

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Ekonomik Faaliyet Kavramı

Feyza BAŞAR*

Öz

Avrupa Birliği (AB) iç pazar ve rekabet kurallarının uygulanabilmesi için ortada bir ekonomik faaliyet bulunması gerekmektedir. Ancak ekonomik faaliyetin ne olduğu AB Antlaşmalarında tanımlanmamış, bunun yerine ekonomik faaliyetin varlığının tespiti için AB Mahkemeleri verdikleri kararlar ile bazı ölçütler geliştirmişlerdir. Ekonomik olan ile olmayan arasındaki ayırım, daha çok bir üye devletin politik tercihleri ve ekonomik özelliklerine dayanmakta olup bugün için ekonomik sayılmayan belirli bir faaliyetin gelecekte de ekonomik sayılmayacağını iddia etmek mümkün değildir. Bu çalışmada, AB içtihat hukuku temel alınarak hangi faaliyetlerin ekonomik sayılacağı, hangi faaliyetlerin ise ekonomik sayılmayacağını açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Avrupa Birliği, Ekonomik Faaliyet, Kamu Hizmetleri, Kamu Malı, Kâr Elde Etme*

The Notion of Economic Activity In The European Union Competition Law

Feyza BAŞAR 

Abstract

For the European Union (EU) competition and internal market rules to be applicable, there should be an economic activity. However, in the absence of a definition of economic activity in the EU Treaties, the EU Courts have developed certain criteria to detect the existence of economic activity through their jurisprudence. Since the distinction between economic and non-economic activities depends on political choice and economic specificities of the Member States, it is not possible to claim that a certain activity, which is not economic for today would never be economic in the future. In this work it is attempted to explain that which activities are economic and which are non economic on the basis of case-law developed by the EU Courts.

Keywords: *European Union, Economic Activity, Public Services, Public Goods, Profit Making*

GİRİŞ

Ekonomik faaliyet, AB hukukunda halen gelişmekte olan ve hızlı teknolojik değişim, küreselleşme, sermaye piyasalarının gelişimi ile ürün ve hizmet piyasalarının yeniden yapılandırılması sayesinde tanımı gittikçe önem kazanan bir kavramdır.¹ Özellikle, kamu sektörünün özelleştirme ile tanışması, ideolojik bir değişimi ve ekonomik faaliyet için yeni bir yaklaşımın benimsenmesini gerektirmiştir.

Ekonomik faaliyetin tanımı, rekabet hukuku bağlamında bir teşebbüsün mevcut olup olmadığını tespit edebilmek açısından büyük önem taşımaktadır. Nitekim AB Mahkeme kararlarında teşebbüs, “*hukuki statüsüne ve finansman modeline bakılmaksızın, ekonomik faaliyet ile iştigal eden her birim*”² olarak tanımlanmıştır.³ Ancak ekonomik faaliyetin tanımlanması kolay değildir ve bu tanımın doğru biçimde yapılabilmesi için şekilci (formalist) ya da işlevsel (fonksiyonel) yaklaşımın benimsenmesi mümkündür.

Şekilci yaklaşım, ekonomik faaliyet tanımını, daha çok faaliyeti yürüten işletmenin hukuki statüsü, tabi olduğu hukuk ya da sağlanan ürün ve hizmetlerin özelliklerine dayandırmaktadır. İşlevsel yaklaşım ise, faaliyeti yürüten aktörlerin ya da ürün ve hizmetlerin özelliklerine odaklanmak yerine faaliyetin yapısını ve pazar üzerindeki etkilerini dikkate almaktadır. İşlevsel yaklaşıma göre, bir faaliyet ekonomik karaktere sahipse, bu

¹ SZYCZAK, E. (2001), “Public Service Provision in Competitive Markets”, *Yearbook of European Law*, Vol.20, s.35.

² Case C-41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macratron GmbH (Höfner)* [1991] ECR I-1979, para.21.

³ Daha kapsamlı bir tanım Avrupa Kömür Çelik Topluluğu döneminde geçen bir davada şu şekilde verilmiştir: “*Bir teşebbüs, uzun vadeli ekonomik amaç güden ve otonom bir hukuki birime bağlı maddi, gayri maddi ve kişisel unsurların organizasyonundan oluşur*”. Bkz. Case 17/61 *Mannesman AG v. High Authority of the ECSC* [1962] ECR 357, para. 372 ve Joined Cases 17/61 & 20/61 *Klößner-Werke AG and Hoesch AG v. High Authority of the ECSC* [1962] ECR 325, para. 341. Ayrıca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesinde teşebbüs, bu kanunun uygulanması bakımından: “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımından bir bütün teşkil eden birimler*” olarak tanımlanmıştır.

faaliyet ile iřtغال edenler AB rekabet kurallarına tabi olacaklardır.⁴ Her iki yaklaşımın da kendine göre olumlu ya da olumsuz yönleri bulunmaktadır.

şekilci yaklaşım şüphesiz ki faaliyeti yürüten işletmenin hukuki statüsüne ağırlık verdiği için hukuki öngörülebilirliği arttırmaktadır. Bununla birlikte, özel teşebbüsler kadar kamu kurumları da ekonomik faaliyet ile iřtغال edebilmekte ve aynı zamanda devletin kamu hukuku ile ilgili kurallarına tabi olabilmektedir. Hatta özel teşebbüs ya da kamu kurumu olması fark etmeksizin aynı anda hem ekonomik hem ekonomik olmayan faaliyetlerle iřtغال edilmesi söz konusu olmaktadır. Bütün bunlara ilave olarak, kamu hukuku/özel hukuk ayrımı her bir üye devletin anayasal yapısında ya da yargı kültüründe farklı ele alınmakta, bu durum da ekonomik faaliyet kavramının AB çapında eşgüdümlü uygulanmasını tehlikeye sokabilmektedir.

İşlevsel yaklaşım ise, faaliyetin kendisine ve pazar üzerindeki etkilerine odaklandığından şekilci yaklaşım kadar net bir ekonomik faaliyet tanımı vermemekte ve yargı mercilerinin iş yükünü arttırabilecek bir nitelik taşımaktadır. Ancak rekabet hukukunun kendisinde de gözlemlenebileceği gibi, ekonomik faaliyet kavramı sürekli değişmekte ve yeniden biçimlendirilmektedir. Bu nedenle de ekonomik faaliyet kavramının dar ve sınırları belli olan kesin tanımların içine hapsedilmemesi önem taşımaktadır. İşlevsel yaklaşım bu anlamda daha dinamik, pratik ve esnek olup, toplumun ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarındaki değişim ve gelişimlere daha uygundur. Dolayısıyla, AB kurumları da ekonomik faaliyet kavramını tanımlamak üzere fonksiyonel yaklaşımı tercih etmişlerdir.

şekilci yaklaşımdan uzak durmak adına, ‘ekonomik faaliyet kavramı’ AB Antlaşma⁵ hükümlerinde tanımlanmamış, ancak AB hukuk sistemi ile çelişkiye düşme riskini bertaraf etmek için üye devletlerin takdirine de bırakılmamıştır. Bu kapsamda AB Mahkemeleri tarafından iç pazar ve rekabet hukuku kurallarının uygulanabilmesi için ekonomik faaliyetin tanımına yönelik çeşitli ölçütler geliştirilmiştir.

⁴ Bkz. Hukuk Sözcüsü Jacobs’ın görüşü: Joined Cases C-264/01, C-354/01 and C-355/01 *AOK Bundesverband* [2003] ECR I-2493, para 25.

⁵ Aksi belirtilmediği takdirde, sadece ‘Antlaşma’ veya ‘AB Antlaşması’ dendiğinde Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) kastedilmektedir.

Rekabet hukuku anlamında ekonomik faaliyet, Avrupa Komisyonu'nun İtalya'ya karşı açtığı iki davada Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından “*belirli bir pazara ürün ve hizmet sunmaktan oluşan herhangi bir faaliyet*”⁶ olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda yer alan ‘ürün’ ve ‘hizmet’ kavramları, AB Mahkemelerinin, özellikle malların serbest dolaşımı ve hizmet sağlama ve temin etme özgürlüğüne ilişkin kararlarında detaylı olarak ele alınmışlardır.

1. AB REKABET HUKUKUNDA EKONOMİK FAALİYETİN ÖZELLİKLERİ

1.1. Pazara Mal ve/veya Hizmet Sunulması

Genel anlamda, sunmak bir şeyi bir kimsenin kabulü, reddi veya düşünmesi için teklif etmek ya da o şeye erişim fırsatı vermek anlamında kullanılmaktadır. Burada ‘sunmak’ kavramı büyük önem taşımaktadır. Zira AB içtihat hukukunda ekonomik faaliyet, ürün ve hizmetlerin alınması üzerinden değil, sunulması üzerinden tanımlanmıştır. Buna göre, ekonomik faaliyetin mevcut olabilmesi için mal ve hizmetlerin belirli bir pazarda sunulması gerekmektedir. Eğer ortada herhangi bir sunum eylemi ya da sunumun gerçekleşeceği bir pazar yoksa ekonomik faaliyet de yok demektir.

Eurocontrol’ün teknik standardizasyon faaliyetlerinin tartışıldığı *Selex*⁷ davasında İlk Derece Mahkemesi⁸ pazara sunmak kavramını değerlendirme imkanı bulmuştur. Mahkemeye göre, Eurocontrol tarafından finanse edilen geliştirme faaliyeti organizasyonun kendi içinde kaldığı ve herhangi bir pazara sunulmadığı için Eurocontrol’ün üye devletlere ürün ve hizmet sunduğundan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, aynı kurumun üye devletlere özellikle ihale davetlerine doküman hazırlamaları aşamasında danışmanlık hizmeti vermesi, benzer hizmetler, bu alanda uzmanlaşmış

⁶ Case 118/15 *Commission v Italy* [1987] ECR 2599; [1988] 3 CMLR 255, para.7 ve Case C-35/96 *Commission v Italy (Customs Agents)* [1988] ECR I-3851; [1998] 5 CMLR 889 para.36.

⁷ Case T-155/04 *Selex Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities (Selex)* [2007] 4 CMLR 10, para.61.

⁸ Lizbon Antlaşması (Avrupa Birliğinin İşlemesine Dair Antlaşma)’nın 01.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle ‘Genel Mahkeme’ adını almıştır.

özel işletmeler tarafından da verilebileceğinden ilgili pazara hizmet sunulması anlamını taşımaktadır.⁹

1.1.1. Mal Kavramı

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşmada (ABİDA) malların serbest dolaşımına ilişkin pek çok hüküm bulunmasına karşılık, bu hükümlerin hiçbirinde 'mal' kavramının tanımı yapılmamıştır. Üstelik 29., 34. ve 35. madde hükümlerinde 'mal' ifadesine hiç yer verilmemiş, bunun yerine 'ürün', 'ithalat' veya 'ihracat' kavramlarına değinilmekle yetinilmiştir. Sadece serbest dolaşımlar için istisna getirmekte olan 36. madde hükmünde doğrudan 'mal' ifadesine yer verildiği görülmekte olup bu ifadelerin hepsinin AB Hukuku bakımından aynı anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır.

ABAD'ın, ulusal hazinelerle ilgili eski tarihli bir kararında¹⁰ mallar, "*parasal olarak değerlendirilebilen ve ticari işlemlerin konusunu oluşturabilme yetisine sahip ürünler*" olarak tanımlamıştır.¹¹ Dolayısıyla, sadece kültürel, tarihi ve/veya sanatsal sebeplerle bir değere sahip olmaları bu objelerin AB hukuku bakımından "mal" sayılmayacağı anlamına gelmemektedir. Diğer bir deyişle, bir şeyin sahip olduğu ekonomik değer toplumun gözünde taşıdığı kültürel değer yanında ikincil kalsa da, bu şeyin "mal" olarak sınıflandırılması için yeterli olmaktadır. Aksi halde, kültürel, tarihi, sanatsal ve/veya dini değer gibi uygulamada tanımlanması zor, soyut kavramlarla ilişkilendirilen objelerle ilgili olarak malların serbest dolaşımına ilişkin AB Antlaşması'nın hükümlerinin uygulanmasında bir boşluk oluşacaktır.

ABAD, atıkların gemi yoluyla ulusal sınırlar arasında taşınması konusuna ilişkin *Walloon Waste* davasında 'mal' tanımına daha esnek bir yaklaşımda bulunmuştur. Bu davayı ilginç kılan husus, davaya konu olan atıkların geri dönüşüme ve yeniden kullanıma uygun nitelikte olmadığı için herhangi bir ekonomik değere sahip olmaması, hatta negatif ekonomik

⁹ Case T-155/04 *Selex Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities (Selex)* [2007] 4 CMLR 10, para.86-92.

¹⁰ Case 7/68 *Commission v Italy* [1968] ECR 432, s.428.

¹¹ Hukuk Sözcüsü Reischl tarafından verilmiş benzer bir tanım için bkz. Case 155/73 *The State v Sacchi (Sacchi)* [1974] 2 CMLR 177.

değer taşımasıdır. Bu dava ile ilgili kararında Mahkeme¹², ‘parasal değer’ tabirini hiç kullanmamış, ticari bir işlemin varlığı konusuna odaklanmıştır. Sonuç olarak Mahkeme, ticari bir işlem amacıyla gemi yoluyla sınır ötesine geçirilen objelerin, işlemin niteliği ne olursa olsun, 34. madde (eski 30. madde)’ye tabi olacağını hükme bağlamıştır.¹³

Yukarıda değinilen iki karar da dikkate alınmak suretiyle şöyle bir sonuca varılması mümkün olabilecektir: Sahip oldukları parasal değer, malları öncelikle ekonomik alana yerleştirecek ve bir ticari işleme konu olup olmadıkları sorusu Antlaşma kapsamı içinde değerlendirilirken daha az önem taşıyacaktır. Bununla birlikte, söz konusu malların kendi asli değerleri parasal olarak ifade edilemediği takdirde Mahkeme bu malların bir ticari işleme konu edilip edilmediğini araştıracaktır. Örneğin, *Laara* davasında Hukuk Sözcüsü¹⁴ Pergola, kumar makinelerini piyango bilelerinden ayırt ederken bu makinelerin parasal değere sahip olduklarını ve satış ile diğer hukuka uygun ticari işlemlerin konusunu oluşturabileceklerini ifade etmiştir.¹⁵ Aynı dava ile ilgili kararında ABAD ise, sadece kumar makinelerinin ithalata ve ihracata konu edilebilen mallar olduklarını belirtmekle yetinmiştir.¹⁶ Bu ifade, malların aynı zamanda üye devletler arasında ihraç ve ithal edilebilir olması gerektiği anlamına gelmektedir. Mevcut Mahkeme kararları ışığında ‘mal’ kavramı, ekonomik bir değere sahip olduğu sürece, alkollü içecekten tabloya, petrol ürünlerinden kitaplara, elektrikten hayvanlara kadar geniş bir alanı kapsamına almaktadır.

1.1.2. Hizmet Kavramı

Ekonomik faaliyetler içinde geniş ve çeşitlilik gösteren bir kategoriye oluşturan ‘hizmetler’, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında ulusal

¹² Aksi belirtilmediği sürece, sadece ‘Mahkeme’ dendiğinde Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kastedilmektedir.

¹³ Case C-2/90 *Commission v Belgium* [1993] 1 CMLR 365, para.26

¹⁴ Hukuk Sözcüsü (*Advocate General*), ABİDA’nın 252. maddesi ve ABAD’ın Statüsü uyarınca dâhil olmasını gerektiren davalarda, tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde hareket ederek gerekçeli görüş vermekle görevli olan kişidir.

¹⁵ Hukuk Sözcüsü Pergola’nın Case C- 124/97 *Laara and Others v. Kiblakunnansyyttaja (Laara)* [1999] E.C.R. I-6067 davasındaki görüşü,, para.18.

¹⁶ Case C- 124/97 *Laara* [1999] E.C.R. I-6067, para.24.

ekonomilerin önemi hızla artan bir parçası haline gelmişlerdir. Ulusal ekonomiler içindeki hizmet alanlarında meydana gelen gelişmeler, AB hukukunda olduğu kadar Dünya Ticaret Örgütü hukuku¹⁷ içinde de yansımalarını bulmuşlardır. Bununla birlikte, hizmet kavramının geniş bir alanda çeşitlilik göstermesi, uluslararası hukuk bakımından ortak bir tanıma varılmasını zorlaştırmıştır. Ekonomik açıdan bakıldığından, mal denilen obje, araç ve şeylerin aksine ‘hizmet’, bir edim, iş, performans ya da çabayı ifade etmektedir.¹⁸ Hukuki açıdan bakıldığında ise mallar eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktayken, hizmetler borçlar hukuku anlamında yükümlülüklerin konusunu teşkil etmektedir. Daha ayrıntılı tanımlar ise daha çok hizmetlerin depolanamayan, saklanamayan ve hızlı bir şekilde sağlanıp tüketimi gerektiren niteliği üzerine odaklanmaktadır.¹⁹ Bu tanımlamalar, söz konusu kategorilere girmeyen hizmetler de bulunduğu için eleştirilmektedirler.²⁰ Örneğin, doktrinde bir görüşe göre hizmet kavramının bir süreç olarak düşünülmesi ve “*hizmet sağlayıcının şimdi ya da gelecekte belirlenmiş bir zaman dilimi içinde ve belirli bir amaca yönelmiş bir dizi görevleri ifa etme yükümlüğü altına girdiği anlaşma veya taahhüt*” olarak da tanımlanması mümkündür.²¹

Hizmetlerin diğer bir niteliği de gayri maddi olmaları ve bunun sonucu olarak da tüketimden önce bir ön muayene ya da incelemeyen geçirilmelerinin mümkün olmamasıdır. Bu nedenle de hizmetlerle ilgili

¹⁷ Hizmetlerin Ticareti Genel Anlaşması, üyelerin pazara erişim ve ulusal muamele yükümlülüklerine uymayı üstlendikleri ana metne ilave edilmiş belirli taahhütlerden oluşan tarifeleri içermektedir. Daha fazla bilgi için bakınız KENNETT, W (1996) “The European Community and the General Agreement on Trade in Services”, N. Emiliou ve D. O’Keeffe (der.), *The European and the World Trade Law After the GATT Uruguay Round*, John Willey & Sons, içinde, s.136-148.

¹⁸ SACERDOTI, G. (1990) “The International Regulation of Services: basic concepts and standards of treatment”, G. Sacerdoti (der.) *Liberalisation of Services and Intellectual Property in the Uruguay Round of GATT, Pupil Progress and Undercurrents in Public International Law*, vol. 6, içinde, s.28.

¹⁹ BHAGWATI, J.N.(1987), “Services” J.F. Finger ve A. Olechowski (der), *The Uruguay Round-A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, Washington içinde, s.208.

²⁰ SNELL, J. (2000), *Goods and Services in EC Law-A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford: Oxford University Press, s.7.

²¹ NICOLAIDES, P. (1988), *Liberalising Service Trade-Strategies for Success*, London: Routledge, s.7-9.

bilgi, tüketicinin ne tüketmek üzere olduğunu bilip anlaması bakımından mallara nazaran daha büyük bir önem taşımaktadır. Özellikle belirli uzmanlık gerektiren hizmetlerde, tüketiciler almış oldukları hizmetin kalitesinden, tüketimden hemen sonra bile emin olamamaktadırlar.

Aynı şekilde belirli özellikler ya da olağan dışılıklar gösteren pazar yapılanmalarında doğru bilgiye erişimin sınırlanması veya zorlaştırılması, rekabet şartlarının sağlıklı işlenmesini önlemekte, düşük kalite hizmet sağlayıcılarının yüksek kalite hizmet sağlayıcılarını pazar dışına itmesine neden olabilmektedir.²² Dolayısıyla, tüketicinin etkin biçimde korunması ve bir pazar aksaklığı oluşturan bilgi asimetrisinin düzeltilme ihtiyacı, hizmet sektöründe ayrıntılı düzenlemeye gidilmesini ve devlet müdahalesini meşru kılmaktadır.²³

ABİDA m.57(1) hükmü, hizmetlerin ancak bir bedel karşılığında sağlandığı zaman Antlaşma anlamında ‘hizmet’ olarak kabul edilebileceklerini öngörmektedir. Madde 57(1) hükmü aynı zamanda, ticari ve endüstriyel nitelikli faaliyetler ile zanaatkâr ve profesyonellerin yürüttükleri faaliyetleri de hizmet kavramına örnek teşkil eden faaliyetler olarak belirtmiştir. Mahkeme kararları bu hükmün kapsamını, gerek tıbbi gerekse eğitim, spor, iş bulma ve turizm ile ilgili faaliyetleri de kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bankacılık, sigortacılık gibi sermaye hareketleri ile bağlantılı hizmetler ile ulaşım ise ABİDA’nın ya diğer kısımlarında ya da farklı maddelerinde düzenlenmiştir. Örneğin, sportif faaliyetler ile ilgili olarak ABAD, bu tip faaliyetlerin ancak Antlaşmanın 2. maddesi uyarınca ekonomik faaliyet sayılmaları halinde Topluluk hukukuna tabi olarak değerlendirilebileceklerini ifade etmiştir.²⁴ Dolayısıyla, bu tip bir faaliyet, tıpkı profesyonel ve yarı-profesyonel faaliyetlerde olduğu gibi, ne zaman

²² SNELL, J. ve M. ANDENAS, (2004), “Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services”, M. Andenas ve W.H. Roth (der), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford: Oxford University Press, s.73.

²³ MESSERLIN, P.A.(1993), “‘Services’ in The European Community as a World Trade Partner”, *European Economy*, No.52, s.129-156.

²⁴ “Having regard to objectives of the Community, the practice of sport is subject to Community law only in so far as it constitutes an economic activity within the meaning of Article 2 of the Treaty.” Bkz. Case 36/74 *Walrave & Koch v Association Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405 para.4.

bir bedel karşılığında verilen hizmet -şeklını alırsa o zaman 56. madde kapsamına girecektir.²⁵

ABAD bedeli, normal şekilde hizmet sağlayıcısı ile alıcı arasında anlaşmak suretiyle kabul edilen bir karşılık olarak tanımlanmaktadır.²⁶ İşçilerle ve 45. madde ile ilgili kararlarından kıyasen yararlanmak suretiyle Mahkeme, “gerçek ve etkin (*genuine and effective*)”²⁷ olduğu, diğer bir deyişle “sadece ikincil ya da marjinal (*purely ancillary or marginal*)” olmadığı sürece bedelin mutlaka belirli bir parasal değeri yansıtmaması gerektiğini belirtmiştir.²⁸ Servis sağlayıcı ile alıcı arasında doğrudan bir bağ bulunması gerekmemekle birlikte böyle bir bedelin ille de hizmet alan tarafından ödenmesi gerekmemektedir. *Bond van Adverteerders* davasında Mahkeme, bedel şartının kablolu yayın abonelerine yüklenen ücret ile karşılandığını, yayıncıların programlarını yayınlamak için ayrıca bir ödeme yapmamalarının ilgisiz kaldığını belirtmiştir.²⁹

Bu alanda AB hukuku anlamında bir hizmet sunumunun olup olmadığını tespit edebilmek için söz konusu hizmetin ‘normalde bedel karşılığı sağlanan’ bir hizmet tipi olup olmadığını anlamak önem taşımaktadır. Bedel şartı 56. madde kapsamında yer alan hizmetlerin ekonomik karakterde olduklarını doğrulamaktadır. *Schindler* davasında ABAD, herhangi bir kazanç elde etme içindeki şans payının ya da piyangoğun eğlence unsurunun veya sağlanan kârın ulusal mevzuat

²⁵ Case 36/74 *Wahrave & Koch v Association Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405 para.4; Case 13/76 *Gaetano Dona v Mario Mantero* [1976] 2 C.M.L.R. 578, para.12; Case C-415/93 *Union Royale Belge des Societes de Football Association ASBL v Bosman* [1996] 1 C.M.L.R. 645, para.73; C-191/97 *Deliege v Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associees ASBL* [2000] E.C.R.I-2549, para.12.

²⁶ Case 263/86 *Belgian State v Rene and Marie Therese Humbel (Humbel)* [1988] ECR 5365, para.17.

²⁷ Mahkeme bu kavramı aslında, serbest dolaşımlarla ilgili AB hukuku bağlamında “işçi” terimini tanımlamak üzere geliştirmiştir. “*It covers any person who undertakes genuine and effective work for which he is paid under the direction of someone else.*” Bkz. Case 66/86 *Lawrie-Blum v Wuertemberg* [1986] ECR 2121, para.21.

²⁸ Joined Cases C-51/96 and 191/97 *Christelle Deliege v Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associees ASBL et al.* [2000] ECR I-2540, para.54, Case 53/81 *Levin v Staatssecretaris van Justitie* [1982] ECR 1035, para.17 and Case 196/87 *Steymaan v Staatssecretaris van Justitie* [1988] ECR 6159, para.13.

²⁹ Case 352/85 *Bond van Adverteerders and others v The Netherlands State (Bond van Adverteerders)*[1988] ECR 2124, para.16.

tarafından kamu yararı için kullanılmasının piyango hizmetlerinin ekonomik karakterini etkilemeyeceği yönünde karar vermiştir.³⁰

Handoll'a göre sorulması gereken asıl soru ilgili faaliyetin 'ticari kâr' amaçlı yapıp yapılmadığıdır.³¹ Bu soru, daha sonra inceleneceği üzere, ekonomik faaliyetin tanımı yapılırken sorulan sorunun bir benzeridir ve özellikle de kamu hizmetlerinin geniş çeşitliliği içinde sık sık gündeme gelmektedir.

Humbell davasında ABAD, ulusal eğitim sistemi içinde orta öğretimin bir parçası olan teknik enstitüde öğretilen derslerin ABİDA'nın 57. maddesi (eski 50. madde) anlamında hizmet sayılıp sayılmayacağı sorusu ile karşılaşmıştır. Hukuk Sözcüsü Slynn'e göre, kâr-yapan (ya da kâr amaçlayan) organizasyonlar, genellikle satılan mallar ya da sağlanan hizmetler için ödenen bedeller ile finanse edilmektedirler. Bunların, mal satmak veya hizmet sağlamaktaki yegâne amaçları bir bedel elde etmektir. Bununla birlikte devlet eğitimi, tıpkı sağlık hizmetlerinde olduğu gibi, daha çok devlete ödenen vergilerle finanse edilmektedir.³² Hukuk Sözcüsü Slynn'in görüşünü benimseyen Mahkeme, devlet tarafından sağlanan öğretim veya mesleki eğitimin, 'normalde bedel karşılığı' sağlanmadığı için ABİDA'nın 56. maddesi (eski 49. madde) anlamında hizmet sayılmayacağı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre devlet kazanç amacı gütmemekte fakat sosyal, kültürel ve eğitim alanlarında kendi halkına karşı olan görevlerini yerine getirmektedir ve sistem genellikle kamu kaynaklarından beslenmektedir. Öğrenciler ya da ebeveynleri tarafından bazen katkı payı olarak ödenen eğitim harçları ve kayıt ücretleri söz konusu faaliyetin özünü oluşturan bu niteliği etkilememektedir.³³

³⁰ Case C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler (Schindler)* [1994] ECR-I-1039, para.28.

³¹ HANDOLL, J.(1995), *Free Movement of Persons in the EU*, New York: John Wiley & Sons, s.88.

³² Hukuk Sözcüsü Slynn'in Case 263/86 *Belgian State v Rene Humbel and Marie-Therese Edel (Humbel)* [1998] ECR 5365 davasındaki görüşü, s.5379.

³³ "The nature of the activity is not affected by the fact that pupils or their parents must sometimes pay teaching and enrolment fees in order to make a certain contribution to the operating expenses of the system." Bkz. Case 263/86 *Humbel* [1998] ECR 5365, para.19.

ABAD tarafından ortaya konan prensipler mesleki eğitimin yanında, özel ve devlet ilkokullarını³⁴, anaokullarını³⁵, üniversitelerdeki yüksek meslek okullarını³⁶ ve üniversite eğitimi³⁷ gibi kamu eğitim hizmetlerini kapsamaktadır. Komisyon aynı zamanda teknoloji transferi faaliyetlerinin de, faaliyetin içeriye yönelik olması yani bilgi yönetiminin araştırma organizasyonunun bir departmanı veya yavru kuruluşu tarafından ya da başka araştırma organizasyonlarıyla birlikte yapılması ve elde edilen tüm gelirin araştırma organizasyonlarının ana faaliyetlerine yatırılması halinde ekonomik nitelikte sayılmayacağını belirtmiştir.³⁸

Yukarıda yer verilen açıklamalara rağmen, normal olarak bedel karşılığı sağlanan hizmetler ile devletin sorumluluğundan doğan kamu hizmetleri arasındaki farkın her durumda çok net ve açık görüldüğünü söylemek mümkün değildir. Örneğin *Kohll* davasında Hukuk Sözcüsü Tesouro, dava konusu tıbbi yardımların finansmanında devletin müdahil olmasının, ortada bedel karşılığı sağlanan bir tıbbi tedavi hizmeti olmadığı ve sigortalı kişinin ödediği sağlık sigortası primleri ile bu maliyetin önemli bir kısmını yüklenmediği anlamına gelmeyeceği görüşünü savunmuştur.³⁹

Bununla birlikte, *Geraets-Smiths and Peerbooms* davasında Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer, sağlık fonları tarafından tıbbi bakım sağlayıcılarına her bir tedavi için ödenen bedelin sağlanan tedavilerin karşılığı olan bedeli oluşturmayacağını ifade etmiştir. Bunun nedeni, bu tür ödemelerin tedavinin kendi maliyeti temel alınarak değil daha çok bunun dışında kalan diğer faktörler üzerinden hesaplanmasıdır, hatta ortada hiç tedavi bulunmasa bile ödeme yapılabilir. ⁴⁰ Ancak

³⁴ Case C-318/05 *Commission v Germany* [2007] ECR I-6957; Case C-76/05 *Schwartz* [2007] ECR -6849.

³⁵ Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi (EFTA) Mahkemesinin 21 Şubat 2008 tarihli kararı Case E-5/07.

³⁶ Case C-281/06 *Hans-Dieter Jundt and Haedwig Jundt v Finanzamt Offenburg*, [2007] ECR I-12231 (Bundesfinanzhof'tan ön karar için ABAD'a sevk edilmiştir).

³⁷ Case C-109/92 *Stephan Max Wirth v Landeshauptstadt Hannover*, [1993] ECR I-6447 (Verwaltungsgericht Hannover'den ön karar için ABAD'a sevk edilmiştir).

³⁸ Araştırma, geliştirme ve yenilikçiliğe yönelik devlet yardımları için Topluluk Çerçevesi, OJ C 323,30.12.2006, 3.1.1 ve 3.1.2 numaralı bölümler.

³⁹ Hukuk Sözcüsü Tesouro'nun Case C-158/96 *Raymond Kohll v Union des Caisses de Maladie (Kohll)* [1988] ECR I-1931 davasındaki görüşü, para.41.

⁴⁰ Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in Case C-157/99 *B.S.M. Geraets-Smiths v Stichting Ziekenfonds VGZ and Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen (Geraets-Smiths and Peerbooms)*, ECR I-5473 davasındaki görüşü, para. A46.

ABAD bu davada Colomer'in görüşüne katılmamıştır. Mahkeme verdiği kararda, “sağlık sigortası fonları tarafından yapılan ödemelerin, sabit bir oran üzerinden olsa dahi, hastane hizmetlerinin karşılığını oluşturduğunu ve hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde bu ödemeleri alan hastane için bir hizmet bedelini temsil ettiklerini ve böylece hastanenin de ekonomik nitelik taşıyan bir faaliyet içinde olduğunu” ifade etmiştir.⁴¹

ABAD'ın sağlık hizmetleri ile ilgili verdiği bu kararları, daha önce aldığı eğitimle ilgili *Humbel* kararı ile bağdaştırmak ilk bakışta zor görünmektedir. Ancak, yararlanıcılar tarafından ödenen katkı payları karşılaştırıldığında devlet tarafından sağlanan eğitim için ödenen öğrenim harçlarının çok daha düşük- hatta bazen bedava- olduğu fark edilecektir. Çünkü bu tür hizmetlerde işletme maliyetinin büyük kısmı devlet bütçesinden karşılanmaktadır. Bu da devletin finanse ettiği eğitimi sağlayan kamu kurumlarına herhangi bir kâr alanı bırakmamaktadır. Diğer yandan, bütün sigortalı kişiler, bütün hayatları boyunca hiç hastalanmayacak olsalar bile, tabi oldukları sağlık sigortası programına belirli bir prim bedeli ödemek zorundadırlar ve hatta çoğu üye devlette, gördükleri belirli bir tıbbi tedavi için ilave olarak katkı payı ödemesi yapmaları gerekmektedir.

1.1.3. Pazar Kavramı

Pazar, mal ve hizmetlerin sunulduğu yer olup yerel, bölgesel, ulusal ya da uluslararası olabilmektedir. Teoride, pazarda faaliyet gösteren, mal ve hizmet üreticileri/tedarikçileri paylarını arttırmak veya pozisyonlarını güçlendirmek adına sürekli bir rekabet halinde olurlar. Diğer bir deyişle pazarda rekabetçi bir süreç mevcuttur. Bu nedenle de pazarın rekabetin meydana geldiği yer olarak tanımlanması da mümkündür.

Ekonomik faaliyetin ortaya çıkması için pazarda yer almak gönüllü bir eylem niteliğinde olmalıdır. Bu da, alıcıların ve tedarikçilerin bir bedel karşılığında mal ve hizmet sunması ve bu bedelin en azından malın

⁴¹ Case C-157/99 *Geraets- Smiths and Peerbooms*, [2001] E.C.R. I-5473, para.58. Konu hakkında daha fazla tartışma için bakınız CABRAL, P. (2004) “The Internal Market and the Right to Cross Border Medical Care”, *European Law Review (E.L.Rev.)*, vol. 29, No.5, s.673-686.

gerçek maliyetini karşılması veya malın değerine denk düşmesi anlamına gelmektedir. Ancak bu durum, devletin piyasa koşulları üzerinde kamu yararına düzenleme yapabileceği faktörünü dışlamamaktadır.

Bir pazarın mevcut olup olmadığı söz konusu mal ve hizmetlerin ilgili üye devlette nasıl sağlandığı ile bağlantılıdır. Bu nedenle de belirli mal ve hizmetlerin ekonomik niteliği bir devletten başka bir devlete farklılık gösterebilmektedir. Hatta devletin benimsediği siyasi ve ekonomik tercihlere göre aynı mal veya hizmetin niteliği zaman içinde de değişiklik gösterebilecektir. Eğer devlet belirli bir faaliyeti sadece kendine ayırıyorsa burada bir pazardan söz edilmesi mümkün değildir.⁴² Ancak, böyle bir kapalı pazar durumuna rağmen teşebbüsler, ilgili pazarda mal veya hizmet sunmaya istekli ve bunu yapabiliyor iseler ekonomik bir faaliyetin varlığından söz edilebilecektir.⁴³

Rekabet hukuku uygulamasında ilgili pazar, sunulan mal ya da hizmetleri, sunuldukları coğrafi alan açısından tanımlayan teknik bir terimdir. Topluluk Rekabet Hukuku Amaçları Bakımından İlgili Pazar Tanımına ilişkin Komisyon Bildirisi'ne göre ilgili mal/hizmet pazarı, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir görülen tüm mal ve hizmetleri kapsar.⁴⁴ Aynı Komisyon Bildirisi uyarınca ilgili coğrafi pazar ise “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 bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.”⁴⁵ Komisyon Bildirisi'nde yer alan bu tanımlar daha çok ABAD'ın önceki tarihli kararlarına dayanmaktadır.

⁴² 6 Nisan 2005 tarihli Komisyon Kararı (*United Kingdom-Credit Union Provision of Access to Basic Financial Services- Scotland*), N 244/2003.

⁴³ Bakınız Hukuk Sözcüsü Geelhoed'un Case C-295/05 *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformacion Agraria SA (Tragsa) ve Administracion del Estado* [2007] ECR I-2999 davasındaki görüşü, para.110-116.

⁴⁴ Avrupa Komisyonu'nun Topluluk Rekabet Hukuku Amaçları Bakımından İlgili Pazar Tanımına ilişkin Bildirisi, [1997] OJ C372/5 [1998] 4 CMLR 177, para.7.

⁴⁵ 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 4. maddesinde hemen hemen aynı ilgili ürün ve coğrafi pazar tanımlarına yer verilmiş, söz konusu tanım benzer şekilde Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının

Pazar, ticaret ve rekabetin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğundan, ekonomik faaliyet olmadığı sürece bir pazardan da söz edilemeyecektir. Örneğin, Genel Mahkeme, bir kararında seyahat acentelerinin bir ekonomik faaliyeti temsil ettiklerine karar vermiştir. Bunun nedeni ise kararın verildiği tarihte hava yolu şirketlerinin başka bir bilet satış formu ikame etmesine olanak bulunmaması ve bilet satışının hava yolu taşımacılığından farklı bir hizmet pazarı oluşturmasıdır.⁴⁶

1.2. Rekabet ve Kâr Elde Etme Potansiyeli

Mevcut ABAD kararlarına bakıldığında, mal veya hizmetlerin nitelendirilmesine ilişkin olarak çok az sorunla karşılaşıldığı, söz konusu mal ve hizmetlerin özel teşebbüs tarafından serbest pazar koşulları içinde sağlanıp sağlanamayacağına asıl sorunu oluşturduğu tespit edilmektedir. *Pavlov ve Ambulans Glockner* kararlarında ABAD, doktor ve ambulansların ekonomik faaliyet yürüttüğü, çünkü bu hizmetlerin bir bedel karşılığında sunulduğu ve bu hizmetlerin mutlaka kamu kurumları tarafından sunulması gerekmeyişi yönünde karar vermiştir.⁴⁷

Eurocontrol kararında Hukuk Sözcüsü Tesauro, ortada bir ekonomik faaliyetin olabilmesi için bunun, en azından prensipte, kâr öngörerek bir özel işletme tarafından yürütülebilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸ Genel Mahkeme de benzer şekilde, bir faaliyetin özel bir işletme tarafından yürütülebilmesini o faaliyetin bir iş faaliyeti olarak tanımlanabilmesinin bir göstergesi olacağını kabul etmiştir.⁴⁹ Daha sonraki tarihli bir davada

İsteğe Bağlı Bildirime İlişkin Kılavuz'un Bildirim Formu'nun 3. maddesinde de yer almıştır. Bkz. 10.1.2018 tarihli İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s.2, para.3.

⁴⁶ Case T-219/99 *British Airways plc. v Commission* [2004] 4 CMLR 1008, para.100.

⁴⁷ Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (Pavlov)*, [2000] ECR I-6451, para.117-119; Case C-475/99 *Firma Ambulanz Glockner v. Landkreis Sudwestpfalz (Ambulanz Glockner)* [2001] ECR I-8089, para.65.

⁴⁸ Hukuk Sözcüsü Tesauro'nun Case C-384/92 *Sat Fluggesellschaft v Eurocontrol* [1994] ECR I-43; [1994] 5 CMLR 208, davasındaki görüşü para.9. Aynı doğrultuda olmak üzere bakınız Hukuk Sözcüsü Jacobs'ın Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov* [2000] ECR I-645 davasındaki görüşü, para. 107

⁴⁹ Case T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission of the European Communities* [2000] ECR II-3029; [2001] 4 CMLR 38, Case C-82/01 *Aéroports de Paris v Commission of the European Communities* [2002] ECR I-9297 [2003] 4 CMLR 12 ile onanmıştır.

ise Genel Mahkeme net bir ifadeyle, “özel işletmeler tarafından sağlanması mümkün olan bir hizmetin, ilgili tarihte özel işletmeler tarafından sağlanmıyor olmasının, bu hizmetlerin ekonomik niteliğini ortadan kaldırmayacağını” belirtmiştir.⁵⁰

Yukarıda bahsi geçen mahkeme kararları ile paralel olarak Hukuk Sözcüsü Jacobs AOK davasında bir faaliyetin ekonomik karaktere sahip olup olmadığını değerlendirebilmek için ortaya konan temel ölçütün, bu faaliyetin bir özel işletme tarafından kâr elde etmek amacıyla yürütölüp yürütölemeyeceği olduğu görüşünü savunmuştur. Buna göre “eğer ilgili faaliyetin bir özel işletme tarafından yürütölebilmesi mümkün değilse bu faaliyetin rekabet kurallarına tabi kılınmasının hiçbir amacı olmayacaktır”.⁵¹ Bu ölçütün altında yatan gerekçe, ekonomik olmayan faaliyetlerin hizmet sağlayıcısı ile alıcısı arasında kurulacak sözleşmesel bir ilişkiye dayandırılmayacağı için özel sektör tarafından yürütölemeyeceğidir.

Gronden, ABAD’ın belirli ürün ve hizmetlerin potansiyel olarak pazara sunulup sunulamayacağını sınıdığı bu testi “soyut test” olarak adlandırmaktadır.⁵² Bununla birlikte Gronden, ABAD’ın özellikle sağlık sigortasına ilişkin davalarda ulusal hukukun sosyal sigorta uygulamasında rekabete ne kadar alan bıraktığını ve dayanışma ilkesinin önemli bir rol oynayıp oynamadığını tespit etmek için “somut test” uyguladığını iddia etmektedir. Drijber ise gerek soyut gerekse somut testin Hukuk Sözcüsü Jacobs’ın AOK davasında ortaya koyduğu ölçüte dayandığından söz etmektedir.⁵³ Odudu’ya göre ise bu ölçüt, ekonomik faaliyetin esas unsurlarından olan “kâr elde etme potansiyeli” ne işaret etmektedir.⁵⁴

⁵⁰ Case T-155/04 *Selex* [2007] 4 CMLR 10, para.89.

⁵¹ Hukuk Sözcüsü Jacobs’ın Joined Cases C-264/01, C-354/01 ve C-355/01 *AOK Bundesverband and Others v Ichtyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. and Others (AOK)* [2003] ECR I-2493 (*AOK*) [2004] ECR I-2493 davasındaki görüşü, para.47-55.

⁵² VAN DE GRONDEN, J.W. (2004) “Purchasing care: economic activity or service of general (economic) interest?” *European Competition Law Review (E.C.L.R.)*, vol.25, No.2, s.87-94.

⁵³ DRIJBER, B.J. (2004) “Case Comment: Joined Cases C-264/01, C-354/01 and C-355/01 *AOK Bundesverband A.O.* Judgement of the Full Court 16 March 2004, Not yet Reported”, *Common Market Law Review (C.M.L.R.Rev.)* Vol. 42, s.528.

⁵⁴ ODUDU, O. (2006) *The Boundaries of EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, s.35.

Farklı bir perspektiften yaklaşan fakat aynı sonuca varan Hukuk Sözcüsü Maduro, *FENIN* Davasındaki görüşünde, ABAD'ın uyguladığı ölçütü 'mukayeseli ölçüt' olarak adlandırmıştır. Maduro'ya göre mukayeseli ölçüt, işletme kavramına ilişkin işlevsel ve geniş açılımlı yaklaşımın temelinde yatmaktadır ki bu da ekonomik faaliyet kavramı ile iç içe geçmiş bir konumdadır.⁵⁵ Yine Maduro'ya göre pazarın yeterince rekabetçi olmadığı durumlara uygulanması zor olsa da, pazarda etkili bir rekabetin olmaması onun otomatik olarak rekabet hukukunun dışına atılmasını gerektirmemektedir. Dolayısıyla mukayeseli ölçüt, ekonomik faaliyet kavramını 'kâr eden bir organizasyon tarafından yürütülebilen herhangi bir faaliyeti'⁵⁶ içine alacak şekilde genişletmiş olmaktadır.

ABAD soyut ve somut testleri, emeklilik fonları ve sağlık sigortası programları ile ilgili bazı davalarda uygulamıştır. *Poucet and Pistre* Davasında Mahkeme, hastalık fonları ve kamu sosyal güvenlik sistemlerinin yönetimine dahil olan organizasyonların, ödenen katkı payları ile hiçbir ilişkisi olmayan kanuni yardımların yapıldığı tamamen sosyal bir fonksiyonu yerine getirdiklerine karar vermiştir.⁵⁷ Bu organizasyonların faaliyetleri ulusal dayanışma ilkesine dayandığı ve tamamen kâr amacını dışladığı için özel emeklilik ve sigorta fonlarına bunlarla rekabet edebilecek çok az alan kalmış ya da hiç kalmamıştır.⁵⁸ Sonuç olarak, dava konusu olan hastalık fonlarının faaliyetleri ekonomik nitelikte kabul edilmemiştir.

Bunun aksine, *FFSA* davasında ABAD, temel ve zorunlu bir yaşlılık sigortası programını tamamlamak üzere seçimlik olarak kanunla kurulmuş bir programı yürüten ve kapitalizasyon ilkesine⁵⁹ göre faaliyet gösteren,

⁵⁵ Hukuk Sözcüsü Maduro'nun Case C-205/03 *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN) v Commission of the European Communities* [2006] ECR I-6295 davasındaki görüşü, para.11.

⁵⁶ Hukuk Sözcüsü Maduro'nun Case C-205/03 *FENIN* [2006] ECR I-6295 davasındaki görüşü, para.12.

⁵⁷ Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Christian Poucet v Assurances Generales de France (AGF) and Caisse Mutuelle Regionale du Languedoc-Roussillon (CAMULRAC) and Daniel Pistre v Caisse Autonome Nationale de Compension de l'Assurance Vieillesse des Artisans (CANCAVA) (Poucet and Pistre)* [1993] ECR I-637, para.18.

⁵⁸ Hukuk Sözcüsü Jacobs'ın Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 *AOK* [2003] ECR I-2493 davasındaki görüşü, para.30.

⁵⁹ "Kapitalizasyon ilkesi", AB Mahkemeleri ve Komisyonu tarafından rekabet hukuku bağlamında, faaliyetlerin kâr amaçlı yürütülmesi anlamında kullanılmaktadır.

kâr amacı gütmeyen bir kuruluşun faaliyetinin ekonomik nitelikte olduğuna karar vermiştir.⁶⁰ Mahkemenin özellikle sağlık ve emeklilik fonlarına ilişkin kararlarında sıkça rastlanan kapitalizasyon ilkesine göre, belirli bir yararlanıcı tarafından ödenen katkı paylarının sadece bu kişinin gelecekte alacağı sosyal güvenlik yardımlarını finanse etmesi gerekmekte olup mevcut sosyal yardımları ya da diğer yararlanıcıları doğrudan finanse etmesi söz konusu değildir.⁶¹

Kuruluşun, kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olması onun faaliyetinin ekonomik sayılmaması için yeterli olmamaktadır. Bunun nedeni ise pazarda benzer faaliyetlerde bulunmak ve kâr elde etmek için bir potansiyel olması ve hâlihazırda da hayat sigortası şirketlerinin arasında bir rekabetin bulunmasıdır. Genellikle pazara mal veya hizmet sunulmasının ekonomik faaliyet olarak kabul edilmemesi için benzer mal ve hizmetlere yönelik bir pazarın olma ihtimalinin bertaraf edilmesi gerekmektedir.⁶²

Aynı şekilde *Albany* davasında ABAD, ödenmesi gereken katkı paylarını ve yardım miktarlarını sektörel emeklilik fonunun kendisinin tespit ettiğini, Fonun bu anlamda kapitalizasyon ilkesine göre faaliyet gösterdiğini belirtmiştir. Fon tarafından sağlanan yararların miktarı yine Fon tarafından yapılan yatırımların finansal sonuçlarına dayandığından bu tip hizmetler diğer sigorta şirketleri ile rekabet halindeki ekonomik bir faaliyet oluşturmaktadırlar.⁶³

AB Mahkemeleri tarafından verilen kararlardan açıkça anlaşılmaktadır ki mal ve hizmet sunan organizasyon kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olsa bile, pazarda kâr elde etme potansiyeli olduğu sürece yürütülen faaliyet bir ekonomik faaliyettir. Bu bağlamda, her ne kadar sağlanan hizmetler karşılığında bir bedel alınmıyor olması ortada ekonomik bir faaliyetin bulunmadığına yönelik ciddi bir işaret teşkil etse de kendi başına belirleyici değildir.

⁶⁰ Case C-244/94 *Federation Francaise des Societes d'Assurance and Others v Ministere de l'Agriculture et de la Peche (FFSA)* [1996] 4 CMLR 536.

⁶¹ KACZOROWSKA-IRELAND, A. (2016), *European Union Law*, New York: Routledge, s.849.

⁶² Bakınız, Komisyon'un 6 Nisan 2005 tarihli kararı (United Kingdom, Credit Union of Access to Basic Financial Services, Scotland), No.244/2003, para.41.

⁶³ Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (Albany)* [2000] 4 CMLR 446, para.81.

Hizmetin bir bedel karşılığında sağlanmasının gerekli olup olmadığı ABAD'ın ünlü *Höfner* kararında ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır. Bu davada Alman Hükümeti iş bulma hizmetlerinin büyük ölçüde, bireylere bedelsiz sağlanan her bir hizmetle hiçbir bağlantısı olmayacak şekilde, çalışanlarca ödenen katkılar ile finanse edildiğini iddia etmiştir. Dolayısıyla, bu hizmetleri sağlamak üzere münhasır hakka sahip olan istihdam ajansının ekonomik bir faaliyette bulunuyor olması söz konusu olmamalıdır.⁶⁴ Bununla birlikte Mahkeme, iş bulma hizmetinin her zaman ve mutlaka kamu kurumları tarafından sağlanmak zorunda olmadığını da ifade etmiştir.⁶⁵ Gerçekten de dava tarihi itibarıyla Almanya'da bu tip hizmetler için, iş bulma kurumunun kanuni tekeline rağmen genişleme potansiyeline sahip büyük bir pazar mevcut olsa da bedelsiz sağlanıyor olmaları iş bulma hizmetlerinin ekonomik niteliğini etkilememektedir.

Benzer şekilde *Henning Veedfald* davasında ürünlerin, hastalar taraflarından doğrudan ödeme yapılmayan, fakat vergi ödeyenlerin katkıları ile oluşturulan kamu fonlarından finanse edilen belirli bir tıbbi hizmet için üretiliyor olmalarının bu üretimin ekonomik karakterini zedelemeyeceği kabul edilmiştir.⁶⁶ Daha sonraki tarihli bir davada ise Genel Mahkeme, “*bir faaliyetin ekonomik olup olmadığını değerlendirirken, bu hizmetin bedelsiz sağlanıyor olması diğerleri ile birlikte ele alınması gereken bir belirleyicidir ve tek başına o faaliyetin ekonomik nitelikte bir faaliyet olduğu ihtimalinin bertaraf edilmesi için yeterli değildir*”⁶⁷ tespitinde bulunmuştur.

Mahkemenin *Höfner* kararında vardığı sonuç, hizmetlerin ‘normal olarak bedel karşılığında sağlanan’ faaliyetler olarak tanımlandığı ABİDA'nın 57(1) maddesi ile de paralellik göstermektedir. Mahkeme hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında sağlık hizmetlerinin ekonomik niteliği ile ilgili olarak verdiği kararlarda bir sağlık sigortası programının üyelerine bedelsiz verilen tıbbi hizmetlerin dahi 56 ve 57. maddeler anlamında hizmet sayılacağını, nitekim sigorta tarafından doktor ve

⁶⁴ Case C-41/1990 *Höfner* [1991] ECR I-1979, para.19.

⁶⁵ Case C-41/1990 *Höfner* [1991] ECR I-1979, para.22.

⁶⁶ Case C-203/99 *Henning Veedfald v Arhus Amstokommune (Henning Veedfald)* [2001] ECR I-3569.

⁶⁷ Case T-155/04 *Selex* [2007] 4 CMLR 10.

hastanelere yapılan ödemelerin de ‘bedel’ olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁸

Bununla birlikte, *FENIN* davasında Hukuk Sözcüsü Maduro, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kurallar ile rekabet hukuku kurallarının kapsam olarak birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştır. Maduro’ya göre ikisi arasındaki temel fark, üye devletlerin belirli faaliyetleri dayanışma ilkesinin ağır basacağı şekilde organize ederek rekabet hukukunun uygulama alanından çıkarabileceğidir. Oysaki bir faaliyetin ulusal düzeyde ne şekilde organize edildiğinin hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinin uygulanması üzerinde hiçbir etkisi olmayacaktır.⁶⁹ Bundan çıkan sonuç ise, ücretsiz sağlık hizmeti sağlanması ABİDA’nın 56. maddesi anlamında bir ekonomik faaliyet oluşturabilecekken bu hizmeti yürüten organizasyonun mutlaka rekabet hukuku kurallarına tabi olması gerekmektedir.

AB kurumlarının, hizmet sağlama serbestisi ve rekabet hukuku alanındaki benzer davalara farklı yaklaşımlar geliştirmeleri her iki kural tipine de farklı fonksiyonlar atfedilmesinden ileri gelmektedir.⁷⁰ Ancak bu durum Antlaşma hükümlerinin kamu hizmetlerine uygulanmasında kaçınılmaz biçimde karışıklığa yol açmaktadır.

1.3. Risk Alma

Ekonomik faaliyetin önemli unsurlarından biri de ‘risk alma’ biçiminde ortaya çıkmaktadır. Ancak bu kavram doğrudan pazara sunulan mal ve hizmetlerin karakteristik özelliği ile ilgili olmayıp, faaliyet ile bunu yürüten kurum arasındaki ilişki ile ilgilidir. Örneğin, teşebbüsler, kimi zaman, mal veya hizmetlerin alım ve satımında acentelik sisteminden yararlanmayı tercih edebilmektedir. Acentelerin, müvekkil hesabına aracılık ettiği ya

⁶⁸ Case C-368/98 *Vanbraekel v Alliance Nationale des Mutualities Chretiennes (ANMC)* [2001] ECR I- 5363; Case C-157/99 *Geraets-Smits and Peerbooms* [2001] ECR I-5473; Case C-385/99 *Muller-Faure v Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA* [2003] ECR I-4509.

⁶⁹ Hukuk Sözcüsü Maduro’nun Case C-205/03 *FENIN* [2006] ECR I-6295 davasındaki görüşü, para.51.

⁷⁰ KRAJEWSKI, M. ve M. FARLEY (2007), “Case Comment: Non Economic Activities in Upstream and Downstream Markets and the Scope of Competition Law after *FENIN*”, *E.L.Rev.*, Vol. 32, No.1, s.111-124.

da akdettiği sözleşmelerdeki hükümlerin, özellikle acenteye getirilen sınırlamaların, rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirilmesinde esas alınan husus, acentenin, müvekkil tarafından atandığı faaliyetlerle ilgili olarak ticari veya mali bir risk alıp almadığıdır. Söz konusu risk, pazardaki ekonomik koşullar da dikkate alınarak her bir olayın kendine özgü şartları içinde değerlendirilmektedir.⁷¹

Commission v Italy davasında İtalyan Hükümeti, gümrük acenteliğinin serbest bir meslek olması ile birlikte, verdikleri hizmetin niteliği ve bu mesleğin yetkilendirme ve belirli şartları karşılama gerektirmesi nedeniyle gümrük acentelerinin işletme olarak kabul edilemeyeceğini iddia etmiştir. Bu iddiaya karşılık olarak Mahkeme, gümrük acentelerinin faaliyetlerinin ekonomik karaktere sahip olduğunu çünkü bu kuruluşların gümrük hizmetlerini bedel karşılığı sağladıklarını ve bu mesleğin yürütülmesi ile ilgili ‘finansal riske’ kendilerinin katlandıklarını belirtmiştir. Buna göre, “*harcamalar ile alacaklar arasında bir dengesizlik oluştuğunda gümrük acentelerinin kendilerinden bu açığı kapatmaları beklenir*”.⁷² Aynı gerekçe, tıp uzmanlarının yürüttükleri faaliyetin finansal risklerini kendileri üstlendikleri için ekonomik bir faaliyette bulduklarının tespit edildiği *Pavlov* davasında da tekrarlanmıştır.⁷³

Poucet ve Pistre davasında ABAD, dava konusu olan sosyal sigorta programını yöneten kuruluşların başarısız yönetimlerinin riskini taşımadıklarını ve riskin tüm sektör üzerine yayıldığını tespit etmiştir. Bunun nedeni, söz konusu programlar öylesine yönetilmektedir ki ‘*fazla veren programlar yapısal olarak finansal zorluk içinde olan programlara katkıda bulunmaktadır*’.⁷⁴ Mahkeme, davayı etkileyen diğer unsurları da inceledikten sonra burada bir ekonomik faaliyet olmadığına karar vermiştir.

Başka bir davada ABAD, Hollanda’da baroya kayıtlı üyelerin, belirli bir bedel karşılığında verdikleri hukuki yardım hizmetini ekonomik faaliyet

⁷¹ Türk Rekabet Hukuku açısından acentelerle ilgili daha detaylı bilgi için bakınız: 09.09.2015 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, “1.5. Acentelik Sözleşmeleri.”

⁷² Case C-35/96 *Commission v Italy (customs agents)* [1998] ECR I-3851; [1998] 5 CMLR 889, para.37.

⁷³ Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov* [2000] ECR I-6451.

⁷⁴ - Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Poucet and Pistre* [1993] E.C.R. I-637, para.12.

olarak nitelendirmiştir. Dava konusu ile ilgili olarak Mahkeme, bu hizmeti sunanların finansal riski de üstlendiklerini, çünkü yapılan masraflar ile alacaklar arasında bir açık çıkması halinde buna kendilerinin katlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁵

Bağımsız profesyonellerin aksine, bir bedel karşılığında emeklerini sunan işçiler ya da çalışanlar, performanslarının ekonomik ya da finansal riskini, en azından, doğrudan üstlenmedikleri için rekabet hukukunun kapsamı dışında tutulmuşlardır.⁷⁶ Odudu bunu, risk alma ile sorumluluk yüklenme arasında bağlantı kuran ‘isnat edilebilirlik algısı’ olarak nitelendirmiştir. Buna göre, işçinin çalışmasının sonuçları kendisinden çok işverene isnat edilebilmekte, dış dünya ile olan ilişkisinde işveren işçisinin yaptıklarının sorumluluğunu taşımaktadır.⁷⁷ Bu görüşle paralel olarak Hukuk Sözcüsü Colomer, *Becu* davasında finansal risk alma kabiliyetinin, teşebbüsün aslen ticaretle iştigal eden bir kuruluş olarak nitelendirilmesinde önemli bir rol oynadığına değinmiştir.⁷⁸

Townley, taraflar arasındaki ilişkilerin ekonomik bir perspektiften ve dinamik bir yaklaşımla incelenmesi gerektiğini vurgulayarak yukarıdaki görüşe karşı çıkmıştır. Townley’e göre kısa süreli bir hizmet sözleşmesi ile çalışan kişinin performansı, onun gelecekte istihdam edip edilmeyeceği veya tamamen istihdam edip edilmeyeceği bakımından kendisine uygulanan kontrol miktarını etkileyebilecektir. Bu da işçilerin bile bir nevi finansal risk taşıyabildiklerini göstermektedir.⁷⁹ Ancak burada işçinin işvereni ile olan ilişkisi açısından ele alınan risk, bir ekonomik ünitenin (işçileri de kapsamak üzere) bir ekonomik faaliyet yürütürken taşıdığı riskten tamamen farklıdır. Örneğin, bir hizmet sözleşmesinin feshedilmesi, bir şirketin iflas etmesi ile aynı değildir.

⁷⁵ Case C-309/99 *Wouters and others v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten and another (Wouters)* [2002] ECR I-1577, para.48.

⁷⁶ Bakınız Case C-67/96 *Albany* [2000] 4 CMLR 446.

⁷⁷ Odudu 2006, s.34-35.

⁷⁸ Case C-22/98 Criminal proceedings against *Jean Claude Becu and Others (Becu)* [1994] ECR I-5665, para.53.

⁷⁹ TOWNLEY, C. (2007), “The Concept of an ‘Undertaking’: The Boundaries of the Corporation –A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries”, Amato, G. ve C-D. Ehlermann (der), *EC Competition Law-A Critical Assessment* içinde, Oxford: Hart Publishing, s.10.

2. EKONOMİK OLMAYAN FAALİYETLER

2.1. Satın Alma Faaliyetleri

Commission v Italy davasında ABAD, gümrük acentelerinin entelektüel faaliyetlerinin ekonomik faaliyet sayılıp sayılmayacağı sorusu ile karşı karşıya gelmiş ve “ilgili pazara mal veya hizmet sunulmasına ilişkin herhangi bir faaliyetin” ekonomik faaliyet olarak kabul edileceği sonucuna varmıştır. Ancak söz konusu kararın verildiği tarih itibarıyla bu tanımın, her türlü alım faaliyetini rekabet hukuku kapsamının dışına çıkaran sınırlayıcı bir tanım mı, yoksa ekonomik faaliyet tanımının sadece somut olayın özelliklerine dayanan bir versiyonu mu olduğu net değildir..

AB hukukunda daha sonra yaşanan gelişmeler ışığında şunu söylemek mümkündür. AB Mahkemeleri ve Komisyon, mal ve hizmetlerin satın alınmasında o mal ve hizmetlerin dikey ekonomik faaliyetlerde kullanılması ile doğrudan nihai tüketicilere dönük kullanılması arasında ayırım yapmaktadır. İlkinde satın alma faaliyeti ekonomik faaliyet olarak kabul edilirken ikincisinde böyle kabul edilmemektedir. Sonuç olarak, satın alma faaliyeti ancak ekonomik faaliyetin bir parçası haline geldiği sürece rekabet hukukunun kapsamına girmektedir.

Deringer’e göre tüketim faaliyeti bir ekonomik faaliyet değildir, çünkü “*amacı sadece kişisel ihtiyaçların karşılanmasıdır*”⁸⁰ ve bu da rekabet hukukunun kapsamı dışındadır. Tüketim, en azından rekabet hukukunun amaçları bakımından, kendi başına bir ekonomik faaliyet sayılmayabilir⁸¹, ancak tüketimin her ekonomik faaliyetin arkasındaki en önemli itici güç olduğu tartışmasızdır. Son tüketicilerin bireyler olarak pazar üzerindeki etkileri göz ardı edilebilir olsa da, aldığı mal ve hizmetleri tekrar ekonomik faaliyete katma niyeti olmayan alıcının önemli ekonomik güce sahip bir kamu kurumu, kâr amacı gütmeyen bir kuruluş ya da bir meslek birliği olması durumunda aynı şeyi söylemek mümkün olmayacaktır. Örneğin, kamu sektörü genelde, savunma ve benzeri endüstrilerin en önemli alıcısı

⁸⁰ DERINGER, A. (1968), *The Competition Law of the European Economic Community: A Commentary of the EEC Rules of Competition (Articles 85 to 90) Including the Implementing Regulations and Directives*, New York: Commerce Clearing House, s.8.

⁸¹ LASOK, L.E.P. (2004), “When is an Undertaking is not an Undertaking”, *E.C.L.R.*, Vol. 2, No.7, s.383-385.

konumundadır ve satın almaya yönelik hareketlerinin tüm ekonomi üzerinde ciddi etkileri olmaktadır.⁸² Bu tip satın alma faaliyetleri, sadece bireysel ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan tüketicilerinkinden de farklıdır, çünkü bu organizasyonların davranışları, özellikle de kamu menfaati gözettiklerinde, teknik olarak tüketimden çok yayma (refah) veya dağıtma (gelir) amacı taşımaktadır.⁸³ Aynı şekilde, devletin savunma ve ihale politikalarının öncelikle ulusal menfaatler tarafından belirlendiği kabul edilmektedir.

Diğer yandan, belediyeler, eğitim kurumları, sosyal güvenlik sistemleri, devletin idari, ulusal savunmayla ilişkili ve askeri birimleri de dâhil olmak üzere, kamu sektörünün alım gücü ilgili oldukları pazarlarda çok büyük etki yaratabilmektedir. Pazardaki talep tarafının yeterince yoğunlaşmış olması şeklinde tanımlanabilecek olan ‘alıcı gücü’, dengeleyici bir ‘satıcı gücünün’ yokluğu veya yetersizliği halinde pazarda zararlı etkilere yol açabilmektedir. Bu tip kuruluşlar hâkim durumda olmasalar bile ekonomik faaliyette bulunan diğer kuruluşlar ile anlaşarak veya uyumlu eylemde bulunarak pazarın rekabet yapısını etkileyebilmektedirler. Bu durumlarda satın alım faaliyetinin nitelendirilmesi, bu sorunun rekabet kuralları ile çözümlenip çözülemeyeceğini belirlemek bakımından önem kazanmaktadır.

ABAD, kamu kurumlarının satın alım faaliyetlerinin ekonomik sayılıp sayılmayacağı konusuyla sadece sağlık sektörüne ilişkin birkaç davada ilgilenmek zorunda kalmıştır. *Pavlov* davasında Komisyon, kendi ilave emeklilik planlarına katkıda bulunurken tıp uzmanlarının AB rekabet hukuku anlamında ekonomik faaliyette bulunmadıklarını iddia etmiştir. Komisyona göre kendisine ilave emeklilik planı oluşturan tıp uzmanları, burada bir son tüketici olarak davranmaktadırlar ve bu kapsamda aldıkları kararlar rekabet hukuku alanının dışına çıkmaktadır. Özellikle vurgulamak gerekir ki, Komisyon tıp uzmanlarının dava konusu olan satın alım kararlarını, finansal pazara yatırım yapma ya da tatil evi alma kararları ile mukayese etmektedir.⁸⁴ Buna rağmen Mahkeme, serbest çalışan tıp

⁸² GLYNN, D. ve J. LIESNER (1987), “Does Anti-trust Make Economic Sense”, *E.C.L.R.* Vol. 8, No. 4, s.344-370.

⁸³ KOKKORIS, I. (2006), “Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace?”, *World Competition*, Vol.29, No.1, s.139.

⁸⁴ Joined Cases C-180/98 *Pavlov* [2000] E.C.R. I-6451, para.78.

uzmanlarının katkı payı ödemelerini mesleklerinin icra edilmesiyle yakından ilişkili bulmuş ve onların ilave emeklilik planlarına ödeme yaparken son tüketici olarak davranmadıklarına karar vermiştir.⁸⁵ Bu karardan şu sonuca varmak mümkündür : Eğer satın alım, mesleğin icra edilmesi gibi, yürütülen ekonomik faaliyet ile yakından ilişkili ise kendisi de ekonomik faaliyet olarak kabul edilecektir. Örneğin, doktorlar tıbbi malzeme aldıklarında ya da avukatlar ofis kiraladıklarında, bunlar kendi meslekleri ile ilgili olduğundan ekonomik bir faaliyet içine girmiş kabul edileceklerdir.⁸⁶ Bununla birlikte aynı satın alım tek başına yapıldığında tüketim olarak nitelendirilecektir. Her satın alma etkinliğinin karakteristik özelliklerini tespit edebilmek için ilgili olduğu dava özelinde analiz yapmak gerekmektedir.

Alman sağlık fonlarının satın alma faaliyetleri ile ilgili AOK davası, farklı bir kapsamda ABAD'ın önüne gelmiştir. Bu davada sağlık fonları, Alman kanunları dâhilinde tıbbi hizmet ve ürün satın alarak bunları ihtiyacı olan sigortalı insanlara vermekle görevlendirilmişlerdir. Bu fonlar aynı zamanda, satın alınan tıbbi malzemeler bakımından fonların ödeyebileceği en yüksek miktarı belirlemekle yetkilendirilmişlerdir. Bu nedenle, sabit bir miktarın belirlendiği durumlarda sağlık fonu sadece bu miktarı ödeyerek görevini yerine getirmiş olmaktadır. Bu davada Mahkemenin asıl çözmesi gereken mesele, fonların bir araya gelerek böyle bir sabit miktar belirlemesinin rekabet hukukunu ihlal edip etmediğidir. En yüksek sabit miktarı belirlemenin ekonomik faaliyet sayılıp sayılmayacağı sorusuna ilişkin olarak Hukuk Sözcüsü Jacobs, görüşünde soruyu yönlendiren mahkemelerden birinin (Oberlandesgericht) önerisine atıfta bulunmuştur. Alman mahkemeye göre “*satın alma, satın alan kurumun satın aldığı mal ve hizmetleri girdi olarak kullanacağı başka bir pazarda aktif olup olmadığına bakılmaksızın ekonomik faaliyet olarak kabul edilebilecektir*”.⁸⁷ Bu ifade büyük önem taşımaktadır çünkü kanunla kurulmuş olan bu tip sağlık fonları medikal ürün pazarındaki en büyük

⁸⁵ Joined Cases C-180/98 *Pavlov* [2000] E.C.R. I-6451, para.79-81.

⁸⁶ Hukuk Sözcüsü Jacobs'ın Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov* [2000] ECR I-6451 davasındaki görüşü, para.115.

⁸⁷ Hukuk Sözcüsü Jacobs'ın Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK [2003] ECR I-2493 davasındaki görüşü, para.46.

alıcılardır. Buna rağmen Mahkeme, fonlar ile sigortalı kişiler arasındaki ilişkiye baktığında fonların faaliyetinin ekonomik nitelikte olmadığına karar vermiş ve soru yönelten yerel mahkemenin önerisini tartışmaya bile açmamıştır.⁸⁸

Genel Mahkeme, sağlık hizmeti veren kurumlarla medikal mal ve hizmet üreticileri arasındaki sözleşmesel ve ekonomik ilişkinin doğrudan elen alındığı ilk dava olan *FENIN*’de satın alma faaliyetlerinin karakteristik özelliklerini daha detaylı bir şekilde incelemiştir. Bu davada FENIN, İspanya’da medikal ürün ve donanım pazarlayan işletmelerin büyük çoğunluğunun üyesi olduğu bir birliktir. Bu birliğin üyeleri söz konusu medikal ürünlerin çoğunluğunu ulusal sağlık hizmetlerinin (SNS) yönetim birimlerine satmaktadırlar. FENIN’in görüşüne göre bu SNS birimleri sistematik olarak ödemelerini geciktirerek rekabet hukukunu ihlal etmektedirler. Bu kapsamda olmak üzere öncelikle SNS birimleri tarafından medikal ürün ve hizmet satın alınımının ekonomik faaliyet olup olmadığına tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Buna göre Genel Mahkeme satın alma ve tedarik faaliyetleri arasında bir ayrıma giderek “*ekonomik faaliyetin karakteristik özelliğinin mal ve hizmetleri belirli bir pazara sunmak olduğunu yoksa bizatihi satın alım işinin kendisinin olmadığını*”⁸⁹ belirtmiştir. Genel Mahkeme ayrıca, “*takip eden faaliyetin özelliğini tespit ederken satın alım faaliyetinin, bu ürünlerin bulunduğu takip eden kullanımdan ayrıştırılmaması gerektiğini*”⁹⁰ savunmuştur. Genel Mahkemeye göre, “*mal ve hizmetleri bir ekonomik faaliyetin parçası olarak sunmak yerine bir başka, örneğin tamamen sosyal amaçlı, faaliyetin kapsamında kullanmak üzere satın alan bir organizasyon, bir işletme olarak değil ilgili pazarda bir alıcı olarak hareket etmektedir.*”⁹¹ Daha da ileri giderek *Selex* Davasında Genel Mahkeme, “*bu cümlelerin genel anlamının (FENIN kararının 37. paragrafındaki) ve özellikle de örnek olarak sosyal faaliyete doğrudan atıfta bulunmasının, bu kararda benimsenen yaklaşımın diğer organizasyonların ekonomik olmayan faaliyetler için satın*

⁸⁸ Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK, para.53-56.

⁸⁹ Case T-319/99 *Federacion Nacional de Empresas de Instrumentacion Científica, Medica, Tecnica Y Dental (FENIN) v Commission of the European Communities* [2003] 5 CMLR 1, para.36.

⁹⁰ Case T-319/99 *FENIN* [2003] 5 CMLR 1, para.36

⁹¹ Case T-319/99 *FENIN* [2003] 5 CMLR 1, para.37.

almalarına da aktarılabilmesine izin verdiğini”⁹² onaylamıştır. Böylece, satın alma faaliyetinin ekonomik olup olmadığı sorunu, satın alınan malların takip eden faaliyette kullanılmasının ekonomik olup olmadığına bağlı kılınmıştır.

FENIN, Genel Mahkeme tarafından verilen kararı, satın alınan malların kullanıldığı müteakip faaliyetten ayrıştırılmayacağı yaklaşımının yanlış olduğu gerekçesiyle temyiz etmiştir. FENIN’e göre satın alma bir ekonomik faaliyettir bir sonraki kullanımdan ayrıştırılması mümkündür. ABAD ise Genel Mahkemenin kararını daha fazla tartışmaya gerek görmeden onamıştır.⁹³

Belirli üye devletlerde geniş yer kaplayan kamu sektörü tarafından yapılan satın alma faaliyetlerine ilişkin sonuçları bakımından *FENIN* kararları büyük önem taşımaktadır. Özellikle de devlet kurumları ve kamu kuruluşları, genelde vatandaşlarına son ürün satışı (aşağı doğru giden) yapmaksızın girdi amaçlı (yukarı doğru giden) alım yapmaktadırlar.⁹⁴ Korah’ın da belirttiği gibi, kamu ihale kanunlarında yer alan hükümlere rağmen bu sektör rekabet hukuku kısıtlamalarından tamamen özgür bırakılmış olup bu durum tedarikçilerin kamu kuruluşları tarafından haksızlığa uğratılmasına neden olabilecektir.⁹⁵ Bu yaklaşım, satın alım anında satın alınan mal veya hizmeti kullanma amacının ekonomik bir faaliyete mi yoksa ekonomik olmayan bir faaliyete mi yönelik olduğunun, özellikle de hem ekonomik hem ekonomik olmayan faaliyetlerle iştigal eden şirketler bakımından, saptanmasının zorluğu nedeniyle kendi içinde sorunlar barındırmaktadır.⁹⁶

Konuya ilişkin olarak Roth, satın alma işleminin böyle bir kuruluşun altyapısı için yapıldığında bu ayrımın imkânsız hale geleceğini belirtmiştir.⁹⁷

⁹² Case T-155/04 *Selex* [2007] 4 CMLR 10, para.67.

⁹³ Case C-205/03 *FENIN* [2006] ECR I-6295, para.25-28.

⁹⁴ WINTERSTEIN, A. (1999), “Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law”, *E.C.L.R.*, Vol.20, No.6, s.324-333.

⁹⁵ KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law*, 9th ed., Oxford: Hart Publishing 2007, s.49.

⁹⁶ FENIN’nin argümanları ve Hukuk Sözcüsü’nün bu argümana cevabını görmek için bakınız Case C-205/03 *FENIN* [2006] ECR I-6295, para. 67 (Hukuk Sözcüsü Görüşü).

⁹⁷ ROTH, W-H. (2007), Dava Yorumu: “Case C-205/03 *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN) v Commission*, Judgement of the Grand Chamber of 11 July 2006, [2006] ECR I-6295”. *C.M.L.Rev.*, Vol.44, No.4, s.1131-1142.

Bütün bu tartişmalara karşılık mevcut durumda, AB Mahkemelerinin içtihat hukuku ekonomik faaliyeti, mal ve hizmetlerin satın alınması üzerinden değil pazara sunulması üzerinden tanımlamaktadır.

2.2. Düzenleyici Faaliyetler

Düzenleyici faaliyetler ya da yasama faaliyetleri, mal ve hizmetlerin pazara sunulmasını düzenleme amacı gtseler dahi ekonomik nitelik taşımazlar nkn doğal olarak mal ve hizmetlerin pazara sunulmasını içermezler. Selznik düzenleyici faaliyeti, “kamu kurumlarının toplum tarafından değer verilen eylemler üzerinde uyguladığı devamlı ve odaklı kontrol”⁹⁸ olarak tanımlamıştır. Düzenleyici faaliyeti, tam bir açıklık ve kesinlikle tanımlamak kolay değildir. Tanım ve kapsama ilişkin bu zorluğu dikkate alarak Morgan ve Yeung şöyle bir açıklama getirmişlerdir: “en sınırlı anlamda düzenleme (regülasyon) tanımları, devletin iradi bir şekilde, ters yan etkileri olabilecek sosyal bakımdan değerli bulunan davranışları oluşturarak, gözlemleyerek ve hukuk kuralları ile zorlayarak etkilemeye çalışması üzerine odaklanmaktadırlar.”⁹⁹ Hukuk Sözcüsü Myras’a göre, “*resmi otorite egemenlikten, devletin hükmetme gücünden kaynaklanır ve bunu kullanan için sıradan hukukun dışına çıkan imtiyazlar, kamu gücü ayrıcalıkları ve vatandaşlar üzerinde zor kullanma yetkisi içerir.*”¹⁰⁰ Hukuk Sözcüsü Tesaro’nun da SAT davasında belirtmiş olduğu gibi, Mahkeme bu kavramı soyut terimlerle tanımlamayı tercih etmemiş ancak bu kavramın ne çıktığı AB hukukunun çeşitli alanlarında Hukuk Sözcüsü Mayras’ın açtığı yoldan ilerlemiştir.¹⁰¹

Düzenleyici faaliyetlerde hukuk, devlet tarafından, ekonomik nitelikte olan ya da olmayan, toplumun belirlenmiş ortak amaçlarına ulaşmak için bir araç olarak kullanılmaktadır. Örneğin, *Bodson* davasında ABAD’a,

⁹⁸ SELZNICK, P. (1985)“Focusing Organisational Research on Regulation” R. Noll (der.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley: University of California Press içinde, s.363.

⁹⁹ MORGAN, B. ve K. YEUNG (2007), *An Introduction to Law and Regulation –Text and Materials*, Cambridge University Press, s.3.

¹⁰⁰ Hukuk Sözcüsü Mayras’ın Case 2/74 *Reyners v The Belgian State* [1974] 2 CMLR 305 davasındaki görüşü.

¹⁰¹ Hukuk Sözcüsü Tesaro’nun Case C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol* [1994] ECR I-43 davasındaki görüşü, para.18.

diğerlerinin yanında, Fransız komünleri¹⁰² ile özel şirketler arasında belirli cenaze hizmetlerini vermeye yönelik olarak imzalanan imtiyaz anlaşmalarına rekabet kurallarının uygulanıp uygulanamayacağı sorulmuştur. Fransız mevzuatı bu tip cenaze hizmetlerini komünlere yüklemiş ve bazı komünler de bu hizmetlerin kendi bölgelerinde yürütülmesini özel şirketlere, münhasır hak olarak imtiyaz anlaşmaları ile devretmişlerdir. Mahkeme, bu dava ile ilgili kararında rekabet kurallarının ve özellikle ABİDA'nın 101. maddesinin¹⁰³ ekonomik faaliyet ile iştigal eden kuruluşların aralarındaki anlaşmalara uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu kurallar, kamu otoritesi kapasitesiyle hareket eden komünler ile kamu hizmeti yükümlülüğü ile donatılmış işletmeler arasındaki anlaşmalara uygulanmayacaktır.¹⁰⁴ Bu davada üzerinde durulması gereken nokta, özel hizmet sağlayıcıları ile imzalanan sözleşmelerin bir ekonomik faaliyet değil, belirli bir kamu menfaatinin elde edilmesine yönelik bir düzenleyici faaliyet olmasıdır. Benzer şekilde *Albany* davasında ABAD, kamu otoriteleri tarafından işçi ve işverenleri temsil eden organizasyonların kurdukları sektörel emeklilik fonlarına üyeliğin zorunlu tutulmasını, ulusal hukuk rejimlerinin bir parçasını oluşturduğu ve sosyal alanda düzenleyici yetki kullanmak üzere tasarlandığı şeklinde değerlendirmiştir. Bunun için de bu faaliyet rekabet kurallarının uygulanmasından muaftır ve üye devletler, sözleşmeye taraf olmayan kişiler için bunu zorunlu kılmakta serbest olacaktır.¹⁰⁵

Devletlerin düzenleyici faaliyetleri, sadece sosyal hedeflere, örneğin vatandaşların refahının artırılması gibi, yönelmeyebilir. Ancak bu durumlarda bile ekonomik olarak değerlendirilmeyen bu faaliyetlerin, ekonomik faaliyetler ile yakın ilişki içinde ve bunlar üzerinde ciddi etkiye sahip oldukları tartışmasıdır. Refah ekonomisi yaklaşımı regülasyonun, “pazar aksaklıkları” (*market failures*)¹⁰⁶ denilen pazardaki kusur veya eksik

¹⁰² Komünler, Fransız idare hukukuna özgü olan ve belirli bir bölgede yaşayan halkın yerel ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulmuş kamu tüzel kişileridir. Türk Hukuku'nda tam karşılığı olmasa da il özel idarelerine benzetilebilir.

¹⁰³ Dava tarihindeki 81. madde.

¹⁰⁴ Case 30/70 *Corinne Bodson v Pompes Funebres des Regions Liberees SA (Bodson)* [1989] CMLR 984, para.18.

¹⁰⁵ Case C-67/96 *Albany* [2000] 4 CMLR 446, para.66.

¹⁰⁶ Pazar ya da piyasa başarısızlıkları/aksaklıkları piyasadaki sonuçların Pareto etkinliğinde olmadığı durumları açıklayan genel bir terimdir. Piyasa başarısızlığının birçok kaynağı

yönlere (*imperfections*) verilmiş bir yanıt olarak görülmesini önermektedir. Pazar aksaklıklarının düzeltilmesi toplumun genel refah seviyesinin yükseltilmesini sağlayacaktır ve bu nedenle kamu alanı içinde kalmaktadır.¹⁰⁷ Bu bakımdan Oğus, “regülasyon, pazar aksaklıklarını tedavi ederek kamuyu tekelci davranış, yıkıcı rekabet, özel ekonomik gücün kötüye kullanılması ya da dışsallıkların¹⁰⁸ etkileri gibi canavarlardan korumak için toplu gücün hükümet tarafından gerekli kullanımınıdır”¹⁰⁹ şeklinde bir tanımlama yapmıştır.

Diğer yandan, en geniş anlamıyla regülasyon, iradi olsun ya da olmasın, devlet ya da diğer sosyal kurumlar tarafından dayatıldığına bakılmaksızın, her türlü sosyal kontrol formu olarak da tanımlanabilecektir. Bu tip regülasyonun en tipik örneklerinden biri de kendi kendine regülasyon (self-regülasyon)dur. Self- regülasyon “*genel olarak, üyelerinin davranışlarını yöneten bir davranış kodu yürürlüğe koymak ve yaptırıma tabi tutmakla yetkilendirilmiş herhangi bir düzenleyici kurum (sanayi, spor veya meslek birliği gibi) oluşturmak suretiyle ilgili faaliyette bulunanların kendi davranışlarını düzenlemek üzere aralarında anlaşmalarıdır.*”¹¹⁰ Böyle bir kurum, bir davranış kodu oluşturmak, uygulamak ve dayatmak için gerekli olan gücü veya yetkiyi, ihlal edilmesinin en üst yaptırımı üyelikten ihraç olan, üyeleri arasındaki anlaşmadan almaktadır. Bazen bu tip kurumlar, pek çok üye devlette görüldüğü üzere çeşitli finansal veya meslek örgütleri örneğın, avukatlar için barolar veya barolar birliği ya da tıp uzmanları için tabipler birliği vb., yetkilerini doğrudan devletin çıkardığı yasalardan veya ulusal anayasalarından almaktadırlar. Böyle durumlarda bu kurumlar ABİDA’nın 101. maddesi uyarınca teşebbüs

vardır. Rekabet politikasının amacı doğrultusunda, bunlardan en ilgili olanı pazar gücünün varlığı ya da tam rekabetin olmamasıdır. Bkz. Rekabet Kurumu (2014), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, 5. Baskı, s. 160.

¹⁰⁷ Morgan ve Yeung (2007), s.18.

¹⁰⁸ Dışsallık, mal ve hizmetlerin üretim ve tüketiminin, diğer kişilere maliyet (negatif dışsallık) veya yarar (pozitif dışsallık) getirdiği durumları ifade etmektedir. Kirlilik, negatif dışsallık için açık bir örnek olup; dışsal eksi ekonomi olarak da adlandırılır. Pozitif dışsallığa ise, iskân, ticari gelişim, turizm gibi yeni alan oluşturan ve yakınında bulunanlara fayda sağlayan bir yolun yapımı örnek olarak verilebilir. Bkz. Rekabet Kurumu 2014, s.85.

¹⁰⁹ OĞUS, A. (2004), *Regulation: Legal, Form and Economic Theory*, Oxford: Hart Publishing, s.29.

¹¹⁰ OĞUS, A. (1995), “Rethinking self-regulation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, s.97.

birliği olarak kabul edilebilecekler ve yaptıkları düzenleyici faaliyetler rekabet kurallarına tabi olabilecektir.

Burada anlaşılması gereken önemli nokta, devletin düzenleyici faaliyetleri ile teşebbüs birliklerinin düzenleyici faaliyetlerinin farklı nitelikler taşıyabileceği ya da AB hukuku kapsamında farklı değerlendirilebileceğidir. *Wouters* Davasında Mahkeme, Hollanda Barosu'nun icra edilmesi ekonomik faaliyet oluşturan bir mesleğin düzenleyici kurumu olarak hareket ettiğini belirtmiştir. Çünkü Baro bir regülasyon oluşturduğunda ne dayanışma ilkesine dayalı bir sosyal fonksiyon yerine getirir ne de “*kamu otoritesinin tipik yetkilerini*” kullanır.¹¹¹ Mahkeme ayrıca, Baronun üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak üzere kanunla yetkilendirilmiş olmasının, bu mesleki kuruluşu, ilgili olduğu mesleğin uygulanmasını düzenleme rolü oynadığı zaman bile otomatik olarak ABİDA'nın 101. maddesine tabi olmaktan muaf kılmayacağını ifade etmiştir.¹¹²

ABAD daha önceki tarihli *Pavlov* davasında da, medikal uzmanlar birliği hakkında benzeri bir sonuca ulaşmıştır. Bu davada Mahkeme, “*düzenleyici yetkilere sahip bir kurum tarafından alınan kararın, bu kurumun yönetiminin çoğunluğunun kamu otoritelerinin temsilcileri tarafından oluşturulması ve karar alırken kamu menfaati ölçütünün benimseniyor olması* şartıyla Anlaşmanın 85. maddesinin¹¹³ dışında kalabileceğini” belirtmiştir.¹¹⁴

Wouters davasının dikkat çekici yönlerinden biri, Mahkemenin düzenleme yapma yetkisi kendilerine devlet tarafından delege edilen meslek birliklerinin düzenleyici faaliyetleri ile devletten bağımsız hareket eden meslek birliklerinin düzenleyici faaliyetleri arasında bir ayrıma gitmiş olmasıdır. Buna göre, ilk durumda bir meslek birliğine düzenleyici işlem yapma yetkisi verdiğinde devlet, buradaki kamu menfaati ölçütünü ve koyduğu kurallar ile uyumunu gerektirecek temel ilkeleri tanımlamada çok dikkatli davranmakta ve son çare olarak gerektiğinde bir karar verme

¹¹¹ Case C- 309/99 *Wouters* [2002] ECR I-1577, para.58.

¹¹² Case C- 309/99 *Wouters* [2002] ECR I-1577, para.59.

¹¹³ Şimdiki 101. madde.

¹¹⁴ Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavlov* [2000] ECR I-6451, para.87. Ayrıca bakınız, Case C-96/94 *Centro Servizi v Spedizioni Marittima Del Golfo* [1996] 4 CMLR 613 ve Case C-35/96 *E.C Commission v Italy* [1998] ECR I-3851.

yetkisini elinde tutmaya devam etmektedir.¹¹⁵ Bu yönden bakıldığında bu tür düzenleyici faaliyetler devlet egemenliği ve kamusal alan sınırları içinde kalmaktadır. Diğer yandan, ikinci durumda meslek birlikleri tarafından uygulamaya konan kurallar sadece bu kuruma atfedilebilir olduđundan¹¹⁶ ekonomik özellikler taşıyabilecek ve rekabet hukukuna tabi olabilecektir.

Bu ayırımdan şöyle bir sonuca varılması mümkündür: Devlet ya da devlete bağlı meslek birliklerinin düzenleyici faaliyetleri, pazarda mal veya hizmet sunmayı düzenliyor olsalar bile ekonomik nitelikte değildir, çünkü bunların amacı toplumun genel refah seviyesini yükseltmektir. Bununla birlikte, bağımsız kamu kuruluşlarının düzenleyici faaliyetleri ekonomik nitelikte olabilecektir, çünkü her ne kadar belirli bir kamu yararına hizmet ediyor olsalar bile bunların pazara mal veya hizmet sunma faaliyetinin tamamından ayrı düşünülebilmesi mümkün değildir.

Ekonomik nitelikte olmamaları nedeniyle rekabet kurallarına tabi olmasalar bile devletin düzenleyici faaliyetleri, malların, hizmetlerin, işçilerin, sermayenin serbest dolaşımı ya da ayrımcılık yasağı gibi diğer ilgili AB kurallarına tabi olabileceklerdir. Bu bağlamda ABAD, *Walrave & Koch* Davasında “*serbest dolaşım kurallarının sadece kamu otoritelerinin eylemlerine uygulanmakla kalmayıp gelir getirici istihdam ve hizmet sağlanmasını kolektif bir şekilde düzenlemeyi hedef alan diğer türden kurallara da uygulanabileceğini*”¹¹⁷ hükme bağlamıştır. Mahkeme, özellikle sportif aktivitelerin ön plana çıktığı davalarda ABİDA’nın 45. ve 59. maddelerindeki yasaklayıcı hükümlerin, sadece sportif amaç taşıyan ve ekonomik faaliyet ile herhangi bir ilgisi olmayan kuralları etkilemeyeceğini belirtmiştir.¹¹⁸

Bununla birlikte aynı içtihat hukuku “*bir kuralın sadece sportif nitelikte olmasının, bu kuralın düzenlediği aktiviteyi yapan ya da bu kuralı koyan kuruluşu Antlaşmanın kapsamından çıkarma konusunda*

¹¹⁵ Case C-309/99 *Wouters* [2002] ECR I-1577, para.68.

¹¹⁶ Case C-309/99 *Wouters* [2002] ECR I-1577, para.69.

¹¹⁷ Case 36/74 *Walrave & Koch* [1974] ECR 1405, para.17 ve aynı zamanda onanmış olduğu Case C-51/96 and C-191/97 *Deliege* [2000] ECR I-2549, para.47; Case C-519/04 *Meca-Medina and Majcen v Commission of the European Communities (Meca-Medina)* [2006] 5 CMLR 18, para.24.

¹¹⁸ Case 36/74 *Walrave&Koch*, para.8.

etkili olamayacağı”¹¹⁹ da ortaya koymaktadır. Buna göre bir kamu kurumu ekonomik alanda olmayan düzenleyici faaliyetleri ile ilgili olarak başta rekabet olmak üzere AB kurallarının kendisine uygulanmasından kurtulabilecek ancak aynı kamu kurumu ekonomik alanı etkileyen diğer faaliyetleri ile ilgili olarak AB kurallarına tabi kılınabilecektir.

2.3. İşçi-İşveren İlişkileri

Grossman ve Hart’a göre işçi-işveren ilişkileri tipik olarak, görülecek olan iş ile ilgili pek çok ayrıntının sözleşmede tanımlanmayıp daha çok işverenin takdirine bırakılması şeklinde karakterize edilmektedir.¹²⁰ Benzer şekilde *Lawrie-Blum* davasında ABAD, hizmet ilişkisinin ana unsurunu, bir kişinin belirli bir süre zarfında başka bir kişi için ve onun yönetimi altında hizmet vermesi ve karşılığında ücret alması olarak belirlemiştir. Aslında işçi-işveren ilişkisinin ekonomik faaliyet teşkil edip etmediği sorusunun cevabı, taraflar arasındaki ilişkiyi nitelendiren tüm şart ve faktörlerin temelinde aranmalıdır. Bununla birlikte, bu davada işçi-işveren ilişkisinin ana unsuru olarak sözü edilen ‘hizmetler’, teknik olarak, ABİDA’nın 57. maddesinde tanımlanmış olan hizmetlerden oldukça farklıdır. Gerçekten de işçilerin işverenleri ile olan ilişkilerinde icra ettikleri 45. madde anlamındaki “iş” olup, 57. madde anlamındaki ‘hizmetler’ değildir.¹²¹ Benzer şekilde, işçiler işverene 34. madde anlamında mal da satmazlar. Dolayısıyla, işçiler tarafından pazara doğrudan sunulan mal ve hizmetlerden de bahsedilmesi mümkün değildir, çünkü bunlar onların kendisi için çalışmış olduğu kuruluş ya da işveren tarafından pazara sunulurlar.

AB Mahkemeleri, Antlaşmanın 101 ve 102. maddeleri kapsamında ekonomik faaliyeti ‘işçi’ kavramı ile bağlantılı olarak tanımlamak için *Lawrie-Blum*’da geliştirilen ölçüte dayanmaktadırlar. Örneğin, *Suiker Unie* kararında Mahkeme, “eğer böyle bir acente kendi işveren şirketi için çalışıyorsa, bu işletmenin talimatlarını yerine getirmekle yükümlü,

¹¹⁹ Case C-519/04 *Meca-Medina* [2006] 5 CMLR 18, para.27.

¹²⁰ GROSSMAN, S.J. ve O.D. HART (1986), “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, Vol. 94, No. 691, s.717.

¹²¹ Odudu 2006, p. 27.

ayrılmaz parçasını oluşturan yardımcı bir organ olarak kabul edilebilir ve ticari bir işçi gibi bu işletme ile bir ekonomik bütünlük oluşturur” şeklinde karar vermiştir.¹²²

Aynı şekilde *Becu* davasında Mahkeme, liman işçilerinin açıkça tanımlanmış görevleri yerine getirmek üzere kısa dönemli sözleşme bazında istihdam edildiklerini tespit etmiştir. Buna göre, liman işçilerinin çalıştıkları işletmeler ile olan istihdam ilişkisi, bu işletmelerin her biri için ve bunların talimatları doğrultusunda iş yapmaları ile nitelendirilmektedir. Bu da onların Mahkemenin kararları tarafından yorumlandığı şekilde 45. madde kapsamında ‘işçi’ olarak kabul edilmelerini sağlamaktadır. Liman işçileri bu ilişki süresi boyunca ilgili işletmeler ile bütünlüştiğinden ve birbirleriyle birer ekonomik birim oluşturduklarından, AB rekabet hukuku açasından ‘teşebbüs’ olarak kabul edilemezler.¹²³

İçtihat hukukuna göre, işçiler işverenleri ile olan sözleşmelerini sona erdirmedikçe bağımsız ekonomik birim oluşturamazlar. Hukuk Sözcüsü Jacobs’ın *Albany* davasındaki görüşünde belirtildiği gibi, bağımlı iş gücü, doğası gereği, bir ekonomik veya ticari faaliyetin tam karşıtını teşkil etmektedir.¹²⁴ Bağımsızlığın olmadığı yerde ekonomik faaliyetin tespitine yönelik olarak ‘risk almak’ kavramının düşünülmesi bile mümkün değildir. Aynı davada Mahkeme, işveren ve işçileri temsil eden kuruluşlar arasında yapılan toplu sözleşmelerde belirli rekabet kısıtlamalarının sözleşmenin doğası gereği olduğunu kabul etmiştir. Aynı durum, işçiler arasındaki sözleşmeler için de söz konusudur. Mahkeme, yine de, yönetim ve iş gücünün rekabet kurallarına, özellikle de 101. maddeye tabi kılındığında sosyal politika savlarının ciddi şekilde bertaraf edilebileceğini ve bu nedenle de bu tip sözleşmelerin Antlaşmanın 101. maddesinin dışında kalması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁵

Demsetz ve Alcian, Mahkemenin istihdam ilişkisinin bağımlı olma özelliği ve işverenin işçileri karşısında daha üstün bir pozisyona sahip olma yönündeki görüşlerini paylaşmamaktadır. Bu yazarlara göre bir

¹²² Joined Cases 40/73 *Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v Commission (Suiker Unie)* [1975] ECR 1663, para.539.

¹²³ Case C-22/98 *Becu* [1999] ECR-I 5665, para.25.

¹²⁴ Case C-67/96 *Albany* [2000] 4 CMLR 446, para.215.

¹²⁵ Case C-67/96 *Albany* [2000] 4 CMLR 446, para.59-60.

firma bütün girdileri üzerinde kontrole sahip değildir. Bu nedenle de söz konusu firmanın, pazardaki herhangi iki kişi arasındaki sözleşmenin sağladıklarından daha farklı bir yetkisi, otoritesi veya disiplin eylemi bulunmamaktadır.¹²⁶ Her şeye rağmen içtihat hukukunun bugün geldiği noktada işçi-işveren ilişkisi yukarıda sayılan nedenlerle ekonomik bir faaliyet olarak kabul edilmemektedir.

2.4. Yeniden Dağıtım Faaliyetleri

2.4.1. Dayanışma Kavramı

Maliye politikaları yoluyla gelirin yeniden dağıtımı, dayanışma kavramı ile bağlantılı kabul edilmekte veya onunla ilişkilendirilmektedir. Sosyal dayanışma, belirli bir topluluğun üyeleri arasındaki refah dayanışması olarak da ifade edilmektedir.¹²⁷ Ekonomik yönden bakıldığında, dayanışma sistemleri, özellikle yardımlaşma ilkesi üzerine kurulmuştur. Bu doğrultuda Hukuk Sözcüsü Fenelly, sosyal dayanışmayı “doğası gereği bir sosyal grubun diğer sosyal grup tarafından gönülsüz olarak desteklediği ticari olamayan davranış” şeklinde tanımlamıştır.¹²⁸

Sosyal dayanışma aslında devletin, ekonomik kaynaklarına bakılmaksızın vatandaşlarının eşit muameleye tabi tutulmasını garanti etme görevinden kaynaklanmaktadır¹²⁹ ki bu da doğal olarak pazar ekonomisinin ya da ekonomik faaliyetin temelini oluşturan kâr odaklı modelden çok farklıdır. Örneğin, toplumun tamamını kapsayan sosyal güvenlik tedbirleri, pazar güçlerinin serbest işlemesi ile gerçekleşmeyecek toplum refahının yeniden dağıtımını öngörmektedirler. Modern refahın asıl amacı sosyal dayanışmayı ve siyasi istikrarı sağlamak olduğundan

¹²⁶ DEMSETZ, H. ve A. ALCIAN (1988), “Production, Information Costs, and Economic Organisation”, H. Demsetz (der), *Ownership, Control and the Firm*, Oxford: Basil Blackwell Limited içinde, s. 119.

¹²⁷ DOUGAN, M. ve E. SPAVENTA (2005), “‘Wish You Weren’t Here...’ New Models of Social Solidarity in the European Union” Dougan, M. and E. Spaventa, (der.), *Social Welfare and EU Law, Oxford and Portland*: Hart Publishing içinde, s. 184.

¹²⁸ Hukuk Sözcüsü Fenelly’nin Case C-70/95 *Sodemare SA and Others (Federation des Maisons de Repos Privees de Belgique v Regione Lombardia (Sodemare))* [1998] 4 CMLR 667 davasındaki görüşü, para.29.

¹²⁹ PROSSER, T. (2005), *The Limits of Competition Law- Markets and Public Services*, Oxford: Oxford University Press, s.35.

devlet ekonomik ve sosyal politikalar aracılığıyla belirli hedeflere ulaşmak için toplu bir sorumluluk üstlenmiştir. Panic'e göre bu hedefler: “*insan kabiliyet ve yeteneklerinin geliştirilmesi ve en ideal biçimde istihdamına yönelik fırsat eşitliği; gelir ve zenginlik bakımlarından eşitsizliğin azaltılması ve kendi çabaları ile minimum yaşam standardına ulaşamamış bireyler ve aileler için kamu sorumluluğunun sağlanmasıdır.*”¹³⁰

Sosyal dayanışma, Refah Devletinın parçası olan doğrudan transferler ile zenginlik ve ayrıcalıklara bakılmaksızın, temel hizmetlere erişimi kolaylaştıran normları içerir.¹³¹ Bu da sosyal sigorta, genel sağlık ya da diğer kamu hizmetlerinin düzenlenmesini gerektirir. Bu tip düzenlemelerin ortak amacı bu faydalara erişimin garanti edilmesidir ve bu da vatandaşlar arasında sadece şekilsel değil aynı zamanda maddi eşitliği sağlamaya hizmet etmektedir. Avrupa Refah Devleti yapısı, kişisel risklere karşı sağladığı teminatlar ile özgürlük ve eşitlik değerlerini gerçekleştirmeyi amaç edinmiştir.¹³²

Dayanışma kavramı, AB vatandaşları için ekonomik özgürlükler ile sosyal değerler arasında bir denge sağlanması adına yargı otoriteleri tarafından kullanılan yararlı bir araç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kavram aynı zamanda, üye devletlerin manevra yapabilecekleri ve normal pazar şartlarında tüm vatandaşların eşit biçimde erişemediklerini düşündükleri bazı mal ve hizmetleri AB Hukuku kurallarının uygulanmasından koruyabilecekleri özerk bir alan yaratmaktadır. Böylece de dayanışma ilkesi, hem ekonomik faaliyetlerin hem de rekabet hukukunun sınırlarını tanımlamaktadır.

Sonuç olarak dayanışma, AB hukukunun temel değerlerinden biri olarak kabul edilmekte ve bu kavramın Avrupa Birliği'nin Temel Haklar Şartı'na¹³³ dahil edilmesi de bunu güçlü bir şekilde onaylamaktadır.¹³⁴

¹³⁰ PANIC, M. (2005), “The Euro and Welfare State” , Dougan, M ve E. Spaventa, (der.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing içinde, s.30.

¹³¹ BOEGER, N. “Solidarity and EC Competition Law”, *E.L. Rev.*, Vol. 32, No. 3, 2007, s.319-340.

¹³² DE SWAAN, A. (1989), *In Care of the State*, Oxford: Blackwell, s.19.

¹³³ 7 Aralık 2000 tarihli Nice'de Düzenlenen Avrupa Konseyi toplantısında Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon Başkanları tarafından imzalanmış ve deklare edilmiş haliyle Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.

¹³⁴ Önsözün ikinci paragrafı Birliğin, insan özgürlüğü, haysiyeti, eşitliği ve dayanışması değerleri üzerine kurulduğunu belirtmektedir.

Temel Haklar Şartı, özgürlük ve eşitlik değerlerini gerçekleştirmeyi amaçlayan hakları “dayanışma hakkı” altında nitelendirmekte ve bu da AB hukukunun sistematik olarak böyle bir değer ışığında yorumlanmasına kapı açmaktadır. 1 Aralık 2009 tarihinden beri Temel Haklar Şartı, AB Anlaşmaları ile aynı hukuki değerde kabul edilmektedir.¹³⁵

2.4.2. Dayanışma Kavramının İçtihat Hukukunda Uygulanması

Temel Haklar Şartı, AB hukuku içinde sosyal hakların tanınması ve gelişimi bakımından çok önemli bir adım olmakla birlikte, AB Mahkemeleri özellikle de sosyal sigorta ve sağlık korumasına ilişkin davalarda ekonomik faaliyetleri ekonomik olmayan faaliyetlerden ayırabilmek için dayanışma testini uzun süredir uygulamaktadırlar. Ancak dava sonuçlarının öngörülebilmesini sağlayacak bir standart ya da formülün varlığı halen tam anlamıyla söz konusu değildir. Hatta üye devletler, kamu hizmetlerini özelleştirerek ve *AOK* Davasında olduğu gibi hizmet sağlayıcılarının kendi aralarında rekabet etmelerine izin vererek halka hizmet adına pazara müdahale ettikçe, ekonomik olan ile olmayan arasındaki sınır da gittikçe daha bulanık bir hale gelmektedir. Buna ilave olarak, devletin sosyal güvenlik planlarını spektrumun bir ucunda ticari sigorta şirketleri tarafından yürütülen özel bireysel planlar vasıtasıyla, diğer ucunda ise geleneksel kamu katkı ve finansmanı yöntemiyle yürütmesi konuyu daha da karmaşık hale getirmektedir. Bu tip planları içeren davaların en çarpıcı yönü, Jones ve Suftrin tarafından da tartışıldığı üzere, “Mahkemenin bu türden hizmetlerin potansiyel olarak pazarda sağlanıp sağlanamayacağına değil (sağlık sigortaları şüphesiz ki pazarda sağlanabilmekte ve bu nedenle doğası gereği ekonomik olarak kabul edilmektedir), bu planların detaylarının dayanışma unsuru içerip içermediğine” bakıyor olmasıdır.¹³⁶

Bir üye devlet dayanışma ilkesini etkin biçimde uyguluyor ve yeniden dağıtım politikalarına işlerlik kazandırıyor, rekabet hukuku anlamında böyle bir pazarın varlığını sürdürebilmesi çok zordur. Bu konu ile ilgili olarak, *Cisal* davasında Hukuk Sözcüsü Jacobs, yeniden dağıtım ilkesine göre yürütülen bir emeklilik planının özel bir sigortacı

¹³⁵ Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesi uyarınca.

¹³⁶ JONES, A. ve B. SUFRIN, *EC Competition Law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, s.617.

tarafından sunulamayacağını, çünkü kimsenin gelecek neslin de aynısını yapacağını garanti altına almadan diğerlerinin mevcut emekliliğini finanse edemeyeceğini savunmuştur.¹³⁷

Bosman davasında ise Hukuk Sözcüsü Lenz, ekonomik açıdan bakıldığında futbol kulüpleri arasında gelirin yeniden dağılımının mantıklı ve meşru olduğunu; zira futbolun kulüpler arasındaki karşılıklı ekonomik bağımlılık ile karakterize edildiğini, bunun da diğer pazarlardaki teşebbüsler arasındaki rekabet ilişkisi ile karşılaştırıldığında önemli bir farklılık oluşturduğunu belirtmiştir.¹³⁸ Bu çerçevede yeniden dağıtım, karşılıklı bir değiş tokuşu değil, zorlamaya dayalı yardımseverliği gerektiren tek taraflı transferi içermektedir.¹³⁹ Böyle olunca da, dayanışma üzerine kurulu bir faaliyetten kâr elde edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, dayanışmanın her derecesi bir faaliyeti ekonomik niteliğinden ayırtırmak için yeterli olmadığından bu konuda net bir sınır koymak da mümkün değildir.

2.5. Kamu Malları

2.5.1. Genel

Kamu malları kavramının kökeni, Çiçero'nun kitabı *De re publica*'da Roma İmparatorluğu'nun üzerine kurulu olduğu iki ayaktan biri *utilitatis communione* ve diğeri *iuris consensus*'dan sözettiği M.Ö. 54-51 yıllarına kadar gitmektedir. Latince deyim *res publica*, *res privata*'nın karşıtı olarak 'kamu meselesi veya şeyi' anlamına gelmekte ve bizim bugün 'kamu' ya da 'ortak mal' dediğimiz kavramı karşılamaktadır.¹⁴⁰

¹³⁷ Hukuk Sözcüsünün Case C-218/00 *Cisal di Battistello Venanzio & Co. Sas v Istituto Nazionale Per L'Assicurazione Contro Gli Infortuni Sun Lavoro (Inail) (Cisal)* [2002] 4 CMLR 24 Davasındaki görüşü, para.44.

¹³⁸ Hukuk Sözcüsünün Case C-415/93 *Union Royale Belge des Societes de Football Association ASBL v Bosman* [1996] 1 CMLR 645 Davasındaki görüşü, para.227.

¹³⁹ Odudu (2006), s.38.

¹⁴⁰ Bu kavramın tarihsel geçmişi hakkında daha fazla bilgi için WIVEL, P. (2007), "The State and the Citizen: Natural law as a public good" in E. A. Andersen ve B. Lindsnaes (der), *Towards New Strategies: Public Goods and Human Rights*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers içinde, s.3.

Kamu malları Kaul tarafından “*kamu tüketimine açık olmasında hepimizin ortak yararının bulunduğu şey veya obje*” olarak tanımlamıştır.¹⁴¹ Başka bir deyişle kamu malları, sağlandığı takdirde, bir toplumun tüm üyelerinin kullanımına açık olan malları ve hizmetleri ifade etmektedir.¹⁴² Bu bağlamda kamu malları, dayanışma kavramı ve devletin vatandaşlarına karşı olan sorumlulukları ile yakın bir ilişkiye sahiptir. Bununla birlikte, dayanışmadan farklı olarak, kamu mallarını ekonomik açıdan tanımlamak daha kolaydır.

Pazar ekonomilerinde fiyatlandırma sistemi, ölçek ayarı yapılmasında ve kaynakların etkin dağılımında merkezi rol oynamaktadır. Oysaki kamu malları aslında ‘pazar aksaklığı’ olup ekonomik açıdan pazarın etkin biçimde işlemediğini göstermektedir. Örneğin, ‘erdemli mallar’ olarak adlandırılan mal/hizmet kategorisi, toplumun sağlığı ve refahı açısından çok değerlidir. Ancak sadece pazar güçlerine terkedildiği takdirde tüketim seviyeleri çok düşük kalacak, çünkü fiyatları çok yüksek olacaktır. Bu durum devletin müdahale etmesini gerektirir ve devlet, vergi gelirleri veya zorunlu katkı payları yoluyla bu hizmetleri ya tamamen bedelsiz ya da sembolik ücretler karşılığında topluma sağlar.¹⁴³ Söz konusu hizmetler için verilecek tipik örnekler, sağlık ve eğitim hizmetleridir.¹⁴⁴ Kamu mallarının temel iki özelliği pazar aksaklığının sebebini oluşturup onları özel mallardan ayırmaktadır.

İlk olarak kamu malları tüketim açısından rekabetçi değildir. Diğer bir deyişle, bir kez üretildiklerinde sınırsız sayıdaki tüketici tarafından, artan üretim maliyeti ya da diğer tüketicilerin azalan kullanım imkanı olmaksızın tüketilebilmektedirler. Bu nedenle de daha çok bir bireyin tüketiminin diğer bireylerin tüketimlerini engellemediği ya da

¹⁴¹ KAUL, I. (1999), “Defining Global Public Goods”, I. Kaul, I. Grunberg ve M. A. Stern (der.), *Global Public Goods, International Cooperation in the 21st Century*, New York: Oxford University Press içinde, s.2.

¹⁴² RUBINI, L. (2009), *The Definition of Subsidy and State Aid-WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, s.210.

¹⁴³ Bu çerçevede, Engel erdemli malları, devlet yardımları sayesinde ortaya çıkan ve başka türlü pazarda hiç veya buldukları sayı ve kapsamda yer almayacak mal ve hizmetler olarak tanımlanmaktadır. ENGEL, C. (1996), *Limits for Public Special Interest Programmes under the Perspective of E.C. Law*, New York: Vistas, s.24.

¹⁴⁴ MUSGRAVE, R.A. (1997), “A Multiple Theory of Budget Determination”, *FinanzArchiv*, 17, s. 333-343.

kısıtlamadığı durumlarda ortaya çıkarlar.¹⁴⁵ Rekabetçi olmayan mallar için tipik örnek ulusal savunmadır, çünkü ülke savunmasının maliyeti ne yeni bir bebek doğduğunda ne de yeni bir göçmen geldiğinde artacaktır. Aynı mantıkla bakıldığında, yeni bir kişinin katılması ile mevcut toplumun savunması daha hassas bir hale gelmeyecektir.¹⁴⁶ Tersine, özel mallar rekabetçidir çünkü sayıca azdır veya nadir bulunur¹⁴⁷ ve bir kişi tarafından tüketildiğinde başka biri tarafından tüketilmesi imkansız hale gelir.

İkinci olarak, kamu malları kişiye özel, münhasır (*exclusive*) ya da dışlanabilir (*excludable*) mallar değildir, çünkü bir kez üretildiğinde bir bireyi bu malın sağladığı faydanın dışında tutmak ya mümkün değildir ya da çok zordur. Yukarıdaki örnekten devam edersek, bir kez ülkenin sınırları korunmaya başladığında vatandaş olsun veya olmasın tüm yerleşimciler ulusal savunma ve güvenlikten yararlanır. Bütün yerleşimcileri korumadan ülkeyi korumak mümkün değildir. Aynı durum adalet hizmetleri, çevre koruması ya da ülke çapındaki iktisadi kalkınma için de geçerlidir. Dışlanma mümkün olmadığında da fiyatlandırma sistemini uygulamak mümkün olmayacaktır, çünkü bireyler kamu malından her hâlükârda yararlandıklarından ödeme yapmak için bir istek duymayacaklardır. Aksine, özel mallar münhasırdır, diğer bir deyişle herkesin bunlara erişimi söz konusu değildir. Böylece de, özel mallar fiyatlandırma mekanizmasına tabi tutulabilecektir, çünkü bedelini ödemeyen bireylerin bu malların kullanımından dışlanması söz konusu olacaktır.

Kamu malları rekabetçi olmamaları nedeniyle bir dışsallık tipi olarak ele alınabilmektedir. Eğer bir bireyin (A) sağladığı fayda sadece kendi satın aldığı veya tükettiği mal ve hizmetlerden değil de diğer bir bireyin (B) faaliyetlerinden de etkileniyorsa burada bir dışsallık olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda B'nin faaliyetleri A'nın refahını arttırıyorsa

¹⁴⁵ STIGLITZ, J.E. (2000), *Economics of the Public Sector*, 3rd ed., New York/London: W.W. Norton & Company, s.128.

¹⁴⁶ Collignon, Mona Lisa'nın gülüşündeki güzelliğin etkisinin Louvre Müzesi'nin ziyaretçi sayısının artmasıyla azalmayacağı örneğini vermiştir. Bkz. COLLIGNON, S. (2003), *The European Republic- Reflections on the Political Economy of a Future Constitution*, The Federal Trust, London, s.92.

¹⁴⁷ ANDERSEN, E. A. ve B. LINDNAES (2007), "Public Goods: Concept, Definition and Method", E. A. Andersen ve B. Lindnaes (der.), *Towards New Strategies: Public Goods and Human Rights*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers içinde, s.36.

dışsallık pozitif, azaltıyorsa dışsallık negatiftir. Dışsallıklar, bireyler arasındaki ilişkilerde ortaya çıkan en önemli sorun kaynakları olarak kabul edilmektedir. Bunlar olmasa, rekabetçi pazarlar, mal ve hizmetlerin verimli dağılımını her zaman sağlayabileceklerdir. Ancak, dışsallıkların olduğu yerde fiyatlandırma mekanizması çökmektedir. Fiyatlar, marjinal maliyet ve marjinal faydayı yansıtmaya son vermektedir. Bu pazar aksaklığı da mal ve hizmetlerin dağıtımında alternatif modellerin ortaya çıkmasını gerekli kılmaktadır.

Dışsallıkların varlığı, devletin rolünü ön plana çıkarmaktadır. Genel olarak kabul edildiği üzere, dışsallık sorunu için ancak doğrudan devlet müdahalesi, idari düzenlemeler veya üretici ve tüketicilerin biraya geldiği karar mekanizmalarının oluşturulması ile çözüm üretilebilmektedir.¹⁴⁸ Nitekim kamu maliyesi teorisi, üretici ile tüketici arasındaki bağıın koştugu yerde devletin devreye girmesi fikri üzerine kurulmuştur.¹⁴⁹ Bununla birlikte, bu model dışsallık sorunlarını çözmekte her zaman etkin olmayabilir. Çünkü devlet müdahale ettiğinde ve düzenleme yaptığında kendisi dışsallık üreten bir aktör haline gelebilir. Örneğin gümrük birliği ya da tek pazarın kurulması, AB üye devletlerindeki üreticiler ve dünya pazarındaki diğer ticaret ortakları üzerinde etki yaratan önemli düzenleyici dışsallıklara neden olmuştur.¹⁵⁰ Devletin yarattığı dışsallık sorunlarının nasıl çözümleneceği ise tamamen ayrı bir çalışma konusu olabilecektir.

2.5.2. Saf ve Saf Olmayan Kamu Malları

Eğer herhangi bir mal veya hizmet hem rekabetçi olmama hem de dışlanamama niteliklerine sahipse bunlar saf kamu malları olarak adlandırılmaktadır.¹⁵¹ Stiglitz, saf kamu malını “bir ilave bireye sağlanmasının marjinal maliyeti sıfır olan ve bireylerin erişimden dışlanamadığı kamu malı” olarak tarif etmiştir.¹⁵² Buna göre saf kamu malları, ya üzerinden kâr elde edilmesi mümkün olmayan ya da fiyatları

¹⁴⁸ CULLIS, J. ve P. JONES (1988), *Public Finance and Public Choice*, Oxford University Press, s.36

¹⁴⁹ MUSGRAVE, R.A. ve P.B. MUSGRAVE (1973), *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill, New York and London, s. 7.

¹⁵⁰ Collignon (2003), s. 94.

¹⁵¹ SAMUELSON, P. A. (1955), *Readings in Economics*, McGraw Hill, New York.

¹⁵² Stiglitz (2000), p.132.

etkili biçimde belirlenip uygulanamadığı için piyasa mekanizmasına tabi olmayan ürün veya hizmetlerdir. Bu nedenle de ekonomik faaliyetin konusu dışındadır. Çok az sayıdaki kamu malı bu nitelikte olup devlet tarafından sağlanan büyük çoğunluk bu anlamda saf kamu malı olarak kabul edilmemektedir. Saf kamu malları için tipik örnekler, savunma, deniz fenerleri ve sokak aydınlatmalarıdır.

Kamu malları yukarıda söz edilen iki özellikten sadece birine sahipse bunlara ‘saf olmayan kamu malları’ denir. Saf olmayan kamu malları da kendi içinde, rekabetçi olmayan ‘münhasır kulüp malları’¹⁵³ ve münhasır olmayan ‘rekabetçi mallar’ olarak da ikiye ayrılabilir. Münhasır kulüp malları için örnek olarak, araştırma ve geliştirme, ticari olmayan bilgi, normlar/standartlar ve insan haklarına saygı gösterilmektedir.¹⁵⁴

Kamu sektörü tarafından sağlanan mal ve hizmetler yukarıda sözü edilen niteliklere sahip oldukları dereceye göre birbirinden farklılık göstermektedirler. Buna ilave olarak, toplumun aynı mal veya hizmete ilişkin algısı ya da yaklaşımı da zaman içinde ve farklı şartlar altında değişebilmektedir. Örneğin, tüm çocukların devlet okullarına erişimi anayasal olarak ücretsiz ve eşit olduğunda, ilköğretim saf kamu malı sayılması mümkündür. Eğer tüm çocukları yeterli donanıma sahip okullara kabul etme kapasitesi sınırlı ise ilköğretim rekabetçi (saf olmayan) kamu malı olarak kabul edilecektir. Eğer çocukların bu okullara erişimi belirli şartları karşılamalarına tabi kılınacaksa ilköğretim münhasır kulüp malı; sadece belirli niteliklere sahip çocuklar ücret karşılığında erişebileceklerse ilköğretim özel mal olarak görülecektir.

2.5.3. Kamu Mallarının Sağlanması

Tüketiciler kamu malları için gönüllü olarak ödeme yapmamaktadır. Özel üreticiler de ödeme yapmayanların erişimini önleyemedikleri bu

¹⁵³ Kulüp malları, tüketimine erişimin giriş ücreti ya da herhangi bir bedele tabi tutularak sınırlandırıldığı, ancak kulübe bir kez üye olduğunda tüm üyelerin erişimine açık hale gelen mallar olarak tanımlanmaktadır. Collignon, Avrupa entegrasyonunun bir kulüp malı olarak yorumlanabileceğini, çünkü kapasitesinin sınırları aşılmadığı sürece AB üyeliğinin harika faydalar sağladığını belirtmektedir. Bkz. Collignon (2003), s.93.

¹⁵⁴ KAUL, I. ve R. U. MENDOZA (2003), “Advancing the Concept of Public Goods”, I. Kaul, P. Conceiçao, K. Le Goulven ve R. U. Mendoza (der.), *Providing Global Public Goods, Managing Globalisation*, New York: Oxford University Press, s.82-83.

tip mallardan kâr elde edememekte, dolayısıyla üretim yapma isteği duymamaktadır. Bunun sonucunda, kamu malları serbest rekabet kuralları altında üretilmemekte ya da üretimleri çok sınırlı kalmaktadır. Bu sorunun üstesinden gelmek özel sektör için çok zor olacağından devlet bu tür ulusal kamu mallarının ilgililerine ulaştırılmasından sorumlu olacaktır. Nitekim vatandaşlarının refahını sağlamakla yükümlü olan devlettir. Ayrıca vatandaşlarının tüketmek istedikleri kamu mallarının neler olduğunu en iyi tahmin edebilecek pozisyonda olan da yine devlettir. Böylece gerek özel kuruluşlar gerekse kamu kuruluşları bu tip malları devletin yaptığı planlama doğrultusunda üretebilecekler, devletin kaynakları en uygun biçimde paylaşılabilir ve bu mallar tüm vatandaşların yararlanabileceği şekilde dağıtılabilecektir.¹⁵⁵

Kamu malları için gönüllü olarak ödeme yapmak istemeyenleri bu malları vergi yoluyla desteklemeye zorlamak için devlet müdahalesi gerekebilecektir. Kamu mallarının finansmanına gönüllü olarak destek vermemekte direnilmesine ‘bedavacılık sorunu (*free rider problem*)’ denmekte ve sadece devlet bu sorununun üstesinden gelmek için gerekli zorlayıcı güce sahip bulunmaktadır. Stiglitz’e göre dışlanamayan kamu mallarının özel kişi veya kuruluşlar tarafından sağlandığı sadece birkaç durum mevcuttur. Örneğin, bu malı kendisi için sağlamaktan elde ettiği doğrudan fayda çok fazla olan öyle büyük ve tek bir tüketici vardır ki diğerlerinin bundan bedava faydalanması onu hiç etkilememektedir. Ancak böyle bir durumda kamu malı üretilmesi söz konusu olsa bile yetersiz/eksik tedarik sorunu söz konusu olacaktır.¹⁵⁶ Yetersiz/eksik tedarik kamu malları ile ilişkilendirilen bir pazar aksaklığı türü olup tedarikçinin ilave mal tedarik ettiğinde ilave kâr elde edememesi durumunda ortaya çıkmaktadır.

Diğer yünden, özel mal olarak kabul edilen mal veya hizmetler de bazen kamu tarafından sağlanabilmektedir. Özel malların bu şekilde devlet tarafından sağlanması verimlilik ya da hakkaniyet gerekçeleriyle meşru kılınmaktadır.

¹⁵⁵ SAMUELSON, P.A. (1954), “The Pure Theory of Public Expenditure”, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No.4, s.387-389.

¹⁵⁶ Stiglitz (2000), s.131.

ABAD, kamu mallarının tedarik edilmesinden kâr elde edilmesinin imkansız olduğunu ve bundan dolayı bunun bir ekonomik faaliyet sayılamayacağını kabul etmiş görünmektedir. Düzenleyici işlemlerde olduğu gibi, kamu mallarının tedarik edilmesi devlet otoritesinin kullanılması ile yakından ilişkilidir.

Eurocontrol davası, “belirlenen güvenlik düzeyi ile uyumlu olmak şartıyla savunma ihtiyaçları için gerekli ödeneği ve hava sahası kullanıcılarına maksimum özgürlük sağlamak suretiyle hava trafiği alanında Sözleşmeciler Devletler arasındaki işbirliğini güçlendirmeyi ve bu alanda ortak faaliyetler geliştirmeyi amaçlayan”¹⁵⁷ uluslararası bir organizasyon hakkındadır. İlgili konvansiyona göre Eurocontrol, hava sahası kullanıcılarına yüklenen uçuş rotası harçlarını belirleme ve toplama yetkisine sahip olup bu yetki, bir hava trafiği şirketi tarafından rekabet kurallarına aykırı olduğu iddiasıyla Mahkeme önüne taşınmıştır. Böylece Mahkeme, rekabet kurallarının hava trafiği kontrol ve güvenliği ile görevlendirilmiş olan böyle bir organizasyona uygulanabilir olup olmadığına karar verecektir.

Dava sürecinde Hukuk Sözcüsü Tesauro, Eurocontrol tarafından ilgili devletlerin uyguladığına hiç benzemeyen yollarla yürütölen hava trafiği kontrolünün temel özelliklerinin, yolcuların olduğu kadar üzerinden uçulan topraklar üzerinde yaşıyanların da güvenliğini garanti etmek ve aynı açıdan, ulusal savunmasının belirli ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli işbirliğini sağlanmak olduğunu ifade etmiştir. Çeşitli açılardan devletin egemenlik hakkını kullanmasıyla ilişkilendirilebilecek olan böyle bir kontrol, organizasyon ve yönetim şekli ne olursa olsun, sadece devlet otoritesi tarafından yürütölebilecek gerçek bir hava sahası denetim fonksiyonunu oluşturmaktadır.¹⁵⁸ Gerçekten de devlet, kendi toprakları üzerindeki hava sahası üzerinde de tam ve münhasır bir egemenliğe

¹⁵⁷ Hava Trafidi Güvenliği için İşbirliği konusunda -aynı zamanda Hava Trafidi Güvenliği için Avrupa Organizasyonu’nu (Eurocontrol) kuran- 13 Aralık 1960 tarihinde Brüksel’de imzalanmış ve 27 Haziran 1997 tarihli Protokol ile revizyonu yapılarak konsolide edilmiş Uluslararası Konvansiyon’un 1. Maddesi.

¹⁵⁸ Hukuk Sözcüsü Tesauro’nun Case C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH v Eurocontrol* (*Eurocontrol*) [1994] ECR I-43 Davasındaki görüşü, para.12.

sahiptir.¹⁵⁹ Böylece, bu egemenlik dâhilinde devlet kendi hava sahasının denetimini ve hava trafiği kontrolü hizmetlerini sağlamış olur.

Eurocontrol davasında Tesauro, hava trafiği kontrolü hizmetinin dışlanamama özelliğini ortaya koymuş ve bu özelliğin bu hizmeti bir kamu malı haline getirdiğini belirtmiştir. Tesauro'ya göre burada söz konusu olan hizmet, ilkesel olarak hava yolu şirketlerine sağlanmadığından ekonomik nitelikte değildir. Aksine hava trafiği kontrolü hizmeti, tüm toplumu hedef alan ve uçuş rotası harcını ödeyip ödemediğine bakılmaksızın Eurocontrol'un yetkisinde olan hava sahasını kullanan tüm havayolu şirketleri adına yürütülen bir hizmettir.¹⁶⁰ Kamu mallarının çoğunda olduğu gibi, hava trafiği kontrol hizmetleri için katkı payı ödemeleri, ödemeyenlerin sistemden dışlanması mümkün olmadığı için ancak devlet zoruyla temin edilebilecektir. Sonuç olarak Mahkemeye göre, Eurocontrol'ün faaliyetlerinin, doğası, amaçları ve tabi kılındıkları hukuk kuralları bakımından tipik kamu otoritesinden kaynaklanan hava sahası gözetim ve denetimine ilişkin yetkilerin kullanılması ile bağlantılıdır. Bu nedenle söz konusu hizmetler ABİDA'nın rekabete ilişkin kurallarının uygulanmasını haklı kılacak şekilde ekonomik nitelikte değildir.¹⁶¹

Eurocontrol faaliyetlerine ilişkin daha sonraki tarihli bir davada Genel Mahkeme, Eurocontrol'un hava sahası yönetimi ve hava güvenliği geliştirme görevlerinden ayrılabilen diğer faaliyetlerinin ekonomik faaliyet sayılabileceğini ve rekabet kurallarına tabi olabileceğini belirtmiştir.¹⁶²

Eurocontrol kararı ve AB Mahkemelerinin benzer davalarda verdiği diğer kararlar uyarınca Komisyon 2012 tarihinde yayımladığı Bildirimde, belirli faaliyetlerin kamu malı niteliğinde olup, ilgili devlet pazar mekanizmalarını devreye sokmaya karar verinceye kadar ekonomik nitelikte sayılmayacaklarını belirtmiştir.¹⁶³ Bu faaliyetler: "ordu ve polis,

¹⁵⁹ 7 Aralık 1944 yılında Chicago'da imzalanan Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu'nun 1. Maddesi.

¹⁶⁰ Hukuk Sözcüsü Tesauro'nun Case C-364/92 *Eurocontrol* [1994] ECR I-43 Davasındaki görüşü, para.13.

¹⁶¹ Case C- 364/92 *Eurocontrol* [1994] ECR I-43, para.30.

¹⁶² Case T-155/04 *Selex Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities* [2007] 4 CMLR 10, para.60.

¹⁶³ Genel Ekonomik Yarar Hizmetlerinin Sağlanmasına Verilecek Tazminata Uygulanacak AB Devlet Yardımları Kurallarına ilişkin Komisyon Bildirimi, 11.1.2012, 2012/C 8/02, para.16.

hava trafiği güvenliği ve denetimi, deniz trafiği denetim ve güvenliđi¹⁶⁴, kirlilik karşıtı takip¹⁶⁵, hapis cezalarının organizasyonu, finansmanı ve uygulanması¹⁶⁶ olarak açıklanmıştır.

2.6. Sosyal Fonksiyon İcra Eden Organizasyonların Faaliyetleri

Genellikle, sosyal fonksiyon icra eden kâr amacı gütmeyen ve endüstriyel ya da ticari faaliyetle iştigel etmeyen organizasyonların çoğu faaliyetleri, Birliğin rekabet ve iç pazar kurallarının dışında kalmaktadır. Bu kapsamda değerlendirilebilecek organizasyonlara ticaret odaları, siyasi partiler, kilise ve diğer dini örgütler, tüketici birlikleri ile yardım, kurtarma ve dayanışma kurumları örnek olarak verilebilir.

Bu faaliyetlerin “dayanışma” başlığı altında da analiz edilmesi mümkündür. Ancak bu tip organizasyonların, genellikle, finansal kaynakları devlet tarafından sağlanmamakta ya da devletle sadece dolaylı bir ilişkileri bulunmaktadır. Böylece vatandaşlar tarafından ödenen vergiler ya hiç bu kurumlara gitmemekte ya da göz ardı edilebilir düzeyde kalmaktadır. Bununla birlikte aynı ilke burada da uygulanmaktadır: Ne zaman böyle bir organizasyon, toplum menfaati için olsa dahi, ekonomik bir faaliyet ile iştigel ederse AB rekabet ve iç pazar hukuku kurallarına tabi olacaktır.

SONUÇ

AB Antlaşmalarında ekonomik faaliyet tanımının yapılmamış olması, içtihat hukukunu rekabet kurallarının belirli faaliyetlere uygulanması ya da bu faaliyetlerin tamamen rekabet kurallarının uygulama alanı dışına çıkarılması açısından ekonomik faaliyetin ne olduğunun tespit edilebilmesine yönelik olarak farklı ölçütler geliştirmeye yönlendirmiştir. Bu kapsamda AB Mahkemeleri istikrarlı bir biçimde, pazara mal ve hizmet

¹⁶⁴ 16 Ekim 2002 tarihli Komisyon Kararı (Case N 438/02-Belgium- Aid to port authorities), OJ C 284, 21.11.2002.

¹⁶⁵ Case C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl Servizi ecologici Porto di Genova* [1997] ECR I-1547, para.22.

¹⁶⁶ Komisyon Kararı (Case N 140/06 -Lithuania- Allotment of subsidies to the State Enterprises at the Correction Houses), OJ C 244, 11.10.2006.

sunmaya ilişkin herhangi bir faaliyetin ekonomik faaliyet sayılacağına hükmetmişlerdir.

Belirli hizmetler bakımından bir pazarın var olup olmadığı ise bu hizmetlerin ilgili ülkede ne şekilde sağlandığına bağlıdır. Rekabet kuralları sadece pazar ortamında sunulan mal ve hizmetler bakımından uygulanabilir olacaktır. Bu nedenle de belirli mal ve hizmetlerin ekonomik karakterleri ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Aynı şekilde siyasi tercihler ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda bir mal veya hizmete atfedilen özellikler zaman içinde aynı ülkede bile farklılık gösterebilecektir. Devletin pazarı üçüncü kişilerin faaliyetlerine kapatmış olması bile ekonomik faaliyetin kendisini ortadan kaldırmak için her zaman yeterli olmamaktadır. Pazarda bu tür faaliyette bulunmak isteyen ve bu kapasiteye sahip operatörler bulunduğu sürece ekonomik faaliyetin varlığından söz edilebilecektir.

Ekonomik faaliyetin varlığı her ülkenin içinde bulunduğu siyasi ve ekonomik koşullara bağlı olduğundan hangi mal ve hizmetlerin ekonomik nitelikte olduğuna dair kesin ve tüketici bir liste sunmak mümkün olmayacak, her olayın kendi şart ve özellikleri içinde değerlendirilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, içtihat hukukuna bakıldığında devletin kamu gücü kullandığı ya da gücünü devletten alan kamu otoritelerinin bu kapasiteleri dahilinde düzenleyici ya da yeniden dağıtım faaliyetlerinde buldukları ya da kamu malları sağladıkları durumlarda ekonomik faaliyetten söz edilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- ANDERSEN, E. A. ve B. LINDNAES (2007), “Public Goods: Concept, Definition and Method”, E. A. Andersen ve B. Lindnaes (der.), *Towards New Strategies: Public Goods and Human Rights*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers içinde, s.36.
- BHAGWATI, J.N.(1987), “Services” J.F. Finger ve A. Olechowski (der), *The Uruguay Round-A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, Washington içinde, s.208.
- BOEGER, N. “Solidarity and EC Competition Law”, *E.L. Rev.*, Vol. 32, No. 3, 2007, s.319-340.
- DE SWAAN, A. (1989), *In Care of the State*, Oxford: Blackwell, s.19.
- DEMSETZ, H. ve A. ALCIAN (1988), “Production, Information Costs, and Economic Organisation”, H. Demsetz (der), *Ownership, Control and the Firm*, Oxford: Basil Blackwell Limited içinde, s. 119.
- DERINGER, A. (1968), *The Competition Law of the European Economic Community: A Commentary of the EEC Rules of Competition (Articles 85 to 90) Including the Implementing Regulations and Directives*, New York: Commerce Clearing House, s.8.
- COLLIGNON, S. (2003), *The European Republic –Reflections on the Political Economy of a Future Constitution*, The Federal Trust, London, s.93-96.
- CULLIS, J. ve P. JONES (1998), *Public Finance and Public Choice*, Oxford University Press, s. 36.
- DOUGAN, M. ve E. SPAVENTA (2005), “‘Wish You Weren’t Here...’ New Models of Social Solidarity in the European Union” Dougan, M. and E. Spaventa, (der.), *Social Welfare and EU Law, Oxford and Portland: Hart Publishing* içinde, s. 184.
- DRIJBER, B.J. (2004) “Case Comment: Joined Cases C-264/01, C-354/01 and C-355/01 AOK Bundesverband A.O. Judgement of the Full Court 16 March 2004, Not yet Reported”, *Common Market Law Review (C.M.L.R.Rev.)* Vol. 42, s.528.
- ENGEL, C. (1996), *Limits for Public Special Interest Programmes under the Perspective of E.C. Law*, New York: Vistas, s.24.
- GLYNN, D. ve J. LIESNER (1987), “Does Anti-trust Make Economic Sense”, *E.C.L.R.* Vol. 8, No. 4, s.344-370.

- GROSSMAN, S.J. ve O.D. HART (1986), “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, Vol. 94, No. 691, s.717.
- HANDOLL, J.(1995), *Free Movement of Persons in the EU*, New York: John Wiley & Sons, s.88.
- JONES, A. ve B. SUFRIN, *EC Competition Law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press, 2008, s.617.
- KACZOROWSKA-IRELAND, A. (2016), *European Union Law*, New York: Routledge, s.849.
- KAUL, I. (1999), “Defining Global Public Goods”, I. Kaul, I. Grunberg ve M. A. Stern (der.), *Global Public Goods, International Cooperation in the 21st Century*, New York: Oxford University Press içinde, s.2.
- KAUL, I. ve R. U. MENDOZA (2003), “Advancing the Concept of Public Goods”, I. Kaul, P. Conceiçao, K. Le Goulven ve R. U. Mendoza (der.), *Providing Global Public Goods, Managing Globalisation*, New York: Oxford University Press, s.82-83.
- KENNETT, W (1996) “The European Community and the General Agreement on Trade in Sevices”, N. Emiliou ve D. O’Keeffe (der.), *The European and the World Trade Law After the GATT Uruguay Round*, John Willey & Sons, içinde, s.136-148.
- KOKKORIS, I. (2006), “Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace?”, *World Competition*, Vol.29, No.1, s.139
- KORAH, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law*, 9th ed., Oxford: Hart Publishing 2007, s.49.
- KRAJEWSKI, M. ve M. FARLEY (2007), “Case Comment: Non Economic Activities in Upstream and Downstream Markets and the Scope of Competition Law after *FENIN*”, *E.L.Rev.*, Vol. 32, No.1, s.111-124.
- LASOK, L.E.P. (2004), “When is an Undertaking is not an Undertaking”, *E.C.L.R.*, Vol. 2, No.7, s.383-385.
- MESSERLIN, P.A.(1993), “‘Services’ in The European Community as a World Trade Partner”, *European Economy*, No.52, s.129-156.
- MORGAN, B. ve K. YEUNG (2007), *An Introduction to Law and Regulation –Text and Materials*, Cambridge University Press, s.3.
- MUSGRAVE, R.A. (1997), “A Multiple Theory of Budget Determination”, *FinanzArchiv*, vol. 17, s. 333-343

- MUSGRAVE, R.A. ve P.B. MUSGRAVE (1973), *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill, New York and London, s. 7. NICOLAIDES, P. (1988), *Liberalising Service Trade-Strategies for Success*, London: Routledge, s.7-9.
- ODUDU, O. (2006) *The Boundaries of EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, s.35
- OGUS, A. (2004), *Regulation: Legal, Form and Economic Theory*, Oxford: Hart Publishing, s.29.
- OGUS, A. (1995), “Rethinking self-regulation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, s.97.
- PANIC, M. (2005), “The Euro and Welfare State” , Dougan, M ve E. Spaventa, (der.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford and Portland: Hart Publishing içinde, s.30.
- PROSSER, T. (2005), *The Limits of Competition Law- Markets and Public Services*, Oxford: Oxford University Press, s.35.
- ROTH, W-H. (2007), Dava Yorumu: “Case C-205/03 Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN) v Commission, Judgement of the Grand Chamber of 11 July 2006, [2006] ECR I-6295”. *C.M.L.Rev.*, Vol.44, No.4, s.1131-1142.
- RUBINI, L. (2009), *The Definition of Subsidy and State Aid-WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, s.210.
- SACERDOTI, G. (1990) “The International Regulation of Services: basic concepts and standards of treatment”, G. Sacerdoti (der.) *Liberalisation of Services and Intellectual Property in the Uruguay Round of GATT, Pupil Progress and Undercurrents in Public International Law*, vol. 6, içinde, s.28-49.
- SAMUELSON, P.A. (1954), “The Pure Theory of Public Expenditure”, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No.4, s.387-389.
- SAMUELSON, P. A. (1955), *Readings in Economics*, McGraw Hill, New York.
- SELZNICK, P. (1985)“Focusing Organisational Research on Regulation” R. Noll (der.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley: University of California Press içinde, s.363.
- SNELL, J. (2000), *Goods and Services in EC Law-A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford: Oxford University Press, s.7.
- SNELL, J. ve M. ANDENAS, (2004), “Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services”, M. Andenas ve W.H. Roth

- (der), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford: Oxford University Press, s.73-85.
- STIGLITZ, J.E. (2000), *Economics of the Public Sector*, 3rd ed., New York/London: W.W. Norton & Company, s.128.
- SZYCZAK, E. (2001), “Public Service Provision in Competitive Markets”, *Yearbook of European Law*, Vol.20.
- TOWNLEY, C. (2007), “The Concept of an ‘Undertaking’: The Boundaries of the Corporation –A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries”, Amato, G. ve C-D. Ehlermann (der), *EC Competition Law-A Critical Assessment* içinde, Oxford: Hart Publishing, s.10.
- VAN DE GRONDEN, J.W. (2004) “Purchasing care: economic activity or service of general (economic) interest?” *European Competition Law Review (E.C.L.R.)*, vol.25, No.2, s.87-94.
- WINTERSTEIN, A. (1999), “Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law”, *E.C.L.R.*, Vol.20, No.6, s.324-333.
- WIVEL, P. (2007), “The State and the Citizen: Natural law as a public good” in E. A. Andersen ve B. Lindsnaes (der), *Towards New Strategies: Public Goods and Human Rights*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers içinde, s.3.

MAHKEME KARARLARI

ABAD KARARLARI

- Case C-82/01 *Aéroports de Paris v Commission of the European Communities* [2002] ECR I-9297 [2003] 4 CMLR 12.
- Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (Albany)* [2000] 4 CMLR 446.
- Case C-295/05 *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) v Transformacion Agraria SA (Tragsa) ve Administracion del Estado* [2007] ECR I-2999.
- Case 263/86 *Belgian State v Rene and Marie Therese Humbel (Humbel)* [1988] ECR 5365.
- Case 352/85 *Bond van Adverteerders and others v The Netherlands State (Bond van Adverteerders)*[1988] ECR 2124.
- Case C-157/99 *B.S.M. Geraets-Smiths v Stichting Ziekenfonds VGZ and Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen (Geraets- Smiths and Peerbooms)*, ECR I-5473.

- Case C-96/94 *Centro Servizi v Spedizioni Marittima Del Golfo* [1996] 4 CMLR 613 ve Case C-35/96 *E.C Commission v Italy* [1998] ECR I-3851.
- Case C-218/00 *Cisal di Battistello Venanzio & Co. Sas v Istituto Nazionale Per L'Assicurazione Contro Gli Infortuni Sun Lavoro (Inail) (Cisal)* [2002] 4 CMLR 24.
- Case C-2/90 *Commission v Belgium* [1993] 1 CMLR 365.
- Case C-318/05 *Commission v Germany* [2007] ECR I-6957.
- Case 118/15 *Commission v Italy* [1987] ECR 2599; [1988] 3 CMLR 255.
- Case C-35/96 *Commission v Italy (Customs Agents)* [1988] ECR I-3851; [1998] 5 CMLR 889.
- Case 7/68 *Commission v Italy* [1968] ECR 432.
- Case 30/70 *Corinne Bodson v Pompes Funebres des Regions Liberees SA (Bodson)* [1989] CMLR 984.
- Case C-22/98 Criminal proceedings against *Jean Claude Becu and Others (Becu)* [1994] ECR I-5665.
- Case C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl Servizi ecologici Porto di Genova* [1997] ECR I-1547.
- Case 13/76 *Gaetano Dona v Mario Mantero* [1976] 2 CMLR 578.
- Case C-205/03 *Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN) v Commission of the European Communities* [2006] ECR I-6295.
- Case C-244/94 *Federation Francaise des Societes d'Assurance and Others v Ministere de l'Agriculture et de la Peche (FFSA)* [1996] 4 CMLR 536.
- Case C-281/06 *Hans-Dieter Jundt and Haedwig Jundt v Finanzamt Offenburg* [2007] ECR I-12231.
- Case C-203/99 *Henning Veedfald v Arhus Amstokommune (Henning Veedfald)* [2001] ECR I-3569.
- Case C- 275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler (Schindler)* [1994] ECR-I-1039.
- Case C-41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macratron GmbH (Höfner)* [1991] ECR I-1979.
- Case C- 124/97 *Laara and Others v. Kihlakunnansyyttaja (Laara)* [1999] E.C.R. I-6067.
- Case 53/81 *Levin v Staatssecretaris van Justitie* [1982] ECR 1035.
- Case C-519/04 *Meca-Medina and Majcen v Commission of the European Communities (Meca-Medina)* [2006] 5 CMLR 18.

- Case C-385/99 *Muller-Faure v Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA* [2003] ECR I-4509.
- Case C-158/96 *Raymond Kohll v Union des Caisses de Maladie (Kohll)* [1988] ECR I-1931.
- Case 2/74 *Reyners v The Belgian State* [1974] 2 CMLR 305.
- Case C-384/92 *Sat Fluggesellschaft v Eurocontrol (Eurocontrol)* [1994] ECR I-43; [1994] 5 CMLR 208.
- Case C-70/95 *Sodemare SA and Others (Federation des Maisons de Repos Privees de Belgique v Regione Lombardia (Sodemare))* [1998] 4 CMLR 667.
- Case C-109/92 *Stephan Max Wirth v Landeshauptstadt Hannover* [1993] ECR I-6447.
- Case 196/87 *Steymaan v Staatssecretaris van Justitie* [1988] ECR 6159.
- Case C-155/73 *The State v Sacchi (Sacchi)* [1974] 2 CMLR 177.
- Case C-368/98 *Vanbraekel v Alliance Nationale des Mutualities Chretiennes (ANMC)* [2001] ECR I-5363.
- Case 36/74 *Walrave & Koch v Association Union Cycliste Internationale* [1974] ECR 1405.
- Case C-309/99 *Wouters and others v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten and another (Wouters)* [2002] ECR I-1577.
- Case C-415/93 *Union Royale Belge des Societes de Football Association ASBL v Bosman* [1996] 1 CMLR 645.
- Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 *AOK Bundesverband and Others v Ichtyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. and Others (AOK)* [2003] ECR I-2493.
- Joined Cases C-51/96 and 191/97 *Christelle Deliege v Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associees ASBL et al. (Deliege)* [2000] ECR I-2540.
- Joined Cases 40/73 *Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v Commission (Suiker Unie)* [1975] ECR 1663. Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Christian Poucet v Assurances Generales de France (AGF) and Caisse Mutuelle Regionale du Languedoc-Roussillon (CAMULRAC) and Daniel Pistre v Caisse Autonome Nationale de Compension de l'Assurance Vieillesse des Artisans (CANCAVA) (Poucet and Pistre)* [1993] ECR I-637.
- Joined Cases C-180/98 to C-184/98 *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (Pavlov)*, [2000] ECR I-6451.

GENEL MAHKEME KARARLARI

Case T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission of the European Communities* [2000] ECR II-3029; [2001] 4 CMLR 38.

Case T-219/99 *British Airways plc. v Commission* [2004] 4 CMLR 1008.

Case T-319/99 *Federacion Nacional de Empresas de Instrumentacion Cientifica, Medica, Tecnica Y Dental (FENIN) v Commission of the European Communities* [2003] 5 CMLR 1.

Case T-155/04 *Selex Sistemi Integrati SpA v Commission of the European Communities (Selex)* [2007] 4 CMLR 10.