

# REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA TEŞEBBÜS BİRLİKLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Metin TOPÇUOĞLU\**

## *1) Giriş*

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un<sup>1</sup> 4. maddesinde, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemlerden sonra teşebbüs birliği kararlarından bahsedilmektedir. Bilindiği gibi Rekabet Hukuku ülkemiz açısından yeni sayılabilecek bir hukuk dalıdır. Bahsettiğimiz Kanunun 4. maddesinde yer verilen rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki "karar"ların sujesi olan teşebbüs birliklerinin; yapısı, yasak faaliyetler içerisindeki rolü, sözkonusu yasak faaliyetlere ilişkin hukuki sorumlulukları, üzerinde durulması gereken önemli sorunlar içermektedir. Teşebbüslerin yasak faaliyetleri, bir anlaşma çerçevesinde icrasından başka organize olmuş bir birlik (teşebbüs birliği) vasıtasıyla yürütmeleri, ulaşılmak istenen sonuç bakımından, daha elverişli ve etkili bir yoldur. Dolayısıyla Rekabet Hukuku uygulaması içerisinde teşebbüs birliklerinin yeri ve önemi göz ardı edilemez<sup>2</sup>.

---

\* Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> RG, 13.12.1994, S. 22140. Bundan sonra kısaca Rekabet Kanunu (RK) olarak anılacaktır.

<sup>2</sup> GOYDER, D. G., EC Competition Law, Oxford 1992, s. 408; MATSUSHITA, Mitsuo, "Cartels under the Japanese Antimonopoly Law" in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 67. Konuyla ilgili yaygın örnekler için bkz. CARSTENSEN, Peter C. and ROTH, Bette, The Per se Legality of some Naked Restraints: a Reconceptualization of the Antitrust Analysis of Cartelistic Organizations, AB, Vol: XLV, 2, 2000, s. 384 vd. "GWB'ye göre, iktisadi ve mesleki birlikler (Wirtschafts-und Berufsvereinigungen), kendi alanlarında "rekabet kuralları" (Wettbewerbsregeln) koyabilirler. Bu kurallar rekabetin, dürüst ve amaca uygun olarak sağlanması ve geliştirilmesine hizmet ederler. Sözkonusu birlikler, rekabet kurallarının tanınmasını Kartel Makamlarından isteyebilirler. Bu kurallarda yapılacak değişiklik ya da eklemelerin de Kartel makamlarına bildirilmeleri gerekir. Kartel makamları da iktisadi ve mesleki birliklerden, statüleri, aldıkları kararlar ve karar yeter sayıları hakkında bilgi isteyebilirler (§ 24)". ÖZSUNAY, Ergun, "Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 5, Ankara 2000, s. 63, dph. 90.

Teşebbüs birlikleri, başka bir ifadeyle mesleki ve iktisadi birlikler, ticari hayatın bilinen en eski sujelerindedir. Aynı veya benzer iktisadi faaliyetleri yürüten kişilerin temsili, bilgi ve tecrübe paylaşımı, karşılaştıkları problemlerin ortaklaşa çözümlenmesi, menfaatlerinin korunması ve en etkin şekilde savunulması gibi ihtiyaçlar zamanla teşebbüslerin bir birlik çatısı altında toplanma fikrini doğurmuştur<sup>3</sup>. Örneğin eski doğu Asya uygarlıklarında (Hindistan, Çin, Japonya) teşebbüs birliklerinin yaygın olduğundan yine Orta Çağ'da üyelerine rehberlik eden, iş hayatını düzenleyen esnaf birliklerinden söz edilir<sup>4</sup>. Bizans döneminde, "lonca"<sup>5</sup> olarak nitelendirilen, tüccar ve sanatkarları bünyesinde barındıran, iktisadi hayata ilişkin çeşitli kamu görevlerini yerine getiren meslek kuruluşları vardır<sup>6</sup>. Avrupa'daki ticaret loncalarının öncüsü, 1020'de uluslararası ticaretle uğraşan tüccarların Gelderland'da (Felemenk) kurduğu birliklerdir<sup>7</sup>. Benzer şekilde tarihimizde, XIII. yüzyıldan itibaren, Türk toplumunun ekonomik, sosyal ve kültürel hayatında çok önemli rol oynayan ahi birliklerinin varlığından bahsedilir<sup>8</sup>. Ahi birliklerinin iş hayatının düzenlenmesinden; çalışanların eğitime, üretim planlamasına, birlik üyeleri arasındaki dayanışmanın sağlanmasına varıncaya kadar ekonomik, sosyal ve kültürel pek çok hizmetleri üstlendiği anlaşılmaktadır<sup>9</sup>.

Görüldüğü gibi meslek veya sanat erbabının kendi aralarındaki birlik oluşumu oldukça eski zamanlara kadar götürülebilmektedir. Fakat meslek ve sanat erbabının bu günkü anlamdaki yapılanmasının 19. yüzyılın ikinci

<sup>3</sup> Bkz. GOYDER, EC Competition Law, s. 409. 5590 Sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu 1. maddesinde, Odaların amacını şu şekilde belirtmiştir: "Ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları ve deniz ticaret odaları; üyelerinin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplinini, ahlak ve tesanüdünü korumak ve bu Kanunda yazılı hizmetleri görmek amacıyla kurulan Kamu kurumu niteliğinde tüzelkişiliğe sahip meslek kuruluşlarıdır" (RG, 15.3.1950, S. 7457).

<sup>4</sup> BISSOCOLI, Eugenio F., Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law, WC, Vol: 23, (1), 2000, s. 79-81.

<sup>5</sup> Lonca, "karşılıklı yardım ve korumanın yanı sıra dinsel ve mesleki çıkarları savunma amacını güden tüccar, esnaf ya da zanaatçı birliği"dir (AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 14, İstanbul 1992, s. 568). Lonca örgütleri çağdaş işçi sendikalarının ilk biçimi olarak da kabul edilmektedir (Büyük Kültür Ansiklopedisi, C. 8, Ankara 1984, s. 2963).

<sup>6</sup> Bkz. EKİNCİ, Yusuf, Ahilik, Ankara 1991, s. 11, 12.

<sup>7</sup> AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi, C. 14, s. 568.

<sup>8</sup> EKİNCİ, Ahilik, s. 6-10. Ayrıca aynı yerde, ahi birliklerine benzer şekilde, X. yüzyılda teşkilatlanmaya başlayan "Fütüvvet Birlikleri"nden de bahsedilmektedir (s. 13, 14).

<sup>9</sup> Geniş bilgi için bkz. EKİNCİ, Ahilik, s. 51-100; GÜLERMAN, Adnan, TAŞTEKİL, Sevda, Ahi Teşkilatının Türk Toplumunun Sosyal ve Ekonomik Yapısı Üzerindeki Etkileri, Ankara 1993, s. 51, 52.

yarısında başladığı söylenebilir<sup>10</sup>. Söz konusu yapılanma iki şekilde ortaya çıkmıştır. Bunlardan bir kısmı kişilerin serbest iradesiyle belirli amaçları gerçekleştirmek üzere oluşturdukları birlik, dernek, vakıf, sendika<sup>11</sup>, konfederasyon vs. şeklinde gelişmiş, diğer kısmı ise kanun veya kararlarla, belirli meslek veya sanatları icra edenleri temsil etmek üzere, “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” (Anayasa m. 135) şeklinde kurulmuşlardır<sup>12</sup>. Şüphesiz Rekabet Hukuku açısından meslek ve sanat erbabının kendi iradeleri ile oluşturdukları birliklerle kanun veya kararlarla zorunlu olarak kurulmuş ve kamu kurumu niteliği taşıyan birlikler (Ticaret ve Sanayi Odaları<sup>13</sup>, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği<sup>14</sup>, Türk Tabipler Birliği<sup>15</sup>, Türk Eczacılar Birliği<sup>16</sup>, Türkiye Bankalar Birliği<sup>17</sup>, Türk Diş Hekimleri Birliği<sup>18</sup> vs.) arasında fark olmayacaktır.

Kanuna göre teşebbüs birliği, “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu, tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan, her türlü birlikler”dir (m. 3). Bu durumda “teşebbüs birliği”nden önce, “teşebbüs” kavramının anlam ve kapsamı üzerinde durmak herhalde faydalı olacaktır.

## II) Teşebbüs kavramı

Rekabet düzeninin aktif sujesi teşebbüslerdir<sup>19</sup>. Yasaklanan faaliyetler (rekabeti kısıtlayan anlaşmalar, uyumlu eylem ve kararlar (RK m. 4), hakim

<sup>10</sup> BISSOCOLI, Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law, s. 80; DURAN, Lütfi, Meslek Teşekküllerinin Hukuki Kategorisi, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu, Yıl: 1970, Sayı: 3, s. 197.

<sup>11</sup> “Türkiye Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikası'nın (TABGİS) üyeleriyle yapmış olduğu yazışmalar incelendiğinde ... TABGİS'in yürüttüğü faaliyetlerin, gerek üyeleri arasında konuya ilişkin düzenli bilgi alışverişini sağlamak gerekse bizzat sendika yöneticileri tarafından gönderilen yazılarda bayilere konuya ilişkin doğrudan tavsiye ve yönlendirmelerde bulunmak ve son olarak da bayiler arasında bir toplantı düzenleyerek komisyon uygulamalarına başlanması ve promosyonların kaldırılması konusunda karar almak suretiyle, ilgili pazarda rekabeti kısıtlamak ve üyelerinin pazar davranışlarını koordine etmek amacıyla alınan teşebbüs birliği karar ve eylemleri niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır” RKK, No: 00-35/392-215.

<sup>12</sup> Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının hukuki niteliği için bkz. DURAN, Meslek Teşekküllerinin Hukuki Kategorisi, s. 197-219.

<sup>13</sup> RG, 15.3.1950, S. 7457.

<sup>14</sup> RG, 4.2.1954, S. 8625.

<sup>15</sup> RG, 31.1.1953, S. 8323.

<sup>16</sup> RG, 2.2.1956, S. 9223.

<sup>17</sup> RG, 8.10.1958, S. 1027.

<sup>18</sup> 25.6.1985, S. 18792.

<sup>19</sup> ATA 81 ve 82. maddelerinde “teşebbüs” teriminin karşılığı olarak “undertaking” kelimesi kullanılmıştır. Sherman Kanunu'nda ise rekabeti sınırlandıran uygulamalar içerisine giren veya tekel kuran “herkesin” (every person) hukuka aykırı davranmış olacağını belirtmekle herhangi bir sınırlandırmaya yer vermemiştir. “Kişi” veya “kişiler”in tanımı Sherman Kanunu 7. maddesinde şirketler, tüzel kişiliğe sahip olsun ya da olmasın, herhangi bir eyalet, bölge

durumun kötüye kullanılması (RK m. 6), birleşme ve devralmalar (RK m. 7)) ortak bir paydada toplandığında, teşebbüslerin merkezi bir öneme sahip olduğu görülür.

İktisadi hayatın içerisinde küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere kadar irili ufaklı işletmeler yer alır. Bu doğrultuda "teşebbüs", iktisadi hayatı kontrol eden bütün iktisadi sujeleri kapsayabilecek genişliğe sahip bir kavramdır. İktisadi faaliyetlerle meşgul olan sujeleri, bunların gerçek veya tüzel kişi oluşuna, statüsüne yahut idare şekline bakmaksızın "teşebbüs" olarak nitelendirmek gerekecektir<sup>20</sup>. Geniş anlamda teşebbüsten söz edildiğinde esnaf, tacir, adi şirket, ticaret şirketleri (kollektif, komandit, limited, anonim şirket), ticaret birlikleri, kooperatifler ve devlet işletmeleri bu kavram içerisinde değerlendirilebilir<sup>21</sup>. Müteşebbis veya girişimci ise ekonomik fırsatları değerlendirerek ve işin tüm risklerini göğüsleyerek kar sağlamaya çalışan kişidir<sup>22</sup>. Şu halde başta, ticaret hukuku anlamında ticari işletme (gerçek ve tüzel kişi işletmeleri) olmak üzere iktisadi faaliyetlerle meşgul olan bilumum kamu veya özel hukuk kişilerinin işletmeleri, "teşebbüs" olarak kabul edilecektir<sup>23</sup>.

Rekabet Kanununun "tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinde teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" şeklinde tanımlanmaktadır. Kanunumuza mehz teşkil eden düzenlemelerde teşebbüsün tanımına yer verilmemiştir. AB Adalet Divanı *Mannesman v. High Authority* kararında, hukuken bir veya birkaç kişiden

---

veya yabancı devlet hukuklarına göre tanınıp tanınmamasına bakılmaksızın bütün ekonomik topluluklar Kanun'un uygulamasına tabidir.

<sup>20</sup> ANDERMAN, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford 1998, s. 41; FRAZER, Tim, *Monopoly Competition and the Law, The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America*, Harvester Wheatsheaf 1992, s. 161; BELLAMY&CHILD, *Common Market Law of Competition*, London 1993, p. 2-003.

<sup>21</sup> Bkz. CUNNINGHAM, J. P., *The Competition Law of the EEC*, London 1973, s. 47; FRAZER, *Monopoly Competition and the Law*, s. 161, 162; KERSE, C. S., *EEC Antitrust Procedure*, London 1988, s. 4; BELLAMY&CHILD, *Common Market Law of Competition*, p. 2-003; ASLAN, İ. Yılmaz, "Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet", *Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999, s. 14.

<sup>22</sup> Bkz. SEYİDOĞLU, Halil, *Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük*, Ankara 1992, s. 860 (teşebbüs maddesi); KARAYALÇIN, Yaşar, *Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme*, Ankara 1968, s. 155.

<sup>23</sup> PAPAConstantinou, Helen, *Free Trade and Competition in the EEC Law. Policy and Practice*, London 1990, s. 32, 33; LASOK&BRIDGE, *Law & Institutions of the European Union*, Butterworths 1994, s. 587; WHISH, Richard, *Competition Law*, London 1993, s. 188.

müteşekkil, gerçek veya tüzel kişi olmasına bakılmaksızın *ekonomik birlik* olarak nitelendirilebilecek varlıkları teşebbüs olarak kabul etmiştir<sup>24</sup>.

Teşebbüslerin, rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmeleri için özgür iradeleriyle, hem iç ilişkilerde hem de dış ilişkilerde, başka bir teşebbüsün irade ve işlemlerine tabi olmaksızın işlerini yürütebilmeleri şarttır<sup>25</sup>. Rekabet Kanunu 3. maddesinde, "rekabet" kavramının tanımında, teşebbüslerin özgürce ekonomik kararlar verebilmeleri keyfiyeti, rekabeti belirleyici bir unsur olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar özgürce karar verebilme ehliyeti, rekabeti değil teşebbüsü niteleyen bir faktör olsa da bu durumun özellikle belirtilmiş olması boşuna olamaz. Ayrıca teşebbüsün, ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etmesi yönü de bu anlamda değerlendirilebilir. Zira ekonomik kararların farklı teşebbüslerce belirlendiği, güdümlü işletmelerin rekabeti sınırlayıcı davranışlar bakımından, bağımsız hareket edebilmeleri mümkün olmayacaktır. Bu husus özellikle bağlı teşebbüsler bakımından oldukça önemlidir. Bağlı teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı mutabakatlar, Kanunun 4. maddesinde zikredilen anlaşma olarak nitelendirilemez<sup>26</sup>. Hukuki açıdan bağımsız olmakla birlikte, iktisadi açıdan bağımlı olan (yavru) işletmeler, üçüncü kişilerle giriştikleri rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerden, sözkonusu faaliyetlerle ana işletme arasındaki ilişkiye göre, bizzat veya ana işletmeyle birlikte müteselsilen sorumlu tutulabilmelidirler<sup>27</sup>.

Teşebbüs kavramı içerisinde tüzel kişi teşebbüslerinin<sup>28</sup> ayrı ve önemli bir yeri vardır. Zira ticari hayatta rekabet ihlalleri bakımından oyunun

---

<sup>24</sup> GOYDER, EC Competition Law, s. 87; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 32.

<sup>25</sup> LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 588; PAPAConstantinou, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, s. 31, 32.

<sup>26</sup> FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161, 162; KENT, Penelope, Law of the European Union, M&E Pitman Publishing 1996, s. 179; CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 47.

<sup>27</sup> KENT, Law of the European Union, s. 179.

<sup>28</sup> Kişi topluluklarının tüzel kişiliği haiz olması, tüzel kişiliğin kendisini meydana getiren kişilerden ayrı olarak hak ve borçlara sahip olması sonucunu doğurur. Rekabet Kanunu çerçevesinde gerçek ve tüzel kişiler, "teşebbüs" olarak kabul edilebilecek, iktisadi hayatın ilk göze çarpan subjeleridir. Fakat iktisadi hayatın subjeleri, şüphesiz gerçek ve tüzel kişi teşebbüslerle sınırlanmaz. Adi ortaklık, donatma iştiraki, ortak girişim (joint venture), yapı ortaklığı tüzel kişilikten yoksun olsalar bile iktisadi hayatın bilinen ve kabul edilen aktif subjelerindedir. Devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişilerinin, çeşitli iktisadi faaliyetleri, doğrudan doğruya veya kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler eliyle yürütebilmeleri mümkündür. İşte bu faaliyetleri deruhte eden işletmelerin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması, sözkonusu işletmelerin "teşebbüs" olarak kabul edilebilmeleri açısından bir farklılığa yol açmaz (Prym/Beka davasına atfen tüzel kişilikten yoksun bir ortaklığın tüzel kişi olarak kabul edilmesinin ATA m. 81/1'e aykırı düşmeyeceği hakkında bkz. AGNEW, J.

kurallarını, büyük işletmeler belirlemektedir. Bu yüzden Rekabet Kanunu uygulama alanı içerisinde, tüzel kişi teşebbüslerinin belirgin bir yer tutması doğaldır. Tüzel kişi teşebbüsleri, başta ticaret şirketleri (kollektif, komandit, limitet ve anonim şirketler (TK m. 136)) olmak üzere kooperatifler, bir ticari işletme işleten dernek<sup>29</sup> ve vakıflar<sup>30</sup>, teşebbüs birlikleri gibi iktisadi amaçlı tüzel kişileri kapsar.

Biz teşebbüsü, “sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde iktisadi faaliyetleri konu edinen her türlü birimdir” şeklinde tanımlıyoruz<sup>31</sup>. Bu durumda, iktisadi faaliyetlerle meşgul olan gerçek kişilerle tüzel kişiler ve tüzel kişiliği haiz olmayan ortaklıklar teşebbüs olarak kabul edilecektir<sup>32</sup>.

---

H., Competition Law. London 1985, s. 141). Örneğin bir kamu kurumu niteliği taşıyan üniversitenin kurduğu ve ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan basımevi teşebbüs niteliğini haizdir (Bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1999, s. 121; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 205, 206). Ancak Tüzel kişilikten yoksun ortaklıklar davacı sıfatını haiz olamadıkları gibi, kendilerine husumet de yöneltilmez (Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 1992, s. 280, 281; KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1992, s. 84). Her bir ortak müteşebbis sıfatını haiz olduğundan davanın bütün ortaklarca açılması ve husumetin bütün ortaklara yahut bir veya birkaç ortağa yöneltilmesi gerekir. Bu sonuç aynı şekilde icra takipleri için de geçerlidir (Geniş bilgi için bkz. KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 1990, s. 646 vd.).

<sup>29</sup> Bilindiği gibi dernekler üyelerine kazanç paylaşırma amacıyla kurulamaz ve hareket edemezler. Dernekler ancak hayrî, bedîî, sportif ve kültürel amaçlarla kurulabilirler. Fakat bu durum bir derneğin gayesini gerçekleştirmek için iktisadi faaliyetlerde bulunamayacağı anlamına gelmez. Yani amaç iktisadi olamazsa da araç iktisadi olabilir. Bkz. İMREGÜN, Oğuz, Ticaret Hukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1995, s. 43; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 115, 116; POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1995, s. 100.

<sup>30</sup> Bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 116, 117; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 206.

<sup>31</sup> Ayrıca konuyla ilgili şu tanımların da zikredilmesi gerekir: Teşebbüs, “üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır” (ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s. 63); “teşebbüs kavramı, ekonomik kazanç amacı ile faaliyette bulunan hukuki veya fiili örgütler şeklinde tanımlanabilir” (AKINCI, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 261); “teşebbüs, piyasada mal veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi gösteren ve bu faaliyetleri sırasında bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder” (ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 149); “teşebbüs vasfını taşıyan iktisadi cüzü tam; sermaye, sürüm ve tesisat itibarıyla muayyen bir hacimde bulunan” işletmedir (ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İstanbul 1959, s. 18). Ayrıca bkz. BOZER, Ali, Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, BATİDER, C. 1, 1962, S. 3, s. 363 vd; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 156.

<sup>32</sup> “Teşebbüs” kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 109 vd.

### III) Teşebbüs birliği

#### 1) Genel olarak

Rekabet Kanunu teşebbüs birliğini, "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler" (RK m. 3) olarak tanımlamaktadır<sup>33</sup>. Kanunun tanımından da anlaşılacağı üzere, teşebbüs birliği<sup>34</sup>, teşebbüs olarak kabul edilebilen sujelerden oluşmalıdır<sup>35</sup>. Bu doğrultuda en az iki teşebbüsün varlığı gerekli ve yeterlidir<sup>36</sup>.

Ekonomik bir bütün oluşturan birkaç işletmenin oluşturduğu topluluk, örneğin holdingler, Rekabet Kanunu anlamında teşebbüs birliği olarak kabul edilemez<sup>37</sup>. Fakat birliği oluşturan teşebbüslerin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması esaslı bir sorun teşkil etmez. Kanunun tanımlarla ilgili 3. maddesinde teşebbüslerin, "gerçek" ve "tüzel kişilik" yönüne özellikle değinilirken bu hususa yer verilmemiştir. Ancak "teşebbüs birliği" tanımında, tüzel kişiliği bulunmayan birliklerin de teşebbüs birliği kapsamında değerlendirildiğini görüyoruz.

Bir birliğin teşebbüs birliği olarak kabul edilebilmesinde, teşebbüslerin "sürekli" bir amaç için bir araya gelmeleri şarttır. Aksi halde kısa süreli oluşumlar, bir iş anlaşması yahut ortak sorunların halli için muhtelif zamanlarda beraber olunması, ne kadar uzun sürerse sürsün, teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez. Bu tür görüşmelerin kendi oluşumu içerisinde uzun sürmesi yanında, baştan kararlaştırılan ve uzun zamana yayılan ortak sorunların halli, belirli hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik birliktelik teşebbüs birliği olarak kabul edilebilir. Bu durumda bir teşebbüs birliğinin var olup olmadığının tespiti için; tarafların amacı, beraberliğin konusu ve

<sup>33</sup> Rekabet Kurulu'nun görüşü de bu yöndedir. Bkz. RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744); RKK, No: 01-10/100-24 (Kurul kararları, Kurumun <http://www.rekabet.gov.tr> adresinden temin edilebilir).

<sup>34</sup> Ekonominin belirli bir sektörü veya endüstrisindeki teşebbüslerin (genellikle birbirine rakip olan) menfaatlerini korumak ya da onları teşvik etmek amacıyla kurulmuş birlikler, ticaret birlikleri olarak nitelendirilirler. Belirli bir sektör veya endüstri teşebbüslerini ihtiva eden ticaret birlikleri, bu yönüyle teşebbüs birliklerinden daha kapsamlı olmakla birlikte, şüphesiz bunlar da RK 4. (ATA 81) maddesi kapsamında teşebbüs birliği olarak değerlendirilecektir. Bkz. BAEL, Ivo Van, BELLIS, Jean François, Competition Law of the EEC, Oxfordshire 1990, s. 330, 331.

<sup>35</sup> Birlik için üyelerin "teşebbüs" niteliği taşıyıp taşıyamaması sorunu, ilerleyen kısımda, ayrıca incelenecektir.

<sup>36</sup> Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 23, 24; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, Chicago 1971, p. 9.

<sup>37</sup> VAUGHAN, David, Law of the European Communities, Vol: 2, London 1986, s. 880.

hedefi her olayın kendi şartları içerisinde topluca değerlendirilerek bir sonuca ulaşılacaktır<sup>38</sup>.

## 2) Tüzel kişiliği haiz olan teşebbüs birlikleri

Rekabeti kısıtlayıcı kararı alan teşebbüs birliği, tüzel kişiliğe sahip bir topluluk ise bizzat kararından ötürü onun sorumlu tutulmasında hukuki bir engel yoktur. Kişi topluluklarının tüzel kişiliği haiz olması (örneğin dernek, vakıf, sendika, konfederasyon, kamu kurumu niteliğindeki meslek oda ve birlikleri vs.), tüzel kişiliğin kendisini meydana getiren kişilerden ayrı olarak hak ve borçlara sahip olması sonucunu doğurur.

Teşebbüslerin, özel hukuk ilkeleri çerçevesinde menfaatlerini koruyacak, aralarındaki işbirliğini güçlendirecek birlikler oluşturmaları, Rekabet Kanunu bakımından teşebbüs birliği olarak kabul edilmektedir. Kanunun "tanımlar" başlığı altındaki 3. maddesinde yer alan teşebbüs birliğine ilişkin tarif<sup>39</sup>, esasen bu tür birlikleri ima etmektedir. Bu yönüyle tanım eksiktir. Zira, kendi ihtiyarları dışında kanunen oluşturulmuş odalar yahut birlikler de şüphesiz Kanunun uygulama alanı içerisine girecektir<sup>40</sup>. Ancak rast gele ya da belirli bir süre için oluşturulan fiili gruplaşmalar, Rekabet Kanunu açısından teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez. Teşebbüs birliği esas olarak "teşebbüs" niteliği taşıyan sujelerden

<sup>38</sup> Bkz. AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 283; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8.

<sup>39</sup> "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler" teşebbüs birliği kabul edilir (RK m. 3).

<sup>40</sup> "... 5590 sayılı Kanun ile kurulmuş bulunan "Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği" (kısa adıyla TOBB), aynı Kanun'un 61'inci maddesi uyarınca, kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliğe sahip bir mesleki üst kuruluştur. Bu kuruluşun amacı, aynı kanuna göre oluşturulan "...Odalar ve borsalar arasındaki birlik ve dayanışmayı temin etmek, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, oda ve borsa mensuplarının mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bunların birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlük ve güveni hakim kılmak üzere, meslek disiplinini ve ahlakını korumak" ve "bu kanunda yazılı hizmetleri görmek"tir. ... kanunun amacına ilişkin 61'inci maddesinden ve özellikle Yönetim Kurulu'nun görevlerine ilişkin 67'nci maddesinden, Birliğin kamusal nitelikte bir görev yapmak üzere oluşturulmuş bir yasal kuruluş olduğu anlaşılmaktadır. Birliği oluşturan odalara ve borsalara mensup kişi ve kuruluşların piyasalarda ticari ve sınai mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan teşebbüsler olduğu bir gerçektir. Teşebbüslerin üye olduğu odalar ve borsalardan oluşan Birliğin, bir "teşebbüs birliği" olarak değerlendirilebileceği hallerin olması mümkündür. Nitekim Kanun Koyucu da, 4054 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde yer alan "teşebbüs birliği" tanımında, "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler..." denilmek suretiyle en geniş haliyle teşebbüslerden oluşan her türlü birliklerin, tüzel kişiliği olsun olmasın, kanun bakımından teşebbüs birliği olarak kabul edilmesini amaçlamıştır. Dolayısıyla TOBB'nin bazı işlem ve kararlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceği Kurulumuzca da kabul edilmiştir". RKK, No: 99-24/217-130, (RG, 12.06.2000, S. 24077).



oluşmalıdır. İktisaden ve hukuken bağımlı teşebbüsler, teşebbüs birliği tesis edemezler. Bu anlamda bağılı teşebbüs ya da holding çatısı, teşebbüs birliği olarak kabul edilemez<sup>41</sup>.

Bir birliğe üyelik, kanunen zorunlu tutulmuş olabileceği gibi (ticaret - sanayi odaları, deniz ticareti odaları, Türkiye Bankalar Birliği, Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği), tamamen gönüllü de (TÜSİAD, Beyaz Eşya Üreticileri Derneği, Giyim Sanayicileri Derneği, Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası gibi) olabilir. Herhangi bir ayırım yapılmadığından oda, birlik, dernek, sendika, federasyon gibi tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar teşebbüs birliği olarak kabul edileceklerdir<sup>42</sup>.

### 3) Tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs birlikleri

#### a) Genel olarak

Hukuka aykırı kararın sujesi olan teşebbüs birliği tüzel kişiliğe sahip ise bizzat karardan ötürü onun sorumlu tutulmasında hukuki bir engel yoktur. Fakat teşebbüs birliğinin tüzel kişiliğe sahip olup olmaması esaslı bir unsur olarak kabul edilmemektedir<sup>43</sup>. İşte bu noktada, tüzel kişiliğe sahip olmayan birliklerin nasıl sorumlu tutulacağı sorunu karşımıza çıkar.

Tüzel kişilikten yoksun olan topluluk, davacı sıfatını haiz olmadığı gibi topluluk olarak kendilerine karşı husumet de yöneltilemez. Aynı şekilde bu tür toplulukların icra takipleri açısından aktif ve pasif takip ehliyetleri de yoktur. Husumetin bütün ortaklara yöneltilmesi gerekir<sup>44</sup>. Tüzel kişiliği haiz olmayan toplulukların her türlü zarar ve ziyan yükümlülüğüne karşı sorumlulukları<sup>45</sup>, bir bütün olarak, fakat ferdi sorumluluk çerçevesinde ele alınacaktır<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> VAUGHAN, Law of the European Communities, Vol: 2, s. 880. Krş. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8.

<sup>42</sup> BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition, p. 2-031; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8.

<sup>43</sup> Bkz. Komisyonun CEMATEX kararı, GIJLSTRA, D. J., and MURPHY, D. F., Materials on the Competition Law of the EEC, Netherlands 1984, s. 138; OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 8; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition, p. 2-031.

<sup>44</sup> ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, s. 280, 281; KURU, ARSLAN, YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, s. 84. Geniş bilgi için bkz. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, s. 646 vd.

<sup>45</sup> Kurul tarafından verilen para cezası (m. 16) veya süreli para cezası (m. 17) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun (AATUHK) hükümlerine göre tahsil edilecektir (m. 55/2). "... Tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni

b) Tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs birliklerinin adi ortaklık hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi

Tüzel kişiliği bulunmayan teşebbüs birliklerine hal ve şartlara göre adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanabilir. Fakat bu çalışmanın konusunu doğrudan ilgilendirmedeği için adi ortaklık esaslarına sadece teşebbüs birliği ilkeleri çerçevesinde yer verilecektir. Adi ortaklık Borçlar Kanunu 520 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. BK 520. maddesi, adi ortaklığın tanımını yapmakla birlikte esasen bu tanım, genel olarak ortaklık sözleşmesinin tanımıdır. Anılan maddeye göre “şirket bir akiddir ki onunla iki veya daha ziyade kimseler saylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler” (BK m. 520). BK’deki tanımın yeterli olmadığı dikkate alınırsa adi şirketle ilgili genel ilkeleri şu şekilde tespit edebiliriz: Adi ortaklık, iki veya daha fazla kimsenin, hukuka<sup>47</sup> ve ahlaka<sup>48</sup> aykırı olmayan, iktisadi veya ideal<sup>49</sup> bir amaca yönelik<sup>50</sup>, bu amacı gerçekleştirmeye hizmet edecek her türlü edimi katılma payı olarak taahhüt ettikleri, ortakların ortaklık borçlarından dolayı sınırsız, birinci derecen ve müteselsilen sorumlu oldukları, tüzel kişilikten yoksun bir ortaklıktır<sup>51</sup>. Adi ortaklık sözleşmelerini benzer sözleşmelerden farklı kılan özelliği, ortak bir

---

temsalcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkül idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir” (AATUHK mükerrer m. 35).

<sup>46</sup> TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 112. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 280, 281.

<sup>47</sup> “Taraflar arasındaki 27.9.1990 tarihli adi ortaklık sözleşmesi, davalı dış teknisyenine ait dış hekimliği teknik ve dış protez laboratuvarı hizmetleri veren işyerinin, davacı dış doktorunun diplomasından faydalanarak işletmesini sağladığı ve bunu amaçladığı 1219 sayılı Yasanın kamu düzeni düşünceleri ile koyduğu kuralları bertaraf etmeyi hedef tuttuğu çok açıktır. Bu durumda sözleşmenin amacı ve tarafların akitte kararlaştırdıkları edim az yukarıda açıklanan yasanın emredici normlarıyla çatıştığı için hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı sözleşmeler butlan nedeniyle geçersizdir, hukuken taraflarını bağlamaz ve bir hak ve borç da doğurmaz. Böyle bir sözleşmeye dayanarak tazminat da istenemez” Y. 13. HD, 16.1.1996, 95-10823/51 (YKD, 1996, s. 415). Şüphesiz bu sonuç, rekabeti kısıtlamak amacıyla kurulmuş adi ortaklık sözleşmeleri için de geçerli olacaktır.

<sup>48</sup> Yargıtay, bir kararında genelev işletmek için kurulan adi şirketin, ahlak ve adaba aykırılığından dolayı, batıl olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Y. 4. HD, 29.1.1959, 10681/1331 (UYGUR, Turgut, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 7, Ankara 1994, s. 559).

<sup>49</sup> İktisadi olmayan her çeşit gayeye ideal gaye adı verilir (ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 36, 37). Örneğin siyasi, sportif, eğlence, yardımlaşma, bilimsel ve estetik amaçlar gibi (MK m. 53/1). İdeal gayeler için kurulmuş bir adi ortaklık, tüzel kişilik iradesi ve unsurunun olmaması bakımından derneklerden ayrılır (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 580).

<sup>50</sup> Domanıç, gayenin iktisadi olması gerektiğini vurgular. Bkz. DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Adi Şirketler Kollektif ve Komandit Şirketler, C. I, İstanbul 1998, s. 375, 376. Aynı yönde bkz. YONGALIK, Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 11.

<sup>51</sup> POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, İstanbul 1997, s. 42; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s. 852, 853.

amacın bulunması ve elbirliğiyle onun gerçekleştirilmesi iradesinin (affectio societatis) varlığıdır<sup>52</sup>. Ortaklık gayesi iktisadi olabileceği gibi ideal gaye de olabilir. Ortaklık gayesinin geçici veya devamlı olmasının da bir özellik arz etmeyeceği kabul edilir<sup>53</sup>.

Adi ortaklık pratik olarak hemen her türlü ihtiyaca cevap verebilecek, uygulama alanı oldukça geniş ve önemli bir ortaklık tipidir<sup>54</sup>. TK'daki şirket tiplerinin esaslarını taşımayan ticaret şirketlerine (TK m. 156, BK m. 520/2), kişilik kazanması mümkün olmayan veya henüz kişilik kazanmamış derneklere, ortak girişimlere<sup>55</sup> adi ortaklıkla ilgili hükümlerin uygulama imkanı vardır. YAVUZ, konuyla ilgili olarak aynen şöyle demektedir: “Gerçekte her çeşit kişi birliğinin temelinde bir adi ortaklık ilişkisi bulunur; bu sebeple adi ortaklıkla ilgili Kanun hükümleri, bütün kişi birliklerinin temel yapılarına özellikleri gözetilerek uygulanabilen genel hükümler niteliğindedir”<sup>56</sup>. Bu açıdan kartel ilişkilerine, sermaye piyasası başta olmak üzere her alanda kurulan konsorsiyumlara<sup>57</sup> adi ortaklık hükümleri uygulanabilecektir. İşte adi ortaklık şeklinde kurulmuş teşebbüs birliği kararlarından<sup>58</sup> dolayı her bir üye (ortak) müteselsilen sorumlu olacaktır.

c) Teşebbüs birliği olarak nitelendirilemeyecek kişi toplulukları arasındaki ilişki

Süreklilik arz etmeyen ya da bir veya birkaç esaslı unsuru bulunmadığı için adi şirket olarak kabul edilemeyecek oluşumların, teşebbüs birliği muamelesine tabi tutulması mümkün olmayacaktır. Hukuken geçerli bir “karar”ın varlığından söz edebilmek için tüzel kişi veya adi ortaklık olarak nitelendirilebilecek bir şahıs topluluğunda, yeter sayıda şahsın iradelerini

<sup>52</sup> HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 580.

<sup>53</sup> POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, s. 44.

<sup>54</sup> POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, s. 42.

<sup>55</sup> Ortak girişimler hakkında geniş bilgi için bkz. DAYINLARLI, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 22 vd; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, Ankara 1994, s. 7 vd; TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a Armağan, Ankara 1989, s. 143-176.

<sup>56</sup> YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 853. Ayrıca bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s. 580.

<sup>57</sup> Konsorsiyum, “belirli bir veya birkaç ticari işi gerçekleştirmek ve bundan kazanç elde etmek için birden ziyade teşebbüsün meydana getirdiği adi şirket niteliğinde akdi bir birleşmedir” KAPLAN, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, s. 19. Müşterek iş ortaklığı ile konsorsiyum arasındaki ilişki için bkz. aynı eser, s. 19, 20.

<sup>58</sup> BK m. 524'e göre “şirketin kararları bütün şeriklerin ittifakı ile ittihaz olunur. Akitte ekseriyetle karar verilmesi tasrih edilmişse ekseriyet şeriklerin adedi itibarıyla taayyün eder”. Görüldüğü gibi BK m. 524'te ortaklık kararlarının oy birliği ile alınmasından söz edilmekle birlikte sözleşmeyle ortakların oy çokluğu esasını benimseyebilecekleri de ifade edilmiştir.

aynı yönde açıklamış olmaları şarttır<sup>59</sup>. Dolayısıyla bu tür toplulukların “karar” olarak kabul edilebilecek ortak bir iradeyle temsil edilebilmelerinden söz edilemez. Bu tür oluşumların kararları batıl değil yoklukla maluldür. Bu durumda teşebbüslerin aralarındaki ilişkiye göre anlaşma veya uyumlu eylemin var olup olmadığı sorunu tartışılacaktır.

Karar olarak ortaya çıkan irade (teknik – hukuki anlamda karar değildir), uyulması zorunlu nitelikte ise teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın varlığının kabulü gerekir. Şayet teşebbüslerin aralarında mutabık kaldıkları sonuç, tavsiye niteliğinde ise karar birlik üyesi olan teşebbüslerce icra edilmedikçe herhangi bir sorumluluktan bahsedilemez. Bilindiği gibi birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında, hukuki bir sonuç doğurmak üzere kurulan ilişki, sözleşme veya anlaşma olarak nitelendirilmektedir. Teşebbüsler arası anlaşmaların ortak amacı ise taraflar arasındaki rekabeti ortadan kaldırmaktır. Böylece rekabet açısından piyasada yeknesak bir düzen oluşturmak hedefi, tarafların müşterek arzusudur. Bu durumda rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın tarafları, birbirinden farklı menfaat ve amaçlar üzerinde değil ortak bir hedef üzerinde mutabık kalmaktadırlar<sup>60</sup>. Bu yüzden tarafların rekabeti sınırlama amacı üzerinde birleştikleri kartel anlaşmalarını, ortaklık sözleşmesi özellikle adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkündür<sup>61</sup>. Bu halde teşebbüs birliği olarak kabul edilemeyecek kişi toplulukları arasındaki ilişkinin adi ortaklık sözleşmesine dayandığı söylenebilecektir. Fakat konunun oldukça ince tahliller gerektirdiği açıktır<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> OĞUZMAN, M. Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994, s. 101.

<sup>60</sup> Bkz. RITTER, Lennart - BRAUN, W. David - RAWLINSON, Francis, EEC Competition Law a Practitioner's Guide, Boston 1991, s. 61. Kartel anlaşmalarının iki taraflı sözleşmelerden farkı, bu tür anlaşmaların, karşılıklı veya birbirine aykırı değil, bitakis aynı yöndeki menfaatleri organize eden ilişkiyi ifade etmesidir. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda tarafların yükümlülüğünün muhtevasını oluşturan davranış, genellikle "yapmama" borcu şekline bürünmüştür (POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s. 51). Zira rakipler karşılıklı olarak faaliyet özgürlüklerini sınırlandırmakta veya aralarında rekabete yol açacak davranışlardan kaçınmayı taahhüt etmektedirler. Örneğin toptancı firmaların aralarında aynı cins malı perakendeci firmalara belirli bir fiyattan aşağı satmamayı taahhüt etmeleri (fiyat anlaşması) gibi (Bkz. İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 19).

<sup>61</sup> Bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, İşbirliği (Kartel) Sözleşmesi, Haksız Rekabet - Adi Şirket Yönetimi - Ycd-i Adle Tevdj, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, III, Ankara 1998, s. 61; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar Hukuku, s. 28.

<sup>62</sup> “Kartel bir ortaklık ilişkisi olarak şekillenebileceği gibi, bunun dışında bir yapıda, mesela dernek halinde oluşumu da mümkündür. Diğer yönden kartel, sadece kartel mensupları arasında bir anlaşmadan yani basit bir sözleşme bağından ibaret olabileceği gibi, çifte ortaklık biçiminde yapılmış, organize bir birlik olarak da karşımıza çıkabilir. Keza, ortaklık ilişkisi biçiminde ortaya çıkan bir kartel kimi zaman adi ortaklık, kimi zamanda diğer bir şirket niteliğini taşıyabilir. Tüm bu farklı yaklaşımlar ve ihtimaller karteller için nitelik belirlemede tek

#### 4) Birlik için üyelerin “teşebbüs” niteliği taşıyıp taşıyamaması sorunu

Üyeleri arasındaki dayanışmayı, işbirliğini sağlamak üzere kurulan teşebbüs birliğinin hangi şekilde örgütlendiği önemli değildir. Bu amaçları takip eden birlik; oda, dernek, kulüp, sendika, federasyon, konfederasyon, vs. gibi nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin, Rekabet Hukuku bakımından teşebbüs birliği olarak kabul edilecektir. Rekabet Kurumu şüphesiz idari bir organdır. Tarafların özel hukuka ilişkin talepleri hakkında karar veremez. Burada Kurul’a intikal eden bir olayı örnek alarak, birlik için üyelerin “teşebbüs” niteliği taşıyıp taşıyamaması sorununu ve konunun sorumluluk hukukuna ilişkin boyutunu incelemeye çalışacağız. Kurul kararına konu olan olayda, *sadece reklam ajansları üst düzey yöneticilerinin üye olabilecekleri* “Reklamcılar Derneği” teşebbüs birliği olarak kabul edilmiştir<sup>63</sup>.

Reklamcılar Deneği kurul tarafından kendileri aleyhine soruşturma açılmasına itiraz etmiştir. Sözkonusu derneğin iddiasına göre, derneğin üyeleri reklam ajansları değil, reklam ajansında çalışan kişilerdir<sup>64</sup>. Yine “adı geçen dernek, yazılı basın izleme araştırması piyasasında olmadığını, derneklerin üreten ve pazarlayan nitelikleri olamayacağını belirterek, 4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesine göre teşebbüs sayılamayacaklarını iddia etmiştir”. Rekabet Kurulu da Reklamcılar Deneğini “teşebbüs” değil teşebbüs birliği olarak nitelendirmiştir<sup>65</sup>.

Rekabet Kanunu uygulaması bakımından teşebbüs, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler”dir (m. 3). Teşebbüs birliği ifadesi ise “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için

---

bir müesseseye bağlanılamayacağını göstermektedir” (BARLAS, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme ilişkileri*, İstanbul 1998, s. 149).

<sup>63</sup> RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

<sup>64</sup> “Adı geçen dernek tarafından yazılı savunmalarında, haklarında soruşturma açılmasına dayanak yapılan reklam ajanslarının Reklamcılar Derneği’ne üye olduğu görüşünün yasal ve doğru olmadığı belirtilmiştir. Ancak dernek tüzüğüne ilişkin ilgili maddeleri incelendiğinde, reklam ajanslarının karar alma mekanizmasında yer alan ya da karar alma mekanizmasını etkileyebilen (üst düzey yönetici) reklamcıların üye olabileceği ve bu kişilerin de üye oldukları anlaşılmıştır” RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

<sup>65</sup> “Adı geçen dernek, yazılı basın izleme araştırması piyasasında olmadığını, derneklerin üreten ve pazarlayan nitelikleri olamayacağını belirterek, 4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesine göre teşebbüs sayılamayacaklarını iddia etmiştir. Esasen Reklamcılar Derneği bir teşebbüs olarak tanımlanmamış, teşebbüs temsilcileri ile diğer gerçek kişilerden oluşan bir teşebbüs birliği olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Kanun’un 3 üncü maddesinde teşebbüs birliği için mal veya hizmet üretmek ya da pazarlamak ya da ekonomik amaç gibi ölçütler aranmamış, yalnızca “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler”e atıf yapılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla Reklamcılar Derneği’nin 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs birliği olduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır” RKK, No: 99-13/99-40, (RG, 03.07.1999, S. 23744).

oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birliği” kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Şu halde teşebbüs birliğinden söz edebilmek için birliğe üye, “teşebbüs” olarak kabul edilebilecek, Rekabet Hukuku sujelerine ihtiyaç vardır. Reklamcılar Derneği teşebbüs birliği olarak nitelendirilirse, doğal olarak, dernek üyelerinin her birisi “teşebbüs” sayılmalıdır. Acaba dernek üyeleri teşebbüs olarak kabul edilebilir mi?

2908 sayılı Dernekler Kanunumuza<sup>66</sup> göre, dernek kurabilmek için “en az yedi gerçek kişinin” (m. 1) varlığı zorunlu olduğundan, tüzel kişilerin bir derneğe kurucu veya üye sıfatıyla katılabilmesi mümkün görünmemektedir<sup>67</sup>. Olay bakımından reklam ajanslarının tüzel kişiliği haiz olup olmadığı yolunda bir açıklık bulunmadığından, derneğe üyelikle ilgili kanuni engelin aşılmış olmadığını tartışmak da yersiz olacaktır. Olaydan anlaşıldığı kadarıyla Reklamcılar Derneği sadece reklam ajansları üst düzey yöneticilerinin üye olabildikleri bir dernektir.

Kurul kararında, teşebbüs birliği olarak kabul edilen Reklamcılar Derneği üyeleri reklam ajansları üst düzey yöneticileri ile ilgili şu iki hususu birbirinden ayırt etmek gerekecektir. Şayet reklam ajansları birer gerçek kişi işletmesi ve derneğe üye üst düzey yönetici olarak bahsedilen kişiler sözkonusu gerçek kişilerden oluşuyorsa pekala üyelerin teşebbüs<sup>68</sup> oldukları sonucuna varılacaktır. Bu takdirde Reklamcılar Derneğinin teşebbüs birliği olarak nitelendirilmesi kuşkusuz yerinde bir değerlendirme olacaktır. Ancak reklam ajansları ticaret şirketi şeklinde faaliyet gösteren işletmeler ise “teşebbüs” sıfatı bizzat işletmeye ait olduğundan, işletme yönetici veya temsilcilerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, Reklamcılar Derneğinin, “teşebbüs” veya “teşebbüs birliği” olarak kabul edilip edilemeyeceği sorununun ayrı ayrı tartışılması zorunlu olacaktır.

<sup>66</sup> RG, 7.10.1983, S. 18184.

<sup>67</sup> Halbuki “Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun”da (RG, 7.4.1987, S. 19424) hakiki veya hükmi şahısların derneğe üye olabilmeleri kabul edilmiştir (m. 1). Yürürlükten kaldırılan 1630 sayılı Dernekler Kanunu bakımından konuyla ilgili tartışma için bkz. ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, s. 117-121.

<sup>68</sup> TK m. 14 hükmüne göre bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten veya ticari işletmenin kurulup açıldığını belirli şekillerde ilan eden kimse tacir sayılır. İşletmeyi ilgili kimsenin kendi adına işletmesi şartı gereği, tacirin çeşitli şekillerde emek ve mesailerinden yararlandığı yardımcıları (bağlı olmayan yardımcıları dışındaki) ticari mümessil, ticari vekil, seyyar tüccar memuru, şirket ortakları ve yöneticileri gibi kişiler işletmeyi kendi adlarına değil temsilcisi yahut yardımcısı oldukları kişi adına gerçekleştirdikleri için tacir sayılmazlar. (Ayrıntılı bilgi için bkz. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 108-110; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 193 vd.; İMREGÜN, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, s. 39 vd.; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 93 vd). Bu bilgiler aynen konumuz için de geçerlidir. Dolayısıyla reklam ajansını kendi adına işleten adi şirket ortağı da tacir sayılacaktır.

Reklamcılar Derneği savunmasında, “derneklerin üreten ve pazarlayan nitelikleri olamayacağını belirterek, 4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesine göre teşebbüs sayılamayacaklarını iddia etmiştir”. Gerçekten dernek ile şirketi birbirinden ayıran en önemli nokta, derneklerin iktisadi amaçlara yönelik kurulamamasıdır (MK m. 53). Bir dernek iktisadi amaçlı kurulduğu takdirde dernek olma vasfını kaybeder, şirketlerle ilgili hükümlere tabi olur (MK m. 52/2). Dernekler ancak ideal (siyasi, dini, ilmi, bedii, hayri) amaçlar için kurulabilir. Fakat dernek, ideal amacını gerçekleştirmek için ticari bir işletme işletirse, TK m. 18/1 gereği tacir sayılacaktır<sup>69</sup>. Yani yegane amaç iktisadi olmamakla birlikte, amacı gerçekleştirmeye yönelik araç pekala ticari olabilir. Şu halde amacını gerçekleştirebilmek için ticari işletme işleten bir dernek; Ticaret Kanunu açısından tacir, Rekabet Hukuku bakımından da teşebbüs sayılacaktır. Dernekler Kanununun derneklere, üyelerine kazanç paylaşımını yasakladığını yani elde edilen kazancın sarf şekliyle veya nasıl kullanılacağı konusunda ilgili bir kısıtlama getirdiği, kazanç paylaşma dışındaki ekonomik amacı yasaklamadığı düşünülebilir<sup>70</sup>. Dolayısıyla hal ve şartlara göre, iktisadi faaliyetlerle meşgul olduğu ölçüde (bu durum somut olaydan anlaşılmadığından), Reklamcılar Derneğinin teşebbüs olarak kabul edilebilmesi mümkündür<sup>71</sup>.

Reklamcılar Derneğinin teşebbüs birliği olarak kabul edilip edilmemesinde şu hususlar üzerinde durulması zorunlu olacaktır. Reklamcılar Derneğine reklam ajansları üst düzey yöneticileri üye olabildiklerine göre, bu kimselerin, teşebbüs birliğini oluşturan teşebbüs olarak kabul edilmeleri sözkonusu edilemeyecektir. Burada, bir derneğe üyeliğin temsil ilişkisi yoluyla yürütülüp yürütülemeyeceği sorusu aklımıza gelmektedir. Üyelik hakları bir başkasına devredilemese de üyelik haklarının bir temsilci vasıtasıyla kullanılması mümkün olmalıdır<sup>72</sup>. Ancak olay

<sup>69</sup> “Gayesine erişmek için ticari şekilde icrayı sanat eden bir cemiyet kendisini sicile kaydetmekle mükelleftir (MK m. 54/2). Burada sözü edilen sicil dernek kütüğü değil ticaret sicilidir. Ayrıca sicile kaydı gereken husus derneğin işlettiği ticari işletmedir (TST m. 72). Derneğin iki veya daha fazla ticari işletmesi varsa her bir işletme ayrı ayrı kaydedilmelidir (TST m. 22/1). Dernek iktisadi işletmeleri hakkında bkz. BALLAR, Suat, Türk Dernekler Hukuku, İstanbul 1996, s. 559 vd.

<sup>70</sup> DK 1. maddesinde “iktisadi olmayan amaç”tan bahsedilmeyerek, derneklerin üyelerine kazanç paylaşımını yasaklamayacağından söz edilmiştir. Bu ifadeden hareketle, kazanç paylaşım dışında kalan ekonomik amaca yönelik kişi birliklerinin, dernek olarak kurulabilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Dolayısıyla elde ettiği karı, üyeleri arasında paylaşmıyıp, üyelerin kredi ihtiyacını karşılamak üzere bir dernek kurulabilmesi mümkün olmalıdır (ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 116).

<sup>71</sup> Bir ticari işletmenin varlığı açısından, elde edilen gelirin nereye sarf edilmiş olduğu belirleyici bir unsur sayılmaz. Örneğin kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin faaliyetlerinden elde ettiği gelirin kamu hizmetlerine, bir dernek veya vakfa ait işletmenin gelirinin de iktisadi olmayan amaçlara tahsisi mümkündür. Bkz. KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, s. 158, 159.

<sup>72</sup> Bkz. ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, s. 255, 256.

bakımından derneğin üyeleri reklam ajansları değil, bunların üst düzey yöneticileridir. Dolayısıyla üye olmayan kişilerin üyelik haklarının temsil yoluyla kullanılması da mümkün değildir. Fakat burada “dolaylı temsil”<sup>73</sup> ilişkisinin varlığı düşünülebilir. Bizzat derneğe, diğer üyelere ve üçüncü kişilere karşı bütün işlemler dolaylı temsilci tarafından kendi adına yapılmakta, sözkonusu işlemlerden doğan hukuki sorumlulukta kendi üzerinde doğmaktadır<sup>74</sup>. Üçüncü şahıslar, karşısındaki kimsenin bir başkası hesabına hareket ettiğini bilmediğinden, onun bu işlemi bizzat kendisi için yaptığını zanneder. Zira Reklamcılar Derneğine, ancak reklam ajansları üst düzey yöneticileri üye olabildiklerinden, bu kimselerin sözkonusu ajansları temsilen dernekte buldukları aşıkardır. Hatta reklam ajansındaki yönetici sıfatının yitirilmesi, Reklamcılar Derneği tüzüğü gereği, üyelik sıfatını kendiliğinden<sup>75</sup> sona erdirebilir. Hatta üyeliği, belirli bir sıfatla kısıtlayan Dernek tüzüğünün açık hükmü gereği, doğrudan temsil ilişkisinin varlığı sonucuna da ulaşmak mümkündür. Fakat yukarıda bahsettiğimiz gibi aslen derneğe üye olmayan kişilerin üyelik haklarının temsil yoluyla kullanılması düşünülemez. Görüldüğü gibi DK’nun tüzel kişilerin derneklere üye olmasını engellemesi, adeta kişileri “kanuna karşı hile” yoluna teşvik etmektedir<sup>76</sup>.

“Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik” teşebbüs birliği olarak kabul edildiğine göre, öncelikle birlik üyeleri teşebbüs olarak nitelendirilebilecek birimlerden oluşmalıdır. Somut olaydan da anlaşılacağı üzere, birlik için üyelerin, mutlak olarak “teşebbüs” sıfatını taşımaları zorunluluğunu aramak, herhalde katı bir tutum olacaktır. Teşebbüs birliğinden maksat, üye teşebbüsler arasındaki dayanışmayı, birliği, bilgi ve tecrübe paylaşımını sağlamak, belirli amaçların gerçekleşmesine katkıda bulunmak ise bu hedefleri gerçekleştirmeye hizmet edecek her türlü oluşum, üyelerinin teşebbüs sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, teşebbüs

<sup>73</sup> Dolaylı temsil, temsilcinin hukuki işlemi kendi adına fakat temsil olunan hesabına yaptığı temsil türüdür. Bu yüzden üçüncü şahıs karşısındaki kişinin (temsilcinin) başka birisinin mümessili olduğunu bilmez ve işlemi bizzat kendisi için yaptığını zanneder. Dolayısıyla yapılan işlemlerden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsilciye ait olur. Fakat sonradan temsilci sözkonusu hak ve borçları “alacağın temliki” ya da “borcun nakli” hükümlerine göre temsil olunana devreder (BK m. 32/2, 3).

<sup>74</sup> Hususi şirket (iç ortaklık) ilişkisiyle krş. POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar Hukuku, s. 44-47.

<sup>75</sup> Üyelik, üyenin ölümü, gaipliğine karar verilmesi (MK m. 31), ya da derneğe üyelik için öngörülen koşulların ortadan kalkması gibi sebeplerle kendiliğinden sona erer. Örneğin, “Öğrenci derneği üyesi iken öğrencilik sıfatı sona erenlerin, 39 uncu maddeye göre kamu hizmeti görevlilerince kurulan derneklerin üyesi iken o derneğin kurulduğu kamu kurum veya kuruluşundan ... ayrılanların ... derneklerdeki üyelikleri sona erer” (DK m. 17). Ayrıca bkz. ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, s. 243.

<sup>76</sup> Bu yönde bkz. ÖZSUNAY, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, s. 53.



birliği olarak kabul edilmelidir. Bu sonuç benimsendiği takdirde, üye üst düzey yöneticiler teşebbüs olmadıkları halde, reklamcılar derneğinin teşebbüs birliği gerekçesiyle sorumluluğu makul bir zemine oturtulabilecektir<sup>77</sup>. Bu durumda sözkonusu rekabet ihlalinin Reklamcılar Derneği teşebbüs birliği sıfatıyla, reklam ajansları da temsil ilişkisi sebebiyle sorumlu tutulabilecektir.

İkinci bir yol olarak, özellikle bu tür ilişkilerdeki tazminat sorumluluğu bakımından *reklam ajansları*, derneğe üye yöneticilerinin rekabeti kısıtlayıcı fiillerinden, “istihdam eden” (BK m. 55) sıfatıyla sorumlu tutulabileceklerdir. Rekabet Kanunundaki yasak faaliyetleri icra eden üye temsilcilerin fiillerinden zarar gören kimseler, maruz kaldıkları zararların tazminini, en başta dernekten<sup>78</sup>, kusurlu eyleminden dolayı organdan (MK m. 48/3)<sup>79</sup>, istihdam ilişkisinden hareketle reklam ajanslarından, müteselsil sorumluluk ilkesi çerçevesinde isteyebileceklerdir. Ayrıca reklam ajanslarının, kusursuz sorumluluk ilkesini benimseyen RK 57. maddesi karşısında, BK m. 55'teki “kurtuluş beyyinesi”ne<sup>80</sup> dayanarak sorumluluktan kurtulabilme imkanı da mevcut değildir.

Tüzel kişi organlarının haksız fiillerinden sorumluluğu ile istihdam edenin BK m. 55'e göre yanında çalıştırdığı kişilerin haksız fiillerinden sorumluluğu, nitelik olarak aynı olmakla birlikte, “kurtuluş beyyinesi”nden yararlanma imkanının bulunmaması bakımından birbirinden farklıdır<sup>81</sup>. Tüzel kişi organları müstahdem sayılmayacağından, tüzel kişiler, organın

<sup>77</sup> Rekabet Kurulu, anılan kararında, gerekçe göstermeksizin Reklamcılar Derneğini teşebbüs birliği olarak kabul etmiştir. ASLAN da BIAK kararıyla ilgili incelemesinde bu değerlendirmenin isabetli olduğuna işaret etmektedir. Bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, “Rekabet Kurulunun BIAK Kararı Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi, C. I, S. 2, s. 6, 7.

<sup>78</sup> Tüzel kişiler organların hukuki tasarrufları ve haksız fiillerinden sorumludur (MK m. 48/2).

<sup>79</sup> “Tüzel kişinin fonksiyonlarını, kanuna veya tüzel kişinin tüzüğüne göre bağımsız olarak yerine getirmek üzere seçilen veya atanan ya da kendisine bu fonksiyonları bağımsız bir şekilde yerine getirme yetkisi fiilen ve dışardan belli olacak biçimde verilen kişi (kişi organı) veya kişi gruplarına (kurul organı) organ adı verilir. ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, s. 72. Ayrıca bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, İstanbul 1991, s. 45, 46.

<sup>80</sup> BK m. 55'e göre istihdam eden, a) zararın meydana gelmemesi için bütün dikkat ve özeni gösterdiğini veya b) şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur. Geniş bilgi için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, İstanbul 1994, s. 161 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993 s. 503 vd.

<sup>81</sup> Sorumluluğun niteliği ve şartlar hakkında bkz. ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, s. 778 vd; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 46, 47.

haksız fiillerinden dolayı, BK m. 55' teki kurtuluş beyyinesine dayanarak sorumluluktan kaçınamayacaktır<sup>82</sup>.

Rekabet sınırlamaları da tıpkı haksız rekabet gibi, özü itibarıyla bir haksız fiildir. Kanun 57. maddesi ile bir kusursuz sorumluluk hali kabul etmiştir. Kanunun hukuka aykırı olan eylem, karar veya anlaşma ile rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanan kimseleri, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecbur tutan hükmü (m. 57), tarafların kusurlu olup olmamasını dikkate almamıştır. Konuyu özel olarak düzenleyen Kanunun ifade şekliinden farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Endüstri ve teknolojinin, kapitalist ekonomi anlayışının giderek gelişmesi ve yaygınlaşması bazı hâllerde “kusur” prensibinden ayrılmayı zorunlu kılmıştır<sup>83</sup>. Fakat bugüne kadar kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin ortak bir kural getirilememiştir<sup>84</sup>. Bugün için haksız fiilden doğan sorumlulukta genel esas kusura dayanan sorumluluktur. Bu yüzden, kanuni bir düzenlemeye dayanmadan, herhangi bir konunun doğrudan kusursuz sorumluluğa<sup>85</sup> tabi olduğunu söylemek isabetli sayılmaz. Fakat Yargıtay kararları arasında da kusursuz sorumluluğa ilişkin içtihatlar<sup>86</sup> bulunmaktadır<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Fakat organların emrinde çalışan kimselerin verdikleri zararlardan tüzel kişinin sorumluluğu şüphesiz BK m. 55 hükmü çerçevesinde değerlendirilecektir.

<sup>83</sup> İMRE, Zahit, “Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler”, İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S. 1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 408; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 497. Genel bilgi için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul 1994, s. 8-12; TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 91, 92.

<sup>84</sup> Bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 160; İMRE, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, s. 408.

<sup>85</sup> Kusur aranmayan sorumluluğun ortak esaslarını şu başlıklar altında toplamak mümkündür: “1- Sorumluluk şartları, sorumluluğu düzenleyen hükümlerin her birinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Her birinde sorumluluğun kapsamı, bu husustaki şartları belirleyen hükmün (normun) koruma amacı ile sınırlıdır. ... 2- Kusursuz sorumluluğu gerektiren şartların varlığını ispat mağdura düşer. ... 3- Zararın tespiti, tazminatın tayini, yetkili mahkeme, zamanaşımı konularında, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi belirtilmiş olmadıkça, Borçlar Kanununun kusura dayanan sorumluluk hükümleri (BK m. 42-49, 60) uygulanır” OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 91.

<sup>86</sup> Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 153-160.

<sup>87</sup> “... Borçlar Kanununda haksız fiilden sorumlulukta genel esas kusura dayanan sorumluluk olarak kaldığı ve bir genel kusursuz sorumluluk esası kanunda yer almadığı cihetle, bir kanun hükmüne dayanmayıp, kanun boşluğu bulunduğunu ileri sürerek içtihatla kusursuz haksız fiil sorumluluğu halleri ihdas etmek kanuna aykırı düşer. Buna mukabil mevcut bir kanun hükmünün yorumlanması ile kanunda bir kusursuz sorumluluğun düzenlendiği sonucuna varılması mümkündür. Evvelce kusura dayanan sorumluluk hallerini düzenledikleri tarzında yorumlanan BK. m. 55. ve 56'daki hükümlerin, sonradan, kusursuz sorumluluğu

Rekabet Kanunu, haksız fiil niteliğindeki hukuka aykırı davranışlardan kaynaklanacak sorumluluğun esaslarını özel olarak düzenlemiştir. Bu tür uyuşmazlıklarda BK m. 41'deki şartların değil, RK m. 57'deki şartların gerçekleşmesi aranacaktır<sup>88</sup>. Dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki hukuka aykırı davranışlardan kaynaklanan ve özel bir hükümle düzenlenen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu düşünüyoruz. Çünkü:

1) RK 57. maddesi hükmü, tıpkı BK m. 54, 55, 56, 58'de<sup>89</sup> olduğu gibi, “kusur” şartına yer vermemiştir.

2) “Kanuni ceza şartı”<sup>90</sup> olarak nitelendirdiğimiz üç kat tazminat talebi, ancak “ tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin” (RK m. 58/2) bulunduğu durumlarla sınırlı olarak geçerli kabul edilecektir. Yani kanun koyucu sadece üç kat tazminat talebi için tarafların kusurlu hareketlerini şart koşturmuştur. Halbuki RK m. 57'de “kusur”dan hiç söz edilmemiştir. Kanun koyucunun iradesi, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki faaliyetlerden kaynaklanacak sorumluluğu “kusur” sorululuğu olarak kabul etmek yönünde idi ise haksız fiillerle ilgili BK m. 41'e atıfta bulunmakla yetinebilirdi. Şu halde Kanunumuzun tazminat sorumluluğunda “kusur” şartını, sadece üç kat tazminat hali ile sınırlı olarak dikkate aldığı söylenebilir. Bu yüzden kanun koyucunun bilerek ve isteyerek “kusur” şartına yer vermediğini düşünüyoruz.

3) Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki işbirliği davranışlarının (RK m. 4), hakim durumdaki teşebbüs uygulamalarının (RK m. 6), birleşme ve devralmaların (RK m. 7) hukuka aykırı kabul edilmelerinde de kusur şartına yer verilmemiştir<sup>91</sup>. Bu durumda, *hukuka aykırılığı* kabul edilen, fakat kusur şartının gerçekleşmemesinden dolayı ortaya çıkan zararların tazmin edilemeyeceği bir sonuçla karşılaşılacaktır<sup>92</sup>. İşte bu hal, izahı mümkün olmayan bir çelişkidir. Ayrıca özellikle işbirliği davranışları (teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları), teşebbüslerin bilerek ve isteyerek taraf oldukları hukuka aykırı eylemler olduğundan,

---

düzenledikleri tarzında yorumlanması böyledir” OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 5. Ayrıca bkz. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, s. 12, 13.

<sup>88</sup> Tazminat sorumluluğunun şartları hakkında bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 298 vd.

<sup>89</sup> Bu hallerden kaynaklanan sorumluluğun dayandırıldığı esaslar için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 498 vd; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 5 vd.

<sup>90</sup> Üç kat tazminat talebinin hukuki niteliği için bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 306-308.

<sup>91</sup> TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 31.

<sup>92</sup> Ayrıca bkz. TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 94.

ortaya çıkan zararların da genellikle tarafların kusurlu davranışlarından kaynaklandığını söylemek yanlış sayılmayacaktır. Öyleyse bu tür ihlallerde, tarafların kusurlu hareket edip etmediklerini araştırmanın hangi pratik değere sahip olacağı sorusu sorulabilir.

4) Nihayet, bir ihtimal olmakla birlikte, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı davranışlarının sebep oldukları zararlardan, başkaca bir şart aranmaksızın sorumlu tutulacağı esasının kabulü, teşebbüsleri dikkatli davranmaya zorlayacaktır. Bu açıdan sebep sorumluluğu ilkesi<sup>93</sup>, hukuka aykırı davranışları dolayısıyla ortaya çıkacak zararları önleyici bir rol oynayabilir<sup>94</sup>.

Kanuna göre rekabeti kısıtlayanların kusursuz sorumluluğu, piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği büyük önemden ve bu durumun toplum açısından bir zorunluluk teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Kusur aranmayan bu sorumlulukta hukuka aykırılığı, piyasa düzeninin bozulmasına, rekabetin kısıtlanmasına sebep olma teşkil etmektedir. Bu sorumluluğun uygulama alanı ise Kanunun 1. maddesinde ifadesini bulan amacı ile sınırlıdır. Şu halde mal veya hizmet piyasalarındaki rekabetin, teşebbüsler arası işbirliği davranışlarıyla (anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları ile birleşme ve devralmalar) veya hakim konumdaki teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları suretiyle bertaraf edilmesi, sorumluluğun uygulama alanını çizmektedir. Dolayısıyla istihdam eden sıfatıyla reklam ajanslarının, BK m. 55'teki "kurtuluş beyyinesi"nden yararlanma imkanları olsa bile, kusursuz sorumluluğa dayanan tazminat yükümlülüğüyle ilgili sorumluluktan kurtulabilmeleri mümkün olmayacaktır. Bu durumda gerek Reklamcılar Derneği (birlik sıfatıyla) gerekse reklam ajansları, birliğe üye yöneticileri istihdam eden sıfatıyla, zarar gören kimselere karşı, müteselsilen sorumlu olacaklardır (RK m. 57, BK m. 50).

Kanun normal tazminat dışında, "kanundan doğan ceza şartı" niteliği taşıyan üç kat tazminat talebini kabul etmiştir. Kanunun bu hükmüne göre "ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir (RK m. 58/2). Görüldüğü gibi üç kat tazminat talebinin gündeme gelebilmesi, Kanunu ihlalin, tarafların kastı veya ağır ihmali neticesinde gerçekleşmiş

<sup>93</sup> Sebep sorumluluğunun uygulanabilme imkanıyla ilgili düşünceler için bkz. TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 93-95, OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 2, 3.

<sup>94</sup> İMRE, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler, s. 416. Şüphesiz yukarıdaki sonucun aksi de düşünülebilir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, s. 2.

olması şartına bağlıdır (m. 58/2). İşte normal tazminat yolundan farklı olarak, üç kat tazminat talebi, üye yöneticilerin davranışlarından kaynaklanmakta ise istihdam eden BK m. 55'teki kurtuluş beyyinesine dayanmak suretiyle (objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek) tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilecektir.

Son olarak, sorumluluk hukuku dışında kalmakla birlikte, kusurun idari nitelikli para cezalarının takdirindeki rolüne de işaret etmek isteriz. Bilindiği gibi Rekabetin kısıtlanmasına veya bozulmasına sebep olan teşebbüsler, bu sonuca yol açan davranışlarında kusurlarının bulunup bulunmamasına bakılmaksızın ayrıca para cezaları ile cezalandırılacaklardır (RK m. 16, 17)<sup>95</sup>. Ancak kusurun derecesi (kast veya ihmali), teşebbüslerin piyasa gücü ve zararın ağırlığı gibi unsurlar, tatbik edilecek cezaların miktarında farklılığa yol açar (RK m. 16/4)<sup>96</sup>. Kanunda düzenlenen her türlü para cezası, idari nitelikte para cezasıdır<sup>97</sup>. Para cezaları Kanuna aykırı hareket eden taraflardan her birine ayrı ayrı tatbik edilir (RK m. 18/1)<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> AB uygulamasında, Komisyonun teşebbüs veya teşebbüs birliklerine para cezası uygulayabilmesi, kusur şartına bağlanmıştır (17 Sayılı Tüzük m. 15/1, 2). Para cezalarının miktarı ise ihlalin önemi (ağırlığı) ve süresi dikkate alınarak belirlenecektir (17 Sayılı Tüzük m. 15/2 son cümle). Ayrıca bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, p. 72; BAEL, BELLIS, *Competition Law of the EEC*, s. 500; WHISH, *Competition Law*, s. 308; KENT, *Law of the European Union*, s. 209.

<sup>96</sup> Yıkıcı fiyat konusunda aralarında mutabık kalan "şirketlerin faaliyetlerinin Adıyaman ilindeki 12 kg.lık tüplü likit petrol gazı dağıtım piyasası ile sınırlı olması, Rekabet Kurulu'nun önaraştırmaya başlaması ile birlikte kısa sürede ihlalin sona erdirilmesi, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasının henüz başlamış olması dolayısıyla rekabet kurallarının ve bu kültürün yerleşmiş olmaması, bu anlaşmaya taraf olan şirketlerin davranışlarında şikayetçinin, kaçak gaz kullanmak, teknik standartlara uymamak gibi hukuka aykırı eylemlerinin de rolü olduğu şeklindeki savunmaları ile tarafların soruşturma esnasındaki genel tutum ve davranışları ve özellikle Kurum'un çalışmaya başladığını ilan ettiği tarihten bir gün önce ihlale son veren" teşebbüslerin bu davranışları ceza miktarının takdirinde etkili olmuştur. RKK, No: 93/750-159 (Rekabet Dergisi, C. 1, S. 1, s. 137).

<sup>97</sup> Aynı şekilde bkz. 17 Sayılı Konsey Tüzüğü m. 15/4.

<sup>98</sup> Teşebbüslere yasak faaliyetlere girişmelerini önlemek bakımından takdir edilecek cezaların caydırıcı miktarda olması şarttır. Örneğin fiyat tespiti anlaşması sonucunda kârlarını 500.000 \$ arttırmayı planlayan teşebbüslerin, bu durumun tespit edilmesi sonucunda 5.000.000 \$ cezaya maruz kalacaklarını bilmeleri, sözkonusu yasak faaliyete girişmenin cazibesini ortadan kaldıracaktır. Bkz. PHILLIPS, Bernard, "Goals, Instruments and Institutions of Competition Law", in *Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade*, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 13.

#### **IV) Teşebbüs Birliği Kararları**

##### **1) Genel olarak**

Teşebbüslerin menfaatlerini korumak ve aralarındaki koordinasyonu sağlamak amacıyla birlikler oluşturması olağan bir yoldur. Teşebbüsler arası anlaşmalarla rekabetin kısıtlanmasını yasaklayan Rekabet Kanununun, teşebbüs birliklerinin, üyelerini organize etmek suretiyle rekabeti kısıtlamalarına müsamaha ile bakması düşünülemez<sup>99</sup>. Teşebbüs birliği çatısı, üye teşebbüsler arası rekabetin bertaraf edilmesine hizmet edecek en uygun ortamı oluşturur.

Teşebbüs birliğinin esas amacı, üye teşebbüsler arası dayanışma ve işbirliğini güçlendirmektir<sup>100</sup>. Fakat bu amacın da ötesinde teşebbüs birliğinin bizzat iktisadi faaliyetlerle (üretim, dağıtım, satış vs.) meşgul olması mümkündür<sup>101</sup>. Ancak bu takdirde, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetin bizzat tarafı olan birliğin "teşebbüs" olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu karşımıza çıkar. Bu durumda doğal olarak ilgili birlik, teşebbüs olarak kabul edilirse, sözkonusu teşebbüsler arasında Rekabet Kanunu 4. maddesinde hukuka aykırı faaliyetler içerisinde sayılan teşebbüs birliği kararıyla birlikte, doğrudan doğruya teşebbüsler arası anlaşma veya uyumlu eylemin var olup olmadığı sorusu, haklı bir tartışma zemini bulacaktır<sup>102</sup>. Önemli olan

<sup>99</sup> Bkz. BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29; WHISH, Competition Law, s. 193, 194.

<sup>100</sup> BISSOCOLI, Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law, s. 80, 81; GOYDER, EC Competition Law, s. 409.

<sup>101</sup> Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition, p. 2-031; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880.

<sup>102</sup> Bu durumda, tıpkı üyeleri gibi çeşitli iktisadi faaliyetleri deruhte eden teşebbüs birliğinin ön ayak olduğu rekabeti kısıtlayıcı işbirliği faaliyetlerinde, nasıl hareket ettiği (birlik ya da teşebbüs) veya rekabet düzeni menfaatler dengesi açısından birliğin, birlik yahut teşebbüs sıfatlarından hangisine ağırlık verilmesi gerektiği sorusu akla gelebilecektir. Bu soruya verilecek cevaplar, doğal olarak yasak faaliyetin (karar veya bakış açısına göre anlaşma yahut uyumlu eylem) görünümünü de değiştirecektir. Gerçi Rekabet Hukuku açısından karar ve anlaşma arasında, teşebbüs birliği organizması dışında, önemli bir farkın varlığı iddiasında bulunmak zordur. Zira rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, genel borçlar hukuku anlaşmalarında (sözleşme) olduğu gibi, birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden taraf iradelerinin uyuşmasından oluşmaz (Bkz. EVANS, Lewis T. and QIGLEY, Neil C., Contracting, Incentives for Breach, and the Impact of Competition Law, JWC, Vol: 23, 2, 2000, s. 80-83). Taraflar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarda da teşebbüs birliği kararlarında olduğu gibi, aynı menfaat ve amacı (rekabetin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması) izlemektedirler. Şu halde, kararların çoğunluk iradeleriyle oluşması dışında, rekabeti kısıtlayıcı kararlar anlaşma arasında bir fark olmadığı söylenebilir. Ayrıca rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki teşebbüsler arası işbirliği davranışının, anlaşma veya karar olarak kabul edilmesi, teşebbüslerin sorumluluğu açısından herhangi bir farklılığa yol açmayacaktır. Çünkü rekabeti kısıtlayan davranış karar olarak esas alındığında, üye teşebbüsler dışında birlik, teşebbüs birliği sıfatıyla, anlaşma olarak kabul edildiğinde ise, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetin bizzat tarafı olmak sıfatıyla cezalandırılacaktır.

rekabetin kısıtlanması olgusunun, teşebbüs birliği kararının üyeler tarafından uygulanması sonucu ortaya çıkmasıdır<sup>103</sup>.

## 2) Rekabeti kısıtlayan teşebbüs birliği "karar"ları

### a) Rekabeti kısıtlayıcı "karar"lar

Karar, bir şahıs topluluğunda, herhangi bir sonuca ulaşmak için yeter sayıda şahsın, iradelerini aynı yönde açıklamalarıdır<sup>104</sup>. Doktrinde hukuki muameleler çeşitli açılardan sınıflandırılırlar. Bu sınıflandırmalar arasında en önemli ayırım, hukuki muamelede katılan kişilerin sayısına göre yapılanıdır. Bu ayırıma göre, eğer bir tarafın irade beyanı hukuki bir sonuç doğurmaya yetiyorsa muamele tek taraflı, birden fazla kişilerin muamelede katılması gerekiyorsa iki ya da çok taraflıdır. Bu kategori de kendi içinde sözleşmeler ve kararlar olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesinden vücut bulur. Kararlar ise ortak bir işte, tek bir çözüm sağlamaya yönelik iradelerden oluşur. Yine sözleşmelerden farklı olarak, kararlarda çoğunluğun iradesi esastır<sup>105</sup>.

Birden ziyade kimsenin aynı amaca yönelmiş iradelerini ifade eden "karar" ile, bir iç ilişkiye dayanarak (teşebbüs birliği, dernek, sendika, şirket), üyeleri ilgilendiren işlerde ortak bir çözüm elde edilmesi imkanı bulunur. Böylece alınacak karar, topluluğun bütün üyelerini bağlar<sup>106</sup>. Kararın rekabet düzenine etkisi, bu kararın üyelerin ortak fiil veya muamelelerine yansımalarıyla ortaya çıkacaktır. Örneğin aynı mal veya hizmet üretimi faaliyetlerini yürüten birlik üyesi teşebbüslerin, birliğe dahil olmayan teşebbüslere farklı muamelelerde bulunması yahut yeknesak bir fiyat uygulamasının başlatılması gibi. Fakat bu durum, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesiyle ilgili bir husus değildir. Rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için icra edilmelerini beklemeye hacet yoktur. Zira rekabeti kısıtlama amacına yönelik veya bu etkiyi doğurabilecek kararın bizatihi kendisi hukuka aykırıdır.

<sup>103</sup> Bkz. BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition, p. 2-031; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880. Krş. TEKİNALP, Ü. (TEKİNALP/TEKİNALP), Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997, s. 336.

<sup>104</sup> OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 101; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I. Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 136, 137; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, İstanbul 1994, s. 224.

<sup>105</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 43, 44; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 223, 224.

<sup>106</sup> EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 224, 225; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 45; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s. 44.

Karar almaya yetkili organda (genel kurul veya yönetim kurulu) açıklanan iradeler birbirine uygun olmayabilir. İttifak şart değil, çoğunluk yeterlidir. Yeter sayının ne olacağı birliği düzenleyen kurallardan anlaşılır. Normal olarak yarından fazla üyenin, iradelerini aynı yönde açıklamaları, kararın oluşumu için kafidir. Çoğunluğa uygun olmayan irade, çoğunluğa muhalif iradedir. Fakat muhalif üye veya kararın alınması aşamasına katılmayan üye de kararla bağlıdır<sup>107</sup>. Karara muhalif kalan üyenin birlikten çıkma hakkını kullanma imkanı veya birliğin kararına uymayan kimsenin ihraç edilebilmesi hususları konumuzla ilgili sorunlar olmadığından üzerinde durmuyoruz. Ancak aralarında Kanunun kabul ettiği bir ilişki bulunmayan kişiler, hukuki sonuç doğurabilecek kararlar veremezler<sup>108</sup>. Dolayısıyla adi ortaklık olarak da nitelendirilemeyecek toplulukların RK m. 56 (ATA m. 81/2) anlamında hukuken "batıl" sayılabilecek bir karar alabilmeleri ya da icra edebilmeleri mümkün değildir. Bu tip toplulukların kararları hukuken "batıl" değil "yokluk"la<sup>109</sup> malûdür. Şu halde teşebbüs birliği kararından bahsedebilmek için her şeyden önce hukuken teşebbüs birliği olarak nitelendirilebilecek (oda, birlik, dernek, ortaklık vs.) bir sujenin varlığı, ana statüde belirlenen şekilde toplanması ve yeter sayıda şahsın iradelerini aynı yönde açıklamaları şarttır. Bu durumda kurucu unsurları tamam olan fakat geçerlilik şartlarını taşımayan teşebbüs birliği kararlarının hükümsüz (batıl) olmasından söz edilecektir<sup>110</sup>.

#### *b) Bağlayıcılık unsuru açısından kararlar*

##### *aa) Bağlayıcı kararlar*

Hakim düşünceye göre, Rekabet Hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının üyeler için uyulması zorunlu (bağlayıcı) kararlardan olması gerekmez. Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bağlayıcı kararlar, tavsiye

<sup>107</sup> OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 101; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 224; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 44, 45.

<sup>108</sup> OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, s. 225; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 44.

<sup>109</sup> "Yokluk" ve "butlan" halleri ve aralarındaki farklar için bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 119 vd.

<sup>110</sup> Genel olarak hukuki muamelelerin hükümsüzlüğünü gerektiren sebepler şunlardır: İrade beyanında bulunan kimsenin ehliyetsizliği (temyiz kudretinden yoksun bulunması), muamelelerin konusunun emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka (adaba) aykırı veya imkansız olması, hukuki muamelelerin sıhhati için aranan şekle uyulmaması, hukuki muamelelerin muvazaalı olması, tasarruf muamelelerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması ve illi tasarruf muamelelerinde buna temel teşkil eden geçerli bir borçlanma işleminin olmamasıdır. Bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 119, 120; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, s. 174.



kararları, Kanunun 4. maddesi (ve ATA m. 81/1) gereği hukuka aykırıdır<sup>111</sup>. Herhalde birlik üyelerinin iktisadi sorunlara yönelik düşünceleri, önerileri, tecrübeleri teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilemez<sup>112</sup>. Biz teşebbüs birliklerinin hukuken bağlayıcı nitelikteki kararları ile tavsiye kararlarını birbirinden ayırıyor ve yasaklanması gereken birlik kararlarının bağlayıcı nitelikteki kararlarla sınırlandırılması gerektiğini düşünüyoruz.

Rekabeti kısıtlama amacına yönelik teşebbüs birliği kararları RK 4. maddesine göre hukuka aykırıdır. Rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşmalarda olduğu gibi, teşebbüs birliği kararları da birliğe üye teşebbüslerin aynı yöndeki (rekabeti kısıtlayıcı nitelikte ortak bir iş veya amaçta) çoğunluk iradelerinin, birliğe (başkana) yöneltmesiyle oluşmaktadır<sup>113</sup>. Birliğe yöneltilen irade açıklamalarının, çoğunluk itibarıyla birbirine uygun olması yeterlidir. Karar olarak nitelendirilen çoğunluk iradeleri, muhalif üye veya karar sürecine katılmamış üyeleri de bağlar. Aksi halde karara uymayan kimseler birlikten çıkarılabilir. Kararın bütün üyeler için bağlayıcı olması, birliği düzenleyen ana statüden (tüzük) kaynaklanır<sup>114</sup>. Kararın birliğe üye olan teşebbüslerce alınması zaruri değildir. Kendisine yetki verilen bir kişi (müdür) veya yönetim organları tarafından alınan kararlar da bu kategoriye girer<sup>115</sup>.

<sup>111</sup> KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 5; BENTIL, J. Kodwo, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry. ICLR, Vol: 10, Pt: 4, 1993, s. 475; KENT, Law of the European Union, s. 180; MERKIN, Robert, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, London 1987, s. 1156; FRAZER, Monopoly Competition and the Law, s. 161; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition, p. 2-032; WHISH, Competition Law, s. 193; BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 88; AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 183, 184.

<sup>112</sup> MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, s. 1156; GOYDER, EC Competition Law, s. 92.

<sup>113</sup> Bkz. OĞUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 101; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 45.

<sup>114</sup> OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, p. 9.

<sup>115</sup> Bkz. VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 880. “TİSD ve YİSD’de yapılan yerinde incelemede; yönetim organlarının, Protokol’ün oluşturulması ve uygulanması doğrultusunda herhangi bir kararına rastlanılmamıştır. Ayrıca, TİSD Yönetim Kurulu Başkanı Cengiz Celayır ve YİSD Yönetim Kurulu Başkanı Umran Uzbek dışındaki üye firma temsilcilerinin, Protokol’ün oluşturulması sürecindeki çalışmalara katkıda bulunduğu ya da üyelerin Karar’ı uyguladığı yönünde de herhangi bir delil söz konusu değildir. ... Bu açıklamalar ışığında, “Protokol” başlıklı metnin, 4054 sayılı Kanun’a aykırı unsurlar taşımakla birlikte, TİSD ve YİSD’in iradesinin ürünü olmadığı ve altında imzaları bulunan şahısların kişisel tasarruflarından öteye geçmediği; TİSD ve YİSD üyelerinin ekonomik çıkarlarıyla uyuşmayan ve iradelerini yansıtmayan, oluşturulma sürecine bu teşebbüs birliklerinin herhangi bir katkıda bulunmadığı ... dolayısıyla TİSD ve YİSD’in sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır” RKK, No: 00-1 (b)/11-5.

Rekabet Kanununa aykırı anlaşma ve kararların akıbetini düzenleyen 56. maddede, 4. maddeye aykırı olan teşebbüs birliği kararlarının batıl olduğu belirtilmiş ve söz konusu kararlardan doğan edimlerin, ifasının istenemeyeceği hükmü getirilmiştir. Fakat Kanunun 4. maddesinde (ATA m. 81/1'de olduğu gibi), sadece amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararından bahsedilmiş, kararın niteliğine yani birlik tavsiye veya tekliflerine ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir. Bu yüzden teşebbüs birliklerinin "tavsiye" niteliğindeki kararlarının, farklı bir uygulamayı gerektirip gerektirmeyeceği sorunu tartışmaya açıktır.

Biz, teşebbüs birliği "karar"ından, birlik üyeleri için uyulması zorunlu, hukuken geçerli kararların anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Daha önce de belirttiğimiz gibi, ancak hukuken bağlayıcı nitelikteki kararların hükümsüzlüğünden bahsedilebilir<sup>116</sup>. Gerçi bu halde, teşebbüsler ya da teşebbüs birliği *Kanuna karşı hile*<sup>117</sup> yoluyla, alınan kararın hukuken geçerli sayılmayacağını, bütün üyeler için bağlayıcı olmadığını yahut "tavsiye" niteliğinde olduğunu iddia edebilir. Birliğe dahil olan bütün üyelerin ittifakla uydukları veya şu ya da bu sebepten uymaları adetten olan kararların, RK m. 56 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmek için, "tavsiye" kararı olarak takdim edilmesi, kanuna karşı hile sayılabilir. Şüphesiz bu durumda kaçınılan hükmün müeyyidesi ne ise, hile ile elde edilen sonuca da aynı müeyyide uygulanacaktır<sup>118</sup>. "Karar" şeklinde ortaya çıkan irade hukuken geçerli bir karar olarak kabul edilemeyecekse, topluluk iradesinin taraflar arasında bağlayıcı olup olmadığına bakılmalıdır. Üyeler için bağlayıcı olan veya üyelerin elbirliğiyle uydukları kararlar, teşebbüsler arası anlaşma aksi halde uyumlu eylem olarak kabul edilmelidir<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> Aynı görüş için bkz. OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, p. 9. Krş. FRAZER, *Monopoly, Competition and the Law*, s. 161.

<sup>117</sup> Kanuna karşı hile, açıkça yasaklanan bir hükme aykırı davranışa (fiil veya hukuki muameleye), Kanunun öngördüğü müeyyideyi bertaraf etmek için, hukuken yasaklanmayan yollara başvurarak, aynı sonuca ulaşmaya çalışmaktır (OĞUZMAN, *Medeni Hukuk Dersleri*, s. 146; REİSOĞLU, *Borçlar Hukuku*, s. 101).

<sup>118</sup> EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, s. 452; OĞUZMAN, *Medeni Hukuk Dersleri*, s. 147; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *Tekinay Borçlar Hukuku*, s. 424.

<sup>119</sup> Kurul, 84 üyesi olan birliğin 20 üyesinin kendi aralarında aldıkları bir kararı, bu noktalara değinmeksizin, teşebbüs birliği kararı olarak kabul etmiştir: "TİAD'ın savunmasında bir dernek olan TİAD'ın kararlarını Dernekler Kanunu'nun belirlediği çerçevede içerisinde alması gerektiği, soruşturma konusu kararın ise ancak genel kurul tarafından alınabilecek nitelikte bir karar olduğu, oysa söz konusu kararın usulüne göre alınmış bir karar değil sadece gayriresmî bir toplantıda yapılan oylama neticesinde üyeler tarafından, tek fuara katılım yönünde almış oldukları bir karar olduğu ileri sürülmüştür. Rekabet Hukuku açısından, teşebbüs birliği kararının Dernekler Kanunu çerçevesinde alınmasına gerek yoktur. Rekabet Kanunu'na aykırılık taşıyan bir karar veya uygulamanın yapılması yeterli olup bunun usulüne uygun olup olmadığına bakılmayacaktır. Aksi durumun kabulü teşebbüs birliklerinin rekabeti ihlal edici nitelikte olan ancak usulüne göre alınmamış kararlarına cevaz vermek olur ki, böyle bir

### *bb) Birlik tavsiyeleri*

Hatırlanacağı üzere, teşebbüslerin bir araya gelerek birlik oluşturmaları; mesleki dayanışmanın tesis edilmesi, iktisadi ve ticari konularda bilgi ve tecrübe paylaşımı gibi çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Bu hedefleri gerçekleştirmeye yönelik olarak teşebbüs birliğinin, zaman zaman üyelerini tavsiye kararlarıyla yönlendirmek istemesi, aslında yadırganacak bir durum değildir. Bir şartla ki, birlik tavsiyeleri rekabeti sınırlama amacına yönelik yahut bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olmasın.

Teşebbüs birliğinin, genel anlamdaki kararıyla (bağlayıcı, tavsiye), somut olayda üye teşebbüslerin tutumunu nasıl etkilediğinin belirlenmesi, son derece önemli bir konudur. Ortada bütün üyeler için bağlayıcı, uyulması zorunlu bir karar varsa, yukarıdaki sonuçlara tabi olacaktır. Tersine durum söz konusu ise, yani üye teşebbüslere arz edilen ortak irade, tavsiye niteliğinde ise durum ne olacaktır? Soruyu irdelemeye geçmeden önce, "karar" ile "tavsiye" arasındaki farkın açıklığa kavuşturulması gerekir. Kısaca söylemek gerekirse, "karar" ile "tavsiye" arasındaki temel fark, bağlayıcılık veya uyulma zorunluluğu bakımındandır. Doktrin<sup>120</sup> ve AB uygulamasının<sup>121</sup>

yorum, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine ters düşecektir". Kurulun söz konusu kararla ilgili gerekçeleri için bkz. RKK, No: 00-40/443-243.

<sup>120</sup> BAEL, BELLIS, Competition Law of the EEC, s. 29; WHISH, Competition Law, s. 193; VAUGHAN, Law of the European Communities, s. 380; BELLAMY&CHILD, Common Market Law of Competition, p. 2-031; MERKIN, Encyclopedia of Competition Law, Vol.: 1, s. 1156; LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, s. 594; KERSE, EEC Antitrust Procedure, s. 5; AGNEW, Competition Law, s. 143; BENTIL, Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry, s. 475; GOYDER, EC Competition Law, s. 92, 93; AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 182, 183; KENT, Law of the European Union, s. 179, 180; WYATT, Derrick and DASHWOOD, Alan, European Community Law, London 1993, s. 393.

<sup>121</sup> Uygulamanın yönü konusunda, AB Adalet Divanı'nın, "Verband der Sachversicherer e.v., Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.v./Topluluk Komisyonu" hakkındaki kararı bariz bir örnek teşkil eder. Olaya göre, Alman Mal Sigortacıları Birliği Derneği olan Davacı (teşebbüs birliği), sınai yangın riskleri ile bunların sonucu olan hasarlarla ilgili sigorta sektörünün yeniden yapılanmasına ve bu konuda istikrar sağlanmasına ilişkin bir tavsiye kararı almıştı. Komisyon, Mal Sigortacıları Birliği Derneği'nin tavsiye kararını ATA m. 81/1 hükmüne aykırı bulmuş ve Birliğin muafiyet talebini reddetmişti. Bunun üzerine birlik, Komisyon kararının iptali için olayı Adalet Divanına götürmüştür. Ancak Adalet Divanı, Mal Sigortacıları Birliği Derneği'nin, Birlik kararının tavsiye niteliğinde olduğu ve üyeleri bağlayıcı kuvveti bulunmadığı yolundaki iddiasını haklı görmemiştir. Divan "tavsiye kararı"nın hukuki niteliğine değinmeksizin, doğrudan kararın içeriğini (emredici kayıtların da varlığını) göz önünde tutarak Komisyon kararının iptalini isteyen birlik talebini reddetmiştir. Bu karar konu edinen bir değerlendirme için bkz. ÖZSUNAY, Ergun, "Sigorta Sektöründe Teşebbüs birlikleri Tarafından Alınan "Tavsiye Kararları"nın Topluluk kartel Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İktisat Maliye, C. XXXVI, 1989, S. 1, s. 8-14. Başka örnekler için bkz. GILJSTRA and MURPHY, Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, s. 138 vd; CURTIN, D., von

görüşü, birlik tavsiyelerinin (bağlayıcı) kararlardan farklı olmadığı, dolayısıyla tavsiyelerin de kararlar gibi aynı muameleye tabi tutulması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, birlik tavsiyelerine uyulmaması, beraberinde muhalif üyenin birliğe karşı, psikolojik ve sosyal sadakatının sorgulanması ihtimalini getirir. Bu yüzden tavsiye kararına uymayan teşebbüs, birlik amacı ve hedefleriyle bağdaşmayan bir tutum içine girmemek için, kendisini birlik tavsiyelerine uymak zorunda hissedecektir. Böylece alınan karar tavsiye niteliğinde olsa bile, uhdesinde, kendisine uyulması doğrultusunda üyeler için psikolojik bir baskı taşımaktadır<sup>122</sup>. Ayrıca Bağlayıcı nitelikten yoksun, tavsiye niteliğindeki kararların da birlik kararı olarak değerlendirilmesinde şu iki husus etkin rol oynamaktadır: (1) Tavsiye kararları bağlayıcı kararlar gibi değil, tavsiye doğrultusunda hareket eden teşebbüslerle sınırlı uyumlu eylem olarak kabul edilirse, ilgili teşebbüs birliğini cezalandırabilmek mümkün olmaz. (2) Tavsiye kararları, bunları icra eden teşebbüsler arası uyumlu eylem olarak nitelendirilirse, teşebbüs birliği "kararı"na nazaran uyumlu eylemlerin ispatındaki güçlüklerle karşılaşılacaktır. Bu zorluklar göz önünde tutularak, tavsiye kararlarının da bağlayıcı kararlar gibi değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>123</sup>.

Herhalde konuyla ilgili en önemli nokta, teşebbüs birlikleri (bağlayıcı) karar ve tavsiyelerinin rekabet düzenine aykırılığının, karar ve tavsiye ayırımıyla ilgili bir olguya bağlanamayacağıdır. Karar veya tavsiyenin rekabet düzenine aykırılığı, bu iki kavramın yöneldiği rekabeti sınırlama amacı ve etkisinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla rekabeti kısıtlama amacına yönelik yahut bu etkiyi doğurabilecek nitelikteki karar ve tavsiyeler behemehal yasaklanacaklardır. Fakat hukuken birlik "kararı" olarak vasıflandırılan bağlayıcı, uyulması zorunlu olan kararlarla, uyulup uyulmaması keyfiyeti üyelerin arzularına bırakılmış "tavsiye" kararlarını, aynı sonuca tabi tutmak doğru olmayacaktır. Bu doğrultuda RK m. 4'te ifade edilen rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği "kararı" hukuken bağlayıcı ve uyulması üyeler için zorunlu olan kararlardır. Rekabeti kısıtlamaya yönelik bağlayıcı nitelikteki teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için uygulamaya konmalarına gerek yoktur. RK 4. maddesi açısından, kararın alınması ile birlikte, hukuka aykırılık unsuru da kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır. Tavsiye veya teklif niteliğindeki (rekabeti kısıtlayıcı) birlik

EMPEL, M., WOLKER, E. L. M., WINTER, J. A., Leading Cases on the European Communities. Boston 1994, s. 544.

<sup>122</sup> AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 182.

<sup>123</sup> Bkz. WHISH, Competition Law, s. 193, 194. Tavsiye kararlarının (alınan kararlara uygun hareket eden üye teşebbüsler arasında) anlaşma olarak da nitelendirilebileceği hakkında bkz. KORAH, Valentin, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford 1990, s. 28, 29.

kararları, uygulanmadığı sürece yasaklanmamalıdır<sup>124</sup>. Birlik tavsiyeleri tatbik edildiği takdirde, karara uyan üye teşebbüsler arasında "uyumlu eylem" in varlığını kabul etmek gerekir<sup>125</sup>. Somut olaya göre, uyulması zorunlu veya adetten olan, fakat üçüncü kişilere karşı "tavsiye" olarak takdim edilen kararların varlığında, kanuna karşı hileden bahsedebiliriz.

Tavsiye kararı bile olsa, muhalif üyenin, diğer üye teşebbüslerin psikolojik baskısı altına gireceği veya dışlanmamak yahut birlik amacına ters düşmemek endişesiyle karara uyacağı, dolayısıyla tavsiye veya tekliflere uyan üye, uymayan üye ayırımının suni olduğu iddiası, hal ve şartlara göre haklı yönleri bulunabilecek bir düşüncedir. Fakat her olayda teşebbüslerin bu doğrultuda hareket edeceklerini söylemek mümkün değildir. Bu halde sadece bir birlik içerisinde yer alması gerekçesiyle, masum üye teşebbüsleri, taraf olmadıkları yasak davranışların sonuçlarından sorumlu tutmuş oluruz. Bu görüş, her hal için geçerli kabul edildiği takdirde, önyargıya dayanmaktan başka, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki tavsiye veya tekliflere aslında uymak istemeyen fakat nasıl olsa sorumlu tutulacaklarını düşünen teşebbüsleri, yasak faaliyetlere taraf olmaya teşvik etmek anlamına gelmektedir. Ayrıca birlik kararının (bu arada tavsiyelerin) üyeler arasında icra edilmeden, uyumlu eylemin ise tatbikat safhasında yasaklanabileceği iddiası ise kısmen doğru kabul edilebilir<sup>126</sup>. Gerçekten birlik tavsiye veya teklifleri ancak ilgililer tarafından (rakip teşebbüsler, tüketiciler, Rekabet Kurulu vs.) bilindiği takdirde, henüz icra edilmeden, Rekabet Kanununa muhalefetleri dolayısıyla yasaklanabileceklerdir. Fakat ilgililerin bilmedikleri, ancak paralel

<sup>124</sup> Kurul, bir olayla ilgili olarak, kararın tavsiye veya bağlayıcı olması özelliğine değinmeksizin, bu sonuca işaret etmektedir: "... Üye firma temsilcilerinin, Protokol'ün oluşturulması sürecindeki çalışmalara katkıda bulunduğu ya da üyelerin Karar'ı uyguladığı yönünde de herhangi bir delil söz konusu değildir. Nitekim, faturalar üzerinde yapılan inceleme, protokole bağlı olarak satış koşullarında değişiklik yapılmadığını ve öngörülen sınırların üzerinde satış koşulları uygulanmasının sürdürüldüğünü göstermiştir. ... TİSD ve YİSD üyelerinin ekonomik çıkarlarıyla uyumsuz ve iradelerini yansıtmayan, oluşturulma sürecine bu teşebbüs birliklerinin herhangi bir katkıda bulunmadığı ve üye firmalarca uygulanmamış bir Karar'ın varlığından dolayı TİSD ve YİSD'in sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır" RKK, No: 00-1 (b)/11-5. ASLAN, hiç bir bağlayıcılık kuvveti bulunmayan tavsiye kararlarının yasaklanmaması gerektiğini, ancak tüm işletmelerin birlik tavsiyelerine aynen uymaları halinde rekabetin sınırlanmasına yol açan kararların tavsiye kararı olsa bile, yasaklanması gerektiği görüşünü savunur (ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 87). Yazara göre, birlik tavsiyelerine, üyelerin "tamamının uyması da gerekmez. Rekabeti sınırlamaya yetecek kadarı uyuyorsa bu karar 4. maddeye göre yasaklanması gereken bir işletme birliği kararıdır" (s. 88). ASLAN, tavsiye niteliğindeki kararı birkaç üyenin tatbik etmesi ve rekabetin kısıtlanması halinde birlik üyesi olan bütün teşebbüslerin sorumlu olacakları fikrini savunmaktadır. "Haksız yere işletme birliği kararı sorumluluk altına giren üyeler bu duruma sebep olan yöneticiler veya diğer ortaklar aleyhine sorumluluk davası açarak kendi haklarını koruyabilirler" (s. 89).

<sup>125</sup> Krş. CUNNINGHAM, The Competition Law of the EEC, s. 31.

<sup>126</sup> AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 183.

davranışların icrası ile varlığı anlaşılabilen tavsiye veya teklifler bakımından bu görüşün pratik bir değerinin olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

İlgililerin uygulanmakla vakıf oldukları birlik tavsiyelerinin, uyumlu eylem olarak nitelendirilmesinde, herhangi bir mahzur değil bilakis fayda vardır. Zira uyumlu eylemin varlığı, paralel davranışların tatbikiyle ortaya çıkan fiili durumdan anlaşılır. Doğal olarak bu durumda, uyumlu eylemlere taraf teşebbüslerle (birlik üyeleri) sınırlı bir sorumluluğun varlığı sonucuna ulaşılacaktır. Bu halde ilgili teşebbüsler birliğe üye olmanın değil, yasak faaliyetlere taraf olmanın bedeline katlanacaktır ki, hakkaniyet gerekleri bu sonucun kabulünü zorunlu kılar. Fakat, birlik tavsiyelerinin uyumlu eyleme konu olması durumunda, fiilen rekabetin kısıtlandığı iddiasının ispatının zorluk arz edeceği görüşüne<sup>127</sup> özellikle Rekabet Kanunumuz açısından katılmak mümkün değildir. Şayet ispat zorluğu varsa, birlik tavsiyelerinin karar olarak kabul edilmesi, bu zorluğu ortadan kaldırmayacaktır.

Tavsiye kararı uygulandığı takdirde, ancak kararı icra eden teşebbüslerle sınırlı olarak, taraflar arasında uyumlu eylemin varlığından bahsetmek herhalde doğru olacaktır. Görüldüğü gibi uyulması zorunlu olan kararlar açısından ilk zikrettiğimiz görüşle birlikte, her iki durumda da sorumlu olacak kişiler bakımından bir farklılık yoktur. Tavsiye kararları bakımından kararı icra eden taraf teşebbüslerle sınırlı bir sorumluluğun kabulü, hakkaniyet ilkesi gereğidir. Birliğe üye olmak sıfatıyla, tavsiye kararına uysun veya uymasın, bütün teşebbüslerin sorumlu tutulması, tavsiye kararlarına uymayan masum ve kararlı teşebbüslerin de cezalandırılmasına yol açacağından sakıncalıdır. Aksi durumun kabulü, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki tavsiye veya tekliflere aslında uymak istemeyen fakat nasıl olsa sorumlu tutulacaklarını düşünen teşebbüsleri, yasak faaliyetlere taraf olmaya teşvik etmektedir. Bağlayıcı özelliği bulunmayan kararlara uymayı reddeden teşebbüsleri, birliğe üye olmak sıfatıyla cezalandırmak, çözüm yolu olarak da sözkonusu teşebbüslere genel sorumluluk kurallarına göre dava açmalarını tavsiye etmek<sup>128</sup> dolambaçlı ve güç bir yoldur.

Karar veya tavsiye şeklinde ortaya çıkan yasak davranışın, somut olaya göre, “anlaşma” veya “uyumlu eylem”<sup>129</sup> olarak kabulü yorum kurallarına aykırı olur mu? Bu hususun yorum kurallarına aykırı olması, uyumlu eylemin kapsamını genişletmenin, ispat külfeti açısından, teşebbüslerin yükümlülüğünü ağırlaştıracağı iddiasına dayanmaktadır<sup>130</sup>. İstisna hükümleri

<sup>127</sup> WHISH, Competition Law, s. 193, 194; AKINCI, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 183.

<sup>128</sup> ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 94.

<sup>129</sup> “Anlaşma” ve “uyumlu eylem” arasındaki farklar için bkz. TOPÇUOĞLU, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s. 209-211.

<sup>130</sup> Bu görüş için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 75, 89.

şüphesiz olabildiğince dar yorumlanmalı, genişletilmemelidir. Fakat herhalde Kanun bakımından uyumlu eylemlerin istisna, anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının ise genel hükümler olduğunu söylemek imkansızdır. Teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemlerin nasıl anlaşılması gerektiği noktasında Kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Uyumlu eylemlerle ilgili karine (RK m. 4/3), teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararlarının ispatı dışında, uyumlu eylem olarak nitelendirilebilen her türlü yasak faaliyet için tatbik alanına sahiptir. Bu yüzden yorum kurallarına herhangi bir aykırılıktan söz edilemez.

Teşebbüs birliği üyeleri arasındaki yasak davranışı (tavsiye veya teklifler), uyumlu eylem olarak nitelendirmenin, teşebbüslerin ispat yükümlülüğünü ağırlaştırdığı iddiasında haklılık payı vardır<sup>131</sup>. Ancak bu durum teşebbüslerin aleyhine değil bilakis lehinedir. Zira uyumlu eyleme taraf olan teşebbüsler kendilerini savunma imkanı bulmuş olacaktırlar. Aksi halde, teşebbüs birliği kararına dayanarak ve sadece birliğe üye olmak sıfatıyla, bütün teşebbüsler karardan sorumlu tutulacaklardır<sup>132</sup>. Uyumlu eylemlerde ispat yükünün davalı teşebbüsler aleyhine ağırlaşmasına gösterilen hassasiyetin, sözkonusu teşebbüslerin sadece teşebbüs birliği kararına ve salt birliğe üye olmak sıfatına dayanarak cezalandırılmasında gösterilmemesi şüphesiz isabetli olmayacaktır.

### 3) Hukuka aykırı teşebbüs birliği kararlarının ispatı

Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşmanın veya teşebbüs birliği kararının varlığını iddia eden kimseler (menfaatleri ihlal olan rakip teşebbüsler, müşteriler, Rekabet Kurumu vs.), sözkonusu anlaşma veya kararın varlığını da ispat etmek zorundadırlar. Yazılı veya resmi şekle uyularak yapılmış anlaşmaların yahut karar defterinde yazılı olan teşebbüs birliği (genel kurul ya da yönetim kurulu) kararlarının karar defterlerine dayanılarak ispatı güçlük arz etmez. Fakat yasak faaliyetlerin sujesi olan teşebbüslerin bile bile hükümsüz olan ve sorumluluklarına yol açacak kararlar almaları veya anlaşmalar yapmaları beklenemez. Dolayısıyla ilgili teşebbüsler, aynı rekabeti kısıtlayıcı sonuca, gizli ve ortaya çıkarılması zor ilişkiler vasıtasıyla ulaşmaya çalışacaklardır. İşte taraflar için bağlayıcılık özelliğinden yoksun bu tür karar (özellikle tavsiye ya da teklifler) veya anlaşmaların ispatı kolay olmayacaktır. Sözkonusu anlaşma veya kararların

<sup>131</sup> ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 75, 89.

<sup>132</sup> ASLAN'ın da belirttiği gibi "Kurul pek çok olayda anlaşmanın varlığından bahisle ayrıntılı Pazar incelemesi yapmadan, sadece bu anlaşmanın "amacının" kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamayı kolayca yasaklayabilecektir". ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 75. Şüphesi bir yasak faaliyetin teşebbüs birliği olarak kabul edilmesinde de aynı sonuç geçerli olacaktır.

varlığını iddia eden kimseler, büyük ihtimalle, ispat yükümlülüğünü yerine getiremeyeceklerdir. O halde ispat açısından, teşebbüsler arasındaki ilişkiyi “anlaşma” veya “karar” değil “uyumlu eylem” olarak nitelendirmenin Kurulun ya da şikayet sahiplerinin işini kolaylaştıracağından veya bitakis zorlaştıracağından bahsetmek yersiz bir endişedir<sup>133</sup>.

Rekabet Kurumu, rekabet ihlallerini resen araştırma yükümlülüğü çerçevesinde, kamu gücünü kullanarak gizli anlaşma veya kararların varlığını ispat edebilir (RK m. 9, 44). Ancak ihbar veya şikayet yoluyla yapılan başvurularda, Kurulun soruşturmaya karar vermesi, ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması şartıyla mümkündür (RK m. 42/1). İşte özellikle uyumlu davranışların ispatında, mağdur teşebbüs veya kişiler zor durumda kalabilir.

Uyumlu eylemin ispatındaki güçlüğü dikkate alan kanun koyucunun, uyumlu eylemlerle sınırlı bir karine kabul ettiğini görüyoruz<sup>134</sup>. Karine, bilinen bir vakıadan bilinmeyen bir vakıa hakkında kanunun veya hakimnin çıkardığı sonuçlardır<sup>135</sup>. Karineler, çürütülemeyen ve çürütülebilen karineler olmak üzere iki kısma ayrılır. Çürütülemeyen karinelere “fiksiyon” denmektedir<sup>136</sup>. Çürütülebilen (adi) karinelerde ise iddiaya konu olan vakıa, aksi ispat edilmediği sürece doğru olarak kabul edilir<sup>137</sup>. Bu anlamda Kanunun 4/3 maddesinin, aksi her zaman ispat edilebilecek bir karineye yer verdiğini söyleyebiliriz. Gerçekten uyumlu hareket ettikleri iddiasına muhatap olan teşebbüsler, RK m. 4/3'teki karinenin aksini yani uyumlu eylemde bulunmadıklarını, en başta ekonomik gerekçeler olmak üzere, her türlü delille ispat edebileceklerdir (RK m. 4/4).

<sup>133</sup> ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 75.

<sup>134</sup> AB sisteminde, Kanunumuzda olduğu gibi, uyumlu eylemin ispatına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat Kanunumuzun 4/3 ve 59/1 maddesi hükümlerinin dayandığı tecrübe kurallarından ve özellikle onun bir alt türü olan hal ve şartlar (emare) delilinden AB uygulamasının da yararlandığını biliyoruz. Bkz. WHISH, Competition Law, s. 197-199; JONES, Alison, Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism, ECLR, 6, 1993, s. 276, 277; VAN GERVEN, Gerwin and NAVARRO VARONA, Edurne, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, CMLR, 31, 1994, s. 604-607.

<sup>135</sup> ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 608; YILMAZ, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 98. Karine ayrıca, bir olayın doğruluğunun önceden ve mücerret bir surette kabul edilmesi şeklinde de tarif edilebilir. KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1978, s. 433.

<sup>136</sup> Örneğin BK m. 31'e göre: "Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile mülzem olmayan taraf işbu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise akde icazet verilmiş nazarıyla bakılır". Görüldüğü gibi belirlenen süre içerisinde gerekli davranışı sergilemeyen kimsenin sözleşmeye icazet verdiği kabul edilmektedir. Bu sonuç kesindir ve aksinin ispatı da mümkün değildir. Benzer şekilde bkz. BK m. 154, BK m. 387.

<sup>137</sup> Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, s. 609.



Uyumlu eylemlerle ilgili karineden maksat Kanunun, 4/3 ve 59/1 maddelerindeki olguları, ispatı gerekli bir hususun (teşebbüsler arasında uyumlu eylemin varlığı) -aksi sabit oluncaya kadar- delili saymış olmasıdır. Anılan maddeye göre, "bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder" (m. 4/3)<sup>138</sup>. Görüldüğü gibi burada bir ihtimal hükmü sözkonusudur. Zira daha kuvvetli bir tecrübe kuralı<sup>139</sup> bulmak ve dolayısıyla daha yakın bir sonuca varmak mümkün değilse, "çok defa böyle olur" denilerek karine kabul edilmiştir<sup>140</sup>.

Karineye dayanan taraf, o konuda iddiasını ispat yükünden kurtulur. Davalı teşebbüsler uyumlu eylemde bulunmadıklarını her türlü delille ispat edebilirler (m. 4/4)<sup>141</sup>. Karşı taraf, karinenin doğru olup olmadığını

<sup>138</sup> İNAN, "AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) Yenilikler" konulu konferansının soru – cevap kısmında, Kanunun 4/3 maddesiyle ilgili şu tespitlerde bulunmaktadır: "... Kanunumuzda uyumlu eylem karinesi iki maddede var ... birincisi 4'üncü maddedir, ikincisi 59'uncu maddedir. 59'uncu maddedeki karine daha iyi kaleme alınmıştır, 4'üncü maddedeki karine kanun yapma tekniği bakımından kötü bir maddedir. ... 59'uncu madde, kanunumuzun özel hukuk bakımından sonuçlar başlığını taşıyan bölümündedir. Özel hukuk ilişkisinden doğan konularda karine kabul etmek, belirli bir karineyi kabul etmek son derecede doğal. ... Ama 4'üncü madde, ceza veren bir maddedir. Ve hep fırsatı geldikçe söylerim; rekabet hukuku bir kamu hukuku dalıdır. Ve kamu hukuku dalları arasında en yakın olduğu hukuk dalı da ceza hukukudur. Ceza hukukunun temel ilkelerine sadık olmalıdır uygulama. ... Benim akademik görüşüm uyumlu eylem karinesinin Anayasaya aykırı olduğudur. Çünkü, ceza hukukunda karine olmaz". İNAN, Nurkut, "AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) Yenilikler", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 12, Ankara 2001, s. 108, 109.

<sup>139</sup> Tecrübe kuralları hakkında bkz. YILDIRIM, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, 115-119.

<sup>140</sup> Bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 433.

<sup>141</sup> Kanun bu durumu "ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" şeklinde ifade etmiştir. Öncelikle ispat hukuku açısından "ekonomik ve rasyonel gerekçeler" deyimi yanlış bir ifade tarzıdır (Aynı düşünce için bkz. ÖZSUNAY, Ergun, "Türkiye'de Karteller ve Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar ve "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"na İlişkin Görüşler", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 114). Zira arz edilen delillerin rasyonel (makul, akla yatkın) olması, sadece Rekabet Hukukunda değil, hukukun bütün alanında, sözkonusu uyumsuzluk ile ilgili ve uyumsuzluğun sonucuna etkili olacak her vaktanın ispatında geçerli bir kuraldır. Ayrıca "ekonomik" gerekçeler, şüphesiz Rekabet Hukuku uyumsuzlukları için son derece önemli delil kaynaklarıdır. Fakat bu tür uyumsuzluklarda bile ispat vasıtaları "ekonomik" gerekçelerle sınırlandırılmaz. Örneğin piyasa bölüşümüyle ilgili bir uyumlu eylem iddiasının aksi, pekala ulaşım güçlüğüne, doğal şartlara dayandırılmak suretiyle ispat edilebilir. Bu yüzden ekonomik, teknik gerekçeler, doğal şartlar, ... hülasa uyumsuzluğun esasına etki edecek her türlü delil ispat vasıtası olarak kullanılabilir. Son olarak Kanunun "taraflardan her biri" ifadesi, bir ayırım yapmaksızın davacı ve davalı taraflardan birine işaret etmektedir. Halbuki

tartışmaksızın, karineye temel teşkil eden uyumlu davranışların mevcut olmadığını, dolayısıyla karineye dayanılamayacağını da ispat edebilir<sup>142</sup>

İspatla ilgili diğer önemli bir hükme, rekabeti kısıtlayıcı davranışların (anlaşma, karar ve uyumlu eylemler) özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen Kanunun beşinci kısmında yer verilmiştir. Bu hükme göre, rekabeti sınırlayıcı davranışlardan zarar gören kimseler, piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren; özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatlarında gözlenen kararlılık, fiyatların birbirine yakın aralıklarla artırılması gibi kanıtları, uyuşmazlığı halle yetkili organlara sunmaları halinde, uyumlu eylem içerisinde bulunmadıklarını ispat yükü, davalı teşebbüslere geçer (RK m. 59/1)<sup>143</sup>. Kanunun 59/1 maddesi, 4/3 maddesi hükmüne göre, maksadı daha düzgün ifade etmektedir. Bu yüzden Rekabet Kanunu 4/3 maddesi, belirli bir piyasadaki teşebbüslerin, izledikleri birbirine uyumlu piyasa davranışları, aralarındaki rekabeti bertaraf etmeye yönelik işbirliği kuşkusunun doğumuna sebep oluyorsa, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları kabul edilir şeklinde anlaşılmalıdır<sup>144</sup>.

Kanun koyucu m. 59/1'de teşebbüslerin paralel davranışlarına örnek olarak piyasa paylaşımı, fiyatlardaki istikrarlı seyir, eş zamanlı fiyat artışı hallerine işaret etmekle yetinmiştir. Fakat bu haller sınırlı değildir. Örneğin teşebbüslerin ortak hareket ederek bir toptancıya veya perakendeciye mal vermeyi reddetmeleri yahut farklı fiyat ya da satış şartları koymaları uyumlu eylem olarak bu kapsamda değerlendirilecektir. İşte uyumlu eylem iddiasında bulunan kimseler, paralel davranışların varlığını gösteren olguları, uyuşmazlığı halle yetkili olan organa sunmakla ispat yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktırlar. Halbuki teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararlarında, rekabetin kısıtlandığı iddiası, taraflar arasındaki anlaşma ya da birlik kararının ispatlanmasıyla gerçeklik kazanacaktır. Bağlayıcı

maddenin 3. fıkrası esas alındığında, uyumlu eylem iddiasının aksini ispat yükünün, uyumlu eyleme taraf olan (davalı) teşebbüslere ait bir yükümlülük olduğu görülecektir.

<sup>142</sup> Bir karinenin çürütülmesiyle, genel olarak bir tarafın ileri sürdüğü iddiaya karşı diğer tarafın delil ileri sürmesi arasında önemli farklılıklar vardır. Karinenin aksini ispat edecek kimse, bunu sağlamada başarılı olamazsa, ispat yükünü yerine getirememenin sonuçlarına katlanacaktır. Fakat karineden bahsedilemeyen durumlarda, karşı delil ileri süren kimse başarılı değilse, bu durum ispat yükünü değiştirmez. İspat yükü hala iddia sahibinin üzerindedir ve o asli delili ikame etmek zorundadır. Bkz. OGUZMAN, Medeni Hukuk Dersleri, s. 167, dph. 55.

<sup>143</sup> Uyumlu eylemin varlığını güçlendiren emarelerin bulunması halinde, uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler, bu durumun aksini ispat etmek zorundadırlar. Bu yüzden uyumlu eyleme taraf olan teşebbüslerden başka davalı olduğu intibahı uyandıran maddenin, "... teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer" (RK m. 59/1) şeklindeki ifadesi fevkalade yanlıttır.

<sup>144</sup> ASLAN, Kanunun ispat yükünü paylaştığından, Rekabet Kurulunun veya ilgili kimselerin ayrıca rekabetin kısıtlandığını da ispatlama yükümlülüklerinin varlığından söz etmektedir. Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 87.

niteliği bulunan anlaşma ve kararların ispatında herhangi bir güçlük yaşanmayacaktır. Ancak bu nitelikten yoksun bulunan birlik tavsiye veya teklifleri, Kanunun yasaklayıcı hükümlerine rağmen, ilanen duyurulmayacak yahut alenen icra edilmeyecektir. Dolayısıyla tavsiye veya teklifler karar olarak kabul edildikleri takdirde, üye teşebbüsler arasındaki ilişkinin ispatı, iddia edildiği gibi kolaylaşmayacak aksine zorlaşacaktır.

Somut olayda teşebbüsler arasında uyumlu davranışların varlığını iddia eden kimseler, teşebbüslerin paralel (benzer veya aynı şekilde) hareket ettiklerini ispat etmelidirler. İspat açısından, ilgili kimselerin (rekabetin kısıtlanmasından menfaatleri ihlal olanlar ve Kurul), teşebbüslerin eş zamanlı ve aynı miktarda fiyatlarını arttırmaları, ayrı yerlerdeki teşebbüslerin karşılıklı olarak birbirlerinin piyasalarından çekilmeleri (piyasa paylaşımı), belirli alıcılara mal verilmemesi (boykot) gibi görünüş itibarıyla makul gerekçelere dayanmayan ve taraflar arasındaki işbirliği kuşkusunu güçlendiren delilleri ibraz etmeleri gerekli ve yeterlidir. Bu tür davranışların ayrıca rekabeti kısıtladığını ispat etmeye ihtiyaç olmayacaktır<sup>145</sup>. Sözkonusu davranışların normal ve beklenen sonucu rekabeti kısıtlamalarıdır. Bir başka ifadeyle fiyat anlaşmaları, piyasa paylaşımı, bağlayıcı kayıtlar, boykot vs. gibi işbirliği davranışları rekabeti kısıtladıkları için hukuka aykırıdır.

Normal hale aykırı düşen bir vakiayı ileri süren kimse, bunu ispatla yükümlü tutulmalıdır. Bir durumun normal sayılıp sayılmayacağı, genel hayat tecrübelerinden<sup>146</sup> özellikle konumuz açısından ekonomik hayata hakim olan temel ilkelerden anlaşılacaktır. Teşebbüsler arasındaki işbirliği davranışlarının bariz örneklerini teşkil eden kanunun 4. maddesindeki fiillerin rekabeti kısıtladıklarından kuşku duyulmaz<sup>147</sup>. Ancak somut olayın

<sup>145</sup> Aksi düşünce için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 87.

<sup>146</sup> Tecrübe kuralları, Rekabet Hukuku alanında da oldukça önemli bir ispat kaynağıdır. Uyumlu eylem karinesinin (RK m. 4/3) ve yine Kanunun 59/1 maddesi hükmünün tecrübe kurallarına dayandığı açıktır. AB uygulamasında uyumlu eylemin ispatında hal ve şartlara (emarelere) dayanan ispattan yararlanılması (WHISH, Competition Law, s. 197-199), ABD antitröst hukukunun geliştirdiği per se anlayışı tecrübe kurallarından çıkartılan sonuçlara dayanmaktadır. Genel olarak tecrübe kuralları hakkında bkz. YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s. 115-119; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, s. 600, 6001.

<sup>147</sup> İspatla ilgili bu hal, bir işbirliği davranışının per se hukuka aykırı olması veya rule of reason analizine tabi olması ile karıştırılmamalıdır. Zira ilkinden yegâne hedefi rekabeti bertaraf etmek üzere mutabık kalınmış işbirliği davranışları, diğerinden ise aslen hukuka aykırı olan fakat amacı yahut etkisi itibarıyla bazı faydalı sonuçlar doğuracağı kabul edilen yahut makul sebeplere dayanan işbirliği davranışları anlaşılır. İşte bu son halde ilgili kimseler sözkonusu davranışların faydalı sonuçlar doğurmayacağını yahut makul sebeplere dayanmadığını ispat etmek zorundadırlar. Bkz. HOWELL, ALLISON, PRENTICE, Business Law Text and Cases, New York 1988, s. 1089. Geniş bilgi için Bkz. CARSTENSEN and ROTH, The Per se Legality of some Naked Restraints: a Reconceptualization of the Antitrust

özelliklerine ve işbirliği davranışının niteliğine göre, teşebbüsler arasındaki ilişki, örneğin araştırma - geliştirme anlaşmaları, rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğurmayabilir. Bu ve benzeri durumlarda teşebbüslerin, aralarındaki işbirliğinin rekabeti kısıtlayıcı bir amaca yönelmediğini ya da rekabetin kısıtlanmadığını ispat etmeleri, örneğin AR-GE anlaşmasına veya sonuçlarına dayanarak güç olmayacaktır.

### V) Sonuç

Belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin, teşebbüsler arası anlaşma veya uyumlu eylemlerle bertaraf edilmesi, anlaşma veya uyumlu eyleme taraf teşebbüslerle sınırlı bir etkiye sahiptir. Halbuki aynı mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin bir birlik çatısı altında organize olmuş bütün üye teşebbüslerle kısıtlanması, şüphesiz daha etkili ve önemli sonuçlara yol açacaktır. Dolayısıyla Rekabet Hukuku ilkeleri çerçevesinde, yasak davranış olarak kabul edilen fiillerin icrasında, teşebbüs birliklerinin önemli bir rolü olduğu söylenebilir.

Teşebbüs birliği, hukuken ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız, "teşebbüs" niteliği taşıyan, genel olarak üyeler arasındaki menfaatlerin korunması amacıyla yönelik ve hukuki bir ilişkiye dayanan (tüzük, sözleşme vs.), iradi olarak veya Kanunla kurulmuş her türlü kişi topluluğudur. Kanun, teşebbüs birliğini "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik" olarak tanımladığına göre, öncelikle birlik üyeleri teşebbüs olarak nitelendirilebilecek sujelerden oluşmalıdır. Fakat teşebbüs birliğinden maksat, üye teşebbüsler arasındaki dayanışmayı, birliği, bilgi ve tecrübe paylaşımını sağlamak, belirli hedeflerin gerçekleşmesine katkıda bulunmak ise bu hedeflerin gerçekleştirilmesi amacıyla hizmet edecek (özellikle) her türlü oluşum teşebbüs birliği olarak kabul edilmelidir. Üyelerinin "teşebbüs" şartlarını haiz olmaması, bu türden yapılanmaların teşebbüs birliği sıfatını kazanmalarına engel kabul edilmemelidir.

Hukuken birlik "kararı" olarak vasıflandırılan bağlayıcı, uyulması zorunlu olan kararlarla, uyulup uyulmaması keyfiyeti üyelerin arzularına bırakılmış birlik "tavsiye"leri, aynı sonuca tabi tutulmamalıdır. Tavsiye kararları bakımından kararın icra eden taraf teşebbüslerle sınırlı bir sorumluluğun kabulü, hakkaniyet ilkesi gereğidir. Birliğe üye olmak sıfatıyla, tavsiye kararına uysun veya uymasın, bütün teşebbüslerin sorumlu

---

Analysis of Cartelistic Organizations, s. 350-378; BLACK, Oliver, Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?, ECLR, 3, 1997, s. 145-161; ADAMS, Walter, "The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly?" in, BERKI, Sylvester E., Antitrust Policy Economics and Law, Boston 1966, s. 36-53.

tutulması, tavsiye kararlarına uymayan masum ve kararlı teşebbüslerin de cezalandırılmasına yol açacağından sakıncalıdır. Amaç, teşebbüslerin dahil oldukları birliğe veya nasıl icra edilirse edilsin onun aldığı kararlara dayanarak, teşebbüsleri cezalandırmak değil, yasak faaliyetlere karşı; piyasayı, rakip teşebbüsleri, geniş anlamda müşterileri (başta tüketiciler olmak üzere, ara teşebbüsler yani bayi, toptancı, perakendeci vs.) korumaktır. Yalnız koruma amacının izlenmesinde, hukukun her alanında olduğu gibi, Rekabet Hukuku alanında da hakkaniyet ilkesi ve teşebbüslerin savunma hakkı göz ardı edilmemelidir.

**KISALTMALAR**

AB	:	The Antitrust Bulletin
ATA	:	Avrupa Topluluğu Anlaşması (Roma Anlaşması)
BK	:	Borçlar Kanunu
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CMLR	:	Common Market Law Review
DK	:	Dernekler Kanunu
EEC	:	European Economic Community
EC	:	European Community (Avrupa Topluluğu)
ECLR	:	European Competition Law Review
ICLR	:	The International Construction Law Review
JWC	:	Journal of World Competition
Krş.	:	Karşılaştırınız
m.	:	madde
MK	:	Medeni Kanun
p.	:	Paragraf
Pt	:	Part
RK	:	Rekabet Kanunu
RKK	:	Rekabet Kurulu kararları
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
TST	:	Ticaret Sicili Tüzüğü
vd.	:	ve devamı
Vol	:	Cilt
WC	:	World Competition

**BİBLİYOGRAFYA**

- AGNEW, J. H., *Competition Law*, London 1985.
- ADAMS, Walter, "The "Rule of Reason": Workable Competition or Workable Monopoly?" in, BERKI, Sylvester E., *Antitrust Policy Economics and Law*, Boston 1966, s. 36-53.
- AKINCI, Ateş, *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Ankara 2001.
- ANDERMAN, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford 1998.
- ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 1999.
- ARSLANLI, Halil, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*, İstanbul 1959.
- ASLAN, İ. Yılmaz, "Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler", *Rekabet Dergisi*, C. I, S. 2, s. 3-36.
- ASLAN, İ. Yılmaz, "Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Rekabeti Bozucu Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar ve Muafiyet", *Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Ankara 1999.
- ASLAN, İ. Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, Bursa 2001.
- BAEL, Ivo Van, BELLIS, Jean François, *Competition Law of the EEC*, Oxfordshire 1990.
- BALLAR, Suat, *Türk Dernekler Hukuku*, İstanbul 1996.
- BELLAMY&CHILD, *Common Market Law of Competition*, London 1993.
- BENTIL, J. Kodwo, *Legal Regime of EEC Economic Competition Oversight and Competitive or Restrictive Practices within the Building or Construction Industry*, ICLR, Vol: 10, Pt: 4, 1993.
- BISSOCOLI, Eugenio F., *Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law*, *World Competition*, Vol: 23, (1), 2000, s. 79-106.
- BLACK, Oliver, *Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?*, *ECLR*, 3, 1997, s. 145-161.
- BOZER, Ali, *Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme*, *BATİDER*, C. 1, S. 3, 1967, s. 363-372.
- CARSTENSEN, Peter C. and ROTH, Bette, *The Per se Legality of some Naked Restraints: a Reconceptualization of the Antitrust Analysis of Cartelistic Organizations*, *AB*, Vol: XLV, 2, 2000, s. 349-435.

CUNNINGHAM, J. P., *The Competition Law of the EEC*, London 1973.

CURTIN, D., von EMPEL, M., WOLKER, E. L. M., WINTER, J. A., *Leading Cases on the European Communities*, Boston 1994.

DAYINLARLI, Kemal, *Joint Venture Sözleşmesi*, Ankara 1989.

DOMANIÇ, Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Adi Şirketler Kollektif ve Komandit Şirketler*, C. I, İstanbul 1998.

DURAN, Lütfi, *Meslek Teşekküllerinin Hukuki Kategorisi, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu*, Yıl: 1970, Sayı: 3, s. 197-219.

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1 ve II, İstanbul 1994.

EVANS, Lewis T. and QIGLEY, Neil C., *Contracting, Incentives for Breach, and the Impact of Competition Law*, JWC, Vol: 23, (2), 2000, s. 79-94.

FRAZER, Tim, *Monopoly Competition and the Law, The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America*, Harvester Wheatsheaf 1992.

GIJLSTRA, D. J., and MURPHY, D. F., *Materials on the Competition Law of the EEC*, Netherlands 1984.

GOYDER, D. G., *EC Competition Law*, Oxford 1992.

HOWELL, ALLISON, PRENTICE, *Business Law Text and Cases*, New York 1988

İMRE, Zahit, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler", İÜHFİM, *Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan*, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1979-1980-1981, İstanbul 1982, s. 401-420.

İMREGÜN, Oğuz, *Ticaret Hukunun Genel İlkeleri*, İstanbul 1995.

İNAN, Nurkut, "AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) Yenilikler", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 12*, Ankara 2001, s. 89-101.

JONES, Alison, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism*, ECLR, 6, 1993, s. 273-279.

KAPLAN, İbrahim, *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı*, Ankara 1994.

KARAYALÇIN, Yaşar, *Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme*, Ankara 1968.

KARAYALÇIN, Yaşar, *Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler*, III, Ankara 1988.



KENT, Penelope, Law of the European Union, M&E Pitman Publishing 1996.

KERSE, C. S., EEC Antitrust Procedure, London 1988.

KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford 1990.

KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1978.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1992.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 1990.

LASOK&BRIDGE, Law & Institutions of the European Union, Butterworths 1994.

MATSUSHITA, Mitsuo, "Cartels under the Japanese Antimonopoly Law" in International Harmonization of Competition Laws, CHENG, Chia-Jui, LIU, Lawrence S., WANG, Chih-Kang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 1995, s. 61-73.

MERKIN, Robert, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, London 1987.

OBERDORFER, GLEISS, HIRSCH, Common Market Cartel Law, Chicago 1971.

OĞUZMAN, M. Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1994.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Dersleri, C. II, İstanbul 1991.

ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000.

ÖZSUNAY, Ergun, "Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 5, Ankara 2000, s. 41-66.

ÖZSUNAY, Ergun, "Sigorta Sektöründe Teşebbüs birlikleri Tarafından Alınan "Tavsiye Kararları"nın Topluluk kartel Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İktisat Maliye, C. XXXVI, 1989, S. 1, s. 8-14.

ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.

ÖZSUNAY, Ergun, "Türkiye'de Karteller ve Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar ve "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"na İlişkin Görüşler", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 107-124.

PAPACONSTANTINO, Helen, Free Trade and Competition in the EEC Law, Policy and Practice, London 1990.

PHILLIPS, Bernard, "Goals, Instruments and Institutions of Competition Law", in Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, Geneva 29 November 1997, s. 3-17.

POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1995.

POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar, İstanbul 1997

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul 1997.

RITTER, Lennart - BRAUN, W. David - RAWLINSON, Francis, EEC Competition Law a Practitioner's Guide, Boston 1991.

SEYİDOĞLU, Halil, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara 1992.

TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

TEKİNALP/TEKİNALP, Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a Armağan, Ankara 1989, s. 143-176.

TEKİNALP/TEKİNALP, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.

TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukukî Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 1992.

VAN GERVEN, Gerwin and NAVARRO VARONA, Edurne, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, CMLR, 31, 1994, s. 575-608.

VAUGHAN, David, Law of the European Communities, Vol: 2, London 1986.

WHISH, Richard, Competition Law, London 1993.

WYATT, Derrick and DASHWOOD, Alan, European Community Law, London 1993.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996.

YILMAZ, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 1999, s. 79-102.

YILDIRIM, Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

YONGALIK, Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara 1991.