıdakilerle aynı olacaktır. Bu örneklerden çıkan sonuç; bilgi değişiminin ve piyasadaki belirsizliğin azalmasının her zaman aynı yönde sonuç vermediğidir. Bir başka deyişle; bilgi değişimi ve piyasadaki belirsizliğin azalması bazen tüketicinin yararına olurken bazen de tüketicinin zararına sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle; bilgi değişiminin piyasadaki belirsizliği azaltarak tüketiciye zarar verdiği ya da yarar sağladığı yönünde bir genelleme yapılamaz (Bennett and Collins, p. 326; BIAC, OECD 2010, p. 388, dn. 1).

⁸⁷⁸ Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 92-93.

⁸⁷⁹ Vives, p. 94.

Bunun yanında aynı gerekçe, anlaşmayı ihlâl edenlerin çok daha şiddetli bir şekilde cezalandırılmasına da sebep olabilir (Pişmaf, s. 15).

⁸⁸⁰ Vives, p. 95; Pişmaf, s. 16.

⁸⁸¹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 17; Švirinas, p. 110.

2.3.3.1.2.2.2. İlgili Pazarda Faaliyet Gösteren Teşebbüs Sayısı (Pazarın Yoğunlaşma Oranı)

Bilgi değişiminin yapıldığı pazardaki teşebbüs sayısı, bilgi değişiminin rule of reason analizine göre değerlendirilmesi sırasında dikkate alınması gereken faktörlerden biridir.

İlgili pazarın arz kesiminde faaliyet gösteren teşebbüs sayısının az olması, bir başka deyişle söz konusu pazarın yoğunlaşma oranının fazla olması halinde teşebbüsler arasında yapılan bilgi paylaşımının rekabet yönünden olumsuz etkilere sahip olma olasılığı, teşebbüs sayısı fazla olan pazarlara göre daha yüksektir^{882, 883}. Zira yoğunlaşma oranının yüksekliği, piyasada koordinasyonu tetikleyen ve kolaylaştıran en temel etkidir. Yoğunlaşmış pazarlarda işbirliği sağlanarak davranışların paralelleştirilmesi olasılığı diğer pazarlara göre daha yüksektir⁸⁸⁴. Bu tür piyasalarda koordinasyon oluşturmak için iletişim kurmak kolay olduğu gibi, koordineli davranışlardan sapanların tespiti ile mevcut koordinasyonun devamının korunması da daha kolaydır⁸⁸⁵. Ayrıca yoğunlaşmamış çok parçalı pazarlarda bir teşebbüs için işbirliği kurulmasından elde edilecek menfaat, bu işbirliğinden sapma ile elde edilecek menfaate göre daha küçüktür. Zira elde edilen toplam kazançtan

⁸⁸² EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 17; OECD 2012, p. 39; OECD 2010, pp. 46, 314; Costin, p. 41; Švirinas, p. 99; Pişmaf, s. 61; Whish, p. 29; Azcuenaga, p. 19; Christensson, p. 18; George A. Hay, A. “Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984)”, http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/0195120159_07.pdf, (Ethyl Case), (24.02.2016), p. 189; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 411.

⁸⁸³ Pazardaki yoğunlaşma genellikle Herfindahl-Hirshman Endeksi (HHI)’ne göre ölçülür. Buna göre; pazardaki yoğunluk 1000’in altındaysa düşük, 1000-2000 arasındaysa orta, 2000’in üzerindeyse yüksektir (Švirinas, p. 100, dn. 36; Kayar, ss. 34-35, dn. 50; Kahraman, ss. 130-131, dn. 816; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 852-854; Güven, Rekabet Hukuku, s. 512, Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 601-603).

ABD’de ise 2000 sınırı 1500 olarak uygulanmaktadır (Gürkaynak ve diğerleri, Yoğunlaşmalar, ss. 128-129).

Monopol piyasalarında HHI ölçümü 10000, iki eşit büyüklükte teşebbüs bulunan düopollerde ise 5000 olacaktır (<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Terimi/pSanayi-iktisadinda-ccedilesitli-yogunlasma- endeksleri- veya -oumlccediluumlmleri- oumlnerilmistir-Bu-oumlccediluumlmler-rekabetin- ilk- bakista- goumlstergesi- olan-piyasa-yapisini-accediliklamaya-youmlneliktir-En-sik-kullanilan -09.03.2016>).

⁸⁸⁴ Kahraman, s. 24; O.Y. Yüksel, s. 40; Altun, ss. 38-39; Akıncı, ss. 25, 160-161.

⁸⁸⁵ O.Y. Yüksel, s. 40; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 180.

Cengiz; ABD’de yapılan araştırma kapsamında kartel girişimlerinin en sık görüldüğü pazarların dört ile on arasında rakip teşebbüs bulunan pazarlar olduğunu, dörtten az teşebbüs bulunan piyasalarda ise karşılıklı oligopolistik bağımlılık nedeniyle ortaya çıkan rasyonel bağımsız paralellik ya da her bir teşebbüsün tek başına hâkim durumda olması sebepleriyle kartel girişimlerinin azaldığını belirtmiştir (D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 180).

teşebbüsün payına düşen kazanca göre, işbirliğini ihlâl ederen sağlanacak pazar payı artışı daha yüksek olacaktır⁸⁸⁶. Bu bağlamda; teşebbüs sayısının az olduğu oligopolistik pazarlarda bilgi paylaşımı sonucunda teşebbüslerin birbirleriyle aynı yönde hareket etme eğiliminin ortaya çıkması ve bu eğilimin devam etmesi daha kolay olmaktadır^{887, 888}.

Oligopol piyasalarda⁸⁸⁹ rakiplerin ortak hareket ederek ortak kârlarını maksimize etmeleri için bilgi değişimi çok önemli bir araçtır. Piyasanın yapısı gereği şeffaf olmadığı hallerde, bilgi değişimi yoluyla yapay şeffaflık yaratılarak uyumlu davranışlar içine girilebilir. Ayrıca oligopol piyasalarda, kalıcı bir işbirliği yaratmak daha az maliyetli olacağı gibi, tüm teşebbüsler tarafından kabul edilebilecek ortak şartlara ulaşılabilmesi ve rakiplerin birbirlerini izleyip kontrol edebilmesi de daha kolay olacaktır⁸⁹⁰. Ortak iradeye aykırı hareket eden teşebbüsler çok daha büyük zararlara maruz kalacağından, ihlâllere yönelik cezalandırma sistemi de daha etkin bir şekilde işleyecektir⁸⁹¹.

Teşebbüs sayısının fazla olduğu çok parçalı pazarlarda, oligopollerin aksine, tüm teşebbüslerin aynı doğrultuda hareket etmeleri çok daha zordur. Katılımcının

⁸⁸⁶ Kühn, p. 172.

⁸⁸⁷ OECD 2010, pp. 11, 271; OECD 2012, p. 23; Capobianco, p. 1266; Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 82-83; Pişmaf, s. 61.

⁸⁸⁸ Endüstri iktisadını belirleyen akımların ilki olan Harvard Okulu (Yapısalcı Kuram), yoğunlaşmanın yüksek olduğu piyasalarda kâr oranlarının da yüksek olduğunu ve bunun temel sebebinin yoğunlaşmanın yüksek olduğu piyasalarda faaliyet gösteren az sayıdaki teşebbüs arasındaki işbirliği olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık; Chicago Okulu (Davranışçı Kuram), Harvard Okulu'nun bu görüşünü eleştirmiştir. Chicago Okulu'na göre; yoğunlaşma oranı ile kâr oranı arasında her zaman bir kolerasyon bulunmamaktadır. Yoğunlaşmanın yüksek olduğu bir piyasada kâr oranının da yüksek olması, bu piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki işbirliğine dayanmamakta; aksine üstün etkinlik hipotezine dayanmaktadır. Üstün etkinlik hipotezine göre, yoğunlaşmanın yüksek olduğu pazarlarda kâr oranının da yüksek olmasının sebebi, firmalar arasındaki etkinlik farklılıklarıdır. Bir başka deyişle; piyasada faaliyet gösteren üstün etkinlikli firmalar, etkinliği düşük olan firmaları pazar dışına itmekte, böylece pazarda bir yoğunlaşma oluşmaktadır. Artan yoğunlaşma, yüksek kârları da beraberinde getirmektedir. Chicago Okulu'na göre; yüksek yoğunlaşma oranlarına sahip piyasalar dahi rekabetçi bir şekilde işleyebilir. Bu akıma göre pazarda tek bir firma olsa bile, pazarda firmanın kendi kendini regüle etmesini sağlayan bir mekanizma olduğundan pazar rekabetçi olabilir. Bu mekanizma potansiyel rekabet mekanizmasıdır. Zira piyasada faaliyet gösteren firma bir monopol oluşturuyor olsa da yüksek kârların elde edilmesi halinde, bunun pazara yeni girişleri teşvik edeceğini bilir ve monopolcü davranışlar içine girmekten kaçınır. Son akım ise Yarışabilir Piyasalar Yaklaşımı'dır. Bu yaklaşıma göre; pazardaki rekabeti belirleyen unsur yoğunlaşma oranı değil, pazara serbest giriş ve çıkıştır. Yaklaşımı savunanların pazara serbest giriş ile kastettikleri, pazara yeni giren teşebbüslerin mevcut teşebbüslere göre, üretim teknolojisi, üretim maliyeti, marka/ürün kalitesi gibi hususlarda dezavantajlı durumda olmamalarıdır. Çıkış serbestisi ile kastedilen ise batık maliyet bulunmamasıdır. Zira çıkış serbestisi bulunmaması, ilgili piyasaya girişler bakımından da caydırıcılık etkisi gösterecektir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ardıç, ss. 10-18; Barca ve Esen, ss. 309-311).

⁸⁸⁹ Oligopol pazarlar ve oligopol modelleri hakkında bkz. a.şğ. s. 503-506.

⁸⁹⁰ OECD 2012, p. 39.

⁸⁹¹ OECD 2012, p. 39.

fazla olması, o pazardaki rekabetin yüksek olmasını ve hep birlikte ortak hareket etmenin güçleşmesini sağlamaktadır. Parçalanmış pazarlarda teşebbüslerin, ortak kurallardan ayrılma ve bu şekilde rakiplerinin pazar paylarını ele geçirmeye çalışma istekleri daha fazla olacaktır⁸⁹². Bu tür piyasalarda teşebbüslerin birbirlerini gözlemleyerek ortak iradede sapmaları tespit etmeleri de daha zordur⁸⁹³. Bu nedenle; çok sayıda aktörü olan bir piyasadaki bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin, az sayıdaki teşebbüsün elindeki bir piyasadakine göre çok daha az olacağı söylenebilir. Buna rağmen, çok parçalı piyasalarda da rakipler arasındaki iletişimin, paralel davranışlara yönelime neden olması mümkündür. Bu tür piyasalarda, rakipler arasındaki iletişimin ortak davranışa yönelim sağladığını kanıtlama konusunda rekabet otoriteleri üzerindeki ispat yükü son derece ağırdır. Zira rekabet otoriteleri ikna edici, makul ve güvenilir delillerle, rakipler arasındaki işbirliğini kanıtlamak zorundadır⁸⁹⁴.

2.3.3.1.2.2.3. Ürünün Homojenlik Oranı

Bilgi paylaşımının yapıldığı pazarın ilgili olduğu ürünlerin homojen olup olmaması, bilgi paylaşımının rekabet üzerindeki etkisinin belirlenmesinde rol oynar.

İlgili pazardaki ürünlerin homojen olması halinde bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olumsuz etkisi artacaktır⁸⁹⁵. Zira firmaların ürettikleri ürünlerin özelliklerinin birbirleriyle tamamen ya da büyük oranda aynı olması, o pazardaki rekabeti kısıtlayan ve işbirliğini kolaylaştıran bir etkidir⁸⁹⁶. Hal böyle iken, bilgi değişimi sonucunda ortaya çıkacak şeffaflaşmayla piyasadaki rekabet daha da zarar görecektir. Ürünlerin homojen olması halinde rakip teşebbüslerin maliyetleri birbirine oldukça yakın olacağından kâr elde etmeye başlanacak fiyat da tüm teşebbüsler için birbirine yakın olacaktır. Bu nedenle, ortak bir fiyatta anlaşarak işbirlikçi fiyat seviyesinin belirlenmesi kolaylaşmaktadır. Ürünler homojen

⁸⁹² OECD 2012, p. 39; OECD 2010, p. 314; Costin, pp. 41-42; Pişmaf, s. 61.

⁸⁹³ OECD 2012, p. 39.

⁸⁹⁴ Capobianco, p. 1267.

⁸⁹⁵ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 18; OECD 2012, p. 23; Capobianco, p. 1258; Costin, p. 43; Pişmaf, s. 62; Kahraman, s. 137; Azcuenaga, p. 19; Christensson, p. 18; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 411.

⁸⁹⁶ Akıncı, s. 162.

olduğunda rekabet, fiyat ya da miktar üzerinden yapılabildiğinden fiyat konusunda rakip teşebbüslerin kolay uzlaşabiliyor olması rekabetin kısıtlanması bakımından önemli bir faktör olarak ortaya çıkacaktır⁸⁹⁷.

Ürünlerin homojen olması durumunda, bir işbirliğinin yapılması, teşebbüslerin birbirlerini gözlemlemesi ve bu uygulamanın uzun süre devam etmesinin sağlanması daha kolaydır⁸⁹⁸. Homojen ürünlere ilişkin oligopolistik bir pazarda rakipler arasındaki doğrudan ya da dolaylı iletişim, işbirliğini ortaya çıkaran temel faktördür⁸⁹⁹. Rakipler arasındaki iletişim özellikle; koordinasyon koşullarında ortak bir anlayışa ulaşılması, bu koşulların uygulanıp uygulanmadığının izlenmesi ve koordinasyon koşullarını ihlâl edenlerin cezalandırılmasının maliyetini azaltması yönünden önem taşır⁹⁰⁰. Bilgi değişimi ile bu iletişim sisteminin kurulması ve işletilmesi mümkündür. Homojen ürünlere ilişkin pazarlara verilebilecek en iyi örneklerden biri, elektrik piyasasıdır.

Değinilmesi gereken önemli bir karar, “*EI DU Pont de Nemours & Co. v. Ethyl Corporation v. FTC*” kararıdır⁹⁰¹. Söz konusu karara konu olaydaki pazar, gazyasına eklenen vurutu önleyici bir karışıma ilişkindir. İlgili pazarda faaliyet gösteren dört üretici firmanın; nakliye bedelleri de dâhil olmak üzere aynı teslim fiyatını uygulamaları⁹⁰², sözleşmede fiyat artışlarının en az 30 gün önceden

⁸⁹⁷ Kahraman, s. 137; O.Y. Yüksel, s. 40; Hay, *Ethyl Case*, pp. 188-189.

⁸⁹⁸ OECD 2012, p. 39, OECD 2010, pp. 47, 272, 314-315; Capobianco, pp. 1267-1268; Morphet and Dijk, p. 4; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, s. 182; Kahraman, s. 137.

⁸⁹⁹ Švirinas, p. 99; Whish, p. 22.

⁹⁰⁰ OECD 2012, p. 39.

⁹⁰¹ U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1984, *EI DU Pont de Nemours & Co. v. Ethyl Corporation v. FTC*, 729 F.2d 128, 23.02.1984. Karar hakkında bkz. Pişmaf, ss. 29-31; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, pp. 226-227; O.Y. Yüksel, s. 33; Çelen, ss. 29-30; Kekevi, *Uzmanlık Tezi*, ss. 28-30; Hay, *Ethyl Case*, pp. 190-199; Hay, *Facilitating Practices*, pp. 115-119.

⁹⁰² Teslim fiyatlandırması, özellikle nakliye maliyetlerinin önemli olduğu ve alıcı ile satıcıların farklı bölgelere dağılmış olduğu sektörlerde teşebbüsler arasında fiyat tespiti sağlanmasına yardımcı olan bir sistemdir. Teslim fiyatlandırmasında farklı yöntemler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tek baz noktası sistemidir. Bu sistemde tek bir baz nokta ve temel fiyat belirlenir. Ayrıca navlunun hesaplanmasında kullanılacak ortak bir formül ya da tarife düzenlenmektedir. Tüm nakliyeler aynı baz noktasına yapıyormuşçasına hesaplama yapılarak navlun belirleneceğinden ülke çapında aynı fiyat oluşacaktır. İkinci yöntem, birden fazla baz noktası sistemidir. Bu sistemde birden fazla baz nokta belirlenmekte ve satıcılar, alıcıya en yakın baz noktadan nakliye yapılacak şekilde navlunu ve fiyatı hesaplar. Üçüncü sistem, nakliye eşitleme sistemidir. Bu sistemde tüm üretim noktaları baz nokta olarak belirlenir; ancak navlun hesaplaması, alıcıya en yakın baz nokta üzerinden hesaplanır. Dördüncü sistem, birden fazla bölge fiyatlandırma sistemidir. Bu sistemde aynı bölgedeki alıcılara aynı fiyat uygulanmakta, bölgeler arasında fiyat farklılıkları oluşmaktadır. Son yöntem ise tek bölge fiyatlandırma sistemidir. Bu sistemde nakliye nereye yapılırsa aynı fiyat uygulanmaktadır. Bu sistemler her zaman rekabeti bozucu nitelikte değildir. Örneğin müşteriler tarafından talep edilmesi nedeniyle kurulmuş olan ve devam eden bir sistem, müşteriler açısından navlun fiyatlarının

müşterilere bildirilmesine ilişkin kayıt bulunmasına rağmen pazar payı en yüksek olan DuPont ve Ethyl'nin 30 günden çok önce fiyat artış bildirimlerini yapması ve sözleşmelerinde en çok kayırlan müşteri kaydına yer vermeleri incelemeye konu olmuştur. İlgili pazar, ürünlerin homojen olduğu, talebin esnek olmadığı, yoğunlaşmış, giriş engelleri bulunan bir yapıdadır. İlgili pazarda sadece dört firma faaliyet göstermektedir. Bunlar; %38,4 pazar payı ile Ethyl, %33,5 pazar payı ile DuPont, %16,2 pazar payı ile PPG ve % 11,8 pazar payı ile Nalcodur. Tüm bu özellikleriyle piyasa, doğal oligopol niteliğindedir.

1970 yılında Çevre Koruma Kurumu tarafından; vuruntu önleyici karışımın çevreyi kirletmesi nedeniyle, 1975 itibariyle ABD'de üretilecek olan tüm araçlara bu ürünün kullanılmasını gerektirmeyen katalitik konventör takılması kararı alınmıştır. Bu karardan sonra ilgili pazarda talep önemli ölçüde azaldığından satışlar 1974 yılında 1 milyar Pound ve 1980 yılında 400 milyon Pound düşmüştür. Ekonomistler düşen talep karşısında, ilgili pazarda faaliyet gösteren dört firma arasında şiddetli fiyat rekabeti beklerken tam aksine 1974-1979 yılları arasında tek tip rekabet üstü fiyat uygulaması saptanmıştır.

FTC tarafından yapılan değerlendirmede; ilgili piyasada satışların genel olarak kamusal değil, sadece büyük rafinerilere yapıldığı, bu alıcıların çok büyük miktarlarda alım yaptığı, ancak alıcıların son derece pazarlıkçı olduğu ve küçük bir indirim karşısında büyük miktarlardaki alımları başka satıcılara kaydırabildiği tespit edilmiştir. İlgili pazarda faaliyet gösteren dört teşebbüsün toplam altı fabrikası bulunduğu ve teslim fiyatlarının fabrika lokasyonuna göre eklenecek navlun fiyatlarıyla belirleneceğinden alıcıya göre farklı olması gerektiği; buna rağmen dört firmanın teslim fiyatlarını eşitleyen bir fiyat formülü kullandığı belirlenmiştir. Buna göre FTC tarafından, fiyat artışlarının aynı oranda ve aynı zamanda olması ile üretim tesisleri farklı bölgelerde olmasına rağmen aynı fiyatların uygulanmasının oligopolistik bağımlılığın bir sonucu olmadığı tespit edilmiştir. Buna göre; gerek fiyat artışlarının 30 günden çok önce müşterilere ve kamuya bildirilmesi gerekse en çok kayırlan müşteri kaydı nedeniyle fiyat rekabetinde eksiklik olduğu yönünde tespitlerde bulunularak rekabete aykırılık bulunduğu sonucuna varmış; fiyatların 30 günden önce duyurulmasını yasaklamıştır. Zira en az 30 gün öncesinden yapılması

belirlenmesinde kolaylık sağlıyor ise rekabete aykırı bir durumun varlığından söz edilemeyecektir (Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 10-11).

gereken fiyat artış bildirimlerinin bu süreden 3-4 gün daha öncesinde yapıldığı, bu şekilde rakiplere düşünme ve fiyat artışını takip etme imkânı sağlandığı, bu 3-4 günlük süre içinde rakipler tarafından fiyat artışının takip edilip edilmeyeceği belirsizliğinin ortadan kalktığı, böylece bu süre içinde rakiplerce fiyat artış bildiriminde bulunulmadığı takdirde, ilk teşebbüs tarafından bildirilen fiyat artışının uygulamaya girmeden önce değiştirilmesi veya geri çekilmesi imkânının bulunduğu saptanmıştır.

Karara karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine Temyiz Mahkemesi, oligopol piyasalarında bir anlaşmanın varlığının kanıtlanamadığı hallerde davranışın yasaklanabilmesi için tarafların niyetinin veya amacının rekabete aykırı olduğunun veya davranışı haklı gösteren ticari ya da hukuki bir haklı sebebin bulunmadığının ortaya konması gerektiğini belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi dava konusu olayda ürünlerin homojen olması ve pazarın oligopolistik yapısı karşısında fiyatlardaki ayniyetin normal olduğu, rekabeti kısıtlayıcı bir amaç ya da niyetin bulunduğu veya haklı bir ticari veya hukuki sebebin bulunmadığından söz edilemeyeceğini, bu nedenlerle bir rekabet ihlâli bulunmadığını belirterek kararı bozmuştur.

İlgili pazardaki ürünlerin yapı itibarıyla homojen olmaması ve birbirlerinden farklı özelliklere sahip olması, piyasa şeffaflaşmış olsa dahi ürünler arasındaki farklılıklar ve farklı tercihlere hitap edebilecek değişik özellikler nedeniyle rekabet edilebilirliğin devam etmesini sağlar. Örneğin mobilya piyasasında, mobilya üretiminde kullanılan ağacın türü, kalınlığı, üzerindeki cilanın türü, kullanılan döşeme kumaşındaki renk, yapı ve tür farklılığı, tasarım farklılığı, tüketicilerin farklı zevkleri ve daha pek çok alternatif nedeniyle kesinlikle homojen bir yapı mevcut değildir. Bu nedenle bu tür farklılaştırılmış ürün piyasalarındaki üreticilerin birbirleriyle aynı fiyatları uygulamaları mümkün olmayacağından fiyatlara ilişkin bilgi değişiminin rekabeti önemli ölçüde kısıtlaması zordur. Ayrıca rekabete hassas bilgilerin paylaşılması halinde dahi, farklılaştırılmış ürün pazarlarında rakiplerin geleceğe yönelik davranışlarının tahmin edilmesinin ve rakipler arasında bir koordinasyon sağlanmasının çok mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁹⁰³. Buna karşılık Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber ile Rekabet Kurulu Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da farklılaştırılmış ürün

⁹⁰³ OECD 2010, p. 47.

pazarlarında dahi basit fiyatlama kuralları geliştirilerek bilgi değişimi yoluyla işbirlikçi sonuca ulaşılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir⁹⁰⁴.

2.3.3.1.2.2.4. İlgili Pazar Koşullarının Durağan ya da Değişken Olması

Bilgi değişiminin yapıldığı pazara ilişkin arz, talep miktarları, pazara yeni girişlerin olmaması gibi pazar koşullarının durağan olması halinde teşebbüsler arasında işbirliğinin sağlanması, pazar koşullarının değişken olması haline göre daha kolaydır⁹⁰⁵. Pazar koşullarının durağan olması; olgunlaşmış, teknoloji düzeyi yükselmiş ve satış koşulları belirlenmiş pazarlarda söz konusu olmaktadır⁹⁰⁶.

Talep miktarının çok değişken olduğu; bir başka deyişle talep elastikiyetinin yüksek olduğu pazarlarda, teşebbüsler arasında işbirliğinin sağlanması ve bunun devam ettirilmesi zordur⁹⁰⁷. Zira bu tür piyasalarda, dengesiz ve değişken talep miktarları dolayısıyla, teşebbüslerin ortaklaşa uygulanması konusunda anlaşılan fiyattan saparak fiyatlarını daha düşük seviyelere çekmesi ve böylece rakiplerinin pazar paylarının bir kısmını ele geçirmeye yönelmesi olasıdır. Bu nedenle bu tür değişken yapılı pazarlarda, teşebbüsler arasında bir ortak hareketin sağlanması ve devam ettirilmesi kolay değildir⁹⁰⁸. Buna karşılık; ilgili pazarda talep elastikiyeti düşükse, bu durumda fiyatta meydana gelen artışlar sonucunda müşteri kaydı oluşmayacaktır. Bu, rakip teşebbüsler arasında koordinasyon isteğini artırır⁹⁰⁹.

Pazardaki talep yapısı bir diğer önemli husustur. Piyasadaki talep az sayıda ve büyük miktarlarda ise, yani alıcı tarafında bir yoğunlaşma mevcutsa, rakip teşebbüsler arasında bir ortak hareket anlayışının ortaya çıkması çok zordur. Bu hallerde alıcıların, sağlayıcılar üzerinde yüksek bir pazarlık gücü vardır⁹¹⁰. Bu tür piyasalarda koordinasyon sağlansa dahi etkin bir caydırıcılık sisteminin kurulması güçtür. Çünkü teşebbüslerin ortak anlayışa yönelik bir ihlâl gerçekleştirmesi halinde

⁹⁰⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 18; ⁹⁰⁴ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 12.

⁹⁰⁵ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 18; OECD 2012, p. 23, OECD 2010, p. 315; Švirinas, pp. 100-101; Pişmaf, s. 62; Kahraman, s. 140; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 412.

⁹⁰⁶ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 183.

⁹⁰⁷ Švirinas, p. 100; Kahraman, s. 25; Azcuenaga, p. 19; Akıncı, s. 162.

⁹⁰⁸ OECD 2010, p. 281; Bennett and Collins, p. 322.

⁹⁰⁹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 183; O. Y. Yüksel, s. 42.

⁹¹⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 184; O. Y. Yüksel, s. 42.

elde edeceği kazanç, ihlâlden dolayı karşılaşacağı cezaya göre çok daha büyüktür⁹¹¹. Eğer büyük miktarlardaki ve az sayıdaki talep sadece tek seferlik ise, bu durumda işbirliği kurulması neredeyse imkânsız olacaktır. Zira bu tür piyasalarda talep tek seferlik olduğuna göre oynanan oyun da tek seferliktir ve aldatma yoluyla büyük kârlar elde eden teşebbüse karşı tepki verme, misillemede bulunma olanağı yoktur⁹¹².

Talep miktarı ve yapısı dışında, bir pazarın durağan ya da değişken olma niteliğini etkileyen başka unsurlar da bulunmaktadır. Bunlar; pazara giriş kolaylığı, ilgili pazardaki inovasyon, alıcının dengeleyici gücü, piyasadaki şirketlerin bazılarının önemli miktarda büyüme göstermesi gibi unsurlardır⁹¹³.

İlgili pazarda önemli yenilikler olması, söz konusu yeniliklerin sahibi olan teşebbüs açısından rakipleri üzerinde önemli avantajlar sağlayacaktır. Bu nedenle avantajı elinde tutan teşebbüs bakımından, ortak hareket etme konusunda bir isteksizlik söz konusu olacaktır⁹¹⁴. Ayrıca Ar-Ge faaliyetlerinin yoğun olduğu pazarlarda ürün farklılaşmaları ortaya çıkacak ve koordinasyon zorlaşacaktır⁹¹⁵.

Pazara giriş engellerinin düşük olması nedeniyle pazara yeni girişler bulunması; bir başka deyişle pazarın oyuncular yönünden değişken olması, söz konusu pazarda ortak hareket etmeyi güçleştirir. Zira pazara yeni giren teşebbüsler, rakiplerin belirlediği ortak kurallara uymak istemezler ve tüketiciye daha cazip koşullar sunarak rakiplerinin pazar payının bir kısmını ele geçirmeye çalışırlar. Bu durumda ortak bir hareket şeklinin devamı imkânı oldukça güçleşecektir⁹¹⁶. İlgili pazarda kartel oluşturulmuş olsa dahi, pazara giriş engellerinin düşük olması nedeniyle, tekel kârını paylaşmak isteyen yeni teşebbüsler ilgili pazara giriş yapacak ve yeni girişler sonucunda pazar yeniden rekabetçi bir hâl alacaktır⁹¹⁷. Bu durumun önüne geçebilmek için kartelin tarafları ya piyasaya giriş engelleri yaratmaya ya da

⁹¹¹ OECD 2010, p. 315.

Doktrinde Nitsche ve Hinten-Reed, bir işbirliğinin ancak o işbirliğinden uzun vadede elde edilecek kazancın, o işbirliğini ihlâl ederek kısa vadede elde edilecek kazançtan daha fazla olması halinde devam edebileceğini belirtmiştir (Nitsche ve Hinten-Reed, p. 23).

⁹¹² Kahraman, s. 25.

⁹¹³ Costin, p. 43.

⁹¹⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 18; Costin, p. 43; Pişmaf, s. 63; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 412.

⁹¹⁵ O.Y. Yüksel, s. 41.

⁹¹⁶ Costin, p. 43. Aynı yönde; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, 181.

⁹¹⁷ Kahraman, s. 24.

fiyatları tekel seviyesinin altında tutarak pazara ilginin artmasını engellemeye çalışacaklardır⁹¹⁸.

2.3.3.1.3. Bilgi Değişimine Katılan Teşebbüslerin Özellikleri

2.3.3.1.3.1. Simetri

İlgili pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüsler arasında fiyat ve satış koşullarını oluşturan; maliyet, pazar payı, üretim kapasitesi, üretim şekilleri, kullandıkları teknolojiler, lojistik imkânları, stok durumları gibi hususlarda bir simetrinin bulunması halinde bu teşebbüsler arasında ortak bir anlayışın benimsenerek koordinasyona ulaşılması ve bu koordinasyonun devam ettirilmesi daha kolay olacaktır⁹¹⁹. Buna karşılık; fiyat ve satış koşullarını belirleyen unsurlar bakımından ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler birbirlerinden ne kadar farklı durumdaysa, bu teşebbüsler arasında koordinasyon kurulması ve korunması o kadar zor olacaktır⁹²⁰.

Örneğin; pazar payı yüksek olan ve yüksek miktarlarda seri üretim yaparak birim maliyeti düşüren bir teşebbüs için kâr elde etmeye başladığı satış fiyatı; pazar payı ve üretim miktarı daha düşük olan, üretim teknolojisi bakımından daha eski bir teknolojiyi kullanarak daha az verimli çalışan teşebbüsün kârlılık başlangıç satış fiyatına göre daha düşüktür. Bu nedenle; söz konusu teşebbüsler bakımından hedeflenen kârlılık oranı için gerekli olan satış fiyatları birbiriyle uyum göstermeyeceğinden, bu teşebbüsler arasında bir fiyat koordinasyonu oluşması pek mümkün olmayacaktır⁹²¹. Ayrıca; pazar payı yüksek olan büyük teşebbüs, kendi müşteri çevresinde elinde tutup piyasadaki hâkim durumunu güçlendirmek veya korumak yerine; pazar payı düşük olan teşebbüslerle koordinasyon kurmayı tercih etmeyecektir. Zira böyle bir koordinasyon, hâkim durumdaki teşebbüs için bir avantaj sağlamayacak; aksine dezavantaj yaratacaktır.

⁹¹⁸ Akıncı, s. 9.

⁹¹⁹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 18; Costin, p. 44; Švirinas, p. 101; Pişmaf, s. 63; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 182; Kahraman, ss. 18, 25, 139; O.Y. Yüksel, s. 40; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 412.

⁹²⁰ Costin, p. 44; Kahraman, s. 25.

⁹²¹ Kahraman, ss. 25-26.

Örnekteki durumda, rakip teşebbüslerin ortak bir fiyatta anlaşmaları söz konusu olsa dahi, bu anlaşmanın sürdürülmesi son derece zor olacaktır. Şöyle ki; maliyetleri düşük olan teşebbüs, anlaşmayı ihlâl ederek belirlenen fiyatın altında bir fiyat uygulayıp rakiplerinin pazar paylarından bir kısmını ele geçirmeye yatkın olacaktır⁹²².

2.3.3.1.3.2. Pazar Payı ve Pazar Gücü

Bilgi değişimine katılan teşebbüslerin söz konusu piyasadaki pazar payları, bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi bakımından önem taşır.

Pazar payının hesaplanması için öncelikle ilgili pazarın belirlenmesi gerekmektedir⁹²³. İlgili pazarın belirlenmesi hususuna çalışmamızda daha önce değinilmiştir⁹²⁴.

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'a göre; pazar payları, ilgili bölgede ilgili ürüne ilişkin satışlar esas alınarak hesaplanabilir. Toplam pazar büyüklüğü ve pazar payları Kılavuz'a göre genellikle araştırma şirketlerinin verilerinden ve mesleki birliklerin araştırmalarından elde edilebilir. Bunun mümkün olmaması ya da güvenilir olmaması halinde ise ilgili pazardaki tüm teşebbüslerden kendi pazar rakamları istenerek hesaplanabilir. Kılavuz, ilgili pazar paylarının belirlenmesinde genellikle satış rakamlarının esas alındığını; ancak bunun yanında ilgili ürünün ve endüstrinin özelliklerine bağlı olarak kapasite, ihale pazarlarındaki aktör sayısı, filo büyüklüğü, kontrol edilen rezerv miktarı gibi unsurların da etkili olabileceğini belirtmiştir⁹²⁵.

Pazar gücü ve pazar payı kavramları aynı gibi görünse de farklı kavramlardır. Doktrinde Peeperkorn pazar gücünü; *“Ekonomide pazar gücü genellikle fiyatları, rekabetçi seviyenin (kısa dönemde marjinal maliyetin, uzun dönemde ortalama*

⁹²² Costin, p. 44.

⁹²³ Özlem Karaman Coşgun, “Rekabetin Dikey Kısıtlanmasına Grup Muafiyetinin Uygulanabilmesi Bakımından Pazar Payı Sınırlamaları”, **TBB Dergisi**, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007, (Pazar Payı Sınırlamaları), s. 110.

⁹²⁴ Bkz. yuk. ss. 245-255.

⁹²⁵ Doktrinde pazar payı belirlenirken bir önceki yılın verilerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre; teşebbüsler arasındaki anlaşmaların icrası sırasında Kurul tarafından bir soruşturma başlatılmış ise, anlaşma tarihinden bir önceki yılın verileri kullanılarak değerlendirme yapılacaktır. Bu, özellikle grup muafiyeti yönünden yapılan değerlendirmelerde getirilen pazar payı eşiklerinin aşıp aşılmadığının belirlenmesinde önem taşımaktadır (Coşgun, Pazar Payı Sınırlamaları, s. 113).

toplam maliyetin) üzerine çıkarabilme gücüdür. Diğer bir ifadeyle –en azından kısa dönemde- normalüstü kâr elde etmek için, firma, çıktı miktarını değiştirmek suretiyle satış yapabileceği fiyatın üzerinde hissedilebilir bir etki yaratabiliyor ve rekabetçi seviyenin üzerinde bir fiyatlama yapabiliyorsa, bu durum pazar gücünü ifade eder.” şeklinde tanımlamıştır⁹²⁶.

Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de pazar gücü, bir teşebbüsün bir zaman periyodu için fiyatlarını kâr elde edecek şekilde rekabetçi seviyenin üzerinde koruyabilme veya üretim miktarı yönünden arz seviyesini, ürün kalite ve çeşitliliği ile inovasyonu kâr elde edecek şekilde rekabetçi seviyenin altında sürdürebilme yeteneği olarak tanımlanmıştır⁹²⁷. Buradaki zaman periyodunun bir yılı aşkın süre olması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁹²⁸.

Pazar gücünün belirlenmesinde göz önüne alınan ilk faktör pazar payıdır. Ancak ABD rekabet hukukunda pazar payı tek başına pazar gücünü belirleme konusunda yeterli görülmemekte; bunun yanında ayrıca pazara giriş koşulları, pazardaki diğer oyuncuların piyasa koşullarındaki değişimlere verebilecekleri tepkiler, pazar paylarının istikrarlı olup olmadığı, pazardaki güçlü bir rakibin varlığı gibi etkenler de değerlendirilmektedir⁹²⁹.

Pazarda yüzde yüz pazar payını elinde tutan bir teşebbüs bu tekel durumunun karşılığını oluşturan tekel gücüne her zaman sahip olmayabilir. Zira tekel durumundaki teşebbüs ilgili piyasada fiyatları rekabetçi düzeyin üzerine çıkardığında, eğer ilgili pazara giriş konusunda herhangi bir kısıtlama yoksa potansiyel rakiplerin dikkatini çekecektir. Potansiyel rakipler, kârlılığın yüksek olduğu bu pazara girme eğilimi gösterecekler ve böylece tekel durumundaki teşebbüsün bu pozisyonu sona erecektir. Bu nedenle yüzde yüz pazar payına sahip teşebbüs, bu pazar payını kaybetmemek için fiyatları rekabetçi seviyede tutmak zorunda kalacaktır⁹³⁰. Buna karşılık; çok sayıda oyuncusu bulunan ancak giriş engelleri çok yüksek olan bir pazarda tekel söz konusu olmamasına rağmen tekel gücüne sahip olunması olasıdır. Pazara giriş engellerinin çok fazla olduğu bir

⁹²⁶ Peeperkorn, pp. 80-81.

⁹²⁷ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 10.

⁹²⁸ Ilıcak, Dikey Anlaşmalar, s. 6.

⁹²⁹ Ata, s. 18.

⁹³⁰ Bu nedenle tekelci fiyatlandırmanın rekabeti engelleyici değil, arttırıcı olduğunu söylemek mümkündür (Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s. 89).

piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler, tekel durumunda olmasalar dahi fiyatları rekabetçi seviyenin üzerine çekip önemli sayılabilecek bir süre boyunca bu seviyede tutacak tekel gücüne sahip olabilirler⁹³¹. Bir başka ifadeyle; yüksek pazar payları her zaman pazar gücünün de yüksek olduğu anlamına gelmemektedir.

Pazar gücü doktrinde, klasik pazar gücü ve dışlayıcı pazar gücü olarak ikiye ayrılmıştır. Klasik pazar gücünde sadece üretim sınırlandırılarak kârların artırılması söz konusudur. Buna karşılık dışlayıcı pazar gücünde, maliyet yükseltilerek rekabet dışlanmaktadır⁹³².

Klasik pazar gücünden söz edilebilmesi için, teşebbüsler üretimi sınırlandırmalı, üretimin sınırlandırılması dolayısıyla fiyatlar artmış ve kârlılık oranı yükselmiş olmalı ve rekabetçi fiyat seviyesine göre yüksek olan fiyat anlamlı sayılabilecek bir zaman dilimi süresince korunmalıdır⁹³³.

Bilgi paylaşımı içindeki teşebbüslerin pazar güçlerinin ve/veya pazar paylarının yüksek olması halinde ortaya çıkacak antirekabetçi etkiler de daha fazla ve etkin olacaktır. Bu kapsamda özellikle hâkim durumda bulunma ve “*de minimis*” kuralı üzerinde durulması gerekli görülmektedir.

2.3.3.1.3.2.1. Hâkim Durumda Bulunma

RKHK m. 3’de hâkim durum, “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü...ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Hâkim durumda bulunan teşebbüslerin hâkim oldukları pazarda belirleyici gücü vardır. Bir teşebbüs tek başına hâkim durumda olabileceği gibi, birden fazla teşebbüs birlikte hâkim durumda bulunabilir. Özellikle birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda bulunması, tek başlarına hâkimiyet sahibi olmamaları halinde, bunların piyasayı yönlendirebilmek için birbirleriyle aynı doğrultuda hareket etmeleri gerekir. Bu noktada bilgi değişimi önem arz eder. Tek başına hiçbir

⁹³¹ Ali İhsan Çağlayan, **Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 15; Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, ss. 89-90.

⁹³² Çağlayan, s. 10.

⁹³³ Çağlayan, s. 10.

teşebbüsün hâkim durumda olmadığı piyasalarda birden fazla teşebbüs kendi aralarında bilgi paylaşımına girerek hâkim durum yaratabilirler. Yapılan bilgi değişimine dayalı olarak birbirleriyle uyumlu hareket eden ve pazarda bu şekilde hâkimiyet sağlayan teşebbüsler, bu hâkimiyet sayesinde piyasayı yönlendirme gücünü kazanmış olacaktır. Birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda bulunması rekabet hukuku tarafından yasaklanmış bir durum değildir. Ancak bu hâkim durumun kötüye kullanılması rekabet hukuku tarafından yaptırıma bağlanmıştır.

Hâkim durumun kötüye kullanılması RKHK m. 6'da düzenlenmiştir. Buna göre; doğrudan ya da dolaylı olarak giriş engeli oluşturulması veya piyasadaki rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılması, tekrar satış durumunda bir mal veya hizmetin alınmasının bir başka mal ya da hizmetin de alınması veya teşhiri şartına bağlanması (kelepçeleme sözleşmesi) veya asgari fiyat zorlaması yapılması gibi kısıtlayıcı koşulların getirilmesi, belirli bir piyasadaki hâkim durum sayesinde elde edilen ticari avantajların başka bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabeti bozma amacıyla kullanılması, tüketicinin zararına olarak üretim, pazarlama ve teknik gelişmelerin kısıtlanması hallerinde hâkim durumun kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Hükümde hâkim durumun kötüye kullanılması hâllerinin tahdidi olarak değil, örnekleyici olarak sayıldığı görülmektedir.

Hâkim durumda bulunan teşebbüslerin aralarında bilgi paylaşımı yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelmeleri ve zaten çok dengeli bir rekabet ortamı bulunmayan piyasadaki diğer küçük ve orta ölçekli teşebbüsler yönünden rekabetin tamamen bozularak bu teşebbüslerin pazar dışına itilmelerine sebep olmaları mümkündür.

Hâkim durum sadece kötüye kullanılması yönünden değil, ayrıca piyasadaki yoğunlaşma yönünden de rekabet hukukunu ilgilendirmektedir. Piyasanın yoğunlaşmasına sebep olan birleşme, devralma, ortak girişim gibi işlemler sonucunda hâkim durumun oluşması ya da mevcut hâkim durumun güçlenmesi söz konusu olursa bu işlemler Rekabet Kurulunun izni alınarak yapılabilir. Bu konuda Rekabet Kurulu tarafından birleşme ve devralmalar konusunda 2010/4 sayılı Rekabet

Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ çıkarılmıştır⁹³⁴.

Hâkim durum ve birlikte hâkim durum kavramları aşağıda yeniden ele alınacağı için bu kısımda daha fazla bilgi verilmeyecektir⁹³⁵.

Sonuç itibariyle, hâkim durumun mevcut olduğu piyasalarda bir yoğunlaşma olduğu ve yoğunlaşmış piyasalarda diğer piyasalara göre rekabetin olumsuz etkilenmesinin çok daha kolay olduğu söylenebilir. Bu nedenle; hâkim durumun mevcut olduğu yoğunlaşmış piyasalardaki bilgi değişimi faaliyetlerinin rekabete yönelik kuvvetli olumsuz etkiler doğurması mümkündür.

2.3.3.1.3.2.2. De Minimis Kuralı

De Minimis kuralı, rekabet üzerindeki etkisi hissedilir derecede olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşma, uyumlu eylem ve davranışların yasaklama dışı tutulmasıdır⁹³⁶. Bu anlaşmaların etkisi o kadar küçüktür ki, yapılmış olması ile olmaması arasında piyasa etkisi, rekabet ve ticaretin akışı üzerinde bir farklılık görülmemektedir. Bir başka deyişle; hissedilebilir bir etki söz konusu değildir⁹³⁷.

RKHK m. 4'te teşebbüsler arasındaki rekabeti bozmayı amaçlayan, bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlar yasaklanmıştır. Kanun koyucu bu yasaklamayı getirirken, tarafların pazar paylarına değinmemiş ve bu yönden teşebbüsler arasında bir farklılık gözetmemiştir.

Buna karşılık; Avrupa Komisyonu tarafından 2001 yılında çıkarılmış olan Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması'nın 81/1 Maddesi Kapsamında Rekabeti Dikkate Değer Şekilde Sınırlandırmayan Küçük Önemdeki Anlaşmalara İlişkin Komisyon Tebliği'nde⁹³⁸ bu konuda farklı düzenlemeler yer almıştır. 7. maddeye

⁹³⁴ Konu hakkında bkz. a.ş. ss. 328-334.

⁹³⁵ Bkz. a.ş. ss. 548-558.

⁹³⁶ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 152; Topçuoğlu, Acentelik, s. 95; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 77; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 102; Akıncı, s. 195; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 141; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 47; Güven, Rekabet Hukuku, s. 208; Küçükayhan Aşçıoğlu, ss. 72-73; Yiğit, ss. 70-71; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 286-287; Kesici, s. 142; Z. Arı, Danışıklılık, s. 133; Günay, Rekabet Hukuku, s. 48.

⁹³⁷ Z. Arı, De Minimis, s. 86.

⁹³⁸ EC, 2001, Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), 2001/C, 368/07, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:EN:PDF> (22.12.2001).

göre; gerçek ya da potansiyel rakipler arasında yapılan anlaşmaların taraflarının ilgili pazardaki toplam pazar payları %10'u aşmıyorsa bahsi geçen anlaşma m. 81 (ABİDA m. 101) kapsamındaki sınırlandırmalara tâbi olmayacaktır. Aynı maddenin (b) bendine göre; anlaşma, gerçek ya da potansiyel rakipler arasında yapılmamışsa ve taraflardan her birinin pazar payı %15'i aşmıyorsa bu anlaşma yönünden de m. 81 (ABİDA m. 101)' deki kısıtlama gündeme gelmeyecektir. Pazar payı eşiği, benzer etkilere sahip anlaşmaların kümülatif etkilerinin söz konusu olduğu hallerde % 5'e indirilmiş ve anlaşmanın rakipler arasında yapılmış olup olmaması konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Belirli pazar paylarının aşılmaması halinde ABİDA m. 101 kapsamındaki sınırlamalara tâbi olmamaya ilişkin bu kural, “*de minimis*” olarak adlandırılmaktadır. Ancak hard-core ihlaller de minimis kuralından yararlanamayacaklardır.

Tebliğ’de de minimis kuralının uygulanacağı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar bakımından amaç veya etki yönünden rekabeti kısıtlama konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Buna rağmen doktrinde kabul edilen bir görüş, de minimis kuralının sadece etki yönünden rekabete aykırılık hallerinde uygulanabileceği; buna karşılık amaç bakımından rekabete aykırılık bulunması halinde bu kuralın uygulanamayacağı yönündedir. Bu görüşe göre; bir anlaşma eğer rekabeti kısıtlama amacı taşıyorsa, de minimis pazar payı eşiğini aşmıyor olsa dahi de minimis kuralından yararlanamaz ve rekabete aykırı olarak kabul edilir. Yine bu görüşü destekleyenlere göre, De Minimis Tebliği tavsiye niteliğinde olup AB mahkemelerini bağlayıcı bir güce sahip olmadığından bu Tebliğ hükümlerinin rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalara uygulanmaması gerekmektedir⁹³⁹.

De Minimis kuralı ilk olarak 1969 yılında ABAD tarafından verilmiş olan “*Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke*” kararında uygulanmıştır. Söz konusu kararda amaç bakımından rekabete aykırılık durumunda de minimis kuralından yararlanılmasının mümkün olup olmadığı konusunda bir açıklama yer almamıştır⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Şvirinas, p. 112; Aşçıoğlu Öz, ss. 72-73.

⁹⁴⁰ CJEU, 1969, *Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke*, 9.7.1969, Case 5/69. Karar hakkında bkz. Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 151-152; Topçuoğlu, Acentelik, s. 95; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 185-186, dn. 224; Akıncı, ss. 193-198; Esin, TÜSİAD, s. 34; Esin, Rekabet, ss. 41, 62; Z. Arı, De Minimis, ss. 71-72; Z. Arı, Danışıklılık, s. 135; Küçükayhan Aşçıoğlu, ss. 68-69, 73; Nur Seda Köktürk, “De minimis doktrini: AB’de Neler Oluyor?”, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Yazisi/De-minimis-doktrini-ABde-Neler-Oluyor> (14.01.2015).

2012 yılında ABAD tarafından verilen “*Expedia*” kararında bu konuda bir bir değerlendirme yapılarak amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşmaların da de minimis kuralından yararlanamayacağı belirtilmiştir⁹⁴¹.

ABAD tarafından verilen bu karardan sonra De Minimis Tebliği, Avrupa Komisyonu tarafından yeniden ele alınmış ve 2014 yılında yeni De Minimis Tebliği⁹⁴² yayınlanmıştır. Son Tebliğ’de ABAD kararına uyumlu yönde bir değişiklik yapılmış ve amacı rekabeti önlemek, sınırlandırmak ve kısıtlamak olan anlaşmaların de minimis kuralı kapsamına girmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklik, rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmaların ABİDA m. 101/III kapsamında bireysel muafiyetten yararlanmasını engellemeyecektir. Ancak amaç yönünden rekabete aykırı olan tüm anlaşmaların m. 101/III değerlendirilmesi yapılmaksızın rekabete aykırı sayılması gibi genel bir tutum benimsenmesi olasılığı kaygı oluşturmaktadır⁹⁴³.

Bir işbirliğinin rekabet üzerindeki fiili ve potansiyel etkilerinin fark edilemeyecek ve önemsenmeyecek derecede küçük olup olmadığının saptanabilmesi için ilgili piyasanın ekonomik analizinin yapılması gerekmektedir⁹⁴⁴.

Gerçekten, yüksek oranlarda pazar payını elinde tutan teşebbüsler arasında uygulanan rekabeti bozucu etkiye sahip anlaşma, uyumlu eylem veya kararların, tarafları pazar payı çok düşük olan teşebbüsler arasında yapılanlara göre rekabeti çok daha fazla olumsuz etkileyeceği açıktır⁹⁴⁵. Özellikle çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada pazar payları toplamı sadece %3-5 gibi küçük oranlarda olan teşebbüslerin aralarındaki bir anlaşmanın, o piyasadaki genel rekabet ortamını bozucu nitelik taşımayacağı rahatlıkla söylenebilir. Bu durumda başkaca inceleme ve değerlendirme yapmaya gerek olmaksızın, söz konusu anlaşmanın rekabeti ihlâl edici nitelikte olmadığı kabul edilecektir⁹⁴⁶. Aynı durum bilgi değişimi için de geçerlidir. Pazar payları yüksek olan teşebbüsler arasında yapılacak bir bilgi değişimi

⁹⁴¹ CJEU, 2012, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence and Others*”, 13.12.2012, C-226/11. Karar hakkında bkz. Köktürk; Gürkaynak ve Yaşar, ss. 57-59.

⁹⁴² EC, 2014, 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), 30.08.2014, 2014/C 291/01, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN> (14.01.2016).

⁹⁴³ Köktürk.

⁹⁴⁴ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 58.

⁹⁴⁵ Pişmaf, s. 65.

⁹⁴⁶ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 11.

faaliyetinin kartelleşmeye kadar varacak sonuçları olabileceken, çok küçük paylara sahip teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımının piyasanın genel durumuna bir etkisi olmayacaktır⁹⁴⁷.

Avrupa Komisyonunun De Minimis Tebliği'ne karşılık Türk rekabet hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Rekabet Kurulunun bazı kararlarında bu kuralı benimsediği görülmektedir⁹⁴⁸. Doktrinde bu kural, “Hoşgörülebilirlik Kuralı” veya “Hissedilir Etki Kuralı” olarak Türkçeleştirilmiştir⁹⁴⁹. De Minimis kuralının Türk hukukunda uygulanabilirliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde Z. Arı, RKHK m. 4 hükmündeki ifadelere bakıldığında, rekabeti ihlâl eden anlaşmaların taraflarının küçük ya da büyük olmasının bir önem taşımadığını, hükmün tüm anlaşmalar bakımından uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁵⁰.

Doktrinde Yiğit tarafından, de minimis kuralı çerçevesinde değerlendirme yapılarak piyasa payları küçük ve bu nedenle de rekabeti kısıtlama ihtimali bulunmayan danışıklı işlemlerin RKHK m. 4’ü ihlâl etmediğinin kabulünün gerektiği ifade edilmiştir. Yazar tarafından ayrıca; kural uygulanırken sadece pazar paylarından hareket edilmemesi, buna ek olarak söz konusu anlaşmalar bütünüünün piyasadaki toplam etkisi, marka bağımlılığı gibi diğer kriterlerin de göz önüne alınması gerektiği belirtildikten sonra de minimis kuralının uygulanabilmesi için bu yönde bir tebliğ çıkarılması gerektiği ve de minimis kuralının hâlihazırda Türk hukukunda uygulanamayacağı, tazminat davalarında da hukuka uygunluk sebebi sayılamayağı açıklanmıştır⁹⁵¹.

Doktrinde Güven, rekabet üzerindeki etkileri çok küçük olan anlaşmaların değerlendirilmesinin zaman kaybına yol açarak gereksiz iş yoğunluğu oluşturacağını, bu nedenle bir eşik sistemine ihtiyacı olduğunu, her ne kadar RKHK’da de minimis kuralına yönelik bir düzenleme bulunmamakta ise de, bu kuralın uygulanmayacağına

⁹⁴⁷ Bilgi değişimini konusunda “De Minimis” kuralının uygulanması gerektiği yönünde bkz. OECD 2010, p. 288, dn. 56.

Bilgi değişiminde “De Minimis” kuralı hakkında bilgi için bkz. Şvirinas, pp. 110-112.

⁹⁴⁸ De Minimis kuralının Türk rekabet hukukunda uygulanmasının dayanağına ilişkin farklı görüşler için bkz. Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, ss. 89-90.

⁹⁴⁹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 59; Z. Arı, Danışıklılık, s. 134.

⁹⁵⁰ Z. Arı, De Minimis, ss. 87, 91-92; Z. Arı, Danışıklılık ss. 141-145.

⁹⁵¹ Yiğit, s. 74.

yönelik de bir düzenleme bulunmadığını, rekabet hukukunun içtihat hukuku ile gelişen bir alan olduğunu, bu nedenle de minimis kuralının uygulanmasının mümkün olduğunu savunmuştur⁹⁵².

İ.Y. Aslan ise, Türk hukukunda da AB rekabet kurallarında olduğu gibi bir pazar payı eşiği belirlenmesi gerektiğini ve bu eşiğin geçilmemesi halinde rekabetin hissedilir derecede sınırlanmadığının kabul edilmesi gerektiği belirtmiştir⁹⁵³.

Doktrinde Karakılıç, RKHK m. 4 hükmünde rekabeti sınırlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasaklandığını, buna göre Türk rekabet hukukunda rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için rekabeti sınırlayıcı etkilerin hissedilir olması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar ayrıca “*Kapsam*” başlıklı RKHK m. 2 hükmünde yer alan; “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar...*” ifadesiyle mal ve hizmet piyasalarında rekabeti etkileyen davranışların yasaklanmış olduğunu, rekabeti önemli ve hissedilir derecede etkilemeyen anlaşmaların yaptırımla karşılaşmayacağını, dolayısıyla de minimis kuralının Türk rekabet hukuku açısından uygulanmasının önünde herhangi bir engel olmadığını savunmuştur⁹⁵⁴.

Karakılıç’ın görüşü, 2014 yılında yayınlanmış olan Komisyon Tebliği ve öncesindeki son ABAD kararları ile birlikte düşünüldüğünde isabetlidir. Zira yukarıda açıklandığı gibi, Komisyon Tebliği ile amaç yönünden rekabeti kısıtlayıcı olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların de minimis kuralı kapsamına girmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda sadece etki yönünden yapılacak değerlendirmeye göre karar verileceğinden rekabeti hissedilir derecede etkilememe durumunda bir ihlâlin olmadığı sonucuna varılacaktır. Buna rağmen belirli bir eşik sistemi getirilerek güvenli liman tesis edilmesi hukuki belirlilik açısından daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Rekabet Kurulu 1998 yılında verdiği bir kararda, Manisa ili Salihli ilçesinde Elektrik Mühendisleri Odası uygulamasının, oldukça küçük bir bölgede gerçekleşmiş

⁹⁵² Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, (Rekabet Hukuku), ss. 217-218.

⁹⁵³ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 142.

⁹⁵⁴ Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, s. 292.

olması nedeniyle ilgili piyasada rekabetin önemli ölçüde sınırlanmadığı sonucuna varmıştır⁹⁵⁵.

Rekabet Kurulu tarafından 1997 yılında verilen bir kararda, Antalya Fırıncılar Odası ve Antalya'daki bazı ekmek fırınlarının, zam taleplerinin kabul edilmemesi üzerine talebin kabulü yönünde baskı yaratmak için ekmek dağıtımını durdurdukları belirtilerek yapılan şikâyeteye karşılık, bahsi geçen türden ihlallerin İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük şehirlerde de bulunduğu, Antalya'daki bu durumun piyasanın küçüklüğü sebebiyle “ülkenin bütünü ya da bir bölümünde...” koşulunun oluşup oluşmadığının şüpheli olduğu ifade edilerek soruşturma ya da önaraştırma açılmamasına; bunun yerine İstanbul ili için resen soruşturma başlatılmasına karar verilmiştir⁹⁵⁶.

Rekabet Kurulu 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda ise; RKHK kapsamında de minimis kuralının geçerli olmadığını, bu kurala dayanak oluşturacak herhangi bir kriter veya ifadeye yer verilmediğini belirtmiştir⁹⁵⁷.

Buna karşılık Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı⁹⁵⁸ m. 1 hükmünde, RKHK m.4 'e “*Kurul, pazar payı ve ciro gibi ölçütleri önceden belirlemek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenir.*” ibaresinin ekleneceği düzenlenmiştir. Böylece Tasarı'nın yasalaşması halinde de minimis kuralı, Rekabet Kurulunun çıkaracağı tebliğ ile düzenlenerek mevzuatımızda yerini alacaktır.

2.3.3.2. Rule of Reason Analizinde Etkinlik Savunması

Rule of reason analizine göre yukarıda incelenen unsurlar yönünden değerlendirme yapıldıktan sonra söz konusu bilgi değişiminin rekabeti bozucu amaç veya etkiye ya da potansiyel etkiye sahip olup olmadığı belirlenir.

⁹⁵⁵ RK, 1998, *Elektrik Mühendisi Mehmet Erol ve Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB)'ne bağlı Elektrik Mühendisleri Odası İzmir Şubesi*, 19.02.1998, 53/384-44.

⁹⁵⁶ RK, 1997, *Tüketiciyi Koruma Derneği ve Antalya Fırıncılar Odası- Antalya Merkez İlçede Faaliyet Gösteren Ekmek Üreticileri*, 20.11.1997, 40/245-1.

⁹⁵⁷ RK, 2010, *Total Oil Türkiye A.Ş.*, 18.03.2010, 10-24/338-122.

⁹⁵⁸ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf> (14.01.2016).

Yapılan bilgi değişimi sonucunda fiyatlarda bir değişiklik olup olmadığı, arz miktarlarında azalma bulunup bulunmadığı, piyasaya giriş engellerinin ortaya çıkıp çıkmadığı, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin bir kısmının pazar dışına itilip itilmediği, piyasada geleceğe yönelik öngörülmezliği ortadan kaldıran ya da ciddi şekilde azaltan bir şeffaflaşmanın oluşup oluşmadığı, kartelleşmeye yönelik bir amaç ya da faaliyet bulunup bulunmadığı gibi konular değerlendirilerek bilgi değişiminin rekabete aykırılık ya da uygunluk durumu tespit edilir. Bu süreçte bilgi paylaşımının taraflarının getirebileceği en önemli savunma, etkinlik savunmasıdır⁹⁵⁹,⁹⁶⁰. Etkinlik savunmasında, bilgi paylaşımının sonucunda birtakım rekabeti bozucu etkiler ortaya çıkmış ise de genel etkilerin çoğunlukla olumlu olduğu yönünde bir savunma getirilmekte ve bunları ispatlayıcı deliller ileri sürülmektedir⁹⁶¹.

Etkinlik savunması RKHK m. 5 (ABİDA m. 101/III) kapsamında bireysel muafiyet koşullarının bulunduğunun kanıtlanması esasına dayanır. Buna göre;

“a) malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

⁹⁵⁹ Etkinlik savunması ilk olarak ABD’de gündeme gelmiştir. Etkinlik savunmasının ABD antitröst hukukundaki gelişimi hakkında bkz. Seyrantepe, ss. 17-19.

⁹⁶⁰ Doktrinde etkinlik savunmasına yönelik birtakım eleştiriler getirilmiştir. Sanlı ilk olarak, bireysel muafiyet sağlanmasında tek yetkili kurumun Rekabet Kurumu olması nedeniyle başvurulardaki yoğunluk karşısında Kurumun kısıtlı imkânlarla sahip olması sonucunda Kurumun bu başvuruları gerektiği gibi değerlendirmesinin fiilen imkânsız hale geleceğini belirtmiştir. Yazara göre muafiyet koşullarını değerlendirme konusunda tek yetkili kurumun Rekabet Kurumu olmasının bir diğer sonucu olarak, açılan tazminat ve tespit davalarında mahkemelerin takdir yetkisi oldukça kısıtlanmaktadır. Bunun sonucunda mahkemelerden beklenen yarar azalacak ve mahkemelerden gelen talepler doğrultusunda Rekabet Kurumunun iş yükü daha da artacaktır. Yazar tarafından getirilen ikinci eleştiri, muafiyetin RKHK m. 5’de belirtilen dört koşulun aynı anda bir arada bulunması halinde tanınabiliyor olmasıdır. Yazara göre bu durum, Kurumun takdir yetkisini kısıtlamakta; dağıtım anlaşmaları gibi piyasa üzerinde olumlu etkileri ağır basan anlaşmaların dört koşulu aynı anda yerine getiremediklerinden dolayı geçersiz sayılmalarına yol açmaktadır. Yazar ayrıca muafiyetin şarta bağlı veya süreli olarak verilebilmesi ile Kurum tarafından geri alınabilmesinin ticari hayatın istikrar ve sürekliliğini tehlikeye düşürdüğünü ileri sürmüştür. Yazar tarafından getirilen son eleştiri ise, taraflar arasındaki anlaşmanın geçerliliğinin muafiyet bildirimi ile başlaması noktasındadır. Yazar bu ana kadar anlaşmanın geçerli olmamasının, tarafların birbirini ifaya zorlaması konusunda sorunlara yol açacağını belirtmektedir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 100, 179-180, dn. 206-207). Muafiyet konusunda kanun koyucu tarafından süre yönünden üst sınır getirilmiş olmasının yararları ve zararlarına ilişkin bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 233-234, dn. 471.

⁹⁶¹ Costin, p. 53.

Etkinlik savunmasında iddia edilen etkinliğin elde edilebilmesi için mevcut duruma göre rekabete daha az zarar verici başkaca yolların bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi oldukça önemlidir (Nair ve Mncube, p. 5).

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılması”

koşullarının bulunması ve kanıtlanması gerekmektedir. Buna göre etkinlik savunması temel olarak dört nokta üzerinden yapılabilir. Bunlar: Verimliliğin artması, tüketici yararı, zorunluluk ve rekabetin zarar görmemesidir⁹⁶².

Rekabete aykırı gibi görünen bir bilgi paylaşımı faaliyeti sonucunda, daha önce açıklanan olumlu etkilerin ortaya çıkması mümkündür. Teşebbüslerin gereksiz kaynak tüketiminden ve gereksiz yatırımlardan kurtulması, yeni teknolojilerin geliştirilmesi, tüketiciye ulaşan bilgi değişimi sayesinde tüketicinin bilinçlenmesinin sağlanması ve böylece rekabet ile birlikte mal/hizmet kalitesinin artması gibi birçok olumlu etki ortaya çıkabilir⁹⁶³. Bilgi değişiminin tarafları, bu olumlu sonuçlara yönelik gerekli delilleri ortaya koyarak yapılan bilgi değişiminin rekabeti kısıtlamadığını, aksine rekabeti ve verimliliği arttırıcı sonuçlar doğurduğunu kanıtlayabilirler⁹⁶⁴. Başka bir ifadeyle; bir bilgi değişimi faaliyetinin etkinlik savunmasından yararlanabilmesi için, bu faaliyetin olumlu sonuçlarının olumsuz sonuçlarına göre daha fazla olması gerekmektedir⁹⁶⁵. Bu durumun kanıtlanması halinde birinci koşul olan verimliliğin artması koşulu gerçekleşmiş olacaktır.

Bilgi değişiminin tarafları, yapılan bilgi değişiminin verimliliği arttırıcı etkisi olduğunu⁹⁶⁶, bu bilgi değişiminin kaçınılmaz olduğunu, tüketiciye yarar

⁹⁶² EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 21-23; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 15-17; OECD 2010, pp. 319-320; OECD 2010, p. 440; Costin, pp. 53-55; Şvirinas, pp. 113-115; Pişmaf, ss. 69-71; Cemil Güner, “Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet”, **TBB Dergisi**, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007, ss. 150-156; Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, ss. 225-230; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 254-262; Aşçıoğlu Öz, s. 96; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 126-132; Akıncı, ss. 231-253; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 444-458; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 117-119; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 146-151; Küçükayhan Aşçıoğlu, ss. 113-124; Yiğit, ss. 193-201; Kesici, ss. 120-121; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 172-179; Zedrettin Aslan ve Kahraman Berk, **Rekabet Kurumu’nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 105-112; Haluk Arı, “Rekabet Kurulu’nun Muafiyet Kararlarının Analizi”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III**, 7 Aralık 2012, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 107-143.

⁹⁶³ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 21-22; Güner, s. 151; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 173-174.

⁹⁶⁴ OECD 2010, p. 52, 443; Di Porto, p. 30.

⁹⁶⁵ Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 134; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 445.

⁹⁶⁶ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de, şişelenmiş taze havuç suyu piyasasında faaliyet gösteren beş firma arasındaki bilgi değişimi sistemi üzerinden bir örnek verilmiştir. Örnekte belirtilen ürün, şişelendikten sonra bir gün içinde tüketilmesi gereken bir üründür ve ilgili pazar talep yönünden son derece değişken niteliktedir. Üretici firmalar, bir bağımsız pazar araştırma şirketi aracılığıyla bilgi değişimi sistemi kurmak üzere anlaşmışlardır. Bağımsız şirket, tüm

sağladığını⁹⁶⁷,⁹⁶⁸ ve rekabeti tamamen ortadan kaldırmadığını ileri sürerek; bir başka deyişle diğer üç koşulun da varlığını kanıtlayarak etkinlik savunmasında bulunabilirler.

Kaçınılmazlık (zorunluluk) unsuru, daha az kısıtlayıcı alternatifin bulunmaması olarak anlaşılmalıdır. Bunun için, söz konusu sınırlamanın olmaması

satış noktalarından topladığı bilgileri derleyerek takip eden hafta internet sitesi üzerinden yayınlacaktır. Ortalama bilgilerden oluşturularak yayınlanan istatistikler sayesinde üreticiler, satış noktaları bazında günlük talep miktarını daha doğru bir şekilde tahmin edecekler ve böylece ürün dağıtımlarını talebin daha fazla olduğu satış noktalarına yönlendirebileceklerdir. Böylece arz ve talep arasında uyum elde edilerek talebin karşılanmaması ya da arz fazlalığı gibi etkinliği azaltan sonuçlarda azalma meydana gelecektir. Sonuç itibarıyla Rehber’de, söz konusu bilgi değişimi sisteminin etkinlik artırıcı özellikleri nedeniyle ABİDA m. 101/III kapsamında olduğu belirtilmiştir (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 25).

⁹⁶⁷ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de verilen bir örnekte; küçük bir ülkedeki turizm firmaları tarafından ve internet üzerinden herkesin erişimine açık bir sistem kurulmuştur. Bu sistemde, her firmanın sattığı tüm biletlerin fiyatları, söz konusu biletlerle ilişkin güzergâhlar, yapılan fiyat indirimleri gibi güncel fiyatlara ilişkin tüm bilgiler paylaşılmaktadır. Pazar yoğunlaşmış, durağan ve karmaşık olmayan bir yapıdadır. Rehber’de söz konusu örnekte her ne kadar sadece güncel fiyat bilgileri paylaşılıyor ise de piyasa koşulları da dikkate alındığında ortak bir anlayışa ulaşır rakipler arasında koordinasyon kurulmasının mümkün olduğu, yayınlanan fiyatlar yoluyla firmaların birbirlerini gözlemleyip varsa ihlalleri derhal tespit edebileceği, bu nedenlerle bilgi değişimi sisteminin ABİDA m. 101/I kapsamında kabul edilebileceği; ancak tüm bunlara karşılık turizm firmaları tarafından paylaşılan fiyat bilgilerinin geleceğe dönük fiyat niyetleri değil, sadece güncel fiyat bilgileri olduğu, tüketicilerin bu fiyatlar üzerinden bilet satın alabildiği, güncel fiyat açıklamalarının yapıldığı internet sitesine erişimin herkes için eşit şekilde erişilebilir olduğu, bu haliyle tüketiciler yönünden araştırma maliyetlerini azaltarak tüketicilere menfaat sağladığı, tüm bu nedenlerle ABİDA m. 101/III kapsamında etkinlik şartları olduğundan söz konusu sistemin bireysel muafiyetten yararlanması gerektiği belirtilmiştir (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 23).

Buna karşılık bir ülkenin başkentindeki lüks otellerin mevcut doluluk oranları ile kazançlarına ilişkin şahsi bilgileri kendi aralarında birbirleriyle paylaşmaları konusunda Rehber’de farklı bir değerlendirmeye gidilmiştir. Örnekteki piyasa dar oligopol, durağan, karmaşık olmayan ve maliyet yapılarının büyük oranda homojen olduğu bir piyasadır. Lüks otellerin yapmış olduğu bilgi paylaşımı geleceğe yönelik niyetlere ilişkin olmadığından amaç bakımından rekabete aykırı değildir. Buna karşılık; paylaşılan doluluk oranları ve kazanç bilgilerinden mevcut fiyatlara ulaşılabilir olması, piyasa yapısı da dikkate alındığında koordinasyon oluşturmaya yatkın bir görünüm arz etmektedir. Bu nedenle mevcut bilgi paylaşımı, ABİDA m. 101/I kapsamına girer. Her ne kadar oteller tarafından tüketicilere yönelik olarak fiyat listeleri yayınlanmakta ise de bu fiyatları üzerinden pazarlıklar yapılarak özellikle erken rezervasyon veya grup rezervasyonlarında farklı oranlarda indirimler uygulanmaktadır. Bu nedenle bilgi paylaşımı sisteminin tüketicilere yansıyan bir faydasının bulunduğu ve sistemin ABİDA m. 101/III hükmünden yararlanacağı söylenemez (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 24).

⁹⁶⁸ Tüketicinin yarar sağlaması; fiyatların düşmesi, kaliteli ürün sunulması, ürün ve hizmete kolay ulaşım, ürün yelpazesinin genişlemesi, garanti ve satış sonrası hizmetlerin artması, yeni ürünlerin geliştirilip pazara sunulması, malın arzında devamlılığın sağlanması gibi hallerle mümkün olabilir (Güner, s. 153; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 129; Akıncı, s. 244; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 447-448; Güven, Rekabet Hukuku, s. 227; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 118; H. Arı, ss. 117-118).

Tüketicinin sağladığı bu yarar ile rekabetin kısıtlanması arasında denklik olmalıdır. Tüketicie sağlanan menfaatin önemli olmaması halinde etkinlik savunmasından yararlanılması mümkün değildir (Akıncı, s. 246).

halinde, ortaya çıkacak etkinliğin azalması ya da gerçekleşme olasılığının önemli ölçüde azalıyor olması gerekmektedir⁹⁶⁹. Zira rekabetin kısıtlanması sonucu elde edilecek olan etkinliğin, daha az kısıtlayıcı başka bir yolla elde edilmesi mümkünse etkinlik savunmasından yararlanılması mümkün olamayacaktır. Etkinlik savunmasında önemli olan, alternatif yollar arasında rekabeti en az kısıtlayanın seçilmiş olmasıdır⁹⁷⁰. Doktrinde, alternatif bir yolla aynı sonuca varılabileceği varsayımında bulunmanın zor ve tartışmalı olduğu, ayrıca incelemenin hangi alternatiflere kadar indirgeneceğinin belirsiz olduğu ifade edilmiştir⁹⁷¹. Kaçınılmazlık unsuru kapsamında, tarafların, değiştirilen bilginin konusunun, toplulaştırma seviyesinin, yaşının, değişimin gizliliğinin, sıklığının ve kapsamının, iddia edilen etkinlik kazanımlarını elde etmek için zorunlu olan en düşük riski taşıdığını kanıtlamak zorundadırlar⁹⁷².

Rekabetin tamamen ortadan kalkmaması ile kastedilen, ortaya çıkan sınırlamalara rağmen ilgili pazarda rekabetin hâlâ devam ediyor olmasıdır. Bunun için, bilgi değişiminden öncesi ve sonrası karşılaştırılmalıdır. Bilgi değişiminden sonra rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı ve uzun vadede rekabetin ortadan kalkacağı anlaşılıyorsa etkinlik savunmasından yararlanmak mümkün olmayacaktır⁹⁷³.

Rule of reason analizi kapsamında etkinlik savunması ve bu yöndeki deliller, diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmelidir. Bilgi değişimi sonucunda ortaya çıkan rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar ile etkinlik savunması temelinde ortaya çıkan rekabete yönelik olumlu sonuçlar karşılaştırılmalı ve baskın gelen tarafa göre bir sonuca varılmalıdır⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 450.

⁹⁷⁰ Akıncı, s. 247; Ata, s. 20; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 453; Z. Arı, Danışıklılık, s. 179; H. Arı, ss. 135-136.

⁹⁷¹ Ata, s. 20.

⁹⁷² EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 22; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 17; Pişmaf, s. 70.

⁹⁷³ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 453-454; H. Arı, ss. 126-135.

⁹⁷⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 7; Morphet and Dijk, p. 5; Schrag ve Schneirov, p. 211; Ata, s. 21; Kühn, p. 180.

2.3.4. Güvenli Limanlar (*Safe Harbours/Safe Havens*)

Rekabet hukukunda rekabete aykırılık oluşturmeyan işlem ve eylemlerin açık bir şekilde düzenlenmesi halinde, rekabete aykırılık nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşılaşmayacağı bilinen bu işlemler rahatlıkla yapılabilir. Rekabete aykırılık taşımadığı açıkça belirtilen bu işlem ve eylemlerin oluşturduğu alan, güvenli liman (*safe harbour/safe haven*) olarak adlandırılır.

Bilgi değişimi konusunda, hangi koşullar altında yapılan bilgi paylaşımlarının rekabete aykırılık oluşturmayaacağına yönelik bir düzenleme yapılması durumunda bilgi değişimine yönelik güvenli limanlar oluşturulmuş olacaktır⁹⁷⁵. Güvenli limanların oluşturulması, teşebbüslerin rekabete aykırılık riski taşımaksızın güvenli liman kapsamındaki işlemleri yapabilmesini sağlayacak ve ortaya çıkan bu belirlilik durumu teşebbüsleri o yönde işlem yapma konusunda teşvik edici bir etki doğuracaktır⁹⁷⁶.

Doktrinde Kühn, güvenli limanların belirlenmesinde bilgi değişiminin, izleme etkisinin düşük olması veya beklenen etkinlik faydasının yüksek olması unsurlarını taşıması gerektiğini belirtmiştir. İzleme etkisi düşük olan bilgi değişimine örnek olarak, nadiren yapılan bilgi değişimlerini vermiştir. Buna göre; bilgi değişiminin sürekli ve düzenli yapılmaması ve sadece ara sıra gerçekleşmesi halinde, nadiren yapılan bu bilgi değişimi koordineli hareket etme planı oluşturmak için teşebbüslerin birbirlerini yeterli derecede gözlemlemesine yardımcı olmayacaktır. Bu nedenle ara sıra yapılan bilgi değişimlerinin kalıcı işbirliği yaratma olasılığı düşüktür ve yazara göre bunlar güvenli liman kapsamında değerlendirilebilir⁹⁷⁷. Doktrinde Caffarra ve

⁹⁷⁵ OECD raporunda güvenli limanların ya da per se yasakların belirlenmesi halinde yasal belirsizliğin azalacağı ifade edilmiştir. Buna göre; geleceğe yönelik bilgi paylaşımlarının, per se yasak olarak düzenlenmesinin uygun olabileceği belirtilmiştir. Güvenli limanların belirlenmesinde ise; bilgi değişimine katılan teşebbüslerin pazar payları toplamı, değiştirilen bilginin türü ve ilgili sektör gibi unsurlara dayanılabilir. Bilgi değişimi içine giren rakiplerin pazar payları toplamı esas alınarak bir güvenli liman yaratılması, de minimis kuralının bir yansımasını oluşturacaktır. Değiştirilen bilginin türünün güvenli liman belirlemede daha uygun olacağını savunanlara göre, derlenmiş maliyet bilgileri güvenli liman olarak kabul edilebilir (OECD 2010, pp. 12-13; OECD 2010, p. 426).

Doktrinde Kühn ve Vives, konuyu birleşmelerle kıyaslamalı olarak ele almıştır. Yazarlara göre nasıl ki rekabet hukuku yönünde sorun teşkil edebilecek birleşmelerin hangileri olduğu önceden belirlenmiş ve bu birleşmeler izne tutulmuşsa, aynı şekilde rekabete zarar verme potansiyeli olan bilgi değişimi hallerinin neler olduğunun belirlenmesi ve listelenmesi yoluna gidilebilir (Kühn and Vives, p. 113).

⁹⁷⁶ OECD 2010, p. 421.

⁹⁷⁷ Yazar, rakiplerin haksız kazanç elde etmesini önlemek amacıyla yapılan, sevkiyat bilgilerine ilişkin bilgi değişimi faaliyetini güvenli liman başlığı altında incelemiştir. Buna örnek olarak, jet yakıtı

Kühn ise, toplanmış bilgilerin, maliyet bilgilerinin ve toplanmamış (bireysel) teslim bilgilerinin tek başına bir işbirliği anlaşmasına uyulup uyulmadığını izleme yeteneği sağlamadığını ve bu nedenle bu tür bilgilerin değişiminin ayrıntılı bir soruşturma için tek başına yeterli bir sebep olmadığını ifade etmiştir⁹⁷⁸.

Kühn, beklenen etkinlik faydası yüksek olan bilgi değişimlerine örnek olarak ise, rakipler arasındaki değiş-tokuş ticaretini (*swap trade*) vermiştir. Buna göre; rakipler birbirleriyle yaptıkları anlaşmalar kapsamında, rakip teşebbüsün bulunduğu bölgedeki kendi müşterisine tedarik edeceği ürünü, o bölgedeki rakibinden temin edebilmektedir. Bir başka deyişle; A ile rakip B teşebbüsü arasında yapılan değiş-tokuş anlaşması sonucu; A, B'nin bulunduğu yerdeki müşterisine göndereceği ürünü B teşebbüsünden göndertecektir. Böylece nakliye maliyetinden tasarruf edilecek ve marjinal maliyet azalacaktır. Yazar, bu tür anlaşmaların rekabeti artırıcı etkisi bulunduğunu ve güvenli liman kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁷⁹.

Doktrinde Kühn, gerçekten toplanmış bilgi niteliğinde olan ve teşebbüslerin bireysel bilgilerini açıklamayan bilgilere yönelik bilgi değişimi faaliyetlerinin per se olarak izin verilen bilgi değişimi şeklinde düzenlenmesi gerektiğini

piyasasını ele almıştır. Jet yakıtı piyasasında sözleşmeler yılda bir kez yapılan ihale sonucunda yıllık olarak yapılmaktadır. Sözleşme süresinde jet yakıtı sağlayıcıları, havalimanındaki depolama alanına jet yakıtlarını teslim etmekte, tüm sağlayıcılar tarafından teslim edilen jet yakıtları burada birbirine karışarak jetlere aktarılmaktadır. Bir başka deyişle; havaalanındaki depolama alanından jetlere yakıt aktarılmasında bir doğal tekel mevcuttur. Sisteme göre her sağlayıcı, teslim ettiği yakıtla ilişkin bedeli almaktadır. Bu sistemde her sağlayıcının ne kadar miktarda ürün teslimatı yaptığı son derece önemlidir. Aksi halde; rakiplerden bir ya da birkaçının diğer rakipler aleyhine olarak, teslim ettiği miktardan fazla bir miktara karşılık gelen bedeli tahsil etmesi ve haksız kazanç sağlaması (*free ride*) olasıdır. Bu nedenle, bu örnekte rakiplerin teslimatlarına ilişkin bilgileri paylaşmaları, izleme fonksiyonlu olup antirekabetçi davranışların önlenmesi için zorunludur (OECD 2010, p. 425).

Bu konuda İtalyan Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan "*Italian Jet Fuel*" kararı bulunmaktadır. Söz konusu kararda jet yakıtının depolanması ve havalimanındaki depodan uçaklara teslim edilmesi bakımından, jet yakıtı sağlayıcıları arasında bir ortak girişim (joint venture) bulunduğu belirtilmiştir (Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Caffarra and Kühn, pp. 147-157).

Aynı konuda Rekabet Kurulu tarafından verilmiş bir karar da mevcuttur. Rekabet Kurulu havalimanlarında bu şekilde ortak depolama tesisi kurmak isteyen rakip teşebbüslerin menfi tespit başvurusunu incelediğinde, fiyatların önceden belli olması nedeniyle ortak operasyonun kapsamına fiyat bilgilerinin girmeyeceği, rakiplerin sadece birbirlerinin günlük satış miktarları hakkında bilgi sahibi olabileceği, günlük satış miktarlarına ilişkin bilginin pazar koşulları çerçevesinde rekabete hassas bilgi olarak kabul edilemeyeceği ve sonuç itibarıyla talep konusu ortak operasyonun rekabeti ihlâl edici bir niteliği bulunmadığı kanaatiyle menfi tespit talebinin kabulüne karar vermiştir (RK, 2006, *BP Petrolleri A.Ş. vd.*, 28.12.2006, 06-95/1202-365. Karar hakkında bkz. Pişma, ss. 88-89).

⁹⁷⁸ Caffarra and Kühn, pp. 145-146.

⁹⁷⁹ OECD 2010, pp. 426-427.

savunmaktadır⁹⁸⁰. Ayrıca belirli pazar payı eşikleri getirilmesi yoluyla güvenli limanlar oluşturulabileceği de ileri sürülen görüşlerden biridir^{981, 982}.

Bu güvenli limanların oluşturulması halinde, teşebbüsler herhangi bir yaptırımla karşılaşma riski ve bu yönde şüphe taşımaksızın güvenli limanların kapsamına giren bilgi paylaşımlarında bulunabilirler. Bu güvenli limanlar dışında kalan bilgi paylaşımlarındaysa, yapılan bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşıyıp taşımadığı, amaç yönünden bir rekabete aykırılık bulunmadığı takdirde rule of reason analiziyle tespit edilir.



⁹⁸⁰ OECD 2010, p. 428.

⁹⁸¹ OECD 2010, p. 288; Bennett and Collins, p. 332.

⁹⁸² Eşik sistemine dayalı bir güvenli liman sisteminin faydaları yanında bazı sakıncalar da doğurabileceği belirtilmiştir. Buna göre; pazar payı yüksek olan teşebbüsler, eşik sistemini gerekçe göstererek küçük teşebbüslerle önemli bilgileri paylaşmaktan kaçınabilirler. Bu durum, küçük teşebbüslerin rekabet gücünü ortadan kaldırır. Ayrıca; eşik sisteminin getirilmesi halinde, bu sistem, belirlenen eşiği aşan tüm bilgi değişimi faaliyetlerinin rekabete aykırı olduğu düşüncesi yaratabilir. Bu düşünce dolayısıyla, aslında rekabetin gelişmesine katkı sağlayacak olan bilgi paylaşımları, belirlenen eşiğin aşılmasından dolayı taraflarda bir ihlâl korkusu yaratarak yapılacak bilgi değişiminin önüne geçebilir (OECD 2010, p. 288; Bennett and Collins, p. 332).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABET KURULU SORUŞTURMA SÜRECİNDEN VE ÇEŞİTLİ MEVZUATTAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ

3.1. REKABET KURULU SORUŞTURMA SÜRECİNDEN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ

3.1.1. Genel Olarak

Anayasa'nın “*Siyasi Haklar ve Ödevler*” başlıklı Dördüncü Bölümü altında m. 74 hükmünde dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvuru hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK)⁹⁸³ ile kişilerin bilgi edinme hakkı ve bu hakkın korunması teminat altına alınmıştır⁹⁸⁴. BEHK m. 4 hükmüne göre; herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Türkiye’de ikâmet eden yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişilerin bu Kanun’dan yararlanması; ancak isteyecekleri bilginin kendileriyle ya da faaliyet alanlarıyla ilgili olması ve karşılıklılık koşuluyla mümkündür. Hükümde ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin saklı olduğu açıkça belirtilmiştir. BEHK m. 5 hükmünde ise kurum ve kuruluşların bu Kanun’da yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. BEHK m. 13 hükmünde bilgi edinme başvurusunun reddi halinde izlenecek yol düzenlenmiştir. Buna göre; bilgi edinme başvurusu reddedilen başvuru öncelikle on beş gün içinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK)’na başvuracaktır. Kurul yapılan itirazı otuz gün içinde değerlendirerek bir

⁹⁸³ 24.10.2003 T. ve 25269 S. RG.

⁹⁸⁴ Türk, AB, ABD, İngiltere, Kanada, Fransa, Almanya, Japonya BEHK’ları hakkında bilgi için bkz. Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, “Rekabet Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı ve Dosyaya Erişim: Avrupa Genel Mahkemesi’nin 2014 Mastercard Kararı Işığında Değerlendirmeler”, **BATİDER**, Cilt: 30, Sayı: 4, 2014, (Bilgi Edinme Hakkı), ss. 235-262.

karar vermek zorundadır. BEDK tarafından da talebin reddinin doğru bulunması halinde başvuru sahibi BEDK kararına karşı idari yargı yoluna gidebilecektir⁹⁸⁵.

BEHK'nın dördüncü bölümünde bilgi edinme hakkının sınırları düzenlenmiştir. Buna göre bazı durumlar BEHK'nın kapsamı dışındadır. Bunlar; devlet sırrına, ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler, idari bir soruşturmaya ilişkin olup açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde kişilerin özel hayatına haksız müdahale sonucunu doğuracak, kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak olan bilgi ve belgeler, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin olup açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde suçun işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi veya soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek, hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlâl edecek nitelikteki bilgi ve belgeler, kişilerin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi ve belgeler, haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden bilgi ve belgeler, ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, fikir ve sanat eserlerine ilişkin bilgi ve belgeler, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler ile tavsiye ve mütalaa talepleri olarak sıralanmıştır.

Genel bir çerçeve içinde bilgi edinme hakkını düzenleyen BEHK dışında Rekabet Kurulu nezdindeki soruşturma sürecine ilişkin olarak rekabet hukuku mevzuatında özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler incelendiğinde; bunların BEHK hükümleri ile paralel yönde olduğu ve aynı genel prensipleri kabul ettiği görülmektedir.

⁹⁸⁵ Rekabet Kurulu tarafından soruşturma raporu hazırlandıktan sonra, hakkında soruşturma yürütülen taraf, soruşturma raporu ekleri ile soruşturma raporunda olmayan ancak dosya kapsamında elde edilen diğer belgelerin birer suretinin kendilerine verilmesini talep etmiştir. Rekabet Kurulu tarafından bu talebin kısmen reddedilmesi üzerine doğrudan idari yargı yoluna başvurulmuştur. İdare mahkemesi, Rekabet Kurulunun ret kararının İYUK m. 14/III-d hükmünde belirtilen, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem vasfında olmadığı gerekçesiyle davayı esasına girmeksizin reddetmiştir. Yapılan temyiz başvurusu sonucunda Danıştay 13. Dairesi tarafından, Rekabet Kurulu kararının kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğu, bu nedenle idari davaya konu olabileceği belirtilerek Yerel Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir (Danıştay 13. Dairesi, 09.09.2013 T., 2013/1663 E., 2013/2144 K.).

RKHK m. 40 vd. hükümlerinde Rekabet Kurulunun inceleme ve araştırmalarındaki usul düzenlenmiştir. RKHK m. 44/II hükmünde, haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen tarafların, sözlü savunma haklarını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileriyle ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebileceği; m. 44/III hükmünde ise Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararına dayanak yapamayacağı düzenlenmiştir⁹⁸⁶. Bu hükme göre, hakkında soruşturmaya başlanan tarafların son derece geniş bir inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisi olduğu görülmektedir.

Rekabet Kurulu tarafından, tarafların dosya inceleme ve belgelerden örnek alma haklarını ayrıntılı şekilde düzenleyen bir Tebliğ çıkarılmıştır. Bu, 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'dir⁹⁸⁷. Böylece ticarete hassas bilgileri ve önemli ticari sırları içeren soruşturma dosyalarının taraflarca incelenmesi belirli koşullara bağlanmıştır. Zira soruşturma dosyasının incelenmesi suretiyle, soruşturmanın tarafı olan diğer teşebbüsler hakkında ticari sır niteliğindeki çok önemli bilgilerin öğrenilmesi mümkündür. Bu durumda, rekabeti korumak amacıyla yürütülen bir soruşturma dolayısıyla rekabetin ciddi şekilde zarar görmesi olasılığı ortaya çıkabilecektir. Bu nedenlerle, soruşturma dosyası kapsamındaki bilgi ve belgelerin belirli ölçüde korunması ve böylece rekabeti bozucu etkilerin ortaya çıkmasının önlenmesini sağlamak amacıyla dosyaya giriş hakkının belirli şartlara bağlanması uygun görülmüştür.

Soruşturma sırasında tarafların dosyaya giriş hakkı dolayısıyla elde ettiği bilgilerin yanında, ayrıca bu soruşturma dosyasında görev alan Rekabet Kurulu üyeleri ve personeli de dosya kapsamındaki tüm bilgilere erişebilmektedir. Taraflara birtakım kısıtlamalar getirilirken Kurul personeli yönünden herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Soruşturmanın sağlığı açısından, dosyadaki görevli Kurul üyelerinin tüm dosyaya ulaşması zorunludur. Sonuç olarak, hakkında soruşturma

⁹⁸⁶ Bu, Kurulun karar alırken uymakla yükümlü olduğu ilkelerden biri olan “*bildirim ilkesi*”nden kaynaklanmaktadır. Bildirim ilkesi hakkında bkz. Emel Badur ve Burcu Ertem, “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 33, 2008, s. 6.

⁹⁸⁷ RK, 2010, Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ, 2010/3, 18.04.2010 T. ve 27556 S. RG.

açılan teşebbüslerin ticari sırları ve önemli bilgileri Kurul üyeleri tarafından öğrenilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında gerek soruşturma taraflarının dosyaya giriş hakkı kapsamında edindiği bilgilerden dolayı oluşan bilgi değişimi gerekse dosyada görevli olan Kurul üyeleri ve personeli tarafından edinilen bilgiler dolayısıyla oluşabilecek bilgi değişiminin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

3.1.2. Soruşturma Taraflarının Dosyaya Giriş Hakkından Doğan Bilgi Değişimi

3.1.2.1. Dosyaya Giriş Hakkı

Dosyaya giriş hakkı, Kurul nezdinde başlamış olan bir soruşturmanın taraflarınca dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin incelenmesi anlamına gelmektedir.

RKHK m. 44/II'de *“haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar”*ın dosyaya giriş hakkı olduğu düzenlenmiştir. 2010/3 sayılı Tebliğ m. 4/I-a hükmünde verilen dosya tanımında *“Soruşturma kapsamında elde edilen, oluşturulan ya da bir araya getirilen tüm bilgi ve belgeler”* ifadelerine yer verilmiştir. Avrupa Komisyonunun soruşturma süreci ve dosyaya erişim hakkını düzenleyen Tebliğ'lerinde⁹⁸⁸ de aynı ifadelere yer verilmiştir^{989, 990}. Ayrıca 2010/3

⁹⁸⁸ Soruşturma süreci, dosyaya erişim hakkı ve sözlü savunma süreçlerine ilişkin düzenlemeler içeren iki Komisyon Tebliği ve bir Konsey Tebliği çıkarılmıştır. Bunlar; 1/2003 sayılı Tebliğ, 139/2004 sayılı Tebliğ ve 773/2004 sayılı Tebliğ'dir. Söz konusu Tebliğ'ler için bkz.:

- EC, 2003, Council Regulation on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (EC) No 1/2003, 16.12.2002, OJ 04.01.2003 L 1/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (05.05.2017)
- EC, 2005, Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Article 81 and 82 of the EC Treaty, Article 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, OJ 22.12.2005 C 325/7, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222\(03\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222(03)&from=EN) (08.03.2016).
- EC, 2004, Commission Regulation relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty (EC) No 773/2004, 07.04.2004, OJ 27.04.2004 L 123/18, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0773&from=EN> (05.05.2017).

⁹⁸⁹ AB rekabet hukukunda soruşturma süreci ve dosyaya erişim hakkı konusunda bilgi için bkz. Coşgun, ss. 26-55.

sayılı Tebliğ'in birçok hükmünde, dosyaya giriş hakkının soruşturma sırasında mevcut olduğuna ilişkin ibareler vardır. Tüm bunlara göre; tarafların dosyaya giriş hakkının bulunması için mutlaka açılmış bir soruşturma bulunması gerekmektedir⁹⁹¹. Henüz bir soruşturma açılmamış ve dosya önaraştırma aşamasındaysa, haklarında önaraştırma açıldığını öğrenen tarafların dosyaya giriş hakkı yoktur⁹⁹². Önaraştırma süreci, RKHK m. 40/III hükmüne göre otuz gün içinde sonuçlanan bir süreçtir. Oldukça kısa bir zaman içinde sonuçlanan ve sonucunda soruşturma açılmasına karar verilip verilmeyeceği belli olmayan önaraştırma sürecinde taraflara dosyaya giriş hakkı tanınmaması isabetlidir. Kaldı ki bu dönem, soruşturma açılmasını gerektirecek bir durumun bulunup bulunmadığının açık olmadığı, bu nedenle gerekli delil ve bilgilerin toplanması gereken bir süreç olduğundan delillerin karartılmaması için tarafların bu sürece müdahalesinin önlenmesi gereken dönemdir. Önaraştırma sürecinin sonunda raportör tarafından bir önaraştırma raporu hazırlanır ve bu rapor Kurula teslim edilir. Kurul önaraştırma raporunu inceleyerek on gün içinde soruşturma açılmasına ya da açılmamasına karar verir⁹⁹³.

⁹⁹⁰ ABD antiröst hukukunda soruşturma taraflarının dosyaya giriş hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık genel nitelikteki Bilgi Özgürlüğü Yasası mevcuttur. İlgili Yasa çerçevesinde elde edilebilecek bilgiler dışında tarafların dosyaya erişim yetkileri FTC'nin takdirinde olup kendi sundukları bilgi, belge ve maddi eşyanın incelenmesi dışında erişim mümkün değildir (Hüseyin Coşgun, **ABD, AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, s. 9).

⁹⁹¹ AB ve Türk rekabet hukukunda soruşturma usulleri arasındaki farklılıklar hakkında bkz. Hasan Hüseyin Ünlü, **Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hakları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, ss. 19-20.

⁹⁹² RKHK m. 40'a göre, Kurul doğrudan soruşturma açılmasına karar verebileceği gibi soruşturma açılıp açılmaması konusunda karar vermek üzere öncelikle bir önaraştırma yapılmasına da karar verebilir. Önaraştırma yapılmasına karar verilmesi halinde bu konuda görevlendirilmiş olan raportör 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak sunar.

⁹⁹³ Fiili uygulamada Rekabet Kurulunun mevzuatta düzenlenmemiş bir aşama olan "ilk inceleme" aşamasını işlettiği görülmektedir. Doktrinde Sanlı tarafından, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik şikâyetlere ilişkin olarak yapılan incelemede, Kurulun 1998-2009 yılları arasında dosyaların %24'ünün daha önaraştırma aşamasına geçilmeksizin ilk inceleme safhasında sonlandırdığı tespit edilmiştir. Yazar, bu aşamada yapılabilecek tek değerlendirmenin, şikâyet konusunun RKHK ile ilgili olup olmadığı yönünde yapılabileceğini; ancak yapmış olduğu incelemede Kurulun bu aşamada yaptığı değerlendirmelerin bu sınırı aştığını ifade etmiştir. Danıştay 13. Dairesinin 29.03.2010 T., 2008/5295 E., 2010/2583 K. sayılı kararında; "...davacı iddialarının Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında ihlal iddialarına ilişkin bulunması nedeniyle, davalı idarece davacının iddialarıyla ilgili soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen prosedüre uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiştir." değerlendirmesiyle Kurul tarafından sadece ilk inceleme ile verilen kararın iptaline karar verilmiştir. Danıştay tarafından verilen bu karardan sonra Kurul, önaraştırma yapılmaksızın sadece ilk inceleme raporuna göre dosyaların sonlandırılması yolunu terk etmiştir (Kerem Cem Sanlı, "Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme", **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde durumun taraflara tebliği ile soruşturma başlatılacaktır. Bu soruşturma aşamasında tarafların dosyaya giriş hakkını kullanmaları mümkündür.

3.1.2.1.1. Dosyaya Giriş Hakkına Sahip Olanlar

Dosyaya giriş hakkına sahip olanların kimler olduğu; daha doğru bir ifadeyle sadece hakkında soruşturma açılan teşebbüslerin mi dosyaya giriş hakkı olduğu, yoksa şikâyetçinin de mi bu hakka sahip olduğu incelenmesi gereken bir konudur⁹⁹⁴.

Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 22 Haziran 2010, (Yatırım Politikası), ss. 23-24).

⁹⁹⁴ Rekabet hukuku bakımından “şikâyetçi” ve “ihbar eden” kavramları birbirinden farklı kavramlardır. RKHK m. 9/II hükmüne göre, meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikâyetle bulunabilir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, ihlâl bildiriminde bulunan kişinin, bildirim konusu ihlâlin ortadan kaldırılmasında meşru bir menfaati bulunmaktaysa bu kişi, şikâyetçi statüsünde olacaktır. Buna karşılık; ihlâl bildiriminde bulunan kişinin söz konusu ihlâle ilişkin meşru bir menfaati bulunmamaktaysa bu kişi şikâyetçi değil, ihbar eden pozisyonunda olacaktır. Rekabet hukukunun amacı kamusal menfaatlerin korunması olduğundan, ortada meşru bir menfaati olan şikâyetçi bulunmasa dahi Kurul tarafından ihbar üzerine veya resen soruşturma açılması mümkündür. Şikâyetçi ile ihbar eden arasındaki temel farklılık, yapılan ihlâl bildiriminin Kurul tarafından ciddi bulunmaması halinde başvurunun açıkça veya zımnen reddedilmesinde ortaya çıkar. Doktrindeki bir görüşe göre; bu durumda şikâyetçinin Kurul kararına karşı yargı yoluna başvurma hakkı bulunmakta iken, ihbar edenin böyle bir hakkı yoktur. Bu sonuç, RKHK m. 42/II hükmünden çıkmaktadır. Zira kanun koyucu, Kurulun başvuruları gerek açıkça gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması (zımnî ret) durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkesin Kurulun ret kararına karşı yargı yoluna başvurabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, Kurul kararına karşı yargı yoluna başvurabilmek için doğrudan ya da dolaylı bir menfaatin bulunması gerekir. İhbar edenin böyle bir menfaati bulunmadığına göre, Kurulun ret kararına karşı yargı yoluna gitme hakkı da yoktur (Konu hakkında bkz. Ünlü, ss 27-29; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 284; Badur ve Ertem, s. 32).

Doktrindeki bir diğer görüşe göre; kanun koyucunun, Kurulun ret kararına karşı yargı yoluna başvurabilecek olanların sadece doğrudan ya da dolaylı menfaat sahibi olduğunu kanıtlayanlar olabileceği yönündeki düzenlemesi dar yorumlanmamalıdır. Şöyle ki; kanun koyucunun amacı eğer sadece mevcut ihlâl bildiriminde bulunan şikâyetçiye bu hakkı tanımak olsaydı, bunu doğrudan belirtmesi mümkündü. Buna karşılık kanun koyucu “şikâyetçi” değil, “doğrudan ya da dolaylı olarak menfaati olduğunu belgeleyen herkes” ibaresine yer vermiştir. Bu nedenle, Kurulun ret kararına karşı sadece şikâyetçi durumundaki gerçek ya da tüzel kişiler değil; mevcut bildirimde şikâyetçi olmamış olsa da şikâyetçi olması için gerekli menfaati bulunan herkesin yargı yoluna gitme hakkı vardır, yeter ki menfaatin varlığı kanıtlanabilsin (İ.Y. Aslan, Şikâyetçi, s. 79; Ünlü, s. 43).

Gürcaynak ve diğerleri tarafından da, ihbar edenin sonraki gelişmeler dolayısıyla menfaatinin ihlâl edilmiş olması durumunda artık ihbar edenin de idari yargı yoluna başvurabileceği ifade edilmiştir (Gürcaynak ve diğerleri, “Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Şikâyetçinin Konumu: Taraf Menfaatleri ile Hakikati Bulma Arasındaki Denge Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Derneği Rekabet Forumu**, S: 72, 2013, (Şikâyetçinin Konumu), s. 20).

Ancak doktrinde Aslan konuyu AB hukuku yönünden değerlendirirken, şikâyet etme hakkı olduğu halde şikâyetle bulunmayan ve Komisyonun savunma lehine karar vereceğini açıklamasına rağmen Komisyon sürecine müdahale etmeyen kişilerin daha sonra bu Komisyon kararına karşı dava açmasına izin verilmeyebileceği; ancak bu kişilerin dava açma hakkı olan şikâyetçi yanında davaya müdahale edebileceğini savunmuştur (İ.Y. Aslan, Şikâyetçi, s. 67).

Doktrinde İ. Y. Aslan ile Gürkaynak ve diğerleri tarafından kabul edilen görüşe göre, her ne kadar RKHK m. 44/II'de haklarında soruşturma açılan taraflardan bahsedilmişse de m. 44/III'de Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararına dayanak yapamayacağı düzenlenmiştir. Yazarlara göre bu hükümdeki savunma hakkı verilmesi gereken taraf, hakkında soruşturma açılan taraf iken; bilgi verilmesi gereken taraf ise şikâyetçi taraftır. Aslan, şikâyetçi aleyhine karar verilecekse, yani şikâyet reddedilecekse, Kurulun kararda dayanacağı hususları şikâyetçiye bildirmesi ve bu konuda görüşlerini açıklamaya fırsat vermesi gerektiğini, böylece şikâyetçinin vereceği ek deliller ve bilgilerle Kurulun kanaatinin değişebileceğini, bu yapılmazsa kararın şikâyetçiye bildirilmeyen bu kısımlara dayanması halinde bunun iptal sebebi olacağını belirtmiştir⁹⁹⁵.

Gürkaynak ve diğerleri; şikâyetçinin, usulün başından sonuna kadar sürece dâhil olmasının, tebligatların şikâyetçiye de yapılmasının, şikâyetçinin de konuya ilişkin bilgi ve değerlendirilmelerinin alınarak usulün zenginleştirilmesinin gerektiğini ifade etmiştir. Yazarlara göre şikâyetçinin soruşturma konusu ihlâl ile ilişkin somut bilgi ve belgeleri sunabilmesi mümkündür. Ancak şikâyetçiye bu imkân sağlanırken soruşturma taraflarının haklarına hâlel gelmemesine ve şikâyetçiye ek bir iddia makamı rolü yüklenmemesine dikkat edilmelidir⁹⁹⁶.

Zımni ret süresi konusunda RKHK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda İYUK m. 10/II'deki altmış günlük sürenin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (Ünlü, s. 32). Daha açık bir ifadeyle; RKHK m. 42/I hükmüne göre, Kurulun ihbar veya şikâyet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar veya şikâyet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başladığı yazılı olarak bildirilir. Altmış günlük sürede bu bildirimin yapılmaması, Kurulun başvuruyu zımnen reddettiği anlamına gelecektir. Buradaki yazılı bildirimin soruşturma kararına mı yoksa önaraştırma yapılması kararına mı ilişkin olduğu sorusuna cevap olarak doktrinde, bunun soruşturma kararına ilişkin olduğu isabetli olarak açıklanmıştır (Ünlü, ss. 34-35).

Doktrinde Badur ve Ertem, Kurulun başvurudan itibaren başvuruçulara hiçbir bildirimde bulunmaması halinde başvuruçuların, başvurudan itibaren altmış gün geçmekle dava haklarını kaybedeceklerini ifade etmiştir (Badur ve Ertem, s. 34). Ancak İYUK m. 10/II hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, başvurudan itibaren 60 gün içinde cevap verilmemesi başvurunun zımnen reddedildiğini göstermekte olup bu ret kararına karşı yargı yoluna başvurma hakkı, dolan altmış günlük sürenin bittiği günü izleyen gün başlar.

Altmış günlük ret süresi dolmuş ve şikâyetçiye hiçbir bildirimde bulunulmamış olmasına rağmen, daha sonraki bir tarihte soruşturmanın reddi kararının tebliğ edilmesi durumunda şikâyetçinin dava açma hakkı tebliğ tarihine göre belirlenecektir. Bir başka deyişle; zımni ret oluşturan altmış günlük sürenin üzerinden altmış günlük dava açma süresi de yargı yoluna başvurulmaksızın geçmiş olsa dahi, soruşturmanın reddi kararının daha sonraki bir tarihte tebliği ile dava açmak için yeni bir altmış günlük sürenin başladığı kabul edilecektir (Badur ve Ertem, ss. 34-35).

⁹⁹⁵ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 1251-1252; İ.Y. Aslan, BİAK, s. 24-25; İ.Y. Aslan, Şikâyetçi, ss. 71-74; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 335-336; Gürkaynak ve diğerleri, Şikâyetçinin Konumu, ss. 25-26.

⁹⁹⁶ Gürkaynak ve diğerleri, Şikâyetçinin Konumu, s. 19.

RKHK m. 44/II'de kanun koyucu dosya inceleme hakkının “*haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar*”a ait olduğunu ifade etmiştir. 2010/3 sayılı Tebliğ'in amacını düzenleyen m. 1 hükmünde, Tebliğ'in amacının, tarafların dosyaya giriş hakkını kullanmalarına dair usul ve esaslar ile RKHK'nın uygulanması sırasında elde edilen bilgilerin ticari sır niteliklerinin tespiti ve ticari sır olarak tasnif edilen bilgi ve belgelerin korunmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi olduğu düzenlenmiştir.

Tebliğ'in tanımlara yer verilen m. 3/I-e hükmünde taraf, “*haklarında soruşturma açılan ya da nihai inceleme başlatılan teşebbüs veya teşebbüs birlikleri*” olarak; şikâyetçi ise aynı hükmün (d) bendinde “*Kuruma başvuru yapan ve meşru bir menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Bu durumda şikâyetçinin “*taraf*” kavramı içine girmediği ve “*taraf*” ile kastedilenin sadece haklarında soruşturma açılan teşebbüsler olduğu açıktır. Ayrıca 2010/3 sayılı Tebliğ'in “*Dosyaya Giriş Hakkının Kullanılması*” başlıklı ikinci bölümünün altında yer alan m. 5/III hükmünde, şikâyetçi ve üçüncü şahısların taleplerinin genel hükümler çerçevesinde değerlendirileceği belirtilmiş; böylece şikâyetçi ile üçüncü kişilerin bu Tebliğ kapsamında düzenlenen dosyaya giriş hakkını haiz olmadıkları açıkça ortaya konmuştur. AB rekabet hukukuna göre de şikâyetçinin taraf sıfatı bulunmadığı kabul edilmektedir⁹⁹⁷. Ayrıca Aslan'ın belirttiğinin aksine, Türk rekabet hukukunda AB rekabet hukukundan farklı olarak, Rekabet Kurulunun şikâyeti reddedecek olduğunda bunu şikâyetçiye bildirip şikâyetçinin açıklama yapmasına olanak tanıma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Doktrinde baskın olan görüş, şikâyet edenin “*taraf*” sıfatını kazanmadığı yönündedir⁹⁹⁸.

Tüm bu açıklamalar karşısında, gerek kanun koyucunun gerekse Kurulun ifadesiyle dosyaya giriş hakkının şikâyetçiye değil, sadece soruşturma tarafı sıfatını haiz olan, hakkında soruşturma açılan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine ait olduğu söylenebilir⁹⁹⁹. Bu nedenle Aslan tarafından savunulan görüşe katılmamız pek mümkün görülmemektedir.

⁹⁹⁷ Coşgun, s. 52.

⁹⁹⁸ E. Yılmaz, ss. 93-94, 103-105; Badur ve Ertem, ss. 30-32; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 584-586.

⁹⁹⁹ İsmail Atalay Yolcu, **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 67; Ünlü, ss. 35-41.

Rekabet Kurulunca verilen “*VodafoneNet İletişim Hizmetleri A.Ş.*” kararında¹⁰⁰⁰, şikâyetçinin 2010/3 sayılı Tebliğ kapsamında dosyaya giriş hakkı olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Buna karşılık; Avrupa Komisyonunun 2005 tarihli Tebliği’nde Komisyonun şikâyeti reddetmeyi düşünmesi halinde bu niyetini şikâyetçiye bildirmesinden sonra, şikâyetçinin karşı düşüncelerini açıklayabilmesi için bir defaya mahsus olarak şikâyetçiye dosyaya giriş hakkı tanınabileceği düzenlenmiştir. Bu hakkını kullanan şikâyetçinin, dosya kapsamındaki ticari sırlara ve diğer gizli belgelere erişimi söz konusu olmayacaktır¹⁰⁰¹. Türk rekabet hukukunda Rekabet Kuruluna her ne kadar şikâyetçiye bu tür bir bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenmemiş olsa da şikâyetçinin karara karşı yargı yoluna gitme hakkı mevcuttur. Bu durumda, Kurulun açık ya da zımni ret kararı vermesinden sonra, bu karara karşı yargı yoluna gidilebilecek süre içinde şikâyetçiye dosyaya erişim konusunda 2010/3 sayılı Tebliğ m. 5/III hükmüne uygun olarak genel hükümler çerçevesinde tek seferlik bir hak tanınmasının uygun olabileceği düşünülebilir.

2016 yılında Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ’de (Tebliğ No: 2010/3) Değişiklik Yapılmasına Dair 2016/2 sayılı Tebliğ ile 2010/3 sayılı Tebliğ’in 8. maddesine eklenen ek 4. fıkra ile yeni bir düzenleme yapılmıştır¹⁰⁰². Bu düzenlemeye göre, dosyaya giriş talebinde bulunan, bu Tebliğ’in ekinde yer alan formu eksiksiz bir şekilde doldurmak zorundadır. Eklenen bu yeni fıkranın lafzında bir problem yoktur; ancak sorun, ekteki form incelendiğinde ortaya çıkmaktadır. Ekteki formda dosyaya giriş talep eden teşebbüsün dosyadaki sıfatı konusunda doldurulması gereken bir bölüm bulunmaktadır. Bu bölümde üç ayrı seçenek mevcuttur. Bunlar; taraf, şikâyetçi ve 3. taraftır. Öncelikle buradaki “3. *Taraf*” ile ne ifade edilmek istendiği tartışılabilir. Kanaatimizce her ne kadar taraf sözcüğü kullanılmış ise de burada amaçlanan üçüncü kişilerdir. İkinci olarak tartışma doğurabilecek husus; taraf dışında şikâyetçi ve

¹⁰⁰⁰ RK, 2016, *VodafoneNet İletişim Hizmetleri A.Ş.*, 11.05.2016, 16-16/263-115.

¹⁰⁰¹ EC, 2005, Commission Notice on the rules for Access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Article 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, 22.12.2005, 2005/C 325/07, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222\(03\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222(03)&from=EN) (19.11.2015).

¹⁰⁰² RK, 2016, Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ’de (Tebliğ No: 2010/3) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 2016/2, RG, 31.01.2016 T. ve 29610 S. RG.

üçüncü kişilerden bahsedilmiş olmasının şikâyetçi ve üçüncü kişilerin de dosyaya giriş hakkına sahip olduğu anlamına gelip gelmeyeceğidir. Soruya yukarıda yapmış olduğumuz tüm açıklamalar, RKHK ve 2010/3 sayılı Tebliğ hükümleri kapsamında vereceğimiz cevap olumsuzdur. Formda başvuru yapan kısmında şikâyetçi ve üçüncü taraf kavramlarının kullanılmış olması, bu kişilerin dosyaya giriş hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Zira bir teşebbüsün hakkı olmadığı halde birtakım yasal taleplerde bulunmasına hiçbir engel yoktur. Herkesin bir şeyi talep etme hakkı vardır; ancak herkesin talep ettiği şeyi elde etme hakkı yoktur. Bu kapsamda formdaki söz konusu bölümde şikâyetçi veya 3. taraf kısmının işaretlenmesi halinde, şikâyetçi konusunda yukarıda açıkladığımız istisnai durum hariç olmak üzere, talep başkaca bir inceleme yapılmaksızın reddedilecektir. Burada dikkat çeken bir diğer husus, formda taraf ve şikâyetçi seçeneklerine ayrı ayrı yer verilmiş olmasıdır. Bu durum yukarıda yapmış olduğumuz, şikâyetçinin taraf sıfatını haiz olmadığı ve taraf kavramı ile hakkında soruşturma açılan teşebbüslerin ifade edildiği yönündeki açıklamaları da desteklemektedir. Zira taraf kavramı içine şikâyetçinin de girdiği kabul edilmiş olsaydı bu iki kavramın ayrı ayrı seçenekler halinde sunulması söz konusu olmayacak ve sadece “*taraf*” seçeneği ile yetinilecek idi.

3.1.2.1.2. Dosyaya Giriş Hakkını Kullanma Süresi

3.1.2.1.2.1. Dosyaya Giriş Hakkının Başlama Zamanı

Dosyaya giriş hakkı konusunda düzenleme içeren RKHK m. 44/II’de *“Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir.”* ifadesine yer verilmiştir. Bu hükme göre; dosyaya giriş hakkının başlangıcı, taraflar hakkında soruşturma başlatılmasına karar verilmesi¹⁰⁰³ ve bu kararın taraflara bildirilmesidir. 2010/3 sayılı Tebliğ m. 8/I’de de dosyaya giriş hakkının başlangıcı konusunda RKHK m. 44/II ile uyumlu bir düzenleme yapılmış olup taraflara haklarında soruşturmaya başlandığının bildirilmesi

¹⁰⁰³ Soruşturma açılması yönünde verilen karara karşı yargı yoluna başvurulamaz; bu karar kesindir. Zira bu karar icrai nitelikte olmayıp bir hazırlık işlemi niteliğindedir (Badur ve Ertem, s. 37).

itibariyle tarafların dosyaya giriş hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Burada “*soruşturma başlatıldığının bildirilmesi*” ile kastedilenin, taraflara konuya ilişkin bildirimin gönderilmesi mi yoksa bu bildirimin taraflara ulaşması mı olduğu tartışılabilir. RKHK m. 43/II hükmüne göre, Kurul, soruşturmaya başlanmasına karar verdikten sonra bu kararı on beş gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını otuz gün içinde vermelerini ister¹⁰⁰⁴. Bu on beş günlük bildirim süresi içinde henüz bildirim taraflara tebliğe çıkarılmamışken hakkında soruşturma açılmasına karar verildiğini öğrenen taraflar dosyaya giriş hakkını kullanabilecek midir?

Gerek RKHK’da gerekse Tebliğ’de yapılan düzenlemenin amacı, kendilerine bildirimden itibaren otuz gün içinde ilk yazılı savunmalarını yapması gereken tarafların, bu savunma hakkı kapsamında dosyaya giriş hakkını ve savunma haklarını tam olarak kullanabilmelerini sağlamaktır. Bu nedenle, savunma süresinin başlangıcı ile dosyaya giriş hakkının başlangıcı aynı şekilde düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce bunun çok katı bir şekilde yorumlanmaması gerekir. Zira pratikte, soruşturma açılmasına karar verildikten sonra soruşturma yapılması kararının yeni verilmiş olması, tebliğe çıkarılmış olması ya da tebligatın yapılmış olması aşamaları bakımından dosya içeriğinde bir farklılık olmayacaktır. Taraflara dosyaya giriş hakkının tanınması bakımından mutlaka soruşturma açılması kararının tebliğe çıkarılması ya da tebliğ edilmiş olmasını beklemenin sağlayacağı pratik bir yarar yoktur. Bu nedenle kanaatimiz, soruşturma başlatılmasına karar verildikten sonra henüz bu karar taraflara tebliğ edilmeden tarafların başka bir şekilde bu karardan haberdar olması halinde de dosyaya giriş hakkını kullanmasında bir sakınca bulunmadığı yönündedir.

Tebliğ m. 8/II hükmüne göre; soruşturmanın sağlıklı ve güvenli bir şekilde yürütülmesi ve delillerin karartılması tehlikesini önlenmesi amacıyla, soruşturma raporunun¹⁰⁰⁵ tebliğinden önceki dönemde dosyaya giriş talepleri ertelenebilir. Bu

¹⁰⁰⁴ Bu hükmün kaynağı Kurulun inceleme ve araştırmalarına egemen olan, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olan “*savunma hakkı tanınması ilkesi*”dir (Badur ve Ertem, ss. 6-7).

¹⁰⁰⁵ Soruşturma raporu, tarafların ilk savunmaları alındıktan ve deliller toplandıktan sonra hazırlanarak taraflara tebliğ edilen rapordur. Bu rapora karşı tarafların 30 gün içinde ikinci savunmalarını vermeleri gerekmektedir. İkinci savunmalardan sonra soruşturmayı yürütenler ek görüş verirler. Bu görüşe karşı tarafların üçüncü kez 30 gün içinde cevap verme hakları mevcuttur (RKHK m. 45). Doktrinde Selçuk, verilen bu ek görüşe cevap üzerine soruşturma safhasının tamamlanmış olduğunu; bundan sonra sözlü yargılama safhasına geçileceğini belirtmiştir. Buna göre yazar, soruşturma aşamasının RKHK m.

erteleme mutlaka somut olayın özellikleri dikkate alınarak ve hukuki gerekçeleri açıklanarak yapılmalıdır. Bu şekilde bir erteleme yapılması halinde ertelenen giriş hakkının, soruşturma raporunun tebliğinden sonra makul bir süre içinde karşılanması gerekir. Bu hükme dayalı bir erteleme yapılması halinde, hakkında soruşturma başlatılan tarafın, ilk savunma dilekçesini vermeden önce dosyayı incelemesi söz konusu olamayacaktır. Soruşturma başlatıldığı yönündeki bildirimde yeterli ve ayrıntılı bilgi bulunması çok rastlanan bir durum olmadığından, dosyayı inceleyip dosyadaki belgelerden örnek alması da mümkün olmayan tarafın ilk savunma hakkının kısıtlandığı söylenebilir. Bu nedenle dosyaya giriş talepleri hakkında erteleme kararı verilirken son derece titizlikle hareket edilmesi ve sadece gerçekten soruşturmanın sağlığının tehlikeye girme olasılığının yüksek olduğu hallerde bu erteleme kararının verilmesi gerekmektedir¹⁰⁰⁶.

Erteleme halinde soruşturma raporunun tebliğ edilmesinden sonra bu hakkın makul süre içinde kullanılması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Buradaki “*tebliğ edilme*” ile kastedilenin ne olduğu üzerinde durmakta fayda vardır. Soruşturma raporunun tebliğe çıkarılması yeterli midir, yoksa taraflarca tebellüğ edilmiş olması da gerekir mi? Kanaatimizce, Tebliğ m. 8/II hükmünün amacı soruşturma aşamasının sıhhatli bir şekilde devamını sağlayıp delillerin karartılmasını engellemek olduğuna göre, soruşturma raporunun hazırlanmış olmasıyla bu risk bertaraf edilmiş demektir. Bir başka deyişle; gerekli incelemeler, araştırmalar yapılmış, deliller toplanmış ve soruşturma raporu hazırlanmış olduğuna göre artık taraflarca delillerin karartılması mümkün değil. Bu nedenle soruşturma raporunun hazırlanmış olması, ertelenen giriş

43/T’de belirtilen altı ay ya da bir yıllık sürelerin sonunda değil, ek görüş ve ek görüşe cevap sürecinin sonunda tamamlandığını ifade etmiştir (İlmutluhan Selçuk, “4054 Sayılı Kanun’un Soruşturma Sürecine İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulanış Şekli Hakkında Eleştiri ve Öneriler”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 14, 2003, ss. 61, 66-68).

Doktrinde Selçuk, soruşturma heyeti tarafından hazırlanan ek görüşün ve buna karşı tarafların cevap vermesinin Kanun’daki tüm düzenlemeler çerçevesinde Kanun’a uyumlu olmadığını, RKHK m. 44’e göre soruşturma hyetinin Kurul adına hareket ettiğini, böyle bir yaklaşımın aynı kişinin bir davada hem savcı hem hâkim olması anlamına geldiğini belirterek düzenlemeyi eleştirmiştir (Selçuk, ss. 64-66).

¹⁰⁰⁶ Rekabet Kurulu tarafından 2005 yılında bir ilke kararı alınmış ve hakkında soruşturma açılan tarafların, soruşturma raporu hazırlanana kadar sürekli belge talebinde bulunmalarının, delil toplanması ve dosyanın oluşturulması sürecini olumsuz olarak etkileyebileceği, delillerin karartılmasına sebep olabileceği gerekçeleriyle soruşturma raporu gönderilene kadar taraflara bilgilendirme yazısı dışında belge gönderilmeyeceği ve taraflarca Kurum nezdinde belge incelenmesine izin verilmeyeceği karara bağlanmıştır (RK, 2005, 05-33/445-M, 18.05.2005). Rekabet Kurulunun bu ilke kararına karşı açılan dava sonucunda Danıştay tarafından, Rekabet Kurulunun bu kararının RKHK m. 44/II hükmüne açıkça aykırı olduğu belirilerek kararın iptaline karar verilmiştir (Danıştay 13. Daire, 07.05.2007 T., 2006/891 E., 2007/2812 K.).

hakkının kullandırılması için yeterli olup ayrıca raporun taraflarca resmi olarak tebellüğ edilmesinin beklenmesinde bir yarar bulunmamaktadır.

3.1.2.1.2.2. Dosyaya Giriş Hakkının Bitiş Zamanı

RKHK m. 44/II’de “*tarafların sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar*” Kurum bünyesinde kendileri hakkında düzenlenmiş her türlü evrak ve delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Burada sözlü savunma hakkını kullanma talebinin ne zaman yapılacağı incelenmelidir.

RKHK m. 43/II’ye göre taraflar, kendileri hakkında soruşturma başlatıldığının tebliği üzerine otuz gün içinde savunma dilekçelerini vermek zorundadırlar. Soruşturma tamamlandığında soruşturma heyeti tarafından bir soruşturma raporu hazırlanır. Bu rapor, m. 45/II’ye göre Kurul üyelerine ve taraflara tebliğ edilir. Soruşturma raporunu tebliğ alan taraflar otuz gün içinde ikinci kez savunma dilekçesi verebilirler. İkinci kez verilen savunma dilekçesine karşı, soruşturmayı yürütmekle görevli olanlar on beş gün içinde yazılı olarak ek görüş bildirir. Bu ek görüş tüm Kurul üyelerine ve taraflara bildirilir. Ek görüşü tebliğ alan taraflar bu ek görüşe karşı da yine otuz gün içinde cevap dilekçesi verebilirler. Bu otuz günlük süreler, haklı gerekçelerin bulunması halinde bir kereye mahsus olmak üzere en fazla bir katına kadar uzatılabilir. Süresi içinde verilmeyen savunma dilekçeleri dikkate alınmaz¹⁰⁰⁷. RKHK m. 46/I’e göre ise, taraflar cevap dilekçesi ya da savunma dilekçesinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirebilirler^{1008, 1009}. Bu bildirim üzerine sözlü savunma yapılmasına karar

¹⁰⁰⁷ Doktrinde Aslan, her ne kadar RKHK m. 45/III hükmüne göre süresi içinde verilmeyen savunmaların dikkate alınmayacağı düzenlenmiş ise de bu hükmün RKHK m. 44/I hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği savunmaktadır. RKHK m. 44/I hükmüne göre, soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlâl ettiği iddia edilen kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilir. Ayrıca Aslan, RKHK m. 47’nin de bu konuda dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. RKHK m. 47/IV’e göre, sözlü savunma toplantısından en geç yedi gün önce taraflar sözlü savunmada yararlanacakları ispat vasıtalarını Kurula bildirmekle yükümlüdür. Taraflar süresi içinde bildirilmemiş ispat vasıtalarından yararlanamazlar. Yazar tüm bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi durumunda, RKHK m. 45/III hükmünün işlevsiz kaldığını; kaldı ki Kurulun resen araştırma ilkesi gereğince olayı aydınlatmak için her türlü delili bizzat araştırıp bulmak zorunda olduğunu, tüm bu nedenlerle tarafların kendilerine verilen süre geçtikten sonra kararı etkileyebilecek bir savunma yapmaları halinde bu savunmanın m. 45/III gereğince dikkate alınmaması gibi bir durumun mümkün olmadığını belirtmiştir (İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 1266-1267; İ. Y. Aslan, BİAK, s. 25).

¹⁰⁰⁸ Rekabet Kurulu tarafından sözlü toplantılara ilişkin 2010/2 sayılı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır (RK, 2010, Rekabet Kurulu

verilir¹⁰¹⁰. Ayrıca Kurul tarafından sözlü savunma yapılmasına resen de karar verilebilir. Sözlü savunma toplantısı RKHK m. 46/II'ye göre soruşturma safhasının bitmesinden en az otuz gün, en çok altmış gün içinde yapılır.

Hükümler birlikte yorumlandığında, sözlü savunma hakkının kullanılması talebinin savunma dilekçelerinden birinde ya da cevap dilekçesinde belirtilebileceği ve sözlü savunma toplantısının soruşturma bittikten sonraki otuz ilâ altmış gün içinde yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda ilk savunma dilekçesinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediğini bildiren tarafın dosyaya giriş hakkı, bu talepte bulunmasıyla birlikte sona mı erecektir? RKHK m. 44/II hükmü dosyaya giriş hakkını genel olarak değil, sadece dosyada tarafların kendi hakkında düzenlenen evrak ve delillerden örnek alma hakkı çerçevesinde düzenlemiştir. Bu kapsamda

Nezinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ, 24.04.2010, 2010/2, 24.04.2010 T. ve 27561 S. RG.).

¹⁰⁰⁹ Doktrinde Aslan, şikâyetçinin de sözlü savunma talep edebileceğini iddia etmektedir. Bununla bağlantılı olarak Aslan, şikâyetçinin sözlü savunma talep edebilmesi için soruşturma raporunun şikâyetçi tarafa da tebliğ edilmesi gerektiğini, böylece şikâyetçinin cevap dilekçesi vererek bu dilekçe içinde sözlü savunma toplantısı da talep edebileceğini savunmaktadır (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 1254; İ.Y. Aslan, Şikâyetçi, ss. 68-71; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 337).

Ancak özellikle “*taraf*” kavramı konusunda yapmış olduğumuz tüm açıklamalar ve kanun hükmü birlikte yorumlandığında Aslan’ın bu görüşüne katılma imkânı görülememektedir. Ayrıca 2010/2 sayılı Tebliğ m. 4/II’de; “*Kurul, toplantı tarihini, yerini, saatini ve toplantıya katılmak isteyen şikâyetçiler ile üçüncü kişiler için başvuru süresini tespit eder ve bu karar Kurum internet sayfasında duyurulur.*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Yine bununla bağlantılı olarak aynı Tebliğ m. 6/I hükmüne göre; “*Şikâyetçiler, Kurul tarafından belirlenen sürede yazılı talepte bulunmaları halinde toplantıya katılabilir. Toplantıya katılmak isteyen üçüncü kişiler, aynı süre içinde, toplantı konusu ile ilgili menfaat ilişkilerini ortaya koyan bilgi ve belgeleri içeren bir dilekçe ile Kurula başvurabilir. Kurulun söz konusu başvurulara ilişkin kararı, ilgili kişilere toplantıdan önce bildirilir.*” Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, sözlü toplantılara şikâyetçilerin ve menfaat ilgisini kanıtlamak şartıyla üçüncü kişilerin katılabileceği, ancak bunun taraflarca sözlü savunma talebinde bulunulması ve sözlü savunma açılması halinde Kurulun yapacağı ilânda belirttiği sürede başvurmak koşuluyla mümkün olacağı anlaşılmaktadır. Buna göre; şikâyetçinin bizzat sözlü savunma toplantısı talep etme yetkisi olmadığı açıktır. Aslan’ın görüşüne karşı eleştiriler için bkz. Ünlü, ss. 38-39.

Buna karşılık Rekabet Kurulu “*Üniversal Yayıncılık A.Ş.- Basın İzleme Araştırma Kurulu (BİAK)*” soruşturmasında, hem soruşturma raporunun hem de yazılı ek görüşün şikâyetçiye de tebliğ edilmesine karar vermiştir. Bu kararın devamında soruşturma raporu ve ek görüş, şikâyetçiye tebliğ edilmiş; şikâyetçi, ek görüşe karşı cevap dilekçesi vermiştir (RK, 1999, *Üniversal Yayıncılık A.Ş.- Basın İzleme Araştırma Kurulu (BİAK)*, 4.3.1999, 99-13/99-40).

Doktrinde Ünlü, Kurulun bu kararının söz konusu soruşturmanın özellikleri gereğince şikâyetçinin de görüşlerinin alınmasının gerektiği düşüncesine dayalı, münferit bir uygulama olduğunu belirtmiştir. Zira Kurul normal şartlarda her dosyada aynı uygulamayı takip etmemekte, soruşturma raporu ve ek görüşü şikâyetçiye tebliğ etmemektedir (Ünlü, s. 39).

Doktrinde Arslan ile Gürkaynak ve diğerleri, Rekabet Kurulunun normalde soruşturma raporu ve ek görüşü şikâyetçiye tebliğ etmediğini, bu soruşturmada ise farklı bir yol izlediğini belirtmiş ise de RKHK m. 45/I ve 46/I gereğince soruşturma raporu ve ek görüşün şikâyetçiye de gönderilmesinin gerekli olduğunu tekrar etmiştir (İ. Y. Aslan, BİAK, ss. 21-24; Gürkaynak ve diğerleri, Şikâyetçinin Konumu, ss. 23-24).

¹⁰¹⁰ Sözlü savunma toplantısı alenidir. Bu, aleniyet ilkesinin bir gereğidir. Ancak aleniyet ilkesinin sınırı, genel ahlâkın ve ticari sınırların korunması ilkeleri ile çizilmiştir (Badur ve Ertem, s. 7).

hükmün lâfzından çıkan sonuç, sözlü savunma hakkının kullanılması talebiyle birlikte bu talepte bulunan tarafın dosyadaki belge ve delillerden örnek isteyemeyeceğidir. Ancak devam eden soruşturma sürecinde, henüz soruşturma raporu hazırlanmadan ve kendisine tebliğ olmadan, sadece ilk savunma dilekçesinde sözlü savunma hakkını kullanma talebinde bulunduğu için soruşturma tarafının, hakkında düzenlenen belge ve delillerden örnek isteme hakkının sona ermesinin, savunma hakkının engellenmesi anlamına gelebileceğini ve böyle bir yasaklamanın soruşturmanın sıhhati yönünden gerekli bulunmadığını düşünmekteyiz.

Doktrinde Badur ve Ertem tarafından da, tarafların ilk yazılı savunma dilekçeleriyle dahi sözlü savunma talebinde bulunmaları mümkünken m. 44/II'nin lafzi yorumlanması sonucu tarafların bu aşamadan sonra kendileri ile ilgili düzenlenen belge ve elde edilen delillerin bir suretini isteme hakkından yoksun bırakılmasının, hakkın düzenleniş amacına uygun olmadığı ifade edilmiştir¹⁰¹¹.

Konuyu düzenleyen 2010/3 sayılı Tebliğ m. 8/III hükmünde açıkça *“Taraflar, nihai olarak, son yazılı savunma sürelerinin dolmasına kadar dosyaya giriş talebinde bulunabilirler.”* hükmüne yer vermektedir. Buna göre tarafların dosyaya giriş hakkı, soruşturma raporunun kendilerine tebliği ile başlayan otuz günlük ikinci savunma dilekçesini verme süresinin sonuna kadar devam etmektedir. Savunma dilekçesi verilmesi için tanınan bu süre dolduğunda artık dosyaya giriş hakkı da sona ermektedir. Tebliğ’de, dosyaya giriş hakkı süresinin bitimi düzenlenirken RKHK’nın aksine sözlü savunma talebinden hiç bahsedilmemiştir. Bir başka deyişle, 2010/3 sayılı Tebliğ hükümlerine göre tarafların sözlü savunma haklarını kullanmaları ya da kullanmamalarının dosyaya giriş hakkının bitiş anı bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Tebliğ hükümlerinin normlar hiyerarşisine göre kanun hükümlerine aykırı olamaması nedeniyle her iki hükmü birlikte ve birbirleriyle bağdaştırarak yorumlamanın uygun olacağı kanaatindeyiz. Buna göre; hakkında soruşturma başlatılan tarafların dosyaya giriş hakkının sona erme süresi, soruşturma raporuna karşı savunma dilekçesi verme süresi olan otuz günün sonuyken; dosyadaki belgelerden ve delillerden örnek talep etme süresinin sözlü savunma hakkının kullanılacağına bildirilmesiyle sona ereceği şeklinde bir yorum yapılması mümkündür. Bir başka deyişle; ilk savunma dilekçesinde sözlü savunma

¹⁰¹¹ Badur ve Ertem, s. 39, dn. 77.

hakkını kullanmak istediğini bildiren taraf, bu tarihten sonra son savunma dilekçesi süresinin sonuna kadar Tebliğ m. 5 hükmündeki koşullar mevcut olduğu takdirde dosyaya giriş hakkını kullanıp dosyadaki belge ve delilleri inceleyebilecektir; ancak bu belge ve delillerden birer nüshanın kendisine verilmesini talep edemeyecektir.

Kanun ve Tebliğ hükümlerinin farklı düzenlenmesi nedeniyle ortaya çıkan bu sonuç, eleştiriye son derece açıktır. Zira savunma hakkını inceleme ve örnek alma haklarıyla birlikte bir bütün olarak düşünmek gerekir. Özellikle kanun tarafından tanınmış olan sözlü savunma hakkının kullanılması talebinin ileri sürülmesi dolayısıyla savunma hakkının kısıtlanması, hukuk sisteminin istediği bir sonuç olarak kabul edilemez. De lege feranda yönünden RKHK m. 44/II'deki *“sözlü savunma haklarını kullanma taleplerine kadar”* ifadesinin *“son yazılı savunma süresinin dolmasına kadar”* olarak değiştirilmesi halinde bu kargaşa sona erecektir. Mevcut durumda, haklarında soruşturma başlatılan tarafların sözlü savunma haklarını kullanmak istediklerini son yazılı savunma dilekçelerinde belirtmeleri kendi menfaatleri yönünden isabetli olacaktır. Bu durumda RKHK m. 44/II hükmünün düzenlenişinden kaynaklanan, dosyadaki belge ve delillerden örnek isteme hakkının sınırlanması haliyle karşılaşmayacaklardır. Zira son savunma dilekçesinin verilmesiyle zaten dosyaya giriş hakkı da sona erecektir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus Tebliğ m. 5/I hükmüdür. Buna göre; hakkında soruşturma başlatılan taraflar dosyaya giriş hakkını soruşturma süresince sadece bir kez kullanabilirler. Bir başka deyişle, soruşturma taraflarının dosyaya giriş hakkı, her ne kadar soruşturmanın başladığının bildirilmesiyle başlayıp son savunma süresinin sonuna kadar devam ediyor ise de bu süre içinde dosyaya sınırsız olarak giriş yapılamaz. Bunun bir istisnası yine m. 5/I hükmünde belirtilmiş olup yeni deliller elde edilmesidir. Soruşturma sırasında dosyaya giriş hakkını bir kez kullanmış olan taraf, soruşturma kapsamında yeni deliller elde edilmiş olmadıkça dosyaya giriş hakkını bir kez daha kullanamaz. Burada yeni delil değerlendirilmesi ve ikinci kez dosyaya giriş talebinin haklılığı soruşturma heyeti tarafından değerlendirilecektir. Zira bir alt başlıkta açıklanacağı üzere, dosyaya giriş hakkının kullanılması, soruşturma heyetince izin verilmesine bağlıdır. Bu durumda yeni deliller elde edilmediği sürece, dosyaya giriş hakkı bir kez kullanılmakla sona ermektedir.

3.1.2.1.3. Dosyaya Giriş Hakkını Kullanma Talebinin Değerlendirilmesi ve Dosyaya Giriş Şekli

2010/3 sayılı Tebliğ m. 9'a göre, dosyaya giriş hakkını kullanmak isteyen tarafların bu yönde bir talepte bulunmaları gerekmektedir. Ayrıca m. 8/IV hükmüne göre, dosyaya giriş talebiyle birlikte Tebliğ'in ekinde yer alan formun doldurulup teslim edilmesi gerekmektedir. Bu talep soruşturma heyeti tarafından değerlendirilir. Soruşturma heyetinin, talebi değerlendirdikten sonra kabul etmesi ya da reddetmesi mümkündür. Talebin kabulü halinde dosyaya giriş yöntemi, zamanı ve dosyaya girişe ilişkin diğer hususlar talep sahibine yazılı olarak bildirilir. Talep sahibi belirlenen zamanda ve belirlenen şekilde dosyaya giriş hakkını kullanabilir.

Soruşturma heyeti, daha önce dosyaya giriş hakkının kullanılmış olması, soruşturmanın sağlığı ve delillerin karartılması ihtimaline karşı soruşturma raporuna kadar giriş hakkının kullanılmamasının gerekmesi, talebin mevzuatta izin verilen sürelerin dışında (örneğin son savunma süresi dolduktan sonra) yapılması, soruşturmada taraf sıfatının bulunmaması gibi sebeplerle talebin uygun olmadığı kanaatine varabilir. Bu durumlarda talebe ilişkin nihai karar Kurul tarafından verilecektir. Kurul tarafından da talep uygun görülmezse ret kararı gerekçeleriyle birlikte talep sahibine yazılı olarak bildirilir. Ret kararına karşı başvuru sahibi tarafından BEDK'ya itirazda bulunulabilir. BEDK tarafından da ret kararının haklı görülmesi halinde BEDK kararına karşı idari yargı yoluna başvurma yoluna gidilmesinde, sürecin uzun süreceği olması ve bu sırada Rekabet Kurulu soruşturmasının devam edeceği dikkate alınarak hukuki bir menfaat olmadığını söylemek mümkündür¹⁰¹². Bunun yerine, Rekabet Kurulu tarafından yapılan soruşturma sonucunda verilecek nihai kararın olumsuz olması halinde, karara karşı idari yargı yoluna başvurulurken dosyaya erişim hakkının haksız olarak kısıtlandığı

¹⁰¹² Uygulamada genellikle Rekabet Kurulu tarafından verilen ret kararlarının BEDK tarafından isabetli bulunmayarak talep edilen bilgi ve belgelerin verilmesi gerektiğine karar verildiği, BEDK tarafından verilen bu kararlara karşı Rekabet Kurumu tarafından idari yargı yoluna başvurulduğu ve idari yargılama sonucunda mahkemeler tarafından, devam eden soruşturma sürecine ilişkin soruşturmayı tehlikeye düşürecek bilgi ve belgelerin verilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı gerekçesiyle BEDK kararlarının hukuka uygun olmadığına karar verildiği görülmektedir (Ankara 3. İdare Mahkemesi, 24.05.2006 T., 2005/2029 E., 2006/1215 K.; Ankara 1. İdare Mahkemesi, 10.12.2010 T., 2010/369 E., 2010/1850 K.; Ankara 2. İdare Mahkemesi, 25.11.2013 T., 2013/583 E., 2013/1736 K. Kararlar hakkında bkz. Abdülğani Güngördü ve Tuğçe Koyuncu, **İdari Yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu Uygulamaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, ss. 98-101).

ve savunma hakkının engellendiği hususlarının da dile getirilmesi amaca daha uygun olacaktır.

3.1.2.1.4. Dosyaya Giriş Hakkı Kullanılarak Dosyadaki Bilgilere Erişme ve Belgelerden Örnek Alma

Avrupa Komisyonunun soruşturma kapsamında bilgi toplama yetkisi 1/2003 sayılı Tebliğ ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişken¹⁰¹³, Türk hukukunda Rekabet Kurulunun bilgi toplama yetkisi RKHK m. 14 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup konu ile ilgili ayrıca bir tebliğ çıkarılmamıştır.

RKHK m. 14 hükmü;

“Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir.

Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.”

ibareleri ile Rekabet Kurulunun bilgi toplama yetkisini düzenlemiş; Kurulun bilgi istediği tüm kurum, kuruluş ve teşebbüslere de istenen bilgileri belirlenen süre içinde verme yükümlülüğü yüklemiştir¹⁰¹⁴. Bu yükümlülüğe “işbirliği yapma yükümlülüğü (duty to cooperate)” adı verilmektedir^{1015, 1016}.

RKHK m. 15 ayrıca yerinde inceleme yetkisi vermektedir. Buna göre; Kurul bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir¹⁰¹⁷. Bu amaçla

¹⁰¹³ EC, 2003, Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, 16.12.2002, OJ 04.01.2003 L 1/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003R0001-20061018&from=EN> (18.10.2016).

¹⁰¹⁴ Rekabet Kurulunun bilgi isteme yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gökşin H. Kekevi, “Bilgi İsteme Yetkisine ve Eksik, Yanlış, Yanıltıcı ya da Geç Bilgi Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu II**, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Bilgi İsteme Yetkisi), ss. 69-129.

¹⁰¹⁵ Hamdi Pınar, “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2011, (İnceleme Yetkisi), s. 130.

¹⁰¹⁶ Bu kapsamda elektronik verilere girişin sağlanması için gerekli olan şifre ve kodların da görevlilere verilmesi zorunludur (Pınar, İnceleme Yetkisi, s. 135).

¹⁰¹⁷ 1/2003 sayılı Tebliğ m 20/II ve m. 21 hükümlerine göre inceleme yapılabilecek yerler hakkında bilgi için bkz. Pınar, İnceleme Yetkisi, ss. 131-134.

teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir¹⁰¹⁸, suretlerini alabilir, belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahalinde incelemeler yapabilir. İlgililer istenen bilgi, belge, defterleri vermekle yükümlüdür. Yerinde inceleme, engellenirse ya da engellenme olasılığı varsa sulh ceza hâkimi kararıyla yapılır¹⁰¹⁹.

1/2003 sayılı Tebliğ’de Avrupa Komisyonuna tanınan inceleme yetkisi, ilgili teşebbüslerin yöneticilerin konutlarını ve araçlarını da kapsayacak şekilde oldukça geniş olarak düzenlenmiştir. Doktrinde, Rekabet Kurulunun yerinde inceleme yetkisinin de 1/2003 sayılı Tebliğ ile paralel bir şekilde genişletilmesinin, bağlantı delillerinin elde edilebilmesi ve kartellerle etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için gerekli olduğu ifade edilmiştir¹⁰²⁰.

Bu noktada tartışılması gereken konulardan biri, Rekabet Kurulu görevlilerince yapılan inceleme sırasında teşebbüs ile teşebbüsün avukatı arasında yapılan yazışmaların incelenip incelenemeyeceğidir. Bu konu gerek iç hukukumuzda gerekse AB hukukunda mevzuat hükümleriyle düzenlenmemiş olduğundan uzun yıllar boyunca tartışılan bir konu olmuştur. AB rekabet hukukunda ABAD kararlarında konu ele alınmış ve kurum içi avukatlar ile serbest avukatlar arasında bir ayırım ortaya konmuştur. Buna göre; kurum içi (kadrolu) çalışan avukatlar avukatlık imtiyazından yararlanamayıp avukat ile teşebbüs arasındaki yazışmalar incelenebilecekken tamamen bağımsız olarak çalışan avukatlar yönünden avukatlık imtiyazı uygulanacak; bir başka deyişle teşebbüs ile teşebbüsün serbest avukatı

¹⁰¹⁸ Doktrinde 1/2003 sayılı Komisyon Tebliğ kapsamında Avrupa Komisyonunun inceleme yetkisini ele alan Pınar; öncelikle ticaret ve vergi hukuku gereğince saklanması gereken her türlü belgenin ticari belge olarak kabul edildiğini, bunun yanında kanunen saklanması zorunlu olmamakla birlikte rekabet ihlali açısından ispat aracı olabilecek diğer belge ve yazışmaların da bu kapsamda değerlendirileceğini belirtmiştir. Yazar bu belgelere örnek olarak; ticari defterler, oturum tutanakları, randevu defteri, dahili ve harici yazışmalar, seyahat faturaları, sözleşmeler, elektronik, elektromagnetik, fotoğrafik her türlü hertürlü kayıtlar, elektronik posta yoluyla yapılan her türlü haberleşme kayıtlarını vermiştir. Yazar buna ek olarak; ticari faaliyetle ilgili olmayan özel belge ve dökümanların bu kapsama girmediğinin; ancak teşebbüslerin bazı belgeleri özel belge olarak niteleyip görevlilerin incelemesini engelleyemeyeceği hususunun altını çizmiştir. Buna göre; teşebbüste tutulan her türlü belgenin ticari belge olduğu karine olarak kabul edilmekte ve bazı belgelerin özel belge olduğu iddia ediliyorsa görevlilerin yüzeysel bir inceleme yaparak bu iddiayı değerlendirmesi gerekmektedir. Eğer görevliler yaptıkları yüzeysel incelemede söz konusu belgenin özel belge olduğuna kanaat getirmişlerse bu belgeleri inceleme kapsamı dışında tutmakla yükümlüdür (Pınar, İnceleme Yetkisi, ss. 134-135).

¹⁰¹⁹ Yerinde inceleme hakkında bilgi için bkz. Ünlü, ss. 59-65; Kekevi, Karteller, ss. 119-120.

¹⁰²⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, s. 42.

arasındaki yazışmalar incelenemeyecektir¹⁰²¹. Doktrinde İnan, böyle bir ayırım yapılmasının doğru olmadığını, avukatın teşebbüs bünyesinde ya da bağımsız çalışmasının durumu değiştirmeyeceğini ve müvekkil ile avukat arasındaki yazışmaların incelenemeyeceğini savunmuştur¹⁰²².

Konuya ilişkin yapılan bir diğer ayırım, yazışmanın içeriğine ilişkindir. Buna göre; bağımsız avukat ile müvekkil arasındaki yazışmanın içeriği konu hakkında hukuki görüş alınmasına ilişkinse bu yazışma rekabet soruşturmasında aleyhe delil olarak kullanılamaz iken, yazışmanın içeriği rekabet kurallarının nasıl ihlâl edilebileceği konusunda yol gösterici, tavsiye verici ise, bir başka deyişle ihlâlê yardım etmek veya ihlâlê gizlemek amacı taşımakta ise, bu yazışma avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmeyerek aleyhe delil olarak kullanılabilir¹⁰²³.

Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan “NTSR Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti- CNR Uluslararası Fuarçılık ve Ticaret A.Ş.” kararında¹⁰²⁴, CNR ile bağımsız hukuk danışmanı olan avukatlık bürosu ile yapmış oldukları elektronik posta yazışmaları delil olarak kullanılarak CNR aleyhine idari para cezasına hükmedilmiştir. Delil olarak değerlendirilen avukat-müvekkil arasındaki yazışmaların içeriği, ticari sır dolayısıyla gizlenmiş olduğundan karar metninden anlaşılamamaktadır. CNR tarafından Kurul kararına karşı Danıştay’a başvurulmuş olup Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen kararda; “...Bununla birlikte, idari para cezasına dayanak alınan yazışmaların avukat müvekkil imtiyazından yararlandığı ileri sürülmüşse de belirtilen imtiyazdan savunma hakkının kullanılması kapsamında yararlanılabileceği, somut olayda ele geçirilen yazışmalar bakımından bu yazışmaların, geniş anlamda savunma hakkının kullanılması kapsamında gerçekleştirildiği kabul edilse dahi, savunma hakkından kastın meşru ve hukuka uygun yollardan elde edilen, hukuki yardım olarak değerlendirilmesi gerektiği açık olduğundan, idareyi ve karşı tarafı yanıltmak maksatlı belge üretimi niteliğindeki yazışmaların meşru savunma hakkı kapsamında bulunmadığı sonucuna ulaşılmakla,

¹⁰²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar, İnceleme Yetkisi, ss. 136-139.

¹⁰²² İnan, ss. 43-50.

¹⁰²³ Kekevi, Bilgi İsteme Yetkisi, ss. 106-107.

¹⁰²⁴ RK, 2009, NTSR Fuar ve Gösteri Hizmetleri Ltd. Şti- CNR Uluslararası Fuarçılık ve Ticaret A.Ş., 13.10.2009, 09-46/1154-290.

somut olayda davacı şirketin avukat müvekkil imtiyazından faydalanamayacağı anlaşılmaktadır...” ifadelerine yer verilerek davanın reddine karar verilmiştir¹⁰²⁵.

RKHK m. 16 ve 17 hükümlerinde ise, m. 14 ve m. 15’e aykırılık halleri yaptırıma bağlanmıştır. RKHK m. 16/I-c hükmünde; eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgelerin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi halinde teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihinde en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezası verileceği; ancak bu cezanın her halükârda on bin Türk Lirasından az olamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca RKHK m. 17/I-c hükmünde ise istenen bilgi veya belgelerin belirlenen süre içinde verilmemesi durumunda, ilgili teşebbüs, teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirinin on binde beşi oranında idari para cezasının günlük olarak uygulanacağı düzenlenmiştir.

Buna göre, Kurul tarafından istenen bilgi veya belgelerin belirlenen süre dolmasına rağmen verilmemesi halinde, verilinceye kadar geçen her gün için idari para cezası tahakkuk edecektir. Ayrıca m. 16/I-c’de belirtilmiş olan idari para cezası da tek sefere mahsus olarak uygulanacaktır¹⁰²⁶,¹⁰²⁷. Kanun koyucu bu hükümler yoluyla Rekabet Kurulunun bilgi ve belge toplama yetkisini oldukça geniş bir şekilde düzenlemiş, etkili bir yaptırım getirerek yetkiyi kuvvetlendirmiştir.

Açıklandığı şekilde Rekabet Kurulunun oldukça geniş bilgi ve belge toplama, inceleme yetkisinin bulunmasının bir sonucu olarak, soruşturma dosyalarında önemli derecede ayrıntılı ve gizli nitelik taşıyan birçok bilginin bulunması oldukça sık rastlanılan bir durumdur. Hakkında soruşturma başlatılan tarafların dosyaya giriş hakkını kullanarak bu hak kapsamında dosyadaki bilgilere ve belgelere ulaşmaları,

¹⁰²⁵ Danıştay 13. Dairesi, 11.03.2014 T., 2010/1677 E., 2014/829 K.

¹⁰²⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kekevi, Karteller, ss. 121-127.

¹⁰²⁷ Doktrinde RKHK m. 16/I-c ve 17/I-c hükümlerinin, aynı eyleme birden fazla idari para cezası uygulandığı gerekçesiyle *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğunun ileri sürülebileceği; ancak bu cezaların birbirini tekrar eden değil, birbirini tamamlayan cezalar olduğu ve Kurumun faaliyetlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için gerekli olduğu, bu nedenlerle *ne bis in idem* ilkesi ve Kabahatler Kanunu m. 15/I’e aykırılık oluşturmadığı ifade edilmiştir (Bekir Kocabaş, “4054 Sayılı Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezalarının Tabi Olduğu Hukuki Rejim ve Bu Alanda Hâkim Olan İlkeler: TCK, Kabahatler Kanunu ve İlgili Yargı Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (İdari Para Cezaları), ss. 460-462).

bunları incelemeleri ve belgelerden örnek almaları mümkündür; ancak bu hak sınırsız değildir, olmamalıdır. Öncelikle RKHK m. 44/II’de, tarafların sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar, Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendisine verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde Yolcu, hükümde yer alan “mümkünse” ibaresinin, Kurulun sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olduğu, taraflara dosyaya giriş hakkı tanınırken bu sır saklama yükümlülüğüne uyulması gerektiği, bu yükümlülük çerçevesinde taraflara sunulmayan belgelerin karara dayanak yapılmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁰²⁸. Kanaatimizce, kanun koyucu tarafından kullanılan “mümkünse” ibaresi aşağıda açıklanacak olan, tarafların dosyaya erişme ve belgelerden örnek alma haklarının istisnasını oluşturan durumların var olmadığı halleri belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Zira istisna teşkil eden hallerden birinin varlığı durumunda tarafların dosya içerisindeki bu belgeleri incelemeleri ve bunlardan örnek almaları mümkün olmayacaktır.

Dosyaya erişim hakkı ilk olarak ABAD’ın 1966 tarihli “*Consten and Grundig*”¹⁰²⁹,¹⁰³⁰ ve 1979 tarihli “*Hoffman-La Roche*”¹⁰³¹ kararlarında gündeme gelmiştir. “*Consten and Grundig*” kararında, Consten ve Grundig, Komisyonun tüm dosyaya erişme taleplerini kabul etmediği, böylece savunma haklarının kısıtlandığı yönünde iddialarda bulunmuştur. Bunun üzerine ABAD yapmış olduğu incelemede, dosyanın içeriğinin tamamının taraflara açıklanmasının gerekli olmadığını, şikâyeteye temel oluşturan tüm hususlarda tarafların bilgilendirilmesinin yeterli olduğunu belirtmiş ve olayda taraflara şikâyeteye temel oluşturan hususlarda bilgi verildiğine, tarafların da bu kapsamda kendi savunma ve görüşlerini olması gerektiği gibi

¹⁰²⁸ Yolcu, s. 64.

¹⁰²⁹ CJEU, 1966, *Consten and Grundig v. Commission*, 13.07.1966, in joined cases 56 and 58/64. Karar hakkında bkz. Ünlü, s. 67; Yolcu, s. 61; Aşçıoğlu Öz, ss. 67-68; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 173, dn. 65; Akıncı, ss. 63, 192; Esin, TÜSİAD, ss. 64-65; Esin, Rekabet, ss. 60-61; Gürkaynak ve Yaşar, s. 49; İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, ss. 40-41, 45-47.

¹⁰³⁰ Bu karar ayrıca ABAD’ın, dikey anlaşmaların da Roma Anlaşması m. 85/I hükmüne aykırı olabileceğine yönelik olarak vermiş olduğu ilk karardır (Önal, s. 46).

¹⁰³¹ CJEU, 1979, *Hoffman-La Roche v. Commission*, 13.2.1979, Case 85/76. Karar hakkında bkz. Ünlü, s. 67; Yolcu, s. 61; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 283, dn. 62; Ekdi, Piyasa Kapatma, ss. 58-59; Ulaş Kısa, ss. 14, 16, 27, 50-51; Şıramun, s. 29; Çeçen, ss. 17-18, 22, 43-44; Massimiliano Vatiéro, “Power in the Market: On the Dominant Position”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf>, (15.07.2016), s. 2; Lang, p. 7; Gürkaynak, Amaç, s. 14; Badur, Fiyat Sınırlamaları, s. 79-81; Ersoy, s. 30; H. Yavuz, s. 22; Gündüz, ss. 8-9; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 216-217; Esin, Rekabet, s. 199; Sümer Özdemir, s. 28.

sunabildiklerine, böylece savunma hakkının ihlâlini oluşturan bir durumun meydana gelmediğine karar vermiştir.

“*Hoffman-La Roche*” kararında ise ABAD, ihlâl dayanak oluşturan belgelerin taraflara sunulması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca, savunma hakkının ihlâli anlamına gelen bir durum oluşsa dahi, soruşturmanın sonraki aşamalarında bu durumun düzeltilmesinin, savunma hakkının kullandırılması bakımından yeterli olduğu belirtilmiştir.

Türk rekabet hukukunda savunma hakkının ihlâl edilmemiş olması için, teşebbüslerin erişimine izin verilmeyen bilgi ve belgelerin Kurul kararına dayanak yapılmamış olması yeterli görülmekte ise de doktrinde bu husus eleştirilmiş ve savunma hakkının daha geniş yorumlanması gerektiği, savunmada makul olarak kullanılabilecek olan belgelere erişilememiş olması halinde de, sonucun değişme ihtimalinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, savunma hakkının ihlâl edildiğinin kabul edilmesinin isabetli olacağı ifade edilmiştir¹⁰³².

Avrupa Komisyonunun 1982 tarihli 12. Rekabet Politikası Raporu’nda¹⁰³³ dosyaya giriş hakkı kapsamındaki inceleme ve örnek alma bakımından üç kısıtlama getirilmiştir. Bunlar; ticari sırlar, kurum içi yazışmalar ve çok gizli nitelikteki diğer bilgilerdir. Rapora göre, taraflar bu belgelerden birini inceleme konusunda haklı bir talepte bulunursa, Komisyon çok gizli bilgileri içermeyen bir özetin talep eden tarafa verilmesine karar verebilir¹⁰³⁴. Komisyonun Rapor’da ortaya koyduğu yaklaşım, ilk derece mahkemesi tarafından “*Hercules Chemicals*” kararında eleştirilmiştir¹⁰³⁵. Karara göre; rekabet ihlâli olduğu yönünde bir karar verilmesi halinde bu kararın gerekçesinde dayanak olarak gösterilen belgeler hakkında gizlilik konusundaki sınırlamalar uygulanmamalıdır¹⁰³⁶.

Avrupa Komisyonu 1997 yılında dosyaya erişim hakkına ilişkin esasların belirlendiği bir Tebliğ yayınlamıştır¹⁰³⁷. Komisyon tarafından yayınlanmış olan bu

¹⁰³² Gürkaynak ve diğerleri, Bilgi Edinme Hakkı, s. 268.

¹⁰³³ EC, 1982, Twelfth Report on Competition Policy, p. 40, http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1982_en.pdf (19.11.2015).

¹⁰³⁴ EC, Twelfth Report on Competition Policy, p. 41. Konu hakkında bkz. Yolcu, s. 62; Ünlü, s. 73.

¹⁰³⁵ CFI, 1991, *Hercules Chemicals v. Commission*, 17.12.1991, Case T-7/89.

¹⁰³⁶ Karar hakkında bkz. Yolcu, s. 62; Ünlü, s. 68.

¹⁰³⁷ EC, 1997, Commission Notice on the internal rules of procedure for processing requests for Access to the file in cases pursuant to Articles 85 and 86 of EC Treaty, Article 65 and 66 of the ECSC Treaty and Council Regulation (EEC) No 4064/89, 23.01.1997, 97/C 23/03, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997XC0123\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51997XC0123(01)&from=EN) (19.11.2015).

Tebliğ’de, ilk derece mahkemesinin 12. Rapor’daki görüşlere karşı ortaya koyduğu eleştiriler dikkate alınmıştır. Tebliğ’de, ticari sırlar konusunda birtakım istisnalar getirilmiştir. Buna göre; ticari sır niteliğindeki belgeler bir ihlâlin gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği noktasında kanıt niteliğindeyse Komisyon, hassas bilginin korunması, ihlâlin sona erdirilmesindeki kamu yararı ve savunma hakkı arasında bir denge kurmak zorundadır. Bu kapsamda; söz konusu bilginin bir ihlâlin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleme konusundaki uygunluğu, ispat değeri, zorunlu olup olmadığı, hassaslık derecesi ve ihlâlin ciddiyeti kıstasları birlikte değerlendirilmelidir^{1038, 1039}.

Komisyon 2005 yılında dosyaya erişim hakkına ilişkin olarak yayınladığı yeni Tebliğ, 1997 tarihli Tebliğ’in yerine geçmiştir. Bu Tebliğ ile, 1997 tarihli Tebliğ’de ticari sırlara ilişkin olarak getirilen istisnalar, ticari sırlar ve diğer gizli bilgiler için ortak bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; dosyaya erişim ve dosyadan örnek alma hakkının sınırlarını oluşturan ticari sırlar ve çok gizli nitelikteki bilgilerin açıklanıp açıklanmaması konusunda bir değerlendirme yapılırken şu hususlar dikkate alınacaktır: Bilginin bir ihlâl bulunup bulunmadığının belirlenmesine uygunluğu ve ispat gücü, zorunlu olup olmadığı, hassasiyet derecesi, ihlâlin ilk görünüşteki ciddiyeti¹⁰⁴⁰. Burada en dikkat çeken husus, ihlâlin ciddiyeti yerine, ihlâlin ilk görünüşteki ciddiyeti ifadesine yer verilmiş olmasıdır.

2010/3 sayılı Tebliğ, dosyaya giriş hakkı kapsamındaki bilgilere erişme, belgeleri inceleme ve bu belgelerden örnek alma hakkının sınırlanmasında Avrupa Komisyonunun tebliğleri ile uyum sağlamaktadır. 2010/3 sayılı Tebliğ m. 6’ya göre tarafların dosyaya erişim ve örnek alma hakkının sınırları; kurum içi yazışmalar, ticari sırlar ve diğer gizli bilgileri içeren belgelerdir. Tebliğ m. 6 hükmünde bu husus, “....Kurum içi yazışmalar ve başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sır ve diğer gizli bilgileri içerenler hariç olmak üzere....” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

¹⁰³⁸ EC, 1997, Commission Notice on the internal rules of procedure for processing requests for Access to the file in cases pursuant to Articles 85 and 86 of EC Treaty, Article 65 and 66 of the ECSC Treaty and Council Regulation (EEC) No 4064/89, p. 4. Bilgi için bkz. Yolcu, s. 62-63.

¹⁰³⁹ 1997 tarihli Tebliğ’e göre bilgi ve belge taleplerinin nasıl değerlendirileceği hakkında bkz. Yolcu, s. 63.

¹⁰⁴⁰ EC, 2005, Commission Notice on the rules for Access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Article 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, p. 11.

2010/3 sayılı Tebliğ’de değişiklik yapan 2016/2 sayılı Tebliğ ile dosyaya giriş hakkını kullanmak isteyenlerin doldurması zorunlu olan form incelendiğinde özellikle bir husus tartışmaya oldukça açıktır. Formun en alt kısmındaki bölümde, dosyaya giriş hakkını kullanmak isteyen tarafın erişim talep ettiği belgeleri, belgelerin dosya belge numarası ve paragraf numarasını yazması istenmiştir. Burada akla gelen soru şudur: Dosyaya giriş hakkı kapsamında incelenebilecek olan belgeler sadece münferit belgeler olup ticari sır, kurum içi yazışma ve diğer gizli bilgileri içeren belgeler dışında kalan tüm belgelerin birlikte incelenmesi mümkün değil midir? Formun en alt kısmındaki dipnotlarda, belge isim veya numarasının tam olarak belirtilmediği durumda, talep edilen belgenin tanımlanması için belgenin içeriğine ilişkin ayrıntı verilmesi gerektiği, talebin yeterince belirginleştirilemediği durumlarda ilgili Kurum personelinin başvuru sahibine bilgi, belge ve kayıtların belirlenmesi hususunda yardımcı olacağı belirtilmiştir. Ayrıca erişim talep edilen belgelerin soruşturma, ek görüş, nihai inceleme gibi herhangi bir raporda kullanılması durumunda raporun ilgili bölümüne paragraf numarası ile atıf yapılması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu formdaki bu kısımlar eleştiriye son derece açıktır. Gerek RKHK gerekse 2010/3 sayılı Tebliğ hükümlerine göre tarafların soruşturma sırasında ticari sırlar, kurum içi yazışmalar ve diğer gizli bilgileri içeren belgeler dışında elde edilen her türlü belgeyi inceleme ve belgenin bir örneğinin verilmesini isteme hakkı bulunduğu açıktır. Buna rağmen, Tebliğ ekinde yayınlanan bir başvuru formu örneğinde aksi yönde ibareler içeren kısımlar bulunmasının isabetli bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Yine ilgili formda, inceleme talep edilen belgelere erişim talebinin gerekçesinin de açıklanması istenmiş olup genel gerekçeler yerine erişim talep edilen her belge için ayrı ayrı olmak üzere belge özelinde somut ve açıklayıcı gerekçeler sunulmasının beklendiği not düşülmüştür. RKHK ve 2010/3 sayılı Tebliğ hükümlerine göre, tarafların dosyaya giriş hakkını kullanabilmesi için gerekçe açıklamasına lüzum bulunmamaktadır. Zira teşebbüs hakkında soruşturma açılmış olması tek başına yeterli bir sebep olarak kabul edilmelidir. Buna rağmen Tebliğ ekindeki formda somut ve açıklayıcı gerekçe belirtilmesinin istenmesi, tarafların dosyaya giriş hakkını sınırlayıcı bir özellik göstermektedir.

Dosyaya giriş hakkının istisnalarını oluşturan kurum içi yazışma kapsamındaki belgelerin neler olduğu ve özellikle ticari sır niteliğindeki bilgi ve

belgeler ile diğer gizli bilgileri içeren belgelerin neler olup neye göre belirlendiği hususlarının üzerinde durulması faydalı olacaktır.

3.1.2.1.4.1. Kurum İçi Yazışmalar

Dosyaya giriş hakkı kapsamında tarafların inceleme imkânı bulunmayan belgelerden biri kurum içi yazışmalardır. Tebliğ m. 7’de kurum içi yazışmalar, *“Kurulun aldığı nihai kararlar bakımından hazırlayıcı işlem niteliğinde olan birimler arası yazışmalar”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, devam eden soruşturma kapsamında bu soruşturmaya ilgili olarak Rekabet Kurulunun farklı birimleri arasında yapılan yazışmalar kurum içi yazışma olarak değerlendirilir ve tarafların dosyaya giriş hakkının dışında tutulur.

Tebliğ m. 7/II hükmünde ise; *“Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrası ve 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde elde edilen bilgi ve belgeler ile Kurumun diğer kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya özel sektör gerçek ve tüzel kişileri gibi bilgisine başvurulananlarla yaptığı yazışmalar da iç yazışma kabul edilir.”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükümde belirtilen Yönetmelik, kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapan teşebbüslere ve yöneticiler ile çalışanlara para cezası verilmemesi veya verilecek para cezalarında indirim yapılması esaslarını düzenleyen bir pişmanlık yönetmeliğidir. Yönetmelik m. 6/III ve 9/III’de, (a) bendinde belirtilen bilgilerin yazılı veya sözlü olarak verilebileceği, sözlü verilmesi durumunda görevli personel tarafından yazılı hale getirilip teşebbüs temsilcisine teyit ettirildikten sonra kurum içi yazışma olarak saklanacağı düzenlenmiştir. (a) bendinde ise; başvuru konusu kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, karteğe taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan bilgi ve belgelerden söz edilmektedir. 2010/3 sayılı Tebliğ m. 7/II’ye göre bu belgeler, Yönetmelik ile uyumlu olarak kurum içi yazışma niteliğinde kabul edilmiştir. Buna karşılık 2010/3 sayılı Tebliğ m. 10/II hükmünde farklı bir düzenleme yapılmıştır. *“Dosyaya Girişi Hakkının Kullanılması”* başlıklı hükmün 2. fıkrasında, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına

Dair Yönetmelik m. 6/III ve m. 9/III kapsamında elde edilen bilgiler ile aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği bulunan diğer kurum içi yazışmaların Kurum merkezinde incelenebileceği düzenlenmiştir. Böylece kurum içi belgeler yönünden bir istisna getirilerek bu belgelerden her ne kadar örnek alınamasa da Kurum nezdinde incelenmesine izin verilmiştir.

3.1.2.1.4.2. Ticari Sır

3.1.2.1.4.2.1. Tanımı ve Belirlenmesi

Dosyaya giriş hakkı kapsamının dışında kalan ve tarafların incelemesi mümkün olmayan belgelerin en önemlileri, soruşturmanın diğer taraflarına ait ticari sır niteliğindeki bilgileri içeren belgelerdir.

Tebliğ m. 12/I hükmünde ticari sır kavramının tanımına yer verilmiştir¹⁰⁴¹. Buna göre;

“Ticari sır; teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belgedir”¹⁰⁴².”

Tebliğ m. 12/I’de ticari sır kavramının tanımına yer verildikten sonra aynı hükmün ikinci fıkrasında ticari sır niteliğindeki bilgiler örnekleyici olarak sayılmıştır. Buna göre; teşebbüslerin iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, üretim ve imalata ilişkin teknik bilgiler, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi olan veya olmayan sözleşme bağlantıları gibi bilgiler ticari sır olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık dördüncü fıkra hükmüne göre; yayınlanan, kamuya açıklanan, resmi sicillerde, bilançolarda ve faaliyet

¹⁰⁴¹ Ticari sır hakkında bkz. yuk. ss. 188-191.

¹⁰⁴² Doktrinde Sulu, yapılan bu ticari sır tanımına genel olarak katılmakta ise de, tanımda yer alan “ciddi zarar görme ihtimali” kıstasının, “sır sahibinin sırrın gizli kalmasında menfaati bulunması” olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağını ifade etmiştir (Sulu, s. 11).

raporlarında yer alan bilgiler ile üzerinden en az beş yıl geçmiş olan bilgiler ticari sır olarak değerlendirilmeyebilir. Görüldüğü üzere hükümde bir kesinlik bulunmamaktadır. Bir başka deyişle; bir bilginin bu sayılanlardan biri olmasına rağmen ticari sır olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu değerlendirme somut olayın şartları çerçevesinde Rekabet Kurulu tarafından yapılacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir husus, Tebliğ m. 12/III hükmüdür. Bu hükme göre; *“Açıklanması halinde ilgili teşebbüs veya rakiplerinin zarar görme ihtimali bulunsa bile, rekabet hukuku mevzuatının ihlali niteliğinde olan sözleşme, anlaşma, uzlaşma ve eylemlere ilişkin bilgi ve belgeler ticari sır sayılmaz.”* Öncelikle hükümde sözü edilen ve rekabet hukuku mevzuatını ihlâl ettiği belirtilen sözleşme, anlaşma, uzlaşma ve eylem ile kastedilenin ne olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Eğer burada kastedilen, devam eden soruşturmanın konusunu oluşturan sözleşme, anlaşma, uzlaşma veya eylemler ise, bunların rekabet hukuku mevzuatını ihlâl edip etmediği henüz belli değildir; zira soruşturma halen devam etmektedir. Burada olsa olsa, daha önce Rekabet Kurulu tarafından rekabet hukuku mevzuatına aykırılığı tespit edilmiş olan bir anlaşma ya da eylemin hâlihazırda devam eden soruşturma kapsamında delil olarak dosyaya alınmış olması kastediliyor olabilir.

Tebliğ m. 13 ile ticari sırların belirlenmesi konusunda tarafların kendilerine önemli bir görev verilmiştir. Buna göre tarafların, soruşturma dosyası kapsamındaki belgelerde kendilerine ait ticari sırların neler olduğunu kendileri belirleyerek bunlar hakkında Rekabet Kurumundan gizlilik talebinde bulunmaları gerekmektedir. Teşebbüsler yapacakları bu gizlilik bildiriminde; ticari sır içeren bilgi ve belgelerin neler olduğunu, ticari sır niteliğini açıklayan gerekçeleri yazılı olarak açıklayarak bu belgelerin ticari sır içermeyen hallerini Rekabet Kurumuna ibraz etmek zorundadır. Gizlilik talebinde bulunan teşebbüslerin tüm belgelerdeki bilgilerin ticari sır olduğu yönündeki genel bir beyanı kabul edilmez. Mutlaka ayrıntılı olarak ticari sır niteliğindeki kısımların açıklanması gerekmektedir. Teşebbüslerce yapılacak olan bu başvurudan sonra nihai olarak karar verme yetkisi Rekabet Kurumuna aittir. Yapılan gizlilik başvurusu, Rekabet Kurumu tarafından incelenip değerlendirilecek ve Kurum tarafından da söz konusu bilgilerin ticari sır niteliğinde olduğu kanaatine varılırsa gizlilik talebi kabul edilecektir. Burada Rekabet Kurumuna geniş bir takdir hakkı

verildiği görülmektedir. Şüphesiz ki Kurum, bu değerlendirmeyi yaparken Tebliğ m. 12/II'deki örnekleyici sayımı dikkate alacaktır. Ancak burada sayılmayan bilgilerin ticari sır niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda takdir hakkı Kuruma aittir. Bir yandan bu kadar hassas bir konuda Kurumun tek yetkili olması eleştirilebilecekken bir yandan da böyle bir değerlendirme sisteminin kabul edilmesi kaçınılmazdır. Zira sadece tarafların ticari sır nitelendirmesiyle bir bilginin ticari sır olarak kabul edilerek hakkında gizlilik kararı verilmesi, tüm belgelerin gizlenmesi gibi sağlıklı bir sonuç yaratabilir.

Taraflarca gizlilik talebinde bulunulmaması halinde, m. 14 hükmüne göre ilgili bilgi ve belgelerin ticari sır içermediği kabul edilir. Ancak bu durumda Kurum tarafından resen değerlendirme yapılması da mümkündür. Taraflarca başvuru yapılmaması halinde Kuruma resen inceleme yükümlülüğü getirilmemiş, bunun yerine sadece resen inceleme yetkisi tanınmıştır. Bir başka deyişle; taraflarca başvuru yapılmayan her dosyada Kurumun ticari sır yönünden resen değerlendirme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kuruma resen değerlendirme yükümlülüğü getirilmemesi tartışmaya son derece açıktır. Zira piyasadaki rekabet ortamını koruma görevini üstlenmiş olan Rekabet Kurumunun, rakipler tarafından elde edilmesi halinde rekabete aykırı sonuçların doğmasına sebep olacağı açıkça belli olan ticari sırları herhangi bir başvuru olmaksızın koruma yükümlülüğüne sahip olması çok daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. En azından m. 12/II'de örnekleyici olarak sayılan bilgi ve belgelerin Kurum tarafından resen ticari sır olarak değerlendirilip gizliliğine karar verilmesi ve bu konuda Kuruma bir yükümlülük yüklenmesi, ticari sırların korunması kapsamında önemli bir adım olabilir.

Taraflarca ticari sır başvurusu yapılmaması halinde Rekabet Kurumu tarafından ilgili taraflara bu konuda bir değerlendirme yapmaları ve ticari sırlara ilişkin başvuruda bulunmaları için süre verilebilir. Süre verme hususu da yine Rekabet Kurumunun takdirine bırakılmış bir konu olup Kurum her dosyada böyle bir süre verme yükümlülüğü altında değildir. Verilen süre içinde gizlilik talebinde bulunmayan tarafların m. 14/III kapsamında, artık ticari sır iddiasında bulunmaları mümkün olmayacaktır. Yukarıda yaptığımız eleştiriye burada da aynen tekrar etmemiz mümkündür. Rekabet Kurumunun en azından açıkça ticari sır olduğu belli olan bilgi ve belgelere yönelik resen gizlilik kararı vermekle yükümlü tutulması ve

bunun yapılmaması halinde sorumluluğunun düzenlenmesi, hukuk devleti anlayışına çok daha uygun olabilecektir.

3.1.2.1.4.2.2. Ticari Sırların Korunması

2010/3 sayılı Tebliğ m. 15 hükmünde ticari sırların korunması düzenlenmiştir. Buna göre; yukarıda açıklandığı şekilde taraflarca gizlilik başvurusunda bulunulmuş ve Kurul tarafından bu başvuru kabul edilmişse, başvuru konusu bilgi ve belgeler ticari sır olarak korunur. Bu koruma kapsamında, dosyaya giriş hakkını kullanan taraf, soruşturmanın diğer taraflarına ait ticari sırlara ilişkin bilgi ve belgeleri inceleyemeyecek ve bunlardan örnek alamayacaktır. Böylece savunma hakkı kapsamında kullanılması elzem olan dosyaya giriş hakkı, amacına uygun olarak kullanılmış olacak ve rakiplerin ticari sırlarının öğrenilmesine yönelik bir zemin yaratılmamış olacaktır.

Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, rekabet ihlâlinin ispat edilebilmesi için delil olarak kullanılması zorunlu olan bilgi ve belgelere yönelik gizlilik taleplerinde Kurum bu talepleri dikkate almayabilir. Bu durumda Kurum bu bilgi ve belgeleri, kamu menfaati ile özel menfaati dengesini gözeterek ölçülülük kriterine uygun olarak açıklayabilecektir. Bu noktada Kurumun yine geniş bir takdir hakkı olduğu söylenebilir. Öncelikle gizlilik talep edilen bilgi veya belgenin rekabet ihlalinin ispatı yönünden delil olarak kullanılmak zorunda olup olmadığı Kurumun takdir yetkisi içinde belirlenecektir. İkinci olarak ise, delil olarak kullanılmasının zorunlu olduğu sonucuna varılan bu bilgi ve belgelerin ne ölçüde açıklanacağı Kurum tarafından belirlenecektir. Bu açıklamada ölçülülük kriterinin ne şekilde uygulanacağının belirlenmesi de yine Kurumun yetkisindedir.

Ticari sırlar, rekabet ihlâlinin ispatlanması için zorunlu olmadıkça açıklanamaz. Bu bilgi ve belgelerin sadece gerekçeyi güçlendirmek amacıyla kullanılması ve açıklanması, Tebliğ m. 15/III hükmüyle yasaklanmıştır. Ancak bilginin niteliğine göre yaklaşık değerler veya aralıklar verilmesi mümkündür.

RKHK m. 53 hükmünde Kurul kararlarının tarafların ticari nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde Kurum internet sitesinde yayınlanacağı düzenlenmiş; böylece

soruşturma bittikten ve nihai karar verildikten sonra da ticari sırların korunması ilkesi isabetli olarak devam ettirilmiştir¹⁰⁴³.

3.1.2.1.4.3. Diğer Gizli Bilgileri İçeren Belgeler

Diğer gizli bilgileri içeren belgelerin ne olduğu 2010/3 sayılı Tebliğ’de açıklanmamıştır. 2005 sayılı Avrupa Komisyonu Tebliğ’inde bu belgelerin, ticari sır niteliği taşımasına rağmen gizli nitelikteki diğer bilgileri içeren belgeler olduğu belirtilmiştir. Tebliğ’de bu belgeler, içerdiği bilgilerin açıklanması halinde bir kişi ya da teşebbüse önemli oranda zarar verebilecek olan belgeler olarak nitelenmiştir. Tebliğ’de, şikâyetçi ya da soruşturma hakkında bilgi sağlayan üçüncü kişilerin kimliklerinin ortaya çıkmasına neden olabilecek bilgilerin bu kapsamda düşünülebileceği belirtilmiştir. Ayrıca Tebliğ, diğer gizli bilgileri içeren belgelerin neler olduğu konusunun her soruşturma için o soruşturmanın koşulları çerçevesinde belirlenebileceğini düzenlemiştir. Ek olarak, askeri sırların da bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmiştir¹⁰⁴⁴.

3.1.2.2. Değerlendirme

Rekabet hukuku mevzuatı kapsamında teşebbüslerin ticari sırlarına ilişkin bilgi değişiminin rekabeti bozucu etki gösterme olasılığının oldukça yüksek olduğunu daha önce açıklamıştık. Ticarete hassas bilgi olarak nitelendirilen ticari sırların teşebbüsler arası bilgi değişimine konu olmasına yönelik olarak yapmış olduğumuz bu değerlendirmeler karşısında, bir yandan Rekabet Kurulunca yürütülen soruşturmalar kapsamında dosya içeriğindeki önemli ticarete hassas bilgilerin taraf sıfatı taşıyan rakiplerce elde edilebilmesi imkânı bir tezat olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁰⁴³ Aslan, buradaki taraf kavramının en geniş anlamda kullanıldığını, kavramın hem şikâyetçi hem savunma hem de Kurula delil sağlayan üçüncü kişileri kapsadığını, Kurulun yapacağı ilânlarda ne savunma tarafının ne şikâyetçinin ne de üçüncü kişilerin ticari sırlarını ifşa edebileceğini ve bunları koruması gerektiğini belirtmiştir (İ. Y. Aslan, Şikâyetçi, s. 78).

¹⁰⁴⁴ EC, 2005, Commission Notice on the rules for Access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Article 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, pp. 10-11.

Soruşturma taraflarının dosyaya giriş hakkının, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için kısıtlanmaması gerekirken, dosya kapsamındaki ticari sırların ifşa olmasını engellemek için bu hakka bir kısıtlama getirme gerekliliği kaçınılmazdır. Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2010/3 sayılı Tebliğ ile bu amaca ulaşılmaya çalışılmış ise de ne kadar başarılı bir sonuca ulaşıldığı tartışmaya açıktır.

Öncelikle, dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin ticari sır olarak nitelendirilip korunması için ilgili tarafın başvuruda bulunmasının gerekmesi dikkat çekici noktalardan biridir. Taraflarca ticari sırların korunması için başvuru yapılmaması halinde dosya kapsamındaki tüm ticari sırlar, soruşturmanın diğer tarafları olan rakiplerin eline geçecek ve hatta bunlara ilişkin belgelerden örnek dahi alınabilecektir. Bu noktada Rekabet Kurumuna resen değerlendirme yaparak ticari sırlar hakkında gizlilik kararı verme yükümlülüğü getirilmeyerek bunun tamamen Kurumun inisiyatifine bırakılmış olması, ticari sırların bizzat Rekabet Kurumu eliyle ifşa edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Böylece bilgi değişiminin en kritik hali olan ticarete hassas bilgilerin değişimi gerçekleşmektedir.

Taraflarca ticari sır başvurusunda bulunulması tek başına yeterli olmamaktadır. Öncelikle bu başvurunun Kurum tarafından kabulü gerekmektedir. Bu noktada Kuruma tanınan ticari sırları belirleme yetkisinin çok dikkatli kullanılması önem arz etmektedir. Bu konuda yapılacak yanlış bir değerlendirme, önemli bir ticari sırrın ifşasına ve piyasada istenmeyen bir bilgi değişiminin ortaya çıkmasına sebep olabilir.

Rekabet ihlâlinin ispatlanması yönünden ticari sır niteliğindeki bilgi veya belgenin delil olarak kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde ortaya çıkacak olan bilgi paylaşımı çok daha geniş kapsamlı olacaktır. Gizlilik talep edilmediği ya da gizlilik talebi reddedildiği için soruşturma sırasında sadece ilgili tarafların ulaşabildiği bu bilgilere, kararın gerekçesinde yer alması halinde herkes tarafından ulaşılabilir olacaktır. Yayınlanan gerekçeli kararda yer alan bu bilgiler artık tamamen kamuya açıklanmış olmakta ve sır niteliği ortadan kalkmaktadır. Bu yönden bakıldığında, ortada çok ciddi bir meselenin var olduğu görülmektedir. Bir yanda piyasadaki rekabeti bozucu bir rekabet ihlâlinin ortaya çıkarılması, bir yanda ise bu yapılırken taraf durumundaki teşebbüsün ticari sırlarının herkes tarafından ulaşılabilir bir şekilde açıklanarak başka bir rekabet bozucu etki yaratılması söz

konusu olmaktadır. Her ne kadar ticari sır niteliğindeki bilginin delil olarak kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde yapılacak açıklamanın ölçülülük kriterine göre özel menfaat ile kamu menfaati dengelenerek yapılması gerektiği hükmüne bağlanmışsa da oldukça soyut ve genel bir ifade içeren bu hükmün ne şekilde uygulanacağı kuşkuludur. Bu ölçütün doğru bir şekilde uygulanması halinde dahi ortaya yine bir bilgi paylaşımı çıkacaktır. Bu bilgi paylaşımı ticari bir sır ilişkisi olmakla birlikte daha az ayrıntılı ve daha genel nitelikte olabilir; ancak bu durum bilgi paylaşımının rekabeti olumsuz yönde etkilemeyeceğini söylemek için yeterli değildir.

Son olarak; rekabet hukuku mevzuatına aykırı olduğu belirlenen anlaşma, sözleşme ve eylemler çok ciddi ticari sırları içermekte olsalar dahi, bunlara ilişkin bilgi ve belgelerin ticari sır olarak kabul edilmemesi önemli sorunlar yaratabilir. Rekabeti bozucu etki gösterme potansiyeli olduğu için rekabet mevzuatına aykırı olarak değerlendirilen bir anlaşmanın tarafının, bu anlaşma kapsamında yer alan önemli ticari sırlarının rakipleri tarafından öğrenilmesi mümkündür. Bu olasılıkta, yine bizzat Rekabet Kurumu eliyle gerçekleşen bir bilgi paylaşımı ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, ihlâl mevcut olsa dahi ticari sırların korunması konusuna daha fazla önem verilmesi ve bu konuda tarafların savunma hakkı kısıtlanmaksızın gizlilik sağlanması, istenilen amaca ulaşma konusunda son derece önemlidir.

3.1.3. Kurul Üyeleri ve Kurum Personelinin Soruşturma Kapsamında Edindikleri Bilgiler Yönünden Bilgi Değişimi

Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri sırasında yapılan soruşturmalar kapsamında tarafların ticari sır niteliğindeki bilgilerini öğrenmekte, bu bilgi ve belgelere diledikleri gibi ulaşabilmektedir. Bu kişiler tarafından, görevleri nedeniyle elde etmiş oldukları bilgi ve belgelerin rakiplere verilmesi, kendi menfaatleri için kullanılması ya da kamuya duyurulması gibi durumlarda rekabet hukuku yönünden çok ciddi sorunlar ortaya çıkabilir.

RKHK m. 25/IV hükmüne göre; *“Kurul üyeleri ve personeli Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve bu Kanunun uygulanması sırasında öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ticari sırlarını görevlerinden ayrılmış olsalar bile ifşa*

edemezler, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanamazlar.” 2010/3 sayılı Tebliğ m. 15/IV hükmünde RKHK’nın bu hükmü aynen tekrar edilmiştir.

Kanun koyucu açıkça Kurul üyelerinin ve Kurum personelinin görevleri sırasında öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerine ait bilgileri ifşa etmelerini, kendilerinin ya da başkalarının menfaatine kullanmalarını yasaklamıştır. Bu yasak hem görevleri devam ettiği sürece hem de görevleri bittikten sonra geçerlidir.

RKHK m. 25/IV hükmüne aykırılığın yaptırımı, Türk Ceza Kanunu (TCK)’nda düzenlenmiştir. “*Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*” başlıklı m. 239 hükmünde; sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği öğrendiği ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişilerin bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu suç, şikâyetle bağlı bir suçtur.

TCK m. 239 ile getirilen yaptırım, görev nedeniyle elde edilen ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin ifşasını ve böylece ortaya çıkabilecek bir bilgi değişimi riskini önleme yönünde caydırıcı niteliktedir.

3.1.4. OECD Uygulamalarına Göre Rekabet Kurulları Arasında Bilgi Değişimi

OECD tarafından, üye ülkelerin rekabet kurulları arasında hard core kartel soruşturmalarına ilişkin bilgi değişimi konusunda en iyi uygulamalar (*best practices*) belirlenmiştir¹⁰⁴⁵. Sözü edilen en iyi uygulamalar, Hard Core Kartellere Karşı Etkili Eylemlerle İlgili Konsey Tavsiyeleri¹⁰⁴⁶ ile uyumlu olarak geliştirilmiştir¹⁰⁴⁷.

En iyi uygulamalarda OECD tarafından, OECD’ye üye ülkelerin rekabet kurulları arasında, soruşturmaların daha hızlı ve daha etkili olması amacıyla, karşılıklı menfaat ilişkisi içinde, hard core kartel soruşturmalarına ilişkin bilgi paylaşımı yapılması gerektiği düşüncesi desteklenmektedir. Buna göre etkin ve

¹⁰⁴⁵ OECD, 2005, Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations, (OECD 2005), <http://www.oecd.org/competition/cartels/35590548.pdf> (18.11.2015).

¹⁰⁴⁶ OECD, 1998, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 25.03.1998, C(98)35/FINAL, <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193> (18.11.2015).

¹⁰⁴⁷ OECD 2005, p. 2.

zamanında bir bilgi değişimine izin verilerek, rekabet otoriteleri üzerine gereksiz bir yük yüklenmesi önlenilecek ve kartel soruşturmaları daha kolay bir şekilde çözümlenebilecektir¹⁰⁴⁸.

En iyi uygulamalar;

- Bir rekabet kuruluğu tarafından bir soruşturma sırasında özel kaynaklardan elde edilen bilgilerin, bir başka soruşturma için o soruşturmayı yürüten rekabet kuruluşuna sağlanması gerektiği,
- Rekabet kuruluşlarının bu tür bilgileri diğer rekabet kuruluşlarına açıklamasının normalde iç hukuk kurallarına göre yasak olduğu,
- Bu tür bilgi açıklamalarının ancak belirli durumlarda uluslararası bir anlaşma ya da iç hukuk kurallarının yetkili kılması halinde yapılmasının mümkün olduğu

durumları kapsar. Buna karşılık; iç hukuka göre bilgi değişiminin kısıtlanmadığı ve uluslararası anlaşmalar ya da iç hukuk tarafından yetkilendirilmesi gerekmeksizin rekabet kuruluşlarının bilgi değişimi konusunda serbest olduğu durumlar ile bölgesel anlaşma ya da organizasyonlar dolayısıyla üyelerin rekabet kuruluşları arasındaki bilgi değişiminin farklı kurallara bağlanması hallerinde ve özel hukuk kapsamındaki bilgi değişimlerinde OECD'nin en iyi uygulamaları tatbik edilmeyecektir¹⁰⁴⁹.

OECD üyesi ülkelerin rekabet kurulları arasındaki bu bilgi değişimi sırasında; değiştirilen bilginin uygunsuz kullanımı veya açıklanmasını önlemek ve soruşturma kapsamındaki imtiyazlı birtakım haklar yoluyla, özellikle avukat-müvekkil ilişkisi kapsamında elde edilmiş olan gizli bilgilerin korunması bakımından etkin bir koruma sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Kurullar arası bilgi değişimi yapılırken bunun hard core kartel soruşturmasını istemeyerek baltalamamasına özen gösterilmeli; özellikle af başvurusu yapan bir teşebbüse ait bilgilerin korunması gerekmektedir. Ayrıca üye ülke kurullarının, bilginin paylaşılması halinde bilginin ait olduğu teşebbüs yönünden olumsuz sonuçların ortaya çıkmayacağını garanti altına alması gerekir. Bu kapsamda özellikle bazı soruşturmalara ilişkin tarafların kimlik bilgilerinin açıklanmaması gerekebilir¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸ OECD 2005, p. 3.

¹⁰⁴⁹ OECD 2005, pp. 3-4.

¹⁰⁵⁰ OECD 2005, p. 3.

Bilgi istenen üye ülke; soruşturma konusu davranışın bir hard core kartel davranışı olmadığı düşüncesindeyse, istenen bilginin verilmesi bilgi istenen ülke yönünden gereksiz bir külfet oluşturacak ya da devam eden bir soruşturmaya zarar verecek ise, istenen bilginin çok gizli bilgi olması ve bilgi talep eden ülkenin bu bilginin yeteri kadar koruyamayacağına inanılıyorsa, bilgi istenen ülkenin iç hukuku talebin yerine getirilmesi konusunda kuruma yetki vermemekteyse veya istenen bilginin verilmesi kamu yararına aykırılık oluşturuyorsa, bilgi talebini reddedebilir¹⁰⁵¹. Burada özellikle dikkat çeken nokta, çok gizli nitelikteki bilgilerin rekabet kuruluşları arasında paylaşılması halinde, bilgiyi alan kuruluşun bu bilgiyi özenle koruması gerektiridir.

İç hukuk kuralları tarafından, alınan bilginin kamu hukukundan kaynaklanan başka meseleler için kullanılmasına izin verilmediği takdirde, alınan bilgi sadece ilgili hard core kartel soruşturması bakımından kullanılabilir; başka bir amaçla kullanılamaz¹⁰⁵². Uluslararası anlaşma ya da iç hukuk kuralları gerekli kılmadıkça, bilgi paylaşımında bulunulacağının önceden bilginin kaynağına bildirilmesi gerekmemektedir¹⁰⁵³.

3.2. ÇEŞİTLİ MEVZUATTAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ

3.2.1. Türk Ticaret Kanunu (TTK) Hükümlerinden Kaynaklanan Bilgi Değişimi

3.2.1.1. Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Doğan Bilgi Değişimi

3.2.1.1.1. Genel Olarak

Yoğunlaşma işlemleri kapsamında anılan şirket birleşme ve devralma işlemleri uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır^{1054, 1055}. TTK'da şirket birleşmeleri

¹⁰⁵¹ OECD 2005, p. 4.

¹⁰⁵² OECD 2005, p. 5.

¹⁰⁵³ OECD 2005, p. 6.

¹⁰⁵⁴ Yoğunlaşmanın sebepleri genellikle maliyet avantajı, rekabet avantajı ve finansal avantajlar olarak özetlenebilir. Bunun yanında; bireylerin güç ve iktidar sahibi olma hırsları, toplumda itibar görme

TTK m. 136-158 hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK m. 136 hükmü, devralma ve birleşme olarak adlandırılan müesseseleri “*Birleşme*” üst başlığıyla tek maddede düzenlemiştir. Buna göre; iki tür birleşme mümkündür. Bunlardan ilki, bir şirketin diğerini devralması yoluyla gerçekleşen “*devralma şeklinde birleşme*”; diğeryse yeni bir şirket içinde bir araya gelme yoluyla gerçekleşen “*yeni kuruluş şeklinde birleşme*”dir.

TTK hükümlerine göre birleşme işlemleri; birleşme sözleşmesi, birleşme raporu, pay sahiplerinin inceleme hakkı, genel kurul onayı, tescil ve ilân aşamalarından oluşmaktadır. Konumuz itibariyle söz konusu prosedüre ilişkin ayrıntılı bilgi verilmeyecektir¹⁰⁵⁶.

isteği gibi kişisel sebepler de yoğunlaşmalarda önem taşır. Teşebbüsleri yoğunlaşmaya iten bir sebep, teknik sebeplerdir. Üretim ve imalat yöntemlerinin, endüstriyel tasarım ve patentlerin karşılıklı olarak kullanıma açılması, bilgi alışverişi, markalar, tasarımlar, telifler, yazılımlar, know-how gibi fikri ve sınai hakların çok yönlü kullanımına erişmek teknik sebepler arasındadır. Ekonomik sebepler, birleşmenin daha fazla güç ve rekabet anlamına gelmesinde toplanır. Kapasite artışı, birim başına düşen maliyeti en aza indiren etkin üretim yapılması, Ar-Ge faaliyetleri, artan teknik bilgi ve finans olanakları, farklı ve özellikle yüksek harcamalar gerektiren yatırım alanlarına girişin kolaylaşması, üretim kaynaklarının optimum kullanımı, yerel pazarlara ulaşma, yaygın dağıtım ağı, güçlü mali yapıya sahip olma gibi sebepler teşebbüslerin yoğunlaşmaya yönelmesinde etkilidir. Bunların yanında, riskin paylaşılması düşüncesi oldukça önemli bir faktördür. Ayrıca kriz dönemlerinde ekonomik durgunluk ve şirket iflâsları, birleşme ve devralmalar yoluyla aşılabilmektedir (Gürkaynak, Bilgi Değişimi, ss. 38-40; Kocmut, s. 3; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 314; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 365-368; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 105-107; Günay, Şerh, ss. 1208-1209; Hüsnü Turanlı, **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi**, Orion Kitabevi, Ankara, 2014, ss. 46-51; Ersin Nazalı, **Vergisel ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri**, 3. Baskı, Yakaşım Yayıncılık, Ankara, 2013, ss. 41-46).

¹⁰⁵⁵ Oligopol piyasalarda firmalar iki şekilde büyüyebilir. Bunlardan ilki, firmanın yeni yatırımlar yaparak özsermayesini ya da yabancı sermaye kaynaklı fonları kullanarak büyümedir. Buna içsel büyüme denir. İkinci durum ise; bir şirketin bir başka şirketi devralması ya da bir başka şirketle birleşerek büyümesidir. Buna da dışsal büyüme denir (Ömer Faruk Çolak, “Piyasaya Giriş Engelleri ve Rekabet: Bankacılık Sektörü Üzerine Bir Analiz”, **Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi**, Muğla Üniversitesi İİBF ve Rekabet Kurumu, 25-26 Eylül 2003, s. 26; Akyüz, ss. 33-34).

¹⁰⁵⁶ TTK hükümlerine göre şirket birleşme işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Sermaye Ortaklıkları), ss. 679-722; Reha Poroy ve diğerleri, **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (Ortaklıklar I), ss. 98-144; Hasan Pulaşlı, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, (Şirketler Hukuku), ss. 85-146; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, (Ortaklıklar), ss. 122-135, 159-168; Sami Karahan (Ed.), **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2012, ss. 157-198; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, Tıpkı 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 58-63, 70-71; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2012, ss. 55-65, 82-84; Fena İpek Kayalı, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, ss. 83-360; Turanlı, ss. 53-221; Şenol Kocaer, **Şirket Yeniden Yapılandırılmaları**, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, ss. 53-70, 74-133, 179-215; Yurdal Özatlan, **Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası**

Rekabet hukuku bakımındansa birleşmeler; yatay birleşmeler, dikey birleşmeler ve aykırı (konglomera) birleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır¹⁰⁵⁷. Yatay birleşmeler, aynı ilgili pazardaki mevcut ya da potansiyel rakipler arasında meydana gelen birleşmelerdir. Bu tür birleşmelerde ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerden en az bir tanesi azalmakta, birleşmeye giren teşebbüslerin pazar payı artmakta ve böylece ilgili pazarda bir yoğunlaşma oluşmaktadır. Dikey birleşmelerde, bir mal veya hizmet üretiminin farklı seviyelerindeki teşebbüsler¹⁰⁵⁸ arasında birleşme işlemi gerçekleşmektedir. Aykırı (konglomera) birleşmelerde ise; yatay ya da dikey bir ilişki içinde bulunmayan teşebbüsler birleşmektedir^{1059, 1060}. Birleşmelerin türünün belirlenmesinde pazar tanımı son derece önem taşımaktadır¹⁰⁶¹.

Birleşmelerin rekabet üzerinde olumsuz etkileri söz konusu olabilmektedir. Özellikle yatay birleşme işlemleri sonucunda piyasadaki oyuncu sayısı azalmasına rağmen kapasite artışı olmamakta ve pazarda yoğunlaşma ortaya çıkmaktadır. Pazar payı yüksek olan teşebbüslerin birleşmeleri, pazardaki küçük ve orta ölçekli rakiplerin durumunu daha zayıf bir hale getirmekte, güç tek elde toplanmakta ve

(Denkleştirme Davası), XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 9-208; Nazalı, ss. 63-71; Akyüz, ss. 41-47.

¹⁰⁵⁷ Remzi Özge Arıtürk, “İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2011, s. 4; Salim Aydemir, **Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2005, s. 8; Kayıkçı, s. 263; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 793-797; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 265-267; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 142-145; Günay, Şerh, ss. 1223-1227; İpek Kayalı, ss. 35-36; Turanlı, ss. 51-53; Kocaer, ss. 428-433; Nazalı, ss. 46-48; Akyüz, ss. 37-40.

¹⁰⁵⁸ Teşebbüsün kendinden sonra gelen aşamada faaliyet gösteren bir teşebbüsle birleşmesine “*forward integration (ileriye yönelik entegrasyon)*”, kendinden önce gelen aşamada faaliyet gösteren bir teşebbüsle birleşmesine ise “*backward integration (geriye dönük entegrasyon)*” denir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 353, dn. 42; İpek Kayalı, ss. 36-37).

¹⁰⁵⁹ Arıtürk, ss. 4-5; Aydemir, s. 9; Arıç, ss. 19-21; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 318-320; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, 793-797; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 208; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 380-383; İpek Kayalı, s. 36; Turanlı, s. 53; Kocaer, ss. 434-435; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 65-80. Doktrinde Aydemir; konglomera birleşmelerin, yatay ve dikey sayılmayan tüm birleşmeleri ifade eden kavram olduğunu belirtmiştir (Aydemir, s. 8; Bundeskartellamt, p. 29).

¹⁰⁶⁰ Konglomera birleşmeler kendi içinde; ürün genişlemesi, pazar genişlemesi ve saf konglomera olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Birleşen teşebbüsler farklı pazarlarda faaliyet göstermekle birlikte ürünler arasında bir ilişki bulunmaktaysa ürün genişlemesi söz konusudur. Eğer aynı ürünü üretmekle birlikte farklı coğrafi pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında bir birleşme söz konusuysa pazar genişlemesi mevcuttur. Bunların tamamen dışında kalan ve hiçbir ilişkisi olmayan pazarlara ilişkin birleşmeler ise saf birleşmeler olarak adlandırılmaktadır (Aydemir, ss. 10-11; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 319; Nazalı, ss. 47-48; Akyüz, ss. 39-40; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 74-76).

¹⁰⁶¹ Aydemir, s. 9.

rekabet önemli oranda azalmaktadır¹⁰⁶². Buna karşılık oligopol piyasalarda küçük ölçekli teşebbüslerin birleşmeleri, pazardaki teşebbüs sayısını daha da azaltsa bile bu küçük teşebbüslerin rekabet gücünü arttırdığından piyasadaki rekabete olumlu katkı sağlamaktadır¹⁰⁶³. Dikey birleşmelerde ise dağıtım ağı kurulması ve dağıtım kolaylığı ile coğrafi piyasalara girişlerin kolaylaşması sağlanmakla beraber ortaya çıkan bu dikey bütünleşme sonucunda pazarın dikey kapanması etkisi ortaya çıkabilir¹⁰⁶⁴. Pazar kapama yanında ayrıca girdi kısıtlaması, müşteri kısıtlaması, bilgi akışının kolaylaşması, zorunlu unsurun söz konusu olduğu hallerde bu unsura ulaşımın engellenmesi gibi etkiler de söz konusu olabilir¹⁰⁶⁵. Aykırı birleşmelerde rekabeti kısıtlayıcı etkilerin ortaya çıkması çok olası değildir¹⁰⁶⁶. Buna karşılık bazı hallerde bu tür birleşmelerin de rekabeti kısıtlayıcı etkiler göstermesi mümkündür

1067 1068

¹⁰⁶² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 314-315; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 368-369; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 64, 68-69.

¹⁰⁶³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 318; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 789; İ. Y. Aslan, Rekabet, ss. 207, 209; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 62.

¹⁰⁶⁴ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 314-315; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 72-74.

¹⁰⁶⁵ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 795; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 381-382.

¹⁰⁶⁶ Arıtürk, s. 5; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 797; Güven, Rekabet Hukuku, s. 383; Günay, Şerh, s. 1226.

¹⁰⁶⁷ Aydemir, s. 79; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 797.

Doktrinde Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde konglomera birleşmelere yönelik Tip-I hatanın daha olumsuz sonuçlar doğuracağı; buna karşılık başlangıçta izin verilen bir birleşmenin daha sonra rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurması halinde artık bu birleşme işlemine müdahale edilememesi nedeniyle Tip-II hatanın ise maliyetinin daha yüksek olacağı ifade edilmiştir (Aydemir, ss. 82-83).

¹⁰⁶⁸ ABD rekabet hukukunda potansiyel rakiplerin birleşmesi dışında konglomera birleşmelere müdahale edilmemektedir (Aydemir, s. 22).

Avrupa Komisyonu ve ilk derece mahkemesi tarafından da konglomera birleşmelere yönelik görüş genel olarak olumludur. Ancak, bir pazarda sahip olunan hâkim durumun, bağlama ya da fiyat avantajı sağlama gibi yollarla diğer bir pazarda kaldıraç olarak kullanılabileceği belirtilerek konglomera birleşmelerin bazı hallerde hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu doğurabileceği ortaya konmuştur (Aydemir, ss. 23-42).

Almanya rekabet otoritesi tarafından da konglomera birleşme yoluyla farklı ürünlerin birlikte kombinasyon haline getirilerek paket satış veya bağlama stratejisinin birleşmeye katılan şirketlere avantaj sağlayabileceği ve rakiplerin pazar dışına itilmesine sebep olabileceği belirtilmiştir (Bundeskartellamt, p. 29).

Doktrinde Ardıç tarafından; bu tür yoğunlaşmalara piyasada hâkim durum yaratacağı gerekçesiyle çok nadir olarak karşı çıkıldığını, buna karşılık konglomera birleşmelere potansiyel rekabetin elimine edilmesi durumunda ve ayrıca bu tür birleşmelere karşılıklı satın alma olasılığı ortaya çıkarıp çapraz sübvansiyona neden oldukları gibi gerekçelerle de karşı çıkıldığı belirtilmiştir (Ardıç, ss. 20-21).

Rekabet Kurumunun tanımına göre; çapraz sübvansiyon, bir teşebbüsün bir alandaki faaliyetlerinden elde ettiği geliri başka bir alandaki faaliyetini finanse etmek için kullanmasıdır. Böylece bir pazarda sahip olduğu iktisadi ve hukuki avantajını başka bir pazarda kullanmaktadır (<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Terimi/pCcedilapraz-suumbvansiyon-bir-tesebbuumlsuuml-n-bir-alandaki-faaliyetlerinden-elde-ettileri-baska-bir-alandaki-faaliyetini-finanse-etmek-iccedilin-kullanmasidir-Boumlylelikle-tesebbuum-ls-bir-alanda-sahip-oldugu-iktisad> -24.05.2016).

ABD rekabet hukukunda öncelikle Clayton Yasası'nın 7. bölümünde rekabeti kısıtlayan veya tekel oluşturan birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır¹⁰⁶⁹. 1976 yılında yürürlüğe giren Hart-Scott-Rodino Yasası (*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*) ile birleşme ve devralma işlemleri için önceden bildirim ve bekleme süreleri, hangi işlemlerin bu prosedüre tâbi olduğu ve sürecin işleyişi hakkında düzenlemeler yapılmıştır¹⁰⁷⁰. Ayrıca; yatay birleşmelere ilişkin Adalet Bakanlığı ve FTC tarafından Yatay Birleşmeler Rehberi^{1071, 1072}, yatay olmayan birleşmelere ilişkinse Adalet Bakanlığı tarafından Yatay Olmayan Birleşmeler Rehberi¹⁰⁷³ yayınlanmıştır^{1074, 1075}.

AB rekabet hukukunda ise birleşme işlemleri, 139/2004 sayılı Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü (Birleşmeler Tüzüğü) kapsamına girmektedir^{1076, 1077}. Ayrıca 2010 yılında, AB rekabet hukuku

Doktrinde ise çağraz sübvansiyon, “bir piyasadaki bir mal ya da hizmeti sübvansiyon edebilmek amacıyla, başka bir piyasadaki mal veya hizmetin daha yüksek fiyattan piyasaya sunulması sonucunu doğuracak eylem ve işlemlere girişilmesi” olarak tanımlanmıştır (Ulaş Kısa, s. 106).

Çapraz sübvansiyon hakkında bilgi için bkz. Ulaş Kısa, ss. 106-108; Şiramun, ss. 65-66; Yasin Altunsaray ve Orhan Ünal, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Rekabeti Bozucu Fiyat Uygulamaları: Yıkıcı Fiyatlandırma ve Düzenleyici Yaklaşımlar”, **Sosyo Ekonomi**, Sayı: 2, 2013, s. 198.

¹⁰⁶⁹ Tarihsel süreç hakkında bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 352, dn. 26.

¹⁰⁷⁰ <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section18a&edition=prelim> (17.05.2016).

¹⁰⁷¹ U.S. DOJ and FTC, 2010, *Horizontal Merger Guidelines*, 19.08.2010, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> (17.05.2016).

¹⁰⁷² Rehber hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, Yoğunlaşmalar, ss. 136-155.

¹⁰⁷³ U.S. DOJ, 1984, *Non-Horizontal Merger Guidelines*, 14.06.1984, Revised 08.04.1992, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/05/18/2614.pdf> (17.05.2016).

¹⁰⁷⁴ Aydemir, s. 9.

¹⁰⁷⁵ ABD antitröst hukukunda birleşmelerin denetlenmesinin temel özellikleri hakkında bkz. Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 145-146.

¹⁰⁷⁶ EC, 2004, *Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)*, 20.01.2004, OJ 29.01.2004 L 24/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN> (18.04.2016).

İşbu Tüzük ile daha önce yürürlükte olan 4064/89 sayılı Tüzük yürürlükten kalkmıştır.

4064/89 sayılı Tüzük için metni için bkz. EC, 1989, *Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings*, 21.12.1989, OJ 30.12.1989 L 395/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989R4064&from=EN> (18.04.2016).

4064/89 sayılı Tüzük hakkında bilgi için bkz. Harun Kılıç, “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalardaki Gelişmeler Çerçevesinde Ortak Girişimlerin (Joint-Ventures) Değerlendirilmesi”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, ss. 123-126; Seyrantepe, ss. 40-46; Çelen, ss. 46-52; Esin, Rekabet, ss. 215-230; Ercüment Erdem, “Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, (Yoğunlaşma İşlemleri), ss. 262-266; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 116-131, 194-197.

¹⁰⁷⁷ 4064/89 sayılı Tüzük'te sadece hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren bir yoğunlaşma sonucunda pazarda veya pazarın önemli bir bölümünde etkin rekabetin kısıtlandığı

kurallarının birleşme işlemlerine ne şekilde uygulanacağını düzenleyen bir el kitabı yayınlanmıştır^{1078, 1079}. Yine Komisyon tarafından 2008 yılında yayınlanmış olan ve yoğunlaşma işlemlerinde kabul edilebilir tedbirler hakkında bir tebliğ yayınlanmıştır¹⁰⁸⁰. Söz konusu Tebliğ’de, yoğunlaşma işlemlerinin taraflarınca verilecek taahhütlere ve bu kapsamda uygulanabilecek tedbirlere ilişkin düzenlemelere yer vermektedir¹⁰⁸¹.

RKHK m. 7 ile yapılan düzenleme gereğince; *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”* Buna göre, hâkim durum yaratan ya da mevcut hâkim durumu güçlendiren şirket birleşmeleri ile herhangi bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti önemli ölçüde azaltma sonucu doğuracak

haller yasaklanmakts iken, 139/2004 sayılı Tüzük ile sadece hâkim durum yaratan ya da mevcut hâkim durumu güçlendiren yoğunlaşmalar değil; aynı zamanda hâkim durum söz konusu olmasa dahi pazardaki etkin rekabeti belirgin şekilde azaltacak etkileri olan yoğunlaşmalar da yasaklanmıştır (Kahraman, s. 125; Erdem, Yoğunlaşma İşlemleri, s. 270).

¹⁰⁷⁸ EC, 2010, *EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control*, 01.04.2010, http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf (17.05.2016).

¹⁰⁷⁹ Ayrıca Komisyon, bazı yoğunlaşma işlemleri için kolaylaştırılmış bir prosedür getirmiş ve 2013 yılında buna ilişkin bir tebliğ yayınlamıştır. Bkz. EC, 2013, *Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004*, 14.12.2013, OJ C 366/5, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214(02)&from=EN) (17.05.2016).

Söz konusu Tebliğ’e ilişkin olarak 2014 yılında bir düzeltme yayınlanmıştır. Bkz. EC, 2014, *Corrigendum to Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004*, 15.01.2014, OJ C 11/6, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2014:011:0006:0006:EN:PDF> (17.05.2016).

¹⁰⁸⁰ EC, 2008, *Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*, 22.10.2008, OJ C 267/1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF> (18.05.2016).

¹⁰⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nazlı Aksoy ve Şahin Yavuz, “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, ss. 17-19; Şerife Demet Kaya ve diğerleri, “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, ss. 38-67; Orçun Şenyücel, AT Komisyonu’nun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, (Yeni Tedbir Duyurusu), ss. 74-93; Hanna Stakheyeva, “Merger Remedies under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, ss. 122-143.

yoğunlaşma işlemleri RKHK m. 7 tarafından yasaklanmıştır¹⁰⁸². Aynı hükmün 2. fıkrasına göre; hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğ ile ilân eder. Bu hükme dayanılarak Rekabet Kurulu tarafından 2010/4 sayılı Tebliğ yayınlanmıştır¹⁰⁸³. Bu Tebliğ ile izne tâbi yoğunlaşma işlemleri belirli ciro eşikleri getirilerek belirlenmiştir^{1084, 1085}.

¹⁰⁸² RKHK m. 7 hükmünde ilgili mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli derecede azalması sonucunu doğuracak olan, hâkim durum yaratma ya da mevcut hâkim durumu güçlendirmeye yönelik birleşme ve devralmaların izne tâbi tutulması doktrinde birtakım eleştirilere sebep olmuştur. Bu eleştiriler, kanun koyucunun, rekabetin önemli ölçüde azalması kistası yanında hâkim durum yaratma veya mevcut hâkim durumu güçlendirme koşulunu da arıyor olmasına yöneliktir. Doktrinde Topçuoğlu, bu durumda piyasadaki rekabeti önemli ölçüde etkileyecek olmasına rağmen hâkim durum yaratmayan ya da mevcut hâkim durumu güçlendirmeyen birleşme ve devralma işlemlerinin yasaklanmasının mümkün olamayacağını belirterek konuya ilişkin eleştirilerini ifade etmiştir (Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 96-97, dn. 355).

Doktrinde İ. Y. Aslan ise; kanun koyucunun hâkim durum oluşturan veya mevcut hâkim durumu güçlendiren yoğunlaşmalarda ayrıca rekabeti önemli ölçüde sınırlama koşulunun getirilmesini yersiz görmektedir. Zira yazar, hâkim durum yaratan ya da mevcut hâkim durumu güçlendiren tüm yoğunlaşmaların rekabeti per se önemli ölçüde sınırlandırdığını, bu nedenle ayrıca önemli ölçüde sınırlandırma olup olmadığının incelenmesine gerek bulunmadığı ifade etmektedir (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 801; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 211).

Doktrinde Güven ve Günay, İ.Y. Aslan tarafından savunulan bu görüşe katılmamakta olup, bir mal veya hizmet piyasasında gerçekleştirilecek bir yoğunlaşma işleminin her zaman önemli ölçüde rekabet kısıtlamasına sebep olmayabileceğini, RKHK'da hâkim durumun yasaklanmadığını, bu nedenle yoğunlaşma işlemiyle hâkim durum oluşması veya mevcut hâkim durumun güçlenmesinin tek başına yaptırım için yeterli olmadığını ve etkin rekabetin azalıp azalmadığının ayrıca incelenmesi gerektiğini belirtmiştir (Güven, Rekabet Hukuku, s. 426; Günay, Rekabet Hukuku, s. 146).

Kesici ve Akyüz de Güven ile aynı doğrultuda görüş beyan ederek, hâkim durumdaki bir teşebbüsün küçük ölçekli bir rakip teşebbüsü devralması halinde, her ne kadar kendisinin hâkim durumu güçlenecekse de bu işlemle rekabetin önemli derecede azalması sonucunun ortaya çıkmayabileceğini, bu nedenle RHKH m. 7 kapsamında iki aşamalı bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir (Kesici, s. 94; Akyüz, ss. 70-71).

¹⁰⁸³ Bu Tebliğ'den önce 1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükte idi. 2010/4 sayılı Tebliğ ile 1997/1 sayılı Tebliğ'e göre getirilen değişiklikler hakkında bilgi için bkz. Orçun Şenyücel, "2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve", **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, (2010/4 Sayılı Tebliğ), ss. 103-112.

¹⁰⁸⁴ 2010/4 sayılı Tebliğ m. 7 hükmüne göre;

"(1) Bu Tebliğ'in 5inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;

a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL.'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL.'yi veya

b) Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL.'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL.'yi

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

2010/4 sayılı Tebliğ m. 7/II hükmünde yer alan; " Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler, iki yılda bir Kurul tarafından yeniden belirlenir. " şeklindeki düzenleme, 24.02.2017 tarih ve 29989 sayılı RG'de yayınlanan 2017/2 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m.1 hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece artık m. 7 hükmü ile getirilen eşiklerin belirli zaman aralığına

RKHK m. 7 hükmünde, Tebliğ’de izne tâbi olduğu belirtilen birleşme ve devralma işlemleri için Kuruldan alınacak iznin¹⁰⁸⁶, işlemin hukuki geçerliliği için zorunlu olduğu belirtildiğinden TTK’da düzenlenen prosedüre ek olarak bir geçerlilik şartı daha getirilmiştir^{1087, 1088}. Kurul tarafından verilecek izinlerin şart veya yükümlülüğe

uyularak güncellenmesi zorunluluğu bulunmamakta olup Kurul gerekli gördüğünde m. 7 hükmünü değiştirerek söz konusu eşikleri değiştirebilecektir.

m. 7’de düzenlenen ciro eşiklerinin ne şekilde hesaplanacağı aynı Tebliğ’in 8. maddesinde açıklanmıştır.

2010/4 sayılı Tebliğ’den önce yürürlükte bulunan 1997/1 sayılı Tebliğ’de ciro eşiği yerine pazar payı eşiği sistemi hâkim idi. Pazar payı eşiği sisteminin sakıncalarına ve bunun ciro eşiği ile değiştirilmesinin sebeplerine ilişkin bilgi için bkz. Şenyücel, 2010/4 Sayılı Tebliğ, ss. 103-104. 1997/1 sayılı Tebliğ hakkında bilgi için bkz. Badur ve Ertem, ss. 8-19.

Burada değinilmesi gereken bir konu, ciro eşiklerinin aşılması halinde ortak girişimler dışındaki diğer işlemlerde izin alma zorunluluğunun sadece etkilenen bir pazar olması halinde söz konusu olduğudur. Buna örnek olarak bir çimento şirketinin bir bisküvi şirketini devralması verilebilir. Örnekteki şirketler aynı pazarda bulunmadığından söz konusu işlem nedeniyle etkilenen bir pazar bulunmamaktadır. Bu nedenle şirketlerin ciroları ne olursa olsun izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Ortak girişimlerde ise durum farklıdır. Şöyle ki; eğer yeni bir ortak girişim kuruluyorsa etkilenen pazar bulunup bulunmadığına bakılmaksızın otomatikman ciro eşiğinin aşılp aşılmadığı incelenecektir. Ciro eşiğinin aşılması halinde Kurula bildirim zorunludur (Şenyücel, 2010/4 Sayılı Tebliğ, s. 107).

¹⁰⁸⁵ Yoğunlaşmaların denetlenmesinin ekonomik ve hukuksal gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bünyamin Gürpınar, “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuki Gerekçeleri”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, ss. 40-46.

¹⁰⁸⁶ Gerçekleşen bir birleşme işleminin ortadan kaldırılarak bu yoğunlaşma dolayısıyla piyasada meydana gelen olumsuz etkileri ortadan kaldırmak çoğu zaman çok zor, hatta imkânsız olduğundan yoğunlaşma işlemlerine ilişkin izin, *ex ante* denetim şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak izne tâbi olmasına rağmen izin alınmadan gerçekleştirilen bir yoğunlaşma işleminde zaruri olarak *ex post* denetim yapılmaktadır (Aksoy ve Yavuz, s. 10).

¹⁰⁸⁷ Rekabet Kurulundan izin alınmadan birleşme ve devralma işlemi yapılmasına “*Erken Başlama (Gun Jumping)*” adı verilmektedir. Bu; hiç bildirim yapılmaksızın yoğunlaşma işlemlerine başlanması ya da bildirim yapılmış olmasına rağmen henüz Kurul tarafından izin verilmeden entegrasyon çalışmalarına başlanması şeklinde iki türlü olarak gerçekleşebilir (A yhan Kortunay, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda Erken Başlama (Gun Jumping) Sorunu”, **BATİDER**, Cilt: 26, Sayı: 3, 2010, ss. 20-21).

Doktrinde sadece birleşme veya devralma sözleşmesinin imzalanmış olmasının erken başlama için yeterli olmadığı, şirketin ana faaliyetinin uygulanmaya başlanmış olmasının gerektiği savunulmaktadır (A. Kortunay, ss. 36-37).

Bu kapsamda Rekabet Kurulunun 06-92/1186-355 sayılı Total/Cepso kararına değinmek gerekir. Bilindiği üzere, etki teorisi çerçevesinde, Türkiye pazarında etki edecek olan yoğunlaşma işlemlerinde ciro eşiklerinin aşılması halinde Rekabet Kurulundan izin alınması gerekmektedir. Birçok ülkede faaliyetleri bulunan teşebbüsler arasında gerçekleşecek yoğunlaşma işlemlerinde etki teorisi kapsamında birden fazla ülkenin rekabet otoritelerinden izin alınması gerekmektedir. Fransız merkezli Total ile İspanya merkezli Cepso arasında gerçekleşen hisse devri işleminde de benzer bir durum gerçekleşmiştir. Ancak diğer ülkelerin rekabet otoritelerinden izin alınmış olmasına rağmen, Türkiye’deki izin süreci henüz tamamlanmadan hisse devri işleminin tamamlanması (kapatılması) gerekmiştir. Bu nedenle, her ne kadar karar içeriğinden anlaşılamasa da Total vekili Gürkaynak’ın anlatımından öğrendiğimiz kadarıyla, Total ve Cepso, yapılan işlemin Kurul iznine kadar Türkiye’de etki doğurmasını önlemek üzere *carve-out* ve *hold-separate* önlemleri almıştır. Böylece yapılan işlemin, Kurul izninden önce Türkiye’de hiçbir şekilde etki göstermemesi sağlanmıştır. Buna rağmen Rekabet Kurulu tarafından, söz konusu yoğunlaşma işlemine izin verilmiş ise de işlemin Kurul izin süreci tamamlanmadan kapatılmış olması nedeniyle işlem taraflarına idari para cezası kesilmiştir.

Karara ilişkin ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, Total/Cepsa Kararı, ss. 17-49.

Rekabet Kurulundan izin alınmadan yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesi halinde bunun yaptırımının ne olacağı RKHK m. 11'de düzenlenmiştir. Buna göre; eğer yapılan birleşme veya devralma işlemi izne tâbi bir işlem olmakla birlikte RKHK m. 7/I hükmünde belirtilen hukuka aykırı hallerden değilse, Kurul işleme izin vererek işlemin taraflarına sadece idari para cezası uygulanmasına karar verir. Buna karşılık; söz konusu işlem RKHK m. 7/I hükmü kapsamındaki hukuka aykırı ve yasak haller kapsamında ise işlemin taraflarına hem idari para cezası uygulanacak hem de yapılan işlem sona erdirilerek gerçekleşen tüm fiili durumlar ortadan kaldırılacaktır. Oluşan durumun ortadan kaldırılarak eski duruma dönülmesi oldukça zordur. Buna AB rekabet hukukunda "*scrambled eggs effect* (çırpılmış yumurtalar etkisi)" denir (A. Kortunay, ss. 26-27).

Bu nedenle doktrinde Aksoy ve Yavuz, Kurul izninin bir geçerlilik şartı olması halinin sadece RKHK m. 7/I kapsamına giren işlemler bakımından söz konusu olduğunu, işlemin bu madde kapsamında olmadığını ex-post denetimle tespiti halinde bu işlemin baştan itibaren geçerli bir işlem olarak varlığını sürdüreceğini; aksi durumdaysa işlemin baştan itibaren geçersiz sayılacağını ifade etmektedir (Aksoy ve Yavuz, s. 12).

Doktrinde Sanlı tarafından, izne tâbi işlemlerin bildirilmemiş olması halinde daha sonra izin kararı verilmişse işlemin, izin verilmeye kadar askıda geçersiz olacağı, iznin verildiği tarihten itibaren geçerli olacağı; izin verilmemesi halindeyse işlemin butlanla malul olacağı belirtilmiştir. Ancak yazar, bu durumun özellikle üçüncü kişiler bakımından adalete aykırı sonuçlar meydana getirebileceğinden sadece bildirilmiş işlemler bakımından Kurulun geriye etkili izin kararı verip veremeyeceğinin tartışma konusu yapılabileceğini ifade etmiştir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 445-446, 494-495, dn. 302).

Gürkaynak ve diğerleri; askıda hükümsüzlük konusunda Sanlı'nın görüşüne katılmakla birlikte, izne tâbi olmasına rağmen izin alınmamış işlemlerde, işleme m. 7'ye aykırı olmadığından dolayı koşulsuz olarak izin verildiğinde, işlemin en baştan itibaren geçerli hale geleceğini belirtmişlerdir. Yazarlara göre izin, bir kurucu unsur ya da geçerlilik şartı değil, tamamlayıcı unsur niteliğindedir. Kurul kararı olmadan da işlem, taraflar arasında bağlayıcı olarak kurulmuştur; ancak Kurul kararınca önce hüküm ifade etmeyecek ve tasarruf işlemleri gerçekleştirilemeyecektir (Gürkaynak ve diğerleri, "Yoğunlaşma İşlemlerinde 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılıktan Doğan Geçersizlik Rejimi ve Sonuçları", **BATİDER 60. Yıl Armağanı**, BATİDER, Ankara, 2015, (Yoğunlaşma İşlemleri), ss. 694-698).

2010/4 sayılı Tebliğ m. 10/IV hükmüne göre; "*İzne tâbi birleşme ve devralmalara ilişkin olarak yapılan bildirim hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde açıkça veya aynı maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde zımnen bir karar verilmeden önce birleşme veya devralma hukukun geçerlilik kazanamaz.*" Hükümdeki bu açık ifade karşısında, izne tâbi olmasına rağmen izin alınmadan gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemlerine daha sonra izin verildiğinde, işlemin, bu izin tarihi itibarıyla hukukun geçerlilik kazanacağını söylemek mümkündür. Ancak bu durumun uygulamada birtakım sıkıntılara yol açacağı açıktır. Zira özellikle şirket birleşme ve devralmalarında işlem sonucunda infisah etmiş ve ticaret sicilinden terkin edilmiş en az bir adet şirket söz konusudur. Bu şirketler kendi tüzel kişiliklerini kaybederek tüm aktif ve pasifleriyle devralan ya da yeni kurulan şirkete iltihak etmiştir. Kurul tarafından izin verilmeye kadar durumun ne olacağı son derece karmaşıktır. Kurul tarafından izin verilmez ise işlem baştan itibaren geçersiz olduğundan yapılan tüm değişiklikler eski haline iade edilecek, infisah sebebiyle sicilden terkin edilen şirketler yeniden tescil edilecektir. Ancak işleme sonradan izin verilmesi halinde, işlemin gerçekleştiği tarih ile izin tarihi arasında geçen askı süresi birçok problemi beraberinde getirebilecektir. Kanaatimizce mevcut yasal düzenlemeler karşısında en gerçekçi çözüm yolu, her ne kadar işlem tarihinde şirketin birleşme veya devralma nedeniyle infisah etmesine dayalı olarak şirket ticaret sicilden terkin edilmiş ise de, terkinin dayanağı olan işlemin o tarihte hukuki geçerlilik kazanmamış olması nedeniyle, infisah tarihinin izin tarihi olarak kabul edilmesidir.

¹⁰⁸⁸ Doktrinde Sanlı ayrıca, işlemin yasaklanması için eşik üzerinde olmasının şart olmadığını, eşığı aşmamasına rağmen hâkim durum yaratan bir işlemin baştan itibaren hukuka aykırı ve geçersiz olacağını, ancak hakkında bildirim yükümlülüğü dahi bulunmayan bir işlemin baştan itibaren geçersiz sayılmasının bazı hukuki sorunlar yaratabileceğini, bu nedenle sonradan tespit edilerek Kurul tarafından hakkında geçersizlik kararı verilen bir işlemin geçersizlik kararının geriye yürümemesi ilkesinin benimsenmesinin makul bir çözüm olabileceği savunulmuştur (Sanlı, Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar, s. 36).

bağlanabileceği hususunda RKHK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/IV hükmünde Kurulun izin kararlarında şart ve yükümlülük öngörebileceği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca aynı Tebliğ'de m. 14 hükmünde tarafların, ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilecekleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda Rekabet Kurulu, izne tâbi birleşme ve devralma işlemlerinde işleme doğrudan izin verebileceği veya işlemi doğrudan yasaklayabileceği gibi; tarafların verdikleri taahhütler veya resen uygun gördüğü şart ya da tedbirler kapsamında ve AB uygulamaları ışığında şartlı izin verme yoluna da gidebilir¹⁰⁸⁹. Rekabet Kurulu'nun genel eğiliminin izin verme yönünde olduğu, yasaklama kararının sayıca çok az olduğu, ancak taahhütlere uyma yükümlülüğü çerçevesinde zaman zaman şartlı izne başvurulduğu görülmektedir¹⁰⁹⁰.

Rekabet hukuku anlamında birleşme, TTK kapsamında düzenlenen birleşmeden daha geniş kapsamlıdır. Şöyle ki; TTK anlamında bir birleşmeden söz edilebilmesi için en az bir ticaret şirketinin tasfiyesiz infisah ederek tüm aktif ve pasifleriyle birlikte bir diğer ticaret şirketine dâhil olması gerekmektedir. Rekabet hukuku anlamındaki birleşmeler ise 2010/4 sayılı Tebliğ m. 5'de düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

Gürkaynak ve diğerleri de Sanlı'nın bu görüşüne katılmaktadır. Yazarlara göre, RKHK m. 7 hükmünde, hâkim durum yaratan, mevcut hâkim durumu güçlendiren, ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti önemli ölçüde azaltan yoğunlaşma işlemlerine izin verilmemekte olup herhangi bir ciro ya da pazar payı eşiği getirilmemiştir. Tebliğ ile getirilen eşiklerin aşılmamış olması, normlar hiyerarşisine göre daha yukarıda bulunan RKHK m. 7/I'e göre esasa ilişkin değerlendirme yapılmasına engel olamaz. Bu nedenle; yoğunlaşma işlemleri Tebliğ'de belirtilen eşikleri aşmıyor olsa dahi RKHK m. 7/I hükmü çerçevesinde bir sonuç yaratacak nitelikteyse yasaklanabilir. Yazarlara göre burada Kanun'a aykırılık söz konusu olacağından, RKHK m. 7/I'e aykırı işlemlerin yaptırımı kesin hükümsüzlük olacaktır (Gürkaynak ve diğerleri Yoğunlaşma İşlemleri, ss. 674-687).

Yazarlar tarafından ifade edilen bu görüş son derece isabetlidir. Bu durumda bir yoğunlaşma işlemi eğer Tebliğ ile belirlenen eşikleri aşıyorsa bu işlem için Kurul'dan izin alınması gerekmektedir. Bu eşiklerin aşılmaması halinde izin koşulu yoktur; ancak RKHK m. 7/I kapsamında işlemin yasaklanması olasılığı mevcuttur. Bu nedenle bu tür durumlarda, yapılan işlemin geçersiz olma riskine karşı izlenmesi gereken en doğru yol, yoğunlaşma işlemi tamamlanmadan önce bu işlem için menfi tespit başvurusunda bulunmak olacaktır (Akyüz, s. 84).

¹⁰⁸⁹ 2010/4 sayılı Tebliğ yürürlüğe girmeden önce bu konudaki tartışmalar hakkında bilgi için bkz. Şenyücel, Yeni Tedbir Duyurusu, ss. 93-95; Aksoy ve Yavuz, ss. 20-21; Stakheyeva, ss. 120-121; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 862-870; Ercüment Erdem, “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Şartlı İzin”, **BATİDER**, Cilt: 25, Sayı: 4, 2009, ss. 185-204.

¹⁰⁹⁰ Demiröz, s. 27.

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da malvarlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.”

Görüldüğü gibi 2010/4 sayılı Tebliğ’e göre; esas alınan unsur, kontrolde kalıcı bir değişikliğin meydana gelmesidir¹⁰⁹¹. Bu değişikliğin ne şekilde olduğu önem taşımamaktadır. Bu değişiklik, hisse devri, malvarlığı satışı, sözleşme ve sair hukuki ya da fiili herhangi bir yolla gerçekleşebilir^{1092, 1093}. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre; tam işlevsel ortak girişimler Tebliğ m. 5/I-b kapsamında bir devralma işlemi olarak kabul edilmektedir.

2010/4 sayılı Tebliğ gereğince Rekabet Kurulunun iznine tâbi olan şirket birleşmelerinde, Kurul tarafından yapılan inceleme sırasında etkinlik savunması önemli bir yer tutmaktadır¹⁰⁹⁴. Özellikle yatay birleşmelerin kontrolünde,

¹⁰⁹¹ “Kontrol” kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 326-332; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 804-808; Güven, Rekabet Hukuku, s. 388-423; Kesici, ss. 86-91; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 119-142; Kocaer, ss. 392-409, 424-428; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 227-369.

¹⁰⁹² Bu husus aynı maddenin ikinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre;

“(2) Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanım hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etkiler sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.”

¹⁰⁹³ Hangi işlemlerin RKHK m. 7 kapsamına girmediği ve izin gerektirmediği 2010/4 sayılı Tebliğ m. 6 ile düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Aşağıda mahiyeti açıklanan işlemler Kanunun 7 nci maddesi kapsamı dışında olup, bu tür işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez.

a) Kontrol değişikliğine yol açmayan grup işi işlemlerle diğer işlemler,

b) Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymeti çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları,

c) Kontrolün; tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi,

ç) Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen hallerin miras yoluyla gerçekleşmesi.”

¹⁰⁹⁴ Etkinlik kavramı iktisat literatüründe üçe ayrılmaktadır. Bunlar; tahsis etkinliği, üretimde etkinlik ve dinamik etkinliktir. Tahsis etkinliği; mevcut kaynakların fiyatlandırma sistemiyle, ödeme konusunda isteksiz alıcılar yerine bu ürünlere en çok değer veren alıcılara tahsis edilmesidir. Tahsis etkinliğinde kaynaklar öyle bir tahsis edilmiştir ki bir bireyin refahında artış gerçekleşmesi, diğer bir

birleşmelerin refah üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi oldukça önemli bir husustur^{1095, 1096}. Şöyle ki birleşme işlemi sonucunda birleşen şirketler üzerinde rekabetçi baskının azalması, söz konusu şirketlerin pazar gücünün artması, artan pazar gücü sayesinde fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkarılması veya arzın kısılması¹⁰⁹⁷ mümkündür. Bu durumda tüketici refahı düşecektir. Buna karşılık; bir birleşme işlemi sonucunda üretime yönelik birim maliyetlerin düşmesi ve bunun fiyatlara yansması ya da Ar-Ge yatırımlarının artması dolayısıyla ürün çeşitliliği ve kalitesinin artması gibi etkilerle tüketici refahını arttırması da mümkündür^{1098, 1099}. Bu nedenle birleşme işlemine yönelik olarak yapılacak incelemede tüm bu hususlar değerlendirilmeli ve birleşme işleminin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak olan olası etkilerin toplum refahı üzerinde olumlu sonuçlar doğurma olasılığının daha kuvvetli görülmesi halinde birleşme işlemine izin verilmesi gerekmektedir^{1100, 1101}.

bireyin refahını düşürmeden mümkün değildir. Üretimde etkinlik, ürünlerin en düşük maliyetli üretim teknikleriyle üretilmesidir. Uzun bir vadeyi esas alan, yeni mal ve hizmetlerin, teknolojilerin, girişimcilerin, tüketicilerin ve pazarların devreye girdiği, tekrarlanan ve devamlılık gösterebilen faydaları ifade eden etkinlik ise dinamik etkinliktir (Seyrantepe, s. 4; Kaya ve diğerleri, s. 34; Kocmut, ss. 5-7; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 17-18).

İktisadi etkinliği ele alan Chicago Okulu, iktisadi etkinliği sadece üretim etkinliği ve tahsis etkinliği olarak ikiye ayırarak inlemiştir (Ardıç, s. 14).

¹⁰⁹⁵ Seyrantepe, s. 3.

¹⁰⁹⁶ Yatay birleşmelerde değerlendirme kriterleri hakkında bilgi için bkz. İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 837-854; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 225-230; Kocaer, ss. 469-495.

¹⁰⁹⁷ Teşebbüslerin aralarında anlaşarak arzı kısımları, fiyatın yükselmesine ve dolayısıyla tüketicinin daha fazla bedel ödeyerek fakirleşmesine sebep olmaktadır. Arzın kısılması halinde tüketicinin fakirleştiği oranda, arzı kısıtlayan karteli oluşturan teşebbüsler zenginleşmektedir. Ancak arz kısıldığında fiyatın yükselmesi için talebin aynı kalması gerekmektedir. Eğer arz kısıldığında talep düşerse fiyat yükselmeyip aynı seviyede kalacaktır. Böylece teşebbüslerin kârlılığı azalacaktır. Arzın kısılmasıyla kartelin zenginleşebilmesinin ikinci koşulu ise potansiyel rekabetin bulunmamasıdır. Bu nedenle arz kısıtlaması sonucunda kartelin zenginleşebilmesi için, ilgili piyasada giriş engeli bulunmalıdır (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 206-207, dn. 320-321).

¹⁰⁹⁸ Seyrantepe, ss. 4-5; Kaya ve diğerleri, s. 33; Lars-Hendrik Röller and Miguel de la Mano, "The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control", EC, 22.01.2006, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/new_substantive_test.pdf, (04.05.2016), p. 5.

¹⁰⁹⁹ Yatay birleşmelere ilişkin olası etkinlik argümanları ve uygulamaya ilişkin alternatif yaklaşımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seyrantepe, ss. 12-16.

¹¹⁰⁰ ABD hukukunda etkinlik savunmasının kabul edilebilmesi için iki unsurun bulunması gerekmektedir. Bunlar; birleşmeye özgü olma koşulu ve ispat edilebilirliktir. Birleşmeye özgü etkinlikler sadece birleşme işlemi sonucu elde edilebilecek nitelikte olan etkinliklerdir. Birleşme işlemi yerine daha az kısıtlayıcı olan ortak girişim anlaşmaları, lisans, kira ve sair yollarla aynı derecede etkinliğin elde edilmesi mümkünse burada birleşmeye özgü olma koşulunun bulunmadığı söylenebilecektir. Buna ek olarak; birleşmeye özgü olan etkinliklerin ortaya çıkacağına, taraflarca birleşme gerçekleşmeden önce (*ex-ante*) olarak kanıtlanması gerekmektedir (Seyrantepe, ss. 20-25). İlk olarak 1984 yılında FTC tarafından etkinlik savunması kapsamında tüketiciye yansımaya koşulu ele alınmıştır. Daha sonra zamanla bu unsur ABD'de diğer iki unsura ek olarak yerleşmiştir. Tüketiciye yansımaya unsuru ve buna ilişkin analiz yöntemleri hakkında bkz. Seyrantepe, ss. 26-31.

AB rekabet hukukunda 139/2004 sayılı Tüzük ile etkinlik savunmasının kabul edilebilmesi için gerekli koşullar konusunda farklı bir yaklaşım benimsenmemiştir. Bir başka deyişle; AB rekabet

hukuku bakımından da yatay birleşmelerde esas alınacak etkinlik savunması; birleşmeye özgü olma, ispatlanabilme ve tüketiciye fayda sağlama unsurlarından oluşmaktadır (Seyrantepe, ss. 46-55). 139/2004 sayılı Tüzük kapsamında etkinlik savunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kocmut, ss. 28-42.

4064/89 sayılı Tüzük döneminde ise temel tartışma, birleşmenin değerlendirilmesinde Komisyon'un dikkate alması gereken unsurların sayıldığı Art. 2-1(b) hükmünde belirtilen "*tüketicinin faydasına olacak ve rekabete engel oluşturmayacak şekilde teknik ve ekonomik ilerlemenin geliştirilmesi*" ibaresinin etkinlik savunmasına dayanak oluşturup oluşturmayacağı noktasında toplanmıştır. Baskın görüş, bu ibarenin etkinlik savunmasına imkân vermediği yönünde olmuştur (Seyrantepe, ss. 41-42; Kocmut, ss. 19-20).

Hatta Komisyon kararlarında; birleşen firmaların elde edeceği etkinliklerin rakip firmalar bakımından dezavantaj oluşturacağı, pazar dışına itilme riski yaratabileceği düşüncesiyle etkinlik suçlamalarına yer verilmiştir (Seyrantepe, ss. 41-42. Aksi yönde: Kaya ve diğerleri, s. 137.

Doktrinde 4064/89 sayılı Tüzük Art. 2-2 ve 2-3 hükümlerinde tanımlanan maddi test kapsamında etkinlik uygulamasının söz konusu olacağına ilişkin bir görüş mevcuttur. Buna göre; maddi test kapsamında bir birleşme, hâkim durum yaratsa veya mevcut hâkim durumu güçlendirse bile rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmadığı savunmasıyla bu birleşme işlemine izin verilebilmektedir. Görüşü savunanlar, bu değerlendirmenin etkinlik savunmasıyla yapıldığını belirtmiştir (Kocmut, s. 17-19).

4064/89 sayılı Tüzük döneminde etkinlik savunması hakkındaki yaklaşımlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Seyrantepe, ss. 40-46; Kocmut, ss. 15-26. AB'de etkinlik savunmasının gelişimi konusunda bkz. Kocmut, s. 3-5.

4064/89 sayılı Tüzük döneminde hâkim durum testinin ne şekilde uygulandığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Arıtürk, ss. 14-19. ABD ve AB'de yoğunlaşma işlemlerinde etkinliğin ele alınması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya ve diğerleri, ss. 35-38.

4064/89 sayılı Tüzük döneminde tartışma konusu olan ibareler, ülkemizde 2010/4 sayılı Tebliğ'den önce yürürlükte olan 1997/1 sayılı Tebliğ'de de yer almaktadır. Bu nedenle; 1997/1 sayılı Tebliğ döneminde ülkemizde birleşme işlemlerine yönelik etkinlik savunması konusundaki durum, AB'de 4064/89 sayılı Tüzük dönemindeki durum ile benzer niteliktedir. Ülkemizde 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesiyle etkinlik savunmasının uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki belirsizlik sona ermiştir. Zira Tebliğ m. 13/I'de "*Birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutulur*" hükmüne yer verilmiştir. Böylece etkinlikler açıkça Tebliğ hükmünde belirtilmiştir. Ancak 2010/4 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girmesiyle, AB'deki durumdan farklı olarak esasa ilişkin benimsenen testte bir değişikliğe gidilmemiştir. Bir başka deyişle; 2010/4 sayılı Tebliğ yürürlüğe girdikten sonra da hâkim durum testi uygulanmaya devam edilmiştir. Böylece AB'de hâkim durum testinin terkedilip SLC testine geçilmesi karşısında ülkemizde hâlâ hâkim durum testine devam edilmesiyle AB'de deneyimlenmemiş bir sürece girilmiştir. Bu husus birçok eleştirileri beraberinde getirmiştir. Ağırlıklı görüş uygulamada etkinlik savunmasının işletilebilirliğinin hâkim durum testinin değil etki temelli analize dayalı SLC testinin benimsenmesiyle daha kolay olduğu yönündedir (Seyrantepe, ss. 62-68; Stakheyeva, ss. 129-131).

Buna karşılık Alman rekabet otoritesi, hâkim durum testi ile SLC testi arasında uygulanma kolaylığı veya daha isabetli değerlendirme yapılabilmesi bakımından önemli bir fark bulunmadığını, bu nedenle Almanya'da uygulanmakta olan hâkim durum testinden SLC testine geçiş yapılmasına gerek olmadığını ifade etmiştir (Bundeskartellamt, pp. 34-36). AB'de hâkim durum testi uygulanırken ABD'de SLC testi uygulaması kabul edilmiştir (Bundeskartellamt, pp. 1, 6-9).

Hâkim durum testi ile SLC testi arasındaki karşılaştırma ve hâkim durum testi altında etkinlik savunmasının uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seyrantepe, ss. 68-73; Arıtürk, ss. 21-23; Bundeskartellamt, pp. 13-15; Kocaer, ss. 463-469.

Esasa ilişkin testler genel olarak üçe ayrılmaktadır: Kamu yararı testi, rekabet temelli testler ve sektör spesifik testler. Kamu yararı testinde birleşmeler, kamu yararına aykırılık bulunup bulunmadığı veya kamu yararına aykırı bir durumun ortaya çıkma olasılığının bulunup bulunmadığı noktasında değerlendirilir. Rekabet temelli testler kendi içinde; hâkim durum testi (*Dominance Test/ MD -Market Dominance- Test*) ve rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi (*Substantial Lessening of Competition- SLC Test*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde bu iki alt tür yanında bir de üçüncü alt tür olan melez

3.2.1.1.2. Due Diligence

Birleşme ve devralma işlemleri için TTK ve RKHK'da öngörülen prosedür işletilmeye başlanmadan önce, birleşme işlemlerine katılacak şirketler arasındaki ön

testlere yer verilmiştir. Melez testlerden kasıt, hâkim durum testi ve SLC testinin katıksız olarak uygulamak yerine, her iki testin karmasından oluşan testlerdir. Doktrinde 139/2004 sayılı Tüzük ile AB'de SLC testi terkedilerek uygulanmaya başlanan etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testinin (*Significant Impediment of Effective Competition- SIEC Test*) melez bir karaktere sahip olduğu ifade edilmiştir (Arıttürk, ss. 10-13; Kocaer, s. 464).

Hâkim durum testinde belirli bir sınır belirlenmekte ve bu eşiğin altındaki tüm birleşme işlemlerine izin verilmektedir. Bu eşiğin altında kalmak kaydıyla rekabet yoğunluğunda ne oranda bir azalma yaşanacağı dikkate alınmamaktadır. SLC testinde ise, rekabet yoğunluğunda gerçekleşecek azalma oranı esas alınmaktadır. Buna göre; hâkim durum eşiği geçilse de geçilmese de rekabet yoğunluğunda belirli bir oranın üzerindeki azalmaya izin verilmemektedir (Arıttürk, ss. 21-22).

Doktrinde SLC testinin, hâkim durum testine göre, piyasadaki rekabet koşullarının tamamını bir bütün halinde daha ayrıntılı olarak incelediği; ancak birleşmeye katılan şirketler hâkim durumda olmasa ya da mevcut hâkim durumları güçlenmesi dahi bazı durumlarda SLC testi sonucunda rekabetçi sakıncaların bulunduğu sonucuna varılması mümkün olduğundan SLC testinin müdahale eşiğinin hâkim durum testine göre daha düşük olduğu ifade edilmektedir (Bundeskartellamt, p. 2).

Doktrinde Şenyücel tarafından SLC testi ile SIEC testi arasındaki farklılıklar ortaya konmuştur. Buna göre; SIEC testinde ikili bir inceleme söz konusudur. SIEC testine göre yapılan incelemede öncelikle bir hâkim durum yaratma ya da güçlendirme hâlinin bulunup bulunmadığına bakılacak, eğer böyle bir durum yoksa o zaman tek taraflı etkiler bakımından bir inceleme yapılacaktır. Bir başka deyişle; SIEC testi, hâkim durum seviyesi altında tek taraflı etkileri de içeren bir hâkim durum testidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Orçun Şenyücel, "An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test", **Ankara Law Review**, Vol. 2, No: 2, 2005, (New Substantive Test), pp. 173-177; Röller and Mano, pp. 3-18).

Yoğunlaşmanın tek yanlı etkisi, yoğunlaşma işleminden sonra firmaların fiyatları tek taraflı olarak yükseltebilmesini ifade eder (Ardıç, s. 21).

Yoğunlaşmaların tek yanlı etkileri ve işbirlikçi etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ardıç, ss. 20-27).

SIEC testinin birleşme politikasına etkisi ve yayılma etkisi ve ispat standardına etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenyücel, New Substantive Test, pp. 177-185.

Hâkim durum testinin Türkiye'de ne şekilde uygulandığına ilişkin bilgi ve örnek Rekabet Kurulu kararları için bkz. Arıttürk, ss. 64-71.

¹¹⁰¹ Birleşme ve devralma sözleşmeleri kapsamında genellikle birtakım yan yükümlülükler de bulunmaktadır. Bu yan yükümlülüklerin en yaygını, devredene yüklenen rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Rekabet Kurulu tarafından başvuru konusu birleşme veya devralmaya izin verilip verilmeyeceği yönünden yapılan inceleme sırasında, sözleşme kapsamındaki yan yükümlülükler de incelenmelidir. Mevzuatımızda yan yükümlülüklerle ilişkin özel düzenlemeler bulunmamakla birlikte; bu yükümlülüklerin geçerli sayılması için taşıması gereken özellikler AB mevzuatı ve Komisyon kararları doğrultusunda belirlenmiştir. Buna göre; söz konusu yan yükümlülüklerin geçerli olabilmesi için temel olarak dört koşul aranmaktadır. Bunlar; yan yükümlülüğün zorunlu olması, objektif olması, makul olması ve makul bir süreye bağlanmasıdır. İzne tâbi bir birleşme işleminde Kurul bu koşulların bulunup bulunmadığını kendiliğinden incelemelidir. İzne tâbi olmayan birleşme işlemlerinde ise yan yükümlülüklerin Kurul tarafından incelenmesi ancak birleşme anlaşmasına ilişkin bir menfi tespit talebinin bulunması ya da söz konusu anlaşmaya yönelik herhangi bir şikâyet ya da ihbar bulunması halinde mümkün olabilir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment Erdem, "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar", **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2004, Ankara, (Yan Sınırlamalar), ss. 117-133; Kocaer, ss. 523-527; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 751-778).

Yan sınırlamaların AB rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesi hakkında bilgi için bkz. Erdem, Yan Sınırlamalar, ss. 133-153; Erdem, Yoğunlaşma İşlemleri, ss. 270-272.

görüşme ve pazarlık aşamasında rekabet hukuku bakımından son derece önemli olan uzun bir süreç yaşanmaktadır. Bu süreç; şirketlerin birleşme işlemine karar vermesiyle devir bedel ve şartlarını pazarlık etmesinde temel olan inceleme sürecidir. Bu süreçte en önemli aşama “*Due Diligence*” araştırmasıdır¹¹⁰². Teknik olarak “*due diligence*” olarak yer etmiş olan bu terimi, “*ayrıntılı inceleme aşaması*” olarak Türkçe’ye çevirmek mümkündür. Bunun, “*özel ihtimam araştırması*”, “*ön inceleme süreci*” ya da “*çok özel amaçlı satın alma incelemesi*” olarak da çevrilebileceği belirtilmektedir¹¹⁰³.

Due Diligence; ticari, teknik, finansal, vergisel, hukuksal birçok yönden yapılabilmektedir. Bu süreç; birleşmeye katılacak şirketlerin birbirlerini ya da devralacak şirketin devralınacak şirketi birçok açıdan, genellikle kendi ekibi aracılığıyla ayrıntılı olarak inceletmesi ve durumu rapor halinde özetletmesi olarak açıklanabilir. Bu süreçte; incelenen şirketin piyasadaki durumu, pazar gücü, müşterileri, ayrıntılı fiyatları, ticari stratejileri, taraf olduğu anlaşmalar, cirosu, kâr marjı, ayrıntılı satış/üretim rakamları, finansal durumu, ayrıntılı bilanço bilgileri, know-how’ı gibi ticarete son derece hassas ayrıntılı bilgilerine ulaşılabilir^{1104, 1105}. Genellikle bu duruma karşı uygulamada gizlilik anlaşması (*Non-Disclosure Agreement-NDA*) imzalanmakta ise de¹¹⁰⁶ bu anlaşma öğrenilen bilgilerin üçüncü kişilere ifşasını ve rekabet etme amacıyla kullanılmasını önlemeye yöneliktir. Üçüncü kişiye ifşa konusunda gizlilik sözleşmesinin ispat ve yaptırım gücü yeterli olsa da elde edilen bilgilerin bizzat kullanımı konusunda her zaman çok etkin olmayabilir. Zira elde edilen bilgiler, rekabet etme amacıyla kullanılabileceği

¹¹⁰² Due Diligence aşaması uygulamada genellikle tarafların imzaladığı bir niyet mektubu (*Letter of Intent-LOI*), ön anlaşma (*Term Sheet*) ya da mutabakat anlaşmasından (*Memorandum of Understanding-MoU*) sonra başlar (Hüsnü Dinçsoy, “Türkiye’de Birleşme ve Devralma İşleminin Dinamikleri”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, s. 32; Hasan Pulaşlı, “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, **BATİDER**, Cilt: 24, Sayı: 2, 2007, (Due Diligence), s. 205).

Bu anlaşmalara genellikle tarafları kesin olarak bağlayıcı hükümler konmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İpek Kayalı, ss. 129-133; Turanlı, ss. 99-104; Ağaoğlu, ss. 70-87.

¹¹⁰³ Dinçsoy, s. 32; Ağaoğlu, s. 87.

¹¹⁰⁴ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, s. 99; Pulaşlı, *Due Diligence*, s. 215; Dinçsoy, s. 32; İpek Kayalı, ss. 140-141.

¹¹⁰⁵ Due diligence hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, *Due Diligence*, ss. 211-234; İpek Kayalı, ss. 136-142; Turanlı, ss. 106-126; Ağaoğlu, ss. 87-89.

¹¹⁰⁶ Dinçsoy, s. 30; İpek Kayalı, ss. 134-135; Turanlı, ss. 104-106; Ağaoğlu, s. 75; Pulaşlı, *Due Diligence*, s. 205.

gibi, mevcut rekabeti ortadan kaldırmak ve uyumlu eylem oluşturmak amacıyla da kullanılabilir ve bunun ispatı her zaman çok kolay olmayabilir.

Due Diligence aşamasından sonra tarafların birleşme işlemine ilişkin şartlarda kesin olarak anlaşması üzerine satın alma anlaşması (*Sales and Purchase Agreement-SPA*) imzalanmaktadır. Söz konusu işlemin izne tâbi olması halinde bu aşamadan sonra Rekabet Kurulundan izin alma aşaması tamamlanmaktadır¹¹⁰⁷.

3.2.1.1.3. Değerlendirme

Due Diligence sürecinde ortaya çıkan bu bilgi değişimi, özellikle aynı sektörde faaliyet gösteren rakip şirketlerin birleşme veya devralma işleminden vazgeçmeleri halinde oldukça önemli bir sorun haline gelmektedir. Ayrıca; devralınan şirketin ana şirketten bölünme yoluyla ayrılarak oluşturulmuş olan bir şirket olması ve ana şirketin faaliyetlerini sürdürmeye devam etmesi halinde yine rekabet hukuku bakımından ciddi bir tehlike söz konusudur.

Eğer söz konusu işlem bir şirketin tamamını devralma işlemiyse; devralma girişiminde bulunan şirket, rakibi olan devralınacak şirketten tek yanlı olarak çok hassas ticari bilgileri elde etmiş demektir. Bu durumda devralma işleminden vazgeçilmesi halinde, devralma girişiminde bulunan teşebbüsün rakibinden meşru bir şekilde tek taraflı olarak elde ettiği bu bilgileri kendi ticari kararlarını alırken kullanması ve bu şekilde rakipleri üzerinde haksız bir üstünlük elde etmeye çalışması neredeyse kaçınılmazdır. Böylece yasal bir işlemin gerçekleştirilebilmesi için pratikte zorunlu olan bir süreç nedeniyle bir rekabet ihlâli ortaya çıkması kuvvetli bir olasılıktır. Kanaatimizce böyle bir durumda başvurulabilecek yollardan biri; meşru bir şekilde ve sahibinin rızasıyla ticarete hassas bilgileri elde edilen şirketin, bu bilgileri rekabete aykırı olarak kullanan rakibi hakkında Rekabet Kuruluna şikâyetle bulunması olabilir. Ayrıca taraflar arasında bir gizlilik sözleşmesi imzalanmışsa, bu sözleşme gereğince tazminat ve cezai şart talepleri genel mahkemelerde ileri sürülebilecektir. İspat yükü, şikâyetle bulunan/davacı tarafa düşmekle birlikte ihlâlin ispatının pek kolay olmadığını söylemek mümkündür. Zira böyle bir olasılıkta bilgilerin elde edilmesi değil, kullanılması rekabet ihlâli niteliğinde olduğundan

¹¹⁰⁷ Dinçsoy, s. 32; Ağaoğlu, ss. 89-90.

kullanımın ispatı gerekmektedir. Hangi bilgilerin elde edildiği ve ne şekilde kullanıldığının ispatı her zaman çok kolay ve mümkün olmayabilir.

Rekabet hukuku yönünden önem arz edecek bir diğer boyut, elde edilen bilgilerin kullanılması konusunda bilgilerin sahibi olan teşebbüsün onayının bulunmasıdır. Bu onay açık bir onay olabileceği gibi, zımni bir onay da olabilir. Bu durumda teşebbüslerin amacı rekabet etmek değil, aralarındaki mevcut rekabeti ortadan kaldırarak ortak menfaatler doğrultusunda hareket etmektir. Böylece rekabeti bozucu bir anlaşma ya da uyumlu eylem doğrultusunda, piyasadaki diğer rakiplerine karşı birlikte hareket ederek kartel benzeri bir oluşum içine girebileceklerdir.

Devralınacak şirketin ana şirketten bölünme yoluyla kurulacak olan bir şirket olması halinde, genellikle tüm aşamalar birlikte yapıldığından ve devralma kararı verildikten sonra bölünme işlemi uygulandığından, due diligence sürecinde ana şirket üzerinden inceleme yapılacaktır. Bu durumda devralma konusunda karar verilip işlem tamamlansa dahi, devralan şirket, rakibi olan ana şirketten tek taraflı olarak elde ettiği hassas bilgileri rekabete aykırı şekilde kullanabilecektir. Bu durumda da yukarıdaki paragrafta yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

Söz konusu işlemin yeni kuruluş yoluyla birleşme işlemi olması halindeyse bilgi akışı birleşmeye katılan tüm şirketler arasında karşılıklı olarak gerçekleşecektir. Buradaki bilgi akışının yine yasal bir işlemin zorunlu parçası olması nedeniyle meşru olduğunu ve tek başına bir rekabet ihlâli oluşturmadığını söylemek mümkündür. Buna karşılık; karşılıklı bilgi değişiminin tarafları olan şirketlerin bu bilgileri kendi ticari kararlarını alırken kullanmaları halinde rekabet ihlâli ortaya çıkacaktır. Şirketlerin karşılıklı olarak kendi ticari stratejilerini birbirlerine uyumlu hale getirerek bir uyumlu eylem içine girmeleri mümkün olabilir. Bu durumda; söz konusu bilgi değişiminin amacı rekabeti sınırlamak olmasa da ortaya çıkan etkisi rekabeti kısıtlama yönünde olduğundan RKHK m. 4'e aykırı bir durumun ortaya çıktığı söylenebilecektir. Ayrıca bilgi değişimin etkisi olarak ortaya çıkan uyumlu eylemin devam edebilmesi için yine bilgi değişimine ihtiyaç duyulacağından devam eden bilgi değişimi faaliyetleri ile ilk olarak meşru bir şekilde ortaya çıkmış olan bilgi değişimi birlikte bir bütün olarak ele alınmalıdır. Karşılıklı bilgi değişimi olan bu tür işlemlerde rekabet ihlâli riski, yukarıda açıklanan tek taraflı bilgi akışını gerektiren işlemlere göre çok daha yüksektir. Karşılıklı bilgi değişiminde bulunan ve

birleşme işleminden vazgeçen rakip teşebbüslerin, oluşan bilgi simetrisi sonucunda ortak hareket etme ve rekabet etmek yerine işbirliği yaparak daha yüksek kâr elde etme isteği içine girmeleri olasıdır.

Aynı durum iki ana şirketten bölünerek oluşturulan iki yeni şirketin devralma ya da kurulacak üçüncü bir yeni şirkette birleşme yoluyla birleşmelerinde de geçerlidir. Bu durumda, birbirlerinden karşılıklı olarak bilgi edinmiş olan üç şirketin katıldığı bir rekabet ihlâlinin ortaya çıkma olasılığı oldukça yüksektir.

3.2.1.2. Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkından Doğan Bilgi Değişimi

3.2.1.2.1. Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Arasındaki İlişki

TTK'da şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri olarak farklı şirket türleri düzenlenmektedir. Kollektif şirketler ile adi komandit şirketler şahıs şirketi niteliğinde iken anonim şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile limited şirketler sermaye şirketleridir. Şahıs şirketlerinde şirket ortaklarının şirket borçlarından bazı hallerde sorumluluğunun bulunması mümkün olduğundan ortakların şirket üzerindeki denetim yetkileri sermaye şirketlerine göre çok daha fazladır. Buna karşılık, şahıs şirketlerinde ortakların şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü sermaye şirketlerindeki göre daha katı bir şekilde düzenlenmiştir. Bir başka deyişle; rekabet etmeme yükümlülüğü arttıkça ortakların bilgi alma ve inceleme haklarının kapsamı da artmaktadır. Zira rekabet etmeme yükümlülüğü altındaki bir şirket ortağının şirket işleri hakkında bilgi sahibi olması halinde, elde ettiği bu bilgileri şirketin menfaatine aykırı bir şekilde kullanma olasılığı azalmaktadır. Aynı şekilde, şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı şahsi sorumluluğu yoluna gidilebildiği şirket türlerinde ortakların bilgi alma ve inceleme haklarının kapsamı son derece geniş tutulmaktadır. Bununla birlikte bu şirketlerde ortakların şirketle rekabet etmeleri yasaklanmaktadır.

Şirketlerde pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı ile rekabet etmeme yükümlülükleri arasındaki ilişki, rekabet hukuku yönünden yapılacak

değerlendirmeler yönünden de önem taşımaktadır. Zira bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında şirkete ait önemli bilgileri öğrenebilen şirket ortağının şirketle rekabet etmesi halinde, bu bilgiler sayesinde gerek şirkete gerekse bu bilgileri bilmeyen diğer rakiplere karşı önemli bir avantaj elde etmesi mümkündür. Bu durumun piyasadaki rekabeti olumsuz yönde etkileyebileceği açıktır¹¹⁰⁸. Bu nedenle, şirket türlerine göre ortakların bilgi alma ve inceleme haklarının kapsamı ile rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunup bulunmamalarının, bulunuyorlarsa bunun kapsamının kısaca açıklanması, konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

3.2.1.2.2. Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Haklarından Doğan Bilgi Değişiminin Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Kapsamında Şirket Türlerine Göre Rekabet Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi

3.2.1.2.2.1. Kollektif Şirketler Yönünden

3.2.1.2.2.1.1. Kollektif Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Kollektif şirketlerde bilgi alma hakkı ve kullanılması TTK m. 225 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre kollektif şirketlerdeki her ortak, yönetim görevini haiz olsun ya da olmasın, şirket işlerinin gidişi hakkında bizzat bilgi edinmek, şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek, bunlara göre kendisi için şirketin finansal durumunu gösterecek bir hesap tablosu düzenlemek hakkına sahiptir. Kollektif şirket ortağının bu yetkisi sınırlandırılmaz. Kollektif şirket ortağı bu hakkını dilediği zaman kullanabilir.

Görüldüğü gibi, kollektif şirket ortağına sınırsız bir bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmıştır. Bunun en önemli sebebi, TTK m. 236 ve 237 hükmünde yapılan düzenlemeler ile kollektif şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı ikinci derecede, sınırsız ve müteselsil olarak sorumlu tutulmuş olmalarıdır. Şirket ortaklarına bu şekilde sınırsız bir sorumluluk getirilmiş olduğundan, şirket ortaklarının şirket işlerini ve hesaplarını en ince ayrıntısına kadar takip edip

¹¹⁰⁸ Karasu, Limited Şirket Ortağının Rekabet Yasağı, ss. 156-157.

denetleyebilmesi elzemdir. Sonuç itibariyle kollektif şirket ortağının bilgi alma ve inceleme hakkı sınırsız olup bu hakkın hiçbir şekilde kısıtlanması mümkün değildir¹¹⁰⁹.

3.2.1.2.2.1.2. Kollektif Şirketlerde Ortakların Sadakat ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Kollektif şirketler niteliği gereği şahıs şirketi durumundadır. Bu nedenle ortaklar bakımından sadakat ve sır saklama yükümlülüğünün önem taşıdığı söylenebilir¹¹¹⁰. Şirket ortaklarının sadakat yükümlülüğü bulunduğunu gösteren hükümlerden biri TTK m. 245/I-a ve c bentleridir¹¹¹¹. Buna göre; şirket ortaklarının şirketin yönetim işlerinde ve hesaplarında şirkete ihanet etmiş olması, kişisel menfaat uğruna şirketin ticaret unvanı ve mallarının kötüye kullanılması, ortaklığın feshi konusunda haklı sebep olarak düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 255/I gereğince bu durumda ortağın ortaklıktan haklı sebeple çıkarılması da mümkündür.

Kollektif şirket ortağının rekabet etmeme yükümlülüğü TTK m. 230 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; kollektif şirket ortağı, diğer ortakların izni olmaksızın, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünde bir işi kendisinin ya da başkasının hesabına yapamaz. Ayrıca aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak da giremez.

Hükümden çıkan sonuca göre; kollektif şirket ortağı kollektif şirket ile aynı tür işler yapan bir şirkete sorumluluğu sınırlı ortak olarak girebilir. Bir başka deyişle, kollektif şirket ortağı, diğer ortakların iznini almaksızın aynı alanda faaliyet gösteren bir anonim şirkete ya da limited şirkete ortak olarak katılabilir veya bir adi komandit şirkete komanditer olarak girebilir. Ancak önemli olan husus, kollektif şirket ortağının bu şirketlerde yönetim ve temsil yetkisi alamayacağıdır. Zira kollektif şirket ortağının, şirketin yaptığı türden işleri başkası hesabına yapması

¹¹⁰⁹ Kollektif şirket ortağının bilgi alma ve inceleme hakkı konusunda bkz. Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, ss. 211-212; Şener, Ortaklıklar, ss. 218-220; Gürbüz Usluel, ss. 138-139; Demirkapı ve Bilgili, ss. 110-111; Karahan (Ed.), ss. 263-264.

¹¹¹⁰ Sadakat yükümlülüğü doktrinde, “bir ilişkinin taraflarının birbirlerinin menfaatlerini desteklemeleri, gözetmeleri, ortak amacın gerçekleşmesi için gayret sarf etmeleri, ortak amaca ulaşmayı engelleyen tutumlardan kaçınmaları” olarak tanımlanmıştır (Karasu, Limited Şirket Ortağının Rekabet Yasağı, s. 143).

¹¹¹¹ Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, s. 212.

yasaklanmıştır¹¹¹². Ancak diğer ortakların izin vermesi halinde rekabet etmeme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır¹¹¹³. Hatta rekabet etmeme yükümlülüğü sözleşme ile tamamen ortadan kaldırılabilir gibi bu yükümlüğün kapsamı genişletilebilir veya daraltılabilir¹¹¹⁴.

3.2.1.2.2.1.3. Değerlendirme

Kollektif şirket ortağının sınırsız bir inceleme ve bilgi alma hakkının bulunması, şirketin ticari bilgilerinin ve sırlarının bu ortak tarafından bilgi değişimine konu edilme olasılığını ortaya çıkarmaktadır. Kollektif şirket ortağı yukarıda açıklandığı gibi, şirketin her türlü bilgilerine ve belgelerine ulaşabilmekte, ticari defterlerini inceleyebilmektedir. Bu durumda kollektif şirketlerde şirket tüzel kişiliğinin, ortaklarına karşı hiçbir ticari sırrı kalmamakta ve her türlü bilgi ortaklar tarafından elde edilmektedir.

Kollektif şirket ortağının kanundan kaynaklanan bilgi alma ve inceleme hakkı sayesinde elde ettiği bilgileri, kendisinin ya da bir başka şirketin menfaatine kullanması mümkündür. Kanun koyucu bunu önlemek için kollektif şirket ortaklarına rekabet etmeme yükümlülüğü yüklemiş ise de diğer ortakların izni ile bu yükümlülüğün kaldırılabilmesine de cevaz vermiştir. Diğer ortakların izni ile rekabet etme yükümlülüğünün kaldırılmamış olmasına rağmen, kollektif şirket ortağının bu yükümlülüğü ihlâl etmesi halinde bu ihlâlin yaptırımının ne olacağı TTK m. 231 hükmünde düzenlenmiştir. Ancak yaptırım, ne kadar sert olursa olsun şirketin sırlarının ifşa edilmiş olması gerçeğini değiştirmeyecektir. Bir başka deyişle; rekabet etmeme yükümlülüğünün kaldırılmış olması ya da kaldırılmasa dahi ortak tarafından ihlâl edilerek elde edilen bilgilerin bilgi paylaşımına konu edilmesi riski her zaman mevcuttur.

¹¹¹² Bu hükmün bir sonucu olarak; kollektif şirket ortağı, yasak kapsamına giren işleri başkası hesabına ticari mümessil, acente, komisyoncu, ticari vekil veya bir tüzel kişinin organı sıfatıyla da yapamaz (Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, s. 212).

¹¹¹³ Kollektif şirketlerde ortakların sadakat ve rekabet etmeme yükümlülükleri konusunda bilgi için bkz. Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, ss. 212-214; Gürbüz Usluel, ss. 138-140; Demirkapı ve Bilgili, ss. 111-112; Karahan (Ed.), ss. 258-260; Yaşar Can Göksoy, “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, **DEÜHFD**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, (Rekabet Yasakları), ss. 636-638.

¹¹¹⁴ Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, s. 213; Aşçıoğlu Öz, s. 29.

Kollektif şirket ortağı, ikinci dereceden, sınırsız ve müteselsil olarak sorumluluğu bulunması nedeniyle, ede ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanmayı tercih etmeyecektir. Zira şirketin uğradığı her türlü zarardan dolayı kendisi de bizzat sorumlu olacaktır. Bunun yerine komandit şirket ortağı, elde ettiği şirket bilgilerini ortağı olduğu bir başka şirketle ya da sahibi olduğu teşebbüsle paylaşarak her iki teşebbüs arasında uyumlu davranışlar gelişmesine sebep olabilir. Böylece bu uyumlu davranışlarla piyasadaki rekabeti bozucu etkilerin ortaya çıkması mümkün olabilecektir. Bu olumsuz ihtimal her zaman mevcut olmakla birlikte, çok yüksek bir ihtimal değildir. Zira kollektif şirketler günümüzde neredeyse tamamen terk edilmeye yüz tutmuş ve tercih edilmeyen bir şirket türüdür. Halen kollektif şirketlerin az da olsa faaliyette bulunduğu düşünülse dahi, ortakların kanundan doğan bir rekabet etmeme yükümlülüğü ile karşı karşıya olmaları ve diğer ortakların bu yükümlülüğün kalkmasına izin vermesi olasılığının çok sık rastlanacak bir durum olmaması karşısında, kollektif şirketlerin bilgi değişimine sebep olma yönünden en az riskli şirket türlerinden olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca ticaretin günümüz koşullarında bir kollektif şirketin pazarı yönlendirebilecek bir pazar payına sahip olma olasılığının düşüklüğü de göz ardı edilmemelidir.

3.2.1.2.2.2. Adi Komandit Şirketler Yönünden

3.2.1.2.2.2.1. Adi Komandit Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Adi komandit şirketlerde iki tür ortak mevcuttur. Bunlar; komandite ve komanditer ortaklardır. Komandite ortaklar aynen kollektif şirket ortakları gibidir. Bir başka deyişle; komandite ortakların şirket borçlarından dolayı ikinci derecede, sınırsız ve müteselsil olarak şahsen sorumlulukları mevcuttur. Komanditer ortaklar ise sadece şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye borcu ile sınırlı olarak sorumludur. Komanditer ortak, şirkete koymayı taahhüt ettiği sermaye borcunu tam olarak ifa etmişse, artık şirketin borçlarından dolayı hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. Her adi komandit şirkette en az bir komanditer ortağın bulunması

zorunludur; aksi halde şirket adi komandit değil, kollektif şirket statüsünde olacaktır¹¹¹⁵.

Komandite ve komanditer ortak arasındaki sorumluluk farklılığı, bu ortakların bilgi alma ve inceleme haklarının kapsamında da bir farklılık bulunmasını gerektirmiştir. Komandite ortağın sorumluluk durumu kollektif şirket ortağı ile aynı olduğundan, bilgi alma ve inceleme hakkı da aynen kollektif şirket ortağı gibi sınırsızdır, kısıtlanamaz.

Komanditer ortakların bilgi alma ve inceleme hakkı TTK m. 310 hükmünde düzenlenmiştir. TTK m. 310/I hükmünde komanditerin olağan denetleme yetkisi düzenlenmiştir. Bu hükme göre komanditer ortak, iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde, şirketin envanterleriyle bilançosunun içeriğini, diğer finansal tablolarını, bunların doğruluğunu ve geçerliliğini incelemeye yetkilidir. Burada öncelikle komanditer ortağın inceleme hakkının zaman yönünden kısıtlanmış olduğu görülmektedir. Komanditer ortak dilediği zaman değil, sadece iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde bir inceleme yapma hakkına sahiptir. Ayrıca komanditerin inceleme hakkının kapsamı da sınırlanmıştır. Buna göre komanditer ortak şirketin her türlü defter ve belgelerini inceleyememekte; sadece envanter, bilanço ve diğer finansal tablolarını inceleyebilmektedir. Komanditer ortak bu incelemeyi bizzat yapabileceği gibi bir uzman aracılığıyla da yapabilir. Şirketin, uzmanın kişiliğine yönelik bir itirazının bulunması halinde komanditerin talebiyle mahkeme kanalıyla bilirkişi atanması yoluna gidilebilir. Komanditer ortağın kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olan bu bilgi alma ve inceleme hakkı kısıtlanamaz.

TTK m. 310/III hükmündeysen komanditer ortağın olağanüstü denetleme yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre komanditer, haklı sebeplerin varlığı halinde iş yılı sonunu beklemeksizin mahkemeye başvurarak inceleme hakkını kullanmasına izin verilmesini isteyebilir. Mahkeme haklı sebeplerin bulunduğu kanaatine varırsa talebin kabulü ile inceleme hakkının komanditer ortak tarafından bizzat ya da uzman bilirkişi aracılığıyla kullanılmasına karar verir. Şirket sözleşmesiyle komanditerin olağanüstü denetleme hakkı kaldırılamaz ve kısıtlanamaz¹¹¹⁶.

¹¹¹⁵ Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, ss. 225-226; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 283.

¹¹¹⁶ Komanditer ortağın denetleme hakkına ilişkin olarak bkz. Şener, Ortaklıklar, ss. 276-277.

3.2.1.2.2.2. Adi Komandit Şirketlerde Ortakların Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Adi komandit şirketlerde komandite ortak yönünden sır saklama ve rekabet etmeme yükümlülüğü, kollektif şirket ortağıninkiyle aynıdır.

Komanditer ortak yönünden ise böyle bir rekabet etmeme yükümlülüğü söz konusu değildir. Ancak kanun koyucu TTK m. 311 hükmünde bir istisna düzenlemiştir. Buna göre, komanditer ortak her ne kadar rekabet etmeme yükümlülüğüne tâbi değilse de, şirketin işletme konusuna giren bir işletme açar veya böyle bir işletme açan kişiyle ortak olur ya da böyle bir şirkete ortak sıfatıyla katılırsa, şirketin defter ve belgelerini inceleme hakkını kaybeder. Burada şirketin türü yönünden herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bir başka deyişle, sınırsız sorumluluğun bulunmadığı bir sermaye şirketi ortaklığında da komanditer, defter ve belgeleri inceleme hakkını yitirecektir.

Kanun koyucunun sadece defter ve belgeleri inceleme hakkının yitirileceğini düzenlemiş olması karşısında, doktrinde Pulaşlı ve Çamoğlu, bu kısıtlamanın sadece olağan denetim yetkisine ilişkin olduğunu, olağanüstü denetim yetkisini etkilemediğini, ayrıca sadece defter ve belgelerden söz edildiği için komanditerin yıl sonunda ortaklık bilançosu ile kâr-zarar hesabını inceleme yetkisinin devam edeceğini, böylece sadece olağan denetim yetkisinin sınırlandırılmış olacağını ileri sürmüştür¹¹¹⁷. Doktrinde Şener tarafından, kaybedilen denetleme hakkının sadece olağan denetleme hakkı olduğu, olağanüstü denetleme hakkının varlığının aynen devam edeceği, olağanüstü denetleme hakkı kullanımı durumunda ise mahkemenin bizzat inceleme yerine bilirkişi vasıtasıyla inceleme kararı vermesinin, ortaklık sırlarının öğrenilmesini engelleme yönünden daha isabetli olacağı ifade edilmiştir¹¹¹⁸. Doktrinde Göksoy da, kanun koyucu tarafından yapılan bu düzenlemenin komanditere bir rekabet etmeme yükümlülüğü değil rekabet etmeme külfeti yüklediğini, bu külfete aykırı davranılması durumunda bir yaptırımın söz konusu olmadığını, sadece olağan denetleme hakkının yitirildiğini belirtmiştir¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, s. 265; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 293.

¹¹¹⁸ Şener, Ortaklıklar, ss. 276-277.

¹¹¹⁹ Göksoy, Rekabet Yasakları, ss. 638-639.

3.2.1.2.2.3. Değerlendirme

Kollektif şirket ortaklarının bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında elde ettiği bilgileri bilgi paylaşımına konu etmesi olasılığına ilişkin olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, komandite ortak bakımından da aynen geçerlidir.

Komanditer ortağın durumu ise daha farklıdır. Öncelikle, komanditer ortağın defter ve belgeleri inceleme hakkı komandite ortağa göre çok daha sınırlı olmasına karşın komanditer ortağın esas itibariyle bir rekabet etmeme yükümlülüğü yoktur. Ancak komanditer ortak, şirket ile rekabet edici bir faaliyete girdiğinde şirketin defter ve belgelerini inceleme hakkını kaybetmektedir. Böylece, rekabet halindeki bir komanditer ortağın, şirketten elde edeceği bilgileri bilgi değişimi faaliyetine konu etmesi imkânı tamamen ortadan kalkmıştır. Bu nedenle, komanditer ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında elde ettiği bilgiler yönünden rekabet hukukunu ilgilendirecek bir bilgi değişimi faaliyetinde bulunması söz konusu olamaz.

3.2.1.2.2.3. Anonim Şirketler Yönünden

3.2.1.2.2.3.1. Pay Sahipleri Yönünden

3.2.1.2.2.3.1.1. Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin sermaye koyma borcu dışında şirketin borçlarından dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Şirketin borçlarından dolayı sadece şirket tüzel kişiliğinin sorumlu olması ve pay sahiplerinin hiçbir sorumluluğu bulunmaması karşısında, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakları da sınırlıdır. Bunun yanında; pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı vazgeçilemez bir bireysel haktır^{1120 1121}.

¹¹²⁰ Reha Poroy ve diğerleri, **Ortaklıklar Hukuku II**, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, (Ortaklıklar II), s. 50; Sulu, s. 70; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, ss. 778-780; İsmail Kırcı ve diğerleri, **Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, (C:2), s. 39; Karahan (Ed.), s. 633; Gürbüz Usluel, s. 167.

¹¹²¹ Vazgeçilemez hak-müktesep hak ayrımı ve konu hakkında ayrıntılı tartışmalar için bkz. Kırcı ve diğerleri, C:2, ss. 21-43; Ünal Tekinalp, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi**

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı TTK m. 437 hükmünde düzenlenmiştir¹¹²². Buna göre; anonim şirket pay sahiplerinin bilgi alma hakkının ilk görünümü genel kurul toplantılarından en az on beş gün önce finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporları, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisinin şirket merkez ve şubelerinde pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulması olarak kendini gösterir. Finansal tablolar ve konsolide finansal tablolar bir yıl süreyle pay sahiplerine açık bulundurulmaktadır ve her pay sahibi gelir tablosuyla bilançodan suret alma hakkına sahiptir. Doktrinde bazı yazarlarca, bilgi alma hakkının bu görünümü “*pasif bilgi alma hakkı*” olarak nitelendirilmektedir¹¹²³.

Pay sahiplerinin bilgi alma hakkının ikinci görünümü, genel kurul toplantıları sırasında yönetim kurulundan ve denetçilerden bilgi alma hakkıdır. Her bir pay sahibi, gelen kurul toplantısı sırasında şirketin işleri hakkında yönetim kurulundan, şirketin denetimi hakkında ise denetçilerden bilgi talep edebilir. Bilgi alma hakkının bu görünümü ise doktrinde “*aktif bilgi alma hakkı*” olarak nitelendirilmektedir¹¹²⁴. Pay sahibinin talebi üzerine verilecek bilginin özenli ve gerçeğe uygun olarak verilmesi gerekir.

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin bilgi alma hakkının son derece sınırlı olduğu görülmektedir. Genel kurul sırasında bilgi alma hakkını kullanmak isteyen pay sahibinin bu talebi, istediği bilginin verilmesi halinde şirket sırlarının açıklanacağı¹¹²⁵ veya korunması gereken şirket menfaatlerinin¹¹²⁶ tehlikeye gireceği

Ortaklığının Esasları, Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Tek Kişi Ortaklığı), ss. 195-201.

¹¹²² Anonim şirketlerde pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, ss. 373-382; Ü. Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, ss. 215-223; Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar II, ss. 50-61; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 778-791; Şener, Ortaklıklar, ss. 492-497; Karahan (Ed.), ss. 633-635; Bahtiyar, s. 296; Demirkapı ve Bilgili, ss. 253-255.

¹¹²³ Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 374; Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar II, s. 52; Şener, Ortaklıklar, s. 493; Gürbüz Usluel, s. 165.

¹¹²⁴ Gürbüz Usluel, s. 166.

¹¹²⁵ Doktrinde “*şirket sırrı*” kavramı ile “*ticari sır*” kavramının aynı anlamda olduğu kabul edilmektedir (Gürbüz Usluel, ss. 51-54, 169).

Bir diğer görüş ise, “*şirket sırrı*” kavramının “*iş sırrı*” kavramına karşılık geldiği yönündedir. Bu görüşe göre iş sırrı, “*iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış, ancak işyerinde çalışan kişi veya kişilerce bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir.*” Bu görüşe göre, iş sırrı kavramı, ticari sır kavramından daha geniş olup ticari sır da kapsamaktadır (Bağrıaçık, ss. 43-44, 18-20).

Bir görüş ise; “*şirket sırrı*” kavramının, “*iş sırrı*” ve “*fabrika sırrı*” kavramlarının bir üst kavamı olduğunu ifade etmiştir (Rauf Karasu, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona

gerekçesiyle reddedilebilir¹¹²⁷. Son derece isabetli olarak; şirket sırları ve menfaatleri, ortaksal bir hak olan bilgi alma hakkına göre üstün tutulmuştur.

Pay sahiplerinin inceleme hakkı ise, pay sahiplerinin şirketin evraklarını ve ticari defterlerini incelemesi şeklinde ortaya çıkar. Ancak burada genel bir inceleme yetkisi değil, sadece pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlara ilişkin sınırlı bir yetki söz konusudur. Pay sahibi bu inceleme yetkisini ya yönetim kurulu izniyle ya da genel kurul sırasında talep etmesi halinde genel kurul kararıyla kullanabilir. Yönetim kurulu tarafından izin verilmesi ya da genel kurul tarafından talebin kabulüne karar verilmesi halinde pay sahibi, inceleme hakkını bizzat kullanabileceği

Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 20, 2004, (Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı), s. 23; Karasu, Limited Şirket Ortağının Rekabet Yasağı, s. 154).

Doktrinde, şirket sırrının; şirketin üretim sırları, mali sırları gibi iç işleyişinde ilgili kişilerin bildiği, ancak üçüncü kişilerce bilinmesi halinde şirkete zarar verecek olan bilgiler olarak tanımlanmıştır. Bunlara örnek olarak; şirketin üretimde kullandığı makinelerin yapılanmasına ilişkin planlar, kimyasal formüller, bilgisayar programları, şirketin borsa değerini etkileyebilecek bilgiler, şirketin devri veya birleşmesi ön görüşmeleri, bu amaçla birleşecek veya devralınacak şirkete ilişkin yapılan incelemelerde elde edilen bilgiler, finansal bilgiler, işletme çalışma esasları, devam eden sözleşme ilişkileri gösterilmiştir (Özge Ayan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 170).

Doktrinde Bağrıaçık, hükümde ifade edilen şirket sırrının, açıklanması ya da kullanılması halinde, anonim şirketin rekabet gücünü azaltmaya yönelik olarak şirkete zarar verecek olan bilgiler olduğunu belirtmiştir (Bağrıaçık, s. 123).

Ü. Tekinalp, şirket sırrının kanunda tanımlanmamış olmasının sebebinin, kavramın dondurulup gelişmelere kapatılması endişesi olduğunu belirtmiş; şirket sırrına ilişkin şu örneklerle değinmiştir: yatırım, alanı itibarıyla genişleme, rekabet ve hedef kitlelere yönelme, onları elde etme stratejisi, yeni ortaklık ve işbirliği olanaklarının araştırılması, işbirliği olanaklarıyla ilgili temasların sonuçlarının değerlendirilmesi, sağlanması düşünülen teknoloji ve fikri mülkiyet hakları, yeni ürünler, maliyet, fiyat gibi hususlar (Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 379; Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar II, s. 58; Şener, Ortaklıklar, s. 494).

¹¹²⁶ Doktrinde Ü. Tekinalp, şirket menfaati kavramının, şirket sırrı kavramından farklı olarak, somut olaylarla bağlantılı olduğunu ifade etmiştir. Yazar tarafından; ortaya çıkan kriz nedeniyle şirketin alacağı önlemler, sektöre ilişkin bir tebliğ veya RKKH kapsamında bir soruşturmaya karşı izlenecek yolların belirlenmesi, izlenecek politikalar gibi konuların şirket menfaati kapsamında olduğu belirtilmiştir (Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 379).

“Şirket menfaati” kavramı hakkında bkz. Uzunallı, İşletme Konusu, ss. 42-43; Ayan, ss. 47-55; İsmail Kırca ve diğerleri, **Anonim Şirketler Hukuku**, Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, (C:1), ss. 271-273.

¹¹²⁷ Doktrine göre burada göz önüne alınması gereken husus, şirket menfaati ve bu menfaatin somut bir şekilde zarara uğramasıdır. Yakın bir zarar tehlikesinin bulunması, bilgi alma talebinin reddi için yeterlidir (Sulu, s. 70; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 783).

Bilgi alma talebi, şirket sırrı ya da korunmaya değer şirket menfaati ile ilgiliyse ya da açıkça hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa, şirketin ekonomik ve hukuki yapısını etkileyecek bilgilere ilişkinse reddedilebilir. Menfaatin şirket için somut ve haklı bir temele dayanıyor olması gerekmektedir. Bilgi verilmesi halinde şirketin zarara uğrama ihtimali varsa bilgi alma talebi reddedilir. Tereddüt halinde talep reddedilmelidir. Şirketin tamamlanmamış bir girişimi, görüşmeleri devam eden projeleri, tamamlanmamış işlere ilişkin teknik programlar, stratejik planlar, ticari sır sayılan bilgi ve belgeler pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamı dışında tutulmalıdır (Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 785-786; Gürbüz Usluel, ss. 170-173).

gibi görevi nedeniyle sır saklama yükümlülüğü bulunan bir uzman aracılığıyla da kullanabilir.

Pay sahibinin gerek bilgi alma gerekse inceleme hakkını kullanma taleplerinin haksız olarak reddedilmesi veya cevapsız bırakılması hallerinde pay sahibinin mahkemeye başvurarak bu hakkının kullandırılmasına karar verilmesini talep edebilir. Mahkeme tarafından bu konuda verilecek olan karar kesindir.

Pay sahipleri bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olmasına rağmen, sorularına ilişkin tatminkâr bir cevap alamamışsa TTK m. 438 vd. hükümlerine göre özel denetçi talep edebilir. Özel denetçi talebinin ön şartı, daha önce bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olmasıdır. Bir başka deyişle; bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılmaksızın doğrudan özel denetçi tayini talebinde bulunulması mümkün değildir. Özel denetçi atanması talebi ancak genel kurul sırasında mümkündür. Gerek bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması gerekse özel denetçi atanması talepleri, gündeme bağlilik ilkesinin istisnası niteliğindedir. Özel denetçi atanmasını isteyen pay sahibinin genel bir denetim talep etmesi mümkün değildir. Pay sahibi ancak belirli ve somut konularda özel denetçi atanmasını isteyebilir. Pay sahibinin bu talebinin genel kurul tarafından kabul edilmesi halinde, şirket veya pay sahibi şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine otuz gün içinde başvurarak özel denetçi atanmasını isteyebilirler. Genel kurul tarafından pay sahibinin özel denetçi talebinin reddedilmesi halindeyse bireysel pay sahiplerinin buna karşı başvurabilecekleri bir yol bulunmamaktadır. Ancak azınlık pay sahipleri ile paylarının itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerinin üç ay içinde mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasını talep etme hakları mevcuttur. Mahkeme tarafları dinledikten sonra talebin reddi ya da kabulü yönünde bir karar verir. Mahkemenin talebin kabulüne karar vermesi için talep sahibinin, kurucuların ya da şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ederek şirketi ya da pay sahiplerini zarara uğrattıklarını inandırıcı şekilde ortaya koymaları gerekmektedir. Özel denetçi mutlaka tarafsız olmalıdır.

Mahkeme tarafından atanan özel denetçi ayrıntılı bir şekilde rapor hazırlayarak mahkemeye sunar. Mahkeme tarafından bu rapor şirkete tebliğ edilir. Şirket, raporun açıklanmasının şirket sırları ve şirketin korunmaya değer menfaatlerini tehlikeye sokması halinde mahkemeden raporun açıklanmamasını talep

eder. Mahkeme bu talep hakkında bir karar verir. Önemli bir denetleme aracı olan özel denetçi tayininde kanun koyucu, şirket sırlarının korunmasını göz ardı etmemiştir¹¹²⁸.

3.2.1.2.2.3.1.2. Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Kanun koyucu anonim şirket pay sahipleri yönünden sır saklama ve rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlememiştir. Anonim şirketlerde sadece yönetim kurulu üyeleri için bu yükümlükler getirilmiş, pay sahiplerine ise böyle bir yükümlülük yüklenmemiştir.

Anonim şirketlerde pay sahipleri yönünden rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemiş olması isabetlidir. Zira birçok anonim şirkette, özellikle de halka açık anonim şirketlerde çok sayıda ve çok küçük oranlarda payları bulunan pay sahipleri mevcuttur. Hatta pay sahipleri sadece bir şirkette değil, çok sayıda şirkette küçük oranlarda paylara sahiptir. Bu nedenle anonim şirketlerde pay sahiplerine rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi halinde anonim şirketlere katılım azalacak, özellikle halka arz edilen hisse senetlerine yönelik talep düşecektir.

Doktrinde bazı yazarlar her ne kadar TTK'da anonim şirket pay sahipleri yönünden getirilmiş bir sadakat borcu ve rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmasa dahi, adi ortaklığa ait genel hükümler kapsamında ve "*affectio societatis*" ilkesi çerçevesinde pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini, zira anonim şirketlerde de pay sahiplerinin ortak bir amaç için bir araya gelmiş olduğunu savunmaktadır¹¹²⁹. Ancak bizim de katıldığımız doktrinde baskın olan görüş, bunun mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre, kanun koyucu anonim şirketlerde pay sahiplerine bilinçli olarak bir rekabet etmeme yükümlülüğü

¹¹²⁸ Anonim şirketlerde özel denetçi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, ss. 382-383; Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar II, ss. 62-70; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 703-720; Şener, Ortaklıklar, ss. 497-504; Karahan (Ed.), ss. 635; Bahtiyar, ss. 263-265; Demirkapı ve Bilgili, ss. 255-256; Cafer Eminoğlu, **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, ss. 104-105; Nihan Değirmencioğlu Aydın, **Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015; Mehmet Özdamar, "Anonim Şirketlerde Özel Denetim", Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları (Ed. Erol Ulusoy), Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 45-74.

¹¹²⁹ Karahan (Ed.), s. 663; Rauf Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara, 2015, ss. 40-44.

getirmemiştir. Burada bir kanun boşluğu bulunmamaktadır ve bu nedenle adi ortaklığa ilişkin hükmün kıyasen anonim şirketler için uygulanması söz konusu olamaz¹¹³⁰.

Her ne kadar kanun koyucu anonim şirket pay sahipleri için rekabet etmeme ve sadakat yükümlülüğü öngörmemiş ise de bu yükümlülüklerin başka bir yolla getirilmesinin mümkün olup olmadığı konusu tartışılabilir. TTK m. 480/I'de emredici olarak düzenlenen “*tek borç ilkesi*” ve TTK m. 340 karşısında, esas sözleşmeye konacak bir hükümle pay sahiplerine bu yükümlülüklerin yüklenemeyeceği, rekabet etmeme ve sadakat yükümlülüğünün dönemsel edimler olmayıp süreklilik gerektiren niteliği karşısında bunların TTK m. 480/IV hükmüne göre tali yükümlülük olarak da öngörülemediği açıktır. Buna karşılık; bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğindeki pay sahipleri sözleşmesi yoluyla, pay sahipleri için sadakat ve rekabet etmeme yükümlülükleri yüklenebilir¹¹³¹.

3.2.1.2.2.3.2. Yönetim Kurulu Üyeleri Yönünden

3.2.1.2.2.3.2.1. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı TTK m. 392 hükmünde düzenlenmiştir. TTK m. 392/I hükmüne göre; her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirilmesi, üyeler tarafından incelenmesi, tartışılması, ilgili yönetici veya çalışandan bilgi alınması engellenemez.

TTK m. 392'de yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu başkanın bilgi alma ve inceleme hakkı ayrı ayrı düzenlenmiştir. TTK m. 392/II'de yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantısı sırasında bilgi alma ve inceleme hakkı düzenlenmişken; TTK m. 392/III hükmünde yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışı

¹¹³⁰ Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar II, ss. 97-100; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 809-812; Sulu, s. 72; Bahtiyar, s. 284; Göksoy, Rekabet Yasakları, ss. 647-648.

¹¹³¹ Göksoy, Rekabet Yasakları, ss. 649-654.

bilgi alma ve inceleme hakkı hükme bağlanmıştır. TTK m. 392/V hükmünde ise yönetim kurulu başkanının bilgi alma ve inceleme hakkına değinilmiştir.

Buna göre; yönetim kurulu üyeleri yönetim kurulu ve yönetimde görevli olan tüm kişiler yönetim kurulu toplantısı sırasında bilgi vermekle yükümlüdür. Üyelerden birinin bilgi istemesi halinde bu istem reddedilemez; üyelerin soruları cevapsız bırakılamaz. Bir başka deyişle; yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantısı sırasındaki bilgi alma ve inceleme hakkı sınırsızdır¹¹³². Tek istisna; hakkın kötüye kullanılmasıdır¹¹³³.

Yönetim kurulu toplantıları dışında yönetim kurulu üyesi şirket işleri ile ilgili bir konuda bilgi almak ve inceleme yapmak isterse, bu konuda yönetim kurulu başkanından izin almak zorundadır. Yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanının izniyle şirket işlerinin gidişi ve belirli münferit işler hakkında şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden bilgi alabilir. Ayrıca yönetim kurulu üyesi, eğer görevini yerine getirebilmesi için gerekliyse, şirket defter ve dosyalarını incelemeyi talep edebilir. Görüldüğü üzere; yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantısı dışındaki bilgi alma ve inceleme hakkı birtakım sınırlamalara tâbi tutulmuştur. Bunlardan ilki; yönetim kurulu başkanının iznidir. İnceleme hakkı ise başkanın izni yanında ayrıca “görevin yerine getirilmesi için gerekli olma” ölçütü ile sınırlandırılmıştır¹¹³⁴.

Yönetim kurulu toplantısı dışında bir üyenin bilgi alma ve/veya inceleme hakkını kullanma talebinin yönetim kurulu başkanı tarafından reddedilmesi halinde bu talep iki gün içinde yönetim kuruluna getirilmek zorundadır. Yönetim kurulu tarafından da talebin reddedilmesi halinde talepte bulunan üye, bu talebini mahkemeye taşıyabilir. Yönetim kurulu üyeleri, bilgi alma hakkı bakımından eşittir. Üyelerin bir kısmı için hakkın genişletilmesi, imtiyaz getirilmesi mümkün olmayıp bu yöndeki esas sözleşme hükümleri geçersizdir¹¹³⁵.

¹¹³² Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, ss. 271-272.

¹¹³³ Kırca ve diğerleri, C:1, s. 708.

¹¹³⁴ Doktrinde Çamoğlu, bu hükmün geniş yorumlanarak, “olası sorumluluklardan kurtulabilmek ve özen ve bağlılık yükümünü tam anlamıyla yerine getirebilmek açısından yararlı olduğu takdirde” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir (Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, s. 368). Kırca ve diğerleri, talep olunan bilginin, yönetim kurulu üyesinin yükümlülüklerini şirketin menfaatlerine uygun olarak yerine getirmesi amacına yönelik ve buna elverişli olması gerektiğini, bunun dışında bilgi alma hakkını engelleyecek şekilde çıtanın yükseltilmemesi gerektiğini ifade etmiştir (Kırca ve diğerleri, C:1, ss. 719-720).

¹¹³⁵ Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 271; Eminoğlu, s. 256.

Yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantıları dışındaki bilgi alma ve inceleme hakkı nasıl yönetim kurulu başkanının iznine tâbi tutulmuşsa; yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu toplantıları dışındaki bilgi alma ve inceleme hakkı da yönetim kurulunun iznine bağlanmıştır. Yönetim kurulu başkanı eğer yönetim kurulu toplantısı dışında bilgi almak ya da şirketin defter ve dosyalarını incelemek isterse yönetim kurulundan izin almak zorundadır. Yönetim kurulu tarafından talebin reddi halinde mahkemeye başvurulabilir.

Kanun koyucu m. 392 ile düzenlenen inceleme ve bilgi alma haklarının kısıtlanamayacağını; ancak genişletilebileceğini açıkça hükme bağlayarak bu hakları güvence altına almıştır. Hakların genişletilmesi esas sözleşmeyle yapılabileceği gibi yönetim kurulu kararı ile de mümkün olabilir¹¹³⁶.

3.2.1.2.2.3.2.2. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sır saklama yükümlülüğü konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık TTK m. 369 hükmünde yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin özen yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hükmün birinci fıkrasına göre; *“Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadır.”*

Kanun koyucunun hükmünde, *“tedbirli yönetici”* kavramına yer verdiği görülmektedir. Hükmün gerekçesine bakıldığında, *“basiretli işadamı”* yerine *“tedbirli yönetici”* kavramının özellikle tercih edildiği, *“basiretli işadamı”* ölçüsünün Yargıtay tarafından çok sert, hatta aşırı beklentilerle tanımlandığı, bu ölçünün yönetim kurulu üyeleri için kabul edilmesinin adaletsiz sonuçlar doğuracağı belirtildikten sonra *“tedbirli yönetici”* ölçütü açıklanmıştır¹¹³⁷. Buna göre; tedbirli yöneticinin özen yükümlülüğünün ölçüsü, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve

¹¹³⁶ Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 270; Şener, Ortaklıklar, ss. 394-395; Bahtiyar, s. 236; Eminoğlu, s. 256.

¹¹³⁷ Doktrinde Kırca ve diğerleri, *“basiret”* sözcüğünün *“tedbir”* sözcüğüne tercih edilmesinin daha uygun olduğunu savunmaktadır (Kırca ve diğerleri, C:1, ss. 658-659).

zararına olandan muhakkak kaçınmak değildir¹¹³⁸. Zira yönetim kurulu üyesinin, ekonomideki tüm krizleri, pazar koşullarındaki tüm değişiklikleri önceden öngörüp bunlardan kaçınması beklenemez. “*Tedbirli yönetici*” ölçütü, kurumsal yönetim ilkelerine göre “*işadamı kararı*” verilmesi¹¹³⁹, bu karardan dolayı bir risk doğması halinde sorumluluğun doğmaması esasına dayalıdır. Genel kabul gören kurallar çerçevesinde duruma uygun olarak araştırmalar yapılmış ve ilgililerden bilgi alınmış ve buna rağmen alınan karar sonucunda aksi yönde ortaya çıkan gelişmeler nedeniyle şirket zarara uğramışsa özensizlikten söz edilemez. Bir başka deyişle; alınan yatırım kararının sonucunun olumsuz olması yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olması sonucunu doğurmaz; ancak bu yatırım kararı alınmadan önce gerekli araştırmanın yapılmaması, olumsuz raporların dikkate alınmaması ya da uyarıları göz ardı etmiş olması gibi durumlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹¹⁴⁰. Sonuç olarak; yönetim kurulunun sorumluluğunun doğmaması için alınan kararların yeterli bilgiye dayalı olarak alınması, şirketin menfaatine olması ve makul ticari değerlendirmelere dayalı olması gerekmektedir¹¹⁴¹. Tedbirli yönetici, objektif olarak ideali temsil eden ölçü kişidir¹¹⁴². Tedbirli bir yöneticinin özeni belirlenirken, aynı türdeni işlerle uğraşan, aynı büyüklükteki bir şirkette görev yapan yöneticiler esas alınmalıdır^{1143, 1144}.

Hükmün gerekçesinde ayrıca bu hükmün, yönetim kurulu üyelerini şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına soktuğu belirtilmiştir. Gerekçe metninde mevcut hüküm, 6762 sayılı önceki TTK m. 320 ile kıyaslanmış ve önceki hükmün; sermaye ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özen konusunu ya tamamen tartışma dışı bıraktığı ya da dolaylı olarak güçlülükle kapsadığı, mevcut hükmün ise getirdiği “*tedbirli yönetici*” ölçütü ile tüm bunları içerdiği belirtilmiştir. Madde gerekçesindeki tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde TTK m. 369’da yönetim kurulu üyeleri ve

¹¹³⁸ Özen yükümlülüğünün ölçüsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 653-656.

¹¹³⁹ İşadamı Kararı İlkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sevgi Bozkurt Yaşar, **Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2015; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 644-652.

¹¹⁴⁰ Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 440; Kırca ve diğerleri., C:1, s. 660.

¹¹⁴¹ Uzunallı, İşletme Konusu, ss. 134-135.

¹¹⁴² Ü. Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığı, s. 158; Eminoğlu, s. 225.

¹¹⁴³ Kırca ve diğerleri., C:1, s. 657.

¹¹⁴⁴ Özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, ss. 62-76.

yöneticiler için getirilen özen yükümlülüğünün sır saklama yükümlülüğünü de kapsadığını söylemek mümkündür¹¹⁴⁵, ¹¹⁴⁶. Ayrıca yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir sözleşmesel ilişki bulunmaktadır. Bu ilişki duruma göre vekâlet sözleşmesi ya da hizmet sözleşmesi niteliğinde olabilir. Bu iki sözleşme türünde de sadakat yükümlülüğü önemli bir unsurdur. Sadakat yükümlülüğü; ortak amaca ulaşmak için fiilen gerekli çabanın gösterilmesini, ortak amaca ulaşmayı engelleyici her türlü davranıştan kaçınmayı ve ortak amaca uygun davranmayı, şirket menfaatlerine zarar verici her türlü eylemden kaçınarak çatışma halinde şirket menfaatlerinin şahsi menfaatlere üstün tutulmasını içeren geniş bir yükümlülüktür¹¹⁴⁷. Aradaki sözleşmesel ilişkinin niteliği vekâlet akdi de hizmet akdi de olsa, bu sözleşme ilişkisinin yönetim kurulu ve yöneticiler bakımından bir sır saklama yükümlülüğünü beraberinde getireceği açıktır. Bu nedenle TTK m. 369 hükmünün gerekçesinde açıklanan hususlar olmasa dahi salt yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler ile şirket arasındaki sözleşmesel ilişkinin niteliğinden, sır saklama yükümlülüğünün var olduğu sonucuna varılması mümkündür¹¹⁴⁸.

Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağı TTK m. 396'da düzenlenmiştir¹¹⁴⁹. Hükme göre; yönetim kurulu üyeleri, genel kuruldan izin almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari işleri kendisi veya başkası hesabına yapamaz; aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak giremez. Bu yasağın amacı, şirketi ve pay sahiplerini korumak¹¹⁵⁰; şirketteki konumları itibarıyla şirket sırları hakkında bilgi sahibi olan bu kişilerin, bu bilgileri ve sahip oldukları yetkileri kullanarak şirkete zarar vermelerini önlemektir¹¹⁵¹. Ancak genel kurul tarafından izin verilmesi halinde işbu rekabet yasağı kalkacaktır¹¹⁵².

¹¹⁴⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 658-659; Bozkurt Yaşar, s. 137; Ayan, ss. 167-168; Demirkapı ve Bilgili, s. 206; Karahan (Ed.), s. 419; Eminoğlu, s. 194; Bağrıaçık, ss. 118-120.

¹¹⁴⁶ Sır saklama yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, ss. 167-182.

¹¹⁴⁷ Karasu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı, s. 22.

¹¹⁴⁸ Poroy ve diğerleri., Ortaklıklar I, s. 382; Gürbüz Usluel, ss. 176-182.

¹¹⁴⁹ Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet yasağı konusunda bkz. Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, ss. 282-283; Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar I, ss. 373-376; Uzunallı, İşletme Konusu, ss. 83-88; Kırca ve diğerleri., C:1, ss. 687-701; Ayan, ss. 147-162; Bozkurt Yaşar, ss. 101-106; Karahan (Ed.), ss. 420-421.

¹¹⁵⁰ Uzunallı, İşletme Konusu, s. 25; Kırca ve diğerleri, C: 1, s. 689.

¹¹⁵¹ Karasu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı, s. 23.

¹¹⁵² Yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğünün ortaklık ana sözleşmesiyle kaldırılıp kaldırılamayacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde Şener, TTK m. 340 hükmüne göre, TTK'nın anonim şirkete ilişkin hükümlerinin emredici olduğunu, ancak açıkça izin verilen hallerde bu hükümlerden sapılabileceğini, ayrıca kanunda açıkça öngörülmemiş olsa dahi hakkaniyet ilkesi veya

Yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuyla ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, tazminat sorumluluğu vardır.

Kanun koyucu tarafından getirilmiş olan bu rekabet yasağının amacı, şirketteki konumu dolayısıyla şirketin sırlarına ve faaliyet alanına hâkim olan yönetim kurulu üyelerinin şirketi zarara uğratacak şekilde menfaat temin etmelerini önlemektir¹¹⁵³.

TTK'da her ne kadar yönetim kurulu üyelerinin üyelik sıfatı sona erdikten sonra bir rekabet yasağına tâbi tutulabilecekleri konusunda açık bir düzenleme bulunmasa da doktrinde, rekabet yasağına ilişkin hükmün emredici nitelik taşıması nedeniyle esas sözleşme ya da genel kurul kararıyla bu tür bir rekabet yasağının getirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵⁴.

3.2.1.2.2.3.3. Değerlendirme

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaması karşısında, bilgi alma ve inceleme hakkının son derece sınırlı olması isabetlidir. Zira anonim şirketlerde arzu edilen, şirketin varlığını ve devamını sürdürmesidir. Özellikle kurumsallaşma yönünden en elverişli şirket türü olan anonim şirketlerde şirketin ticari sırlarının korunması son derece önemlidir.

Yukarıda incelediğimiz bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında kanun koyucunun anonim şirketlerde şirket sırlarının ve menfaatlerinin korunmasına oldukça önem verdiği görülmektedir. Özellikle özel denetçi tayininde özel denetçi tarafından hazırlanan raporun açıklanması halinde şirket sırlarının ve menfaatlerinin tehlikeye girme olasılığı varsa, bu raporun açıklanmamasına mahkeme tarafından karar verilebilmektedir. Ayrıca pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı, soru ile ilgili açıklama yapılması halinde şirket sırlarının ve menfaatlerinin tehlikeye

menfaatler dengesi dikkate alınarak kanun hükmünden sapılması uygun görülebiliyorsa bu sapmanın mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Akabinde yazar; TTK m. 396 hükmüyle yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının genel kurul kararıyla kaldırılabilmesi belirtilmiş ve şirket esas sözleşmesiyle bir düzenleme yapılabileceği konusunda açık bir ifadeye yer verilmemiş ise de, hakkaniyet çerçevesinde, genel kurul kararıyla dahi kaldırılabilen bir yükümlülüğün şirket esas sözleşmesiyle kaldırılmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Şener, Ortaklıklar, ss. 297-300).

¹¹⁵³ Ayan, s. 149; Aşçıoğlu Öz, s. 30.

¹¹⁵⁴ Karasu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı, s. 25.

düşmesi olasılığının bulunması durumunda reddedilebilmektedir. Tüm bu düzenlemeler, anonim şirketlerde şirket menfaatlerinin ve sırlarının, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkına göre üstün tutulduğunu göstermektedir.

TTK hükümleriyle şirket sırlarının korunmasına yönelik olarak alınan bu önlemlere rağmen, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı sayesinde elde etmiş olduğu bilgileri bilgi değişimi faaliyetine konu etmesi mümkündür. Şirket yönetim kurulu ya da genel kurulunun pay sahibinin inceleme hakkını kullanmasında bir sakınca görmeyerek bu hakkı kullanmasına izin vermesi ya da özel denetçinin raporunun açıklanmaması yönünde talepte bulunulmasına rağmen mahkeme tarafından bu talebin haksız olarak reddedilmesi gibi hallerde pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında şirkete ait birtakım ticari sırları öğrenmeleri mümkün hale gelmektedir. Pay sahiplerinin rekabet etmeme yükümlülüklerinin bulunmaması, pay sahiplerinin şirket ile aynı alanda faaliyet gösteren başka şirketlerde ortak ya da yönetici olmasını veya kendi adına bir işletme işletmesini mümkün kılmaktadır. Bu durumda anonim şirket pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında şirketin akdetmiş olduğu önemli bir sözleşmenin içeriği ve koşulları, yıllık satış miktarları, müşterileri, gelecek yıla dönük yapılan yatırımları öğrenerek bu bilgiler doğrultusunda yöneticisi bulunduğu şirketin ya da sahibi olduğu işletmenin politikalarına yön vermesi mümkündür. Bu, anonim şirket ile uyumlu davranışlar içine girmek şeklinde olabileceği gibi; şirketin müşterilerini ele geçirmek, üretim teknolojilerini kopyalamak gibi şirketin menfaatlerine aykırı olarak birtakım politikalar benimsemek şeklinde de ortaya çıkabilir. Bilgi değişimine sebep olan pay sahibi, bilgi edindiği anonim şirkette çok küçük bir paya sahipse şirketin menfaatleri aleyhine hareket etmesi çok daha kolaydır. Zira pay sahibi pay oranı ne kadar küçük olursa olsun bilgi alma ve inceleme hakkına sahiptir ve pay sahibinin elde ettiği bilgileri anonim şirket aleyhine kullanması halinde şirket ortağı olması nedeniyle uğrayacağı zarar, elde edeceği menfaat yanında göze alınabilir nitelikte olabilecektir.

Pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmayı talep etmesi halinde, özellikle bu pay sahibinin şirketle rekabet halinde bulunan bir teşebbüste yönetici durumunda bulunması ya da yüksek oranda pay sahibi olması durumunda, yönetim kurulu ve genel kurul tarafından bu hakkın kullandırılması hususunun dikkatle

değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, talebin reddi halinde mahkemeye başvurulması durumunda mahkemenin de incelenmek istenen belgelerin ne olduğuna ve ticari sırların ifşası ihtimalinin bulunup bulunmadığına göre titizlikle karar vermesi oldukça önemlidir. Ancak bu titizlik, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının haksız olarak engellenmesi sonucunu doğurmamalıdır. Doktrinde, anonim şirket ile aynı alanda faaliyette bulunan pay sahipleri bakımından bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamı belirlenirken, şirket sırlarının geniş yorumlanması ve şirketin gizli alanının geniş tutulması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁵⁵.

Pay sahibinin şirkette yönetim görevi bulunmamakla birlikte yüksek oranda payı bulunabilir. Aynı pay sahibi, aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirketin yönetiminde görev almış olabilir. Bu durumda bu pay sahibinin, bilgi alma ve inceleme hakkı çerçevesinde elde ettiği bilgiler doğrultusunda diğer şirketin politikalarını belirlemesi ve uyumlu davranışlar gösterilmesini sağlaması mümkündür. Pay sahibi bu şekilde, özellikle bu iki şirketin pazar paylarının yüksek olması halinde piyasayı yönlendirici bir etki yaratabilir. Bilgi edinilen şirketin de bu durumdan menfaat elde etmesi halinde, şirketin yapılan bilgi değişiminin önüne geçmek yerine bunu teşvik etmesi mümkün olabilir. Bu durum, piyasadaki rekabet yönünden zamanla kartelleşmeye sebep olabilecek kadar ciddi sonuçlara neden olabilecektir.

Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler bakımından, genel kurul tarafından kaldırılmadıkça varolan rekabet yasağı nedeniyle böyle bir risk bulunmamaktadır. Ancak genel kurul kararıyla rekabet yasağının kaldırılması halinde yukarıda açıklanan rekabet riskleri ortaya çıkabilecektir. Özellikle az ortaklı anonim şirketlerde bu risk çok daha fazladır. Bu tür şirketlerde genel kurul kararıyla yönetim kurulunun rekabet yasağı kolaylıkla kaldırılabilir. Bu durumda rekabet yasağı kaldırılan yönetim kurulu üyesi, aynı konuda iştigal eden bir başka şirkette yönetici ya da sınırsız sorumlu ortak olabileceği gibi kendi adına bir işletme de açabilecektir. Bu durum, rakip durumdaki teşebbüsler arasında bilgi değişimini çok kolay bir hale getirecektir. Söz konusu bilgi değişimi yoluyla teşebbüsler, özellikle de ilgili pazardaki pazar payları yüksekse, uyumlu eylemler veya anlaşmalar yoluyla oligopol oluşturabilecekleri gibi birlikte hâkim duruma da gelebilirler.

¹¹⁵⁵ Sulu, s. 72.

Bir diğerk risk, yönetim kurulu üyesinin üyeliğı sırasında elde ettiğı şirkete ait sırları, yönetim kurulu üyeliğı sona erdikten sonra kullanabilecek olmasıdır. Zira yukarıda da ifade edildiğı gibi, yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğü, bu görevleri devam ettiğı süre için geçerli olup kanun koyucu tarafından, görevin sona ermesinden sonraki dönem için herhangi bir rekabet yasağı öngörülmemiştir. Bu durumda, görevi sırasında şirket sırlarını görevi dolayısıyla öğrenmiş olan yönetim kurulu üyesinin, öğrendiğı bu bilgileri, yönetim kurulu üyeliğı sona erdikten sonra ortağı ya da yöneticisi olduğı başka bir şirket ya da kendisine ait teşebbüs yararına kullanması mümkündür. Elde edilen bilgilerin bu tür bir kullanımı, bilgilerin ait olduğı anonim şirkete zarar vereceğı gibi; ayrıca bilgileri kullanan teşebbüsü ilgili pazarda faaliyet gösteren ve bu bilgilere sahip olmayan diğerk rakip teşebbüsler karşısında da avantajlı duruma getirerek aslında tüm rakip teşebbüslere zarar verecektir. Sonuç itibariyle ilgili pazarda rekabet, bilgileri kullanan teşebbüs lehine ve diğerk tüm rakiplerin, özellikle de bilgilerin sahibi olan teşebbüsün aleyhine olarak bozulacaktır¹¹⁵⁶. Rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldıracabilecek olan bu tehlikenin önlenmesi için, anonim şirket yönetim kurulu üyesine, bu görevi sona erdikten sonra bir süre daha rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TTK'da bu hususta bir hüküm bulunmamakta ise de TTK m. 396 hükmü emredici nitelik taşımadığından, TTK m. 340 karşısında, esas sözleşme ile bu yönde bir düzenleme yapılması mümkündür. Aynı şekilde; hakkaniyet çerçevesinde, genel kurul kararıyla da böyle bir yükümlülük getirilebilir.

Bu noktada önemli olan; yönetim kurulu üyelerine yüklenen ve bu sıfatları sona erdikten sonra da devam edecek olan rekabet etmeme yükümlülüğünün makul sınırları aşmamasıdır. Şöyle ki; getirilecek olan yükümlülüğün, yönetim kurulu üyelerinin ticari hayatlarını neredeyse sonlandıracak kadar geniş kapsamlı ve uzun süreli olmaması gerekmektedir.

Öncelikle bu rekabet yasağının konu itibariyle sınırı önemlidir. Konu itibariyle getirilecek olan sınırlamanın, şirketin faaliyet alanıyla sınırlı olması ve eğer

¹¹⁵⁶ Karasu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı, ss. 24-25, 28-29; Rauf Karasu, "Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme ile Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı", **BATİDER**, Cilt: 22, Sayı: 4, 2004, (Şirketten Ayrılan Ortakların Rekabet Yasağı), ss. 87-88.

şirketin fiili iştiğal alanı, esas sözleşmede belirtilenden daha dar ise sadece fiili iştiğal alanı ile sınırlı olması gerekmektedir¹¹⁵⁷.

Ayrıca sınırlama yer itibariyle, şirketin faaliyet gösterdiği bölgeyi aşmamalıdır¹¹⁵⁸. Doktrinde ayrıca, şirketin potansiyel faaliyet sahası ve müşteri çevresinin de rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁵⁹.

Rekabet yasağı için getirilecek sürenin makul olup olmadığı, somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken kriter, yönetim kurulu üyesinin elde ettiği bilgileri ne kadar süre boyunca ilgili pazardaki rekabeti bozmaya yönelik olarak kullanabileceğidir. Daha önce de açıklandığı üzere; tarihi nitelikteki bilgilerin paylaşımı genellikle bilgi artık güncelliğini kaybettiğinden ve rekabete zarar verme olasılığı kalmadığından rekabete aykırı olarak değerlendirilmemektedir. Bu noktada, elde edilen bilginin gerek niteliği gerekse pazar koşulları birlikte değerlendirildiğinde ne zaman tarihi bilgi olarak kabul edileceği önem arz etmektedir. Bilginin içeriği ve pazarın yapısı kapsamında bazı durumlar bu süre bir yıl iken bazı durumlarda üç yıl, beş yıl gibi süreler için bilgi güncelliğini ve rekabete hassasiyetini koruyabilecektir¹¹⁶⁰.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için görevlerinin sona ermesinden sonra bir süre daha devam edecek bir rekabet yasağı getirilmesi, elde edilen bilgilerin rekabete aykırı bir şekilde kullanılmasının önüne geçilmesi için önemlidir. Ancak bu yapılırken RKHK m. 4 hükmüne aykırı bir rekabet yasağı getirilmemesi, makul sınırların aşılması ve dengenin korunması son derece elzemdir.

¹¹⁵⁷ Göksoy, Rekabet Yasakları, ss. 660-666; Karasu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı, s. 30; Karasu, Limited Şirket Ortağının Rekabet Yasağı, ss. 164-165; Karasu, Şirketten Ayrılan Ortakların Rekabet Yasağı, ss. 88-89.

¹¹⁵⁸ Karasu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı, s. 31.

¹¹⁵⁹ Göksoy, Rekabet Yasakları, s. 666.

¹¹⁶⁰ Doktrinde Karasu; rekabet etmeme yükümlülüğünün, yönetim kurulu üyeliği sona erdikten sonra beş yıl süreyle getirilemeyeceğini, zira edinilen şirket bilgilerinin bir süre sonra güncelliğini kaybedeceğini ifade etmiştir (Karasu, Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı, ss. 29-30; Karasu, Şirketten Ayrılan Ortakların Rekabet Yasağı, s. 88).

Bilginin güncelliğini koruyup korumadığı temel kriter olmakla birlikte bu konuda kesin bir süre sınırı koymak kanaatimizce mümkün değildir. Bu sürenin ne kadar olduğu somut durum karşısında, bilginin niteliği ve içeriği ile birlikte teşebbüse ve ilgili pazara ait diğer tüm koşullarla birlikte değerlendirilerek tespit edilmelidir.

3.2.1.2.2.4. Limited Şirketler Yönünden

3.2.1.2.2.4.1. Ortaklar Yönünden

3.2.1.2.2.4.1.1. Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

Limited şirketler sermaye şirketleri olmalarına rağmen şahıs şirketlerine yakın özellikler gösterir. Ortaklık sözleşmesiyle öngörülmüş ek ödeme yükümlülüğü veya yan edim yükümlülüğü bulunmadıkça, limited şirket ortaklarının taahhüt ettiği sermaye koyma borcu dışında başka bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bir başka deyişle; limited şirketlerin borçlarından dolayı şirket tüzel kişiliği tek başına sorumludur ve ortaklar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)¹¹⁶¹ m. 35 hükmü hariç olmak üzere, bu borçlardan dolayı sorumlu tutulamaz.

Limited şirket ortaklarının bilgi alma ve inceleme hakkı TTK m. 614'de düzenlenmiştir. Buna göre; her ortak, müdürden şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermesini isteyebilir. Ayrıca her ortak belirli konularda inceleme de yapabilir. Öncelikle limited şirketlerde anonim şirketlerden farklı olarak bilgi alma hakkı bakımından bir zaman sınırlaması getirilmemiş olduğu görülmektedir. Limited şirket ortağı bilgi alma hakkını kullanmak için genel kurul toplantısını beklemek zorunda değildir. İnceleme hakkı yönünden ise, ortaklar genel bir inceleme hakkına sahip olmayıp sadece belirli konularda inceleme yapabileceklerdir¹¹⁶².

TTK m. 614/II'ye göre, müdürler, ortağın, inceleme hakkı kapsamında elde edeceği bilgileri şirketin aleyhine olarak kullanma tehlikesi varsa, ortağın bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmasını engelleyebilirler. Bu durumda ortağın talebine ilişkin olarak genel kurul tarafından bir karar verilir. Hükmün üçüncü fıkrasında, genel kurulun bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellemesi halinde ortağın mahkemedен talepte bulunabileceği düzenlenmiştir¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ 28.07.1953 tarih ve 8469 sayılı RG.

¹¹⁶² Limited şirket ortaklarının bilgi alma ve inceleme hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, Limited Ortaklıklar, ss. 504-516.

¹¹⁶³ Limited şirket ortaklarının bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, Ortaklıklar, ss. 675-682.

Hükümden çıkan genel sonuç, limited şirket ortaklarının bilgi alma ve inceleme haklarının anonim şirket pay sahiplerine göre daha geniş olduğu; ancak bu hakların kullanımının şirket sırları ve menfaatleri çerçevesinde engellenebileceğidir. Bir başka deyişle; şirket sırları, ortağın bilgi alma ve inceleme hakkı karşısında feda edilemez.

TTK m. 635 hükmüne göre, anonim şirketlerde özel denetçi atanmasına ilişkin hükümler limited şirketler bakımından da aynen uygulanmaktadır.

3.2.1.2.2.4.1.2. Limited Şirket Ortaklarının Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

TTK m. 613 hükmünde limited şirket ortakları yönünden sır saklama yükümlülüğü ve bağlılık yükümlülüğü düzenlenmiştir¹¹⁶⁴.

TTK m. 613/I'e göre limited şirket ortakları, şirket sırlarını korumakla yükümlüdür ve bu yükümlülük kaldırılamaz.

TTK m. 613/II'de ise limited şirket ortaklarının bağlılık yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre; limited şirket ortakları, şirketin çıkarlarını zedeleyecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar¹¹⁶⁵.

Kanun koyucu limited şirket ortaklarının bağlılık yükümlülüğünü düzenledikten sonra aynı fıkarda, limited şirket ortaklarının rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmadığını belirtmiştir. Limited şirket ortaklarının kanundan doğan bir rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmamasına rağmen kanun koyucu, şirket sözleşmesiyle böyle bir yükümlülüğün getirilebileceğini hükme bağlamıştır¹¹⁶⁶.

Kanun koyucu tarafından ortakların bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağına ilişkin yapılan bu düzenlemelerden sonra TTK m. 613/IV hükmünde, geri kalan tüm ortakların yazılı onay vermeleri halinde, ortakların bağlılık yükümlülüğüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunabilecekleri, esas

¹¹⁶⁴ Limited şirket ortaklarının sadakat yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, Limited Ortaklıklar, ss. 460-479.

¹¹⁶⁵ Doktrinde bu bağlılık yükümlülüğünün sadece şirkete karşı değil, aynı zamanda diğer ortaklara karşı da geçerli olduğu, dayanağının ise TMK m. 2 hükmü olduğu ifade edilmiştir (Şener, Ortaklıklar, ss. 669-670; Şener, Limited Ortaklıklar, ss. 462-463).

¹¹⁶⁶ Limited şirket ortaklarının rekabet yasağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, Limited Ortaklıklar, ss. 479-490.

sözleşmeyle bu onay yerine genel kurul kararının gerektiğinin düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bu fıkradaki düzenlemenin maddenin geneliyle çok uyumlu olmadığını söyleyebiliriz. Öncelikle şirketin çıkarlarını zedeleyecek davranışlarda bulunmaktan kaçınmaya yönelik olan bağlılık yükümlülüğünün tüm ortakların onayı ile kaldırılabilir olması eleştiriye son derece açık bir hükümdür. Bu hükmü, sadece münferit işlemler için diğer ortakların onayı ile bağlılık yükümlülüğünün kaldırılabilir olduğu şeklinde yorumlamak daha isabetli olacaktır¹¹⁶⁷. Bunun yanında kanundan kaynaklanan bir rekabet yasağı getirilmemiş olmasına ve bunun şirket sözleşmesiyle düzenlenmesi mümkün kılınmasına rağmen, bu rekabet yasağının ne şekilde kaldırılacağına düzenlenmiş olmasının çok doğru bir teknik olduğunu söylemek güçtür. Zira zaten düzenlenmesi kurucu ortakların iradesine bırakılmış olan bir müessesenin ne şekilde kaldırılabilirliğinin de şirket sözleşmesiyle düzenlenecek olması gayet doğaldır. Son fıkradaki bu düzenlemenin gerekçesinin madde gerekçesi içinde yer almıyor olması, bu fıkranın sonradan eklendiği izlenimini uyandırmaktadır.

3.2.1.2.2.4.2. Müdürler Yönünden

3.2.1.2.2.4.2.1. Limited Şirketlerde Müdürlerin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

TTK m. 644/I-c hükmünde limited şirket müdürlerinin bilgi alma haklarına kıyas yoluyla TTK m. 392 hükmünün uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve başkanının bilgi alma ve

¹¹⁶⁷ Doktrinde Demirkapı ve Bilgili de, TTK m. 613/I ile 613/IV hükmünü birlikte yorumlayarak bir değerlendirme yapmışlardır. Yazarlar, TTK m. 613/I hükmü nazara alındığında, limited şirket ortakları yönünden bağlılık yükümlülüğünün genel bir düzenlemeyle şirket sözleşmesi ya da genel kurul kararıyla tümden kaldırılmasının mümkün olmadığını, 613/IV hükmünün uygulanmasının ancak izin verilen faaliyetlerin açıkça ortaya konması ve kapsamının belirtilmesi şartıyla ve ağırlaştırılmış nisapla alınacak genel kurul kararıyla mümkün olduğunu ifade etmişlerdir (Demirkapı ve Bilgili, s. 391).

Doktrinde Şener aynı şekilde, genel olarak bağlılık yükümlülüğünden kurtulmanın olanaklı olmadığını, bunun olaylara özgü ve istisnai şekilde mümkün olabileceğini; bir başka deyişle, belirli bir tarihe kadar (zaman bakımından), belirli bir coğrafi alan içinde (yer bakımından) ya da belirli işlerle (objektif bakımından) sınırlı olarak bağlılık yükümlülüğünün kaldırılabilirliğini ifade etmiştir (Şener, Limited Ortaklıklar, s. 473).

Bağrıaçık da bağlılık yükümlülüğünü tümden kaldıran sözleşme hükümleri ve kararların geçersiz olduğunu belirtmiştir (Bağrıaçık, s. 129).

inceleme hakkı kapsamında yapmış olduğumuz tüm açıklamalar, limited şirket müdürleri yönünden de aynen geçerlidir.

3.2.1.2.2.4.2.2. Limited Şirketlerde Müdürlerin Sır Saklama ve Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

TTK m. 626/I hükmünde limited şirket müdürleri ile yönetimle görevli kişilerin, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde gözetmekle yükümlü oldukları ifade edilerek özen borcu düzenlenmiştir.

Hükmün gerekçesinde, “özen” ve “şirket menfaatlerinin gözetilmesi” kavramlarının birbirinden ayrıldığı belirtilmiştir. Gerekçeye göre; özen, iş ve işlemlerde gösterilmesi gereken dikkat, ciddiyet ve bilimselliği ifade etmektedir. “Şirket menfaati” ise, şirketin menfaatlerinin kişisel menfaatler veya başka menfaatlere feda edilmemesi anlamına gelmektedir. Kanun koyucu gerekçede, şirket menfaatlerinin gözetilmesinin müdürlük görevinin yapılışına ilişkin olduğunu, bağlılık yükümü içinde değerlendirilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Limited şirket müdürlerinin özen yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken anonim şirket yönetim kurulunun özen yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 369 hükmünün göz önüne alınması ve bu doğrultuda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir¹¹⁶⁸.

TTK m. 626/II hükmüyle, limited şirket müdürlerinin rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunduğu düzenlenmiştir¹¹⁶⁹. Hükme göre; şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmadıkça veya tüm ortaklar yazılı olarak izin vermedikçe, müdürlerin şirketle rekabet oluşturma bir faaliyette bulunmaları mümkün değildir. Ancak kanun koyucu rekabet etmeme yükümlülüğünün sınırlarını ve kapsamını düzenlememiştir. Bu nedenle doktrinde TTK m. 396 çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁷⁰. TTK m. 644’de atıf yapılan hükümler arasında TTK m. 396’nın yer almaması karşısında TTK m. 396 hükmünün limited şirketler yönünden mutlak olarak uygulanacağının kabulü

¹¹⁶⁸ Poroy vd, Ortaklıklar II, ss. 508-509; Şener, Limited Ortaklıklar, s. 754.

¹¹⁶⁹ Limited şirket müdürlerinin rekabet etmeme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, Limited Ortaklıklar, ss. 757-770.

¹¹⁷⁰ Poroy vd, Ortaklıklar II, s. 509; Şener, Limited Ortaklıklar, s. 761.

mümkün olmaz. Ancak şirket türleri arasındaki benzerlik ve birçok hükmün her iki şirket yönünden ortak olarak uygulanabilirliği karşısında, limited şirket müdürlerinin rekabet yasağının kapsamı belirlenirken TTK m. 396 hükmü kıyasen uygulanabilir¹¹⁷¹. Ancak TTK m. 396’da sayılmayan bir hâlin de limited şirket müdürü yönünden rekabet yasağına aykırılık oluşturması, TTK m. 626/II hükmü karşısında mümkündür. Kısaca; TTK m. 396, TTK m. 626/II’nin kapsamı bakımından kıyasen uygulanmalı, ancak sınırlayıcı olarak kabul edilmemelidir. Hükmün gerekçesinde, ETTK’dan farklı olarak rekabet yasağına aykırılığın kazuistik bir yöntemle düzenlenmediği, mevcut haliyle yasağın, eski metinde öngörülen halleri¹¹⁷² ve gereğinde bunlar dışında kalan diğer rekabet faaliyetlerini de kapsadığı belirtilmiştir. Diğer rekabet hallerine örnek olarak, “*dolaylı ve gereğinde etkisi duyulan komşu alan rekabeti*” ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede yer alan bu ifadenin ne anlama geldiği açık olmadığı gibi, rekabet yasağının kapsamını sınırları belirsiz bir şekilde genişletme riski içermektedir.

Maddenin devamında, müdürlerin rekabet etmeme yükümlülüğünü kaldırmanın bir yolu daha düzenlenmiştir. Buna göre; müdürlerin rekabet etmeme yükümlülüğünü kaldırma yetkisi, şirket sözleşmesiyle ortaklar genel kuruluna verilebilir.

TTK m. 626/III hükmünde ise müdürlerin ortaklar için öngörülmüş bulunan bağlılık borcuna tâbi oldukları hükme bağlanmıştır. Bağlılık borcunun bir uzantısı olarak müdürlerin sır saklama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilecektir¹¹⁷³. Bu durumda TTK m. 613/IV hükmündeki, bağlılık yükümlülüğünün kaldırılabilmesi durumu müdürler için de geçerli kabul edilecek midir? Doktrinde Pulaşlı ve Şener, bu hükmün hem ortakları hem de yöneticileri kapsadığını savunmaktadır¹¹⁷⁴. Müdürler ile limited şirket arasında, tıpkı anonim şirket ve yönetim kurulu arasında olduğu gibi sözleşmesel bir bağ bulunmaktadır. Bu sözleşmesel ilişkinin vekâlet akdi ya da hizmet akdi olarak ortaya çıkması sebebiyle, müdürlerin bu sözleşmeden

¹¹⁷¹ Doktrinde Şener, TTK m. 396/I hükmünün, TTK m. 626/II yönünden kıyasen uygulanmasının yerinde olacağını belirtmiştir (Şener, Limited Ortaklıklar, s. 761).

¹¹⁷² ETTK m. 547’de rekabet yasağı şu şekilde düzenlenmiş idi: “*Müdür olan bir ortak, diğer ortakların muvafakati olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında ne kendi ne de başkası hesabına iş göremeyeceği gibi başka bir işletmeye mesuliyeti tahdid edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limited şirketin azası sıfatıyla iştirak dahi edemez. Bu yasak, mukaveleye konacak hükümle bütün ortaklara teşmil edilebilir.*”

¹¹⁷³ Poroy vd, Ortaklıklar II, s. 508.

¹¹⁷⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 1076; Şener, Limited Ortaklıklar, s. 757.

kaynaklanan bağıllık ve sır saklama yükümlülüğü mevcuttur. Bu kapsamda değerlendirildiğinde; limited şirket müdürleri yönünden bağıllık yükümlülüğünün kaldırılmasının, şirket ile müdürler arasındaki sözleşmesel ilişkinin niteliği ile bağdaşmadığı sonucuna varılması mümkündür. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, burada bağıllık yükümlülüğünün genel olarak tümünden kaldırılması mümkün olmayıp ancak belirli ve somut durumlara özgü olarak ya da yer ve/veya zaman bakımından sınırlı olarak kaldırılması söz konusu olabildiğinden ve bu sınırlı kaldırmanın da ancak tüm ortakların yazılı onayı ya da ortaklar genel kurulunca ağırlaştırılmış nisapla alınacak bir kararla mümkün olabilmesi karşısında, TTK m 613/IV hükmünün müdürler yönünden de uygulanabilmesinde sakınca olmadığı kabul edilebilir.

3.2.1.2.2.4.3. Değerlendirme

Limited şirket ortaklarına bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmış; ancak rekabet yasağı getirilmemiştir. Bu durumdan doğabilecek bilgi paylaşımı risklerine karşı, limited şirket ortaklarına sır saklama ve bağıllık yükümlülüğü getirilmiştir. Bir başka deyişle; şirket sözleşmesiyle getirilmiş bir rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmadığı takdirde, limited şirket ortağı bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında şirket sırlarını öğrense dahi bu sırları saklamakla yükümlü olduğundan, şirketle rekabet halinde olsa bile bu sırları kullanamayacaktır¹¹⁷⁵. Ayrıca limited şirket ortağı, şirketle rekabet halinde olsa dahi şirket menfaatlerini zedeleyici davranışlarda bulunamayacağından, şirketten bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında elde ettiği bilgileri, şirket aleyhine kullanamayacaktır. Sır saklama ve bağıllık yükümlülüğüne aykırılık halinde ortak, haklı sebeple şirketten çıkarılabilir.

Şirket sırlarının saklanması yükümlülüğünden ne anlaşıldığı, üzerinde durulması gereken bir konudur. Limited şirket ortağı bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında edindiği şirket sırlarını başkalarına açıklamayarak sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Ancak ortak, edindiği bu bilgileri açıklamamakla birlikte bizzat kendisi kullanırsa sır saklama yükümlülüğünü ihlâl

¹¹⁷⁵ Doktrinde Şener, ortakların sır saklama yükümlülüğünün, bilgi alma ve inceleme hakkının karşı yönünü oluşturduğunu, bunun sonucunda şirketin, kendisine ait gizli bilgilerin açıklanmasına karşı korunmuş olduğunu belirtmiştir (Şener, Limited Ortaklıklar, s. 476).

etmiş olacak mıdır? Bunu bir örnekle açıklayalım. Örneğin limited şirket ortağı, bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında şirketin gelecek yıla ait uygulamayı planladığı fiyatları öğrenmiştir. Bu ortak aynı zamanda aynı sektörde faaliyet gösteren bir işletmenin sahibidir. Bilgi edinilen şirketten öğrenmiş olduğu bu bilgi kapsamında kendi işletmesinin gelecek yıla ait fiyatlarını aynı doğrultuda belirlemiştir. Örnekte limited şirket pay sahibi, şirketin gelecek fiyat uygulamalarına ait bilgiyi üçüncü kişilerle paylaşmamıştır. Ancak bu bilgiyi bizzat kendisi kullanarak fiyat tespiti yönünde uyumlu bir eylem içine girmiştir. Burada şirket ortağının bu eylemi, sır saklama yükümlülüğünün ya da bağlılık yükümlülüğünün ihlâli niteliğinde olmayabilir. Zira fiyat tespiti eylemi, bilgi edinilen şirkete her zaman zarar verici bir eylem değildir. Bilgiyi kullanarak kendi işletmesine ait fiyatları belirtleyen ortak, bu bilgi olmasaydı daha düşük bir fiyat belirleyecekken, edindiği bilgi nedeniyle fiyatları uyumlu hale getirmek amacıyla fiyatlarını yükseltmiş ise, bu durumda bilgileri kullanılan şirket için aleyhe bir durum oluşmaz. Şirket sözleşmesiyle rekabet yasağı da getirilmemiş olduğundan bu ihtimalde şirket ortağının şirketler hukuku kapsamında karşılaşıcağı bir yaptırım mevcut değildir. Buna karşılık, şirket ortağının bu eylemi rekabet hukuku yönünden geleceğe dönük bilgi paylaşımı ve fiyat tespiti niteliğinde olup per se yasak bir eylemdir. Eylemi gerçekleştiren bizzat işletme sahibi olan pay sahibi olduğundan bu eylemden dolayı uygulanacak yaptırımın da bu teşebbüsün tek sahibi olan pay sahibine ya da bu pay sahibi bir şahıs ya da sermaye şirketinde yönetici sıfatında ise hem bu pay sahibine hem de ilgili şirkete uygulanması gerekir. Buna karşılık; bilgi edinilen şirket, yapılan bu fiyat belirleyici uyumlu eylem hakkında bilgi sahibiyse ve aynı yönde eylemlerin devamı amacıyla pay sahibiyle düzenli olarak fiyat bilgilerini paylaşmaktaysa bu durumda her iki tarafın da rekabet mevzuatı çerçevesinde yaptırıma tâbi tutulması gerekmektedir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri konusunda yapmış olduğumuz değerlendirmeler, limited şirket müdürleri için de geçerlidir.

3.2.1.3. Sermaye Şirketlerinde İnternet Sitesi Açma Zorunluluğundan Doğan Bilgi Değişimi

3.2.1.3.1. Sermaye Şirketlerinde İnternet Sitesi Açma Zorunluluğu

Sermaye şirketleri yönünden internet sitesi açma zorunluluğu 6102 sayılı TTK ile başlamıştır. 6102 sayılı TTK'nın yasalaşan ilk halinde, sermaye şirketlerinin internet sitesi açma zorunluluğu son derece kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş ve her sermaye şirketinin bu kapsamda internet sitesi bulunması zorunlu kılınmıştır. TTK m. 1524 hükmünün bahsi geçen ilk halinde her sermaye şirketinin internet sitesinde bulunması gereken bilgi ve belgeler şu şekilde sayılmıştır: Kanunen yapılması gereken ilânların yanında ayrıca pay sahiplerinin menfaatlerini koruyabilmeleri ve haklarını bilinçli kullanabilmeleri için görmeleri ve bilmeleri yararlı olan bilgiler, yönetim kurulu ve müdürler tarafından alınan rüçhan, değiştirme, alım, önerilme, değişim oranı, ayrılma karşılığı gibi haklara ilişkin kararlar, bunlarla ilgili bedellerin nasıl belirlendiğini gösteren hesap dökümü, değerlendirme raporları, kurucular beyanı, payların halka arz edilmesine dair taahhütler, bunlara ait teminatlar ve garantiler, iflasın ertelenmesine veya benzer konulara ilişkin karar metinleri, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hakkındaki genel kurul ve yönetim kurulu kararları, bu işlemle ilgili belgeler, ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi halinde ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler, sermaye arttırımı ve azaltılması da dâhil esas sözleşme değişikliklerine dair belgeler, kararlar, imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar, genel kurullara ait olanlar dâhil her türlü çağrılara ait belgeler, raporlar, yönetim kurulu açıklamaları, şeffaflık ve bilgi toplumu açısından açıklanması zorunlu bilgiler, bilgi alma kapsamında sorulan sorular, bunlara verilen cevaplar, finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, bunların dipnotları ve ekleri, yönetim kurulunun yıllık raporu, kurumsal yönetim ilkelerine ne ölçüde uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklaması, yönetim kurulu başkan ve üyeleriyle yöneticilere ödenen her türlü paralar, temsil ve seyahat giderleri, tazminatlar, sigortalar ve benzeri ödemeler, denetçi, özel denetçi, işlem

denetçisi raporları, yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri, pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin belgeler¹¹⁷⁶.

Kanun koyucu tarafından getirilen bu yükümlülük, iş dünyası tarafından çok ciddi şekilde eleştirilmiş ve bu hükümle, tabiri caizse şirketlerin yatak odalarına girildiği ve şirketlerin hiçbir sırrının kalmayacağı belirtilmiştir. Bu yoğun eleştirilerden sonra hüküm, daha uygulanmaya başlanmadan 26.06.2012 tarihli 6335 sayılı yasayla değiştirilmiştir. TTK m. 1524 hükmünün değişiklikten sonraki yeni içeriğine göre öncelikle internet sitesi açma zorunluluğu tüm sermaye şirketleri yerine sadece TTK m. 397/IV hükmünce bağımsız denetime tâbi olan şirketlere yüklenmiştir. Ayrıca hükmün içeriğine getirilen sadeleştirme ile internet sitesinde yayınlanması zorunlu olan bilgi ve belgelerin kapsamı oldukça daraltılmıştır. Buna göre; kanunen ilân edilmesi gereken belgeler ayrıca internet sitesinde de ilân edilmek zorundadır. Aksi halde; kararların iptal edilmesi ve yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

TTK m. 1524'e göre internet sitesinde ilân edilmesi gereken hususlar sadece kanunen ilân edilmesi gereken belgelerdir. Bir başka deyişle; bağımsız denetime tâbi olan şirketlerce Ticaret Sicil Gazetesi'nde yapılan ilânların buna ek olarak internet sitesinde de yapılması gerekmektedir. Ancak TTK m. 149/I hükmü, bu genel kuraldan ayrılmıştır. Şirket birleşmelerinde inceleme hakkını düzenleyen TTK m. 149/I hükmüyle; birleşme sözleşmesinin, birleşme raporunun ve son üç yıla ait finansal tablolar ile yıllık faaliyet raporlarının ve gerekirse ara bilançoların, ortakların, intifa senedi sahiplerinin, şirket tarafından ihraç edilmiş olan menkul kıymetlerin hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunulması yükümlülüğü getirilmiştir. Fıkranın son cümlesinde ise, bunların ilgili sermaye şirketlerinin internet sitesinde de yayınlanacağı ifade edilmiştir. Aslında sadece hükümde sayılan ilgililer yönünden bir menfaat sağlayan inceleme hakkı, son cümleyle bu sınırı aşarak herkese sağlanmıştır. Şirket bölünmelerinde inceleme hakkını benzer şekilde düzenleyen TTK m. 171 hükmünde ise böyle bir internet sitesinde ilân yükümlülüğü bulunmamaktadır. TTK m. 171/IV hükmünde isabetli olarak sadece inceleme haklarına ilişkin bir ilânın yapılması zorunluluğuna işaret edilmiştir. İki hüküm arasındaki bu farklılığın, Sermaye Şirketlerinin Açacakları

¹¹⁷⁶ 6102 sayılı TTK m. 1524 hükmünün ilk haline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, "Erişim Hakkı", **BATİDER**, Cilt: 23, Sayı: 4, 2006, ss. 5-12.

İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik¹¹⁷⁷ hükümleri incelendiğinde, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak gerçekleştirilmediği düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Zira her ne kadar kanun koyucu bu ayrıntılı ilân yükümlülüğünü sadece birleşme işlemleri için düzenlemiş olsa da, söz konusu Yönetmelik m. 6 hükmü incelendiğinde aynı ilân yükümlülüğünün bölünme işlemi için de getirildiği görülmektedir.

İnternet sitesi açma zorunluluğu olan şirketlerin açıkları bu internet siteleri TTK m. 1524/III gereğince herkesin erişimine açık olmak zorundadır. İnternet sitesine erişim çeşitli yollarla sınırlandırılmaz.

3.2.1.3.2. Bilgi Değişimi Yönünden Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirme

TTK m. 1524'ün yukarıda açıklamış olduğumuz ilk haline göre, tüm sermaye şirketlerinin kanun koyucu tarafından ayrıntılı olarak listelenen tüm bilgi ve belgeleri internet sitelerinde yayınlama zorunlulukları söz konusu idi. Şeffaflığı sağlamayı amaçlayan bu hükmün kapsamı, yapılan eleştirileri gerçekten haklı kılacak kadar genişti. Hükmün bu haliyle uygulanmaya başlanması halinde tüm sermaye şirketlerinin neredeyse her türlü bilgi ve belgesi internet sitelerinde yayınlanacaktı. Bu noktada şirketler arasında bilgi değişiminin, dolayısıyla piyasada bilgi simetrisinin ortaya çıkması ve bunun piyasadaki rekabeti olumsuz etkilemesi kaçınılmaz bir hal alabilirdi.

Hükmün mevcut halinde ise sadece kanunen ilân edilmesi gerekli olan belgelerin ayrıca ek olarak internet sitesinde de ilân edilmesi düzenlendiğinden rekabet hukuku yönünden önem arz eden bir durum söz konusu değildir. Zira internet sitesinde yapılacak olan ilânlar ve yayınlanacak olan belgeler, bugüne kadar Ticaret Sicil Gazetesi kanalıyla yapılan ilânlara göre ek bir bilgi paylaşımını gerektirmemektedir. Bu nedenle TTK m. 1524 hükmünün hâli hazırda rekabet hukuku mevzuatı bakımından sakınca yaratacak bir bilgi değişimine yol açması söz konusu değildir. Ancak yukarıda da açıkladığımız gibi; TTK m. 149/I hükmü, TTK m. 1524'deki bu genel kuraldan ayrılmıştır. Hükmü göre; oldukça ayrıntılı bir şekilde hazırlanan birleşme raporu ve birleşme sözleşmesinin, ayrıca son üç yıllık finansal

¹¹⁷⁷ 31.05.2013 tarih ve 28663 sayılı RG.

tablolar, yıllık faaliyet raporları ve ara bilançoların internet sitelerinde ilân edilmesi zorunluluğu söz konusudur. İlgili hüküm, kanun koyucunun TTK hükümleriyle genel olarak amaçladığı şeffaflık sınırlarının ötesinde bir şeffaflık ve bilgi değişimi getirmektedir. Birleşme sözleşmesi ve birleşme raporunun içermesi gereken hususları düzenleyen TTK m. 146 ve 147 hükümleri incelendiğinde bu belgelerde; şirket paylarının değişim oranları, denkleştirme tutarı, payların değiştirilme şekli, ayrılma akçesi, yöneticilere tanınan özel yararlar gibi bilgilerin yer alacağı görülmektedir. Söz konusu bilgilerin rekabet hukuku yönünden rekabete hassas bilgi olarak değerlendirilmesi kanaatimizce söz konusu değildir. Ancak son üç yıla ait finansal tablolar, yıllık faaliyet raporları ve ara bilanço yönünden aynı şeyi söylemek pek mümkün görülmemektedir. Özellikle yıllık faaliyet raporlarının birçok hassas bilgi içermesi kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca zaman itibarıyla de bu bilgilerin güncel nitelikte olduğu söylenebilir.

3.2.2. Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) Hükümlerinden Kaynaklanan Bilgi Değişimi

3.2.2.1. Genel Olarak

22.12.2016 tarihinde kabul edilen 6769 sayılı SMK'nın¹¹⁷⁸ “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasına göre bu Kanun'un amacı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır. SMK hükümleri ile sınai mülkiyet haklarının tescili, korunması, sona ermesi gibi hususlar düzenlenmektedir.

Sınai mülkiyet hakları içinde özellikle patent hakkı rekabet hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Patent hakkı, SMK m. 82 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. SMK m. 82/I hükmüne göre; teknolojinin her alanındaki buluşlara; yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir. Bu üç unsurun ne anlama geldiği ise SMK m. 83 hükmünde açıklanmıştır. Buna göre; yenilik, tekniğin bilinen durumuna dâhil olmama anlamına gelmektedir. Tekniğin

¹¹⁷⁸ 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı RG.

bilinen durumu ise, başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konmuş veya kullanılmış ya da başka bir şekilde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her şeyi kapsar. Buluş basamağına sahip olmak ise SMK m. 83/IV hükmüne göre, tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmanlara göre aşikâr olmamayı gerektirmektedir. Buluşun sanayiye uygulanabilirliği, tarım dâhil sanayinin herhangi bir alanında üretilebilir ve kullanılabilir olmasını ifade eder.

SMK m. 85 hükmünde patent hakkının kapsamı ve sınırları belirlenmiştir. Buna göre; patent hakkı sahibi, izinsiz olarak patent konusu ürünün üretilmesinin, satılmasının, kullanılmasının, ithal edilmesinin, kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir amaçla elde bulundurulmasının, patent konusu olan usulün kullanılmasının, patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satılması, kullanılması, ithal edilmesi ve kişisel ihtiyaçtan başka amaçlarla elde bulundurulmasının önlenmesini talep etme hakkını haizdir. Bir başka deyişle patent hakkı, sahibine patentli ürünü kullanma bakımından tekel hakkı vermekte ve bu ürünün başkaları tarafından kullanılmasını engellemektedir¹¹⁷⁹. Patent hakkı yirmi yıl süreyle koruma sağlamakta olup bu süre uzatılamaz.

Sınai mülkiyet haklarının, özellikle de patent hakkının rekabet üzerinde olumlu ve olumsuz bazı etkileri vardır. Patent hakkının yeni yapılan buluş üzerinde sadece patent sahibine hak tanınması ve üçüncü kişilerin izinsiz her türlü kullanımının engellenebilmesi, teşebbüslerin Ar-Ge çalışmalarına ağırlık vermelerine, yeni buluşlarda artışa sebep olmasına ve teşebbüsler arasındaki rekabetin artmasına sebep olabilir. Yine patent hakkının teşvik ettiği Ar-Ge çalışmaları sayesinde daha yeni teknoloji ürünlerin üretimi yapılacak ve tüketici daha kaliteli ürünlere ulaşarak fayda sağlayacaktır.

Buna karşılık patent hakkı, sahibine bu hakkı ilgili piyasadaki faaliyetlerinde tek başına kullanma ve bu patenti içeren başka patentleri engelleme hakkı verdiği için, özellikle potansiyel rakipler bakımından piyasanın kapanmasına neden olabilecektir¹¹⁸⁰. Örneğin elektronik bir ürüne ilişkin yeni bir teknolojinin geliştirilip bu yeni ürüne patent alınması halinde, patent konusu ürün sadece patent sahibi ya da

¹¹⁷⁹ Milli hukukun tanıdığı tekel hakkının milli sınırlar içinde korunmasına “*mülkiyet ilkesi*” denir (Ocak, s. 236).

¹¹⁸⁰ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 956.

onun lisans verdiği teşebbüsler tarafından yapılabilecektir. Bu durumda piyasadaki diğer rakipler eski teknolojiye göre üretim yapmaya devam etmek zorunda kalacaklardır. Zira yeni bir ürün geliştirmek isteseler dahi bunun, diğer patentli ürünü kapsamaması gerekmektedir. Bu durumda ilgili piyasaya yeni giriş yapmayı düşünen potansiyel rakipler, bu yeni teknolojiyi veya ona benzeyen başka bir ürün geliştirip bunu üretemeyeceklerinden ve bu durum yirmi yıl süreceğinden bu pazara girmekten vazgeçeceklerdir. Böylece patent hakkı bir giriş engeli yaratarak rekabet üzerinde olumsuz etkiye sebep olacaktır.

İlaçlar bakımından ise iki farklı koruma türü mevcuttur. Bunlardan biri, SMK'dan kaynaklanan patent hakkı ve bunun sağladığı korumadır. Diğerisi ise ilaçların ruhsatlandırma sürecinde ruhsat makamına sunulmak zorunda olunan klinik araştırmalar ve test sonuçları gibi verilere ilişkin korumadır. Veri koruması, buluş niteliği taşımayan ve bu nedenle patentlendirilemeyen, ancak patentlendirilebilen buluşun ortaya çıkmasında kullanılan verilere ilişkin olup ilaç ruhsatlandırma süreci ile ilgilidir¹¹⁸¹. Sağlık Bakanlığınca çıkarılmış olan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği¹¹⁸² m. 9'a göre sadece orijinal ürün için getirilmiş veri koruma süresi, Gümrük Birliği ülkelerinde ilk olarak yapılan ruhsatlandırma tarihinden başlar. Bu süre, Türkiye'deki patent koruma süresini geçmemek üzere altı yıldır. Bu düzenlemenin anlamı şudur: Yeni bir ilaç bulunduğunda, bu buluşu yapan ilaç firmasının iki ayrı prosedürü takip etmesi gerekmektedir. Bunlardan biri ilaca patent alınması için ilgili prosedürün takibi, ikincisi ise ilaca Sağlık Bakanlığından ruhsat alınması için gerekli prosedürün takibidir. Genellikle önce patent süreci tamamlanmakta, daha sonra ilaç ruhsatı aşamasına geçilmektedir. Patent koruması 20 yıldır ve uzatılamaz. Veri koruması ise bu süreyi aşmamak kaydıyla, ilaç ruhsat başvurusunda bulunulduktan itibaren 6 yıldır.

Veri koruması özellikle patentlendirilmesi mümkün olmayan ilaçlar bakımından önem taşır. Veri koruma süresi içinde, ruhsat başvurusu yapılan orijinal ilacın verileri, eşdeğer başka bir ilacın ruhsatlandırılması sürecinde kullanılamaz. Bir

¹¹⁸¹ İlaç patentleri ile veri koruması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşegül Sezgin Huysal, **İlaç Patenti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, ss. 32-45.

¹¹⁸² 19.01.2005 T., 25705 S. RG.

başka deyişle; bu süre içinde, aynı veriler kullanılarak eşdeğer bir ilaç için ruhsat başvurusu yapılması mümkün değildir¹¹⁸³.

İlaçlar bakımından getirilen bu çifte koruma, zorunlu lisanslar yönünden de etkilidir. Şöyle ki; SMK m. 129/I-c'ye göre kamu yararının söz konusu olduğu hallerde zorunlu lisans verilebilir. SMK m. 132 hükmünde de kamu sağlığı, açıkça kamu yararı kavramı içinde düzenlenmiştir. Zorunlu lisansın gerekli olduğu hallerde dahi, veri koruma süresi henüz dolmasıysa veri sahibinin onayına ihtiyaç duyulacaktır. Ancak ilgili Yönetmelik'in 9. maddesinin son fıkrası ile bu engel aşılmış; kamu sağlığını ciddi şekilde tehdit eden durumlar istisna olarak düzenlenmiştir¹¹⁸⁴.

3.2.2.2. Lisans Sözleşmeleri ve Bilgi Değişimi

SMK m. 125 vd. hükümlerine göre patent hakkı lisans sözleşmelerine konu olabilmektedir. Lisans sözleşmesiyle söz konusu patentin lisans hakkını alan, patent konusu buluşu kullanabilir.

Doktrinde M. Baş lisans sözleşmelerini, “... *fikri mülkiyet hakkı olarak kabul edilen değerler üzerinde başkalarına bu hakları kullanma veya bunlardan yararlanma içerikli yapılan sözleşmeler*” olarak tanımlamıştır¹¹⁸⁵.

Çağlar ise lisans sözleşmelerini; “*lisans verenin, lisans alana gayri maddi bir malın ve bir gayri maddi malın işlevini ortaya çıkaracak kendiliğinden kurulan inhisarîlik durumunun kullanımına izin vermesi borcunu ve kural olarak lisans alanın da bunun için bir bedel ödemesi borcunu yükümlendiği sözleşmeler*” olarak tanımlamıştır¹¹⁸⁶.

¹¹⁸³ Sezgin Huysal, s. 38.

¹¹⁸⁴ İlaç patenti ve zorunlu lisans hakkında bkz. Sezgin Huysal, ss. 221-239.

¹¹⁸⁵ Mustafa Baş, “Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2001, ss. 80-81.

¹¹⁸⁶ Çağlar Özel, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 44.

Doktrinde Özsoy patent lisansı sözleşmesini¹¹⁸⁷; “*özel kanunlarla korunan mutlak hak niteliğindeki patent hakkının kullanılması hususunda üçüncü kişilere izin verilen lisans sözleşmesi türü*” olarak tanımlamıştır¹¹⁸⁸.

Doktrinde A. Kaya ise patent lisansı sözleşmesini; “*sahibine buluş üzerinde inhisari yetkiler sağlayan mutlak bir hakkın, yani patente konu hakların üçüncü bir kişi tarafından kullanılmasına müsaadeyi içeren, borçlar yasasında ayrıca tanımı yapılmamış, kendine özgü bir akit*” olarak tanımlamıştır¹¹⁸⁹.

Lisans sözleşmeleri inhisari ve basit (inhisari olmayan) lisans sözleşmeleri olarak ikiye ayrılır. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans alan, lisans konusu hakkı kullanma konusunda tek yetkilidir ve lisans veren artık lisans sözleşmesine konu olan hakkı kullanamaz. Basit (inhisari olmayan) lisans sözleşmelerindeyse lisans alan ve lisans veren lisans konusu hakkı kullanabilir; ayrıca lisans veren tarafından başka kişilere de aynı hakka ilişkin lisans verilebilir¹¹⁹⁰. İnhisari lisans sözleşmelerinin içerdiği tekel hakkı nedeniyle rekabeti sınırlayıcı olabileceği düşünülmektedir¹¹⁹¹. Zira tekel hakları genel itibariyle rekabet hukuku tarafından olumsuz karşılanan haklardır. Buna karşılık; inhisari de olsa lisans sözleşmelerindeki kısıtlamanın sadece

¹¹⁸⁷ Patent lisansı sözleşmesinin özellikleri ve hukuki niteliği ile patent lisans sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saadet Hande Özsoy, **Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, ss. 57-90; Akıncı, ss. 47-66; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 174-182.

¹¹⁸⁸ Özsoy, s. 29.

¹¹⁸⁹ Arslan Kaya, “551 Sayılı “Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi”, **İÜHF**, Cilt: 55, Sayı: 1-2, 1995-1996, (Zorunlu Lisans), s. 337.

¹¹⁹⁰ Konuya ilişkin bkz.: Özsoy, ss. 43-47; A. Kaya, Zorunlu Lisans, ss. 338-339; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Tıpkı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 489; Eroğlu, ss. 123-125; Özel, ss. 50-52; Deniz Topcu, **Patent Lisans Sözleşmeleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, ss. 43-45; Yüksel Kaya, “Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ Taslağı”, **Fason Üretim ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarında Grup Muafiyeti Tartışmaları**, TÜSİAD Rekabet Hukuku Toplantıları Serisi-3, 29 Haziran 2007, Yayın No. TÜSİAD-T/2008-5-465, (TÜSİAD), [http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/3653-fason-uretim-ve-teknoloji-transferi-anlasmalarinda-grup-muafiyeti-TUSIAD,%20Fason%20Üretim%20ve%20Teknoloji%20Transferi%20Anlasmalarinda%20Grup%20Muafiyeti%20Tartismalari,%2029.06.2007,%20Yayin%20No:%20TUSIAD-T/2008-5-465,%20ss.%2048-66,\(01.03.2016\)\)](http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/3653-fason-uretim-ve-teknoloji-transferi-anlasmalarinda-grup-muafiyeti-TUSIAD,%20Fason%20Üretim%20ve%20Teknoloji%20Transferi%20Anlasmalarinda%20Grup%20Muafiyeti%20Tartismalari,%2029.06.2007,%20Yayin%20No:%20TUSIAD-T/2008-5-465,%20ss.%2048-66,(01.03.2016))).

¹¹⁹¹ Lisans sözleşmelerindeki bağlama kayıtlarının, rekabet etmeme yükümlülüklerinin, sözleşme süresi ile ilgili sınırlamaların, lisans verenin lisans konusu malı sadece belirli bir amaçla veya belirli bir kapsamda kullanmayı sağlamak amacıyla lisans alana getirdiği sınırlamaların, bölgesel nitelikteki sınırlamaların ve dava etmemeye ilişkin sınırlamaların rekabete aykırı olduğu doktrinde kabul edilmektedir (M. Baş, ss. 83-85).

Ayrıca yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik hükümler, müşteri sınırlamaları, üretim miktarı kısıtlamaları, bağlama ve paket lisans uygulamaları, geriye lisans verme yükümlülüğü gibi hükümler de rekabeti kısıtlayıcı niteliktedir. Konu hakkında bkz. Odman Boztosun, Teknolojik Yenilikler, ss. 180-185; Fatma Gözlükaya Angı, “Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Uygulaması”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 23, 2005, ss. 14-25; Hamdi Pınar, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku “Hakkın Tüketilmesi””, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 23, (Hakkın Tüketilmesi), ss. 63-64.

aktif satışlara yönelik olması halinde RKHK m. 4'e yönelik bir aykırılık söz konusu olmayacaktır. Ancak kısıtlamanın pasif satışları kapsamaması, lisans alandan ürün olarak lisans alanın bölgesi dışında satış yapan kişilerin ürün taleplerinin karşılanmamasına yönelik yükümlülükler getirilmesi, taraflardan birinin kendi satış fiyatını belirleme hakkının sınırlandırılması ve miktar kısıtlamaları RKHK'ya aykırılık oluşturmaktadır¹¹⁹².

Lisans sözleşmeleri, patent konusu buluşun ekonomiye kazandırılmasında önemli bir role sahiptir¹¹⁹³. Özellikle lisans sözleşmeleriyle sağlanan teknoloji transferi gelişmekte olan ülkeler bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca lisans sözleşmeleri yoluyla, patentli buluşu tekel olarak kullanma hakkına sahip olan buluş sahibi, buluşunu ticarileştirerek karşılığında da bir lisans bedeli elde etmektedir. Bu da yeni buluşlara özendirme sağlamaktadır^{1194, 1195}. Aynı zamanda lisans alanlar aracılığıyla markalar arası rekabetin artması sağlanmaktadır¹¹⁹⁶. Patent lisansları ile teşebbüsler arasında ekonomik güç birliklerinin ve piyasada hâkimiyetin sağlanması mümkündür. Ancak bu iki durumda rekabeti kısıtlayıcı etkilerin ve kartelleşme eğilimlerinin önlenmesi son derece önemlidir¹¹⁹⁷.

SMK m. 126 hükmünde bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa patent başvurusunu veya patenti devreden veya lisansını veren, devralan veya lisans alana patent konusu buluşun normal bir kullanımı için zorunlu olan teknik bilgileri vermekle yükümlüdür.

(2) Devralan veya lisans alan kişi, kendisine verilen gizli bilgilerin açıklanmasını önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”

Kanun koyucu, patent lisansı verilmesi halinde lisans verenin, lisans alan tarafından bu patent kapsamındaki buluşun normal kullanımı için gerekli olan bilgileri lisans alana verme yükümlülüğü altında olduğunu düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu bu hükmü emredici bir hüküm olarak getirmemiştir. Zira sözleşme ile aksinin kararlaştırılabilceğini açıkça belirtmiştir. Her ne kadar sözleşme ile aksinin kararlaştırılabilceği belirtilmiş ise de bu durum, üretim lisansı dışındaki lisanslar için

¹¹⁹² Y. Kaya, TÜSİAD, ss. 16-18.

¹¹⁹³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 168-169, dn. 150.

¹¹⁹⁴ Özsoy, ss. 15-17; Akıncı, s. 49; Gözlükaya Angı, s. 13; Topcu, s. 51.

¹¹⁹⁵ Patent lisanslarının olumlu etkileri hakkında bkz. Topcu, ss. 51-55.

¹¹⁹⁶ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 168-169, dn. 150; Gözlükaya Angı, s. 13.

¹¹⁹⁷ Özsoy, ss. 18-19.

geçerli olabilir. Zira eğer lisans sözleşmesi, patent konusu buluşun lisans alan tarafından üretilmesini amaçlıyorsa (üretim lisansı)¹¹⁹⁸ o zaman lisans verenin, üretim için bilmesi gereken her türlü teknik konuda lisans alana çok ayrıntılı bilgi vermesi gerekmektedir. Bir başka deyişle; lisans sözleşmesi know-how aktarımını içermek zorundadır. Know-how, daha önce de ifade edildiği gibi ticari sır ve rekabete hassas bilgi niteliğindedir. Lisans sözleşmesi aracılığıyla gerçekleşen know-how aktarımı ile teşebbüsler arasında hassas bilgilerin değişimi söz konusu olmaktadır. Özellikle lisans sözleşmesinin rakip teşebbüsler arasında akdedilmiş olması halinde, yatay olarak rakipler arasında gerçekleşen hassas bilgi paylaşımı meydana gelmektedir. Bu konu rekabet hukuku açısından son derece önemlidir. Zira bir yandan lisans sözleşmeleri, teknolojinin daha geniş bir alana yayılması ve tüketicilerin menfaati için zorunlu iken bir yandan rekabete hassas bilgilerin paylaşımına sebep olarak rekabeti bozucu etki yaratabilmektedir. Rekabet Kurulu tarafından bu iki etki arasında denge kurulabilmesi ve aşırı korumacı bir yaklaşımla lisans sözleşmelerinin tamamen yasaklanır hale gelmemesi için 2008/2 sayılı Teknoloji Transfer Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yayınlanmıştır. Bu konu aşağıda inceleneceğinden burada üzerinde durulmayacaktır¹¹⁹⁹. Burada sadece, rakipler arasında gerçekleşen teknoloji transfer anlaşmalarının, teşebbüslerin pazar payları toplamının %40'ı aşmaması halinde; rakip olmayanlar arasındaki teknoloji transferi anlaşmalarının ise her bir teşebbüsün pazar payının %30'u geçmemesi halinde grup muafiyetinden yararlanacağını belirtmemiz yeterlidir. Bu eşikleri aşan durumlarda Kurul tarafından case-by-case inceleme yapılarak rule of reason çerçevesinde somut olay değerlendirilecektir. Gerekli şartların bulunması halinde lisans anlaşmasına bireysel muafiyet tanınması mümkündür.

Patent hakkı ve lisans sözleşmelerinin rekabet üzerinde etki doğurabileceği bir diğer durum, rakip teşebbüslerden birkaçı arasında karşılıklı ya da tek taraflı lisans verme yoluyla, diğer rakiplere karşı üstünlük sağlanmasıdır. Patent konusu buluşun, başka bir ürünün üretimi için zorunlu unsur olmaması halinde, patent sahibi lisans vereceği kişiyi dilediği gibi seçebilir. Patent sahibinin dilerse hiç kimseye lisans

¹¹⁹⁸ Patent lisansları; geliştirme ve yeniden yapma lisansı, üretim lisansı, montaj lisansı, kullanma lisansı, ithal-ihraç lisansı ve satış lisansı olarak farklı içerik ve türlerde olabilir. Lisans türleri hakkında bilgi için bkz. Özsoy, ss. 32-37.

¹¹⁹⁹ Bkz. ss. 432-437.

vermemesi mümkün olabildiği gibi, kendi tercihlerine göre belirlediği bir ya da birkaç farklı kişiye lisans vermesi de mümkündür. Bu kapsamda; patent hakkı sahibinin, rakiplerinden biri ya da birkaçına lisans hakkı vererek birlikte, diğer rakipler karşısında rekabet üstünlüğü elde etmeleri olasıdır. Bu tek taraflı olabileceği gibi, rakip teşebbüslerin her birinin kendi buluşlarına ilişkin patentlerin lisansını karşılıklı olarak birbirlerine vermeleri ile de olabilir. İki ya da daha fazla teşebbüs arasında gerçekleşen karşılıklı lisans verme haline “*çapraz lisans*” denir. Çapraz lisans anlaşmaları doktrinde, “*birbirleriyle ilişkili olmayan taraflar arasında karşılıklı olarak lisans değişimi*” şeklinde tanımlanmıştır¹²⁰⁰. Karşılıklı lisans anlaşmaları, birbirine bağımlı teknolojilerin karşılıklı olarak kullanıldığını sağlamak amacıyla yapıldığında rekabete olumlu etkilerde bulunabilir. Ancak bu lisans sözleşmelerinde tarafların, üretilecek olan malların fiyatını, dağıtım bölgelerini, müşterilerini belirlemeye yönelik kayıtlar bulunması halinde, bu sözleşmeler rekabet hukukuna aykırılık oluşturacaktır¹²⁰¹.

Örneğin, A yeni bir buluş yaparak bu yeni teknoloji ürünün patentini almıştır. Daha sonra A, rakipleri olan B ve C ile anlaşarak B ve C’ye lisans vermiştir. Ayrıca A, başka hiç kimseye lisans vermeyeceğini taahhüt etmiştir. Böylece rakipler arasında know-how aktarımı yapılarak rekabete hassas bilgi değişimi gerçekleştirilmiştir. A, B ve C bu yeni teknolojiye sahip ürünün üretimini ve pazarlamasını yapmakta, diğer rakipler ise eski ürünü üretmeye devam etmek zorunda kalmaktadır. Zira aynı teknolojiye benzer bir ürün üretilip pazarlamaları da, A’nın engelleme hakkı çerçevesinde mümkün değildir.

A, B ve C arasındaki bu lisans sözleşmeleri sayesinde A, B ve C’nin pazar payı yükselip birlikte hâkim duruma gelebilirler. Ancak teşebbüslerin bu şekilde birlikte hâkim duruma gelmiş olmaları ve söz konusu patent hakkına ilişkin diğer rakiplere lisans vermekten kaçınmaları RKHK m. 6 kapsamında her zaman bir kötüye kullanma teşkil etmez. RKHK m. 6’ya göre, hâkim durumun kötüye kullanılmış sayılması için, zorunlu patentin lisansının verilmesinden kaçınılması gerekmektedir. Bu, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden “*mal veya hizmet*

¹²⁰⁰ Seda Nurtaç Bayramoğlu, **Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Toplu Yönetimi: Patent Havuzları ve Standart Belirleme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, s. 9.

¹²⁰¹ Odman Boztosun, *Teknolojik Yenilikler*, ss. 178; Gözlükaya Angı, s. 13.

vermeyi/sözleşme yapmayı reddetme” başlığı altında değerlendirilmektedir¹²⁰². Eğer patent konusu buluş zorunlu unsur değilse¹²⁰³, bu patente ilişkin lisans vermekten kaçınmak hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez. Zira patent hakkı sahibi, buluş üzerinde münhasıran tasarruf hakkına sahiptir. Bu nedenle; hiç kimseye lisans vermek zorunda olmadığı gibi, lisans vereceği kişileri de dilediği gibi seçebilir. Bu durumda konuyu RKHK m. 4 çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Eğer A, B ve C’nin pazar payları toplamı %40’ı geçmiyorsa 2008/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyeti söz konusu olacağından herhangi bir rekabet sorunu oluşmayacaktır. Ancak eşik aşılmışsa artık güvenli limandan çıkılmış demektir ve rule of reason analizi yapılmalıdır. Bir yanda, rakipler arasındaki lisans anlaşması nedeniyle diğer rakipler aleyhine rekabette bir bozulma oluşmuş ve potansiyel rakipler yönünden piyasa kapanmışken bir yanda patent hakkı sahibinin buluş üzerinde münhasır tasarruf yetkisi bulunmaktadır. Bir başka deyişle; A, B ve C’ye lisans verdiği, diğer rakiplerine lisans vermediği gerekçesiyle hiçbir yaptırıma tâbi tutulamaz. Patent hakkının rakipler karşısında sağladığı üstünlük, her ne kadar rekabeti bozucu etki gösterse de bir sınai hakkın kullanılmasından kaynaklandığı için patent hakkının üstün tutulması gerekmektedir¹²⁰⁴. Örneğe göre; ancak A, B ve C arasındaki lisans anlaşması ve A’nın başkasına lisans vermeyeceğini taahhüt etmesi kapsamında, rakipler arasındaki rekabete hassas bilgi değişiminin de etkisiyle kartele benzer bir yapılaşma oluşmuş olması ya da oluşma olasılığı bulunması halinde RKHK m. 4 kapsamında bir müdahalenin gerçekleşmesi mümkün ve isabetli olacaktır.

Konu, SMK m. 129/I-e çerçevesinde de değerlendirilmelidir. SMK m. 129 hükmünde zorunlu lisans düzenlenmiş olup (e) bendinde “*Patent sahibinin, patent kullanılırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması*”,

¹²⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Güçer, ss. 85-90; Ulaş Kısa, ss. 90-96; Ünal Tekinalp, “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Şubat 2000, (Hâkim Durum), ss. 79-83; Pınar, Hakkın Tüketilmesi, ss. 66-68.

¹²⁰³ Bir unsurun zorunlu olarak kabul edilebilmesi için; unsura sahip firmanın ilgili pazarda hâkim durumda olması ve bu unsurun benzerinin makul şartlarda yapılamıyor olması gerekmektedir. Bu şartları taşıyan bir zorunlu unsura ilişkin olarak bir reddetme eylemi varsa ve bu reddetme eylemi haklı gerekçelere dayanmıyorsa rekabet hukuku yönünden bir ihlâl olduğu kabul edilir (Hakan Suat Ölmez, **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 14).

¹²⁰⁴ Doktrinde Akıncı tarafından da, devlet politikaları yönünden, patent hukukundan beklenen yararın, rekabet olgusundan beklenen yarara göre üstün tutulduğu ifade edilmiştir (Akıncı, s. 47).

zorunlu lisans sebebi olarak düzenlenmiştir. Öncelikle, SMK'dan önce patente ilişkin düzenlemeler içeren 551 sayılı KHK'da bulunmayan bu düzenleme ile kanun koyucunun neyi amaçladığını anlamak ve hükmü gerek rekabet hukuku mevzuatı gerekse SMK'nın genel amacı ile uyumlu olarak yorumlamak gerekmektedir. Kanunun madde gerekçeleri incelendiğinde bu konuda bir açıklık bulunmadığı görülmektedir. Kanun tasarı halinde iken yapılan komisyon görüşmeleri incelendiğinde ise konuya yönelik birtakım eleştirilere rastlanmaktadır. Alt Komisyon Raporu'nda; rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan eylemler dolayısıyla mevcut durumda Rekabet Kurulu tarafından zorunlu lisanslamaya karar verilebildiği, ancak zorunlu lisanslamanın ancak RKHK m. 6 çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda çok sınırlı ve istisnai olarak uygulandığı, bu nedenle rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sebebiyle zorunlu lisans hususlarında Rekabet Kurumu tarafından karar verilmesinin faydalı olacağı, bu konudaki zorunlu lisans taleplerinin Rekabet Kurumuna yapılmasının uygun olacağı ve bu hususun ilgili maddede açıklığa kavuşturulması gerektiği isabetli olarak ifade edilmiştir¹²⁰⁵. Metnin yasalaşan mevcut halinde m. 129/I hükmünde bu husustaki zorunlu lisansların Rekabet Kurumundan talep edileceği açıkça düzenlenmiştir. Rekabet Kurumunun bundan sonra zorunlu lisans talepleri konusundaki tutumunda bir değişiklik olup olmayacağı zaman içinde görülecektir.

3.2.2.3. Patent Havuzları ve Bilgi Değişimi

Patent haklarına ilişkin bir diğer konu, özellikle patent sayısının çok fazla olduğu alanlarda üretim yapmanın zorluğudur. Zira bir ürünün üretilmesi, birçok farklı ürünün birleştirilmesi yoluyla mümkün olup bir hak olmadan diğeri kullanılamamaktadır. Buna “*patent çalılığı (patent thicket)*” denir¹²⁰⁶. Örneğin; bir otomobilin üretilmesi için çok farklı birçok ürünün bir araya getirilmesi, yani birçok farklı ürünün kullanılması gerekmektedir. Kullanılması gereken bu ürünlerin her biri ayrı patentlere bağlı ve bu patentler de farklı kişilere ait olabilir. Bu durumda

¹²⁰⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (11.05.2017).

¹²⁰⁶ Bayramoğlu, s. 8; Ali Arıöz ve Özgür Can Özbek, “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, s. 18.

örneğimizdeki otomobili üretmek isteyen teşebbüsün her bir parça için bunun patentli olup olmadığını, patentli ise patent hakkının kime ait olduğunu araştırması, patent hakkı sahibine ulaşması, lisans sözleşmesi için teklifte bulunup pazarlık yapması, lisans sözleşmesinin yapımı ve lisans bedeli için önemli masraflar yapması gerekmektedir. Kullanılması gereken her bir parça için bu prosedürün izlenmesi hem emek hem zaman hem de maliyet yönünden neredeyse başedilemez bir noktaya erişebilir. Bu sorunun çözümü için patent havuzları¹²⁰⁷ geliştirilmiştir. Havuz sözleşmesi, fiili ya da potansiyel rakip konumundaki iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında akdettiği sözleşmedir¹²⁰⁸. Patent havuzları doktrinde; *“İki veya daha fazla patent sahibinin sahip oldukları patentlerini birbirlerine veya üçüncü taraflara ayrı ayrı veya bir paket halinde lisans verdikleri anlaşmalar”* olarak tanımlanmıştır¹²⁰⁹.

Bu sistemde bir patent havuzu kurulmakta, katılımcılar kendi patentlerini bu havuza dâhil etmekte ve burada belirli ürünlerin üretilebilmesi için gerekli olan tüm ürünlerin patentlerinden oluşan patent paketleri oluşturulmaktadır. Böylece örneğin bir otomobil üretmek için çok sayıda farklı ürünün patentine ihtiyaç duyan bir teşebbüs, patent havuzuna başvurarak gerekli tüm patentlerin lisansını tek bir işlemle patent havuzundan alabilmektedir. Böylece onlarca, yüzlerce patent sahibi ile muhatap olmaktan, bir o kadar lisans sözleşmesi için zaman, para ve emek harcamaktan kurtulmuş olmaktadır^{1210, 1211}.

AB’de teknoloji transferi anlaşmalarını grup muafiyeti koşulları 316/2014 sayılı Tüzük’de düzenlenmiştir. Bu Tüzük’ün teknoloji havuzlarına uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. 316/2014 sayılı Tüzük’ün kapsamı dışında kalan teknoloji transfer anlaşmalarına ABİDA m. 101 hükmünün ne şekilde uygulanacağı 2014 yılında çıkarılan Rehber’de düzenlenmiştir. Bu nedenle patent havuzları bu Rehber kapsamında değerlendirilmektedir¹²¹².

¹²⁰⁷ Patent havuzu kavramı ilk olarak 1856 yılında ABD’de ortaya çıkmıştır (Bayramoğlu, s. 8).

¹²⁰⁸ Odman Boztosun, Teknolojik Yenilikler, s. 178.

¹²⁰⁹ Bayramoğlu, s. 10.

¹²¹⁰ Bayramoğlu, ss. 6-7; Odman Boztosun, Teknolojik Yenilikler, s. 178.

¹²¹¹ Patent havuzları doktrinde üçe ayrılmıştır. Bunlar; mega havuzlar, küçük havuzlar ve tüketici elektroniği alanında görülen havuzlardır. Mega havuzlar, içinde bulundukları endüstrinin büyük kısmını kapsar. Bu havuzlarda çok sayıda üye ve çok sayıda patent bulunmakta olup havuz neredeyse endüstri genişliğindedir. Küçük havuzlar üye ve patent sayısı sınırlı olan havuzlardır. Tüketici elektroniği alanında görülen havuzlar ise son dönemlerde sektörel alanda bir standart belirleme ihtiyacından doğmuştur (Bayramoğlu, ss. 12-13).

¹²¹² AB’de teknoloji havuzları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayramoğlu, ss. 38-47.

Rehber’de patent havuzlarının bazı durumlarda güvenli liman kapsamında olacağı düzenlenmiştir. Güvenli liman koşulları; havuzun tüm ilgili teknolojik hak sahiplerinin erişimine açık olması, sadece zorunlu teknolojilerin havuza dâhil edilmesi, hassas bilgilerin değişiminin sadece havuzun kurulması ve işletilmesi için gerekli olan miktarla sınırlandırılmasının sağlanması, havuz kapsamındaki patentlerin havuz tarafından münhasırlık yetkisi vermeksizin lisanslanması, havuz kapsamındaki patentlerin tüm potansiyel lisans alanlara açık olması, havuza teknoloji sağlayan ve lisans alan tarafların söz konusu patentlerin geçerliliği veya gerekliliğine itiraz etmekte serbest olması, havuza teknoloji sağlayan ve lisans alanların rakip ürün ve teknoloji geliştirmede serbest olmalarıdır.

ABD’de ise patent havuzlarına¹²¹³ Fikri Mülkiyet Haklarının Lisanslanmasına İlişkin Antitröst Rehberi’nde değinilmiştir¹²¹⁴.

Türk hukukunda patent havuzları 2008/2 sayılı Tebliğ kapsamına girmemektedir. Zira Tebliğ’in 5. maddesine göre; muafiyetten yararlanabilmek için biri lisans alan, biri lisans veren olmak üzere iki teşebbüs arasında yapılan bir anlaşma bulunması gerekmektedir. Patent havuzlarında ise taraf sayısı ikiden fazladır. Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz’da ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan lisans anlaşmalarının da genellikle iki taraflı lisans anlaşmalarına

¹²¹³ ABD’de patent havuzları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayramoğlu, ss. 25-38.

ABD’de fikri mülkiyet haklarının tarihsel gelişimi hakkında bilgi için bkz. Donika P. Pentcheva et al., “Antitrust Treatment of Intellectual Property Transactions: Economic Analysis and Recent Developments”, http://www.aipia.org/committees/committee_pages/antitrust-law/Committee%20Documents/Subcommittee%20on%20IP%20Acquisitions%20and%20Licensing/Abbott%20Paper%20-%20Licensing%20%205-2-13.pdf, (22.05.2016), s. 2.

¹²¹⁴ ABD’de patent lisansları konusunda 1960’lı yıllarda “*Dokuz Yasak (Nine-No-Nos)*” kuralı ortaya çıkmıştır. Buna göre, listede yer alan dokuz hükmün lisans anlaşmalarında bulunması halinde, lisans anlaşmaları per se rekabete aykırı kabul edilmekte idi. Bu dokuz yasak;

- Patentli ürünlerin satışıyla ilgili lisans ücretlerinin makul şekilde belirlenmemesi,
- Lisans alanın ticari faaliyetlerinin patentin kapsamını aşar şekilde kısıtlanması,
- Lisans alanın, lisans verenden patentli olmayan ürünleri almaya zorlanması (bağlama),
- Zorunlu paket lisanslama,
- Lisans alanın lisans aldıktan sonra yeni bir patent alması durumunda bu patentin lisans verene geri lisanslaması yükümlülüğü,
- Lisans alanın sonradan verilecek lisanslar hakkında veto yetkisi,
- Patentlenmiş yöntemle üretilen patentsiz ürünlerin satışına yönelik sınırlandırmalar,
- Yeniden satışlarda satış sonrası sınırlamalar,
- Patentli ürünlerin yeniden satışında minimum fiyat düzenlemeleridir.

Bu dokuz yasak kuralına rağmen ABD Adalet Bakanlığı, açılan soruşturmalar bu dokuz gerekçeye ilişkin olsa dahi per se kuralı yerine rule of reason analizini uygulamıştır. 1980’li yılların sonlarına doğru dokuz yasak kuralı tamamen terk edilmiştir. 1995 yılında yayınlanan Fikri Mülkiyet Haklarının Lisanslanmasına İlişkin Rehber’de lisans sözleşmeleri bakımından rule of reason analizi kabul edilmiştir (Pentcheva et al., pp. 2-3; Bayramoğlu, ss. 30-31, dn. 42).

benzediği, bu nedenle 2008/2 sayılı Tebliğ'deki koşulların ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan lisans anlaşmalarına ilişkin bireysel muafiyet değerlendirmesinde esas alınacağı belirtilmiştir. Ancak doktrinde, Kılavuz'un bağlayıcı nitelikte olmaması nedeniyle 2008/2 sayılı Tebliğ'deki koşulları taşıyan patent havuzlarının da somut olaya göre rekabete aykırı görülebileceği belirtilmiştir¹²¹⁵. Kılavuz'da patent havuzlarına ilişkin açıklamalar yapılmış ise de mevzuatımızda patent havuzları konusunda düzenlemeler bulunmamaktadır. Kılavuz'da patent havuzlarına ilişkin yapılan açıklamalar AB Komisyon Rehberi ile benzer doğrultudadır.

Patent havuzları; işlem maliyetlerinin azaltılması, lisanslara erişimin kolaylaştırılması, teknolojiye erişimin hızlanması, birbirini tamamlayan patentlerin bir araya getirilmesi, engelleyici durumların kaldırılması, maliyeti yüksek olan ihlâl davalarının önüne geçilmesi, lisans bedellerinin toplulaştırılması suretiyle lisans bedellerinin azaltılması, patent sahiplerinin rekabet hukukuna aykırı stratejiler izlemesinin önlenmesi, potansiyel lisans alıcılar açısından bilgi kaynağı oluşturması yönlerinden rekabeti arttırıcı etkiler göstermektedir. Buna karşılık patent havuzları; ikame patentleri bir araya getirmeleri yoluyla fiyat ve miktar belirlemeleri ile karteli kolaylaştıran bir mekanizma oluşturabilmesi, rakipler arasında rekabete hassas bilgi değişimine sebep olması, zorunlu olmayan patentlerin de paket içinde zorunlu patentlere bağlanarak satılması, zorunlu olmayan patentlerin havuza dâhil edilmesi yoluyla piyasa kapama ve yeniliklerin caydırılmasına sebep olma, havuzun üçüncü kişilere lisans vermeyi reddetmesi yönleriyle rekabeti bozucu etkileri haizdir¹²¹⁶.

Patent havuzları birçok yönden rekabet hukukunun ilgi alanına girmektedir. Özellikle patent havuzundaki ürünlerin nitelikleri, patent havuzunun rekabet üzerindeki etkisi bakımından çok önemlidir. Rekabet yönünden en uygun patent havuzları, içerdiği patentler zorunlu patentlerden oluşan havuzlardır. Zorunlu patentler, o ürünün üretilebilebilmesi için mutlaka kullanılması zorunlu olan ürünlere ilişkin patentlerdir¹²¹⁷. SMK m. 129 vd.de ise zorunlu lisanslar

¹²¹⁵ Bayramoğlu, s. 48.

¹²¹⁶ Bayramoğlu, ss. 15-17.

¹²¹⁷ Zorunlu patentler yönünden zorunluluk, doktrinde teknik zorunluluk ve ekonomik-ticari zorunluluk olarak ikiye ayrılmıştır. Teknik zorunluluk, bir ürünün üretilebilmesi için gerekli olan bir patentin yerine başka hiçbir patentin geçememesini ifade eder. Ekonomik-ticari zorunlulukta ise, bir ürünün üretilebilmesi için kullanılabilecek pek çok alternatif vardır. Ancak bu alternatiflerin bazılarının kullanılması halinde maliyet, üretim yapmayı rasyonellikten çıkaracak kadar

düzenlenmiştir^{1218, 1219}. Zorunlu lisans, belirli şartlar altında, patent sahibinin rızası bulunmasa dahi, yetkili merci tarafından patent sahibinden başka bir kişiye patent konusu ürünü imal etmek veya patent konusu usulü kullanmak konusunda verilen yetkidir¹²²⁰. Zorunlu lisans sözleşmeleri borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğünün istisnalarındandır¹²²¹. SMK m. 131'e göre; patent konusu buluşun, önceki patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılmasının mümkün olmaması halinde patent konuları arasında bağımlılık söz konusu olacaktır ve sonraki patentin sahibi, önceki buluşun patentini kullanmak için patent hakkı sahibinden izin almak zorundadır. Bu noktada önceki patent hakkının sahibi, büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi şartıyla sonraki patent hakkı sahibine lisans vermek zorundadır. Buna “zorunlu unsur doktrini” denir¹²²². Rekabet hukuku ile sınai mülkiyet hukuku bu anlamda son derece uyumlu ve birbirini tamamlar niteliktedir¹²²³. Ancak zorunlu unsur doktrini, teşebbüslerin yenilik ve yatırım

yükselmektedir. Bu nedenle, üretimi rasyonellikten çıkarmayan patent, ekonomik-ticari anlamda zorunludur (Bayramoğlu, s. 18).

¹²¹⁸ SMK m. 129'da zorunlu lisanslar beş grup halinde düzenlenmiştir. Bunlar; patent konusu buluşun kullanılmaması, patent konularının bağımlılığının söz konusu olması, kamu yararının söz konusu olması, 6471 sayılı Kanun'la katılmamız uygun bulunan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokol'de belirtilen şartların sağlanması halinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatının söz konusu olması, ıslahçının önceki patente tecavüz etmeden yeni bir bitki türü geliştiremiyor olması ve patent sahibinin patenti kullanırken rekabeti bozucu, engelleyici veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması.

¹²¹⁹ Zorunlu lisanslar hakkında bkz. Özsoy, ss. 48-56; Sezgin Huysal, ss. 230-234; A. Kaya, Zorunlu Lisans, ss. 337-367; Serdar Nart, “Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları”, **DEÜSBED**, Cilt: 11, Sayı: 1, 2009, ss. 135-140; Yüksel Kaya, **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, (Hâkim Durum), ss. 24-34; Topcu, ss. 33-40.

¹²²⁰ Özsoy, s. 48.

¹²²¹ Sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirleme, akdedilmiş sözleşmeyi değiştirme ve sona erdirmeye özgürlüklerini içermektedir (Ulaş Kısa, s. 23; O. Can, ss. 32-33).

Sözleşme özgürlüğü (serbestisi) ve sözleşme yapma zorunlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pelin Güven, “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, **Perşembe Konferansları**, RK, Haziran 2004, Ankara, (Sözleşme Yapma Zorunluluğu), ss. 3-96.

Sözleşme özgürlüğü hakkında bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, ss. 73-78; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Güncellenip Genişletilmiş 10. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 23-27; Doğan Şenyüz, **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, ss. 25-27; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 89-108.

¹²²² Zorunlu unsur doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arıöz ve Özbek, ss. 14-22; Gürkaynak ve diğerleri, Microsoft Davası, ss. 507-570; Ölmez, ss. 12-80; Güven, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, ss. 3-96; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 311-343; Odman Boztosun, Teknolojik Yenilikler, ss. 176-177.

¹²²³ Fikri ve sınai haklar hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişki hakkında bkz. Gürkaynak ve diğerleri, Microsoft Davası, ss. 543-546; Gözlükaya Angı, ss. 10-12; Güven, Rekabet Hukuku, s. 183-185; Küçükayhan Aşçıoğlu, ss. 337-347; Arıöz ve Özbek, ss. 14-20.

isteğini kıracağı ve bedavacılığa sebep olabileceği düşüncesiyle birtakım eleştirilere maruz kalabilmektedir¹²²⁴. Doktrinde Güven, zorunlu unsur doktrinini destekleyen ve eleştiren görüşlerin her ikisinin de haklılık payı olduğunu, sözleşme yapma zorunluluğunun istisnai bir uygulama olduğunu ve dar yorumlanması gerektiğini, bu yüzden de somut olay çerçevesinde değerlendirme yapılmasının uygun olacağını ifade etmiştir¹²²⁵.

Sonuç itibarıyla; bir ürünün üretilebilmesi için mutlaka kullanılması gereken zorunlu ürünlere ilişkin patentlerden oluşan patent havuzlarının rekabeti bozma riski çok düşüktür. Ancak patent havuzu içinde, zorunlu olmayan patentler de mevcutsa bu durumda başka yönlerden de inceleme yapılması gerekmektedir. Bu noktada bakılacak ilk konu, havuzdaki patentler arasındaki ilişkinin nasıl olduğudur¹²²⁶. Patentler birbirinin tamamlayıcısı olabileceği gibi ikamesi de olabilir. Patentlerin tamamlayıcı ilişkide olması, patentin, bir başka patentin kullanılması halinde daha değerli hale gelen teknolojiler içermesidir¹²²⁷. Tamamlayıcı patentlerde rekabet yönünden sorun, piyasa kapama etkisiyle kendini gösterir. Örneğin; bir yazıcının üretiminde kartuş sistemi tamamlayıcı üründür. Piyasada birçok farklı kartuş sistemi vardır ve bunlardan herhangi biri tamamlayıcı ürün olarak kullanılabilir. Ancak patent havuzuna bunlardan biri dâhil edilmişse, havuzun dışında kalan diğer kartuş sistemleri bakımından rekabeti bozucu bir etki doğabilir. Zira patent havuzuna başvuran teşebbüs, yazıcı üretmek için gerekli olan patentlerin lisansını bir paket halinde patent havuzundan alırken zorunlu patentler yanında tamamlayıcı olan bu kartuş sistemi patentini de almış olacaktır. Havuz dışında çok daha iyi sistemler bulunsa da bunlara yönelik talepte ciddi bir düşüş gerçekleşecektir. Bu durum piyasaya girişleri engeller¹²²⁸.

Çalışmamızın konusu bakımından asıl önemli olan, patent havuzunda ikame patentlerin bulunmasıdır. İkame patentler, birbirlerinin yerine kullanılabilecek buluşlara ilişkin patentlerdir. İki patent, bir ürünün üretiminde birbirlerinin alternatifi olan teknolojileri kapsıyorsa ve söz konusu ürünün üretiminde bu iki patent arasında

¹²²⁴ Ölmez, ss. 73-76.

¹²²⁵ Güven, Rekabet Hukuku, s. 332.

¹²²⁶ Bayramoğlu, s. 19.

¹²²⁷ Bayramoğlu, ss. 17-18.

¹²²⁸ Bayramoğlu, s. 20.

bir tercih yapılması mümkünse bu iki patent ikame patentlerdir¹²²⁹. Bir başka deyişle; ikame patentler rakip teşebbüslere ait patentlerdir.

İki rakip teşebbüsün ikame patentlerinin aynı patent havuzuna dâhil olması durumunda, rakipler arasında rekabete hassas bilgilerin paylaşımı ve danışıklılık riski son derece yükselir. Aynı patent havuzundaki ikame patentlerin sahibi olan rakip teşebbüsler arasında öncelikle fiyat rekabeti sona erecektir. Ayrıca lisans alan, normal şartlarda bunlardan sadece birine ilişkin lisans alacakken paket kapsamında ikisinin de lisansını almak zorunda kalacaktır. Bu nedenle, aynı patent havuzunda ikame patentlerin bulunması rekabet üzerinde olumsuz etki yaratma olasılığının yüksek olduğunu gösterir¹²³⁰.

3.2.3. Enerji Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi

3.2.3.1. Ortak Hükümler: Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliği'nden Kaynaklanan Bilgi Değişimi

Enerji piyasası EPDK tarafından kısmen regüle edilen bir piyasadır^{1231, 1232}. Enerji piyasasına ilişkin düzenlemeler genellikle EPDK tarafından yönetmelik ve

¹²²⁹ Bayramoğlu, s. 17.

¹²³⁰ Bayramoğlu, ss. 18-19.

¹²³¹ Elektrik sektöründe regülasyon hakkında bkz. Yeşim Akcollu, **Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, ss. 16-24; Ünal Zenginobuz, “Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve “Regülasyon”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Şubat 2000, ss. 111-119.

Doğalgaz sektöründe regülasyon hakkında bkz. Mustafa Oğuzcan Bülbül, **Doğalgaz Piyasasında Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, ss. 19-29.

¹²³² Doktrinde piyasanın, tam rekabet piyasası fiyat ve miktar seviyesinde faaliyet gösterememesinin nedeninin piyasa oyuncularının rekabeti kısıtlayıcı davranışları olması halinde, geçici piyasa aksaklığının söz konusu olduğu ve bu aksaklığın rekabet otoritesinin müdahalesi ile giderilebildiği; buna karşılık doğal tekel, dışsallıklar, kamu malları ve bilgi asimetrisi gibi aksaklıkların kalıcı aksaklıklar olup devletin etkin regülasyonunu gerektirdiği ifade edilmiştir. Buna ek olarak; elektrik sektöründeki kalıcı aksaklıkların talep ve arz yapısından kaynaklandığına değinilmiştir (Şahin Yersu, **Türk Enerji Sektörü**, ss. 12-13; Selen Şahin Yersu, **Enerji Sektöründe Ayırıştırma**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, Ayırıştırma, ss. 3-4).

Ayrıca elektrik ve doğalgaz piyasalarındaki rekabetin sağlanabilmesi için düzenlenmesi gereken iki aksaklığın, doğal tekel niteliği ve ağ etkileri (ağ dışsallığı) olduğu belirtilmiştir (Şahin Yersu, **Ayırıştırma**, s. 3).

Doktrinde İçöz; doğal tekellerin, tek bir firmanın üretim maliyetinin, çok sayıda firmanın üretim maliyetleri toplamından daha az olduğu sektörlerde oluştuğunu ifade ettikten sonra doğal tekellerin batık maliyet gerektiren, sabit maliyeti yüksek işletmeler olduğuna ve genelde stoklanamayan ürün veya hizmet sunduklarına işaret etmiştir. Yazar regülasyonun en temel gerekçelerinden birinin, doğal tekel niteliğindeki piyasalarda ortaya çıkan piyasa aksaklıklarının toplumsal refahı azaltarak kamu

tebliğler ile yapılmaktadır. Bu yönetmelik ve tebliğlerin güncel ihtiyaçlar ve gelişmeler doğrultusunda kolaylıkla değiştirilebilmesi dolayısıyla enerji piyasası mevzuatı oldukça dinamik bir alandır.

EPDK tarafından piyasanın kontrol altında tutulabilmesi için elektrik, doğalgaz, petrol ve LPG piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüsler açısından birçok bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu bildirim yükümlülüklerinin kaynağı, EPDK tarafından çıkarılan Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliği'dir¹²³³. Bu Yönetmelik'e dayalı olarak ayrıca Enerji Piyasası Bildirim Sistemi Kullanım Talimatı yayınlanmıştır¹²³⁴. Bahsi geçen Yönetmelik m. 3 hükmünde, işbu Yönetmelik'in 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un¹²³⁵ 5., 5/A, 5/B, 5/C, Ek 2 maddeleri, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu'nun¹²³⁶ 6. maddesi, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun¹²³⁷ 14. maddesi, 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹²³⁸ 4. ve 12. maddeleri ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun¹²³⁹ 5. maddesine dayanılarak bu yönetmeliğin çıkarıldığı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi bu Yönetmelik, enerji sektörünün her alanını kapsayan genel nitelikteki bir yönetmeliktir.

Yönetmelik m. 1 hükmünde Yönetmelik'in amacı belirtilmiştir. Buna göre Yönetmelik'in amacı, piyasa faaliyetlerinin izlenmesi, analiz edilmesi ve

yararını olumsuz yönde etkilemeleri olduğunu belirtmiştir. Diğer regülasyon sebeplerinin ise; ekonomik rant olarak tanımlanan aşırı kârın firmadan tüketicilere aktarılmasının sağlanması, bir mal veya hizmetin fiyatının, bunun topluma olan gerçek maliyeti yansıtmadığı durumlarda oluşan negatif dışsallıkların giderilmesi, tüketicilerin piyasa hakkında yeterince bilgilendirilmeleri sağlanarak asimetrik bilgi sorununun ortadan kaldırılması, talebin dönemsel olarak düşük olduğu dönemlerde o hizmetin devamlılığının sağlanması, kaynak dağılımının etkinliğinin sağlanabilmesi için eşit olmayan pazarlık gücünün zayıftan yana desteklenmesi, kıt kaynakların kamu yararı gözetilerek rasyonel dağılımının sağlanması, üretimde koordinasyon, standardizasyon ve etkinliğin sağlanması ile gelecek kuşaklar için planlama yapılması olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca yazar, regülasyon sürecinde genellikle müdahale edilen değişkenlerin; fiyat, üretim miktarı, faaliyet gösteren firma sayısı veya piyasaya giriş çıkış koşulları olduğunu vurgulamıştır (Özge İçöz, "Düzenlemeye Tabi Sektörlerdeki Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararları", **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 20-22).

¹²³³ EPDK, Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliği, 27.05.2014 T. ve 29012 S. RG.

¹²³⁴ EPDK, Enerji Piyasası Bildirim Sistemi Kullanım Talimatı, 24.12.2014 T. ve 29215 S. RG.

¹²³⁵ 03.03.2001 T. ve 24335 Mük. S. RG.

¹²³⁶ 02.05.2001 T. ve 24390 S. RG.

¹²³⁷ 20.12.2003 T. ve 25322 S. RG.

¹²³⁸ 13.03.2005 T. ve 25754 S. RG.

¹²³⁹ 30.03.2013 T. ve 28603 S. RG.

raporlanması sürecinde Kurum tarafından ihtiyaç duyulan verilerin toplanmasıdır. Yönetmelik m. 5/I-b hükmüne göre; *“Bildirimlerin işlenmesi, derlenmesi, bilgiye dönüştürülmesi ve bilgilerin açıklanması sürecinde; tarafsızlık, güven, emniyet, işlevsellik, sürat ve ekonomi göz önünde bulundurulur.”*

Aynı Yönetmelik m. 6 hükmünde ise gizlilik hususu düzenlenmiştir. Buna göre; *“Kurum, enerji piyasasına ilişkin elde ettiği sırlarla, piyasa faaliyet ile ilgili teknik mahiyetteki sırları ve mali sırları; mevzuatta yetkili kılınan merciler ve kamuoyuna veya ilgililere sunulacak raporlar dışında bildirim yükümlüsünün rızası olmadıkça gizli tutmak zorundadır.”*

Yönetmelik m. 6 hükmünde “sır” kavramına yer verilmiş olup bu sırlar; enerji piyasasına ilişkin sırlar, teknik sırlar ve mali sırlar olarak sayılmıştır. Ancak hangi bilgilerin sır kapsamında değerlendirileceği konusunda herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Ayrıca Yönetmelik hükmü ile bu sırların gizli tutulma yükümlülüğüne bir sınır getirilerek gizli tutma yükümlülüğünün yetkili mercilere, kamuoyuna ve ilgililere sunulacak raporlar dışında mevcut olduğu ifade edilmiştir. Kamuoyuna sunulan bir raporda yer alan sır niteliğindeki bilginin daha sonra gizli tutulacak olması kanaatimizce herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Zira zaten sır niteliğindeki bu bilgi kamuoyuna sunularak herkese açık hale getirilmiştir. Bu nedenle EPDK tarafından yetkili mercilere sunulacak olan raporlar dışında, özellikle kamuoyuna sunulacak olan raporlarda açıklanacak olan bilgilerin niteliğine özen göstermesi ve özellikle ticarete hassas bilgi niteliğindeki sırların ifşa edilmemesi rekabetin bozulmaması açısından önem taşımaktadır.

EPDK’nın internet sitesi incelendiğinde enerji piyasasındaki her sektöre ilişkin aylık ve yıllık raporlar yayınlandığı ve bu raporların herkesin erişimine açık olduğu görülmektedir. EPDK tarafından yayınlanan bu raporların niteliği, üçüncü kişiler aracılığıyla yapılan bilgi değişimidir. Burada üçüncü kişi EPDK, yani bir kamu kurumu olup amaç, piyasayı denetim altında tutmak ve kamuyu aydınlatmaktır. Ancak aylık ve yıllık raporların içerdiği bilgiler incelendiğinde, bu bilgilerin bir kısmı toplulaştırılmış nitelikte iken bir kısmının bireysel nitelik taşıdığı görülmektedir. Bireysel bilgiler kapsamında firmaların isimleri belirtilerek üretim, ithalat, nihai tüketiciye yapılan satış miktarlarının karşılaştırması, nihai tüketiciye en fazla satış yapan on firmanın pazar paylarının satış miktarı ve yüzde olarak

listelenmesi, illere göre abone ve serbest tüketici sayısı ile her bir firmanın abone sayılarının açıklanması söz konusudur. Tüm bunlar ticari sır niteliğinde kabul edilmesi gereken hassas bilgilerdir. Ayrıca bu raporların oldukça sık bir şekilde aylık olarak hazırlanıp yayınlanması, ticarete hassas bu bilgilerin yeni tarihli olması nedeniyle rekabeti bozucu etki gösterme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle; EPDK tarafından yayınlanan bu raporların, rekabet hukuku ilkeleri ile bağdaştırılarak, yıllık rapor halinde ve sadece toplulaştırılmış bilgileri kapsayacak şekilde hazırlanması, yönetmeliğin bu şekilde değiştirilmesi olması gereken hukuk açısından isabetli olacaktır.

3.2.3.2. Elektrik Piyasası Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi

Elektrik piyasasında Elektrik Piyasası Talep Tahminleri Yönetmeliği'ne¹²⁴⁰ göre, TEİAŞ tarafından yıllık elektrik tüketim tahminleri yapılarak EPDK onayından sonra önceki yılın sonuna kadar yayınlanır. Bu tahminlerin yapılabilmesi için, ilgili Yönetmelik m. 14 kapsamında görevli tedarik şirketleri ile organize sanayi bölge işletmecisi tüzel kişiler, hizmet verilen tüketiciler ve katılımcılarla ilgili talep edilen verileri, bölgelerindeki dağıtım şirketine talep tarihinden itibaren otuz gün içinde tedarik etmekle yükümlüdürler. Aynı Yönetmelik m. 15'e göre ise şirketler ve TEİAŞ bu verileri amacı dışında kullanamaz ve üçüncü kişilerle paylaşamaz. Böylece söz konusu yönetmelik çerçevesinde bilgi güvenliği korunmuş olup toplanan bilgiler sadece yıllık tüketim tahminlerini yapma amacıyla kullanılmak üzere dağıtım şirketleri ve TEİAŞ nezdinde saklanmaktadır.

TEİAŞ tarafından yapılan yıllık tüketim tahminlerine ilişkin bilgilerin, piyasaya girmeyi düşünen yatırımcı teşebbüslerin karar verme sürecinde etkili olduğu ve piyasaya girip girmeme konusunda belirleyici olduğu söylenebilir¹²⁴¹. Yine bu bilgiler yoluyla, sektörde faaliyet gösteren üretici teşebbüsler, üretim miktarlarını daha doğru bir şekilde planlayıp talep fazlası üretimin ya da gereksiz atıl kapasite bırakmanın önüne geçebileceklerdir.

¹²⁴⁰ EPDK, Elektrik Tahminleri Yönetmeliği, 07.05.2016 T. ve 29705 S. RG.

¹²⁴¹ M.E. Can, s. 326.

Elektrik piyasasındaki bir diğer bilgi değişimi, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m. 17 hükmüne dayanılarak çıkarılan Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği'nden kaynaklanmaktadır¹²⁴². Söz konusu Yönetmelik m. 5'e göre; dağıtım bağlantı, iletim, toptan satış, dağıtım, perakende satış, piyasa işletim ve son kaynak tedarik işlemlerinin tamamına ilişkin tarifeler EPDK'nın onayına tâbidir. m. 18 vd.de tarife başvurusu, tarifelerin değerlendirilme ve onaylanma süreçleri düzenlenmektedir. Yönetmelik m. 19/III hükmüne göre; Kurul tarafından tarife onaylandıktan sonra, tüzel kişiler güncel tarifelerini kamuoyuna duyurmakla ve kendi internet sitelerinde sürekli olarak yayınlamakla yükümlüdür.

Yönetmelik'teki bu düzenlemeler çerçevesinde, elektrik piyasasında fiyatlar yönünden tam bir şeffaflık olduğu söylenebilir. Bu fiyat şeffaflığının tüketiciler bakımından fayda sağlayacağı açıktır. Şeffaflık dolayısıyla, tüketicinin beklemediği bir fiyat ile karşılaşma ve ummadığı bir meblağı borçlanma olasılığı ortadan kalkacaktır. Tüketici, perakende fiyatlarının ne kadar olduğunu bu tarifieden kolaylıkla görebilecektir. Perakende fiyat tarifeleri yönünder mevcut olan şeffaflığın rekabet ihlâli oluşturup oluşturmayacağı konusunda değerlendirme yapılırken, söz konusu tarifelerin kimler için uygulandığı üzerinde durmak gerekmektedir. Tarifeler ile belirlenen perakende fiyatlar, serbest olmayan tüketicilere veya serbest olsa dahi tedarikçisini seçme hakkını kullanmamış olan tüketiciye ve tedarikçisini seçmiş ise de herhangi bir sebeple sözleşmesi sonlandırılmış olan, bu nedenle son kaynak tedarikçisi sıfatıyla görevli perakende şirketinden elektrik temin eden tüketicilere, perakende satış (abonelik) sözleşmesi¹²⁴³ gereğince uygulanan fiyatlardır¹²⁴⁴. Bu nedenle, söz konusu tarifelerin yayılanması ile gerçekleşen bilgi paylaşımının rekabet ihlâli oluşturması çok olası değildir. Zira serbest olmayan tüketicinin zaten başka bir tedarikçi seçme imkânı yoktur. Son kaynak tedarikçisi sıfatıyla temin edilen elektrik yönünden yine bir rekabet söz konusu değildir. Ancak serbest tüketici olmasına rağmen kendi tedarikçisini seçmemiş olan tüketiciler açısından bir

¹²⁴² EPDK, Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, 22.08.2015 T., ve 29453 S. RG.

¹²⁴³ Perakende satış sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Yavuz, **Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşma-**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 209-223; Hasan Ayrancı, **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, ss. 161-172; 207-243; Çağlar Özel ve diğerleri, "Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, Cilt: 8, Özel Sayı (Armağan), 2013, ss. 2093-2096.

¹²⁴⁴ Yücel, s. 8; Özel ve diğerleri, ss. 2094-2095.

rekabetin söz konusu olması mümkündür. Tedarikçiler, serbest tüketici olmasına rağmen kendi tedarikçisini seçmemiş olan tüketiciler ile ikili anlaşmalar imzalayabilmek için fiyatlar üzerinden rekabet etmektedir. Serbest tüketiciler¹²⁴⁵ ile tedarikçiler arasında akdedilen ikili anlaşmalar¹²⁴⁶ kapsamında uygulanan fiyatlar, piyasada serbestçe oluşan fiyatlardır ve bu fiyatlar yönünden EPDK onayı ve herhangi bir ilân yükümlülüğü getirilmemiştir¹²⁴⁷. Bu nedenle de serbest olmasına rağmen tedarikçisini seçmemiş olan tüketicinin tedarikçisini seçmesi açısından yapılan rekabette teklif edilen fiyatlar zaten önceden ilân yükümlülüğü olmayan, onaya tâbi olmayan ve piyasada serbestçe oluşan fiyatlardır. Serbest tüketici uygulamasının kapsamı ne kadar geniş olur ikili anlaşmalar ne kadar yaygın olursa, elektrik piyasasının o kadar rekabetçi bir piyasa olduğu söylenebilecektir¹²⁴⁸.

Daha anlaşılır bir şekilde ifade edecek olursak; tüketiciler serbest ve serbest olmayan şeklinde ikiye ayrılır. Serbest olmayan tüketiciler, perakende satış lisansı sahibi tüzel kişi ile akdettikleri perakende sözleşmesinin tarafı durumundadırlar. Bu sözleşme gereği uygulanan fiyat ise yukarıda açıklamış olduğumuz perakende fiyat tarifesinde belirlenmiş olan fiyattır. Tüketici gerekli şartları karşılamış ve serbest tüketici statüsü kazanmışsa, serbest tüketicinin tedarikçisini seçme hakkı vardır. Bu durumda tüketici, rekabetçi bir piyasa olan elektrik üretim ve pazarlama piyasasında, birçok tedarikçi arasından dilediğini seçebilir. Serbest tüketici ile tedarikçi arasında akdedilen sözleşme ikili sözleşmedir ve ikili sözleşmelerde tarifeler söz konusu olmayıp fiyatlar piyasada serbestçe belirlenir. Tüm bu açıklamalar karşısında, tarife

¹²⁴⁵ Serbest tüketici kavramı, Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği m. 4/I-b’de tanımlanmıştır. Buna göre; “Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimde bulunması veya iletim sistemine doğrudan bağlı olması veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. İlgili Yönetmelik için bkz. EPDK, Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği, 08.05.2014 T. ve 28994 S. RG.

Serbest ve serbest olmayan tüketici kavramları için bkz. M. Yavuz, ss. 139-146.

Serbest tüketiciler hakkında bkz. Mustafa Erdem Can, **Hukuki Açıdan Elektrik Piyasasında Rekabet**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, ss. 440-445; Yücel, ss. 7-8, dn. 5; Müge Özercan, **Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deregülasyonu Sürecinde Perakende Satış Rekabeti**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, s. 16.

¹²⁴⁶ Elektrik piyasasında ikili anlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Yavuz, ss. 131-318; Ayrancı, ss. 108-110; Yücel, ss. 19-20; Özel ve diğerleri, ss. 2097-2099.

¹²⁴⁷ Ayrancı, s. 101; Özel ve diğerleri, ss. 2097-2098.

¹²⁴⁸ Fulya Canan Baş ve Nedim Seçkin Ülgen, “Elektrik Piyasasının Serbestleşmesi ve Arz Güvenliğinin Sağlanması İçin Öneriler”, **TÜSİAD Enerji Stratejisi Dizisi-1**, Mayıs 2008, Yayın No. T/2008-05/460, (TÜSİAD-1), <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/4835-tusiad-enerji-stratejisi-dizisi-no--1---elektrik-piyasasinin-serbestlesmesi-ve-arz-guvenliginin-saglanmasi-icin-oneriler>, ss. 68-69.

fiyatlarının açıklanmasının tek yanlı bir bilgi açıklaması niteliğinde olduğunu söylemek isabetli olacaktır. Söz konusu tek taraflı fiyat açıklamasının, tüketiciler açısından belirsizliği ortadan kaldırmak dışında bir fonksiyonu yoktur. Zira bir rekabet ortamı yoktur.

İletim, dağıtım, piyasa işletim, dağıtım bağlantı tarifeleri ise elektirik üreticileri açısından şeffaflık sağlamakta, üreticinin pazara güven içinde girebilmesini kolaylaştırmaktadır¹²⁴⁹. Bu tarifeler, tüm üreticilere uygulanacak olan fiyatları içerdiğinden, ayrımcılık içermeyen, eşitlikçi bir yaklaşımı ortaya koymakta; üreticiler açısından güvence oluşturmaktadır.

EPDK tarafından çıkarılan bir diğer yönetmelik, Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği'dir¹²⁵⁰. Elektrik depolanamayan nitelik taşıdığından üretilen elektriğin hemen tüketilmesi gerekir. Tüketicimin yoğun olduğu zamanlardaysa üretilen elektrik tüketimi karşılayamayabilir. Tüketicimin az olduğu zamanlardaysa üretim fazlası oluşmaması sağlanmalıdır¹²⁵¹. Bu nedenle elektrik piyasasında dengeleme ve uzlaştırma oldukça önemlidir¹²⁵², ¹²⁵³. Fazla olan elektriğin satılabildiği, eksik olan elektirriğin alınabildiği piyasalar, organize toptan elektrik piyasalarıdır¹²⁵⁴.

¹²⁴⁹ M. E. Can, s. 406.

¹²⁵⁰ EPDK, Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği, 14.04.2009 T. ve 27200 S. RG.

¹²⁵¹ M. Yavuz, ss. 18, 57; M. E. Can, s. 25; Yücel, ss. 10-16; Akcollu, s. 10; Özercan, ss. 19-22; Özel ve diğerleri, s. 2078; Selen Şahin Yersu, "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektö Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, (Türk Enerji Sektörü), s. 13.

¹²⁵² Dengeleme ve uzlaştırma sistemi TEİAŞ tarafından yürütülmektedir. Mali uzlaştırma sistemi sistemi, TEİAŞ bünyesindeki Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi (PMUM) tarafından, Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği hükümleri doğrultusunda gerçekleşen alım satımlar ile sözleşmeye bağlanmış olan miktarlar arasındaki farkları esas alarak, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin alacaklı veya borçlu olduklarını hesaplamak suretiyle çalışmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Yavuz, ss. 59-65, 194-209; M. E. Can, ss. 417-434; Yücel, ss. 16-21; Özercan, s. 63; Baş ve Ülgen, TÜSİAD-2, ss. 27-46; Özel, ss. 2100-2103).

Sistem işletmeciliği ise yine TEİAŞ bünyesindeki Milli Yük Tevzi Merkezi Dairesi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir (M. Yavuz, s. 196; M. E. Can, s. 420; Ayrancı, ss. 91-94; Özercan, s. 62; Özel ve diğerleri, s. 2100).

¹²⁵³ TÜSİAD'ın 2008 yılında elektrik sektörüne ilişkin olarak yayınladığı ikinci raporda; piyasanın sağlıklı bir şekilde gelişebilmesi için TEİAŞ bünyesindeki PMUM tarafından yürütülen piyasa işletiminin TEİAŞ'tan ayrılarak ayrı bir tüzel kişilik çatısı altında İMKB benzeri bir borsa sistemi şeklinde yapılandırılması gerektiği savunulmuştur (Baş ve Ülgen, TÜSİAD-2, s. 17).

¹²⁵⁴ 6446 sayılı Kanun'un tanımları içeren m. 3/I-y hükmünde organize toptan elektrik piyasası; "Elektrik enerjisi, kapasitesi veya perakende alış satışının gerçekleştirildiği ve piyasa işletim lisansına sahip merkezî bir aracı tüzel kişilik tarafından organize edilip işletilen gün öncesi piyasası, gün içi piyasası ile sermaye piyasası aracı niteliğindeki standardize edilmiş elektrik sözleşmelerinin ve dayanağı elektrik enerjisi ve/veya kapasitesi olan türev ürünlerin işlem gördüğü ve Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından işletilen piyasaları ve Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi tarafından

Yönetmelik'in 136. maddesinde; “*Organize toptan elektrik piyasası faaliyetlerine ilişkin, faaliyetleri destekleyici ve öngörülebilirliği artırıcı nitelikteki veri ve bilgilerin piyasa işletmecisinin uhdesindeki Şeffaflık Platformunda yayımlanması esastır. Şeffaflık Platformunda yayımlanacak bilgi ve veriler, yayımlanma periodları ve ilgili lisans sahibi tüzel kişilerin veri paylaşım yükümlülükleri Kurum tarafından hazırlanan ve Kurul tarafından onaylanarak yürürlüğe giren Organize Toptan Elektrik Fiyatlarında Şeffaflığın Teminine İlişkin Usul ve Esaslar ile belirlenir.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu maddeye istinaden EPDK tarafından 11.06.2015 tarihinde, Organize Toptan Elektrik Fiyatlarında Şeffaflığın Teminine İlişkin Raporlama Prosedürleri hakkında karar alınmıştır¹²⁵⁵. Bu karara göre; EPIAŞ'ın işlettiği veya mali uzlaştırmasını gerçekleştirdiği piyasalarda piyasa katılımcılarının piyasa faaliyetlerini fırsat eşitliği çerçevesinde yürütebilmesi, piyasa katılımcıları arasındaki bilgi asimetrisinin önlenmesi, yürüttükleri faaliyetlerde ve organize toptan elektrik piyasalarında yaptıkları alışverişlerde doğru karar verebilmeleri için ihtiyaç duydukları bilgilere erişimin sağlanması amacıyla Şeffaflık Platformu adı altında bir merkezi veri ve analiz platformu işletmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir Şeffaflık Platformunda hangi verilerin yayınlanacağı, her yıl Ekim ayında yapılacak olan çalıştay sonucunda belirlenecektir. Yayınlanması kararlaştırılan veriler Kuruma sunulur ve Kurul onayının ardından yayınlanır. Ayrıca Kurum tarafından belirlenen raporlar da platformda yayınlanmak zorundadır. Kararın 4/II maddesinde EPIAŞ'ın verilerin ham hali ile ticari sır niteliği taşıyan verileri korumak üzere gerekli önlemleri alacağı düzenlenmiştir¹²⁵⁶.

organize edilip işletilen dengeleme güç piyasası ve yan hizmetler piyasası gibi elektrik piyasalarını ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

¹²⁵⁵ EPDK, 2015, Organize Toptan Elektrik Fiyatlarında Şeffaflığın Teminine İlişkin Raporlama Prosedürleri, 11.06.2015 T., 5629-17 numaralı karar (21.06.2015 T. ve 29393 S. RG).

¹²⁵⁶ TÜSİAD tarafından 2008 yılında yayınlanan raporda, elektrik perakende ve toptan satış sektöründe serbest bir piyasada arz güvenliğinin sağlanması açısından doğru fiyat sinyallerine dayanan şeffaf bir yapının kurulmasının kritik bir öneme sahip olduğu, aynı derecede öneme sahip olan bir diğer hususun ise piyasa oyuncularının piyasa ile ilgili güvenilir bilgilere zamanında ulaşılabilirliği olduğu belirtilmiştir. Raporda, güvenilir bilgiye zamanında ulaşamamasının, piyasaya yetersiz ya da isabetsiz yatırımlar şeklinde yansıdığı belirtildikten sonra EPDK'nın faaliyetleri eleştirilmiştir. EPDK'nın 2008 yılındaki mevcut yapısı itibarıyla, bir referans bilgi kaynağı olmaktan çok uzak olduğu, sadece TEİAŞ'ın internet sitesinde piyasa işlemleri ve işleyişine ilişkin bazı günlük bilgilerin bulunduğu, ancak bunların da zaman zaman kesintiye uğradığı, günlük bazda güvenilir verilere ulaşmayı sağlayacak başka bir veri kaynağının bulunmadığı; bu nedenle ticari sır niteliğinde olmayan her türlü bilginin güncel ve ulaşılabilir bir şekilde piyasa katılımcılarına sunulabilmesi

Rekabet Kurulu tarafından hazırlanan Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması raporunda; toptan satış piyasalarında piyasa izleme faaliyetleri ile alınacak ticari kararlarda arz, talep ve şebeke koşulları hususlarında gerekli olan bilgilere tüm piyasa katılımcılarının eşit şekilde erişiminin sağlanmasının elzem olduğu belirtilmiştir¹²⁵⁷. Kurul özellikle; daha fazla bilginin yayınlanmasıyla piyasa oyuncularının daha fazla bilgiye dayalı olarak karar almalarının sağlanacağını, böylece riskler ve piyasaya giriş engellerinin azalacağını ifade etmiştir. Rapora göre; ticari açıdan hassas bilgilere bazı oyuncular erişebilirken bazılarının erişememesi halinde adil olmayan bir ortam söz konusu olacak ve haksız kazançlar gündeme gelecektir. Piyasa oyuncuları tarafından piyasada şeffaflığın yeterli olmadığı algısına sahip olunması halinde piyasaya güven azalacak ve piyasaya giriş konusunda isteksizlik ortaya çıkacaktır. Raporda, Avrupa Komisyonu tarafından, büyük ölçekli piyasa oyuncularının bilgiye ulaşmada öncelik ya da münhasırlık elde etmesinin önlenerek tüm oyuncuların etkin bir şekilde bilgiye ulaşmasını sağlamak amacıyla çıkarılan tüzüklere değinilmiştir¹²⁵⁸. Söz konusu tüzükler ile verilerin şeffaf bir biçimde paylaşıldığı merkezi veri platformunun oluşturulması ve işletilmesinin, verilerin yeterli güncellikte, kolayca erişilebilir ve kaydedilebilir olmasının, fiyatlar üzerinde etkili olan tüm fiziksel koşullara ilişkin bilgilere eşit ve etkin şekilde erişimin sağlandığı vurgulanmıştır. Kurul; tüm bu olumlu etkilerin yanında bilgi değişimin, özellikle oligopol piyasalarda önemli bir sorun teşkil edebileceğini, ürünlerin homojen olduğu, arz ve talebin değişken olmadığı, giriş engellerinin bulunduğu, maliyet yapılarının benzer olduğu yoğunlaşmış piyasalarda bilgi değişiminin teşebbüsler arasında ortak bir anlayışa ulaşma, sapmaları tespit edip cezalandırma bakımından kolaylaştırıcı eylem rolü üstlenebileceğini belirtmiştir. Bu

amacıyla sektöre özgü bir enerji bilgi ağı projesine ivedilikle başlanması gerektiği ifade edilmiştir (Baş ve Ülgen, TÜSİAD-1, ss. 86-87). Mevcut sistem ile TÜSİAD'ın bu eleştirilerine konu olan bilgi sistemi kurulmuş bulunmaktadır.

¹²⁵⁷ RK, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%C3%B6r+Raporu%2FElektriksektor.pdf>, (31.05.2017).

¹²⁵⁸ - EC, 2009, Conditions for Access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulation (EC) No 1228/2003, 13.07.2009, OJ 14.08.2009 L 211/15, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0015:0035:EN:PDF> (01.06.2017).

- EC, 2013, Submission and publication of data in electricity markets and amending Annex I to Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Council, 14.06.2013, OJ 15.06.2013 L 163/1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:163:0001:0012:EN:PDF> (01.06.2017).

nedenle hangi bilgilerin yayınlanacağı belirlenirken bu hususların dikkate alınması gerekmektedir. Kurul, piyasa katılımcıları ile yapılan görüşmelerde piyasadaki şeffaflığın yeterli olmadığı ifade edildiğini, bu kapsamda şeffaflığın sağlanması yönünde ileri adımlar atılması gerektiğini, bunun yanında bilgilerin merkezi şekilde paylaşıldığı şeffaf bir platformun oluşturulmasının faydalı olacağını belirtmiştir¹²⁵⁹.

24 Mayıs 2016 tarihinde yapılan Elektrik Sektöründe Rekabet Hukuku Çalıştayı'na ilişkin Sonuç Bildirgesi'nde; oyuncuların bilgiye dayalı olarak karar alabilmesinin, yüksek pazar payına sahip firmaların ulaşabildiği hassas bilgilerin diğer oyuncuların da erişimini açık olmasının, yatırımcıların daha güvenli karar alabilmesi için bilgilere eşit şartlarda erişimin son derece önemli olduğu; bunun yanında piyasadaki şeffaflık seviyesi ve açıklanan bilgilerin içeriğinin teşebbüslerin koordinasyonuna olanak sağlamaması gerektiği ifade edilmiştir. Bildirge'de, kamu şirketlerinin piyasayı etkileyen davranışlarının, muhtemel tarife ve mevzuat değişikliklerinin, piyasadaki rekabeti etkileyebilecek kamu stratejilerinin tüm piyasa oyuncularıyla mâkul bir zamanlama ve içerikte paylaşılmasının önemli olduğu üzerinde durulmuştur. Bildirge'de ayrıca, piyasa izlemenin veri toplama, değerlendirme ve raporlama işlemlerini kapsadığı, bu işlemler için EPIAŞ bünyesinde Piyasa İzleme Komitesi'nin kurulmasının kararlaştırıldığı, bu süreçte komitenin bağımsız çalışma yeteneğinin güvence altına alınmasının ve komite performansının düzenleyici kurumlar tarafından takip edilmesinin önemli olduğu vurgulanmıştır¹²⁶⁰.

EPIAŞ tarafından kurulan ve işletilen Şeffaflık Platformu incelendiğinde, sunulan verilerin toplulaştırılmış ve istatistiki veriler olduğu, rekabeti bozucu herhangi bir bilgi değişimine yol açmadığı görülmektedir.

¹²⁵⁹ RK, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması, Ocak 2015, ss. 61-65.

¹²⁶⁰ RK, Elektrik Sektöründe Rekabet Hukuku Çalıştayı Sonuç Bildirgesi, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fDiger%2felctriksektor.pdf> (01.06.2017).

3.2.3.3. Doğalgaz Piyasası Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi

4646 sayılı Kanun m. 1'e göre bu Kanun'un amacı, doğalgazın kaliteli, sürekli, ucuz, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, doğalgaz piyasasının serbestleştirilerek mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir doğalgaz piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanmasıdır. Kanun'un amacı, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Komisyonunun 2003 tarihli Direktif'i¹²⁶¹ ile paralel doğrultudadır¹²⁶².

Fiyat konusunda tam şeffaflık sağlayan bir diğer yönetmelik, Doğalgaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği'dir¹²⁶³. Yönetmelik m. 5 hükmüne göre piyasa faaliyetleri kapsamında düzenlenen tarifeler; bağlantı tarifeleri, iletim ve sevkiyat kontrol tarifeleri, depolama tarifiesi, toptan satış tarifiesi ve perakende satış tarifiesidir. m. 6 hükmüne göre; tarifelerin düzenlenmesinde, doğal gazın müşterilere güvenilir, yeterli, kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli olarak sunulması, mali açıdan sürdürülebilirliğin sağlanması, yatırıma imkân sağlayacak mâkul ölçüde kârlılık, rekabetin gelişiminin desteklenmesi, ekonomik verimlilik ve rekabet artışından sağlanan faydanın müşterilere yansıtılması, çapraz sübvansiyon yapılmaması, teşvik esaslılık, eşit taraflar arasında ayırım yapılmaması ve şeffaflık ilkeleri esas alınmaktadır.

Yönetmelik m. 8 hükmüne göre; tarifelerin uygulanabilmesi için EPDK'nın onayı gerekmektedir. EPDK tarafından onaylanan tarifeler, tarife uygulama dönemi boyunca uygulanır ve ilgili tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Aynı maddenin son fıkrasına göre, ilgili tüzel kişiler Kurum tarafından onaylanan güncel ve geçmiş tarifelerini kamuoyuna duyurmakla ve internet sitelerinde yayınlamakla yükümlüdür.

Doğalgaz piyasasında da elektrik piyasasında olduğu gibi fiyat şeffaflığı bulunmaktadır. Ancak elektrik piyasası yönünden konuya ilişkin olarak yapmış

¹²⁶¹ EC, 2003, Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the internal market in natural gas and repeal of Directive 98/30/EC, 26.06.2003, OJ 15.07.2003 L 176/57, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0055&from=EN> (14.06.2017).

¹²⁶² Bülbul, ss. 47-48.

¹²⁶³ EPDK, Doğalgaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, 13.10.2016 T. ve 29856 S. RG.

olduğumuz değerlendirmeler burada da aynen geçerlidir. Zira doğalgaz piyasasında da aynen elektrik piyasasında olduğu gibi serbest tüketici ve serbest olmayan tüketici ayrımı mevcuttur. Serbest olmayan tüketiciler lisans sahibi dağıtıcı ile akdettikleri abonelik sözleşmesi çerçevesinde perakende satış fiyat tarifesine göre doğalgaz alabilmekte iken; serbest tüketiciler tedarikçisini seçme ve dilediği tedarikçi ile alım satım sözleşmesi akdetme hakkını haizdir¹²⁶⁴. Alım satım sözleşmeleri yönünden fiyatlar piyasada serbestçe belirlenmektedir. Bu nedenle, yukarıda elektrik piyasasında tarifeler ve rekabet arasındaki ilişki konusunda yapmış olduğumuz değerlendirmeler, elektrik piyasasına çok benzer özelliklere sahip doğalgaz piyasasındaki fiyat tarife sistemi hakkında da aynen geçerlidir.

4646 sayılı Kanun m. 7 hükmünde rekabetin korunması ve geliştirilmesi ile bilgi verme konularında düzenleme yapılmıştır. m. 7/I-a hükmünde rekabetin korunması ve geliştirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir¹²⁶⁵. m. 7/1-b hükmünde ise bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır¹²⁶⁶. 3. bentte;

¹²⁶⁴ Bülül, ss. 80-82.

¹²⁶⁵ “Madde 7- a) Rekabetin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin esaslar aşağıda belirtilmiştir:

1) 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen rekabet özgürlüğü, hakim durumun kötüye kullanılmaması, birleşme ve devir almaya ilişkin hususlar, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilere de uygulanır.

2) Türkiye’deki üretim şirketleri hariç olmak kaydıyla hiçbir tüzel kişi, Kurumun cari yıla ait olarak belirlediği ulusal doğal gaz tüketim tahmininin yüzde yirmisinden fazlasını satamaz. Bu oran, kayıplar düşüldükten sonra kalan net ulusal tüketim miktarından şirketin doğrudan doğruya veya sermayesinin yarısından fazlası kendisine ait şirketler vasıtasıyla tükettiği gaz miktarı tenzil edilerek bulunur. Bu oranın aşılması halinde Kurum tarafından gerekli önlemler alınır.

3) **(Değişik : 9/7/2008-5784/17 md.)** Doğal gaz piyasa faaliyeti yapan herhangi bir tüzel kişi, kendi faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak edebilir; ancak ayrı bir şirket kuramaz. İştirak ettiği tüzel kişi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak o tüzel kişinin sermayesinin veya ticari mal varlığının yarısından fazlasını veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma hakkına ya da denetim kurulu, yönetim kurulu veya tüzel kişiyi temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama hakkına ya da işlerini idare etme hakkına sahip olamaz. Kendi faaliyet alanında, faaliyet gösteren hiçbir tüzel kişiye iştirak edemez ve şirket kuramaz. BOTAŞ’ın mevcut iştirakleri, uluslararası projeler için kurulacak şirketleri ve gerçekleştireceği iştirakleri için bu madde hükmü uygulanmaz.

(Ek paragraf: 4/6/2016-6719/10 md.) Ancak, belirli şartları sağlayan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin teknik ve ekonomik gerekçeleri dikkate alınarak Kurul tarafından uygun bulunması hâlinde kendi faaliyet alanında faaliyet gösteren tüzel kişilerden sadece birine iştirak etmesi mümkündür. İştirake ilişkin şartlar ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.”

¹²⁶⁶ “b) Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişiler yaptıkları faaliyetle ilgili konularda, bilgi vermekle yükümlüdürler. Verilecek bilgilerin kapsamı ve bilgi verilecek merciler aşağıda belirtilmiştir.

1) Doğal gaz iletim ve sevkiyat kontrolü yapan iletim şirketleri, LNG tesisi ve yeraltı depolama tesisi işleten depolama şirketleri, şehir içi doğal gaz dağıtım faaliyeti yapan dağıtım şirketleri, doğal gaz temin eden üretim ve ithalat şirketleri, kendileriyle aynı alanda faaliyet gösteren diğer şirketlere, yaptıkları faaliyetlerin doğal gaz sisteminin emniyetli ve verimli işlemlerini teminen yeterli bilgi

“Doğalgaz piyasasında faaliyet gösteren taraflar ticari yönden hassas bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, Rekabet Kurumu ve Kurumun yapacağı soruşturmalar nedeniyle, ilgililere verecekleri bilgilerden dolayı sorumlu tutulamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından hazırlanan Doğalgaz Sektör Araştırması raporunda; erişim ve şeffaflığın eksikliğinin rekabetin önündeki en büyük engel olduğu, şeffaflığın olmadığı durumlarda mevcut ve potansiyel oyuncuların piyasaya güven duymayacağı, şeffaflığın aynı zamanda alıcıların da piyasaya olan güvenini arttıracığı, şeffaflığın ayrımcılığın önlenmesini sağlayacağı, likiditeyi arttıracığı ve etkin işletme kararları alınmasını sağlayacağı ifade edilmiştir¹²⁶⁷.

3.2.3.4. Petrol Piyasası Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi

PPK m. 10 hükmünde petrol fiyatlarının ne şekilde oluşacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hükme göre; işleme, boru hatlarıyla bağlantılı olmayan lisanslı depolama ve taşıma faaliyetlerine, iletim lisansı kapsamında yürütülen taşıma ve bu hatlarla bağlantılı tesislerdeki lisanslı depolama faaliyetlerine ilişkin tarifeler lisans sahiplerince hazırlanıp EPDK tarafından onaylandıktan sonra uygulanır. Kanun koyucu bu düzenlemenin hemen akabinde; *“Ancak, petrol piyasasında faaliyetleri veya rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte anlaşma veya eylemlerin piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturması halinde, gerekli işlemlerin başlatılmasıyla birlikte, her seferinde iki ayı aşmamak üzere, faaliyetlerin her aşamasında, bölgesel veya ulusal düzeyde uygulanmak için taban ve/veya tavan fiyat tespitine ve gerekli tedbirlerin*

vermekle yükümlüdürler.

2) Bu maddede belirtilen bilgilerin kapsamı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, Kurumun öncelikle çıkaracağı yönetmeliklerde belirlenecektir.

3) Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren taraflar ticari yönden hassas bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, Rekabet Kurumu ve Kurumun yapacağı soruşturmalar nedeniyle, ilgililere verecekleri bilgilerden dolayı sorumlu tutulamaz.

4) Doğal gaz piyasasında faaliyet gösteren tüzel kişiler, doğal gaz alım-satımı sırasında bizzat edindikleri veya denetleyen, denetlenen veya bağlı tüzel kişiler vasıtasıyla edindikleri gizli bilgileri, kendi menfaatleri veya kendilerine bağlı firmalar yararına kullanamaz.”

¹²⁶⁷ RK, Doğalgaz Sektör Araştırması, Temmuz 2012, http://www.ekonomiraporu.com/uploads/2017_05_10_13_00_14_diyetmedia_dokuman_Rekabet_Kurumu_DoYal_Gaz_PiyasasY_Sektor_Raporu_-_Temmuz_2012bebdede4490722b07b7de_5a464868712.pdf, (23.01.2018), ss. 92-93.

*alınmasına Kurum yetkilidir.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır*¹²⁶⁸. Hüküm incelendiğinde, piyasada rekabeti bozucu amaç, etki ya da potansiyel etki taşıyan anlaşma veya eylemlerin bulunması halinde Kurum’un fiyatlara müdahale edebileceği ve her seferinde iki aylık süreyi aşmamak kaydıyla tavan ve/veya taban fiyat tespit edebileceği anlaşılmaktadır. PPK’daki bu hüküm, RKHK ile uyum sağlamanın ve rekabet ihlallerinin oldukça yoğun olduğu petrol piyasasında rekabetin korunmasını sağlamanın da amaç edinildiğini göstermektedir. Ancak hükmün kaleme alınışında birtakım sıkıntılar mevcuttur. Şöyle ki; hükümde her ne kadar önce RKHK ile uyumlu bir şekilde *“rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte anlaşma veya eylemler”* ifadesine yer verilmiş ise de ardından *“piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturmaları halinde”* ifadesinde yer verilerek anlam karmaşasına ve potansiyel etkinin kapsam dışı bırakıldığı izlenimine sebep olunmuştur.

Doktrinde söz konusu hüküm nedeniyle Rekabet Kurumu ile EPDK arasında bir yetki çatışması olup olmadığı sorusunun akla geldiği, hükümde belirtilen durumlarda hangi kurumun müdahale etme yetkisinin bulunduğu net olmadığı, 5015 sayılı Kanun hükmündeki *“piyasa düzeninin bozucu etkiler oluşturma”* koşulunun EPDK’nın müdahalesi için gerekli olduğu; ancak bunun Rekabet Kurulu müdahalesi için gerekli bir koşul olmadığı isabetli olarak ifade edilmiştir¹²⁶⁹.

PPK m. 14’de bildirim yükümlülüklerine değinilmiştir. Buna göre; piyasaya ilişkin bilgilerin derlenmesi amacıyla bildirim yükümlülükleri EPDK tarafından belirlenecektir. Bu bilgilerin ilgililerine ve kamuya açıklanmasına ilişkin ilke, usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. Ticari gizlilik içeren bilgiler açıklanamaz. Kanun koyucu ticari gizlilik içeren bilgiler konusunda herhangi bir açıklama getirmemiştir. Bu kapsamda ticari sır kavramından hareketle bir belirleme yapılması gerekmektedir. Petrol piyasasına ilişkin bildirim yükümlülükleri hakkında ayrı bir yönetmelik bulunmamakta olup yukarıda belirttiğimiz gibi tüm enerji piyasasına ilişkin bildirim yükümlülükleri Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliği’nde tek bir çatı altında düzenlenmiştir.

¹²⁶⁸ Petrol piyasasında fiyat oluşumu ve fiyatlara müdahale konusunda bkz. Kayıkçı, ss. 97-107.

¹²⁶⁹ Şahin Yersu, Türk Enerji Sektörü, s. 20.

PPK m. 10 kapsamında getirilen tarife sistemi doğrultusunda EPDK tarafından Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği çıkarılmıştır¹²⁷⁰. Söz konusu Yönetmelik'te; tarife, fiyat listesi ve fiyat ilânı olmak üzere üç farklı kavramdan bahsedilmektedir. Yönetmelik'in "*Tanımlar*" başlıklı 4. maddesinde; fiyat, "*Teslim veya hizmet ifasının karşılığı olarak, birim başına aynen ödenmesi gereken meblağ*"; fiyat listesi, "*Mal veya hizmet türlerine göre, satışa esas ölçü birimleri ile fiyat veya tavan fiyatlarının yer aldığı doküman*"; tarife, "*Metodoloji ve fiyat listesinden oluşan doküman*"; metodoloji ise "*Fiyat listesinin oluşturulmasında kullanılan hesaplama yöntemi ile satışlarda kullanılan; nitelik, nicelik, bedel, indirim, had, teslim yeri ve şekli, ödeme koşulları, sorumluluklar, fire payları ve benzeri unsurlara ilişkin usul ve esasları kapsayan doküman*" olarak tanımlanmıştır. PPK m. 5/II hükmüne göre;

4. İletim, depolama, rafinerici ve dağıtıcı lisansları kapsamındaki faaliyetlerde tarife,
5. İşleme lisansı kapsamındaki faaliyetlerde fiyat listesi,
6. Bayilik lisansı (istasyonlu) kapsamındaki faaliyetlerde fiyat ilânı

esasları uygulanır. Bunlar dışında Kurul tarafından; taşıma, ihrakiye teslimi, madeni yağ ve bayilik (istasyonsuz) lisansları kapsamındaki faaliyetlerin tümü veya bir kısmı için tarife, fiyat listesi veya fiyat ilânı esaslarından birinin uygulanmasına, işleme lisansı kapsamında yürütülen faaliyetlerin tümünün veya bir kısmının fiyat listesi esasından muaf tutulmasına veya fiyat ilânı esasları uygulanmasına karar verilebilir.

Yönetmelik m. 9 ve 10 hükümlerine göre, bazı tarife değişiklikleri onaya, bazılarıysa sadece bildirimle tâbidir. Onaya tâbi olan tarife değişiklikleri onaylandıktan sonra Resmi Gazete'de yayınlanır. İletim ve depolama tarifeleri ile akaryakıt toptan fiyatları ve dağıtım fiyatlarına ilişkin en az, en çok ve ortalama veriler Kurum internet sitesi aracılığıyla kamuoyuna açıklanır. Dağıtıcılar tarafından bayileri için belirlenen tavsiye niteliğindeki fiyatlar veya tavan fiyatlarının iller bazında olacak şekilde internet sitelerinde açıklaması Kurum tarafından kararlaştırılabilir.

¹²⁷⁰ EPDK, Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği, 14.10.2008 T. ve 27024 S. RG.

Fiyat listelerinin değişiklikleri ise sadece bildirimle tâbidir; bildirimin yapıldığı günü takip eden gün uygulanmaya başlanır. Yönetmelik m. 13 hükmüne göre; istasyonlu bayilik lisansı sahipleri, satışa sundukları akaryakıtların resmi isimleri ile tavan fiyatlarını istasyonun ön cephesine, yoldan açıkça görünür şekilde ilân panosunda ilân etmek ve bu tavan fiyatların üzerindeki bir fiyata satış yapmamak zorundadır.

Yönetmelik çıkarılmadan önce EPDK tarafından Rekabet Kurulundan görüş istenmiştir¹²⁷¹. Rekabet Kurulu tarafından verilen görüşte; bayilerin uygulayacakları tavan fiyatları ilan panosunda ilan etme yükümlülüğü getirildiği, fiyatta rekabeti oluşturacak olan araç sahibi tüketicilerin fiyat kıyaslamalarını, istasyon içine girerek istasyon sahibi ya da pompa başında bulunan görevliden elde edeceği bilgilerle değil, ilan panosunda gördüğü fiyatlar üzerinden yaptığı, bu nedenle bu fiyatlarla pompa satış fiyatları arasında farklılık bulunmamasının daha sağlıklı olacağı, dolayısıyla bayilerin ilan panosunda tavan fiyatı değil, uygulanan fiyatı ilan etmekle yükümlü olmalarının sağlanmasının daha yerinde olacağı görüşü bildirilmiştir.

Rekabet Kurulu aynı görüş yazısında; bir kamu kurumu olan EPDK'nın özellikle sektörü izlemek ve birtakım değerlendirmeleri sağlıklı bir şekilde yapabilmek adına piyasadan her türlü bilgiyi toplamasının doğal olduğunu, ancak özellikle teşebbüslerin uyguladıkları fiyatlara ilişkin bilgilerin yayınlanmasının sektördeki rekabeti arttırmaya yönelik şeffaflıktan çok, rakip teşebbüslerin birlikte hareketlerini koordine etmeye ya da fiyat yönünden rekabet etmemeye yönelme riski taşımakta olduğunu, akaryakıt ürünlerinin nitelik itibarıyla homojen olması ve her ne kadar dağıtıcı lisansı sahipleri sayı itibarıyla fazla olsa da ilk dört teşebbüsün pazar payları toplamının %80'in üzerinde olması dolayısıyla fiyatlara ilişkin bilgilerin kamuoyuna açıklanmasının rekabet riskini arttıracakını ifade etmiştir. Kurul; iletim ve depolama lisansları kapsamında hazırlanan tarifelerin kamuoyuna güncel bir şekilde duyurulmasının, bu faaliyetlerin piyasadaki işleyişinde ayrımcılık yapılmamasının ve şeffaflığın sağlanmasının önemli olması nedeniyle faydalı olacağını belirtmiştir. Kurul dağıtım firmalarının bayilerine uyguladığı tavan/tavsiye edilen fiyatların güncel olarak internet ortamında yayınlanmasının ise rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması sebebiyle koordinasyona yol açma riski içerdiğini,

¹²⁷¹ RK, 11.10.2007 T. ve B.50.0.REK.0.03.00-010.03.01/ sayılı görüş yazısı.

bunun yanında tüketicinin fiyatlara ulaşmasında kolaylık sağlaması dolayısıyla faydalarının da bulunduğunu, bu nedenle mevcut uygulamanın rekabetçi açıdan takip edilerek ileride yeniden gözden geçirilmek üzere devam etmesinin uygun olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

Rekabet Kurulu; akaryakıt dağıtım fiyatı ile akaryakıt toptan fiyatına ilişkin toplanan bilgilerin, güncel olarak kamuoyuna duyurulmasının tüketici açısından bir yarar getirmediğini, aksine rekabetçi riskler taşıdığını, bu nedenle bu bilgilerin güncel olarak yayınlanmasının yerinde olmayacağını, eğer bu bilgilerin sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından bazı değerlendirmeler yapılabilmesi için yararlı olacağı düşünülüyorsa o zaman bu bilgilerin bir yıllık gecikmelerle kamuoyuna açıklanmasının isabetli olacağını ifade etmiştir.

Petrol piyasasında, özellikle istasyonlu bayilik lisanslı sahibi olan teşebbüsler arasında oluşan fiyat şeffaflığı, elektrik ve doğalgaz piyasasındaki şeffaflığa göre rekabet ihlâli oluşturma yönünden çok daha yüksek bir potansiyele sahiptir. Zira açıkladığımız üzere, bayiler tarafından uygulanan fiyatlar sadece fiyat ilânı esasına tâbi olup EPDK onayına ihtiyaç duymamaktadır. Aynı şekilde bu fiyatların değiştirilmesi için de sadece bildirim yeterli olup bildirim tarihinin ertesi günü değişiklik derhal uygulanabilmektedir. Bu durumda fiyat ilânları yoluyla bir fiyat bilgisi değişimi oluşmakta olup rakip teşebbüslerce fiyatların birbirleriyle uyumlaştırılması mümkün hale gelmektedir. Ancak fiyat ilânının sadece akaryakıt istasyonlarının ilân panolarında yapılıyor olması, rakip teşebbüslerin birbirlerinin fiyatları hakkında bilgi sahibi olabilmek için bu panoları görmelerinin gerekmesi, belirli mesafenin altındaki yakınlıkta akaryakıt istasyonu kurulamıyor olması¹²⁷² göz önüne alındığında, ilân panosunda ilân edilen fiyatların rakip teşebbüsler arasında dikkate değer bir şeffaflık sağladığını söylemek çok kolay olmayacaktır.

İstasyonların panolarında fiyatların ilân edilmesinin yarattığı şeffaflık daha çok tüketiciler bakımından etkilidir. Tüketiciler sadece panolara bakarak yolları

¹²⁷² Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 45 hükmüne göre; iki istasyon arasındaki mesafe; aynı yönde olmak üzere, şehirlerarası yollarda on, şehir içi yollarda bir kilometre mesafenin altında olamaz. İstasyonların aynı yönde olmaması halinde bu sınırlama uygulanmayacaktır (EPDK, Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği, 17.06.2004 T. ve 25495 S. RG).

Kilometre tahdidi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Gönül ve Alper Özboyacı, “Akaryakıt ve/veya LPG istasyonları Arasındaki Mesafeler Hakkında Mevzuatımızda Yer Alan Sınırlamalar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 22, 2008, ss. 119-126; Kayıkcı, ss. 109-118.

üzerindeki birden fazla istasyonun uyguladığı fiyatları görebilecek, kıyaslayabilecek ve kendileri için en uygun olanı seçebileceklerdir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; her ne kadar mevzuattan kaynaklanan bir bilgi değişimi mevcutsa ve bu bilgi değişimi rekabete en hassas bilgi olan fiyata ilişkin ise de, rakip teşebbüsler arasında etki alanının darlığı nedeniyle fiyat açıklamalarının ciddi bir şeffaflığa sebep olmadığı; buna karşılık bu fiyat ilânlarının tüketici menfaatine yönelik fayda sağlıyor olması dolayısıyla mutlaka rekabete yönelik bir ihlâl oluşturmayacağı düşünülebilir. Ancak bu, söz konusu fiyat şeffaflığının hiçbir zaman rekabete zarar vermeyeceği anlamına gelmez. Geniş coğrafi alanlarda (örneğin ülke bazında ya da büyük bir şehirde) önemli etkiler yaratmasa da rakipler arasındaki etkileşimin çok daha sıkı olduğu küçük coğrafi alanlarda (ilgili coğrafi pazarın bu alan olarak belirlenmesi halinde) bu şeffaflık sonucunda rakipler arasında anlaşma ya da bilgi değişimi sonucu ortaya çıkan uyumlu eylemler yoluyla sabit fiyat uygulamalarına gidilmesi sıklıkla görülebilir. Bu nedenle; petrol piyasasındaki fiyat şeffaflığının dikkat edilmesi gereken bir konu olduğunu ve rekabet ihlâline sebep olup olmadığı konusunda somut olay çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmek isabetli bir yaklaşım olarak düşünülebilir.

EPDK'nın internet sitesinde, petrol piyasasına ilişkin olarak yayınlanan aylık raporlar incelendiğinde; aylık yurt içi satış miktarları, ithalat ve ihracat miktarı, taşıt tanıma sistemi ile yapılan satış miktarının tüm alt ürün ve lisans türüne göre verilen ayrıntılı alt kırılımlarla ton ve yüzdelik pay olarak firma bazında ayrıntılı tablolar halinde açıklandığı görülmektedir. Verilen bu bilgilerin ticarete hassas bilgi niteliğinde olduğunu, gerek bu yönüyle gerekse bireysel olarak tüm alt kırılımlarla ayrıntılandırılmış olması dolayısıyla rekabeti bozucu etki gösterme potansiyeli bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

3.2.3.5. Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Mevzuatından Kaynaklanan Bilgi Değişimi

LPG piyasası, 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da

düzenlenmiştir. 5307 sayılı Kanun m. 12’de, piyasanın işleyişine ilişkin bilgileri derlemek amacıyla bildirim yükümlülüğünün, bilgilerin ilgililere ve kamuya açıklanmasına ilişkin usul ve esasların Kurum tarafından belirleneceği, piyasa açısından ticari gizlilik taşıyan bilgilerin açıklanamayacağı hükme bağlanmıştır. Yapılan bu düzenlemenin PPK m. 14 hükmü ile paralel olduğu görülmektedir.

EPDK tarafından 5307 sayılı Kanun’a dayanılarak Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği çıkarılmıştır¹²⁷³. Yönetmelik m. 1 hükmüne göre Yönetmelik’in amacı; LPG piyasasına arz edilen mal ve hizmetlerin güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içinde kullanıcılara sunumunun sağlanmasında şeffaflık, eşitlikçilik ve istikrarın teminine yönelik olarak, piyasa faaliyetlerine ilişkin bazı mal ve hizmet fiyatlarının oluşturulması, uygulanması ve ilgilileri ile kamuoyuna açıklanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Yönetmelik m. 5 ve m. 8 hükmüne göre; rafineriler ve dağıtıcılar lisansları kapsamında yaptıkları faaliyetlere ilişkin fiyatları tavan fiyatlar olarak Kuruma bildirirler. Otogaz bayilik lisansı sahipleri ise fiyatları, istasyonun ön cephesinde yolda açıkça görünür şekilde bulunan ilân panolarında ilân ederler. m. 7/II hükmüne göre; dağıtıcılar tarafından bayileri için iller bazında tavan olarak belirlenen fiyatlar Kuruma bildirilir ve dağıtıcıların internet sitesinde ilân edilir. Yönetmelik m. 7 hükmünün başlığı “*Fiyat değişiklikleri ve fiyatların kamuoyuna açıklanması*”dır. m. 7/I hükmünde, fiyat değişikliklerinin uygulamaya gireceği günün mesai saatinden önce Kuruma bildirilmesi ve rafinerici lisans sahipleri hariç olmak üzere lisans sahiplerince internet sitesinde ilân edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. m. 7/I hükmü, yukarıda açıklanan diğer hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, her ne kadar m. 7/I hükmünde bir açıklık olmasa da, fiyat değişikliği bildirim yükümlülüğünün dağıtıcı ve rafinerici lisans sahiplerine, internet sitesinde ilân yükümlülüğünün ise sadece dağıtıcı lisans sahibine ait olduğu anlaşılmaktadır. Zira otogaz bayilik lisansı sahiplerinin fiyatları Kuruma bildirme yükümlülüğü bulunmadığından fiyat değişikliklerine ilişkin de bir bildirim yükümlülüğü de yoktur.

Yukarıda üzerinde durulan düzenlemeler çerçevesinde, LPG piyasasında mevzuattan kaynaklanan fiyat bilgi değişimi sistemi ve bunun yarattığı bir fiyat

¹²⁷³ EPDK, Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği, 30.12.2014 T. ve 29221 Mük. S. RG.

şeffaflığı olduğu açıktır. LPG piyasasında petrol piyasasından farklı olarak tarife sistemine hiç değinilmemiş, bunun yerine sadece bildirim sistemi getirilmiştir. Bir başka deyişle; LPG piyasasında dağıtıcıların tarife hazırlamalarına ve EPDK tarafından bu tarifenin onaylanmasına ihtiyaç duyulmaksızın, sadece bayilere uygulanacak tavan fiyatları fiyat listesi halinde hazırlanıp EPDK'ya bildirilerek uygulanabilmektedir. Fiyat listelerinin EPDK'ya bildirilmesinde rekabet yönünden bir sorun yoktur. Ancak dağıtıcıların, bayileri için iller bazında tavan olarak belirlediği fiyat listelerinin ve bu fiyatlardaki değişikliklerin ayrıca internet sitesinde ilân yükümlülüğü bulunması rekabet ihlallerinin kolaylaşmasına sebep olabilecek bir hükümdür. Zira bu hüküm dolayısıyla tüm LPG dağıtıcılarının internet üzerinden birbirlerinin fiyatlarına kolaylıkla erişebilmeleri ve kendi fiyatlarını rakip teşebbüslerin fiyatları ile uyumlaştırmaları mümkündür. Ayrıca gözlem kolaylığı nedeniyle teşebbüslerin birbirlerinin fiyatlarını izleyerek sapmaları klaylıkla saptamaları da mümkün olabilecektir.

Bu sisteme yönelik olarak; fiyat değişikliklerinin uygulanmaya konacak olan günün mesai saatlerinden önce ilân edilmesinin gerekli olduğu, bu nedenle rakipler yönünden fiyatların uyumlaştırılabilmesi için yeterli zamanın bulunmadığı, ilân edilen fiyatların kesin fiyatlar değil, tavan fiyatlar olduğu, tavan fiyatların uygulanabilecek üst rakamı belirttiği ve kesin olarak uygulanan fiyatlar olmadığı savunmaları getirilebilir. Bu savunmalar bazı somut olaylar karşısında geçerli olarak kabul edilebilir.

Tüm bu nedenlerle; LPG piyasasına ilişkin dağıtım seviyesinde bir rekabet ihlali iddiası olduğunda konu, somut olayın şartları çerçevesinde case-by-case olarak değerlendirilmelidir. Eğer dağıtıcılar tarafından fiyat değişikliği ilanı bir önceki günden yapılmış ve akabinde rakip teşebbüslerce de aynı yönde değişiklik ilanları yapılmışsa, listelerde belirtilen fiyatlar her ne kadar tavan fiyat olsa da bayiler tarafından bağlayıcı şekilde bu rakamlar uygulanıyorsa, mevzuattan kaynaklanan fiyat bilgi değişiminin teşebbüslerce bir uyumlu eylem aracına dönüştürüldüğünün kabul edilmesi gerekecektir. Buna karşılık; tavan fiyatların bayiler üzerinde bağlayıcılık etkisi olmadığı ve farklı fiyatlar uygulandığı gözlemleniyor, fiyat değişiklik duyuruları mesai başlamadan hemen önce yapılıyor ve bu fiyat değişiklikleri çok sık bir şekilde gerçekleşiyorsa, bir başka deyişle rakip teşebbüsler

tarafından izlenip uyumlaştırma sağlanması çok mümkün görünmüyorsa bir rekabet ihlali olmadığı sonucuna varılabilecektir.

Otogaz bayilerinin fiyatları istasyonlardaki fiyat panolarında ilân etmesi sistemi, petrol piyasasındaki istasyonlu bayilik lisansı sahiplerinin ilan sistemiyle bire bir aynıdır. Bu nedenle petrol piyasasına ilişkin olarak konu hakkında yapılan rekabet değerlendirmeleri burada da aynen geçerlidir.

Doğalgaz Piyasası Kanunu m. 10/II'ye uygun olarak Yönetmelik m. 9/II ile getirilen hükümde, petrol piyasası ile aynı yönde bir düzenlemeye yer verilerek; *“LPG piyasasında faaliyetleri veya rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte anlaşma veya eylemlerin piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturması halinde, gerekli işlemlerin başlatılmasıyla birlikte, her seferinde iki ayı geçmemek üzere, faaliyetlerin her aşamasında, bölgesel veya ulusal düzeyde uygulanmak için taban ve/veya tavan fiyat tespitine ve gerekli tedbirlerin alınmasına Kurum yetkilidir.”*

Görüldüğü gibi; hükmün kaleme alınışı, PPK m. 10 ve birebir aynı hükmü içeren Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi Yönetmeliği m. 15 hükmü ile tamamen aynıdır. Bu nedenle; yukarıda hükmün kaleme alınışına ilişkin yapmış olduğumuz eleştiriler burada da aynen geçerlidir.

3.2.4. Vergi Usul Kanunu (VUK) Hükümlerinden Kaynaklanan Bilgi Değişimi

Gelir idareleri zaman zaman işletmeleri VUK m. 134 vd. hükümleri gereği incelemeye tâbi tutmaktadır. Genellikle teşebbüsün mali yükümlülüklerini yerine getirmediği yönünde ihbarda bulunulması, teşebbüsün sürekli ticari ilişki içinde bulunduğu teşebbüslerden biri ya da birkaçı hakkında sahte fatura düzenlediği yönünde vergi incelemesi raporu hazırlanması, işletmenin uzun süredir beyannamelerini vermeyip vergilerini ödememesi veya adres değişikliği bildirimine rağmen yapılan yoklamada bildirilen adreste bulunmadığının ya da fiilen bu adreste bulunmasına rağmen beyan edilen miktarlarda alım ve satım yapması için gerekli olan işletme tesisatı, işçi, araç ve depoya sahip olmaması gibi sebeplerle gelir idareleri tarafından gerçek ve tüzel kişi tacirler hakkında inceleme başlatılmaktadır.

Vergi denetmenlerince yapılan inceleme sırasında, işletmenin tüm ticari defter ve belgeleri ayrıntılı olarak incelenmektedir. Yapılan inceleme sonunda vergi inceleme raporu hazırlanmakta ve herhangi bir usulsüzlük olduğu kanaatine varılmışsa usulsüzlüğün türüne göre KDV, stopaj, özel usulsüzlük cezası gibi vergi/ceza tarh ve tahakkuk işlemleri yapılmaktadır. Ayrıca vergi tekniği raporuna ek olarak hazırlanan vergi ceza raporu, işletmenin merkezinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilerek ihbarda bulunmaktadır. İlgili Cumhuriyet Başsavcılığı yapılan ihbar kapsamında dava açılması gerektiği kanaatine varırsa Asliye Ceza Mahkemesinde işletmenin yöneticileri hakkında ceza davası açılmaktadır.

Bir firma hakkında olumsuz bir vergi inceleme raporu düzenlendikten sonra genellikle bu bir silsile halinde o işletmenin ticaret yaptığı diğer tüm firmalara sirayet etmektedir. Özellikle sahte fatura düzenleme ve kullanma yönünde bir kanaate varılmışsa, ilgili firmanın mal aldığı ve mal sattığı tüm firmalar aynı şüpheyile incelemeyle alınmaktadır. Genellikle de sahte fatura keşide ettiği iddia edilen gerçek veya tüzel kişinin resmi kayıtlara göre mal sattığı görülen hemen hemen tüm firmalar hakkında sahte fatura kullandığı yönünde vergi inceleme raporları düzenlenmekte ve bu firmaların yetkilileri hakkında ceza davaları açılmaktadır.

Açılan bu ceza davalarında mahkeme tarafından, alt firma hakkında düzenlenen vergi inceleme raporu ilgili idareden celp edilmektedir. Bir başka deyişle; A firmasından aldığı faturaların sahte olduğu suçlamasıyla B firmasının yetkilisinin ceza mahkemesinde yargılanması sırasında, ceza mahkemesi tarafından A firması hakkında düzenlenen vergi inceleme raporu celp edilmektedir. Böylece, uzman bilirkişi tarafından her iki rapor birlikte değerlendirilerek atılı suçun oluşup oluşmadığı kanaatini bildirir bir rapor hazırlanmakta ve mahkeme tarafından her iki vergi tekniği raporu ile bilirkişi raporu göz önünde bulundurularak hüküm tesis edilmektedir.

Ceza mahkemesinde yapılan bu yargılama aşamasında, sözü edilen vergi inceleme raporları nedeniyle bilgi değişimi konusu gündeme gelmektedir. Zira vergi denetmenleri tarafından hazırlanan vergi inceleme raporlarında, hakkında rapor hazırlanan firmaya ilişkin birçok önemli bilgiye yer verilmektedir. Firmaların yıllık toplam alışları, toplam satışları, bu alış ve satışların miktarları ve bedellerine göre

müşteriler bazında isim belirtilerek dağılımı, yıllık ciro, kâr veya zarar miktarı, vergiye esas matrahlar, firmada yer alan hammadde stokları, firmanın tüm malvarlığı ve ortalama değerleri, yıllık üretimi gibi birçok önemli ticari bilgiler vergi inceleme raporları kapsamında tablolar halinde yer almaktadır. Ceza yargılaması sırasında, ceza hâkimi tarafından alt firma hakkında düzenlenmiş olan vergi inceleme raporunun dosyaya celbi halinde, alt firmaya ait birçok ticari bilgi ve sır, ilgili ceza dosyasında yargılanan sanık ve dolayısıyla sanığın yetkilisi olduğu şirket tarafından öğrenilmektedir. Zira dosyada yargılanan sanığın gerek bizzat gerekse avukat aracılığıyla dosyayı inceleme ve dosyadaki her türlü belgeden suret alma hakkı mevcuttur. Ayrıca sanığın kendi savunmasını yapabilmesi için bu belgeleri incelemesi zaruridir. Bu kapsamda; dosyayı inceleyen sanık, alt firma hakkındaki önemli ticari bilgileri öğrenmiş; bir başka deyişle mahkeme kanalıyla bir bilgi değişimi gerçekleşmiş olmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında sanığın savunma hakkının kısıtlaması mümkün olmayacağından ve bir hukuk devletinde böyle bir yaklaşım kabul edilemeyeceğinden, savunma hakkının dokunulmazlığı karşısında, bu süreçte ortaya çıkan bilgi değişimi sonucu kabul edilebilir niteliktedir. Bir başka deyişle; bu süreçte bilgi değişimi faaliyetinin konusunu oluşturan bilgiler çok önemli ticari sır niteliğinde olsa dahi, rekabet hukukunun bu faaliyete yönelik bir müdahalesi söz konusu olamaz. Buna karşılık; dosya içeriğinden bilgi edinen kişi, bu şekilde edindiği bilgileri kendi işletmesinin politikalarını belirlemekte kullanır ise bu noktada rekabet hukuku mevzuatının uygulanması gerekecektir. Ancak söz konusu vergi tekniği raporlarındaki bilgiler genellikle tarihi bilgi niteliğindedir. Zira yapılan vergi incelemeleri genellikle geçmiş dönemlere, en günceli ise bir önceki yıla dayalı olarak yapılmaktadır. Bu nedenle bu şekilde elde edilen bilgilerin rekabet hukukuna aykırı olarak kullanılma olasılığı çok kuvvetli değildir.

3.2.5. Değerlendirme

Yukarıda ayrıntılı olarak değinmiş olduğumuz üzere; her ne kadar RKHK kapsamında rakip teşebbüsler arasında, özellikle ticarete hassas bilgiler yönünden bilgi değişimi faaliyetleri yasaklanmakta ise de rekabet hukukunun kapsamı dışında

olan birçok yasal düzenlemeyle rakipler arasında bazı hususlarda bilgi değişiminin gerçekleşmesinin önü açılmakta, hatta bu bilgi değişimleri ve açıklamaları zorunlu kılınmaktadır.

Doktrinde Esin, teşebbüsler arasındaki anlaşma, uyumlu eylem veya kararların resmi merciler tarafından bilinmesi, onaylanması ve teşvik edilmesinin bunları rekabet hukukuna tâbi olmaktan çıkarmayacağını, bu tür Devlet tutumlarının ancak idari cezayı hafifletebileceğini belirtmiştir¹²⁷⁴. Yazar ayrıca; RKHK dışındaki diğer yasal düzenlemeler ile rekabeti bozucu nitelikte birtakım yükümlülükler veya hareket imkânı getirilmiş ise de bu durumun rekabet ihlâlini haklı göstermeyeceğini ifade etmiştir. Yazar tarafından sözkonusu görüş açıklanırken, bazı sektörler için zorunlu olan fiyat ilânları örnek olarak verilmiştir. Buna göre; fiyat ilân zorunluluğu getiren yasal düzenlemeler karşısında ilgili teşebbüsün, söz konusu davranışı için Rekabet Kuruluna başvurarak menfi tespit talebinde bulunması gerekmektedir. Rekabet Kurulu bu başvuru kapsamında teşebbüse menfi tespit verebileceği gibi bireysel muafiyet de tanıyabilir. Ancak her halükârda Kurulun, rekabeti bozucu nitelikteki mevzuatın rekabet hukuku mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesi için gerekli girişimlerde bulunması gerekmektedir. Bu görüşün dayanağı olarak Roma Anlaşması m. 5 hükmü gösterilmiş, bu hükme göre üye devletlerin, işbu anlaşmanın amaçlarının gerçekleşmesini tehlikeye sokabilecek tüm girişimlerden kaçınmaları gerektiği üzerinde durulmuştur. Bu görüşe göre; sadece devletin fiyat müdahalesinde bulunduğu sektörlerdeki fiyat ayniyeti ise rekabet ihlâli olarak değerlendirilemez¹²⁷⁵.

Açıklanan bu görüş her ne kadar başka yasal düzenlemelerin rekabet hukuku mevzuatıyla çelişmesinin ve piyasadaki rekabet ortamının bozulmasının önüne geçilmesini amaçlamakta ise de kanaatimizce bu görüşün bilgi değişimi çerçevesinde uygulanması çok mümkün ve faydalı görünmemektedir. Zira yukarıda açıkladığımız üzere; bazı bilgi değişimleri (örneğin EPDK'dan kaynaklanan bildirim ve ilân yükümlülükleri) ilgili piyasaya yapılan müdahalelerin bir gereği olup bu müdahaleler ilgili piyasadaki rekabeti olumlu yönde etkilemektedir. Bazı bilgi değişimleri ise, doğrudan mevzuat ile düzenlenmemiş olsa da dolaylı olarak (örneğin; due diligence, sermaye şirketlerinde pay sahiplerinin bilgi alma hakkı, VUK'tan kaynaklanan bilgi değişimi gibi) ortaya çıkmakta olup bunun önüne

¹²⁷⁴ Esin, Rekabet, ss. 54-55.

¹²⁷⁵ Esin, TÜSIAD, ss. 66-68.

geçilmesi ya da yasal düzenlemeler ile kısıtlanması; savunma hakkı, vazgeçilemez nitelikteki ortaksal haklar gibi başkaca temel hakların kısıtlanması anlamına gelebilecektir. Ayrıca bu tür bir kısıtlama yoluna gidilmesi birtakım hukuki işlemlerin yapılamaması ve ticaretin olumsuz etkilenmesi sonucunu doğuracaktır. Örneğin due diligence yapılmadan şirket birleşme ve devralma işlemlerinin yapılması mümkün değildir.

Doktrinde İ.Y. Aslan tarafından da; rekabetin sınırlandırılması amacı güden teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya kararların, devletin kurum ve kuruluşlarının teşvikiyle gerçekleşmiş olmasının ihlâl sonucunu ortadan kaldırmayacağı ve söz konusu teşebbüslerin cezalandırılmasına engel olmayacağı belirtilmiştir. Yazar konuya ilişkin bazı Kurul kararlarını örnek olarak göstermiştir¹²⁷⁶. Yazar tarafından görüşün dayanağı olarak gösterilen Kurul kararlarından biri “*Superonline İletişim Hizmetleri A.Ş. vd.- Türk Telekomünikasyon A.Ş., TTNET A.Ş.*” kararı¹²⁷⁷, bir diğeri ise *On iki Banka Kararı*” olarak bilinen “*Akbank T.A.Ş. vd*” kararıdır¹²⁷⁸. Söz konusu kararlardan TTNET kararında, Türk Telekom’un üst pazardaki hâkim durumunu, bütünleşik bir yapı içinde bulunduğu TTNET’in faaliyet gösterdiği alt pazarda kötüye kullanarak fiyat sıkıştırması yaptığına yönelik şikâyetin incelenmesine ilişkindir. On iki Banka kararında ise on iki bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetlerinde uygulanan faiz, ücret ve komisyonları birlikte belirledikleri yönünde bir inceleme yapılmıştır. TTNET incelemesinde fiyatların BTK denetiminden, On iki Banka kararında ise BDDK denetiminden geçtiği yönünde savunma getirilmiş olmasına rağmen Kurul, regülasyona tâbi olan alanlara Rekabet Kurulunun müdahalede bulunmasının önünde bir engel bulunmadığını belirterek savunmaları reddetmiştir. Görüldüğü gibi; bahsi geçen kararlar regülasyondan kaynaklanan bilgi değişimine ilişkin değildir.

İ.Y. Aslan, başka kanunlardan kaynaklanan ihlâllerde özel-genel kanun ve önceki-sonraki kanun ilişkisi çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre; RKHK’dan önce çıkarılmış olan kanun hükümlerinin, RKHK ile yürürlükten kaldırıldığının söylenebileceğine, RKHK’dan sonra çıkan kanunlar

¹²⁷⁶ İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 27-28.

¹²⁷⁷ RK, 2013, *Superonline İletişim Hizmetleri A.Ş. vd.- Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve TTNET A.Ş.*, 19.12.2013, 13-71/992-423.

¹²⁷⁸ Bkz. yuk. s. 227, dn. 744.

bakımından ise bu hükümlerin rekabet politikası gereği yeniden düzenlenmesinin zorunlu olduğuna işaret etmiştir. Yazar, regüle piyasalar bakımından yaptığı değerlendirmede ise, yapılan işlemin regülasyon kapsamında olup olmadığının somut olay çerçevesinde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır¹²⁷⁹.

Doktrinde Sarıçiçek tarafından, düzenlemenin bir kanunla yapılmış olması halinde RKHK'ya aykırılıktan söz edilmemesi gerektiğini; ancak kanunda yer almamasına rağmen ikincil mevzuatla getirilen bir düzenlemenin bulunması halinde, bu ikincil mevzuatın RKHK'ya aykırılığı ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir¹²⁸⁰.

Doktrinde Özdemir, regüle sektörler yönünden regülasyon kurumu ile Rekabet Kurulu arasındaki yetki paylaşımının net bir şekilde ortaya konması gerektiğini, regüle bir sektör dahi olsa, bir eylemin rekabete aykırı olması halinde Rekabet Kurulu tarafından yaptırım uygulanmasını, bunun dışındaki piyasa kurallarına yönelik diğer aykırılıklarda ise regülasyon kurumunun yetkisinin söz konusu olması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁸¹.

Ardıyok ve Yüksel ise bir eylemin hem regülasyon kapsamındaki düzenlemelere hem de rekabete aykırı olması halinde, Rekabet Kurulu ile regülasyon kurumu arasındaki yetki çatışması konusuna açıklık getirmekle yetinmiştir. Buna göre; eğer teşebbüsün ihlâl niteliğindeki eylemi regülasyon kurumunun öncül düzenlemelerine aykırılık teşkil etmiyorsa bu durumda ihlâl Rekabet Kurulu tarafından ele alınmalıdır. Buna karşılık söz konusu eylem, regülasyon kurumunun öncül düzenlemelerine aykırılık teşkil ediyorsa o zaman bir ikinci bir inceleme daha yapılmalıdır. Yapılacak inceleme, regülasyon kurumunun öncül düzenlemesinin uygulanması rekabetçi zararı gidermekte yeterli olup olmayacağı noktasında toplanmalıdır. Eğer yeterli olacaksa Rekabet Kurulu'nun ayrıca soruşturma yapmasına gerek kalmayacaktır. Buna karşılık; regülasyon kapsamındaki öncül

¹²⁷⁹ İ. Y. Aslan, Rekabet, ss. 32-35.

¹²⁸⁰ Can Sarıçiçek, "Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku İlişkisi Bağlamında Rekabet Kurulu ve Mahkeme Kararları", **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 84-85.

¹²⁸¹ Yazar görüşünü telekomünikasyon sektörü ve BTK'nın yetkileri çerçevesinde açıklamış olup ayrıntılı bilgi için bkz. Ümit Nevruz Özdemir, "Telekomünikasyon Sektöründeki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku İlişkisinde Güncel Mahkeme Kararları", **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 131-140.

düzenlemeler, piyasadaki rekabetçi zararı giderme konusunda yetersiz kalacaksa bu takdirde Rekabet Kurulu kendi mevzuatı çerçevesinde harekete geçmelidir¹²⁸².

Kanaatimizce bu kapsamda; yasal düzenlemeler yoluyla getirilen bildirim ya da açıklama yükümlülükleri yoluyla ortaya çıkan bilgi değişimleri ile doğrudan bilgi değişimi öngörülmemiş olmasına rağmen niteliği gereği bilgi değişimine yol açan hükümlerin uygulanması halinde RKHK'ya aykırılıktan söz edilmesi söz konusu olmamalıdır. Aksi durum; teşebbüsler açısından hukuki belirsizliğe ve hukuk güvenliğinin sarsılmasına sebep olacaktır. Buna karşılık; ilgili yasal düzenlemeler sonucu ortaya çıkan bilgi değişiminin, RKHK'dan kaynaklanan yasakları dolanmak amacıyla kullanılması ve bu şekilde uyumlu eylem veya kartel oluşturmaya yönelik davranışlar içine girilmesinin engellenmesi için oldukça titiz davranılması gerekmektedir. Bu nedenle, mevzuatla getirilen bildirim veya açıklama yükümlülüklerinin kapsamının, rekabet ihlâli yaratma amacıyla ya da böyle bir etki yaratacak şekilde aşılması halinde, bu eylemin RKHK m. 4'e aykırı olduğunun kabul edilmesi ve yaptırıma bağlanması gerekmektedir.

Doktrinde Gürkaynak ve diğerleri de özellikle; teşebbüslerin idari işlemlerden kaynaklanan yükümlülüklerini mi yerine getirdikleri, yoksa bu yükümlülükleri yerine getirmek adına idari işlemlerin sağladığı zemini kullanarak kendi inisiyatifleriyle hareket ederek rekabet hukuku ihlâllerinde mi bulunduklarının tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yazarlar; bu noktada Rekabet Kurulunun, özellikle belirli ek ihlâller bulunmaması halinde teşebbüsleri, idari işlemlerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiğini kabul etmesinin daha isabetli olacağını, ancak bunun ölçüsünün dürüstlük ve iyiniyet kuralları çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹²⁸³.

¹²⁸² Şahin Ardıyok ve Barış Yüksel, “Mevzuat ve Danıştay Kararları Işığında Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Çatışması”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 175-176.

¹²⁸³ Gürkaynak, Gönenç, K. Korhan Yıldırım, Aysu Güneş ve Alper Özyavaş, “Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Kararı Işığında Rekabet Hukuku ile Yasama ve Yürütme Organlarının İşlem, Eylem ve Düzenlemeleri Arasındaki İlişki”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 113-114.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINDAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ VE UYUMLU DAVRANIŞ BİÇİMİ OLARAK BİLGİ DEĞİŞİMİ

4.1. YATAY İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARINDAN KAYNAKLANAN BİLGİ DEĞİŞİMİ

4.1.1. Yatay İşbirliği Anlaşmaları

Yatay işbirliği anlaşmaları, mevcut ve potansiyel rakipler arasında yapılan işbirliğine yönelik anlaşmalardır¹²⁸⁴.

Yatay işbirliği anlaşmaları, taraflarına önemli faydalar sağlayan anlaşmalar olup riskin paylaşılması, maliyetlerden tasarruf, yatırımların artması, know-how havuzu, ürün kalite ve çeşitliliğinin artması, yeniliklerin daha hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gibi etkinlik arttırıcı sonuçlar doğurabilir¹²⁸⁵. Bu tür işbirliği anlaşmaları potansiyel olarak rekabeti destekleyebilir ve tüketiciler açısından fayda sağlayabilir¹²⁸⁶.

Bu faydaların yanında yatay işbirliği anlaşmaları, rakipler arasındaki rekabeti ortadan kaldırarak piyasadaki rekabet ortamına ciddi zararlar verebilir¹²⁸⁷, kartelleşmeye yol açabilir ve tüm bunlar tüketici aleyhine sonuçlar doğurabilir. Ayrıca yatay işbirliği anlaşmaları, stratejik bilgilerin açıklanmasına ve taraflar arasında koordinasyon oluşmasına yol açarak maliyetlerin ortaklığına ve tarafların

¹²⁸⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p.4.

¹²⁸⁵ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 4; Lerzan Kayıhan, **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 67; Altun, ss. 5-6.

Doktrinde Kayar, yatay işbirliği anlaşmalarının rekabet ortamına olumlu katkılarını şu şekilde sıralamıştır: Pazara yeni bir oyuncunun girmesini sağlama, ölçek ve kapsam ekonomilerine yol açma, etkinliği arttırma, teknoloji ve bilginin transferini kolaylaştırma, yeni pazarlara erişimdeki sorunları azaltma, ürünlerin standart ve kalitelerinde iyileşmeler ve yeniliklerin ortaya çıkmasını hızlandırma (Kayar, s. 10).

¹²⁸⁶ Schrag ve Schneirov, p. 210.

¹²⁸⁷ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p.4; Schrag ve Schneirov, p. 210.

piyasa fiyatları ile arz miktarlarını daha kolay bir şekilde koordine etmelerine, gizli işbirliği anlaşmalarına ve uyumlu eylemlere sebep olabilir¹²⁸⁸, ¹²⁸⁹.

Yatay işbirliği anlaşmaları arasında en geniş yer tutan anlaşmalar, ortak girişim (*joint venture*) niteliğindeki anlaşmalardır¹²⁹⁰.

Doktrinde Kılıç, ortak girişimi en geniş anlamda, “birbirinden bağımsız en az iki gerçek veya tüzel kişinin, belli bir iktisadi amaca ulaşmak için, müştereken kontrol etmek üzere, adi veya tüzel kişiliğe sahip ortaklık olarak oluşturdukları her türlü teşebbüs” olarak tanımlamıştır¹²⁹¹.

Kayıhan ise ortak girişimi; “iki ya da daha fazla sayıda bağımsız teşebbüsün sahip olduğu kaynakların üretim kapasitesinin artırılmasına, yeni bir çeşit teknoloji gelişimine ya da yeni bir pazara girişe olanak verecek biçimde bütünleşmesi” olarak tanımlamıştır¹²⁹².

İ. Y. Aslan’a göre; “Ortak girişim sözleşmesi iki veya daha fazla kişi veya teşebbüs tarafından belirli bir iktisadi amaca ulaşmak için kendilerinden bağımsız bir varlığı ve organizasyonu olan ve ortaklaşa kontrol edilecek yeni bir teşebbüs

¹²⁸⁸ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 10; Kayar, ss. 28-29; Kayıhan, ss. 50-53; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 124; Altun, s. 6.

¹²⁸⁹ Doktrinde Kayar, yatay işbirliği anlaşmalarının olumsuz etkilerini şu şekilde sıralamıştır: Potansiyel rekabet ihtimalini ortadan kaldırma, rakipler arasında fiyat tespitine imkân tanıma, üretimin ve yeniliklerin kısıtlanmasına yönelik oluşumları kolaylaştırma, pazar gücünün doğmasına zemin hazırlama, pazara giriş engelleri yaratma (Kayar, s. 11).

¹²⁹⁰ Ortak girişimlerin karşımıza çıkması birçok farklı şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak; birden fazla teşebbüs birlikte yeni bir ortak girişim oluşturabilirler. Bu durumda ortak girişimi oluşturan teşebbüsler işlemin ilgili taraflarını oluşturmaktadır. İkinci durum; mevcut bir teşebbüsün devralınması suretiyle oluşan ortak girişimlerdir. Örneğin piyasada faaliyet gösteren A teşebbüsünün B ve C teşebbüsleri tarafından devralınması durumunda bir ortak girişim ortaya çıkmıştır. Bu durumda söz konusu işlem bakımından ilgili taraflar, A, B ve C’dir. Üçüncü olasılık; varlıkların kısa sürede paylaşılması amacıyla kurulan ortak girişimlerdir. Örneğin A ve B teşebbüslerinin bir konsorsiyum oluşturup özelleştirme ihalelerine girmeleri, ihaleyi kazanırlarsa işletmeyi birlikte yürütmeleri ya da ihaleden sonra kısa bir süre içinde o teşebbüsün varlıklarını kendi aralarında bölüşmeleri durumu buna örnektir. Dördüncü olasılık; ortak girişimi kontrol eden hissedarların değişmesidir. A, B ve C tarafından işletilen X ortak girişiminde C hisselerini D’ye devredip ortak girişimden ayrılırsa yapılacak incelemede ilgili taraflar A, B ve D olacaktır. Beşinci olasılık; bir ortak girişimin başka bir teşebbüsü devralmasıdır. Son olasılık ise bir ortak girişimin dağılıp işleten teşebbüsler arasında paylaşılmasıdır. Bu olasılıkta faaliyette olan bir ortak girişimin farklı kısımları farklı teşebbüsler arasında paylaşılacaktır ve böylece ortak kontrolün devri söz konusu olacaktır (Salim Aydemir, “2010/4 Sayılı Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22.04 2011, ss. 117-118).

¹²⁹¹ Kılıç, s. 122.

¹²⁹² Kayıhan, s. 11.

oluşturmak hususunda yaptıkları herhangi bir şekle bağlı olmayan sözleşmelere denir.”¹²⁹³

Doktrinde Badur ortak girişimin tanımını, “iki veya daha fazla işletmenin belirli bir ekonomik amacı gerçekleştirmek için oluşturdukları birliğin kuruluş ve işleyiş sözleşmeleri” şeklinde ifade etmiştir¹²⁹⁴.

Sanlı’ya göre ortak girişim; *birbirinden hukuken ve iktisadi anlamda bağımsız teşebbüslerin, ortak bir gaye etrafında bir araya gelerek, müşterek kontrolü ellerinde tuttukları bir organizasyon vasıtasıyla iktisadi faaliyet gösterdikleri bir ortaklık ilişkisi*”dır¹²⁹⁵.

Uluçlar ise ortak girişimi; “*ticari faaliyete yönelmiş birleşme, birleşme benzeri veya anlaşma da dâhil her türlü işbirliği modelini ifade eden bir çerçeve kavram*” olarak tanımlamıştır¹²⁹⁶.

Ortak girişim, tek bir işin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulabileceği gibi, süreklilik arz eden bir iş için de kurulabilir. Ortak girişim; maliyet tasarrufu, riskin paylaşımı, müşteri arttırma, ortakların birbirlerinin teknolojik üstünlüklerinden faydalanmaları gibi birçok sebeplerle tercih edilebilir¹²⁹⁷.

Ortak girişimler, sözleşmeye dayalı ortak girişimler ve sermayeye katılmalı ortak girişimler olarak ikiye ayrılabilir. Sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde, ortak girişimin tarafları bir katılım payı getirmeyi taahhüt ederler; ancak getirilecek katılım payı genellikle kullanma ve yararlanma haklarını oluşturur. Bir

¹²⁹³ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 905; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 242-243.

¹²⁹⁴ Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 122.

¹²⁹⁵ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 332.

¹²⁹⁶ Önder Suat Uluçlar, **Yoğunlaşmalarda Tam İşlevsellik-Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Kapsamında**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 7.

¹²⁹⁷ Doktrinde Kılıç ortak girişimlerin; teşebbüslerin yeni yatırım ve pazar alanlarına girmesini kolaylaştırmak, sinerji yaratmak, fon sağlamak, risklerin ve maliyetlerin paylaşılmasını sağlamak, teknolojiye ulaşmak, araştırma ve geliştirme çalışmalarını kolaylaştırmak gibi pek çok konuda büyük faydalar sağladığını belirtmiştir (Kılıç, s. 122).

Doktrinde Kayıhan ise; ortak girişimlerin etkilerini, verimlilik arttırıcı etkiler ve rekabetçi konumu güçlendirici etkiler olmak üzere iki başlık altında incelemiştir. Buna göre verimlilik arttırıcı etkiler; sinerji yaratma, ölçek ve/veya kapsam ekonomilerinden yararlanma, rasyonel davranma, teknolojiye ulaşım, risk paylaşımı ve fon yaratma iken rekabetçi konumu güçlendirici etkiler; yatay çeşitlilik, dikey entegrasyon ve yeni coğrafi pazarlara erişim olarak listelenmiştir (Kayıhan, ss. 16-19).

Ortak girişim anlaşmalarının olumlu etkileri hakkında ayrıca bkz. Akıncı, ss. 117-119; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 460-461; Uluçlar, ss. 12-14; Ocak, s. 86; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 310.

Ortak girişim anlaşmalarının olumlu etkileri yanında rekabet yönünde olumsuz etkileri de mevcuttur. Doktrinde Kılıç, ortak girişimlerin potansiyel rekabeti ortadan kaldırma etkisi, işbirliği doğurucu etkisi, şebeke etkisi ve pazarların kapatılması riskleri nedeniyle rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabileceğini ifade etmiştir (Kılıç, s. 122).

başka deyişle, getirilecek katılım payı getirenin mülkiyetinde kalır ve ortak girişim mülkiyetine geçmez. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ise ortak girişimin bir sermayesi vardır. Ortak girişimin tarafları öncelikle aralarında bir adi ortaklık sözleşmesi akdederler; daha sonra da ya yeni bir şirket kurarlar ya da mevcut bir şirkete katılırlar¹²⁹⁸.

Ortak girişim anlaşmaları ABD antitröst hukukunda Sherman Yasası 1. bölüm kapsamında, bir tekel oluşumuna sebep olabilecek nitelikteyse Sherman Yasası 2. bölüm kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca Clayton Yasası'nın 7. bölümü birleşme ve devralmaları düzenlemekte olup rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacak ya da tekele yol açabilecek olan birleşme ve devralmaları yasaklamıştır. Clayton Yasası 7. bölüm kapsamındaki işlemler aynı zamanda Sherman Yasası 1. ve 2. bölüm kapsamında da değerlendirilir. ABD hukukunda bir ortak girişim anlaşması sadece Sherman Yasası'nın 1. ve 2. bölümü kapsamına girebileceği gibi, bunların yanında ayrıca Clayton Yasası 7. bölüm kapsamına da girebilir. Bu noktada söz konusu ortak girişimin bir anlaşma niteliğinde mi yoksa bir devralma niteliğinde mi olduğu konusunda net kurallar bulunmamakta olup değerlendirme rule of reason çerçevesinde yapılmaktadır. Bir başka deyişle; ABD hukukunda rule of reason kurallarına göre değerlendirilecek olan ortak girişimin anlaşma olduğu kanaatine varılırsa söz konusu ortak girişim Sherman Yasası 1. ve 2. bölüm kapsamına girecek; aksine ortak girişimin bir devralma niteliğinde olduğu kanaatine varılırsa bu kez ortak girişim bu hükümler yanında ayrıca Clayton Yasası 7. bölüm çerçevesinde de değerlendirilecektir¹²⁹⁹. Ayrıca ortak girişimler belirli koşullar altında Yatay Birleşmeler Kılavuzu'na tâbidir. Bunun için; kurulan ortak girişimin rakip teşebbüsler arasında kurulması, kurulan ortak girişim ilgili pazarda verimliliği arttırmalı, rakip teşebbüsler arasındaki rekabet tamamen ortadan kalkmalı ve işbirliği yeterli süre devam etmelidir¹³⁰⁰.

¹²⁹⁸ Ocak, ss. 87-89; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 333-334.

Kayıhan ortak girişimleri salt sözleşmeye dayalı olarak kurulan ortak girişimler ve ticaret şirketi kurmak suretiyle oluşturulan ortak girişimler olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutmuştur. Yazar, salt sözleşmeye dayalı olarak kurulan ortak girişimleri de kendi içinde; iş ortaklığı, iş ortaklığı dışındaki ortak girişimler ve milletlerarası nitelik taşıyan ortak girişimler olmak üzere üçe ayırarak incelemiştir (Kayıhan, ss. 12-13).

¹²⁹⁹ Kayıhan, ss. 60-61.

¹³⁰⁰ Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 324-325.

Ortak girişim anlaşmaları AB rekabet hukukunda 139/2004 sayılı Birleşmeler Tüzüğü'ne göre tam işlevsel ve tam işlevsel olmayan ortak girişimler olarak ikiye ayrılmaktadır^{1301, 1302}. Tüzük'e göre (Art. 3/4) tam işlevsel olan ortak girişimler, bağımsız bir ekonomik varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getiren ortak girişimlerdir. Bu tür ortak girişimler, devralma kapsamında değerlendirilerek Tüzük hükümlerine tâbi olacaktır^{1303, 1304}.

Türk rekabet hukukunda ise RKHK m. 7 hükmüne dayalı olarak Rekabet Kurulu tarafından çıkarılmış olan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'le, 139/2004 sayılı Tüzük ile aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bir başka deyişle; birleşmeler, devralmalar ve devralmalar kapsamı içinde tam işlevsel ortak girişimler, yoğunlaşma kavramı içinde değerlendirilmiştir^{1305, 1306}.

2010/4 sayılı Tebliğ m. 5/III hükmüne göre; *“Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının her biri devralan olarak kabul edilir.”* Bu bağlamda, devralma kapsamında değerlendirilen bir ortak girişimin varlığından söz edebilmek için iki unsurun birlikte bulunması gerekmektedir. Bunlar; ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması ve ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmasıdır¹³⁰⁷. Doktrinde bazı yazarlar ise ortak girişimin; ortak kontrol, iktisadi amaç ve bağımsız organizasyon olarak üç unsurdan oluştuğunu

¹³⁰¹ Bkz. yuk. s. 326, dn. 1075.

¹³⁰² Bu aşamadan önce Avrupa Birliği rekabet hukukunda ortak girişim kavramının gelişimi ve ilgili mevzuat hakkında bilgi için bkz. Kayıhan, ss. 20-35.

¹³⁰³ Kılıç, ss. 127-128; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 465-466.

¹³⁰⁴ 139/2004 sayılı Tüzük'ten önce AB'de 4064/89 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Tüzüğü yürürlükte idi. 4064/89 sayılı Tüzük'te hâkim durum testi esas alınmışken 139/2004 sayılı Tüzük'te bu, yerini *“etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi”* testine bırakmıştır (Seyrantepe, s. 40).

Türk hukukunda 4054 sayılı RKHK m. 7 kapsamında esasa ilişkin test olarak hâkim durum testi benimsenmiştir (Seyrantepe, s. 61).

¹³⁰⁵ Doktrinde Gürpınar yoğunlaşmayı, *“ekonomik karar alma ve sevk etme gücünün, başka bir deyişle iktisadi kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde toplanması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet halinde bulunan aktörlerin sayısını azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması”* şeklinde tanımlamıştır (Gürpınar, s. 37).

¹³⁰⁶ Tam işlevsel ortak girişimlerin yoğunlaşmalar kapsamında değerlendirilip diğer ortak girişimlere göre ayrı bir rejime tâbi tutulmasının temel sebebi; yoğunlaşmaların teşebbüslerin yapılarında kalıcı değişiklik meydana getirmesi, diğer rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların ise sadece teşebbüslerin davranışları üzerinde etkilere neden olmasıdır (Kayıhan, s. 13).

¹³⁰⁷ Kılıç, s. 131, Kayar, ss. 38-39.

belirtmiştir¹³⁰⁸. Doktrinde Göksoy tarafından, ortak girişimlerin üç unsuru bulunduğu ve bunların; iki veya daha fazla teşebbüsün kaynaklarını bir araya getirmesi, bu teşebbüslerin faaliyetlerini belirli bir ölçüde entegre etmesi, teşebbüslerden birinin tek başına verimli bir şekilde gerçekleştiremeyeceği ticari bir amaca birlikte ulaşma niyeti olduğu ifade edilmiştir¹³⁰⁹. Doktrinde Güven ise, ortak kontrol, bağımsız bir iktisadi varlık ve rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmama olarak üç unsurdan söz etmiştir¹³¹⁰.

Ortak kontrol hususu, 2010/4 sayılı Tebliğ m. 5/II hükmünde açıklanmıştır¹³¹¹. Ortak kontrol kısaca, iki ya da daha fazla teşebbüsün bir diğer teşebbüsün karar alma mekanizmasında belirleyici etkiye sahip olmasıdır. Ayrıca bu belirleyici etkinin ortaya çıkabilmesi için ortak kontrolün uzun süreli olması gerekmektedir^{1312, 1313}. Ortak kontrol, hukuki ya da fiili (*de facto*) olabilir¹³¹⁴.

Burada özellikle üzerinde durulması gereken husus, ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması ile anlatılmak istenenin ne olduğudur. Bağımsızlıktan söz edilebilmesi için ortak girişimin stratejik kararların alınmasında taraflardan tamamen ayrı olarak hareket etmesi değil; operasyonel olarak bağımsız hareket etmesi aranmaktadır¹³¹⁵. Ortak girişimin operasyonel olarak bağımsız hareket edebilmesi için gerekli yönetime, malvarlıklarına, personel ve temel tesislere sahip

¹³⁰⁸ Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 123; Ocak, ss. 90-95; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 905-916; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 243-246.

¹³⁰⁹ Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 310.

¹³¹⁰ Güven, Rekabet Hukuku, ss. 466-479.

¹³¹¹ “Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.” (2010/4 sayılı Tebliğ m. 5/II).

¹³¹² Kayıhan, s. 37; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 341.

¹³¹³ Ortak kontrol konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Uluçlar, ss. 28-32.

¹³¹⁴ Ocak, s. 91; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 907; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 243.

¹³¹⁵ Doktrinde Göksoy, ortak girişimin bağımsızlığından söz edilebilmesi için önemli olan hususun, ortak girişimin ticari politikalarının, ana teşebbüslerin ticari politikalarından farklılık göstermesi olduğunu belirtmiştir. Buna göre; ortak girişim pazar stratejilerini kendi menfaatleri doğrultusunda belirliyorsa, o ortak girişimin ekonomik olarak bağımsız olduğu anlaşılır. Ana teşebbüslerin ortak girişimin ticari kararlarına doğrudan doğruya müdahale etmesi ve talimat vermesi halinde, ortak girişimini bağımsız olmadığı sonucuna varılabilir (Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 329-331).

olması gerekmektedir¹³¹⁶. Eğer ortak girişim pazarda Ar-Ge, satış, üretim gibi ana teşebbüslerin sadece bazı fonksiyonlarını yerine getiriyorsa bu, ortak girişimin bağımsız olarak davranmadığı ve tam işlevsel olmadığı (kısmi işlevsel olduğu) anlamına gelmektedir¹³¹⁷. Buna karşılık; ortak girişim ana teşebbüsün tüm fonksiyonlarını yerine getiriyorsa ve kalıcı olarak kurulmuşsa¹³¹⁸ söz konusu ortak girişimin tam işlevsel olduğu kabul edilmektedir^{1319, 1320}.

Sonuç olarak; tam işlevsel ortak girişimler 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilecek; tam işlevsel olmayan ortak girişimler ise bu Tebliğ'in kapsamı dışında kalacaktır. Bir başka deyişle; tam işlevsel olmayan ortak girişimleri kuran teşebbüslerin toplam cirosu ne olursa olsun, söz konusu ortak girişimin kurulması izne tâbi olmayacaktır¹³²¹. Bu tür ortak girişimler, ortak girişimin niteliğine göre varsa tâbi olduğu grup muafiyeti tebliğiyle, yoksa bireysel muafiyet kapsamında RKHK m. 4 ve m. 5 hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir¹³²². RKHK m. 4 kapsamında yapılan değerlendirmelerde genellikle ana teşebbüsler arasında ya da ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki potansiyel rekabet dikkate alınmaktadır¹³²³.

Ortak girişimin bağımsız olduğunun kabulü için ortak girişimin kontrolünü elinde tutan ana ortakların aynı pazarda faaliyet gösteriyor olmaması gerekmektedir. Ana ortaklık alt ya da üst pazarda faaliyet gösteriyorsa ve ortak girişim satışlarının büyük çoğunluğunu ana ortaklara yapıyor, piyasadaki diğer teşebbüslere dikkate değer miktarda satış yapmıyorsa ortak girişimin bağımsız olmadığı söylenebilir¹³²⁴.

¹³¹⁶ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 910-911; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 245; Kılıç, s. 132; Kayar, s. 39; Kayıhan, s. 42; Ocak, s. 93; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 473-475; Uluçlar, ss. 35-39; Kocaer, ss. 410-411; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 333.

¹³¹⁷ Kılıç, s. 132; Kayar, s. 39; Kayıhan, ss. 43, 53; Ocak, s. 94; Güven, Rekabet Hukuku, s. 480; Uluçlar, ss. 44-48; Kocaer, s. 412; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 334.

¹³¹⁸ Rekabet Kurulu tarafından yayınlanmış olan Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz''da, belirli bir süre için imzalanmış anlaşmalar yenilenebilir nitelikteyse kontrolde kalıcı bir değişikliğin meydana gelebileceği açıklanmıştır. Ayrıca Kılavuz'a göre; anlaşma süreli olsa dahi, öngörülen anlaşma süresi, kalıcı değişikliğe yol açmak için yeterince uzunsa kalıcılık unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir (Kılavuz, s. 5).

¹³¹⁹ Kılıç, s. 132; Kayar, s. 39; Kayıhan, s. 42; Ocak, ss. 93-94; Kocaer, ss. 417-418.

¹³²⁰ Tam işlevsel ortak girişimler ve bunların rekabet hukuku yönünden incelenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Uluçlar, ss. 59-151.

¹³²¹ Ciro eşikleri hakkında bkz. yuk. s. 328 dn. 1083.

¹³²² Ortak girişime bireysel muafiyet verilmesine ilişkin bkz. İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 935-944; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 254-258.

¹³²³ Kayıhan, s. 66.

¹³²⁴ Ocak, s. 94.

Ortak girişime taraf olan teşebbüslerin birbirlerinin üretim, maliyet, fiyat, miktar, dağıtım sistemleri gibi hassas bilgilerine kolaylıkla ulaşabilmeleri ve bu şekilde rakip teşebbüsler arasında bilgi değişiminin gerçekleşmesi, işbirliği riskini oldukça arttırmakta olup ortak girişimin pazar davranışlarını koordine etme amacıyla kullanılmasına imkân vererek rekabeti ortadan kaldırılabilmektedir¹³²⁵. Özellikle yoğunlaşmış piyasalarda ana teşebbüsler tarafından kurulan ortak girişim, ilgili pazarda rekabet etmeyi zorlaştırarak piyasa kapama etkisi yaratabilir¹³²⁶. Bu etki, ana teşebbüslerin ortak girişim ile aynı pazarda ya da yakın ilişkili pazarlarda faaliyet göstermeye devam etmesi halinde çok daha belirgin bir hâl alır¹³²⁷. Ortak girişim oluşturan ana teşebbüsler arasındaki rekabet, ortak girişim kurulmuş olmasına rağmen sona ermemişse ve halen devam ediyorsa, bu durumda söz konusu ortak girişimin, teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma niteliğinde olduğu kabul edilecek; söz konusu ortak girişime birleşmelere ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Bu tür anlaşmalara, “*arka kapı karteli (back-door cartel)*” adı verilmektedir¹³²⁸.

Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan “*Denizli Çimento T.A.Ş.- Çimentaş İzmir Çimento Fabrikası T.A.Ş.- Batıçim Batı Anadolu Çimento San. A.Ş.- Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş.*” kararına¹³²⁹ konu olayda; taraflar arasında Ar-Ge ve ihracat alanlarında faaliyet göstermek üzere kurulacak ortak girişim için Kuruldan izin istenmiştir. Kurul yaptığı incelemede; ortak girişimin sadece Ar-Ge ve ihracat faaliyetlerini yerine getirme alanlarında faaliyet göstereceği, herhangi bir üretim fonksiyonunun bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmasının mümkün olmadığı, bu nedenle Tebliğ kapsamında izne tâbi bir ortak girişim olmadığı sonucuna varmıştır. Kurul bu nedenle ilgili başvuruyu RKHK m. 4 kapsamında değerlendirmiştir. Yapılan değerlendirme sonucunda; ortak girişim kurulduktan sonra da çimento pazarında faaliyet gösteren dört teşebbüsün faaliyetlerine yine rakip olarak devam

¹³²⁵ Kayar, s. 28; Akıncı, ss 120-123; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 917; Güven, Rekabet Hukuku, s. 462; Uluçlar, s. 23.

¹³²⁶ Kayar, ss. 32-33; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 124; Ocak, ss. 99-100; Akıncı, ss. 123-124; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 918; Uluçlar, ss. 22-23.

¹³²⁷ Kayıhan, s. 51; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 922-924.

¹³²⁸ Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 344.

¹³²⁹ RK, 2000, *Denizli Çimento T.A.Ş.- Çimentaş İzmir Çimento Fabrikası T.A.Ş.- Batıçim Batı Anadolu Çimento San. A.Ş.- Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş.*, 23.05.2000, 00-19/188-100. Karar hakkında bkz. Kayar, s. 58.

edecekleri, bu nedenle söz konusu ortak girişimin, kurucu firmalar arasında üretim miktarları, depolama kapasiteleri, fiyatlar gibi konularda bilgi akışı sağlayabileceği ve tarafların davranışlarını koordine edebileceği, bu nedenle talep konusu ortak girişimin RKHK m. 4 kapsamına girdiği belirtilerek menfi tespit talebi reddedilmiştir¹³³⁰.

Rekabet Kurulu tarafından verilen “*Migros Türk T.A.Ş.-Metro AG*” kararında Migros ve Metro, kurmak istedikleri beş ayrı ortak girişim için Rekabet Kurulundan izin istemiştir. Yapılan incelemede giyim ve yapı market konusunda kurulacak ortak girişimlerin ciro eşiklerini aşmaması nedeniyle izne tâbi olmadığına; buna karşılık gıda ağırlıklı satış yapacak olan Şok Ucuzluk Marketleri A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Grossmarket Bakırköy Alışveriş Hizmetleri Ltd. Şti.’nin kuruluşunun 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tâbi olduğuna yönelik ön inceleme sonucunda izne tâbi ortak girişimlerin durumu incelenmiştir. Kurul yaptığı incelemede; söz konusu ortak girişimlerin rekabeti önemli ölçüde azaltmasının söz konusu olmadığına, buna karşılık iki ana şirketin üç ayrı ortak girişimle aynı coğrafi pazarda yer almasının bu ortak girişimleri rekabeti sınırlayan, işbirliği doğurucu anlaşmalara dönüştüreceğine kanaat getirmiştir. Kurul bu nedenle, söz konusu ortak girişim anlaşması yürürlükte kaldığı sürece, Türkiye’deki herhangi bir il veya ilçe merkezindeki ilgili ürün piyasasında ana şirketlerden yalnızca birinin ortak girişimle aynı anda faaliyet göstermesi, her iki ana şirketin ortak girişimle aynı anda, aynı il veya ilçede faaliyet göstermemesi koşuluyla bu ortak girişime izin verilmesine karar vermiştir¹³³¹.

Doktrinde söz konusu kararın “*yayılma etkisi*” kavramını ortaya koyan ilk karar olmasına rağmen; ortak girişimlerin iki ana teşebbüs arasında fiyat, mal

¹³³⁰ Söz konusu kararın verildiği tarihte henüz Ar-Ge anlaşmalarına yönelik bir grup muafiyet tebliği yürürlükte bulunmamaktaydı. Bu nedenle; izne tâbi birleşme ve devralmalar kapsamında bir değerlendirme yapıp söz konusu ortak girişimin Tebliğ kapsamına girmediği belirlendikten sonra doğrudan RKHK m. 4 kapsamında bir incelemeye geçilmiştir. Oysaki aynı konulu güncel bir başvuru olması durumunda önce ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamına girip girmediği incelenmeli; 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamına giriyor olması halinde izin verilip verilmeme noktasında 2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ hükümleri kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Başvuru konusu ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ’in kapsamı dışında kalması halinde ise; yine öncelikle 2016/5 sayılı Tebliğ kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekir. Söz konusu ortak girişimin 2016/5 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamıyor olması halindeyse RKHK m. 4 ve RHKH m. 5 kapsamında incelemeye alınması gerekecektir.

¹³³¹ RK, 1998, *Migros Türk T.A.Ş.- Metro AG*, 19.03.1998, 57/424-52. Karar hakkında bkz. Kayar, ss. 54-55; Kayıhan, ss. 69-70; Ardıç, s. 62.

tedarik politikaları gibi hususlarda hassas bilgilerin değişimini kolaylaştırma olasılığının bulunduğu dikkate alınmaması ve bilgi değişiminin önlenmesine ilişkin yaptırımlara yer verilmemesi yönünden eksiklik taşıdığı belirtilmiştir¹³³².

Avrupa Komisyonu tarafından erilmiş olan “*Exxon/Shell*” kararı, ortak girişim konusunda verilmiş kararlardan biridir¹³³³. Karara konu olayda, her ikisinin de temel çalışma alanı petrokimya sektörü olan çok uluslu şirketler Exxon ve Shell birlikte CIPEN adlı bir ortak girişim kurmuşlardır. Söz konusu ortak girişimin amacı, düşük yoğunlukta ve yüksek yoğunlukta polietilen üretmektir. Ortak girişim 15 yıl süreyle kurulmuştur. Fabrika, Exxon tarafından kurulmuş ve yine Exxon tarafından işletilmektedir. Ürünler ise ortak girişim tarafından üretilmekte, üretilen ürünler münhasır olarak ana teşebbüslere satılmakta ve iki ortak ana teşebbüs bu ürünleri, kendi ürettikleri aynı veya benzer ürünlerle birlikte bağımsız olarak satabilmektedir. Karara konu ürün pazarı oligopolistik özellik taşımaktadır. İlgili pazarda kayda değer bir fiyat şeffaflığı bulunmakta ve üretim kapasitesi ile talep arasındaki dengesizlik bulunmasına rağmen üretim kapasite payları durağanlık göstermektedir.

Komisyon tarafından söz konusu ortak girişim anlaşması incelenmiş ve ilgili anlaşma nedeniyle ortak teşebbüsler arasında rekabete hassas nitelikteki çok gizli bilgilerin paylaşıldığı, bu bilgi akışı nedeniyle her bir ortağın kendi ticari kararlarını alırken diğer ortağın davranışlarını göz önüne alarak ve ona uyum göstererek hareket etme olasılığının ortaya çıktığı, bu etkileşimin doğrudan etkisinin ortak girişim üzerinde kendini gösterdiği, ancak etkileşimin dolaylı etkisinin (yayılma etkisi) teşebbüslerin kendi üretim kararları üzerinde de görüldüğü, taraflardan birinin üretimi artırma, azaltma ya da durdurmaya karar vermesi halinde diğer ortağın da kendi üretim planlarını buna göre uyarlayabileceği ve tüm bu nedenlerle söz konusu ortak girişim anlaşmasının rekabeti kısıtlayabileceği kanaatine varılarak menfi tespit talebi reddedilmiştir. Buna karşılık; Komisyon, söz konusu ortak girişimin bireysel muafiyet koşullarını taşıdığı kanaatiyle ortak girişim anlaşmasına bireysel muafiyet tanımıştır.

ABD Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu “*United States v. Penn-Olin Chemical Co.*” kararında, kurulmak istenen ortak girişime potansiyel rekabeti kısıtladığı gerekçesiyle izin vermemiştir. Davaya konu olayda her ikisi de ABD’nin

¹³³² Kayar, s. 55.

¹³³³ EU, 1994, *Exxon/Shell*, 18.5.1994, OJ 09.06.1994 L 144/20. Karar hakkında bkz. Kayar, s. 29.

güneydoğu bölgesinde faaliyet göstermeyen iki şirket, bu bölgedeki sodyum klorat pazarına yüzde ellişer paylı olarak kuracakları Penn-Olin ortak girişimi ile girme kararı almışlardır. Dosyayı inceleyen ABD Yüksek Mahkemesi, her iki şirketin birbirlerinden ayrı olarak ilgili pazara girme potansiyellerinin bulunduğu, bu nedenle iki şirketin bir ortak girişim kurması halinde ilgili pazara iki şirketin ayrı ayrı değil, bu ortak girişim vasıtasıyla girecekleri ve böylece potansiyel rekabetin kısıtlanacağı sonucuna varmıştır¹³³⁴.

Ortak girişim kavramının yanında kullanılan bir diğer kavram “*stratejik işbirliği anlaşmaları*”dır. Doktrinde, stratejik işbirliği teriminin ortak girişimlerin bazı türlerini de içine alan; ancak ortak girişim kavramından daha geniş kapsama sahip bir terim olduğu ifade edilmektedir¹³³⁵. Doktrinde Gürkaynak ve diğerleri stratejik işbirliklerini; “*Stratejik işbirliği anlaşmaları, iki veya daha fazla bağımsız şirketin kendi otonomilerini koruyarak, birbirlerine göre rekabet avantajına sahip oldukları teknoloji, uzmanlık, eğitim vb. belli spesifik faaliyetleri birlikte gerçekleştirmek veya ortak hedeflere ulaşmak amacıyla yaptıkları, basit ticari sözleşmelerle birleşme işlemleri arasında yer alan, kısa vadeli, esnek yapıya yeni bir hukuki varlığın kurulmasını gerektirmeyen (kontrolün el değiştirmesini gerektirmeyen), sözleşme bazlı anlaşmalardır.*” şeklinde tanımladıktan sonra; stratejik işbirliklerinin ortak pazarlama, ortak satış, ortak tanıtım, ortak promosyon, ortak Ar-Ge, ortak üretim, ortak dağıtım şeklinde karşımıza çıkabildiğini ifade etmiştir¹³³⁶.

Stratejik işbirliği anlaşmaları olarak nitelenen bu anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine baktığımızda yine ortak girişim anlaşmalarında olduğu gibi; teşebbüsler arasında eşgüdümün sağlanması, rekabete hassas bilgi değişimine yol açması, anlaşma konusuna göre teşebbüslerin giderlerinin ortak hale gelmesi nedeniyle maliyet unsuruna ilişkin rekabetin ortadan kalkması, anlaşma taraflarının

¹³³⁴ U.S. Supreme Court, 1964, *United States v. Penn-Olin Chemical Co.*, 22.06.1964, 378 U.S. 158. Karar hakkında bkz. Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, ss. 124-125; Akıncı, ss. 130-133, 209; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 919-920.

¹³³⁵ Stratejik işbirlikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Özlem Uzun, **Stratejik İşbirlikleri ve Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, ss. 9-56.

¹³³⁶ Gürkaynak ve diğerleri, Atık Yönetimi, ss. 18-19.

pazar güçlerinin yüksek olması halinde ilgili pazardaki rekabetin azalması gibi etkilerin olduğunu söylemek mümkündür¹³³⁷.

Sonuç olarak; yatay işbirliği anlaşmalarının iki zıt etkisini birlikte değerlendirip dengeleyici bir yaklaşımla ele almak, rekabet ortamının zarar görmesini engellerken etkinlik sonuçlarının ortaya çıkmasını teşvik etmek gerekmektedir¹³³⁸. Özellikle ortak girişim anlaşmaları değerlendirilirken, teşebbüslerin söz konusu ortak girişim olmadan tek başlarına amaçladıkları ticari hedefe ulaşp ulaşamayacakları değerlendirilmektedir¹³³⁹. İki zıt etkinin dengelenebilmesi amacıyla bazı yatay işbirliği anlaşmaları güvenli limanlar kapsamına alınarak korunmuştur. Güvenli liman kapsamına alınmayan yatay işbirliği anlaşmaları bakımından ise rule of reason analizi uygulanarak bir rekabet ihlâli oluşup oluşmadığı tespit edilecektir. Söz konusu yatay işbirliği anlaşmasının RKHK m. 4 kapsamına girdiğinin tespit edilmesi halinde, ayrıca RKHK m. 5 kapsamında bireysel muafiyet koşullarının oluşup oluşmadığı da incelenmelidir¹³⁴⁰.

4.1.2. Güvenli Liman (Safe Harbour) Niteliğindeki Yatay İşbirliği Anlaşmaları

Güvenli limanlar, grup muafiyetine yönelik getirilen düzenlemeler yoluyla oluşturulur. Türk rekabet hukukunda Rekabet Kurulu tarafından düzenlenen birtakım grup muafiyet tebliğleri yoluyla güvenli limanlar oluşturulmaktadır. Bilgi paylaşımını kapsayan güvenli limanlar oluşturan mevcut dört tebliğ bulunmaktadır. Bunlar; 2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti

¹³³⁷ Gürkaynak ve diğerleri, Atık Yönetimi, ss. 19-20.

¹³³⁸ Değerlendirme yapılırken ilgili pazarın yapısı, anlaşma ile hedeflenen etkinliğe daha az sınırlayıcı olan başka bir yolla ulaşmanın mümkün olup olmadığı, amaçlanan hedefe ulaşmak için rekabetin sınırlandırılmasının gerekli olup olmadığı, pazar gücünün ortaya çıkma olasılığının bulunup bulunmadığı ve sonuçta tüketiciye sağlanan faydalar gibi hususlar ele alınmalıdır (Kayar, s. 11).

¹³³⁹ Kayar, s. 24. Doktrinde giriş engelleri bulunan yoğunlaşma oranı yüksek olan pazarlarda, ana teşebbüslerin tek başlarına pazara girebilmeleri mümkünken bunun yerine ortak girişim seçeneğini kullanmaları rekabet yönünden olumsuz olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık; giriş engellerinden kaynaklanan bir zorunluluk nedeniyle ortak girişim kurularak pazara girilmesi halinde ise potansiyel rekabetin ortadan kalkması kabul edilebilir görülmektedir (Kayar, s. 25).

¹³⁴⁰ Konu hakkında bilgi için bkz. Kayar, ss. 44-49; Kayıhan, s. 65.

Tebliği, 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği¹³⁴¹ ve 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'dir.

4.1.2.1. Araştırma ve Geliştirme (Ar-Ge) Anlaşmaları Kapsamında Bilgi Değişimi

Teşebbüslerin kendilerine ait yeni üretim teknolojileri, yeni ürünler ve bunların üretim formülleri gibi bilgilerinin ticarete hassas bilgi olduğu ve bunların paylaşılmasının rekabeti bozucu etkiler doğurabileceği konularına daha önce değinilmiştir. Buna karşılık; ülke ekonomisi ve teknolojik gelişmelerin sağlanması bakımından Ar-Ge çalışmalarının son derece önemli olması karşısında, Rekabet Kurulu tarafından bu çalışmalara ilişkin teşebbüsler arasında akdedilecek sözleşmelere belirli koşullar altında grup muafiyeti tanınması yönünde bir tebliğ çıkarılmıştır. Bu konuda öncelikle 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yayınlanmıştır. 2016 yılında ise 2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yayınlanarak¹³⁴², 2003/2 sayılı Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. Avrupa Komisyonu tarafından da araştırma ve geliştirme anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti 1971 ve 1985 yıllarındaki düzenlemelerden sonra¹³⁴³ 2000 yılında yapılan 2659/2000 sayılı Tebliğ ile düzenlenmiştir¹³⁴⁴,¹³⁴⁵. Daha sonra 2010 yılında 1217/2010 sayılı Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşmanın 101/III maddesinin Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarının Belirli Kategorilerine Uygulanması Hakkında Düzenleme yapılmıştır¹³⁴⁶. Bu düzenleme, 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 31 Aralık 2022'de yürürlük süresi dolacak şekilde süreli olarak getirilmiştir. Ayrıca

¹³⁴¹ RK, 2013, Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2013/3, 26.07.2013 T. ve 28719 S. RG.

¹³⁴² Tebliğ hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 611-628.

¹³⁴³ Bahsi geçen düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Francene M. Augustyn, "An Antitrust Analysis of Joint Research and Development Agreements in the European Community and the United States", <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=gjicl>, pp. 56-60.

¹³⁴⁴ EC, 2000, Research and Development Agreements, 29.11.2000, EC No 2659/2000, OJ 05.12.2000 L 304, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26069&from=EN> (23.07.2015).

¹³⁴⁵ Bilgi için bkz. Capobianco, pp. 1274-1275.

¹³⁴⁶ EC, 2010, Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Certain Categories of Research and Development Agreements, 14.12.2010, EC No 1217/2010, OJ 18.12.2010 L 335/36, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:335:0036:0042:EN:PDF> (23.07.2015).

Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber'in 3. bölümünde Ar-Ge anlaşmalarına yer verilmiştir¹³⁴⁷.

ABD'de Ar-Ge anlaşmalarının güvenli limanlar kapsamına girdiği yukarıda açıklanmış olduğundan bu konuya burada yeniden değinilmeyecektir¹³⁴⁸.

Ar-Ge anlaşmaları, ortak girişim anlaşmalarının bir türü olup tam işlevsel olmayan bir ortak girişim anlaşmasıdır. Ortak girişim anlaşmalarının diğer türleri olan uzmanlaşma (üretim) anlaşmaları, ortak alım anlaşmaları ve ticarileştirme (ortak satım) anlaşmaları çalışmanın ilerleyen kısımlarında yeri geldikçe ele alınacaktır¹³⁴⁹.

Ar-Ge çalışmaları sonucunda ortaya kendi pazarını yaratacak tamamen yeni bir ürün veya teknoloji çıkabileceği gibi, mevcut bir ürün veya teknolojiyle rekabet içine girecek bir ürün ya da teknoloji de çıkabilir. Üçüncü sonuç ise, mevcut bir ürün ya da teknolojinin yerini alacak olan daha gelişmiş bir ürün ya da teknolojidir. Ar-Ge çalışmaları sonucunda genellikle bu üçüncü sonuç ortaya çıkmaktadır¹³⁵⁰.

Teşebbüslerin birlikte Ar-Ge çalışmalarına girmek istemesinin temel sebepleri, teknolojinin her geçen gün gelişerek daha karmaşık hale gelmesi, ürün çeşitliliğinin artmasına yönelik ihtiyaçlar, daha az maliyetle ve daha fazla üretim yapabilmek için etkin üretim yollarına ihtiyaç duyulması, piyasaya yönelik taleplerin karşılanabilmesi, tüm bunların tek başına bir teşebbüsün yapabilmesi açısından son derece maliyetli ve zahmetli olması, hatta çoğu zaman kaynak israfı sonucunu doğurmasıdır¹³⁵¹. Teşebbüsler bu sermaye ve enerji maliyetini tek başına üstlenmek yerine ortak bir çalışma yoluyla paylaşmayı tercih ederler. Ortak bir Ar-Ge çalışmasının tek başına çalışmaya göre çok daha elverişli bir yol olduğu şüphesizdir. Sonuç olarak Ar-Ge işbirliklerinin; risklerin paylaşılması, maliyetlerin azalması, benzer maliyetlerin tekrarlanmaması, deneyimlerin bir araya getirilmesinden karşılıklı olarak fayda sağlanması, firmaların araştırma harcamalarını yükseltme

¹³⁴⁷ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 26-35.

¹³⁴⁸ Bkz. yuk. ss. 131-132.

¹³⁴⁹ Ortak girişim anlaşmalarının beşinci bir türü daha mevcuttur. Bunlar, çok amaçlı ortak girişim anlaşmalarıdır. Çok amaçlı ortak girişim anlaşmaları, diğer dört çeşit ortak girişim anlaşmalarının tamamının ya da bir kısmının özelliklerini birlikte taşımaktadır (Kayar, s. 15).

¹³⁵⁰ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 26.

¹³⁵¹ Pişmaf, s. 19. Aynı yönde: Kayıhan, s. 55; Augustyn, p. 46; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 165-165, dn. 141.

isteklerini arttırma gibi olumlu sonuçları bulunmaktadır¹³⁵². Ayrıca firmaların tek başına Ar-Ge çalışmaları yapması halinde bu çalışmaların gizliliğinin korunamaması durumunda rakip firmalar yönünden söz konusu Ar-Ge çalışmalarının sonuçlarının ele geçirilmesi ve bedavacılık (*free riding*) sorunu ortaya çıkabilmektedir. Bunun yerine rakip teşebbüslerin ortak bir Ar-Ge çalışması içinde bulunması açıklanan bedavacılık sorununu ortadan kaldıracaktır¹³⁵³.

Ar-Ge işbirliklerinin rekabet üzerinde olumsuz etkiler göstermesi mümkündür. Özellikle taraflar arasındaki rekabeti önemli ölçüde azaltması ve antirekabetçi işbirliği yoluyla fiyatların yükseltilmesi söz konusu olabilir. Araştırma sonuçlarının paylaşılmayarak kötüye kullanılması sonucu pazarın kapanması da ortaya çıkması muhtemel bir diğer rekabete aykırı sonuçtur¹³⁵⁴. Araştırma sonuçlarının kullanımına yönelik yan kısıtlamalar içeren Ar-Ge anlaşmalarının, bu tür kısıtlamalar içermeyenlere göre rekabeti bozucu etki gösterme olasılığının daha yüksek olduğu kabul edilmektedir¹³⁵⁵.

2003/2 sayılı Tebliğ ile, Ar-Ge çalışmalarının birden fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa yürütülmesinin ve bu çalışmalarının sonuçlarından ortaklaşa olarak yararlanılmasının önü açılmış; 2016/5 sayılı Tebliğ ile de Ar-Ge çalışmalarına tanınan grup muafiyetinin kapsamı genişletilmiştir.

Tebliğ kapsamındaki grup muafiyetinden yararlanılabilmesi için ortak çalışma içine giren teşebbüslerin rakip olup olmaması önem taşımaz. Bir başka deyişle; ortak Ar-Ge çalışması içinde giren teşebbüsler rakip durumda olsa dahi, RKK m. 4 kapsamında rekabete aykırı kabul edilen bu yatay işbirliği anlaşması, 2016/5 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabilecek ve rekabete aykırı olmadığı kabul edilebilecektir.

2016/5 sayılı Tebliğ m. 4/ I- ç'ye göre; ürünlerin ve üretim tekniklerinin geliştirilmesi ile aynı zamanda bunların sonuçlarının ortaklaşa kullanılmasını amaçlayan anlaşmalar yanında sonuçların ortaklaşa kullanılmasını içermeyen ve sadece ürünler ile üretim tekniklerinin geliştirilmesini amaçlayan anlaşmalar da

¹³⁵² Kayar, ss. 18-19.

¹³⁵³ Kayar, s. 19; Augustyn, pp. 46-47.

¹³⁵⁴ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 28; Kayar, ss. 19-20; Augustyn, p. 46; Akıncı, ss. 236-237.

¹³⁵⁵ Augustyn, p. 47.

Tebliğ kapsamındadır. Ayrıca daha önce ürün ve üretim tekniklerinin araştırılması ve geliştirilmesi hususunda anlaşma yapmış olan tarafların, daha sonra bu araştırma sonuçlarını ortak kullanma konusunda yapmış oldukları yeni anlaşmalar da Tebliğ kapsamında değerlendirilmektedir. 2016/5 sayılı Tebliğ’de ek olarak, bedelli Ar-Ge düzenlenmiş; ürünlerin ve üretim teknolojilerinin bedelli geliştirilmesi ile aynı zamanda bunların sonuçlarının ortaklaşa kullanılmasını amaçlayan anlaşmalar yanında, sonuçların ortaklaşa kullanılmasını içermeyen ve sadece ürünler ile üretim tekniklerinin geliştirilmesini amaçlayan anlaşmalar ile daha önce ürün ve üretim tekniklerinin bedelli araştırılması ve geliştirilmesi hususunda anlaşma yapmış olan tarafların, daha sonra bu araştırma sonuçlarını ortak kullanma konusunda yapmış oldukları yeni anlaşmalar da Tebliğ kapsamına dâhil edilmiştir. Tebliğ m. 4/I-d hükmünde bedelli Ar-Ge’nin tanımı verilmiştir. Buna göre; taraflardan birinin finanse eden taraf, diğerininse araştırma ve geliştirmeyi yürüten taraf olduğu anlaşmalar bedelli Ar-Ge anlaşmalarıdır.

2016/5 sayılı Tebliğ m. 8 hükmüyle, ortak Ar-Ge çalışmalarına yönelik bu anlaşmalara tanınan grup muafiyeti süresi düzenlenmiştir. Buna göre; anlaşma sadece ürün ve üretim tekniklerinin araştırılması ve geliştirilmesine ilişkinse anlaşma devam ettiği sürece grup muafiyeti kapsamındadır. Bunun yanında anlaşma ayrıca araştırma ve geliştirme sonuçlarının ortak kullanımını da içeriyorsa, anlaşma konusu ürünlerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde pazara ilk olarak sürüldüğü tarihten itibaren yedi yıl süreyle grup muafiyeti söz konusu olacaktır¹³⁵⁶.

Tebliğ’in 7. maddesi ile grup muafiyetinden yararlanılabilmesi için ciro eşiği getirilmiştir. Buna göre; anlaşma sonuçların ortak kullanımını içeriyorsa ve taraflardan en az ikisi rakip durumundaysa, anlaşmanın tarafların tamamının toplam pazar paylarının %40’ı aşmaması gerekmektedir¹³⁵⁷. Bedelli Ar-Ge’de ise, anlaşma sonuçların ortak kullanımını içeriyorsa ve taraflardan en az ikisi ilgili pazarda rakip

¹³⁵⁶ Bu süre, 2003/2 sayılı Tebliğ’de beş yıl iken 2016/5 sayılı Tebliğ ile Avrupa Komisyonunun 1217/2010 sayılı düzenlemesine (Art. 4/I) paralel olarak yedi yıla çıkarılmıştır.

¹³⁵⁷ Avrupa Komisyonunun 1217/2010 sayılı düzenlemesinde bu oran %25’tir. Pazar payları hesaplanırken anlaşmaya katılan tarafların toplam pazar payları dikkate alınır (Art. 4/II). Anlaşmanın başında %25’i aşmayan pazar paylarının anlaşmanın devamı süresince daha sonra artması halinde durumun ne olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, pazar payları %25’i geçmiş; ancak %30’u geçmemişse, %25’in aşıldığı takvim yılını takip eden iki yıl daha muafiyetten yararlanılabilecektir. Buna karşılık; %25’i aşan pazar payı %30’u da aşmışsa muafiyet, %30’un aşıldığı ilk yılı takip eden bir takvim yılı daha devam edecektir (Art. 7/d, e). Ayrıca konu hakkında bkz. EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 28.

teşebbüs durumundaysa, bir tarafın aynı sözleşme konusu ürün ve teknolojileri içeren birden çok Ar-Ge anlaşmasında finanse eden taraf olması durumunda, finanse eden taraf dâhil tüm tarafların pazar paylarının toplam %40'ı aşmaması gerekmektedir. Tebliğ m. 11/I-c ve ç bentlerine göre; anlaşmanın başında %40'ı aşmayan pazar paylarının anlaşmanın devamı süresince daha sonra artması halinde durumun ne olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, pazar payları %40'ı geçmiş; ancak %45'i geçmemişse, %40'ın aşıldığı takvim yılını takip eden iki yıl daha muafiyetten yararlanılabilecektir. Buna karşılık; %40'ı aşan pazar payı %45'i da aşmışsa muafiyet, %45'in aşıldığı ilk yılı takip eden bir takvim yılı daha devam edecektir.

2016/5 sayılı Tebliğ m. 7/I-a ve b bentlerinde düzenlenmiş olan bu ciro eşiklerinden sonra, aynı maddenin aynı fıkrasının ilerleyen bentlerinde grup muafiyetinin diğer koşulları düzenlenmiştir. Buna göre;

- Ar-Ge'nin amacı ve kapsamının anlaşmada açıkça tanımlanmış olması,
- Ortak veya bedelli Ar-Ge'de anlaşmaya taraf tüm teşebbüslerin, faydalanma anlamında uzmanlaşma¹³⁵⁸ söz konusu olduğunda sonuçlara erişimin uygun ölçüde sınırlanması haricinde çalışma sonuçlarına tam erişimlerinin sağlanması,
- Anlaşmanın yalnızca Ar-Ge'ye yönelik olması halinde, taraflara ait ticari sırlar ve gizli bilgiler hariç olmak üzere, tarafların teknik bilgileri ve Ar-Ge sonuçlarını birbirlerinden bağımsız kullanabilmelerinin engellenmemesi,
- Ortak kullanımın, Ar-Ge sonuçları ile sınırlı kalması ve bu sonuçların anlaşma konusu ürünlerin üretiminde ya da anlaşma konusu üretim tekniklerinin uygulanmasında asli unsur teşkil etmesi,

¹³⁵⁸ 2016/5 sayılı Tebliğ m. 4/I-e hükmünde faydalanma anlamında uzmanlaşmanın tanımına yer verilmiştir. Buna göre; faydalanma anlamında uzmanlaşma, "tarafların aralarında üretim veya dağıtım gibi belirli görevleri paylaşması veya birbirlerine sonuçlardan faydalanmaya yönelik olarak, belirli bölgelere veya müşterilere veya kullanım alanına ilişkin sınırlamalar getirmeleri veya taraflardan sadece birinin diğer taraflarca sağlanan münhasır lisans kapsamında sözleşme konusu ürünleri üretmesi ve dağıtması gibi ortaya çıkan sonuçların faydalarının taraflar arasında paylaşımını" ifade eder.

- Faydalanma anlamında uzmanlaşma içeren anlaşmalarda, sözleşme konusu ürünlerin birlikte oluşturulan bir ekip, organizasyon veya teşebbüs tarafından ya da birlikte tayin edilen üçüncü bir teşebbüs aracılığıyla yürütülmesi anlamında ortak dağıtımına veya yalnızca üreten taraf tarafından dağıtılmasına karar verilmemiş ise, üretimi üstlenen teşebbüs veya teşebbüslerin, tarafların sözleşme konusu ürünlere ilişkin siparişlerini karşılamaları, gerekmektedir.

Burada özellikle m. 5/I-d üzerinde durulması gerekir. Buna göre; anlaşmaya taraf tüm teşebbüslerin taraflara ait ticari sırlar ve gizli bilgiler dışında, çalışma sonuçları konusunda bilgi edinmelerinin sağlanması, grup muafiyetinden yararlanmanın bir koşulu olarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle; genellikle rekabeti kısıtlama potansiyeline sahip olduğu düşünülen bilgi paylaşımı, Ar-Ge anlaşmalarının grup muafiyeti kapsamında rekabete uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir koşul haline gelmiştir.

Tebliğ'in 9. maddesi, Ar-Ge anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanamayacağı halleri tahdidi olarak belirlemiştir¹³⁵⁹. Buna göre Ar-Ge anlaşması ile;

- Taraflardan bir veya birkaçının Ar-Ge faaliyetleri süresince anlaşma ile ilgili olmayan alanlarda veya Ar-Ge çalışmaları tamamlandıktan sonra Ar-Ge ya da bedelli Ar-Ge anlaşması ile ilgili alanlarda bağımsız olarak veya üçüncü kişilerle işbirliği yaparak Ar-Ge faaliyeti yürütme özgürlüğünün kısıtlanması,
- Aşağıdaki haller dışında anlaşma konusu ürünlerin üretim ve satış miktarlarının birlikte belirlenmesi ya da tarafların bir veya birkaçının üretim ve satış miktarlarını bağımsız olarak belirlenme yetkisinin sınırlandırılması,
 - Ortak faydalanmanın sözleşme konusu ürünlerin ortak üretimini kapsamaması halinde üretim hedeflerinin belirlenmesi,

¹³⁵⁹ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber'de, bir Ar-Ge işbirliği anlaşmasının gerçekte Ar-Ge amacıyla değil, bir kartelin gizlenmesi amacıyla yapılmış olması halinde bu anlaşmanın amaç bakımından rekabete aykırı kabul edileceği belirtilmiştir (Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 29).

- Ar-Ge çalışmalarının birlikte oluşturulan bir ekip, organizasyon veya teşebbüs tarafından ya da birlikte tayin edilen üçüncü bir teşebbüs aracılığıyla yürütüldüğü ve ortak faydalanmanın sözleşme konusu ürünlerin ortak dağıtımını veya sözleşme konusu teknolojilerin ortak lisanslanmasını kapsadığı hallerde satış hedeflerinin belirlenmesi,
- Ortak faydalanma anlamında uzmanlaşmaya yönelik uygulamaların olması,
- Ortak faydalanma süresinde, sözleşme konusu ürün ve teknolojilerle aynı ürün veya teknoloji pazarında yer alan ürünlerin veya teknolojilerinin üretiminin, satışının, tahsisinin veya lisanslamasının yasaklanması.
- Sonuçlardan ortak faydalanmanın, sözleşme konusu ürünlerin ortak dağıtımını veya sözleşme konusu teknolojilerin ortak lisanslanmasını içermesi durumunda birincil müşteriler için ürünlerin fiyatlarının ya da birincil lisans alanlar için sözleşme konusu teknolojilerin lisans ücretlerinin belirlenmesi durumu hariç olmak üzere, ürün veya teknolojilerin üçüncü taraflara satışında satış ya da lisanslama fiyatlarının belirlenmesi,
- Münhasır lisanslama haricinde müşterilere ya da bölgelere pasif satışın kısıtlanması ile faydalanma anlamında uzmanlaşma içeren Ar-Ge anlaşmaları haricinde taraflar arasında müşteri ya da bölge paylaşımı içeren kısıtlamalar,
- Başta fikri hakların kullanılması yoluyla olmak üzere çeşitli tedbirlerle, taraflarca ya da taraflardan birinin rızasıyla pazara yasal olarak sunulmuş olan ürünlerin dağıtıcılar tarafından elde edilmesininve/veya pazara sunulmasının ya da kullanıcılar tarafından elde edilmesinin engellenmesi

söz konusu olduğu takdirde, bahsi geçen Ar-Ge anlaşmasının 2016/5 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanması mümkün olmayacaktır.

Grup muafiyetinden yararlanılabilmesi için gerekli tüm koşulların bulunması halinde, ortak Ar-Ge çalışmalarına yönelik anlaşmalar ve bu kapsamdaki bilgi

değişimi faaliyetleri güvenli bir liman dâhilinde kalacaktır ve tarafların herhangi bir yaptırımla karşılaşması söz konusu olmayacaktır.

4.1.2.2. Teknoloji Transferi Anlaşmalarından Kaynaklanan Bilgi Değişimi

Fikri mülkiyet hakları ve know-how'ın kullanma hakkının, teşebbüsler arasında akdedilen lisans sözleşmeleri yoluyla devredilmesi mümkündür. Lisans sözleşmeleri oldukça sık görülen sözleşme türlerinden biridir. Lisans sözleşmelerine yukarıda değinildiği için burada yeniden üzerinde durulmayacaktır¹³⁶⁰.

Rekabet Kurulu tarafından marka, patent, endüstriyel tasarım, entegre devre topoğrafyası, ıslahçı hakkı veya yazılım üzerindeki hakkı ifade eden fikri mülkiyet hakları ve know-how içeren teknoloji transfer anlaşmalarının yapılmasına cevaz verilmiş¹³⁶¹; hatta bunlara ilişkin 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yayınlanmıştır¹³⁶². Ayrıca Rekabet Kurulu tarafından 2009 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5'inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz yayınlanmıştır¹³⁶³.

Avrupa Komisyonu tarafından konuya ilişkin olarak yapılan son düzenleme 2014 tarih ve 316/2014 sayılı Tebliğ'dir^{1364, 1365}. Ayrıca aynı tarihte teknoloji transfer anlaşmalarına ilişkin bir Rehber yayınlanmıştır¹³⁶⁶.

¹³⁶⁰ Bkz. yuk. ss. 374-380.

¹³⁶¹ Genel gerekçeden.

¹³⁶² Tebliğ hakkında bilgi için bkz. İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 628-633.

¹³⁶³ RK, 2009, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5'inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, 13.05.2009, 09-22/486, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fkilavuz10.pdf> (09.03.2016)

¹³⁶⁴ EC, 2014, Commission Regulation (EU) No 316/2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements, 21.03.2014, OJ 28.03.2014 L 93/17, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN> (24.05.2016).

¹³⁶⁵ 316/2014 sayılı Tebliğ'den önce 772/2004 sayılı Tebliğ, bundan önce de 240/96 sayılı Tebliğ teknoloji transfer anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti koşullarını belirlemekte idi. Bunlardan en eskisi olan 240/96 sayılı Tebliğ sadece patent ve know-how'a ilişkin grup muafiyeti koşullarını düzenlemekte olup diğerlerine göre daha dar kapsamlı idi. Ayrıca 2004/C 101/02 nolu Rehber ile 240/96 sayılı Tebliğ'in kapsamı dışında kalan teknoloji transfer anlaşmaları düzenlenmekte idi. 240/96 sayılı Tebliğ ve 2004/C 101/02 nolu Rehber hakkında bilgi için bkz. Gonca Gülfem Bozdağ, "Technology Transfer Block Exemption Regulation (240/96) and Guidelines In Terms Of Hard Core and Excluded Restrictions", **Gazi Üniversitesi HFD**, C. XVIII, S. 1, 2014, ss. 79-90.

ABD’de 2017 yılında güncellenmiş olarak Fikri Hakların Lisanslanmasına İlişkin Antitröst Rehberi yayınlanmıştır¹³⁶⁷.

2008/2 sayılı Tebliğ m. 4/I-a hükmünde teknoloji transferi anlaşmaları tanımlanmıştır. Buna göre; *“İlgili fikri mülkiyet haklarının ve know-how’un tek tek veya karma halde lisansının verildiği anlaşmaları ifade eder. Bu anlaşmaların, ürünlerin satışı ve alımına veya diğer fikri mülkiyet haklarının lisansının verilmesine veya devredilmesine ilişkin hükümler içermeleri halinde, bu tür hükümlerin anlaşmanın esas amacını oluşturmaması veya anlaşma konusu ürünlerin üretimi ile doğrudan ilgili olması kaydıyla bu tanım kapsamına girdikleri kabul edilecektir.”*

Teşebbüsler arası bilgi değişimi yönünden özellikle önem taşıyan, know-how’ı konu alan teknoloji transferi anlaşmalarıdır. Zira know-how, işletmenin gizli ve esaslı ticari bilgileri niteliğindedir. Tebliğ m. 4/I-d hükmünde know-how, *“Tecrübe ve denemeler sonucu elde edilen uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi”* olarak tanımlanmıştır¹³⁶⁸. Buna göre know-how üç unsurdan oluşur. Bunlar; gizlilik, esaslılık ve belirliliktir. Yine Tebliğ’in aynı hükmünün devamında bu unsurların neyi ifade ettiği açıklanmıştır. Buna göre; gizlilik, *“know-how’ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak bir araya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir olmamasını”*; esaslılık, *“know-how’ın anlaşma konusu ürünlerin üretimi için önemli ve yararlı olmasını”*; belirlenmiş olma ise *“know-how’ın gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olmasını”* ifade eder.

Know-how, bir teşebbüsün yıllar süren bilgi birikimi ve tecrübesi sonucunda elde ettiği gizli ve esaslı bilgi olma niteliğiyle tereddütsüz olarak ticarete hassas bilgi özelliği taşımaktadır. Ticarete hassas bilginin teşebbüsler arasında paylaşılması,

772/2004 sayılı Tebliğ hakkında bilgi için bkz. Pentcheva et al., pp. 8-10.

¹³⁶⁶ EC, 2014, Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, 28.03.2014, OJ 2014/C 89/3, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN) (24.05.2016).

¹³⁶⁷ DOJ&FTC, 2017, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 12.01.2017, <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download> (05.05.2017).

¹³⁶⁸ Know-how doktrinde; *“bir ticari işletmenin mesleki faaliyetleri ile ilgili olan, teknik ve ticari alana ilişkin bilgi ve tecrübeler”* olarak tanımlanmıştır (Bilge, s. 36; Sulu, s. 24). Bir diğer tanım ise; *“sinai alanda özellikle ticari ve ekonomik faaliyetlerde kullanılan, sahibine bir fayda sağlayan genellikle gizli olmakla birlikte, böyle bir nitelik taşıması zorunlu olmayan ve patent ile korunmamış bulunan, teknik veya işletme ile ilgili bilgi ve tecrübeler olarak tanımlanmaktadır”* şeklindedir (Bilge, s. 107; Gürbüz Usluel, s. 123).

rekabet hukuku yönünden istenmeyen ve antirekabetçi etkilere sahip olduğundan genellikle yasaklanan bir eylem durumundayken, know-how'ı içeren teknoloji transferi anlaşmalarına Rekabet Kurulu tarafından belirli koşullar altında grup muafiyeti tanınmış; bir başka deyişle bu anlaşmalar güvenli limanlar haline getirilmiştir. Bunun temel sebepleri teknoloji transfer anlaşmalarının, araştırma ve geliştirme faaliyetleri yapılmasını teşvik etmesi, aynı amaca yönelik birden çok araştırma ve geliştirme faaliyeti yapılarak ortaya çıkacak kaynak israfını önlemesi, bu çalışmalar sonucunda elde edilen bilgi ve teknolojinin yayılmasını sağlaması ve piyasaya sürülen daha kaliteli yeni ürünler sayesinde rekabetin artmasına yardımcı olmasıdır¹³⁶⁹. Kılavuz'da da lisans anlaşmalarının genellikle rekabeti artırma potansiyelinin oldukça yüksek olduğu, lisans anlaşmalarının lisans sahiplerine Ar-Ge masraflarının en azından bir kısmının dönüşünü sağladığı, böylece lisans sahiplerini yeni araştırma çalışmaları için teşvik ederek onlara kaynak sağladığı, lisans anlaşmaları sayesinde yeniliklerin yayılmasının sağlandığı, lisans alanın üretim maliyetlerini düşürerek daha kaliteli üretim yapmasını sağladığı, lisans anlaşmalarının lisans alanların kendi teknolojilerini geliştirme ve kullanmalarının önündeki engelleri kaldırmaya yönelik rekabeti artırıcı bir amaca hizmet edebildiği, özellikle çok sayıda patentin bulunduğu sektörlerde lisans anlaşmalarının çoğunlukla lisans verenin sahip olduğu haklara tecavüz edildiği iddialarını ortadan kaldırmak amacıyla yapılmasının buna örnek olarak verilebileceği belirtilmiştir¹³⁷⁰.

Tebliğ m. 5'e göre; iki teşebbüs arasında yapılan teknoloji transferi anlaşmalarına tanınan grup muafiyeti, fikri mülkiyet hakkının koruma süresi devam ettikçe, know-how'da ise bu know-how'ın gizliliği devam ettikçe geçerli olacaktır. Know-how, eğer lisans alan yüzünden aleni hale gelmişse, grup muafiyeti lisans anlaşması süresince devam eder.

Tebliğ m. 5/II ve III hükümlerinde, teknoloji transferi anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanabilmesi için ciro eşiği getirilmiştir¹³⁷¹. Buna göre; anlaşmanın taraflarının rakip olması halinde pazar paylarının toplamının %30'u,

¹³⁶⁹ Genel gerekçeden.

¹³⁷⁰ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5'inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, s. 4.

¹³⁷¹ Getirilen pazar payı eşikleri hem teknoloji pazarında hem de lisansı verilen teknolojiyi içeren ürün pazarında geçerlidir (4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5'inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, s. 13).

tarafların rakip olmaması halindeyse her birinin pazar paylarının %40'ı geçmemesi gerekmektedir¹³⁷².

Anlaşmanın taraflarının rakip olması halinde; bu anlaşmayla taraflardan birinin kendi satış fiyatlarını belirleme hakkı sınırlanmaktaysa, üretim ve satış miktarları sınırlanmaktaysa yahut pazar ve müşteri paylaşımı yapılmaktaysa¹³⁷³ veya lisans alanın kendi teknolojilerini kullanma hakkı sınırlanmakta ya da know-how'ın üçüncü kişilere ifşasını engellemek için zorunlu olmadıkça taraflardan birinin araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunması sınırlanmaktaysa anlaşma, grup muafiyetinden yararlanamayacaktır¹³⁷⁴.

Anlaşmanın taraflarının rakip olmaması halinde; bu anlaşmayla taraflardan birinin kendi satış fiyatlarını belirleme hakkı sınırlanmaktaysa, lisans alanın anlaşma

¹³⁷² Kılavuz'da, anlaşmanın yapıldığı sırada tarafların mevcut veya potansiyel olarak rakip olup olmadıklarının incelenmesi gerektiği, anlaşmanın yapıldığı sırada tarafların anlaşmadan etkilenen herhangi bir pazarda mevcut veya potansiyel olarak rakip olmaması halinde, tarafların rakip olmadığının kabul edileceği belirtilmiştir. Ayrıca Kılavuz'a göre; lisans veren veya lisans alanın, diğerinin fikri mülkiyet hakkını ihlâl etmeksizin aynı ürün veya teknoloji pazarında faaliyet göstermesi durumunda, ilgili pazarda mevcut rakip oldukları kabul edilecektir. Teknoloji pazarında, lisans alan kendi teknolojisinin lisansını hâlihazırda üçüncü kişilere veriyor ve lisans veren de lisans alana rakip bir teknolojiye ilişkin lisans vererek söz konusu pazara giriyorsa tarafların mevcut rakip oldukları kabul edilir. Buna karşılık; örneğin bir coğrafi pazarda kendi teknolojisiyle üretim yapan bir teşebbüsün başka bir coğrafi pazarda lisansını aldığı rakip bir teknolojiyi kullanarak üretim yapmaya başlaması durumunda, tarafların potansiyel rakip olduğu söylenebilir. Ancak grup muafiyeti bakımından mevcut rekabet dikkate alınacaktır. Anlaşmanın grup muafiyeti kapsamına girmemesi halinde bireysel muafiyet koşulları incelenecek ve potansiyel rekabet bu aşamada göz önünde bulundurulacaktır (4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5'inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, ss. 6-7).

Bireysel muafiyet incelemesi yapılırken dikkate alınacak etkenler konusunda bilgi için bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5'inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, ss. 31-33.

¹³⁷³ Tebliğ m. 6/II-c'ye göre şu hükümlerin bulunması, anlaşmanın grup muafiyeti kapsamı dışında kalmasına sebep olmaz:

“1) Lisans verene ve/veya lisans alana getirilen, lisansı verilen teknolojiyle, bir ya da birden fazla teknik kullanım alanı, ürün pazarı veya bölgede üretim yapma veya yapmama yükümlülüğü.

2) Lisans verene getirilen, belirli bir bölgede üçüncü bir kişiye lisans vermeme ve kendisinin de lisans konusunu kullanmama yükümlülüğü,

3) Lisans verenin ve/veya lisans alanın diğer tarafa ayrılan bölge veya müşteri grubuna aktif satışlarının sınırlanması. Ancak tarafların kendi bölgelerinde bulunan ve ülke içindeki başka bölgelere veya müşteri gruplarına satış yapacak üçüncü kişilere satış yapmaları doğrudan ve dolaylı olarak sınırlanamaz.

4) Bir lisans alanın, lisans veren tarafından başka bir lisans alana tahsis edilen bölge veya müşteri grubuna yapacağı aktif satışların sınırlanması. Ancak tarafların kendi bölgelerinde bulunan ve ülke içindeki başka bir bölge veya müşteri grubuna satış yapacak üçüncü kişilere satış yapmaları doğrudan veya dolaylı olarak sınırlanamaz.

5) Lisans alana getirilen anlaşma konusu ürünleri sadece kendi kullanımı için üretmesi yükümlülüğü.”

¹³⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5'inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, ss. 17-21.

konusu ürünleri pasif olarak satabileceği bölge ya da müşteriler sınırlanmaktaysa¹³⁷⁵, seçici dağıtım sisteminde üyenin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanma hakkı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren bir lisans alanın son kullanıcıya aktif ve pasif satış yapması sınırlanmaktaysa o anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır¹³⁷⁶.

Tebliğ m. 7’de ayrıca grup muafiyetinden yararlanamayan sınırlamalar düzenlenmiştir¹³⁷⁷. Teknoloji transferi anlaşmasının bu sınırları içermesi halinde, bu sınırlamaların asıl sözleşmeden ayrılıp ayrılmadığına bakılacak; eğer ayrılabiliriyorsa anlaşmanın kalan kısmı grup muafiyetinden yararlanmaya devam edecek, ayrılmıyorsa anlaşmanın tamamı grup muafiyetinden yararlanamayacaktır¹³⁷⁸.

Grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmaların, şartları karşılıyor olması halinde bireysel muafiyetten yararlanması mümkündür.

Sonuç itibariyle; grup muafiyetinden yararlanan teknoloji transferi anlaşmalarından kaynaklanan bilgi değişimi faaliyetleri, teknoloji transferi anlaşması için gerekli olan sınırın aşılması kaydıyla, grup muafiyeti dolayısıyla güvenli liman kapsamında kabul edilecektir. Grup muafiyetinden yararlanamayan ancak bireysel muafiyet koşullarını taşıyan teknoloji transferi anlaşmalarından kaynaklanan bilgi değişimi faaliyetleri bakımından da aynı şekilde gereklilik sınırının aşılması kaydıyla herhangi bir yaptırım uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ancak gerek grup muafiyeti gerekse bireysel muafiyetten yararlanan teknoloji transfer anlaşmaları

¹³⁷⁵ Tebliğ m. 6/III-b’ye göre şu hükümlerin bulunması, anlaşmanın grup muafiyeti kapsamı dışında kalmasına sebep olmaz:

“1) Lisans alana ayrılan münhasır bölgeye veya münhasır müşteri grubuna yapılan pasif satışların sınırlanması.

2) Başka bir lisans alana tahsis edilen münhasır bölge veya münhasır müşteri grubuna yapılan pasif satışların, bu kişinin anlaşma konusu ürünleri bu bölgede veya bu müşteri grubuna sattığı ilk iki yıl boyunca sınırlanması.

3) Lisans alana getirilen anlaşma konusu ürünleri sadece kendi kullanımı için üretmesi yükümlülüğü. Ancak lisans alanın anlaşma konusu ürünleri kendi ürünlerinin yedek parçası olarak aktif veya pasif şekilde satmasının sınırlanmaması gerekmektedir.

4) Belirli bir müşteri için alternatif arz kaynağı oluşturmak amacıyla lisans verilmesi halinde, lisans alanın anlaşma konusu ürünleri yalnızca söz konusu müşteri için üretmesi yükümlülüğü.

5) Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren bir lisans alanın son kullanıcılara yönelik satışlarının sınırlanması.

6) Seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmasının sınırlanması.”

¹³⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5’inci maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, ss. 21-24.

¹³⁷⁷ Rakip olanlar ve olmayanlar arasında akdedilen teknoloji transferi anlaşmalarını grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar doktrinde “Kara Liste” olarak adlandırılmıştır. Kara listelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Y. Kaya, TÜSİAD 2008-5-465, ss. 24-30.

¹³⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Y. Kaya, TÜSİAD 2008-5-465, ss. 31-32.

altında, söz konusu anlaşmanın gerektirdiği ölçüyü ve amacı aşan bilgi değişimi faaliyetlerinde bulunulması halinde, rekabeti kısıtlama amacı ya da etkisine sahip olan bu bilgi değişimi faaliyetlerinin yasaklanması ve bunlara ilişkin gerekli yaptırımların uygulanması gerekmektedir.

4.1.2.3. Uzmanlaşma (Üretim) Anlaşmaları Kapsamında Bilgi Değişimi

Rekabet kurulu tarafından yayınlanmış olan bir diğer grup muafiyeti tebliği, 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'dir¹³⁷⁹,¹³⁸⁰.

Uzmanlaşma (üretim) anlaşmaları, ortak girişim anlaşmalarının bir diğer türü olup tam işlevsel olmayan bir ortak girişim anlaşması niteliğindedir¹³⁸¹. Uzmanlaşma anlaşmaları, 2013/3 sayılı Tebliğ m. 5/I hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre,

¹³⁷⁹ Tebliğ hükümleri hakkında bilgi için bkz. İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 650-659.

¹³⁸⁰ 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yayınlanmadan önce Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan “*Arçelik A.Ş.- Sony Europe Limited*” kararında Arçelik ile Sony arasında akdedilmiş olan bir LCD TV fason üretim anlaşmasına yönelik menfi tespit veya bireysel muafiyet talebi incelenmiştir. Söz konusu anlaşmaya göre Arçelik, Sony için Sony’nin belirlediği tasarım ve teknolojilerde LCD TV üretimi yapacak ve üretilen bu ürünler Sony tarafından satın alınacaktır. Kurul yapmış olduğu incelemede, rakipler arasında yapılacak olan fason üretim anlaşmasının rakipler arasındaki işbirliğini kolaylaştıracağını, bu anlaşmanın bilgi değişimini beraberinde getirmesinin kaçınılmaz olduğunu, anlaşma çerçevesinde ürünlerin üretimine ilişkin yazılım, teknik bilgi gibi bilgiler ile anlaşmanın ifasına ilişkin muhasebe kayıtları, sözleşmeler ve hesaplardan oluşan finansal bilgilerin paylaşılmasının da söz konusu olacağını, yine Arçelik’in sözleşme konusu ürünleri üretebilmek için satın alacağı girdi ve ara ürünlere ilişkin olarak bu malzemelerin nerelerden tedarik edileceği de dâhil olmak üzere çeşitli verilerin Arçelik’e aktarılması gerektiğini belirtilmiştir. Kurul söz konusu fason üretim anlaşması yönünden bir diğer sakıncanın, tarafların maliyetlerinin benzeşmesi durumunun olabileceğini ifade etmiştir. Tarafların durumu ve pazarın niteliği incelendikten sonra talep konusu sözleşmenin bir pazar kapama etkisi yaratmayacağı kanaatine varılmıştır. Fason üretim sözleşmesinde Sony lehine yer alan en çok kayırlan müşteri kaydının bazı koşullar altında firmalar arası koordinasyonu kolaylaştırma ya da rakiplerin maliyetlerini yükseltme gibi rekabet karşıtı yatay etkileri olabileceği Kurul tarafından ileri sürülmüştür. Tüm bu değerlendirmeler sonucunda Kurul, söz konusu fason üretim anlaşmasına menfi tespit verilemeyeceğine karar vermiştir. Sözleşme ayrıca bireysel muafiyet yönünden incelenmiştir. Fason üretim sözleşmesi ile özellikle teknolojide önde gelen firmalardan olan Sony’nin teknik know-how ve üretim teknolojisini Arçelik ile paylaşacak olması, sözleşme kapsamında fikri hakların her iki taraf lehine de koruma altına alınmış olması, başta Arçelik olmak üzere taraflar bakımından LCD TV üretim teknolojilerinin zenginleştirilmesi ve bu alanda uzmanlaşma ile modellerde çeşitlilik ve kalite artışının tetikleneceği kanaatiyle etkinlik şartının oluştuğu kanaatine varılmıştır. RKHK m. 5 kapsamındaki diğer koşulların da oluştuğu kanaatiyle söz konusu fason üretim anlaşmasına bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir (RK, 2010, *Arçelik A.Ş.-Sony Europe Limited*, 08.12.2010, 10-76/1572-605). Karar hakkında bkz. Gürkaynak, Bilgi Değişimi, ss. 53-54.

¹³⁸¹ Ortak üretim anlaşmalarının tam işlevsel olmayan bir ortak girişim anlaşması niteliğinde olmasının sebeplerinden biri, ortak girişimin ana teşebbüslerin hammadde kaynaklarından ve teknik bilgilerinden yararlanmaları ve bu nedenle piyasalarda bağımsız olarak davranamamalarıdır. İkinci sebep ise, üretilen ürünlerin satışının sadece taraf teşebbüslere yapılması ya da taraf teşebbüslerin isteğine göre gerçekleştirilmesidir (Kayıhan, s. 56).

uzmanlaşma anlaşmaları üç gruba ayrılır. Bunlar; tek yanlı uzmanlaşma anlaşmaları, karşılıklı uzmanlaşma anlaşmaları ve ortak üretim anlaşmalarıdır. Tebliğ m. 5/I-a hükmüne göre; aynı ürün pazarında aktif olarak faaliyet gösteren taraflardan birinin, belirli ürünlerin üretimini tamamen veya kısmen durdurmayı ya da o ürünlerin üretimini yapmamayı ve bu ürünleri rakip bir teşebbüsten almayı kabul ettiği anlaşmalar tek yanlı uzmanlaşma anlaşmalarıdır¹³⁸². Belirli ürünlere yönelik üretimin tamamen ve kısmen durdurularak ya da o ürünlerin üretimini yapmayarak bu ürünlerin karşı taraftan satın alınmasının en az iki ya da daha fazla tarafça karşılıklı olarak kabul edilmesi halinde, aynı hükmün (b) bendine göre karşılıklı uzmanlaşma anlaşması söz konusudur¹³⁸³. Aynı ürün pazarında aktif olarak faaliyet gösteren ya da bir uzmanlaşma anlaşmasıyla bir ürün pazarına girmek isteyen iki ya da daha fazla tarafın belirli ürünleri ortaklaşa üretmeyi kabul ettiği anlaşmalar ise aynı hükmün (c) bendine göre ortak üretim anlaşmaları olarak tanımlanmaktadır.

Uzmanlaşma anlaşmalarının ortak özelliğine baktığımızda bu anlaşmaların, aynı ürün pazarında faaliyette bulunan teşebbüsler arasındaki işbirliği temeline dayandığını görmekteyiz. Uzmanlaşma anlaşmaları olarak düzenlenen bu müessese, ticaret hayatında sıklıkla rastlanan fason üretime karşılık gelmektedir. Fason üretimde, teşebbüslerden en az biri, üretmekte olduğu ürünlerin bir ya da birkaçını kendisi üretmek yerine bu üretim işini aynı ürün pazarındaki bir başka teşebbüse bırakmaktadır. Bu, tek taraflı ya da karşılıklı olabilir. Burada fason üretimi yaptıran taraf iş sahibi, üretimi yapan taraf ise yüklenici durumundadır¹³⁸⁴. Fason anlaşmaları aynı seviyedeki teşebbüsler arasında yatay ya da farklı seviyelerdeki teşebbüsler arasında dikey olarak ortaya çıkabilir¹³⁸⁵. Ortak üretim anlaşmaları ile yatay fason anlaşmaları 2013/3 sayılı Tebliğ kapsamına girmekte iken dikey fason anlaşmaları, Rakipler Arasında Olmayan Belirli Nitelikteki Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin

¹³⁸² Aynı yönde: Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 35.

¹³⁸³ Aynı yönde: Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 35.

¹³⁸⁴ RK, 2013, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, 30.04.2013, 13/24-326- RM (6), s. 30; Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 35.

¹³⁸⁵ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 30; Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 35.

Kılavuz¹³⁸⁶ kapsamına girmekte ve gerekli koşulları taşıması halinde 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabilmektedir^{1387, 1388}.

Üretim anlaşmaları; maliyetlerin azalmasını sağlayıp küçük firmaların uzmanlaşarak büyük firmalarla etkin bir şekilde rekabete girmesine katkıda bulunabilir¹³⁸⁹. Ayrıca üretimde artışa neden olarak tüketici refahında artış sağlayabilir¹³⁹⁰. Buna karşılık üretim anlaşmaları, özellikle de ortak üretim anlaşmaları, aynı zamanda taraflar arasındaki rekabeti arz miktarı, kalite ve fiyat gibi önemli değişkenleri aynı seviyeye getirerek doğrudan kısıtlayabilir. Ayrıca bu tür anlaşmalar taraflar arasında koordinasyon sağlayarak fiyatların yükseltilmesi, arzın kısılması, ürün kalitesi, çeşitliliği ve inovasyonu azaltma gibi ortak işbirliklerine sebep olabilir¹³⁹¹. Özellikle bu anlaşmalar sonucunda tarafların maliyetlerinin ortaklığı ve ticarete hassas bilgilerinin paylaşılması, tarafları ortak bir amaca sevk edebilir. Üretim anlaşmaları sonucunda pazarın üçüncü kişilere karşı kapanması sonucunun ortaya çıkması da olasıdır¹³⁹². Üretim anlaşmaları piyasada faaliyet gösteren ana firma sayısında azalmalara yol açarak rekabetin de azalmasına sebep olabilir¹³⁹³. Tüm bu rekabeti kısıtlayıcı sonuçların ortaya çıkma olasılığına karşı,

¹³⁸⁶ Kılavuz hakkında bilgi için bkz. Haluk Arı, “Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Rejimi”, TÜSİAD, Fason Üretim ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarında Grup Muafiyeti Tartışmaları, 29.06.2007, Yayın No:TÜSİAD-T/2008-5-465, ss. 48-66 (<http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/3653-fason-uretim-ve-teknoloji-transferi-anlasmalarinda-grup-muafiyeti-TUSIAD,%20Fason%20Üretim%20ve%20Teknoloji%20Transferi%20Anlasmalarinda%20Grup%20Muafiyeti%20Tartismalari,%2029.06.2007,%20Yayin%20No:%20TUSIAD-T/2008-5-465,%20ss.%2048-66-01.03.2016>).

¹³⁸⁷ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 30.

¹³⁸⁸ Dikey anlaşmada fikri hakların da alıcıya devredilmesine veya bu hakların alıcı tarafından kullanılmasına ilişkin hükümlerin bulunması halinde Tebliğ m. 2/IV hükmünde yer alan koşulların karşılanması şartıyla grup muafiyetinden yararlanılması mümkündür. Bu hükme göre fikri hakların devrinin alıcıdan sağlayıcıya devredilmesi ya da alıcı tarafından bu hakların kullanımının sağlayıcıya bırakılması gerekmektedir. Fason anlaşmalarında ise, dikey anlaşma kapsamında iş sahibi “alıcı” konumunda, fason üretimi yapan yüklenici ise “sağlayıcı” konumundadır. Buna karşılık; anlaşma fikri hak devri veya kullanımını içeriyorsa, fikri hakkın devri veya kullanımı, iş sahibi tarafından yükleniciye; bir başka deyişle alıcı tarafından sağlayıcıya bırakılmaktadır. Bu durumda 2002/2 sayılı Tebliğ m. 2/IV hükmündeki koşul oluşmayacak ve fason anlaşması grup muafiyetinden yararlanamayacaktır; ancak anlaşmanın, koşulları bulunması halinde bireysel muafiyetten yararlanması mümkündür. Buna karşılık; Rakipler Arasında Olmayan Belirli Nitelikteki Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz’da yapılan açıklama çerçevesinde, aktarılan bilginin nitelik itibarıyla sadece sağlanacak ürün veya hizmetlerin tarif edildiği detaylı özelliklere ilişkin olması halinde, fikri mülkiyet hakkının devri ters yönde olsa da 2002/2 sayılı Tebliğ’den yararlanmak mümkün olacaktır (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 397-399; İ. Y. Aslan, Rekabet, ss. 103-104).

¹³⁸⁹ Akıncı, s. 240; Kayar, s. 16.

¹³⁹⁰ Kayar, s. 16.

¹³⁹¹ Kayıhan, s. 57.

¹³⁹² Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 36-39; Kayıhan, s. 57; Altun, s. 41.

¹³⁹³ Kayar, s. 16.

2013/3 sayılı Tebliğ ile güvenli liman kapsamına alınan üretim anlaşmaları belirlenmiştir.

2013/3 sayılı Tebliğ kapsamına giren uzmanlaşma anlaşmaları grup muafiyetinden yararlanmaktadır. Uzmanlaşma anlaşmasının uygulanması için gerekli olan fikri mülkiyet haklarının devri veya bunlara ilişkin lisans sözleşmeleri de bu Tebliğ kapsamına girmektedir. 2013/3 sayılı Tebliğ m. 7 ile grup muafiyetinden yararlanılabilmesi için bir pazar payı eşiği getirilmiştir. Buna göre; tarafların toplam pazar paylarının ilgili ürün pazarlarının herhangi birinde %25'i geçmemesi gerekmektedir¹³⁹⁴. Bu pazar payı eşiğinin aşılması halinde grup muafiyetinden yararlanma söz konusu olmayacak; ancak koşulların bulunması halinde bireysel muafiyet alınabilecektir. Tebliğ'in 6. maddesiyle; fiyat tespiti, pazarların ya da müşterilerin paylaşımı, üretim miktarı veya satışlarının sınırlandırılmasına yönelik üretim anlaşmalarının grup muafiyeti dışında kalacağı düzenlenmiştir¹³⁹⁵.

Uzmanlaşma anlaşmaları kapsamında anlaşma tarafları arasında bilgi değişimine yönelik birtakım faaliyetlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Özellikle üretim yaptıran tarafın, üretim için gerekli olan bilgileri üretim yapacak olan tarafa vermesi zorunludur. Bunun dışında ortak üretim anlaşmalarında, taraflar belirli ürünlerin üretimini ortaklaşa yapacağından bu üretime ilişkin bilgileri birbirleriyle paylaşmak zorundadırlar. Uzmanlaşma anlaşmasının uygulanabilmesi için zorunlu olan bilgilerin taraflarca paylaşılmasına yönelik faaliyetler, 2013/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanacaktır; bir başka deyişle bu kapsamdaki bilgi değişimi faaliyetleri güvenli liman niteliğindedir. Paylaşılan bilgiler ticarete hassas bilgi ve ticari sır niteliğinde olsa dahi, anlaşmanın uygulanmasının bir gereği durumundaysa grup muafiyeti kapsamında kalacaktır. Zira üretimin yapılabilmesi için ilgili ürünün üretimiyle ilgili know-how'ın paylaşılması zorunlu olup yukarıda da açıklanmış olduğu üzere know-how, ticarete hassas bilgi niteliğindedir. Aynı

¹³⁹⁴ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Rehber'de bu eşik %20 olarak belirlenmiştir (Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 38).

¹³⁹⁵ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Rehber'de, pazar payları yüksek olan iki şirket arasında yapılan ve dağıtımı içermeyen üretim anlaşması kapsamında tarafların ayrıca geleceğe ilişkin fiyat bilgilerini gizli bir şekilde paylaşıyor olmalarının fiyat belirleme amacına yönelik olduğu ve ABİDA m. 101/III'den faydalanmasının mümkün olmadığı belirtilerek bu tür bir faaliyetin hem grup muafiyeti hem de bireysel muafiyet kapsamı dışında kalacağı vurgulanmıştır (Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 43).

şekilde, ilgili ürüne ilişkin patent veya endüstriyel tasarım belgesinin bulunması halinde üreticiye bunlara ilişkin lisans verilmesi, fason olarak üretilen ürünler üzerine konacak marka tescilliye markaya ilişkin lisans verilmesi zorunlu olup tüm bunlar 2013/3 sayılı Tebliğ ile grup muafiyeti kapsamındadır.

Uzmanlaşma anlaşmasının gerektirdiği sınırı aşan bilgi değişimleri grup muafiyetinden yararlanamaz. Bu tespit yapılırken dikkatli bir değerlendirme süreci gerekmektedir. Zira uzmanlaşma anlaşması altında, anlaşma taraflarının üretimle ilgisi olmayan başkaca ticarete hassas bilgilerini paylaşmaları, bu şekilde ortaklaşa hareket ederek piyasayı yönlendirmeleri ve rekabetin zarar görmesine sebep olmaları mümkündür. Bu nedenle grup muafiyeti kapsamında değerlendirme yapılırken, anlaşmanın taraflarının yapmakta olduğu bilgi değişimlerinin, anlaşmanın uygulanabilmesi için zorunlu olan bilgilerle sınırlı olup olmadığının titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Üretimle ilgisi olmayan ve piyasayı kontrol altında tutmayı hedefleyen, pazar kapama ya da rakipleri pazar dışına itmeye yönelik, piyasadaki fiyatları ya da üretim miktarlarını belirleme ya da müşteri paylaşma amaç ya da etkilerine sahip olan bilgi değişimi faaliyetlerinin grup muafiyeti dışında tutularak rekabete aykırı kabul edilmesi gerekmektedir. Grup muafiyeti kapsamında olmayan uzmanlaşma anlaşmalarının şartları mevcutsa bireysel muafiyetten yararlanmaları mümkündür¹³⁹⁶.

¹³⁹⁶ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de konuya ilişkin olarak verilen bir örnek şöyledir: A ve B şirketleri Avrupa standartlarına göre üretilen homojen bir kimyasal ürün olan Z ürününü üretmektedir. A şirketi Avrupa’nın kuzeyinde yer alan bir üye ülkede, B şirketi ise Avrupa’nın güneyinde bulunan bir üye ülkede bulunmaktadır. A şirketinin müşterilerinin çoğu Kuzey Avrupa’da bulunmakla birlikte Güney Avrupa’da da müşterileri vardır. B şirketinin müşterilerinin çoğu da Güney Avrupa’da ise de Kuzay Avrupa’da da bir kısım müşterileri bulunmaktadır. A şirketi güneydeki, B şirketi de kuzeydeki müşterilerine ürünü kara nakliyesiyle göndermektedir ve bu yol, her iki şirket bakımından da kârlı değildir. A şirketi %20, B şirketi %25 pazar payına sahiptir. Aynı pazarda %20, %15, %10 ve %10 pazar paylarına sahip dört üretici firma daha bulunmaktadır. A ve B, nakliye giderlerinden kurtulmak, aynı zamanda da kendi müşterilerini ellerinde tutabilmek amacıyla bir anlaşma yapmaya karar verirler. Bu anlaşmaya göre A şirketi, güneydeki müşterileri için üretim yapmayacak ve bu miktardaki ürünü B şirketinden satın alıp ürünün teslimatı doğrudan B şirketinden güneydeki müşteriye yapılacaktır. Aynı durum B şirketinin kuzeydeki müşterileri için de geçerlidir. A ve B şirketleri bu anlaşma kapsamında her iki şirket için de uygun olan bir satın alma fiyatı belirleyeceklerdir. Bu kapsamda taraflar, üretim ve nakliye maliyetlerini birbirlerine açıklama konusunda anlaşmışlardır. Söz konusu örnekte tarafların toplam pazar payları %45 olduğundan ilgili üretim anlaşmasının grup muafiyetinden yararlanması mümkün değildir. Bu durumda bireysel muafiyete ilişkin koşullara bakılması gerekmektedir. Söz konusu anlaşmanın tarafları için nakliye masraflarından tasarruf edilmesi suretiyle etkinlik sağladığı açıktır. Ancak bireysel muafiyet için gerekli olan zorunluluk koşulu burada bulunmamaktadır. Zira tarafların, söz konusu anlaşmayı, üretim maliyeti ve nakliye maliyeti bilgilerini birbirleriyle paylaşmadan da sürdürebilmeleri mümkündür. Bir başka deyişle, söz konusu anlaşmanın sürdürülebilmesi için bu bilgilerin paylaşılması kaçınılmaz olmayıp satın alma fiyatı belirlenmesi için farklı bir formülün uygulanması mümkündür. Rehber’de bu

4.1.2.4. Sigorta Sektörü Kapsamında Bilgi Değişimi

Bilgi değişimi konusunun sigorta sektörü yönünden değerlendirmesine yukarıda değinilmiştir¹³⁹⁷. Sektörel yönden bilgi değişiminin zorunlu olmasının ve bu zorunluluğun sınırlarını aşmaması şartıyla bilgi değişimine izin verilmesinin yanı sıra ayrıca Rekabet Kurulu tarafından sadece koasürans ve koareasüransa yönelik özel düzenlemeler yapma gereği duyulmuştur.

Sigortacılık sektöründe, yeni sigorta türlerinin ortaya çıkması ya da çok yüksek değerler taşıyan rizikolara yönelik sigorta ihtiyacı koasürans ve koreasürans müesseselerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur¹³⁹⁸. Tek bir sigorta şirketinin riski üstlenebilecek finansal kaynaklara sahip olmaması halinde risk, tek bir poliçeyle birden fazla sigorta şirketi tarafından müştereken üstlenilir. Bu şekilde sigorta şirketleri tarafından kurulan birliğe koasürans denir. Aynı şekilde, daha önce ülkemizde hiç sigortalanmamış yeni birtakım risklerin sigortalanmasında da bu yola başvurulabilir. Böylece sigorta şirketlerinin bu yeni rizikoyu tanınması sağlanmaktadır.

Rekabet Kurulu tarafından koasürans ve koreasürans şirketlerine ilişkin grup muafiyet koşullarını düzenleyen 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yayınlanmıştır^{1399, 1400}. Tebliğin kapsamını düzenleyen m. 2'ye göre;

- Sigorta sektöründeki teşebbüsler tarafından müştereken;

nedenle; anlaşmanın gerektirdiği kapsamı aşan bilgi değişiminin anlaşma için bir koşul olarak belirlenmiş olması karşısında söz konusu üretim anlaşmasının ABİDA m. 101/III'deki bireysel muafiyet koşullarını karşılamasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır (Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 43-44).

¹³⁹⁷ Bkz. yuk. ss. 27-30.

¹³⁹⁸ Koasürans grupları 2008/3 sayılı Tebliğ m.4/I-ç'de şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Sigorta teşebbüsleri tarafından kurulan ve belirli bir risk kategorisini, katılımcı tüm teşebbüslerin nam ve hesabına sigortalamayı kabul eden ya da bu iş için bir sigorta teşebbüsüne, ortak bir aracıya veya bu amaçla kurulmuş bir yapıya yetki veren grupları...ifade eder.*”

Aynı maddenin (d) bendinde ise koreasürans grupları; “*Sigorta teşebbüsleri tarafından, belirli bir risk kategorisindeki risklerin kısmen veya tamamen karşılıklı olarak reasüransını yapmak veya aynı kategorideki risklerin reasüransını tüm katılımcılar nam ve hesabına kabul etmek veya bu iş için bir sigorta teşebbüsüne, ortak bir aracıya veya bu amaçla kurulmuş bir yapıya yetki veren grupları...ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır.

¹³⁹⁹ RK, 2008, Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/3, 1.2.2008 T. ve 24774 S. RG.

¹⁴⁰⁰ Tebliğ hakkında bilgi için bkz. E. F. Aslan, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı, ss. 64-66; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 634-649.

- Belirli bir riskin geçmişte sigorta kapsamına alınmasının ortalama maliyetlerinin hesaplanması,
- Sigorta işlemleri ile bağlantılı olarak, kapitalizasyon ve ölüm cetvelleri ile hastalık, kaza, sakatlık sıklıklarını gösteren tablolar hazırlanması,
- Bu hesaplama sonuçlarının ve tabloların teşebbüslere dağıtılması,
- Belirli bir risk veya risk kategorisinde, teşebbüslerle bağlantılı olmayan genel dışsal koşulların, gelecekteki tazminat taleplerinin sıklığı ve ölçeği veya farklı tipteki yatırımların kârlılığı üzerindeki muhtemel etkilerinin müştereken araştırılması ve bu araştırma sonuçlarının dağıtılması,
- Belirli risk kategorilerine yönelik olarak, müşterek teminat sağlamak amacıyla koasürans ve koreasürans gruplarının kurulması ve işletilmesi,
- Yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından Türkiye’de geçerli olmak üzere belirlenen standartlara ilişkin düzenlemelerin uygulanabilirliği kısıtlanmamak kaydı ile güvenlik cihazlarına ilişkin olarak sigorta sektöründeki teşebbüsler tarafından müştereken;
 - Teknik şartnameler ve uygulama kurallarının,
 - Cihazların bu kurallara uygunluklarının değerlendirilmesi ve onaylanmasına ilişkin usullerin,
 - Cihazların montaj ve bakımına ilişkin teknik şartname ve uygulama kurallarının,
 - Cihazların montaj ve/veya bakımını yapan teşebbüslerin söz konusu kurallara uygunluklarının değerlendirilmesi ve onaylanmasına ilişkin usullerin

belirlenmesi, tanıtımı ve dağıtımı amacıyla, sigorta sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan rekabeti sınırlandırıcı nitelikteki anlaşmalar, RKHK m. 5’e dayalı olarak RKHK m.4’ün kapsamı dışında kalıp grup olarak muaf olacaktır. Böylece yeni bir güvenli liman daha yaratılmıştır.

Tebliğ m. 5’de bu muafiyetin geçerli olabilmesi için hesaplama ve tablolarda bulunması gereken özellikler düzenlenmiştir. Buna göre bu hesaplama ve tablolarda sadece belirli bir süre içinde gerçekleşen hasar ve tazminat taleplerinin sayısı, sigortalanan risk sayısı, gerçekleşen hasarlara yönelik olarak ödenmiş veya ödenmesi

muhtemel tazminat miktarları, sigorta bedeli toplamı bulunabilir. Veriler istatistiksel nitelikte olup sadece aktüerya işlemleri için gerekli olduğu ölçüde ayrıntılandırılmalıdır. Ayrıca bu hesaplama ve tablolarda idari ve ticari faaliyetlerin maliyetlerine, kazançlarına, yatırımdan kaynaklanan gelirlere, beklenen kâra ilişkin bilgiler bulunmamalıdır. Tebliğ m. 6'ya göre ise, bu tablo ve hesaplamaların muafiyetten yararlanabilmesi için ilgili sigorta teşebbüslerinin ve sigortalıların kimlik bilgilerini içermemesi, bağlayıcı olmadıklarını gösterir bir ibare içermesi, bunların ilgili ürün pazarında ve coğrafi pazarda faaliyet göstermeyen teşebbüsler de dâhil olmak üzere, talep eden tüm sigorta teşebbüslerine makul ve ayrımcı olmayan şartlar altında verilmesi gerekmektedir. Tebliğ m. 7'de grup muafiyetinin istisnası düzenlenmiştir. Buna göre; katılımcıların bu tablo ve hesaplama sonuçlarından sapmama konusunda kendi aralarında taahhüt altında girmeleri veya başka teşebbüsleri bunlara uymaya zorlamaları halinde grup muafiyeti geçerli olmayacaktır.

2008/3 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinde amaç, sadece sayısal ve istatistiksel verilerin toplanıp dağıtılması suretiyle pazardaki teşebbüslerin bilgi sahibi olmasının, bu sayede riskin tanınmasının ve pazara girişlerin kolaylaştırılmasının sağlanmasıdır. Sigorta şirketleri arasında hasarlara ve can kayıplarına ilişkin bilgilerin paylaşılması yoluyla, daha güvenilir bir bilgi sistemi kurulmakta, bu bilgilere dayalı olarak yapılan ortak istatistik çalışmaları zonucu geleceğe en uygun prim hesaplamaları yapılabilmektedir¹⁴⁰¹. Tebliğ ile muafiyet kapsamına alınan tablo ve hesaplamaların en dikkat çekici yönleri aktüerya gereklerini aşmayacak kadar ayrıntı verilebileceğinin düzenlenmesi, sigorta teşebbüsü ile sigortalının kimlik bilgilerinin saklı tutulması ve bağlayıcılık taşımadığı yönünde açık ibare konmasının gerekli olmasıdır. Böylece hem sigorta teşebbüslerinin özel ticari bilgileri deşifre edilmemiş olacak hem de piyasanın amacını aşacak kadar şeffaflaşması ve sigorta teşebbüslerinin bu tablolardaki verilerle bağlı tutulması önlenmiş olacaktır. Bu nitelikteki bilgi paylaşımlarının grup muafiyeti kapsamında RKHK m.4'e uygun kabul edilmesi pratik bir çözüm yoludur.

¹⁴⁰¹ İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 142.

4.1.3. Güvenli Liman Niteliği Taşımayan Yatay İşbirliği Anlaşmaları

4.1.3.1. Ortak Alım Anlaşmaları

Ortak alım anlaşmaları, aynı ürünü nihai tüketiciye satan birden fazla perakendeci ya da aynı ürünü ara ürün olarak ürettikleri başka bir üründe kullanan birden fazla üreticinin, bu ürünü birlikte ve toplu olarak almak için bir birlik kurmalarına yönelik anlaşmalardır. Bu anlaşmalar, ortak girişim anlaşmalarının üçüncü türüdür.

Ortak alım, birden çok teşebbüsün ortak bir şekilde kontrol ettiği bir şirket, kontrol hakkı bulunmaksızın sadece pay sahibi oldukları bir şirket, sözleşmeye dayalı bir düzenleme veya daha gevşek bir işbirliği tarafından yürütülebilir¹⁴⁰².

Ortak alım anlaşmaları yoluyla, daha yüksek kaliteli ürünün daha düşük fiyatlara alınması mümkün olabilir¹⁴⁰³. Böylece maliyet azalacak ve ortak alım yapan teşebbüslerin fiyatları düşecektir¹⁴⁰⁴. Ayrıca küçük teşebbüslerin ortak alım anlaşmaları yoluyla büyük teşebbüslerin alışta sağladığı avantajları elde etmeleri mümkün hale gelmektedir (toplu alım indirimleri gibi); böylece küçük teşebbüsler, büyük teşebbüslerle rekabet edebilir duruma ulaşmaktadır¹⁴⁰⁵. Bu yönüyle ortak alım anlaşmalarının, tarafları bakımından avantajlı bir yol olduğu söylenebilir.

Ortak alım anlaşmaları yatay ya da dikey nitelikte olabilir¹⁴⁰⁶. Yatay nitelikteki ortak alım anlaşmaları değerlendirilirken Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da yer alan açıklamalar dikkate alınacakken dikey nitelikteki ortak alım anlaşmaları için 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği hükümleri uygulanacaktır¹⁴⁰⁷. Yatay nitelikteki ortak alım anlaşmaları genel olarak tam işlevsel bir ortak girişim niteliğinde olmadığından 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamına girmemektedir.

¹⁴⁰² Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 44.

¹⁴⁰³ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 44.

¹⁴⁰⁴ Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 250.

¹⁴⁰⁵ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 333.

¹⁴⁰⁶ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 44.

¹⁴⁰⁷ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 44.

Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan kararda, Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyesi olan 32 teşebbüs tarafından kurulacak olan bir ortak girişim için izin ve ortak girişim olan Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş. ana sözleşmesine menfi tespit talep edilmiştir. Söz konusu ortak girişim, LPG'nin ortak alımı, depolanması ve üyelere dağıtımı amacıyla kurulmaktadır. Kurul, ortak girişimin büyük ölçüde üyelerine hizmet vermesi, satış yapma yönünden ana teşebbüslerine bağımlılığı nedeniyle bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmayacağına, dolayısıyla RKHK m. 7 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Kurul, başvuru konusu ortak girişimin RKHK m. 4 kapsamında rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğu; ancak RKHK m. 5 kapsamında beş yıl süreyle bireysel muafiyetten yararlanabileceği sonucuna varmıştır¹⁴⁰⁸.

Ortak alım anlaşmalarına ilişkin bir grup muafiyeti tebliği bulunmadığından her ortak alım anlaşması kendi koşulları çerçevesinde case-by-case olarak rule of reason analizine göre incelenecektir. Bunun yanında; ortak alım anlaşmasının aslında ortak alım amacıyla değil, bir kartel oluşumunu gizlemek amacıyla yapılmış olması halinde, bu anlaşma amaç yönünden rekabete aykırı kabul edilecektir¹⁴⁰⁹.

Ortak alım anlaşmaları hem alım hem de satım pazarında fiyatların yükselmesi, arzın kısılması, ürün kalite, çeşitlilik ve inovasyonun azalması, pazar paylaşımı, antirekabetçi kapama etkisi gibi bazı rekabete aykırı sonuçlar doğurabilir¹⁴¹⁰. Özellikle ortak alım anlaşması yoluyla alınan ürün miktarlarının çok yüksek olması, bir başka deyişle alım pazarında yüksek bir pazar payına sahip bulunulması halinde, diğer alıcıların tedarikçi bulmaları zorlaşabilir ve bu alıcıların pazar dışına itilmeleri söz konusu olabilir¹⁴¹¹. Alım pazarında yüksek pazar payına sahip olan ortak alım birliği, alım konusu ürün yönünden yapacakları tercih ve yönlendirmelerle üst pazarda ürün çeşitliliğinin azalmasına ve ürün kalitesinin düşmesine sebep olabilir¹⁴¹². Bu durum, ortak alım birliğinin satım pazarında da

¹⁴⁰⁸ RK, 2000, *Temel Birincioğlu-Akçagaz Petrol Ür. San. ve Tic. A.Ş. vd.*, 17.10.2000, 00-39/434-240. Karar hakkında bkz. Kayar, ss. 58-59; Kayıhan, ss. 70-72.

¹⁴⁰⁹ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 45.

¹⁴¹⁰ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 45.

¹⁴¹¹ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 45.

¹⁴¹² Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 45.

yüksek pazar payına sahip olması halinde tüketicilere yansıyacak ve tüketicilerin menfaatlerini zedeleyebilecektir. Ayrıca alım pazarındaki işbirliğinin tarafları yüksek pazar paylarına sahipse, ortak alım sayesinde ürünlerin daha ucuza tedarik edilmiş olsa da bu, satım pazarında tüketicilere yansıtılamaz¹⁴¹³. Ortak alım anlaşmaları, satıcılar üzerinde baskı kurmaya ve büyük rakiplere zarar verecek avantajlar sağlamaya yöneliyorsa caiz görülmezler¹⁴¹⁴. Doktrinde İkizler, ortak alım organizasyonları yoluyla talep kesiminin şeffaflaştığını ve güçlendiğini, satıcılar üzerinde baskı oluşturarak satıcıların büyük ödünler vermesine, neredeyse maliyet fiyatlarına yakın fiyatlarla satış yapmak zorunda kalmalarına yol açtığını, fiyat belirleme gücünün talep kesiminde olduğunu ve bunun danışıklılık olarak kabul edileceğini ifade etmiştir. Ayrıca yazar, katılımcı teşebbüslerin arz kesimi karşısında önemli ölçüde güçlü bir konum elde etmek için ortak alış örgütlenmelerine gitmeleri halinde makul görülebilen alış çerçevesini aşan bir biçimlenme olduğunu ve bunun uyumlu eylemler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur¹⁴¹⁵. Ancak yazarın ifade ettiği gibi bir uyumlu eylemden söz edilebilmesi için taraflar arasında bir anlaşma bulunduğunun ispatlanamaması gerekir. Açık bir ortak alım anlaşması bulunan hallerde söz konusu anlaşmanın rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı konusunda değerlendirme yapılacak, uyumlu eylem söz konusu olmayacaktır.

Ortak alım anlaşmaları yönünden kesin bir eşik getirilmemiş ise de gerek Rehber gerekse de Kılavuz'da ortak alım oluşumunun taraflarının, alım pazarındaki toplam pazar paylarının ve satım pazarındaki toplam pazar paylarının %15'i aşmaması halinde pazar gücünün bulunmasının olası olmayacağı ve ortak alım anlaşmasının bireysel muafiyet koşullarını karşılayabileceği belirtilmiştir¹⁴¹⁶.

Ortak alım anlaşması kapsamında taraflar arasında bilgi değişimi gerçekleşebilir. Rekabet hukuku yönünden yapılacak değerlendirme sonucunda ortak alım anlaşmasının rekabeti bozucu etkiler taşımadığı ve rekabete uygun olduğu sonucuna varılırsa, ortak alım anlaşmasının gerektirdiği ölçüyü aşmayan bilgi değişimi faaliyetleri de rekabete uygun kabul edilecektir. Buna karşılık; ortak alım

¹⁴¹³ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 45.

¹⁴¹⁴ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 333.

¹⁴¹⁵ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 333.

¹⁴¹⁶ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 45; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 42.

anlaşması rekabete aykırı olmamakla birlikte, bu anlaşmanın taraflarınca gerçekleştirilen bilgi değişimi, ortak alım anlaşmasının gereklerini aşıyorsa bu noktada bilgi değişimi faaliyeti rekabete aykırı kabul edilecektir. Örneğin, ortak alım anlaşmasının taraflarının satın alması gereken ürün miktarını, kalitesini, ürünün ulaşması gereken tarihi birbirleriyle paylaşmaları, ortak alım sözleşmesinin bir gereğidir. Zira ortak alım sözleşmesine konu olan ürünün kalitesi, teslim tarihi ve satın alma miktarı bunlara göre belirlenecektir. Ortak alım anlaşmasının niteliği gereğince, alınan ürünün fiyatının, nakliye, depolama giderlerinin ve dolayısıyla tarafların her biri için maliyetinin, ortak alım anlaşmasının tüm tarafları tarafından bilinmesi doğaldır. Ancak tarafların, ortak alım anlaşması yoluyla satın aldıkları ürünlerin perakende satışında uygulayacakları fiyatları birbirleriyle paylaşmaları, alınan ürünlerin ne kadarının hangi müşterilere ya da hangi bölgeye satılacağına ilişkin bilgilerin değişimi gibi bilgi değişimi faaliyetleri ortak alım anlaşmasının kapsamını aşmaktadır ve rekabeti bozucu etkiye sahiptir.

Ortak alım anlaşmasıyla alınan ürünlerin, anlaşmanın taraflarının her biri için maliyetinin ne olduğunun taraflarca bilinmesi bazen rekabet hukuku yönünden sorun oluşturabilir. Şöyle ki, ortak alım anlaşmasıyla alınan ürün, bir başka ürünün üretiminde maliyet oranı en yüksek olan temel ara ürün niteliğindeyse, bu ara ürünün maliyetinin rakipler tarafından bilinmesi, nihai ürün için belirlenecek fiyatın tahmin edilebilirlik düzeyini arttıracaktır. Bu da anlaşmanın tarafı olan tüm rakiplerin, nihai ürüne ilişkin fiyatları aynı seviyede tutmaları sonucunu doğurabilir. Bu olasılık, ortak alım anlaşmasıyla alınan ürünün doğrudan nihai tüketiciye satılması durumunda çok daha kuvvetlidir. Bu durumda, ortak alım anlaşmasının taraflarının tamamı için tam maliyet anlaşmaya taraf olan tüm rakipler tarafından bilinmektedir; çünkü hepsi için maliyet aynıdır. Bu olasılıkta, rakiplerin birbirleriyle ayrı bir anlaşmaya girmeksizin sadece ortak alım anlaşması nedeniyle paylaşılan bilgiler dolayısıyla birbirleriyle aynı yönde bir davranış içine girmeleri ve aynı fiyatları uygulamaları mümkündür. Bunun yanında rakipler, ortak alım anlaşması nedeniyle oluşan bilgi paylaşımıyla sahip oldukları bilgileri, doğrudan ya da maliyete ekleyecekleri kâr marjını belirleyip dolaylı olarak fiyat belirlemesi yaparak daha fazla kâr elde etme amacıyla kullanma yolunu da seçebilirler. Bu olasılıkta bilgi değişimini takip eden ikinci bir anlaşma

mevcuttur. Örnekte, bilgi değişiminin fiyat belirleme sonucunu ortaya çıkarması nedeniyle rekabeti bozucu nitelikte olduğu sonucuna varılabilir.

Ortak alım anlaşmasının tarafları, ortak alım sürecini yönetmek için bağımsız bir üçüncü kişiyi yetkilendirebilir. Bu durumda, tarafların ortak alım konusu ürüne ilişkin ihtiyaç duydukları miktar, kalite gibi bilgiler taraflarca doğrudan üçüncü kişiye aktarılabilir. Bir başka deyişle, bilgi paylaşımı, ortak alım anlaşmasının tarafları arasında yapılmayıp sadece tarafların her biri ile üçüncü kişi arasında yapılabilir. Bu bilgilerin sadece üçüncü kişiye aktarılması ve bu üçüncü kişinin ortak alım anlaşması taraflarıyla rakip olmaması halinde yapılan bu bilgi paylaşımının rekabet hukuku yönünden bir değeri bulunmayacaktır¹⁴¹⁷.

Sonuç itibarıyla; ortak alım anlaşmalarında genellikle taraflar arasında bilgi değişimi söz konusu olmaktadır. Öncelikle ortak alım anlaşması rekabet hukuku yönünden değerlendirilmelidir. Eğer ortak alım anlaşmasının rekabete aykırı olduğu sonucuna varılmışsa, bu anlaşma kapsamında yapılan bilgi değişimi faaliyetleri de rekabete aykırıdır. Ancak bu durumda bilgi değişimi, ortak alım anlaşmasının yardımcı eylemi niteliğinde olacağından bilgi değişimi için ayrıca bir yaptırım uygulanmayacaktır. Buna karşılık; ortak alım anlaşmasının rekabete uygun olduğu sonucuna varılmışsa, ikinci aşama olarak yapılan bilgi değişiminin anlaşma kapsamında kalıp kalmadığı incelenecektir. Eğer bilgi paylaşımı, anlaşmanın gerektirdiği ölçüde kalmışsa rekabet hukuku yönünden bir problem yoktur. Ancak yapılan bilgi paylaşımı, ortak alım anlaşmasının gerektirdiğinden daha fazla bilgiyi içeriyorsa yapılan bilgi paylaşımının amaç ve etki yönünden rule of reason analizi kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

¹⁴¹⁷ Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber ve Rekabet Kurumu Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da konuya ilişkin olarak verilen örnekte; A, B ve C teşebbüsleri ürettikleri X ürününün üretiminde kullandıkları Z ara ürününü satın alması için bağımsız bir ortak alım birliğini görevlendirmişlerdir. Bağımsız ortak alım birliği, teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasada onlarla rakip değildir. Teşebbüslerin toplam pazar payı hem alış hem satış pazarında %30'dur. Hem alış hem satış pazarında altı tane daha rakipleri bulunmakta olup bunlardan birinin pazar payı %20'dir. Örnekte tüm teşebbüsler gerekli bilgileri bağımsız ortak alım birliğine vermekte, bunun dışında taraflar arasında bir bilgi değişimi olmamaktadır. Bu nedenle örnekteki ortak satın alma anlaşmasının taraflar arasında bir koordinasyon oluşmasına yardımcı olma ve işbirlikçi sonuç doğurma olasılığı düşük olduğundan söz konusu anlaşma ABİDA m. 101/I ve RKHK m. 4 kapsamına girmez (Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 48-49; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 46).

4.1.3.2. Ticarileştirme (Ortak Satım) Anlaşmaları

Ticarileştirme anlaşmaları, ikame ürünlerin satışına, dağıtımına ya da promosyonuna yönelik olan ve rakipler arasında yapılan işbirliği anlaşmalarıdır¹⁴¹⁸.

Dağıtım anlaşmalarının dağıtım konusu mal ya da hizmet yönünden rakip olmayan teşebbüsler arasında akdedilmesi; bir başka deyişle dağıtım yapacak olan teşebbüsün söz konusu ürünün ikamesinin üretimini yapmadığı dağıtım anlaşmaları dikey nitelikte olup 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamındadır. Buna karşılık; dağıtım yapacak olan teşebbüs, aynı zamanda kendisi de ikame ürün üreticisi durumundaysa işbirliği anlaşması yatay bir ticarileştirme anlaşması niteliğindedir¹⁴¹⁹ ve Yatay İşbirliği Anlaşmalar Hakkında Kılavuz'a tâbidir¹⁴²⁰.

Ticarileştirme anlaşmalarının; birden fazla teşebbüsün satış elemanlarını, dağıtım ağlarını ve kaynaklarını birleştirmeleri nedeniyle tüketiciler bakımından yararlı etkiler doğurabileceği kabul edilmektedir. Özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin tek başına yeni pazarlara giremediği durumlarda bu tür işbirlikleri pazara girişi kolaylaştırdığından rekabeti artırıcı etki gösterebilmektedir¹⁴²¹.

Ticarileştirme anlaşmaları rakipler arasında akdedilen işbirliği anlaşmaları olduğundan rekabet hukuku yönünden titizlikle incelenmesi gereken anlaşmalardır. Zira olumlu etkiler yanında, rekabeti olumsuz yönde etkileyici sonuçlar yaratmaları mümkündür. Öncelikle ortaya çıkabilecek rekabeti bozucu etkiler; fiyat tespiti, arzın kısılması, müşteri ve pazar paylaşımıdır. Özellikle karşılıklı ticarileştirme anlaşmalarında tarafların fiyat belirlemeleri ve müşteri paylaşımı yapmaları kuvvetli bir olasılıktır¹⁴²². Ticarileştirme anlaşmaları sonucunda arzın kısılması söz konusu olabileceği gibi anlaşmayla ilgili olan veya olmayan ticarete hassas bilgilerin değişimi veya maliyetlerdeki ortaklık dolayısıyla işbirlikçi sonuç ortaya çıkabilir¹⁴²³.

¹⁴¹⁸ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 49; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 47.

¹⁴¹⁹ Costin, p. 15.

¹⁴²⁰ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 47.

¹⁴²¹ Kayar, s. 21.

¹⁴²² Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 49; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 47; Kayar, s. 22.

¹⁴²³ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 50; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 48; Altun, s. 39.

Doktrinde ortak satım anlaşmalarının; özellikle ana teşebbüsün yüksek bir pazar gücüne sahip olması, pazarın oligopolistik özellikler taşıması, ana teşebbüs ile ortak girişimin aynı ya da ikame malların oluşturduğu ilgili ürün pazarında bulunması ve ana teşebbüslerden en az birinin ortak girişim pazarına girebilecek potansiyel rakip konumunda olması halinde rekabeti kısıtlama olasılığının daha yüksek olduğu ifade edilmiştir¹⁴²⁴.

Rekabet Kurulunun 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda; Çay-Kur ürünlerinin tanıtımı ve pazarlanması amacıyla kurulan ve Çay-Kur bayilerinin de hissedarlarından olduğu İç Anadolu Çay adlı teşebbüsün hukuki nitelik itibarıyla yoğunlaşma niteliğinde bir ortak girişim olmadığı, söz konusu ilişkinin ticarileşme anlaşması niteliğinde olduğu, bu tür anlaşmaların, teşebbüslerin pazarlama ya da fiyatlandırma stratejileri gibi rekabet açısından kritik ticari bilgilerinin paylaşımına veya ortak yürütülen faaliyetin maliyetteki payının yüksek olması halinde teşebbüslerin maliyetlerinin yakınlaşmasına yol açabildiği belirtilmiştir. Ayrıca kararda; rakipler arasındaki bu tür anlaşmaların rekabeti kısıtlama etkisi doğurabileceği, zira rakipler arasında süresiz olarak kurulan, kritik ticari bilgilerin paylaşımını gerektiren anlaşmaların rekabet güdüsünü yok etmesinin olası olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda İç Anadolu Çay'ın rakip markalar arasındaki rekabete olumlu etkileri olabileceği varsayılmakla birlikte marka içi rekabet üzerindeki etkilerinin olumsuz olacağı sonucuna varılmıştır. Kurul her ne kadar anlaşmanın RKHK m. 4 kapsamında olduğu kanaatine ulaşmış ise de anlaşmanın bireysel muafiyet koşullarını taşıdığına karar vermiştir¹⁴²⁵.

Ortak satım anlaşmaları değerlendirilirken temel nokta; tarafların birbirlerinin pazarına girmesi için bu anlaşmanın objektif olarak gerekli olup olmadığıdır. Eğer gerekliyse bu anlaşma yatay nitelikte rekabet problemleri yaratmayacaktır. Buna karşılık anlaşma, tarafların birbirlerinin pazarına girme konusunda karar alma bağımsızlığını ya da bunu yapmaya dönük niyetlerini azaltıyorsa rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin var olduğu söylenebilecektir¹⁴²⁶.

¹⁴²⁴ Kayar, s. 22.

¹⁴²⁵ RK, 2009, *Polbay Gıda Ltd. Şti.- Özdörtler Gıda Tem. Md. ve Med. İnş. Bilg. Tar. San. ve Tic. Ltd. Şti. vd.*, 18.06.2009, 09-29/604-144.

¹⁴²⁶ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 50-51; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 49.

Ortak satım sözleşmeleri yönünden getirilmiş kesin bir eşik bulunmamakla birlikte gerek Kılavuz'da gerekse Rehber'de %15'in altındaki toplam pazar payının bir rekabet ihlâli oluşturmamasının pek olası olmadığı belirtilmiştir¹⁴²⁷.

Ortak satım anlaşmalarına şöyle bir örnek verilebilir: Ülkenin her yerine çiçek satmak amacıyla bir internet sitesi platformu kurulmuştur. Bunun gibi başkaca internet platformları da mevcuttur. Belirli bir üyelik ücreti karşılığında her çiçekçi bu internet sitesine üye olabilmekte ve bu site üzerinden satış yapabilmektedir. Sistem ortaklaşa biçiminde işlemektedir. Şöyle ki, internet sitesinde farklı kategoriler altında ürün çeşitleri sergilenerek ürün tanıtımı yapılmakta ve bu ürünlerin fiyatları gösterilmektedir. Ancak tanıtımı yapılan ürünlerin tedarikçisi olan çiçekçinin adı belirtilmemekte ve her satıcı bazında ayrı ayrı fiyatlandırma değil, ortak bir fiyat açıklanmaktadır. Çiçek siparişi veren müşteri, çiçekçi seçimi yapmadan sadece çiçek seçimi yapmaktadır. İnternet üzerinden sipariş verilip ödemesi yapıldıktan sonra, çiçeğin teslim noktasına en yakın çiçekçi site yöneticileri tarafından belirlenerek sipariş en yakın çiçekçiye aktarılmaktadır. Satıcı, sipariş konusu aranjmanı hazırlayıp teslim noktasına kendisi ulaştırmaktadır. Bir başka deyişle, aranjmanın hazırlanması ve teslimine ilişkin maliyet, satıcının kendisine aittir. Müşteri tarafından yapılan ödemenin önceden belirlenmiş küçük bir kısmı internet sitesi sistemine, geri kalanı ise satıcıya gönderilmektedir. Bu sisteme üye olan çiçekçilerin ayrıca kendi bağımsız faaliyetleri ve satışları da devam etmektedir^{1428, 1429}.

Karşılıklı dağıtım anlaşmalarında rakiplerin birbirleriyle bilgi paylaşımında bulunması söz konusu olur. Bu anlaşmalar kapsamında özellikle pazarlama stratejileri ve fiyatlandırma konularındaki ticarete hassas bilgilerin paylaşımı

¹⁴²⁷ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 51; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 49.

¹⁴²⁸ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 52 vd; Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 49.

¹⁴²⁹ Açıklanan örnekte, açıkça bir fiyat tespiti mevcuttur. Bu nedenle anlaşma, 4. madde kapsamındadır. Ancak, tüketicilerin tek bir platform üzerinden çok fazla çeşitte ve farklı aranjmanlardaki çiçeklere ulaşabilmeleri, internet üzerinden sipariş verip ülkenin diledikleri her noktasına teslimat sağlayabilmeleri ve bunun için çiçek bedeli dışında ekstra bir maliyetle karşılaşmamaları nedeniyle bu sistemin tüketici menfaatlerine yönelik bir sistem olduğu söylenebilir. Ayrıca satıcıların birbirleriyle rakip olma durumu, kendi ticari faaliyetlerini bağımsız olarak sürdürmeye devam etmeleri nedeniyle zarar görmemiştir. Bu nedenlerle, söz konusu internet platformunun 5. maddeden yararlanabilmesi gerekmektedir (Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, ss. 52-53).

yapılmaktadır¹⁴³⁰. Bu tür anlaşmaların etkinlik kazanımı yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, bir karşılıklı dağıtım anlaşmasının fiyatlandırma ve pazarlama stratejileri gibi ticarete hassas bilgilerin paylaşılması dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunması mümkündür. Bunun yanında anlaşmanın etkinlik konusunda önemli kazanımlar sağlaması da söz konusu olabilir¹⁴³¹. Özellikle ürünlerin dağıtımının kolaylaşması, daha geniş bir kitleye hizmet verilebiliyor olması, tüketicilerin bu işbirliğinden olumlu olarak etkilenmesi, anlaşma sayesinde çok daha etkin bir şekilde mal veya hizmet dağıtımının yapılabilmesi, lojistik ve reklam maliyetlerinin ortaklaşa karşılanması nedeniyle üreticilere fayda sağlaması gibi olumlu etkiler, bahsi geçen anlaşmanın 5. madde kapsamında bireysel muafiyet almasını sağlayabilir. Etkinlik savunmasının anlaşmanın taraflarınca yapılması ve anlaşmanın olumlu etkilerinin ispatlanması gerekmektedir.

Ortak dağıtım anlaşmalarında bilgi değişimi, dağıtım anlaşmasının yardımcı eylemi niteliğindedir. Bu nedenle, ortak dağıtım anlaşmasının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin bulunup bulunmadığı incelenerek bir sonuca varılacaktır. Bilgi değişimi faaliyeti ayrıca incelenmeyecektir ve ortak dağıtım anlaşması kapsamında ele alınacaktır.

Ortak dağıtım anlaşmasının şartları ve sonuçları irdelendiğinde 5. madde kapsamında bireysel muafiyetten yararlanması gerektiği sonucuna varılabilir. Buna karşılık; ortak dağıtım anlaşmasının tarafları olan rakipler arasında, ortak dağıtım anlaşmasının amacını aşan düzeyde bir bilgi değişiminin olması mümkündür. Bu durumda, ortak dağıtım anlaşmasının amacını aşan, bu anlaşmanın şartları kapsamında gerekli olmayan ileri düzeydeki bilgi değişiminin ortak dağıtım anlaşmasından ayrı, bağımsız bir faaliyet olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira anlaşmanın şartlarının gerektirdiği sınırları aşan bilgi paylaşımının artık o anlaşmanın yardımcı eylemi olarak nitelendirilmesi kanaatimizce pek mümkün görülmemektedir. Bu durumda bilgi değişimi, bağımsız bir eylem olarak kabul

¹⁴³⁰ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 51; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 50.

¹⁴³¹ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 52; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, ss. 50-51.

edilmeli ve rekabeti bozucu ve arttırıcı etkiler yönünden ayrıca bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır.

4.1.3.3. Diğer Ortak Girişim (Joint-Venture) Anlaşmaları

Ortak girişim anlaşmaları birçok farklı şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan biri, üretici seviyesindeki iki veya daha fazla rakip teşebbüsün üretimde kullandıkları hammaddeyi üretmek için birlikte yeni bir teşebbüs kurmalarıdır. Bu durumda rekabet hukuku açısından ne gibi etkilerin ortaya çıkabileceği ayrıntılı olarak incelenerek söz konusu anlaşmanın bir ihlâl niteliği taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir.

Doktrinde bu konuya ilişkin olarak verilen bir örnek; bir bölgede ekmek üreten üç fırın işletmesinin bir araya gelerek bir un fabrikası kurması örneğidir. Bu örnekteki ortak girişimin piyasadaki diğer etkin faktörlerle birlikte birçok farklı etkisi ortaya çıkabilir. Öncelikle örnekteki işbirliği ile maliyetten tasarruf edilebilir. Özellikle ilgili piyasada ithal un kullanılıyorsa, kurulan ortak girişim sayesinde artık un ithalatına gerek kalmayacak ve böylece maliyetlerde düşüş ortaya çıkacaktır. Maliyetlerdeki bu düşüş, ekmek fiyatlarının da düşmesini sağlayarak tüketici menfaatlerine yönelik bir etkinlik ortaya çıkabilecektir. Her bir ekmek fırını işletmesinin tek başına bir un fabrikası kurması halinde kurulacak fabrikalar yeterli kapasitede olmayabilecekken, işbirliği sonucu birlikte kurdukları un fabrikası yeterli kapasitede olabilecektir. Eğer un üretimi yapan tek bir teşebbüs mevcutsa ve bir tek el durumu söz konusuysa, kurulan bu ikinci un fabrikasıyla tek el piyasası ortadan kalkacaktır. Böylece tek el oluşturan teşebbüs tarafından belirlenmiş olan piyasa fiyatlarında bir düşüş yaşanacak ve bu düşüş sayesinde gerek maliyetler gerekse satış fiyatlarında da aynı etki ortaya çıkacaktır. Tüm bu etkiler, örnekte belirtilen ortak girişimin olumlu etkileridir. Buna karşılık; söz konusu ortak girişimini rekabet üzerinde olumsuz etkileri de ortaya çıkabilir. Öncelikle bu tür bir ortak girişim sonucunda, üretilen un miktarı kısıtlanarak ekmek üretimi miktarına ilişkin bir kısıtlama yapılması mümkün olabilir. Böylece arz miktarının belirlenmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca ortak girişim içindeki teşebbüslerin her birinin hangi bölgeye ekmek dağıtımını yapacağı konusunda taraflar arasında bir pazar paylaşımı

anlaşması yapılabileceği fiyat tespiti yönünde bir anlaşmanın yapılması da mümkündür¹⁴³².

Sayılan bu olumsuzluklar ortaya çıkmasa dahi, rakip teşebbüsler tarafından kurulmuş olan bir ortak girişim sonucunda rakipler arasında bir bilgi değişiminin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Rakip teşebbüsler, hammadde üretimini ortaklaşa kendileri yaptığı için, temel girdi olan bu hammaddenin maliyet bilgilerine, dolayısıyla birbirlerinin üretim maliyeti bilgilerine de sahip olacaklardır. Hammadde maliyetleri ortak olduğundan rakip teşebbüslerin maliyet yapıları da benzer olacaktır¹⁴³³. Yine kendi temel hammaddelerini ortaklaşa kendileri üretilen kendi üretimlerinde kullandığından kimin ne kadar hammadde aldığı bilgisine sahip olacaklar ve böylece birbirlerinin ortalama üretim ve arz miktarlarını, stok bulundurup bulundurmadıklarını kolaylıkla öngörebileceklerdir. Rakip teşebbüslerin gerek birbirlerinin maliyetleri gerekse arz ve stok miktarları hakkında bilgi sahibi olması, aralarında açık veya zımni bir anlaşma olmasa dahi, teşebbüslerin her birinin kendi ticari davranışlarını rakiplerinin davranışlarıyla uyumlu hale getirmeye zorlayabilir. Böylece teşebbüsler; birbirlerinin dağıtım yaptığı yerlerde dağıtım yapmayarak, fiyatlarını birbirleri ile uyumlu hale getirerek veya üretim miktarlarını birbirleriyle eşitleyerek piyasadaki rekabet ortamının bozulmasına sebep olabilirler¹⁴³⁴.

Komisyon tarafından verilen “*Philips-Osram*” kararına konu olan olayda, Philips ve Osram akkor ampüller ile florasan lambalar için kurşunlu cam üretmek amacıyla bir ortak girişim kurmuşlardır. Ortakların her biri elektrik sektöründe faaliyet göstermekte olup aydınlatma ürünleri üretmektedir. Kurşunlu cam bir ara ürün olup florasan lambaların satış fiyatının ortalama %2’sini, akkor ampüllerin satış fiyatının ise ortalama %3’ünü oluşturmaktadır. Komisyon, lambaların üretim maliyetinde kurşunlu camın çok küçük bir etkisi olduğundan bu tür bir maliyet benzerliğinin rekabeti sınırlayıcı bir oluşuma neden olmak için yeterli olmadığı kanaatine varmıştır. Buna karşılık; ortak girişim anlaşmasında taraflara getirilen

¹⁴³² Schrag ve Schneirov, pp. 211-214.

¹⁴³³ Kayar, s. 29.

¹⁴³⁴ Doktrinde Kayar, böyle bir durumda rakiplerin karşılıklı olarak fiyat politikalarını yakınlaştıracaklarını ve fiyatlarda indirim yapmaktan kaçınabileceklerini belirterek özellikle ortak girişimden elde edilen girdinin fazla bir işleme tabi tutulmadan pazara sunulduğu durumlarda alt pazardaki işbirliği riskinin artacağını ifade etmiştir (Kayar, s. 29).

rekabet etmeme yükümlülüğü, AB pazarındaki kurşunlu cam ihtiyacının çoğunun ortak girişimden tedarik edilmesi yükümlülüğü gibi koşullar nedeniyle anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkiye sahip olduğu tespit edilmiştir. Bu tespitten sonra yapılan bireysel muafiyet değerlendirilmesi sonucunda ise anlaşmanın bireysel muafiyetten yararlanmasına karar verilmiştir¹⁴³⁵.

Açıklanan nedenlerle; rakipler arasında yatay işbirliği yoluyla kurulan ortak girişimlerin her birinin kendi koşulları ve ait olduğu piyasaya ait pazar şartları çerçevesinde değerlendirilmesi, buna göre rekabeti arttırıcı ve ihlâl edici etkilerin ele alınarak hangisinin daha baskın olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Değerlendirme yapılırken öncelikle anlaşmanın yapısı incelenmelidir. Anlaşma kapsamında ortaya çıkan davranışların rekabet yönünden şüphe uyandıran bir davranış olup olmadığı, değerlendirmede önem taşımaktadır. Davranışın şüphe oluşturan bir davranış olduğu sonucuna varılması halinde, bu davranışın hukuken makul gerekçeleri bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Makul gerekçeler bulunması halinde, baskın olan taraf belirlenerek bir sonuca varılmalıdır. Bu belirleme kapsamında ise, tüketici menfaatleri, tarafların pazar gücü ve ulaşılması gereken sonuca daha az kısıtlayıcı bir yoldan ulaşılmasının mümkün olup olmadığı hususları göz önünde bulundurulacaktır¹⁴³⁶.

4.1.3.4. Standardizasyon Anlaşmaları

Standardizasyon anlaşmaları, belirli ürünlerin üretim şekilleri, taşıyacakları nitelikler ve kaliteleri konusunda ortak asgari özellikleri belirleyen anlaşmalardır¹⁴³⁷. Standardizasyon anlaşmalarının öncelikli amacı, mevcut ya da gelecekte üretilecek olan ürünlerin üretim süreçleri, hizmetleri veya yöntemlerinin uyumlaştırılmasına

¹⁴³⁵ EU, 1994, *Philips-Osram*, 21.12.1994, OJ 31.12.1994 L 378/37. Karar hakkında bkz. Kayar, ss. 29-30.

¹⁴³⁶ Schrag ve Schneirov, pp. 212-214

¹⁴³⁷ Standart, 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m. 3/1 hükmünde; “Üzerinde mutabakat sağlanmış olan, kabul edilmiş bir kuruluş tarafından onaylanan, mevcut şartlar altında en uygun seviyede bir düzen kurulmasını amaçlayan, ortak ve tekrar eden kullanımlar için ürünün özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması ihtiyarî olan düzenleme” olarak tanımlanmıştır (RG. 11.07.2011, S. 24459).

yönelik teknik ya da kalite gerekliliklerinin belirlenmesidir¹⁴³⁸. Bir standardizasyon anlaşmasına taraf olanlar, ürettikleri ürünlerin bahsi geçen anlaşmada belirtilen özelliklerde ve kalitede olacağını taahhüt ederler. Standardizasyon anlaşmalarında asgari kalite şartları belirlenmekte olup bunun üzerindeki kalite seviyesinde üretim yapmak mümkündür; ancak daha alt seviyedeki kalitelerde üretim yapılamaz.

Standardizasyon anlaşmaları teşebbüsler arasında imzalanabileceği gibi, bu standartlar teşebbüs birlikleri tarafından da belirlenebilir. Ayrıca her ürün ve hizmet için belirli kalite standartları getirerek bu standartları sağlayan teşebbüslerin ürün ve hizmetlerini kalite belgeleri ile tevsik etmek amacıyla kurulmuş olan kamu tüzel kişiliği vasfındaki kalite kuruluşları tarafından standartların belirlenmesi oldukça yaygındır. En önemli kalite standart kuruluşları, Türk Standartları Enstitüsü (TSE)¹⁴³⁹ ve Uluslararası Standartlar Organizasyonu (ISO)'dur. Özellikle gelişen ticaret yaşamında artan ürün ve hizmet çeşitliliği karşısında gerek tüketicinin gerekse ara ürün satın alarak son ürün üretimi yapan teşebbüslerin, ürün ve hizmetlere yönelik tercihlerini ortaya koymalarında TSE ve ISO belgeleri zorunlu olmayıp ihtiyaridir¹⁴⁴⁰. Ancak bu belgelerin bulunması önemli bir tercih sebebidir. Ayrıca kalite belgelerinin bulunması, malların serbest dolaşımı için pazardaki teknik engellerin kaldırılmasında oldukça etkilidir¹⁴⁴¹. Zira bu belgelerin bulunması, söz konusu ürün ya da hizmetin belirli bir kalite standardının altına düşmeyeceğinin garantisini vermektedir.

TSE ve ISO gibi kamu tüzel kişisi vasfındaki kalite standart kuruluşları ile teşebbüsler arasında akdedilen standardizasyon sözleşmeleri yanında, rakip teşebbüslerin kendi aralarında akdettikleri ve belirli ürünlere belirli standart koşulları getiren standardizasyon anlaşmaları da mevcuttur. Teşebbüsler arasında akdedilen standardizasyon anlaşmaları ve teşebbüs birlikleri tarafından belirlenerek uyulması zorunlu kılınan standartlar, ilgili ürün ve hizmet pazarında daha yüksek kalite standartları sağlamaktadır.

¹⁴³⁸ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 55; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 55.

¹⁴³⁹ TSE, 18.11.1960 tarihinde kabul edilen 132 sayılı Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanunu ile kurulmuştur (22.11.1960 T., 10661 S. RG.).

¹⁴⁴⁰ Bayramoğlu, s. 66.

¹⁴⁴¹ Sevilay Eroğlu Uzunallı, "Türk Standartları Enstitüsü'nün Faaliyetlerinin Rekabet Hukukuna Göre Değerlendirilmesi", **DEÜSBED**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 150.

Gerek teşebbüsler arasındaki standardizasyon sözleşmeleri ve teşebbüs birlikleri tarafından belirlenip uyulması zorunlu kılınan standartlar gerekse TSE, ISO gibi kalite standart kuruluşları tarafından belirlenen standartlar, ilgili pazarda daha yüksek kalitede ürün ve hizmet arzını sağladığından tüketicilerin menfaatleri doğrultusunda yarar sağlamaktadır. Tüketicilerin kalite beklentisinin artmasına sebep olan standartlar sayesinde piyasada rekabet artacak ve daha kaliteli üretim yapma yolunda bir yarış ortaya çıkacaktır. Standartlar, rekabeti arttırıp üretim ve satış maliyetlerini azaltarak ekonomiye bir bütün olarak fayda sağlayabilir, kaliteyi koruyup arttırabilir, bilgi sağlayabilir, tüketici faydasını arttırabilir¹⁴⁴². Standartların, şirketlerin ürettikleri ürünlerin maliyetini düşürdüğü, yeni buluşlara olanak sağladığı, etkinliği arttırdığı, toplumun sağlık ve güvenliğini geliştirdiği kabul edilmektedir¹⁴⁴³. Doktrinde standardizasyon anlaşmalarının; fiyat rekabetini arttırma, üreticilerin daha fazla bilgi sahibi olmaları dolayısıyla yapacakları yatırım ve üretim miktarları konusunda daha isabetli tahminlerde bulunarak gereksiz fazla yatırım ve üretimi önleme ve benchmarking yönlerinden rekabeti arttırıcı etkileri olduğu belirtilmektedir¹⁴⁴⁴. Ayrıca kaynakların etkin kullanımı ile kalitenin iyileştirilmesini sağlaması ve bunlarla bağlantılı olarak tüketicinin korunmasına yardımcı olması nedeniyle standardizasyon anlaşmaları olumlu etkiler göstermektedir^{1445, 1446}.

Buna karşılık standarsizasyon anlaşmalarıyla rakip teşebbüslerin fiyat belirlemeye yönelmesi ve piyasanın yeni teknolojilere kapanması gibi rekabeti olumsuz yönde etkileyecek sonuçların ortaya çıkması da olasıdır. Ayrıca standartların çok yüksek tutulması, bu standartların yakalanmasını güçleştirerek özellikle küçük ölçekli işletmelerin pazar dışına itilmesine ve pazara giriş engeli

¹⁴⁴² Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 57; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 56.

¹⁴⁴³ Bayramoğlu, s. 51.

¹⁴⁴⁴ Han, pp. 1008-1013.

¹⁴⁴⁵ Eroğlu Uzunallı, ss. 154-156.

¹⁴⁴⁶ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 8/II hükmünde teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan malların ayıplı mal kapsamına girdiği düzenlenmiştir (RG. 28.11.2013, S. 28835). “Teknik düzenleme” kavramının ne anlama geldiği konusunda ise aynı Kanun’un m. 3/I- j hükmünde 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanmasına Dair Kanun’daki tanıma atıf yapılmıştır. 4703 sayılı Kanun m. 3/j hükmüne göre teknik düzenleme; “Bir ürünün, ilgili idarî hükümler de dahil olmak üzere, özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenleme” olarak tanımlanmıştır. Konu hakkında bkz. Eroğlu Uzunallı, s. 156.

yaratılmasına sebep olabilirken standartların düşük belirlenmesi, ürün kalitesinde genel bir düşüşe sebep olarak tüketiciler aleyhine sonuç doğurabilir¹⁴⁴⁷. Bazı hallerde ise standardsizasyon anlaşmaları yoluyla rakip teşebbüsler arasında ayrımcılık yaratılması ve rekabetin bu şekilde olumsuz etkilenmesi mümkündür¹⁴⁴⁸. Belirli teşebbüslerin standart belirleme sürecinin sonuçlarına erişiminin engellenmesi antirekabetçi sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Standart belirleme sonuçlarına erişim tamamen engellenebileceği gibi bu teşebbüsler birtakım yasaklayıcı veya ayrımcı koşullara da tâbi tutulabilir^{1449, 1450}.

Bilgi değişimi yönünden, teşebbüsler arasında akdedilen standardizasyon anlaşmaları ile teşebbüs birlikleri tarafından belirlenen standartlar özellikle incelenmelidir. Teşebbüsler arasında akdedilen standardizasyon anlaşmalarında, rakip teşebbüsler ürettikleri ikame ürünler ile verdikleri ikame hizmetler yönünden birtakım ortak özellikleri belirlemektedirler. Bu belirleme, üretim şekline, kullanılacak ham maddeye, ürünün taşıyacağı özellikler ve içerecekleri maddelere, müşterilerle akdedilecek satım sözleşmesindeki bazı standart koşullara¹⁴⁵¹ ilişkin

¹⁴⁴⁷ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 57; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 56; Eroğlu Uzunallı, ss. 157, 159; Altun, s. 41.

¹⁴⁴⁸ TSE'nin markaları olan TSE markası ve TSEK markalarını kullanabilmek için TSE ile teşebbüsler arasında sözleşme akdedilmesi gerekmektedir. Bu sözleşme imzalandıktan sonra bu markaların kullanıldığı ürünlerin satışından elde edilen cironun belirli bir oranı marka kullanım ücreti olarak TSE'ye ödenmektedir. TSE pazardaki rakipler arasında marka kullanım ücretini birbirinden farklı olarak belirleyerek rakipler arasında ayrımcılığa sebep olabilir ve bu durum rekabeti bozucu etki gösterir (Eroğlu Uzunallı, s. 161).

¹⁴⁴⁹ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 57; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, ss. 56-57.

¹⁴⁵⁰ Patent sahibinin patentin kullanılmasını engellemesi, bunlardan biridir. Bunun önüne geçebilmek için alınabilecek önlemlerden ilki beyan yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük kapsamında, standart belirleme sürecine katılanlar, sahip oldukları tüm fikri mülkiyet haklarını açıklamak zorundadırlar. Ancak bu noktada karşılaşılabilecek bir diğer sorun, "*patent tuzağı*"dır. Patent tuzağı, standart belirleme aşamasında sahip olduğu patent haklarına ilişkin gerçeğe uygun beyanda bulunmayarak standart koşullara sahip olduğu patent hakkının dâhil edilmesini sağlayan kişinin, standartlar belirlendikten sonra patent hakkına dayanarak ihlâl davası açması ve çok yüksek lisans bedelleri talep etmesidir. Alınabilecek ikinci önlem ise, lisanslama koşullarının belirlenmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayramoğlu, ss. 55-60.

¹⁴⁵¹ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da standardizasyon anlaşmasının, müşteri ile akdedilecek satım sözleşmesindeki bazı koşulların matbu bir şekilde ortaklaşa belirlenmesine yönelik olması halinde, rekabeti kısıtlayıcı etkide bulunma olasılığının düşük olduğu belirtilmiştir (s. 71). Gerekçe olaraksa, bu tür koşulların nihai ürün seçimine yönelik bir kısıtlama getirmediği ve bu sözleşme maddelerinin büyük bir kısmının zaten kanunlarla düzenlenmiş olduğu gösterilmiştir. Ancak bu şekilde bir genelleme yerine standart hale getirilen şartlara yönelik bir değerlendirme yapmak daha yerinde olabilir. Örneğin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 56/II hükmüne göre garanti süresi, malın tesliminden itibaren en az iki yıldır. Bir başka deyişle, satıcı iki yıldan daha az bir garanti süresi öngöremeyecek, ancak iki yılı aşan garanti süresini dilediği gibi belirleyebilecektir. Bu,

olabilir. Rakipler arasında kabul edilen standardizasyon anlaşmasında ürün ya da hizmete yönelik asgari kalite koşulları belirlenmişse, standart belirlemeye katılım kısıtlanmamışsa, söz konusu standardı kabul etme usulü şeffafsa, belirlenen standart ayrımcı olmayan, adil ve makul şartlarda belirlendiyse ve standartlara erişim yönünden bir kısıtlama yapılmadıysa¹⁴⁵² söz konusu standardizasyon anlaşmasının rekabeti kısıtlama olasılığı oldukça zayıftır¹⁴⁵³. Belirlenen ortak standartlara uyum halinde üretilen ürünlerde kullanılmak üzere bir işaret belirtilmiş olması durumunda, bu standartlara uyarak üretim yapan her teşebbüsün bu işareti kullanabilmesi mümkün olmalı, bu konuda engelleyici bir sistem benimsenmemiş olmalıdır¹⁴⁵⁴.

tüketici lehine bir düzenlemedir. Nihai tüketiciye yönelik ürün satışı yapan rakip teşebbüslerin tüketiciyle akdedilecek satım sözleşmesine yönelik standardizasyon anlaşması yapması ve bu anlaşmaya göre garanti süresinin en fazla 3 yıl olacağının belirlenmesi halinde satıcılar tarafından daha uzun süreli garanti öngörülemeyecektir. Bu durumda yasa koyucu tarafından getirilmeyen üst sınır, standardizasyon anlaşmasıyla bu anlaşmanın taraflarına getirilmiş olacaktır. Bu hükmün tüketici menfaatlerini ihlâl ettiği açıktır. Özellikle ürünlerin özellikleri itibarıyla birbirine benzer olduğu piyasalarda fiyattan ziyade diğer satım koşulları yoluyla rekabet tercih edilmektedir. Örneğin motorlu taşıt pazarında firmalar daha uzun garanti süreleri vererek tüketiciler tarafından tercih edilebilir olma yolunu kullanarak rakipleriyle rekabet edebilmektedir. Bu durumda garanti sürelerine üst sınır getiren bir standart hükmün rekabeti bozucu etkisinin olmadığını söylemek çok kolay olmayacaktır. Bu nedenle; kanaatimizce Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da yapılan genelleme yerine, standart olarak belirlenen hükmün içeriği, ilgili olduğu pazar ve bu hükmün tüketiciye yansımaları kapsamında olay bazında değerlendirme yapılması daha isabetli olabilir.

Doktrinde Han, sözleşme koşullarına yönelik standardizasyon anlaşmalarının tek başına bir rekabet ihlâli oluşturabileceğini ifade etmiştir (Han, pp. 1006-1008).

Doktrinde Sanlı, her türlü alım satım şartlarının birlikte tespit edilmesinin, yatay bir anlaşma ile dahi olsa her şart altında RKHK m. 4 kapsamında düşünülmemesi gerektiğini, zira alım satım şartlarının çok geniş bir alanı kapsadığını, bazı hallerde ticari açıdan haklı görülebilir kayıtların söz konusu olabileceğini, örneğin talebi canlandırmak için ortak reklam uygulamaları yapmak ve üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelere bu amaçla bazı kayıtlar koymak gibi hallerin ekonomik açıdan yararları ve rekabet üzerindeki olumsuz etkileri bir arada değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar ayrıca, kaliteyi korumak ve arttırmak amacıyla, alım satım ilişkili şartlar getirmek veya ilgili mal üzerine kalite işaretleri öngörmenin per se hukuka aykırı kabul edilemeyeceğini de belirtmiştir. Tüm bunlara ek olarak yazar, teşebbüs birliklerinin, üyelerini korumak için sözleşmelere konmasını yararlı gördüğü tahkim, sorumsuzluk, sigorta klozları gibi alım satım şartlarına ilişkin birtakım tavsiyelerde bulunmasının RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilmesinin istenmeyen sonuçlar doğuracağını; bu nedenle katı bir değerlendirme yerine, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 193-194, dn. 265).

¹⁴⁵² Belirlenen standardın uygulanabilmesi için kullanılması gereken bir fikri mülkiyet hakkının bulunması halinde bu hakkın sahibinin belirli teşebbüslere kullanım hakkını vermemesi ya da fahiş lisans bedelleri talep etmesi gibi haller, standardın erişiminin engellenmesi anlamına gelmektedir (Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 60; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 60).

¹⁴⁵³ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 59-60; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 59.

¹⁴⁵⁴ Esin, Rekabet, s. 90.

Anlaşma ile ürün kalitesine ilişkin asgari koşulların belirlenmesi yerine belirli bir tip üretim zorunluluğu getirilmiş olması halinde, bu tür bir anlaşmaya taraf olan teşebbüsler söz konusu anlaşmadaki koşullara uymak zorunda olduklarından üretilen ürünlerde bir ayniyet ortaya çıkabilecektir. Üretilen tüm ürünlerin homojen hale gelmesi durumunda, tüketicinin daha önceden sahip oldukları, ürün kalitesine göre tercihlerini ortaya koyma hakkı elinden alınmış olacaktır¹⁴⁵⁵. Ayrıca seri üretim yapan büyük teşebbüsler karşısında, ürün çeşitliliği yoluyla rekabet gücünü koruyabilmekte olan küçük teşebbüslerin de bu rekabet gücü ellerinden alınmış olacaktır¹⁴⁵⁶. Zira seri üretim yaparak ürünlerin birim maliyetini düşüren büyük işletme karşısında, aynı ürünü daha yüksek maliyetle üreten küçük işletmenin rekabet şansı kalmayacaktır.

Anlaşmanın imzalanması halinde anlaşmanın tarafları artık birbirlerinin üretim şekli, kullandıkları ham madde ve anlaşma kapsamındaki sair hususlarda bilgi sahibi olmuşlardır. Bir başka deyişle; kabul edilen standardizasyon anlaşması nedeniyle rakipler arasında üretilecek ürünlerin niteliklerine ilişkin bilgi paylaşımı gerçekleşmiştir ve ilgili pazarın şeffaflık derecesi yükselmiştir¹⁴⁵⁷. Aynı standartlarda üretim yapan rakip teşebbüslerin, bu üretime yönelik maliyetleri aynı düzeyde olacaktır. Zira aynı kalitede üretim yapabilmek için aynı ham maddeleri kullanmakta, aynı üretim teknolojisini uygulamakta ve aynı yöntemleri izlemektedirler. Maliyetlerdeki bu ayniyetin fiyatlara yansımaları ve fiyat belirlemeye sebep olması mümkündür. Dolaylı olarak birbirlerinin maliyet fiyatları hakkında bilgi sahibi olan rakipler, satış fiyatlarını belirlerken bu hususu göz ardı etmeyeceklerdir.

Ürünlerin nitelikleri birbirleriyle aynı olduğundan rakip teşebbüslerin rekabet edebileceği temel nokta, fiyattır. Teşebbüslerin belirleyecekleri fiyatlar, tüketiciler tarafından ürünlerin tercih edilmesine sebep olur¹⁴⁵⁸. Bu durumda teşebbüsler, daha fazla pazar payı elde edebilmek için fiyatlarını mümkün olan en düşük seviyede tutmaya çalışacaklardır. Ancak bu durum tüm teşebbüsler için dezavantajlı bir durumdur. Fiyatların düşük olması halinde teşebbüslerin kazancı minimum seviyede

¹⁴⁵⁵ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 58; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 57; Eroğlu Uzunallı, s. 159.

¹⁴⁵⁶ Eroğlu Uzunallı, s. 159.

¹⁴⁵⁷ Eroğlu Uzunallı, s. 159.

¹⁴⁵⁸ Han, pp. 1008-1009.

kalacak, fiyatların yükseltilmesi halindeyse müşteriler düşük fiyatlı ürüne yönelecek; bir başka deyişle fiyat artışına giden teşebbüsün pazar payı küçülecektir. Bu durum, rakipleri ortak bir fiyat belirlemeye itebilir. Böylece tüm rakip teşebbüsler belirledikleri ortak bir fiyatı uygulayarak hem kendi müşterilerini koruyabilecekler hem de daha fazla kazanç elde edebileceklerdir. Sonuç itibarıyla; üretilecek ürünlerin niteliklerini ortak bir model olarak belirleyen ve tüm üretimlerin bu ortak modele uyumlu olarak yapılması yükümlülüğünü taraflara yükleyen rakipler arası bir standardizasyon anlaşması, fiyat tespitlerine ve kartelleşmeye sebep olabilir.

Aynı durum, niteliği gereği belirli bir dizayna uygun olarak üretilmesi kaçınılmaz ürünler için de geçerlidir. Homojen nitelikteki ürünler (örneğin; akaryakıt) ve belirli ürünlerin tamamlayıcısı niteliğindeki ürünler (örneğin; zımba teli) bunun en tipik örnekleridir. Bu durumda bir standardizasyon anlaşması yoktur; ancak ürünün niteliğinden kaynaklanan zorunlu ya da kabul görmüş baskın nitelikte belirli bir standart vardır. Bu tür ürünlerde kabul gören mevcut dizaynın değiştirilmesi halinde, değiştirilmiş yeni dizayna yönelik talep çok düşük olacaktır. Bu nedenle bu tür ürünlerde ürün niteliğini değiştirerek rekabet edilmesi mümkün olmadığından temel rekabet unsurunun fiyat olması kaçınılmazdır. Bu durumda mevcut standartlık rekabet ihlali oluşturmamakta ise de yukarıda açıkladığımız şekilde bir fiyat tespiti sonucunun ortaya çıkması per se rekabet ihlali oluşturmaktadır¹⁴⁵⁹.

ABD Temyiz Mahkemesi, “*Tag Manufacturers Institute v. FTC*” kararında, etiket üreticileri birliği tarafından etiket dizaynlarının belirlenmiş olması ve etiket fiyatları konusunda bilgi değişiminde bulunulması konularını incelemiştir. Temyiz Mahkemesi yapmış olduğu inceleme sonucunda; belirlenmiş etiket dizaynına göre üretilen etiketlerin toplam üretimin ancak %20’sini oluşturduğu, kalan %80’in ise sipariş üzerine talep edilen şekil ve ebatlarda, çeşitlilik gösterir şekilde üretildiği; üreticilerin fiyat listesi basmasının sektör bakımından gerekli olduğu, çünkü çok farklı çeşitlerde etiket üretmenin mümkün olması ve etiket birim fiyatlarının çok düşük olması karşısında satılan miktarların çok büyük olması durumunda her müşteri için ayrı ayrı fiyat verilmesi yönteminin uygulanabilir olmadığı, liste fiyatlarının zorlayıcı olmayıp müşterilerle liste fiyatları üzerinden pazarlık yapılarak fiyatların

¹⁴⁵⁹ Konu hakkında bkz. Han, pp.- 1004-1006.

daha aşağı çekildiği, ayrıca değişen pazar koşullarında liste fiyatlarının da değiştirildiği, liste fiyatı belirlenmesi ve bu fiyat bilgilerinin değiştirilmesinin fiyat tespiti anlaşmasının var olduğu anlamına gelmediği yönünde tespitlerde bulunarak rekabet ihlali bulunmadığı sonucuna varmıştır¹⁴⁶⁰.

Buna karşılık “*Macaroni Manufacturers Association v. FTC*” kararında ise, makarna üreticilerin üretimde sadece durum buğdayı unu kullanılmasına yönelik ürün standardizasyonu anlaşması yapılmış olmasının, monopson yaratılarak hammadde pazarındaki fiyatları belirleme ve rekabeti kısıtlama sonucu doğuracağı sonucuna varılmıştır¹⁴⁶¹.

Standardizasyon anlaşmaları dolayısıyla gerçekleşen bilgi değişimi, anlaşmanın yardımcı eylemi niteliğindedir. Bu nedenle, rekabete aykırılık oluşturup oluşturmadığı konusunda anlaşmadan ayrı bir değerlendirmeye konu olmayacaktır.

Standardizasyon anlaşmaları, sadece ilgili mal veya hizmetin taşınması gereken kalite özelliklerini yansıtan anlaşmalarla sınırlı olmayıp aynı zamanda ilgili mal veya hizmetin satışına ilişkin satış koşullarının yeknesak hale getirilmesine ilişkin anlaşmaları da kapsar. Bir başka deyişle; teşebbüsler tarafından müşterilere sunulan standart sözleşmelerdeki genel işlem koşulları standardizasyon anlaşmalarının bir türüdür¹⁴⁶². Özellikle banka ve sigorta sektöründe genel işlem koşullarından oluşan standart sözleşmeler sıklıkla karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁶³. Çeşitli sigortalara ilişkin genel şartlar Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanmakta ve Resmi Gazete’de ilân edilmektedir. Söz konusu genel şartlar tüm sigorta şirketleri tarafından standart olarak uygulanması gereken şartları oluşturmaktadır. Sigorta genel şartları kapsamında; sigortanın kapsamı, coğrafi sınırları, sigorta kapsamına giren teminatlar, teminat dışı kalan haller, sigortanın başlangıç ve sona erme zamanı, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalı ve/veya sigorta ettirenin yükümlülükleri,

¹⁴⁶⁰ US Court of Appeals, First Circuit, 1949, *Tag Manufacturers Institute v. FTC*, 174 F.2d 452, 12.05.1949. Karar hakkında bkz. Han, p. 1005.

¹⁴⁶¹ US Court of Appeals, Seventh Circuit, 1965, *Macaroni Manufacturers Association v. FTC*, 13.04.1965, 345 F.2d 421. Karar hakkında bkz. Han, p. 1005.

¹⁴⁶² Genel işlem koşulları hakkında bilgi için bkz. Metin Topçuoğlu, “Genel İşlem Şartları İle Rekabet İhlali ve Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi HFD**, Cilt: 19, Sayı: 4, 2015, ss. 3-69; Sevilay Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, **İÜHFM**, Cilt: 71, Sayı: 2, 2013, ss. 383-420; Mehmet Akçaal, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi HFD**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2014, ss. 49-70.

¹⁴⁶³ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 56; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 55.

tazminat ve ödenmesi, sigortacının halefiyeti, sigorta ücretinin ödenmesi, sigorta korumasının başlama anı, sözleşme yapıldığı sıradaki beyan yükümlülüğü, ihbar yükümlülüğü gibi hususlar düzenlenmektedir. Tüm bu standart koşullar karşısında sigorta şirketlerinin birbirleriyle rekabet etme alanı oldukça daralmaktadır. Bu noktada sigorta şirketleri ancak talep ettikleri prim miktarı, özel koşullar ile sağladıkları ek teminatlar, poliçeye bağlı olarak sundukları ücretsiz ek hizmetler veya rizikonun gerçekleşmesi halinde ödenen sigorta tazminatının daha hızlı bir şekilde ödenmesi gibi hususlar üzerinden rekabet edebilirler. Kasko poliçelerindeki önemli rekabet unsurlarından biri poliçe kapsamında belirlenen kasko değeri iken yapılan değişikliklerle tüm araçların marka, model ve model yılına göre kasko değerleri de standart hale getirilmiştir. Böylece sigorta şirketleri bakımından daha yüksek kasko değeri vererek rekabet etme imkânı da ortadan kalkmıştır. Yapılan açıklamalar kapsamında, sigorta genel şartlarının tüm sigorta şirketleri bakımından uygulanması gereken standart koşullar olması nedeniyle, sigorta piyasası oldukça şeffaf bir hale gelmiş, rekabet imkânı son derece kısıtlanmıştır.

Rekabet imkânı çok geniş olmayıp pazar şeffaf olsa bile piyasanın çok parçalı olduğu pazarlarda ciddi rekabet kısıtlamaları ortaya çıkmayabilir. Zira yoğunlaşmamış çok parçalı piyasalardaki firmaların fiyat belirleme ve özel koşulları kendi aralarında standart hale getirme gibi işbirlikçi bir sonuca ulaşmaları çok olası değildir. Aksine bu tür piyasalarda daha fazla pazar payı elde etmek isteyen şirketler, prim miktarlarını daha düşük tutmaya, sigortalılara birtakım ek hizmetler vermeye, ek teminatlar yoluyla sigorta sözleşmesi kapsamını mümkün olduğunca geniş tutmaya, riziko gerçekleştiğinde verdikleri hizmeti en kolay ve en hızlı şekilde vermeye çalışacaklardır. Buna karşılık yoğunlaşmış piyasalarda standart koşullar nedeniyle oluşan yüksek şeffaflık, piyasada faaliyet gösteren firmaları ortak hareket etmeye yönelterek fiyat belirleme, özel şartları standart hale getirme gibi rekabeti ciddi şekilde kısıtlayan işbirlikçi sonuçlara ve kartelleşmeye sebep olabilecektir.

Yukarıda verdiğimiz örnek, tüm rakip teşebbüsler tarafından müşterilere uygulanması zorunlu olan standart şartlara ilişkin olup rekabet hukukunun ilgi alanına girmektedir. Buna karşılık; tek bir teşebbüsün kendi müşterilerinin tamamı için uyguladığı standart sözleşmeler ve genel işlem koşulları rekabet hukukunun

kapsamına girmez¹⁴⁶⁴. Örneğin bir elektrik dağıtım şirketinin tüm müşterilerine dayattığı abonman sözleşmesi kapsamındaki genel işlem koşulları rekabeti kısıtlayıcı değildir. Zira her bir elektrik dağıtım şirketinin kendine ait farklı standart sözleşmeleri mevcuttur. Buna karşılık; hâkim durumdaki teşebbüsün bu durumunu genel işlem şartları yoluyla kötüye kullanması ve dikey anlaşmalara konan genel işlem şartları ile daha zayıf konumdaki sağlayıcı ya da dağıtıcılara faaliyetlerini zorlaştırmaya, ağır yükümlülükler içeren veya ayrımcı nitelikteki şartlar dikte edilmesi rekabet hukuku kapsamında ele alınması gereken konulardır¹⁴⁶⁵.

Buna karşılık firmalar, kendi standart anlaşma koşullarını birbirleriyle paylaşırlarsa bu noktada rekabet hukuku kuralları devreye girecektir. Ancak burada rekabete aykırı olan husus, her firmanın kendi müşterilerine yönelik standart sözleşmeler uygulaması değil; her firmanın kendine özgü standart sözleşmesinin koşullarını rakipleriyle paylaşmasıdır. Bu şekilde standart sözleşme koşullarına ilişkin rakipler arasında gerçekleşecek bir bilgi değişimi, rakipler arasında sözleşme koşullarını birbirleriyle uygun hale getirme isteği uyandırabilir. Böylece rakip teşebbüsler arasında müşterilere uygulanacak sözleşme koşulları bakımından bir uyumlu eylem ortaya çıkabilir. RKHK m. 4/II-a hükmüyle alım ya da satım şartlarının tespit edilmesine yönelik anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği karar ve eylemleri yasaklanmıştır. Rakip teşebbüslerin kendi standart sözleşmelerine ilişkin bilgileri birbirleriyle paylaşmaları sonucunda RKHK m. 4 kapsamında açıkça hukuka aykırı olan bir uyumlu davranış şekli ortaya çıkabilir ve piyasadaki rekabet ortamı zarar görebilir.

Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan GÜD kararında standart sözleşmeler ele alınmıştır¹⁴⁶⁶. Karara konu olayda, rakip gübre üretici şirketlerin genel müdürlerinden oluşan gübre üreticileri derneği yönetim kurulu toplantısında, üyelerin standart satış şartlarının belirlendiği tespit edilmiştir. Üyeler tarafından uygulanan standart satış şartnamesi, toplu gübre alım ihaleleri yapan kuruluşlara teklif edilmek

¹⁴⁶⁴ Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, p. 56; Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s. 55.

¹⁴⁶⁵ Topçuoğlu, Genel İşlem Şartları, ss. 38-42.

¹⁴⁶⁶ RK, 2006, *Türkiye Ziraat Odaları Birliği- Bandırma Gübre Fabrikaları A.Ş. vd.*, 05.01.2006 , 06-02/45-7. Aynı konuda diğer iki gübre üreticisi firma hakkında Rekabet Kurulu tarafından yine aynı yönde karar verilmiştir. Karar için bkz. RK, 2007, *Türkiye Ziraat Odaları Birliği- Toros Tarım San. Tic. A.Ş. vd.*, 26.07.2007 , 07-62/738-266. Kararlar hakkında bkz. Pişmaf, ss. 79-80.

üzere hazırlanmıştır. Ancak yapılacak fiyat teklifleri konusunda üretici şirketler serbest olup, diğer koşullar standart hale getirildiğinden rakip üreticiler arasındaki rekabet fiyat noktasında toplanmaktadır. Rekabet Kurulu olaya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, standart satış şartnamesi belirlenmesinde üreticilerin amacının, toplu gübre alım ihale şartnamelerindeki şartları kendi menfaatleri doğrultusunda değiştirmek olduğu, nihai olarak bu üreticiler arasındaki rekabeti bozucu ya da rekabetten kaçınmaları sonucunu doğuracak nitelikte olmadığı, bu çerçevede standart satış şartnamesinin rekabeti bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararı olmadığı, RKHK m. 4'ü ihlâl etmediği sonucuna varılmıştır. Rekabet Kurulu tarafından varılan sonuç tartışmaya ve eleştiriye son derece açıktır.

4.2. UYUMLU DAVRANIŞ BİÇİMİ OLARAK BİLGİ DEĞİŞİMİ

4.2.1. Uyumlu Eylem Kavramı

RKHK'da uyumlu eyleme ilişkin bir tanım yapılmamıştır¹⁴⁶⁷. Komisyon tarafından yapılan ilk uyumlu eylem tanımı 1969 yılında “*Dyestuffs*” kararında yapılmıştır¹⁴⁶⁸. Söz konusu kararda yapılan tanıma göre uyumlu eylem, “*Bir anlaşmanın tamamlanması aşamasına ulaşılmamasına gerek olmaksızın, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şeklidir.*”¹⁴⁶⁹

Komisyon tarafından verilen “*Dyestuffs*” kararının 1972 yılında ABAD tarafından incelenmesi sonucu verilen “*ICI v. Commission*” kararı, uyumlu eylem kavramının ortaya çıkmasını sağlayan ilk ABAD kararıdır. Belirtilen kararda uyumlu

¹⁴⁶⁷ Uyumlu eylemlerin tarihsel olarak ortaya çıkışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 30-48; İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 234-236.

¹⁴⁶⁸ EC, 1969, *Dyestuffs*, 24.07.1969, OJ 07.08.1969 L 195/11. Karar hakkında bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 233-237; O.Y. Yüksel, ss. 36-37; Gürkaynak ve diğerleri, Uyumlu Eylemlerin İspatı, s. 96; Gürkaynak ve diğerleri, Ekmek Mayası Kararı, ss. 100-101; Çelen, ss. 32-33; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 37-38; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, ss. 65-66; Balkı, ss. 71-72, 77-81; Aşçıoğlu Öz, s. 89; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 150-151, dn. 61; Z. Arı, Danışıklık, ss. 79-80.

¹⁴⁶⁹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 30; Kahraman, s. 52; O.Y. Yüksel, s. 37; Cucu, p. 222; Kekevi, Karteller, s. 29-30; Akıncı, ss. 145, 168; Ersoy, s. 13; B. Can, s. 41; Z. Arı, Danışıklık, s. 79; N. Kortunay, ss. 47-48; Gürkaynak ve diğerleri, Ekmek Mayası Kararı, s. 79.

eylemin, teşebbüsler arasında rekabet risklerine karşı, anlaşma seviyesine ulaşmamış olan¹⁴⁷⁰ ve bilerek yapılan işbirliği uygulamaları olduğu belirtilmiştir¹⁴⁷¹.

Uyumlu eylem konusunda en ayrıntılı açıklamayı yapan ilk Rekabet Kurulu kararı “Süt Kararı” olarak anılan 2000 tarihli “Tayfun Çulcuoğlu vd.- Set-Bir Türkiye Süt, Et, Gıda Sanayicileri ve Üreticileri Birliği vd.” kararıdır¹⁴⁷²,¹⁴⁷³. Bu kararda; “...işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, aralarında anlaşma olmadığı halde, pratik bir işbirliği sağlayan davranışlar mevcutsa, bunun rekabeti önleyici etki doğurması doğaldır ve yasamız açısından yasaktır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Doktrinde uyumlu eylemlere ilişkin birçok farklı tanım bulunmaktadır. Doktrinde kabul gören bir tanıma göre uyumlu eylemler, “teşebbüsler arasında anlaşma aşamasına varmamış olan, fakat rekabetin risklerinden kaçınmak üzere bilinçli olarak gerçekleştirilen, pratik işbirliğinden oluşan bir koordinasyon şekli” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁷⁴. Söz konusu tanım, uyumlu eylemin tanımının yapıldığı ilk Komisyon kararı olan “Dyestuffs” kararında yapılan tanıma uygundur.

Uyumlu eylemlere ilişkin olarak yapılan yaygın başka bir tanıma göre uyumlu eylemler, “teşebbüslerin aralarında bir anlaşma veya mutabakat olmaksızın, aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan kararlarını veya uygulamalarını ifade eder.”¹⁴⁷⁵. Bir diğer tanım; “İki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerçeklerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları” şeklindedir¹⁴⁷⁶.

Doktrinde İkizler tarafından uyumlu eylemlere ilişkin birçok farklı tanım yapılmıştır. Bunlardan biri; uyumlu eylemlerin, “iki ya da daha çok teşebbüsün birbirleriyle bağlantıya geçmesi sonucu pazar politikalarının paralelleşmesiyle

¹⁴⁷⁰ Uyumlu eylem tanımı yapılırken kullanılan “anlaşma aşamasına ulaşmamış” ve “anlaşmaya dayanmayan” ibarelerine ilişkin eleştiriler konusunda bkz. Z. Arı, Danışıklık, ss. 83-84.

¹⁴⁷¹ CJEU, 1972, ICI v. Commission, Case 48/69, 14.7.1972, ECR 619. Karar hakkında bilgi için bkz. OECD 2012, s. 34; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 59-60; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 65; Tekdemir, s. 9; Ris, pp. 468-481; Akıncı, ss. 168-169; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 58-59; Uyanık, Delil, ss. 60-61; Esin, TÜSİAD, ss. 28-30.

¹⁴⁷² RK, 2000, Tayfun Çulcuoğlu vd.- Set-Bir Türkiye Süt, Et, Gıda Sanayicileri ve Üreticileri Birliği vd., 23.03.2000, 00-11/109-54.

¹⁴⁷³ Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 57.

¹⁴⁷⁴ Coşgun Karaman, Dikey Kısıtlama, s. 16.

¹⁴⁷⁵ G. Tekinalp, s. 203; Aydoğdu, s. 19; İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 239.

¹⁴⁷⁶ Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 65.

rekabetin sınırlandırılmasıdır.¹⁴⁷⁷” Yazar tarafından yapılan bir diğer tanıma göre ise; *“Uyumlu eylemler, teşebbüsler arasında, bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, rekabetin risklerine karşı bilerek ikame edilmiş, büyüklüğü ve yapısı kadar teşebbüslerin sayısı, önemi ve ürün tipi bakımından, pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açan, pratik işbirliği doğuran bir eşgüdüm (uyumluluk) halidir.”*¹⁴⁷⁸

İkizler tarafından yapılan bu tanım, “Suiker Unie” kararında yapılan tanım emsal alınarak yapılmıştır¹⁴⁷⁹. Söz konusu kararda yapılan tanıma göre; *“Uyumlu eylem kavramı, bir anlaşmanın tamamlanması aşamasına ulaşması gerekmeksizin, ürünün yapısı, teşebbüslerin büyüklüğü ve sayıları, piyasanın büyüklüğü ve yapısı göz önüne alındığında, normal koşullar altında piyasada bulunması gereken koşullara uymayan rekabet koşullarının ortaya çıkmasına yol açan, teşebbüslerin rekabet risklerine karşı bilerek ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şeklidir.”*

Topçuoğlu, anlaşmanın kapsamı konusunda doktrindeki diğer yazarlardan farklı görüşü¹⁴⁸⁰ doğrultusunda uyumlu eylemi; *“Uyumlu eylem, teşebbüslerin, aralarındaki rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik, hukuken bağlayıcı iradede yoksun, işbirliği esasına dayanan paralel davranışlardır.”* şeklinde tanımlamıştır¹⁴⁸¹.

İ.Y. Aslan uyumlu eylemi; *“İki veya daha fazla teşebbüsün, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları”* olarak tanımlamıştır¹⁴⁸².

Uyumlu eylem, Gürkaynak ve diğerleri tarafından; *“İki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışları”* olarak tanımlanmıştır¹⁴⁸³.

Bir diğer tanıma göre uyumlu eylem; *“teşebbüslerin aralarında, belirli bir pazardaki ekonomik davranışlarını, anlaşma seviyesine ulaşılmaksızın, pazar*

¹⁴⁷⁷ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 60.

¹⁴⁷⁸ İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 240.

¹⁴⁷⁹ Bkz. yuk. s. 159, dn. 527.

¹⁴⁸⁰ Bkz. yuk. s. 79, dn. 253.

¹⁴⁸¹ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 205.

¹⁴⁸² İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 225.

¹⁴⁸³ Gürkaynak ve diğerleri, Uyumlu Eylemlerin İspatı, s. 101.

davranışları bağımsız olarak oluşturulduğunda mevcut olan rekabet belirsizliğini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik olarak koordine etme şeklidir”¹⁴⁸⁴.

Doktrinde D. Cengiz, “Uyumlu eylem, RKHK m. 4 alanında, üçüncü kişilere karşı aleni olarak yapılan veya gizli olarak yapılmakla beraber doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlanabilen, anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları veya eylemleri dışında kalan; rekabeti bozucu etkileri bakımından bunlarla aynı nitelikte olan, gizlilik ve örtülülük yöntemlerini içeren bütün işbirliklerini kapsayan ve yakalayıcı işlevi olan bir kavramdır.” şeklinde bir tanımlama yapmıştır¹⁴⁸⁵.

Kahraman tarafından uyumlu eylem; “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 bir eşgüdüm sağlanması” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁸⁶.

Sanlı uyumlu eylemi, “Uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasalardaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüslerarası bir işbirliği durumudur.” olarak ayrıntılı bir şekilde tanımlamıştır¹⁴⁸⁷.

Akıncı tarafından yapılan uyumlu eylem tanımına göre; “Uyumlu eylem, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek kârlarını arttırmak yerine, birlikte davranmalarıdır.”¹⁴⁸⁸

Yiğit ise uyumlu eylemi; “teşebbüslerin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan, rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğuran veya doğurabilecek

¹⁴⁸⁴ Cucu, p. 223.

¹⁴⁸⁵ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 27.

¹⁴⁸⁶ Kahraman, ss. 57-58.

¹⁴⁸⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 79.

¹⁴⁸⁸ Ateş Akıncı, **Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, RK, Akademik Çalışmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara, 2001, s. 145.

nitelikte olan birbirine paralel davranışlarıyla bu türlü davranışlara yol açabilecek diğer eylemleridir.” şeklinde tanımlamıştır¹⁴⁸⁹.

Sonuç olarak uyumlu eylemi; teşebbüsler arasında, rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak bozma amacı veya fiili ya da potansiyel etkisi bulunan, anlaşma aşamasına varmamış gizli ve danışıklı paralel davranışlardan oluşan işbirliği olarak tanımlamak mümkündür.

4.2.2. Uyumlu Eylem Niteliğindeki Rekabete Aykırı İşbirliklerinin Unsurları

Bir işbirliğinin rekabete aykırı bir uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi için bazı unsurları bünyesinde barındırması gerekmektedir.

ABAD tarafından “*ICI v. Commission*” kararında¹⁴⁹⁰, uyumlu eylemin üç unsurdan oluştuğu belirtilmiştir. Bunlar; a) Rakipler arasında, bağımsız karar almalarını etkileyen doğrudan ya da dolaylı bir etkileşim bulunması, b) Herhangi bir şekilde ortaya çıkan mutabakatın, taraflar arasında gizli bir anlaşma şekliyle rekabetin yerine geçmesi, c) Koordinasyonun mutlaka pazarda ortak hareket edilmesiyle sonuçlanması ve bu ortak hareketin taraflar arasındaki mutabakat ile illiyet içerisinde bulunmasıdır¹⁴⁹¹.

Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan “*Süt kararı*”nda¹⁴⁹² uyumlu eylemin dört unsurunun bulunduğu belirtilmiştir. Bunlar; en az iki veya daha fazla işletme olması, bilinçli paralellik bulunması, bu paralel davranışların ekonomik veya rasyonel gerekçelerle açıklanamaması ve rekabetin sınırlandırılmasıdır.

Uyumlu eyleme ilişkin çok sayıda farklı tanımlar bulunması, uyumlu eylemin unsurları konusunda da etkili olmuştur. Uyumlu eylemin unsurlarının neler olduğu konusunda doktrinde farklı birçok görüş bulunmaktadır.

Doktrinde İnan ve diğerleri, uyumlu eylemin paralel davranış ve bilinçli olma hali şeklinde iki unsurdan oluştuğunu ifade etmiştir¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ Yiğit, s. 26.

¹⁴⁹⁰ Bkz. yuk. s. 467 dn. 1470

¹⁴⁹¹ OECD 2012, p. 35.

¹⁴⁹² Bkz. yuk. s. 467, dn. 1471.

¹⁴⁹³ İnan ve diğerleri, ss. 141-144.

Doktrinde İkizler, uyumlu eylemlerin dört unsurdan oluştuğunu belirtmiştir. Bunlar; teşebbüsler arasında gerçekleşme, temelinde bir anlaşma bulunmama, rekabetin risklerini bertaraf etmeye yönelik pratik bir işbirliği doğurma, ilgili pazarda rekabetin engellenmesi, kısıtlanması ya da bozulması amacına yönelme veya böyle bir etki doğurma ya da doğurabilecek nitelikte olma şeklinde sıralanmıştır¹⁴⁹⁴. Yazar daha sonraki tarihli başka bir eserinde uyumlu eylemin dört unsurunun; iki ya da daha çok teşebbüsün varlığı, teşebbüsler arasında bir bağlantı bulunması, pazarda bu bağlantıya dayanan paralel davranışların görülmesi ve rekabetin sınırlanması olduğunu ifade etmiştir¹⁴⁹⁵.

İ.Y. Aslan tarafından uyumlu eylemin unsurları; iki veya daha fazla teşebbüs bulunması, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir işbirliği olması, bu işbirliğine doğrudan veya dolaylı bir ilişki ile ulaşılmış olması ve rakiplerin gelecekteki davranışlarındaki belirsizlikleri ortadan kaldırmanın amaçlanması olarak dörde ayrılmıştır¹⁴⁹⁶.

Doktrinde Güven tarafından uyumlu eylemin unsurları; en az iki veya daha fazla teşebbüsün davranışlarında bilinçli bir paralellik olması, bu davranışların ilgili pazardaki teşebbüslerin davranışlarını etkilemek ve teşebbüslerin gelecekteki rekabetçi davranışlarındaki belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla yapılması, yine teşebbüsler arasındaki bu davranışların, ilgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, serbest bir rekabet ortamında belirlenemeyecek şekilde oluşturma ve değiştirme etkisine sahip olması ile teşebbüslerin birbirine paralel olan davranışlarının ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmaması ve bu davranışlar sonucunda rekabetin sınırlanması olarak ortaya konmuştur¹⁴⁹⁷.

Doktrinde Gürkaynak ve diğerlerine göre uyumlu eylemin unsurları; iki veya daha fazla işletmenin varlığı, işletmeler arasında bilinçli paralellik, işletmeler arasındaki bilinçli paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamaması ve rekabetin sınırlanmasıdır¹⁴⁹⁸. Yazar bir başka çalışmasında ise uyumlu eylemin unsurlarını; birden fazla teşebbüsün varlığı, bu teşebbüsler arasında doğrudan ya da dolaylı bir bağlantı bulunması, bilinçli paralel davranışlar ve bilinçli

¹⁴⁹⁴ İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 240.

¹⁴⁹⁵ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 64.

¹⁴⁹⁶ İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 225-226; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 54.

¹⁴⁹⁷ Güven, Rekabet Hukuku, ss. 153-154.

¹⁴⁹⁸ Gürkaynak ve diğerleri, Uyumlu Eylemlerin İspatı, s. 101.

paralel davranışlar ile rekabetin kısıtlanmasının veya ortadan kaldırılmasının amaçlanması veya ekonomik ya da rasyonel gerekçelerle açıklanamayacak şekilde bu etkinin doğması olarak sıralamıştır¹⁴⁹⁹.

Doktrinde Çelen, uyumlu eylemin unsurlarını şu şekilde sıralamıştır: Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olması, bu koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında kurulan doğrudan ya da dolaylı bir iletişim neticesinde gerçekleşmesi, bu iletişimin amacının, rakiplerin davranışlarına ilişkin belirsizlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmasıdır¹⁵⁰⁰.

Doktrinde Esin ve Balkı da gerek Suiker Unie gerekse Dyestuffs kararları ışığında uyumlu eylemler bakımından bu üç unsurun bulunması gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁰¹.

Akıncı'ya göre uyumlu eylem; uyum (sübjektif unsur), birden çok tarafın olması ve eylem (objektif unsurlar) olmak üzere üç unsurdan oluşur¹⁵⁰².

Doktrinde Topçuoğlu uyumlu eylemin üç unsurdan oluştuğunu belirterek bunları; taraf teşebbüslerin paralel davranışlar içine girmesi, paralel davranışların teşebbüsler arasındaki işbirliği sonucu ortaya çıkması ve teşebbüslerin amacının aralarındaki rekabet riskini ortadan kaldırmak olması şeklinde sıralamıştır¹⁵⁰³.

Yiğit ise uyumlu eylemin unsurlarını; birden fazla teşebbüsün varlığı, teşebbüslerin bilinçli davranışı veya uyuşmayı sağlayacak bir ilişkinin bulunması ve bu ilişkinin piyasadaki rekabet sürecindeki belirsizliği ortadan kaldırmayı amaçlaması ya da teşebbüslerin gelecekteki piyasa davranışlarını etkilemesi olarak sıralamıştır¹⁵⁰⁴.

Yukarıda vermiş olduğumuz tanımların bazılarında uyumlu eylemin unsurları arasında sayılan “*rekabet riskini ortadan kaldırma ya da belirsizlikleri yok etme amacı*”nın uyumlu eylem yönünden bir unsur olarak kabul edilmesi kanaatimizce birtakım problemleri de beraberinde getirecektir. Zira uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için mutlaka rekabet risklerini bertaraf etme amacı arandığı takdirde

¹⁴⁹⁹ Gürkaynak ve diğerleri, Ekmek Mayası Kararı, s. 83.

¹⁵⁰⁰ Çelen, s. 34.

¹⁵⁰¹ Esin, Rekabet, s. 35; Balkı, s. 72.

¹⁵⁰² Akıncı, s. 146.

¹⁵⁰³ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 204.

¹⁵⁰⁴ Yiğit, s. 30.

böyle bir amaç taşımamakla beraber fiili ya da potansiyel etkileri bakımından rekabeti bozucu nitelikteki paralel davranışlar uyumlu eylem olarak nitelendirilemeyecektir. Bu durumda anlaşma niteliği taşımayan etki bakımından rekabeti kısıtlayıcı paralel davranışların RKHK m. 4 kapsamı dışında kalması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Oysaki kanun koyucunun sadece amaç bakımından değil gerek fiili gerekse potansiyel etkileri bakımından rekabeti bozucu vasıftaki tüm anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasakladığı tereddütten uzaktır. Bu durumda rekabet riskini bertaraf etme amacının uyumlu eylemler bakımından bir unsur olarak kabul edilmesi mevcut yasa metni karşısında doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Biz çalışmamızda uyumlu eylemin unsurlarını; uyumlu davranış şeklinde gizli bir işbirliğinin bulunması, bu işbirliğinin teşebbüsler arasında olması ve rekabeti doğrudan veya dolaylı bozma amaç ya da etkisinin bulunması olarak üç başlık altında inceleyeceğiz.

4.2.2.1. Uyumlu Davranış Şeklinde Gizli Bir İşbirliği Bulunması

Uyumlu eylemden söz edilebilmesi için gerekli olan ilk unsur, uyumlu davranış şeklinde gizli bir işbirliğinin bulunmasıdır. Bir işbirliğinden söz edilebilmesi için işbirliğinin taraflarının işbirliği niyetiyle hareket etmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle; tarafların işbirliği niyeti bulunmamasına rağmen birbirleriyle uyumlu davranışlar sergiledikleri hallerde, taraflar arasında bir uyumlu eylem bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Taraflar arasındaki davranışların birbirine uyumlu olması her zaman tarafların işbirliği niyetiyle hareket ettiğini göstermemekte olup bazı hallerde piyasa koşullarından kaynaklanan uyumlu davranışların ortaya çıkması mümkündür.

Uyumlu eylem oluşturan gizli işbirliğinin anlaşma aşamasına varmamış bir işbirliği olması gerekmektedir. Eğer taraflar arasında açıkça bir anlaşma yapılmış ve bu anlaşma doğrultusunda uyumlu davranışlar içine giriliyorsa burada artık uyumlu eylemin değil; RKHK m. 4 kapsamında bir anlaşmanın varolduğu kabul edilecektir.

Doktrinde; işbirliği iradesi taraflar arasında açık ve net iken, aynı zamanda bu işbirliği iradesinin üçüncü kişilere karşı da aleni olduğu hallerde tarafların genellikle rekabeti kısıtlama niyeti olmadığı kabul edilmekte olup aleni karteller ve muafiyet

alınacağı düşünülerek yapılan işbirlikleri buna örnek olarak verilmiştir. Buna karşılık; işbirliği iradesinin taraflar arasında açık ve net olduğu; ancak üçüncü kişilerden gizlendiği durumlarda tarafların hukuka aykırı davranma niyetleri vardır. Buna örnek olarak; teşebbüsler arası rekabeti bozucu anlaşmalar gösterilmektedir. İşbirliği iradesinin taraflar arasında da örtülü olması mümkündür. Bu durumda tarafların açık ve net işbirliği iradesi olmayıp teşebbüs bilgilerinin değişimi ve işbirliksel fiyat duyuruları buna örnek olarak verilmektedir. Taraflar arasında örtülü olan işbirliği iradesinin üçüncü kişilere karşı aleni ya da gizli olması bir diğer olasılıktır. Üçüncü kişilere karşı aleni olması halinde taraflar arasında, aleni bilgi değişimleri ve aleni fiyat duyuruları gibi hukuka aykırı davranma niyeti bulunması mümkünken; aksine, tüketicileri bilgilendirme gibi hukuka aykırı davranma niyetinin bulunmaması da olasıdır. Buna karşılık; taraflar arasında örtülü olan işbirliği iradesinin üçüncü kişilere karşı da gizli olması halinde; tarafların hukuka aykırı davranma niyeti olduğu kabul edilmektedir. Gizli karteller ve gizli yapılan fiyat bilgisi değişimleri buna örnek olarak verilmektedir. Uyumlu eylemler bu üçüncü halde devreye girmektedir. Şöyle ki; taraflar arasında hukuka aykırı davranma niyetine ilişkin açık bir anlaşma bulunmuyor ve bu niyet üçüncü kişilere karşı da gizli tutuluyorsa ispat son derece zordur. Bir anlaşmanın veya kartel yapılanmasının bulunduğu ispat edilemediği bu haller, uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmektedir¹⁵⁰⁵.

Uyumlu eylemden söz edilebilmesi için gerekli olan gizli işbirliği kavramından ne anlaşılması gerektiği oldukça önemlidir. Gizli işbirliği ile kastedilen, taraflar arasında paralel davranışlar sergilemeye yönelik bir anlaşma değildir. Böyle bir durumda uyumlu eylemden değil, anlaşmadan söz edilecektir. Gizli işbirliği kavramındaki gizliliğin ilk görünümü, taraflar arasında aynı yönde davranma konusunda açık bir irade uyuşması oluşmaması şeklinde ortaya çıkar. Bir başka deyişle; örneğin A teşebbüsü rakibi olan B teşebbüsüne, önümüzdeki ay fiyatlarda %10 oranında artış yapmayı planladığını söylemiştir. A teşebbüsü B'ye bu bilgiyi verirken, B'den onun da kendisini izlemesini ve aynı fiyat arttırımını onun da yapmasını açıkça istememiştir¹⁵⁰⁶. A teşebbüsünden aldığı bilgiye göre B'nin aynı

¹⁵⁰⁵ D. Cengiz, ss. 24-26.

¹⁵⁰⁶ Doktrinde Akıncı, bağlayıcı bir anlaşma olmamasına rağmen, benzer bir durumda karşı tarafın da aynı şekilde davranacağı ümidi ile gerçekleştirilen hareketlerin uyumun varlığı için yeterli olduğunu ifade etmiştir (Akıncı, s. 149).

fiyat artışını kendisinin de uygulaması mümkündür. B'nin bu davranışının sebebi, A ile aralarında gerçekleşen bilgi değişiminden kaynaklanan bağlantıdır. Böylece açıkça fiyat arttırımı konusunda taraflar arasında herhangi bir anlaşma ya da uzlaşma ortaya çıkmamış ise de bir uyumlu eylem söz konusu olmuştur. Burada uyumlu eylemin temelindeki ortak hareket iradesi, taraflar arasında açık bir şekilde ortaya konmamıştır. B, A'dan aldığı bilgi kapsamında buna uyum sağlamayabilir ve kendisi fiyat artışı yapmaksızın aynı fiyatlar üzerinden devam edebilir. B'nin aynı fiyatları uygulamaya devam etmesi halinde, söz konusu ürün pazarında talep esnekliğinin yüksek olması durumunda B'nin pazar payı ve kârı artacaktır. Buna rağmen B, A'nın fiyatlarını tekrar eski seviyeye indirebileceğini düşünerek mevcut düşük fiyat seviyesinde rekabet koşullarının korunması yerine, işbirlikçi bir şekilde fiyatların artmasını tercih etmiştir. Böylece taraflar arasında açık bir şekilde anlaşma iradesi olmamasına rağmen, işbirlikçi bir sonuç ortaya çıkarak rekabet koşulları olumsuz yönde etkilenmiştir.

Gizliliğin ikinci görünümü üçüncü kişiler bakımından ortaya çıkar. Uyumlu eylemlerde anlaşmalardan farklı olarak, taraflar arasındaki işbirliği iradesini açıkça ortaya koyacak ve üçüncü kişiler tarafından söz konusu işbirliğinin net olarak tespit edilmesini sağlayacak deliller bulunmamaktadır. Taraflar arasında uyumlu eylem yoluyla ortaya çıkan danışıklılık, üçüncü kişilere karşı gizlidir. Üçüncü kişiler, taraflar arasında bir işbirliği bulunduğundan şüphe etseler de bunu kolaylıkla ortaya koyacak somut verilere ulaşamazlar. Bu durum uyumlu eylemin ispat zorluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Teşebbüsler arasındaki işbirliği, bu teşebbüsler arasındaki doğrudan ya da dolaylı bağlantı ile kendini gösterir¹⁵⁰⁷.

ABD ve AB rekabet hukukunda, uyumlu eylemlerden söz edilebilmesi için ortak bir planın bulunmasının gerekli olup olmadığı konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi "*Interstate Circuit v. United States*" kararında, sinema işletmecileri ile sekiz film dağıtıcısı arasındaki ilişki incelenmiştir. Sinema işletmecilerinden biri, üst kısmında sekiz dağıtıcının da adının bulunduğu matbu bir mektubu tüm dağıtıcılara göndermiştir. Söz konusu mektupta, izleyicilere uygulanacak minimum fiyat ve yeni vizyona giren filmlerin aynı anda gösterilmemesi yönünde hükümlerin lisans sözleşmelerine eklenmesi önerilmiştir. Tüm dağıtıcılar

¹⁵⁰⁷ Kahraman, s. 65.

mektubu aldıktan hemen sonra lisans sözleşmelerinde bu değişiklikleri yapmışlardır. Zira dağıtıcı teşebbüsler, mektubun üzerinde yazan isimlerden bu mektubun tüm dağıtıcılara gönderildiğini ve mektuptaki koşulları yerine getirmemeleri halinde müşteri kaybına uğrayacaklarını anlamışlardır. Yüksek Mahkeme, teşebbüslerden her birinin, diğer teşebbüslerin de plâna katılmasının istendiğini, plânın ancak tüm teşebbüslerin katılımı halinde başarılı olabileceğini ve plânın uygulanması halinde rekabetin kısıtlanacağını bilmelerinin, plânın etraflıca düşünülüp teşebbüslerce bilinçli olarak uygulandığını gösterdiğini belirterek somut olayda uyumlu eylemin var olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁰⁸.

“*American Tobacco v. United States*” kararında Yüksek Mahkeme, tarafların amaç ortaklığı, ortak bir plân ve anlayış ya da hukuk dışı bir uygulama üzerinde fikirlerinin buluşmasının söz konusu olduğu durumlarda bir gizli işbirliğinin kurulduğunun kanıtlandığını ifade etmiştir¹⁵⁰⁹.

Sonuç olarak ABD rekabet hukukunda, taraflar arasında ortak bir plânın bulunması, uyumlu eylemin unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir¹⁵¹⁰.

AB rekabet hukukunda ise uyumlu eylemden söz edilebilmesi için işleyen ortak bir plânın varlığının gerekli olmadığı düşüncesi hâkimdir¹⁵¹¹. Buna en temel örnek “*Suiker Unie*” kararıdır¹⁵¹². ABAD söz konusu kararda, uyumlu eylemin varlığı için fiilen işleyen bir planın bulunması zorunluluğunu reddetmiştir. Aynı görüş, “*ICI v. Commission*” kararında da vurgulanmıştır¹⁵¹³.

Doktrinde İkizler, uyumlu eylemin ortaya çıkması için eylemden önce taraflar arasında bir fikir buluşması gerçekleşmesinin zorunlu olmadığını belirtmiştir¹⁵¹⁴. Yazar bunu bir örnekle açıklamıştır. Örnekte; rakip teşebbüsler arasında yüz yüze bir görüşme yapılmaktadır. Rakip teşebbüslerden A bir süre önce fiyat indirimi gerçekleştirmiş ve bundan dolayı diğer rakiplerin satış rakamlarında düşüş ortaya çıkmıştır. Diğer teşebbüsler bu durumu A’nın da bulunduğu görüşmede dile getirirler.

¹⁵⁰⁸ U.S. Supreme Court, 1939, *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 13.02.1939, 306 U.S. 208. Karar hakkında bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 94-96; O. Y. Yüksel, s. 10-11; Çelen, s. 22; Kovacic, pp. 22, 31-32; Akıncı, s. 171; Ersoy, s. 6; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 424.

¹⁵⁰⁹ U.S. Supreme Court, 1946, *American Tobacco Co. v. United States*, 10.06.1946, 328 U.S. 781. Karar hakkında bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 97; O. Y. Yüksel, ss. 11-12; Çelen, ss. 22-23; Kovacic, pp. 22-23, 32.

¹⁵¹⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 94-98; Akıncı, ss. 171-172.

¹⁵¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 98-100.

¹⁵¹² Bkz. yuk. s.159, dn. 527.

¹⁵¹³ Bkz. yuk. s. 467 dn. 1470

¹⁵¹⁴ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 109.

Teşebbüslerden biri bu duruma karşı büyük olasılıkla fiyat indirimine gitmek zorunda kalacaklarını açıklamıştır. Diğer rakipler kendi uygulayacakları stratejilere ilişkin bilgi vermemiştir. Tüm bu konuşmalar karşısında A sessiz kalmıştır. Görüldüğü gibi, söz konusu görüşmede sadece mevcut durumda satışların düştüğüne ilişkin bilgi paylaşımı yapılmış (A hariç); ayrıca rakiplerden biri geleceğe dönük fiyat politikalarına ilişkin bilgi açıklamasında bulunmuştur. Taraflar arasında herhangi bir anlaşma ya da fikir buluşması söz konusu olmamıştır. Bunun üzerine; A, görüşmeden sonra fiyatlarında uyguladığı indirim son verir ve fiyatları eski seviyeye yükseltirse, rakipleri ile kurmuş olduğu bağlantıdan etkilenerek onların da fiyat indirimi yapmasını ve bir fiyat savaşının ortaya çıkmasını engellemek amacıyla strateji değiştirdiği anlaşılabacaktır. Bu durumda A'nın rakipleriyle bir uyumlu eylem içine girdiği açıktır. Zira A, aldığı bu ticari kararı bağımsız bir şekilde almamış; aksine rakipleriyle kurduğu bağlantı sonucunda bundan etkilenerek almıştır¹⁵¹⁵.

4.2.2.2. İşbirliğinin Teşebbüsler Arasında Olması

Rekabeti ihlâl edici bir uyumlu eylemden söz edilebilmesi için gizli işbirliğinin teşebbüsler arasında gerçekleşmesi gerekmektedir.

Teşebbüs kavramı RKHK m. 3'de; *"Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bütün teşkil eden birimleri...ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır¹⁵¹⁶.

Doktrinde Z. Arı, RKHK'da yapılan bu tanımlı eleştirerek teşebbüs kavramının, *"Piyasada mal veya hizmetleri üreten, pazarlayan, satan, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler"* olarak tanımlanmasının daha uygun olacağını belirtmiştir¹⁵¹⁷.

Doktrinde Topçuoğlu tarafından teşebbüsler; *"sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde iktisadi faaliyetleri konu edinen her türlü birim"* şeklinde tanımlanmıştır¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁵ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss.107-109.

¹⁵¹⁶ Kanun koyucu tarafından yapılan bu tanım doktrinde Topçuoğlu tarafından eleştirilmiştir. Yazar, tanımdaki *"bağımsız"* ifadesinin, yeri itibarıyla bağımsızlık unsurunun sadece gerçek ve tüzel kişiler dışındaki birimler için gerekli olduğu yanlış anlamına yol açabileceğini belirtmiştir (Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 118).

¹⁵¹⁷ Z. Arı, Danışıklılık, s. 146.

¹⁵¹⁸ Topçuoğlu, Teşebbüs Birlikleri, s. 134; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 122.

Yazar tarafından yapılan bir diğer tanıma göre ise; “Teşebbüs, mal veya hizmet üretimi için kurulan işletme, firma ya da şirketi ifade eder.”¹⁵¹⁹

Akıncı; teşebbüsü, “Ekonomik kazanç amacı ile faaliyette bulunan hukuki veya fiili örgütlenme” olarak tanımlamıştır¹⁵²⁰.

Teşebbüse ilişkin bir diğer tanım ise; “ekonomik anlamda bağımsız karar verebilen tüm mal ve hizmet üreten birimler” şeklindedir¹⁵²¹.

Doktrinde, teşebbüsten söz edilebilmesi için iki koşulun gerekli olduğu, bu koşulların, hukuki statü ve finansman modeli dikkate alınmaksızın bir ekonomik faaliyetin yerine getirilmesi ile ekonomik olarak bağımsız karar verebilen bir bütün oluşturulması olduğu ifade edilmiştir^{1522 1523}.

RKHK’da yapılan tanımdan; teşebbüslerin gerçek veya tüzel kişi olması mümkün olduğu gibi, tüzel kişiliği bulunmayan birimlerin de teşebbüs kavramına dâhil olabileceği sonucuna varılmaktadır. Başta ticaret hukuku anlamında ticari işletmeler (gerçek ve tüzel kişiler) olmak üzere, ekonomik faaliyetlerle iştigal eden gerek kamu gerekse özel hukuk kişilerinin işletmeleri teşebbüs olarak kabul edilecektir^{1524 1525}. Yine özellikle su, elektrik, havagazı, otobüs, metro, pazar yerleri,

¹⁵¹⁹ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 111.

¹⁵²⁰ Akıncı, s. 261.

¹⁵²¹ Esin, TÜSİAD, s. 24.

¹⁵²² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 29; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 69; Oğuzkan Güzel, **Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, s. 14; Güven, Rekabet Hukuku, s. 87; Z. Arı, Danışıklılık, s. 147; Akyüz, ss. 15-16; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 185.

¹⁵²³ Doktrinde Ocak, teşebbüsün üçüncü unsurunun devamlılık olduğunu belirtmiştir. Yazara göre; buradaki devamlılıktan kastedilen devamlılık niyetidir. Yazar; rekabet hukuku bakımından, sergi, futbol turnuvası, müzik, gösteri vb. kısa süreli ve geçici organizasyonlarda gösterilen faaliyetlerin rekabeti ihlâl ettiği ölçüde devamlı kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (Ocak, ss. 29-30).

¹⁵²⁴ Topçuoğlu, Teşebbüs Birlikleri, s. 132; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 110; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 69; Özkan, Kamu Teşebbüsleri, ss. 124-125; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 4; Öztunalı, ss. 24-25; Ocak, ss. 108-131; Aşçıoğlu Öz, ss. 101, 165; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 30; Şiramun, s. 27; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 100-125; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 147, 149-151; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 200, 227-241; İ. Y. Aslan, Rekabet, ss. 24-25; Günay, Şerh, s. 94.

¹⁵²⁵ Kamu İktisadi Teşebbüsleri, 233 sayılı Kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir. 233 sayılı KHK m 2/I-1’de kamu iktisadi teşebbüslerinin, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adı olduğu belirtilmiştir. Buna göre kamu iktisadi teşebbüsleri, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 233 sayılı KHK m. 2/I-2’ye göre iktisadi devlet teşekkülü, “sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür”. Aynı hükmün 3. bendinde ise kamu iktisadi kuruluşu tanımlanmıştır. Buna göre; “Kamu iktisadi kuruluşu, kuruluş sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.” Kamu iktisadi teşebbüsleri tüzel kişiliğe sahip olan bağımsız varlıklardır. 233 sayılı KHK m. 35/I’e göre; kamu iktisadi teşebbüsleri mal ve hizmetlerin fiyatlarını belirlemekte kural olarak serbesttir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında

sebze ve meyve halleri gibi alanlarda belediyeler tarafından kurulan belediye iktisadi teşebbüsleri de kamu iktisadi teşebbüsü olmamakla birlikte RHKH kapsamında teşebbüs niteliğindedir¹⁵²⁶. Ancak bu ekonomik faaliyetin belirli bir düzene ve süreye bağlı olarak yerine getirilmesi ve kişisel gereksinim ölçüsünü aşması gerekmektedir¹⁵²⁷. “*Kişisel gereksinim ölçüsünü aşma*” unsuru, doktrinde Z. Arı tarafından “*esnaf faaliyeti sınırlarını aşma*” olarak değerlendirilmiş ve bunun teşebbüs yönünden bir unsur olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵²⁸. Ancak kanaatimizce, kişisel gereksinim ölçüsünün aşılması unsuru ile esnaf faaliyet sınırlarını aşma kavramları farklı kavramlar olup ifade ettiği anlamlar birbirinden farklıdır. Esnaf faaliyeti sınırları içinde kalan bir faaliyetin de kişisel gereksinim ölçütünü aşması ve kâr elde etmek amacıyla meslek olarak yapılması pek tabi mümkündür. Yazar ayrıca, sadece devamlılık gösteren teşebbüslerin, RKHK anlamında teşebbüs olarak değerlendirilmesi görüşünü RKHK’nın amacına uygun bulmamakta, kanun koyucu tarafından yapılan tanımda da bu unsura yer verilmediğini vurgulamaktadır¹⁵²⁹. Devamlılık hususunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamakta olup, bazı yazarlarca tek seferlik bir ekonomik faaliyetin dahi teşebbüsten söz edilebilmesi için yeterli olduğu kabul edilmektedir¹⁵³⁰.

Doktrinde teşebbüsten söz edebilmek için bu ekonomik faaliyetin ana amacının kâr elde etmek olmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir¹⁵³¹. Buna göre; kamu tüzel kişileri, kamu yararına çalışan dernek ve vakıflar tacir sayılmasalar da ekonomik faaliyetleriyle rekabete aykırı bir davranışta bulunmaları halinde rekabet

09.07.2018 tarih ve 30473 sayılı 3. Mükerrer Resmi Gazete’de yayınlanan 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 133/I-j hükmüyle yapılan değişikliğe göre, Cumhurbaşkanı, teşebbüsleri faaliyet alanlarıyla ilgili görevlendirebilir veya mal veya hizmetlerin fiyatlarını tespit edebilir. Bu hüküm nedeniyle; RKHK m. 3’deki bağımsızlık unsurunun katı yorumlanması halinde kamu iktisadi teşebbüslerinin RKHK kapsamı dışında kalabileceği doktrinde ileri sürülmüştür. Buna karşı başka bir görüşe göre, kamu iktisadi teşebbüsleri RKHK kapsamına giren teşebbüslerdir. Bu görüşe göre; Bakanlar Kurulu (*yeni durumda Cumhurbaşkanı*) bu tür durumlarda dışarıdan müdahale eden bir organ değil, o olayla sınırlı olmak üzere teşebbüsün karar organı olarak değerlendirilmelidir (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, Kamu Teşebbüsleri, ss. 130-133; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 111-114; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 157-160).

¹⁵²⁶ Özkan, Kamu Teşebbüsleri, ss. 135-137; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 126; Öztunalı, ss. 26-27; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 86-95.

¹⁵²⁷ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 69; Esin, TÜSİAD, s. 23.

¹⁵²⁸ Z. Arı, Danışıklılık, ss. 147-148.

¹⁵²⁹ Z. Arı, Danışıklılık, s. 148.

¹⁵³⁰ Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 186; Z. Arı, Danışıklılık, s. 148.

¹⁵³¹ Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 185-186; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 69; Öztunalı, ss. 24-25; Esin, TÜSİAD, s. 23; Z. Arı, Danışıklılık, s. 149; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 200; Özsunay, s. 48.

hukuku yönünden teşebbüs niteliğinde kabul edilerek gerekli yaptırıma tâbi tutulacaklardır¹⁵³². Gerçekleştirilen ekonomik faaliyet sonucunda kâr edilmesi ya da zarar edilmesi, faaliyetlerin iktisadi niteliğini değiştirmez¹⁵³³.

Teşebbüs kavramı, ticaret hukukundaki ticari işletme kavramından daha geniş bir kavram olup ticari işletme kavramını da içine alır. Şöyle ki; bir teşebbüsün birden fazla işletmesinin bulunması mümkündür¹⁵³⁴, ¹⁵³⁵.

RKHK'daki tanımdan çıkan bir diğer sonuç; bir birimin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için bağımsız karar verebiliyor olmasının gerektiğidir. Bağımsız hareket edilmesi beklenen alan ekonomik konularla ilgili alandır; bir başka deyişle, öncelikle stratejik ticari davranışlar ve teşebbüsün pazar politikasıdır¹⁵³⁶. Teşebbüslerin bağımsız olmaları, kendilerine açık bilgileri değerlendirerek başka etkenlerin baskısı olmaksızın bağımsız olarak kendi ticari kararlarını verebiliyor olmalarını kapsamaktadır¹⁵³⁷. Doktrinde rekabet hukuku anlamında ekonomik bağımsızlık; *“teşebbüs olarak nitelendirilebilecek bir hukuk süjesinin iktisadi faaliyetlerini yürütürken yatırım, üretim, alım, satım, dağıtım, arz ve fiyat gibi konularda başka bir teşebbüsün kontrolüne, iznine veya icazetine tabi olmadan kendi başına karar verebilme özgürlüğü”* olarak tanımlanmıştır¹⁵³⁸. Teşebbüsün pazar üzerinde etkisi olmayan, örneğin çalışanların mesai saatleri, çalışma usulleri gibi personel yönetimi ile ilgili konularda bağımsız olması, teşebbüsün bağımsızlığından söz edilebilmesi için yeterli olmayacaktır¹⁵³⁹.

Birden fazla şirketin aynı ekonomik bütünlük içinde kabul edilmesi için, bu şirketlerin ortak amaç ve ortak çıkarları kapsamında ekonomik politikalarını belirliyor olmaları gerekmektedir¹⁵⁴⁰. Yine kanun koyucu tarafından yapılan tanımlamaya göre; teşebbüslerin ekonomik bakımdan bütün teşkil eden birimlerin

¹⁵³² Ocak, s. 26; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 200.

¹⁵³³ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 117.

¹⁵³⁴ Aydoğdu, s. 17; Günay, Şerh, s. 92.

¹⁵³⁵ İşletme ve teşebbüs kavramları arasındaki farklar ve bunlara ilişkin doktrindeki tartışmalar konusunda bilgi için bkz. Güzel, ss. 13-14; Ocak, ss. 22-26; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 45.

¹⁵³⁶ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 70; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 30; Özkan, Kamu Teşebbüsleri, ss. 120-121; Ocak, s. 43; Güven, Rekabet Hukuku, s. 86; Z. Arı, Danışıklılık, s. 156; N. Kortunay, s. 35.

¹⁵³⁷ Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, s. 284.

¹⁵³⁸ Ateş, Rekabet Hukuku, s. 212.

¹⁵³⁹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 70.

¹⁵⁴⁰ Aytül Tokatlı, **Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, s. 66.

toplamından ibaret olduğu söylenebilir¹⁵⁴¹. Ekonomik faaliyet gösteriyor olmasına rağmen bağımsız olarak karar veremeyen teşebbüsler, kararlarını hangi teşebbüsün kontrolü ve yönlendirmesi altında alıyorsa o teşebbüs ile birlikte bir bütün kabul edilir. Her iki teşebbüs birlikte tek bir teşebbüs kabul edilir¹⁵⁴². Burada özellikle bağlı teşebbüslerden söz etmek gerekmektedir. Bağlı teşebbüslerde her ne kadar görünüşte birden fazla gerçek veya tüzel kişi bulunmakta ise de bunlar gerek yönetsel gerekse ekonomik olarak bağımsız değildir¹⁵⁴³. Bağımlılık ile kastedilen, taraflardan birinin veya birkaçının, diğerleri üzerinde ekonomik kararlar konusunda hukuk ve fiili kontrol gücünün olmasıdır¹⁵⁴⁴.

Doktrinde bağlı işletmeler kavramı; *“Bir ortaklığın başka ortaklıktaki, pay çoğunluklarına sahip olarak veya çeşitli borçlar hukuku sözleşmeleri ile kısmen veya tamamen kendi yönetimi altına alması ve hâkimiyet altındaki ortaklıkların hukuken bağımsız olmalarına rağmen ekonomik açıdan hâkim ortaklığa bağlı olmaları”* şeklinde açıklanmıştır¹⁵⁴⁵.

Doktrinde İ. Y. Aslan ve Badur tarafından, bağlı işletmeler teriminin, genellikle hukuken bağımsız olmakla birlikte, ekonomik olarak ya ortak bir merkeze (ana işletme) ya da birbirlerine bağlı olarak faaliyetlerini yürüten işletmeler hakkında kullanıldığı ifade edilmiştir^{1546, 1547}.

Doktrinde İkizler, RKHK m. 4’de sıralanan ihlâllere neden olan davranışların, stratejik ticari davranışlara ve pazar politikalarına örnek oluşturduğunu; buna göre, satış fiyatını kendisi belirleyemeyen, belirli bir coğrafi bölgenin dışına çıkmaması kendisine buyurulan, piyasaya süreceği mal ve/veya hizmetin miktarını kendisi

¹⁵⁴¹ AB uygulamalarında ekonomik bütünlük tespitinde belirleyici olan kontroldür. Kontrol kavramı, 139/2004 sayılı Tüzük’te yer almakta (Tüzük için bkz. yuk. s. 326, dn. 1075); ayrıca Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında 139/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü Bakımından Konsolide Kılavuz’da (EC, 2008, Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, 16.04.2008, OJ 95/1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>) kontrol kavramına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır (Tokatlı, s. 50).

Ekonomik bütünlük konusunda AB uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tokatlı, ss. 45-64.

¹⁵⁴² Aşçıoğlu Öz, s. 163; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 87-88; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 160-164; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 212-213, 215; N. Kortunay, ss. 35-36.

¹⁵⁴³ Özkan, Kamu Teşebbüsleri, s. 121; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 134; Ocak, s. 28; Esin, TÜSİAD, s. 24; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 189.

¹⁵⁴⁴ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 70; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 45-48.

¹⁵⁴⁵ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 74.

¹⁵⁴⁶ İ. Y. Aslan, Rekabet, s. 22; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 56; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 52.

¹⁵⁴⁷ Teşebbüslerin bağlı veya bağımsız olduğunun tespitinde kabul edilen farklı ölçütler hakkında bkz. Akıncı, ss. 267-281.

belirleyemeyen, piyasaya başka teşebbüslerin giriş/çıkışlarına karşı tutum alınmasında bağımsız davranamayan, mal veya hizmetin alıcı ya da tüketicilere sunumu ile ilgili sözleşme şartlarını ve sözleşme politikalarını tek başına belirleyemeyen teşebbüslerin bağlı teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁵⁴⁸. Bir teşebbüsün, bağlı teşebbüs üzerinde kontrol yetkisinin bulunması yeterli olup bunun fiilen kullanılıp kullanılmaması önem taşımaz^{1549, 1550}.

TTK m. 195 vd. hükümlerinde şirketler topluluklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir¹⁵⁵¹. TTK m. 195/I hükmünde hâkim şirket-bağlı şirket kavramlarının tanımı yapılmış ve bu ilişkinin hangi durumlarda ortaya çıktığı düzenlenmiştir. Buna göre; bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi gereğince yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına ya da diğer pay sahipleri veya ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunu oluşturuyorsa, birinci şirket hâkim, ikinci şirket ise bağlı şirkettir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bir karine düzenlenmiştir. Buna göre; birinci fıkra da öngörülen haller dışında, bir ticaret şirketinin, başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması durumunda birinci şirketin hâkimiyeti karine olarak kabul edilir. Kanun koyucu aynı maddenin üçüncü fıkrasında dolaylı hâkimiyeti düzenlemiştir. Buna göre; bir hâkim şirketin bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması dolaylı hâkimiyettir. Hâkim şirket ve ona doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler hep birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketlerse yavru şirket konumundadır. TTK m. 195/V hükmünde; “*Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de, 195 ilâ 209’uncu maddeler ile bu kanundaki şirketler*

¹⁵⁴⁸ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 71.

¹⁵⁴⁹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 79; Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, s. 193.

¹⁵⁵⁰ Teşebbüs ve bağlı teşebbüs kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 65-93; Güzel, ss. 16-71; Ocak, ss. 17-160.

¹⁵⁵¹ Şirketler topluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, ss. 601-678; Poroy vd, Ortaklıklar II, ss. 679-798; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, ss. 211-256; Karahan (Ed.), ss. 123-155; Ocak, ss. 131-159; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 35-40; Demirkapı ve Bilgili, ss. 84-92; Emimoğlu, ss. 160-173; Asuman Yılmaz, **Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 121-152; Kürşat Göktürk, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları-Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır...” şeklinde bir düzenleme yapılarak TTK’da teşebbüs kavramına yer verilmiştir. Buradaki teşebbüs kavramıyla, ticaret şirketlerinden oluşan şirketler topluluğunun hâkiminin bir ticaret şirketi olmaması halinde hâkim olarak nitelenen süjenin şirketler topluluğu dışında tutulması ve böylece kanun hükümleri dolanılarak hâkim teşebbüs-bağlı teşebbüs hükümlerinin bertaraf edilmesi önlenmek istenmiştir.

Genellikle bağımlılık hali ana şirket-yavru şirket şeklinde ortaya çıkmakta ise de bağlı durumdaki teşebbüslerin ticaret şirketi olması zorunlu olmayıp yukarıda açıkladığımız ve rekabet hukuku bakımından teşebbüs olarak nitelenen süjelerden herhangi biri ya da birkaçı olması mümkündür.

Bağımlılık halinde, bağlı teşebbüsler kapsamına giren her bir teşebbüs, rekabet hukuku anlamında bağımsız bir teşebbüs olarak kabul edilmeyip bağlı teşebbüsler bir bütün halinde tek bir “teşebbüs” olarak nitelendirildiğinden; bağlı teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar, RKHK m. 4’deki anlaşma kapsamına girmez¹⁵⁵², ¹⁵⁵³. Aynı şekilde bağlı teşebbüsler arasındaki işbirlikleri ve paralel davranışlar da RKHK m. 4 kapsamında rekabeti ihlâl edici bir uyumlu eylem olarak nitelendirilemez¹⁵⁵⁴. Buna karşılık; yavru işletmenin üçüncü kişilerle rekabeti kısıtlayıcı işbirliği içine girmesi halinde yavru işletme söz konusu ihlâlden dolayı, bu ihlâlde ana işletmeyle bağlantısı bulunup bulunmadığına göre, bizzat sorumlu tutulabileceği gibi, ana işletmeyle birlikte müteselsilen de sorumlu tutulabilir¹⁵⁵⁵, ¹⁵⁵⁶. Doktrinde Sanlı tarafından, yavru ortaklığın üçüncü kişilerle rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yapması halinde, burada yavru ortaklığın kural olarak bizzat teşebbüs sıfatını haiz olacağı, üçüncü kişilerle yapılan bu anlaşma bakımından teşebbüs olma

¹⁵⁵² Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 186-187; Topçuoğlu, Teşebbüs Birlikleri, s. 133; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 136-137; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 69; Tokatlı, s. 65; Ocak, s. 153; Aşçıoğlu Öz, s. 80; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 35; Esin, TUSİAD, ss. 38-43; Güven, Rekabet Hukuku, s. 86; Z. Arı, Danışıklılık, s. 161; İ. Y. Aslan, Rekabet, s. 23; Kocabaş, İdari Para Cezaları, s. 469; Günay, Şerh, s. 93.

¹⁵⁵³ ABD’de 1980’lerin ikinci yarısına kadar “grup içi işbirliği doktrini (intraenterprise/intracorporate conspiracy)” kabul edilerek ana şirket ve yavru şirketler ile bağlı şirketler arasındaki işlemlerin Sherman Kanunu 1. bölüm kapsamına gireceği kabul edilmiştir. Söz konusu doktrin, Yüksek Mahkemenin 1984 yılında verdiği “Copperweld” kararıyla terk edilmiştir. Bu karardan sonra ekonomik bütünlüğün tespiti hususunda farklı testler uygulanmaya başlanmıştır. Bunlar; mülkiyet kavramının esas alındığı tam mülkiyete dayalı testler ve kısmi mülkiyete dayalı testler ile kontrol kavramının esas alındığı testlerdir (Tokatlı, ss. 3-44).

¹⁵⁵⁴ Nurdan Orbay Ortaç, “Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 10, 2007, s. 83.

¹⁵⁵⁵ Topçuoğlu, Teşebbüs Birlikleri, s. 133; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 138.

¹⁵⁵⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocabaş, İdari Para Cezaları, ss. 469-496.

sıfatının bizzat yavru ortaklık üzerinde doğacağı ve ana ortaklığın teşebbüs sıfatına dâhil edilmesine gerek kalmayacağı belirtilmiştir. Yazar buna ilave olarak; ana ortaklığın aynı piyasada faaliyet göstermesi, yavru ortaklığın tamamen ana ortaklığın emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi, yavru ortaklığın idari yaptırımını karşılayacak finansal gücü bulunmaması, ana ortaklığın rekabet kurallarından kurtulmak için yavru ortaklığı bir araç olarak kullanmış olması gibi somut olayın özellikleri çerçevesinde yavru ortaklık bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ve ana ortaklığın sorumlu tutulmasına karar verilebileceğini vurgulamıştır¹⁵⁵⁷.

Doktrinde Kocabaş ise; rekabet hukukunda “kontrol” kavramının, bir teşebbüsün stratejik kararları üzerinde belirleyici etki uygulama imkânı anlamına geldiğini, buna göre ana şirket, yavru şirket üzerinde kontrol imkânına sahip olsa bile yavru şirketin günlük ticari kararlarına müdahale imkânı bulunmayabileceğini, böyle bir durumda yavru şirketin eyleminden dolayı ana şirketin cezalandırılmasının cezaların şahsiliği ilkesi karşısında mümkün olmadığını ifade etmiştir. Yazar ayrıca; rekabet hukuku anlamında kontrolün varlığı için belirleyici etkinin mutlaka uygulanmış olmasının aranmadığını, bunu kullanma imkânının bulunmasının yeterli olduğunu vurguladıktan sonra, fiilen bu yetkinin kullanılmamış olması halinde yavru şirketin eylemi nedeniyle ana şirkete sorumluluk yüklenmesinin söz konusu olmayacağını belirtmiştir¹⁵⁵⁸.

Acenteler ile müvekkilleri arasındaki ilişki bakımından acentelerin bağımsızlığının bulunup bulunmadığı konusu, bu iki teşebbüs arasındaki anlaşma veya işbirliklerinin RKHK m. 4 kapsamına girip girmeyeceğinin belirlenmesi bakımından önemlidir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre; acente, önemli miktarda stok bulunduruyorsa ve bunların mülkiyetini alıcılara serbestçe geçirebiliyorsa, müşterilerine önemli ölçüde bağımsız hizmet sunabiliyorsa, bunları yaparken müvekkilin zorlamasıyla değil, doğrudan doğruya kendi inisiyatifiyle hareket edebiliyorsa, fiyatları ve satış koşullarını bağımsız olarak belirleyebiliyorsa bağımsızdır¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁷ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 63, dn. 195; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 91-92.

¹⁵⁵⁸ Kocabaş, İdari Para Cezaları, ss. 469-470.

¹⁵⁵⁹ İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 60-61; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 57.

Öncelikle acenteler TTK bakımından bağımsız ve sürekli tacir yardımcısı niteliğindedir. Nitelemde bulunan “*bağımsız*” ifadesi, acentelerin müvekkillerinden ayrı, riskleri ve kârı kendilerine ait bir işletme işlettikleri anlamına gelmektedir.

Doktrinde acentelerin bağımsız tacir yardımcısı olmalarının, faaliyet düzeni ve çalışma saatlerini kendilerinin ayarlayabildiği, kendi adlarına ayrı bir işletme işletmeleri anlamına geldiği ifade edilmektedir. Buna göre; acente, müvekkilinin doğrudan denetim ve gözetimi altında değildir. Müvekkil, acenteye çalışma düzeniyle ilgili idari talimatlar veremez¹⁵⁶⁰.

Ancak acentelik ilişkisinde acente, müvekkili tacir tarafından üretilen malları müvekkilinin ad ve hesabına satar. Bu noktada acentelik ilişkisi, tek satıcılık ilişkisinden ayrılmaktadır^{1561, 1562}. Şöyle ki; tek satıcılık ilişkisinde tek satıcı, tekel hakkını haiz olduğu bölge içinde, tacirin ürettiği malları kendi ad ve hesabına satmaktadır. Bir başka deyişle; tek satıcı, tacirin ürettiği malları bedelini ödeyerek satın almakta ve üzerine belirli bir oranda kâr ekleyerek kendi bölgesinde yeniden satmaktadır. Böylece söz konusu malların satışı konusunda tüm riziko tek satıcıya aittir. Tek satıcının kazancı, bu malların satışı sonucunda elde edilen kârı bağlıdır. Acentelik ilişkisinde ise acente, tacirin ürettiği malları bu şekilde satın alıp kendi ad ve hesabına satmamakta, bunun yerine tacire ait olan malları yine onun ad ve hesabına satmaktadır. Acente aracı ise, üçüncü kişiler ile tacir arasında akdedilecek akitlerde sadece aracılık yapmakta; akitçi ise, yani müvekkili tarafından kendisine sözleşme yapma yetkisi verilmişse, üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmeleri müvekkili ad ve hesabına akdetmekte, karşı âkitten herhangi bir alacağa hak kazanmamakta ve

¹⁵⁶⁰ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2012, ss. 198; Ocak, s. 38; İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 3; Topçuoğlu, Acentelik, ss. 10-12; Oruç Hami Şener, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, (Ticari İşletme), s. 350; A. rslan Kaya, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, (Acentelik), ss. 5-6; Mustafa İsmail Kaya, **Acentelik Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 4; Ülgen vd., s. 773.

¹⁵⁶¹ Ülgen vd., s. 837; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 112; İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 10; M. İ. Kaya, ss. 57-58.

Acente ile tek satıcının karşılaştırılması hakkında bkz. Arkan, ss. 196-197; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 380-381; İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, ss. 10-11.

¹⁵⁶² Tek satıcılık sözleşmesi hakkında bkz. Haluk Tandoğan, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, **BATİDER**, C. 11, S. 4, 1982, ss. 1-36; Nurkut T. İnan, “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, **BATİDER**, C. 17, S. 2, 1993, ss. 55-7; Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, ss. 112-116; Ocak, ss. 55-66; Gönenç Gürkaynak ve diğerleri, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 85, 2013, ss. 14-29; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 362-377; İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, ss. 20-23; Topçuoğlu, Acentelik, ss. 51-52; M. İ. Kaya, ss. 55-60; Ülgen vd., , ss. 831-851; Gürbüz Usluel, ss. 131-132.

herhangi bir borç altına girmemektedir. Acentenin faaliyetleri, temsil yetkisi kapsamında sınırlıdır¹⁵⁶³. Acentenin kazancı, tacir ad ve hesabına aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmelerden dolayı hak kazandığı ücretten oluşmaktadır¹⁵⁶⁴. Bir başka deyişle; acente, müvekkili adına yapmış olduğu veya aracılık etmiş olduğu anlaşmalar dolayısıyla herhangi bir ticari ve mali risk almamaktadır¹⁵⁶⁵. Acente göstermiş olduğu bu faaliyetler nedeniyle yapmış olduğu masraflardan olağan nitelikte olanlara bizzat katlanmakta ise de olağanüstü masrafları müvekkilinden talep etmektedir. Olağan masraflar; telefon, posta, internet masrafları gibi basit ve temel masraflardır. Olağanüstü masraflar ise ürün tanıtımı amacıyla yapılan reklâm giderleri, müvekkil adına teslim aldığı mallarda mevcut olan hasarın tespit edilmesi için yapılacak masraflar gibi olağan sınırları aşan giderleridir¹⁵⁶⁶.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde acentenin her ne kadar ayrı ve idari yönden bağımsız bir işletmesi bulunsa da rekabet hukuku bakımından teşebbüs olarak nitelendirilmesi için gerekli olan ekonomik bağımsızlığın bulunmadığı sonucuna varılabilir¹⁵⁶⁷. Zira acente, kendi ad ve hesabına mal veya hizmet satımı yapmamakta, üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmeleri de kendi ad ve hesabına akdetmemektedir. Acente tarafından üçüncü kişilerle yapılan tüm bu işlemler, müvekkili olan tacirin ad ve hesabına yapılmaktadır. Acentenin kazancının, müvekkili tacir adına aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmeler karşılığında hak kazandığı ücret olması karşısında, ekonomik bakımdan tam bir bağımsızlık bulunduğu söylemek çok kolay değildir. Her ne kadar acente tarafından işletilen işletmenin kira, çalıştırılan personel ücretleri, elektrik, su, telefon ve internet faturaları, sosyal sigorta primleri, vergiler gibi işletme masrafları acentenin kendisine ait ise de söz konusu bağımsızlık, acente ile müvekkili arasındaki işbirlikleri

¹⁵⁶³ Acentenin temsil yetkisi hakkında bkz. Arkan, ss. 213-216; Şener, Ticari İşletme, ss. 375-388; İ.Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 5; Topçuoğlu, Acentelik, ss. 29-39; A. Kaya, Acentelik, ss. 50-106; Ülgen vd., ss. 783-791; M. İ. Kaya, ss. 71-90; Şafak Narbay ve Murat Uyumaz, “Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 11, S. 121, 2013, ss. 101-141; Çiğdem Daniş Akkan, “Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi”, **BATİDER**, C. 24, S. 4, 2007, ss. 219-236.

¹⁵⁶⁴ Acentenin ücret hakkı yönünden bkz. Arkan, ss. 208-211; İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, ss. 7-8; Topçuoğlu, Acentelik, ss. 18-22; Şener, Ticari İşletme, ss. 366-370; A. Kaya, Acentelik, ss. 125-170; M. İ. Kaya, ss. 181-262; Ülgen vd., ss. 797-806.

¹⁵⁶⁵ Buna “gerçek acente anlaşması” denir (İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 12).

¹⁵⁶⁶ Arkan, s. 212; Topçuoğlu, Acentelik, s. 22; Şener, Ticari İşletme, ss. 370-371; A. Kaya, Acentelik, ss. 171-174; M. İ. Kaya, ss. 262-266; Ülgen vd., s. 807.

¹⁵⁶⁷ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 85-86; Ocak, ss. 42-44; Ateş, Rekabet Hukuku, s. 222.

bakımından RKHK m. 4 anlamında bir ihlâlin varlığını kabul etmeye yetecek derecede bir bağımsızlık değildir. Doktrinde İ. Y. Aslan tarafından da, her ne kadar acente ve müvekkili birbirinden hukuken ayrı kişiler olsa da aralarındaki ilişkinin bir çeşit temsil ilişkisi olması nedeniyle bunların ekonomik bir bütün olarak kabul edildiği ve tek bir teşebbüs olarak değerlendirildiği ifade edilmiştir¹⁵⁶⁸. Yine doktrinde Güven, acentelik sözleşmesi çerçevesinde acente tarafından üstlenilen, işyerine ve personele yapılan yatırımlar, performansa bağlı olarak ortaya çıkan riskler gibi risklerin, rekabet hukuku anlamında ticari risklerin üstlenildiği anlamına gelmediği ve dolayısıyla da acentelik anlaşmasının RKHK m. 4 kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Yazar ayrıca her somut olayda acente ile teşebbüs arasındaki ilişkinin ve acentenin üstlendiği risklerin değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁵⁶⁹.

Bazı hallerde taraflar, aralarında akdettikleri sözleşmeye her ne kadar acentelik sözleşmesi adı vermiş olsalar da aslında sözleşmenin içeriği tek satıcılık sözleşmesi niteliğindedir ve taraflar rekabet kurallarını dolanmak amacıyla sözleşmeye farklı bir isim verme yolunu tercih etmişlerdir. Bu tür durumlarda, taraflar arasındaki sözleşmenin gerçek niteliği irdelenerek mevcut sözleşme şartları kapsamında tarafların her ikisinin de ekonomik ve idari bağımsızlığa sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer acente olarak adlandırılmış olan tarafın RKHK kapsamında ekonomik ve idari bağımsızlığa sahip olduğu tespit edilmişse, söz konusu anlaşmanın RKHK m. 4 kapsamında bir rekabet ihlâli oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir¹⁵⁷⁰.

Bazı durumlardaysa her ne kadar taraflar arasındaki ilişki bir acentelik ilişkisi olsa da, taraflar arasındaki anlaşma gereğince acente birtakım riskler üstlenmiş olabilir. Komisyon tarafından 2010 yılında yayınlanan Dikey Sınırlamalar Hakkında Rehber’de acentelik sözleşmesiyle ilgili açıklamalar yapılmıştır¹⁵⁷¹. Buna göre; bir acentelik ilişkisinin ABİDA m. 101/I kapsamına girip girmeyeceği belirlenirken, acentenin, müvekkili tarafından acente olarak atandığı faaliyetlerle ilgili ticari ve

¹⁵⁶⁸ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 379; İ. Y. Aslan, Rekabet, s. 99.

¹⁵⁶⁹ Güven, Rekabet Hukuku, ss. 88-89. Aynı yönde: Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 222-224; M. İ. Kaya, ss. 5-7.

¹⁵⁷⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 77.

¹⁵⁷¹ EC, 2010, Guidelines on Vertical Restraints, 19.05.2010, OJ C 130/1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF> (27.06.2016).

ekonomik risk üstlenip üstlenmediği önem taşır. Rehber'e göre üç tür ticari ve ekonomik risk bulunmaktadır. Bunlar; sözleşmeye özgü riskler, pazara özgü riskler ve aynı ürün pazarında üstlenilen diğer faaliyetlerle ilgili risklerdir. Rehber; müvekkil ad ve hesabına aracılık edilen ya da akdedilen sözleşmelerle ilgili hiç risk alınmamış ya da sadece önemsiz riskler alınmışsa bu sözleşmenin bir acentelik sözleşmesi olarak nitelendirileceğini ifade etmiştir. Buna göre; söz konusu sözleşmede acente,

- sözleşme konusu mal veya hizmetlerin alım-satımıyla ilgili, nakliye masrafları da dâhil olmak üzere hiçbir maliyete katkıda bulunmayı üstlenmemişse,
- stok finansman maliyetleri, stok kayıp maliyetleri ve satılmayan malların ücretsiz olarak müvekkile iade edilebilirliği de dâhil olmak üzere stok veya maliyet risklerini üstlenmemişse,
- ürün satışından dolayı üçüncü kişilere yönelik ortaya çıkabilecek zararları üstlenmemişse,
- müşterinin sözleşmeyi ifa etmeme riskini üstlenmemişse,
- reklâm bütçesi gibi satış arttırıcı masraflara katkıda bulunmayı üstlenmemişse,
- ekipman, tesis, personel eğitimi gibi pazara özgü yatırımlar yapmayı üstlenmediyse (örneğin, akaryakıt perakende işi için yakıt tankı yatırımı),
- müvekkilin söz konusu ürün pazarında yerine getirilmesi gereken diğer faaliyetleri üstlenmediyse (masrafların tam olarak müvekkil tarafından karşılanması hariç)

söz konusu acentelik sözleşmesi, ABİDA m. 101/I kapsamına girmeyecektir. Bu listede yer alan masrafların tamamının ya da bir kısmının acente tarafından üstlenilmiş olması halindeyse acentenin bağımsız bir teşebbüs olarak kabul edilmesi ve acentelik anlaşmasının ABİDA m. 101/I kapsamında değerlendirilmesi mümkündür¹⁵⁷². Bu liste sınırlayıcı nitelikte bir liste olmayıp somut olayın özelliklerine göre case-by-case olarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Rehber'e göre tüm ticari ve finansal riskler müvekkil tarafından üstlenilmiş olsa bile bazı hallerde söz konusu acentelik sözleşmesi ABİDA m. 101/I kapsamında

¹⁵⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Topçuoğlu, Acentelik, ss. 149-158.

rekabet ihlâli oluşturabilir. Örneğin bir acentenin aynı anda birden fazla rakip teşebbüsün acenteliğini yaptığı hallerde, rakip teşebbüsler arasında ortak acente aracılığıyla ticari bilgilerin değişimi gerçekleştiriliyorsa söz konusu acentelik sözleşmesi ABİDA m. 101/I kapsamına girecektir¹⁵⁷³, ¹⁵⁷⁴. Gerçekten de bir acentenin aynı anda birden fazla rakip teşebbüsün acentesi olması durumunda acente, bu rakip teşebbüsler arasındaki hassas bilgilerin değişimini sağlayan üçüncü kişi konumunda kabul edilebilir. Bu halde, dikey bir anlaşma aracılığıyla yatay seviyede bilgi değişimi gerçekleşmiş olacaktır.

Rekabet Kurulu tarafından 2018 yılında Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un son versiyonu yayınlanmıştır¹⁵⁷⁵. Söz konusu Kılavuz'da acentelik sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin RKHK m. 4 kapsamına girip girmeyeceği konusunda, yukarıda açıkladığımız Komisyon Rehberi'ne paralel düzenlemeler yapılmıştır.

4.2.2.3. Rekabeti Doğrudan ya da Dolaylı Bozma Amacı veya Etkisi Bulunması

4.2.2.3.1. Rekabetin Doğrudan ya da Dolaylı Bozulması

Teşebbüsler arasında gerçekleşen gizli işbirliğinin rekabeti bozucu bir uyumlu eylem olarak değerlendirilmesi için söz konusu gizli işbirliğinin rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak bozma amacı ya da etkisi bulunması gerekmektedir. Doktrinde RKHK m. 4 anlamında rekabetin bozulması, *“Belirli bir piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin yaptıkları işbirlikleriyle gelecekteki rekabet politikalarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırarak bağımsız karar alınmasını engellemeleri”* olarak tanımlanmıştır¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷³ İ. Y. Aslan, Dikey Anlaşmalar, s. 14; Topçuoğlu, Acentelik, ss. 159-160; Z. Arı, Danışıklılık, ss. 166-167.

¹⁵⁷⁴ TTK m. 104 hükmü gereğince acenteler yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, aynı yer ve bölgede, birbirleriyle rekabette bulunan birden fazla ticari işletme hesabına acentelik yapamaz. Burada acenteler yönünden kanundan doğan bir yasak söz konusu ise de hüküm düzenleyici nitelikte olup taraflarca aksinin yazılı olarak kararlaştırılması mümkündür.

¹⁵⁷⁵ RK, 2018, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, 29.03.2018, 18-09/179-RM(1), <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/dikeykilavuz2018.pdf>, (11.04.2018).

¹⁵⁷⁶ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 79.

Doktrinde RKHK m. 4’de yer alan “engelleme”, “bozma” ve “kısıtlama” kavramlarının birbirinden farklı anlamlar taşıyıp taşımadığı üzerinde durulmuştur. Doktrinde D. Cengiz bu konuyu, Ellis’in görüşleri çerçevesinde ele almıştır¹⁵⁷⁷. Ellis tarafından, mehz Kanun’un yürürlüğe girmeden önceki taslakları üzerinden inceleme yapılmıştır. Buna göre; önceki metinlerde sadece “bozulma” kavramı yer almakta iken daha sonra “engelleme” ve “kısıtlama” kavramları da metne eklenmiştir. Yazar, bu değişikliğin temelde bir farklılık yaratma amacı taşımadığı, 85. maddede rekabetin bozulmasının önlenmesinin amaçlandığı, engelleme ve kısıtlamanın ise rekabetin bozulmasına örnek oluşturan durumlar olarak metinde yer aldığı sonucuna varmıştır¹⁵⁷⁸.

Doktrinde Aşçıoğlu Öz, terminolojik olarak incelendiğinde rekabetin önlenmesinin, rekabeti tamamen ortadan kaldırmayı; rekabetin kısıtlanmasının, rekabetin tamamen ortadan kaldırılmayarak niteliksel veya niceliksel bir sınırlandırmayı; rekabetin bozulmasının ise önleme veya kısıtlama ile olabileceği gibi bunlardan farklı bir şekilde rekabetin modelininin değişmesi, deforme olmasını ifade ettiğini açıklamıştır. Yazar tüm bu kavramların, “rekabetin bozulması” şeklinde bir üst başlık altında toplanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir¹⁵⁷⁹.

Doktrinde Badur; bu sözcüklerin çok kesin sınırlarla birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığını; ancak muhtemelen “engelleme” sözcüğünün “kısıtlama”dan daha keskin ve kuvvetli bir anlam taşıdığını ve var olan rekabet düzeninin daha çok zedelenmesini ifade ettiğini, “bozma” sözcüğünün ise en ağır zedelenmeyi betimlediğini belirtmiştir. Yazar akabinde; her ne kadar bu sözcüklerin ilgili hükümdeki yazılış sıralamaları akla önem sırasını getirmekte ise de bu sözcüklerin büyük ihtimalle birbirlerinin etkisini arttırmaktan ve korunmak istenen rekabet olgusunun sınırlarını genişletmekten başka bir işleve sahip olmadığı öngörüsünde bulunmuştur¹⁵⁸⁰.

Doktrinde Topçuoğlu; engelleme, kısıtlama ve bozulma kavramlarının açık bir şekilde birbirlerinden ayrılmasının mümkün olmadığını belirttikten sonra,

¹⁵⁷⁷ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 79-80.

¹⁵⁷⁸ Joseph J. A. Ellis, “Source Material for Article 85(1) of the EEC Treaty”, **Fordham Law Review**, Vol. 32, No. 2, pp. 257-265, 277.

Konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 80-81.

¹⁵⁷⁹ Aşçıoğlu Öz, s. 71.

¹⁵⁸⁰ Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 80.

“engelleme”nin “kısıtlama”ya göre daha güçlü bir içeriğe sahip olduğunu, “bozulma” kavramının ise diğerlerine göre daha zayıf ve bulanık bir kavram olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁸¹.

Sanlı; somut durumda bu üç terimden herhangi birinin tercih edilerek kullanılmasının hukuki açıdan hiçbir farklılık yaratmayacağını, bu üç terimin de anlam itibarıyla ortak noktasının, “*rekabete olumsuz bir şekilde etkide bulunma*” olduğunu, bu üç terimin hukuksal sonuç itibarıyla hiçbir farklılık taşımadığını, bu nedenle aralarında kesin sınırlar çizmenin amaca uygun bir yaklaşım olmadığını belirtmiştir¹⁵⁸².

Doktrinde Ateş, her üç kavramı tanımlamış ve örneklendirmiştir. Buna göre; bir piyasaya girmeye çalışan bir teşebbüsün o piyasaya sokulmaması “*rekabetin engellenmesi*”, beş rakip teşebbüs piyasa şartlarına göre rekabet ederken daha sonra bu rakip teşebbüslerin piyasaya sürdükleri malları birlike belirleyecekleri fiyat üzerinden satmayı kararlaştırmaları “*rekabetin bozulması*” ve bir piyasada hâkim durumda olan teşebbüsün, aynı durumda olan müşterilerine karşı objektif gerekçelerle açıklanamayacak şekilde farklı muamelede bulunması ise “*rekabetin kısıtlanması*” olarak açıklanmıştır. Yazar bu üç kavramı örnekleyerek açıkladıktan sonra, kanun koyucu tarafından kullanılan bu üç kavramın anlamlarının birbirinden farklı olmasına rağmen sonuçlarının aynı olduğunu, bu nedenle bu üç kavram arasında bir derece farkı olmadığını, üç farklı kavram yerine sadece “*sınırlandırma*” kavramı kullanılsaydı bunun yeterli olacağını açıklamıştır¹⁵⁸³.

Baskın olan görüş, her ne kadar rekabet üzerinde yaratacağı etki bakımından üç farklı terim kullanılmışsa da somut olayda bunlardan herhangi birinin tercih edilmesinin hukuki açıdan herhangi bir farklılık yaratmayacağını yönündedir¹⁵⁸⁴. Bu görüşe katılan Yiğit, buna rağmen rekabetin kısıtlanmasının diğerlerine oranla daha geniş kapsamlı olduğunu ilave etmiştir¹⁵⁸⁵.

Öncelikle rekabetin doğrudan bozulması ve dolaylı bozulması kavramları üzerinde durmakta yarar vardır.

¹⁵⁸¹ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 150.

¹⁵⁸² Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 90-91.

¹⁵⁸³ Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 297-299.

¹⁵⁸⁴ İnan, s. 17; Küçükayhan Aşçıoğlu, s. 72; Yiğit, s. 45; Z. Arı, Danışıklılık, s. 125.

¹⁵⁸⁵ Yiğit, ss. 45-46.

Rekabetin doğrudan bozulması doktrinde; rekabete aykırı işbirliğinin, bu işbirliğinin tarafları arasındaki rekabeti bozması olarak ifade edilmiştir. Bir başka deyişle; gizli işbirliğinin tarafları arasındaki rekabetin, bu gizli işbirliği nedeniyle bozulması, rekabetin doğrudan bozulmasıdır¹⁵⁸⁶.

Buna karşılık; taraflar arasındaki gizli işbirliği nedeniyle üçüncü kişiler bakımından rekkabetin bozulması söz konusu olmuşsa bu, rekabetin dolaylı bozulmasını ifade etmektedir¹⁵⁸⁷.

Kısaca; gizli işbirliğinin taraflar arasındaki rekabeti bozmasının rekabeti doğrudan bozma, üçüncü kişilere yönelik olarak rekabeti bozmasının ise rekabeti dolaylı bozma olarak nitelendirildiğini söylemek mümkündür.

4.2.2.3.2. Rekabeti Bozma Amacı

RKHK m. 4 kapsamında amaç bakımından rekabete aykırı işbirlikleri, doğrudan ve tek amacı rekabeti bozmak olan, somut olayda ayrıntılı piyasa analizi yapılmaksızın rekabet ihlâli oluşturdukları varsayılan işbirlikleridir¹⁵⁸⁸. RKHK m. 4 kapsamında bir rekabeti ihlâli bulunup bulunmadığı değerlendirilirken söz konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği karar ya da eyleminin öncelikle amacına bakılması gerektiği, eğer rekabeti bozma amacı net bir şekilde ortaya konamıyorsa bu durumda rule of reason değerlendirmesi yapılarak rekabete yönelik etkilerin incelenmesi gerektiği çalışmamızda daha önce açıklanmıştır. Bu kapsamda, teşebbüsler arasındaki gizli işbirliğinin bir rekabet ihlâli oluşturduğundan söz edebilmek için, bahsi geçen işbirliğinin rekabeti bozma amacı ya da etkisinin bulunduğu kanıtlanması gerekmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere; amaç bakımından rekabete aykırılık halinde söz konusu anlaşma ya da uyumlu eylem, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı mevcut ya da potansiyel etkisi bulunup bulunmadığı değerlendirilmeksizin karine olarak rekabete aykırı kabul edilmektedir¹⁵⁸⁹. Ancak taraflar, getirdikleri

¹⁵⁸⁶ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 81-82.

¹⁵⁸⁷ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 81-82; Yiğit, s. 46.

¹⁵⁸⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 101.

¹⁵⁸⁹ EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, s. 8; Pişmaf, s. 59; Whish, p. 37; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 101.

savunmalarla bu karinenin aksini ispat edebilirler. Bir başka deyişle; rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşma, uyumlu eylem, karar ya da fiiller, ortaya rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı herhangi bir etki çıkmamış olsa dahi karine olarak rekabete aykırı kabul edilir; ancak rekabete aykırılık yönündeki varsayımın taraflarca çürütülmesi, bahsi geçen anlaşma ya da eylem yoluyla rekabeti arttırıcı etkilerin sağlandığının kanıtlanması mümkündür. Bu nedenle; karinenin aksini kanıtlamak için ileri sürülen etkinlik savunmalarının gerçeği yansıtır yansıtmadığının belirlenebilmesi için piyasanın ayrıntılı iktisadi analizinin yapılması gerekli olacaktır¹⁵⁹⁰. Rekabeti bozma amacı taşıyan işbirliklerinin rekabet ihlâli oluşturmak için yapılmış olmaları yeterlidir, uygulamaya konmuş olmaları gerekmez¹⁵⁹¹.

Teşebbüsler arasında yapılan gizli işbirliğinin; piyasada fiyat belirleme, alım satım şartlarını belirleme, pazar paylaşma, miktar belirleme, pazar kapama gibi amaçlara yönelik olması halinde söz konusu işbirliğinin amacının rekabetin doğrudan ya da dolaylı olarak bozulması olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin; rekabete hassas bilgilerin başında gelen fiyat bilgilerinin rakipler arasında kesin olarak güncel ve ayrıntılı bir şekilde paylaşılması durumunda piyasada fiyat tespit etme amacına yönelik bir bilgi değişiminin söz konusu olduğu söylenebilir. Rekabeti bozma amacı taşıyan bu bilgi değişimi sonucunda, bilgi değişimini gerçekleştiren rakip teşebbüslerin birbirleriyle aynı yönde fiyat politikaları uygulamaları, aynı zamanda ve aynı oranda fiyat değişiklikleri yapmaları, söz konusu piyasada bu paralel politikayı haklı gösteren başkaca bir sebep bulunmaması halinde, taraflar arasındaki bilgi değişiminin rekabeti bozma amacına yönelik bir uyumlu eylem yol açtığı anlamına gelecektir.

Aynı şekilde; oligopolistik bir piyasada rakip teşebbüslerin aynı anda fiyatlarda keskin bir indirime giderek zararına satış yapmaya başlamaları, pazara yeni giriş yapmak isteyen teşebbüs veya teşebbüslerin pazara girişlerini önlemeye yönelik pazar kapama amaçlı uyumlu eylem olarak nitelendirilebilir.

Teşebbüsler arasındaki paralel davranışların doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti bozma amacı olduğu sonucuna varılabilmesi için, rakip teşebbüslerin aynı doğrultuda hareket etmelerini haklı gösterecek iktisadi şartların mevcut olmadığının

¹⁵⁹⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 103.

¹⁵⁹¹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 101.

ve teşebbüslerin bu davranışının rekabeti bozma dışında bir amaca sahip olmasının mümkün olmadığının net ve kesin bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Eğer teşebbüsler arasındaki işbirliksel davranışın rekabeti bozma amacı taşıdığı net olarak kanıtlanamıyorsa bu durumda söz konusu işbirliği rekabete olan etkileri bakımından değerlendirilecektir.

4.2.2.3.3. Rekabeti Bozucu Etki

Amacının rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak bozmak olduğu kanıtlanamayan, teşebbüsler arasındaki gizli işbirliklerinin rekabeti bozucu uyumlu eylem olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu işbirliğinin rekabeti bozucu etkilerinin var olduğunun kanıtlanması gerekmektedir. İşbirliksel davranışın rekabeti bozucu etkilerinin bulunup bulunmadığı değerlendirmesi, rule of reason değerlendirmesiyle case-by-case olarak yapılmaktadır.

İşbirliksel davranışın rekabeti bozucu etkilerinin değerlendirilmesi sadece fiili etkileri değil; aynı zamanda potansiyel etkileri de kapsar. Daha önce açıklandığı gibi; mevcut durumda RHKH m. 4 kapsamında rekabeti bozucu fiili bir etki ortaya çıkmamış olmasına rağmen, inceleme konusu işbirliksel davranışın bu tür bir etki doğurma potansiyeli buluyor olması RKHK m. 4'e aykırılık bakımından yeterlidir. Bu nedenle, değerlendirme konusu gizli işbirliğinin fiili olarak rekabeti bozucu bir etkisinin ortaya çıkmamış olması, söz konusu eylemin rekabete aykırı olmadığı sonucunu doğurmayıp ayrıca bu eylemin potansiyel olarak da rekabeti bozucu etki doğurma olasılığı bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bir işbirliğinin rekabeti ihlâl edici olduğunun belirlenebilmesi için, ilgili pazardaki mevcut rekabet düzeni ile bu işbirliği hiç uygulanmasaydı olası olan rekabet düzeni arasında bir kıyaslama yapılması gerekmektedir. İşbirliğinin fiili etkilerini gösterdiği hallerde kıyaslama somut duruma göre yapılacakken, işbirliğinin fiili etki yaratmaması halinde olası potansiyel etkilerin ortaya çıkması sonucu ilgili pazardaki olası rekabet koşulları esas alınarak mevcut koşullarla bir karşılaştırma yapmak gerekecektir¹⁵⁹².

¹⁵⁹² D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 105-106.

Doktrinde, rekabete aykırı bir uyumlu eylemin varlığından söz edilebilmesi için fiili etki unsurunun bulunmasının zorunlu olup olmadığı noktası tartışılmıştır.

Doktrinde bir görüşe göre, uyumlu eylemden bahsedilebilmesi için ilgili pazarda stratejileri uyumlaştırma amacı taşıyan bilinçli yapılmış paralel davranışların varlığının ya da etkilerinin gözlemlenmesi gerekir. Aksi durum, rekabeti kısıtlama amacına yönelik belli bir davranışla ortaya konmayan bir niyetin tek başına yasaklanması anlamına gelir ki bu, genel sorumluluk prensipleri ve rekabet hukukunun anlaşmalar yasağıyla hedeflediği amaçla bağdaşmamaktadır¹⁵⁹³. Bu görüş, uyumlu eylemler bakımından sadece fiili etkinin zorunlu bir unsur olup olmadığını değerlendirmemiş; bunun yerine fiili etki veya paralel davranış unsurlarından birinin bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Bir başka deyişle; paralel davranışların mevcut olması halinde diğer unsurların da gerçekleşmiş olması şartıyla bir uyumlu eylemden söz edilebilecektir. Paralel davranışların gözlemlenemiyor olması halindeyse uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için mutlaka fiili etkinin gözlemlenebiliyor olması gerekmektedir.

Kanaatimizce bu görüş nitelendirme bakımından çok isabetli değildir. Zira uyumlu eylemden söz edilebilmesi için öncelikle bir eylemin bulunması gerekmektedir. İkinci olarak bu eylemin (davranışın) teşebbüsler arasında paralel bir şekilde uygulanıyor olması gerekmektedir. Eğer ilgili pazarda rakip teşebbüsler arasında karşılıklı oligopolistik bağımlılık veya belirli piyasa koşullarından kaynaklanan sebepler dışında paralel davranışlar mevcutsa bunlar fiili etki göstermemiş olsalar dahi amaç veya potansiyel etki yönünden yasaklanabilir. Bu, bağlantı delili bulunması halinde daha kolay olacakken teşebbüsler arasındaki bağlantının kanıtlanamadığı hallerde çok daha zor olacaktır. Buna karşılık, paralel davranışlar ile birlikte bağlantı delili bulunmasa dahi bu paralel davranışların fiili etkisi gözlemlenebiliyorsa bu durumda aşağıda açıklanacak olan uyumlu eylem karinesi devreye girecektir. Uyumlu eylem karinesine göre, piyasada ortaya çıkan rekabet koşullarının normal pazar koşullarından farklı olduğu ve rekabetin bozulduğu pazarlardaki koşullara benzerlik gösterdiği tespit edilmiş ise ilgili pazarın ayrıntılı iktisadi analizi yapılacaktır¹⁵⁹⁴. Ayrıntılı iktisadi analiz sonucunda, ilgili pazardaki

¹⁵⁹³ Kahraman, s. 73.

¹⁵⁹⁴ İlgili piyasanın ayrıntılı iktisadi analizinin doğru bir şekilde yapılması, tüm pazar koşullarının birlikte ve dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi son derece önemlidir. Pazar koşullarına ilişkin

mevcut koşulların pazarın kendi yapısından kaynaklanmasının mümkün olmadığı, bu koşulların ancak teşebbüsler arasındaki bir uyumlu eylem ile ortaya çıkabileceği sonucuna kesin olarak varılıyorsa bir uyumlu eylemin bulunduğu söylenebilecektir. Uyumlu eylem karinesindeki, ilgili pazardaki koşulların rekabetin bozulmuş olduğu pazarlardaki koşullara benzerlik göstermesi durumu, fiili etkiye karşılık gelmektedir. Ancak bu, fiili etkinin uyumlu eylemin kurucu unsuru olduğu anlamına gelmez. Fiili etkinin fonksiyonu uyumlu eylemin oluşmasında değil, kanıtlanmasında kendini göstermektedir. Bir başka deyişle; fiili etki, bir uyumlu eylemin varlığından söz etmek için zorunlu olmayıp uyumlu eylemi kanıtlamak bakımından önem taşımaktadır. Sonuç olarak; fiili etki uyumlu eylem bakımından varlık değil, bazı hallerde ispat unsurudur.

Doktrindeki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, fiili etkinin bulunmasının uyumlu eylemler için zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmesi düşüncesi yeterli dayanaktan yoksundur¹⁵⁹⁵. Zira RHKH m. 4’de belirtilen amaç veya etki kriteri bakımından uyumlu eylemler konusunda farklı bir düzenleme yapılmamıştır. Teşebbüsler arasında devam eden paralel davranışların potansiyel olarak rekabeti bozucu etki gösterme olasılığı bulunmasına rağmen fiili olarak rekabeti bozucu etki göstermemiş olması, söz konusu paralel davranışların rekabeti ihlâl eden bir uyumlu eylem olarak kabul edilmesi için yeterli olmalıdır. Aksi halde; rakip teşebbüsler arasındaki uyumlu davranışların rekabeti bozucu yönde yüksek potansiyel taşıması durumunda, söz konusu davranışların yasaklanabilmesi için mutlaka fiilen rekabeti bozucu etkilerin ortaya çıkmasını bekleme zorunluluğu söz konusu olacaktır. Bir başka deyişle; fiili etkinin uyumlu eylem için zorunlu bir unsur olduğunun kabulü halinde, piyasadaki rekabeti bozma potansiyeli olan uyumlu davranışlara müdahale edilerek bu davranışların yasaklanması ve rekabeti bozucu etkilerin ortaya çıkmasının engellenmesi mümkün olmayacak; davranışın yasaklanması ancak rekabeti bozucu etkiler fiilen ortaya çıktıktan sonra mümkün olabilecektir. Bu tür bir yaklaşım RKHK’nın amacı ile kesinlikle bağdaşmaz. Zira

değerlendirmede yapılacak küçük bir hata, söz konusu davranışın nitelendirilmesi ve piyasa üzerindeki etkisine ilişkin sonuçlar üzerinde büyük bir hataya neden olabilir. Pazar analizinde yapılan farklı değerlendirmeler sonucunda aynı eylem hakkında pazar koşullarının mâkul bir sonucu olduğu değerlendirilmesi yapılabileceği gibi eylemin dâşışıklı bir davranış olduğu sonucuna varılması da mümkündür. Analiz yapılırken gözden kaçan küçük bir ayrıntı dahi, tamamen yanlış ve adil olmayan bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olabilir (Kühn, pp. 176-179).

¹⁵⁹⁵ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 150-161; Z. Ari, Dâşışıklık, ss. 87-88.

rekabet düzeninin bozulduktan sonra eski halinde getirilmesi, bozulmadan önce önleyici tedbirlerle bozulmasının önlenmesine göre çok daha zordur.

Uyumlu eylemler bakımından fiili etkinin zorunlu unsur olmadığı görüşü özellikle kompleks kartellere ilişkin soruşturmalarda önem kazanmaktadır. Buna ilişkin en önemli örnek “*Polyproplene*” kararıdır¹⁵⁹⁶,¹⁵⁹⁷. Söz konusu kararda polipropilen üreticileri arasında oluşturulmuş kompleks bir kartel bulunmaktadır. Bu kartel kapsamında 1977-1983 tarihleri arasında birçok anlaşma ve uyumlu eylemler gerçekleşmiştir.

Komisyon incelediği bu olayda, kartel oluşturan teşebbüsler arasındaki tüm bu anlaşma ve uyumlu eylemleri devam eden tek ve genel çerçeve anlaşma olarak nitelendirmiş; rekabete aykırılığın devam eden tek bir ihlâl olduğunu vurgulamıştır. Böylece; her bir anlaşma ve uyumlu eylemin piyasada yarattığı rekabeti bozucu fiili etkinin kanıtlanmasına ve ayrı ayrı uygun illiyet bağı kurulmasına gerek bulunmadığı, devam eden tek ve genel çerçeve anlaşma niteliğindeki kompleks kartel kapsamında gerçekleşen çok sayıda uyumlu eylem ve anlaşmanın piyasadaki genel fiili etkisinin ispat açısından yeterli olduğu gerekçesiyle kompleks kartelin varlığının kanıtlandığı sonucuna varılmıştır¹⁵⁹⁸.

Bunun üzerine taraflarca önce ilk derece mahkemesine, ardından ABAD’a temyiz başvurusunda bulunulmuştur. İlk derece mahkemesinde yapılan incelemede savcı tarafından Komisyon kararının sonucu isabetli bulunmakla birlikte, uyumlu eylem ve fiili etki unsuru bakımından yapılan değerlendirmeler hukuka uygun görülmemiştir. Buna göre; uyumlu eylemin iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar uyum

¹⁵⁹⁶ Bkz. yuk. s. 61, dn. 208.

¹⁵⁹⁷ Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve uyumlu eylem bakımından fiili etkinin zorunlu unsur olup olmadığı noktasında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 121-140; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 163-167, 248-251; Kahraman, ss. 72-73; O. Y. Yüksel, ss. 58-62; Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 40; Ersoy, ss. 15-20.

¹⁵⁹⁸ Tek ihlâl-birden çok ihlâl ayrımı genellikle çok kolay yapılabilen bir ayrım değildir. ABD antitröst hukukunda bu ayrımın yapılabilmesi için “*şartların tümlüğü (totality of the circumstances)*” testi uygulanmaktadır. Söz konusu testte sekiz ayrı husus incelenmektedir. Bunlar; eylemlerin benzerlik göstermesi, ihlâl katılan teşebbüslerin örtüşmesi, teşebbüslerin menfaatlerinin benzerlik göstermesi, eylemlerin gerçekleştiği sürelerin örtüşmesi, izlenen yöntemlerin benzerlik göstermesi, coğrafi bölgelerin örtüşmesi, ortak veya benzer bir amacın varlığı, mutabakatlar arasında bir bağımlılık bulunmasıdır. AB rekabet hukukunda benzer şekilde sekiz farklı kriter kabul edilmektedir. Bunlar; mutabakatların yöneldiği amaç, mutabakatların gerçekleştiği süre zarfı, ihlâl konu ürün veya hizmetler, mutabakatların gerçekleştiği coğrafi bölge, ihlâl katılan teşebbüsler, ihlâl katılan bireyler, izlenen yöntemler ve denetim mekanizmaları ile kartelin organizasyon yapısıdır (Ersoy, ss. 9-10, 28). Devam eden tek bir ihlâl yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, ss. 5-65; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 215-217.

ve piyasada fiili etkidir. Ancak uyumlu davranış nedeniyle fiili etkinin ortaya çıkmadığının taraflarca ispatlanması gerekmektedir. Böyle bir ispat oldukça zor olup ancak iki halde mümkündür. Bunlardan ilki, teşebbüslerden birinin uyuma katıldıktan sonra herhangi bir sebeple piyasayı terk etmesidir. Bir diğer ispat şekli ise; teşebbüsün uyuma katılmasına rağmen uyumun sağlayabileceği tüm ilişkileri reddettiğini, tüm duyumlara kulaklarını tıkadığını ve hiçbir şekilde uyumun etkisi altında kalmaksızın bağımsız bir şekilde karar alıp uyguladığını ispatlamasıdır. İlk derece mahkemesi tarafından açıklanan bu savcı görüşü kararda dikkate alınmamıştır. İlk derece mahkemesi temyiz incelemesi sonucunda, Komisyon tarafından verilen kararın isabetli olduğu sonucuna vararak devam eden tek ve genel çerçeve anlaşma kavramına ilişkin değerlendirmeleri onaylamıştır¹⁵⁹⁹.

Taraflar daha sonra ABAD'a temyiz başvurusunda bulunmuşlardır. ABAD vermiş olduğu kararda, ilk derece mahkemesi savcısının görüşlerinden etkilenmiştir. ABAD, genel olarak ilk derece mahkemesi savcısının savunduğu karine ve taraflarca aksinin ispatlanmasına ilişkin temel görüşlere katılmakla birlikte, somut olayda Komisyon ve ilk derece mahkemesi tarafından varılan sonucu isabetli bulmuştur¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁹ Bu aşamada her bir taraf için dosyalar ayrılmıştır:

- CFI, 1991, *Raab v. Hauptzollamt Berlin-Packhof*, 24.10.1991, T-1/89.
- CFI, 1991, *Petrofina SA v. Commission*, 24.10.1991, T-2/89.
- CFI, 1991, *Atochem SA v. Commission*, 24.10.1991, T-3/89.
- CFI, 1991, *BASF v. Commission*, 17.12.1991, T-4/89.
- CFI, 1991, *Enichem Anic v. Commission*, 17.12.1991, Case T-6/89.
- CFI, 1991, *Hercules Chemicals v. Commission*, 17.12.1991, T-7/89.
- CFI, 1992, *DSM v. Commission*, 17.12.1991, T-8/89.
- CFI, 1992, *Hüls v. Commission*, 10.03.1992, T-9/89.
- CFI, 1992, *Hoechst v. Commission*, 10.03.1992, T-10/89.
- CFI, 1992, *Shell v. Commission*, 10.03.1992, T-11/89.
- CFI, 1992, *Solvay v. Commission*, 10.03.1992, T-12/89.
- CFI, 1992, *ICI v. Commission*, 10.03.1992, T-13/89.
- CFI, 1992, *Montedipe v. Commission*, 10.03.1992, T-14/89.
- CFI, 1992, *Chemie Linz v. Commission*, 10.03.1992, T-15/89.

¹⁶⁰⁰ - CJEU, 1999, *Enichem Anic v. Commission*, 08.07.1999, C- 49/92 P.
- CJEU, 1999, *Hercules Chemicals v. Commission*, 08.07.1999, C-51/92 P.
- CJEU, 1999, *DSM v. Commission*, 08.07.1999, C-5/93 P.
- CJEU, 1999, *Hüls v. Commission*, 08.07.1999, C-199/92 P.
- CJEU, 1999, *Hoechst v. Commission*, 08.07.1999, C-227/92 P.
- CJEU, 1999, *Shell v. Commission*, 08.07.1999, C-234/92 P.
- CJEU, 1999, *ICI v. Commission*, 08.07.1999, C-200/92 P.
- CJEU, 1999, *Montedipe v. Commission*, 08.07.1999, C-235/92 P.
- CJEU, 1999, *Chemie Linz v. Commission*, 08.07.1999, C-245/92 P.

Türk hukukunda konuya ilişkin önemli örneklerden biri “*Adana Ticaret Odası- Toprak Seniteri Turizm İşletmeleri Tic. ve San. A.Ş.*” kararıdır¹⁶⁰¹. Söz konusu karara konu olayda, seramik kaplama pazarında faaliyet gösteren 32 teşebbüs hakkında satım fiyatı ve şartlarının tespit edilmesi, arz miktarının kontrolü, pazar paylaşımı ve rekabete duyarlı bilgi değişimi konusunda 1994 yılından beri devam eden eylemlerin tek bir anlaşma (*a single continuing agreement*) niteliğinde olduğu, bu anlaşma ve uyumlu eylem, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin tamamının farklı dönemlerde katıldığı ve hard-core kartel oluşturdıkları sonucuna varılmıştır.

Rekabet Kurulu tarafından konuya ilişkin olarak verilen önemli kararlardan biri de “*Türkiye Ağaç İşleri Esnaf ve Sanatkarları Federasyonu- Kastamonu Entegre Ağaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Yontaş Yonga Levha Sanayi ve Ticaret A.Ş.*” kararıdır¹⁶⁰². Söz konusu karara konu olayda sunta, yonga levha ve MDF üreticileri, dernek çatısı altında düzenli olarak toplantılar yapmakta; bu toplantılarda fiyat ve satış koşullarının belirlenmesine yönelik anlaşmalar sağlanmaktadır. Ayrıca rakip teşebbüsler uygulayacakları fiyatlara ilişkin fiyat listelerini önceden birbirlerine göndermektedir. Rakip teşebbüsler arasındaki bu faaliyetler 1993 yılından itibaren aynı sistemle devam etmiştir. Rekabet Kurulu bu uygulamanın, yıllardır devam eden tek bir çerçeve anlaşma olduğunu ifade ettikten sonra bu gerekçeye dayanarak, RKHK’nın yürürlüğe girmesinden önceki tarihlere ait olan ve delil niteliğindeki yazışmaların da Kanun’dan önceki tarihli olsa dahi delil olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca; devam eden tek bir çerçeve anlaşma ve tek ihlâl yaklaşımı nedeniyle, teşebbüslerin her birinin tüm toplantılara katılmasına gerek bulunmadığı, tek bütün anlaşmaya dâhil olunmasının rekabet ihlâlinin gerçekleşmesi için yeterli olduğu belirtilmiştir.

Türk hukukunda özellikle dikkat çeken bir karar olan “*On İki Banka*” kararında da soruşturmaya taraf olan on iki banka arasındaki uzlaşmanın 2007-2011 yılları arasında devam eden fiyat tespitine yönelik tek bir ortak plan çerçevesinde çok sayıda anlaşma, uyumlu eylem ve bilgi değişimlerinden oluştuğu belirtilerek tüm bunlar tek bir ihlâl olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, her bir delilin taraflar arasındaki uzlaşmanın tüm unsurlarını içermesinin ya da ispat güçlerinin eşdeğer

¹⁶⁰¹ RK, 2007, *Adana Ticaret Odası- Toprak Seniteri turizm İşletmeleri Tic. ve San. A.Ş.*, 03.08.2007, 07-64/794-291.

¹⁶⁰² Karar için bkz. s. 208, dn. 674.

olmasının gerekli olmadığı, önemli olan noktanın delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucunda ihlâli ortaya koyması olduğu vurgulanmıştır¹⁶⁰³.

Rekabet Kurulu tarafından verilen “On Üç Banka” kararında da, rakip teşebbüsler arasında tespit edilen anlaşma ve uyumlu eylemlerin aynı amaca yönelik olması ve teşebbüslerin bu amaca yönelik genel çerçevenin farkında olmaları bunların tek bir ihlâl olarak kabul edildiği ifade edilmiştir¹⁶⁰⁴.

Doktrinde uyumlu eylemler bakımından bir davranışın ortaya çıkması ile fiili etki kavramları konusunda kanaatimizce bir karmaşa bulunmaktadır. Doktrinde İkizler, bir uyumlu eylemden söz edilebilebilmesi için birbirine paralel davranışların uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bir başka deyişle; bir uyumlu eylemin var olabilmesi için teşebbüsler tarafından aynı yönde birtakım davranışların sergilenmiş olması gerekmektedir. Eylem yoksa uyumlu eylem de yoktur^{1605, 1606}. D. Cengiz ise İkizler’in bu yaklaşımını, İkizler tarafından uyumlu eylemler bakımından fiili etkinin zorunlu unsur olarak benimsendiği şeklinde yorumlamıştır¹⁶⁰⁷. Ancak kanaatimizce, fiili etkinin ortaya çıkması ile dış dünyada bir davranışın ortaya çıkması farklı

¹⁶⁰³ Karar için bkz. s. 227, dn. 744.

¹⁶⁰⁴ Karar için bkz. s. 208, dn. 675.

¹⁶⁰⁵ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 147-151; Akıncı, s. 158; Yiğit, s. 23.

¹⁶⁰⁶ Doktrinde Yiğit her ne kadar uyumlu eylemden söz edilebilmesi için bir eylemin bulunması gerektiğini belirtmişse de akabinde, fiyatlara ilişkin bilgi değişiminin uyumlu eyleme vücut verdiğini ifade ederek bunun maddi hukuk açısından sonucunun, uyumlu eylemin, davranış boyutunun henüz gerçekleşmediği bir aşamada ortaya çıkabilecek olduğu şeklinde açıklamıştır (Yiğit, s. 377).

Aynı şekilde Z. Arı da, uyumlu eylem kavramında geçen “eylem” kavramının mutlaka somut etkisinin ortaya çıkması gereken bir davranış olarak yorumlanmaması gerektiğini, sadece bilgi açıklaması gibi bazı durumların rekabete aykırı etkisi açık olmakla birlikte, RKHK m. 4’deki ihlâl türlerinin kapsamına girmesinin mümkün olmayabileceğini, zira anlaşma için teşebbüsler arası mutabakatı ispat edecek bir delil bulunması gerektiğini, bilgi açıklamasında bu tür bir delil bulunmadığını, eğer uyumlu eylemler yönünden “eylem” zorunlu bir unsur olarak görülürse Kurulun bu tür bir ihlâle müdahale edemeyeceğini belirttikten sonra bu nedenlerle eylem kavramının geniş olarak yorumlanması ve anlaşma ile uyumlu eylem arasındaki çizginin kesin olarak çizilmemesi gerektiğini savunmuştur (Z. Arı, Danışıklık, s. 87).

Z. Arı ayrıca, RKHK’nın teşebbüsler arası danışıklı ilişkileri yasaklarken, taraflar arasındaki ilişkilerin ileride bir “eylem” ile sonuçlanmasını zorunlu bir şart olarak aramadığını, teşebbüsler arasındaki temasların rekabete aykırılık amacı taşımasının yeterli olduğunu, bunun mutlaka bir eyleme dönüşmesine gerek olmadığını, bilgi değişimlerinin olumlu sonuçlanmama olasılığının bulunduğunu ifade etmiştir (Z. Arı, Danışıklık, ss. 89-90).

Yazarların bu ifadesi, bilgi değişimi ile uyumlu eylem kavramlarının karıştırıldığını göstermektedir. Fiyatlara ilişkin bir bilgi değişimi, tek başına rekabete aykırıdır. Bu bilgi değişiminin sonrasında bir uyumlu eylemin ortaya çıkma ihtimali yüksektir; ancak kesin değildir. Bilgi değişiminin ardından fiyatlar yönünden bir uyumlu eylemin ortaya çıkması halinde bilgi değişimi, uyumlu eylemin yardımcı eylemi niteliğinde olacak; böyle bir uyumlu eylemin ortaya çıkmaması halindeyse bilgi değişimi tek başına bir ihlâl niteliğinde olacaktır. Ancak fiyat konusunda sadece bilgi değişiminde bulunulmuş olması hiçbir zaman davranış boyutu gerçekleşmeyen uyumlu eylem olarak tabir edilmemelidir.

¹⁶⁰⁷ D. Cengiz, ss. 142-143.

kavramlardır. Dış dünyada ortaya çıkan bir davranış, eylemi oluşturur. Ancak rekabet üzerinde kısıtlayıcı bir etki göstermez ise ortada bir eylem olmasına karşılık, gerçekleşen bir fiili etki yoktur. Buna rağmen ortaya çıkmış olan paralel eylemler, rekabeti bozma amacı ya da potansiyel etkisi taşıyabilir. Bu durumda fiili olarak etki göstermemiş olmakla birlikte, rekabet hukuku bakımından yasaklanan bir uyumlu eylem mevcuttur. İkizler'in ifade ettiği, uyumlu eylemden söz edilebilmesi için düşünce aşamasından çıkarak somutlaşmış bir davranışın bulunması gerektiği fikri tarafımızca da desteklenmektedir. Zira henüz bir davranış gerçekleşmemişse ve bağlantı aşamasında kalınmışsa burada bir uyumlu eylemden söz edilmesi mümkün değildir. Örneğin; taraflar arasında geleceğe ilişkin planlanan fiyat bilgileri değiştirilmiş, ancak rakip teşebbüslerce uygulanacak geleceğe yönelik fiyatlarda bir paralellik bulunup bulunmayacağı henüz bilinmiyorsa, bu aşamada bir uyumlu eylemin varlığından söz edilemez. Burada mevcut olan, rekabeti kısıtlama amacı ya da potansiyel etkisi olan bir bilgi değişimi faaliyetidir. Aksi yönde yapılacak bir yorum, bilgi değişiminin rekabet hukuku bakımından tek başına bir eylem olarak yasaklanabileceği gerçeğine aykırılık teşkil ederek bilgi değişimi faaliyetlerini bunların sonucunda paralel davranışlar ortaya çıksa da çıkmasa da uyumlu eylem olarak değerlendirilmesi gibi önemli bir hataya sebep olabilecektir.

Doktrinde Sanlı tarafından da iradelerin mutlak suretle eyleme dönüşmesi, yani icra edilmesi mecburiyetinin uyumlu eylemin ayırt edici özelliği olduğu; henüz eylem ve uygulama aşamasına geçilmemiş olan irade uyuşmalarının uyumlu eylem olarak değil, şartları varsa anlaşma veya karar olarak değerlendirilebileceği açıkça vurgulanmıştır. Yazar tarafından buna ilave olarak; uyumlu eylemlerde teşebbüsler arasında klasik anlamda bir irade uyuşmasına ihtiyaç olmadığı, önemli olanın iradelerin değil eylemlerin uyumu olduğu, aksi bir düşüncenin kabulü halinde anlaşma kavramı yanında ayrıca uyumlu eylem kavramına yer verilmiş olmasının gereksiz hale geleceği isabetli olarak belirtilmiştir¹⁶⁰⁸.

Her ne kadar uyumlu eylemden söz edilebilmesi için bir eylemin varlığı gerekli ise de, bu her zaman olumlu bir eylem olmak zorunda değildir. Paralel davranışlar, fiyat arttırma, arzı kısma gibi olumlu davranışlar olabileceği gibi;

¹⁶⁰⁸ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 79.

fiyatlarda indirim ya da artış yapmama, iç piyasaya mal arz etmeme gibi olumsuz davranışlar şeklinde de ortaya çıkabilir.

Doktrinde İkizler, teşebbüsler arasında bilgi değişiminin gerçekleştiği durumlarda edinilen bilgilerin rekabeti sınırlayacak eylemlere neden olacağı ciddi şekilde beklenebiliyorsa, gerçekten rekabetin sınırlandırılmasına gerek olmaksızın uyumlu eylemin varlığının kabul edilmesi gerekeceğini belirtmiştir¹⁶⁰⁹. Ancak bu aşamada rekabete aykırı olan bir uyumlu eylemin değil, rekabete aykırı bilgi değişiminin bulunduğunu söylemek daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

4.2.3. Pazar Koşullarından Kaynaklanan Uyumlu Davranışlar ile Bilgi Değişimi Sonucu Ortaya Çıkan Uyumlu Eylemler

4.2.3.1. Pazar Koşullarından Kaynaklanan Uyumlu Davranışlar

4.2.3.1.1. Karşılıklı Oligopolistik Bağımlılıktan Kaynaklanan Bilinçli Paralel Davranışlar

Bir piyasada rakip teşebbüslerin birbirleriyle paralel piyasa davranışları içinde bulunması ve aldıkları piyasa kararlarının uyumlu olması her zaman rakipler arasında bir gizli işbirliği olduğu anlamına gelmez. Bazı pazarlarda, özellikle de oligopolistik pazarlarda, piyasanın taşıdığı koşullar nedeniyle, işbirliği olmaksızın rakiplerin aynı yönde hareket etmesi ve uyumlu davranışlar içinde bulunması mümkündür. Bir başka ifadeyle; teşebbüslerin paralel davranışları bakımından uyumlu eylemden başka makul bir sebebin olması mümkün olabilir. Buna alternatif neden denir¹⁶¹⁰.

Pazar koşullarından dolayı rakip teşebbüsler arasında uyumlu davranışların ortaya çıkması durumuna en temel örnek az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopol piyasalarıdır.

¹⁶⁰⁹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 155.

¹⁶¹⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 335.

4.2.3.1.1.1. Genel Olarak Oligopol Pazarlar ve Oligopol Modelleri

4.2.3.1.1.1.1. Genel Olarak Oligopol Pazarlar

Oligopol piyasaları kavram olarak; pazar stratejilerini belirlerken birbirlerinin karar ve davranışlarından etkilenecek kadar az sayıdaki satıcının sonsuz sayıda alıcı ile karşı karşıya geldiği piyasalardır¹⁶¹¹. Oligopol piyasalar az sayıda teşebbüsün piyasayı kontrol gücünü elinde tuttuğu piyasalardır¹⁶¹². Oligopol piyasalarda satıcı sayısı, alıcı sayısına göre azdır¹⁶¹³. Oligopol pazarlar; pazar şartları ve rakiplerinin davranışları konusunda iyi bir şekilde bilgilenmiş, birbirine bağımlı, az sayıda ve güçlü teşebbüslerden oluşmaktadır¹⁶¹⁴. Oligopol piyasalarda, tek başına hâkim durumda olmayan az sayıdaki teşebbüsün her biri elinde belirli bir pazar gücü tutmaktadır¹⁶¹⁵. Az sayıdaki satıcı ifadesindeki sayı konusunda kesin bir sınırlama bulunmamakla birlikte; temel ölçüt, piyasa kararları alınırken birbirlerinden etkilenecek kadar az olma ölçütüdür.

Oligopol pazar tanımında önemli olan pazardaki toplam teşebbüs sayısı değil; pazarın kontrolünü elinde tutan teşebbüslerin sayısıdır. Örneğin; doktrinde verilen bir örneğe göre, 100 tane teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir pazarda dört tane teşebbüsün pazar gücü toplamı piyasanın %90'ına eşit, geri kalan %10 ise kalan 96 teşebbüs arasında paylaşıyorsa burada bir oligopol piyasası söz konusudur. Buna karşılık bir piyasada 50 teşebbüs faaliyet gösteriyor ve her birinin pazar payları birbirine yakın ise piyasa, rekabet piyasası niteliğindedir¹⁶¹⁶.

Ürünlerin homojen olduğu oligopolistik piyasalara “*tam oligopolistik piyasalar*”, ürünlerin heterojen olduğu piyasalara ise “*eksik oligopol piyasalar*” denir.

Rekabet hukukunda önem taşıyan oligopol ayrımı, dar (kısmi) ve geniş (mutlak) oligopol ayrımıdır. Rakiplerin birbirlerinin davranışlarına duyarlı olduğu, az

¹⁶¹¹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 165; Kahraman, s. 6; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 201.

¹⁶¹² Akıncı, s. 25.

¹⁶¹³ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 138.

¹⁶¹⁴ Christensson, p. 44.

¹⁶¹⁵ Kahraman, s. 6; O. Y. Yüksel, s. 13; Tekdemir, s. 6; Ida Christensson, **Information Exchange in Oligopolistic Markets**, (Master Thesis), Faculty of Law University of Lund, 2008, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556747&fileId=1564091>, (10.02.2016), p. 18.

¹⁶¹⁶ Akıncı, s. 25.

sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopoller dar oligopol; bunun dışında kalan oligopoller ise geniş oligopollerdir. Her iki türü ayırt edebilmek için kesin bir ölçüt bulunmamakta ise de teşebbüslerin sayısı kadar pazar paylarının da dikkate alınması gerektiği söylenebilir¹⁶¹⁷. Dar oligopollerde teşebbüslerden diğerine göre pazar payları bakımından üstün durumdadır. Mutlak oligopollerde ise teşebbüslerin pazar payları birbirine yakın seviyededir¹⁶¹⁸.

4.2.3.1.1.1.2. Oligopol Modelleri

Oligopol piyasalarına ilişkin birçok farklı teori bulunmaktadır. Cournot modeli, Bertrand modeli ve Chamberlin modeli en önemlileridir.

4.2.3.1.1.1.2.1. Cournot Modeli

Cournot modelinde sıfır maliyetle homojen ürün üretimi yapan iki komşu rakip varsayımından hareket edilerek bir duopol piyasası değerlendirilmesi yapılmaktadır. Cournot modeline göre, bu durumda rekabet noktası üretim miktarıdır. Buna göre rakipler, diğer rakibin üretim miktarını sabit tutacağı varsayımına göre kendi kârını maksimize edecek üretim miktarını belirlemektedir. Ancak diğer rakip buna tepki göstererek, kendi üretim miktarını, rakibinin üretim miktarına göre ve kendi kârını maksimize edecek şekilde yeniden ayarlamaktadır. Etki-tepki süreci bir süre devam ettikten sonra her iki rakip teşebbüs de piyasanın üçte biri kadar üretim yaparak denge noktasına ulaşırlar. Bu noktada her iki teşebbüsün de kârı en üst seviyededir. Cournot teorisine göre; eğer rakip teşebbüsler birbirlerine karşılıklı bağımlılıklarını farkına varmış olsalardı her birinin üretimi piyasanın yarısı kadar ve birbirlerine eşit olacaktı; ancak kârları maksimum düzeyde olmayacaktı¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁷ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 138-139.

¹⁶¹⁸ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 291, dn. 132.

¹⁶¹⁹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 170-171. Cournot modeli için ayrıca bkz. Vives, pp. 86-97; Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 26-43; OECD 2010, p. 139; Bağış Akkaya, ss. 8-10, 18-32; Pişma, ss. 7-9; Kahraman, s. 12; Çelen, ss. 14-18; Christensson, pp. 20-22; Akıncı, s. 26.

4.2.3.1.1.2.2. Bertrand Modeli

Bertrand modelinde de homojen ürünlere ilişkin duopol piyasalar üzerinden değerlendirme yapılmıştır; ancak Cournot'tan farklı olarak burada rekabet fiyat üzerindendir. Piyasa önce tam rekabet üretim seviyesinin yarısını üreten tek bir teşebbüsten oluşan monopol piyasasıdır. Daha sonra pazara ikinci bir teşebbüs girer ve monopol oluşturan teşebbüsün fiyatını esas alarak kendi fiyatını belirler. İkinci teşebbüs kendi fiyatını, monopol fiyatının biraz daha altında belirleyerek tüm müşterileri çekmeyi hedeflemiştir. Ürünler homojen olduğundan bu hedef gerçekleşmiştir. Ancak ikinci teşebbüs, ilk teşebbüsün de fiyat indirimine gideceğini hesaba katmamıştır. İlk teşebbüs de kendi fiyatlarını ikinci teşebbüsün fiyatının altına çekerek tüm müşterileri toplamıştır. Bu durum, fiyatların maliyet fiyatına eşit olmasına kadar devam eder¹⁶²⁰. Bu nedenle marjinal maliyeti daha düşük olan teşebbüs daha etkin bir şekilde rekabet edebilecektir¹⁶²¹.

4.2.3.1.1.2.3. Chamberlin Modeli

Cournot ve Bertrand modellerine tepki olarak ortaya çıkan diğer model, Chamberlin modelidir. Cournot ve Bertrand modelleri statik oligopol olarak anılırken Chamberlin modeli dinamik oligopol olarak adlandırılmıştır¹⁶²².

Chamberlin modelinde oligopol piyasasındaki rakipler, birbirlerine olan karşılıklı bağımlılıklarını, aldıkları kararlara karşı rakiplerinin ne şekilde tepki vereceğini farkındadırlar. Ayrıca bu modelde tüm teşebbüsler tam bilgiye sahiptir ve piyasa tam bilgi elde edilecek derecede şeffaftır. Teşebbüslerin her biri piyasa kararlarını alırken rakiplerinin vereceği tepkileri de hesaplayarak buna göre karar verirler. Bir teşebbüsün uyguladığı fiyatları düşürmesi halinde rakip teşebbüslerin de misilleme olarak fiyat düşüreceği bilinmektedir. Böylece önceden aralarında yapılmış bir işbirliği anlaşması olmamasına rağmen, rakiplerin tamamı ortak kârlarını maksimize edecek şekilde üretim miktarlarını ve fiyatlarını ayarlayarak

¹⁶²⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 171. Bertrand modeli için ayrıca bkz. Vives, pp. 86-97; Kühn and Vives, Information Exchange, pp. 26-43; OECD 2010, p. 139; Bağış Akkaya, ss. 23-24; Pişmaf, ss. 7-9; Kahraman, ss. 12-13; Christensson, pp. 21-22; Akıncı, s. 27

¹⁶²¹ Kahraman, s. 12.

¹⁶²² Christensson, pp. 19-23.

monopol gibi hareket ederler. Böylece; oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışlar ortaya çıkar¹⁶²³.

4.2.3.1.1.2. Karşılıklı Oligopolistik Bağımlılık

Oligopol piyasalarda teşebbüslerin piyasa kararlarını alırken rakiplerinin kararlarını dikkate almak zorunda olmasına karşılıklı oligopolistik bağımlılık denir¹⁶²⁴.

Doktrinde Tekdemir, karşılıklı oligopolistik bağımlılık hakkında, *“firmaların oligopol pazarlarının yapısı nedeniyle artan oranda birbirlerinin varlığının farkında oldukları ve davranış ve kararlarında bunu önemli ölçüde hesaba kattıkları anlamına gelir.”* şeklinde bir tanımlama yapmıştır¹⁶²⁵. Dar oligopol piyasalarda karşılıklı oligopolistik bağımlılık, geniş oligopolere göre daha sıklıdır¹⁶²⁶.

Oligopol piyasalarda rakiplerin oligopolistik bağımlılığı dikkate almaksızın bağımsız bir şekilde karar vermeleri, rakiplerinin vereceği tepkiyi hesaba katmadan davranmaları halinde rekabetçi bir pazar ortaya çıkacaktır. Buna klasik (işbirlikçi olmayan) model denir. Bu tür bir piyasada teşebbüslerden birinin fiyat düşürmesi halinde, özellikle ürünlerin homojen olması durumunda tüm müşterileri çekmesi ve kârını maksimize etmesi mümkündür. Ürünler heterojen olsa da ikame ürünler olduklarından, fiyat indirimi halinde pazar payında bir artış gerçekleşecektir. Bu duruma karşı rakip teşebbüsler de fiyat indirimine gidecek ve bir fiyat savaşı başlayacaktır¹⁶²⁷. Fiyat savaşı başlaması durumunda tüm teşebbüslerin kârında ciddi miktarlarda düşüş olacaktır ve daha zayıf olan teşebbüsler pazar dışına itilecek ya da önemli miktarda müşteri kaybedecektir. Az sayıdaki rakip teşebbüsler, tüm teşebbüslerin zarara uğrayacağı rekabetçi bir ortamdansa, birbirleriyle paralel şekilde davranıp ortak stratejileri takip etmeyi kendi menfaatleri yönünden daha uygun ve kolay görecektir. Zira az sayıdaki teşebbüsün birbirleriyle rekabet edip fiyat düşürmektense, ortaklaşa olarak fiyat arttırmaları halinde elde edecekleri kazanç çok

¹⁶²³ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 172-175; O.Y. Yüksel, ss. 13-14; Akıncı, ss. 27-28.

¹⁶²⁴ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 166; Kahraman, ss. 7-8, 29; İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 138; O.Y. Yüksel, s. 14; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 200; Akıncı, ss. 149-151; Z. Arı, Danışıklık, ss. 95-96.

¹⁶²⁵ Tekdemir, s. 4.

¹⁶²⁶ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 138.

¹⁶²⁷ İnan ve diğerleri, ss. 140-141.

daha fazla olacaktır. Böylece teşebbüsler hem birbirleriyle rekabet etme çabası içine girmeyecek hem de daha fazla kâr elde edeceklerdir¹⁶²⁸.

Bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin her biri, alacakları piyasa kararlarının diğer teşebbüsleri de etkileyeceğini ve aynı şekilde aldığı kararlarda rakiplerinin kararlarını göz önünde bulundurması gerektiğini farkındadır¹⁶²⁹. Teşebbüslerin izlediği pazar politikalarının başarısı, rakiplerinin tepki ve davranışlarına bağlıdır¹⁶³⁰. Zira az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada her teşebbüs, fiyat indirimine gitmesi halinde özellikle söz konusu pazarda talep esnekliği yüksekse, bu indirimin müşterileri çekerek pazar payını arttıracaklarını, kısa süreli yüksek kârlar elde edebileceğini; ancak rakiplerin bu duruma tepkisiz kalmayacağını ve daha alt seviyede bir fiyat belirleyerek buna cevap vereceğini, böyle bir cevap sonucunda ilk indirimden önceki pazar payının da altına düşecek şekilde kayba uğrayacağını, yapacağı ilk indirim ile rakipler arasında bir fiyat savaşını tetikleyeceğini ve bu fiyat savaşı sonucunda tüm teşebbüslerin zarar edeceğini öngörebilmektedir. Bu öngörüye sahip bir teşebbüsün, kısa süreli yüksek kâr sonucu tüm teşebbüsler için ortaya çıkacak zarar yerine; daha düşük oranda ancak istikrârlı bir kârı tercih etmesi normaldir. Bu nedenle; bu tür piyasalarda teşebbüslerin her biri alacakları her piyasa kararında, rakiplerinin buna ne şekilde cevap vereceğini hesaba katmak zorundadır.

Talebin esnek olmadığı oligopol piyasalarda fiyat rekabeti oldukça tehlikelidir. Zira bu tür piyasalarda fiyat düşse dahi talepte bir artış gerçekleşmemektedir. Bu durumda fiyat rekabeti tüm rakip teşebbüsler açısından ciddi şekilde bir zarara sebep olacaktır. Bu nedenle talebin esnek olmadığı oligopollerde rakip teşebbüslerin fiyat konusunda birbirlerini gözlemleyip fiyat kararlarını birbirleri ile uyumlu hale getirmeleri pazar koşullarının bir gereğidir¹⁶³¹.

Aynı şekilde; az oyunculu bir oligopol piyasasında tüm teşebbüslerin işbirliği içinde bulunmaksızın birbirlerinden bağımsız olarak ve talep miktarındaki düşüşü göz önüne alarak arzı kısımlarına karşılık, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerden

¹⁶²⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 167-170; Balkı, ss. 73-74.

¹⁶²⁹ Çelen, s. 14; Tekdemir, s. 6.

¹⁶³⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 140.

¹⁶³¹ Balkı, s. 76.

birinin rakiplerinin bu kararlarını hiç dikkate almadan aynı miktarda üretime devam etmesi halinde bir arz fazlası durumuyla karşılaşarak zarar edeceği açıktır.

Verilen örneklerde de görüldüğü gibi, az oyunculu oligopol piyasalarda rakip teşebbüsler arasında işbirliği bulunmasa dahi pazar koşulları gereği uyumlu davranışlar ortaya çıkmaktadır. Bu uyumlu davranışlar, mevcut piyasa koşullarına göre makul olan davranışların tüm rakip teşebbüsler tarafından akıllıca bir davranış şeklinde ortaya koyduğu politikaları sonucunda oluşmaktadır. Bir başka deyişle; ortaya çıkan uyumlu davranışlar, rakip teşebbüsler arasındaki açık ya da gizli bir işbirliğine dayanmamaktadır. Bu uyumlu davranışlar, piyasa koşullarının gereği olan karşılıklı oligopolistik bağımlılık sonucunda ortaya çıkan bilinçli paralellikten kaynaklanmaktadır. Teşebbüsler arasında hiçbir açık veya gizli anlaşma bulunmamasına rağmen, karşılıklı oligopolistik bağımlılık nedeniyle ortaya çıkan paralel davranışlar ile kartel benzeri bir sonuç doğabilmekte; alıcıların çok sayıda olduğu, giriş engellerinin bulunduğu, arz kesimindeki teşebbüslerin simetrik, ürünlerin homojen olduğu pazarlarda rekabet üstü fiyatlar uygulanabilmektedir^{1632, 1633}.

Oligopol piyasalarda rakip teşebbüsler arasındaki uyumlu davranışların karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışlar olduğu sonucuna varılabilmesi için ilgili piyasada mutlaka bulunması gereken çok önemli bir özellik vardır ki, o da tam bir şeffaflıktır. Pazarda yüksek pazar payları bulunan az sayıdaki teşebbüsün faaliyet göstermesi, pazara giriş konusunda ciddi engellerin bulunması ve ürünlerin homojen olması yanında karşılıklı oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasında pazarın şeffaflığı çok önemli bir etkiye sahiptir¹⁶³⁴. Pazarın şeffaf olmaması, karşılıklı oligopolistik bağımlılığın ortaya çıkmasını engelleyen en önemli faktördür¹⁶³⁵. Rakiplerin birbirlerinin piyasa kararlarından ve davranışlarından hiçbir işbirliği bulunmaksızın kendiliğinden haberdar olması ve kendi stratejik kararlarını bunlara uyumlu olarak belirlemesi ancak piyasada tam bir şeffaflığın bulunduğu ve

¹⁶³² Kahraman, ss. 30-33; ; O.Y. Yüksel, s. 13. Aynı yönde: D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, s. 8; Balkı, s. 73; Esin, TÜSİAD, ss. 31-32.

¹⁶³³ Doktrinde bazı yazarlar, oligopolistik pazarlardaki fiyat hareketlerinin karşılıklı oligopolistik bağımlılığa dayandırılmasını eleştirmekte, rekabet üstü kârın ancak bir uyumlu eylem ya da açık koordinasyon sonucu ortaya çıkabileceğini savunmaktadırlar. Bu görüşe ilişkin bilgi için bkz. Tekdemir, s. 7; Akıncı, ss. 151-157.

¹⁶³⁴ Balkı, s. 74.

¹⁶³⁵ O.Y. Yüksel, s. 41. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Hay, Ethyl Case, pp. 183-189.

bu tam şeffaflık nedeniyle rakip teşebbüslerin tam bilgi sahibi olduğu durumlarda mümkündür. Piyasada tam bir şeffaflık ve tam bilgi mevcut değilse, piyasanın oligopol piyasası olması, rakip teşebbüsler arasındaki uyumlu davranışların bir rekâbet ihlâli oluşturmayıp karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralel davranışlardan ibaret olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir¹⁶³⁶.

İlgili piyasada faaliyet gösteren teşebbüs sayısının azlığı, rakip teşebbüslerin birbirlerinin ticari stratejilerini gözlemlemeyi ve teşebbüslerin kendi davranışlarını rakiplerinin davranışları ile uyumlaştırmasını kolaylaştırır. İlgili piyasada rakip sayısı arttıkça uygulanan stratejilerde farklılıklar ortaya çıkabileceği gibi, rakiplerin birbirlerinin davranışlarını gözlemleyerek davranışlarını birbirleri ile uyumlu hale getirmesi de zorlaşacaktır. Özellikle pazara giriş engelleri bulunmaması halinde, pazara yeni giren teşebbüslerin uygulayacağı davranışlara ilişkin bir belirsizlik söz konusu olacaktır. İlgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar paylarının, üretim kapasitelerinin, maliyet yapılarının ve satış miktarlarının benzer olması halinde rakip teşebbüslerin birbirleriyle aynı yönde davranmaya yönelmeleri daha olasıdır. Zira rakip teşebbüsler arasındaki tüm bu benzerlikler bir oligopol piyasasında yukarıda da açıklanan şekilde rakiplerin birbirlerinden bağımsız karar almalarını engeller ve rakip teşebbüsler makul bir işadamı davranışı sergileyerek ticari kararlarını alırken rakiplerini gözlemleyip onların davranışlarını dikkate almak zorunda kalır¹⁶³⁷.

İlgili pazarda ürünlerin homojen olması, bir başka deyişle üretilen ürünler arasındaki benzerliklerin yüksek olup ürün farklılaşmasının bulunmaması halinde bir oligopolistik pazarda rakipler arasında karşılıklı oligopolistik bağımlılık da yüksek olacaktır. Zira ürün farklılaştırılması satış koşullarında da çeşitliliği beraberinde getirmekte iken ürünlerdeki homojenlik başta fiyat olmak üzere satış koşullarında karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan zorunlu bir tekdüzeliğe sebep olur. Özellikle inovasyon ve Ar-Ge çalışmaları bakımından zengin olmayan oligopollerde ürünler arasında homojenlik daha sık görülmektedir. Bu tür piyasalarda rakiplerin birbirlerine karşı teknolojik üstünlük sergilemeleri ve teknolojileri yönünden rekabet etmeleri söz konusu değildir¹⁶³⁸.

¹⁶³⁶ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 178; D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, ss. 8-9; Balkı, ss. 76-77.

¹⁶³⁷ Balkı, ss. 74-75.

¹⁶³⁸ Balkı, ss. 75-76.

Doktrinde İ.Y. Aslan tarafından, oligopolistik piyasalarda rakip teşebbüslerin her zaman aynı yönde hareket etmesinin zorunlu olmadığı, örneğin yüksek giriş engelleri olan ve fiyatların uzun süredir yüksek bir seviyede olduğu bir piyasada teşebbüslerin arzı arttırmaya yönelik hiçbir girişimde bulunmamalarının arz miktarını kısıtlamaya yönelik bir uyumlu eylem olarak düşünülebileceği, zira teşebbüsler açısından rasyonel olan davranışın uyumlu eylem kapsamına girmeyeceği yönündeki genel bir kabulün isabetli olmayacağı ifade edilmiştir. Yazar; bir teşebbüs için rasyonel olan davranışın normal şartlarda kârını maksimize etmek olduğunu, bu durumda kartel yapılanmalarının da teşebbüsler için en rasyonel davranış olduğunu, öyleyse sadece rasyonellik ölçütü ile değerlendirme yapmanın isabetli olmayacağını savunmuştur. Bu görüşe göre; oligopol piyasada fiyat liderinin fiyat artışı yapması karşısında diğer teşebbüslerin bu fiyat artışını takip etmeleri zorunlu değildir. Aksine; fiyatlarını aynı düzeyde tutarak ve arzı arttırarak pazar paylarını yükseltmeleri mümkündür. Bunun yerine fiyat liderinin takip edilerek fiyat artışına gidilmesi uyumlu eylem olduğunu gösterir. Yazar buna karşılık, rakiplerin birbirlerinden çekinmesi nedeniyle uzun süredir fiyat artışı yapmamış olması ve fiyatların maliyetlerin altında kalmaya başlaması halinde teşebbüslerden birinin fiyat artışına gitmesini takiben, diğerlerinin de bunu fırsat bilerek fiyat artışı yapmalarını bilinçli oligopolistik karşılıklı bağımlılık kapsamında değerlendirmektedir¹⁶³⁹. Yazar ayrıca, oligopolistik pazarlarda akıllı davranış adı altındaki rekabeti sınırlandırıcı davranışlara göz yumulmaması gerektiğini, teşebbüslerin bağımsız olarak pazar politikalarını belirlerken rakiplerinin davranışlarına yönelik tahminlerde bulunmasının ve bu tahminlerin bazen doğru çıkmasının normal olduğunu, ancak teşebbüslerin tamamının paralel davranışlar içinde bulunuyor olması halinde bunun akıllı davranma değil işbirliği anlamına geleceğini ifade etmiştir¹⁶⁴⁰.

Doktrinde Sanlı ve Yiğit, bilinçli paralelliğin de uyumlu eylem kapsamında değerlendirileceğini; aksi halde irade uyuşmasına dayanmayan ve anlaşma seviyesine ulaşmayan paralel davranışların rekabet hukuku denetiminden kurtulacağını belirtmiştir¹⁶⁴¹.

¹⁶³⁹ İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 233-236.

¹⁶⁴⁰ İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 57.

¹⁶⁴¹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 79; Yiğit, ss. 23-24.

Ayrıntılı bir iktisadi analiz yapıldığında, piyasa koşulları çerçevesinde pazarda tam bir şeffaflığın hâkim olduğu tespit edildikten sonra, rakip teşebbüslerin birbirleriyle uyumlu olarak hareket etmeleri makul ve akıllı bir işadami için olması gereken hareket tarzı olarak görülüyorsa söz konusu uyumlu davranışın rekabet ihlâli olarak değerlendirilmeyeceği sonucuna varılacaktır^{1642, 1643}. Buna karşılık; paralel davranışların temelinde, rakip teşebbüsler arasındaki gizli bir işbirliği ve bu işbirliği ile rekabeti bozmaya yönelik bir amaç ya da işbirliği sonucunda ortaya çıkan veya çıkma potansiyeli bulunan bir etki söz konusuysa, bu durumda piyasanın oligopolistik yapıya sahip olması rekabet ihlâli oluşturan bir uyumlu eylemin bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Bir başka deyişle; az oyunculu bir oligopol piyasasındaki her paralel davranışın, karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklandığı ve rekabet ihlâli oluşturmadığı sonucuna varılamaz. Zira çalışmamızda daha önce de açıklandığı gibi, az oyunculu oligopolistik piyasalar yapı itibariyle rakip teşebbüsler arasındaki iletişimin sağlanması, işbirliği koşullarının belirlenmesi ve kurulan işbirliğinin uzun süre devam edebilmesi için en uygun piyasalardır. Bu nedenle bu tür piyasalarda, rakipler arasında ortaya çıkan paralel davranışların gizli bir işbirliğinin sonucu mu olduğu yoksa pazar koşullarının gereği ve sonucu mu olduğu konusunda ayrıntılı bir inceleme yapılması gerekmektedir. Rakip teşebbüsler arasında gizli bir işbirliğinin olduğu kanıtlanamıyorsa ve niteliği gereği kendiliğinden şeffaf olan pazarın koşullarına göre rakip teşebbüslerin paralel şekilde davranması makul görülüyorsa, uyumlu davranışın karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklandığı kabul edilecektir. Bu olasılık halinde yapılacak iktisadi analiz sonucunda, rakipler arasındaki uyumlu davranışın pazar koşullarından başka bir açıklamasının olmasının söz konusu olmadığı söylenebiliyorsa, burada RKHK m. 4 kapsamında bir uyumlu eylemin ve dolayısıyla bir rekabet ihlâlinin olmadığı açıktır^{1644, 1645}.

¹⁶⁴² ABD’de ortaya çıkan Chicago Okulu’na ait Davranışçı Kuram’a göre, ilgili pazarda görülen rekabetçi olmayan görünümün, pazarın yapısına değil rakiplerin davranışlarına bağlı olduğunun kabul edildiğini açıklamıştık. Kuramın savunucularından Posner, bu temele dayalı olarak oligopol piyasalarda ortaya çıkan paralel davranışların da piyasa yapısından değil, rakiplerin kendi seçiminden kaynaklandığını, bu nedenle bu örtülü dayanışmanın yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur (Kahraman, s. 95; İkizler, Uyumlu Eylemler, s.144; Akıncı, ss. 154-156).

¹⁶⁴³ ABD ve AB hukukuyla karşılaştırmalı olarak değerlendirme için bkz. Kahraman, ss. 94-104; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 301-309.

¹⁶⁴⁴ Hay, Facilitating Practice, pp. 127-128; Cucu, pp. 224-226.

Doktrinde, bir oligopol piyasada rakipler arasında geleceğe dönük fiyat bilgilerinin paylaşılmasının rekabeti ihlâl edici nitelikte olduğu, zira oligopol piyasaların özellikleri gereğince danışıklı davranışların oluşması bakımından son derece elverişli olduğu isabetli olarak ifade edilmiştir¹⁶⁴⁶.

ABAD tarafından verilen “*Wood Pulp II*” kararında, oligopolistik piyasada geleceğe dönük fiyat bilgilerine ilişkin bilgi değişimi yapılmasına rağmen; piyasanın kendiliğinden şeffaf olduğu, bilgi değişimi ile yapay bir şeffaflaşma sağlanmadığı, ürünlerin homojen olduğu ve piyasanın oligopolistik bir eğilim içinde bulunduğu, bu nedenlerle de söz konusu fiyat paralelliklerinin piyasa koşullarından kaynaklanarak bir rekabet ihlâli oluşturmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca kararda, tek mantıklı açıklaması uyumlu eylem olmayan paralel davranışların uyumlu eylem için birinci derece delil oluşturmayacağı belirtilmiştir¹⁶⁴⁷.

Rekabet Kurulu tarafından verilen “*Maya*” kararında, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki paralel davranışların başkaca delillerle desteklenmeksizin bir uyumlu eylemin varlığına işaret etmediği, paralelliğin oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanabileceği, incelenen pazarın homojen bir ürüne ilişkin olması, teşebbüslerin birbirine yakın güçte olması ve haberleşmenin kolay olması nedeniyle oligopolistik bağımlılığın daha yüksek olduğu belirtilmiştir. Kurul, oligopolistik pazar yapısına rağmen teşebbüslerin davranışları arasındaki paralelliğin, teşebbüsler arasında kurulan doğrudan veya dolaylı iletişim ile sağlanması halinde bir uyumlu eylemin varlığından söz edilebileceğini, bu iletişimin, toplantılar yapılması, bilgi paylaşımı ve bazı bilgilerin açıklanması yoluyla kurulabileceğini, bu tür faaliyetlerin amacının, teşebbüsler arasında her ne

¹⁶⁴⁵ Doktrinde Cengiz, oligopol piyasaları şeffaflık bakımından üç kategoriye ayırarak konuyu ele almıştır. Buna göre; tam şeffaflığın hâkim olduğu oligopol piyasalarda rakip teşebbüslerin paralel davranışları karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan makul ve akıllı iş adamı davranışı olarak değerlendirilecektir. Genel olarak şeffaf olan ancak bazı noktalarda belirsizlik taşıyan oligopolistik piyasalarda paralel davranışlar karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanabileceği gibi uyumlu eylemden de kaynaklanabilir. Zira bu tür piyasalarda mevcut belirsiz noktalarındaki belirsizliğin ortadan kaldırılabilmesi için iletişime ihtiyaç vardır. Ancak bu iki durumdan hangisinin söz konusu olduğunu net bir şekilde ortaya koymak ve dolayısıyla da bu tür piyasalarda uyumlu eylemin varlığını kanıtlamak oldukça zordur. Üçüncü tür oligopol piyasalar ise şeffaf olmayan ve belirsizliğin hâkim olduğu piyasalardır. Bu tür piyasalarda paralel davranışların karşılıklı oligopolistik bağımlılık ile açıklanması mümkün olmadığından uyumlu eylemlerin ispatı oldukça kolaydır (D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, ss. 8-10).

¹⁶⁴⁶ Christensson, p. 46.

¹⁶⁴⁷ Karara ilişkin bilgi ve değerlendirmeler için Bkz. yuk. s. 217, dn. 710.

kadar karşılıklı bağımlılık bulunsa da, belirsizliği yok etmek ve pazarı şeffaf hale getirmek olduğunu vurgulamıştır¹⁶⁴⁸.

Rekabet Kurulu tarafından verilen “*PMSA Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş.- JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.*” soruşturmasına konu olan olayda, her iki rakip teşebbüs tarafından sigara fiyatlarına aynı veya yakın tarihlerde ve aynı oranlarda zam yapıldığı tespit edilerek bunun bir uyumlu eylem olup olmadığı incelenmiştir. Karara konu olayda her iki teşebbüs arasında sık ve yoğun bir iletişim bulunduğu tespit edilmiştir. Tarafların savunmaları üzerine yapılan değerlendirmede; ilgili pazarın dar bir oligopol piyasası olduğu, ürünlerin homojen ve piyasanın şeffaf olduğu, fiyat artışlarının çoğunun lider durumdaki TEKEL tarafından yapılan zamları takip ederek yapıldığı, şeffaf yapıdaki dar oligopollerde teşebbüslerin fiyat indirimi yapma konusunda çekingen olduğu, buna karşılık her bir teşebbüsün kendi davranışlarını belirlerken rakiplerini göz önünde bulundurmak zorunda olduğu, olayda her ne kadar taraflar arasında iletişim mevcutsa da bunların reklam yasakları, TEKEL Kanunu, vergi düzenlemeleri gibi konularla ilgili olduğu, sonuç olarak paralel fiyat artışlarının karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli davranışlar niteliğinde olup herhangi bir rekabet ihlâli oluşturmadığı sonucuna varılmıştır¹⁶⁴⁹. Oy çokluğu ile alınan bu karara muhalif kalan üyelerce karşı oy yazılarında; taraflar arasında bir uyumlu eylem bulunduğu yönünde karinenin mevcut olduğu, TEKEL’in fiyat liderliğinde yapılan fiyat artışları dışında kalan diğer fiyat artışlarının uyumlu eylemin bir sonucu olduğu, fiyat artışlarının taraflar arasındaki e-mail ve telefon görüşmeleriyle sağlandığı, ayrıca üst düzey yetkililerin fiyat artışlarıyla ilgili toplantılar yaptığı, teşebbüslerin söz konusu uyumlu eylemle amaçlarının fiyatları yükseltmek değil, piyasadaki belirsizliği gidererek TEKEL karşısında birbirleriyle rekabet etmemek olduğu belirtilmiştir.

Karara konu olayda tespit edilen iletişim kayıtları incelendiğinde uygulanacak fiyatlara yönelik olarak her iki teşebbüs arasında ciddi bir iletişim bulunduğu sabittir. Buna rağmen; Rekabet Kurulu tarafından bu kadar ciddi bir delil üzerinde yeterince durulmaksızın paralel fiyatlandırmanın sadece TEKEL’in izlenmesi ve karşılıklı

¹⁶⁴⁸ RK, 2000, *Türkiye Fırıncılar Federasyonu, Ankara Ticaret Odası- Pak Gıda Üretim Paz. A.Ş. vd.*, 27.06.2000, 00-24/255-138.

¹⁶⁴⁹ Bkz. yuk. s. 250, dn. 835. Karar hakkında bkz. D. Cengiz, *Uyumlu Eylem*, ss. 255-256.

oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralellikle açıklanması kanaatimizce desteklenmesi çok kolay bir yaklaşım olarak görülmemektedir.

4.2.3.1.2. Fiyatın Borsada Belirlenmesinden veya Devlet Tarafından Belirlenmesinden Kaynaklanan Fiyat Paralellikleri

Bazı piyasalarda ürün fiyatları borsa üzerinde belirlenir. Bu tür piyasalarda rakip teşebbüsler tarafından uygulanan fiyatların birbirine yakın olması, aynı zamanlarda aynı oranlarda fiyat artışı ya da indirimi yapılıyor olması normal karşılanabilir.

Eğer rakip teşebbüsler arasında fiyat konusunda anlaşma ya da gizli bir işbirliğinin bulunduğu yönünde açık kanıtlara ulaşılamadıysa, şüpheye sebep olacak şekilde yazışmalar, toplantılar, telefon görüşmeleri, fiyat listeleri gönderme gibi bağlantı delilleri elde edilememişse ve fiyatlarda meydana gelen değişiklik oranları, borsada meydana gelen değişikliklerle aynı doğrultuda ise artık burada RKHK m. 4 kapsamında bir uyumlu eylemden değil; piyasa koşullarından kaynaklanan bir uyumlu davranıştan söz edilebilecektir.

Bazı piyasalarda ise ürün fiyatları devlet tarafından tespit edilmektedir (ilaç fiyatları gibi). Bu tür piyasalarda rekabet fiyat üzerinden değil, miktar üzerinden yapılabilir. Örnek olarak verdiğimiz ilaç piyasasında, eczanelerin ilaç fiyatlarından indirim yaparak rekabet etmesi söz konusu değildir. Bunun yerine stok bulundurma yoluyla rekabet ilgili pazarda oldukça yaygındır. Aranan ilaçların rahatlıkla bulunabildiği, stokları zengin eczanelerin rakiplerine göre daha fazla tercih edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu tür pazarlarda uyumlu eylemler fiyat paralellikleriyle değil; stoklardaki ilaçları piyasaya sürmeyerek arzı kısma gibi şekillerde ortaya çıkabilmektedir.

4.2.3.1.3. Maliyetlerin Benzer Olmasından Kaynaklanan Fiyat Paralellikleri

Üretilen ürünün üretimine ilişkin maliyetlerin birbirine benzer olması, maliyet kalemlerinde aynı anda artış gerçekleşmesi gibi sebeplerle rakip

teşebbüslerin fiyatları birbirine paralellik gösterebilir¹⁶⁵⁰. Fiyat artışlarındaki paralelliklerin ortak maliyetlerdeki artıştan kaynaklandığının kabul edilebilmesi için, maliyetlerin büyük ölçüde benzer olması ve artış olan maliyet kalemlerinin toplam maliyet içinde belirleyici etkiye sahip olması gerekir. Ayrıca maliyetteki artış oranının fiyata yansımaları ile gerçekleşen fiyat artışının uyumlu olması da dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür¹⁶⁵¹. Bu tür piyasalarda, eğer rakip teşebbüsler arasındaki fiyat paralelliğinin bir anlaşma veya uyumlu eylemden kaynaklandığını gösteren doğrudan veya dolaylı deliller bulunmuyorsa ve fiyat paralelliğini açıklamaya yönelik tek mantıklı açıklama, maliyetlerdeki benzerlik ise bu durumda rekabeti ihlâl eden bir durum söz konusu olmayıp piyasa koşullarından kaynaklanan bir uyumluluk bulunduğu söylenebilecektir.

ABAD tarafından verilen “*Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG*” kararında, bankalar tarafından ortak olarak uygulanan para transfer komisyonlarının bir anlaşma veya uyumlu eyleme dayanmadığı, bu paralel uygulamanın gerekçesinin maliyetlerdeki benzerlik olduğu, aksi yönde herhangi bir bağlantı delili ve bilgi değişimi bulunmadığı ifade edilerek bir rekabet ihlâli bulunmadığı sonucuna varılmıştır¹⁶⁵².

4.2.3.1.4. Fiyat Liderliğinden Kaynaklanan Fiyat Paralellikleri

İlgili piyasada bir fiyat liderinin bulunması durumunda diğer teşebbüslerin, fiyat lideri tarafından yapılan fiyat indirimi ya da fiyat artışlarını takip etmesi söz konusudur. Özellikle ürünlerin homojen olduğu dar oligopol piyasalarda, nispeten küçük teşebbüsler, piyasada hâkim durumda olan ve daha düşük maliyetleri bulunan firmaların fiyat politikalarını takip etmektedir¹⁶⁵³. Hâkim durumdaki teşebbüsün fiyat liderliği ve barometrik fiyat liderliği halinde, diğer teşebbüslerin lider teşebbüsün fiyatlandırma politikasını izlemesi rekabeti kısıtlama amaç ve etkisi içermemektedir. Bunlar, oligopolistik piyasalara özgü paralel davranışlar niteliğindedir¹⁶⁵⁴. Fiyat

¹⁶⁵⁰ İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 58.

¹⁶⁵¹ İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 241; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 58-59.

¹⁶⁵² CJEU, 1980, *Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG*, 14.07.1980, 172/80. Karar hakkında bilgi için bkz. D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 238-239.

¹⁶⁵³ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 300.

¹⁶⁵⁴ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 300; Tekdemir, s. 7.

liderliği ve çeşitleri yukarıda açıklanmış olduğundan burada yeniden açıklama yapılmayacaktır¹⁶⁵⁵. Bu hallerdeki paralellik, piyasanın koşullarından kaynaklanan ve akıllıca ticari strateji niteliğindeki kararlardan oluşan paralelliklerdir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen “*Emaye Bobin Teli Üreticileri ve Derneği*” kararında fiyat liderliği de dâhil olmak üzere, piyasa koşullarından kaynaklanan pek çok faktör sonucu ortaya çıkan benzer fiyat listeleri ele alınmıştır¹⁶⁵⁶. Söz konusu kararda, emaye bobin teli üreten rakip teşebbüslerin haftalık olarak yayınladıkları fiyat listelerinin çok küçük farklılıklar dışında neredeyse aynı olduğu tespit edilerek konuya ilişkin inceleme yapılmıştır. Yapılan değerlendirmeler sonucunda; ilgili pazarın altı büyük teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopolistik yapıda bir pazar olduğu, bu rakip teşebbüslerden birinin pazar payı itibariyle açık ara lider konumunda olduğu, ürünün homojen olduğu, marka bağımlılığı olmadığı, talep ikamesinin yüksek olduğu, haftalık fiyat listesi yayınlama sisteminin müşteri talepleri nedeniyle oluştuğu, fiyat listelerinin sadece müşterilere ve bayilere gönderildiği, rakip teşebbüsler arasında birbirlerine fiyat listesi gönderme durumunun bulunmadığı, rakipler arasında fiyatlar konusunda herhangi bir iletişim ve bilgi değişimi bulunmadığı, liste fiyatlarının önce pazar lideri firma tarafından yayımlandığı, diğer rakiplerin onu izlediği, rakiplerin birbirlerinin liste fiyatlarını piyasadan kendi imkânları ile temin ettiği, liste fiyatlarının uygulanan fiyatlardan farklı olduğu, müşterilere göre liste fiyatları üzerinden önemli miktarda ve farklı oranlarda iskontolar uygulandığı, iskontolar sonucu oluşan fiyatlar arasında önemli farklılıklar olduğu, hatta önceki haftalara ilişkin fiyatların dahi uygulandığı tespit edilmiştir. Ayrıca emaye bobin teli üretiminde kullanılan ana madde bakır olduğundan ve bakır fiyatının Londra Metal Borsası’nda (LME) belirleniyor olması nedeniyle liste fiyatları belirlenirken LME’nin ve işçilik fiyatlarının birlikte ele alınarak fiyat belirlendiği, temel belirleyicinin LME olduğu saptanmıştır.

Rekabet Kurulu tüm bu saptamalar sonucunda isabetli olarak, liste fiyatları arasındaki benzerliğin pazar koşullarından kaynaklandığı ve RKHK m. 4’e aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

¹⁶⁵⁵ Bkz. yuk. ss. 215-217.

¹⁶⁵⁶ RK, 2009, *Emaye Bobin Teli Üreticileri ve Derneği*, 09-39/976-244.

4.2.3.1.5. İlgili Pazarın Şeffaf Yapısından Kaynaklanan Uyumlu Davranışlar

İlgili pazarın kendiliğinden şeffaf olması halinde, rakip teşebbüslerin birbirlerinin piyasa kararları hakkında bilgi edinmesi ve birbirlerinin davranışlarını gözlemlemesi için özel bir çaba göstermelerine gerek yoktur. Piyasadaki şeffaflık nedeniyle rakip teşebbüsler, birbirlerini rahatlıkla takip edebilmektedir¹⁶⁵⁷. Bu tür piyasalarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerden bazıları arasında paralel uygulamalar bulunması, aralarındaki açık ya da gizli bir işbirliğinden kaynaklanabileceği gibi, şeffaflık nedeniyle birbirlerini gözlemleyerek kendi kararlarında rakiplerinin kararlarını dikkate almaları sonucunda da gerçekleşebilir.

Bu, yukarıda açıkladığımız az oyunculu oligopolistik pazarlar dışında, çok parçalı pazarlarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerden birkaçı arasında da gerçekleşebilir. Bir başka deyişle; çok parçalı pazarlardaki tüm rakipler arasında şeffaflıktan kaynaklanan tam bir uyum mümkün olamaz ise de, piyasadaki birkaç teşebbüs arasında bu tür bir paralellik mümkün olabilir. Örneğin, pazar payı yüksek olan teşebbüslerden birinin almış olduğu piyasa kararını pazardaki şeffaf yapı nedeniyle öğrenen en yakın rakibi durumundaki diğer teşebbüsün bu karar ile aynı yönde bir karar alması kuvvetle muhtemeldir. Bu durum, iki rakip teşebbüs arasında bir işbirliği olduğu anlamına gelmez. Yapılan incelemede iki rakip teşebbüs arasında açık ya da gizli bir işbirliğinin bulunduğu tespit edilemeyip aralarında bilgi değişimi ve sair yollarla özel bir iletişim olduğu kanıtlanamamışsa, buna ek olarak yapılan iktisadi analizde pazardaki şeffaf yapı nedeniyle iki teşebbüs arasındaki paralel davranış şeklinin makul olduğu, hatta bu paralel davranışın iki rakip teşebbüsün birbirleriyle rekabet ettikleri anlamına geldiği ortaya konabiliyorsa artık buradaki paralel davranışın RKHK m. 4 anlamında bir uyumlu eylem olmadığı, bunun yerine pazar yapısından kaynaklı bir uyumlu davranış olduğu söylenebilecektir.

ABAD “*Suiker Unie*” kararında, uyumlu eylemlerin fiilen işleyen bir planı gerektirdiği argümanını reddetmiştir. Mahkeme, rakiplerin uygulayacakları politikaları birbirlerinden bağımsız olarak belirlemeleri gerektiğini belirtirken, teşebbüslerin piyasa koşulları altında kendi piyasa stratejilerini akıllıca bir adım

¹⁶⁵⁷ İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 59.

olarak rakiplerinin davranışlarına adapte etme hakkı bulunduğunun da altını çizmiştir. Ancak bu yapılırken, mevcut veya potansiyel rakiplerin pazardaki davranışlarını etkileme veya gelecekte uygulamayı planladığı stratejilerden rakipleri haberdar etme amaç veya etkisine sahip her türlü doğrudan veya dolaylı irtibattan kaçınılması gerektiği özellikle belirtilmiştir. Bir başka deyişle; bağımsız irade ile karar alma, rakiplerin davranışlarından etkilenmeden ya da kendi davranışlarını onlara adapte etmeden karar alma anlamına gelmemektedir. Kararlar birbirleriyle uyumlu olabilir. Önemli olan; uyumun rekabeti bozma, sınırlandırma ya da ortadan kaldırmaya yönelik olmamasıdır^{1658, 1659}.

4.2.3.2. Bilgi Değişimi Sonucu Ortaya Çıkan Uyumlu Eylemler

Rakip teşebbüsler bazen kendi aralarında iletişim kurarak kendilerine ait ticari bilgileri birbirleriyle paylaşmayı tercih edebilirler. Paylaşılan bilgiler fiyat, miktar, stok, müşteri bilgileri gibi rekabete hassas bilgiler olabileceği gibi; geçmişe dönük pazar payları, üretim miktarları gibi hassas nitelik taşımayan bilgiler de olabilir. Rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen bu tür bilgi değişimlerinin amacı bazen bir işbirliği gerçekleştirmektir. Yani rakip teşebbüsler, birbirleriyle rekabet etmek yerine işbirliği yaparlarsa daha fazla kâr ve güç elde edeceklerini düşünerek bilgi değişimi faaliyeti içine girebilirler. Bazı hallerde ise rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişimi rekabeti bozma niyetiyle ortaya çıkmamıştır. Bunun yerine; piyasa koşullarını daha net görebilme, böylece stratejik kararlarını alırken daha isabetli ve doğru kararlar alabilme, verimliliği artırma gibi etkinlik arttırıcı amaçlarla hareket

¹⁶⁵⁸ OECD 2012, s. 34; G. Tekinalp, s. 205; İkizler, Türk ve AB Hukuku, s. 258; Pişma, ss. 44-45; Çelen, s. 34. Avrupa Komisyonu Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber’de de uyumlu eylem hakkında yapılan açıklamalarda aynı ifadelere yer verilmiştir (EC, 2011, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, pp. 13-14).

¹⁶⁵⁹ Rekabet Kurulu tarafından 1999 yılında verilen “*REKODER/ Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.-Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.*” kararında, firmaların pazar davranışları arasında bilinçli bir paralellik bulunmadığı, aksine firmaların pazar davranışlarının oligopol piyasalarındaki klasik pazar davranışlarına uygun olduğu ifade edilerek firmalar arasında bir uyumlu eylem olmadığı sonucuna varılmıştır. Karar; rekabet ihlâlinden bahsedilmesi için sadece firmalar arasında paralel davranışların bulunmasının yeterli olmaması, ayrıca bu paralelliğin bilinçli olmasının gerekmesi koşuluna dikkat çekmesi bakımından önemlidir (RK, 1999, *REKODER- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.,Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.*, 14.12.1999, 99-57/614-391). Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 261-263; D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 254-255; İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 309-310; O. Y. Yüksel, ss. 66-67.

edilmiş olabilir. Her iki tür bilgi değişiminin de rakipler arasında uyumlu eylem yaratma olasılığı bulunmaktadır.

Her ne amaçla olursa olsun, kendi ticari bilgilerini birbirleriyle paylaşan rakipler zamanla birbirleriyle aynı doğrultuda hareket etme ve ortak bir amaçla faaliyet gösterme eğilimi gösterebilirler. Rakip teşebbüsler bu amaçla aralarında rekabeti bozucu nitelikte anlaşmalar yapabilecekleri gibi bir anlaşma boyutuna varmayan gizli işbirlikleri içine de girebilirler. Özellikle rakip teşebbüsler arasındaki iletişimin sık ve düzenli olduğu hallerde bu olasılık çok daha yüksektir. Zira sık ve düzenli bu iletişim ve bilgi değişimi, rakipleri bir işbirliği içine girmeye teşvik edecektir. Rakip teşebbüsler aralarında açıkça birbirleriyle paralel yönde piyasa politikaları izlemeyi kararlaştırmamış, bu yönde bir taahhüt altına girmemiş olsalar da, zaman içinde birbirleriyle yaptıkları bilgi paylaşımı sonucunda kendi stratejilerini rakibinin stratejileri ile uyumlu hale getirmeye başlayabilirler. Rakip teşebbüsler arasında bir alışkanlık haline gelen bu davranış şekli sonucunda rakip teşebbüsler birbirlerine aldıkları her kararı, yaptıkları her stratejik değişikliği veya uyguladıkları her ticari politika değişikliğini bildirerek paralel davranış beklentisi içine girmeye başlar. Bu beklenti yersiz değildir; çünkü rakip teşebbüsler arasında düzenli ve sık bir şekilde süregelen bilgi değişimi, rakip teşebbüsler arasında gizli bir işbirliğine dönüşmüştür. Bu işbirliği, iletişim halindeki tüm rakip teşebbüslerin birbirleriyle aynı yönde ve uyumlu olarak hareket etmelerine sebep olmaktadır. Bu noktada, rakip teşebbüsler arasında bilgi değişimi ile başlayan sürecin uyumlu eylem şeklinde devam ettiği söylenebilecektir¹⁶⁶⁰.

Bilgi değişimi ve uyumlu eylemin birbiriyle çok sıkı ilişki içinde olması ve birbirine bazı yönlerden benzerlik göstermesi nedeniyle bu iki kavram genellikle karıştırılmaktadır. Örneğin; doktrinde Arđıyok, rakip teşebbüslerin aralarında bilgi değişimi konusunda herhangi bir anlaşma yapmamış olmalarına rağmen her fiyat değişikliğinde birbirlerine fiyat listeleri göndermelerinin bilgi değişimine yönelik rekabete aykırı bir uyumlu eylem olduğunu belirtmiştir¹⁶⁶¹. Yine doktrinde N. Kortunay tarafından, bilgi değişimini amaçlayan belgeler gönderilmesi, telefon ve faks görüşmeleri, toplantılar yapılması uyumlu eylem çerçevesinde değerlendirilerek

¹⁶⁶⁰ İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 93.

¹⁶⁶¹ Şahin Arđıyok, "Tek Başına Bilgi Değişimi İhlal Olabilir mi?", **Rekabet Forumu**, Rekabet Derneği, Sayı: 76, 2013, s. 8.

her türlü bilgi değişiminin değil, sadece herkese açık olmayan gizli bilgilerin ve özellikle geleceğe ilişkin bilgilerin paylaşılmasının uyumlu eylem olarak kabul edileceği ifade edilmiştir¹⁶⁶². Ancak yazarların açıkladığı şekildeki bir davranış bu haliyle uyumlu eylem değil, sadece bilgi değişimi niteliğindedir. Rakiplerin her fiyat değişikliğinde birbirlerine fiyat listelerini göndermeleri, gizli bilgileri birbirlerine telefon, faks ya da toplantılar yoluyla iletmeleri tek başına rekabete hassas bilgilerin değişimi eylemini oluşturur ve RKHK m. 4'e aykırıdır. Bu eylemin yanında rakip teşebbüsler ayrıca birbirlerinden aldıkları fiyat listelerine göre kendi fiyatlarını belirliyor ve fiyatlarını birbirleri ile uyumlu hale getiriyorlarsa o zaman ortada bir uyumlu eylemin bulunduğu ve bilgi değişiminin de bu uyumlu eylemin yardımcı eylemi niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

Doktrinde Christensson ise, rakiplerin davranışlarını koordine etmesine imkân vermesi halinde bilgi değişiminin bir uyumlu eylem olduğunu ifade etmiştir¹⁶⁶³. Ancak bu ifadeye katılmamız çok mümkün görülmemektedir. Öncelikle bilgi değişiminin hangi şartlar altında olursa olsun bir uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi doğru bir niteleme olmayacaktır. Bilgi değişimi ya tek başına rekabete aykırı bir faaliyettir veya bir anlaşma, uyumlu eylem ya da kararın yardımcı eylemidir. Tek başına bilgi değişimi, yazarın ifade ettiği gibi, davranışların koordine edilmesine izin veriyorsa bu durumda ortada henüz bir uyumlu eylem yoktur ve rekabete aykırı olan faaliyet, bu bilgi değişimi faaliyetidir. Buna karşılık bilgi değişimi koordinasyon için gerekli ortamı sağlamakla kalmıyor, ayrıca koordinasyon da oluşuyorsa bu noktada uyumlu eylem ortaya çıkar ve bilgi değişimi, bu uyumlu eylemin kolaylaştırıcı eylemi olarak değerlendirilir.

Doktrinde Yiğit, yapmış olduğu uyumlu eylem tanımının, uyumlu eylemin icra safhasına geçmemiş, ancak uyum sonucunu doğurabilecek nitelikteki bilgi açıklamalarını da içerdiğini, uyumlu eylemin icra aşamasına geçmiş danışıklı ilişki olarak tanımlanmasının RKHK sistematığı içinde eksik olduğunu ve bütün rekabete aykırılıkları önlemeye çalışan Kanun'un amacına aykırı olduğunu, bu nedenle teşebbüslerin benzer davranışlar sergilemesine yol açacak bilgi açıklamalarını da uyumlu eylem kapsamında düşünmenin ve henüz icra safhasına geçmeden bunlara

¹⁶⁶² N. Kortunay, s. 48.

¹⁶⁶³ Christensson, p. 44.

Rekabet Kurulunca müdahale edilmesinin gerektiğini savunmuştur¹⁶⁶⁴. Yazarın bilgi açıklamalarını uyumlu eylem olarak nitelendiren ve sırf bu amaçla, bilgi açıklamalarının özelliği nedeniyle uyumlu eylemin icra aşamasını gerektirmeyen bir kavram olduğu sonucuna varan bu düşüncesine, tüm bu çalışma kapsamında yaptığımız açıklamalar çerçevesinde katılma imkânı görülmemektedir.

Doktrinde İnan, uyumlu eylemin ortaya çıkışında bilgi değişiminin çok önemli bir yere sahip olduğunu, burada sözü edilen bilginin herkes tarafından kolaylıkla öğrenilemeyen bilgi, hatta ticari sır niteliğindeki bilgi olduğunu ve teşebbüsün kendi kararlarını, öğrendiği bu bilgilere göre bilinçli olarak rakibiyle paralel şekilde ayarlaması halinde uyumlu eylemin ortaya çıkacağını ifade etmiştir¹⁶⁶⁵.

Sonuç olarak; bilgi değişiminin tek başına uyumlu eylem niteliğinde olmadığını, ancak özellikle rekabete hassas bilgi değişiminin uyumlu eyleme sebep olabileceğini ve bu nedenle henüz bir uyumlu eylem bulunmasa dahi, bilgi değişiminin tek başına rekabeti bozucu amaç veya etki çerçevesinde yasaklanabileceğini yeniden vurgulamak gerekmektedir.

Piyasada kendiliğinden tam bir şeffaflık bulunmamasına rağmen, rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bilgi değişimi yoluyla yapay bir şeffaflık yaratılmış ya da mevcut şeffaflık düzeyi arttırılmış ve bu yapay şeffaflık yoluyla rakip teşebbüsler birbirleriyle aynı doğrultuda hareket etmeye başlamışlarsa, bilgi değişiminin rakip teşebbüsler arasında rekabeti bozucu gizli bir işbirliğine dönüşerek uyumlu eyleme sebep olduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu sonuca varılabilmesi için, söz konusu gizli işbirliğinin rekabeti bozma amacı veya fiili ya da potansiyel etkisinin bulunduğunun kanıtlanması gerekmektedir.

Özellikle az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopolistik piyasalarda rakipler arasında bilgi değişiminin işbirliğine yönelik sonuçlar doğurması çok daha kolaydır. Teşebbüslerin, rakiplerin dikkate almasını umarak tek taraflı olarak bilgi açıklamalarında bulunmaları ve rakiplerin de bu açıklamalara uygun şekilde hareket etmesi sonucunda açık bir irade uyuşması bulunmamasına rağmen paralel davranışlar ortaya çıkmaktadır. Bu olasılıkta, teşebbüslerin tek taraflı bilgi paylaşımı sonucunda

¹⁶⁶⁴ Yiğit, ss. 26-27.

¹⁶⁶⁵ İnan ve diğerleri, s. 142.

uyumlu eylem gerçekleşmektedir¹⁶⁶⁶. Bir üst başlıkta oligopolistik piyasalarda rakipler arasındaki uyumlu davranışların karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli davranışlar niteliğinde olabileceğini; ancak rakipler arasındaki uyumlu davranışların bu kapsamda değerlendirilerek rekabet ihlâli oluşturmadığı sonucuna varılabilmesi için ilgili pazarın tam bir şeffaflığa sahip olması gerektiğini belirtmiştik. Oligopolistik piyasanın tam bir şeffaflık yerine kısmi şeffaflık içerdiği durumlarda ise rakip teşebbüslerin kendiliğinden tam bilgi sahibi olması mümkün değildir. Bu tür piyasalarda rakip teşebbüslerin birbirleri hakkında piyasadaki kısmi şeffaflıktan elde edebildikleri birtakım bilgiler bulunmakta ise de tam bir bilginin elde edilebilmesi için bazı ek yardımcı faktörlere ihtiyaç vardır. Bu yardımcı faktörler; genellikle karşılıklı bilgi değişimi veya tek taraflı açıklamalar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Piyasadaki kısmi şeffaflık nedeniyle söz konusu olan belirsizlikleri ortadan kaldırmak ve tam bilgiye ulaşmak isteyen rakip teşebbüsler, kendi aralarında karşılıklı olarak bilgi değişiminde bulunarak ya da her bir teşebbüs, rakiplerine duyurma ve bilgi verme amaçlı tek taraflı bilgi açıklamalarında bulunarak ilgili pazarın yapay bir şekilde tam şeffaflığa ulaşmasına sebep olabilir. Yardımcı faaliyetler sonucu oluşan tam şeffaflık yoluyla, rakip teşebbüsler birbirlerinin piyasa kararları ve uygulamaları hakkında tam bilgiye sahip olabilecek ve aralarında bir anlaşma bulunmasa dahi kendi stratejik kararlarını rakiplerinkilere uyumlu hale getirebilecektir. Bu şekilde, tam bir şeffaflık bulunmayan oligopol piyasalarda rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişimi ya da tek taraflı bilgi açıklamaları sonucunda oluşan tam yapay şeffaflık ile rakip teşebbüslerin birbirlerinin politikalarına uyumlu ticari kararlar vermeleri halinde artık karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralellikten söz edilemez¹⁶⁶⁷. Rakip teşebbüsler arasında sadece bilgi değişimi yapılmakta olup buna karşılık uyumlu davranışlar içine girilmesi konusunda ortak bir niyete varılmamış olsa bile; bir başka deyişle, teşebbüslerin uyumlu davranışları, bilgi değişimi sonucunda şeffaf hale gelen piyasada birbirlerinin ticari davranışlarını gözlemlmeleri sonucunda kendi kararlarını onlara uyumlu hale getirmekten ibaret akıllıca bir ticari davranış olsa da burada rekabeti ihlâl eden bir uyumlu eylem bulunduğu söylenebilecektir. Zira uyumlu davranışlar, tarafların katkısı olmaksızın kendiliğinden mevcut olan bir

¹⁶⁶⁶ Yiğit, s. 24.

¹⁶⁶⁷ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 178.

şeffaflıktan kaynaklanmamış; aksine tarafların bilgi değişimi yoluyla piyasaya kazandırdığı ekstra yapay şeffaflık sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu nedenle açıklanan örnekteki oligopol piyasasında bilgi değişimi sonucu piyasadaki belirsizliklerin yok edilmesi sonucunda ortaya çıkan ve rekabeti ihlâl eden bir uyumlu eylem söz konusudur.

Yine yukarıda açıklandığı gibi ürünlerin homojen ve pazar koşullarının durağan olduğu piyasalar, bilgi değişimi yoluyla rakip teşebbüsler arasında bir işbirliği kurulması ve kurulan işbirliğinin devamının korunması bakımından uygun ortama sahiptir.

4.2.4. Uyumlu Eylemin İspatı

Uyumlu eylemin ispatı bakımından dikkate alınan hususlar; rakip teşebbüsler arasında paralel davranışlar bulunması, rakip teşebbüsler arasında iletişim (bağlantı) bulunması ve ilgili pazardaki rekabet koşullarının rekabetin bozulduğu pazarlardaki koşullara benzerlik göstermesidir.

Somut olaya göre bazen bu üç unsur aynı olayda bulunabilmekte ise de bu genellikle çok yaygın değildir. Uyumlu eylemin teşebbüsler arasında gizli bir işbirliği yöntemi olması nedeniyle genellikle bu işbirliğine yönelik delil elde etmek çok kolay olmamaktadır. Bu durumda uyumlu eylem karinesi devreye girmekte ve teşebbüsler arasında bir uyumlu eylem bulunduğu karine yoluyla ulaşılmaktadır.

Uyumlu eylemin varlığına yönelik ispat unsurları ile uyumlu eylem karinesinin ayrıntılı olarak ele alınması, konunun daha net bir şekilde ortaya konmasını sağlayabilir¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁸ Doktrinde Kekevi en doğru yaklaşımın, uyumlu eylemin apayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil, anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç olarak kabul edilmesi olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre; anlaşma ve uyumlu eylemi bir bütünün parçaları olarak kabul edip yakınlıştıran ve uyumlu eylemde delil yükünü düşüren bir karine yaklaşımı benimsenmelidir. Buna göre; ilgili teşebbüsler arasındaki mutabakatı gösteren deliller bulunduysa anlaşma soncuna varılabilir. Buna karşılık; gizli bilgilerin, fiyat listelerinin rakiplere gönderilmesi gibi mutabakatı net olarak göstermeyen ancak ilişkiyi gösteren delillerin bulunması halinde, pazar analizi ile desteklenmesi şartıyla uyumlu eylem sonucuna varılabilir. Yazar, ilişkinin ardından paralel davranış şartı aranmadığının, pazardaki iktisadi sonuçlara bütün olarak bakılarak değerlendirme yapıldığının altını çizmektedir (Kekevi, Uzmanlık Tezi, s. 63).

Yazarın uyumlu eylemi, anlaşmanın ispat aracı olarak nitelendirmiş olması kanaatimizce isabetli bir yaklaşım değildir. Ayrıca ilişkinin ardından paralel davranış şartının aranmaması, uyumlu eylem bakımından kabul edilebilir görünmemektedir. Zira anlaşmanın varlığının tespitinde anlaşma uygulamaya konmamış olsa da, dolayısıyla paralel davranışlar bulunmasa da söz konusu anlaşma

4.2.4.1. Rakip Teşebbüsler Arasındaki Paralel Davranış

Rakip teşebbüslerin birbirleriyle paralel davranışlar içine girmesi, teşebbüsler arasında bir işbirliği bulunduğu anlamına gelebilir. Bu işbirliği açık ya da gizli anlaşmalar yoluyla olabileceği gibi, teşebbüs birliği kararlarından ya da uyumlu eylemden kaynaklanabilir.

Teşebbüsler arasında açık ya da gizli bir anlaşmanın varlığının kanıtlanamaması ve ortak hareket etmeyi gerektiren bir teşebbüs birliği kararının da bulunmaması halinde, teşebbüsler arasında bir uyumlu eylem bulunduğu yönündeki şüpheler kuvvetlenecektir. Ancak yukarıda da açıkladığımız gibi, teşebbüsler arasındaki her paralel davranış bir işbirliği anlamı taşımamaktadır. Bir anlaşmanın varlığı ya da teşebbüs birliği kararı bulunmadığı hallerde, teşebbüsler arasındaki paralel hareket etme halinin bir uyumlu eylem oluşturup oluşturmadığı yönünde değerlendirme yapılırken ayrıntılı bir piyasa analizi yapılması gerekmektedir. Yapılan piyasa analizi sonucunda, ilgili pazarın yapısından kaynaklanan bir paralellik bulunduğu sonucuna varılırsa artık uyumlu eylemden söz edilemeyecektir. Buna karşılık; ilgili pazarın iktisadi analizi sonucunda piyasa yapısının rakip teşebbüsler arasında kendiliğinden gelişen bir paralel davranış şekline uygun olmadığı, bu tür bir ortak hareket için taraflar arasında başkaca ek faktörlere ihtiyaç duyulacağı değerlendirmesi yapılmışsa bu durumda taraflar arasında bir uyumlu eylemin bulunduğu kabul edilebilecektir. Bu nedenle doktrinde, teşebbüsler arasındaki paralel davranışın uyumlu eylem bakımından bir delil başlangıcı veya emare niteliğinde olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁶⁹.

İlgili pazarın yapısı itibarıyla, rakip teşebbüsler arasındaki paralel davranışların kendiliğinden ortaya çıkmasının mümkün olmadığı ayrıntılı iktisadi analiz sonucunda belirlenmiş olması halinde, söz konusu paralel davranışın rekabeti bozucu fiili etkiler doğurmuş olması ya da rekabeti bozucu etkiler doğurma potansiyeli bulunması koşuluyla, bu paralel davranışlar, başkaca ek deliller gerekmeksizin teşebbüsler arasında bir uyumlu eylemin bulunduğu sonucuna

rekabete aykırıdır. Ancak uyumlu eylemlerde durum farklıdır. Bir uyumlu eylemin varlığından söz edilebilmesi için paralel davranışların ortaya çıkması gerekmektedir. Aksi halde; sadece bağlantı delili bulunması, şartların mevcut olması halinde rekabete aykırı bir bilgi değişimi olduğu anlamı taşıyabilecek, bir uyumlu eylemin varlığını göstermeyecektir.

¹⁶⁶⁹ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, s. 207; Yiğit, ss. 370-374.

varılması için yeterli olabilecektir¹⁶⁷⁰. Burada dolaylı delil söz konusudur^{1671, 1672}. Bir başka deyişle; yapılan analizler sonucunda, rekabeti bozucu fiili ya da potansiyel etkilere sahip paralel davranışların bir uyumlu eylemden kaynaklandığı çıkarsaması yapılmaktadır.

Uyumlu eylemlerdeki paralellik bilinçli olarak yaratılan bir paralelliktir¹⁶⁷³. Doktrinde İkizler, oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan paralelliğin “*bilinçli*” olarak nitelendirilmesinin Sherman Yasası ve ABD antitröst hukukundan gelen bir niteleme olduğunu belirterek bunun Türk rekabet hukuku bakımından uygun olmadığını, niteleme bakımından uyumlu eylemlerdeki paralellikle karıştırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Yazara göre; paralel davranışlar, paralellik bilinci taşımayan davranışlar ve bilinçli paralel davranışlar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu temel ayırmadan sonra paralellik bilinci taşımayan davranışlar kendi içinde, teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız hareket ettiği tesadüfi paralellikler ve teşebbüslere yüklenemeyecek paralellikler (fiyatın devlet tarafından belirlenmesi gibi) olarak ikiye ayrılmalıdır. Bilinçli paralel davranışlar ise hukuka aykırı olmayan (oligopollere özgü paralellikler) ve hukuka aykırı bilinçli paralellikler (uyumlu eylemler) olarak gruplandırılmalıdır. Buna göre; uyumlu eylemler, hukuka aykırı bilinçli paralelliklerdir¹⁶⁷⁴.

4.2.4.2. Rakip Teşebbüsler Arasındaki İletişim (Bağlantı Delili)

İlgili piyasanın kendiliğinden şeffaf bir yapıya sahip olması halinde rakip teşebbüsler arasında bir anlaşma ya da uyumlu eylem bulunmasa dahi teşebbüslerin uyguladıkları stratejilerde benzerlik ya da ayniyet ortaya çıkabilir. Özellikle oligopol piyasalarda bu oldukça sık rastlanılan bir durumdur. Yukarıda açıkladığımız gibi, bu tür piyasalarda rakip teşebbüsler alacakları bir kararın diğer teşebbüsleri de

¹⁶⁷⁰ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 270-271.

¹⁶⁷¹ Doktrinde; “İddia konusu maddi olayın varlığını ortaya koyabilen delillerin bulunmaması durumunda, bu olayla ilgili olan belirli olayların değerlendirilmesi suretiyle olayın gerçekleşmiş olduğu çıkarsamasının yapılmasına “dolaylı kanıt yöntemi” adı verilmektedir. Bu yöntemde kullanılan delillere “dolaylı deliller” adı verilmektedir.” şeklinde dolaylı kanıt yöntemi ve dolaylı delil tanımlaması yapılmıştır (D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 266-267; D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, s. 5).

¹⁶⁷² Doktrinde Cengiz, uyumlu eylemin doğrudan kanıt yöntemi ile kanıtlanmasının mümkün olmasına karşılık istisna olduğunu ifade etmiştir (D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, s. 4).

¹⁶⁷³ İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 226-231.

¹⁶⁷⁴ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 136-137.

etkileyeceğini bilirler ve karar alırken bunu göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli davranışlar, teşebbüslerin her birinin kendi menfaati için uygulamak zorunda olduğu davranışlardır. Aksi halde bir fiyat savaşı tetiklenebilir ve bu fiyat savaşı sonucunda uzun vadede elde edilebilecek istikrarlı kârlılık yerine kısa vadeli yüksek kazançlar ile uzun vadede tüm teşebbüsler için zarara yol açan sonuçlar doğabilir.

Paralel davranışların karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanabilmesi için ilgili pazarın yapısı gereği şeffaf olması gerekmektedir. Örneğin fiyat konusunda tam bir şeffaflık bulunmayan oligopol piyasasında tüm rakip teşebbüslerin aynı anda ve aynı oranda fiyat artışı yapmaları halinde bu paralel davranış, karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli bir davranış olarak açıklanamaz. Zira bunun için yeterli şeffaflık piyasa yapısı itibariyle kendiliğinden mevcut değildir. Bu tür durumlarda teşebbüsler arasında bir anlaşma ya da uyumlu eylem olabileceği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Taraflar arasında açık ya da gizli bir anlaşmanın bulunduğu tespit edilip kanıtlanabiliyorsa artık uyumlu eylemden değil, rekabeti ihlâl edici bir anlaşmadan söz edilir. Buna karşılık, taraflar arasında açık ya da gizli bir anlaşmanın varlığı tespit edilememişse bu kez taraflar arasında bir uyumlu eylem bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Paralel davranışlar sergileyen rakip teşebbüsler arasında bir uyumlu eylem bulunup bulunmadığının belirlenmesinde en önemli delillerden biri, iletişim (bağlantı) delilidir. Taraflar arasındaki iletişim her şekilde gerçekleşebilir. İletişimin kaynağı belirli aralıklarla ya da tek sefer bile olsa rakip teşebbüslerin üst düzey yöneticileri arasında gerçekleşen bir toplantı olabileceği gibi, telefon, e-mail ve sair yollarla doğrudan yapılan bilgi değişimleri¹⁶⁷⁵, teşebbüs birlikleri veya bağımsız

¹⁶⁷⁵ Dokrinde Yiğit, uyumlu eylemler yönünden bilgi değişiminin iletişim delili olarak kabul edilmesi hususunu incelerken, hangi tür bilgi değişiminin rekabet hukuku yönünden daha yüksek oranda rekabeti bozucu risk taşıdığına göre bir ayırım yapmıştır. Buna göre yazar; geçmiş fiyat verilerine ilişkin, müşterilerin hakkında ayrıntılı bilgiler içermeyen, tüm ilgililerce ulaşılması mümkün bilgi değişimlerinin teşebbüsler arasında işbirliğinin varlığını göstermediğini; buna karşılık mevcut veya gelecekteki fiyat ve ürün özelliklerine ilişkin ayrıntılar içeren, istatistiksel olmayan, müşteri ve satıcıların geleceğe yönelik ifade, beyan ve önerilerine dayanan bilgi değişimlerinin ise işbirliğinin varlığını gösterdiğini ifade etmiştir (Yiğit, s. 377).

Yazarın görüşleri genel olarak kabul edilebilir ise de bu kadar net bir ayırım yapılmasının çok isabetli bir yaklaşım olmayacağını söylemek mümkündür. Zira çalışmamız kapsamında ayrıntılı olarak incelendiği üzere; bazı durumlarda geçmişe dönük bilgilerin değişimi dahi rekabeti bozucu etki gösterebilmekte iken bazı durumlarda geleceğe yönelik ürün özelliklerine ilişkin bilgi paylaşımı rekabet riski yaratmayabilir. Kaldı ki; teşebbüsler arasında bilgi değişiminin bulunması her zaman bu teşebbüsler arasında uyumlu eylem olduğu ya da bu bilgi değişiminin uyumlu eylemin delili

kuruluşlar ya da bayiler vs. aracılığıyla yapılan dolaylı bilgi değişimleri, gazete, internet, televizyon gibi yollarla yapılan tek taraflı bilgi açıklamaları¹⁶⁷⁶, tavsiyeler¹⁶⁷⁷ olabilir¹⁶⁷⁸. Hatta iki rakibin birlikte yedikleri bir akşam yemeği dahi iletişim delili olarak kabul edilebilir¹⁶⁷⁹. Tüm bunlar rakip teşebbüsler arasında bir bağlantı bulunduğunu gösteren kanıtlardır. Daha önce belirttiğimiz gibi, rakip teşebbüsler arasında yapılan bir toplantıda sadece bir kez bulunmak dahi iletişim delili bakımından yeterli görülmektedir. Şöyle ki bu toplantıdan sonra tüm teşebbüslerin paralel yönde birtakım kararlar alıp uygulamaları bir uyumlu eylem içinde bulunduklarını göstermektedir ve teşebbüslerden birinin toplantıda bulunmasına rağmen burada paylaşılan bilgileri kullanmadığını, diğer teşebbüslerle uyumlu eylem içine girmediğini kanıtlaması çok kolay değildir. Bunun tek yolu, toplantıda paylaşılan bilgileri kabul etmediğini açıklayarak toplantıyı terk etmiş olduğunu kanıtlamasıdır. Doktrinde İkizler, sadece toplantı yapılmış olmasının uyumlu eylemi kanıtlamak için tek başına yeterli olmadığını, toplantının içeriğinin bilinmesi gerektiğini, bu nedenle toplantı ve görüşmelerin tek başına bağlantının varlığını göstermeyeceğini ifade etmiştir. Yazar; toplantı ve görüşmelerin emare değerinin somut olaya göre belirleneceğini, gizlenmesine ya da hakkında hiçbir belge

niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle uyumlu eylemin ilişkin olduğu konu ile teşebbüsler arasında bilgi değişimi gerçekleşen konu birbiriyle ilgiliyse ve bu uyumlu eylemin ortaya çıkmasında bir katkısının olması mümkünse, söz konusu bilgi değişiminin, uyumlu eylemin bir delili olduğu kabul edilebilecektir. Buna karşılık; teşebbüsler arasında uyumlu eylemi ile bilgi değişimi birbiriyle hiç ilgisi olmayan farklı konulara ilişkinse, bu durumda bilgi değişiminin uyumlu eylemin bir delili olarak değil, şartları taşıması halinde bağımsız bir ihlâl olarak değerlendirilmesi gerekecektir.¹⁶⁷⁶ Doktrinde bir teşebbüsün kamuya ya da rakibine yönelik olması önem taşımaksızın tek taraflı olarak ticari politikaların açıklamış olması ve akabinde rakiplerin bunu dikkate alıp uygulaması için gerekli olan süre geçtikten sonra bu politikaları uygulamaya başlaması, uyumlu eylem bakımından delil olarak kabul edilmektedir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 134, dn. 73).

Ancak, bir uyumlu eylem bulunup bulunmadığı açısından, belirtilen özellikleri taşıyan tek taraflı bilgi açıklamasından sonraki duruma bakılması gerekmektedir. Eğer tek taraflı bu bilgi açıklamasından sonra rakip teşebbüsler, kendi ticari politikalarını rakibinin açıklamalarına uyumlaştırmış iseler o zaman bilgi açıklaması sonucunda bir uyumlu eylemin ortaya çıktığı ve tek taraflı bilgi açıklamasının iletişim delili niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Buna karşılık; tek taraflı bilgi açıklamasından sonra rakipler kendi ticari politikalarını, açıklamayı yapan teşebbüsün açıklamaları doğrultusunda değiştirmemişlerse ortada bir uyumlu eylem bulunduğundan söz edilemeyecektir. Bu durumda, tek taraflı bilgi açıklamasında bulunan teşebbüsün bu eyleminin, rekabeti bozucu amaç taşıdığı ya da rekabeti bozucu etki yaratma potansiyeline sahip olduğu gerekçesiyle yaptırımı tâbi tutulması mümkün olabilecektir. Bir başka deyişle; buradaki yaptırımın sebebi uyumlu eylem değil, rekabete aykırı bilgi değişimi faaliyetidir. Tek taraflı bilgi açıklamaları hakkında bkz. yuk. ss. 209-235.

¹⁶⁷⁷ Uyumlu eylemler bakımından tavsiyelerin bağlantı oluşturması hakkında bkz. İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 125-129; 324-325; Yiğit, ss. 378-380.

¹⁶⁷⁸ Kahraman, ss. 75-82; O. Y. Yüksel, s. 52; D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, ss. 5-6; Balkı, s. 85; Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 207-209; Cucu, p. 223; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 228; Yiğit, ss. 30-31, 34-35, 377-385.

¹⁶⁷⁹ Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 67; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 223.

ve tutanak bulunmamasına rağmen Kurulun araştırmaları sonucu tespit edilen toplantı ve görüşmelerin gizli nitelikte olduğu ve emare değerinin yüksek olacağını açıklamıştır. Ayrıca; toplantı ve görüşmelerin sıklığı, paralel davranışların bunlardan hemen ya da kısa bir süre sonra gerçekleşmiş olması, sadece toplantıya katılan teşebbüsler arasında paralel davranışların ortaya çıkması gibi hallerde uyumlu eylemlerin bulunduğu sonucuna varılabilir¹⁶⁸⁰.

Doktrinde O.Y. Yüksel de, sadece içeriği belirsiz toplantıların ortada paralel davranışlar yoksa uyumlu eylemin varlığı için yeterli delil oluşturmayacağını ifade etmiştir¹⁶⁸¹. Kanaatimizce O.Y. Yüksel'in görüşü isabetlidir. Zira bir uyumlu eylemin varlığından söz edilebilmesi için teşebbüsler arasında paralel bir davranışın ortaya çıkması gerekmektedir. Bu paralel davranış; aynı anda ve oranda fiyat artışı ya da fiyat indirimi, aynı anda arzın kısılması, tüm teşebbüslerin iç piyasaya arzı durdurarak ihracata yönelmesi, tüm teşebbüslerin ham madde tedarikini iç piyasadan yapmayı durdurarak ithalata yönelmesi, teşebbüslerin pazarın sadece belirli bölgelerine satış yaparak diğer bölgelere arzı keserek birbirlerinin bölgelerine satış yapmaması gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın, rakip teşebbüslerin bu tür davranışlarının kendi aralarında bir paralellik içerdiği açıktır. Bu nedenle; bu tür paralellik içeren eylemlerin ortaya çıkmaması halinde sadece rakip teşebbüsler arasında iletişim delilinin bulunması bir uyumlu eylemin bulunduğunu göstermez. Bu durumda ortaya çıkan rekabet ihlâli uyumlu eylem değil, bilgi değişimi faaliyeti olabilir. Rakip teşebbüsler arasındaki iletişim, özellikle rekabete hassas bilgilerin değişimini sağlıyorsa rekabeti bozma potansiyeli bulunan bu bilgi değişiminin yasaklanması gerekmektedir.

Doktrinde Kahraman ve O.Y. Yüksel tarafından “*bağlantı*” ile kastedilenin, teşebbüslerin bir uzlaşısı, fikir birliği içinde olması, fikirlerin buluşması olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁸². Ancak kanaatimizce bağlantı, teşebbüslerin fikirlerinin buluşmasından önce ya da fikirlerin buluşmasıyla aynı anda gerçekleşen bir süreçtir. Bir başka deyişle; taraflar arasında bir fikir buluşması gerçekleşebilmesi için öncelikle taraflar

¹⁶⁸⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 330; Yiğit, s. 383.

¹⁶⁸¹ O. Y. Yüksel, s. 63; Yiğit, s. 382.

¹⁶⁸² Kahraman, s. 74; O. Y. Yüksel, s. 62.

arasında herhangi bir şekilde bir etkileşim olması gerekmektedir¹⁶⁸³. Bağlantı ile kastedilen de işte bu etkileşimdir. İkizler tarafından da bağlantı, paralel pazar politikalarının uygulanmasına zemin hazırlayan, teşebbüslerin birbirine yakınlaşma süreci olarak tanımlanmıştır¹⁶⁸⁴.

Doktrinde Kahraman tarafından, uyumlu eylemden söz edilebilmesi için pozitif bir iletişim kurma niyeti bulunması veya diğerinin bu bilgiyi edineceği bilinciyle hareket edilmesi gerektiği, rakiplerin ticari kararlarını alırken bu bilgiyi göz önünde bulunduracaklarını ve benzer tavırlar takınacaklarını öngörerek kendisinin nasıl davranacağını önceden bildirilmesinin uyumlu eylem olduğu, tesadüfen gerçekleşen bir bilgi aktarımının uyumlu eylem niteliğinde olmayacağı belirtilmiştir¹⁶⁸⁵. Burada ayırt edilmesi gereken bir husus vardır. O da bilgi değişiminin karşılıklı olsa dahi tek başına bir uyumlu eylem niteliğinde olmadığıdır. Rakip teşebbüsler arasında düzenli olarak belirli aralıklarla süregelen bilgi değişimi tek başına sadece bilgi değişimi olarak yasaklanabilir. Söz konusu bilgi değişiminin taraflar arasında bir uyumlu eylem yaratması da mümkündür. Bu, tarafların birbirlerinden elde ettikleri bilgileri kullanarak ticari kararlarını ve uygulamalarını birbirleriyle paralelleştirdikleri takdirde ortaya çıkacaktır. Bu uyumlu eylem, paralel davranışların açıkça gözlemlenebiliyor olması dolayısıyla tespit edilebileceği gibi, piyasadaki rekabet koşullarının normal durumdan saparak rekabetin bozulmuş olduğu pazarlardaki koşullara benzer bir hâl almasıyla da tespit edilebilir. Bir başka deyişle; teşebbüsler arasında bilinçli bir şekilde, karşı tarafın kendi stratejilerini belirlerken dikkate alınacağı düşüncesiyle yapılan bilgi değişimi uyumlu eylem değil, salt rekabeti ihlâl edici nitelikteki bilgi değişimidir. Bir başka deyişle, bu durumda Rekabet Kurulu tarafından yaptırıma bağlanacak olan, bilgi değişimi faaliyetinin kendisidir. Ancak bu bilgi değişimi sonucunda ortaya bir uyumlu eylem çıkmışsa, bu durumda bilgi değişimi bu uyumlu eylemin yardımcı eylemi niteliğinde

¹⁶⁸³ Doktrinde İkizler, bağlantının olup biten bir şey değil, bir süreç olarak anlaşılması gerektiğini, bu süreç içerisinde beklentilerin daha sonra veya daha önce doğarak paralel pazar politikalarına neden olabildiğini ifade etmiştir (İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 111).

Etkileşim içine giren tarafların beklentileri bakımından yazarın görüşü oldukça isabetlidir. Beklentilerin iletişimden önce de sonra da oluşması mümkündür. Ancak fikirlerin buluşması aşaması, sadece iletişim başladıktan sonra ortaya çıkabilir. Buradaki öncelik-sonralık arasındaki süre bazen anlık olarak nitelendirilebilecek kadar kısa olabilirken bazen günlerle, haftalarla ya da aylarla ifade edilebilecek kadar uzun da olabilir.

¹⁶⁸⁴ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 111.

¹⁶⁸⁵ Kahraman, s. 77.

olacaktır ve bilgi değişiminin bu durumdaki fonksiyonu, uyumlu eylemin ispatlanmasıdır. Bu noktada bilgi değişimi, uyumlu eylemin ispatlanması için bağlantı delili niteliğindedir. Söz konusu olasılıkta, Rekabet Kurulu tarafından yaptırıma bağlanacak olan eylem, uyumlu eylemdir. Bilgi değişimi, uyumlu eylemi kanıtlayan bir delil ve uyumlu eylemin yardımcı unsuru olduğundan uyumlu eylem dışında bilgi değişimi için ayrıca bir yaptırım uygulanmayacaktır. Rekabet Kurulu tarafından sadece uyumlu eylem için bir yaptırım uygulanacak ve onun yardımcı eylemi olan bilgi değişimi için ek bir yaptırıma karar verilmeyecek ise de yasaklanan eylemler hem uyumlu eylem oluşturan davranışlar hem de buna sebep olan bilgi değişimi faaliyetleri olacaktır.

Yazar tarafından her ne kadar tesadüfen aktarılan bilgilerin uyumlu eylem olmadığı belirtilmişse de, tesadüfen aktarılan bilgilerin de uyumlu eyleme yol açması mümkündür. Tarafların bilgi değişiminde bulunma ve rekabeti bozma gibi bir amacı bulunmaksızın herhangi bir şekilde birbirlerine ait ticari bilgileri öğrenmeleri halinde, öğrendikleri bu bilgileri kullanarak ilgili pazarda uyumlu eylem yaratmaları söz konusu olabilir. Bu nedenle uyumlu eylem bakımından önemli olan, bilgi değişiminin yapıldığı sıradaki niyet değil, bilgiler edinildikten sonra oluşan niyettir. Pek tabidir ki bilgi değişimi en başta uyumlu eylem niyetiyle yapılmış olabilir; ancak bu, aksinin mümkün olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Kaldı ki; tesadüfen aktarılan bilgilerin de rekabeti bozucu etki ya da potansiyel etki göstermesi, dolayısıyla da Rekabet Kurulu tarafından yasaklanması mümkündür. Zira birçok kez belirttiğimiz üzere, değerlendirme amaç veya etki üzerinden yapılmakta, rekabeti bozma amacı bulunmasa dahi sadece rekabeti bozucu fiili ya da potansiyel etkinin bulunması rekabetin ihlâl edildiğinin kabulü bakımından yeterli görölmektedir.

Doktrinde İkizler, özellikle mevcut ve geleceğe dönük fiyat bilgilerinin değişiminin amaç bakımından rekabete aykırılık oluşturduğu, bu tür bilgi değişimlerinin rekabeti sınırlamak ve uyumlu eylemlerde bulunmak amacıyla yapıldığının kabul edildiğini, bu nedenle amaç bakımından rekabete aykırı olan bu tür bilgi değişimlerinin uyumlu eylemlerin ispatı bakımından büyük kolaylık sağladığını, ne eylemin ne pazar etkisinin ne de rekabetin fiilen sınırlandırıldığının ispatına gerek kalmaksızın ihlâlin gerçekleştiğı sonucuna varılabildiğini ifade

etmiştir¹⁶⁸⁶. Ancak burada yine, uyumlu eylem ile salt bilgi değişimi arasındaki ayrım göz önüne alınmamış; amaç bakımından rekabete aykırılık teşkil eden her bilgi değişimi bir uyumlu eyleymişçesine yorum yapılmıştır. Yukarıda yaptığımız tüm açıklamalar karşısında, yazarın bu görüşüne katılmamızın pek mümkün olmadığını söylemek gerekmektedir. Tek başına geleceğe yönelik fiyatlara ilişkin bilgi değişiminin amaç bakımından rekabete aykırı olduğuna ve aksini ispat yükünün taraflara ait olduğuna daha önce değinmiştik. Ancak bu bilgi değişimi faaliyeti uyumlu eyleme dönüşmemiş olabilir. Geleceğe yönelik fiyat bilgilerinin paylaşılması, teşebbüsler tarafından fiyatlar arasında bir uyumluluk gerçekleştirileceği anlamına gelmez. Uyumlu eylem ortaya çıkmamışsa sadece bilgi değişimi faaliyeti amaç bakımından rekabete aykırı olarak değerlendirilerek taraflarca aksi ispat edilmediği takdirde yaptırıma tâbi tutulacaktır. Buna karşılık; söz konusu bilgi değişimi faaliyeti sonucunda taraflar arasında fiyatlar bakımından aynı tarih ve oranlarda artış ya da indirim gibi bir uyumluluk ortaya çıkmışsa bu durumda bir uyumlu eylem mevcuttur ve fiyatlara ilişkin yapılan bilgi değişimi de bu uyumlu eylemin ispat edilmesine yardımcı olacaktır.

Uyumlu eylem bakımından bilgi değişimin önemi, normal şartlarda mevcut olmayan bir şeffaflık yaratarak ya da normal şartlarda mevcut olan şeffaflığı yapay bir şekilde arttırarak piyasadaki öngörülemezliği ortadan kaldırmasıdır¹⁶⁸⁷.

Rakip teşebbüsler arasında genellikle bilgi değişimi yoluyla gerçekleşen iletişim delili, niteliği itibarıyla doğrudan ya da dolaylı delil olarak ortaya çıkabilmektedir. Bilgi değişiminin, uyumlu eylemin içeriğinin tamamını ortaya koyan yazışmalar, bu amaçla yapılan toplantılar ve görüşmeler gibi şekillerde ortaya çıkması halinde bilgi değişimi doğrudan delil niteliğinde iken; bilgi değişiminin içeriği belirsiz toplantılar ve görüşmeler, uyumlu eylemin içeriğinin tamamını net olarak ortaya koymayan ve ancak birleştirildiğinde bağlantıyı kanıtlaması mümkün olan yazışmalar gibi şekillerde ortaya çıkması halindeyse bu bilgi değişiminin dolaylı delil niteliğinde olduğu söylenebilecektir¹⁶⁸⁸.

Paralel davranışların iletişim delili ile desteklenmesi halinde uyumlu eylemin ispatı daha kolay bir hale gelmektedir. Ancak bunun için, bağlantı delili ile paralel

¹⁶⁸⁶ İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 321-322.

¹⁶⁸⁷ Kahraman, s. 77.

¹⁶⁸⁸ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 265, 269-270.

davranış arasında bir illiyet bağı bulunduğunun kanıtlanması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, paralel davranışların karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanması halinde taraflar arasında bağlantı delili bulunmasının bir anlamı yoktur. Bir başka deyişle; bu durumda, taraflar arasındaki iletişim ile paralel davranışlar arasında illiyet bağı bulunmamaktadır ve bu durumda teşebbüsler arasında bir uyumlu eylem bulunduğundan söz edilemez¹⁶⁸⁹.

Doktrinde İkizler, uyumlu eylemin ispatı bakımından bağlantı delilini, paralel davranışlarla ilişkisine göre; paralel davranışların yanında ek emare olarak kullanılan, paralel davranışlarla birlikte olduğunda uyumlu eylemi doğrudan ispatlayan ve paralel davranışlar olmadan da uyumlu eylemin varlığına ulaşmaya imkân veren bağlantı türleri olarak üçe ayırmıştır¹⁶⁹⁰.

4.2.4.3. İlgili Pazardaki Rekabet Koşullarının Rekabetin Bozulduğu Pazarlardaki Koşullara Benzerlik Göstermesi

RKHK m. 4/III hükmüne göre; *“Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.”*

Bazı piyasalarda, rekabete uygun olmayan durumların ortaya çıktığı tespit edilmesine rağmen, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı ispatlanamayabilir. Yine aynı piyasada, rekabete uygun olmayan sonucun ortaya çıkmasına sebep olacak bir teşebbüs birliği kararı da bulunmamaktadır. Örneğin; rakip teşebbüslerin aynı anda arzı kısımları ve bunun sonucunda ilgili ürünün piyasa fiyatının yükselmesi söz konusu olmuşsa da taraflar arasında arzı kısma konusunda bir anlaşma yapıldığı ve bu yönde alınan bir teşebbüs birliği kararı bulunduğu kanıtlanamayabilir. Bu tür durumlarda akla ilk gelen durum, taraflar arasında bir uyumlu eylem bulunabileceğidir.

Uyumlu eylemin kanıtlanması oldukça güçtür. Genellikle yukarıda belirtildiği gibi, taraflar arasındaki iletişim deliliyle dolaylı olarak uyumlu eylemin kanıtlanması

¹⁶⁸⁹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, s. 270.

¹⁶⁹⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 317.

söz konusu olabilmektedir. Ancak taraflar arasındaki iletişimin her zaman kanıtlanması da mümkün olmayabilir. Rakip teşebbüsler arasında sadece içeriği bilinmeyen telefon konuşması yoluyla iletişim kurulmuş olabileceği gibi, gizli toplantılar yapılmış olması, yazılı iletişime ilişkin elektronik posta, faks, mektup, fiyat listesi gibi somut delillerin silinmiş, yok edilmiş olması mümkündür. Bu tür durumlarda rakip teşebbüsler arasındaki işbirliğinin kanıtlanması neredeyse imkânsız bir hâl alır.

Kanun koyucu bu tür olasılıklar karşısında Rekabet Kurulu bakımından bir ispat kolaylığı sağlayarak RKHK m. 4/III hükmündeki karineyi getirmiştir. Buna göre; taraflar arasında bir anlaşma bulunduğu kanıtlanamadığı hallerde uyumlu eylemin varlığına yönelik somut delillere de ulaşamıyorsa, ilgili piyasanın rekabetin ihlâl edildiği piyasalardakine benzer özellikler göstermesi, taraflar arasında bir uyumlu eylem bulunduğu karine olarak kabul edilmesi için yeterlidir. Buradaki karinenin, aksi ispat edilebilir adi bir karine olduğu şüphesizdir¹⁶⁹¹. RKHK m. 4/IV hükmünde, “*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*” şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilerek karinenin aksinin ispatının mümkün olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, piyasada ortaya çıkan durumun bir işbirliğinden değil de piyasada mevcut olan birtakım başka koşullardan dolayı oluştuğunu ileri sürebilirler ve bunu kanıtlayarak uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ortaya koyabilirler¹⁶⁹².

Doktrinde Sanlı, “*rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik gösterme*” kriterinin kapsamının çok geniş olduğunu, bu nedenle uyumlu eylem karinesinin teşebbüsler üzerinde ağır bir ispat külfeti oluşturduğunu, karinenin bazı soyut ekonomik değerlendirmeleri yeterli gördüğünü, özellikle Türk ekonomisinde sıklıkla görülen oligopol piyasalar, kronik enflasyon ve bozuk piyasa yapıları karşısında bu karinenin ne derece uygulanabilir olduğunun tartışmaya açık olduğunu belirterek

¹⁶⁹¹ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 80; Ersoy, s. 43; İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 223; Yiğit, s. 27.

¹⁶⁹² Doktrinde İnan, rekabet hukukundaki soruşturma süreci ile ceza hukuku arasında büyük yakınlık olduğunu vurgulayarak, ceza hukukundaki temel ilkelerin burada da geçerli olacağını belirtmiştir. Yazar, uyumlu eylem nedeniyle bir teşebbüsün cezalandırılabilmesi için tüm unsurların Rekabet Kurulu tarafından ispat edilmesi gerektiğini, Anayasa’nın temel ilkelerinden olan masumiyet karinesinin burada da uygulanmasının zorunlu olduğunu, bu nedenle RKHK m. 4/III ile getirilen karinenin, ispat yükünü sanığa yüklediğinden Anayasa’ya açıkça aykırı olduğunu ifade etmiştir (İnan, s. 8).

karineye yönelik eleştiriler getirmiştir. Yazar ayrıca, danışıklılık olmaksızın dahi ilgili pazardaki rekabetin tam olarak işlememe olasılığı karşısında, teşebbüslerin ispat külfeti altında bırakılmasını amacı aşan bir düzenleme olarak betimlemiştir¹⁶⁹³.

O. Y. Yüksel, “*rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik*” kriterinin son derece belirsiz olduğunu, eksik rekabet koşullarının doğrudan uyumlu eylem karinesi çerçevesinde ele alınmasına olanak verecek nitelikte olduğunu, RKHK m. 59’un kritere bir nebze açıklık getirdiğini, ancak karinedeki kıstasın m. 59 ile sınırlı yorumlanması halinde sadece paralel davranışların varlığı durumunda uyumlu eylem karinesinin kullanılmasının mümkün olabileceğini ifade ederek karinede düzenlenen kıstası eleştirmiştir¹⁶⁹⁴.

Balkı ise bu kriter nedeniyle uyumlu eylem ile karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan paralellikler arasında bir farklılık kalmadığı yönünde bir eleştiri ortaya koymuştur¹⁶⁹⁵.

Doktrinde Balkı tarafından; rakiplerce ortaklaşa olarak aynı tarihte veya oldukça yakın zamanlarda, aynı ya da çok benzer oranlarda yapılan yıkıcı fiyat indirimleri veya artışlarının, ilgili pazarda belirli bir zaman periyodunda oluşan fiyat sabitliğinin, rakipler tarafından aynı ödeme modelleri ile taksitlendirme planlarının kullanılmasının, rakipler tarafından aynı tarihte ya da çok yakın tarihlerde üretim kapasitelerinin azaltılmasının ya da birlikte ve eş zamanlı olarak arzın kısılmasının RKHK m. 4/IV hükmündeki “*rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik*” kriterini oluşturacağı ifade edilmiştir. Yazar ayrıca rakiplerin ortaklaşa olarak ısrarla belirli bölgelerde ya da birbirlerinin bölgesinde distribütörlük ilişkileri kurmayı reddetmelerinin, belirli bölgelere arzdan kaçınmalarının ya da bu birbirlerinin bölgelerinden gelen talepleri reddetmelerinin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmiştir¹⁶⁹⁶.

Doktrinde Akıncı; piyasa paylarının uzun süre sabit kalması, farklı alıcılara farklı fiyat uygulanması, standart olmayan malların satışı için verilen gizli tekliflerde aynı fiyat teklifinde bulunulması, giderlerle bağlantılı olmayan fiyat artışı veya ani fiyat düşüşü, kapasite ve stok artışı, fiyatların sabit tutulması, satışların alıcının

¹⁶⁹³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 82-83.

¹⁶⁹⁴ O. Y. Yüksel, ss. 65-66.

¹⁶⁹⁵ Balkı, s. 96.

¹⁶⁹⁶ Balkı, ss. 94-95.

adresinde teslim şeklinde yapılmasına rağmen fiyatlar belirlenirken alıcının adresi dışında ortak belli bir merkeze göre nakliye giderinin fiyata eklenmesi gibi durumların uyumlu eylemin delili niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹⁶⁹⁷.

Doktrinde bahsi geçen uyumlu eylem karinesine ilişkin birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Konuya ilişkin tartışmalar, uyumlu eylem konusunda tam ispat aranıp aranmadığı ile RKHK m. 4/III ile 4/IV'e göre ispat yükünün kime ait olduğu noktalarındadır.

Doktrinde İkizler, RKHK m. 4/III hükmünün getirmiş olduğu karinenin adi bir karine olduğunu, karineye karşı m. 4/IV'de bir kurtuluş beyyinesi düzenlendiğini ifade etmiştir¹⁶⁹⁸. Yazar; bir davranışın ilgili pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet şartlarına yol açıp açmadığına karar verilebilmesi için ilgili pazarın normal şartlarının saptanması gerektiğini, eğer ilgili pazar şartlarının normal şartlara uygun olmadığı tespit edilirse bunun uyumlu eylemin varlığına karine teşkil edeceğini, buna karşılık teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanarak bu karineyi çürütebileceklerini belirtmiştir¹⁶⁹⁹. Normal şartlardan kasıt, teşebbüslerin rekabet içinde olmaları halinde piyasada görülecek olan şartlardır¹⁷⁰⁰. Yazar ayrıca karine sayesinde, bağlantı ile paralel davranışlar arasında nedensellik bağının olduğunu ispatlamaya gerek kalmadığını ifade etmiştir¹⁷⁰¹.

İkizler, paralel davranışların yanında yeterli bağlantı delili olmadığı hallerde, uyumlu eylem karinesi gereği pazarın normal şartlarına bakılması gerektiğini, bu yapılırken özellikle alternatif neden olabilecek “*kolayca görülebilen*” pazar şartlarının incelenmesi gerektiğini ve paralel davranışlarla bu kolayca görülebilen pazar şartları arasında illiyet bağı olmadığını ispatlamadan uyumlu eylemlerin varlığına hükmedilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre “*görülebilir alternatif nedenler*”in başında oligopolistik bağımlılık gelmektedir. Görülebilir alternatif nedenler incelendikten sonra, paralel davranışlar ile bunlar arasında bir illiyet kurulamıyorsa uyumlu eylem bulunduğu sonucuna varılacaktır. Görülebilir alternatif nedenler dışındaki alternatif nedenler resen araştırılmaz. Aksi halde menfi

¹⁶⁹⁷ Akıncı, ss. 162-165.

¹⁶⁹⁸ Aynı yönde: İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 57; B. Can, s. 55; Esin, TÜSİAD, s. 28; Günay, Rekabet Hukuku, s. 51; Orbay Ortaç, s. 85.

¹⁶⁹⁹ İkizler, Türk ve AB Hukuku, ss. 268-271.

¹⁷⁰⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 311.

¹⁷⁰¹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 313.

bir vakıanın ispatı istenecektir ki bu da müspet vakıaların ispatına göre daha zordur. Buna karşılık taraflar, görülebilir alternatif nedenler dışında bir alternatif neden bulunduğunu ileri sürerlerse Kurul tarafından bunların incelenerek gerçekten alternatif bir neden olup olmadığı değerlendirilecek ve buna göre bir sonuca varılacaktır. Paralel davranışların yanında bağlantıya ilişkin yeterli derecede ek emareler bulunması halindeyse artık karineye gidilmesine ve normal pazar koşullarının araştırılmasına gerek kalmayacaktır¹⁷⁰².

Doktrinde, RKHK m. 4/III hükmünde getirilen karine ile ispat yükünün yer değiştirdiği, buna göre diğer rekabet hukuku ihlallerinden farklı olarak uyumlu eylemlerde soruşturulan teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat etmeleri gerektiği ortaya konmuştur¹⁷⁰³.

Gürkaynak ve diğerleri, hüküm nedeniyle teşebbüslerin olağan durumu, yani bir ihlâlin yokluğunu ispatlamak zorunda oldukları bir duruma düşürüldüğünü, teşebbüslerin sadece pazardaki birtakım göstergelere bakılarak sürekli bir ceza tehdidi altında bırakılmasının kabul edilemez bir yaklaşım olduğunu ve bu nedenle bu hükmün, Anayasa'daki suçsuzluk karinesinin tam tersini karine olarak kabul eden bir hüküm olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁰⁴.

Buna karşılık Badur; Rekabet Kurulunun uyumlu eylem karinesine dayanması halinde, uyumlu eylemde bulunduğu iddia edilen teşebbüslerin ancak ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmelerini mümkün kılan düzenlemenin, uyumlu eylemin ispatının güçlüğü göz önünde bulundurulduğunda yerinde olduğunu belirtmiştir. Yazar; RKHK m. 4/III ile getirilen karinenin m. 4/IV ile kurtuluş beyyinesinin düzenlendiğini, uyumlu eylemin kanıtlanmasının güç olduğu durumlarda Rekabet Kurulunun sadece rekabetin bozulmasını saptamasının yeterli olacağını, rekabetin nasıl bozulduğunu göstermek zorunda olmayacağını, rekabetin fiilen sınırlandığı tespit edilebiliyorsa ilgili teşebbüslerin rekabeti

¹⁷⁰² İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 338-342.

¹⁷⁰³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 155-156, dn. 81; Gürkaynak ve diğerleri, Uyumlu Eylemlerin İspatı, s. 91; Gürkaynak ve diğerleri, Topla ve Dağıt, ss. 310-311; Kahraman, ss. 91-92; B. Can, ss. 68-69.

¹⁷⁰⁴ Gürkaynak ve diğerleri, Uyumlu Eylemlerin İspatı, s. 92; Gürkaynak ve diğerleri, Ekmek Mayası Kararı, ss. 86-87.

kendilerinin sınırlamadığını ekonomik ve rasyonel gerçeklerle kanıtlayamamaları halinde sorumlu olacaklarını ifade etmiştir¹⁷⁰⁵.

Doktrinde Topçuoğlu uyumlu eylemin ispatı konusunda, uyumlu eylemin varlığını iddia eden tarafın (zarar görenler veya Rekabet Kurulu) sadece teşebbüslerin paralel davranışları ile piyasada rekabetin bozulduğuna ilişkin emareleri ortaya koymasının yeterli olduğunu savunmaktadır. Yazara göre; teşebbüsler arasındaki paralel davranışlar ile piyasadaki rekabetin bozulduğuna ilişkin emarelerin ortaya konmuş olmasıyla Rekabet Kurulu ya da rekabete aykırılığı iddia eden zarar görenlerin ispat külfeti sona ermiş olmaktadır. Bunlara ek olarak; teşebbüsler arasında Rekabet Kanunu'na aykırı olarak bir işbirliğinin bulunduğu ispatına gerek yoktur. Bu noktada ispat yükü teşebbüslere geçmektedir. Yazara göre; iddia eden tarafın ortaya koyduğu emarelere karşı teşebbüsler, aralarında rekabeti bozucu bir işbirliği bulunmadığını, paralel davranışların ekonomik ve rasyonel sebeplerden kaynaklandığını, Rekabet Kanunu'na aykırılık bulunmadığını ispat etmek zorundadırlar. Aksi halde; teşebbüsler, iddia eden tarafından ortaya konan emarelerin sonuçlarına katlanmak zorundadırlar¹⁷⁰⁶.

Topçuoğlu tarafından savunulan bu görüş İ.Y. Aslan tarafından eleştirilmiş; RKHK m.4/III ve 59 hükümleri karşısında ispat yükünün Rekabet Kurulu ve ilgili teşebbüsler arasında paylaştırıldığı, bu paylaşım çerçevesinde rekabetin sınırlandığını gösterme zorunluluğunun Rekabet Kurulunda veya tazminat davası açan davacıda olduğu belirtilmiştir. Yazara göre; Rekabet Kurulu, uyumlu eylemin, taraflar arasındaki bağlantı dışında kalan tüm unsurlarını (iki veya daha fazla teşebbüsün varlığı, davranışların paralel olması ve rekabetin kısıtlanması) ispatlamak zorundadır. Karine, Rekabet Kurulunu sadece bağlantı delilini saptama zorunluluğundan kurtarır¹⁷⁰⁷.

Doktrinde Kesici, Kurul tarafından yapılacak ekonomik analizler sonucunda teşebbüslerin piyasadaki fiillerinin ancak rekabeti bozucu gizli bir anlaşmadan kaynaklanabileceği yargısına ulaşıyorsa uyumlu eylem karinesine

¹⁷⁰⁵ Badur, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, ss. 67, 69-70.

¹⁷⁰⁶ Topçuoğlu, İşbirliği Davranışları, ss. 210-215.

¹⁷⁰⁷ İ.Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 238-240.

dayanılabilirliğini, bu karinenin uygulanması halinde ispat yükünün haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslere düşeceğini ifade etmiştir¹⁷⁰⁸.

Konuyu ele alan D. Cengiz, öncelikle tam ispat ve yaklaşık ispatı açıklamış ve daha sonra konuyu değerlendirmiştir. Buna göre; tam ispat, iddia konusu maddi olayın gerçekleştiği konusunda makul bir kuşkunun bulunmamasıdır. Yaklaşık ispat ise, iddia konusu maddi olayın gerçekleşmiş olma olasılığının, gerçekleşmemiş olma olasılığına göre daha baskın olmasıdır¹⁷⁰⁹. Türk rekabet hukukunda kural olarak tam ispat ölçüsü kabul edilmektedir; yaklaşık ispat ise istisnai olarak kabul edilmiştir¹⁷¹⁰. Doktrinde dolaylı delillerle tam ispatın mümkün olup olmadığı konusunda tartışma bulunmakta ise de baskın olan görüş, dolaylı delillerle de tam ispatın imkân dâhilinde olduğu yönündedir. Bu durumda, genel olarak RKHK kapsamında aranan tam ispat, uyumlu eylemler bakımından da geçerlidir¹⁷¹¹. Ancak uyumlu eylem karinesi karşısında tam ispat aranmadığı ve yaklaşık ispatın yeterli görüldüğü gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır¹⁷¹². Doktrinde D. Cengiz, hükmün sadece lafzından hareket edildiği takdirde tam ispatın aranmadığı sonucuna varılabileceği; ancak hükmün lafzıyla kanunun ruhunun birlikte değerlendirilmesi halinde uyumlu eylemler bakımından da tam ispatın arandığının anlaşılabilirliğini ifade etmiştir. Yazar tarafından; her ne kadar RKHK m. 4/III'e göre piyasa koşullarının rekabetin bozulduğu piyasa koşullarına benzer olması halinde uyumlu eylemin var olduğunun kabul edileceği hükmün lafzından anlaşılmakta ise de belirsizlik halinde “*Şüpheden sanık yararlanır.*” ilkesi gereğince uyumlu eylemin varlığına hükmedilmesinin mümkün olmadığı, yapılan ayrıntılı iktisadi analizlere rağmen paralel davranışların ortaya çıkma sebebinin karşılıklı oligopolistik bağımlılık mı yoksa teşebbüsler arasındaki gizli işbirliği mi olduğu anlaşılamıyorsa, yani bir belirsizlik varsa bu belirsizlikten tarafların yararlanması gerektiği, uyumlu eylemin mevcut olduğu sonucuna varılabilmesi için uyumlu eylemin bulunmadığı konusunda makul bir şüphenin mevcut olmaması gerektiği, şüphe bulunması halinde uyumlu eylemin kanıtlanamayacağı, ayrıntılı analizlere rağmen varlığı kanıtlanamayan işbirliğinin

¹⁷⁰⁸ Kesici, s. 61.

¹⁷⁰⁹ Tam ispat, ispatın gerçekleşmiş sayılması için hâkimde tam bir vicdani kanaatin oluşmasının aranmasının; yaklaşık ispat ise iddianın doğruluğu yönünde ağır basan kanaatin bulunmasının yeterli olmasıdır (İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 281; Yiğit, s. 332).

¹⁷¹⁰ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 281; Yiğit, ss. 332-333; Şahin, s. 256.

¹⁷¹¹ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 269-277.

¹⁷¹² Şahin, ss. 256-257.

yokluğunun taraflarca kanıtlanmasının mümkün olamayacağı¹⁷¹³ ve böylece uyumlu eylemin tam ispat ile kanıtlanması gerektiği açıklanmıştır¹⁷¹⁴.

Doktrinde Balkı tarafından da, Rekabet Kurulunun RKHK m. 40 hükmünden çıkan sonuca göre ancak kanuna aykırılığın yeterli derecede güçlü delillerle desteklenmesi halinde bir soruşturma açabileceği, aksi halde sadece paralel davranışın varlığına dayanarak soruşturma açamayacağı, yine RKHK m. 27 gereğince gerekli araştırmanın yapılmasının Rekabet Kurulunun görevleri arasında olduğu belirtilmiştir. Yazar tarafından, RKHK m. 4/III'deki karinenin Rekabet Kurulunu bu görevlerden kurtarmadığı, Kurulun sadece taraflarca ileri sürülen iddia ve delillere göre karar veremeyeceği ve Kurulun mutlaka ayrıntılı iktisadi analiz yapması gerektiği, aksine Rekabet Kurulunun araştırma yapmasına gerek olmadığı yönündeki bir yorum tarzının öncelikle masumiyet karinesini ihlâl edeceği ifade edilmiştir. Yazar her ne kadar karinenin ispat yükünü ters çevirdiği anlaşılmakta ise de bu karinenin yorumlanmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹⁷¹⁵ adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesine uyulması gerektiğini, söz konusu maddenin bu tür karinelerde mevcut kanıtlara göre değerlendirme yetkisi kullanılarak karar verilmesini zorunlu kıldığını ve sadece karineye dayalı olarak araştırma yapılmaksızın karar verilmesini yasakladığını ortaya koymuştur. Yazar, Rekabet Kurulu kararlarındaki yaklaşımın da aynı doğrultuda olduğunu ve sadece karineye dayalı karar verilmeyerek karar verilmeden önce ayrıntılı pazar analizi yapıldığını vurgulamıştır¹⁷¹⁶.

Doktrinde Günay ise; uyumlu eylemi, anlaşma ve kararlardan ayıran temel unsurun ispat yükünün ters çevrilmesi olduğunu, ispat yükünün ters çevrilmesinin uyumlu eylemin ortaya çıkarılması bakımından önemli olduğunu, diğer hukuk dallarında da benzer ispat kurallarının yer aldığını, suçsuzluk karinesinin süjesinin insan olduğunu ve rekabet hukukunda ise süjenin teşebbüs olması nedeniyle

¹⁷¹³ Doktrinde Kahraman, bu eleştiriye tam olarak katılmanın mümkün olmadığını, zira ilgili teşebbüslerin bir bağlantının yokluğunu değil, kendi davranışlarının ekonomik mantığını öne süreceklerini ifade etmiştir (Kahraman, ss. 92-93).

¹⁷¹⁴ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 307-310; D. Cengiz, Uyumlu Eylem Karinesi, ss. 14-21. Aynı yönde: İkizler, Uyumlu Eylemler, ss. 293-294; Yiğit, ss. 385-394.

¹⁷¹⁵ Türkçe tam metin için bkz. http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (10.01.2017).

¹⁷¹⁶ Balkı, ss. 96-101.

suçsuzluk karinesinin burada uygulanamayacağını, bu nedenle uyumlu eylemin ispatında ispat yükünün ters çevrilmesinin gerekli olduğunu savunmuştur¹⁷¹⁷.

Yukarıda yapmış olduğumuz tüm açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde tarafımızca D. Cengiz ve Balkı ile aynı sonuca varılmaktadır. Şöyle ki; ifade ettiğimiz gibi, tarafların davranışları arasında bir paralellik varsa ve bu paralellik, taraflar arasındaki bağlantı delilleriyle de destekleniyorsa uyumlu eylemin varlığı konusundaki şüpheler kuvvetlenmektedir. Ancak bu durumda dahi, piyasanın ayrıntılı olarak iktisadi analizinin yapılması ve bağlantı ile paralel davranış arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu süreç, taraflar savunma yapsa da yapmasa da; bir başka deyişle taraflarca, aralarındaki paralel davranışın bir işbirliğinden değil de mevcut piyasa koşullarından kaynaklandığı ileri sürülse de sürülme de rutin olarak Rekabet Kurulu tarafından resen tamamlanmalıdır. Bu, resen harekete geçme ve resen araştırma ilkesinin bir gereğidir¹⁷¹⁸. Buna kıyasla; tarafların uyumlu eylem içinde olduğunun kanıtlanmasına yönelik iletişim delilinin bulunmadığı hallerde, uyumlu eylem karinesinden hareket edilerek ve başkaca bir araştırma yapılmaksızın tarafların aksini ispat etmesinin beklenmesi, bu yapılamazsa taraflar arasında bir uyumlu eylem olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Ortada hiçbir somut bağlantı delili olmamasına rağmen sadece karine koşullarının gerçekleşmiş olduğu ve tarafların aksini ispat edemediği gerekçesiyle, hiçbir iktisadi analiz yapılmadan taraflara yaptırım uygulanması söz konusu olamaz. Daha açık bir ifadeyle; uyumlu eylem karinesi mevcut olsa ve taraflarca hiçbir savunma yapılmamış olsa dahi, Rekabet Kurulunun somut olayı net bir şekilde değerlendirebilmesi için ilgili pazara yönelik ayrıntılı iktisadi analiz yaptırması gerekmektedir. Zira Topçuoğlu'nun ifade ettiğinin aksine Rekabet Kurulunun pozisyonu "*iddia eden*" olarak sınırlandıramaz. Rekabet Kurulu resen bir soruşturma başlatmış olsa dahi, somut durumu tüm yönleriyle değerlendirip karara bağlayacak olan makamdır. Bu nedenle Rekabet Kurulunun sadece birtakım emarelere ve karineye dayanarak teşebbüslerce aksinin ispatını beklemesi, teşebbüsler tarafından hiç ya da yeterli düzeyde savunma yapılmaması halinde piyasa analizi yapılmaksızın rekabete aykırılık sonucuna varması

¹⁷¹⁷ Günay, Şerh, ss. 152-153.

¹⁷¹⁸ Rekabet Kurulunun resen harekete geçme ve resen araştırma ilkesine ilişkin bkz. Badur ve Ertem, s. 6.

beklenemez. Yapılacak analiz sonucunda, ilgili pazardaki koşulların rekabetin bozulduğu pazarlardaki koşullara benzemesinin sebebinin ancak taraflar arasındaki bir işbirliği olabileceği, aksi halde piyasanın kendi yapısının böyle bir duruma uygun olmadığı sonucu ortaya çıkmışsa bu takdirde taraflar arasında bir uyumlu eylem bulunduğu karine olarak kabul edilebilecektir. Buna göre; RKHK m. 4/IV'deki aksini ispat yükü, mutlak olarak taraflara yüklenmiş ve taraflarca yerine getirilmezse dikkate alınmayacak bir külfet olarak nitelendirilmemelidir. Burada taraf, karinenin aksini ispatlayacak ekonomik ve rasyonel gerekçeleri ortaya koyacak; buna göre tüm somut olaylar ve savunmalar birlikte değerlendirilecektir. Bazen öyle somut gerçeklikler vardır ki, taraflarca ileri sürülmemesi halinde, Kurul tarafından yaptırılacak iktisadi analizde bilinmesi mümkün olmaz. Örneğin; tam şeffaf olmayan oligopol piyasasında tüm teşebbüslerin yakın dönemlerde arzı kısımları sonucu fiyatların yükselmesi durumunda, bu teşebbüslerden birinin piyasadan belirli bir süre sonra çekilmeyi planladığı, bu nedenle arzı kademeli olarak kısarak belirli bir periyodun sonunda tamamen piyasadan çekilmeyi hedeflediği sadece teşebbüsün kendisi tarafından açıklanıp buna ilişkin belgeler sunulursa bilinebilir ve dikkate alınabilir. Teşebbüs bu şekilde, diğer rakip teşebbüsler arasındaki uyumlu eyleme dâhil olmadığını, arzı kısma konusunda almış olduğu kararın tamamen kendi işletmesinin geleceğine ilişkin olarak almış olduğu bağımsız bir karar olduğunu ispatlayarak uyumlu eylem karinesini kendi açısından çürütebilir. Ancak teşebbüs bunu kendisi açıklamamış ve alınan kararları sunarak belgelememiş olsaydı, yapılacak iktisadi analiz ne kadar ayrıntılı olursa olsun bu özel durum bilinmediğinden söz konusu teşebbüsün uyumlu eylem karinesinin dışında kalması mümkün olamayacaktı.

Açıklanan gerekçelerle, RKHK m. 4/III ve 4/IV'deki karine ile karinenin çürütülmesi imkânlarını çok katı bir şekilde yorumlamamak; söz konusu düzenlemeleri sadece somut bağlantı delili bulunmadığı hallerde iktisadi analiz sonucunda elde edilen veriler ile ortaya çıkan rekabete aykırı sonuçlar arasında bir bağ kurma yönünden ispat kolaylığı sağlayan hükümler olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Rekabet Kurulu “Özgür Çimento ve Beton Endüstrisi A.Ş. ve Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş., Denizli Çimento San. A.Ş.” kararında çimento ve

bir üst pazar olan krinker pazarını incelemiştir¹⁷¹⁹. Karara konu olayda; Göltaş ve Denizli Çimento'nun, Özgür Çimento ve Ado Çimento'ya krinker satışı yapmama konusunda uyumlu eylem içinde olup olmadıkları incelenmiştir. Göltaş ve Denizli Çimento hem klinker hem çimento üretimi yapmakta iken Özgür Çimento ile Ado Çimento sadece çimento üretimi yapmaktadır. Klinker, çimento üretiminde kullanılan bir madde olup ikamesi bulunmamaktadır. Özgür Çimento, Göltaş ve Denizli hakkında, uyumlu eylem içine girerek krinker satışından çeşitli bahanelerle kaçınıldığı ve kendisine boykot uygulandığını iddia ederek şikâyetle bulunmuştur. Kurul tarafından yapılan incelemede, Özgür Çimento ile Ado Çimento'nun krinker ihtiyacını ithalat yoluyla temin ettiği, Göltaş ve Denizli'nin ise ihracat yaptığı tespit edilmiştir. Bir başka deyişle; iç pazarda ticaret mümkünken bu yapılmamaktadır.

Kurul yapmış olduğu araştırmada; krinkerin nakliyesinin zor, maliyetli ve riskli olduğunu; bu nedenle yakın bölgeler arasında satış yapmak yerine yurt dışı satış yapılmasının külfetli olduğunu, ihracatın iç piyasa satışlarına göre daha az kârlı ve daha yüksek riskli olduğunu, ithalatın da fiyat ve kalite bakımından iç alıma göre dezavantajlı olduğunu tespit etmiştir. İncelenen olayda krinker ithalatının, iç piyasada temin imkânsızlığından kaynaklandığı belirlenmiştir. Göltaş, kendisine yöneltilen suçlamaları kabul etmeyerek ihracata yönelmesinin sebebinin yurt dışındaki müşterilerini korumak olduğunu; ayrıca Özgür Çimento ile teminatlandırma ve düzenli ödeme konusunda sıkıntı yaşadığını, bu nedenle ihracatın daha avantajlı olduğunu, ihracatın iç satışa göre daha düşük kazanç getirmediğini belirterek savunma yapmıştır. Denizli Çimento ise, krinker üretiminin kendi çimento üretimine yetecek düzeyde olduğunu, ara sıra ihtiyaç fazlası stok oluştuğunu, bu stoğu ürün dayanıklı olmadığından kısa süre içinde eritmesi gerektiğini, her zaman iç piyasada talep olmadığını ve bu nedenle ihracata yönelmesi gerektiği iddia ederek savunma yapmıştır.

Kurul yapmış olduğu incelemede, gerek Göltaş gerekse Denizli'nin üretim, kapasite ve stok bakımından Özgür Çimento ve Ado Çimento'nun taleplerini

¹⁷¹⁹ RK, 2007, *Özgür Çimento ve Beton Endüstrisi A.Ş. ve Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş., Denizli Çimento San. A.Ş.*, 20.09.2007, 07-76/908-346. Söz konusu karar, Rekabet Kurulunun 13.01.2005 tarihli 05-05/42-17 sayılı kararının Danıştay 13. Dairesinin 2005/7482 E., 2006/2748 K. ve 2005/7628 E., 2007/1300 K. sayılı kararlarıyla iptal edilmesi sonucunda dosyanın yeniden değerlendirilmesiyle tesis edilmiştir. Karara ilişkin eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, *Uyumlu Eylemlerin İspatı*, ss. 109-110; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem Karanesi*, ss. 32-38.

karşılacak durumda olduğunu ve Denizlinin iddia ettiğinin aksine, ihracat yapılan dönemlerde iç piyasada talep olduğunu tespit etmiştir. Tüm bu tespitler sonucunda Kurul, Göltaş ile Denizli arasında bir anlaşma bulunmasa da piyasada görülen ihracat ve ithalat işlemlerinin piyasa yapısına göre makul olmadığı, Göltaş ve Denizli'nin rekabetçi etkilerle Özgür Çimento ve Ado Çimento'yu pazar dışına itmek amacıyla çeşitli bahanelerle bu firmaların taleplerini tedarik etmekten kaçındıkları, söz konusu davranışın 4054 sayılı RKHK m. 4 hükmünün son fıkrasındaki uyumlu eylem karinesini karşıladığı, ilgili pazardaki ithalat ve ihracatın rasyonel olmadığı gerekçeleriyle teşebbüsler arasında bir uyumlu eylemin bulunduğu karar vermiştir.

Rekabet Kurulu ekmek mayası pazarına ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda yine uyumlu eylem karinesine dayanmıştır¹⁷²⁰. Söz konusu karara konu olan olayda Pakmaya ve Hasmaya'nın uyumlu eylem içinde bulunarak fiyatları %100'ün üzerinde arttırdığı ve zamlı fiyatları anlaşmalı bir şekilde tekel halinde uyguladıkları yönünde şikâyet üzerine soruşturma başlatılmıştır. İlgili pazara yönelik değerlendirmelerde, ürünlerin homojen olduğu, bu nedenle talep ikamesinin yüksek olduğu, pazarın oligopolistik yapıda olduğu, tek rekabet aracının fiyat olduğu, buna karşılık pazarın şeffaf olması dolayısıyla rakip teşebbüslerin birbirlerinin hangi müşteriye ne fiyat uyguladığını rahatlıkla takip edebildikleri tespit edilmiştir.

Rakip teşebbüsler tarafından uygulanan fiyatlar incelendiğinde, 9 aylık bir süreçte istikrarlı olarak düşen fiyatların Mart 2003'de tüm teşebbüsler tarafından arttırıldığı, Nisan 2003'de ise ikinci kez fiyat artışı gerçekleştirildiği, yapılan fiyat artışlarının farklı oranlarda olmasına karşılık toplamda %100'ün üzerinde artış gerçekleştiği gözlenmiştir. Piyasanın oligopolistik yapısı nedeniyle fiyat artış zamanlarının ve oranlarının benzer olmasının mümkün olduğu göz önünde bulundurularak piyasa koşulları çerçevesinde ortak fiyat artışının haklı bir gerekçesi olup olmadığı incelenmiştir. Öncelikle temel savunmalardan biri olan maliyet yapıları üzerinde durulmuştur. Kurul tarafından yapılan incelemede, maliyet kalemlerindeki fiyat değişikliklerinin, yaş maya fiyatlarındaki artışlarla benzerlik

¹⁷²⁰ RK, 2008, *Ekmek Sanayicileri İşverenler Sendikası vd. ve Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş. vd.*, 12.11.2008, 08-63/1050-409. Söz konusu karar, Rekabet Kurulunun 23.09.2005 tarihli ve 05-60/896-241 sayılı kararının Danıştay 13. Dairesinin 23.05.2008 tarih ve 2300/1031 E., 2008/4390 K., 2006/1150 E., 2008/4392 K. ile 2006/1521 E., 2008/4391 K. sayılı kararlarıyla iptal edilmesi üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi sonucunda verilmiştir. Karara ilişkin eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. Gürkaynak ve diğerleri, *Uyumlu Eylemlerin İspatı*, ss. 110-112; D. Cengiz, *Uyumlu Eylem Karinesi*, ss. 32-38.

göstermediği; bir başka deyişle paralel fiyat artışlarının maliyet yapılarının benzerliğine dayandırılmasının mümkün olmadığı tespit edilmiştir. İkinci olarak enflasyon oranları incelenmiştir. Ancak yapılan incelemede, fiyatlardaki artışın TEFE oranının 25-30 katı olduğu görülmüştür.

Kurul sonuç olarak, her ne kadar ilgili piyasa şeffaf bir oligopol olsa da rakip teşebbüsler arasındaki paralel fiyat artışlarının pazar yapısı ile açıklanamayacağı, piyasada meydana gelen değişikliklerin rekabet koşulları bozulan pazarlardaki koşullarla benzerlik gösterdiği, bu nedenle uyumlu eylem karinesi gereğince teşebbüsler arasında uyumlu eylem bulunduğu sonucuna varmıştır.

Katılmamakla birlikte; doktrinde Gürkaynak ve diğerleri tarafından Rekabet Kurulunun bu kararı, sadece paralel fiyat artışına dayalı olarak uyumlu eylem karinesinin işletilmesinin isabetli olmadığı, bilinçli paralellik ve destekleyici unsurların bulunmadığı, bu yaklaşımın Kurulun önceki kararları ile Avrupa Topluluğu kararlarına uygun olmadığı, fiyat hareketlerinin sadece soruşturma konusu dönemle sınırlı olarak incelendiği, önceki dönemlere ilişkin fiyat hareketlerine bakılmadığı, piyasanın oligopolistik olduğu, ilgili ürünün homojen nitelikte olduğu, soruşturma döneminin hemen öncesinde firmalar arasında uzun süre fiyat rekabeti gerçekleştiği ve ciddi oranda zarar edildiği, sonraki artışların bu zararı dengelemek için piyasa koşulları nedeniyle gerçekleştiği, ancak bu yöndeki savunmaların hiç dikkate alınmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁷²¹.

Kanun koyucu uyumlu eylemlere ilişkin biri diğer karineyi RKHK m. 59 hükmünde düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, “*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*” başlıklı beşinci kısımda yer almaktadır. Bu bölümde, rekabetin sınırlanmasından dolayı zarar gören kişilerin, rekabeti sınırlayanlara yönelik tazminat hakları düzenlenmektedir. RHKH m. 59 hükmünde;

“Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasadaki rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

¹⁷²¹ Gürkaynak ve diğerleri, Ekmek Mayası Kararı, ss. 96-115.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Hükümde sayılan haller sınırlayıcı değil, örnekleyicidir. Özellikle örnek olarak verilen hallerde, piyasadaki rekabetin bozulduğu davacılar tarafından kanıtlanmış kabul edilerek ispat yükü davalılara geçecektir. Bu hüküm ile RKHK m. 4/III hükmü birlikte değerlendirildiğinde her iki hükmün birbiriyle uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. RKHK m. 4/III hükmü rekabet kurulu soruşturmaları bakımından uygulanacak bir karineyi içermekte iken, RKHK m. 59 hükmündeki karine, özel hukuk alanındaki tazminat davaları bakımından getirilmiştir.

Doktrinde Gürkaynak ve diğerleri, RKHK m. 59 hükmünün de RKHK m. 4/III ve m. 4/IV hükümlerine benzer şekilde, uyumlu eylem şeklinde ortaya çıkan rekabet ihlalinin varlığını ispat etme yükünü ters çevirdiğini ifade etmiştir. Buna karşılık yazarlara göre; bu iki hüküm ayrı ayrı değerlendirilmeli ve RKHK m. 59 hükmü, RKHK m. 4/III ve m. 4/IV hükümlerinin değerlendirilmesinde referans olarak alınmamalıdır¹⁷²².

Doktrinde RKHK m. 59 hükmündeki ispat yükü konusunda birtakım tartışmalar bulunmaktadır.

Doktrinde Utku ve diğerleri, RKHK m. 59 hükmünün tazminat davaları bakımından dikkat çekici yönünün, zarar görenlerin zararın varlığını ve miktarını ispatlama yükümlülüğüne ilişkin kuralının ters çevrilmesi olduğunu ifade etmiştir¹⁷²³. Ancak bu görüşe katılmak pek mümkün görülmemektedir. Zira RKHK m. 59 hükmüyle getirilen karine, zararın varlığı ve miktarının ispatı ile ilgili olmayıp açıkça hukuka aykırı fiil unsuruna ilişkindir.

Doktrinde D. Cengiz tarafından; RKHK m. 59'daki karinenin türü itibarıyla kanuni olay karinesi olduğu, bu karinenin ispat yükünü ortadan kaldırmayacağı, ispat yükünün davacı üzerinde olacağı ve yer değiştirmeyerek davacı tarafında sabit kalacağı, yer değiştirenin sadece delil gösterme yükü olduğu, kanun hükmünde belirtilen “*ispatlama yükü davalılara geçer*” ibaresinin aslında ispat yükünü değil, delil gösterme yükünü ifade ettiği, medeni yargılama usulünde de tam ispat arandığı, davacı tarafından karinede belirtilen hususların varlığının makul şüphe oluşturmayacak şekilde ileri sürülmesi halinde, davalının hiç delil göstermemesi

¹⁷²² Gürkaynak ve diğerleri, Uyumlu Eylemlerin İspatı, ss. 114-115.

¹⁷²³ Utku ve diğerleri, s. 385.

veya uyumlu eylemin varlığı konusunda makul şüphe oluşturacak güçte delil göstermemesi halinde hâkimin davanın kabulüne karar vereceği, buna karşılık davacı tarafından uyumlu eylem karinesindeki hususların varlığının makul şüphe oluşturmayacak şekilde ortaya konmaması durumunda davalının hiç delil sunmasa dahi hâkim tarafından mevcut şüphe nedeniyle davanın reddine karar vereceği ifade edilmiştir¹⁷²⁴.

Doktrinde İ. Y. Aslan, tazminat davalarında ispat yüküne ilişkin genel hukuk kurallarının geçerli olduğunu, herkesin iddiasını ispalamakla yükümlü olduğunu, ancak RKHK m. 59 hükmünde uyumlu davranışlarla ilgili olarak ispat yükünün kolaylaştırıldığını, zarar görenler bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren kanıtları mahkemeye sunmaları halinde, ispat yükünün ters döneceğini ve teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispat yükünün davalılara geçeceğini, bu karinenin geçerli olabilmesi için öncelikle davacıların mahkemeye bazı deliller sunmaları gerektiğini belirtmiştir. Yazar, bu delillerin davacılar tarafından mahkemeye sunulmasının çok kolay olmadığını, zira kanıtların bulunmasının zor olmasının yanı sıra iktisadi analiz yapılmasının gerektiğini ifade ederek bu sorunun çözümünün ancak mahkemeler ile Rekabet Kurulu arasında bir ilişki kurulmasıyla mümkün olabileceğinin altını çizmiştir¹⁷²⁵.

RKHK m. 59 hükmünün genel mahkemeler tarafından sonuçlandırılacak olan tazminat davaları açısından getirilen bir düzenleme olması karşısında RKHK m. 4/III hükmündeki karineye ilişkin yaptığımız açıklamaların bir kısmı burada geçerliliğini yitirmektedir. Şöyle ki; RKHK m. 4/III her ne kadar bir karineye yer vermiş ise de yukarıda açıkladığımız gibi, Rekabet Kurulunun ilgili pazara ilişkin ayrıntılı iktisadi analiz yapması zorunludur. RKHK m. 59 yönünden ise genel mahkemelerin bu şekilde bir analiz yapabilmesi söz konusu değildir. Rekabet Kurulu soruşturma sonuçlarının genel mahkemelerdeki davalar açısından bekletici mesele yapılma zorunluluğunun bulunmaması ve soruşturma sonucunda verilen kararların genel mahkemeler yönünden bağlayıcı olmaması ile medeni usul hukukuna hâkim olan “*tarafarca getirilme ilkesi*” karşısında RKHK m. 59’un nasıl uygulanacağı konusu oldukça sorunludur. RKHK m. 59 ile davacıya bir ispat kolaylığı getirildiği açıktır. Davacının piyasada ortaya çıkan ve uyumlu eylem şüphesi yaratan somut

¹⁷²⁴ D. Cengiz, Uyumlu Eylem, ss. 387-396.

¹⁷²⁵ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 1151-1152.

değişiklikleri ortaya koyarak iddiasını RKHK m. 59'daki karineye dayandırması mümkündür. Ancak buna karşı davalının bunun aksini ne şekilde ispatlayabileceği hususu güçlük arz etmektedir. Zira davalının savunmasını yapabilmesi ve karinenin aksini ispat edebilmesi için ilgili pazarın ayrıntılı iktisadi analizinin yapılması zorunludur. Yargılama sırasında bu incelemenin mahkemece bilirkişi raporu tanzim ettirmek suretiyle yapılması mümkün ise de, bilirkişilerin yapacağı incelemenin Rekabet Kurulunca yapılan incelemeler kadar detaylı ve teknik olması çok olası görünmemektedir.

Türk hukukunda Rekabet Kurulu tarafından verilen “*On İki Banka*” kararının akabinde, bu on iki bankadan ihlâl ilişkili yıllarda kredi kullananlar tarafından genel mahkemelerde dava açılarak RKHK m. 58 kapsamında tazminat talep edilmiştir. Bu davalardan birinde Yerel Mahkeme tarafından, Rekabet Kurulu kararında yapılan tespitler hükme esas alınmış, başkaca bir araştırma yapılmamış ve on iki bankanın uyumlu eylem içinde olduğu kanaatiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Yerel Mahkeme sadece faiz oranları üzerinden davacının zararının hesaplanması bakımından bilirkişi raporu hazırlatmış olup uyumlu eylemin var olup olmadığı konusunda bilirkişi raporu alınmamasına, Rekabet Kurulu kararının ekonomik ve ticari açıdan yeterli olduğuna hükmetmiştir. Yerel Mahkeme ayrıca Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesinin beklenmesi talebini de reddetmiştir. Yerel Mahkeme kararı henüz kesinleşmemiştir¹⁷²⁶.

Türk hukukundaki uyumlu eylem karinesine ve ABAD kararlarında kabul edilen “*paralel davranışın tek makul açıklamasının uyumlu eylem olması*” ölçütüne karşılık ABD hukukunda taraflar arasındaki bağlantının kanıtlanamadığı hallerde, kartellerin ispatında olduğu gibi ek faktörlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar; işbirlikçi davranış için makul ve mantıklı bir saikin varlığı, birlikte uygulanmadığında teşebbüsün çıkarına aykırı olan davranışlar, kolaylaştırıcı eylemlere başvurulması, pazar yapısı müsait olmamasına rağmen paralel davranışlar gözlemlenmesi ve davranışın uyumlu eylem haricinde makul bir ticari açıklaması olmamasıdır¹⁷²⁷. Görüldüğü gibi, ABD antitröst hukukunda kabul edilen ek faktörler

¹⁷²⁶ İstanbul 12. Tüketici Mahkemesi, 09.05.2017, 2016/152 E., 2017/172 K. Yerel Mahkeme tarafından söz konusu kararda davacının üç kat tazminat talebi bir kat üzerinden kabul edilmiştir. Yerel Mahkemenin kanun hükmünde açıkça yer alan üç kat tazminatı hangi gerekçeyle bir kat olarak uyguladığı ayrı bir tartışma konusudur.

¹⁷²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kahraman, ss. 83-89.

ile Türk ve AB rekabet hukukunda kabul edilen ölçütler birbirleriyle uyum göstermektedir.

4.3. BİLGİ DEĞİŞİMİ YOLUYLA BİRLİKTE HÂKİM DURUM

4.3.1. Hâkim Durum ve Birlikte Hâkim Durum Kavramları

4.3.1.1. Hâkim Durum Kavramı

4.3.1.1.1. Hâkim Durumun Tanımı

Hâkim durum kavramı RKHK m. 3 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre; hâkim durum, “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” olarak tanımlanmıştır.

ABİDA’da hâkim duruma ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. ABAD tarafından verilmiş olan “*Continental Can Company Inc. v. Commission*” kararında¹⁷²⁸, “*Hoffman-La Roche*” kararında¹⁷²⁹ ve “*United Brands Co.- United Brands Continentaal B.V. v. Commission*” kararında¹⁷³⁰ hâkim durum; “*Bir teşebbüsün, müşterilerden, rakiplerden ve tüketicilerden önemli ölçüde bağımsız davranarak ilgili pazarda etkin rekabeti önleyebilecek bir güce sahip oldukları durumdur.*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁷³¹.

¹⁷²⁸ CJEU, 1973, *Continental Can Company Inc. v. Commission*, 21.02.1973, Case 6/72.

Karar hakkında bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 280-281, dn. 45, ss. 294-295, dn. 170; Aşçıoğlu Öz, ss. 64-65, 77, 102, 107-108, 113, 145-146; Ulaş Kısa, ss. 27, 29; Çeçen, ss. 14-15; Lang, pp. 22-23; Akıncı, ss. 206-207; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 59, 219-221; Esin, Rekabet, ss. 211-212; Sümer Özdemir, s. 27.

¹⁷²⁹ Bkz. yuk. s. 308, dn. 1030.

¹⁷³⁰ CJEU, 1978, *United Brands Co.- United Brands Continentaal B.V. v. Commission*, 14.02.1978, Case 27/76. Karar hakkında bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 282-283, dn. 59-60, s. 305, dn. 220; Aşçıoğlu Öz, ss. 77, 113-117, 120-131, 143, 153, 159, 182; Çiğdem Ünal, “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, (Sömürücü Davranışlar), ss. 123-127; Ulaş Kısa, ss. 13, 18, 21; Şiramun, ss. 30, 43-44; Çeçen, ss. 22, 34, dn. 84; Ünal, Aşırı Fiyat, ss. 28-29; Lang, pp. 4-13; Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s. 103; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 70, 76; H. Yavuz, ss. 21-22; Gündüz, ss. 6-7, 30-31; Yiğit, ss. 180-181; Uğur Özgöker, **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 33; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 214-216, 272-278; Esin, Rekabet, ss. 193-194.

¹⁷³¹ Kahraman, s. 107; Esin, Rekabet, s. 180.

Doktrinde Gül, hâkim durumun tanımını, “teşebbüsün pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme ya da istediği stratejiyi pazara kabul ettirebilme gücüne sahip olmasını ifade eder.” olarak yapmıştır¹⁷³².

Doktrinde Kahraman hâkim durumu; “bir teşebbüsün belirli bir pazarda, pazardaki rekabet koşullarından bağımsız şekilde hareket ederek, arz ve fiyat dengelerini tamamen tek taraflı kararlarıyla belirleyebileceği ekonomik güce sahip olduğu ve bu şekilde devamlı olarak üstün bir konumda bulunması durumunu ifade eden iktisadi bir kavram” olarak tanımlamıştır¹⁷³³.

4.3.1.1.2. Hâkim Durumun Unsurları

Kanun koyucu tarafından yapılan hâkim durum tanımına bakıldığında hâkim durumun unsurları arasında bağımsızlık ve ekonomik güç olduğu anlaşılmaktadır. Bir teşebbüsün hâkim durumda olduğunun kabul edilebilmesi için bağımsızlık ve ekonomik güç özelliklerine kısa bir süre için sahip olması yeterli olmayacaktır. Bu nedenle hâkim durum bakımından bir üçüncü unsur, devamlılıktır. Böylece hâkim durumdan söz edilebilmesi için gerekli olan üç unsurun; belirli bir ekonomik gücün varlığı, bağımsızlığa sahip olmak ve bu unsurların devamlılığı olduğunu söyleyebiliriz¹⁷³⁴.

4.3.1.1.2.1. Ekonomik Güç

RKHK m. 3’deki hâkim durum tanımına göre, bir teşebbüsün hâkim durumda olması için; fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne sahip olması gerekmektedir. Ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü ile kastedilen ekonomik güçtür¹⁷³⁵. Rekabetçi bir pazarda fiyat, arz gibi ekonometrik parametreler talep ve arza göre kendiliğinden oluşur. Ancak eğer ilgili pazarda hâkim durum söz konusuysa, hâkim durumdaki teşebbüsün ekonomik gücü o kadar büyüktür ki, bu teşebbüs ilgili pazar koşullarını tek başına

¹⁷³² Gül, s. 17.

¹⁷³³ Kahraman, s. 108.

¹⁷³⁴ Kahraman, s. 108; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 671; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 160-162; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 186.

¹⁷³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Göksoy, Birleşme ve Devralmalar, ss. 617-623.

belirleyebilmektedir¹⁷³⁶. Hâkim durumdaki teşebbüsün gücü iki nokta üzerinden açıklanabilmektedir. Bunlar; rakip teşebbüslerin hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarına karşı cevap verebilecek durumda olmamaları ve hâkim durumdaki teşebbüsün piyasadaki rekabeti bozabilecek güce sahip olmasıdır¹⁷³⁷.

Burada ekonomik gücün ölçülmesi bakımından belirli bir sermaye oranı, toplam ciro ya da toplam üretim veya satış miktarları gibi net bir kıstas bulunmamaktadır. Teşebbüs yasal tekel ya da fiili tekel durumunda olabilir. Bu durumda bu teşebbüsün hâkim durumda olduğu açıktır¹⁷³⁸. Tekel durumu dışında bir teşebbüsün hâkim durumda kabul edilecek kadar ekonomik güce sahip olup olmadığı somut olay çerçevesinde ilgili pazara ilişkin ayrıntılı iktisadi analizler yapılarak tespit edilecektir. Doktrinde İ. Y. Aslan tarafından, RKHK m. 6'ya göre ekonomik gücün tespit edilebilmesi için RKHK m. 4'ün göz önünde tutulması gerektiği, 4. maddeye göre iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşarak yapabilecekleri kısıtlamayı, bir teşebbüsün tek başına yapabiliyor olması halinde o teşebbüsün hâkim durumda olduğunun anlaşılacağı, böylece iki maddenin birbirini tamamlamasının sağlanacağı ifade edilmiştir¹⁷³⁹.

Kılavuz'a göre; hâkim durum belirlemede öncelikle pazar payı göz önünde bulundurulmaktadır. Hangi oranda pazar payına sahip olduğunda teşebbüsün hâkim durumda kabul edileceğine ilişkin net bir düzenleme bulunmamakla birlikte Kurulun yerleşik uygulamalarına göre %40'ın altında pazar payı olan teşebbüslerin hâkim durumda olma olasılıklarının düşük olduğu Kılavuz'da belirtilmiştir. %40'ın üzerinde pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda bulunup bulunmadığının belirlenmesi için daha ayrıntılı değerlendirmeler yapılması gerekmektedir¹⁷⁴⁰. Pazar payının %60'ın üzerinde olması ise hâkim durumun varlığı yönünden bir karine olarak kabul edilmektedir¹⁷⁴¹.

Kılavuz'a göre öncelikle teşebbüsün sahip olduğu pazar payının istikrarlı olup olmadığına bakılması gerekmektedir. İncelenen teşebbüsün pazar payı ile rakip

¹⁷³⁶ Gül, s. 18.

¹⁷³⁷ Vatiro, pp. 3-4.

¹⁷³⁸ Z. Aslan ve Berk, s. 88; Aşçıoğlu Öz, ss. 122; Şiramun, s. 29; Çeçen, s. 17.

¹⁷³⁹ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 671-672; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 161; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 188.

¹⁷⁴⁰ Doktrinde Sanlı'nın yaptığı istatistiksel bir incelemenin sonucuna göre 1998-2009 yılları arasında Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlarda %60'ın altında pazar payı olan teşebbüslerin hâkim durumda olduğunun kabul edildiği karar sayısı sadece üçtür (Sanlı, Yaptırım Politikası, ss. 34, 54).

¹⁷⁴¹ Kesici, s. 72.

teşebbüslerin pazar payları arasındaki fark ne kadar büyük ve istikrarlıysa incelenen teşebbüsün ilgili piyasada baskı kurma olasılığı o kadar yüksektir.

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazar payı “*mutlak pazar payı*”, diğer rakip teşebbüslerin pazar payları karşısındaki değeri ise “*nispi pazar payı*” olarak ifade edilmektedir¹⁷⁴². Bir teşebbüsün pazar payı, pazardaki rakiplerine göre ne kadar büyük olursa, bu teşebbüsün hâkim durumda olduğunun kabulü o kadar kolaylaşır¹⁷⁴³.

2009 tarihli Komisyon Rehberi’nde de %40’lık pazar payı esas alınmış olup %40’ın altında pazar payı olan teşebbüslerin istisnalar dışında, hâkim durumda bulunma olasılığının bulunmadığı belirtilmiştir. Doktrinde, Komisyon Rehberi’nin bu düzenlemesiyle %40’ın altında pazar payı olan teşebbüsler bakımından bir güvenli liman yaratıldığı belirtilmiş ise kanaatimizce bu oran bir kesinlik ifade etmediğinden, daha doğru bir ifadeyle pazar payı %40’ın altında kalan bir teşebbüsün de bazı hallerde hâkim durumda kabul edilmesi mümkün olabileceğinden tam anlamıyla bir güvenli limanın varlığından söz etmek çok kolay değildir¹⁷⁴⁴.

RKHK m. 3’de belirtilen ekonomik güç her zaman tekel gücü anlamına gelmez¹⁷⁴⁵. Hâkim durum monopolü değil; somut durumda monopol gibi hareket ederek etkin rekabeti engelleme gücüne sahip olunmasını ifade eder¹⁷⁴⁶. İlgili pazar bir monopol piyasası olmasa dahi hâkim durum söz konusu olabilir. Pratikte monopol piyasalarının çok nadir olarak karşımıza çıkmasına rağmen, hâkim durum çok daha sık rastlanılan bir durumdur. Kısaca; hâkim durum kavramının tekel durumuyla sınırlı olmayan ve kapsamı çok daha geniş olan bir kavram olduğunu söylemek mümkündür¹⁷⁴⁷.

Doktrinde hâkim durumun tespitinde pazar payının tek başına yeterli olmadığı, pazar payının niceliksel bir ölçüt olduğu, bunun yanında ayrıca niteliksel ölçütlere de bakılması gerektiği, niteliksel ölçütlerin en önemlisinin ise pazara giriş

¹⁷⁴² Ocak, s. 226; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 252, Gül, s. 21; N. Kortunay, ss. 63-64.

¹⁷⁴³ Ocak, s. 226; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 252; Çeçen, s. 20; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 303-304; Yiğit, s. 126; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 196.

¹⁷⁴⁴ Örneğin, pazar payı %35 olan bir teşebbüsün ilk bakışta hâkim durumda olmadığı söylenebilir. Ancak pazardaki diğer tüm rakiplerin pazar payları nispeten çok küçükse (%3, 5, 10 gibi), bu durumda %35 pazar payı olan teşebbüsün hâkim durumda olduğu kabul edilecektir (Güçer, s. 38). Aynı yönde: Öztunalı, s. 43; Güven, Rekabet Hukuku, s. 305.

¹⁷⁴⁵ Kahraman, s. 109; Tekdemir, s. 5; Ocak, s. 172; Gül, s. 18; Güven, Rekabet Hukuku, s. 263.

¹⁷⁴⁶ Ocak, s. 173.

¹⁷⁴⁷ Kahraman, s. 109; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 671.

engelleri olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁴⁸. Ayrıca; marka, patent ve diğer fikri ve sınai mülkiyet hakları¹⁷⁴⁹, dikey entegrasyon¹⁷⁵⁰, teknolojik üstünlük, pazarlama teknikleri, ilgili teşebbüsün davranışı, üretim kapasitesi, ölçek ekonomileri, markanın tanınmışlığı, sahip olunan depo, boru hatları vs., satış sonrası hizmetler, hizmet kalitesi, ürün çeşitliliği, eğitilmiş personel ve alıcıların gücü niteliksel faktörler olarak belirtilmiştir¹⁷⁵¹. Özellikle pazara giriş engelleri bulunmayan piyasalarda, yüksek pazar payına sahip olmak tek başına hâkim durum konusunda kesin bir veri olarak kabul edilmeyebilir¹⁷⁵².

4.3.1.1.2.2. Bağımsızlık

RKHK m. 3'deki hâkim durum tanımına göre, hâkim durumdaki teşebbüsün ekonomik parametreleri rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek belirleme gücü olması gerekmektedir. Buna göre; bir teşebbüsün hâkim durumda olduğunu söyleyebilmek için, bu teşebbüsün ticari stratejilerini belirlerken ve piyasa kararlarını alırken, diğer rakiplerinden ve müşterilerden etkilenmemesi, onların davranışlarını göz önünde bulundurmaya ihtiyaç duymaması ve tamamen kendi istekleri doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir. Doktrinde İ. Y. Aslan bunu, “keyfi davranabilme gücü” olarak ifade etmiştir¹⁷⁵³. Bir başka deyişle; hâkim durumdaki teşebbüs, mevcut ve potansiyel rakipleri ile müşterilerinin var olan veya ortaya çıkabilecek davranışlarından etkilenmeyerek piyasa koşullarını tek başına belirleyebilme gücüne sahiptir.

Doktrinde Öztunalı, hiçbir teşebbüsün rakiplerinden ve müşterilerinden tam anlamıyla bağımsız davranamayacağını, “*Hoffman-La Roche*” ve “*United Brands Co.- United Brands Centinental B.V. v. Commission*” kararlarında verilen hâkim

¹⁷⁴⁸ Yanık, s. 26; Aşçıoğlu Öz, ss. 126-127; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 253; Çeçen, ss. 21-22; Yücel, s. 58.

¹⁷⁴⁹ Fikri ve sınai mülkiyet hakları ile hâkim durum ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Y. Kaya, Hâkim Durum, ss. 9-15.

¹⁷⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekdi, Piyasa Kapatma, ss. 16-24; Ölmez, s. 21.

¹⁷⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ocak, ss. 228-257; Aşçıoğlu Öz, ss. 127-131; Gül, ss. 22-24; Güçer, ss. 103-104; Ulaş Kısa, s. 21; Şiramun, ss. 30-31; Çeçen, ss. 22-23; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 682-688; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 164-173; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 264-271, 304; Eroğlu, s. 198; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, s. 423; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 69-71; Günay, Şerh, ss. 980-984; Akyüz, s. 74; Esin, Rekabet, ss. 182-183; Z. Aslan ve Berk, ss. 89-90.

¹⁷⁵² Ulaş Kısa, s. 21.

¹⁷⁵³ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 672; İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 162.

durum tanımındaki “önemli derecede” bağımsız davranabilme ifadesi ile de bağımsızlığın mutlak olmadığının vurgulandığını ifade etmiştir. Yazar bu nedenle, RKHK m. 3’deki hâkim durum tanımında böyle bir ölçüt getirilmemiş olmasını eleştirmiştir¹⁷⁵⁴.

Kanun koyucu sadece rakipler ve müşterilerden söz etmiş ise de bunun sağlayıcıları ve tüketicileri de kapsar şekilde geniş olarak yorumlanması gerekmektedir¹⁷⁵⁵.

4.3.1.1.2.3. Devamlılık

Bir teşebbüsün hâkim durumda olduğunun kabul edilebilmesi için bu teşebbüsün ilgili pazardaki ekonomik parametreleri rakiplerinden ve müşterilerden bağımsız olarak tek başına belirleyebilme gücünün devamlılık göstermesi gerekmektedir. Bir teşebbüsün sadece kısa bir süre için belirleyici güce sahip olması, o teşebbüsün hâkim durumda olduğu anlamına gelmez¹⁷⁵⁶.

Devamlılık ile kastedilenin ne olduğu konusunda kesin bir süre ölçütü bulunmamaktadır. Ancak somut olay çerçevesinde ilgili pazara ilişkin olarak yapılacak ayrıntılı iktisadi analiz sonucunda teşebbüsün hâkim durumda kabul edilmesi için gerekli koşulların bulunup bulunmadığı belirlenecektir¹⁷⁵⁷.

Doktrinde Yiğit, teşebbüsün piyasadaki ekonomik parametreleri belirleyebilmesine yetecek kadar bir zamanın yeterli olarak kabul edilmesi ve bunun da her somut olayın şartları kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁵⁸.

Doktrinde Ülgen, Komisyonun pazar payı bakımından beş senelik bir süreyi devamlılık için yeterli gördüğünü; buna karşılık üç seneden daha kısa süren yüksek pazar paylarının özellikle dinamik piyasalarda hâkim durumun varlığı için yeterli görülmediğini ifade etmiştir¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁴ Öztunalı, s. 37.

¹⁷⁵⁵ Kahraman, s. 109.

¹⁷⁵⁶ Kahraman, ss. 109-110; Ülgen, s. 43; Ocak, s. 176; Güçer, s. 39; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 673; İ. Y. Aslan, Rekabet, s. 162; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 190; Güven, Rekabet Hukuku, s. 304; Günay, Rekabet Hukuku, s. 86; Günay, Şerh, s. 996; Akyüz, s. 72.

¹⁷⁵⁷ Güven, Rekabet Hukuku, ss. 304-305.

¹⁷⁵⁸ Yiğit, s. 127.

¹⁷⁵⁹ Ülgen, s. 43.

Doktrinde İ.Y. Aslan ise; hâkim olunan süre içinde kötüye kullanma teşkil edecek davranışlarda bulunulabilmişse, hâkim durumdan söz edilebilemesi için yeterli sürenin mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁶⁰.

AB uygulamasında devamlılık süresinin genellikle beş yıldan fazla olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁷⁶¹. “*Hoffman-La Roche*” kararında A vitamini piyasasında üç yıl süren %75-87 arasındaki pazar payı hâkim durum için yeterli görülürken, B3 vitamini piyasasında iki yıl süren %30-50 arasındaki pazar payı hâkim durum için yeterli kanıt olarak görülmemiştir.

Sonuç olarak; genel bir devamlılık süresi yerine, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapıldığını ve bu yaklaşımın isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

Doktrinde, teşebbüsün uzunca bir süre yüksek fiyat ve yüksek kârlılıkla çalışmasına rağmen piyasaya yeni girişlerin olmamasının hâkim durumun göstergelerinden biri sayılabileceği ifade edilmiştir. Buna göre; yapılacak değerlendirmelerde teşebbüsün maliyet yapısı da değerlendirilmelidir. Zira yüksek fiyatlar bazen ilgili pazarda sabit maliyetlerin çok yüksek olması gibi başka sebeplerden de kaynaklanabilir¹⁷⁶².

4.3.1.2. Birlikte Hâkim Durum Kavramı

Birlikte hâkim durum kavramı ilk kez 1975 yılında “*Suiker Unie*” kararında gündeme gelmişse de hâkim durumu ihlâl eden bir davranış saptanamadığından birlikte hâkim durum kavramı üzerinde durulmamıştır¹⁷⁶³. Daha sonra Komisyonun “*Italian Flat Glass*” kararına¹⁷⁶⁴ karşı verilen “*SIV v. Commission*” kararı¹⁷⁶⁵, “*French-West African Shipowners’ Committees*”¹⁷⁶⁶, “*Gemeente Almelo and others*

¹⁷⁶⁰ İ.Y. Aslan, Rekabet, s. 162.

¹⁷⁶¹ Çeçen, s. 19; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 673.

¹⁷⁶² Öztunalı, s. 46.

¹⁷⁶³ Çelen, s. 39.

¹⁷⁶⁴ EC, 1989, *Italian Flat Glass*, 07.12.1988, OJ 04.02.1989 L 33/44. Bilgi için bkz. Tekdemir, ss. 15-16; Ülgen, ss. 47-49; Ocak, s. 267; Aşçıoğlu Öz, ss. 133-135; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 190, dn. 250; Şiramun, s. 27; Esin, TÛSİAD, s. 34; Esin, Rekabet, s. 41.

¹⁷⁶⁵ CJEU, 1992, *SIV v. Commission*, 10.03.1992, Joined Cases T-68/89, T-77/89 and T-78/8. Karar hakkında bkz. Çelen, ss. 40-41; Kekevi, Uzmanlık Tezi, ss. 41-42.

¹⁷⁶⁶ EC, 1992, *French-West African Shipowners’ Committees*, 01.04.1992, OJ 18.05.1992 L 134/1. Karar hakkında bkz. Çelen, ss. 41-42; Tekdemir, s. 16.

v. *Energiebedrijf IJsselmij NV*”¹⁷⁶⁷ ve “*Compagnie Maritime Belge Transports*”¹⁷⁶⁸ kararlarında birlikte hâkim durum ele alınmıştır.

Tüm bu kararlarda birlikte hâkim durumdan söz edebilmek için, teşebbüsler arasında ekonomik ya da yeterince güçlü bağ bulunması gerektiği belirtilmiştir. Doktrinde, oligopol piyasa koşullarının ekonomik ya da yeterince güçlü bağ kapsamında değerlendirilmesinin uygun olup olmadığı incelenmiştir. Bir kısım yazarlar, oligopol piyasa koşullarının ekonomik ya da yeterince güçlü bağ niteliğine uygun olduğunu belirterek uyumlu eylem olmayan paralel davranışların bu çerçevede birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması yönünden değerlendirilebileceğini savunmuşlardır¹⁷⁶⁹. Bu görüş, uyumlu eylem niteliğinde olmayan paralel davranışların, piyasadaki mevcut ve beklenen rakip davranışlarına akılcı bir uyumun sonucu olduğunun iddia edilebilirliği nedeniyle eleştirilmiş ve uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışların per se olarak birlikte hâkimiyet iddiasıyla yasaklanmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷⁷⁰. Buna karşılık; aşırı fiyat durumu, pazara girişin zorlaştırılması ve dışlayıcı davranışların oligopolistik karşılıklı bağımlılık teorisiyle yeterince açıklanamayacağı; bu nedenle bu tür davranışların birlikte hâkimiyet iddiasıyla denetlenebileceği görüşü savunulmuştur¹⁷⁷¹. Oligopol piyasalarda birlikte hâkim durumun daha sık görülmesi pazar yapısı itibarıyla olağandır. Bu tür piyasalarda birlikte hâkim durum oluşturan birlikteliğin, teşebbüsler arasındaki bir bağımlılıktan mı kaynaklandığının ayırt edilmesi gerekmektedir. Ancak bu ayırım yukarıda açıklamış olduğumuz RKHK m. 4 kapsamında bir ihlâlin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde önem taşımaktadır. Birlikte hâkim durumun kötüye kullanılmasında ise birlikteliğin nasıl oluştuğu önemli olmayıp, birlikte hâkim durumdaki teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarının söz konusu olup olmadığı önem taşımaktadır.

Birlikte hâkim durumun tanımına RKHK’da yer verilmemiştir. RKHK m. 6/I hükmünde yer alan “...hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve

¹⁷⁶⁷ CJEU, 1994, *Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf IJsselmij NV*, 27.04.1994, C-393/92. Karar hakkında bkz. Çelen, ss. 42-43; Tekdemir, s. 17; Aşçıoğlu Öz, s. 136.

¹⁷⁶⁸ CJEU, 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA v. Dafra-Lines A/S*, 16.03.2000, Joined Cases C-395/96, C-396/96. Karar hakkında bkz. Çelen, ss. 43-46.

¹⁷⁶⁹ Lang, p. 43.

¹⁷⁷⁰ Tekdemir, s. 19.

¹⁷⁷¹ Tekdemir, s. 20.

yasaktır” ifadesinde yer alan *“başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar”* ibaresi doktrinde tartışılmıştır. Bu ibarenin RKHK m. 4 ile RKHK m. 6 arasındaki tamamlayıcılık ilişkisini ortadan kaldırdığı ve sanki her iki madde de aynı konuyu düzenliyormuş gibi bir anlam yarattığı belirtilerek hükmün ifade tarzı eleştirilmiştir. Bu ifadenin, hâkim durumun kötüye kullanılmasının bir yolunu mu yoksa birlikte hâkim durumun bir unsurunu mu ifade ettiği konusunda farklı yorumlar ortaya çıkmıştır¹⁷⁷².

Doktrinde Kahraman tarafından birlikte hâkim durum, *“ilgili pazarda aralarında ekonomik bağlar olan birden çok teşebbüsün, tek başlarına hâkim durumda olmadıkları halde bir arada sahip oldukları hâkim konum”* olarak tanımlanmıştır¹⁷⁷³.

Doktrinde Tekdemir tarafından birlikte hâkim durum; *“Birlikte hâkimiyet kavramı pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine etmek suretiyle sanki tek bir hâkim duruma sahiplermiş gibi davranma yeteneğine sahip olmaları ve bunun sonucunda rekabet üstü kâr elde ettikleri durumu ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır¹⁷⁷⁴.

Yiğit birlikte hâkim durumu; *“...oligopol piyasalarda birden fazla teşebbüsün, gerek danışıklı ilişki içerisinde gerek piyasanın yapısı gereği olan paralel davranışlar neticesinde ilgili piyasada hâkim durumda bulunmaları”* olarak tanımlamıştır¹⁷⁷⁵.

Birlikte hâkim durum, birden fazla teşebbüsün aralarındaki açık veya gizli herhangi bir ekonomik bağlantı yoluyla birlikte aynı yönde hareket ederek hâkim durum yaratmaları anlamına gelmektedir¹⁷⁷⁶. Bir başka deyişle; burada hâkim

¹⁷⁷² Ocak, ss. 263-264; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 256; Yiğit, ss. 134-135.

Doktrinde Sanlı, hangi yorum tarzı benimsenirse benimsensin sonucu değiştirecek bir durumun söz konusu olmayacağını ifade ettikten sonra ilk yorum tarzını, yani bahsi geçen ifadenin hâkim durumun kötüye kullanılma şekillerine ilişkin olduğu yorumunun daha isabetli bulunduğunu belirtmiştir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 256-257).

¹⁷⁷³ Kahraman, ss. 112-113.

¹⁷⁷⁴ Tekdemir, s. 5.

¹⁷⁷⁵ Yiğit, s. 137.

¹⁷⁷⁶ Vatiéro, pp. 5-6.

Doktrinde Gül, teşebbüsler arasındaki bu bağın anlaşma ya da uyumlu eylem düzeyine ulaşmamış olması gerektiğini ifade etmiş ise de teşebbüsler arasındaki anlaşma veya uyumlu eylemler yoluyla elde edilen danışıklılık sonucunda teşebbüslerin birlikte hâkim duruma gelmesi pek tâbi mümkündür (Gül, s. 25). Hatta bu tür işbirliklerinin, birleşme ve devralma niteliğindeki işlemlerin yanında, pazar payı yüksek olmakla birlikte tek başına hâkim durumda olmayan teşebbüslerin birlikte hâkim duruma gelmesini sağlayan en temel sebeplerden biri olduğu söylenebilir. Gül, belirttiğimiz bu ifadeyi

durumda tek bir teşebbüs yoktur. Ancak birden fazla teşebbüsün işbirliği yapması ve tek bir teşebbüsmüş gibi ortak şekilde hareket etmeleri halinde, bu teşebbüslerin birlikteliği bir hâkim durum yaratmaktadır¹⁷⁷⁷. Bu durum anlaşma, uyumlu eylem veya pazarın niteliği gereği ortaya çıkmakla birlikte genellikle kartel anlaşmaları yoluyla gerçekleşmektedir^{1778, 1779}.

Birlikte hâkim durumdan söz edilebilmesi için bu hâkim duruma katılan teşebbüslerin her birinin rekabet hukuku anlamında bağımsız teşebbüsler olmaları gerekmektedir. Bir başka deyişle; bir şirketler topluluğunun sahip olduğu hâkimiyet birlikte hâkimiyet kapsamına girmeyecektir¹⁷⁸⁰. Doktrinde Öztunalı, birlikte hâkim durumun özellikle pazarda az oyuncu bulunması, pazarın doygunluk seviyesinde olması, ürünün homojenliği, pazara giriş engellerinin yüksekliği gibi durumların varlığı halinde ortaya çıktığını ifade etmiştir¹⁷⁸¹.

Yukarıda hâkim durum için açıklanmış olan tüm unsurlar, birlikte hâkim durum için de geçerlidir. Buna göre; birlikte hâkim durum oluşturan teşebbüslerin, aralarında kurmuş oldukları bu birliktelik yoluyla, piyasa parametrelerini rakiplerinden ve müşterilerden bağımsız olarak yönlendirebilecek ekonomik güce sahip olmaları gerekmektedir¹⁷⁸².

Birlikte hâkim durum teşebbüsler arasında gerçekleşen yoğunlaşma işlemleri sonucunda ortaya çıkabilir¹⁷⁸³. Gerek çalışmamızın kapsamı gerekse yoğunlaşmalar

kullandıktan sonra bununla çelişkili olmakla beraber isabetli olarak, anlaşma yoluyla hâkim durumun mümkün olduğunu ifade etmiştir (Gül, ss. 27-28).

¹⁷⁷⁷ Doktrinde birlikte hâkim durumun genellikle yatay seviyede gerçekleşmesine rağmen dikey olarak da gerçekleşebileceği belirtilmiştir (Vatiero, pp. 6-7).

¹⁷⁷⁸ Güçer, s. 40.

¹⁷⁷⁹ Doktrinde Sanlı, AB hukukunda bu durumlarda hem hâkim durumun kötüye kullanılması hem de rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar nedeniyle ayrı ayrı ceza uygulandığını, ancak birlikte hâkimiyetin gerçekleştiği her durumda teşebbüsler arasındaki ilişkinin Roma Antlaşması m. 85 kapsamında değerlendirilmesinin amaca uygun bir yorum tarzı olmayacağını ifade etmiştir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 258).

¹⁷⁸⁰ Ocak, s. 257; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 257; Gül, s. 25; Çeçen, s. 24; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 690; Yiğit, s. 136.

¹⁷⁸¹ Öztunalı, s. 39.

¹⁷⁸² Kahraman, s. 119.

¹⁷⁸³ Yoğunlaşma işlemlerinde tedbirler genellikle işlem henüz gerçekleşmeden ve piyasada etkileri meydana gelmeden *ex ante* olarak alınmakta iken rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda ve hâkim durumun kötüye kullanılmasında tedbirler genellikle ihlâl ortaya çıktıktan sonra *ex post* olarak uygulanabilmektedir. Bir başka ifadeyle; yoğunlaşma işlemlerine ilişkin yukarıda açıklanmış olan izin prosedürü işletildikten sonra yoğunlaşma işlemi bir birlikte hâkim duruma sebep olacak olsa bile bu işleme izin verilmesi mümkündür. Zira hâkim durumda olmak rekabet hukuku tarafından yasaklanmamakta, bu hâkim durumu kötüye kullanmak yasaklanmaktadır. Yoğunlaşma işlemi gerçekleştikten sonra oluşan birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması halinde RKHK m. 6 devreye girecek ve rekabeti bozucu bu durumun ortadan kalkması için gerekli önlemler alınacaktır.

konusunda yukarıda bilgi verilmiş olduğundan konu burada yeniden ele alınmayacaktır¹⁷⁸⁴.

Birlikte hâkimiyet halinde bu hâkimiyetin devam edebilmesi, birlikteliğin devam etmesine bağlıdır. Birlikte hâkim durumda bulunan teşebbüsler arasındaki birliktelik herhangi bir sebeple bozulduğunda hâkim durum da ortadan kalkacaktır. Bu birlikteliğin aktif işbirliğiyle gerçekleşmesi mümkün olduğu kadar karşılıklı oligopolistik bağımlılık sonucu ortaya çıkması da mümkündür. Zira teşebbüsler arasındaki her türlü ekonomik bağ birlikteliğe sebep olabilir ve işbirlikçi olmayan karşılıklı oligopolistik bağımlılık da oligopolistler arasındaki ekonomik bir bağlıdır¹⁷⁸⁵.

Birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olup olmadıklarının tespitinde iki aşamalı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bunlardan ilki; birlikte hâkim durum oluşturan teşebbüslerin oluşturdıkları bu oligopol içinde kendi aralarındaki iç rekabet; ikincisi ise, bu oligopol ile diğer rakipler ile aralarındaki dış rekabettir. İç ilişki testi sonucunda birlikte hâkim durum yaratıp yaratmadığı incelenen teşebbüsler arasında etkin rekabet olduğu sonucuna varılırsa, ortada birlikte hâkim durum bulunmadığı söylenebilecektir. Eğer iç ilişki testinde, teşebbüsler arasında etkin rekabet olmadığı tespit edilmişse bu kez ikinci aşama olan dış ilişki testi yapılacaktır. Dış ilişki testiyle, söz konusu oligopole karşı etkin rekabet bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Eğer dış ilişki testinde etkin rekabet bulunmadığı saptanmışsa, birlikte hâkim durumun oluştuğu anlaşılabilecektir¹⁷⁸⁶.

4.3.2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kavramına Genel Bakış

Bilgi değişimi faaliyetleri uyumlu eyleme sebep olabileceği gibi, özellikle çok parçalı olmayan az oyunculu yoğunlaşmış pazarlarda birlikte hâkim durum ortaya çıkmasına da sebep olabilir.

Bu kapsamda alınacak tedbirlerin amacı, oluşan rekabeti bozucu etkiyi ortadan kaldırıp ihlâl sonucu bozulan rekabeti yeniden tesis etmektir (Sinan Bozkuş, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, s. 5).

¹⁷⁸⁴ Sonucunda birlikte hâkim durum yaratacak olan birleşme ve devralmaların ilgili mevzuat çerçevesinde izne tâbi olup olmadığı konusundaki açıklamalar ile emsal Avrupa Komisyonu ve ABAD kararları hakkında bilgi için bkz. Tekdemir, ss. 20-33.

¹⁷⁸⁵ Kahraman, s. 119-120.

¹⁷⁸⁶ Ocak, s. 266.

RKHK m. 6'da hâkim durumun kötüye kullanılması düzenlenmiştir. RKHK m. 6/I hükmüne göre; *“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.”*

Gerek ABİDA m. 102 gerekse RKHK m. 6 ile yasaklanan; hâkim durumda olmak değil, hâkim durumu kötüye kullanmaktır¹⁷⁸⁷. Bu kapsamda değerlendirme yapılırken; öncelikle ilgili pazar tespit edilecek, söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığı belirlenecek ve eğer hâkim durumda ise bu hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı değerlendirilecektir.

Hâkim durumdaki teşebbüsün rekabeti dışlamayan ya da sahip olduğu hâkim durumunu istismar etmeyen davranışlar yoluyla mevcut pazar payını arttırmaya yönelik eylemleri hukuka aykırı değildir. Buna karşılık rekabeti önemli ölçüde dışlayarak pazar payını yükselten ve böylece markalar arası rekabeti sınırlayan davranışlar hâkim durumun kötüye kullanılmasını oluşturur¹⁷⁸⁸.

Hangi hallerde hâkim durumun kötüye kullanılmış olduğu hükmün ikinci fıkrasında beş bent halinde sayılmıştır¹⁷⁸⁹. Hükümde sayılan haller; hâkim durumun

¹⁷⁸⁷ Doktrinde Nart; *“...mevcut pazarda bir kimsenin tek başına piyasada hakim konumda olması, rekabet ortamını olumsuz şekilde etkileyecek, yani rekabet sınırlandırılacaktır. Bu durum da, kişinin karşı tarafı seçme imkânını sınırlandıracak piyasada hakim olanla sözleşme yapılmasını gerektirecek; piyasada rakiplerin bulunmaması sebebiyle de sözleşmenin içeriği kolayca bir hakim işletme veya kişi tarafından belirlenebilecek, dolayısıyla sözleşme özgürlüğü ortadan kalkacaktır. İşte bu sebeple piyasada bulunan bir işletmenin tek başına hakim olması önlenmediği sürece, başka bir ifadeyle serbest rekabet sağlanamadığı sürece kamu ve özel hukuk alanında yapılan düzenlemelerin bir amacı kalmayacaktır.”* şeklinde açıklamalar yapmıştır (Nart, s. 114).

Yazarın bu açıklamalarından, tek başına hâkim durumun her şekilde rekati bozduğu ve bu nedenle tek başına hâkim durumun engellenmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Oysaki sadece hâkim durumda olmak rekabeti olumsuz etkileyen ve engellenmesi gereken bir müessese olarak kabul edilemez. RKHK'nın amacı, piyasalarda hâkim durumun önlenmesi değil, bu hâkimiyetin kötüye kullanılması yoluyla rekabetin bozulmasının engellenmesidir. Kaldı ki hâkim durumun birçok yönden rekabet üzerinde olumlu etkileri de bulunmaktadır. Bu nedenlerle, yazarın genelleyici anlam içeren ifadelerine katılmayı mümkün görmemekteyiz.

¹⁷⁸⁸ Lang, p. 33.

¹⁷⁸⁹ RKHK m. 6/II hükmü şu şekildedir:

“Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*
- b) Eşit durumdaki alıcılara veya eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,*
- c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir*

kötüye kullanılması bakımından sınırlayıcı olarak değil, örnekleyici olarak düzenlenmiştir¹⁷⁹⁰. Hâkim durumdaki teşebbüsün, bundan doğan gücünü kullanarak rekabeti sınırlandırdığı, kısıtladığı ya da haksız avantajlar sağladığı her durumda hâkim durumu kötüye kullanmanın var olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁹¹. Hükümde sayılan hallerin varlığı, per se olarak kötüye kullanma olduğu anlamına gelmemektedir¹⁷⁹². ABD antitröst hukukunda hâkim durum Sherman Yasası m. 2 kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre; her türlü tekel ve kartel girişimini yasaklayan Sherman Yasası m. 2 hükmü, hâkim durumu da kapsamakta ve hâkim durumda olmayı per se yasaklamaktadır. Bir başka deyişle; Sherman Yasası kapsamında bir yasaktan söz edilmesi için hâkim durumun bulunması yeterli olup ayrıca kötüye kullanma unsuru aranmamaktadır. Hükmün lafzından çıkan bu sonuç, uygulamada rule of reason ilkesi ile yumuşatılmış ve sadece makul ölçüleri aşan davranışların Kanun'a aykırı olacağı kabul edilerek hâkim durumda bulunma değil, bu hâkim durumun makul ölçüleri aşar şekilde kötüye kullanma yasak kapsamında

fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) *Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*

e) *Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”*

¹⁷⁹⁰ Doktrinde hükmün ABİDA m. 102'den çevirisi sırasında hata yapıldığı, “Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır” ibaresinin bir kesinlik taşıdığı, bu ibare karşısında hükümde sayılan hallerin varlığı durumunda hâkim durumun kötüye kullanıldığına karar verilmesi gerektiği, oysaki orijinal metnin doğru bir şekilde çevrilmesi durumunda “Kötüye kullanma halleri özellikle şu davranışları kapsayabilir” şeklinde bir ibarenin yazılmasının gerektiği ve örnekleyici bir hüküm için doğru olan ifadenin bu ikincisi olduğu belirtilerek maddedeki ifade eleştirilmiştir (Ayşe Odman Boztosun, . “Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, (Tek Yanlı Davranışlar), s. 141).

Hükme yönelik diğer eleştiriler için bkz. Odman Boztosun, Tek Yanlı Davranışlar, ss. 141-142.

Doktrinde Lang, Roma Anlaşması m. 86 hümnünde sayılan hallerin varlığında bunlara karşı geçerli bir itirazda bulunulamayacağı yaklaşımının bulunduğunu; buna karşılık hükümde sayılmayan hallerde ise davranışın ancak rekabetçi etkilerin görülebiliyor olması halinde yasaklanması gerektiğini belirtmiştir (Lang, p. 23).

Ancak gerek örnekleyici olarak listelenen davranışların mutlaka kötüye kullanma teşkil ettiğinin kabulü gerekse bu listede sayılmayan davranışların ancak açıkça rekabeti bozucu etkisinin görülebilmesi halinde yasaklanabileceği görüşü, rekabet hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Listede sayılan davranışların özellikle “amaçlamak” ibaresiyle vurgulananlarının amaç yönünden rekabete aykırılık teşkil ettiği kabul edilecek olursa, bu durumda hâkim durumunu köyüte kullandığı iddia edilen tarafın bu durumun aksini ispat edebilme imkânı bulunmaktadır. Listede sayılmakla birlikte amaç unsuru açıkça vurgulanmamış olan davranışlar ile listede sayılmamış olan davranışlar yönünden ise amaç ve etki temelli değerlendirme yapılarak bir kötüye kullanma bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle; listede yer alan davranışların, hâkim durumdaki teşebbüse aksini ispatlama imkânı verilmeksizin per se hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi yaklaşımı tarafımızca çok isabeti bir yaklaşım olarak görülmemektedir.

¹⁷⁹¹ İkizler, Uyumlu Eylemler, s. 252.

¹⁷⁹² Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, s. 74.

kabul edilmiştir¹⁷⁹³. Doktrinde Sherman Yasası ile inovasyona, yeteneğe, sıkı çalışmaya, şansa ya da zorlu rekabete dayanmaksızın yasal olmayan davranışlarla tekel gücünün elde edilmesi ve sürdürülmesinin yasaklandığı; yasal şekilde elde edilen tekel gücünün ise yasaklanmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁹⁴.

2005 yılında Avrupa Komisyonu Rekabetçi Politikalara İlişkin Ekonomik Tavsiye Grubu (*European Advisory Group on Competition Policy=EAGCP*) tarafından bir Tartışma Metni yayınlanmıştır¹⁷⁹⁵, 2009 yılında ise Avrupa Komisyonu tarafından hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bir Rehber yayınlanmıştır^{1796, 1797}. Ayrıca yine 2009 yılında Komisyon tarafından, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından dışlayıcı kötüye kullanma davranışları hakkında bir Rehber daha yayınlanmıştır¹⁷⁹⁸. Rekabet Kurulu tarafından da 2014 yılında Komisyon Rehberi'ne uyumlu şekilde Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz yayınlanmıştır¹⁷⁹⁹.

Kılavuz'a göre hâkim durumun kötüye kullanılması; "*hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan veya dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunma*" olarak tanımlanabilir. Kılavuz'a göre hâkim durumun kötüye kullanılmasıyla; fiyat

¹⁷⁹³ Ocak, s. 177; Ulaş Kısa, ss. 24-25.

¹⁷⁹⁴ Ünal, Aşırı Fiyat, ss. 14-15.

¹⁷⁹⁵ EAGCG, 2005, "*An economic approach to Article 82*", http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf (18.08.2017).

¹⁷⁹⁶ EC, 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 24.02.2009, OJ C 45/7, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN) (04.04.2017).

¹⁷⁹⁷ Söz konusu Rehber'e ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Pınar Akman, "AB Komisyonu 102. Madde Kılavuzu Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Reformuna Dair Eleştiriler ve Öneriler", **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu İst. Bilgi Üniv. 22 Haz. 2010** (Ed. Kerem Cem Sanlı), XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 69-87.

¹⁷⁹⁸ EC, 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 24.02.2009, 2009/C 45/02, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF> (08.05.2017).

¹⁷⁹⁹ RK, 2014, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, 29.01.2014, 14-05/97-RM (1), <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKilavuz%2fHAK%C4%B0M+DURUM+KILAVUZU111.pdf> (04.04.2017). Kılavuz'a ilişkin eleştiriler için bkz. Ahmet Fatih Özkan, "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirisel Bir Değerlendirmesi", **İnönü Üniversitesi HFD**, Cilt: 4, Sayı: 1, 2013, (Dışlayıcı Kötüye Kullanma), ss. 312-346.

artışı, ürün kalitesinde ve yenilik düzeyinde düşüş, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalış gibi tüketici refahına zarar verebilecek sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Doktrinde kötüye kullanma; “zarar görenler açısından, hâkim durumda bulunan teşebbüsün tüketiciye, rekabetin işleyişine veya pazardaki teşebbüslere zarar veren fiiller” olarak tanımlanmıştır¹⁸⁰⁰, ¹⁸⁰¹.

Doktrinde İ. Y. Aslan ise kötüye kullanmayı; “Bir hakim teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır” şeklinde tanımlamıştır¹⁸⁰².

Kılavuz kötüye kullanma hallerini; dışlayıcı, sömürücü ve ayrımcı nitelikli kötüye kullanmalar olarak üçe ayırmıştır¹⁸⁰³. Ancak her ihlâlin mutlaka bu türlerden birine sokulmasının gerekli olmadığını, bir davranışın aynı anda birden fazla kötüye

¹⁸⁰⁰ Gül, s. 30.

¹⁸⁰¹ Doktrinde Şiramun, hâkim durumu kötüye kullanmanın tanımını Avrupa Topluluğu hukuku bakımından yapmıştır. Buna göre hâkim durumun kötüye kullanılması, “hakim durumda olan bir veya daha fazla teşebbüsün, üstün durumda bulunmanın verdiği imkanlardan faydalanarak, normal şartlar altında işleyen bir rekabet ortamı içinde elde edemeyeceği haksız yarar elde etmesi ve bunun sonucunda Topluluk içindeki rekabetin olumsuz yönde etkilenmesi” şeklinde tanımlanmıştır (Şiramun, ss. 34-35).

¹⁸⁰² İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 698.

¹⁸⁰³ Aşçıoğlu Öz kötüye kullanmaları, “doğrudan rekabeti bozan kötüye kullanma halleri” ve “doğrudan rekabeti bozmaya yönelik olmayan (istismar edici) kötüye kullanma halleri” olmak üzere ikiye ayırarak incelemiştir (Aşçıoğlu Öz, s. 144).

Güven de benzer şekilde; rekabet karşıtı kötüye kullanma” ve “sömürü şeklinde kötüye kullanma” olarak ikili bir ayrıma gitmiştir (Güven, Rekabet Hukuku, s. 345).

Sanlı ve Ulaş Kısa ise kötüye kullanma hallerini sömürüye dayalı ve rekabet karşıtı (istismarcı) kötüye kullanmalar olarak ikiye ayırmıştır. Bu ayrıma göre; hedeflenen, tüketiciler ise birinci grup, rekabet ise ikinci grup kötüye kullanma mevcuttur (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 261-262; Ulaş Kısa, s. 28).

Yiğit de benzer şekilde; sömürüye dayalı ve rekabet karşıtı veya dışlayıcı olmak üzere ikili bir ayrım yapmıştır (Yiğit, ss. 141-142).

Lang ise kötüye kullanma hallerini sömürücü, rekabet karşıtı ve misilleme esaslı olarak üçe ayırmıştır (John Temple Lang, “Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 3, No. 1, 1979-80, p. 17).

İ. Y. Aslan, kötüye kullanmaların genel olarak dışlayıcı ve sömürücü olarak ikiye ayrıldığını, ayrımcı uygulamaların ise bu ikisine de girebileceğini ifade etmiştir (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 700).

Doktrinde Gül; kötüye kullanma hallerini, rekabeti bozucu olan ve rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma halleri olarak ikiye ayırmıştır. Buna göre; rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmalar, hâkim durumda bulunan teşebbüsün, pazarın rekabetçi yapısına zarar vermemesine karşılık, hâkim durumun verdiği avantajdan yararlanarak sağlayıcılara ya da tüketicilere zarar verme hali olarak tanımlanmıştır. Yazar buna örnek olarak; aşırı yüksek fiyat uygulama, haklı bir neden olmaksızın farklı fiyat uygulama ve haksız şartlar ileri sürme hallerini göstermiştir (Gül, ss. 37-40).

Kanaatimizce hâkim duruma yönelik bir kötüye kullanma halinin rekabeti bozucu amaç ya da etkiye sahip olmaması mümkün değildir. Zira hâkim durum yoluyla rakiplere veya alıcılar ya da tüketicilere yönelmiş olan her türlü zarar, rekabeti az ya da çok bozucu bir etki göstermektedir. Ancak kötüye kullanma olarak nitelenen eylem, şartlar mevcutsa, özellikle tüketicilere yönelik bir zararın doğmadığı hallerde diğer koşulları da taşıması durumunda etkinlik savunması kapsamında değerlendirilebilir.

Doktrindeki farklı ayrımlar için bkz. Aşçıoğlu Öz, ss. 143-144.

kullanma şeklini oluşturabileceği, önemli olan somut olaydaki durumun bir kötüye kullanma oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi olduğunu özellikle vurgulamıştır.

Doktrinde son yıllarda kabul edilen bir diğer kötüye kullanma türü ise misilleme esaslı kötüye kullanmadır. Misilleme esaslı kötüye kullanma, fiyat dışı bir kötüye kullanma olup rakiplerin etkin bir şekilde rekabet etmesini önlemek için rakipleri cezalandırmayı ve disipline etmeyi amaçlar¹⁸⁰⁴.

Doktrinde Lang; bir davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin, diğer tüm etkilerine göre daha büyük ve daha önemli olması halinde, en azından hâkim durumdaki teşebbüsün bu kısıtlayıcı etkiyi bilemeyecek olması beklenemez olmadıkça, davranışın hukuka aykırı olacağını belirtmiştir¹⁸⁰⁵. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün, davranışının rekabeti kısıtlayıcı olduğunu bilip bilmemesinin, eylemin rekabet hukukuna aykırı kabul edilmesi yönünden bir etkisi yoktur. Zira hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için hâkim durumdaki teşebbüsün kusurlu olması gerekmemektedir. Rekabet hukukundaki diğer tüm rekabete aykırılıklarda olduğu gibi burada da, rekabeti bozma amacı veya mevcut ya da potansiyel etkisinin bulunması yeterlidir. Bir başka deyişle; rekabeti bozma amacı olmasa dahi ortaya çıkan etkinin bu yönde olması ya da bu yönde bir etkinin ortaya çıkmasının potansiyel olarak mümkün olması, hâkim durumun kötüye kullanıldığının kabulü için yeterlidir. Ancak kusurun varlığı, yokluğu ya da derecesi uygulanacak olan yaptırımın belirlenmesinde etkili olmaktadır^{1806, 1807}.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için, mutlaka gerçekleşmiş bir eylemin bulunması gerekmektedir. Sadece niyet aşamasında kalan ya da sadece amaçlanan ancak bu amaca dönük hiçbir eylemde bulunulmayan

¹⁸⁰⁴ Öztunalı, s. 80; Lang, pp. 21-22.

¹⁸⁰⁵ Lang, pp. 33-34.

¹⁸⁰⁶ Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, s. 74; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 260; Ulaş Kısa, ss. 15-17; Şiramun, s. 34; Çeçen, ss. 42-43; Güven, Rekabet Hukuku, s. 346.

¹⁸⁰⁷ Doktrinde Odman Boztosun, RKHK m. 6 hükmünün (a) ve (d) bentlerinde açıkça “amaç” unsurundan söz edildiğini, bu nedenle hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesini doğrudan veya dolaylı olarak engel olmayı ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmayı veya ilgili pazardaki hâkim durumunu kullanarak başka bir pazardaki rekabeti bozmayı amaçlamıyor olması halinde, sadece etki unsuruna dayalı olarak hâkim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varılamayacağını savunmuştur (Odman Boztosun, Tek Yanlı Davranışlar, ss. 147-150).

Rekabet Kurulu tarafından ilgili bentlere ilişkin olarak verilen kararlarda yeknesaklık olmadığı, bazı kararlarda niyet ve etki birlikte değerlendirilirken bazı kararlarda sadece etkinin yeterli görüldüğü tespit edilmektedir (H. Yavuz, ss. 71-72).

hallerde hâkim durumun kötüye kullanılması da mümkün değildir. Buna karşılık; hâkim durumun kötüye kullanılması amacıyla gerçekleştirilen bir eylemin mutlaka başarıya ulaşması; yani rekabeti ihlâl edici etkiler yaratması gerekli değildir. Rekabeti kısıtlayıcı etkiler ortaya çıkmasa da bu amaçla gerçekleştirilen eylemlerin varlığı ile kötüye kullanma gerçekleşmiş olacaktır¹⁸⁰⁸.

Hâkim durumdaki teşebbüsün, kötüye kullanma iddialarına karşı etkinlik savunması getirmesi mümkündür; ancak bu, muafiyet müessesesinin varlığı anlamına gelmemektedir^{1809, 1810}.

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerine, konumuzun kapsamı itibarıyla kısaca değinilmekle yetinilecektir.

4.3.2.1. Dışlayıcı Davranışlar Yoluyla Kötüye Kullanma

Dışlayıcı davranışlar, teşebbüsün rakiplerinin rekabetçi konumuna zarar vermeyi veya onları bütünüyle pazar dışına itmeyi amaçlayan davranışlar olarak tanımlanmaktadır¹⁸¹¹.

Kılavuz'a göre dışlayıcı kötüye kullanmalar¹⁸¹², hâkim durumdaki teşebbüsün kendisine rakip olan teşebbüslere yönelik davranışları sonucunda rakiplerin piyasadan dışlanmasına sebep olabilir. Ayrıca dışlayıcı kötüye kullanmalar, hâkim

¹⁸⁰⁸ Lang, pp. 35-36.

¹⁸⁰⁹ Ocak, s. 181; Gündüz, ss. 4-5; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 548-567; Kesici, s. 70.

¹⁸¹⁰ Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılan hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin Rehber'de, savunma konusunda objektif gereklilik ve etkinlik düzenlenmiştir. Kamu sağlığı ve güvenlik standartları objektif gerekliliğe örnek olarak verilmiştir.

Doktrinde Gündüz, ilk görünüşte (*prima facie*) hâkim durumun kötüye kullanılması olarak görünen davranışa karşılık haklı gerekçe (meşru menfaat) yoluyla savunma getirilebileceğini ayrıntılı açıklamıştır. Buna göre AB içtihatlarında, üç gerekçe söz konusu olabilmektedir. Bunlardan ilki, nesnel zorunluluk gerekçesidir. Bağlama anlaşmaları bakımından kamu sağlığı gerekçesi buna örnek olarak verilmiştir. İkinci gerekçe, rekabete karşılık verme gerekçesidir. Buna göre, bir teşebbüs hâkim durumda olsa da meşru ticari menfaatlerini koruma hakkına sahiptir ve bu amaçla yapmış olduğu davranışlar, kötüye kullanma olarak değerlendirilmemelidir. Üçüncü gerekçe ise etkinlik gerekçesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz, ss. 9-42.

ABD antitröst hukukunda etkinlik ve rekabete cevap verme gerekçeleri kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz, ss. 43-55.

Türk rekabet hukuku bakımından konu, AB rekabet hukuku ile paralel yöndedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz, ss. 56-73.

¹⁸¹¹ Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, s. 75; Ünal, Sömürücü Davranışlar, s. 116.

¹⁸¹² Kılavuz'da dışlayıcı kötüye kullanmalar açıklanırken sömürücü ve ayrımcı kötüye kullanmalar hakkında bir açıklama yapılmamış olması doktrinde, bu durumun sebebinin Kılavuz'un AB Rehberi'nin tercümesi niteliğinde olması ve Türk Rekabet Hukuku kurallarına bire bir uyum göstermemesinden kaynaklandığı belirtilerek eleştirilmiştir. Eleştiriler hakkında bkz. Özkan, Dışlayıcı Kötüye Kullanma, ss. 322-323.

durumdaki teşebbüsün sadece müşterilerine yönelik davranışları sonucunda alt pazardaki teşebbüslerin bir kısmının piyasadan dışlanması sonucunu da doğurabilmektedir¹⁸¹³. Kılavuz’a göre dışlayıcı kötüye kullanma değerlendirilmesi yapılırken, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının fiili ya da muhtemel rekabet karşısı piyasa kapamaya yol açıp açmadığına bakılacaktır.

Dışlayıcı kötüye kullanma örneklerinin başlıcaları; yıkıcı fiyatlama, mal vermeyi (sözleşme yapmayı) reddetme, , fiyat sıkıştırması, indirim sistemleri, münhasırlık/tek marka anlaşmaları, bağlama (kelepçeleme) ve paket satış uygulamalarıdır¹⁸¹⁴. Konumuzun kapsamı gereği bunlar üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacak olup her birine sadece kısaca değinilecektir.

4.3.2.1.1. Yıkıcı Fiyatlama

Kılavuz’da piyasa kapama yollarından birinin fiyatlama davranışları olduğu belirtilmiştir. Buna ilişkin en önemli örnek, yıkıcı fiyatlandırma’dır.

Kılavuz’da yıkıcı fiyat; *“hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazar gücünü korumak veya arttırmak üzere mevcut veya potansiyel rakiplerinden birini veya daha fazlasını piyasa dışına çıkarmak, disipline etmek ya da diğer biçimlerle rakibin rekabetçi davranışını engellemek için kısa vadede maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi göze aldığı (feragatte bulunduğu) rekabet karşısı bir fiyatlama stratejisi”* olarak tanımlanmıştır^{1815 1816}.

¹⁸¹³ Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, s. 75.

¹⁸¹⁴ Dışlayıcı kötüye kullanma halleri hakkında bkz. Öztunalı, ss. 80-137; Sümer Özdemir, ss. 21-72.

¹⁸¹⁵ Yıkıcı fiyatlandırma hakkında bilgi için bkz. OECD 2010, pp. 407 vd.; Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, ss. 75-77; Uzunallı, Yıkıcı Fiyat, ss. 59-106; Ardic, s. 54; Alper Fevzi Kara, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması (ABD ve AT Uygulamalarından Dersler)**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, ss. 9-65; . Öztunalı, ss. 101-112; Barış Ekdi, “Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 10, 2002, (Yıkıcı Fiyat), ss. 3-27; Güçer, s. 43; Ulaş Kısa, ss. 34-44; Şıramun, ss. 39-43; Çeçen, ss. 45-63; Şerife Demet Kaya, **Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açidan Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2008, ss. 40-42; Altunsaray ve Ünal, ss. 199-205; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 72-75; Gündüz, ss. 27-28; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 770-777; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, aa. 239-241; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 347-351; Yiğit, ss. 143-149; Ali Demiröz ve Çiğdem Tunçel, “Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu II**, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 177-178.

Yıkıcı fiyat yerine, doktrinde Gül tarafından “öldürücü düşük fiyat” ifadesi kullanılmıştır (Gül, ss. 35, 41-42, dn. 105).

Yıkıcı fiyat konusunda ABD uygulamaları için bkz. Kara, ss. 20-27.

Doktrinde bir görüşe göre yıkıcı fiyatlandırmanın üç unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bunlar; davranışın fizibl olması, uygulanan fiyatın maliyetlerin altında olması ve yıkıcı fiyat döneminde karşılaşılan kayıpların daha sonra fiyat yükseltme ile karşılanabilir olmasıdır¹⁸¹⁷. Bir diğer görüşe göre; bu üç unsura ek olarak kabul edilen bir diğer unsur ise iktisadi üstünlüktür. Zira yıkıcı fiyat uygulamasını gerçekleştirebilmesi için bir teşebbüsün piyasada önemli bir pazar gücüne ve iktisadi üstünlüğe sahip olması gerekmektedir¹⁸¹⁸. Doktrinde Kara ise yıkıcı fiyatlamının dört unsuru olduğunu belirtmiştir. Yazara göre bunlar; iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat, niyet ve hasattır. Yazar tarafından iktisadi üstünlük unsuru, genel olarak bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayabilmesi için rakiplerine oranla bir üstünlük ya da avantaja sahip olması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Yazar olağandışı fiyat unsurunu, fiyatın makul olmayacak derecede düşük olması gerektiği şeklinde ifade etmekle birlikte bu noktada hangi maliyet ölçüsünün esas alınması gerektiğinin tartışmalı olduğunu belirtmiştir¹⁸¹⁹. Yazarın belirttiği üçüncü unsur olan niyet unsuru,

Yıkıcı fiyat konusunda AB uygulamaları için bkz. Kara, ss. 29-37.

¹⁸¹⁶ Doktrinde yıkıcı fiyatın, yıkıcı fiyatlandırma evresi ve telafi evresi olmak üzere iki aşamadan oluştuğu; yıkıcı fiyat evresinde hâkim teşebbüsün fiyat indirimine gittiği, telafi evresinde ise mevcut ve potansiyel rakiplerin rekabet etme gücünün azalmasıyla hâkim teşebbüsün ilgili pazarda daha da avantajlı bir duruma geldiği ifade edilmiştir (Altunsaray ve Ünal, s. 199).

Yıkıcı fiyat uygulamalarında fiyatlar suni olarak düşürülmekte ve etkin rakipler kasıtlı olarak piyasa dışına itilmektedir (Altunsaray ve Ünal, s. 200).

¹⁸¹⁷ Yanık, s. 44

¹⁸¹⁸ Altunsaray ve Ünal, s. 201.

¹⁸¹⁹ Fiyatların ortalama değişken maliyetlerin altına indirilmiş olması halinde mutlaka per se bir kötüye kullanımın mevcut olduğu kabul edilmekte ve başkaca delil aranmamaktadır. Buna karşılık; fiyatların ortalama toplam maliyetlerin altına indirilmiş olmasına rağmen, ortalama değişken maliyetlerin üzerinde olması durumunda bir kötüye kullanımdan söz edilebilmesi için, rakipleri saf dışı bırakma niyeti bulunduğuna ilişkin delil gerekmektedir (OECD 2010, p. 408; Ekdi, Yıkıcı Fiyat, ss. 15, 17; Şiramun, s. 41; Çeçen, s. 53).

ABAD'ın "AKZO" ve "Tetra Pak II" kararında bu hususa değinilmiştir. Hatta fiyatların maliyet üstünde tutulmasıyla dahi aynı amaca ulaşılabilceği; bir başka deyişle yıkıcı fiyatlandırmadan söz edilebilmesi için fiyatların mutlaka maliyetin altına düşürülmesi gerekmediği belirtilmiştir. Buna göre; hâkim durumdaki teşebbüs için çok önemli olmayan fiyat indirimi, en yakın rakibi için çok ciddi bir indirim ve yıkıcı bir fiyat niteliğinde olabilir. Bu uygulama, özellikle rakibin belirli bir coğrafi pazardan dışlanması amacıyla o bölgedeki müşterilere uygulanan farklı fiyatlama yoluyla gerçekleşir. Doktrinde bu uygulama "seçici fiyatlama" olarak tanımlanmış olup bu uygulamanın hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında kabul edilmesinin oldukça tartışmalı bir konu olduğu ifade edilmiştir (Öztunalı, s. 109).

Kararlar için bkz. CJEU, 1991, *AKZO v. Commission*, 03.07.1991, C-62/86 ve CJEU, 1996, *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, 14.11.1996, Case C-333/94P.

Kararlar hakkında bkz. Uzunallı, Yıkıcı Fiyat, ss. 71-75, 83-84; Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, s. 76; Kara, ss. 29-37; Ülgen, ss. 73-86; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 297-298, dn. 191; Ekdi, Yıkıcı Fiyat, ss. 23-25; Çeçen, ss. 60-62; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 73-74; H. Yavuz, ss. 12, 23, 27-28; Gündüz, ss. 10-11, 31-35; Yiğit, s. 148; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 159-160, 195-196;

maliyetin altındaki satışla gerçekte amaçlananın ne olduğunun tespit edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre önemli olan, uygulanan maliyetin altındaki satış fiyatının piyasa zorlamasıyla mı yoksa rakipleri etkisiz hale getirme niyetiyle mi yapıldığının belirlenmesi gerekmektedir¹⁸²⁰. Dördüncü ve son unsur olan hasat unsuru ise yıkıcı fiyatın nihai amacını ifade etmektedir. Yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı, fiyat kırarak rakipleri etkisizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yüksetmektir. Buna “hasat” denir^{1821 1822}.

Doktrinde Uzunallı tarafından, *Tetra Pak II* ve *Wanadoo*¹⁸²³ kararlarına uygun olarak, yıkıcı fiyat bakımından “hasat unsuru”nun zorunlu bir unsur olmadığı, zira rekabet hukukunun amacının rekabetin bozulmasını önlemek olduğu, hasat unsurunun ise ex-post bir analizle ortaya konabileceğinden bu amaçla bağdaşmadığı, düşük fiyatların uygulanmasıyla rakiplerin pazar dışına itileceği ve piyasadaki rekabet ortamının bozulacağı, bozulan rekabet ortamında ise her ne kadar fiyatlar düşük olsa dahi tüketicilerin zarar göreceği, özellikle pazara giriş engellerinin yüksek olduğu bir piyasada rakibin pazar dışına itilmesinin sonuçlarının telafisinin

Özgöker, ss. 37-38; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 240-241; Esin, Rekabet, ss. 196-197; Sümer Özdemir, ss. 29-30, 38.

Doktrinde Çeçen tarafından da yıkıcı fiyat uygulamasından bahsedilebilmesi için yıkıcı fiyatın piyasa terklerine sebep olması veya piyasaya girişleri engellemesi halinde maliyetin altında olmasının zorunlu bir koşul olmadığı, hatta fiyatın maliyetin altında olup olmadığına bakılmaksızın hâkim durumdaki teşebbüsün belirli bir rakibi ya da rakiplerini ortadan kaldırma amacının olmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir (Çeçen, s. 47).

¹⁸²⁰ Niyet unsuru doktrinde ağırlıklı olarak kabul gören bir unsurdur. Rekabet hukuku anlamında niyet doktrinde; “Bir teşebbüsün piyasada gerçekleştirmeyi hedeflediği bir davranış biçimine karar verirken ve akabinde söz konusu davranışı gerçekleştirirken sahip olduğu motivasyon” olarak tanımlanmıştır (H. Yavuz, s. 8).

Ancak teşebbüsün niyetinin tespiti çok kolay olmayabilir. Bu konuda değerlendirme yapılırken teşebbüsün izlediği genel strateji, fiyat politikaları, diğer teşebbüslerle olan ilişkileri, faaliyet gösterdiği diğer sektörler ve yeni yatırım alanlarının göz önünde bulundurulması, çıkan sonuç ile somut davranışı karşılaştırılarak farazi niyetinin bulunması gerekmektedir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 298-299, dn. 193; Çeçen, s. 55).

Objektif niyet-subjektif niyet ayrımı ve değerlendirilmesi hakkında bkz. H. Yavuz, ss. 10-14.

Tek taraflı davranışlarda niyet unsuruna yönelik yaklaşımlar hakkında bkz. H. Yavuz, ss. 30-42.

Teşebbüsün niyetinin ispatı konusunda bilgi için bkz. Uzunallı, Yıkıcı Fiyat, ss. 85-89, 95-96; Altunsaray ve Ünal, ss. 202-203.

¹⁸²¹ Kara, ss. 9-11.

Hasat unsuru doktrinde başka bazı yazarlar tarafından da yıkıcı fiyatlandırmanın bir unsuru olarak kabul edilmektedir (Bkz. Altunsaray ve Ünal, s. 203; Günay, Rekabet Hukuku, s. 99).

¹⁸²² “Hasat” unsuru ilk olarak Chicago Okulu tarafından literatüre kazandırılmıştır. Chicago Okulu’na göre; eğer sonucunda hasat imkânı varsa yıkıcı fiyatlandırma yapmak rasyonel olacaktır. Bu nedenle yıkıcı fiyat uygulaması iddialarının varlığı halinde hasat imkânının somut bir şekilde ortaya konabilmesi gerekmektedir (Öztunalı, s. 21).

¹⁸²³ CJEU, 2009, *France Télécom SA v. Commission of the European Committees*, 02.04.2009, C-202/07. Karar hakkında bkz. H. Yavuz, ss. 24, 28, 51; Gündüz, ss. 27-28, 36; Sümer Özdemir, s. 38.

mümkün olmadığı ve yıkıcı fiyat uygulaması başarısız olsa dahi, bir başka deyişle hasat unsuru gerçekleşmese dahi, ilgili pazarda rekabet ortamının bozulmasından dolayı tüketicilerin zarar göreceği ifade edilmiştir. Yazar ayrıca, dışlama niyetinin doğrudan ispat yoluyla ispatlanması halinde yıkıcı fiyat nedeniyle oluşan kaybın giderilmesi imkânı bulunup bulunmadığının önem taşımadığını isabetli olarak vurgulamıştır^{1824, 1825}.

4.3.2.1.2. Mal Vermeyi (Sözleşme Yapmayı) Reddetme

Kılavuz'a göre; *“Bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi sözleşme yapmayı reddetme olarak ele alınmaktadır*¹⁸²⁶. ”

Sözleşme yapmayı reddetme, özellikle şebeke ekonomilerinde önem taşımaktadır¹⁸²⁷.

¹⁸²⁴ Uzunallı, Yıkıcı Fiyat, ss. 89-91. Aynı yönde: Yiğit, s. 149.

¹⁸²⁵ Doktrinde Lang, hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için eylemin başarıya ulaşmasına gerek bulunmadığını belirtmiştir (Lang, pp. 35-36).

Doktrinde Çeçen ise hasadın yıkıcı fiyatın bir unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Çeçen, ss. 58-59). Ancak somut olayın özelliklerine göre farklılık gösteren bir etmenin bir “unsur” olarak kabulü mümkün olamayacaktır. Bir başka deyişle; somut olayın özelliklerine göre hasat unsurunun bulunmadığı bir aşırı düşük fiyat uygulaması eğer yıkıcı fiyat olarak nitelendirilebiliyorsa, o zaman hasat unsurunun yıkıcı fiyat yönünden zorunlu bir unsur olduğunu söylemek isabetli görülmemektedir. Olsa olsa hasat unsuru, somut olaya göre yıkıcı fiyat uygulamasının bir delili olarak kabul edilebilir. Yıkıcı fiyatlandırmanın söz konusu olup olmadığı değerlendirilirken niyet unsurunun dikkatlice değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira yapılan büyük fiyat indiriminin amacı; stokların eritilmesi, promosyon, ekonomik konjonktür, ürün modelinin değişmesi gibi farklı niyetlerle yapılabilir (Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 264; Uzunallı, Yıkıcı Fiyat, s. 63; Çeçen, s. 54).

Rakiplere yönelmeyen düşük fiyat uygulamaları yıkıcı fiyat olarak nitelendirilemez (Çeçen, ss. 47-48).

Kanaatimizce; yıkıcı fiyat uygulaması da hâkim durumun kötüye kullanılması yollarından biri olduğuna göre, yıkıcı fiyat yönünden hasatın bir unsur olduğunun kabulü isabetli olmayacaktır.

¹⁸²⁶ Sözleşme yapmayı (mal vermeyi) reddetme hakkında bkz. Öztunalı, ss. 87-96; Aşçıoğlu Öz, ss. 146-149; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 265-266; Gül, ss. 108-140; Arıöz ve Özbek, ss. 20-45; Güçer, ss. 42-43; Ulaş Kısa, ss. 66-96; Şiramun, ss. 51-58; Y. Kaya, Hâkim Durum, ss. 21-23; Güven, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, ss. 9-17; Ş. D. Kaya, ss. 44-45; Gündüz, ss. 25-27; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 735-744; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 183-186; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 241-244; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 311-343; Yiğit, ss. 162-166; Kesici, ss. 82-83; Demiröz ve Tunçel, ss. 166-171.

¹⁸²⁷ Örneğin elektrik sektörünü ele alalım. Elektrik sektöründe iletim ve dağıtım, bu amaçla kurulan şebeke üzerinden yapılabildiği ve alternatifi olmadığı için iletim ve dağıtımı sağlayan teşebbüs (TEİAŞ), sektörde doğal tekeli niteliğindedir. Elektrik üretimi ve pazarlaması ise rekabetçi bir piyasadır. Ancak üretim ve pazarlama rekabetçi bir piyasa olsa dahi, üretilen ve pazarlanan elektriğin kullanıcıya iletilmesi için doğal tekeli niteliğindeki teşebbüsün iletim ve dağıtım ağına kullanılması

4.3.2.1.3. Fiyat Sıkıştırması

Kılavuz’a göre fiyat sıkıştırması; “...dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren ve üst pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün üst pazar ürünü fiyatı ile alt pazar ürünü fiyatı arasındaki marjı, alt pazarda eşit derecede etkin bir rakibin dahi kârlı bir şekilde kalıcı olarak ticari faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek nitelikte belirlemesidir.”

Fiyat sıkıştırması (fiyat makası), hem üst hem de alt pazarda faaliyet gösteren ve özellikle üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsler tarafından uygulanan bir kötüye kullanma halidir. Hâkim durumdaki teşebbüs, üst pazarda ürettiği ürünün alt pazara girdi fiyatını yükseltirken alt pazardaki ürün fiyatını düşürmektedir. Bu iki yöntemden sadece birini seçebileceği gibi aynı anda ikisini de uygulayarak fiyat sıkıştırmasını arttırabilir¹⁸²⁸.

zorunludur. Bu nedenle; doğal tekel niteliğindeki iletim ve dağıtım lisansı sahibi olan teşebbüsün elektrik üreten ve pazarlayan teşebbüslerle sözleşme yapması zorunludur. Zira iletim ve dağıtım ağı, alternatifi bulunmayan zorunlu unsur niteliğindedir (Ölmez, ss. 49-54, 61-62; M. Yavuz, ss. 118-131; Ayrancı, ss. 245-271; Yücel, s. 13; Akcollu, ss. 13-15; Güven, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, ss. 4-5; Şahin Yersu, Türk Enerji Sektörü, ss. 13-15; Şahin Yersu, Ayrıştırma, s. 4).

Tekel gücü nedeniyle hâkim durumda olan dağıtım ve iletim lisansı sahibinin hiçbir haklı gerekçe olmaksızın zorunlu unsur olan iletim ağını kullandırmaktan, bir başka deyişle sözleşme yapmaktan imtina etmesi, üretim ve pazarlama piyasasındaki rekabetçi engelleyecek ve sözleşme yapmaktan kaçınan hâkim teşebbüs bakımından RKHK m. 6 kapsamında bir kötüye kullanma teşkil edecektir (Dağıtım ve iletim ağı sahibi hâkim durumdaki teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanabileceği durumlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. M. E. Can, ss. 346-358).

Aynı durum, doğalgaz ve petrol boru hatlarına sahip teşebbüs açısından da geçerlidir. Doğalgaz ve petrol boru hatlarının bir alternatifi bulunmadığından, bu hatlara sahip olan teşebbüslerin, ürettikleri petrol ve doğalgazın kullanıcılara iletilmesine izin vermesi ve bu üreticilerle sözleşme yapması zorunludur (Ölmez, s. 62; Bülbül, ss. 21-24).

Demiryolu ağları, havayolları açısından havaalanlarındaki pistlerin kullanımı, deniz liman hizmetleri, telekomünikasyon sektöründe Telekom altyapıları zorunlu unsur niteliğinde olup sözleşme yapma zorunluluğu kapsamında değerlendirilmektedir. Buna “şebeke etkisi” adı verilir (Ölmez, ss. 54-61, 62-66; Güven, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, ss. 6-8, 33-84; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 448-450; Ateş, Rekabet Hukuku, ss. 25-26; İçöz, s. 24).

Zorunlu unsur doktrini çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Osman Berat Gürzumar, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü-Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

¹⁸²⁸ Konuya ilişkin olarak bkz. Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, s. 77; Öztunalı, ss. 96-101; Ekdi, Yıkıcı Fiyat, s. 8; Ulaş Kısa, ss. 44-45; Şiramun, ss. 46-47; Çeçen, ss. 73-78; Kayıkçı, ss. 259-260; Ş. D. Kaya, ss. 4-68; Altunsaray ve Ünal, s. 199; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 74-75; Gündüz, s. 28; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 443-444; Kesici, s. 82; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 99-100.

4.3.2.1.4. İndirim Sistemleri

Kılavuz indirim sistemlerini, “müşterilere belirli bir satın alma davranışında bulunmaları karşılığında sunulan fiyat indirimlerini ifade eder.” şeklinde tanımlamıştır.

İndirim sistemleri tek ürün indirimi ve paket indirimi olarak ikiye ayrılmıştır. Herhangi bir indirim sisteminde indirim kazanılabilmesi, tek bir ürünün satın alınması koşuluna bağlanmışsa buna tek ürün indirimi denir. İndirim sisteminde yer alan satın alma koşulu birden çok ürünü veya pazarı kapsıyorsa buna paket indirimi denir. Kılavuz’a göre tek ürün indiriminin tipik özelliği, indirim sisteminde yer alan satın alma koşulunun belirli bir referans dönemi içinde yerine getirilme zorunluluğudur¹⁸²⁹.

4.3.2.1.5. Münhasırlık (Tek Marka) Anlaşmaları

Kılavuz’da münhasırlık anlaşmaları, “bir alıcının belirli bir ürün veya ürün grubuna ilişkin talebinin tamamını veya önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılaması koşulunu içeren sözleşmeler” şeklinde tanımlanmıştır.

Kılavuz’a göre münhasırlık anlaşmaları bedavacılık sorununu gidermek gibi rekabete olumlu etkilerin yanı sıra, rakiplerin gerekli dağıtım kanallarına erişimini engelleyerek pazar kapama etkisi ortaya çıkarmak gibi rekabeti olumsuz yönde etkileyen etkileri de haizdir¹⁸³⁰.

¹⁸²⁹ İndirim sistemleri hakkında bkz. Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, ss. 77-79; Öztunalı, ss. 112-128; Aşçıoğlu Öz, ss. 188-189; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 266-267; Gül, ss. 91-107; Güçer, ss. 43-44; Ulaş Kısa, ss. 45-57; Şiramun, ss. 47-51; Çeçen, ss. 78-88; Ece Aslan, “Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrininde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 22 Haziran 2010, ss. 279-281; Remzi Özge Arıtürk, “İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, Ocak 2011, ss. 3-50; Bekir Kocabaş, **İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2008, (Tek Taraflı Davranışlar), ss. 5-85; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 76-81; Gündüz, ss. 29-30; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 724-730; İ. Y. Aslan, Rekabet, ss. 191-192; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 248-251; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 351-352; Yiğit, ss. 150-156; Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 481-512.

¹⁸³⁰ Münhasırlık ve tek marka anlaşmaları hakkında bkz. Öztunalı, ss. 128-132; Aşçıoğlu Öz, ss. 149-152; Ekdi, Piyasa Kapatma, ss. 16-24; Peeperkorn, pp. 83-84; Ulaş Kısa, ss. 78-83; E. Aslan, ss. 282-285; Akıncı, ss. 90-97; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 716; Kesici, s. 83.

4.3.2.1.6. Bağlama (Kelepçeleme) ve Paket Satış

Kılavuz’a göre bağlama genellikle bir ürünü hâkim teşebbüsten satın alan müşterilerin bunun yanında bir başka ürünü daha satın almak zorunda kalmalarıdır¹⁸³¹.

Doktrinde Öztunalı bağlamayı, “satıcı konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satışını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlaması” şeklinde tanımlamıştır¹⁸³².

Bağlama, bağlayıcı mal piyasasında hâkim durumda olan teşebbüsün gücünü, bağlanan mal piyasasında kullanması ile ortaya çıkar. Böylece, bağlayıcı mal piyasasındaki hâkim durum, bağlanan mal piyasasındaki rakiplerin ve potansiyel rakiplerin dışlanması yoluyla kötüye kullanılmış olur^{1833 1834}.

¹⁸³¹ RKHK m. 4/I-f hükmünde, “Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi” hakkındaki anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hukuka aykırı olduğu düzenlenmiştir. RKHK m. 6/I-c hükmünde ise hâkim durumun kötüye kullanıldığı durumlara örnek olarak; “, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi” düzenlenmiştir. Her iki hüküm karşılaştırıldığında; her iki hükmün içeriğinin temelde aynı olduğu, ancak m. 4/I-f hükmünün başında bulunan “Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak” ifadesinin m. 6/I-c hükmünde yer almadığı görülmektedir. Bu durumda kelepçeleme uygulamalarının hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmesi için bu şart aranmayacak ve hâkim teşebbüs tarafından uygulanacak her türlü kelepçeleme uygulamaları kötüye kullanma olarak mı değerlendirilecektir sorusu akla gelmektedir. Doktrinde Aşçıoğlu Öz, RKHK m. 6 kapsamında da bağlamanın anlaşmanın niteliği ve teamül gereği olup olmadığına bakılmasının doğru olacağını ifade etmiştir (Aşçıoğlu Öz, s. 178).

İ. Y. Aslan tarafından da gerek ticari teamül gerekse nitelik bakımından sözleşme konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin getirilmesinin hâkim durumun kötüye kullanılması oluşturduğu belirtilmiştir (İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 730-731).

Kanaatimizce de; anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere uygun olarak iki ürünün bağlanarak satılmasına yönelik anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar RKHK m. 4 kapsamına girmiyor ise aynı koşulun RKHK m. 6 yönünden de kabul edilmesi ve bu uygulamanın hâkim teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde de bunun sözleşmenin niteliğine veya ticari teamüle uygun olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

¹⁸³² Öztunalı, s. 132

¹⁸³³ Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 219-220, dn. 379.

¹⁸³⁴ Bağlama ve paket satış hakkında bkz. Karakılıç, Bağlama Uygulamaları, ss. 9-592; Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, ss. 81-82; Öztunalı, ss. 132-137; Aşçıoğlu Öz, ss. 177-178; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 220-222, dn. 382-399; Ekdi, Piyasa Kapatma, s. 25; Barış Ekdi, “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı, 3, Temmuz 2010, ss. 79-129; E. Aslan, ss. 259-260, 285-287; Gündüz, ss. 25-27; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 730-733; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 360-361; Yiğit, ss. 166-171; Kesici, ss. 83-84.

4.3.2.2. Sömürücü Davranışlar Yoluyla Kötüye Kullanma

Sömürücü davranışlar, yüksek pazar gücüne sahip teşebbüsün, sahip olduğu pazar gücünün sağladığı fırsatları tüketicilere doğrudan zarar vermek için kullanması sonucu ortaya çıkan davranışlar olarak tanımlanmaktadır¹⁸³⁵. Sömürücü kötüye kullanmalarda hâkim teşebbüs, hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde tüketicilerden rant elde etmek amacıyla pazar gücünün avantajını kullanmakta ya da başka yollarla tüketicilerin avantajını ele geçirmektedir¹⁸³⁶. Kılavuz'da sömürücü kötüye kullanmaya değinilmemiştir.

Sömürücü kötüye kullanmalar kapsamında sayılan en belirgin kötüye kullanma hali aşırı fiyatlamadır^{1837, 1838}.

Aşırı fiyatlama doktrinde; *“pazar gücünün uygulanması sonucunda sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyat”* olarak tanımlanmıştır¹⁸³⁹. Rekabet Terimleri Sözlüğü'ne göre aşırı fiyatlama, *“Hâkim durumun kötüye kullanımı sonucunda bir ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan düzeyde bir farklılığın bulunmasıdır.”*

Rekabet hukukunda genellikle fiyatlara müdahale gerçekleşmemekte ise de fiyatın sömürücü nitelikte olması halinde bir müdahale söz konusu olmaktadır. Doktrinde aşırı fiyatlamaya müdahale edilebilmesi için üç koşulun bir arada bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bunlar; hâkim durumdaki teşebbüsün tekele

¹⁸³⁵ Ünal, Sömürücü Davranışlar, s. 116; Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, s. 83.

¹⁸³⁶ Öztunalı, ss. 137-138; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s. 261; Ünal, Sömürücü Davranışlar, s. 116.

¹⁸³⁷ Aşırı fiyatlama hakkında bilgi için bkz. Öztunalı, ss. 139-146; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 272-274; Ünal, Sömürücü Davranışlar, ss. 121-130, 146-148; Odman Boztosun, Tek Yanlı Davranışlar, ss. 166-168; Şiramun, ss. 43-44; Çeçen, ss. 63-73; Kayıkçı, ss. 249-255; Ünal, Aşırı Fiyat, ss. 9-83; Ş. D. Kaya, ss. 43-44; Altunsaray ve Ünal, s. 198; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 68-72; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 749-770; İ.Y. Aslan, Rekabet, ss. 201-203; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 237-241; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 346-347; Yiğit, ss. 179-185; Demiröz ve Tunçel, ss. 174-177; Günay, Şerh, ss. 1006-1009.

¹⁸³⁸ Doktrinde Ünal sömürücü kötüye kullanmaları; aşırı fiyatlama, haksız sözleşme koşulları uygulama, etkinsizlik ve ayrımcılık olarak dörde ayırarak incelemiştir. Bir başka deyişle yazar, ayrımcılığı, sömürücü kötüye kullanmanın bir türü olarak ele almıştır. Ancak yazar, sömürücü ve dışlayıcı kötüye kullanmalar arasında keskin bir ayrım bulunmadığı hususunu da özellikle vurgulamıştır (Ünal, Sömürücü Davranışlar, s. 121). Sömürücü kötüye kullanmalar hakkında ayrıca bkz. Ünal, Sömürücü Davranışlar, ss. 143-152.

Doktrinde Ulaş Kısa ise sömürücü kötüye kullanmaları; aşırı yüksek fiyatlandırma, aşırı düşük fiyatlandırma, haksız şartların karşı tarafa kabul ettirilmesi şeklinde üç grupta ele almıştır (Ulaş Kısa, s. 30).

Doktrinde Lang; aşırı fiyatlama, bağlama, haksız şartların karşı tarafa kabul ettirilmesini sömürücü kötüye kullanma başlığı altında değerlendirmiştir (Lang, pp. 18-21).

¹⁸³⁹ Ünal, Sömürücü Davranışlar, ss. 121-122; Ünal, Aşırı Fiyat, s. 11.

yakın bir piyasa konumunda olması ve pazara giriş engellerinin çok yüksek seviyede bulunması, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan fiyatların ortalama toplam maliyetlerin çok üzerinde belirlenmiş olması ve bu yüksek fiyatların, komşu pazarlardaki yeni mal ve hizmetlerin sunulmasını engelleme riski bulunmasıdır¹⁸⁴⁰.

Doktrinde; hâkim durumdaki teşebbüsün teknik gelişmeleri takip etmemesi ve teknik gelişme sağlamayarak müşterilere düşük kalitede mal veya hizmet sunması ile rakiplerinin azınlık paylarını ele geçirip pazar yapısını değiştirmeye ve rakiplerini piyasadan silmeye yönelik davranışları da sömürücü kötüye kullanma kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸⁴¹.

4.3.2.3. Ayrımcı Davranışlar Yoluyla Kötüye Kullanma

Hâkim durumun bir diğer kötüye kullanılma hali ayrımcılıktır. RKHK m. 66/II-b hükmünde eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Kılavuz'da ayrımcılık haline değinilmemiştir. Doktrinde ayrımcılık, *“hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün haklı bir gerekçeye dayanmaksızın eşit işlemlere farklı koşullar uygulaması”* olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁴². Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde ise ayrımcılık; *“İşlemlerin taraflarına eş edimler için eşit olmayan kurallar uygulayarak, onları rekabette dezavantajlı duruma sokma eylemidir.”* şeklinde tanımlanmıştır.

Ayrımcılık özellikle fiyat ayrımcılığı şeklinde ortaya çıkmaktadır^{1843 1844}. Dışlayıcı kötüye kullanma kapsamında yukarıda değindiğimiz indirim sistemleri,

¹⁸⁴⁰ Öztunalı, s. 140.

¹⁸⁴¹ Ü. Tekinalp, Hâkim Durum, ss. 84-85.

¹⁸⁴² Ünal, Sömürücü Davranışlar, s. 137.

¹⁸⁴³ Ayrımcılık ve fiyat ayrımcılığı hakkında bkz. Öztunalı, ss. 147-158; Aşçıoğlu Öz, ss. 158-159, 175-177; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, ss. 267-268; Gül, ss. 49-140; Ünal, Sömürücü Davranışlar, ss. 137-143; Güçer, ss. 47-48, 107-109; Ulaş Kısa, ss. 58-66; Şıramun, ss. 44-46, 87-91; Çeçen, ss. 88-99; E. Aslan, ss. 230-301; Ece Fatma Aslan, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2011, ss. 55-116; Kocabaş, Tek Taraflı Davranışlar, ss. 33-34; Ş. D. Kaya, ss. 45-46; Altunsaray ve Ünal, ss. 198-199; Lang, pp. 36-42; Badur, Fiyat Sınırlamaları, ss. 75-76; İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, ss. 716-724, 777-778; İ. Y. Aslan, Rekabet, ss. 187-190; İ. Y. Aslan, AT Rekabet Hukuku, ss. 235-237, 246-248; Güven, Rekabet Hukuku, ss. 352-359; Yiğit, ss. 157-162, 173-176; Günay, Rekabet Hukuku, ss. 94-98, 101-102; Günay, Şerh, ss. 1003-1005; Özgöker, ss. 34-43; Demiröz ve Tunçel, ss. 171-174.

¹⁸⁴⁴ Türk rekabet hukukunda ayrımcılık yasağını sadece hâkim durumdaki teşebbüslere getirmekle yetinilmemiş, RKHK m. 4/I-e hükmüyle genel bir ayrımcılık yasağı kabul edilmiştir. Buna karşılık;

bağlama/paket satış, münhasır dağıtım gibi konular da bazen ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Ayrımcılık yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında bilgi değişimi önemli bir yer tutabilir. Bilgi paylaşımı sırasında ayrımcılık yapılması, bazı hallerde hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Doktrinde hâkim durumun kötüye kullanılması ve bilgi değişimi arasındaki ilişki, dikey bütünleşik yapı içindeki teşebbüsler bakımından ele alınmıştır. Teşebbüslerin dikey bütünleşik yapı içinde olmaları ve alt ya da üst pazarda tekel ya da hâkim durumda olmaları halinde, rakipler arasında günlük bazda çok büyük miktarlarda bilgi akışı olmaktadır. Bu durum, bilgi verme zorunluluğu mevzuat ile düzenlenmiş olan bir piyasada söz konusu olabileceği gibi, böyle bir düzenleme yapılmamış olan bir piyasada da ortaya çıkabilir. İlk durumda dikey bütünleşik teşebbüsün rakipleri ile paylaşacağı bilginin niteliği, kapsamı, sıklığı gibi konular açıkça yasal olarak düzenlendiğinden bilgi paylaşım zorunluluğunun kapsamı nettir. Ancak bu tür düzenlemelerin bulunmadığı piyasalarda rakiplere sağlanması gereken bilginin niteliği, kapsamı ve sıklığı gibi konular muğlâk olup farklı yorumlar nedeniyle belirsizliklere sebep olabilir. Bu tür piyasalarda hâkim durumdaki teşebbüsün, rakiplerine sağlaması gereken bilgi konusunda ayrımcılık yapması, bilgi akışında bilinçli olarak gecikmelere sebep olması, bilginin kapsamını olması gerekenden dar tutması gibi birçok tek taraflı eylem yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanması mümkün olabilir. Özellikle paylaşılması gereken bilgi yönünden net bir çerçeve bulunmaması dolayısıyla bilginin kapsamı ve sıklığı konusunda farklı olaylarda farklı değerlendirmeler yapılması ve piyasada belirsizlik oluşması söz konusu olabilir¹⁸⁴⁵,¹⁸⁴⁶. Doktrinde hâkim durum kapsamında bilgi değişimi teşvik edilirken ABİDA m. 101 (RKHK m.

bazı hukuk sistemlerinde ayrımcılık yasağı konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Örneğin; Alman rekabet hukukunda ayrımcılık yasağı, hâkim durumdaki teşebbüsler yanında ayrıca “*görelî güçlü teşebbüsler*” yönünden kabul edilmiş olup genel bir yasak olarak düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. S. Cengiz, ss. 1-70.

¹⁸⁴⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Di Porto, pp. 6-26.

¹⁸⁴⁶ Doktrinde, enerji sektöründe dikey bütünleşik yapı içindeki doğal tekel niteliğinde bulunan teşebbüslerin, alt ve üst pazardaki rakiplerini sabote etmeye yönelik davranışlar içine girebildikleri, bu davranışların bilgi akışında ayrımcılık, hizmetin sunulmasında hiçbir haklı sebep olmaksızın geç kalınması, karmaşık sözleşmesel yükümlülükler ve yüksek banka teminatları isteme şeklindeki ayrımcı davranışlarda ortaya çıkabildiği belirtilmiştir. Bu ayrımcı faaliyetlerin engellenebilmesinin yolunun, dikey bütünleşik yapı içindeki teşebbüslerin ayrıştırılması olduğu, ayrıştırma yoluyla piyasadaki şeffaflığın artırılabilmesi, teşebbüslerin doğru bilgiye ulaşmasının sağlanabileceği ve piyasa kapama riskinin ortadan kaldırılabilmesi, böylece rekabetin artması yoluyla piyasaların daha etkin bir şekilde işleminin sağlanabileceği ifade edilmiştir (Şahin Yersu, Ayrıştırma, ss. 7-8).

4) çerçevesinde bilgi değişimine şüpheyile yaklaşılmasının rekabet hukukunun birbirinden farklı iki ayrı ayağını oluşturduğu, bu nedenle bu iki farklı yaklaşımın birleştirici bir yorum tarzıyla ele alınması gerektiği, bu yapılırken de ilgili piyasanın koşullarının ve piyasadaki bilgi asimetrisinin yoğunluk seviyesinin derinlemesine incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁴⁷.

4.3.3. Birlikte Hâkim Durum Oluşmasında Bilgi Değişiminin Rolü ve Uygulanacak Hükümler

4.3.3.1. Birlikte Hâkim Durum Oluşmasında Bilgi Değişiminin Rolü

Birlikte hâkim durum, birden fazla teşebbüs arasındaki herhangi bir ekonomik bağ nedeniyle bu teşebbüslerin birlikte piyasada hâkim duruma gelmesidir. Aradaki ekonomik bağın ne olduğu önem taşımaz. Bu ekonomik bağ; açık ya da gizli bir anlaşmadan, karardan ya da uyumlu eylemden kaynaklanabileceği gibi işbirliği olmayan karşılık oligopolistik bağımlılıktan da kaynaklanabilir.

Birlikte hâkim durum yaratacak ekonomik bağ oluşturabilecek bir diğer sebep, teşebbüsler arası bilgi değişimidir. Bilgi değişiminin pazar koşulları üzerinde yaratabileceği etkiler yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Özellikle çok parçalı olmayan pazarlarda bilgi değişimi yoluyla birden fazla büyük teşebbüsün birlikte hareket ederek ilgili pazarda birlikte hâkim konuma gelmeleri mümkündür.

Bilgi değişimi yoluyla birlikte hâkim durum yaratılıp yaratılmadığının tespiti, RKHK m. 6 kapsamına giren bir ihlâl bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Eğer bilgi değişimi faaliyeti ilgili pazarda birlikte hâkim durum yaratmamışsa somut olaydaki rekabet ihlâli RKHK m. 6 kapsamına değil, RKHK m. 4 kapsamına girecektir. Bunun yanında; bilgi değişimi yoluyla ortaya çıkan birlikte hâkim durum, birlikte hâkim durumda olan teşebbüsler tarafından kötüye kullanılmamışsa RKHK m. 6 kapsamında bir ihlâlden söz edilemez. Buna karşılık; ortaya çıkan birlikte hâkim durum, bir kötüye kullanma

¹⁸⁴⁷ Di Porto, pp. 27-34.

bulunmamakla birlikte, ilgili pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkilemiş ise teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi RKHK m. 4 kapsamında kabul edilecektir.

4.3.3.1.1. Bilgi Değişimi Yoluyla Piyasanın Şeffaflaştırılması ve Teşebbüsler Arasında Eşgüdüm Sağlanması

Bilgi değişiminin piyasa üzerinde yaratabileceği başlıca etkilerden biri ilgili pazarın şeffaflaşmasıdır. Düzenli, sık ve ayrıntılı bilgi değişimi yoluyla ilgili pazarın yapay olarak şeffaf hale gelmesi ya da mevcut şeffaflık seviyesinin yükselmesi mümkündür. Şeffaflaşma ile ilgili pazardaki belirsizlik ortadan kalkacak, teşebbüsler piyasa koşulları hakkında tam bilgi sahibi olabildikleri gibi rakiplerinin uyguladıkları ve uygulamayı planladıkları ticari karar ve stratejileri ile önemli ticari bilgileri hakkındaki bilgilere de kolaylıkla ulaşabileceklerdir. Bilgi değişimi yoluyla ilgili pazarın şeffaflaşmasına ilişkin ayrıntılı bilgiler daha önce verilmiş olduğundan burada daha fazla üzerinde durulmayacaktır.

Bilgi değişimi yoluyla piyasada oluşan şeffaflık nedeniyle belirsizliklerin ortadan kalkması, rakip teşebbüslerin alacakları ticari kararlarda birbirlerinin strateji ve kararlarını göz önünde bulundurmaları; özellikle oligopollerde birlikte hâkim durumun oluşması sonucunu doğurur¹⁸⁴⁸. Teşebbüsler birbirlerinin politikalarını gözlemleyip kendi kararlarını rakiplerinin kararlarıyla uyumlu hale getirdiklerinde tüm teşebbüslerin toplam kârında bir artış meydana gelecektir. Örneğin teşebbüslerden birinin fiyat arttırma kararına karşı diğer teşebbüsler de buna uyum sağlayarak aynı yönde karşılık verirlerse, ilgili pazardaki fiyat seviyesinde genel bir artış gerçekleşecek ve bu da tüm teşebbüslerin kârının yükselmesi anlamına gelecektir.

Ortak yönde hareket etmenin cazibesini keşfeden rakip teşebbüsler, aralarında açık ya da gizli bir şekilde anlaşarak veya uyumlu eylemlere girişerek sürekli tek bir teşebbüs gibi aynı yönde davranma eğilimi içine girerler. Böylece rakip teşebbüsler artık kendi aralarında rekabet etmemekte, aksine sürekli bir işbirliği ile ortak menfaatlere ulaşmak için birlikte çaba sarfetmektedirler. Birlikte hareket eden bu teşebbüslerin bu birlikteliklerinin ilgili pazarda oligopol oluşturarak piyasa

¹⁸⁴⁸ Kahraman, s. 136.

parametrelerini bağımsız bir şekilde belirleme gücüne sahip olmalarını sağlaması halinde, birlikte hâkim durum ortaya çıkacaktır. Böylece, tek başına hâkim durumda olması mümkün olmayan teşebbüsler, bilgi değişiminin yarattığı şeffaflıktan etkilenerек başlayan süreçte birlikte hâkim duruma gelerek ilgili pazarı yönlendirme yeteneği kazanmıştır.

Sonuç olarak bilgi değişimi, özellikle çok parçalı olmayan ve birkaç büyük teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda oligopol oluşturarak birlikte hâkimiyet durumunun ortaya çıkmasını kolaylaştırabilir.

4.3.3.1.2. Bilgi Değişimi Yoluyla Piyasanın Kapatılması

İlgili pazarın yapı itibarıyla, özellikle pazara giriş çıkış bakımından durağan olması, birlikte hâkim durumun oluşması, devam etmesi ve kalıcı olması bakımından etkili bir faktördür. Zira ilgili pazarın dinamik bir yapıya sahip olması, ilgili pazara girişlerde engel bulunmaması, batık maliyetlerin yüksek olmaması gibi pazarı cazip kılan sebeplerin bulunması durumunda potansiyel rakipler pazara girmek isteyecektir.

Pazara kolaylıkla giriş yapılabildiği durumlarda ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında bir koordinasyon kurulması ve bunun sürdürülmesi çok kolay değildir. Birlikte hâkim durum oluşturmak veya mevcut hâkim durumlarını korumak isteyen teşebbüsler, ilgili pazara yeni girişlerin olmasını engellemek için birtakım stratejiler uygulamak zorundadır. Bilgi değişimi, bu tür stratejiler uygulanması açısından kullanılabilecek bir yoldur. Şöyle ki; aralarında koordinasyon oluşturarak hâkim duruma gelmeyi ya da oluşturdukları birlikte hâkim durumu korumayı amaçlayan teşebbüsler, bilgi değişiminin yarattığı şeffaflık dolayısıyla ilgili pazara girmek için faaliyete geçen teşebbüsler hakkında önceden bilgi sahibi olabileceklerdir. Bunun üzerine birlikte hâkim durum oluşturmak isteyen ya da birlikte hâkim durumda olan teşebbüslerden biri yapacağı tek taraflı bir duyuru ile örneğin fiyatlarda üç gün sonra uygulanmaya başlamak üzere yarı yarıya indirim yapacağını açıklar. Bu açıklamayı duyan birlikte hâkim durum oluşturan ya da oluşturmayı amaçlayan diğer teşebbüsler de aynı tarihte ve aynı oranda indirim gerçekleştirirler. Ortaya çıkan durum ilgili pazarı yeni girişimciler için son derece

uygunsuz bir pazar halinde getirmiştir. Böylece hem ilgili pazara yeni girmek isteyen teşebbüsler girmekten vazgeçmiş hem de ilgili pazarda faaliyet gösteren küçük teşebbüsler bu fiyatlarla rekabet etmeleri mümkün olmadığından kısa süre içinde pazar dışına itilmiştir. Böylece, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler birlikte uyguladıkları yıkıcı fiyatlama ile potansiyel rakipler için piyasayı kapatmış; piyasada faaliyet gösteren mevcut rakipleri ise pazar dışına itmiştir.

Piyasadaki rakiplerin pazar dışına itilmesinin ardından piyasada fiyat yükselmesine rağmen piyasaya yeni girişler olmayacaktır. Çünkü yıkıcı fiyat uygulamasına başvuran teşebbüs, ne kadar agresif davranabileceğini tüm teşebbüslere göstermiştir. Buna “*piyasada sahip olunan ün yaklaşımı*” ya da “*şöhret etkisi*” denir¹⁸⁴⁹. Birden fazla pazarda faaliyet gösteren hâkim durumdaki teşebbüsün bu pazarlardan birinde yıkıcı fiyat uygulamasının diğer pazarlarda da caydırıcı etki yaratması ve diğer pazarlarda piyasa kapama etkisi doğurması da mümkündür. Buna “*yıkıcı damping*” denir¹⁸⁵⁰.

Piyasadaki mevcut rakiplerin yıkıcı fiyatlama yoluyla pazar dışına itilmesi mevcut pazar gücünün kullanılmasıyla, potansiyel rakiplerin yeni girişlerinin engellenmesi ise gelecek pazar güçleri ile mümkündür. Bu her iki uygulamanın yürütülebilmesi için teşebbüsün uzun süre yıkıcı fiyatlandırmaya dayanacak finansal kaynaklarının bulunması zorunludur¹⁸⁵¹. Buna “*şişman cüzdan kuralı*”¹⁸⁵² veya “*derin cep (deep pocket) kuralı*”¹⁸⁵³ denir. Geniş finansal olanakları olan rakibi karşısında yıkıcı fiyatlandırmaya dayanamayan ve tehdidin ciddiyetini farkına varan daha zayıf rakip, fazla zaman kaybetmeden ilgili pazardan çıkacaktır¹⁸⁵⁴. Bu nedenlerle; yıkıcı fiyatlandırmanın akılcı bir strateji olabilmesi için üç koşulu sağlaması gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar; yıkıcı fiyatlandırmaya başvuran teşebbüsün birden fazla piyasada faaliyet göstermesi ve yıkıcı fiyatlandırma nedeniyle uğrayacağı zararları diğer piyasalardan telafi edebilmesi, rakiplerin kendilerini bekleyen tehlikeden haberdar olmaması ve yıkıcı fiyatlamaya başvurulana

¹⁸⁴⁹ Yanık, s. 44; Kara, s. 14; Ulaş Kısa, s. 35; Çeçen, s. 59.

¹⁸⁵⁰ Çeçen, s. 59.

¹⁸⁵¹ Çeçen, ss. 50-51; Yanık, s. 45; Kara, s. 9.

¹⁸⁵² Yanık, s. 45.

¹⁸⁵³ Kara, s. 9.

¹⁸⁵⁴ Yanık, s. 45.

piyasanın koşullarının yıkıcı fiyat uygulamasına izin vermesidir¹⁸⁵⁵. Üçüncü koşul özellikle giriş engelleri bakımından önemlidir. Zira ilgili piyasaya girişte hiçbir engel yoksa yıkıcı fiyat girişimi başarısız olacaktır¹⁸⁵⁶.

Yıkıcı fiyatlama yoluyla rekabet karşıtı piyasa kapamada rakiplerin fiilen piyasadan çıkmış olması zorunlu değildir. Hâkim durumdaki teşebbüsler, rakiplerini piyasa dışına itmek yerine onların da kendi uyguladığı fiyatları takip etmek zorunda kalmasını sağlayarak rakiplerini, kendileri ile rekabet etmemek üzere disipline edebilir. Oligopollerin bir etkisi de rakiplerin disipline edilmesidir. Birlikte hâkim durumda bulunan teşebbüslerin ortaklaşa uyguladığı stratejiler nedeniyle diğer rakip teşebbüsler de kendilerini bu kurallara uymak zorunda hissederler. Böylece tüm rakip teşebbüslerin uyguladığı politikalar ortak hale gelir ve marka içi rekabet ortadan kalkar. Marka içi rekabetin ortadan kalkmış olması pazara giriş konusunda önemli bir engel oluşturur ve pazarın kapanmasına sebep olur¹⁸⁵⁷.

Sonuç olarak, bilgi değişimi suretiyle oluşan şeffaflıktan faydalanılarak elde edilen bilgilerle yine bilgi değişimi yoluyla uygulanan strateji sonucunda pazar kapatılabilir. Bundan sonra bilgi değişimi yoluyla danışıklılık içinde bulunan bu teşebbüslerin birlikte hâkim duruma gelmeleri ve bunu kalıcı hale getirmeleri çok daha kolaylaşmış olacaktır.

4.3.3.1.3. Bilgi Değişimi Yoluyla Ürünlerin Homojen Hale Getirilmesi

Ürünlerin homojen olduğu pazarlarda teşebbüsler arasında işbirliği gerçekleşmesi diğer pazarlara göre daha kolaydır. Zira ürünlerin homojen olduğu pazarlarda teşebbüslerin maliyetleri birbirleri ile aynı ya da çok benzerdir. Gerek üretimde kullanılan hammaddelerin aynı olması gerekse üretim teknolojilerinin aynı ya da benzer olması sonucu maliyetlerde bir benzerlik ortaya çıkmaktadır. Bu da ortak bir fiyat belirlenmesi, bir başka deyişle fiyat konusunda işbirliği yapılabilmesini kolaylaştırır. Buna karşılık; ürün çeşitliliğinin fazla olduğu piyasalarda kullanılan hammadde ve teknik yönünden çok farklı alternatifler

¹⁸⁵⁵ Ulaş Kısa, s. 36.

¹⁸⁵⁶ Ulaş Kısa, s. 36.

¹⁸⁵⁷ Lang, pp. 44-45.

bulunmakta, bunların her biri farklı bir kalite ve fiyat özelliği göstermektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu tür piyasalara örnek olarak mobilya piyasasını verebiliriz. Yine; giyim sektörü, ev tekstili, inşaat sektörü gibi sektörlerde ilgili ürün pazarının heterojen olduğu kolaylıkla söylenebilmektedir.

Özellikle dar oligopol piyasalarda ürünler heterojen olsa dahi, rakip teşebbüsler arasındaki iletişim ve işbirliği sonucunda ürün çeşitliliğinin azaltılması ve ürünlerin neredeyse homojen bir hale getirilmesi mümkündür. Bunun en kolay yolu, yukarıda açıklamış olduğumuz standardizasyon anlaşmalarıdır¹⁸⁵⁸. Ancak rekabeti ihlâl edici olarak görülüp yasaklanması olasılığının yüksekliği karşısında taraflar açık bir standarsizasyon anlaşması yapmak yerine, üretimini yapmayı planladıkları ürün çeşitlerine ve bu çeşitlerin hammadde, üretim tekniği gibi unsurlarına ilişkin aralarında bilgi değişiminde bulunmayı tercih edebilirler.

Örneğin; teşebbüslerden birinin yeni yılda üretimini yapacağı ürünleri yeni yıldan birkaç ay önce internet sitesinde ya da bastırıldığı katalog aracılığıyla tek taraflı açıklaması mümkündür. Bu açıklamanın sadece rakiplere yönelik olarak e-mail, katalog gönderme, bir toplantı sırasında açıklama gibi yollarla yapılması da mümkündür. Özellikle tüm rakip teşebbüslerin yöneticilerinin katıldığı bir toplantıda, önümüzdeki yıl itibariyle üretimde sadece belirli bir hammaddenin kullanılacağı, diğer çeşitlerde üretim yapılmayacağı, böylece daha yüksek kâr elde edileceğinin planlandığı yönünde bir bilgi paylaşımı, tüm rakipleri aynı yönde davranmaya itebilecek niteliktedir. Bu açıklamayı izleyen rakip teşebbüsler, kendi üretim planlarını rakibinin üretim planı ile uyumlu bir hale getirip ürün çeşitliliğini rakibinin planladığı çeşitlerle sınırlandırabilir. Bu durumda dar oligopol olan piyasada ürün çeşitliliği sınırlandırarak rakip teşebbüsler arasında ürün homojenliği sağlanabilecektir. Zaten dar oligopol olan piyasada bir de bilgi değişimi yoluyla ürün standardizasyonu sağlanması, söz konusu pazarda rakipler arasında işbirliğini kolaylaştırmaktadır. Ürünlerin standart hale gelmesini takiben fiyatlarda ve diğer satış koşullarında yeknesaklık sağlamak üzere oligopolistlerin aralarında işbirliğine girmesi, bu teşebbüslerin birlikte hâkim duruma gelmelerine sebep olabilir.

¹⁸⁵⁸ Bkz. yuk. ss. 456-466.

4.3.3.1.4. Teşebbüsler Arasında Kurulan Eşgüdümün Bilgi Değişimi Yoluyla Devamlılığının Sağlanması

Rakip teşebbüslerin aralarında kurdukları işbirliği sonucu tek bir teşebbüs gibi hareket ederek elde etmiş oldukları birlikte hâkim durumun devamının sağlanabilmesi için bu birlikteliğin hiçbir sapma olmaksızın korunması zorunludur. Teşebbüsler arasındaki eşgüdümde ortaya çıkacak en küçük bir sapma, söz konusu oligopolü kırmak ve birlikte hâkimiyet halini ortadan kaldırmak için yeterli olabilir¹⁸⁵⁹.

Birlikte hâkimiyet halinde tarafların işbirliğinden sapma iradesinin ortaya çıkması çok olası değildir. Zira bir sapma gerçekleşmesi halinde işbirliği ortadan kalkacak, birlikte hâkimiyet durumu sona erecek ve birlikte hâkimiyetin tarafları piyasa üzerinde sahip oldukları yönlendirme güçlerini kaybederek normal rekabet koşullarına dönecektir. Bu nedenle hiçbir teşebbüs, piyasa parametrelerini rakiplerinden ve müşterilerinden hiç etkilenmeksizin serbestçe belirleyebilme gücünü, dolayısıyla tekel kârını ya da tekel kârına yaklaşmış kâr oranını kaybetmek istemez. Buna rağmen; birlikte hâkim durumdaki teşebbüsler arasındaki eksik iletişim, yetersiz veya yanlış bilgi sahibi olma gibi hallerde teşebbüsler kendileri istemeseler bile bir sapmanın ortaya çıkması söz konusu olabilir. Böylece eksik iletişim ya da yanlış bilgiden kaynaklanan farklı bir strateji ortaya konması, tüm işbirliğinin bozulmasına ve birlikte hâkimiyet durumunun ortadan kalkmasına sebep olabilecektir.

Birlikte hâkimiyet durumunu tehlikeye atacak bir sapmanın gerçekleşmesini önlemenin en etkili yolu, teşebbüsler arasında çok sık ve ayrıntılı bilgi değişiminde bulunmaktır. Bilgi değişimi ne kadar sık, düzenli ve ayrıntılıysa teşebbüsler arasındaki işbirliği o kadar iyi korunabilecektir. Bu nedenle birlikte hâkimiyet halinde bu hâkimiyetin korunabilmesi için etkin bir bilgi değişimi sistemi son derece önemlidir.

¹⁸⁵⁹ Lang, s. 44.

4.3.3.2. Birlikte Hâkim Durum Oluşması Halinde Uygulanacak Hükümler

Birlikte hâkim durumun, bu birlikteliğe katılan teşebbüsler arasındaki açık ya da gizli anlaşmalar, kararlar, uyumlu eylemler ve bilgi değişimlerinden kaynaklanabileceği yukarıda açıklanmıştır. Söz konusu anlaşma, karar, uyumlu eylemler ve bilgi değişimi faaliyetlerinin RKHK m. 4 kapsamında olması ve aynı zamanda bunlar aracılığıyla oluşan birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması halinde teşebbüsler her iki maddeye ayrı ayrı mı maruz kalacaklardır, yoksa bunlardan sadece birisinin uygulanmasıyla yetinilecek midir? Eğer ikinci seçenek söz konusu olacaksa hangi hüküm tercih edilecektir? Bu sorular; birlikte hâkim durum bulunması hallerinde cevaplanması zorunlu ve bir o kadar da zor olan sorulardır.

Avrupa Komisyonunun konuya yaklaşımı, ABİDA m. 101/I ile m. 102'yi birlikte uygulama yönündedir. Ancak ABAD, teşebbüsler arasındaki anlaşma ya da birlikte davranışlar dolayısıyla ABİDA m. 101/I'in uygulandığı hallerde m. 102'nin uygulanmasını kabul etmemektedir¹⁸⁶⁰. “*Italian Flat*” davasında Komisyonun yaklaşımı her iki hükmü de uygulama doğrultusunda olmuş ise de İlk Derece Mahkemesi sadece Roma Anlaşması m. 85 hükmünün uygulanması gerektiğine, birlikte hâkim duruma gelme söz konusu olsa da ayrıca Roma Anlaşması m. 86'nın uygulanmasının doğru olmayacağına karar vermiştir. Bunun yanında Roma Anlaşması m. 85/III gereği muafiyetin söz konusu olduğu hallerde de birlikte hâkim durumun ortaya çıkabileceği vurgulanmıştır¹⁸⁶¹.

Doktrinde Ocak, ABAD'ın yaklaşımını iç hukuk yönünden de isabetli bulmaktadır. Buna göre; RKHK m. 4 kapsamına giren bir anlaşma, uyumlu eylem ya da bilgi değişimi bulunduğu hallerde sadece bu madde gereği yaptırım uygulanmalı; bunun yanında ayrıca RKHK m. 6 uygulanmamalıdır. Ancak RKHK m. 4 kapsamına giren birlikte davranış RKHK m. 5 kapsamında muafiyetten yararlanıyor olmasına

¹⁸⁶⁰ Ocak, s. 273.

¹⁸⁶¹ Aşçıoğlu Öz, s. 137.

karşılık, RKHK m. 6'yı ihlâl ediyorsa o zaman RKHK m. 6'nın uygulanması gerekmektedir¹⁸⁶².

Doktrinde Aşçıoğlu Öz de, örneğin bir uyumlu davranıştan kaynaklanan birlikte hâkim durum halinde Roma Anlaşması m. 85 (ABİDA m. 101) uygulanabilecekken m. 86 (ABİDA m. 102)'nin uygulanabilirliğini tartışmanın, birden fazla teşebbüsün hâkim durumda olması kavramına işlevsellik getirmeyeceğini ve uygulama alanını daraltabileceğini ifade etmiştir¹⁸⁶³. Yazar ayrıca, birden fazla teşebbüsün anlaşmalar ya da birlikte davranışlarla hâkim durumlarını kötüye kullanmaları halinde, ortada bir anlaşma, karar ya da uyumlu eylem olduğu tespit edilebiliyorsa, ayrıca RKHK m. 6'nın uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığı sürece sadece RKHK m. 4'ün uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yazarın burada *“ayrıca RKHK m. 6'nın uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığı sürece”* ifadesiyle ne anlatmak istediği çok net olmayıp tartışmaya açıktır. Zira RKHK m. 6 sadece bir kötüye kullanma hali olduğunda işletilen, kötüye kullanma olmadıkça sadece hâkim duruma gelmiş olma nedeniyle uygulanmayan bir hükümdür. Yazar; anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın RKHK m. 5 çerçevesinde muafiyet kapsamına girmesine rağmen bu işbirlikçi davranış ile ortaya çıkan hâkim durumun kötüye kullanılması halinde RKHK m. 6'nın uygulanması gerektiğini vurgulamıştır¹⁸⁶⁴. Kanatimizce yazarın *“ayrıca RKHK m. 6'nın uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığı sürece”* ifadesiyle anlatmak istediği durum, RKHK m. 5 kapsamına giren işbirlikçi davranışlar sonucu oluşan hâkim durumun kötüye kullanımı halidir. Aksi düşünce, yazarın kendi görüşleri arasında çelişki meydana getirecektir.

Doktrinde Gül de, RKHK m. 5 dolayısıyla muafiyetten yararlanarak RKHK m. 4 kapsamına girmeyen bir anlaşmanın yarattığı hâkim durumun kötüye kullanılması halinde bunun RKHK m. 6 çerçevesinde yaptırıma tâbi tutulacağını belirtmiştir. Ancak yazar, RKHK m. 4 kapsamına giren bir anlaşma yoluyla aynı zamanda hâkim durumun kötüye kullanılmış olması halinde, her iki hükümden ayrı

¹⁸⁶² Ocak, ss. 272-273.

¹⁸⁶³ Aşçıoğlu Öz, s. 138.

¹⁸⁶⁴ Aşçıoğlu Öz, ss. 169-170.

ayrı ceza verilmesinin ceza hukuku ilkelerine ters düşeceğini ifade etmişse de yine de takdirin Kurula bırakılmasının faydalı olacağını vurgulamıştır¹⁸⁶⁵.

İ. Y. Aslan da, birlikte hâkimiyetin bir anlaşmayla veya birlikte davranışla kurulmuş olması halinde, söz konusu anlaşma ya da davranışın zaten RKHK m. 4 hükmüne aykırı olacağını ve yasaklanacağını, ayrıca 6. madde ile de yasaklamanın gerekli olmadığını; ancak birlikte davranışla yaratılan hâkim durum sonucu ortaya çıkan kötüye kullanma fiilinin 4. madde ile yasaklanmadığı hallerde 6. maddenin uygulanmasının düşünülebileceğini ifade etmiştir¹⁸⁶⁶.

Doktrinde Karabel, aynı eylemin hem RKHK m. 4 hem de RKHK m. 6'ya aykırı olması halinde rekabet hukuku bakımından birden fazla kabahat olduğu düşünülebilirse de gerçekte ihlâl konusu davranışın tek olduğunu ve tek bir ceza uygulanabileceğini belirtmiş; ayrıca yazar, aynı davranış hakkında her iki madde nedeniyle soruşturma açılmış olmasının, bu soruşturmanın birden fazla ceza uygulanmasıyla sonuçlanmadığı takdirde ceza hukuku ilkelerine aykırılık oluşturmayacağının altını çizmiştir¹⁸⁶⁷.

Kanaatimizce de doktrinde baskın olarak kabul edilen ve aynı fiil için RKHK m. 4 ve 6'nın ayrı ayrı uygulanmaması gerektiği düşüncesi isabetlidir. Rekabet Kurulu soruşturmalarının ceza hukuku soruşturmaları ile benzerliği ve ceza hukukundaki ilkelerin burada da uygulanması gerekmesi¹⁸⁶⁸ karşısında bir eylem için iki ayrı ceza uygulanması *ne bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Buna göre; RKHK m. 4 hükmüne aykırı bir uyumlu eylem ya da anlaşmanın birlikte hâkim durum yaratması halinde aynı zamanda birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması da söz konusuysa, söz konusu eylem için RKHK m. 6 hükmü uygulanmalıdır. Buna karşılık; birlikte hâkim durum yaratan ve RKHK m. 4'e aykırı olan anlaşma ya da uyumlu eylem sonucunda ortaya çıkan birlikte hâkimiyetin kötüye kullanılması henüz gerçekleşmediyse sadece RKHK m. 4'e göre bir yasaklama mümkün olabilir. RKHK m. 4'e aykırı olmasına rağmen RKHK m. 5 hükmünden faydalanan bir

¹⁸⁶⁵ Gül, ss. 27-28.

¹⁸⁶⁶ İ. Y. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 690.

¹⁸⁶⁷ Gözde Karabel, **Rekabet Hukukunda Ne Bis in Idem İlkesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2015, s. 49.

¹⁸⁶⁸ İnan, s. 8; Karabel, s. 6.

anlaşma ya da uyumlu eylem yoluyla ortaya çıkan birlikte hâkim durum halindeyse, ancak bu birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda bir yaptırım uygulanması mümkün olabilecektir. Bu noktada uygulanacak olan hüküm sadece RKHK m. 6'dır.



SONUÇ

Bilgi değişimi, rekabet hukuku yönünden dikkatle incelenmesi gereken önemli konulardan biridir. Bilgi değişiminin rekabet üzerinde birçok olumlu etkisi olabileceği gibi rekabeti kısıtlayıcı olumsuz etkiler ortaya çıkarması da mümkündür. Bilgi değişiminin rekabeti arttırıcı etkilerinin başında tüketici menfaatleri gelmektedir. Söz konusu bilgi değişiminin rakipler arasında kalmayarak tüketicilere ulaşması halinde pazarda oluşacak şeffaflık, tüketicilerin pazardaki ürün ve hizmetler hakkında tam bilgi sahibi olmasını sağlayarak tüketiciler açısından ortaya çıkacak araştırma maliyetlerinin azalmasına, tüketicilerin rakip ürünler arasında daha kolay bir şekilde karşılaştırma yaparak kendi menfaatlerine en uygun olan ürünü en kısa zamanda ve en az maliyetle seçebilmesine yardımcı olabilecektir.

Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki bir diğer olumlu etkisi, teşebbüslerin geleceğe yönelik öngörülerini arttırması noktasında kendini gösterir. Özellikle bankacılık ve sigortacılık sektörlerinde rakip teşebbüsler arasında gerçekleşen bilgi değişimi, bu sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüsler açısından son derece önemlidir. Bankacılık sektöründe müşterilerin daha önce kullandığı kredileri geri ödemede sorun yaşıyıp yaşamadıkları, geri ödemelerin vaktinde ve tam olarak yapıp yapılmadığı, gecikme yaşandıysa ne kadarlık bir gecikme yaşandığı bankaların müşterilere kredi kullandırıp kullandırmamalarına, ne miktarda ve hangi koşullarda kredi temin edileceğine karar vermeleri açısından önem taşımaktadır. Aynı durum sigorta şirketleri için de geçerlidir. Müşterinin daha önceki sigorta poliçelerinde gerçekleşen rizikoları, ödenen tazminatlar yeni sigorta poliçesi yapılırken dikkate alınacak, müşterinin önceki durumuna göre riskin gerçekleşme olasılığına göre sigorta primi belirlenecektir. Her iki sektördeki bu bilgi paylaşımının sağladığı avantaj sadece bankalar ve sigorta şirketleri yönünden değil, müşteriler yönünden de söz konusudur. Zira bilgi paylaşımı sistemi sayesinde şirketler riski tüm müşterilere bölüştürmek yerine, sicili iyi olan müşteriye daha avantajlı koşullar sunabilmektedir.

Bilgi değişimi yoluyla pazarda oluşacak genel şeffaflaşma, pazara yeni girecek teşebbüsler açısından da kolaylık sağlamaktadır. Oluşan şeffaflık sayesinde,

pazara yeni giriş yapmayı düşünen teşebbüsler, pazarın mevcut koşullarını tam olarak öğrenebilmekte, pazarın kendi imkânlarına uygun olup olmadığına, ne kadarlık bir yatırımla pazara girmesi gerektiğine karar verebilmekte, giriş maliyetlerinin ne kadar sürede telafi edilip kâr elde etmeye başlayabileceğini öngörebilmektedir. Bu şeffaflık sayesinde pazara giriş kolaylaşmakta, ilgili pazarda rekabet artmaktadır.

Pazardaki bilgi değişimi tüm bunların yanında teknolojik gelişmelere de yardımcı olarak rekabeti arttırıcı bir etki gösterebilmektedir.

Tüm bu olumlu etkilerin yanında bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı birçok etki göstermesi de mümkündür. Bu olumsuz etkilerin en başında, rakipler arasında koordinasyon oluşturma gelmektedir. Bilgi paylaşımı yoluyla birbirlerinin ticari kararları, planları, geleceğe yönelik stratejileri gibi konularda bilgi sahibi olan rakipler, rekabet etmek yerine stratejilerini birbirlerine uygun hale getirerek ortak bir anlayışa ulaşmayı ve böylece tekel kârına yakın bir kâr elde etmeyi hedefleyebilirler. Rekabet ederek risk almak yerine danışıklı bir ortak strateji izlemek rakipler için çok daha avantajlı görünebilecektir. Bu koordinasyonun kurulmasında bilgi değişimi ne kadar önemliyse kurulacak olan koordinasyonun devam etmesinde ve sapmaların tespit edilmesinde de en az o kadar önemlidir. Zira kurulan koordinasyonun devam edebilmesi, bu danışıklılık içinde yer alan teşebbüsler arasında hızlı, sürekli ve gerçekçi bilgi akışına bağlıdır. Yine bu bilgi akışı sayesinde, danışıklılık kapsamındaki teşebbüslerden birinin kararlaştırılan kurallardan saptığı derhal tespit edilerek bu teşebbüse karşı yaptırım uygulanabilir. Böylece kartel veya kartel benzeri bu yapının devamı sağlanabilir.

Rakipler arasında bilgi değişiminin hâkim olduğu piyasalarda piyasa kapama etkisi görülebilir. Bu, piyasaya yeni giriş yapacak potansiyel rakiplerden haberdar olunması üzerine, piyasadaki aktörlerin bir koordinasyon içine girerek keskin ve ani bir şekilde fiyat düşürmeleri gibi piyasayı cazip olmaktan çıkarak bir davranış ile gerçekleştirilebilir. Böylece pazara girmeyi düşünen teşebbüs bu kadar düşük fiyatlarla kâr etmesi mümkün olmadığından pazara girmekten vazgeçecektir. İlgili pazardaki rakip teşebbüslerin bir kısmı arasında gerçekleşen bilgi değişimi, diğer rakiplerin pazır dışına itilmesine de sebep olabilir. Aralarında bilgi değişimi

mekanizması yoluyla kartel benzeri bir oluşum içine giren rakip teşebbüsler, ortak hareket ederek diğer rakiplerinden daha avantajlı bir duruma geleceklerdir. Bir süre sonra pazardaki diğer rakiplerin, kartelle rekabet etmesi çok zor hale geleceğinden bu teşebbüsler pazardan çekilecektir.

Bilgi değişimi her ne kadar genel bir nitelik taşıdığına tüketici menfaatleri için olumlu etkiler göstermekte ise de sadece rakipler arasında kalan ve tüketiciye ulaşmayan bilgi değişimleri tam aksine tüketicilerin menfaatlerini ihlâl edecektir. Rakip teşebbüsler örneğin uygulayacakları fiyat konusunda kendi aralarında bilgi değişiminde bulunurlar ve buna göre ortak bir fiyat belirlerlerse piyasadaki fiyat rekabeti ortadan kalkacağından, tüketici aslında daha az ödeyerek alabileceği bir ürün için daha fazla ödemek zorunda kalacaktır. Ayrıca ürün kalitesi, çeşitliliği, arz miktarı gibi konularda rakipler arasında yapılan bilgi değişimi, tüketicilere zarar olarak yanzıyacaktır.

Bilgi değişimi faaliyetleri genel olarak ikili bir ayırım yapılarak ele alınır. Bunlar; yardımcı eylem olarak bilgi değişimi ve tek başına bir eylem olarak bilgi değişimidir. Yardımcı eylem olarak bilgi değişiminde bilgi değişimi, başka bir anlaşma, uyumlu eylem ya da kararın uygulanmasında yardımcı olarak bilgi değişiminden yararlanılması halinde ortaya çıkar. Genellikle kartel oluşumlarında kartelin devamını sağlayabilmek için bilgi değişiminden yararlanılmaktadır. Bu tür durumlarda bilgi değişimi tek başına bir ihlâl olarak ele alınmaz, yardımcısı olduğu ana ihlâlin bir parçası olmaktan ibarettir.

Tek başına bir eylem olarak bilgi değişiminde ise bilgi değişimi, başka bir ana ihlâle bağlı olmayıp tek başına ortaya çıkmıştır. Rakipler arasında gerçekleşen fiyat bilgilerinin paylaşımı, müşteri listelerinin paylaşımı, geleceğe dönük yatırım planlarının paylaşımı gibi. Bu tür hallerde bilgi değişimi faaliyetinin ihlâl niteliğinde olup olmadığı değerlendirilecek ve ihlâl söz konusu ise bu bilgi değişimi faaliyetinden dolayı yaptırım uygulanacaktır.

Bilgi değişimi faaliyetleri ortaya çıkış şekillerine göre, doğrudan ve üçüncü kişi aracılığıyla bilgi değişimi olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan bilgi değişiminde taraflar arasında bir başka kişi ya da teşebbüs yer almaz. Teşebbüsler

yüz yüze, telefonla, toplantı sırasında, elektronik posta, faks, mektup veya benzeri herhangi bir başka yolla doğrudan iletişim içindedir. Üçüncü kişi aracılığıyla bilgi değişimleri ise dolaylı bilgi değişimleridir. Burada üçüncü kişi, teşebbüs birlikleri ve bağımsız kuruluşlar olabileceği gibi, internet portalları, müşteriler, bayiler vs. de olabilir.

Bilgi değişimine yönelik üçüncü ayırım ise bilginin yatay veya dikey değişimidir. Eğer bilgi değişimi arz zincirinin aynı seviyesinde yer alan teşebbüsler arasında, yani rakipler arasında gerçekleşiyorsa yatay bilgi değişiminden; arz zincirinin farklı seviyelerindeki teşebbüsler arasında gerçekleşiyorsa dikey bilgi değişiminden söz edilir.

Rekabet hukukunda ihlaller per se, amaç yönünden veya etki yönünden (rule of reason olarak) rekabete aykırı olarak sınıflandırılabilir. Per se ihlallerde, ihlâl oluşturan davranışın rekabete aykırı olduğu kabul edilir ve bunun aksinin ispatlanması mümkün değildir. Amaç yönünden rekabete aykırılık hallerinde ise davranış, karine olarak rekabeti bozucu olarak kabul edilmekte ise de karinenin aksinin ispatı mümkündür. Etkileri bakımından rekabete aykırı olan davranışlar için ise herhangi bir karine bulunmamakta olup söz konusu davranış case-by-case olarak rule of reason analizine tâbi tutulmaktadır. RKHK m. 4’de kanun koyucu amaç veya etki temelli bir yaklaşım benimsemiştir. Buna göre bir davranış eğer amacı bakımından rekabeti ihlâl edici nitelikte ise etki analizi yapılmasına gerek kalmaksızın rekabete aykırı olduğu kabul edilecektir. Buna karşılık amaç yönünden rekabete aykırılık söz konusu olmadığında etki temelli rule of reason analizi yapılacaktır. Bu açıklamalar bilgi değişimi yönünden de aynen geçerlidir. Genellikle fiyat ve miktar bilgilerinin değişiminin, özellikle de geleceğe yönelik olması halinde, amaç yönünden rekabete aykırı olduğu kabul edilmektedir. Amaç yönünden rekabete aykırı görülmeyen bilgi değişimlerinde bilgi değişiminin rule of reason analizine göre case-by-case değerlendirilmesi gerekmektedir.

Rule of reason analizinde değerlendirme çok kapsamlı olup göz önünde bulundurulması gereken birçok unsur bulunmaktadır. Bu unsurlar; değiştirilen bilgiye ilişkin unsurlar, ilgili pazarın ve ürünün yapısı ile bilgi değişimine katılan teşebbüslerin özellikleri şeklinde üç ana gruba ayrılabilir.

Öncelikle değiştirilen bilginin nitelikleri rule of reason analizinde çok önemli bir yer tutmaktadır. Bilgi paylaşımının halka açık olup olmadığı dikkat edilmesi gereken konulardan biridir. Eğer yapılan bilgi paylaşımı herkese açık olarak gerçekleştirilmişse, söz konusu bilgiye tüm teşebbüsler ve tüketiciler eşit şartlarda, kolaylıkla, herhangi bir ayrımcılık söz konusu olmaksızın ulaşabiliyorlarsa, burada halka açık bir bilgi değişiminin olduğu söylenebilir. Ancak bilgi değişimi sadece belirli bir kesim arasında kalmışsa ve herkes tarafından ulaşılabilir değilse söz konusu bilgi değişimi halka açık nitelikte değildir. Paylaşılan bilginin halka açık olması ilgili pazarda genel bir şeffaflık yaratacağından etkinliği arttırıcı nitelikte iken sadece belirli teşebbüsler arasında kalan bilgi değişimi faaliyetlerinin rekabeti bozucu etki gösterme olasılığı yüksektir.

Paylaşılan bilginin bireysel bilgi mi yoksa toplanmış (kollektif) bilgi mi olduğu konusu rule of reason analizinde son derece önem arz eden konulardandır. Eğer bilgi, bağımsız bir kuruluş ya da meslek birliği tarafından toplanarak derlenen, teşebbüs bazında ayırt edilemeyecek şekilde toplulaştırılmış, toplam rakamlar üzerinden hazırlanan istatistiksel bilgilerden ibaret ise burada kollektif bilgi söz konusudur. Buna karşılık; teşebbüs bazında satış, kârlılık, ciro vs. bilgilerin, ürün alt kırımlarını da içerir şekilde ayrıntılı olarak gösterildiği bilgiler bireysel bilgiler olup rekabete hassas bilgi niteliğindedir. Toplulaştırılmış bilgiler ilgili pazarın genel itibarıyla yapısını ortaya koyan, teşebbüslere ait rekabete hassas nitelikteki bilgileri içermeyen istatistiksel bilgilerden oluştuğu için genel olarak rekabeti bozucu etki göstermemektedir. Bireysel bilgiler ise rekabeti bozma potansiyeli yüksek olan bilgilerdir.

Rekabet üzerinde etkisi en yüksek olan bilgiler, rekabete hassas bilgilerdir. Özellikle fiyat, müşteriler, geleceğe dönük ticari stratejiler, stok, üretim miktarları, ciro, satış miktarları gibi bilgiler rekabete hassas bilgi niteliğindedir. Bir teşebbüs için ticari sır niteliği taşıyan tüm bilgiler, rekabet hukuku yönünden rekabete hassas bilgi vasfı taşımaktadır ve bu tür bilgilerin değişimi yüksek oranda rekabeti bozma potansiyeline sahiptir.

Bilgi paylaşımı rakipler arasında karşılıklı olarak yapılabileceği gibi, tek taraflı bilgi açıklamaları şeklinde de gerçekleşebilir. Tek taraflı bilgi açıklamaları

genellikle reklamlar, ilanlar, bir televizyon programı ya da toplantıda yapılan tek taraflı beyanatlar şeklinde gerçekleşebilir. Tek taraflı açıklamalar bazen cheap-talk niteliğinde olabilir. Buna karşılık; tek taraflı bilgi açıklamalarının da rekabeti bozucu amaç ya da etkiye sahip olması mümkündür. Tek taraflı bilgi açıklamalarında önemli olan, bu bilgi açıklamasından sonra rakiplerin tutumudur. Örneğin; yapılan tek taraflı açıklamada, fiyatların yeni yıl itibariyle %10 zamlanacağı açıklanmışsa ve diğer rakip teşebbüsler de bu açıklamayı takip ederek kendi fiyatlarını aynı oranda arttırmışsa, burada fiyat belirlemeyi amaçlayan bir bilgi açıklaması olduğu sonucuna varılabilir. Yapılan bu açıklamaya karşı bir başka rakip tarafından yapılacak zammın %15'den az olması halinde yeterli kârlılığa ulaşılamayacağını açıklaması ve bunun üzerine ilk açıklamayı yapan da dâhil olmak üzere tüm teşebbüslerin %15 zam yapması durumunda da aynı amaç olduğu söylenebilir. Tek taraflı açıklamalarda önemli olan bir diğer konu ise, yapılan açıklama ile açıklama konusunun uygulanmaya geçeceği tarih arasında, rakipler tarafından buna uyum sağlayabilecek yeterli zamanın bulunmasıdır.

Değiştirilen bilginin ait olduğu zaman dilimi, bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisinin belirlenmesinde önemli bir faktördür. Genel olarak geçmişe dönük bilgilerin tarihi nitelik taşıması ve güncelliğini yitirmiş olması nedeniyle rekabet üzerinde etki etme potansiyelinin çok düşük olduğu kabul edilmektedir. Bir bilginin üzerinden ne kadar zaman geçtikten sonra o bilginin tarihi nitelik kazanacağı konusunda net bir süre söz konusu değildir. Bazı durumlarda bir yıl öncesine ait bilgiler tarihi bilgi olarak kabul edilebilirken uzun süreli sözleşmelerin hâkim olduğu piyasalarda beş yıllık bilgi dahi tarihi nitelikte görülmeyebilir. Rekabet ihlalleri yönünden güncel ve geleceğe dönük bilgilerin paylaşımı çok daha yüksek potansiyel taşımaktadır.

Bilgi değişiminin çok sık gerçekleşmesi koordinasyon riskini arttırmakta iken bilgi değişiminin çok nadir olarak, sadece birkaç kez yapılmış olması rekabet riskini düşürmektedir.

Rule of reason analizi yapılırken bilgi değişiminin söz konusu olduğu ilgili pazarın ve ürünün yapısı da oldukça önemlidir. İlgili pazarın yapısı bu kadar önemli iken “*ilgili pazar*” kavramı ile pazarın doğru bir şekilde tespit edilmesinin ne denli

önemli olduğu da açıktır. İlgili pazar belirlenirken ürün pazarı ve coğrafi pazar şeklinde ikili bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde iki temel faktör, talep ikamesi ile arz ikamesidir. Talep ikamesinde tüketici yönünden birbirinin yerine kullanılabilen ürünler dikkate alınmaktadır. Talep ikamesi belirlenirken fiyat ve kullanım amaçları esas alınmalıdır. Bir ürünün fiyatında oluşan kalıcı bir artış üzerine diğer ürüne olan yönelim artıyorsa iki ürün arasında çapraz fiyat elastikiyetinin mevcut olduğu anlaşılır. İki ürün arasında çapraz elastikiyetin varlığı, bu iki ürünün aynı ürün pazarında bulunduğunu gösterir. Genellikle fiyat farkı çok yüksek olan ürünlerin birbirinin ikamesi olmadığı ve farklı pazarlarda olduğu kabul edilir. Bu, reaksiyonel ikame edilebilirlik kavramı ile açıklanabilir. Lüks bir parfüm ile fiyatı onun yirmide biri olan ucuz parfüm karşılaştırıldığında her ikisinin de kullanım amacı güzel kokmaktır. Bu fonksiyonel ikame edilebilirliktir. Ancak fiyatları esas alındığında lüks parfümü kullanan birinin, bu parfümün fiyatında artış olması üzerine ucuz parfüme yönelmesi beklenemez. Bu durumda bu iki ürün arasında reaksiyonel ikame edilebilirlik söz konusu değildir. Bu nedenle bu iki ürünün aynı ürün pazarında olduğundan söz edilemez.

Arz ikamesinde ise, üreticinin kısa zaman içinde büyük bir ek maliyet gerektirmeksizin bir ürünün üretimini durdurup diğer ürünün üretimine geçebilecek olması esas alınır.

İlgili coğrafi pazar belirlenirken rekabet koşullarının homojen olduğu bölge esas alınır.

İlgili ürün pazarı ve coğrafi pazar belirlendikten sonra, belirlenen pazarın özelliklerine göre rule of reason analizine devam edilecektir. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi konusunda yapılan değerlendirmede ilgili pazara ilişkin olarak dikkate alınması gereken en önemli özelliklerden biri pazarın şeffaflık oranıdır. Bazı piyasalarda Pazar yapısı itibarıyla kendiliğinden şeffaftır. Bu tür pazarlarda teşebbüslerin bilgi değişiminde bulunmak, birbirlerine ait bilgilere ulaşmak konusunda özel bir çaba içine girmelerine gerek yoktur. Zira pazarın yapısı itibarıyla tüm teşebbüsler ve tüketiciler ilgili pazardaki tüm bilgilere kolaylıkla ulaşabilmektedir. Pazarın kendiliğinden tam olarak şeffaf olduğu durumlarda bilgi değişiminin bir anlamı ve rekabet üzerinde olumsuz herhangi bir etkisi yoktur.

Buna karşılık, tam şeffaflığın hâkim olmadığı pazarlarda bilgi değişiminin dikkatlice değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda, pazarın şeffaflığı konusunda, bilgi değişiminden önceki durum ile sonraki durumun kıyaslanması gerekmektedir. Bilgi değişiminden önceki durum, pazarın kendi yapısı gereği sahip olduğu şeffaflığı göstermektedir. Eğer bilgi değişimi faaliyetinden sonra bu şeffaflıkta bir artış olmuşsa bunun anlamı, bilgi değişimi yoluyla pazarda yapay bir şeffaflık oluşturulduğudur. Bu şekilde yapay bir şeffaflık oluşturan bilgi değişiminin rekabeti bozucu nitelikte olması muhtemeldir.

İlgili pazara ilişkin bir diğer husus, pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı, yani pazarın yoğunluğudur. Eğer ilgili pazarda yoğunlaşma oranı yüksekse yapılan bilgi değişiminin rekabeti olumsuz etkileme olasılığı artar. Ancak çok parçalı ve yoğunlaşma oranı düşük pazarlarda koordinasyon oluşturmak çok kolay olmayacağından bu tür pazarlardaki bilgi değişiminin de rekabet üzerindeki olumsuz etkisi daha az olacaktır.

İlgili pazardaki ürünlerin homojen olması koordinasyonu kolaylaştıran bir diğer etkidir. Ürünler homojen olduğunda rekabet fiyat ve diğer satış koşulları üzerinden yapılacaktır. Homojen ürünlerde maliyetlerde birbirine çok yakın olduğundan fiyatlardaki küçük bir farklılık dahi önemli talep kaymalarına sebep olabilir. Bu nedenle bu tür piyasalarda rakipler, küçük fiyat farklılıkları nedeniyle müşteri kaybetme riski taşımak yerine, aralarında oluşturacakları koordinasyon ile fiyat belirleme yoluna gitmeyi tercih edebilirler. Böylece her teşebbüs elindeki müşteriyi tutabilecek ve ortak fiyatı arttırarak daha yüksek kârlar elde edebilecektir. Koordinasyon riskinin yüksek olduğu pazarlarda rakipler arasında gerçekleşecek bilgi değişimlerinin bu koordinasyona yol açma olasılığı oldukça yüksektir. Buna karşılık; ürün çeşitliliğinin çok fazla olduğu pazarlarda (örneğin mobilya) koordinasyon riski ve dolayısıyla bilgi değişiminin rekabeti olumsuz etkileme riski daha düşüktür.

Pazar koşulları durağan olan piyasalar için de aynı risk söz konusudur. Pazara girişlerin olmadığı, talebin sabit olduğu durağan pazarlarda bilgi değişiminin koordinasyon yaratma riski yüksektir. Ancak sürekli pazara giriş-çıkışların olduğu,

talebin dalgalı olduğu değişken piyasalardaki bilgi değişiminin rekabet yönünden olumsuz etki gösterme potansiyeli daha düşük olacaktır.

Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi değerlendirilirken bu bilgi paylaşımı faaliyetine katılan teşebbüslerin özelliklerine de bakılması gerekmektedir. Şöyle ki; eğer bilgi değişimine katılan teşebbüsler arasında bir simetri söz konusuysa koordinasyon riski artacaktır. Zira benzer özelliklere sahip teşebbüsler arasında ortak bir hedef belirlenerek koordinasyon kurulması çok daha kolaydır.

Bilgi değişimi faaliyetine katılan teşebbüslerin pazar payı, rule of reason analizinde dikkate alınacak bir etkidir. Teşebbüslerin pazar payı itibariyle ilgili rekabet üzerinde hissedilir bir etki yaratmayacak olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasak dışında tutulması kuralına “*de minimis kuralı*” denir. Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılan Tebliğ ile düzenlenen de minimis kuralı, sadece etki yönünden rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar için uygulanabilecek; amaç yönünden rekabete ayırılıklar bu kuralın kapsamı dışında tutulacaktır. Bilgi değişimi konusunda da de minimis kuralının aynen uygulanacağı açıktır. RKHK’da ise de minimis kuralına benzer bir kural açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu kuralın Türk hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Kanaatimizce RKHK m. 4 karşısında de minimis kuralının uygulanamayacağını savunmak pek isabetli bir yaklaşım değildir. Zira RKHK m. 4’de amaç ve etki temelli yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre; bir davranışın ihlâl oluşturup oluşturmadığı belirlenirken öncelikle amaç yönünden bir değerlendirme yapılacak, amaç yönünden aykırılık yoksa etki temelli analiz yapılacaktır. Etki temelli analizde önemli olan husus, söz konusu davranışın rekabeti bozma konusunda fiili ya da potansiyel etkilerinin bulunup bulunmadığıdır. Pazar payları çok düşük olan teşebbüsler arasında yapılan bir bilgi değişiminin rekabet üzerinde olumsuz etki göstermesi ya da bu yönde potansiyel etki taşıması mümkün değildir. Amaç yönünden rekabete aykırılıklar ise etki değerlendirmesi yapılmaksızın yasaklanmakta olduğundan RKHK m. 4’deki sistemin de minimis kuralı ile uyumlu olduğunu söylemek zor değildir. Buna karşılık, de minimis kuralı yönünden kesin eşik sisteminin getirilmesi ve bu şekilde güvenli liman oluşturulması, hukuk güvenliği açısından daha olumlu bir durum yaratacaktır.

Yukarıda açıklanan tüm unsurlar birlikte ele alınıp ilgili pazara ilişkin ayrıntılı iktisadi analiz yapıldıktan sonra söz konusu bilgi değişimi faaliyetinin rekabet üzerinde olumsuz etki/potansiyel etkiye sahip olup olmadığı belirlenecektir. Eğer bilgi değişimi faaliyeti rekabeti kısıtlayıcı mevcut ya da potansiyel etkilere sahip ise bu durumda teşebbüsler tarafından getirilen etkinlik savunması yönünden değerlendirme yapılması gerekecektir. Rule of reason analizindeki etkinlik savunması, RKHK m. 5'deki bireysel muafiyet müessesine tekabül etmektedir. Buna göre söz konusu bilgi değişiminin; ekonomik veya teknik gelişme sağlaması, tüketicinin bundan yarar sağlaması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması gerekmektedir. Bu koşulların tamamının bir arada bulunması halinde söz konusu bilgi değişimi her ne kadar rekabeti bozucu nitelikte ise de bireysel muafiyetten yararlanabilir.

Bilgi değişimi, Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturma sırasında gerçekleşebilir. Şöyle ki; haklarında soruşturma başlatıldığını öğrenen tarafların dosyayı inceleme ve delil niteliğindeki belgelerden örnek alma hakkı bulunmaktadır. Taraflara tanınan dosyaya giriş hakkı, savunma hakkının kullanılabilmesinin bir gereğidir. Ancak her hakkın olduğu gibi, dosyaya giriş hakkının da bazı sınırları bulunmaktadır. Bunlar; kurum içi yazışmalar, ticari sırlar ve gizli bilgi içeren diğer belgelerdir. Bilgi değişimi müessesesi bakımından ticari sırlar konusundaki kısıtlama önem arz etmektedir. Buna göre; tarafların her biri kendileri için ticari sır niteliğindeki bilgiler yönünden gizlilik talebinde bulunabilirler. Gizlilik talepleri Kurul tarafından incelenecek ve yerinde görülürse söz konusu bilgilere erişim mümkün olmayacaktır. Taraflarca ticari sır konusunda Kurul'a bir başvuru olmadığı takdirde Kurul'un resen değerlendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kurul resen değerlendirme yükümlülüğü altında olmasa da gerekli görürse bu değerlendirmeyi yapabilecek yetkiyi haizdir. Ticari sırların korunması konusunun sadece tarafların başvurusu ve Kurul'un inisiyatifine bırakılmış olması, ticari sır niteliğindeki bilgilerin gizliliğinin korunmasında yetersiz kaldığı ve Kurul aracılığıyla gerçekleşecek bir bilgi değişimi faaliyetine zemin hazırladığı gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak ticari sırların korunması ne kadar önemli ise savunma hakkının

kısıtlanmaması da en az o kadar önemlidir. Bu nedenle, ticari sırların korunması ile savunma hakkının hassas bir denge kurularak temini son derece elzemdir.

Rekabet hukuku mevzuatı dışında çeşitli mevzuatla bilgi değişimi zorunlu kılınabildiği gibi bazı hukuki işlemlerin yapılması için bilgi değişiminde bulunulması kaçınılmaz olabilmektedir. Şirket birleşme ve devralma işlemleri bu konudaki başlıca örneklerdendir. TTK ile düzenlenen birleşme ve devralma işlemlerinin yapılabilmesi için dur diligence aşamasının gerçekleşmesi zorunludur. Due diligence yapılmaksızın şirketler hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olunması mümkün olmadığı gibi, ayrıntılı inceleme yapılmaksızın birleşme veya devralma işlemi konusunda bir karar verilmesi de beklenemez. Bu nedenle, neredeyse tüm ticari sırları kapsayan bu incelemenin yapılmasından önce gizlilik anlaşması yapılması oldukça önem taşımaktadır. Buna rağmen; due diligence yapıldıktan sonra gerçekleşmeyen birleşme veya devralma işlemlerinin rekabet hukuku yönünden şirketler arasında koordinasyon oluşturma ve rekabeti kısıtlama riski taşıdığını söylemek mümkündür.

TTK'dan kaynaklanan bir diğer bilgi değişimi yolu, şirket pay sahipleri ile yöneticilere tanınan bilgi alma ve inceleme haklarıdır. TTK'da her şirket türü yönünden pay sahipleri ile yöneticilerin bilgi alma ve inceleme hakları farklı kapsamlarda düzenlenmiştir. Genel olarak, pay sahipleri ve yöneticilerin bilgi alma ve inceleme hakkının, şirketle rekabet etmeme yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüklerinin kapsamıyla ters orantılı olduğunu söylemek mümkündür. Bir başka deyişle; şirkete karşı sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde pay sahiplerinin ve yöneticilerin bilgi alma ve inceleme haklarının kapsamı daha geniş iken sadakat ve rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmayan hallerde bu hakların kapsamı daha dar tutulmuştur. Böylece şirketteki pay sahipliği ya da yönetim hakkına dayalı olarak elde edilecek şirket sırlarının şirketin zararına kullanılması engellenmeye çalışılmıştır.

SMK hükümlerinden kaynaklanan bilgi değişimi dendiğinde akla ilk gelen lisans sözleşmeleri ve patent havuzlarıdır. Lisans sözleşmesi ile bir sınai mülkiyet hakkının kullanım hakkı bir başka teşebbüse bırakılmakta, böylece lisans sözleşmesi kapsamına giren hak çerçevesinde bilgi değişimi gerçekleştirilmektedir. Örneğin bir patent hakkının lisans sözleşmesi yoluyla devri durumunda, patent hakkını

kullanacak olan lisans alanın o patent hakkı kapsamındaki teknik bilgileri, know-how'ı ve üretim sırlarını öğrenmesi kaçınılmazdır. Lisans sözleşmeleri 2008/2 sayılı Tebliğ kapsamında belirlenen eşiklerin aşılmaması halinde grup muafiyetinden yararlanacaktır. Belirtilen eşiklerin aşılması halinde ise her bir durum kendi şartları çerçevesinde (case-by-case) incelenerek değerlendirilecektir. 2008/2 sayılı Tebliğ sadece iki taraflı lisans anlaşmalarını kapsamakta olduğundan patent havuzları bu Tebliğ kapsamına girmemektedir. Bu nedenle, rekabete hassas bilgi paylaşımına yol açan patent havuzlarının somut olay kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bilgi paylaşımı zorunluluklarının en fazla görüldüğü sektör, enerji sektörüdür. Gerek ortak hükümleri düzenleyen Enerji Piyasası Bildirim Yönetmeliği gerekse elektrik, doğalgaz, petrol ve sıvılaştırılmış petrol gazlarına ilişkin mevzuatta birçok bildirim ve ilân yükümlülükleri bulunmaktadır. Bunlar, özellikle fiyatların belirlenmesi ve ilân edilmesi konusunda dikkat çekmektedir. Ancak söz konusu piyasaların iletim yönünden doğal tekel niteliğinde olması, kısmen regülasyon gerektiren piyasalar olması ve getirilen bildirim yükümlülüklerinin piyasa regülasyonu ve denetimi için zorunlu olması karşısında bu bildirim ve ilân yükümlülüklerinin faydalı olduğu açıktır. Ancak enerji sektöründeki mevzuat ile rekabet hukuku mevzuatının uyum içinde olmasına dikkat edilmesi gerekmekte, sektör regülasyonu amacıyla yapılan düzenlemelerin rekabeti bozucu sonuçlar doğurması önlenmelidir.

Çeşitli mevzuattan kaynaklanan bilgi değişimi faaliyetleri karşısında bilgi değişimine katılan teşebbüsler yönünden rekabetin ihlâl edilip edilmediği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Kanaatimizce, yasal düzenlemeler ile getirilen bildirim ve ilân yükümlülükleri karşısında, bu yükümlülüklere uyan bir teşebbüsün davranışının rekabet ihlâli olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir. Aksi durum, hukuk güvenliğini zedeleyecek; bir kurala uyulması halinde diğer bir kuralın ihlâl edilebileceği düşüncesi belirsizliğe neden olacaktır. Bu nedenle, yasal düzenlemeler yoluyla getirilen bildirim ve ilân yükümlülüklerinde, teşebbüslerin yasal zorunluluk sınırını aşıp aşmadığına göre değerlendirme yapılması uygun bir çözüm yolu olacaktır. Buna göre; bir teşebbüs eğer yasal bir yükümlülüğün arkasına saklanarak,

bu yükümlülüğü aşar şekillerde bilgi açıklamalarında bulunmuşsa, aşan bu kısım yönünden rekabetin ihlâl edildiği sonucuna varılabilecektir.

Bilgi değişiminin en çok karşımıza çıktığı durumlardan bir diğeri yatay işbirliği anlaşmalarıdır. Yatay işbirliği anlaşmaları denildiğinde aklımıza ilk gelen, rakip teşebbüsler arasında kurulan ortak girişimlerdir. Özellikle büyük yatırım gerektiren alanlarda ortak girişimler sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Tam işlevsel ortak girişimler, yoğunlaşma işlemleri kapsamında kabul edildiğinden 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde değerlendirilecektir. Tam işlevsel olmayan ortak girişimler ise, anlaşmanın hukuki niteliğine göre varsa ilgili grup muafiyeti tebliği, yoksa menfi tespit ve bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilecektir.

Yatay işbirliği anlaşmalarının bazıları için grup muafiyeti tebliğleri çıkarılmış olup bu anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmeleri için gerekli şartlar açıkça ortaya konmuştur. Böylece bu tebliğlerin kapsamına giren yatay işbirliği anlaşmaları yönünden güvenli limanlar oluşturulmuştur. Buna göre; Ar-Ge anlaşmaları, teknoloji transferi anlaşmaları, uzmanlaşma anlaşmaları ve sigorta sektörü kapsamındaki bilgi değişimleri, ilgili tebliğ hükümlerine uygun olduğu ve yapılan bilgi değişimi anlaşmanın gerekliliği sınırını aşmadığı takdirde grup muafiyetinden yararlanarak güvenli limanda kalacaktır. Grup muafiyeti şartlarını taşımayan anlaşmalar ise münferit olarak case-by-case değerlendirilecektir.

Ortak alım anlaşmaları, ticarileştirme (ortak satım) anlaşmaları, diğer ortak girişim anlaşmaları ve standarsizasyon anlaşmaları ise güvenli liman niteliği taşımayan yatay işbirliği anlaşmalarıdır. Ancak bu anlaşmaların da koşulları barındırıyor olması halinde bireysel muafiyetten yararlanmaları mümkündür.

Bilgi değişimi ve uyumlu eylem kavramları birbiriyle en çok karıştırılan iki kavramdır. Bu karışıklık özellikle, bilgi değişiminin uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysaki yukarıda da açıklandığı üzere, bilgi değişiminin rekabet hukuku bakımından asıl önem arz ettiği şekli, tek başına bilgi değişimi şeklinde ortaya çıkan halidir. Tek başına bilgi değişimi hukuki niteliği itibariyle uyumlu eylem değildir. Ancak özellikle sık gerçekleştiği hallerde, bilgi değişiminin uyumlu eyleme sebep olması mümkündür. Sık gerçekleşen bilgi

değişimi, özellikle de rekabete hassas bilgi içeriyor olması halinde, rakip teşebbüsler arasında koordinasyon isteği yaratabilecektir. Rakip teşebbüslerin bilgi değişimi yoluyla birbirlerinin ticari kararları ve stratejilerine ilişkin bilgi sahibi olmaları, kendi ticari kararlarını alırken bu bilgileri de göz önünde bulundurmalarına sebep olacaktır. Böylece rakip teşebbüsler, birbirleriyle rekabet etmek yerine, benzer şekilde uyumlu davranışlar içine girerek ortak bir menfaatte buluşmayı daha cazip görebilirler. Bu, rakipler arasında açık bir anlaşma şeklinde oluşursa burada uyumlu eylem değil, anlaşma söz konusudur. Ancak teşebbüsler arasında bir anlaşma olmaksızın uyumlu davranışlar içine girilecek olursa uyumlu eylemin varlığından bahsedilebilecektir. Uyumlu eylemin unsurlarını; uyumlu eylem şeklinde gizli bir işbirliği olması, işbirliğinin teşebbüsler arasında gerçekleşmesi ve rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak bozma amacı veya etkisinin bulunması şeklinde sıralamak mümkündür.

Uyumlu eylemin bilgi değişimi dışında karıştırılma olasılığı çok yüksek olan bir diğer kavram, karşılıklı oligopolistik bağımlılıktır. Oligopol piyasalarda yer alan az sayıdaki oyuncu, ticari kararlarını alıp stratejilerini belirlerken diğer rakiplerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Zira özellikle dar oligopol pazarlarda teşebbüslerden birinin yapacağı bir hamle, diğer rakipleri ve tüm piyasayı etkileyecektir. Örneğin, oyunculardan biri fiyat indirimine gittiğinde, özellikle ürünlerin homojen ve pazar koşullarının durağan olduğu dar oligopol piyasalarda diğer rakip oyuncuların da aynı şekilde fiyat indirimine gideceği tahmin edilebilir bir gerçektir. Hatta bu fiyat indirimi, rakipler arasında bir fiyat savaşı başlatabilir ve bu fiyat savaşı nedeniyle tüm teşebbüsler önemli miktarda kâr kaybına uğrayabilir. Fiyat savaşından kaçınmak için ilk indirimin takip edilmemesi halindeyse tüm teşebbüsler müşterilerini, indirim yapan rakibine kaçırarak ve büyük miktarda zarar edecektir. Bu nedenle dar oligopol piyasalarda, rakip teşebbüslerin birbirini izleyerek birbirlerinin davranışlarına göre kendi davranışlarını belirlemeleri olağandır. Dar oligopollerde teşebbüslerin kendi kararlarını alırken rakiplerin davranışlarını da dikkate alma zorunluluğuna karşılıklı oligopolistik bağımlılık denir. Karşılıklı oligopolistik bağımlılıkta rakipler arasındaki benzer davranışların sebebi, piyasa koşulları nedeniyle akılcıca alınan kararlardır.

Uyumlu davranışların karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan mı yoksa uyumlu eylemden mi kaynaklandığının ayırt edilebilmesi çok önemli bir konudur. Değerlendirme yapılırken mutlaka ilgili pazarın ayrıntılı iktisadi analizi yapılmalıdır. Eğer ilgili pazar oligopolistik özellikte olmakla beraber tam bir şeffaflık içermiyorsa ve bilgi değişimi yoluyla şeffaflık arttırılarak uyumlu davranışlar ortaya çıkmış ise artık buradaki uyumluluğun karşılıklı oligopolistik bağımlılıktan kaynaklandığı söylenemez. Karşılıklı oligopolistik bağımlılık dışında başka bazı piyasa koşulları nedeniyle de rakipler arasında benzer davranışlar ortaya çıkabilir. Fiyatın borsada belirlenmesi, maliyetlerin benzer olması, fiyat liderliği ve ilgili pazarın yapısından kaynaklanan şeffaflık gibi haller buna örnektir. Bu tür durumlarda, rakip teşebbüsler arasında paralel bir davranış bulunsa dahi bu, uyumlu eylemin kanıtlanması için yeterli olmayacaktır.

Uyumlu eylem kavramı yönünden bilgi değişiminin önemli olduğu konulardan biri, uyumlu eylemin ispatı noktasındadır. Bilgi değişimi, uyumlu eylem yönünden bağlantı delili oluşturmaktadır. Teşebbüsler arasında bilgi değişimi yoluyla kurulan iletişimin varlığı, bu teşebbüsler arasında paralel davranışlar da görülmekte ise uyumlu eylemin varlığına işaret etmektedir. Ancak bu değerlendirme yapılırken yukarıda belirttiğimiz şekilde ilgili pazarın ayrıntılı iktisadi analizi yapılmalı ve paralel davranışın piyasa koşullarından kaynaklanan bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığı detaylı olarak incelenmelidir.

Bilgi değişimi yoluyla birlikte hâkim durum yaratılması da mümkündür. RKHK hâkim durumda olmayı değil, sadece hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Birlikte hâkim durum, tek başına hâkim durum şartlarını taşımayan birden fazla teşebbüsün herhangi bir ekonomik bağ yoluyla bir araya gelerek birlikte hâkim durum şartlarına sahip olmalarını ifade eder. Bilgi değişimi, teşebbüslerin birlikte hâkim durum yaratmasına sebep olabileceği gibi; yaratılan birlikte hâkimliğin devamına da yardımcı olabilir. Öncelikle, bilgi değişimi yoluyla ilgili pazarda oluşturulan yapay şeffaflık yoluyla teşebbüsler arasında koordinasyon oluşturulması oldukça kolay bir hal alır. Rakip teşebbüsler oluşturdukları yapay şeffaflık yoluyla birbirlerini çok daha kolay izleyebilmekte, birbirleri hakkında çok daha kolay bilgi edinebilmektedir. Bu şeffaflık yoluyla rakip teşebbüsler ortak bir

menfaat dengesi belirleyerek bu amaç için koordineli hareket etme yolunu tercih edebilirler. Böylece rakip teşebbüsler arasında kurulan koordinasyon, kartel ya da kartel benzeri bir görünüm oluşturarak bu teşebbüslerin birlikte hâkim durum yaratmalarına sebep olabilecektir.

Birlikte hâkim duruma gelen teşebbüsler, bu hâkimiyetlerini koruyabilmek için pazara yeni girişler olamsını engellemel isterler. Bunu başaramamelerindeki en önemli faktör, piyasadaki şeffaflık ve bilgi paylaşımıdır. Zira ancak bu sayede, pazara henüz giriş gerçekleşmeden önceden durumdan haberdar olabilirler. Pazara yeni girmeyi düşünen teşebbüs hakkında bilgi sahibi olan birlikte hâkim durum oluşturmuş olan bu teşebbüsler, pazara girişi engellemek için ortaklaşa hareket ederek pazar koşullarını yeni bir giriş için cazip olmayan bir hale getirebilirler. Böylece pazar kapatılmış olacaktır.

Birlikte hâkim duruma gelen teşebbüslerin bu birlikteliği ve bilgi değişimi yoluyla ürünleri homojen hale getirmeleri de mümkündür. Bu durum tüketici menfaatlerini ve dolayısıyla rekabeti ihlâl edebilir.

Birlikte hâkim durumdaki teşebbüslerin bu hâkim durumu sürdürebilmeleri için aralarındaki birlikteliği korumaları zorunludur. Aralarındaki koordinasyonun devam edebilmesi konusundaki en büyük etken, bilgi değişimidir.

Görüldüğü üzere; bilgi değişimi basit bir konu gibi görünmesine rağmen rekabet hukuku alanında pek çok etkiye sahip olan oldukça önemli bir konudur. Bu nedenle, RKHK'da bilgi değişimi konusuna yer verilmesi; ayrıca konuya ilişkin Kurul düzenlemeleri ile konunun olabildiğince net bir hale getirilmesi yararlı olacaktır. Özellikle bilgi değişimi konusunda birtakım güvenli limanlar oluşturulması, teşebbüslerin hukuk güvenliği çerçevesinde daha rahat hareket edebilmelerine imkân tanıyacağından faydalı olabilecektir.

KAYNAKÇA

Ağaoğlu, Cahit. **Şirket Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Tahkim**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Akcollu, Yeşim F. **Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Akçaal, Mehmet. “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **GÜHFD**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2014, ss. 49-70.

Akerlof, George. “The Market For “Lemons”: Quality Uncertainty and The Market Mechanism”, **Quarterly Journal of Economics**, 1970, pp. 488-500.

Akıncı, Ateş. **Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, RK, Akademik Çalışmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara, 2001.

Akkan, Çiğdem. “Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, 2014, (Akaryakıt Bayilik Sözleşmeleri), ss. 3-58.

Akkan Daniş, Çiğdem. “Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi”, **BATİDER**, Cilt: 24, Sayı: 4, 2007, ss. 219-236.

Akman, Pınar. “AB Komisyonu 102. Madde Kılavuzu Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Reformuna Dair Eleştiriler ve Öneriler”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 22 Haziran 2010, ss. 69-87.

Aksoy, Nazlı ve Şahin Yavuz. “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, ss. 7-27.

Akyüz, Helin Berfin. **Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devralmalar**, Adalet Yayınları, Ankara, 2007.

Alkaç Sariaçcalı, Sezin Ezgi. **Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Alp, Salih ve Adem Karakaş. “Asimetrik Bilgi Teorileri Karşısında Hayek’in Ekonomik Yaklaşımları: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **Liberal Düşünce**, Sayı: 51-52, 2008, ss. 215-230.

Altun, Mücteba. **Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Altunöz, Utku. “Türk Bankacılık Sistemindeki Asimetrik Bilgi Probleminin Oyun Teorisi Çerçevesinde Analizi”, **Dicle Üniversitesi İİBFD**, Cilt: 2, Sayı: 5, 2013, ss. 1-20.

Altunsaray, Yasin ve Orhan Ünal. “Elektronik Haberleşme Sektöründe Rekabeti Bozucu Fiyat Uygulamaları: Yıkıcı Fiyatlandırma ve Düzenleyici Yaklaşımlar”, **Sosyo Ekonomi**, Sayı: 2, 2013, ss. 195-224.

Aras, Güler ve Alövsat Müslümov. “Kredi Piyasalarında Asimetrik Bilgi ve Bankacılık Sistemi Üzerindeki Etkileri”, **İktisat, İşletme-Finans Dergisi**, Sayı: 222, ss. 55-65.

Ardıç, İsmail Yücel. **Yatay Yoğunlaşmalarda Potansiyel Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2004.

Ardıyok, Şahin. “Tek Başına Bilgi Değişimi İhlal Olabilir mi?”, **Rekabet Forumu**, Rekabet Derneği, Sayı: 76, 2013, ss. 4-12.

Ardıyok, Şahin ve Barış Yüksel. “Mevzuat ve Danıştay Kararları Işığında Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki Yetki Çatışması”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 144-176.

Arkan, Sabih. **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2012.

Arı, Haluk. “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Fason Üretim Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Taslağı”, **Fason Üretim ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarında Grup Muafiyeti Tartışmaları**, TÜSİAD Rekabet Hukuku Toplantıları Serisi-3, 29 Haziran 2007, Yayın No. TÜSİAD-T/2008-5-465, [Arı, Haluk. “Rekabet Kurulu’nun Muafiyet Kararlarının Analizi”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III**, 7 Aralık 2012, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 99-160.](http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/3653-fason-uretim-ve-teknoloji-transferi-anlasmalarinda-grup-muafiyeti-TUSIAD,%20Fason%20Üretim%20ve%20Teknoloji%20Transferi%20%20Anlasmalarında%20Grup%20Muafiyeti%20Tartışmaları,%2029.06.2007,%20Yayın%20No:%20TUSIAD-T/2008-5-465,%20ss.%2048-66,(01.03.2016), ss. 49-66.</p></div><div data-bbox=)

Arı, Zekeriya. “Rekabet Hukukunda De Minimis Kuralı”, **BATİDER**, Cilt: 21, Sayı: 4, 2002, ss. 69-97, (De Minimis).

Arı, Zekeriya. **Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, (Danışıklılık).

Arıöz, Ali ve Özgür Can Özbek. “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, ss. 11-49.

Arıtürk, Remzi Özge. **Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test-AB Deneyimi ve Türkiye İçin Çıkarımlar**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2008.

Arıtürk, Remzi Özge. “İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2011, ss. 3-53.

Aslan, Ece. “Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrininde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 22 Haziran 2010, ss. 229-308.

Aslan, Ece Fatma. “Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3, 2009, (Bilgi Değişimi), ss. 7-66.

Aslan, Ece Fatma. “Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 3, 2012, (Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımı), ss. 3-78.

Aslan, Ece Fatma. “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Fiyat Ayrımcılığı Eylemlerinin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2011, ss. 55-116.

Aslan, İ. Yılmaz. **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, (AT Rekabet Hukuku).

Aslan, İ. Yılmaz. **Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar- Teori ve Uygulama**, Ekin Yayınları, Bursa, 2004, (Dikey Anlaşmalar).

Aslan, İ. Yılmaz. **Rekabet Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2015, (Rekabet).

Aslan, İsmail Yılmaz. **Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, (Rekabet Hukuku).

Aslan, İ. Yılmaz ve Emre Önal. **Türk Akaryakıt Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2011.

Aslan, İ. Yılmaz. “Rekabet Kurulunun Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Grup Muafiyeti Tebliğinin Getirdikleri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, ss. 3-25.

Aslan, Zedrettin ve Kahraman Berk. **Rekabet Kurumu’nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.

Aşçıoğlu Küçükayhan, Meltem. **Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Aşçıoğlu Öz, Gamze. **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000.

Ata, Çağlar Deniz. **Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Anlaşması 81. Madde ve Muafiyet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009.

Ateş, Mustafa. **Rekabet Hukukuna Giriş**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Rekabet Hukuku).

Ateş, Mustafa. “Rekabet Hukukunun Özel Hukukla İlişkisi”, **BATİDER**, Cilt: 29, Sayı: 3, 2013, (Özel Hukuk), ss. 85-107.

Atiyas, İzak. “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 1, 2000, ss. 24-45.

Augustyn, Francene M. “An Antitrust Analysis of Joint Research and Development Agreements in the European Community and the United States”, <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=gjicl>, (10.05.2015).

Ayan, Özge. **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Aydemir, Salim. **Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2005.

Aydemir, Salim. “2010/4 Sayılı Tebliğe Göre İlgili Teşebbüs ve Cironun Belirlenmesi”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, ss. 113-120.

Aydoğdu, Murat. “Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Rekabeti Sınırlaması (Engellemesi, Bozması veya Kısıtlaması)”, **Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsal’e Armağan**, DEÜ, İzmir 2001, ss. 13-29.

Ayrancı, Hasan. **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Azcuenaga, Mary L. “Price Surveys, Benchmarking and Information Exchanges”, **American Society of Association Executives 8th Annual Legal Symposium**, FTC, 08.11.Washington, D.C., 1994.

Badur, Emel. **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)**, RK, Akademik Çalışmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001, (Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar).

Badur, Emel. “Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 7, 2001, (Fiyat Sınırlamaları), ss. 28-81.

Badur, Emel ve Burcu Ertem. “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 33, 2008, ss. 3-59.

Bağış Akkaya, Meltem. **Gizli Anlaşma: Oyun Teorisi Yaklaşımı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Bağrıaçık, Safiye Nur. **Üretim ve İş Sırlarının Korunması (Özellikle Haksız Rekabet Hukuku Açısından)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Bahtiyar, Mehmet. **Ortaklıklar Hukuku**, Tıpkı 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

Balkı, Bahadır. “The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3, 2009, ss. 67-114.

Barca, Mehmet ve Şaban Esen. “İktisat Okullarının Giriş Engellerine Yaklaşımı ve Hukuki Sonuçları”, **New World Sciences Academy (NWSA)**, Cilt: 5, Sayı: 3, 2010, ss. 303-319.

Baş, Fulya Canan ve Nedim Seçkin Ülgen. “Elektrik Piyasasının Serbestleşmesi ve Arz Güvenliğinin Sağlanması İçin Öneriler”, **TÜSİAD Enerji Stratejisi Dizisi-1**, Mayıs 2008, Yayın No. T/2008-05/460, (TÜSİAD-1), <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/4835-tusiad-enerji-stratejisi-dizisi-no--1---elektrik-piyasasinin-serbestlesmesi-ve-arz-guvenliginin-saglanmasi-icin-oneriler>, (01.03.2016).

Baş, Fulya Canan ve Nedim Seçkin Ülgen. “Türkiye İçin Elektrik Piyasası Mekanizmalarına İlişkin Öneriler”, **TÜSİAD Enerji Stratejisi Dizisi-2**, Mayıs 2008, Yayın No. T/2008-05/460, (TÜSİAD-2), <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/4009-tusiad-enerji-stratejisi-dizisi---2>, (01.03.2016).

Baş, Kadir. “Türk Hukukunda rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2011, ss. 3-74.

Baş, Mustafa. “Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2001, ss. 79-88.

Bayramoğlu, Seda Nurtaç. **Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Toplu Yönetimi: Patent Havuzları ve Standart Belirleme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Bennett, Matthew and Philip Collins. “The Law and Economics of Information Sharing: The Good, The Bad and The Ugly”, **European Competition Journal**, Vol. 6, No. 2, 2010, pp. 311-337.

Besanko, David and George Kanatas, “Credit Market Equilibrium with Bank Monitoring and Moral Hazard”, **The Review of Financial Studies**, Vol. 6, No. 1, 1993, pp. 213-232.

Bilge, Mehmet Emin. **Ticari Sırların Korunması**, 2. Baskı, Asil Yayıncılık, Ankara, 2005.

Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. **Şirketler Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2012.

Boisot, Max and Agusti Canals. “Data, information and knowledge: have we got it right?”, Universitat Oberta de Catalunya Internet Interdisciplinary Institute, Working Paper, 2004, <http://www.uoc.edu/in3/dt/20388/20388.pdf>, (14.06.2016).

Borenstein, Severin. “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994)”, **The Antitrust Revolution**, <http://www.colorado.edu/econ/courses/spring10-4999-003/ATPCO.pdf>, 23.02.2016, pp. 233-251.

Bozdağ, Gonca Gülfem. “Technology Transfer Block Exemption Regulation (240/96) and Guidelines In Terms Of Hard Core and Excluded Restrictions”, **GÜHFD**, Cilt: 18, Sayı: 1, 2014, ss. 79-90.

Bozkurt Enver ve Mehmet Özcan. “Subsidiarite İlkesi (İkincilik İlkesi) ve Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2001, ss. 1-21.

Bozkurt Yaşar, Sevgi. **Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

Bozkuş, Sinan. **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009.

Bundeskartellamt, “Prohibition Criteria in Merger Control- Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition?”, Working Group of Competition Law, Discussion Paper, 8-9 October 2001, <http://www.bundeskartellamt.de>

/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Prohibition%20Criteria%20in%20Merger%20Control%20-%20Dominant%20Position%20versus%20Substantial%20Lessening%20of%20Competition.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (18.05.2016).

Bülbül, Mustafa Oğuzcan. **Doğalgaz Piyasasında Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara.

Caffarra, Cristina and Kai-Uwe Kühn. “The Cost of Simplicistic Rules for Assessing Information Exchange: The Italian Jet Fuel Decision”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, pp. 131-157.

Can, Burcu. **Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standardı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Can, Mustafa Erdem. **Hukuki Açidan Elektrik Piyasasında Rekabet**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Can, Ozan. **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Capobianco, Antonio. “Information Exchange Under EC Competition Law”, **Common Market Law Review**, Vol. 41, No. 5, 2004, pp. 1247-1276.

Capobianco, Antonio and Stefano Fratta. “Information Exchanges Between Competitors: the Italian Competition Authority’s Recent Practice”, **Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP**, Paper: 44, 2005, <http://law.bepress.com/wilmer/art44> (11.06.2014).

Cavlak, Hakan. “Subsidiarite (Yerellik) İlkesi ve Avrupa Birliği Çevre Politikası”, **Balkan Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 11, 2017, ss. 134-145.

Cengiz, Dilek. **Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, (UyumluEylem).

Cengiz, Dilek. “ “Uyumlu Eylem Karinesi”nin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 35, 2008, (Uyumlu Eylem Karinesi), ss. 3-47.

Cengiz, Süleyman. **Alman Hukuku Işığında Pazarda Görelî Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Charness, Gary. “Self-Serving Cheap Talk: A Test of Aumann’s Conjecture”, **Games and Economic Behavior**, No. 33, 2000, pp. 177-194.

Christensson, Ida. **Information Exchange in Oligopolistic Markets**, (Master Thesis), Faculty of Law University of Lund, 2008, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556747&fileId=1564091>, (10.02.2016).

Clark, John Maurice. “Toward a Concept of Workable Competition”, **The American Economic Review**, Vol. 30, No. 2, 1940, pp. 241-256

Costin, Ioana Florina. **Information Exchange among Undertakings in EU Competition Law**, MBL Thesis, Université de Genève, 2011.

Coşgun, Hüseyin. **ABD, AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009.

Coşkun, Sevda Yaşar. “Rekabet Kurulu Rekabet İhlali Kararlarının İktisat Okulları Bağlamında Çözümlemesi”, **Akademik Bakış Dergisi**, Sayı: 21, 2010, ss. 1-23.

Cucu, Christina. “Agreements”, “Decisions” and “Concerted Practices”: Key Concept in the Analysis of Anticompetitive Agreements”, **Challenges of the Knowledge Society, The International Conference**, Bucharest, 17-18 May 2013, pp. 213-227.

Çağlayan, Ali İhsan. **Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Çamlıbel Taylan, Esin. “Rekabetin Korunmasına İlişkin Mevzuat Işığında Tek Elden Dağıtım Anlaşmaları”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, DEÜHF, İzmir, 2000, ss. 625-645.

Çeçen, Halil. **Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Çelen, Aydın. **Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Çolak, Ömer Faruk. “Piyasaya Giriş Engelleri ve Rekabet: Bankacılık Sektörü Üzerine Bir Analiz”, **Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi**, Muğla Üniversitesi İİBF ve Rekabet Kurumu, 25-26 Eylül 2003, ss. 25-34.

Çörüş, Sinan. **Kartellerin Tespit Edilmesinde Davranışsal Tarama Teknikleri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Dennison, S. R. “The British Restrictive Trade Practices Act of 1956”, **The Journal of Law & Economics**, Vol. 2, 1959, pp. 64-83.

Değirmencioğlu Aydın, Nihan. **Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Demirel, Yavuz ve Zeliha Seçkin. “Bilgi ve Bilgi Paylaşımının Yenilikçilik Üzerine Etkileri”, **Ç.Ü.S.B.E. Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 1, 2008, ss. 189-202.

Demiröz, Ali. “Rekabet Kurulunun Genel Çerçevesi”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, ss. 23-28.

Demiröz, Ali ve Çiğdem Tunçel. “Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesine Yönelik Standart Arayışında Danıştay Kararlarının Yol Göstericiliği”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu II**, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 151-185.

Di Porto, Fabiana. “Abuses of information and informational remedies: rethinking exchange of information under competition law?”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2448120, (04.04.2017).

Dinçsoy, Hüsnü. “Türkiye’de Birleşme ve Devralma İşleminin Dinamikleri”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, ss. 29-34.

Doyle, Maura P. and Christopher M. Snyder. “Information Sharing and Competition in the Motor Vehicle Industry”, **Chicago Journals**, Vol. 107, No. 6, 1999, pp. 1326-1364.

Ekdi, Barış. **Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, (Piyasa Kapatma).

Ekdi, Barış. “Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 10, 2002, (Yıkıcı Fiyat), ss. 3-32.

Ekdi, Barış. “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, ss. 79-129.

Ellis, Joseph J. A. “Source Material for Article 85(1) of the EEC Treaty”, **Fordham Law Review**, Vol. 32, No. 2, pp. 247-278.

Eminoğlu, Cafer. **Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Erdem, Ercüment. “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, (Rekabet Hukuku), ss. 377-398.

Erdem, Ercüment. “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2004, Ankara, (Yan Sınırlamalar), ss. 115-156.

Erdem, Ercüment. “Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Konsey Tüzüğü ile Getirilen Değişiklikler”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, (Yoğunlaşma İşlemleri), ss. 259-284.

Erdem, Ercüment. “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Şartlı İzin”, **BATİDER**, Cilt: 25, Sayı: 4, 2009, ss. 135-207.

Erdoğan, Meltem. “Bankacılık Sektöründe Asimetrik Bilgi: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 20, 2008, ss. 1-20.

Eroğlu, Sevilay. **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Ersoy, Bahar. **Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2015.

Esin, Arif. **Rekabet Hukuku**, ESC Consulting Ltd., İstanbul, 1998, (Rekabet).

Esin, Arif. “Rekabet Hukuku’nda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar”, **TÜSİAD**, Aralık 1998, Yayın No. TÜSİAD-T/98-12/244, (TÜSİAD), <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/1848-rekabet-hukukunda-anlasma--uyumlu-eylem-ve-kararlar>, (01.03.2016).

Farrell, Joseph and Metthew Rabin. “Cheap Talk”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol. 10, No. 3, 1996, pp. 103-118.

Goyder, D. G. “Monopolies and Mergers Act, 1965”, **The Modern Law Review**, Vol. 28, No. 6, 1965, pp. 693-698.

Göksoy, Yaşar Can. **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi-Maddi Hukuk Yönünden**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2003, (Birleşme ve Devralmalar).

Göksoy, Yaşar Can. “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, **DEÜHFD**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, (Rekabet Yasakları), ss. 633-681.

Göktürk, Kürşat. **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Gönül, Mustafa ve Alper Özboyacı. “Akaryakıt ve/veya LPG İstasyonları Arasında Mesafeler Hakkında Mevzuatımızda Yer Alan Sınırlamalar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 22, 2008, ss. 119-126.

Gözlükaya Angı, Fatma. “Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Uygulaması”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 23, 2005, ss. 3-29.

Güçer, Sülün. **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları**, RK, Akademik Çalışmalar, Lisansüstü Tez Serisi No: 13, Ankara, 2005.

Gül, İbrahim. **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1999.

Günay, Cevdet İlhan. **Rekabet Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, (Şerh).

Günay, Cevdet İlhan. **Rekabet Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Rekabet Hukuku).

Gündüz, Hale ve Sinan Bozkuş. “Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Hesaplanması: AB Uygulaması Bağlamında Genel Yaklaşımlar”, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 17 Haziran 2011, ss. 419-479.

Gündüz, Recep. **Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Güner, Cemil. “Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet”, **TBB Dergisi**, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007, ss. 146-173.

Güneş, Ahmet M. “Avrupa Birliği’nde Subsidiarite İlkesinin Uygulanmasının Ulusal Parlamentolar Tarafından Denetlenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 141, 2014, ss. 37-62.

Güngördü, Abdulgani ve Tuğçe Koyuncu. **İdari yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu Uygulamaları**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

Gürbüz Usluel, Aslı E. **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Gürkaynak, Gönenç. **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması**, RK, Akademik Çalışmalar, (Amaç).

Gürkaynak, Gönenç. “Rekabet Hukuku Teorisi-Güncel Rekabet Kurulu Kararları Işığında Teşebbüs Birlikleri Bünyesinde Gerçekleştirilen Bilgi Toplama, Bilgi Değişimi ve Bilgi Paylaşımı Faaliyetleri”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 3, Mayıs 2011, (Bilgi Değişimi), ss. 49-54.

Gürkaynak, Gönenç ve Ayşe Gizem Yaşar. ““Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç”ı Yeniden Değerlendirmek: “Groupment Des Cartes Bancaires V Commission” Kararı Işığında Yeni Bir Gün”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2015, ss. 41-103.

Gürkaynak, Gönenç, Bora İkiler ve Gülhiz Şen. ““Topla ve Dağıt” Tipi İhlallerin Rekabet Hukuku Boyutu”, **BATİDER**, Cilt: 29, Sayı: 3, 2013, (Topla ve Dağıt), ss. 281-314.

Gürkaynak, Gönenç, Buğra Aydın, Melikşah Duman ve Zeynep Ortaç. “Atık Yönetimine ve Geri Dönüşüme İlişkin İşbirliği Anlaşmalarının Rekabet Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 2, 2012, (Atık Yönetimi), ss. 3-67.

Gürkaynak, Gönenç, Ceren Özkanlı ve Su Şimşek. “Rekabet Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı ve Dosyaya Erişim: Avrupa Genel Mahkemesi’nin 2014 Mastercard Kararı Işığında Değerlendirmeler”, **BATİDER**, Cilt: 30, Sayı: 4, 2014, (Bilgi Edinme Hakkı), ss. 227-279.

Gürkaynak, Gönenç, Ceyda Karaoğlu ve Tolga Uluay. “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 85, 2013, ss. 14-29.

Gürkaynak, Gönenç, Hakan Özgökçen ve Öznur İnancılı. “Microsoft Davası Ekseninde, İnovasyon Pazarlarında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 22 Haziran 2010, (Microsoft Davası), ss. 507-575.

Gürkaynak, Gönenç, İsmail Serdar Dalkır, Murat Hakan Özgökçen, Buğra Aydın ve Ceren Yıldız. “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Esnek Hukuk ve İktisat Yaklaşımları: ABD’deki Yeni Yatay Birleşmeler Rehberi Hakkında Görüşler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, (Yoğunlaşmalar), ss. 123-159.

Gürkaynak, Gönenç, K. Korhan Yıldırım, Aysu Güneş ve Alper Özyavaş. “Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Kararı Işığında Rekabet Hukuku ile Yasama ve Yürütme Organlarının İşlem, Eylem ve Düzenlemeleri Arasındaki İlişki”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 89-118.

Gürkaynak, Gönenç, K. Korhan Yıldırım ve Ceren Özkanlı. “Türk Rekabet Hukuku Kurallarının Ülke Dışı Uygulamasına İlişkin Aşılması Gereken Örnek: Total/Cepsa Kararı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu II**, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Total/Cepsa Kararı), ss. 17-51).

Gürkaynak, Gönenç, K. Korhan Yıldırım ve Eda Duru. “Yoğunlaşma İşlemlerinde 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılıktan Doğan Geçersizlik Rejimi ve Sonuçları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015, (Yoğunlaşma İşlemleri), ss. 671-710.

Gürkaynak, Gönenç, K. Korhan Yıldırım, M. Hakan Özgökçen ve A. Buğra Aydın. “Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2011, (Uyumlu Eylemlerin İspatı), ss. 75-125.

Gürkaynak, Gönenç, K. Korhan Yıldırım ve Melikşah Duman. “Türk Hukukunda Uyumlu Eylem Karinesinin En Çıplak Uygulaması: Ekmek Mayası Kararı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Ekmek Mayası Kararı), ss. 73-119.

Gürkaynak, Gönenç, Murat Hakan Özgökçen, Zeynep Ortaç ve Sinan Diniz. “Rekabet Hukuku Soruşturamalarında Şikayetçinin Konumu: Taraf Menfaatleri ile Hakikati Bulma Arasındaki Denge Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Derneği Rekabet Forumu**, S: 72, 2013, (Şikâyetçinin Konumu), ss. 15-35.

Gürpınar, Bünyamin. “Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesinin Ekonomik ve Hukuki Gereçekleri”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, ss. 35-48.

Gürzumar, Osman Berat. **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

Gürzumar, Osman B. ve Kerem Cem Sanlı. “Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054

Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında", **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: 3, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, ss. 549-577.

Güven, Pelin. **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, (Rekabet Hukuku).

Güven, Pelin. "Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)", **Perşembe Konferansları**, RK, Haziran 2004, Ankara, (Sözleşme Yapma Zorunluluğu), ss. 3-98.

Güzel, Oğuzkan. **Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Green, Edward J. and Robert H. Porter. "Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information", **Econometrica**, Vol. 52, No. 1, 1984, pp. 87-100.

Gwartney, James D. and Richard L. Stroup. **Temel Ekonomi**, Çev. Yıldırım Arslan, http://ozgurtoplumundegerleri.com/res/James_D_Gwartney_Richard_Stroup_Temel_Ekonomi.pdf (29.07.2015).

Han, John. "Antitrust and Sharing Information about Product Quality", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 73, No. 3, 2006, pp. 995-1017.

Hay, George A. "The Meaning of "Agreement" under the Sherman Act: Thoughts from the "Facilitating Practices" Experience", **Review of Industrial Organization**, No. 16, 2000, (Facilitating Practices), pp. 113-129.

Hay, George A. "Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984)", http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/pdf/kwoka/0195120159_07.pdf, (Ethyl Case), (24.02.2016).

Hayek, von Friedrich August. “The Use of Knowledge in Society”, **The American Review**, Vol. 35, No. 4, 1945, ss. 519-531.

Hey, Jonathan. “The Data, Information, Knowledge, Wisdom Chain: The Metaphorical link”, <http://www.dataschemata.com/uploads/7/4/8/7/7487334/dikwchain.pdf>, (14.06.2016).

Huysal Sezgin, Ayşegül. **İlaç Patenti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Ilıcak, Ali. **Sherman Antitröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Ilıcak, Ali. “ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi”, (Dikey Anlaşmalar), http://www.actecon.com/PDF/Dikey_2008.pdf (11.06.2014).

İçöz, Özge. “Düzenlemeye Tabi Sektörlerdeki Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 15-57.

İkizler, Metin. **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, (Uyumlu Eylemler).

İkizler, Metin. “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Uyumlu Eylemler”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, (Türk ve AB Hukuku), ss. 233-276.

İnan, Nurkut. “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, **BATİDER**, Cilt: 17, Sayı: 2, 1993, 55-77.

İnan, Nurkut. **Rekabet Hukuku Yazıları-Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İçeriği ve Uygulanması Hakkında Görüşler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014.

İnan, Nurkut, Boğaç Çekinmez ve Mert Çekinmez. “Rekabet Kurulunun Çimento ve Hazır Beton Sektörlerindeki Soruşturmaları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, ss. 137-185.

İnce, Mehmet ve Ercan Oktay. “Bilginin Bir Stratejik Güç Olarak Önemi ve Örgütlerde Bilgi Yönetimi”, **Selçuk Üniversitesi Karaman İİBF Dergisi**, Sayı: 10, 2006, ss. 15-29.

İraz, Rıfat ve Ebru Yıldırım. “İşletmelerde Stratejik Bilgi Yönetiminin Yenilikçi Faaliyetlerin Sürdürülebilirliğine Etkisi”, **Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, Cilt: 4, Sayı, 8, 2004, ss. 79-95.

Jappelli, Tullio and Marco Pagano, “Information sharing, lending, and defaults: Cross-country evidence”, **Journal of Banking and Finance**, Vol. 26, No. 10, 2002, pp. 2018-2020).

Kahraman, Zafer. **Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Kara, Alper Fevzi. **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması (ABD ve AT Uygulamalarından Dersler)**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Karabel, Gözde. **Rekabet Hukukunda Ne Bis in Idem İlkesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2015.

Karahan, Sami (Ed.). **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2012.

Karakelle, İsmail Hakkı. “Pazara Giriş Engellerine Karşı Rekabet Hukuku ve Politikası”, **Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Kongresi**, Muğla Üniversitesi İİBF ve Rekabet Kurumu, 25-26 Eylül 2003, ss. 15-23.

Karakılıç, Hasan. **Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, (Bağlama Uygulamaları).

Karakılıç, Hasan. “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durumda Olmayan Teşebbüslerin Tek Yanlı Uygulamalar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 4, 2013, (Tek Yanlı Uygulamalar), ss. 3-48.

Karakurt, Alper. **Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2005.

Karaman Coşgun, Özlem. “Rekabetin Dikey Kısıtlanmasına Grup Muafiyetinin Uygulanabilmesi Bakımından Pazar Payı Sınırlamaları”, **TBB Dergisi**, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007, (Pazar Payı Sınırlamaları), ss. 108-173.

Karaman Coşgun, Özlem. **Rekabetin Dikey Kısıtlanması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, (Dikey Kısıtlama).

Karasu, Rauf. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelik Sıfatı Sona Erdikten Sonra Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 20, 2004, (Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Etme Yasağı), ss. 21-36.

Karasu, Rauf. “Limited Şirketlerde İdare Yetkisi Olmayan Ortakların Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, **BATİDER**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2004, (Limited Şirket Ortağının Rekabet Yasağı), ss. 141-174.

Karasu, Rauf. “Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme ile Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı”, **BATİDER**, Cilt: 22, Sayı: 4, 2004, (Şirketten Ayrılan Ortakların Rekabet Yasağı), ss. 79-96.

Karasu, Rauf. **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Karauz, Agah Kürşat. **Akaryakıt Bayilik Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Kaya, Arslan. “551 Sayılı “Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi”, **İÜHFM**, Cilt: 55, Sayı: 1-2, 1995-1996, (Zorunlu Lisans), ss. 335-368.

Kaya, Arslan. **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, (Acentelik).

Kaya, Mustafa İsmail. **Acentelik Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Kaya, Şerife Demet. **Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açından Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2008.

Kaya, Şerife Demet, Zeynep Madan ve Evren Sesli. “Yoğunlaşmalarda Yapısal Tedbir Mekanizması ve Etkinlik Değerlendirmesi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, ss. 29-71.

Kaya, Yüksel. **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, (Hâkim Durum).

Kaya, Yüksel. “Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ Taslağı”, **Fason Üretim ve Teknoloji Transferi Anlaşmalarında Grup Muafiyeti Tartışmaları**, TÜSİAD Rekabet Hukuku Toplantıları Serisi-3, 29 Haziran 2007, Yayın No. TÜSİAD-T/2008-5-465, (TÜSİAD), <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/3653-fason-uretim-ve-teknoloji-transferi-anlasmalarinda-grup-muafiyeti-TUSIAD,%20Fason%20Üretim%20ve%20Teknoloji%20Transferi%20%20Anlasmalarinda%20Grup%20Muafiyeti%20Tartismalari,%20>

29.06.2007,%20Yayın%20No:%20TÜSİAD-T/2008-5-465,%20ss.%2048-66,
(01.03.2016), ss. 13-33.

Kayalı İpekel, Fena. **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Kayar, Mehmet Akif. **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Kayıhan, Lerzan. **Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Kayıkcı, Mehmet Suat. **Petrol Piyasası Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

Kekevi, H. Gökşin. **Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, (Uzmanlık Tezi).

Kekevi, H. Gökşin. **ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele**, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, (Karteller).

Kekevi, H. Gökşin. “Bilgi İsteme Yetkisine ve Eksik, Yanlış, Yanıltıcı ya da Geç Bilgi Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu II**, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (Bilgi İsteme Yetkisi), ss. 69-145.

Kesici, Buğra. **Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Keskin, Ali Cenk. **Uluslararası Rekabet Hukuku**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

Keyes, Lucile Sheppard. “Collective Restrictions Under The British Restrictive Trade Practices Act, 1956”, **Virginia Law Reiew**, Vol. 51, No: 3, 1965, pp. 42-457.

Kılıç, Harun. “Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalardaki Gelişmeler Çerçevesinde Ortak Girişimlerin (Joint-Ventures) Değerlendirilmesi”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, ss. 121-136.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat. **Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, (C. 1).

Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat. **Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, (C. 2).

Kısa Ulaş, Seda. **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.

Kocabaş, Bekir. **İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2008, (Tek Taraflı Davranışlar).

Kocabaş, Bekir. “4054 Sayılı Kanunda Düzenlenen İdari Para Cezalarının Tabi Olduğu Hukuki Rejim ve Bu Alanda Hâkim Olan İlkeler: TCK, Kabahatler Kanunu

ve İlgili Yargı Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu I**, 15-16 Ekim 2010, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, (İdari Para Cezaları), ss. 407-507.

Kocaer, Şenol. **Şirket Yeniden Yapılandırmaları**, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Kocmut, Mitja. “The Role of Efficiency Consideration Under the EU Merger Control”, **The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy**, Working Paper (L) 09/05, <http://intranet.law.ox.ac.uk/ckfinder/userfiles/files/CCLP%20L%2009-05.pdf>, (11.06.2014).

Korah, Valentine Latham. “Resale Price Maintenance and the Restrictive Trade Practices Act, 1956, S. 25”, **The Modern Law Review**, Vol. 24, No. 2, 1961, pp. 219-238.

Kortunay, Ayhan. “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda Erken Başlama (Gun Jumping) Sorunu”, **BATİDER**, Cilt: 26, Sayı: 3, 2010, ss. 19-38.

Kortunay, Nevin. **Pazarlamada Uygulanan Rekabet Stratejilerinin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, Ekin Yayınları, Bursa, 2013.

Kovacic, William E. “The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws”, **The Antitrust Bulletin**, Spring 1993, pp. 5-81.

Köktürk, Nur Seda. “De Minimis Doktrini: AB’de Neler Oluyor?”, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Yazisi/De-minimis-doktrini-ABde-Neler-Oluyor>, (15.04.2015).

Kuntalp, Erden, Ali Murat Özdemir ve Sülün Arıkel. “Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2000, ss. 31-75.

Kühn, Kai-Uwe. “Fighting Collusion by Regulating Communication Between Firms”, **Economic Policy**, 2001, pp. 169-204.

Kühn, Kai-Uwe and Xavier Vives. “Information Exchanges Among Firms and Their Impact on Competition”, Institut d’Anàlisi Econòmica (CSIC), Barcelona, 1994, (Information Exchange), <http://blog.iese.edu/xvives/files/2011/09/Information-Exchanges-and-their-Impact-on-Competition.pdf> (11.06.2014).

Lang, John Temple. “Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 3, No. 1, 1979-80, pp. 1-50.

Levenstein, Margaret C. and Valerie Y. Suslow. “Cartel Bargaining and Monitoring: The Role of Information Sharing”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, pp. 43-82.

Lücking, Joachim. “B2B E-Marketplaces: A New Challenge to Existing Competition Law Rules?”, **Competition Law and the New Economy Conference**, University of Leicester, 12-13 July 2001, pp. 1-11.

Møllgaard, Peter and Per Baltzer Overgaard. “Transparency and Competition Policy”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, pp. 101-130.

Morphet, Lesley and Jason van Dijk. “Information Exchange amongst Competitors- When is this a contravention of Section 4 (1)(b) of the Competition Act”, The Third Annual Competition Commission, Competition Tribunal and Mandela Institute Conference on Competition Law, Economics and Policy in South Africa and Celebration of 10 years of the Competition Act and Competition Authorities, www.compcom.co.za (30.11.2015).

Nair, das Reena and Liberty Mncube. “The Role of Information Exchange in Facilitating Collusion-Insights from Selected Cases”, <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/10-year-review/parallel-3a/The-role-of-information-exchange-dasNairMncube140809-2.pdf> (30.11.2015).

Narbay, Şafak ve Murat Uyumaz. “Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 121, 2013, ss. 101-141.

Nart, Serdar. “Rekabetin Korunması Kapsamında Fikrî ve Sinaî Hakların Sınırları”, **DEÜSBED**, Cilt: 11, Sayı: 1, 2009, ss. 113-146.

Nazalı, Ersin. **Vergisel ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri**, 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2013.

Nitsche, Rainer and Nils von Hinten-Reed. “Competitive Impacts of Information Exchange”, Charles River Associates Limited, 2004, https://www.e-ca.com/sites/default/files/note_on_information_exchange_en.pdf, (30.11.2015).

Ocak, Nazmi. **Rekabet Hukukunda Teşebbüsler ve Teşebbüslerin Hakim Durumunun Tespiti**, Beta yayınları, İstanbul, 2016.

Odman Boztosun, Ayşe. “Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, **Perşembe Konferansları**, RK, Kasım 2002, Ankara, (Teknolojik Yenilikler), ss. 171-239.

Odman Boztosun, Ayşe. “Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, (Tek Yanlı Davranışlar), ss. 131-176.

Odman Boztosun, Ayşe. “Yıldız Holding-Dardanel Devralmasına İzin Verme Kararı Bağlamında Potansiyel Rekabet”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı**

Kararları Sempozyumu III, 7 Aralık 2012, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 161-173.

OECD, “Information Exchanges Between Competitors under Competition Law”, Policy Roundtables 2010, (OECD 2010), <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> (10.01.2017).

OECD, “Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects”, Policy Roundtables 2012, (OECD 2012), <http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf> (10.01.2017).

OECD Competition Committee, “Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigation”, October 2005, (OECD 2005), <http://www.oecd.org/competition/cartels/35590548.pdf> (10.01.2018).

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Güncellenip Genişletilmiş 10. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul, 2012.

Orbay Ortaç, Nurdan. “Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem Kavramı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 10, 2007, ss. 81-89.

Overgaard, Per Baltzer and H. Peter Møllgaard. “Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly”, University of Aarhus, School of Economics and Management, Economics Working Paper 2007-3, ftp://ftp.econ.au.dk/afn/wp/07/wp07_03.pdf (10.01.2018).

Ölmez, Hakan Suat. **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Önal, H. Emre. “Dağıtım Seviyesindeki Rekabete Aykırı Uzlaşmaların Rekabet Kurulu Kararları Işığında Değerlendirilmesi: Dikey İhlal mi Yoksa Yatay İhlal mi?”,

Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 43-59.

Özatlan, Yurdal. **Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Özdamar, Mehmet. “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, **Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları** (Ed. Erol Ulusoy), Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 45-74.

Özdemir, Ümit Nevruz. “Telekomünikasyon Sektöründeki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku İlişkisinde Güncel Mahkeme Kararları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 131-140.

Özel, Çağlar. **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Özel, Çağlar, Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Fatma Özel. “Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler”, **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, Cilt: 8, Özel Sayı (Armağan), 2013, ss. 2075-2125.

Özercan, Müge. **Elektrik Endüstrisinin Yeniden Yapılandırılması ve Deregülasyonu Sürecinde Perakende Satış Rekabeti**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara.

Özgöker, Uğur. **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Özkan, Ahmet Fatih. “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 3, 2009, (Kamu Teşebbüsleri), ss. 115-209.

Özkan, Ahmet Fatih. “Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı’nın Eleştirisel Bir Değerlendirmesi”, **İnönü Üniversitesi HFD**, Cilt: 4, Sayı: 1, 2013, (Dışlayıcı Kötüye Kullanma), ss. 311-350.

Özsoy, Saadet Hande. **Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Özsunay, Ergun. “Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları”, **Perşembe Konferansları**, RK, Şubat 2000, ss. 41-69.

Öztunalı, Aydın. **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Peeperkorn, Luc. “Dikey Anlaşmaları İktisadi Boyutu”, Çev. Meltem Bağış, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 10, 2002, ss. 80-92.

Pentcheva, Donika P., Roy P. Issac and Alden F. Abbott. “Antitrust Treatment of Intellectual Property Transactions: Economic Analysis and Recent Developments”, http://www.aipla.org/committees/committee_pages/antitrust-law/Committee%20Documents/Subcommittee%20on%20IP%20Acquisitions%20and%20Licensing/Abbott%20Paper%20-%20Licensing%20%205-2-13.pdf, (22.05.2016).

Pınar, Hamdi. “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 4, 2011, (İnceleme Yetkisi), ss. 127-154.

Pınar, Hamdi. “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku “Hakkın Tüketilmesi””, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 23, (Hakkın Tüketilmesi), ss. 30-88.

Pişmaf, Şamil. **İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, (Ortaklıklar I).

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar Hukuku II**, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, (Ortaklıklar II).

Pulaşlı, Hasan. “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, **BATİDER**, Cilt: 24, Sayı: 2, 2007, (Due Diligence), ss. 203-235.

Pulaşlı, Hasan. **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, (Şirketler Hukuku).

Rekabet Kurumu, Elektrik Sektöründe Rekabet Hukuku Çalıştayı Sonuç Bidirgesi, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fDiger%2felektriksektor.pdf>, (02.08.2016).

Rekabet Kurumu, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%C3%B6r+Raporu%2Felektriksektor.pdf>, (31.05.2017).

Rekabet Kurumu, Doğalgaz Sektör Araştırması, http://www.ekonomiraporu.com/uploads/2017_05_10__13_00_14__diyezmedia_dokuman_Rekabet_Kurumu_-DoYal_Gaz_PiyasasY_Sektor_Raporu_-_Temmuz_2012bebdede4490722b07b7de5a464868712.pdf, (23.01.2018).

Ris, Martin. “The European Community Rules on Competition: The Concerted Practices Doctrine”, **Boston College International and Comparative Law Review**, Vol. 13, No. 2, pp. 465-481.

Röller, Lars-Hendrik and Miguel de la Mano. “The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control”, EC, 22.01.2006,

http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/new_substantive_test.pdf,
(04.05.2016).

Sanlı, Kerem Cem. **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000, (Yasaklayıcı Hükümler).

Sanlı, Kerem Cem. “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar”, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 17 Haziran 2011, (Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar), ss. 15-82.

Sanlı, Kerem Cem. “Rekabet Kurulu’nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 22 Haziran 2010, (Yaptırım Politikası), ss. 15-66.

Sanlı, Kerem Cem. “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2000, ss. 77-140, (Tekelci Fiyatlandırma).

Sanlı, Kerem Cem. “Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sözleşmeleri II: Geline Nöta, Sorunlar ve Değerlendirmeler”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, ss.177-230.

Sarıçiçek, Can. “Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku İlişkisi Bağlamında Rekabet Kurulu ve Mahkeme Kararları”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı**

Kararları Sempozyumu IV, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 77-86.

Schrag, Joel ve Elizabeth Schneirov. “Rakipler Arasında İşbirliği”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ekim 2008, ss. 209-219.

Selçuk, İlmutluhan: “4054 Sayılı Kanun’un Soruşturma Sürecine İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulanış Şekli Hakkında Eleştiri ve Öneriler”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 14, 2003, ss. 53-76.

Seyrantepe, İmren. **Birleşmelerin Kontrolünde Etkinlik Savunmasının Rolü Yatay Birleşmeler Temelinde Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Sirel, Esen. “Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ekonomik Analiz”, **Perşembe Konferansları**, RK, Nisan 2001, Ankara, ss. 29-45.

Smith, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**, Books I, II, III, IV and V, MετὰLibri, Amsterdam, Lausanne, Melbourne, Milan, New York, San Paulo, 2007.

Stakheyeva, Hanna. “Merger Remedies under Turkish Competition Law and Modernized EC Notice: Minor Issues of Big Importance”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, ss. 115-149.

Stiglitz, Joseph E. and Adrew Weiss. “Asymmetric Information in Credit Markets and Its Implications for Macro-Economics”, **Oxford Economic Papers, New Series**, Vol. 44, No. 4, 1992, pp. 694-724.

Sulu, Muhammed. **Ticari Sırların Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Sümer Özdemir, Necla. **Rekabete Aykırı Dışlayıcı Uygulamaların Tespitinde Etki Temelli Yaklaşım ve Etki Standartları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2015.

Švirinas, Daivis. “The Assessment of Information Exchange Agreements Between Competitors From the Perspective of Competition Law of the EU and of the Republic of Lithuania”, **Jurisprudence**, Vol. 19, No. 1, 2012, pp. 87-119.

Şahin, Murat. **Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri- ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

Şener, Oruç Hami. **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, (Ortaklıklar).

Şener, Oruç Hami. **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, (Ticari İşletme).

Şener, Oruç Hami. **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara, 2017, (Limited Ortaklıklar).

Şenyücel, Orçun. “An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test”, **Ankara Law Review**, Vol. 2, No: 2, 2005, (New Substantive Test), pp. 171-187.

Şenyücel, Orçun. “AT Komisyonu’nun Yoğunlaşmalarla İlgili Yeni Tedbir Duyurusu Işığında Türkiye Açısından Çıkarımlar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 2, 2009, (Yeni tedbir Duyurusu), ss. 73-114.

Şenyücel, Orçun. “2010/4 Sayılı Tebliğin Getirdiği Yenilikler: Genel Çerçeve”, **Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Sempozyumu**, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Sanayi Odası, Rekabet Kurumu, İstanbul, 22 Nisan 2011, (2010/4 sayılı Tebliğ), ss. 103-112.

Şenyücel, Orçun ve Cihan Aktaş. “İlgili Pazar Kavramı”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 2, 2000, ss. 40-59.

Şenyüz, Doğan. **Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

Şıramun, Serpil. **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Kötüye Kullanma Kriterleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Tandoğan, Halûk. “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, **BATİDER**, Cilt: 11, Sayı: 4, 1982, ss. 1-36.

Teece, David J. “Information Sharing, Innovation and Antitrust”, **Antitrust Law Journal**, Vol. 62, 1993-1994, pp. 465-482.

Tekdemir, Yaşar. “AT Rekabet Hukuku Işığında “Birlikte Hakimiyet” Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Mart 2000, ss. 3-33.

Tekinalp, Gülören. ““Uyumlu Eylemler” Kavramı”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan**, İAHAUM, İstanbul, 1995, ss. 2001-207.

Tekinalp, Ünal. “Erişim Hakkı”, **BATİDER**, Cilt: 24, Sayı: 4, 2006, ss. 5-12.

Tekinalp, Ünal. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ünal. **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, (Tek Kişi Ortaklığı).

Tekinalp, Ünal. “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Şubat 2000, ss. 73-85, (Hakim Durum).

Tokatlı, Aytül. **Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009.

Tonta, Yaşar. “Bilgi Yönetiminin Kavramsal Tanımı ve Uygulama Alanları”, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/BilgiYonetimi.pdf>, (14.06.2016).

Topcu, Deniz. **Patent Lisans Sözleşmeleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Topçuoğlu, Metin. **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, (İşbirliği Davranışları).

Topçuoğlu, Metin. “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, **AÜHFD**, Cilt: 50, Sayı: 4, 2001, ss. 129-171, (Teşebbüs Birlikleri).

Topçuoğlu, Metin. **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Asil Yayın, Ankara, 2006, (Acentelik).

Topçuoğlu, Metin. “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları”, **GÜHFD**, Cilt: 19, Sayı: 4, 2015, ss. 3-69.

Turanlı, Hüsnü. **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi**, Orion Kitabevi, Ankara, 2014.

Tükel, Ayça. “Asimetrik Enformasyon Işığında Halka Arzların Uzun Dönemli Performanslarının Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Ekonometri ve İstatistik Dergisi**, Sayı: 12, 2010, ss. 102-121.

Türkkan, Erdal. Rekabet Hukuku Uygulamalarında “İşleyebilir Rekabet” Olgusu ve Kavramı”, **Perşembe Konferansları**, RK, Kasım 2000, Ankara, ss. 123-138.

Uluçlar, Önder Suat. **Yoğunlaşmalarda Tam İşlevsellik-Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Kapsamında**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Utku, Hilal, Belit Polat ve Seda Deniz. “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, (Ed. Kerem Cem Sanlı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 17 Haziran 2011, ss. 353-394.

Uyanık, Pelin. “Pişmanlık Programları”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 10, 2002, ss. 32-51.

Uyanık, Pelin. **Rekabet Hukuku Açısından Delil**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003, (Delil).

Uzun, Ayşe Özlem. **Stratejik İşbirlikleri ve Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara.

Uzunallı Eroğlu, Sevilay. “Türk Standartları Enstitüsü’nün Faaliyetlerinin Rekabet Hukukuna Göre Değerlendirilmesi”, **DEÜSBED**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, ss. 150-199.

Uzunallı, Sevilay. “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, (Yıkıcı Fiyat), ss. 59-109.

Uzunallı, Sevilay. **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (İşletme Konusu).

Uzunallı, Sevilay. “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHFM, Cilt: 71, Sayı: 2, 2013, ss. 383-420.

Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve Füsün Nomer Ertan. **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Tıpkı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ülgen, Sinan. “Avrupa Birliği’nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **TÜSİAD**, Aralık 1998, Yayın No. TÜSİAD-T/98-12/247, <http://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/1849-avrupa-birliginde-hakim-durumun-kotuye-kullanilmasi>, (01.03.2016).

Ünal, Çiğdem. **Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyat Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2009, (Aşırı Fiyat).

Ünal, Çiğdem. “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, (Sömürücü Davranışlar), ss. 111-164.

Ünlü, Hasan Hüseyin. **Rekabet Hukuku Soruşturamalarında Taraf Kavramı ve Tarafların Hakları**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Vatiero, Massimiliano. “Power in the Market: On the Dominant Position”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf>, (15.07.2016).

Vives, Xavier. “Information Sharing: Economics and Antitrust”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensvetket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, pp. 83-100.

Whiteman, Peter G. ““Arrangements” within the Restrictive Trade Practices Act 1956”, **The Modern Law Review**, Vol. 29, No. 5, 1966, pp. 563-568.

Whiteman, Peter G. “The New Judicial Approach to the Restrictive Trade Practices Act 1956”, **The Modern Law Review**, Vol. 30, No. 4, 1967, pp. 398-425.

Whish, Richard. “Information Agreements”, **The Pros and Cons of Information Sharing**, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, Kalmar, 2006, pp. 19-42.

Yanık, Mehmet. **Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Yavuz, Hatice. **Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Niyet Unsuru**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Yavuz, Mustafa. **Elektrik Piyasası Kanunu’nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşma-**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Yavuz, Şahin. “Akaryakıt Dağıtımına Yönelik Rekabet Kurulu Uygulamalarının Danıştay Çıkmazı”, **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararın Sempozyumu IV**, 20 Aralık 2013, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, ss. 15-40.

Yersu Şahin, Selen. “Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, (Enerji Sektörü), ss. 7-57.

Yersu Şahin, Selen. **Enerji Sektöründe Ayırıştırma**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012, (Ayırıştırma).

Yılmaz, Asuman. **Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Gündenden Doğan Sorumluluk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Yılmaz, Ejder. “Rekabet Hukuku Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Kasım 1999, ss. 79-102.

Yılmaz, Hilal. **Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Yılmaz, Malik. “Enformasyon ve Bilgi Kavramları Bağlamında Enformasyon Yönetimi ve Bilgi Yönetimi”, **AÜ Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, Cilt: 49, Sayı: 1, 2009, ss. 95-118.

Yiğit, İlhan. **Rekabet İhlâllerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Yolcu, İsmail Atalay. **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2003.

Yücel, Cemal Ökmen. **Elektrik Üretiminde Hakim Durumun Tespiti**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2012.

Yüksel, Onur Yelda. **Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, (Uzmanlık Tezi), RK, Ankara, 2004.

Zenginobuz, Ünal. “Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve “Regülasyon”, **Perşembe Konferansları**, RK, Ankara, Şubat 2000, ss. 101-128.

Zeyrekli, Sedef ve Rengül İkizceleroğlu. “Avrupa Birliği Bağlamında Hizmette Yerellik (Subsidiarite) İlkesi ve İlkenin Türkiye Açısından Ele Alınışı”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 3, 2007, ss. 29-48.