

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TÜRK REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDİL BALTA

Nisan, 2014

TÜRK REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI

İDİL BALTA

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı'nda Yüksek Lisans derecesi
için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla
Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne
teslim edilmiştir.

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ

Nisan, 2014

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASI

İDİL BALTA

ONAYLAYANLAR:

Prof. Dr. Tekin Memiş
İstanbul Şehir Üniversitesi

Yard. Doç. Dr. Ceyda Süral
Kadir Has Üniversitesi

Yard. Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu
Kadir Has Üniversitesi



ONAY TARİHİ:

“Ben, İdil Balta, bu Yüksek Lisans Tezinde sunulan çalışmanın şahsıma ait olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.”

İDİL BALTA



ÖZET

TÜRK REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

İdil BALTA

Bu tez, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durum ve ilgili temel kavramlar ile bu durumun kötüye kullanıldığı hallerini incelemektedir. Rekabet kanunları, devletin ekonomiye serbest rekabeti kurma ve koruma amacıyla müdahale aracıdır. Hem liberal ekonomik sistemin benimsenmesinin yarattığı bir ihtiyaç hem de Avrupa Birliğine üyelik hedefi doğrultusunda verilen taahhütlerin bir neticesi olarak, 13 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Rekabet kanununda yer alan düzenlemeler ile belirli bir pazardaki hâkim durum kavramı önem kazanmış; bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bu tez çalışması ile, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Türk Rekabet Hukukunun karşılaştırması yapılarak hâkim durumun ve kötüye kullanma sayılan eylemlerin tanımlanması ve unsurlarının uygulamadaki yansımalarının tespiti amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet, hâkim durumun kötüye kullanılması, Avrupa Birliği, Türk Rekabet Hukuku

ABSTRACT

ABUSE OF DOMINANT POSITION IN TURKISH COMPETITION LAW

İdil BALTA

This thesis analyzes the dominant position and related basic principles and cases of abuse of dominant position within the frame of Article 6 of the Law on the Protection of Competition No 4054. Competition laws are the control vehicles of the government in order to establish and protect free competition in economy, as well as the commitments made to the European Union with respect to future membership, the Law on the Protection of Competition No 4054 came into effect on December 13, 1994. As a result of the regulations in Competition Law, the Notion of dominant position in a specific market gained importance; and the abuse, by one or more undertakings, of their dominant position in a market for goods or services within the whole or a part of the country on their own or through agreements with others or through concerted practices, was considered illegal. The purpose of this thesis is to compare and contrast European Union Competition Policy and Turkish Competition Policy with regard to the basic principles applied to the defining of the existence of dominant position and its abuse and determination of factor' reflection in practice.

Key words: Competition, Abuse of dominant position, European Union, Turkish Competition Law

TEŞEKKÜR

Bu tez çalışmamda bilgilerini ve değerli vaktini esirgemeyen danışman hocam Yard.Doç.Dr. Esra Hamamcıoğlu ve Prof. Dr. Tekin Memiş'e sonsuz teşekkür eder saygılarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	ii
ABSTRACT	iii
TEŞEKKÜR	iv
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM HÂKİM DURUM

I. KAVRAMLAR	3
1. Teşebbüs	3
2. Hâkim Durum Kavramı	8
2.1. Hâkim Durumun Unsurları	9
2.1.1. Ekonomik Güç	9
2.1.2. Bağımsızlık	10
2.1.3. Devamlılık	11
2.2. Birlikte Hâkim Durum	12
3. Hâkim Durum Kavramı İle İlgili Kavramlar	17
3.1. Tekel	17
3.2. Etkin Piyasa Gücü	19
3.3. Patent Lisansı	20
II. HÂKİM DURUMUN TESPİTİ	22
1. Hâkim Durumun Belirlenmesinde İlgili Pazar Kavramı	23
1.1. İlgili Ürün Pazarı	24
1.1.1. Talep İkamesi	28
1.1.2. Arz İkamesi	30
1.2. İlgili Coğrafi Pazar	34
1.3. İlgili Zaman Süreci	38

2. Hâkim Durumun Belirlenmesinde Başlıca Faktörler	40
2.1. Pazar Payı	41
2.2. Pazara Giriş Engelleri	44

İKİNCİ BÖLÜM
REKABET KURULU KARARLARI İŞİĞİNDA HÂKİM
DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE KÖTÜYE
KULLANMANIN SONUÇLARI

III. KÖTÜYE KULLANMA	52
1. Genel Olarak	52
2. Kusur	56
3. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Özel Sorumluluğu	57
4. Kötüye Kullanma Sayılan Haller	59
4.1. Rekabet Karşıtı Kötüye Kullanma	62
4.1.1. Pazara Giriş Engelleri Yaratmak	62
4.1.1.1. Yıkıcı Fiyat	63
4.1.1.2. Hâkim Teşebbüsün Alıcılarını Zorunlu Unsurdan Faydalandırmaması	73
4.1.1.3. Hâkim Teşebbüsün Alıcılarına Ürün Satmayı Kesmesi	84
4.1.2. Pazardaki Hâkim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması	89
4.1.3. Ayrımcılık	91
4.2. Sömürü Şeklinde Kötüye Kullanma	103
4.2.1. İndirim Sistemleri	103
4.2.1.1. Sadakat İndirimi	104
4.2.1.2. Hedef İndirimi	110
4.2.2. Ek Yükümlülük Koymak	113

4.2.3. Üretim Pazarlama ve Teknik Gelişmenin Sınırlandırılması	118
4.2.4. Aşırı (Fahiş) Fiyat	120
IV. KÖTÜYE KULLANMANIN SONUÇLARI	128
1. Rekabet Hukuku Yaptırımları	128
1.1. İdari Para Cezaları	128
1.2. Süreli Para Cezaları	134
1.3. İhlale Son Verme	138
2. Hukuki Yaptırımlar	140
2.1. Geçersizlik	140
2.2. Tazminat	146
3. Sözleşme Yapma Zorunluluğu	152
3.1. Zorunlu Unsur	153
3.2. Zorunlu Lisans	155
SONUÇ	159
KAYNAKÇA	167

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AAD	: Avrupa Adalet Divanı
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
AB Rehberi	:Roma Antlaşması'nın 82. Maddesinin Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarının Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber
ASKİ	: Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi
A.Ş	: Anonim Şirketi
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
ATKD	: Avrupa Toplulukları Kararlar Dergisi
ATRG	: Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DHMI	: Devlet Hava Meydanları İşletmesi
DYH	: Doğan Yayın Holding
E.	: Esas
EPG	: Etkin Piyasa Gücü
f.	: Fıkra
FMH	: Fikri Mülkiyet Hakkı
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
IBM	: International Business Machines Corporation
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
H.D	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Komisyon	: Avrupa Komisyonu

Kurul	: Rekabet Kurulu
LTD. ŞTİ	: Limited Şirketi
md.	: Madde
MESAM	: Musiki Eser Sahipleri Meslek Birliği
MK	: Medeni Kanun
MSG	: Musiki Eseri Sahipleri Grubu Meslek Birliği
MÜYAP	: Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği
MÜYORBİR	: Müzik Yorumcuları Meslek Birliği
No:	: Numara
OKM	: Ortalama Kaçınılabilir Maliyet
par.	: Paragraf
PatKHK	:551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Taslak	: Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı
TDİ	: Türkiye Denizcilik İşletmeleri
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vb.	: ve benzeri
Vd.	: ve diğerleri
Y.HD.	: Yargıtay Hukuk Dergisi

GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomisinden beklenen faydanın elde edilmesi, ancak piyasalarda serbest rekabet şartlarının oluşturulması ile mümkündür. Serbest rekabet, kaynakların etkin kullanılması, fiyatların düşmesi, yeni teknolojilerin bulunması ve bunların üretimde kullanılmasını sağlayarak toplumsal refah artışında etkili olmaktadır. Rekabetin varlığı için ise rekabeti korumaya yönelik kurallar olarak tanımlanabilecek Rekabet Hukukunun varlığı ve etkin şekilde uygulanması belirleyici bir role sahiptir.

Ülkemizde bir rekabet kanununun çıkarılması ve uygulanması 1982 tarihli Anayasanın 167. maddesinde bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasamızın 167. maddesinin birinci fıkrası “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” hükmünü koyarak devlete bir görev vermiştir.

Ülkemizde rekabet kanununun çıkarılmasını gerektiren bir diğer unsurda 1963 tarihli Ankara Anlaşması ile 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi kararı ile Türkiye'nin, AB Rekabet Politikalarının ve Rekabet Hukukunu benimsemesidir.

Bu çerçevede ülkemizde Rekabet Hukuku alanında bir düzenleme yapılması, 7 Aralık 1994 tarihinde kabul edilen ve 13 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile gerçekleşmiştir.

AB Rekabet Hukuku ve Türk Rekabet Hukuku'nda, rekabetin korunmasındaki araçlar, rekabeti sınırlayacak teşebbüsler arasındaki anlaşma ve uyumlu davranışların, işletme birlikleri kararlarının, hâkim durumun kötüye kullanılmasının ve rekabeti sınırlayıcı birleşmelerin yasaklanmasıdır.

Bu tezin amacı, Türk Rekabet Hukuku düzenlemelerinde esas alınan Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamaları ve Rekabet Kurulu kararları incelenmek suretiyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması konusunun incelenmesidir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından çalışmamızda, Rekabet Kurulu kararları ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konuda verilmiş mahkeme ve Komisyon kararlarına da yer verilmiştir.

İki bölümden oluşacak çalışmamızın ilk bölümünde, hâkim durum kavramı ve bu kavramla ilişkili olan diğer kavramlar Rekabet Hukuku düzenlemeleri dikkate alınarak incelenmiştir. Hâkim durumun tanımı ve unsurlarına ilişkin açıklamaların ardından, Rekabet Kurulu kararlarından faydalanmak suretiyle hâkim durumun tespitinde önem taşıyan ilgili pazar kavramı ve hâkim durumun tespitinde kullanılan başlıca faktörler ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, hâkim durumun kötüye kullanılması kavramı, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde genel olarak incelenmiştir. Ardından ABİDA md. 102 ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde belirtilen başlıca kötüye kullanma sayılan hallerin sınıflandırması yapılarak, kötüye kullanma sayılan davranışlar Rekabet Kurulu ve Avrupa Adalet Divanı kararlarından örnekler verilmek suretiyle incelenmiştir. Son olarak, ikinci bölümde hâkim durumun kötüye kullanılmasına bağlanan Rekabet Hukuku yaptırımları, özel hukuk yaptırımları ve sözleşme yapma zorunluluğu yaptırımı ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken adli yargı ve idari yargı arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİM DURUM

I. KAVRAMLAR

1. Teşebbüs

Rekabet Hukukunda ancak teşebbüslerin gerçekleştirdiği rekabet ihlallerine yaptırım uygulanmakta olup, RKHK'nın 6. maddesi kapsamında bir ihlalden söz edilebilmesi için öncelikle bir teşebbüsün varlığı aranmaktadır. RKHK'nın 3. maddesinde teşebbüs, "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" olarak tanımlanmıştır.

Rekabet Kurulu kararlarında, teşebbüs tanımında iki ölçütün esas alındığı görülmektedir. Bunlardan fonksiyonel ölçüt; piyasada mal veya hizmet üretmek, pazarlamak, satmak yani ekonomik bir faaliyette bulunmak olarak tarif edilirken, bağımsız karar vermek ve ekonomik bakımdan bir bütün oluşturmanın ise şekli ölçüt içerisinde yer aldığı belirtilmektedir¹.

Ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında, üretim, satış, pazarlama, dağıtım veya aracılık gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyette bulunmak ve bu faaliyetten gelir elde etmek, "*ekonomik faaliyet*" unsuru açısından yeterlidir².

¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 01-12/114-29, Karar Tarihi: 13.03.2001, Resmi Gazete Tarihi: 04.01.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24630.

² Sanlı, Kerem Cem, "Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği", Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2000, s. 30.

Diğer bir önemli unsur “*ekonomik bağımsızlık*”tır. Ancak Rekabet Hukuku açısından “*hukuki bağımsızlık*” değil, “*ekonomik bağımsızlık*” önem taşımaktadır. Gerçek ve tüzel kişilerin hukuki bağımsızlıkları bulunsa da, bu durum onların aynı zamanda ekonomik açıdan bağımsız oldukları anlamına gelmez. Ekonomik bağımsızlık, söz konusu birimin ekonomik faaliyetlerinin geleceği açısından kendi başına karar verebilmesi ve iktisadi politikalarını kendi tercihihine göre oluşturabilmesidir. Bu iki özelliğe sahip her türlü kişi veya kişi grubu, Rekabet Hukuku anlamında “*teşebbüs*” sıfatına haizdir ve Rekabet Hukuku kurallarının da muhatabıdır³.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dan farklı olarak Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın⁴ rekabete ilişkin hükümlerinin yer aldığı 101. – 109. maddelerinde teşebbüsün tanımı yapılmamış olmakla birlikte, Komisyon ve AAD kararları teşebbüs kavramının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda da, yukarıda belirtilen “*ekonomik faaliyet*” ve “*ekonomik bağımsızlık*” unsurları teşebbüsün tespit edilmesinde belirleyici olmaktadır⁵. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasına baktığımızda, teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetlerin belirli bir düzen ve sürekliliğe bağlı olması gerektiği görülmektedir. Kısa süreli, geçici ve düzensiz ekonomik faaliyetler, teşebbüs sıfatının kazanılmasında yeterli kabul edilmemektedir⁶.

Teşebbüsler, özel hukuk teşebbüsleri olabileceği gibi, kamu teşebbüsleri de olabilirler⁷. Kamu teşebbüsleri de piyasada iktisadi bir faaliyette bulunduğu takdirde

³ Sanlı, s. 30.

⁴ Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma, 1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması ile beraber yürürlüğe girmiştir, Avrupa Topluluklarını Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması - 1957) Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma olarak yeniden düzenlenmiştir.

⁵ Polypropylene Catel kararında AAD, “*ticari faaliyette bulunan her varlığı*” teşebbüs olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Tekinalp, Gülören/ Tekinalp, Ünal, “Avrupa Birliği Hukuku”, İstanbul 2000, s. 391.

⁶ Sanlı, s. 31.

⁷ AAD, Alman Federal İş Bulma Bürosu ile ilgili bir kararında teşebbüs kavramının Rekabet Hukuku bağlamında hukuki statü ve finansman modeli şekline bağımsız olarak ekonomik faaliyet yürüten tüm birimleri kapsadığını ve yerleştirme faaliyetinin de bir ekonomik faaliyet olduğunu belirtmiştir. Bu karar ile, devlete bağlı çeşitli birimlerin yürüttükleri faaliyetlerin ekonomik nitelikli olması halinde, finansman modeli ve hukuki statülerinden bağımsız olarak Rekabet Hukuku kurallarının uygulanması anlamında teşebbüs olarak kabul edilecekleri ortaya konmuştur. Güzel, Oğuzkan, “Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:116, Ankara 2003, s. 23, 24.

özel teşebbüsler gibi Rekabet Hukuku kurallarına tabi olacaktır⁸. RKHK'nın amacı, mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu davranışlarla, pazardaki hâkim durumun kötüye kullanılmasını önlemek ve bu suretle rekabetin korunmasını sağlamaktır⁹. Türkiye'de kamunun ekonomideki yeri ve kamu işletmelerinin sayısı dikkate alındığında, aynı pazarda faaliyet gösteren bir kısım işletmelerin, sadece kamu işletmesi olmaları nedeniyle rekabet kurallarının uygulama alanı dışında tutulmaları, RKHK'nın amacına aykırı, ayrımcı bir tutum oluşturur. Bu nedenle, kamu işletmelerinin rekabet kurallarının dışına çıkarılmasının, ekonominin yarısında kartelleşme ve tekelleşmeye sebep olacağı ifade edilmektedir¹⁰. Bu itibarla, ekonomik faaliyette bulunmak esas alınarak, kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında bir ayırım yapılmamıştır¹¹.

Teşebbüs kavramı, kamu ve özel sektör ayırımı yapılmaksızın, ekonomik, ticari faaliyette bulunan ve bu faaliyetleri sürekli bir şekilde yerine getiren tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsarken, dernekler gibi ideal gayeli oluşumları da içine alır. Ancak ticari ve ekonomik bir faaliyette bulunmayan kamu ve özel hukuk tüzel kişileri, örneğin dini kuruluşlar, teşebbüs olarak kabul edilemeyeceklerinden Rekabet Hukuku kurallarına tabi değildirler¹².

Teşebbüslerin, rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmeleri için hem iç ilişkilerinde hem de dış ilişkilerinde, başka bir teşebbüsün irade ve işlemlerine tabi

⁸ Güven, Pelin, "Rekabet Hukuku", Ankara 2008, s. 100.

⁹ Eğerci, Ahmet, "Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi", Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2004, s. 10.

¹⁰ Aşçıoğlu Öz, Gamze, "Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku", Ankara Barosu, Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 1, Ankara 2002, s. 303.

¹¹ Tan, Turgut, "Rekabet Hukuku'nun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyetleri", Rekabet Dergisi Sayı:4, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim Kasım Aralık 2000, s. 7, 8; Topçuoğlu, Metin, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri", AÜHFD, 50 (4), Ankara 2001, s. 129. Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK)'nın, kendi imkanlarıyla karşılayamadığı sağlık hizmetlerinin satın alınarak karşılanmasına ilişkin imzalanan sözleşmelerle, hakim durum yaratılmasına ve özel tıp merkezlerinin pazara girişinin zorlaştırılmasına neden olmak suretiyle mevcut hakim durumunu kötüye kullandığına yönelik şikayetin reddine ilişkin 24.08.2006 tarih ve 06-59/796-M sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Hukuk Dairesinin 12.12.2007 tarih 2006/4822 E., 2007/8699 K. Sayılı kararı ile; "...yürüttüğü sağlık ve sosyal hizmetleri ekonomik faaliyetler olarak nitelendirilemeyen, bu nedenle de, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan şekilde bir teşebbüs olmayan SSK'nın, 4054 sayılı Kanun kapsamında görülmemek..." şikayetin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

¹² Güven, Rekabet Hukuku, s. 85.

olmaksızın bağımsız karar alabilmeleri şarttır¹³. Dolayısıyla iki ayrı tüzel kişiliğe sahip olan teşebbüsler ekonomik birlik halinde iseler, normalde bağlı buldukları teşebbüsün aldığı kararlar çerçevesinde piyasada faaliyette bulunacaklardır. Bu nedenle hukuken bağımsız olmalarına rağmen, ekonomik açıdan başka bir teşebbüse bağlı olduklarından ayrı birer teşebbüs olarak değil, tek bir teşebbüs olarak değerlendirileceklerdir¹⁴.

Bağlı teşebbüs¹⁵ ile hukuken bağımsız olan ama ekonomik açıdan bağımsız olmayan, birbirine bağlı teşebbüsler kastedilmektedir. Bir teşebbüsün, diğer bir veya birden fazla teşebbüsün hisse senetlerine sahip olmak veya yönetim kurulunda kendi iradesine tabi yöneticiler bulundurmak suretiyle ilgili teşebbüsün sevk ve yönetimini ele geçirmesi, müşterek bir yönetim altında toplaması bağlı teşebbüsler sistemini oluşturur¹⁶. Bu husus Kurul kararında; *“Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetimi ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim, finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama*

¹³ Topçuoğlu, Metin, “Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları”, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:7, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001, s. 113.

¹⁴ Güven, Rekabet Hukuku, s. 86. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 10-57/1141-430, Karar Tarihi: 02.09.2010; “4054 sayılı Kanun’un 3. maddesinde teşebbüs, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, 4054 sayılı Kanun ekonomik birlik içerisinde bulunan tüm birimleri tek bir teşebbüs olarak kabul etmektedir. Bu doğrultuda, her ne kadar hukuken birbirinden bağımsız olsa da, ana teşebbüs ile ana teşebbüsün kontrolü altında bulunan bağlı teşebbüsler aynı ekonomik birlik içerisinde kabul edilmekte ve ana teşebbüs ve bağlı teşebbüslerin tamamı tek bir teşebbüs olarak dikkate alınmaktadır. Bu nedenle, Glencore İstanbul ve Mimerkom A.Ş.’nin soruşturmaya dahil edilmesi, söz konusu şirketlerin ana şirket Glencore AG ile olan ilişkilerinin ve bu şirketlerin Glencore AG tarafından tayin edilen ticari politikalar 1850 çerçevesinde faaliyet göstermelerinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.”

¹⁵ TTK md. 195/(1): " a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.”

¹⁶ Topçuoğlu, s. 128.

ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması” şeklinde olarak tanımlanmıştır¹⁷.

Örneğin acente ilişkisinde, bir acente olarak görülen işlerle, acentenin kendi hizmetini elde edilebilir kılmak için verdiği serbest kararlar birbirinden ayrı değerlendirilmektedir. Birinci halde acente bağlı teşebbüs kabul edilmektedir. Acentenin bağımsızlığının belirlenmesinde ise normal finansal riskin dışında, satışın finansal riskinin kimde olduğuna bakılmakta, acente söz konusu maldan önemli ölçüde stok bulunduruyorsa ve bunların mülkiyetini alıyorsa, müşterilere önemli ölçüde bağımsız hizmet sunuyor ve bunları yaparken kendi inisiyatifi ile davranıyorsa bağımsız teşebbüs olarak değerlendirilmektedir¹⁸. Aynı şekilde bağımsız çalışan bir sigorta acentesi, kendi üzerine risk alıyorsa, fonksiyon itibarıyla bağımsız teşebbüslere yaklaşmakta ve rekabet kuralları açısından bağımsız teşebbüs olarak değerlendirilmektedir¹⁹.

¹⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 01-12/114-29, Karar Tarihi: 13.03.2001.

¹⁸ Aslan, İ. Yılmaz, “AT Rekabet Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992, s. 395. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 05-88/1221-353, Karar Tarihi: 29.12.2005; “Rekabet Hukukunda acentelik tanımının yapılması için aranan koşullar, bir işletmenin yürüttüğü işlerle ilgili ticari risk üstlenmiyor olmasına dayanmaktadır. Sözleşme çerçevesinde alım ya da satıma konu olan malların mülkiyeti acentenin üzerinde değilse ya da acente, kendisi sözleşmeye konu hizmetlerin sağlayıcısı değilse ve aşağıda sayılı faaliyetleri ve bunların benzerlerini üstlenmiyorsa, söz konusu acente ile ana şirket arasındaki sözleşme rekabet kurallarının uygulama alanı dışında kalacaktır. Bu faaliyetler; hizmetlerin sağlanması veya malların alımına ilişkin maliyetlere katılımda bulunmak; reklam bütçelerine katkı ya da benzer şekillerde satış promosyonuna ilişkin yatırım yapmak; sözleşme konusu mal stoklarına ilişkin risk taşımak; satış, satış sonrası ve garanti servisi oluşturmak ve yürütmek; tesis, malzeme ve personel yatırımı yapılarak bir dağıtım ağı organize etmek; satılan ürüne dayalı bir hasara ilişkin olarak üçüncü kişilere karşı sorumluluk taşımak ve müşterinin ödemesini yapmaması karşısında sorumluluk taşımak şeklinde sınırlayıcı olmamak üzere sıralanabilir... sayılı faaliyetleri veya bunların benzerlerini üstlenmemek suretiyle işini başka birinin nam ve hesabına yürüttüğü kabul edilen, dolayısıyla acente olarak adlandırılan ve 4054 sayılı Kanun kapsamında bağımsız bir teşebbüs sayılamayacak olan bir işletme ile adına ve namına işlerini yürüttüğü ana şirket arasındaki acentelik sözleşmesi aynı Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Sonuç olarak, iki bağımsız teşebbüsün arasındaki anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilmekte, bağımsız teşebbüs niteliğinde olmayan acentelerle ana şirket arasındaki sözleşmeler ise 4. madde kapsamı dışında kalmaktadır.”

¹⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 13-46/594-263, Karar Tarihi: 18.07.2013. Ayrıca Güzel'e göre; “bağımsız çalışan bir sigorta acentesi, sigorta hizmetleri pazarında tüm risk sigorta şirketine ait olduğu için bağımsız kabul edilemeyeceksen, sigorta ürünlerinin pazarlanması ilgili ürün pazarında, tüm risk ve acentelik komisyonu gelirleri anlamındaki karlar kendi çalışmasına ve rekabet şartlarına bağlı olduğu için bağımsız teşebbüs olarak kabul edilebilecektir.” Güzel, s. 69.

Ancak 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda sigorta acentesi, “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişi*” olarak tanımlanmakta olup, söz konusu tanım itibarıyla acentenin Rekabet Hukuku anlamında ticari ve mali risk üstlenmeyen bir yapı arz ettiği görülmektedir.

2. Hâkim Durum Kavramı

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda öncelikle hâkim durumda bulunması ve söz konusu davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir²⁰.

RKHK'nın 3. maddesinde hâkim durum; “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” olarak tanımlanmıştır.

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda ise hâkim durumun tanımı mevzuatta yer almamaktadır. Avrupa Adalet Divanı hâkim durumu, sağlayıcılardan ve müşterilerden bağımsız olarak hareket edebilme ve etkin rekabeti önleme gücü olarak tanımlamaktadır²¹. AAD' nin tanımlamasında yer alan “*rekabeti önleme*

²⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 2, par. 7, www.rekabet.gov.tr (15.01.2014).

²¹ United Brands davasında AAD, hâkim durumu, müşteri ve tüketicilerden bağımsız olarak hareket edebilme imkânı veren, ilgili pazarda etkin rekabetin devamını engelleme olanağı sağlayan ve finansal kaynaklara yakınlığa ve bunlara erişim kolaylığına sahip ekonomik güç olarak tanımlamıştır. Aslan, İ.

gücü” yerine RKHK’da “*fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” ifadesi kullanılmıştır²².

Teşebbüs, piyasa faaliyetlerine ilişkin olarak rekabet baskısını dikkate almaksızın bağımsız bir şekilde kararlarını oluşturuyor ve uygulayabiliyorsa, hâkim durumun varlığı kabul edilmektedir²³. Bu çerçevede, hâkim durumun unsurlarının ekonomik güç, bağımsızlık ve bu gücün devamlılığı olduğunu söyleyebiliriz²⁴.

2.1. Hâkim Durumun Unsurları

2.1.1. Ekonomik Güç

Bir teşebbüsün hâkim durumda sayılabilmesi için belirli bir ekonomik güce sahip olması gerekmektedir. Bu ekonomik gücün ne kadar yoğun bir güç olması gerektiği konusunda bir açıklık mevcut değildir²⁵. Bir işletmenin hâkim durumda olabilmesi için ilk olarak rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden bağımsız hareket edebilme gücüne sahip olması gerekmektedir²⁶.

Yılmaz, “Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat”, Bursa 2007, s. 437; Tekinalp (Tekinalp / Tekinalp), AB Hukuku, s. 206; Şiramun, Serpil, “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Köttöye Kullanma Kriterleri”, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Topluluğu Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 31; Eryürekli, Pınar, “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetimi”, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yayın No:50, Ankara 1999, s. 33; Ateş, Mustafa; “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku Ve Politikasına Genel Bir Bakış”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 7, No: 2, Bahar 2008, s. 59, www.dergiler.ankara.edu.tr (10.02.2012).

²² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 437.

²³ Sanlı, s. 246.

²⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 437; Güçer, Sülün, “Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Köttöye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları”, Ankara 2005, s. 103.

²⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 438; Aktaş, Emir Berke, “Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Köttöye Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 26.

²⁶ Aşçıoğlu Öz, s. 90.

Bu gücün tekel gücü olduğu konusunda genel bir kanı bulunmakla²⁷ birlikte bir işletmenin pazarda böyle bir güce sahip olması çeşitli şekillerde olabilir. Fiili veya yasal tekel konumunda olan bir teşebbüsün, tüketicilerden, müşterilerden ve rakiplerinden bağımsız davranabilmesini sağlayacak ekonomik güce sahip olduğu açıktır²⁸. Ancak bunun dışında bir işletmenin tekel niteliği taşımaksızın piyasayı önemli düzeyde etkilemesi, piyasa şartlarının kendi istekleri doğrultusunda oluşmasını sağlaması da mümkündür. Ekonomik güç aynı zamanda hâkim durumun tespiti bölümünde açıklanacağı üzere, işletmelerin ve rakiplerinin ilgili sektörde sahip oldukları pazar payları ile doğru orantılıdır. Bu nedenle ekonomik güç her somut olay içerisinde kendi koşullarına göre tespit edilmelidir²⁹.

RKHK'nın 6. maddesi için gerekli ekonomik gücün tespit edilebilmesi hususunda 4. madde göz önünde tutularak kanundaki boşluk doldurulabilir. RKHK'nın 4. maddesinin uygulanabilmesi için birden fazla teşebbüsün bir araya gelerek yapabilecekleri rekabet sınırlamasını, bir teşebbüs başka teşebbüslerle bir araya gelmeksizin tek başına yapabiliyorsa o işletme hâkim durumda diyebiliriz³⁰. Zira hâkim teşebbüsün piyasada elde ettiği ekonomik güç, tek taraflı işlemler ile rekabetin sınırlamasına imkân verebilmektedir³¹.

2.1.2. Bağımsızlık

Gerek Türk gerek Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında bir işletmenin hâkim durumda sayılabilmesi için, sağlayıcılarından, müşterilerinden ve rakiplerinden bağımsız olarak davranabilme gücüne sahip olması gerektiği kabul edilmektedir³².

²⁷ Özsunay, Ergun, "Kartel Hukuku", İstanbul 1985, s. 17.

²⁸ Aşçıoğlu Öz, s. 90.

²⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 438; Aktaş, s. 26.

³⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 438; Sanlı, s. 244, 245.

³¹ Sanlı, s. 245.

³² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 439; Aktaş, s. 29.

Bağımsızlık denildiği vakit, genel olarak söz konusu birimin ekonomik faaliyetlerinin geleceği açısından kendi başına karar vermesi ve iktisadi politikalarını kendi tercihinin göre oluşturması anlaşılır. Eğer kötüye kullanma davranışlarında bulunan teşebbüs bu davranışları bağlı bulunduğu şirket grubundan aldığı güçle yapıyorsa, bu yavru şirketin tek başına bağımsız güce sahip olduğu kabul edilemez. Her ne kadar yavru şirketler hukuken bağımsız olsalar da ekonomik bağımsızlıkları bulunmadığından bağlı bulunduğu teşebbüs ile birlikte hâkimlik değerlendirmesinde göz önünde bulundurulur³³.

2.1.3. Devamlılık

Teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücün hâkim güç sayılabilmesi için bunun sürekli bir güç olması gerekir. Geçici bir ekonomik güç, hâkim durumun kabulü için yeterli olamaz. Bir teşebbüs tek başına pazara sahip olsa bile pazara yeni girişler mümkünse bu geçici hâkimiyet durumu hâkim durum ölçütü olamaz³⁴. Ekonomik gücün elde tutulma süresinde hâkim durum değerlendirmesinde bulunabilmek için önemlidir. İlgili piyasada kısa süreyle yüksek pazar payına sahip olunması her zaman hâkim durumda bulunulduğunu göstermez. Nitekim Rekabet Kurulu'nun birçok kararında, ekonomik gücün büyüklüğünün hâkim durum analizi açısından tek başına yeterli olmadığı, ekonomik gücün sürekliliğinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir³⁵. Ancak hâkimiyetin ne kadarlık bir süre devam etmesi gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Buna karşılık Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında ilgili teşebbüslerin beş yıldan fazla bir süre bu hâkimiyetlerini devam ettirmeleri gerektiği kabul edilmektedir³⁶.

³³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 439.

³⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 440.

³⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-33/356-200, Karar Tarihi: 05.09.2000; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-29/361-91, Karar Tarihi: 24.04.2006; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-26/493-150, Karar Tarihi: 28.04.2011.

³⁶ Güven, Pelin, "Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi", Ankara 2002, s. 133.

2.2. Birlikte Hâkim Durum

Hâkim durumla ilgili bahsedilmesi gereken bir diğer konuda birlikte hâkimiyettir. Bir teşebbüs pazarda tek başına hâkim durumda bulunabileceği gibi birden fazla teşebbüs de birlikte hâkim durumda bulunabilir.

Bir görüşe göre, birlikte hâkimlik, ekonomik birlik halinde bulunan bir grup teşebbüsün hâkim durumda olması şeklinde görülebileceği gibi belirli bir pazarda faaliyette bulunan teşebbüslerin aralarındaki anlaşmalarla birlikte hâkim duruma gelmeleri şeklinde de görülebilir³⁷. Ancak birlikte hâkim durumda oldukları iddia edilen teşebbüsler arasında ekonomik bir birlik olması halinde, bunlar tek bir teşebbüs olarak değerlendirileceğinden, bu durumu birlikte hâkimlik olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır³⁸. Birden fazla teşebbüsün hâkim durumda olduklarını kabul edebilmek için teşebbüslerin bağımsız olması gerekir. Belirtmek gerekir ki teşebbüslerin bağımsızlığı Rekabet Hukuku anlamında olacaktır. Bu nedenle yavru teşebbüs ile ana teşebbüsün yarattığı hâkim durum birlikte hâkim durum değildir. Eğer bu teşebbüsler arasında ekonomik birlik varsa tek bir teşebbüs olarak kabul edileceklerdir³⁹.

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde, bir teşebbüsün tek başına hâkim durumda olabileceği gibi birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olabileceği de dikkate alınmıştır. "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir*

³⁷ Güven, Rekabet Hukuku, s. 271.

³⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 457; Sanlı, s. 257; Gül, İbrahim, "Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması", Rekabet Kurumu Yayınları, Yüksek Lisans Tezleri, Ankara 2000, s. 16.

³⁹ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 388; Çelen, Aydın, "Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hâkim Durum", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 92, Ankara 2003, s. 40.

bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır” ifadesi ile birlikte hâkimliğin kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Rekabet Kurulu bir kararında; birlikte hâkimiyeti, “*pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine ederek, tek bir teşebbüs gibi davranma yeteneğine sahip olmaları*” şeklinde tanımlamıştır⁴⁰.

Aynı durum ABİDA'nın 102. maddesinde düzenlenmiş olup, ortak pazarın tamamı ya da önemli bir bölümünde bir veya birden fazla teşebbüsün hâkim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır⁴¹. AAD, Irish Sugar⁴² kararında, birlikte hâkim durum, çeşitli faktörler nedeniyle aralarında bağlantı oluşan birden fazla teşebbüsün, piyasada ortak bir politika izlemesi ve belirli bir ölçüde rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden bağımsız olarak birlikte hareket edebilmesi olarak tanımlanmıştır⁴³. Kararda ayrıca birbirinden bağımsız teşebbüslerin birlikte hâkim durum yaratabilecekleri ve söz konusu teşebbüslerden yalnızca birinin ya da birkaçının bu hâkim durumu kötüye kullanmasının dahi 102. maddenin kapsamına girmek için yeterli olduğu belirtilmiştir⁴⁴.

Birlikte hâkimlik, teşebbüsler arasındaki anlaşma veya birlikte davranışlar sonucunda ortaya çıkmış olabilir. Kanun'un lafzı, birlikte hâkim durumun kötüye kullanılmasının “*birlikte davranış*” veya “*başkaları ile yapılacak anlaşmalar*” ile ortaya çıkabileceği izlenimi yaratmakta ise de, “*birlikte davranış*” ve “*başkaları ile yapılacak anlaşmalar*” birlikte hâkimliğin unsurlarını oluşturmaktadır⁴⁵. Aksinin

⁴⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 09.06.2003.

⁴¹ Komisyon ve Adalet Divanı'nın kararları incelendiğinde, birden fazla teşebbüsün pazarda hâkim durumda olması konusunda yerleşik bir içtihat oluşmadığı görülmektedir. ABİDA'nın 102. maddesi çerçevesinde birden fazla teşebbüsün pazarda hâkim durumda olmasının mümkün olduğu kabul edilmiş olmakla birlikte, bunun ne şekillerde ortaya çıkabileceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bkz. Aşçıoğlu Öz, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 140.

⁴² ATRG (1999) II-2969; Kısa, Seda Ulaş, “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2004, s. 22.

⁴³ Kısa, s. 22.

⁴⁴ Kısa, s. 22.

⁴⁵ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 388; Sanlı, s. 256.

kabulü, birlikte davranış veya anlaşmalar dışında kalan hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin madde kapsamı dışında kalması sonucunu doğuracaktır⁴⁶.

Kanun'un 6. maddesinde yer alan "*anlaşmalar ya da birlikte davranışlar*", Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan anlaşmalar ve uyumlu eylem niteliğindeki davranışlardan farklıdır. 6. maddede adı geçen anlaşmalar 4. maddede yasaklanmış veya yasaklanmamış anlaşmalar olabilir⁴⁷. Birlikte davranışlar ile 4. maddeye göre rekabet ihlali olarak kabul edilen "*uyumlu eylem*"ler arasındaki asıl farklılık, 4. maddede anlaşma ve uyumlu eylemler rekabetin kısıtlanması durumunda doğrudan yasaklanırken, 6. maddede anlaşma ve birlikte davranışlar sonucunda oluşan birlikte hâkim durum değil, oluşan bu hâkimiyetin rekabeti sınırlayıcı şekilde kötüye kullanılması yasaklanmaktadır⁴⁸. Başka bir ifadeyle, birlikte hâkim durumda bulunmak tek başına 4054 sayılı Kanun'un ihlali için yeterli değildir⁴⁹.

Pazarın özellikleri gereği oluşan birlikte hakimlik durumu, oligopol piyasalarda sıklıkla ortaya çıkan bir durumdur⁵⁰. Oligopol piyasa, ilgili mal veya hizmetin az sayıda ve birbirine yakın güçteki teşebbüslerin elinde yoğunlaştığı pazarlardır. Bu tür piyasalarda çok sayıda alıcıya karşın az sayıda satıcı bulunmaktadır. Teşebbüsün alacağı kararlar diğer teşebbüsleri de etkileyeceğinden, teşebbüsler birbirlerini kontrol etmek amacıyla arada anlaşma olmaksızın paralel davranışlarda bulunmaktadır⁵¹. Bu nedenle oligopol piyasalarda az sayıda ama ortalama olarak eşit güçteki teşebbüsler birbirleriyle rekabete girmekten çekinerek işbirliği yapmayı tercih edebilirler⁵². Bu durumda birden fazla teşebbüs, rekabet ederek kendilerini zorlamak yerine birlikte hareket ederek hâkim durumdaki teşebbüs gibi davranmakta

⁴⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 457.

⁴⁷ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 389.

⁴⁸ Aslan'a göre; eğer birlikte hâkimlik anlaşmayla ya da birlikte davranışla kurulmuşsa, her şeyden önce böyle bir anlaşma 4. maddeye aykırı olacağı için zaten yasaklanacağından ayrıca 6. madde ile yasaklamasına gerek bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, bir anlaşma ya da birlikte davranışlarla oluşan hâkim durum sonucunda ortaya çıkan kötüye kullanma fiilinin 4. madde ile yasaklanmadığı hallerde 6. madde uygulanabilir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 457.

⁴⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 09.06.2003.

⁵⁰ Güven, Rekabet Hukuku, s. 271; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 458; Gül, s. 16.

⁵¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 458.

⁵² Şiramun, s. 26.

ve kötüye kullanma yasağını ihlal etmektedirler. Ancak oligopol piyasalarda her zaman birlikte hakimiyetin söz konusu olduğu söylenemez. Dar oligopol piyasa yapısı olmasına karşın rakip teşebbüslerin pazar payları çok düşükse rakiplerine oranla yüksek pazar payına sahip bir teşebbüs tek başına hakim durumda olabilir⁵³.

Rekabet Kurulu'nun 08.12.1999 tarihli bir kararında oligopol piyasadaki birlikte hakimiyet durumu değerlendirilmiştir. Kurul, "*...Ancak, dört grubun faaliyette bulunduğu bu pazarın oligopolistik bir nitelik gösterdiği dikkate alınır, Doğan Grubu bu pazar payına rağmen en yakın rakibi olan Sabah Grubu'nun davranışlarını göz önünde bulundurmaksızın hareket edememektedir. Dolayısıyla Doğan Grubu'nun pazarda tek başına hâkim durumda olduğu söylenemez. Diğer yandan, bu piyasada Sabah Grubu ile Doğan Grubu'nun "birlikte hâkim durumda" olabileceklerinden söz edilebilir.*" şeklindeki ifadesi ile pazarın oligopolistik yapısına değindikten sonra iki grubun da ilgili pazarda birlikte hâkim durumda olduklarını tespit etmiştir⁵⁴. Doğan ve Sabah Gruplarının birlikte hâkim durumda bulunmalarının gerekçesi olarak, oligopolistik pazarda faaliyet gösteren bu iki grubun iktisadi politikalarını belirlerken birbirlerinin tepkilerini göz önünde bulundurmamak zorunda olmaları gösterilmiştir.

Çok sayıda teşebbüsün birlikte hâkim durumda olması, Rekabet Kurulu'nun 18.09.2000 tarihli Türk Eczacılar Birliği kararında da belirtildiği gibi istisnai bir durumdur⁵⁵. Kurul, "*... Çok sayıda teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya kararlara taraf olduğu durumlarda, anlaşma veya kararlara uygun hareket edilip edilmediğinin belirlenmesi güçleşmekte ve işlemin uygulanma süresi ile pazarlarda*

⁵³ Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasından Roche davası bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Roche olayında, dar oligopol bir piyasa söz konusu olup, az sayıda teşebbüs bulunmaktadır. Piyasanın dar oligopol bir piyasa olmasına ve piyasada sadece birkaç teşebbüs bulunmasına rağmen, AAD, rakip firmaların pazar paylarının, Roche firmasının pazar payına oranla çok düşük olmasını, Roche'nin tek başına bağımsız olarak karar verme gücünü sağlamaya yeteceğini belirterek, tek başına hakimiyetin söz konusu olduğuna karar vermiştir. Bkz. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 192- 193.

⁵⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları Karar Sayısı: 99-56/599-381, Karar Tarihi: 08.12.1999; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları Karar Sayısı: 07-63/777-283, Karar Tarihi: 02.08.2007.

⁵⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-35/393-220, Karar Tarihi: 18.09.2000.

yaratılan etki sınırlı kalmaktadır. Potansiyel ve mevcut rekabeti önemli ölçüde sınırlandırabilecek, pazarın yapısını etkileyebilecek birlikte hâkim durumdan, çok sayıda teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı işleme taraf olduğu hallerde söz etmek- istisnai örnekler dışında- neredeyse olanaksızdır... ” diyerek bu olayda Türk Eczacılar Birliği bünyesinde birlikte hâkimiyetin söz konusu olmadığına karar vermiştir⁵⁶.

Rekabet Kurulu, MESAM, MSG, MÜYAP ve MÜYORBİR Meslek Birlikleri'nin, yayıncı kuruluşlara karşı uygulamakta oldukları müzik eserleri telif ücreti tarifeleri ile hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddiasına ilişkin incelemesinde, birlikte hâkimiyetin söz konusu olduğuna değinmiştir. Bu meslek birlikleri, uygulamaya koydukları ortak hareket protokolü ile yayıncılar karşısında tek bir muhatap haline gelmişlerdir. Bu nedenlerle anılan meslek birlikleri, her ne kadar farklı hakların lisanslamasıyla yükümlü olsalar da, ortak hareket protokolü çerçevesinde birlikte hareket etmektedirler. Şikâyet konusu olayda, bahse konu meslek birliklerine alternatif herhangi başkaca bir meslek birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle müzik yayını yapmak isteyen bir yayıncı için bu meslek birlikleri tek kaynak durumundadır. Bu meslek birliklerinin pazarlık güçlerinin çok yüksek olması, müzik eserlerinin lisanslamasında önemli güce sahip olmaları, müşterilerin talep esnekliklerinin zayıf olması gibi hususlar dikkate alınarak söz konusu meslek birliklerinin birlikte hâkim durumda oldukları sonucuna ulaşılmıştır⁵⁷.

Kurul, 17.07.2000 tarihli bir diğer kararında⁵⁸, ilgili pazarda yoğunlaşma oranının çok yüksek olması ve yoğunlaşma sonrasında rekabet edebilecek bir firma kalmamasının yanı sıra, bir dağıtım şirketi kurmanın maliyeti, mevcut bayi ağlarına girilememesi ve oluşturulacak yeni bayilik ağını besleyecek yeteri kadar yayın sayısına ulaşamaması gibi faktörler yüzünden pazara giriş engeli bulunduğunu,

⁵⁶ Rekabet Kurumu bir başka kararında, tarafların izlenme ve reklam geliri payları ile müşteri ve rakipleri karşısındaki konumlarını dikkate alarak teşebbüslerin birlikte hâkim durumda olmadıklarına karar vermiştir. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-27/570-131, Karar Tarihi: 11.06.2009.

⁵⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:08-66/1064-419, Karar Tarihi: 20.11.2008.

⁵⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları Karar Sayısı:00-26/292-162, Karar Tarihi: 17.07.2000.

neticede YAYSAT, BBD ve BİRYAY'ın, gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hâkim durumda bulduklarını tespit etmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 09.06.2003 tarihli Turkcell/Telsim(Roaming) kararında ise⁵⁹; *"... Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebilecek pazar gücüne sahip oldukları ve bu nedenle birlikte hâkim durumda buldukları kanaatine varılmıştır."* Rekabet Kuruluna göre her iki GSM operatörü de alt yapılarını tamamlamış, %90'ın üzerinde kapsama alanına ulaşmıştır. Pazara girmek isteyen bir başka teşebbüsün ise ülkenin tümü anlamındaki bu kapsama alanını kullanabilmesi için teşebbüslerden herhangi biriyle anlaşmasının yeterli olması her iki teşebbüsün de hâkim durumda bulunması için yeterli görülmüştür. Bu karar ile bir pazarda iki bağımsız teşebbüsün ayrı ayrı hâkim durumda bulunabilmesinin mümkün olduğu görülmektedir⁶⁰.

3. Hâkim Durum Kavramı İle İlgili Kavramlar

3.1. Tekel

Tekel herhangi bir mal piyasasında toplam talebin, tek bir firma tarafından karşılandığı bir piyasa şekli olmakla birlikte, aynı zamanda, bu piyasada faaliyet gösteren tek bir teşebbüsü ifade eder. Dolayısıyla tekel durumunda bulunan bir teşebbüs, niteliği gereği aynı zamanda hâkim durumdadır⁶¹. Ancak piyasada tekelin söz konusu olmadığı, birden fazla teşebbüsün bulunduğu durumlarda da hâkim durum söz konusu olabilmektedir. Hâkim durum kavramı ile ifade edilmek istenen sadece tekel konum değil, somut şartlar itibarıyla tekel gibi hareket ederek,

⁵⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:03-40/432-186, Karar Tarihi: 09.06.2003.

⁶⁰ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 392, 393.

⁶¹ Sanlı, s. 275 ve 1 no'lu dipnot.

rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket etme ve etkin rekabeti engelleme gücüne sahip olma halidir⁶².

Bir mal veya hizmet piyasasında iki veya daha fazla teşebbüsün yapabileceği üretime göre pazardaki tüm talebin en az maliyetle yalnızca tek bir teşebbüs tarafından karşılanması haline doğal tekel adı verilmektedir. Bu durumda bir teşebbüsün üretim yapması toplam maliyeti düşürerek iktisadi etkinliğin daha fazla sağlanmasına yol açmaktadır⁶³. Doğal tekeller genellikle büyük miktarlarda ilk yatırım gerektiren ve sabit maliyeti yüksek olan elektrik, doğal gaz, su, demiryolları ile telekomünikasyon hizmetleri sağlayan endüstrilerdir⁶⁴. Yerel şebekenin kurulum maliyeti dikkate alındığında, söz konusu şebekenin birden fazla teşebbüs tarafından kurulma maliyetinin çok yüksek olması kaynak israfına neden olacağından, kurulu yerel şebeke üzerinden kullanıcıya hizmet ulaştırma faaliyetinin tek bir teşebbüs tarafından sağlanması tercih edilmektedir⁶⁵.

Bununla birlikte herhangi bir yasal, düzenleyici ya da idari yolla belirli bir ekonomik faaliyeti belirli bir süre ve belirli bir coğrafi alanda yerine getirebilmesi için, kamu ya da özel tek bir teşebbüs lehine verilen inhisari haklar, yasal tekel oluşturmaktadır⁶⁶.

Avrupa Birliği uygulamasında, tekel niteliğindeki teşebbüsler rekabet kurallarına tabi olmakla birlikte, genel ekonomi yararına işleyen hizmetleri yapmakla görevli kamu tekelleri ancak kendilerine verilen özel görevlerinin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde, rekabet kurallarına tabi tutulacaktır⁶⁷.

⁶² Güven, Rekabet Hukuku, s. 263.

⁶³ Özkan, Ahmet Fatih, "Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri Ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları", Rekabet Dergisi Sayı:39, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2009, s. 133 ve 64 no'lu dipnot; İçöz, Özge, "Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet", Ankara 2003, s. 9; Beyoğlu, Berrin Özge, "Telekomünikasyon Sektöründe Hâkim Durum Kavramı ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.13.

⁶⁴ Özkan, Kamu Teşebbüsleri, s. 133 ve 64 no'lu dipnot.

⁶⁵ Beyoğlu, s. 13.

⁶⁶ Özkan, Kamu Teşebbüsleri, s. 126; Ege, Yavuz, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet", Rekabet Dergisi Sayı: 9, Rekabet Kurumu Yayınları, Ocak Şubat Mart 2002, s. 10.

⁶⁷ Ege, s. 10.

Teşebbüsün hâkim durumda olması değil, bu hâkim durumun kötüye kullanılması 6. madde kapsamında ihlal olarak kabul edildiğinden, teşebbüslerin yasal ve doğal tekel durumunda olmaları yaptırıma tabi tutulmaz. Ancak teşebbüsün söz konusu yasal veya doğal tekel hakkını rekabeti kısıtlayıcı şekilde kötüye kullanması yaptırıma tabi tutulacaktır⁶⁸.

3.2. Etkin Piyasa Gücü

Etkin piyasa gücü kavramı, Elektronik Haberleşme Kanunu'nun⁶⁹ 3. maddesinde ve Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilere Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik'in⁷⁰ Tanımlar başlıklı 4. maddesinde; "*İşletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan ekonomik gücü*" şeklinde tanımlanmıştır.

Etkin Piyasa Gücü kavramı, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında hâkim durum kavramı ile paralellik göstermektedir. Çerçeve Direktif'in⁷¹ 14. Maddesinde EPG; "*Bir teşebbüs, tek başına ya da diğerleriyle birlikte, hâkimiyete eşit bir konuma, bir başka ifadeyle tüketicilerden, müşterilerden ve rakiplerden önemli ölçüde bağımsız davranma imkânı veren ekonomik güce, sahipse bu teşebbüsü etkin piyasa gücüne sahip olduğu varsayılacaktır.*" şeklinde tanımlamıştır⁷². Kısaca Çerçeve Direktif'te bir teşebbüsün rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden

⁶⁸ Güven, Rekabet Hukuku, s. 123, 124.

⁶⁹ 05.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Resmi Gazete.

⁷⁰ 01.09.2009 tarih ve 27336 sayılı Resmi Gazete.

⁷¹ Directive 2002/21/EC, OJL 108/33, 24.04.2002; Demiröz, Ali, "AB'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü", Rekabet Dergisi Sayı: 15, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2003, s. 22, www.rekabet.gov.tr (05.02.2014).

⁷² Demiröz, s. 25.

bağımsız davranabilmesini sağlayan ekonomik güce sahip olması durumunda EPG'ye sahip olduğu kabul edilmektedir⁷³. Dolayısıyla Yeni Düzenleyici Çerçeve'nin EPG kavramını "*hâkim durum*" kavramıyla eşitleyerek, Rekabet Hukuku ve sektörel düzenleme arasında bir paralellik kurulduğu görülmektedir⁷⁴.

AB ve Türk telekomünikasyon düzenlemeleri kapsamında ilgili pazarlarda etkin rekabetin bulunmadığı, yani EPG'ye sahip teşebbüsün var olduğu durumlarda, söz konusu teşebbüsün dikey bütünleşik yapıya sahip olması pazar gücünün aktarılmasını kolaylaştırmakta olup, hâkim durum kavramı etkin piyasa gücü kavramını da içine alacak şekilde geniş yorumlanarak değerlendirilmelidir⁷⁵.

3.3. Patent Lisansı

Patent, bir kişinin buluşu üzerinde kendisine inhisarî haklar sağlayan bir belgedir. Başka bir ifadeyle patent, yeni bir ürün, üretim yöntemi ya da herhangi bir yenilik bulan kimseye, bu buluşu üzerinde mülkiyet hakkı vermekte ve bu buluştan karşılıksız yararlanılmasını engellemektedir⁷⁶.

Patent hakkı, hak sahibine, üçüncü kişilerin izinsiz olarak, patent konusu ürünün üretilmesini, satılmasını, kullanılmasını, ithal edilmesini veya bu amaçlar için, kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle elinde bulundurmasını, patent konusu bir usulün kullanılmasını önleme yetkisi verir (551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK md.73). Patent hakkı sahibine verilen bu yetkiler ile buluş sahibinin ticari menfaatlerinin korunması suretiyle yeni buluşların özendirilmesi ve

⁷³ Kavak, Nimet, "Telekomünikasyon Sektöründe Birlikte Satış Uygulamaları", Uzmanlık Tezleri Serisi No:130, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2012, s. 47.

⁷⁴ Demiröz, s. 25.

⁷⁵ Kavak, s. 47; Okat, Tolga, "Patentin Sağladığı Hakkın Rekabet Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 15, 16.

⁷⁶ Başaran, Tuğba, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları", İKV Yayınları, No 161, İstanbul 2000, s. 25; Güçer, s. 21; Tekinalp, Ünal, "Fikri Mülkiyet Hukuku", İstanbul 2012, s. 523.

teknolojik ilerlemenin sağlanarak, toplumun refah düzeyinin artırılması amaçlanmaktadır (551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK md.1).

Patent hakları mahiyeti gereği sahibine tekel hakkı vermekte olup, bu hak sahibine piyasada üstünlük sağlamaktadır. Ancak doktrinde patent üzerinde hukuki tekel hakkına sahip olunması tek başına teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması için yeterli kabul edilmemektedir⁷⁷. Her ne kadar patent hakkı sahibine hakkın kullanımı konusunda tekel hakkı vermekte ise de özellikle patentler alanında yapılan buluşların, mevcut teknolojinin ilerlemesini sağlayıcı oldukları kabul edilmektedir⁷⁸. Bu nedenle yeni gelişmelerin teşviki ve kaynakların etkin kullanılması amacıyla, patent hakkı sahibinin haklarına rekabetten üstünlük sağlanmış ise de, bu üstünlük sınırsız değildir⁷⁹. Sahibine tekel hakkı sağlayan patent haklarına getirilen koruma piyasadaki rekabetin bozulmasına neden oluyorsa, bu haklara rekabet otoriteleri tarafından müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, patent hakkına tekel olarak sahip olan teşebbüs, sahip olduğu patent hakkına dayanarak, rakibi olan bir teşebbüsün daha üstün bir buluş yaratmak için yapacağı ARGE yatırımını engelleyebilir, paralel ithalatı engelleyebilir⁸⁰, lisans verilmesini haklı gerekçeler olmaksızın reddedebilir veya pazardaki arz miktarını kontrol ederek fiyatı istediği seviyede belirleyebilir⁸¹.

Ancak patent lisansı ile patent hakkı sahipleri belirli bir ücret karşılığında buluşlarından 3. kişileri yararlandırabilmektedir. Bu durumda patent lisans sözleşmeleri, lisans alanlar yoluyla patent konusu buluşun ticarileşmesi ve ekonomiye kazandırılması, dolayısıyla yeni teknoloji, yeni ürün ve hizmetlerin oluşmasına hizmet etmekte, bu yönüyle piyasada rekabeti artırıcı bir etki

⁷⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 666; Güçer, s. 65.

⁷⁸ Güçer, s. 65.

⁷⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 665.

⁸⁰ Paralel ithalat, Türkiye dışında piyasaya sunulmuş fikri mülkiyet hakkını taşıyan özgün malın, fikri mülkiyet hakkı sahibinden izin alınmaksızın, Türkiye'ye ithal edilmesidir. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 678; Güçer, s. 63.

⁸¹ Gürzumar, Osman Berat, "Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması", Ankara 2006, s. 166; Okat, s. 27; Güçer, s. 48.

yaratabilmektedir⁸². Buna karşılık, patent hakkı sahibi, kendisine hukuk düzeni tarafından tanınan bu tekel hakkını 3. kişilere devrederken, tekel konumundan ve üstün pazarlık gücünden faydalanarak, süre, bölge ya da fiyata ilişkin kayıtlar ile karşı tarafın ticaret özgürlüğünü sınırlayan veya rekabeti dışlayan bir takım sınırlamalar getirmesi halinde, patent hakkının amacını aşan bu sınırlamalara rekabet kuralları ile müdahale edilebilmektedir⁸³.

Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir. Anlaşmaya konu patent hakkının sadece lisans alanın kullanımına açıldığı, lisans sahibinin üçüncü kişilere lisans vermeme yükümlülüğü altına girdiği ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendi kullanım hakkından da vazgeçtiği sözleşmeler, inhisari lisans sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır (PatKHK md. 88)⁸⁴. İnhisari olmayan lisansta, lisans veren patent hakkını kendisi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere aynı patent hakkına ilişkin başka lisanslarda verebilir (PatKHK md. 88). Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, lisans inhisari değildir.

İnhisari lisans sözleşmelerinin piyasaya yeni girişlerin önüne geçilmesi, lisans alanlara ilgili bölgelerde tek satıcı olma hakkı tanınması ve hâkim durumdaki lisans verenin pazardaki bu konumunun güçlendirilmesi gibi rekabeti kısıtlayıcı etkileri olabilmekte ve tekel hakkına sahip teşebbüsün piyasa gücünün artmasına yol açabilmektedir⁸⁵.

II. HÂKİM DURUMUN TESPİTİ

⁸² Angı Gözlükaya, Fatma, “Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Uygulaması”, Rekabet Dergisi Sayı: 23, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2005, s. 13; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 666.

⁸³ Sanlı, s. 168 ve 150 no’lu dipnot.

⁸⁴ Topçuoğlu, Metin, “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar”, Rekabet Dergisi Sayı: 18, Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan Mayıs Haziran 2004, s. 6, www.rekabet.gov.tr (08.12.2013).

⁸⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 04-46/597-145, Karar Tarihi: 08.07.2004.

Hâkim durumun saptanmasında yapısalıcı ve davranışçı olmak üzere iki ayrı yaklaşım bulunmaktadır.

Yapısalıcı yaklaşım, bir pazarın şeklini, durumunu, niteliklerini veya bir firmanın kendi iktisadi politikasını oluştururken göz önünde bulundurduğu sürekli ve yavaş değişen koşulları esas alır. Bu yaklaşıma göre, bir firmanın fiyat politikaları içinde bulunduğu piyasanın yapısal koşullarıyla belirlenir. Bu koşullar örneğin, alıcı ve satıcıların sayısı, pazar güçleri ve pazara giriş koşullarıdır⁸⁶. Davranışçı yaklaşım ise, firmaların kararlarının sonucu olan ve kısa sürede değiştirilebilir olan pazar unsurlarını dikkate alır. Bu yaklaşıma göre bir firma davranışlarını kendi serbestçe belirleyebiliyorsa hâkim durumda kabul edilmektedir. Örneğin, rekabet baskısı olmaksızın bağımsız olarak fiyatlama politikası oluşturabilme gücü veya fiyatları kontrol etme gücü hâkim durum olarak tanımlanmaktadır⁸⁷.

Ancak yalnızca yapısalıcı yaklaşım ya da davranışçı yaklaşım esas alınarak, teşebbüsün gücünün rekabeti sınırlayıp sınırlamadığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle hâkim durumun saptanmasında pazarın yapısalıcı değerlendirmesi ile birlikte davranışçı yaklaşımında esas alınması gerekir⁸⁸.

1. Hâkim Durumun Belirlenmesinde İlgili Pazar Kavramı

RKHK'nın 6. maddesi ile “*belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki*” hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış olup, bu kapsamda bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle faaliyette bulunan ilgili pazarın tanımlanması gerekmektedir⁸⁹.

⁸⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 441.

⁸⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 441.

⁸⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 441, 442.

⁸⁹ Ateş, s. 59; İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M, s. 3, par. 6.

Kanun'un “Amaç” başlıklı 1. maddesinde ve “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde doğrudan doğruya “Türkiye Cumhuriyeti sınırları”ndan ve “mal ve hizmet piyasaları”ndan söz edilmekte, ardından da “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde; “Mal: Ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşyayı, Hizmet: Bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetleri” ifade eder denilmektedir. Bu hükümler ile ilgili pazarın coğrafi sınırının “Türkiye Cumhuriyeti” olduğu ve ilgili pazarda hem mal hem de hizmetlerin ürün olarak kabul edilebileceği net bir şekilde ortaya konmuştur.

İlgili pazar tanımı, incelenen teşebbüsün, söz konusu pazarda rekabetçi baskılardan uzak şekilde bağımsız davranma gücünün bulunup bulunmadığına yönelik yapılacak değerlendirmelerin temelini oluşturmaktadır⁹⁰. Hâkim durumun doğru ve net belirlenebilmesi için öncelikle teşebbüslerin hangi ürün pazarında, hangi coğrafi pazarda ve hangi zaman sürecinde faaliyet gösterdikleri incelenmelidir.

1.1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı, belirli bir ürün ile tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları, fiziksel ve teknik özellikleri bakımından benzer olan ve birbirleriyle değiştirilebilir ya da ikame edilebilir bir dizi mal ya da hizmetten oluşmaktadır⁹¹.

Türk Rekabet Hukuku'nda ilgili ürün pazarı, 2010/4 sayılı Tebliğ'in “İzne Tabi Birleşme veya Devralmalar” başlığını taşıyan 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

⁹⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 2, par. 9, www.rekabet.gov.tr (15.01.2014).

⁹¹ Güven, Rekabet Hukuku, s. 279; Su, Kemal Tahir, “Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 94, Ankara 2003, s. 11. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 12-47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012.

“İlgili ürün pazarının tespitinde, tüketicinin gözünde fiyatları, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlarda değerlendirilir.”

Yine Dikey Anlaşmalarla ilgili 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde ilgili ürün pazarı “tanımlar” maddesi içerisinde yer alan “rakip teşebbüsler” kısmında;

“...ürün pazarı, anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal veya hizmetleri kapsar” şeklinde tanımlanmıştır.

İlgili ürün pazarı, belirli bir ürün ile tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından benzer olan ürünler meydana gelmektedir. İlgili ürün pazarının tanımında talep ikamesi dikkate alınmakla birlikte, talep ikamesine eşdeğer etkisi olduğu durumlarda arz ikamesi yönünden de inceleme yapılabilmektedir⁹².

Rekabet Kurulu tarafından ürün pazarının tanımlanmasında öncelikle mevcut bilgilere veya taraf teşebbüsler tarafından sunulan bilgilere dayanılarak, olası ilgili

⁹² Örneğin; Rekabet Kurulu, uluslararası ticarete deniz yolu taşımacılığının ön planda olduğu bir kararında ilgili ürün pazarını, “tekerlekli ve mobil yük taşıyan ro ro gemileri ile yapılan tarifeli deniz taşımacılığı hizmetleri” (ro ro taşımacılığı hizmetleri) olarak belirlemiştir. Karara göre; “Ro ro taşımacılığında temel hizmet, ithal ve ihraç yükleri taşıyan çekici ve dorselerin ro ro gemileri ile hedef limanlara taşınmasıdır. Ro ro gemileri, bu yüklerin taşınmasına imkân verecek şekilde inşa edildiği için konteyner yükleri, dökme kuru yükler, sıvı yükler ve yolcular bu gemiler ile taşınmamaktadır. Benzer şekilde ro ro gemileri ile taşınan çekici ve dorselerin de farklı amaçlar için inşa edilmiş gemiler ile taşınması mümkün değildir. Ayrıca, limanlarda ro ro yüklerinin gemiye yüklenmesi ve gemiden indirilmesi de diğer yüklerden farklılık arz etmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, ro ro taşımacılığı ile diğer deniz taşımacılığı türleri arasında söz konusu hizmetlerin aynı pazarda değerlendirilmesini gerektirecek düzeyde bir talep ve arz ikamesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ro ro taşımacılığında faaliyet gösteren bir teşebbüsün karayolu taşımacılığı yapabilmesi için ise, çekici ve dorse satın alması, yeterli sayıda şoför istihdam ederek onlar için gerekli izinleri alması ve yük sahiplerine ulaşmak ve taşımaları koordine etmek üzere bir organizasyon kurması gerekmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, karayolu ve ro ro taşımacılığının farklı iş tecrübesi, bilgi birikimi, sermaye kullanımı ve organizasyon yapısı gerektiren ve farklı hukuki düzenlemelere tabi olan iki farklı iş kolu olduğu anlaşılmaktadır.” Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012.

pazarlara ilişkin bir ön görüş oluşturulmakta ve alternatif ürünlerin birbirinin ikamesi olup olmadığı incelenmektedir⁹³.

İlgili ürünün özellikleri ve kullanım amacı, ikame ürünlerin belirlenmesindeki ilk adımdır. Ancak, ürünlerin birbirinin yerine kullanılabilme imkânları ve benzer özelliklere sahip olmaları ilgili ürün pazarının belirlenmesi bakımından tek başına yeterli değildir⁹⁴. Zira müşterilerin göreceli fiyatlardaki değişmelere tepkisini başka faktörlerde etkileyebilmektedir. Örneğin, otomobil parçaları için orijinal parça pazarındaki rekabet koşulları ile yedek parça pazarındaki biribirinden farklı olabilir. Bu durumda otomobil parçaları bakımından orijinal yedek parça pazarı ve yedek parça pazarı şeklinde iki farklı pazar oluşturabilmektedir. Ya da tam tersine, ürün özellikleri arasındaki farklar tek başına ürünler arasında ikame olmadığına karar verilmesi için yeterli değildir⁹⁵. Bu nedenle ilgili ürün piyasasının tanımlanmasında ürünün sadece fiziksel özellikleri değil, kullanım amacı, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, tüketici tercihleri, maliyet ve engeller de göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁶.

AAD, verdiği kararlarda ilgili ürün pazarını tespit edebilmek için, öncelikle piyasada hangi ürünlerin bulunduğu ve ikame ürünlerin belirlenmesi gerektiğine değinmiştir. Bu şekilde bir ürünün yerine geçebilecek ikame ürünler belirlenerek ilgili ürün pazarının sınırları tespit edilmektedir⁹⁷. AAD, ilgili ürün pazarını, “*sahip oldukları*

⁹³ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M, s. 5, par. 17.

⁹⁴ 05.04.2007 tarihli 07-30/294-111 sayılı, 08.09.2005 tarihli 05-55/836-228 sayılı Kurul Kararları.

⁹⁵ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M, s. 6, par. 23.

⁹⁶ Rekabet Kurulu, vermiş olduğu bir kararında; “*Gübre kullanıcıları, yetiştirecekleri bitkinin özelliklerini, laboratuvar çalışmaları sonucunda ortaya çıkan toprağın besin gereksinimini ve bölgenin iklimi gibi unsurları göz önünde bulundurarak kullanacakları gübre türünü belirlemektedirler.*” ifadesi ile talep yönlü ikame edilebilirlik değerlendirmelerini kullanıcıların kullanım amaçları ve ürünlerin nitelikleri çerçevesinde yapmıştır. Arz yönlü ikame edilebilirlik açısından ise, “... aynı tek besinli gübre türlerinin birini veya birkaçını üreten bir firmanın bu gruptaki diğer gübre türlerini üretmesinin zor olmadığı anlaşılmaktadır. Kompoze gübrelerde karışım oranları değiştirilerek yeni çok besinli ürünlerin üretilmeye başlanması daha da kolaydır. Öte yandan, farklı tek besinli gübre türlerinin üretim süreçlerinin kendi aralarında ve kompoze gübrelerin üretim süreçlerine göre önemli farklılıklar içermesi, bu türler arasındaki arz esnekliğinin sifıra yakın olduğunu göstermektedir.” ifadelerine yer vererek üreticilerin üretim yapılarında yapacakları değişikliklerin maliyet ve zaman açısından değerlendirmesini yapmıştır. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 02-07/57-26, Karar Tarihi: 08.02.2002.

⁹⁷ Şiramun, s. 24.

özellikler nedeniyle aynı ihtiyacı karşılamaya uygun bulunan ve pek az bir oranda başka mallarla ikame edilebilen malların piyasası” olarak ifade etmiştir⁹⁸.

United Brands davasında Komisyon ve AAD, muzun diğer meyvelerden farklı ihtiyaçlara cevap vermesi ve üretim bakımından da diğer meyvelerden farklı koşullara tabi bulunması sebebiyle ilgili ürün pazarını, meyve sebze pazarı olarak değil, ayrı bir ürün pazarı şeklinde muz pazarı olarak tespit etmiştir⁹⁹. Hoffman La Roche¹⁰⁰ kararında ise Komisyon, dava konusu vitamin grupları içerisinde her bir vitaminin kendine özgü bio-besleyici fonksiyonları bulunduğunu esas alarak, vitaminlerin birbirleriyle ikame edilebilir olmadıklarına karar vermiş ve her vitaminin ayrı bir pazar oluşturduğunu belirtmiştir¹⁰¹.

İlgili ürün pazarı, sadece teşebbüsler tarafından üretilen malları değil, sunulan hizmetleri de kapsar. Rekabet Kurulu Özel Okullar Derneği ile ilgili kararında, ilgili pazarı; fen lisesi, anadolu lisesi ve süper lise gibi devlet okullarının ciddi rakipler olduğunu da dikkate alarak, ilköğretim ve lise düzeyinde öğretim pazarı olarak belirlenmiştir¹⁰². Rekabet Kurulu özel okullara ilişkin başka bir kararında incelenen hususların, özel okulların ticarî politikalarına ilişkin olması, ülkemizde özel öğretimin 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nda belirtilen ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilmesi ve bu hizmetin, herhangi başka bir hizmet ile ikame edilememesi sebepleriyle, dosya kapsamında ilgili ürün pazarı; “okul öncesi, ilköğretim ve orta öğretime yönelik özel okul işletmeciliği hizmetleri pazarı” olarak belirlenmiştir¹⁰³.

⁹⁸ Hoffman La Roche, ATKD(1979) 461; Hilti, ATKD (1991) II-1439; Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 439; Şiramun, s. 24.

⁹⁹ United Brands, ATKD (1978) 207; Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 223.

¹⁰⁰ Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, Case 85/76, 1979 ECR 461, Çetinkaya, Murat, “İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Kavramında Kullanılan Nicel Teknikler”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 34.

¹⁰¹ Çetinkaya, s. 34; Karakılıç, Hasan, “Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları”, İstanbul 2013, s. 416.

¹⁰² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-6/48-17, Karar Tarihi: 11.02.1999.

¹⁰³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:11-12/226-76, Karar Tarihi: 03.03.2011.

Kısaca ilgili ürün pazarının tespit edilmesi, hâkim durumda bulunan teşebbüsün hangi malı ürettiği veya hizmeti ifa ettiğini göstermektedir¹⁰⁴. Bir mal veya hizmetin talebinin, o mal veya hizmetin fiyatında, tüketicinin gelirinde ve diğer mal veya hizmetlerin fiyatlarındaki değişmelere tepkisini ifade eden talep ikamesi ile bir mal veya hizmetin arzının, o mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelere tepkisini ifade eden arz ikamesi, ilgili pazarın belirlenmesinde son derece önemlidir¹⁰⁵.

1.1.1. Talep İkamesi

Talep ikamesinde, aynı piyasaya dâhil sayılan mallar arasında, tüketiciler açısından kullanım, fiyat ve nitelikleri bakımından farklılık olmaması ve bu mallardan herhangi birinin diğerine tercih edilebilmesi söz konusudur. Ürünlerin birbiri ile ikame edilebilirliği fazla ise bu ürünler aynı ürün pazarında değerlendirilir¹⁰⁶. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, talep ikamesinin tespit edilmesinde “*çapraz fiyat elastikiyeti*” yöntemi esas alınmaktadır. Çapraz fiyat elastikiyeti yöntemine göre, bir ürünün fiyatında meydana gelen artışlar, tüketicilerin önemli ölçüde başka bir mala veya hizmete yönelmesine yol açıyor ise, bu ürünler arasında ikame edilebilirliğin söz konusu olduğu kabul edilmekte ve tüketicinin yöneldiği diğer ürünlerde aynı piyasa kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁷. Burada yapılan değerlendirme, yalnızca malın fiyat unsurunu dikkate almakta ve fiyat değişimleri ile müşteri tercihleri arasındaki ilişkiye göre ikame edilebilirliği belirlenmektedir¹⁰⁸. Avrupa Birliği ülkelerinden refah seviyesi ve gelir dağılımı bakımından oldukça farklı konumda bulunan Türkiye’de, özellikle gelir dağılımında yaşanan büyük farklılıklar,

¹⁰⁴ Şiramun, s. 24.

¹⁰⁵ Aşçıoğlu Öz, s. 92.

¹⁰⁶ AAD, Loreal NV & Loreal SA/D Nieuwe AMCK PVBA kararında ikame edilebilirlik ölçütünü dikkate alarak, “*sahip olduğu özellikleri dolayısıyla aynı ihtiyacı cevaplamaya uygun bulunan ve pek az bir oranda başka ürünlerle ikame edilebilen mal ya da hizmetleri*” ilgili ürün piyasasında kabul etmiştir. Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 438, 439; Güven, Rekabet Hukuku, s. 290.

¹⁰⁷ Sanlı, s. 248.

¹⁰⁸ Sanlı, s. 248.

tüketicilerin fiyat değişimleri karşısında oldukça farklı tepkiler vermesine yol açmaktadır¹⁰⁹.

Talep ikamesinde fiyat ölçütünün yanı sıra, mal ve hizmetin fiziksel özellikleri, kullanım özellikleri ve kullanım amacı¹¹⁰, piyasadaki arz ve talep yapısı, tüketici alışkanlıkları mal veya hizmetin dayanıklılığı, kalitesi, markası, ilgili ürünlerin rekabet etme şartları, ikame edilebilir ürünlere geçilmesine bağlı engeller ve maliyetler gibi diğer faktörlerde ele alınmalıdır¹¹¹.

Rekabet Kurulu, ÇAYKUR'un Türkiye çay pazarında hâkim durumda bulunup bulunmadığını incelerken, gerek tüketici nezdindeki özgün niteliği gerekse üretim sürecindeki önemli farklılıklar bulunması nedeniyle kuru çay ve yaş çayın ayrı birer pazar olarak belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹².

Rekabet Kurulu başka bir kararında ilgili pazarın ticari içecek pazarı şeklinde oldukça geniş yorumlanması yerine pazarın alt kısımlarında inceleme yaparak ilgili pazarı gazlı alkolsüz içecek pazarı şeklinde belirlemiştir. Bu tespitin yapılmasında ürünlerin çok keskin çizgilerle birbirinden ayrılmadığını ancak dağıtım ağının

¹⁰⁹ Sanlı, s. 248.

¹¹⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-73/986-273, Karar Tarihi: 25.10.2005; "LPG çok amaçlı olarak kullanılan bir üründür. Bu ürünün sanayide kullanımı, ısıtma ve aydınlatma gibi işlevleri diğer bazı ürünlerce ikame edilebilmekte iken, fırın ve ocaklarda kullanımına ilişkin iki ikame malından birisi olan doğalgaz, henüz ülkemizde yaygın değildir. Adıyaman ilinde doğalgaz temin kaynağı bulunmamaktadır. Diğer ikame malı olan elektrik enerjisi ise, ekonomik olmaması nedeniyle yakın bir ikame malı olarak değerlendirilemez. Bu nedenlerle ilgili ürün pazarı, mutfakta kullanılan LPG dolum ve dağıtım pazarı olarak kabul edilmiştir."

¹¹¹ Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 439.

¹¹² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 13-47/637-276, Karar Tarihi: 13.08.2013; "Kuru çay üretimi faaliyetinde bulunan teşebbüsler ruhsatlı çay bahçelerinden yaş çay olarak birtakım süreçler sonunda kuru çay elde etmektedirler. Bir ürünün diğer bir ürünle aynı pazarda yer alabilmesi için bu ürünlerin tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzer olmaları gerektiği dikkate alınarak yaş çay ve organik yaş çay ayrımı incelenmiştir. Organik yaş çay, yetiştirme yeri ve yetiştirme sürecindeki farklılıklar ile tüketici gözündeki niteliği bakımından kuru çaydan ayrılmaktadır. Benzer şekilde organik çayın gerek üretim maliyetinin gerekse de alış ve satış fiyatının yaş çaydan belirgin derecede yüksek olduğu görülmektedir. Ancak organik çay ile kuru çayın işleyiş ve üretim süreci bakımından birbirinden fark bulunmamaktadır. Organik çayın piyasada görece yeni bir ürün olması ve toplam yaş çay alımı içerisinde küçük bir yere sahip olması nedeniyle organik yaş çay alımının ayrı bir ilgili pazar olarak belirlenmesine gerek görülmemiştir. Bu nedenle işbu dosya bakımından dosya mevcudu bilgileri çerçevesinde, ilgili ürün pazarı 'yaş çay alımı pazarı' olarak belirlenmiştir."

kuvvetli olması gerekliliği, satışların özellikle markaya göre değişmesi ve aşırı miktarlarda reklam ve promosyon yapılarak marka oluşturulması unsurları nedeniyle diğer ticari içeceklerden ayrılması gerektiği kanaatine varmıştır¹¹³.

Rekabet Kurulu, farklı medya kanallarının birbirlerine ikame olup olmadığını değerlendirdiği bir kararında, gazete yayıncılığının talep yapısının diğer medya kanallarından farklı bir nitelik arz ettiğini belirtmiştir. Söz konusu karara göre; *“Gazeteler günlük olarak tüketilmektedir. Gazetenin içeriği, hafta sonu ve sair günlerde verilen ekler, gazetenin zamanında (günün erken saatlerinde) sunulabilmesi okuyucu talebinin belirlenmesindeki temel unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, reklam verenler gazetenin okur kitlesinin özelliklerini (okurların gelir düzeyi, yaşı, cinsiyeti, eğitim seviyesi vb.) dikkate almaktadır. Nitekim reklam veren için reklama konu ürün veya hizmeti hedef kitlesine ulaştırabilen gazetenin seçilmesi önemlidir. İlgili gazetenin toplumsal itibarı, gelişimi ve istikrarı da reklam verenler açısından belirleyici unsurlar arasında sayılmaktadır. Gazete yayıncılığının bu özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, okuyucular ve reklam verenler nezdinde televizyon, açık hava reklamcılığı, sinema gibi görsel medya araçlarından önemli derecede ayrıştığı görülmektedir. Bu çerçevede yazılı basın diğer medya kanallarından ayrı değerlendirilmiş, “gazete yayıncılığı” ve “dergi yayıncılığı” ise ayrı birer ilgili pazar olarak belirlenmiştir¹¹⁴.”*

1.1.2. Arz İkamesi

İlgili ürün pazarının tespitinde talep esnekliğinin yanında arz esnekliği de incelenmelidir. Bir ürünü üretmekte olan teşebbüs, kısa dönemde fazla bir zorlukla karşılaşmadan, başka bir ürünü de üretebilecek ya da hizmet sunabilecek imkân ve kapasiteye sahip ise, söz konusu malların arzı açısından ikame edilebilirlik söz konusudur¹¹⁵. Buna göre, ilgili ürünün arzı açısından, başka bir mal veya mallarla

¹¹³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 04-66/951-229, Karar Tarihi: 19.10.2004.

¹¹⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-18/341-103, Karar Tarihi: 30.03.2011.

¹¹⁵ Güven, Rekabet Hukuku, s. 292.

yüksek surette ikame edilebilirliği söz konusu ise bu malların tümü aynı piyasa kapsamında değerlendirilecektir¹¹⁶.

Teşebbüsün üretimlerini farklı ürünlere kaydırmaları için, mevcut maddi ve maddi olmayan mal varlıklarının önemli ölçüde değiştirilmesi, ek yatırımların yapılması, stratejik kararların alınması ve tüm bu işlemler için önemli bir zaman harcanması gerekiyor ise, arz açısından ikame edilebilirlikten söz edilemez¹¹⁷. Arz açısından ikame edilebilirlik, ancak işletmenin değişen bu şartlara az maliyetle, kısa sürede uyum sağlayabilmesi halinde söz konusu olacaktır¹¹⁸. Dolayısıyla, arz yönünden ikame edilebilirlik tespitinde, hem zaman ve hem de uyum sürecinin maliyeti önemli olup, somut olay çerçevesinde makul sınırlarda olması gerekliliği göz önüne alınmalıdır¹¹⁹.

Örnek olarak markalı içecekler verilebilir¹²⁰. Şişeleme tesisleri esas olarak her türlü içeceği şişeleme olanağına sahipse de, ürünlerin satılır duruma gelmesine kadar

¹¹⁶ 26.11.1998 tarihli 93/750-159 sayılı, 15.12.1999 tarihli 99-59/639-406 sayılı, 1.2.2007 tarihli 07-11/65-20 sayılı, 11.1.2007 tarihli 07-01/6-3 sayılı, 21.8.2007 tarihli 07-65/798-294 sayılı, 11.1.2007 tarihli 07-01/11-6 sayılı Kurul Kararları.

¹¹⁷ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M, s. 5, par. 15.

¹¹⁸ Rekabet Kurulu, Kardiyovasküler, endovasküler hastalıkların ve vakıaların tedavisinde kullanılan tıbbi cihazların ve kalp cerrahi sistemlerinin tedarikinde faaliyet gösteren Guidant Corporation'ın, "tüketici", "ilaç" ve "tıbbi cihazlar ve tanı kitleri" alanlarında faaliyet gösteren Johnson&Johnson (J&J) tarafından, bir J&J bağlı ortaklığı olan Shelby Merger Sub. Inc. Aracılığıyla devralınması işleminde, her biri farklı nitelik ve kullanım amacına sahip olan cihazların, birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğu, ayrıca, bu ürünlerin en önemli, en büyük müşterisi olan hastaneler, bu ürünleri ihale yoluyla bir arada ya da ayrı ayrı, ürün bazında alabilmektedirler. Bu ürünlerin her birinin tasarımı, ortaya çıkarılması, geliştirilmesi ve üretimi önemli düzeyde uzmanlık ve ar-ge faaliyeti gerektirmekte ve bu ürünlere yönelik know-how, fikri mülkiyet hakları çerçevesinde korunmaktadır. Bu nedenlerle kararda, bu cihazlar arasında arz yönüyle ikamenin de söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-44/632-164, Karar Tarihi: 8.7.2005

¹¹⁹ Aşçıoğlu Öz, s. 98.

¹²⁰ Güven, Rekabet Hukuku, s. 292; Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 440. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da arz ikamesine örnek olarak kâğıt üretimi gösterilmiştir. Buna göre; "Kâğıt üretimindeki arz ikamesi buna örnek olarak verilebilir. Kâğıt, çoğunlukla standart yazı kâğıdından sanat kitaplarının basımında kullanılanlar gibi yüksek kaliteli kâğıtlara kadar değişik kalitede ürünleri içeren bir yelpazede piyasaya sunulur. Talep yönünden bakıldığında, değişik kaliteli kâğıtların aynı yayınların basımında kullanılmayacağı görülür. Örneğin bir sanat kitabının veya yüksek kaliteli bir kitabın basımında düşük kaliteli kâğıtlar kullanılmayacaktır. Bununla birlikte, kâğıt fabrikaları her kalite kâğıdı üretmeye hazır olduklarından, belli bir kalitedeki kâğıdın üretiminden bir diğerine ihmal edilebilir ölçüde düşük maliyetlerle ve kısa bir zaman içinde geçebilirler. Dağıtımına ilişkin bir takım özel sorunların olmadığı ve özellikle siparişin teslimat süresinin kâğıt üreticisinin fabrikasında gerekli değişiklikleri yapmasına yetecek kadar uzun olduğu durumlarda, kâğıt üreticileri değişik kalitelere kâğıt siparişlerini almak için birbirleriyle rekabet edebilirler. Bu gibi durumlarda Kurul her kâğıt kalitesi ve bunların kullanım yerleri için ayrı birer

çeşitli maliyetler ve hazırlık süreleri (reklâm, ürün testleri ve dağıtım için) söz konusudur¹²¹.

Rekabet Kurulu'nun çeşitli kararlarında ilgili piyasanın arz ikamesi açısından incelendiği görülmektedir. Kurul bir kararında tüplügaz, dökme gaz ve otogaz arasında, dolun ve nakliye maliyetleri, ürünlerin pazarlanması ve satış koşulları açısından gerek pazarın yapısı gerekse mevzuat nedeniyle önemli farklılıklar olması, otogaz istasyonlarında tüplügaz satışının yapılamaması ve tüplügaz pazarlaması için ayrı bir bayilik ağı kurulması şartının bulunması gibi nedenlerle bu ürünlerin farklı pazarlar olarak ele alınması gerektiğine karar vermiştir¹²².

Rekabet Kurulu Kale Kilit ve Kalıp Sanayi A.Ş kararında¹²³, çelik kapı, ahşap kapı, demir kapı ve PVC kapı kilitleri arasında arz ikamesinin mümkün olup olmadığını incelemiştir. Bu kapsamda kapı kilitlerinin üretim süreçlerinde farklı makine ve kalıplar kullanıldığı, birisinden diğerine geçiş anılan makine ve kalıpların değiştirilmesini gerektireceğinden geçiş maliyetinin yüksek olduğu, ayrıca üretilen mekanik kilitlerin barelli olması durumunda barel üretimi için bir tesis ve montaj hattı kurmak gerektiği tespit edilmiştir. Bu nedenlerle ürünler arasında geçiş

pazar tanımlamayacaktır. İlgili pazara bütün kâğıtlar dâhil edilip bunların satışlarının toplamı alınarak toplam pazar değeri ve hacmi hesaplanacaktır." Bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M, s. 4, par. 14.

¹²¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-12/93-35, Karar Tarihi: 03.03.1999; "Ticari içecek pazarı, yoğun bir ürün farklılaşmasının bulunduğu ve pazardaki çok sayıda marka arasında kalori miktarı, alkol oranı, renk, tat, gazlılık ve besin değeri gibi bakımlardan önemli farkların gözlemlendiği bir pazardır. Tüketim ve ikame kalıplarının kişiden kişiye değiştiği söz konusu pazarda, kesin sınırları olan ürün kategorileri ortaya koymak oldukça güç görünmektedir. Söz konusu pazarda marka sahipleri ve şişeleme şirketleri belli bir içecek tipinden diğerine kolaylıkla geçtiklerinden arz yönüyle de ikame olanakları bulunmaktadır. Ancak, bildirim konu devralma söz konusu olduğunda ilgili pazarın ticari içecek pazarı gibi oldukça geniş olarak tanımlanması yerine yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak bu pazarın gittikçe daralan alt segmentlerinden olan alkolsüz içecekler segmentinde gazlı alkolsüz içecekler ve buna ilave olarak da soda olarak tanımlanması yerinde olacaktır. Çünkü her ne kadar ticari içecek üretiminde teknik sınırlar önemsiz denecek kadar etkisiz, tüketim ve ikame kalıpları da ürün kategorilerinin çok kesin çizgilerle ayrılmasında zorlaştırıcı olsa da, gazlı alkolsüz içecekler; çok etkin ve yaygın bir dağıtım ağına duyulan gereksinim ve satışların ürüne, özellikle markaya bağlı olarak değişmesi gibi unsurlar nedeniyle diğer ticari içeceklerden ayrılmaktadır. Bu bağlamda, belirli bir marka oluşturmak ve bu marka imajını tanıtmak amacıyla aşırı miktarlarda reklam ve promosyon giderlerinin yapılması da gazlı alkolsüz içeceklerin diğer ticari içeceklerden ayrı bir "ilgili ürün pazarı"nın tanımlanmasını gerektirmektedir."

¹²² 22.08.2002 tarihli ve 02-48/611-246 sayılı, 03.07.2003 tarihli ve 03-48/544-237 sayılı, 06.07.2011 tarihli ve 11-41/873-274 sayılı Kurul Kararları.

¹²³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-62/1633-598, Karar Tarihi: 06.12.2012.

yapılabilmesi için ek maliyetlere ve risklere katlanmak zorunda kalındığından arz ikamesinin söz konusu olmadığına karar verilmiştir¹²⁴.

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda da, ilgili mal piyasasının belirlenmesinde talebin yanı sıra arz ikamesi yöntemine de başvurulmaktadır. Sadece talep ikamesi ile yapılan değerlendirmenin ilgili pazarın tespiti için yeterli olmadığı, arz ikamesinin de talep ikamesiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Aksi durumda arz ikamesi dikkate alınmaksızın yapılan değerlendirme, piyasanın daralmasına ve çoğu teşebbüsün hâkim durumda bulunmadığı sonucuna yol açabilmektedir¹²⁵.

Avrupa Birliği uygulamasında hem arz ikamesi hem talep ikamesi açısından olayın incelendiği davalardan biri Nestle/Perrier¹²⁶ davasıdır. Dava, birçok gıda pazarında faaliyette bulunan Nestle firmasının, Perrier SA ve yavru ortaklıklarını devralması ile ilgilidir. Komisyon ilgili ürün pazarının tespit edilmesinde, şişelenmiş kaynak suları ile alkol­süz içecekler arasındaki farkı hem arz hem talep ikamesi yönünden incelemiştir. Talep ikamesi yönünden, ürünlerin birleşimlerine, tatlarına, kullanım amaçlarına ve fiyat değişikliklerine ilişkin tüketicinin tepkisi dikkate alınırken, arz yönünden ikame edilebilirlik için pazarlama ve üretim şartları, üretici fiyatları dikkate alınmış ve ilgili ürün pazarı şişelenmiş kaynak suları olarak tespit edilmiştir¹²⁷.

¹²⁴ Benzer bir karar; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-60/1568-559, Karar Tarihi: 07.12.2011; "...uzun demir ürünleri (profil, köşebent, lama vb.) üretimi ile, inşaat demiri üretimi arasında geçiş yapabilmek için, ilave haddehane yatırımı gerekmektedir. Bu tür bir yatırım önemli bir maliyet doğurduğu gibi, yatırımın hayata geçiş süresi 24 ayı bulabilmektedir. Yatırım sonrasında dahi, aynı tesiste çubuk haddehanesinden örneğin profil haddehanesine geçiş bir ayı bulabilmektedir. Bu süreç içerisinde, üretimin önemli ölçüde sekteye uğrayacak olması nedeniyle, diğer uzun demir çelik ürünleri ile inşaat demiri üretimi arasındaki arzın esnek olmadığı değerlendirilmektedir".

¹²⁵ Güven, Rekabet Hukuku, s. 292. Avrupa Adalet Divanı, Continental Can davasında, Komisyon'un sadece talep ikamesini değil, aynı zamanda arz ikamesini de dikkate alması gerektiği, hafif ambalaj piyasasının dar yorumlandığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Komisyon, hafif ambalaj üretiminde bulunan teşebbüslerin, üretim aşamasında küçük bir uyarılma ile farklı mallar için ambalaj üretip üretemeyeceğini değerlendirmemiştir. Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 442; Sanlı, s. 249.

¹²⁶ Nestle/Perrier O.J. L 356 dated 5.12.1992; Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 442.

¹²⁷ Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 442; Güven, Rekabet Hukuku, s. 294.

1.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili pazar kavramının tespitinde, ilgili ürün pazarı ile birlikte ilgili coğrafi pazarın tespiti de gereklidir. Teşebbüslerin mal veya hizmet sunarken faaliyette buldukları bölge ile rekabet koşulları benzerlik gösteren diğer bölgeler, ilgili coğrafi piyasa kapsamında birlikte değerlendirilmelidir¹²⁸. Kanun'un 6. maddesi “ülkenin tamamı veya bir bölümünde hâkim durumda olmaktan” söz etmekte olup, ilgili coğrafi pazarın tespitinin amacı, incelemeye tabi tutulan bir ya da birden fazla teşebbüsün, hâkim durumda oldukları coğrafi sınırların belirlenmesidir¹²⁹.

Kanun'da coğrafi pazarın tanımı yapılmış değildir. Ancak, yine 2010/4 sayılı Tebliğ ile Rekabet Kurumu coğrafi pazar ile ilgili şu tanıma yer vermiştir: “İlgili coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri, tüketici tercihleri, giriş engelleri, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır.” Rekabet Kurulu, bu tebliğinde ilgili coğrafi pazarın tespiti hususunda bölgenin diğer bölgelerden rekabet koşulları bakımından farklılığının yanında tüketici gözüyle de diğer bölgelerden hissedilir derecede ayrılmış olmasının gerekliliğini belirtmiştir. Dolayısıyla ilgili coğrafi pazarın sınırlarının belirlenmesinde, ilgili bölgenin coğrafi, ekonomik yapısı, mal ve hizmetin özellikleri, kota ve gümrük vergileri, yerel markalara bağlılık, bölgesel pazarda fiili olarak bulunma gerekliliği, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri gibi birçok unsur dikkate alınmalıdır¹³⁰. Öte yandan malın fiziksel özelliklerine bağlı taşıma masrafları da ilgili coğrafyanın tespitinde belirleyici bir unsur olarak kabul edilmektedir. Buna göre bir mal herhangi bir

¹²⁸ Sanlı, s. 250.

¹²⁹ Aşçıoğlu Öz, s. 99.

¹³⁰ Güven, Rekabet Hukuku, s. 296; Karakılıç, s. 416; İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 7, par. 31-37. Bkz. 01.02.2007 tarihli 07-11/70-22 sayılı, 22.03.2007 tarihli 07-27/252-87 sayılı, 04.07.2007 tarihli 07-56/630-212 sayılı Kurul Kararları.

güçlkle karşılaşmadan bir bölgeye taşınabiliyorsa, taşındığı bölgede coğrafi sınırlar içinde kalmaktadır. Veya başka firmaların malın üretildiği yere ulaşmaları zor ya da mümkün değilse, malın coğrafi bölgesi üretim yeri ile sınırlı tutulmalıdır¹³¹.

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'a¹³² göre, Rekabet Kurulu tarafından coğrafi pazarın tanımlanmasında öncelikle tarafların ve rakiplerin pazar paylarının dağılımından ve fiyat farklılıklarından hareketle bir ön görüş oluşturulmakta, ardından değişik bölgelerdeki teşebbüslerin müşteriler için birer alternatif arz kaynağı oluşturup oluşturmadığı incelenmektedir. Bu incelemede, teşebbüslerin müşterilerinin siparişlerini kısa dönemde ve az maliyetle başka bölgelerdeki teşebbüslere kaydırıp kaydıramayacakları önem taşımaktadır¹³³. Ancak inceleme konusu uygulama, gerek ürün gerekse de coğrafi pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişe yaratmıyor ya da alternatif tüm pazar tanımları açısından rekabeti bozucu bir etki meydana getiriyorsa pazar tanımı yapılmayabilir¹³⁴.

AB Rekabet Hukuku uygulamasında ilgili coğrafi pazar somut olaya göre tüm ortak pazar olabileceği gibi¹³⁵, bir ülkenin tamamı¹³⁶ veya bir bölümü ya da birden fazla üye ülke¹³⁷ veya bir havaalanı, bir liman¹³⁸ dahi olabilmektedir.

¹³¹ Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 442.

¹³² İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 5, par. 19.

¹³³ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 5, par. 19.

¹³⁴ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 5, par. 20. Bkz. 15.6.2006 tarihli 06-44/551-149 sayılı, 29.3.2007 tarihli 07-29/278-104 sayılı, 16.01.2014 tarihli 14-02/35-14 sayılı Kurul Kararları.

¹³⁵ Hoffmann La Roche davasında (Hoffmann La Roche-Komisyon, (1979), ECR. 461 (1979), 3 CMLR. 211,274), ilgili mal piyasasını oluşturan vitaminlerin taşıma maliyetlerinin düşük olması sebebiyle, ilgili coğrafi piyasa Ortak Pazar'ın bütünü olarak kabul edilmiştir. Yine Hilti davasında, ilgili mal piyasasını oluşturan çivi kartuşlarının taşıma maliyetlerinin düşük olması sonucunda, Ortak Pazar'ın bütünü coğrafi pazar olarak belirlenmiştir. Sanlı, s. 283 ve 62 no'lu dipnot.

¹³⁶ "Adalet Divanı Alsatel davasında (Alsatel-Novasam, dava 247/86, ECR (1988) 5887) Alsatel'in coğrafi piyasasını saptarken, sadece fiili olarak faaliyette bulunduğu bölgenin değil, bunun yanı sıra Fransa'nın bütününe dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve Fransız haberleşme bakanlığının bu gibi teşebbüslere bölgesel değil, ulusal bazda lisans hakları bahşetmesi olgusundan hareketle, homojen rekabet koşullarının bulunduğunu belirterek, ilgili coğrafi piyasayı Fransa'nın bütünü olarak kabul etmiştir." Sanlı, s. 281 ve 50 no'lu dipnot. Adalet Divanı Michelin davasında (Case 322/81 Nederlandsche Banden-Industrie Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461), teşebbüsün sadece Hollanda pazarında faaliyet gösteriyor olması ve başlıca rakiplerinin de yavru işletmeler aracılığıyla, Hollanda pazarında faaliyet gösteriyor olmaları nedeniyle ilgili coğrafi pazarın, Hollanda pazarı olduğuna karar vermiştir. Aşçıoğlu Öz, s. 99; Şiramun, s. 25.

¹³⁷ United Brands davasında (United Brands, ATKD, (1978) 207) coğrafi sınır, rekabet şartlarının yeterince benzer olduğu ve diğer bölgelerden rekabet şartları bakımından önemli ölçüde farklılık gösteren bölgeler şeklinde tanımlanmıştır. Anılan davada aynı ürünü almalarına rağmen İngiltere,

Coğrafi sınırlar açısından Avrupa Birliği'ne kıyasla oldukça küçük olan Türkiye'de, bölgeler arasında rekabet şartları açısından ciddi farklılıklar bulunmadığından piyasaların birbirlerinden ayrılması ihtimali daha zayıftır. Ancak, Türkiye coğrafyasının gösterdiği fiziksel özellikler, ulaşım altyapısının zayıflığı, bölgeler arası gelir dağılımındaki farklılıklar (ve bazı bölgelerde görülen terör olgusu), coğrafi piyasaların ayrılmasında etken olabilecek önemli faktörlerdir¹³⁹.

Ülkemiz uygulamasında ilgili coğrafi pazar ülkenin geneli olabileceği gibi ülkenin bir veya birden fazla bölgesi veya idari anlamda bir ili olabilir. Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlarda, AB Rekabet Hukuku uygulamasına benzer bir şekilde bir liman¹⁴⁰ veya bir havaalanının¹⁴¹ da ilgili coğrafi pazar olabileceği görülmektedir.

Rekabet Kurulu, günlük gazete ve ekleri ile süreli yayınların dağıtılması hizmetini yerine getiren bir teşebbüsle ilgili olarak, faaliyetin yurt çapında yapılması nedeniyle, ilgili coğrafi pazarı "Türkiye Cumhuriyeti" olarak belirlemiştir¹⁴². Rekabet Kurulu araç muayene hizmetleri pazarındaki hâkim durumun sigortacılık pazarında kötüye kullanılması suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlal edildiği iddiasına ilişkin incelemede, sigorta şirketlerinin telefon-internet kanallarıyla

İtalya ve Fransa, ithalat rejimleri ile ticaret koşulları farklılık gösterdiğinden ve bu ülkelere değişik yerlerden çok farklı türlerde muz geldiğinden coğrafi pazar kapsamı içine alınmamışlar, diğer ülkeler yeterli ölçülerde benzer ve eşit koşullar taşıdığından coğrafi pazar kapsamına dâhil edilmişlerdir. Şiramun, s. 24; Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 442; Karakılıç, s. 418.

¹³⁸ Nitekim bir kararda Danimarka'nın Roedby Limanı (Port of Roedby, ATRG (1994) L. 55/52) bir başkasında ise Paris Hava Limanı (ATKD (1998) L. 230/10) coğrafi pazar olarak ele alınmıştır. Kısa, s. 19.

¹³⁹ Sanlı, s. 251.

¹⁴⁰ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-36/577-207, Karar Tarihi: 12.05.2010; "Şikâyet konusu olayda hizmetlerden faydalananın, Sinop limanının doğal özellikleri nedeniyle, alternatifinin olmaması dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar "Sinop Limanı" olarak kabul edilebilir. Öte yandan, iddialara konu hizmetlerden faydalanan petrol arama şirketinin faaliyet gösterdiği alan dikkate alındığında ise, ilgili coğrafi pazar "orta ve batı Karadeniz limanları" veya "TC Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Samsun Bölge Müdürlüğü'ne bağlı Liman Başkanlıkları sınırları içerisinde bulunan 500 GRT ve üzeri gemilerin yanaşabileceği liman ve iskeleler" olarak tanımlanabileceği kanaatine varılmıştır."

¹⁴¹ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-21/561-159, Karar Tarihi: 24.04.2012; "DHMI yer tahsislerine yönelik havaalanı işletmeciliği konusunda tüm havaalanlarında faaliyette bulunmaktadır. Bu çerçevede, ilgili coğrafi pazar "Türkiye'de kurulu sivil havaalanları" olarak belirlenmiştir."

¹⁴² Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-18/341-103, Karar Tarihi: 30.03.2011.

tüm ülke genelindeki müşterilere ulaşabildikleri dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar, sigorta şirketleri açısından “Türkiye” olarak belirlenmiştir¹⁴³.

Özel Okullar Derneği ile ilgili kararda ise “Türkiye’nin 62 ilinde özel okulların bulunduğu, bir ilden diğerine öğretim için gidilebildiği ve devlete ait Anadolu lisesi ve süper lise gibi okulların tüm illerde mevcut olduğu” gerekçesi ile coğrafi pazar Türkiye olarak tespit edilmiştir¹⁴⁴.

Kurul, Çaykur kararında her ne kadar çay ambalajlama, satımı ve dağıtımını Türkiye’nin her yerinde yapılabiliyor olsa da yaş çay yetiştiriciliğinin iklim koşulları ve coğrafi özellikleri de dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar, yaş çay üretiminin yapıldığı “Rize, Giresun, Samsun ve Trabzon illeri” olarak tespit etmiştir¹⁴⁵.

İstanbul’daki ekmek piyasası ile ilgili bir kararda, ekmeğin kolay bayatlaması ve bu sebeple de yerleşim birimleri arasında kolayca taşınamaması, ancak İstanbul il sınırları içindeki ilçeler arasında ulaşımın mümkün olması nedeniyle ekmek ticareti yapılabildiği, bu nedenle ilgili coğrafi pazarın İstanbul ili olması gerektiği kabul edilmiştir¹⁴⁶.

Rekabet Kurulu başka bir kararında 2560 sayılı İstanbul Su Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca ASKİ'nin faaliyet alanının Ankara Büyük Şehir Belediyesi sınırları ile kısıtlanmış olması ve söz konusu bölgeye başka bir rakibin girmesinin yasal olarak mümkün olmaması hususları dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar Ankara Büyük Şehir Belediyesi sınırları içinde

¹⁴³ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-58/1405-367, Karar Tarihi: 09.12.2009.

¹⁴⁴ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-6/48-17, Karar Tarihi: 11.02.1999.

¹⁴⁵ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 13-47/637-276, Karar Tarihi: 13.08.2013.

¹⁴⁶ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-43/1100-280, Karar Tarihi: 01.10.2009.

kalan bölge olarak tespit edilmiştir¹⁴⁷. Rekabet Kurulu coğrafi pazar incelemesinde, ASKİ'nin kanun ile kurulmuş bir tekel olduğu ve yine faaliyet alanının sınırlarının kanun ile belirlendiği sebepleri ile Ankara Büyük Şehir Belediyesi sınırını coğrafi pazar olarak kabul etmiştir.

LPG dolum ve dağıtım pazarında faaliyet gösteren firmalar, Türkiye'nin tümünde dağıtım yaptıkları ve pazarda yaklaşık %80 gibi çok büyük bir paya sahip oldukları için, coğrafi pazar ülkenin bütünü gibi görünmekle birlikte, Adıyaman ili sınırları içinde, pazar payı dağılımının ülke genelinden farklı olması, bu firmaların Adıyaman ilindeki pazar paylarının yaklaşık %20 olarak gerçekleşmesi ve daha önemlisi bu coğrafi alandaki fiyat değişikliğinin, diğer bölgelerde etkisinin hissedilmemesi nedenleriyle coğrafi pazar, Adıyaman ili olarak belirlenmiştir¹⁴⁸. Bu kararda önemli olan nokta coğrafi pazarın belirlenmesinde homojen rekabet koşullarının varlığının yanında talep esnekliğinin de dikkate alınmış olmasıdır. Tüketici açısından bakıldığında malın fiyatındaki değişim yalnızca o bölgeye mahsus bir talep esnekliğine yol açtığından komşu bölgelerden kolaylıkla ayrılmaktadır¹⁴⁹.

1.3. İlgili Zaman Süreci

İlgili zaman süreci, bir ürünün talep ya da arzının esnekliği incelenirken, kısa ve uzun dönemli değerlendirmelerin farklı sonuçlar vermesi ile ilgilidir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı:01-12/114-29 Karar Tarihi: 13.03.2001; Rekabet kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-27/328-79, Karar Tarihi: 14.04.2006; Rekabet kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-41/1173-385, Karar Tarihi: 09.08.2012.

¹⁴⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı:93/750-159 Karar Tarihi: 26.11.1999; "Söz konusu ön araştırmaya konu olan LPG dolum ve dağıtım pazarında faaliyet gösteren firmalar, Türkiye'nin tümünde dağıtım yaptıkları ve pazarda yaklaşık %80 gibi çok büyük bir paya sahip oldukları için, coğrafi pazar ülkenin bütünü gibi görünmekle birlikte, Adıyaman ili sınırları içinde, pazar payı dağılımının ülke genelinden farklı olması, bu firmaların Adıyaman ilindeki pazar paylarının yaklaşık %20 olarak gerçekleşmesi ve daha önemlisi bu coğrafi alandaki fiyat değişikliğinin, diğer bölgelerde etkisinin hissedilmemesi nedenleriyle coğrafi pazar, Adıyaman ili olarak düşünülmüştür."

¹⁴⁹ Güven, Rekabet Hukuku, s. 300.

¹⁵⁰ Aşçıoğlu Öz, s. 102.

İlgili ürün piyasasında hâkim durumda bulunmayan teşebbüs, o mal veya hizmetin özelliğinden dolayı belirli dönemlerde hâkim durumda kabul edilebilir. Bu nedenle teşebbüslerin ilgili mal ya da hizmet piyasasında hâkim durumda olup olmadıklarının doğru şekilde tespit edilebilmesi için faaliyette buldukları dönem açısından da pazardaki durumlarının değerlendirilmesi gerekir¹⁵¹.

Örneğin; plaj işletmeciliği yapan bir teşebbüs, yalnızca kış dönemi ya da bütün bir yıl esas alındığında yaptığı faaliyete ve piyasa payına bakıldığında hâkim durumda kabul edilmeyebilir. Ancak yaz dönemi esas alındığında aynı teşebbüsün bölgede hâkimiyeti söz konusu olabilmektedir. Bunun dışında mevsime bağlı olmayan, kriz dönemleri, bazı sektörlerdeki ekonomik sıkıntı dönemleri gibi süreçlerde hâkim durumun tespitinde etkili olabilmektedir¹⁵². Bu nedenle ilgili zaman süreci, her somut olay içinde ayrıca incelenmeli ve bu inceleme olayın şartları çerçevesinde makul sayılabilecek bir zamanı kapsamalıdır¹⁵³.

Komisyon *United Brands*¹⁵⁴ davasında, muz talebinin, mevsimlere göre farklılık gösterdiğini ve muza olan talebin, yaz aylarında düştüğünü tespit etmiştir. Böylece ürünün özellik arz ettiği farklı zaman dilimleri açısından, pazarın farklı dönemler için ayrı ayrı değerlendirilmesi, hâkim durum tespitinde farklı sonuçlar verebilecektir. Dolayısıyla ilgili teşebbüs, belli dönemlerde hâkim durumda sayılabilecekken, bir başka dönemde hâkim durumda sayılmayabilecektir¹⁵⁵.

Hâkim durumun tespitinde esas alınacak zaman sürecinin, kısa ya da uzun dönem olmasına bağlı olarak, yeni üye devletlerin, Avrupa Birliği'ne katılımının söz konusu olabileceği durumlarda, ilgili ürün ve teşebbüsten bağımsız olarak ilgili coğrafi pazarın sınırları genişleyecek ve bu husus hâkim durum değerlendirmesini etkileyecektir. Nitekim böyle bir durumun ortaya çıktığı *Tetra Pak*¹⁵⁶ davasında,

¹⁵¹ Güven, Rekabet Hukuku, s. 301; Su, s. 14.

¹⁵² Güven, Rekabet Hukuku, s. 302.

¹⁵³ Aşçıoğlu Öz, s. 102.

¹⁵⁴ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 207; Aşçıoğlu Öz, s. 103.

¹⁵⁵ Aşçıoğlu Öz, s. 103.

¹⁵⁶ Case 51/89 *Tetra Pak Rausing SA V EC Commission* (1991) ECR 309; Aşçıoğlu Öz, s. 102.

Adalet Divanı, Komisyon tarafından, ilgili coğrafi pazarın tespitinde, Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin sayısındaki değişikliğin coğrafi alan üzerindeki etkisinin dikkate alınmasının yerinde olduğunu belirtmiştir¹⁵⁷.

2. Hâkim Durumun Belirlenmesinde Başlıca Faktörler

Hâkim durum tespitinde kullanılan ölçütlerden en belirleyici olanı ilgili teşebbüsün pazar payıdır. Ancak pazar payının çok yüksek olması hâkim durumun tespiti için tek başına yeterli bir kıstas olmayıp, pazardaki rakiplerin sayısı ve söz konusu rakiplerin pazar payının da dikkate alınması gerekir. Dikkate alınan bu hususlar niceliksel ölçütler olup, hâkim durumun tespiti açısından her zaman kesin doğru sonuçlar vermemektedir. Dolayısıyla niceliksel ölçütlerin yanında niteliksel ölçütler de dikkate alınarak bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı tespit edilmelidir¹⁵⁸.

Hâkim durumun belirlenmesinde esas alınan niteliksel ölçüt pazara giriş engelleridir. Bir teşebbüs sahip olduğu pazar payı yanında, piyasaya girmek isteyen potansiyel rakip teşebbüslerin piyasaya girmelerini zorlaştıran unsurlara sahipse söz konusu teşebbüs ilgili piyasada hâkim durumda demektir¹⁵⁹. Bunlar arasında da yasalardan kaynaklanan giriş engelleri, yüksek finansman ihtiyacı, ölçek ekonomileri ve fazla kapasite, piyasada kökleşen teşebbüsün iyi organize olmuş dikey entegrasyonu, gelişmiş ve yaygın dağıtım ağı, geniş ürün yelpazesi, bağımlı müşteri kitlesinin varlığı, teknolojik üstünlükler, birçok pazarda faaliyet gösterme, piyasaya girebilme süresi gibi kriterler hâkim durum tespitinde dikkate alınan niteliksel ölçütlerdir¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Aşçıoğlu Öz, s. 108.

¹⁵⁸ Yanık, Mehmet, "Rekabet Hukuku'nun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri", Uzmanlık Tezleri Serisi No: 19, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:119, Ankara 2003, s. 26, www.rekabet.gov.tr (01.12.2013).

¹⁵⁹ Şiramun, s. 31.

¹⁶⁰ Aşçıoğlu Öz, s. 111-114; Sanlı, s. 254.

2.1. Pazar Payı

Rekabet Kurulu'nun hâkim durumun belirlenmesinde öncelikle araştırdığı husus, işletmenin ilgili pazardaki payıdır. Pazar payının çok yüksek olması halinde başka etkenlere bakılmadan hâkim durumun belirlenebilmesi mümkün iken pazar payının düşük olması halinde teşebbüslerin sahip olduğu dikey dağıtım sistemleri, pazarlama sistemleri, ürün ve hizmetlerin kalitesi, teknolojik gelişim, teşebbüslerin mali gücü ve satış sonrası hizmetler gibi diğer etkenlere bakılır¹⁶¹.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında bir teşebbüsün % 50 veya daha fazla pazar payına sahip olmaları ve rakiplerinin de çok daha düşük pazar paylarına sahip olmaları halinde, söz konusu teşebbüsün hâkim durumda olduğu kabul edilmektedir¹⁶². Eğer pazar payı % 50'nin altında ise, hâkim durumun varlığını tespiti için ilgili pazarın yapısı, pazara giriş ve çıkış engelleri gibi faktörler de dikkate alınmaktadır. Ancak % 25 ve daha altındaki bir pazar payının söz konusu olduğu hallerde hâkim durumun varlığının pek söz konusu olamayacağı belirtilmektedir¹⁶³.

¹⁶¹ Güven, Rekabet Hukuku, s. 303. Rekabet Kurulu, pazar paylarının belirlenmesinde çoğunlukla satış rakamlarını esas almakta ise de, ilgili ürün veya endüstrinin özelliklerine bağlı olarak başta kapasite, ihale pazarlarındaki aktör sayısı, havacılık sektöründe filo büyüklüğü ya da madencilik benzeri sektörlerde kontrol edilen rezerv miktarı gibi unsurları da dikkate almaktadır. Bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz - Kabul Tarihi: 10.1.2008 Karar Sayısı: 08-04/56-M, s. 8, par. 42.

¹⁶² Adalet Divanı Roche davasında (Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461), Roche'un ayrı ayrı pazarlar oluşturan çeşitli vitamin pazarlarında, % 93, % 84, % 75 ve % 65 olan pazar paylarını, hakim durumun tespiti için yeterli kabul etmiştir. Michelin davasında (Case 322/81Nederlandsche Banden-Industrie Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461) ise Michelin'in ilgili pazardaki payı % 57 ile % 65 arasında tespit edilmiş ve Michelin'in bu pazar payı ile ilgili pazarda hâkim durumda olduğuna karar verilmiştir. Aşçıoğlu Öz, s. 107-108. Yine Hilti davasında (Hilti-Komisyon, (1991), 2 ECR.1439 (1992) 4 CMLR. 16), %70-80'lik pazar payı hâkimliğin göstergesi olarak kabul edilmiştir. Sanlı, s. 285 ve 74 no'lu dipnot; Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 293.

¹⁶³ Karakılıç, s. 421; Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 214-215. Metro davasında (Metro-Komisyon, No II (1986), ECR.3021 (1987), 1 CMLR.118), Adalet Divanı, %10'luk bir pazar payının piyasada hâkimiyet sağlanması için çok düşük olduğunu ve olağanüstü şartlar bulunmadığı sürece, bu oranın hâkim durum için yeterli olamayacağını belirtmiştir. Şiramun, s. 30; Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 446.

Ülkemiz uygulamasına baktığımızda hâkim durumun belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin pazar payı konusunda, RKHK'da ve Rekabet Kurulu tebliğ ve kılavuzlarında herhangi bir oranın yer almadığı görülmektedir. Ancak bununla birlikte, aksini gösterecek bir durum söz konusu değilse, Kurul'un yerleşik uygulamasında % 40'ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin az olduğu kabul edilmekte, % 40'ın üzerinde pazar payına sahip olan teşebbüsler bakımından ise daha detaylı bir inceleme yapılmaktadır¹⁶⁴.

Hâkim durum incelemesi yapılırken sadece ilgili teşebbüsün sahip olduğu pazar payı değil, rakip teşebbüslerin sahip olduğu pazar payı¹⁶⁵ ve teşebbüsün pazar payındaki sürekliliği¹⁶⁶ de göz önünde bulundurulmalıdır. İlgili piyasada kısa süreyle yüksek pazar payına sahip olunması her zaman hâkim durumun kabulü için yeterli değildir¹⁶⁷. Rekabet Kurulu birçok kararında, hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün pazar payının, en yakın rakiplerinin pazar payından çok büyük olması halinde hâkim durumun varlığını kabul etmiştir¹⁶⁸. Ancak hâkim durum için yeterli pazar payını, teşebbüsün ne kadarlık bir süre boyunca elinde tutması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamakta olup, buradaki süre teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının belirlenmesi noktasında önem taşıdığından, teşebbüsün piyasadaki ekonomik parametreleri belirleyebilmesine yetecek kadar bir zamanın yeterli olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁹. Bu husus somut olaya göre incelenmelidir.

¹⁶⁴ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 3, par. 12.

¹⁶⁵ Adalet Divanı United Brands davasında (Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 283), United Brands'ın ortalama % 45 olan pazar payının, pazardaki rakiplerin sayısı ve bu rakiplerin pazar payları da dikkate alındığında hâkim durum için yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Michelin davasında, Michelin'in %57 ile %65 arasında değişen piyasa payı, en yakın rakipleriyle kıyaslandığı vakit (%8 ve %4), hâkim durum için yeterli kabul edilmiştir. Sanlı, s. 286 ve 80 no'lu dipnot; Aşçıoğlu Öz, s. 108.

¹⁶⁶ Hoffman La Roche davasında (Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461), La Roche'un B3 vitamini piyasasında 2 yıllık dönem boyunca %30 ile %51 arasında değişen piyasa payları, hâkim durum için yeterli kabul edilmezken, Roche'un 3 yıl boyunca A vitamini piyasasında % 75 ile % 87'lik pazar payının piyasada hâkimiyet için yeterli olduğu belirtilmiştir. Aşçıoğlu Öz, s. 108; Şıramun, s. 29.

¹⁶⁷ Güven, Rekabet Hukuku, s. 304.

¹⁶⁸ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-80/1106-317, Karar Tarihi: 01.12.2005; Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 08-44/603-230, Karar Tarihi: 09.07.2008.

¹⁶⁹ Yiğit, İlhan, "Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", İstanbul 2013, s. 127. Avrupa Birliği uygulamasında hâkim durumun belirli bir süre devam etmesi gerekliliği kabul edilmekte olup, 5 senenin genel olarak yeterli olabileceği; ancak 3 seneden az bir sürenin, özellikle dinamik

Kurul, ekmek piyasası ile ilgili bir kararında, Afyon ili Merkez ilçesinde faaliyet gösteren on büyük ekmek fabrikası sahibinin bir araya gelerek “Afyon Ekmek, Un Mamülleri Gıda San. Tic. Ltd. Şti.” ünvanlı bir teşebbüs oluşturmaları ve oluşturulan bu teşebbüsün Afyon ekmek piyasasında %22 pazar payına sahip olmasının hâkim durum oluşturmayacağına karar vermiştir. Kararda teşebbüsün maliyet, fiyat, üretim miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleme ve rakiplerinden bağımsız hareket etme gücünün olmadığı belirtilerek hâkim durumda olmadığı kabul edilmiştir¹⁷⁰.

Rekabet Kurulu, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.’nin %80 oranındaki pazar payı ve sahip olduğu münhasır hakları hâkim durumda olduğunun kabulü için yeterli görmüştür¹⁷¹.

Rekabet Kurulu tarafından, rakiplerine kıyasla önemli ölçüde yüksek bir pazar payına sahip olduğu dikkate alındığında TTNET’in, sabit genişbant internet hizmetleri pazarında büyük bir pazar gücünün bulunduğu kanaatine varılmıştır. TTNET’in, DSL abonelerine ek olarak fiber abonelerinin değerlendirmeye dâhil edilmesi halinde pazar payı %80,93 olarak gerçekleşmektedir. TTNET’e en yakın rakibin %9,55’lik payıyla Superonline olduğu dikkat çekmektedir¹⁷².

Pazar payının incelendiği bir diğer önemli karar ise IBM ile ilgilidir¹⁷³. IBM’in bazı veri ağı ürünlerine ilişkin fikri mülkiyet haklarının Cisco Systems Inc tarafından satın alınması işlemine izin verilmesi talebi ile incelenen dosyada, devralma sonrasında IBM’in pazardan çekilmesiyle Cisco’nun pazar payının %70,5’e çıkacağı ve CR4’ün ise % 89,7’e yükseleceği görülmekle birlikte zaten yüksek yoğunlaşma oranının olduğu pazarda yoğunlaşma oranının biraz daha yükseleceği, Cisco’nun ise

piyasalarda hâkim durum için yeterli olamayacağı düşünülmektedir. Bkz. Esin, Arif, “Rekabet Hukuku”, İstanbul 1998, s. 41; Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 190.

¹⁷⁰ Rekabet Kurulu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-29/314-181, Karar Tarihi: 03.08.2000.

¹⁷¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 78/603-113, Karar Tarihi: 13.08.1998; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 13-46/589-259, Karar Tarihi: 18.07.2013.

¹⁷² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:13-44/546-242, Karar Tarihi: 11.07.2013.

¹⁷³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-16/160-82, Karar Tarihi: 02.05.2000.

lider konumunun daha da güçleneceği belirtilmiştir. Ancak paylar ve yoğunlaşma oranları açısından söz konusu olan bu artışın, pazara giriş ve çıkış engellerinin olmaması nedeniyle rekabeti olumsuz etkilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

Söz konusu kararda dikkati çeken husus, Rekabet Kurulu'nun olayda % 70,5 gibi bir pazar payı oranını tek başına hâkim durumun göstergesi olarak kabul etmeyerek, pazara giriş engelleri ve potansiyel rekabetin hâkim durumun tespitinde dikkate alınması gerekliliğini vurgulamasıdır. Henüz piyasada olmayan, fakat piyasadaki teşebbüslerin fiyatları artırması halinde piyasaya girebilecek teşebbüslerin rekabeti olarak tanımlanan potansiyel rekabet de, rekabetin bir parçasıdır¹⁷⁴. Olayda pazarın hızla büyümesinin potansiyel rekabeti arttırdığı ve pazara giriş engeli bulunmadığı dikkate alınarak, ilgili ürün pazarındaki pazar payı artışının ve yoğunlaşmanın, rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğurmayacağına karar verilmiştir.

Kurul kararlarında da görüldüğü üzere pazar payı oranının yüksek olması tek başına hâkim durumda olmanın tespiti açısından yeterli olmamakta, diğer faktörlerin de incelemesi yapılmaktadır.

2.2. Pazara Giriş Engelleri

Hâkim durumun belirlenmesinde yalnızca teşebbüsün ve rakiplerinin pazar payının dikkate alınması yeterli olmayıp, rekabetin dinamikliği piyasaya yeni girme ihtimali olan teşebbüslerin de dikkate alınmasını gerektirmektedir¹⁷⁵. Bu nedenle hâkim durumun tespitinde pazar payının yanı sıra pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliğinin de dikkate alınması gerekir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Atiyas, İzak; "Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi Sayı: 1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ocak Şubat Mart 2000, s. 27, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

¹⁷⁵ Yiğit, s. 128.

¹⁷⁶ Rekabet Kurulu, Benkar A.Ş'nin mağaza taksit kart hizmetleri piyasasında hâkim durumunu tespit ederken; incelenen pazarda Benkar'ın pazar payının yüksekliği, hâkim durum tespiti için tek kıstas olarak kabul edilmemiş, giriş engelleri de dikkate alınmıştır. İlgili pazara girişte özellikle de potansiyel rakip teşebbüs olan bankalar için, önemli engellerin olmaması sebebiyle piyasada faaliyet

Pazara giriş engellerinin iki ayrı etkisi söz konusudur. İlki potansiyel rekabetin olmaması, ortadan kaldırılması durumunda rekabet üzerindeki etkisi, ikincisi ise potansiyel rekabetin olmaması durumunda hâkim durum üzerindeki etkisidir¹⁷⁷. Böylelikle pazara giriş engelleri, hem hâkim durumun, hem de kötüye kullanmanın tespit edilmesinde esas alınacak bir unsur olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁸. Bu durumlardan ilki hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan haksız uygulamaları kapsamakta olup, rekabet ihlaline neden olmaktadır¹⁷⁹. Ancak pazara giriş engellerinin rekabet üzerindeki etkisi tezimizin ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır¹⁸⁰.

İlgili pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüsün, pazarda hâkim duruma gelmesi ya da var olan hâkim durumunu güçlendirmesi, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği ile yakından ilişkilidir¹⁸¹. Pazara giriş engellerinin olmadığı ve potansiyel rekabetin yüksek olduğu piyasalarda, söz konusu teşebbüsün çok yüksek pazar payına sahip olması hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşmakta yeterli olmamaktadır. Piyasadaki potansiyel rekabetin yüksek olması, pazar payı yüksek olan teşebbüsün, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilmesini önlemekte, dolayısıyla ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne engel olmaktadır¹⁸².

Potansiyel rekabetin varlığından söz edebilmek için, olası pazara girişlerin, pazar gücüne karşı koyabilecek etkide ve makul bir sürede gerçekleşecek olması gerekir. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda pazar özelliklerine bağlı olmakla beraber, genellikle iki ve dört yıllık piyasaya giriş süreleri potansiyel rekabetin oluşması için

gösteren bir teşebbüsün pazar payının kısa sürede düşebileceği, dolayısıyla hâkim durumun devam etmesinin mümkün olamayacağına karar verilmiştir. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-21/167-86, Karar Tarihi: 28.04.1999; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-79/1082-309, Karar Tarihi: 24.11.2005.

¹⁷⁷ Güven, Rekabet Hukuku, s. 308, 309.

¹⁷⁸ Sanlı, s. 287 ve 94 no'lu dipnot; Yiğit, s. 128.

¹⁷⁹ RKHK'nın 6/II,a maddesine göre; ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması kötüye kullanma hallerindedir.

¹⁸⁰ Pazara giriş engellerinin rekabet üzerindeki etkisi tezimizin ikinci bölümünde pazara giriş engelleri yaratmak başlığı altında incelenecektir.

¹⁸¹ Aşçıoğlu Öz, s. 110.

¹⁸² Güven, Rekabet Hukuku, s. 309; Ülgen, Sinan, "Avrupa Birliğinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", TUSİAD, Yayın No: T/98-12/247, İstanbul 1998, s. 43.

yeterli bir zaman olarak kabul edilmiştir¹⁸³. Bununla birlikte girişin etkili olması için de yoğunlaşmanın rekabet karşıtı etkilerine karşı koyabilecek yeterli kapsam ve büyüklükte olması, küçük ölçekli bir giriş olmaması gerekmektedir¹⁸⁴.

Aslan, pazara giriş engellerini “...bir endüstriye girmek isteyen bir teşebbüsün katlanmak zorunda olup da, halen o piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin katlanmakla yükümlü olmadıkları üretim maliyeti” olarak tanımlamıştır¹⁸⁵.

Pazara giriş engelleri çeşitli olup; dikey bütünlük, sermayenin büyüklüğü, kullanılmayan kapasite, teknolojik üstünlük¹⁸⁶, yasayla tanınan imtiyazlar¹⁸⁷ veya sahip olunan fikri sınai mülkiyet hakları¹⁸⁸ bu engellerden bazılarıdır.

Doktrinde¹⁸⁹ giriş engelleri, doğal ve suni giriş engelleri olarak sınıflandırılmıştır¹⁹⁰. Doğal giriş engelleri, piyasa yapısının yeni girecek teşebbüsler açısından elverişli

¹⁸³ Rakiplerin kapasitelerinin kısa sürede artacak olması dikkate alınarak, bu süre “piyasa liderinin pazardaki gücünü kullanmasını engelleyecek veya ortaya çıkan hâkim durumun bir an önce ortadan kalkmasını sağlayacak derecede kısa olması” şeklinde ifade edilmektedir. Karakeçili, Feridun, “Avrupa Topluluğu’nda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler – Joint Ventures)”, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, Yayın No: 143, İstanbul 1997, s. 31.

¹⁸⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-73/1518-580, Karar Tarihi: 25.11.2010.

¹⁸⁵ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 45.

¹⁸⁶ Komisyon ve Adalet Divanı, United Brands davasında (Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 219), muz üretim ve dağıtımını, Roche davasında (Case 85/16 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 524) vitamin üretimini, Michelin davasında (Case 322/81 Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461), otomobil lastiği üretimini, Tetra Pak davasında (Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) 309) sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılan üretim sistemini, yüksek teknoloji gerektiriyor olmaları nedeniyle, pazara girişi güçleştiren bir engel olarak değerlendirmiştir. Aşçıoğlu Öz, s. 112.

¹⁸⁷ General Motors davasında, Belçika yasaları tarafından, Belçika karayollarında kullanılacak motorlu araçların, trafiğe çıkmadan önce standartlara uygunluk sertifikası alma zorunluluğu getirilmiştir. Bu yasanın amaçlarına uygun olarak General Motors, Opel marka otomobillere ve General Motors grubunun diğer üreticilerinin ürettiği araçlara sertifika vermekle sorumlu şirket olarak tayin edilmiş olup, yasa uyarınca verilen yetki dolayısıyla pazara giriş engellerinin söz konusu olduğu kabul edilmiştir. Yanık, s. 28.

¹⁸⁸ Tetra Pak davasında (Case 51/89 Tetra Pak V EC Commission (1991) ECR 309), Tetra Pakın sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılan aseptik ve aseptik olmayan kutulara ilişkin patent hakkı; Hugin marka yazar kasaların tamir, bakım ve yedek parça üretim ve dağıtımına ilişkin Hugin-Lipton davasında (Hugin Case 22/78) Hugin AB ve Hugin UK’nin sınai mülkiyet hakları yasal pazara giriş engelleri olarak kabul edilmiştir. Aşçıoğlu Öz, s. 92; Yanık, s. 55.

¹⁸⁹ Sanlı, s. 253.

¹⁹⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Köttüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı’nda pazara giriş engelleri; ilgili pazarın özelliklerinden kaynaklanan engeller, incelenen teşebbüsün özelliklerinden kaynaklanan engeller ya da teşebbüsün

olmamasıdır. Söz konusu piyasada ekonomik faaliyette bulunabilmek için yüksek miktarda yatırım yapmak gerekiyorsa ya da piyasanın yapısı çok sayıda firmanın faaliyette bulunması açısından kârlı değilse ilgili piyasanın niteliklerine bağlı olarak doğal giriş engellerinin varlığından bahsedilebilir¹⁹¹. Suni giriş engelleri ise, piyasanın yapısından değil, teşebbüsün ekonomik açıdan gösterdiği özelliklere bağlı olarak ortaya çıkan engellerdir¹⁹². Fikri mülkiyet hakları, ileri teknoloji, dikey bütünlük ve teşebbüsün sahip olduğu finansal imkânlar, piyasada yerleşik teşebbüsün büyüklüğü ve gücü¹⁹³, suni giriş engellerinden bir kaçı olarak sayılabilir.

Pazara giriş engelleri ister yasayla sağlansın ister yüksek yatırım maliyetleri ya da ulaşılan teknolojik üstünlük sayesinde ortaya çıksın, böyle bir pozisyona sahip teşebbüs rekabetin yarattığı baskıdan uzak olarak kendi ekonomik politikalarını oluşturacak ve bunun sonucunda teşebbüs hâkim durumda olacaktır¹⁹⁴.

Hukuk düzenince korunan patent, marka, lisans hakları gibi fikri ve sınai haklar, suni giriş engeli olarak nitelendirilen durumların başında gelmektedir. İlgili ürünün ikame edilebilirlik imkânı olmayıp, fikri mülkiyet haklarının sağladığı koruma piyasaya

davranışlarından kaynaklanan engeller olmak üzere üçlü bir ayırım esas alınarak incelenmiştir. Kılavuz taslağına göre; ilgili pazarın özelliklerinden kaynaklanan engeller; kamu tekelleri, yetkilendirme ve lisanslama gereklilikleri, fikri mülkiyet hakları gibi yasal ve idari engeller ya da batık maliyetler, tüketicilerin başka sağlayıcıya geçiş maliyetleri, ölçek ve kapsam ekonomileri gibi ekonomik engeller olarak sayılabilir. İncelenen teşebbüsün özelliklerinden kaynaklanan engellere ilişkin ise; teşebbüsün özel bilgiye erişim imkânı, atıl kapasite, dikey bütünlük ve teşebbüsün sahip olduğu finansal ve ekonomik güç, yüksek marka bilinirliği, geniş ürün portföyü örnek olarak sayılabilir. Bkz. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 4, par. 17, 18.

¹⁹¹ Sanlı, s. 253. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:12-11/372-107, Karar Tarihi: 14.03.2012; "...hâlihazırda pazardaki talebin tamamını tek başına karşılayabilecek üretim kapasitesine ve ürün stokuna sahiptir ve bu nedenle pazara yeni girecek potansiyel rakiplerine karşı stratejik bir avantajı bulunmaktadır. Bu çerçevede fiyatın aşırı olmadığı durumlarda pazara girmek, rakipleri için ekonomik olmayacaktır. Diğer bir deyişle fiyat ile maliyet arasında belirgin bir fark olmadığı durumda pazara giriş, hem pazara girenler hem de pazarda mevcut teşebbüsler açısından ölçek ekonomilerine ulaşmayı zorlaştırarak firma bazında maliyetleri yükseltecek ve fiyat üzerinde artış yönünde bir baskı oluşturacaktır. Bu durum ise pazara yeni girişleri ekonomik açıdan irrasyonel hale getirerek pazardaki mevcut aktörün stratejik avantajları sayesinde hâkim duruma gelmesine neden olabilmektedir."

¹⁹² Sanlı, s. 254.

¹⁹³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012.

¹⁹⁴ Gül, s. 13.

giriş engeli oluşturuyorsa, bu durumda hak sahibi teşebbüsün hâkim durumda olduğundan söz edilebilir¹⁹⁵.

Kurul, bir kararında, Tıbbi görüntüleme cihazları üretiminin yüksek AR&GE faaliyeti gerektiren maliyetli bir süreç gerektirmesi ve hem cihazların hem de yedek parçalarının patent haklarıyla korunuyor olmasından dolayı pazara girişin oldukça sınırlı olduğunu tespit etmiştir¹⁹⁶.

Teşebbüsün üretim aşamasından dağıtım aşamasına gelinceye kadar olan tüm faaliyetleri bizzat gerçekleştirebilecek bir organizasyona sahip olması dikey bütünlük olarak tanımlanır ve bu durum pazara giriş engeli oluşturur¹⁹⁷. Bunun yanında üretimden dağıtıma kadar oluşturulan bu zincir maliyet avantajlarını da sağlar. Bu yüzden üretim ve dağıtım ağının tam kurulmuş olması hâkim durumun göstergelerinden biri olarak kabul edilebilir. Rekabet Kurulu, dikey yoğunlaşmaları bir ürünün üretim sürecinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüslerin birleşmesi olarak tanımlamış ve önemli giriş engeli yaratıcı etkileri olduğunu belirtmiştir¹⁹⁸.

Teşebbüslerin faaliyetlerinin yüksek teknoloji gerektirmesi veya işin niteliği gereği pazara girişlerin güç olması da pazara giriş engelleri arasında değerlendirilmiştir. İlgili pazara girişin, yatırım, üretim ve pazarlama için oldukça büyük miktarlarda sermaye veya belirli bir teknolojik gücün varlığını gerektirmesi, pazara yeni girmek isteyen teşebbüsler açısından caydırıcı bir etki yaratmaktadır¹⁹⁹. Ancak yüksek yatırım gerektirmeyen, diğer teşebbüsler tarafından da kolayca ulaşılabilir teknolojiler potansiyel rekabeti arttıracaktır²⁰⁰.

¹⁹⁵ Yiğit, s. 130.

¹⁹⁶ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-07/128-39, Karar Tarihi: 18.02.2009.

¹⁹⁷ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 383.

¹⁹⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-12/95-37, Karar Tarihi: 03.03.1999; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-12/240-77, Karar Tarihi: 03.03.2011.

¹⁹⁹ Yiğit, s. 130.

²⁰⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 450.

Rekabet Kurulu, Düzce Cam San. Ve Tic. A.Ş kararında, cam üretiminin modern teknoloji, büyük ölçekli yatırım ve dolayısıyla önemli ölçüde finans kaynağı gerektirmesi, piyasada yüksek ilk yatırım maliyeti ve bu maliyeti karşılayacak finansman gücüne gereksinim duyulması nedenleri ile sektöre giriş engellerinin söz konusu olduğunu tespit etmiştir²⁰¹.

Pazara giriş engeli yaratan diğer bir husus da, bir pazarda faaliyet gösterebilmek için bir kamu otoritesi tarafından tahsis edilen münhasır haklardır²⁰². Bu çerçevede kamusal otorite kullanan bir kurum, bir imtiyaz, bir işletme lisansı, faaliyette bulunabilmek için gerekli izin veya ruhsat alma mecburiyeti söz konusu ise pazara girmek isteyen yeni teşebbüsler için "*yasal veya idari giriş engellerinin*" varlığından söz edilebilir²⁰³.

Rekabet Kurulu, Turkcell –Telsim kararında²⁰⁴, teşebbüsün hâkim durumunu tespit etmek için, yasal giriş engellerini, alt yapı yatırım maliyetlerini, pazarlama, satış ve dağıtım harcamalarını, dikey bütünlük ve teşebbüsün sahip olduğu finansal imkânları tek tek incelemiştir. Söz konusu kararda, Telekomünikasyon Kurumu tarafından verilen lisans olmaksızın herhangi bir aktörün pazara girişinin söz konusu olmadığı, yani ortada yasal bir giriş engeli bulunduğu tespit edilmiştir. Teşebbüs sayısının devlet tarafından belirlendiği bu pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki operatörler için, diğer rekabetçi pazarlarda olduğu gibi bir potansiyel rekabet tehdidi söz konusu değildir. GSM hizmetleri pazarında birçoğu batık maliyetler²⁰⁵ kapsamına giren

²⁰¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:11-57/1477-533, Karar Tarihi: 17.11.2011. Rekabet Kurulu, İstanbul Gübre Sanayi A.Ş.'nin özelleştirilmesi kararında pazara giriş engelleri olarak, yaygın dağıtım ağının gerekliliği, yüksek sermaye ihtiyacı, deniz yoluyla taşımacılığın avantajlı olması sebebiyle liman gibi temel unsurlara erişim, yasal engeller, tüketici tercihleri ve münhasır dağıtım anlaşmaları sayılmıştır. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:00-43/464-254, Karar Tarihi: 03.11.2000.

²⁰² Münhasır hak kavramı, belirli bir ekonomik faaliyeti gerçekleştirme olanağının yalnızca bir teşebbüse veren her türlü hak olarak tanımlanabilir. İlmütluhan, Selçuk, "AT Antlaşmasınının 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:88, Ankara 2001, s. 18.

²⁰³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:05-88/1221-353, Karar Tarihi: 29.12.2005.

²⁰⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-88/1221-353, Karar Tarihi: 29.12.2005.

²⁰⁵ Pazara girişin başarılı olamaması halinde telafi edilemeyecek olan maliyetlerin tümü batık maliyetler olarak tanımlanmaktadır.

altyapı yatırım maliyetlerinin büyüklüğü, pazarda faaliyet gösteren aktörlerin kendilerine talep yaratabilme süreçlerini uzatabileceği gibi, birçok aktör üzerinde de piyasaya girme konusunda caydırıcı etki yaratmaktadır. Ayrıca GSM hizmetlerinin operatörler tarafından kullanıcıya ulaştırılması pazarlama, satış ve dağıtım için yüksek miktarda harcama gerektirmekte olup, bu harcamaların büyüklüğü, yeni operatörlerin pazarda etkinlik göstermelerini kısıtlamaktadır. GSM hizmetleri yüksek teknoloji içerdiğinden ve kullanıcılar için yabancı ve karmaşık olduğundan, bu hizmetlerin pazarlanması, operatörler için yüksek tanıtım harcamalarını gerektirmektedir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında Turkcell'in geniş, etkin ve büyük ölçüde bağımlı bir dağıtım ağına sahip olduğu belirlenmiştir. Turkcell'in sadece yüksek pazar payı nedeniyle değil, ona pazarda belli bir davranış serbestisi sağlayan giriş engelleri, dikey bütünlük avantajları ve büyüklük ve yaygınlık avantajları nedenleriyle de piyasadaki konumunu uzunca bir süre muhafaza edebildiği ve GSM hizmetleri pazarında rekabetçi koşullarda gerçekleşmeyecek bir serbestiye sahip olduğuna karar verilmiştir²⁰⁶.

Doktrinde ayrıca “çıkış engelleri” olarak kabul edilen durumların da, birer doğal giriş engeli olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁰⁷. Rekabet Kurulu, bir kararında piyasada çıkış engellerinin²⁰⁸ bulunduğunu dikkate alarak bu durumun teşebbüsün pazardaki hâkim durumunu güçlendirdiğine karar vermiştir. Söz konusu karara göre; ilgili coğrafi pazarda hukuki bir engelin bulunmadığı, pazara girişin kolay olmasının yanında stok maliyetleri nedeniyle çıkış engellerinin bulunduğu, talebin ölçek ekonomilerini yakalamayı zorlaştıran bir yapısının olduğu tespit edilmiştir. Kurul, bu hususların okul kıyafetlerinin Manisa il merkezinde sadece bir

²⁰⁶ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-88/1221-353, Karar Tarihi: 29.12.2005.

²⁰⁷ Sanlı, s. 253.

²⁰⁸ Sanlı'ya göre; “Çıkış engeli ile kastedilen durum, teşebbüslerin ilgili piyasadaki faaliyetlerini terk etmelerinin büyük güçlük arz etmesidir. Piyasanın niteliğine bağlı olan bu durum, teşebbüsler tarafından ilgili piyasaya giriş esnasında dikkate alınacak ve caydırıcı bir unsur olacaktır. Zira yapılan yatırımın geri dönüşümünün mümkün olmaması, örneğin, yapılan yatırımların başka bir faaliyet için kullanılmasının mümkün olmaması veya bunların uygun bir şekilde devredilememesi halinde, teşebbüs ilgili piyasaya girmekte ihtiyatlı davranacaktır.” Sanlı, s. 287 ve 92 no'lu dipnot.

firma tarafından satılmasına yol açtığı, dolayısıyla Okulcu'nun, okul kıyafetleri pazarında hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşmıştır²⁰⁹.

Hâkim durumun tespit edilebilmesi bakımından, bu unsurların tümünün bir arada değerlendirilerek ilgili pazarın yeni girişlere ya da mevcut teşebbüslerin büyümesine ne derece elverişli olduğunun ve potansiyel girişlerin ve büyümenin teşebbüslerin davranışları üzerinde bir rekabetçi baskı oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerekir²¹⁰.

²⁰⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:12-11/372-107, Karar Tarihi: 14.03.2012.

²¹⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 5, par. 20.

İKİNCİ BÖLÜM
REKABET KURULU KARARLARI IŞIĞINDA HÂKİM
DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI VE KÖTÜYE
KULLANMANIN SONUÇLARI

III. KÖTÜYE KULLANMA

1. Genel Olarak

Serbest piyasa ekonomisinde faaliyet gösteren teşebbüslerin amacı, salt kar elde etmek ve piyasada hâkim konuma gelmektir. Dolayısıyla amaç iktisadi menfaatin temini olunca, teşebbüsler daha basit olan yolu tercih edip, rakipleriyle anlaşarak veya mümkünse kendi başlarına rekabet sürecini yönlendirme veya ortadan kaldırma yolunu tercih etmekte ve bu sayede daha az çaba ile daha fazla iktisadi menfaat temin etmektedirler²¹¹.

Rekabet Hukukunun amacı, piyasadaki rekabetin korunmasını sağlamak olup, hâkim durumun kötüye kullanılması 4054 sayılı Kanun'da sayılan teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışlarından biridir²¹².

Bazı teşebbüsler genellikle rakiplerinin ve sağlayıcılarının davranışlarını dikkate almayacak kadar büyük bir pazar gücüne sahiptir. Bu pazar gücü, sahip olduğu kaliteli ürünler, teknik bilgi üstünlüğü, rakiplerine göre pazarda çok önceden faaliyet gösteriyor olma, verimlilik, çalışanlarının bilgi düzeyi ve kalitesi, hammadde ve

²¹¹ Aktaş, s. 35; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 463.

²¹² Teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışları 4054 sayılı Kanun'da belirtildiği üzere üç şekilde oluşur; birincisi rekabeti engelleyici kısıtlayıcı ve bozucu anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararlarıdır. (RKHK md. 4). İkinci ihlal teşebbüsler arası rekabete aykırı birleşme ve devralmalar yolu ile yapılır (RKHK md. 5). Sonuncu ihlal şekli ise hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır (RKHK md. 6).

sermaye temini gibi pek çok unsurun bir araya gelmesi sonucu oluşmuş olabilir²¹³. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu bu pazar gücünü kötüye kullanmak suretiyle normal piyasa şartlarında elde edemeyeceği faydaları elde etmek için, rekabeti bozucu davranışlar içine girmesi Kanun'un 6. maddesi ile yasaklanmıştır²¹⁴.

RKHK'nın 6. maddesi ve ABİDA'nın 102. maddesi ile hâkim durumda olmak değil hâkim durumun kötüye kullanılması hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bu nedenle bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün hâkim durumda olmasının yanı sıra, söz konusu davranışın kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir²¹⁵. Rekabet Kurulu tarafından hazırlanan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın 7. paragrafında belirtildiği üzere Kurul, bu iki temel unsurdan birinin bulunmadığının açıkça görülebildiği durumlarda diğer unsura ilişkin analize yer vermeyebilir. Ancak Ankara 11. İdare Mahkemesi, verdiği bir kararda²¹⁶, Kurul'un ilgili teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığını incelemeksizin doğrudan kötüye kullanma niteliğindeki eylemlerin varlığını incelediğini belirtmiş, bunun da "*doğru sonuçlara varılmasının engelleyeceğini*" ifade ederek kararı bozmuştur. Bu karar, Taslağın 7. paragrafında yer alan düzenlemeye açıkça aykırı olup, Kurul kararlarındaki uygulamalar ile Ankara İdare Mahkemeleri ve Danıştay kararlarındaki yorumların farklı yönlerde olması, Taslakla ulaşılmak istenen hedeflere ulaşılamama riski oluşturduğundan öğretilerde eleştirilmiştir²¹⁷.

²¹³ Güven, Rekabet Hukuku, s. 264, 265.

²¹⁴ Sabır, Hasan, "Ticaretin Küreselleşmesi Sürecinde Uluslararası Rekabet Sistemi İhtiyacı", İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:23/24, Ekim 2000-Mart 2001, www.istanbul.edu.tr (25.05.2012); Gül, s. 21; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 463; Aşçıoğlu Öz, s. 169.

²¹⁵ Sanlı, s. 259; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 2, par. 7.

²¹⁶ Ankara 11. İdare Mahkemesi, 11.07.2013, 2012/1727 E., 2013/1083 K.

²¹⁷ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 2, par. 7; Özkan, Ahmet Fatih, "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:4, Sayı:1, 2013, s. 320.

RKHK 6. maddesine göre “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*” Bu madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, ortada kötüye kullanma olarak kabul edilen bir fiil olmalı, bu fiil hâkim durumda bulunan teşebbüs ya da birden fazla teşebbüs tarafından belirli bir pazarda gerçekleştirilmelidir²¹⁸.

Hâkim durum kavramının aksine, Kanun’da kötüye kullanmanın tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık, RKHK’nın 6. maddesinin ikinci fıkrasında hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil eden davranışlar sınırlı olmamak üzere, örnekler verilmek suretiyle sayılmıştır. Sanlı’ya göre, hukuka aykırı kabul edilen kötüye kullanma kavramı, oldukça geniş bir kavramdır. Bu nedenle bir tanım yapılması kötüye kullanma kavramının sınırlanmasına sebep olacağından, yol gösterici olması bakımından, ikinci fıkrada, belli başlı örneklerle kötüye kullanma hallerinin sayılması daha yerinde olmuştur²¹⁹. Sınırlayıcı bir sayım veya sınırları belirlenmiş kesin bir tanımın yapılması, rekabetin dinamik bir süreç olması ve zamanla değişebilen yapısı göz önünde bulundurulduğunda, yasal düzenlemenin bütün kötüye kullanma hallerini kapsamına almayarak işlevsiz kalması sonucunu doğurabileceği kabul edilmektedir²²⁰.

4054 sayılı Kanun’da bir tanım yapılmamış olmasından dolayı, doktrinde ve uygulamada kötüye kullanma kavramının tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Aslan, kötüye kullanmayı, “*Bir hâkim işletmenin rekabeti sınırlandırıcı, bozucu ya da engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı*” şeklinde tanımlamış²²¹, Sanlı ise “*hâkim teşebbüs tarafından ekonomik güce dayanarak gerçekleştirilen ve serbest rekabetin azalması veya kısıtlanması*

²¹⁸ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 2, par. 7.

²¹⁹ Sanlı, s. 259. Benzer görüşler için Bkz. Karakılıç, s. 433; Yiğit, s. 138.

²²⁰ Karakılıç, s. 433.

²²¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 465.

sonucunu doğuran her türlü davranışın, 6. madde anlamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi...” gerektiğini ifade etmiştir²²².

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda kötüye kullanma kavramının tanımı ilk olarak Komisyonun 01.12.1965 tarihli bildiriminde yapılmıştır. Söz konusu bildirimde *“hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, piyasada imkânları ile elde ettiği getirileri, etkin rekabetin olduğu bir piyasada elde edememesi hâkim durumun kötüye kullanılması”* olarak tanımlanmıştır²²³. AB Konseyi tarafından yaptırılan bir incelemede kötüye kullanma; *“etkin rekabetle yüz yüze iken elde edilmesi mümkün olmayan avantajları elde etmek amacıyla pazar hâkimiyetinin fiilen kullanılması”* olarak ifade edilmiştir²²⁴.

AAD, Hoffman’la Roche²²⁵ davasında, *“hâkim durumundaki teşebbüsün varlığı ile doğrudan piyasanın yapısını etkileyen ve bu doğrultuda rekabeti sınırlandıran her türlü hareketi kötüye kullanma”* olarak tanımlamıştır²²⁶.

AAD’nin kararları çerçevesinde hâkim durumunun kötüye kullanılmasını; *“hâkim durumda olan bir veya daha fazla teşebbüsün, üstün durumda bulunmanın verdiği imkânlardan faydalanarak, normal şartlar altında işleyen bir rekabet ortamı içinde elde edemeyeceği haksız yarar elde etmesi ve bunun sonucunda rekabetin olumsuz etkilenmesi”* olarak tanımlayabiliriz²²⁷.

²²² Sanlı, s. 260.

²²³ Şiramun, s. 32; Esin, s. 189.

²²⁴ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 231; Şiramun, s. 33.

²²⁵ Hoffman La Roche ATKD (1979) 461; Şiramun, s. 33.

²²⁶ Şiramun, s. 33; Sanlı, s. 294 ve 163 no’lu dipnot.

²²⁷ Şiramun, s. 34.

2. Kusur

Kusur, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılığın tespitinde bir unsur değildir. Çünkü hâkim durumun kötüye kullanılması objektif olarak değerlendirilmekte olup, teşebbüsün kusurunun bulunup bulunmaması, hukuka aykırılığın tespitinde dikkate alınmaz²²⁸. Bu nedenle hâkim teşebbüsün, rekabete aykırı eyleminin sonucunda rekabetin bozulacağını ya da ortadan kalkacağını bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması eylemin RKHK'nın 6. maddesine aykırılığını ortadan kaldırmaz²²⁹. Hukuka aykırılık bakımından kusur şartının aranmaması, kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsendiğini göstermektedir²³⁰. Kusur sadece delil açısından ve yaptırım uygulanırken bunun derecesini belirlemede örneğin, para cezası uygulanırken uygulanacak para cezasını tespit etmede dikkate alınır²³¹.

Kötüye kullanma teşkil eden eylem ya da işlem, diğer teşebbüsün rızasıyla gerçekleşmiş olsa bile Rekabet Hukukunun amacına aykırı olması sebebiyle hukuka uygunluk bulunduğu kabul edilemez. Aeroports de Paris / Komisyon²³² kararına konu olayda, uçak seferleri için yemek hazırlama ve sunma hizmetinin verilmesi konusunda açılan ihalede, havalimanı işletmecisi olan hâkim teşebbüse en yüksek fiyatı veren teşebbüs, başka rakip firmalara göre çok yüksek kalan ücretin ayrımcılık yarattığı iddiasındadır. Hâkim teşebbüs, savunma olarak ihaleye katılarak en yüksek ücreti verdiği için, sözleşmenin tarafı olan teşebbüsün rızası ile bu ücreti ödemekte olduğunu ileri sürmüştü, ancak AAD karşı tarafın rızasının bulunduğu savunmasını, reddederek, 102. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmediğini belirtmiştir²³³.

²²⁸ Yiğit, s. 140.

²²⁹ Kısa, s. 15.

²³⁰ Yiğit, s. 141; Kısa, s. 16.

²³¹ Kısa, s. 16.

²³² ATKD (2002) I-9297; Kısa, s.17.

²³³ Kısa, s. 17; Benzer kararlar için bkz. Karakılıç, s. 438.

3. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Özel Sorumluluğu

Hâkim durumda olan teşebbüsün mutlaka rekabeti kısıtlama niyetinin olması gerekmemektedir. Eğer ilgili eylem ya da işlem rekabetin kısıtlanması etkisini doğuruyorsa bu söz konusu davranışın yasaklanması için yeterlidir. Rekabet Hukuku uygulamalarında, ister yasal bir düzenleme sonucu isterse kendi iç etkinliği sonucu elde edilmiş olsun, hâkim durumdaki teşebbüsün hâkim durumda olmayan teşebbüslerden farklı olarak özel bir sorumluluklarının olduğu kabul edilmektedir²³⁴. Bu özel sorumluluk çerçevesinde, hâkim durumda olan teşebbüsün eylem ve işlemlerinin ilgili ürün pazarındaki rekabet üzerinde ortaya çıkan etkisini bilmesi ve davranışlarını kontrol altında tutması beklenmektedir²³⁵.

Rekabet Kurulu, birçok karar²³⁶ ve görüşünde²³⁷, hâkim teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı davranışlardan kaçınması ve davranışlarının rekabet üzerindeki etkilerini bilmesi konusunda özel bir sorumluluk taşıdığını belirtmektedir²³⁸. Rekabet Kurulu'nun 06-24/304-71 sayı ve 6.4.2006 tarihli kararında Kurul, hâkim durumdaki teşebbüsün hâkim durumda olmayan teşebbüslerden farklı olarak özel sorumluluklarının olduğuna değinmiştir. Kararda bu özel sorumluluk bağlamında, hâkim durumda olan teşebbüsten, eylem ve işlemlerinin, ilgili ürün pazarındaki rekabet üzerindeki etkisini bilmesinin ve davranışlarını bu çerçevede kontrol altında tutmasının beklendiğine dikkat çekilmiştir. Ancak, hâkim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek eylemleri gerçekleştirirken, mutlaka kötüye kullanma niyetine sahip olması gerekmediğinin önemine değinen Kurul,

²³⁴ Karakılıç, s. 439, 440; Sanlı, s. 260.

²³⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-80/1106-317, Karar Tarihi: 01.12.2005.

²³⁶ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-20/260-96, Karar Tarihi: 02.03.2010; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-18/341-103, Karar Tarihi: 30.03.2011; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012.

²³⁷ Bkz. Rekabet Kurumu, 10.11.2011 tarih, B.21.6.REK.0.18.00.00 /1861 sayılı ve Hac ve Umreye Yönelik Seyahat Hizmetleri Konusunda Görüş Yazısı; "Diyaret İşleri Başkanlığı'nın da, hem hâkim durum tespitine yol açabilecek pazar payına sahip olması, hem de faaliyette bulunduğu pazarların düzenleyici ve denetleyici otoritesi olması nedenleriyle hac ve umreye yönelik seyahat hizmetleri pazarında rekabeti bozmama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmek mümkündür." www.rekabet.gov.tr (30.01.2014).

²³⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 466; Ülgen, s. 21.

kötüye kullanmanın objektif bir kavram olduğunu ve eğer ilgili eylem ya da işlem rekabetin kısıtlanması etkisini doğuruyorsa bu durumun söz konusu davranışın yasaklanması için yeterli olduğunu ifade etmiştir. Anılan kararda hâkim durumdaki teşebbüslerin özel sorumlulukları esas alınarak zaten kendi hâkim durumları nedeniyle sınırlı olan rekabeti daha da fazla sınırlandırıcı eylemlerden kaçınmaları gerektiği vurgulanmıştır²³⁹.

Aynı şekilde AB Rekabet Hukukunda da, hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumun kötüye kullanılması ile ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı davranışları açısından, iç pazarda işleyen rekabeti kendi davranışları ile bozmamaları konusunda özel bir sorumlulukları olduğu kabul edilmektedir²⁴⁰. Bunun sonucunda hâkim durumdaki teşebbüsler rekabeti sınırlayıcı ve engelleyici davranışlardan kaçınmakla yükümlüdürler²⁴¹.

AAD, Michellin²⁴² kararında, hâkim teşebbüsün, ortak piyasadaki rekabetin bozulmasına neden olacak davranışlardan kaçınması konusunda özel bir borcunun olduğunu belirtmiştir²⁴³. Çünkü hâkim teşebbüs, piyasada sahip olduğu ekonomik güç ile rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden bağımsız hareket edebilmekte, adil ve dürüst ticaret anlayışıyla bağdaşmayacak bir takım koşulları dayatabilmektedir. Bu nedenle “*özel bir sorumluluk*” ile rekabetin bozulmasını engellemek amacıyla, hâkim teşebbüse, diğer teşebbüslerden oranla daha fazla özen ve basiretli davranma konusunda sorumluluk yüklenmektedir²⁴⁴.

Sonuç olarak Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda hâkim durumun kötüye kullanıldığına karar verilmesi için, ilgili teşebbüsün kusurlu olmasına gerek yoktur.

²³⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-24/304-71, Karar Tarihi: 06.04.2006; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-47/1160-294 Tarihi: 14.10.2009.

²⁴⁰ Karakılıç, s. 440.

²⁴¹ Karakılıç, s. 440.

²⁴² ATRG (1981) L. 353/33; Kısa, s. 14.

²⁴³ Kısa, s. 14.

²⁴⁴ Kısa, s. 15.

Yani, burada kötüye kullanma halinin oluşması için kusur aramamız şart değildir²⁴⁵. Ancak bunun ötesinde hâkim teşebbüsler, davranışlarının rekabeti engellememesi için diğer teşebbüslere oranla daha fazla özel bir özen göstermekle yükümlü tutulmuşlardır²⁴⁶.

4. Kötüye Kullanma Sayılan Haller

RKHK'nın 6. maddesinde “*kötüye kullanma halleri şunlardır*” şeklinde tanımlama yapılmış ve bu davranışlar ile hâkim durumun kötüye kullanmasının hukuka aykırı kabul edileceği belirtilmiştir. Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere RKHK'nın 1. maddesine göre Kanun'un amacının piyasalardaki rekabetin korunması olduğu dikkate alınarak kötüye kullanma halleri sınırlı sayıda olmamak üzere çeşitli örnekler verilerek açıklanmıştır²⁴⁷.

Kanun'un 6. maddesi hükümlerinde sayılan kötüye kullanma fiilileri;

- 1- Pazara giriş engelleri yaratmak veya rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak (RKHK md.6/II, a)
- 2- Ayrımcılık yapmak (RKHK md.6/II, b)
- 3- Ek yükümlülük koymak ve malın tekrar satışına ilişkin şartları belirlemek (RKHK md.6/II, c)
- 4- Bir pazardaki hâkim durumunu başka pazarda kötüye kullanmak (RKHK md.6/II, d)
- 5- Üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin sınırlandırılması (RKHK md.6/II, e) olarak sıralanmıştır.

²⁴⁵ Tekinalp, Ünal, “ATAD Kararları Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, Şubat 2000, s. 74, www.rekabet.gov.tr (08.12.2013).

²⁴⁶ Kısa, s. 16.

²⁴⁷ Şiramun, s. 84; Gül, s. 22.

Aynı şekilde ABİDA' nın 102. maddesinde²⁴⁸, teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmasına ilişkin çeşitli durumlar sınırlı olmamak üzere dört bent olarak sıralanmıştır. Bu kötüye kullanma halleri, fiyat baskısı ya da diğer zorlayıcı uygulamalar, tüketici aleyhine uygulamalar, ayrımcı uygulamalar ve zorlayıcı ek şart uygulamalarıdır. 102. maddenin 2. fıkrasında kullanılan, “Söz konusu kötüye kullanma, özellikle aşağıdakiler gibi olabilir” ifadesi ile kötüye kullanma hallerinin yalnızca sayılan örneklerden oluşmadığı; bununla birlikte, söz konusu örnekler uygulamalarında her durumda kötüye kullanma teşkil etmeyeceği belirtilmiştir²⁴⁹.

Rekabet Kurulu'nun görüş ve yaklaşımlarını içeren Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nda, hâkim durumun kötüye kullanılması halleri dışlayıcı, sömürücü ve ayrımcı nitelikteki kötüye kullanmalar şeklinde üçlü bir ayırım esas alınarak incelenmiştir²⁵⁰. Ancak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerine ilişkin bu şekilde bir ayırma gidilmemiş olup, bu davranışların incelenen her bir olay bakımından kesin çizgilerle ayrılması mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, Kurul'un incelediği bir davranış Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında

²⁴⁸ ABİDA md. 102; “Ortak pazarda veya onun önemli kısmında hâkim durumunda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanması, üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek olduğu ölçüde ortak pazarla bağdaşmaz ve yasaktır. Böyle bir kötüye kullanma, özellikle şu hallerde olabilir;

a. Adil ve dürüst olmayan alış veya satış fiyatlarını ya da adil veya dürüst olmayan başka ticari koşulları, doğrudan yahut dolaylı olarak dayatmak,

b. Üretimi, piyasaları veya teknik gelişmeyi, tüketicilerin zararına olarak kısıtlamak,

c. Denk işlemlere farklı şartlar uygulayarak işlemin diğer taraflarını rekabette dezavantajlı konuma sokmak,

d. Sözleşmelerin akdini, bu sözleşmelerin konularıyla ne nitelik ne de ticari kullanım itibarıyla bağlantılı olan yan edim borçlarının diğer taraflarca kabulü şartına bağlamak.” Kısa, s. 13.

²⁴⁹ Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 449.

²⁵⁰ Ayrıca Rekabet Kurulu'nun 06.12.2012 tarih 12-62/1633-598 sayılı kararında, tek taraflı davranışların dışlayıcı, ayrımcı ve sömürücü uygulamalar olmak üzere üçlü bir ayırım temelinde incelendiği görülmektedir. Taslak, AB Rehberi'ne paralel olarak, sadece dışlayıcı kötüye kullanmalarla sınırlı tutulmuş olup, sömürücü ve ayrımcı kötüye kullanma halleri kapsam dışında bırakılmıştır. Söz konusu diğer iki tür kötüye kullanma hallerinin Taslakta yer alması doktrinde eleştirilmiştir. Sömürücü kötüye kullanmalar tüketici refahını doğrudan etkilemekte, fiyat artışlarına, ürün çıktı seviyesinde düşümlere, ürün çeşitliliğinin azalmasına, teknolojik ilerlemenin durmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle sömürücü ve ayrımcı kötüye kullanmalar konusunda Taslağın, Kurul'un yaklaşımını ve yorumunu gösteren bilgiler içermesinin faydalı olacağı doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Özkan, s. 322-324; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 1, par. 5.

sayılan hallerden birden fazlasına örnek teşkil edebilmekte ya da aynı anda birden fazla kötüye kullanma halinin varlığı söz konusu olabilmektedir²⁵¹.

Buna karşılık hâkim durumda bulunan teşebbüs, piyasadaki gücü sayesinde müşterilerin ve tüketicilerin sömürülmesine ya da rekabetin engellenmesine, sınırlandırılmasına yönelik kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışlarda bulunmaktadır²⁵². Bu ayırmadan yola çıkarak hâkim durumun kötüye kullanılmasını iki ana başlık altında inceleyebiliriz²⁵³. Bunlardan ilki, hâkim konumu muhafaza etmek ya da güçlendirmek amacıyla, pazardaki rekabetçi yapıyı bozmaya yönelik davranışlarda bulunulması halidir. İkinci durum ise, mevcut gücün, müşterileri ya da tüketicileri istismar etmek suretiyle kötüye kullanılmasıdır. Bu sınıflandırma; “rekabete aykırı kötüye kullanmalar” ve “sömürüye dayanan kötüye kullanmalar” olarak da adlandırılmaktadır²⁵⁴.

Hâkim durumda bulunan teşebbüsün, adil ve dürüst rekabet etmek yerine, yüksek piyasa gücü sayesinde mevcut rakiplerinin piyasa dışına çıkarılması veya potansiyel rakiplerinin piyasaya girmesini engellemek suretiyle, rekabette kendisini avantajlı konuma getirmek için gerçekleştirdiği eylemler için doktrinde “rekabet karşıtı kötüye kullanma” terimini benimseyenler olduğu gibi²⁵⁵, “engelleyici ya da dışlayıcı kötüye kullanma” terimini tercih edenler de²⁵⁶ bulunmaktadır²⁵⁷.

Bu sınıflandırma, hâkim durumu kötüye kullanmanın doğrudan doğruya kimi hedeflediği esasına dayanmaktadır²⁵⁸. Doğrudan doğruya hedeflenenin rekabet

²⁵¹ Kısa, s. 28; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 1, par. 5.

²⁵² Yiğit, s. 141.

²⁵³ Doktrinde üçlü bir sınıflandırma yapıldığı da görülmektedir: (i) Engelleyici, dışlayıcı kötüye kullanma; (ii) sömürü şeklinde kötüye kullanma ve (iii) Pazar yapısını değiştirmek suretiyle kötüye kullanma. Bu sınıflandırma için bkz. Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 49, Tekinalp, Perşembe Konferansları, s. 75.

²⁵⁴ Sanlı, s. 261, 262; Şiramun; s. 35; Kısa, s. 29.

²⁵⁵ Sanlı, s. 262; Aşçıoğlu Öz, s. 129; Kısa, s. 33; Yiğit, s. 141, 142.

²⁵⁶ Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 450.

²⁵⁷ Kısa, s. 33.

²⁵⁸ Şiramun, s. 35; Kısa, s. 28.

olduğu haller, rekabet karşıtı kötüye kullanma; tüketiciler ve müşteriler olduğu haller ise sömürü şeklinde kötüye kullanma olarak ele alınacaktır²⁵⁹.

Ancak sömürücü kötüye kullanmalar olarak ifade edilen durumlarda, bünyelerinde rekabet karşıtı etkiler taşımakta, fakat bunların rekabet karşıtı etkisi genel olarak uzun dönemde ve dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık rekabet karşıtı kötüye kullanmalarda bu etki kısa dönemde ve daha belirgin biçimde hissedilmekte, ancak tüketiciler ve müşteriler üzerindeki etkisi ikincil düzeyde g r lmektedir²⁶⁰.

Bu nedenle yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu ayırım kesin bir sınır çizmemekte olup, kötüye kullanma sayılan bir hal bu sınıflardan her ikisi bakımından da incelenebilir.

4.1. Rekabet Karşıtı Kötüye Kullanma

4.1.1. Pazara Giriş Engelleri Yaratmak

RKHK'nın 6/2. maddesinin (a) bendinde *“ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakip teşebbüslerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”* kötüye kullanma olarak sayılmıştır. RKHK'nın 6. maddesinin amacı, piyasaların normal işleyişinde teşebbüslerin rekabetini engellemek değil, rekabeti ortadan kaldırmayı amaçlayan hareketlerin engellenmesidir.

Hâkim durumda bulunan bir teşebbüs, hâkim durumda bulunduğu pazara giriş engelleri koyarak mevcut hâkim durumunun devam etmesini sağlama amacı

²⁵⁹ Kısa, s. 28.

²⁶⁰ Sanlı, s. 262; Kısa, s. 33.

güdebilir ya da pazarda rekabet halinde bulunduğu diğer teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle onların pazar paylarının büyümesine engel olabilir²⁶¹. Ancak piyasada hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün varlığı ve faaliyetleri, doğal olarak rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaşmasına sebep olacaktır. Bu nedenle, “*rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması*” ifadesi geniş yorumlanmamalı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkânını büyük ölçüde engelleyen veya ortadan kaldıran eylemler kötüye kullanma kavramına dâhil edilmelidir²⁶².

4.1.1.1. Yıkıcı Fiyat

Rekabet Hukuku, rekabetçi yapıyı koruyarak, piyasadaki fiyat rekabeti ile fiyatların düşmesi ve bu sayede toplam tüketici refahının artmasını hedeflemektedir. Ancak her türlü fiyat uygulamasının Rekabet Hukuku bakımından ihlal teşkil etmediğini söylemek mümkün değildir. İhlal teşkil edebilecek fiyat uygulamalarına ilişkin verilecek örneklerden biri yıkıcı fiyat uygulamasıdır²⁶³.

Yıkıcı fiyat RKHK'nın 6. maddesinin, ne (a) bendinde ne de diğer bentlerinde açıkça yasaklanmış değildir. Bununla birlikte yıkıcı fiyat, rakipleri pazar dışına itme ve pazara yeni girişleri engelleme amacı taşıdığından ya da kolaylıkla bu etkiyi doğuracağından, 6/2/(a) bendi kapsamında değerlendirilmektedir²⁶⁴. Çünkü kanun koyucu 6/2/(a) bendinde “*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine*

²⁶¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 468. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:02-81/940-387, Karar Tarihi: 26.12.2002; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:07-92/1191-461, Karar Tarihi: 27.12.2007.

²⁶² Sanlı, s. 263.

²⁶³ Özdemir, Ümit Nevruz, “Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:96, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2010, s. 6.

²⁶⁴ ABİDA'nın 102. maddesinde hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil eden eylemler örnek olarak sayılmış ancak yıkıcı fiyatlandırmaya ilişkin olarak açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Maddenin (a) bendinde, adil ve dürüst olmayan alı ve satış fiyatlarının ya da diğer haksız şart ve yükümlülüklerin doğrudan ya da dolaylı olarak dayatılması düzenlenmektedir. Maddenin (c) bendinde ise rekabete zarar verecek şekilde, taraflara farklı koşullar uygulamak suretiyle, onların rekabette dezavantajlı duruma getirilmesi hukuka aykırı kabul edilmiştir. Ancak doktrinde yıkıcı fiyat uygulamalarının (a) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Kısa, s. 39; Yiğit, s. 147; Sanlı, s. 297 ve 188 no'lu dipnot.

doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" ifadesini kullanmıştır.

Yıkıcı fiyattan anlaşılması gereken maliyetin altında satışır. Teşebbüslerin maliyetin altında satış yapmaları, ilgili pazardaki fiyat rekabeti açısından olumludur. Ancak maliyetin altında satış, pazardaki rakip teşebbüsleri pazardan çekilmek zorunda bırakabilir. Bu şekilde rakibi piyasa dışına itmek ya da piyasaya girmesini engellemek amacıyla yeterli olan süre boyunca çok düşük fiyat uygulamak şeklinde sürdürülen bir eylemdir²⁶⁵. Dolayısıyla yıkıcı fiyatlama orta ve uzun dönemde elde edilecek kâr için, geçici bir süre kısa dönem kârdan feragat edilmesi olarak da tanımlanmaktadır²⁶⁶.

Rekabet Kurulu, Tesco Kipa²⁶⁷ kararında yıkıcı fiyat kavramının aşağıdaki tanımına yer vermiştir: *"Yıkıcı fiyat, üzerinde anlaşma sağlanan genel kabul görmüş bir tanımı olmamakla birlikte, rekabetin elimine edilmediği veya en azından kısıtlanmadığı durumda, kârlı olmayan fiyat olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüsün daha sonra fiyatlarını rekabetçi seviyenin üzerine çıkararak zararını telafi etmeyi amaçladığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla yıkıcı fiyat uygulaması genellikle maliyet altı fiyat olarak ortaya çıkmaktadır. Olağandışı düşük fiyatlara katlanılmasının gerekçesini ise, rakiplerin söz konusu fiyatlar ile rekabet edemeyerek piyasa dışına itilmesi amacı oluşturmaktadır. Yıkıcı fiyatlama döneminde katlanılan zararlar, rakiplerin piyasa dışına itilmesinden sonra yapılan fiyat artışları ile karşılanabilecektir. Bu anlamda bir yıkıcı fiyatlama uygulamasından bahsedilebilmesi için teşebbüsün hâkim durumda bulunması, fiyatın maliyet altı olması, rakiplerin piyasa dışına çıkarılmasının amaçlanması ve yıkıcı fiyatlama dönemindeki zararların karşılanabilmesi başlıca unsurlar olarak karşımıza*

²⁶⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 522; Şiramun, s. 39; Yiğit, s. 143; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 11, par. 50. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:11-52/1321-472, Karar Tarihi: 13.10.2011; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:11-43/915-284, Karar Tarihi: 14.07.2011; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:13-27/371-172, Karar Tarihi: 09.05.2013.

²⁶⁶ Özdemir, s. 6,7.

²⁶⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-44/772-254, Karar Tarihi: 17.06.2010.

çıkılmaktadır. Bunun yanı sıra maliyet altı fiyatlandırmanın yıkıcı fiyat olarak kabul edilebilmesi için fiyatlandırma stratejisinin sürekliliğinin de bulunması gerekmektedir²⁶⁸.

Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan yıkıcı fiyatların, hangi koşulların var olması halinde kötüye kullanma teşkil edeceği hususunda ne Avrupa Birliği ne de Türk Rekabet Hukukunda bir düzenleme bulunmamaktadır²⁶⁹. Ancak Rekabet Kurul'u kararları dikkate alındığında yıkıcı fiyat uygulamasının unsurları şu şekilde sıralanabilir²⁷⁰;

- Pazar Gücü – yıkıcı fiyat uygulayacak olan teşebbüsün bu amaçla aldığı üretim kararlarının piyasada kısa sürede ciddi bir etki yaratabilmesi (hâkim durum)²⁷¹,
- Hâkim teşebbüs tarafından ortalama değişken maliyetlerinin altında fiyatlandırma yapılması,
- Sürdürülebilirlik – Fiyat uygulamasının rakipleri etkisizleştirmeye ve piyasa dışına itmeye elverişli bir süre boyunca devam etmesi,
- Hasat İmkânı²⁷² – rakiplerin piyasa dışına çıkartılmasından sonra fiyatların yükseltilecek geçici zararların telafi edilmesi imkânı²⁷³,

²⁶⁸ Ayrıca Rekabet Kurulu, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın 50. paragrafında ve 06.12.2012 tarih 12-62/1633-598 sayılı kararında; yıkıcı fiyatlamayı, hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazar gücünü korumak veya artırmak üzere mevcut rakiplerini piyasa dışına çıkarmak ya da rakibinin rekabetçi davranışını engellemek için kısa vadede maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi göze aldığı bir fiyatlama stratejisi olarak tanımlamıştır.

²⁶⁹ Aktaş, s. 66.

²⁷⁰ Gürkaynak, Gönenç, "Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yıkıcı Fiyatlandırma Suretiyle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2011, s. 35, www.ceis.org.tr (05.12.2013).

²⁷¹ Ekdî, Barış, "Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması", Rekabet Dergisi Sayı 10, Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan Mayıs Haziran 2002, s. 16, www.rekabet.gov.tr (15.08.2012).

²⁷² Hâkim durumda bulunan teşebbüsün, yıkıcı fiyat uygulayarak potansiyel rekabeti ortadan kaldırmasının ardından tekeli fiyatlar uygulayarak zararını kapatması evresine "hasat" denmektedir. Gürkaynak, s. 33; Özdemir, s. 7.

²⁷³ AAD kararlarında hâkim durumdaki teşebbüsün zararlarını telafi etmesi ihtimalinden (hasat imkânı) bahsedilmemekte ise de, Kurul hasat ihtimalinin çok düşük veya imkânsız olduğu hallerde, yıkıcı fiyatlamadan tüketicinin refahını azaltmayacağını ifade ederek, kararlarında hasat imkânını da dikkate almıştır. Yiğit, s. 149. Ayrıca bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:09-52/1253-318, Karar Tarihi: 04.11.2009; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:10-13/146-62, Karar Tarihi: 04.02.2010; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:12-44/1355-458, Karar Tarihi: 20.09.2012; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar

- Pazara Giriş Engellerinin Yüksekliği – piyasaya girişin kolay olması halinde, yıkıcı fiyat uygulaması sonrasında fiyatların yukarı çekilmesi sonucunda elde edilecek yüksek kâr rakipleri piyasaya girmesi için teşvik etmekte ve bu durum hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlarını düşürmek zorunda kalmasına sebep olabilmektedir²⁷⁴.

Doktrinde Özkan, yukarıda yer verilen koşulların bir veya birkaçının yer almadığı durumlarda, yıkıcı fiyat uygulamalarının hâkim durumun kötüye kullanılması sayılmaması gerektiğini ifade etmektedir²⁷⁵. Ancak Yiğit, özellikle yıkıcı fiyat uygulaması sonrasında uğranılan zararların telafi edilmesi imkânının bir unsur olarak ele alınmaması gerektiğini, önemli olanının hâkim teşebbüsün başarısı değil rakip teşebbüslerin piyasa dışına itilmesi veya piyasaya girişlerin engellenmesi olduğunu ifade etmektedir²⁷⁶.

Yıkıcı fiyatlandırma uygulayan teşebbüs, kısa vadedeki karından vazgeçerek, rakiplerini piyasa dışına itmeyi ve piyasadaki hâkimiyetini tehdit edecek koşulları ortadan kaldırmayı hedeflemektedir²⁷⁷. Bunu sağladıktan sonra, mal veya hizmetlerin arzına, yüksek fiyatta dâhil olmak üzere her türlü dayatıcı şartı uygulayarak, uzun dönemde, normalden fazla kâr elde edecek ve yıkıcı fiyatlama yaptığı dönemdeki zararını telafi edebilecektir²⁷⁸.

Hâkim teşebbüs, iktisadi üstünlükle birlikte ona piyasada hâkimiyet sağlayacak pek çok avantaja sahip olduğundan kısa vadede katlanacağı bu zarara rağmen, ayakta kalacağını bilmektedir²⁷⁹. Ancak aynı ekonomik güce sahip olmayan pazardaki rakip teşebbüsler ise uzun süreli olarak maliyetinin altında satış yapamayacaklarından ilgili

Sayısı:13-15/229-113, Karar Tarihi: 19.03.2013; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:13-46/589-259, Karar Tarihi: 18.07.2013.

²⁷⁴ Ekdi, s. 17; Yiğit, s. 145 ve 433 no'lu dipnot; Sanlı, s. 296 ve 183 no'lu dipnot.

²⁷⁵ Gürkaynak, s. 33.

²⁷⁶ Yiğit, s. 149.

²⁷⁷ Kısa, s. 34.

²⁷⁸ Kısa, s. 34; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:11-47/1172-417, Karar Tarihi: 14.09.2011; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:12-08/240-71, Karar Tarihi: 23.02.2012.

²⁷⁹ Kısa, s. 35.

pazardan çekilmek zorunda kalacaklardır. Rakip teşebbüslerin piyasadan çekilmesi sonucunda yıkıcı fiyatlandırma uygulayan teşebbüsün fiyatları yükseltmesi, uzun vadede tüketicileri seçme haklarından yoksun bırakacak ve sunulan mal veya hizmetin kalitesinin düşmesine sebep olacaktır²⁸⁰.

Hâkim durumdaki teşebbüs yalnızca pazardaki rakiplerini pazar dışına çıkarmak amacıyla değil, stokların eritilmesi, promosyon, indirim politikaları, ürün modelinde değişiklik gibi amaçlarla da fiyatlarını düşürebilir²⁸¹. Veya teşebbüsün, pazarlama stratejisinin bir neticesi olarak düşük fiyat uygulaması piyasada tutunmak amacıyla da olabilir. Bu durumda bu davranışı yıkıcı fiyat uygulaması olarak değil aksine rekabetçi olarak nitelendirilmektedir²⁸². Bu nedenle düşük fiyat uygulayan teşebbüsün amacı da önemli olup, hâkim teşebbüs tarafından yıkıcı fiyat uygulaması ile mevcut rakiplerin piyasa dışına çıkartılması, potansiyel rakiplerin ise piyasa girişlerine engel olunması amaçlanmalıdır²⁸³.

²⁸⁰ Aşçıoğlu Öz, s.150; Karakeçili, Feridun / Alagöz, Aylin / Çalış, Şirin, "Avrupa Topluluğunda İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları", İKV. Yayınları, No: 135, İstanbul 1995, s. 79; Yiğit, s. 144.

²⁸¹ Sanlı, s. 264.

²⁸² Rekabet Kurulu'nun 12.04.2012 tarih, 12-20/512-149 sayılı ve 24.06.2010 tarih, 10-45/811-269 sayılı kararlarında; dağıtım şirketlerinin zayıf konumda oldukları tüketim bölgelerine değişik kampanya veya fiyat indirimleri uygulayarak hem mevcut müşterilerini muhafaza etmek hem de yeni abone kazanmak/transfer etmek yoluna gitmeleri, tüplü LPG pazarının daralan yapısından kaynaklanmakta olup, makul sürelerle uygulandığı sürece rekabetçi bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle, Mersin ilinde faaliyet gösteren tüpgaz bayilerinin fiyat uygulamalarının yıkıcı fiyat olmadığına karar verilmiştir.

²⁸³ Rekabet Kurulu, 23.1.2004 tarih, 04-07/75-18 sayılı kararında; Coca-Cola A.Ş.'nin rakiplerini pazar dışına itmek niyetiyle maliyetin altında fiyatlamaya uyguladığına ilişkin bir bilgi elde edilemediği ve Coca-Cola A.Ş.'nin şöhret etkisi yaratmak suretiyle gazlı içecekler pazarına girmek isteyen rakiplerine gözdağı vermesi niyeti taşımasının olasılık dâhilinde bulunmasının yıkıcı niyetin bulunduğuna hükmetmek için yeterli olmadığı kanaatine vararak, oybirliği ile RKHK md.6 çerçevesinde cezaya yer olmadığına karar vermiştir. Rekabet Kurulu, 19.11.2008 tarihli 08-65/1055-411 sayılı kararında, niyet araştırmasına ilişkin soruşturmalarda özellikle şirket içi sunum ve yazışmaları yol gösterici nitelikte kabul ettiğini belirtmiştir. Savunmada, söz konusu yazışmalar içerisinde, rekabet karşıtı niyetin bulunması için "rakiplerimizi piyasa dışına atalım, tekel konumuna gelip aşırı karlar elde edelim, fiyatı daha sonra yükseltebilmek için yıkıcı fiyat uygulayalım" gibi ifadelerin bulunması gerektiği, ancak bu yönde ifadelere rastlanmadığı öne sürülmüş, Kurul ise, niyetin tespit edilmesinin ve bunun da ötesinde niyetin tarafların savunmasında yer verdiği ifadelerle gösterilmesinin zorunlu olmadığını belirtmiştir. Ayrıca bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-45/811-269, Karar Tarihi: 24.06.2010; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-43/915-284, Karar Tarihi: 14.07.2011; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-03/96-35, Karar Tarihi: 26.01.2012.

Rekabet Kurulu yıkıcı fiyat iddiası ile ilgili bir incelemesinde²⁸⁴, ilgili ürün pazarının okuyucu bağılılığı az ve fiyat hareketlerine duyarlı olan ulusal, günlük, siyasi, gazete pazarı olduğunu tespit etmiş, pazarda dört gruba ait dokuz gazetenin yer almasından hareketle pazarın oligopolistik pazar yapısına sahip olduğunu, bu nedenle de pazarda lider konumda olan teşebbüsün diğer teşebbüslerin hareketlerini dikkate almaksızın davranış sergileyemediğini, pazarda birlikte hâkimiyet durumunun olduğunu belirtmiştir. Kurula göre; pazara yeni giren Star gazetesinin fiyatının 150.000 TL.'den 50.000 TL.'ye düşürülmesi pazara yeni giren bir teşebbüsün pazarda tutunabilmek amacıyla gerçekleştirdiği bir eylem, birlikte hâkim durumda olan Sabah ve Doğan gruplarının yayınladıkları gazeteler olan Takvim ve Posta gazetelerinin fiyatlarını düşürmeleri ise, amacı, etkisi ve süresi dikkate alındığında yıkıcı fiyat uygulaması olarak kabul edilmemiş, rekabetçi bir davranış niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. (TDİ)²⁸⁵ kararında, TDİ'nin feribot ve arabalı vapurlarıyla yolcu ve araç taşımacılığı hizmeti pazarında hâkim durumda olduğunu ve yıkıcı fiyatlandırma suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığını tespit etmiştir. Rekabet Kurulu, TDİ'nin uzun süreli kayıplara dayanacak mali gücü olması, girdiği zararların diğer müşterilerden elde ettiği karlarla sübvansane etmesi, benzer hatlarla kıyaslandığında makul olmayacak derecede düşük fiyatlar uygulaması, bu düşük fiyatların maliyet azalması ya da verimlilik artışı gibi haklı gerekçelerle açıklanamaması, olayların saldırgan bir fiyat savaşı gibi gerçekleşmesi sonucunda rakiplerin pazara ilişkin beklentilerinin azaldığı ve rekabet güdüsünün köreltildiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu fiyat uygulamasının, Rekabet Hukuku bakımından hâkim durumdaki bir teşebbüsün rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma, onları pazar dışına çıkarma nitelik ve etkilerine sahip olduğu belirtilmiştir.

²⁸⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-56/599-381, Karar Tarihi: 08.12.1999.

²⁸⁵ Gürkaynak, s. 36. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-45/801-264, Karar Tarihi: 24.06.2010.

Yıkıcı fiyatların belirlenmesi noktasında maliyet bazlı analizler esas alınmaktadır. Başka bir deyişle hâkim durumdaki teşebbüsün ürününün fiyatı maliyetin altında kaldığı durumda yıkıcı fiyat uygulaması var denilebilecektir²⁸⁶. Rekabet Kurulu ilk kez fiyat-maliyet analizinde uygulayacağı maliyet ölçütü hakkındaki tercihini Frito Lay kararında²⁸⁷ ortaya koymuştur. Kurul kararda analizin hareket noktasının ODM olması gerektiğini, fiyatın ODM'den düşük olması halinde yıkıcı fiyatın varlığına ilişkin şüphelerin ortaya çıkacağını belirtmiştir. Ayrıca firmanın rakiplerini piyasa dışına itme veya rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma niyeti ile desteklenmesi halinde niyet unsuru esas alınarak durumun yıkıcı fiyatlama olarak değerlendirileceğini belirtmiştir²⁸⁸. Rekabet Kurulu daha sonra farklı bir maliyet analizi uygulayarak, uzun dönem ortalama artan maliyet ölçütünü esas almıştır²⁸⁹.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'na göre, Kurul'un yıkıcı fiyat analizinin ilk aşamasını, hâkim durumdaki teşebbüsün ilgili zaman diliminde üretim miktarının tamamı veya bir kısmı için düşük fiyat uygulayarak aslında kaçınabilecek olmasına karşın zarar etmiş olması veya ediyor olmasının tespiti oluşturmaktadır²⁹⁰. Taslakta, Avrupa Birliği uygulamasına paralel olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün incelenen davranışı sonucunda aslında kaçınılabilecek olmasına karşın zarar ettiğinin tespitinde söz konusu teşebbüsün ortalama kaçınılabilir ve uzun dönem artan maliyetinin esas alınarak, eş etkin rakip testinin uygulanacağı ifade edilmiştir²⁹¹. Taslakta belirtildiği üzere hâkim durumdaki teşebbüsün incelenen davranışı sonucunda aslında kaçınabilecek olmasına karşın

²⁸⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 511; Yiğit, s. 145. Yıkıcı fiyatlandırma, fiyatın maliyetin altında tutulması veya belirli bir rakibe göre belirlenmesi şeklinde doğrudan olabileceği gibi, müşterilere indirim veya nakit kuponu ya da rakibin malını satmaması koşuluyla prim verilmesi gibi dolaylı şekillerde de ortaya çıkabilmektedir. Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s.451.

²⁸⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-9/89-44, Karar Tarihi: 29.02.2000.

²⁸⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-9/89-44, Karar Tarihi: 29.02.2000.

²⁸⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 08-50/750-305, Karar Tarihi: 14.08.2008; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 08-65/1055-411, Karar Tarihi: 19.11.2008.

²⁹⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 12, par. 52.

²⁹¹ Özkan, s. 337; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 12, par. 51-55.

zarar ettiğinin tespitinde ilk olarak ortalama kaçınılabilir maliyet (OKM)²⁹² ölçütü esas alınmaktadır. Ancak kısa dönem marjinal maliyetin belirlenmesinin zor olduğu durumlarda, ilgili pazarın koşulları dikkate alınarak kullanılacak diğer bir ölçüt uzun dönem ortalama artan maliyet (UDOAM)'tir²⁹³. UDOAM'ı karşılayamamak hâkim durumdaki teşebbüsün söz konusu mal veya hizmetin üretilmesine ilişkin tüm maliyetleri geri almadığını ve pazarın eşit etkinlikteki bir rakibe kapatılabileceğini göstermektedir. Fiyatın UDOAM'ın üzerinde olduğu durumlarda eşit etkinlikteki rakipler zarara katlanmadan faaliyetlerine devam edebileceklerinden bu durumda söz konusu davranış yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmeyecektir. Rekabet Kurulu Kale Kilit kararında²⁹⁴ eş etkin rakip testini esas alarak ilgili pazarlardaki ürün gruplarına ilişkin nihai birim fiyatların, söz konusu ürün gruplarına ilişkin ortak ve genel maliyetleri de içeren birim maliyetlerin üzerinde olduğu, kampanya döneminde, Kale Kilit'in her bir ilgili pazardaki toplam gelirinin, toplam maliyetinin üzerinde olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle, Kale Kilit tarafından gerçekleştirilen fiyatlamının, rekabeti engelleyici nitelikte olmadığı kabul edilmiştir²⁹⁵.

Yıkıcı fiyatların tespitine ilişkin olarak AB Rekabet Hukukunda en çok kullanılan test Areeda/Turner testidir. Areeda/Turner'in geliştirdiği bu görüşe göre, maliyet hesaplamalarına dayalı bir yöntemle sorun çözülmeye çalışılarak, ortalama değişken

²⁹² Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nda, "*Bir teşebbüsün belirli bir miktardaki bir çıktıyı üretmemesi halinde katlanamayacağı veya tasarruf edeceği maliyetler*" olarak tanımlanmaktadır. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 12 ve 11 no'lu dipnot. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-62/1633-598, Karar Tarihi: 06.12.2012.

²⁹³ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'na göre UDOAM; "*bir firmanın belirli bir ürünü üretmek için katlandığı tüm (değişken ve sabit) maliyetlerin ortalaması*" olarak tanımlanmaktadır. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 12 ve 12 no'lu dipnot. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:12-44/1355-458, Karar Tarihi: 20.09.2012; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-62/1633-598, Karar Tarihi: 06.12.2012.

²⁹⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-62/1633-598, Karar Tarihi: 06.12.2012.

²⁹⁵ Eşit etkin rekabet testinin esas alındığı diğer kararlar için bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-44/1355-458, Karar Tarihi: 20.09.2012; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-47/1413-474, Karar Tarihi: 01.10.2012.

maliyet seviyesinin ve aynı zamanda marjinal maliyetin²⁹⁶ altında kalan fiyatların hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir²⁹⁷.

Maliyet analizi ile yıkıcı fiyatın varlığının tespitine ilişkin örnek bir karar Akzo davasıdır²⁹⁸. Söz konusu davada, Komisyon ve AAD hâkim durumunda bulunan teşebbüsün yıkıcı fiyatlandırma uygulayarak hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Olayda, ana faaliyet konusu plastik üreticilerine organik peroksit pazarlamak olan ve pazarda hâkim durumda bulunan Akzo, aynı pazara girmek isteyen ECS ünvanlı rakip teşebbüsün pazara girişini engelleyebilmek için ECS'nin müşterilerine maliyetin altında düşük fiyatlar uygulamaya başlamıştır²⁹⁹. AAD'da bu davada yıkıcı fiyatlandırmayı tespit etmek için ortalama değişken maliyet kriterini esas almış ve ortalama değişken maliyetin altında kalan fiyatların, zararına yapılan satış olduğunu ve kötüye kullanmanın karinesi olduğunu belirtmiştir³⁰⁰. Ancak Komisyon testlerden ziyade amaç üzerinde durmuş, bir rakip olarak ECS'yi piyasadan silmek kastıyla hareket edilmiş olduğunu gösteren kanıtları esas almıştır³⁰¹. Komisyon Akzo³⁰² kararı ile, "*hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün değişken maliyetlerinin ortalamasının altında belirlediği fiyatlar sonucunda rakiplerini piyasa dışına itmesi ya da silmesi kötüye kullanma hali için yeterli bir nedendir*" demek suretiyle yıkıcı fiyat uygulamalarının hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğini açıkça belirtmiştir³⁰³.

Sonuç olarak AAD onama kararına göre; ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatlar ihlal olarak kabul edilmiş, fakat ortalama değişken maliyetin üzerinde kalan fiyatların ise ancak rakipleri piyasadan dışlamak veya piyasaya girişinin engellenmesi amacıyla uygulanması halinde ihlal oluşturacağı sonucuna

²⁹⁶ Marjinal maliyet, ek bir istihsal birimi üretmek için yapılan toplam maliyetin artmasıdır. Kısa, s. 38.

²⁹⁷ Kısa, s. 38.

²⁹⁸ Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 451.

²⁹⁹ Şiramun, s. 40.

³⁰⁰ Şiramun, s. 40; Kısa, s. 41.

³⁰¹ Kısa, s. 41.

³⁰² Akzo ATRG (1985) L. 374/1; Şiramun, s. 40; Gürkaynak, s. 34.

³⁰³ Gürkaynak, s. 34.

varılmıştır³⁰⁴. Ancak Avrupa Birliği Kılavuzunda bu tutum terk edilmiş, yıkıcı fiyat analizinde, yalnızca uzun dönem ortalama artan maliyetin altındaki fiyatlamının rakipleri piyasadan dışlama kapasitesine sahip olduğu ifade edilmiştir³⁰⁵.

British Sugar³⁰⁶ hem endüstriyel şeker piyasasında (şekerin büyük volümlerle, toptan olarak alınıp satıldığı pazar) hem de perakende şeker pazarında hâkim durumda bulunmaktadır. Brown adlı teşebbüs ise her iki pazarda da faaliyette bulunmakla birlikte, sadece perakende şeker pazarında British Sugar'a rakip olabilecek güce sahiptir. British Sugar, rakibini pazar dışına itmek için, hâkim durumda bulunduğu endüstriyel şeker pazarında fiyatları düşürerek, şeker piyasasındaki rekabeti sınırlamıştır. Endüstriyel şeker pazarındaki düşük fiyat uygulaması, perakende şeker piyasasını da etkilemiş, o pazarda da fiyatların düşmesine sebep olmuştur³⁰⁷. British Sugar'ın, perakende şeker üreten teşebbüslere verdiği ham madde için koyduğu fiyat ile perakende şeker koyduğu fiyat arasındaki çok düşük marj bırakması, perakende şeker piyasasındaki rekabetin sınırlandırılmasına neden olmuştur³⁰⁸. Komisyon bu davranışı yıkıcı fiyat uygulaması olarak kabul etmiş ve British Sugar'ın 102/(a) bendini ihlal ettiğine karar vermiştir³⁰⁹. Bu karar, aynı zamanda hâkim durumdaki teşebbüsün, komşu piyasadaki rakibini zor duruma sokmak amacıyla, asıl piyasada zayıflatması şeklinde özetlenebilecek bir kötüye kullanma halini ortaya koymaktadır. Bu uygulama “fiyat sıkıştırması” olarak ifade edilmektedir³¹⁰. Fiyat sıkıştırması yöntemine başvuran teşebbüs, hem asıl piyasada hem de ona komşu piyasada sahip olduğu hâkimiyetten yararlanarak, asıl piyasada yaptığı fiyatlandırma ile komşu piyasada faaliyette bulunan rakibini kar edemeyecek bir duruma sokmakta ve ABİDA'nın 102. maddesini ihlal etmektedir.

³⁰⁴ Özdemir, s. 8.

³⁰⁵ Özdemir, s. 10. Rekabet Kurulu'nun yıkıcı fiyat uygulaması açısından Akzo testini benimsediği kararlar için bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 04-07/75-18, Karar Tarihi: 23.01.2004; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-35/444-116, Karar Tarihi: 22.05.2006; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-66/887-256, Karar Tarihi: 19.09.2006.

³⁰⁶ ATRG (1988) L. 34/20; Kısa, s. 44.

³⁰⁷ Badur, Emel, “Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları”, Rekabet Dergisi Sayı:7, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2001, s. 74, 75, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

³⁰⁸ Kısa, s. 45.

³⁰⁹ Badur, s. 74, 75.

³¹⁰ Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 451. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 08-65/1055-411, Karar Tarihi: 19.11.2008; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 13-62/684-370, Karar Tarihi: 06.11.2013.

Görüldüğü üzere belli bir pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüs, yalnızca hâkim durumda bulunduğu pazarda değil, bu pazardan elde ettiği ekonomik imkânlardan yararlanarak farklı bir pazarda da yıkıcı fiyat uygulayarak hâkim durumunu kötüye kullanabilmektedir.

Bu husus da Tetra Pak 2³¹¹ kararı önemli bir davadır. Bu olayda ana faaliyet konusu gıdasal sıvıların karton kaplarda muhafazası olan Tetra Pak, aseptik karton piyasasında hâkim durumda bulunmaktadır. Tetra Pak, aseptik olmayan pazarda hâkim durumda olmamasına rağmen, hâkim durumda bulunduğu aseptik piyasada sahip olduğu imkânlarını kullanarak, diğer piyasadaki rakip teşebbüsleri piyasadan dışlamak amacıyla yıkıcı fiyat politikası uygulamıştır. Tetra Pak aseptik olmayan pazar fiyatlarını ortalama toplam maliyetinin altında tutmakta, bu pazardan doğan zararını ise, hâkim durumda bulunduğu pazardan elde ettiği kar ile kapatmaktadır. Bu karar ile AAD yıkıcı fiyat uygulayarak kötüye kullanmanın varlığı için aynı piyasada hâkim durumda bulunma unsurunun şart olmadığına değinmiştir³¹².

4.1.1.2. Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüsün Alıcılarını Zorunlu Unsurdan Faydalandırmaması

Türk Borçlar Hukukunda hâkim olan prensiplerden birisi de akit yapma serbestisidir. Bu prensibin anlamı, herhangi bir akit yapıp yapmama, istenilen tip ve muhtevada akit yapma, akdin karşı tarafını seçme ve akdi ortadan kaldırma serbestisidir³¹³. Serbest piyasa ekonomisi de teşebbüslerin serbestçe sözleşme yapma temeline dayandığından, her alıcıya mal ve hizmet sunma zorunluluğu bulunmamaktadır³¹⁴. Yalnız akit yapma serbestisi sınırsız değildir. Bu ilkeye kanundan kaynaklanan sınırlamalar getirilebilmektedir³¹⁵. Rekabet Hukuku uygulamasında da esas olarak, hâkim durumda olsun ya da olmasın teşebbüslerin sözleşme yapıp yapmama veya

³¹¹ Tetra Pak 2 ATRG (1992) L. 72/1; Kısa, s. 43.

³¹² Kısa, s. 43.

³¹³ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 11. Bası, İstanbul 2013, s. 15.

³¹⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 476.

³¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 19.

sözleşme yapacakları teşebbüsleri serbestçe seçme hakları olduğu kabul edilmiş ise de bazı istisnai durumlarda hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmekte ve hâkim teşebbüse Rekabet Hukuku çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir³¹⁶.

Rekabet Hukukunda sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalar kapsamında önem taşıyan sözleşme yapma zorunluluğu, “zorunlu unsur doktrini” kapsamında, hâkim durumun kötüye kullanılması başlığı altında ele alınmaktadır³¹⁷. Zorunlu unsura sahip olan hâkim durumdaki teşebbüsün, bu unsurdan yararlanmak zorunda olan diğer teşebbüslere unsuru vermemesi ya da kullandırmaması hâkim durumun kötüye kullanım hallerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır³¹⁸. Rekabet Hukuku açısından “zorunlu unsur” kavramının önemi, kabulü halinde bu unsura sahip olan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesidir³¹⁹.

RKHK'nın 6. maddesinde zorunlu unsurdan yararlandırmamak suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması açıkça yer almamakla beraber, dolaylı olarak düzenlenmiştir³²⁰. Zorunlu unsura sahip olan hâkim teşebbüslerin, ilgili pazarda faaliyette bulunabilmek için kendilerinden bu unsuru almak zorunda olan diğer teşebbüslerin taleplerini reddetmeleri, “*ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler* (RKHK md. 6/a)” kapsamında değerlendirilebileceği gibi, zorunlu unsura sahip olan hâkim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin üst pazarda faaliyette bulunmaları durumunda, kendilerinden alt pazarlarda kullanmak üzere bu zorunlu unsuru talep eden teşebbüsler ile sözleşme yapmayı reddetmeleri, “*belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir*

³¹⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 9, par. 35.

³¹⁷ Güven, Pelin, “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, Perşembe Konferansları 19, Ankara 2004, s. 10, www.rekabet.gov.tr (05.02.2014).

³¹⁸ Güven, Zorunlu Unsur, s. 22.

³¹⁹ Yiğit, s. 251.

³²⁰ Güven, Zorunlu Unsur, s. 14; Yiğit, s. 163.

mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler (RKHK md. 6/b)” kapsamında değerlendirilebilecektir³²¹. Özellikle bu son durum hâkim durumun başka pazarlarda kötüye kullanılmasının özel bir görünümünü oluşturmaktadır³²².

Zorunlu unsur doktrini, hâkim durumda olan teşebbüsün sağladığı mal veya hizmeti kullanarak alt pazarda faaliyette bulunmak isteyen teşebbüslerin, zorunlu unsurun³²³ elde edilmesi için hâkim teşebbüs dışında başka bir alternatifinin bulunmadığı hallerde, hâkim teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğu yüklenmesidir. Ancak zorunlu unsur doktrini, teknik, hukuki veya ekonomik olarak yeni bir unsurun oluşturulmasının imkânsız olduğu, hâkim durumdaki teşebbüsün, hiçbir haklı gerekçe olmaksızın tamamen rekabet karşıtı amaçlarla zorunlu unsurdan yararlandırmayı reddetmesi halinde, hâkim teşebbüsün zorunlu unsuru sağlama yükümlülüğü olduğu düşüncesine dayanmaktadır³²⁴. Başka bir ifade ile anlaşma yapmayı reddetmek³²⁵, zorunlu unsur doktrini kapsamında ise, artık sözleşme özgürlüğünden bahsedilememektedir³²⁶.

³²¹ Güven, Zorunlu Unsur, s. 13; Gürzumar, Zorunlu Unsur, s. 217.

³²² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 498.

³²³ Güven, zorunlu unsuru, “rakiplerin ondan faydalanmadan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları alt yapı, tesis ya da hammadde” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Güven, Zorunlu Unsur, s. 17.

³²⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 498. Rekabet Hukukunda “zorunlu unsur” doktrininin uygulanıp uygulanmaması ve bunun sonucunda da sözleşme yapma zorunluluğunun getirilip getirilmemesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar tarafından zorunlu unsur doktrininin uygulanması halinde, diğer teşebbüslerin zorunlu unsurdan yararlanarak, anlaşma yapma zorunluluğu kapsamında pazara girmeleri, kısa vadede rekabetin artması için etkin bir yöntem gibi görünürken, uzun vadede teşebbüslerin yenilik ve yatırım yapma güdülerini soğutma, yatırım yapma isteğini azaltma riskini de beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Bkz. Tekdemir, Yaşar, “AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:84, Ankara 2003, s. 16, 19; Ölmez, Hakan Suat, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 119, Ankara 2003, s. 65; Gül, s. 101; Güven, Zorunlu Unsur, s. 26. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 9, par. 36. Zorunlu unsur doktrini savunan yazarlar ise hammadde yada altyapı konusunda zorunlu unsur olarak kabul edilen varlığın alternatif temin kaynaklarının olmaması, diğer teşebbüslerin bunları kurmalarının imkânsız ya da ekonomik olarak gerçekleştirilmesinin çok güç olması nedenleriyle pazardan dışlanmalarının, pazara girememelerinin söz konusu olacağı gerekçesiyle zorunlu unsurdan yararlandırma yaptırımının gerekliliğini belirtmektedirler. Bkz. Ölmez, s. 66, 67.

³²⁵ Zorunlu unsurdan yararlanmayı reddetme çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, mal ya da hizmet tedarikinin reddi, lisans vermeyi reddetme, hammadde vermeyi, yedek parça sağlamayı

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, zorunlu unsur doktrini Komisyon ve AAD kararları ile geliştirilmiş ve ilgili mevzuatta açık bir hüküm yer almamasına karşın Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşması'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirilerek, ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebileceği kabul edilmiřtir³²⁷. Bu çerçevede Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, zorunlu unsura sahip hâkim teşebbüs, rakiplerinin bunlara ulaşma talebini reddedemez veya kendisine rakip görmediği diğer teşebbüslerden daha kötü şartlar uygulayarak cevap veremez³²⁸.

Zorunlu unsur doktrini, alt ve üst piyasanın birbirleriyle bağlantılı olduğu dikey pazar yapılarında sıklıkla görölmektedir. Üst pazarda hâkim durumda olan teşebbüs, alt pazarda bulunan teşebbüsün ekonomik faaliyette bulunması veya faaliyetine devam edebilmesi için mal veya hizmet sunumunda zorunlu bir hammaddeye, alt yapı³²⁹ veya tesise sahip olmaktadır. Bu durumda alt piyasada faaliyette bulunan teşebbüsler için faaliyetlerinin devamı, üst piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüsün hâkimiyetinde bulunan zorunlu unsura bađlıdır³³⁰. Ancak zorunlu unsurun alternatif temin imkânlarının söz konusu olduğu hallerde sözleşme kurma zorunluluğundan bahsedilemez³³¹. Alternatif temin kaynaklarının mümkün olup olmaması değerlendirilirken, ürünün aynı nitelikte bir eşinin yapılmasının karlı olup olmadığı, telif haklarının söz konusu üretime izin verip vermediği, ürün çeşitliliği, know-how gibi konular göz önünde bulundurulmaktadır³³².

Eğer fikri ve sınai hakkın konusu olan unsur, alt pazarda bir mal veya hizmetin üretilmesinde ya da sunulmasında zorunlu ise, bu unsurun işlevsel açıdan bir ikamesinin yaratılmasının fiilen imkânsız veya kendisine dayanılarak üretilecek

reddetme, dağıtım ağından ya da altyapıdan yeni bir teşebbüsün yararlanmasını reddetme şeklinde söz konusu olabilir. Güven, Zorunlu Unsur, s. 22.

³²⁶ Gürzumar, Zorunlu Unsur, s. 76.

³²⁷ Güven, Zorunlu Unsur, s. 15.

³²⁸ Kısa, s. 84.

³²⁹ Örnek olarak demiryolu, liman gibi ulaştırma altyapısı veya elektrik, su, doğalgaz, telekomünikasyon şebekeleri verilebilir. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 500.

³³⁰ Ölmez, s. 41; Yiğit, s. 258.

³³¹ Ayrancı, Hasan, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara 2003, s. 240, <http://auhf.ankara.edu.tr> (03.02.2014).

³³² Gül, s. 110.

ürünler bakımından bir standart haline gelmiş olması halinde, lisans sözleşmesi yapılması talebinin reddedilmesi kötüye kullanma olarak kabul edilebilecektir³³³. Ancak rekabet ihlali oluşturması için, lisans vermekten kaçınmanın alt pazardaki rekabeti tamamen engelleyecek nitelikte olması ve hiçbir haklı sebebe dayanmaksızın talebin reddedilmesi gerekir. Böyle bir durumda rekabet kuralları, fikri sınai hak sahibinin hem bu hakkından doğan münhasırlık yetkisine hem de sözleşme özgürlüğüne müdahale edebilecektir³³⁴.

Konuyu kararlarla inceleyecek olursak, Magill davasında³³⁵, AAD, üç İngiliz ve İrlandalı televizyon istasyonunun, haftalık televizyon dergisi çıkarmak isteyen bir teşebbüse televizyon programlarının akışını vermeyi reddetmelerini hukuka aykırı kabul etmiştir. AAD televizyon istasyonlarının, televizyon dergisi için zorunlu hammadde olan temel bilgileri vermeyi reddederek, keyfi davrandığı, potansiyel müşteri talebi olan ve kendilerinin sunmadıkları yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellediklerini ve alt pazarı kendilerine ayırdıklarını düşünerek ilgili işletmeye televizyon programlarını vermeleri gerektiğine karar vermiştir³³⁶. Kararda, program listesinin temininin Magill'in faaliyette bulunması için zorunlu unsur olduğu ve bu şartın yerine getirilmemesi sebebiyle pazara girişin engellendiği ifade edilmiştir³³⁷. Komisyon teşebbüslerin ilgili bilgiyi fikri sınai mülkiyet haklarına dayanarak vermeyi reddetmesini, bu bilgiler üzerinde sahip oldukları hâkim durumlarının kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir³³⁸.

³³³ Yiğit, s. 255. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 07-26/238-77 Karar Tarihi: 21.02.2007; “Okul yazılık hizmetleri pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin şikâyeti üzerine yapılan soruşturmada verilen kararda, Kurul, Bilsa'nın okul yazılım hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunduğu, kendi hizmet sunduğu okullar ve bu okullarda öğrenim gören öğrenciler hakkındaki verileri, diğer teşebbüslerin erişimine açmadığına ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.” Bkz. Arıöz, Ali/ Özbek, Can Özgür, “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 387, 388.

³³⁴ Gürzumar, Zorunlu Unsur, s. 165,166.

³³⁵ Magill, ATKD (1995) I – 743; Şiramun, s. 56.

³³⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 499.

³³⁷ Tekinalp, Perşembe Konferansları, s. 79; Şiramun, s. 56; Tekdemir, s. 40.

³³⁸ Tekdemir, s. 40.

Zorunlu unsur ilkesinin uygulandığı bir başka dava da Stena Sealink kararıdır³³⁹. Olayda İngiltere – İrlanda arasındaki hatta gemi taşımacılığı yapmakta olan Sealink adlı teşebbüs aynı zamanda liman hizmetleri vermektedir. Sea Container adlı başka bir teşebbüs, aynı hatta hızlı sefer servisi kurmuş ancak teşebbüsün limana giriş izni talebi, Sealink tarafından haklı sebep olmaksızın reddedilmiştir. Bu durumda limana giriş izni verilmeyerek rakipleri Sealink'in hâkim olduğu limanlara yanaşamaz hale gelmekte, böylelikle alt pazarda rakiplerin zayıflaması durumu söz konusu olmaktadır. Komisyon, dava konusu limanın kullanılıp kullanılmamasının zorunlu unsur olup olmadığı yönünden inceleme yapmış ve faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için limanın kullanılmasının esaslı unsur olduğunu tespit etmiştir³⁴⁰. Bu nedenle Stena Sealink'in haklı bir sebebi olmaksızın liman hizmeti vermekten kaçınarak rakip gemilerin faaliyette bulunabilmesini engellendiğinden, söz konusu davranışın 102. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir³⁴¹.

AAD ve Komisyon'un kararlarında da görüldüğü üzere, haklı bir sebep olmaksızın hâkim işletmenin vermeyi reddettiği mal veya hizmetler, bir teşebbüsün ekonomik faaliyetini yerine getirilmesi için zorunlu unsur oluşturuyorsa, söz konusu reddetme eylemi hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir³⁴².

Zorunlu unsur, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün sahip olduğu, temini başka teşebbüsler için teknik, hukuki veya ekonomik olarak mümkün olmayan ve bağlantılı bir piyasada rekabet edebilmek için olmazsa olmaz bir unsurdur³⁴³. Zorunluluğun

³³⁹ Sea Container/ Stena Sealink, ATRG (1994) L 15/8; Şiramun, s. 57.

³⁴⁰ Tekinalp, Perşembe Konferansları, s. 80; Şiramun, s. 56.

³⁴¹ Komisyon bir başka kararı B&I v. Sealink davasında aynı zamanda zorunlu unsurun tanımını yaparak şu ifadelerle yer vermiştir: “...Rakiplerin ondan faydalanmaksızın müşterilerine hizmet sağlayamayacakları bir zorunlu unsuru hem kontrol eden hem de kullanan hakim durumdaki bir teşebbüsün, rakiplerinin bu unsurdan faydalanmalarını reddetmesi, ya da onlara kendi faaliyetlerine göre daha olumsuz koşullarda giriş imkanı tanınması ve onları rekabetçi açıdan zor durumda bırakması, eğer 102'nci maddenin diğer koşulları da sağlanmışsa, bu maddeyi ihlal etmiş sayılır. ... Bir zorunlu unsuru hem kontrol eden hem de kullanan bir teşebbüs bu unsurdan kaynaklanan gücünü ilgili başka bir pazarda pazar gücü kazanmak ya da güçlendirmek için, kullanır ve özellikle rakiplerine daha az olumlu koşullarda hizmet sunarsa, bu bir kötüye kullanmadır.” Bkz. Tekdemir, s. 36.

³⁴² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 500.

³⁴³ Oscar Bronner davasında; Mediaprint hem gazete yayıncılığı hem de gazetelerin evlere dağıtım hizmetini vermekte olup, her iki piyasaya da hâkim durumda bulunmaktadır. Oscar Bronner ise gazetelerini posta yoluyla dağıtmak için Mediaprint'ten dağıtım hizmeti almak istemiş, ancak bu

belirlenmesi için, yararlandırma talebi reddedilen veya ticari olarak daha kötü şartlarla verilen varlığın, hem alt pazardaki rekabet için hayati bir önem taşıması hem de benzerinin kurulmasının pratikte ve makul çerçevede imkânsız olması gerekmektedir³⁴⁴. Zorunluluğun ispatlanması için, sadece reddetme sonucunda bir uygunsuzluk veya bir takım ekonomik kayıplar yeterli olmayıp, unsurun alternatifinin bulunmaması nedeniyle teşebbüsün pazardan dışlanacağıının kanıtlanması gerekir³⁴⁵. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün, alt piyasada faaliyette bulunan teşebbüslere zorunlu unsur sayılan bir mal veya hizmeti, talepte bulunan teşebbüslere geçerli teknik veya ticari objektif geçerli bir neden bulunmaksızın teminden kaçınması, hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil etmektedir³⁴⁶. Bu durumda hâkim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilirken, talepte bulunan teşebbüs de zorunlu unsurdan yararlanmanın karşılığı olarak ekonomik açıdan oranlı ve makul bir bedel ödemekle yükümlüdür³⁴⁷.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nda da belirtildiği üzere, Kurul kararlarında sözleşme yapmayı reddetme iddialarını değerlendirirken üç koşulun varlığını aramaktadır³⁴⁸. Bu çerçevede birinci şart, söz konusu reddetme, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne veya hizmete ilişkin olmalıdır³⁴⁹.

talebi, yeterli dağıtım kapasitelerinin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AAD Mediaprint'in reddetme eyleminin bir kötüye kullanma sayılması için, "...eve dağıtım sistemine girişin reddedilmesinin, (1) Oscar Bronner adına günlük gazete pazarındaki tüm rekabeti yok ettiğini (2) objektif olarak haklı gerekçeye dayanmadığını, (3) eve dağıtım sistemini gerçekte ya da potansiyel olarak ikame edecek bir sistem olmaması nedeniyle, Oscar-Bronner'in faaliyetlerini sürdürmesi için, (4) bu sistemin kaçınılmaz olduğunun ispatlanması gerektiğini..." ifade etmiştir. Olayda AAD, Oscar Bronner'in anılan hizmeti almasının faaliyetinin devamı için vazgeçilmez nitelikte olmadığı, aynı hizmeti başka dağıtım firmalarından da alabilme imkânının bulunduğu, dahası başka bir günlük gazete sahibi teşebbüsün veya kendilerinin yeni bir dağıtım sistemi kurmalarını imkânsız kılacak teknik, hukuki ve ekonomik engeller bulunmadığını belirterek, dağıtım sisteminin zorunlu unsur oluşturmadığına karar vermiştir. Tekdemir, s. 46; Şiramun, s. 57-58. Ayrıca bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-43/942-306, Karar Tarihi: 14.07.2011.

³⁴⁴ Ölmez, s. 14.

³⁴⁵ Tekdemir, s. 14.

³⁴⁶ Şiramun, s. 86, 87; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 501.

³⁴⁷ Güven, Zorunlu Unsur, s. 21.

³⁴⁸ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 10, par. 43. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-24/710-198, Karar Tarihi: 03.05.2012; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 13-33/447-198, Karar Tarihi: 04.06.2013.

³⁴⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-57/1155-439, Karar Tarihi: 02.09.2010; "MSD Züccaciye'nin hem yeniden satıcılık faaliyetleri hem de atölyesinde

Türk Rekabet Hukukunda uygulama alanı bulmuş “zorunlu unsur” kavramı Taslakta, açıkça ifade edilmemekle birlikte, AB Rehberi’nden aynen alınan “vazgeçilmezlik unsuru” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir³⁵⁰. Kurul, vazgeçilmezlik koşulunu değerlendirirken, reddetmeye konu unsurun alt pazarda etkin bir şekilde rekabet edebilmek için gerekli olmasını ve mevcut veya potansiyel bir ikamesinin bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir³⁵¹. İkinci şart, reddetme eyleminin, temin edilmeyen malın kullanıldığı alt pazardaki rekabete önemli ölçüde zarar vermesi gerekliliğidir³⁵². Alt pazardaki rekabetin olumsuz etkilenmesine ilişkin olarak, Kurul içtihatlarında, alt pazarda rakiplerin azalması/rakibin pazar dışına itilmesi yoluyla rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığına odaklanılmıştır³⁵³. Pazardan dışlanma riski tespit edilirken, mal alamayan rakibin pazar payındaki azalma veya mal vermeyen hâkim teşebbüsün pazar payındaki artış, reddetme eyleminin süresi, iki teşebbüs arası

gerçekleştirdiği uygulamalar bakımından, gerek Paşabahçe ürünlerini gerekse de Paşabahçe ürünlerine rakip ürünleri alternatif temin kaynaklarından elde edebileceği dikkate alındığında, MSD Züccaciye için bizzat Paşabahçe'den temin edilen ürünlerin objektif olarak gerekli olmadığı kanaatine varılmıştır.”

³⁵⁰ Özkan, s. 336; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 10, par. 44.

³⁵¹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'na göre; “İlgili unsurun mevcut veya potansiyel ikamesinin olup olmadığını değerlendirirken Kurul, hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin öngörülebilir bir gelecekte söz konusu unsuru etkin bir şekilde tekrar oluşturup oluşturamayacaklarını göz önünde bulundurmaktadır. Genel olarak, eğer söz konusu unsur bir doğal tekelin sonucuyrsa, önemli şebeke etkileri veya tek kaynaktan temin edilebilecek bir bilgi söz konusuysa ilgili unsurun rakipler tarafından tekrar oluşturulmasının olanaksız olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Kurul, her bir dosya bakımından pazarın dinamik yapısını ve ilgili unsurun sağladığı pazar gücünün sürdürülebilirliğini ayrıca göz önünde bulundurmaktadır.” Bkz. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 10, par. 44.

³⁵² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-63/1320-496, Karar Tarihi: 07.10.2010.

³⁵³ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 11, par. 46. Ayrıca Kurul, 18.03.2010 tarih ve 10-24/330-118 sayılı Otis, 08.04.2010 tarih ve 10-29/446-169 sayılı Teknoform ve 02.09.2010 tarih ve 10-57/1155-439 sayılı Paşabahçe ve 03.01.2013 tarih ve 13-01/3-3 sayılı kararlarında “o malı alıp tekrar (herhangi bir katma değer eklemeksizin) satmak isteyen yeniden satıcı söz konusu ise, mal vermeyi reddetme eylemi Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmeyecektir...Taraflar arasındaki ilişkinin de, bir sağlayıcının alt pazarda kendisine rakip olan bir teşebbüse belli bir girdiyi sağlamasını içeren bir ilişkiden ziyade, tarafları arasında doğrudan rekabet olmayan bir yeniden satıcılık ilişkisi olduğu durumlarda, yeniden satıcı hakim durumdaki firmanın ürünlerini sadece yeniden sattığından hakim durumdaki firma ile yeniden satıcı arasında anlamlı bir rekabet bulunmamaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

ticari ilişkinin geçmişi gibi faktörler de dikkate alınmaktadır³⁵⁴. Üçüncü olarak tüketici bu durumdan zarar görmelidir³⁵⁵.

Taslakta³⁵⁶, ihlalin tespiti için gerekli şartlar arasında sayılmamış olmasına rağmen, zorunlu unsurdan yararlandırmamanın hâkim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için, bir başka ifade ile sözleşme yapma zorunluluğunun doğabilmesi için bir diğer şart da, zorunlu unsurdan faydalanmak isteyen teşebbüslerin taleplerinin objektif ve makul olmayan gerekçelerle reddedilmesidir³⁵⁷. Bir başka anlatımla, satış yapmayı reddeden teşebbüsün; somut olayın gerektirdiği, objektif haklı ve makul nedenlerle mal vermeyi reddettiğini kanıtlayabilmesi durumunda, kötüye kullanmadan söz edilemeyecektir. Objektif ve makul gerekçelere; teknik ve fiziki imkânsızlıklar, kapasite yetersizliği³⁵⁸, etkinlik savunmaları, kabul edilebilir bir talebin olmaması örnek olarak verilebilir³⁵⁹. Dolayısıyla zorunlu unsurdan yararlandırmamanın kötüye kullanma teşkil edebilmesi için rakip teşebbüsün talebinin karşılanmasının ekonomik, hukuki ve teknik olarak mümkün olması ve unsurdan yararlanmak için makul, ekonomik açıdan oranlı bir bedel ödenmesinin teklif edilmesi gerekmektedir³⁶⁰.

³⁵⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-43/942-306, Karar Tarihi: 14.07.2011.

³⁵⁵ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 10, par. 43.

³⁵⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 9-11, par. 35-49.

³⁵⁷ Yiğit, s. 257. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-59/1223-465, Karar Tarihi: 16.09.2010.

³⁵⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-33/726-229, Karar Tarihi: 02.06.2011; “Yurtiçi ham madde toptancılığı yapan şikâyetçi bakımından bor, başka bir ürünün üretilmesi için değil yurtdışına ihraç edilebilmesi için talep edilmektedir. Ancak Eti Maden İşletmeleri üretim kapasitesinin sınırlı olması nedeniyle belirli ürünlerin üretiminde özel bir yeri olan “bor”u, bunu üretimde kullanacak olan teşebbüslere öncelik vererek satmaktadır. İhraç kayıtlı satışların da önünde bir engel bulunmadığı Eti Maden İşletmeleri tarafından belirtilmiş ve öncelikli satışlar yapıldıktan sonra eğer ellerinde mal kalırsa, talep edildiği takdirde ihraç kayıtlı satışların da yapılacağı bilgisi verilmiştir. Elde edilen bilgiler ışığında, Eti Maden İşletmeleri'nin uygulamalarının rakiplerini pazar dışına itme amacı veya etkisi taşımadığı ve bor ürünlerini talep eden teşebbüsler açısından da ayrımcı bir nitelik taşımadığı görülmektedir. Ayrıca Eti Maden İşletmeleri'nin yapmış olduğu açıklamalardan mevcut uygulamaları haklı gösterir objektif gerekçelerin de bulunduğu anlaşılmaktadır.”

³⁵⁹ Güven, Zorunlu Unsur, s. 21, 22.

³⁶⁰ Güven, Zorunlu Unsur, s. 21.

Zorunlu unsur doktrininin Türk Rekabet Hukukunda uygulaması Biryay davalarıyla belirginleşmeye başlamıştır. Birlikte hâkimiyetin söz konusu olduğu bu olayda, “zorunlu unsur” doktrininden açıkça bahsedilmese de içeriği kararda yer almıştır³⁶¹. Olayda, gazete ve dergi dağıtım pazarında Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD), BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRYAY) ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.nin (YAYSAT), Star Gazetesi’nin, son satış noktalarındaki satışını önlemek suretiyle, bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırmaları ve Star Gazetesi’nin dağıtımını üstlenen ve son satış noktalarına ulaştıran Medya Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş. (Medya)’nin aynı pazara girişini engellemeleri suretiyle, Kanun’un 6. maddesini ihlal ettikleri iddia edilmiştir³⁶². Karara göre; “... *Gazete ve dergi dağıtım hizmetleri pazarına giriş ve bu pazarda var olabilme açısından, özellikle şu iki unsur kritik öneme sahiptir: a. Yayınların okuyucuya sunumunu sağlayacak, yeterli sayıda tali bayiliğin tesis edilmesi b. Bu tali bayiliklerin, yeterli miktar ve çeşitlilikte yayın ile beslenmesi. ... Dolayısıyla, dağıtım piyasasına giriş, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında yer edinmeye; gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında, yer edinme de, dağıtım piyasasını kullanmaya bağlı kılınmıştır. Bizzat dağıtım piyasasına girmek söz konusu olduğunda, pazara girmek isteyen bir şirketin, şu haliyle hem başbayilikler hem de sayısı on binleri bulan son satış noktaları (tali bayilikler) oluşturması gereklidir ki, bunun mümkün veya rasyonel olup olmadığı dikkate alınmalıdır...*”

Kararda Rekabet Kurulu zorunlu unsur kelimesini açıkça kullanmamakla beraber; herhangi bir yayınevinin veya dağıtım şirketinin, tali bayilik teşkilatını besleyecek nitelikte yayın portföyüne ulaşabilmesi için, bu yayınların, piyasada belirli bir süre tutunmaları, bunun için de diğer yayınlarla bir arada satılmaları, en azından bir süreliğine mevcut dağıtım şirketlerinin kanallarını kullanmaları zorunluluğunun olduğunu belirtmiştir. Kararda ilgili pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün kendisini korumak amacıyla alacağı tedbirlerin makul olması ve piyasaya girmek

³⁶¹ Doktrinde, Biryay Kararı’nda, Kurul’un “zorunlu unsur doktrini” ifadesine doğrudan atıfta bulunmamış olması, Türk Rekabet Hukukunun gelişimi açısından bir eksiklik olarak ifade edilmektedir. Bkz. Ölmez, s. 31.

³⁶² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2002; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 07-63/777-283, Karar Tarihi: 02.08.2007.

isteyen rakiplerin faaliyetlerini engelleyecek nitelikte olmaması gerektiği vurgulanmıştır. Kurul tarafından yapılan incelemede son satış noktalarından faydalanamayan dağıtım şirketlerinin piyasanın dışına itilme tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı ve yine potansiyel rakiplerinde piyasaya girişlerinin de zorlaştığı tespit edilmiştir. Kurul ayrıca, piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin aynı veya benzer nitelikte son satıcılar kurmasının piyasanın geneli açısından mümkün ve makul olmadığına değinmiştir³⁶³. Yapılan incelemeler sonucunda, gazete ve dergi dağıtımını piyasası açısından son satıcıların olmazsa olmaz bir öneme sahip olduğu, hâkim teşebbüsler tarafından objektif haklı gerekçelere dayanmaksızın, mal veya hizmet vermenin reddedilmesinin veya haksız şartlara bağlanmasının RKHK'ya aykırılık teşkil ettiğine karar verilmiştir³⁶⁴.

Kurul karşısına gelen bir diğer önemli olayda, Ceytaş firmasının talebi üzerine, Eti Holding A.Ş.'nin ham madde vermeyi reddetmek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasıdır³⁶⁵. Eti Holding A.Ş dünya bor rezervlerinin % 65'ini kontrol eden ve Türkiye'de tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması ve rafine edilmesi ile bunların pazarlanması konularında 2840 sayılı Yasa ile münhasıran faaliyet gösteren tek kuruluş olup, hâkim durumdadır. Ceytaş Madencilik Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ceytaş) yeni bir müşteri olup, öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla bor hammaddesi olan konsantre kolemanit cevheri talep etmiş, ancak Eti Holding tarafından bu talebi reddedilmiştir. Kurul şikayete ilişkin incelemesinde; *“Ceytaş bakımından Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanı bulunmamaktadır. Ancak, temel kaynak faaliyeti ile söz konusu faaliyetten yararlanarak başka bir faaliyette bulunma, iki farklı pazarda söz konusu*

³⁶³ Güven, Zorunlu Unsur, s. 28.

³⁶⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2002. Sonuç olarak Kurul tarafından; *“Gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hâkim durumda bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın, 1. Sürekli olarak, mal tedarik ettikleri, son satıcıları, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünler arasında tercih yapmaya zorlamak ve rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünleri, teşhir edip satan, son satıcıların bayiliklerini iptal etmek, bu noktalara, mal tedarikini kesmek veya bu yönde tehdit ya da uygulamalarda bulunmak, dolayısıyla piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri bayilerine sokmamak, 2. Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerine...”* karar verilmiştir.

³⁶⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-50/533-295, Karar Tarihi: 21.12.2000.

olabilir. Şöyle ki, temel kaynak faaliyetine sahip olan hâkim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya benzer bir faaliyette bulunmak veya temel kaynak faaliyeti niteliğindeki mal veya hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebi, doğrudan temel kaynak faaliyetinin üretimi ile ilgili olacağından zorunlu unsur olmayacaktır.” diyerek anlaşma yapma yükümlülüğünü gerekli kılacak bir durum olmadığını ifade etmiştir. Rekabet Kurulu, Ceytaş firmasının faaliyet göstermek istediği ham kolemanit ürününü öğütülmüş kolemanite dönüştürme işini ayrı bir alt pazar olarak değil, zorunlu unsurun kendisi olarak değerlendirmiştir. Kurul kararında ayrıca “..bor ürünleri, ancak üretimlerinde bor kullanılan ve birer nihai ürün olan deterjan, cam, seramik gibi ürünlerin üretimi için temel kaynak olarak zorunlu bir unsur sayılabilir...”, diyerek üst pazar olan bor ürünlerinin hangi aşağı pazarlar bakımından zorunlu unsur sayılacağını belirtmiştir. Kurulun kararında her iki maddenin aynı ilgili ürün pazarı olarak kabul edilmesi sonucunda Ceytaş’ın talebinin temel kaynak faaliyetinden (zorunlu unsur) yararlanmak değil, temel kaynak faaliyetinin kendisini üretmek olduğuna karar verilmiştir³⁶⁶.

4.1.1.3. Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüsün Alıcılarına Ürün Satmayı Kesmesi

Zorunlu unsuru elinde bulunduran hâkim durumdaki teşebbüsün, alternatif temin kaynaklarının bulunmamasından dolayı yararlandırma mecburiyeti vardır. Ancak elinde zorunlu unsur bulunmayan hâkim durumdaki teşebbüsün bu zorunluluğu bir istisna dışında yoktur. Bu istisna ise sürekli alıcıya satış yapma zorunluluğudur³⁶⁷. Sürekli alıcı, hâkim durumda bulunan teşebbüsle sürekli ilişkisi neticesinde geleceğe

³⁶⁶ Ölmez, zorunlu unsur doktrininin uygulaması açısından yerinde bir karar verildiğini ifade etmektedir; “Zorunlu unsur olarak kabul edilen imkân/altyapı gibi unsurlar ancak bir alt piyasaya girmek için zaruri olduğu müddetçe rakiplere açılmaktadır. Eğer rakip imkân/altyapının kendisine sahip olma imkânını doğurabilecek bir talepte bulunursa bu talebin reddedileceği doktrin açısından açıktır. Karar’da bor maddesinin hangi ürünler için zorunlu unsur sayılabileceği de belirtilerek...”Bkz. Ölmez, s. 34. Ancak Aslan, kararı, dünya şirketlerine satılan bir ürünün, niçin Türkiye’de bulunan şirketlere satılmadığının Kurul tarafından araştırılmamış olmasının bir eksiklik olduğunu belirterek, aksi durumda potansiyel rekabetin varlığının söz konusu olabileceği gerekçesiyle eleştirmiştir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 502.

³⁶⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 476.

yönelik planlar ve yatırımlar yapmış alıcıdır. Bu nedenlerden ötürü hâkim durumda bulunan teşebbüse de bağımlı hale gelmiştir³⁶⁸.

Rekabet Hukuku içtihatlarında, mal veya hizmet vermenin reddi yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması halinde, hâkim teşebbüsün uzun süreden beri müşterisi olan kimse ile tesadüfi müşterisi olan kimse arasında farklı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir³⁶⁹. Hâkim teşebbüsün, ancak uzun süredir ticari ilişki içinde olduğu müşterisine, objektif haklı gerekçesi olmaksızın mal vermeyi reddetmesinin kötüye kullanma oluşturabileceği kabul edilmektedir³⁷⁰. Eskiden beri mal ve hizmet sağlanan sürekli alıcı, hâkim durumda bulunan teşebbüsle iş ilişkilerinin devam edeceğine olan inancıyla planlar ve yatırımlar yapmış olabilir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün mal vermeyi kesmesi neticesinde bu yatırım ve planlarında boşa çıkması, işe yaramaz hale gelmesi söz konusu olacak ve müşterinin piyasada faaliyette bulunmasının zorlaşmasına yol açacaktır³⁷¹. Alıcının bu bağılılığı hâkim durumda bulunan teşebbüsün ürün satmayı reddetmesi suretiyle baskı aracı olarak kullanılmakta ve alıcıların pazarda büyümesinin durdurulması veya pazara girişlerin engellenmesi amacı güdülmektedir³⁷². Bu durumun doğal sonucu olarak hâkim durumdaki bir teşebbüsün, sürekli bir iş ilişkisi bulunmayan veya yeni başlayan tesadüfi alıcısına mal vermeyi reddetmesi fakat sürekli alıcısına mal temin etmeye devam etmesi kötüye kullanma kabul edilmeyecektir³⁷³.

³⁶⁸ Gül, s. 125.

³⁶⁹ Kısa, s. 71.

³⁷⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 476; Kısa, s. 72. "Nitekim mehz mevzuatta da "mal vermeyi kesme" açıkça ABİDA 102. maddede yer almamakta; ama içtihatlarla kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Avrupa Adalet Divanı, "müşterinin talebi her zamankinden farklı değilse hâkim durumdaki işletme, uzun süreden beri düzenli olarak ticari faaliyetini sürdüren müşterisine mal vermeyi reddedemez." demiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için başka bir haklı sebebin olmaması gerekir. Yani ilk defa mal talep eden işletmeye mal vermemek tek başına hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil etmez. Ancak son gelişen kararlarda Avrupa Komisyonu, bir işin yürütülmesi için "esaslı unsur" niteliğindeki mallara girişin engellenmesi halinin de hâkim durumun kötüye kullanılması sayılacağını belirtmektedir. Eğer, hâkim işletmenin vermeyi reddettiği mal ve hizmetler, bir faaliyetin yerine getirilmesi için zorunlu/esaslı unsurlardansa (essential facilities), bu reddetme eylemi hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir." Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 00-35/384-214, Karar Tarihi: 19.09.2000.

³⁷¹ Gül, s. 122.

³⁷² Gül, s. 123.

³⁷³ Mal vermeyi reddetmek aynı zamanda alıcılar arasında ayrımcılık teşkil edebilir. Ancak hâkim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ürün vermeyi reddetmesinin ayrımcılık olabilmesi için en az

Bu durumda mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma teşkil edebilmesi için; mal talebinde bulunan teşebbüse uzun süreden beri mal veriliyor olması, alıcının talebinin her zamankinden farklı olmaması ve hâkim durumda bulunan teşebbüsün objektif haklı bir nedeni³⁷⁴ olmaksızın mal vermeyi kesmesi ve son olarak eylemin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkilerinin olması gerekmektedir³⁷⁵. AB Komisyonu, piyasadaki rekabetin azalması ile ilgili olarak mal vermeyi reddetme eylemini, rakibin faaliyetlerini imkânsız kılması ya da en azından ciddi miktarda ve kaçınılmaz olarak ekonomik olmaktan çıkarması halinde kötüye kullanma olarak değerlendirmektedir³⁷⁶.

Alıcının, sürekli alıcı olarak kabul edilebilmesi için hâkim teşebbüs ile arasında bulunan ticari ilişkinin ne zaman eski ve düzenli kabul edileceği noktasında bir kesinlik bulunmamaktadır. Rekabet Kurulu verdiği kararlarında, bir yıllık veya bir yıldan az devam eden sözleşme ilişkisi ile mal alan firmanın düzenli müşteri sayılmayacağını belirtmiştir³⁷⁷. Burada sektörün niteliği ve müşterinin hâkim

iki sürekli alıcının bulunması ve alıcıların birbirini ikame edebilmesi gereklidir. Sürekli alıcı ile tesadüfi alıcı ürün verme mecburiyetinde birbirini ikame edemeyeceklerinden, sürekli alıcısına ürün satmaya devam etmesine karşılık sürekli olmayan alıcısına ürün satmayı reddetmesi ayrımcılık teşkil etmeyecektir. Bkz. Gül, s. 123.

³⁷⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 04-63/911-220, Karar Tarihi: 30.09.2004; “*Medyanet'in, Türk Telekom'dan alınan hizmet karşılığında ödenmemiş borcunun bulunduğu, bu şartlar altında Türk Telekom'un, Medyanet'in hat taleplerini objektif bir gerekçe ile reddettiğinin anlaşıldığı, Türk Telekom'un icra takibi yürüttüğü alacağın tahsil etmesi durumunda Medyanet'in hat taleplerinin karşılanacağı tespitleri dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal olmadığı kanaatine varılmıştır.*” Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 12-43/1322-435, Karar Tarihi: 10.09.2012; “...yeniden yapılanma çerçevesinde oluşturulan yetkili bayi kategorilerinin ve bu kategorilere bağlı çalışma koşullarının belirlenmesinde, bayinin ürün stoklayabilme kabiliyeti, bayi tarafından satın alınacak ürünlerin özellikleri, bayinin aldığı/alacağı eğitimler, alışveriş sıklığı, alım miktarı, stok durumu, iskonto ve vade günleri gibi kriterlerin temel alındığı ve bu kriterler çerçevesinde oluşturulan çalışma koşullarının sadece Ultekege'ye değil; bu koşulları kabul ederek Teksam'ın yetkili bayisi olmuş ya da olmamış diğer yeniden satıcılara da yöneltildiği göz önünde bulundurulduğunda, Ultekege'yi pazar dışına itmeye yönelik anti rekabetçi amaçlarla gerçekleştirilmiş bir eylemin olmadığı, mal vermeyi kesmenin tarafların yeni çalışma koşulları üzerinde mutabakat sağlayamamaları gibi bir gerekçesinin bulunduğu kanaatine varılmıştır.”

³⁷⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 476; Güven, Rekabet Hukuku, s. 355.

³⁷⁶ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 07-27/248-83 Karar Tarihi: 22.03.2007.

³⁷⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 01-56/554-130 Karar Tarihi: 20.11.2001; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 07-27/248-83 Karar Tarihi: 22.03.2007.

teşebbüs ile ilişkileri göz önünde bulundurularak somut olay çerçevesinde bir tespit yapmak gerekmektedir³⁷⁸.

Hakim teşebbüs tarafından arzın kısıtlanması, promosyon desteğinin kesilmesi³⁷⁹ gibi uygulamalarda mal vermeyi kesmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir³⁸⁰. RKHK'nın TÜPRAŞ'la ilgili bir kararında³⁸¹; Akaryakıt sektöründe hâkim durumda bulunan TÜPRAŞ'ın Aladdin Şirketinden yaptığı ham petrol alımını, sözleşmeyi feshetmek yoluyla durdurarak şirketin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddia edilmiştir. Kurul olayda hâkim durumda bulunan teşebbüsün, alt ve üst pazarlardaki rekabetin bozulması amacıyla hareket ederek, düzenli mal aldığı müşterisinden haklı bir sebep olmaksızın mal almayı kesmesini 6. madde anlamında kötüye kullanma teşkil ettiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda, mal vermeyi kesme gibi mal almayı kesmenin de kötüye kullanma olarak kabul edildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu, arzın kısıtlanmasına ilişkin Anadolu Cam kararında³⁸²; Solmaz Mercan'ın Anadolu Cam'dan yapmış olduğu alımların yıllar bazında gerilemesi ve bu durumun çok sayıda belge ile Anadolu Cam'ın arzı kısıtlama kastından kaynaklandığının açıkça ortaya konulmuş olması nedeniyle, "*mal vermeyi reddetme davranışı*"nın söz konusu olduğuna karar vermiştir. Ayrıca söz konusu kararda mal vermeyi kesme davranışının, Anadolu Cam'ın karşı karşıya olduğu kapasite kısıtlarından kaynaklandığına ilişkin savunma da yerinde görülmemiş; söz konusu kapasite kısıtlarının ancak belirli dönemlerde ve istisnai olarak etkili olabileceği, uzun süredir uygulanan arz kısıtlaması için yetersiz olduğu, bu nedenle olayda objektif haklı nedenlerin bulunmadığı kabul edilmiştir³⁸³. Bununla birlikte eylemin

³⁷⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 477.

³⁷⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı:01-35/347-95 Karar Tarihi: 20.07.2001: "*Turkcell uzun yıllardan beri birlikte promosyon yaptığı Başarı Elektronik ile promosyon kampanyası yapmayı kesmiştir. Bu durum sektörün niteliği gereği mal vermeyi kesme olarak nitelendirilir ve kötüye kullanmadır.*"

³⁸⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 478.

³⁸¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 02-24/244-99, Karar Tarihi: 16.4.2002.

³⁸² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 09-39/949-236, Karar Tarihi: 26.08.2009.

³⁸³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 09-39/949-236, Karar Tarihi: 26.08.2009.

rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmaması incelenerek Anadolu Cam'ın, Solmaz Mercan'ın cam mutfak eşyaları pazarının dışına itilmesi kastıyla mal vermeyi kesme davranışı içine girdiği ve hâkim teşebbüsün mal tedarikini zorlaştırmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

AB Rekabet Hukuku uygulamalarında da, mevcut bir tedarik ilişkisinin sona erdirilmesi bakımından, mal vermeyi reddetme eyleminin gerçekleşmiş olması için, mal vermeyi reddeden teşebbüsün hâkim durumda olması ve reddedilen mal ya da hizmetin alt pazarda rekabet edebilmek için objektif olarak zorunlu olması, reddetmenin rekabeti olumsuz etkilemesinin muhtemel olması ve reddetmenin objektif gerekçelerle ya da etkinlik savunmasıyla açıklanamıyor olmasının dikkate alındığı görülmektedir³⁸⁴.

Commercial Solvents³⁸⁵ davasında AAD, verem hastalığının tedavisinde kullanılan bir ilacın ham maddesinin piyasasında hâkim durumda bulunan teşebbüsün zoja'ya hammadde satımını kısıtlamasını kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. Söz konusu olayda Commercial Solvents ile İtalya'daki bağlı ortaklığı olan ICI, Zoja'ya birleşme önerisinde bulunmuş ancak Zoja tarafından bu teklifin reddedilmesi üzerine hem Commercial Solvents hem de ICI, Zoja'ya mal vermeyi kesmişlerdir. AAD kararında, hammadde piyasasında hâkim durumda bulunan Commercial Solvents'in sırf rakibi de aynı malı üretmeye başlayacağından mal vermeyi keserek rakibini rekabette dezavantajlı duruma getirmeyi amaçladığını belirtmiştir³⁸⁶.

³⁸⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 12-43/1322-435, Karar Tarihi: 10.09.2012.

³⁸⁵ ATKD (1974) 223; Kısa, s. 69.

³⁸⁶ Sanlı, s. 299 ve 197 no'lu dipnot. Komisyon, British Leyland davasında, müşterilere satış yapmanın reddedilmesinin, pazarın bölünerek, tek pazar yerine ayrı ayrı pazarlar haline getirilmesi veya paralel ithalatın önlenmesi amacıyla da ortaya çıkabileceğini belirterek, British Leyland'ın karayolu uygunluk belgesi vermektan kaçınmasının temelinde, paralel ithalatı önlemek ve bu suretle pazarı daha küçük ve ayrı ayrı parçalara bölmek olduğunu tespit etmiştir. Aşçıoğlu Öz, s. 131.

Sürekli müşteri ilişkisine örnek bir başka dava Hilti davası'dır³⁸⁷. Çivi tabancası ile kartuşu konusunda patent korumasına sahip olan Hilti, otomatik çivi çakma makineleri, kartuşları ve çivi piyasasında hâkim durumdadır. Hilti, piyasada faaliyet gösteren çivi üreticilerini silmek amacıyla, sürekli müşterileri olan çivi üreticilerine yeniden satış yapmalarını önlemek için, kartuş satışı yapmayı ve ayrıca çivi tabancalarına da satış sonrası garanti hizmeti vermeyi reddetmiştir. Hilti, garanti hizmeti verilmemesinin nedeni olarak, çivi tabancalarında düşük kalite başka kartuşların kullanıldığını, bunların çivi tabancasının bozulmasına yol açtığını ileri sürmüş ancak diğer kartuşlarının kalitesiz olduğunu ispatlayamamıştır³⁸⁸. Komisyon karara konu bu olayda, başka kartuşların Hilti kartuşlarından daha fazla soruna yol açtığına dair bir kanıt sunulmaması ile birlikte devamlı müşterilere mal vermenin reddedilmesini ve garanti hizmeti sunulmamasını ABİDA'nın 102. maddesine aykırı bulmuştur³⁸⁹.

4.1.2. Pazardaki Hâkim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması

Kanun'un 6/2(d) maddesi "... Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak, başka bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemleri..." kötüye kullanma halleri arasında saymıştır. Kanun'un 6/2(d) maddesinde belirtilen bu örnek, ABİDA'nın 102. maddesinde yer almamakla birlikte, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında da hâkim durumdaki teşebbüsün bu tür eylemleri kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir³⁹⁰.

Doktrinde RKHK 6/2 (d) bendinin ayrıca belirtilmesinin gerekli olup olmadığı noktasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Sanlı'ya göre, kötüye kullanma kavramı,

³⁸⁷ ATRG (1988) L-15/19; Kısa, s. 73.

³⁸⁸ Şiramun, s. 54.

³⁸⁹ Kısa, s. 74.

³⁹⁰ Şiramun, s. 92; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 497; Yiğit, s. 171. Zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ele alınan hemen hemen bütün kararlar aslında aynı zamanda bir piyasadaki hâkim durumun, bir başka piyasada kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir.

ekonomik gücün, rekabet düzenine zarar verecek şekilde her türlü kullanımını kapsayacak geniş bir kavram olup, ayrıca söz konusu hükmün düzenlenmiş olması fayda sağlamaktan uzaktır. Ayrıca Rekabet Hukuku bakımından önemli olanın piyasalarda rekabetin kısıtlanması olduğu, dolayısıyla eğer hâkim teşebbüsün eylemleri sonucunda başka piyasalardaki rekabet olumsuz etkileniyorsa, bunun kötüye kullanma olarak kabul edilmemesinin düşünülemeyeceği ifade edilmektedir³⁹¹. Bu görüşe göre 6. maddenin genel mahiyetteki ilk fıkrasında, sadece ilgili piyasadaki hâkim durumun kötüye kullanılmasından söz edilmemesi, hâkim durumun mutlaka aynı piyasada kötüye kullanılması gibi bir zorunluluk bulunmadığını göstermektedir³⁹². Buna karşılık Aslan, kötüye kullanmanın bu halinin birden çok olayda ortaya çıkması sebebiyle Kanun'da ayrıca yer verilmesinin isabetli ve faydalı olduğunu ifade etmektedir³⁹³.

RKHK'nın 6. maddesinin (d) bendi anlamında hâkim durumun diğer bir pazarda kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için ilgili pazardaki hâkimiyetin yaratmış bulunduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajdan yararlanılması ve diğer pazardaki rekabet koşullarının bozulmasının amaçlanması gerekir³⁹⁴.

Rekabet Kurulu, yukarıdaki bölümlerde de bahsi geçen BBD, BİRİYAY ve YAYSAT ile ilgili kararında: incelenen teşebbüslerin gazete ve dergi dağıtım pazarındaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak suretiyle Kanun'un 6. maddesinin (d) bendini ihlal ettiklerine karar vermiştir. Karara göre, rekabetin bozulmasının amaç edinilmesi yeterli olup pazarda bu etkinin yaratılması şart değildir³⁹⁵.

³⁹¹ Sanlı, s. 270, 271.

³⁹² Sanlı, s. 270.

³⁹³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 497.

³⁹⁴ Güven, Rekabet Hukuku, s. 361; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 497.

³⁹⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2000; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-60/896-241, Karar Tarihi: 26.09.2005; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-42/1087-272, Karar Tarihi: 10.06.2009.

Rekabet Kurulu başka bir kararında, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) müşterilere verdiği ADSL hizmetini sunmak için sabit hat aboneliğini zorunlu tutması, Türk Telekom'un geniş bant internet hizmetleri pazarında sahip olduğu hâkim konumunu kullanarak, ses iletişimi pazarındaki gücünü korumaya çalıştığı, bunun sonucunda tüketici tercihleri ve faydasının negatif etkilenmesi yanında, mevcut İSS'ler ve GSM operatörlerinin de perakende pazardaki faaliyetlerinin olumsuz etkilenebileceği sonucuna varmıştır³⁹⁶.

4.1.3. Ayrımcılık

RKHK'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi "*Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması*" hükmünü içermektedir. Buna göre hâkim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara ayrımcılık yapmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır³⁹⁷.

Eşit işlemlerin taraflarına farklı koşullar uygulanması suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında ABİDA'nın 102. maddesinin (c) bendi ile düzenlenmiştir. Bu hüküm "*eşdeğer anlaşmalarda, diğer taraflara, onları rekabet açısından dezavantajlı hale getirecek şekilde farklı şartların uygulanması*" şeklindedir³⁹⁸. Görüldüğü üzere temelde her iki düzenlemede hâkim teşebbüsleri muhataplarına karşı eşit ve objektif davranma yükümlülüğü altına sokmakla birlikte³⁹⁹, "*rekabet açısından dezavantajlı hale getirecek şekilde*" ifadesine 4054 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir⁴⁰⁰. Maddedeki bu ifade eksikliği

³⁹⁶ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 29-07/127-38, Karar Tarihi: 18.02.2009.

³⁹⁷ RKHK 6/2. maddesinin (b) bendi ile yapılan düzenleme Kanun'un 4/2. maddesi (e) bendinde yer alan düzenlemeden farklı olup, 4/2 (e) maddesine göre teşebbüsler arası anlaşma ile eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması suretiyle ayrımcılık yapılması hukuka aykırı kabul edilmiştir. Ancak 6/2 (b) maddesinde ise, hâkim durumda bulunan teşebbüsün tek taraflı işlem ya da eylemi ile ayrımcılık gerçekleştirilmektedir. Aşçıoğlu Öz, s. 161; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 483; Gül, s. 41.

³⁹⁸ Sanlı, s. 267.

³⁹⁹ Sanlı, s. 267.

⁴⁰⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 484.

öğretide eleştirilmiş, bununla birlikte kanunun amacı ve madde gerekçesi⁴⁰¹ dikkate alındığında rakipler arasında dezavantajlı duruma düşme şartının da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰². Aslan, bunun olmaması halinde rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen ayrımcı uygulamalarında, serbest piyasa ekonomisine aykırı bir şekilde madde kapsamında değerlendirilmesi tehlikesinin doğabileceğini belirtmektedir⁴⁰³.

Rekabet Kurulu bu unsura değindiği bir kararında⁴⁰⁴, hâkim durumda bulunan teşebbüsün eylemlerinin ayrımcılık olarak kabul edilebilmesi için tespit ettiği kriterleri sıralarken “Alıcı Konumundaki Rakiplerden Birini Diğerine Karşı Rekabette Dezavantajlı Hale Getirmesi Şartına” değinmiş ve şu açıklamayı yapmıştır: “Hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar uygulanması, alıcılar arasında rekabet koşulları açısından farklılık yaratacak ve bunun sonucu olarak da ayrımcı uygulamaya maruz kalan teşebbüsü rekabette dezavantajlı konuma getirebilecektir. Ancak her fiyat farklılaşması bu şartı sağlamayabilir. Bir başka deyişle bu şart fiyat ayrımcılığının doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.” Rekabet Kurulu, söz konusu kararda⁴⁰⁵ yasada yer almaması sebebiyle öğretilde eleştiri konusu olan bu unsura değinerek, hâkim durumda bulunan teşebbüsün eylemini, rakiplerini rekabette dezavantajlı duruma getirip getirmediği

⁴⁰¹ 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesine ilişkin gerekçede, hâkim durumdaki teşebbüslerin bu durumlarını “rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları”nın yasaklandığı açıkça belirtilmiştir.

⁴⁰² Aşçıoğlu Öz, s. 162; Şiramun, s. 87-88; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 483, 484; Sanlı, s. 267.

⁴⁰³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 484. Ancak Sanlı’ya göre, “hâkim teşebbüs tarafından eşit durumdaki alıcılara (kimselere) farklı şartlar uygulanmasının, alıcılar arasında rekabet şartları açısından farklılık yaratacağı ve söz konusu uygulamanın “kendiliğinden” bir kısım teşebbüsleri rekabet şartları bakımından dezavantajlı konuma sokacağı muhakkaktır. Dolayısıyla Kanun’un bu düzenlemesiyle, Roma Antlaşması’ndaki hüküm arasında netice itibarıyla herhangi bir anlam farklılığı yoktur.” Sanlı, s. 304 ve 212 no’lu dipnot.

⁴⁰⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 05-36/453-106, Karar Tarihi: 26.05.2005; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 08-61/996-388, Karar Tarihi: 30.10.2008; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 09-16/374-88, Karar Tarihi: 20.04.2009.

⁴⁰⁵ Rekabet Kurulu bir başka kararında; “4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinin (b) bendinde anılan durum kötüye kullanma hallerinden biri olarak sayılmıştır. Maddenin lafzından, eşit durumdaki alıcılara eşit hak yükümlülük ve edimler için farklı uygulamalarda bulunulmasının, ayrımcılık ihlalinin tespiti açısından yeterli olduğu sonucunun çıkarılması mümkündür. Ancak maddenin yorumlanmasında, “uygulama sonucunda alıcılar arasındaki rekabetin bozulması” hususunun da aranması önem taşımaktadır. Aksi takdirde, tüm fiyat farklılaştırmaları ihlal olarak nitelenebilecek ve böylece rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen ve hatta tüketici refahını artıran bazı uygulamaların da yasaklanması söz konusu olabilecektir.” şeklindeki ifadeleri ile rekabette dezavantajlı duruma gelme unsurunu dikkate aldığını ifade etmiştir. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 12-24/661-183, Karar Tarihi: 03.05.2012.

yönünden de incelemiştir. Bu açıklamalar ışığında, ayrımcılık uygulamasının 6. madde bağlamında ihlal olarak değerlendirilebilmesi için, uygulamanın üzerindeki etkilerine de bakılması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, şeklen gerçekleşen bir ayrımcılığa değil rekabetin kısıtlanması ya da bozulması sonuçlarını doğuran ayrımcı uygulamalara müdahale edilmesi yeterlidir⁴⁰⁶.

Kanun'un 6. maddesi anlamında ayrımcılık, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün alıcılarına farklı davranması durumunda söz konusu olabilir⁴⁰⁷. Farklı davranmanın anlamı teşebbüsün alıcılarına eşit davranmamasıdır. Ancak piyasa şartları gereği hâkim durumda bulunan teşebbüs bütün alıcılarına eşit davranamaz. Bu yüzden eşitliğin mutlak olarak anlaşılmaması gerekir. Hâkim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarından yalnızca eşit durumda bulunanlara aynı muameleyi yapmak durumundadır⁴⁰⁸. Sonuçta eşit durumda olmayan alıcılara farklı davranmak ticari yaşamın gerekliliklerinden olup, eşit durumda bulunan alıcıların eşit hak, edim ve yükümlülüğe sahip olmaması durumunda, hâkim durumda bulunan teşebbüsün farklı davranışı kötüye kullanma kabul edilemez⁴⁰⁹.

RKHK'nın 6. maddesinde "eşit durumdaki alıcılar" ifadesi kullanılmış olup, alıcı kavramı, hâkim teşebbüs ile ticari ilişkilerde bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır⁴¹⁰. Zira hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ayrımcı uygulamaya maruz bırakılan alıcı, hâkim teşebbüsün ürettiği ya da temin ettiği mal ya da hizmeti satın alan ya da malı kiralayan veya başka bir şekilde, bu teşebbüsle, teşebbüsün faaliyet konusu ile ilgili olarak ticari ilişkiye giren, potansiyel alıcı⁴¹¹

⁴⁰⁶ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 10-49/919-323, Karar Tarihi: 08.07.2010.

⁴⁰⁷ Doktrinde eşit durumdaki kişiler yerine eşit durumdaki alıcılar ifadesinin kullanılması eleştirilmiştir. Kanun koyucu tarafından yalnızca hâkim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapması yasaklanırken, hâkim durumda olan teşebbüsün satıcı veya alıcı konumunda olabileceğinin göz ardı edildiği ifade edilmektedir. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 483; Aşçıoğlu Öz, s.62.

⁴⁰⁸ Gül, s. 42.

⁴⁰⁹ Gül, s. 42; Aşçıoğlu Öz, s. 172.

⁴¹⁰ Sanlı, s. 267.

⁴¹¹ Alıcının fiilen hâkim durumda bulunan teşebbüsle ilişki içerisinde bulunması zorunlu olmayıp, potansiyel alıcılarda, alıcı terimi kapsamındadır. Diğer alıcılar gibi potansiyel alıcılarında pazara girememesi piyasadaki potansiyel rekabetin bozulmasına yol açabilir. Ancak potansiyel alıcının alıcı olarak nitelendirilebilmesi için potansiyel alıcının hâkim durumda bulunan teşebbüs ile ilişkiye girmekte samimi olması ve yeterli finansal gücünün bulunması gereklidir. Bkz. Gül, s. 45.

olan herkes olabilir⁴¹². Kanun koyucu teşebbüs kavramı yerine alıcı kavramını kullanmıştır. Dolayısıyla alıcının mutlaka RKHK anlamında teşebbüs olması gerekli değildir⁴¹³. Aksi takdirde alıcı kavramını teşebbüs kavramını içine alacak şekilde geniş yorumlarsak, yavru teşebbüsler⁴¹⁴ de alıcı sıfatına haiz olacaklardır. 4054 sayılı Kanun anlamında yavru şirketler ayrı tüzel kişilikleri de olsa ekonomik açıdan bütünlük oluşturdıklarından tek bir teşebbüs olarak kabul edileceklerdir⁴¹⁵. Bu nedenle aynı ekonomik bütünlük içinde yavru ortaklık konumunda bulunan şirketler diğer şirketlerle eşit durumda olmadığından yavru teşebbüse uygulanan farklı koşullar 4054 sayılı Kanun'un 6/b maddesi kapsamında değerlendirilemez⁴¹⁶.

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde hâkim durumdaki bir teşebbüsün “eşit durumdaki alıcılar” arasında ayrımcılık yapması hâkim durumun kötüye kullanılması olarak örneklendirilmekle birlikte söz konusu “alıcılar” ifadesi ile teşebbüslerin yanı sıra “bireysel tüketicilerin” de kast edilip edilmediği hususunda herhangi bir netlik bulunmamaktadır⁴¹⁷. Bireysel tüketiciler arasında ayrımcılık yapılması hususunun bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği Avrupa

⁴¹² Tetra Pak kararında, sıvı gıdaların karton kutuda ambalajlanması işinde kullanılan makineleri hâkim durumdaki teşebbüs olan Tetra Pak'dan kiralayanlar, ayrımcı fiyatlandırmaya maruz kalan alıcılar olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu kararda, hâkim teşebbüsle ticari ilişkiye girmesi ihtimal dâhilinde bile olsa, ayrımcı uygulamalar ile piyasaya girmesi zorlaştırılan herkesin alıcı kavramı içinde yer alacağı, ancak bunların gerçekten potansiyel alıcı niteliğini taşıyıp taşımadıklarının değerlendirilmesinde, hâkim teşebbüs ile ilişkilerini sürdürebilecek bir finansal güce sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir. ATKD (1994) II/755; Kısa, s. 62, 63.

⁴¹³ Gül, s. 45.

⁴¹⁴ Türk Ticaret Kanunu md.195/f. 4: “Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.” TTK'nun şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için, bağlı yavru şirketlerin hâkim şirketin tek elden yönetimi altında bulunmaları ve tek elden yönetimin yavru şirketlere fiilen uygulanıyor olması gerekir. Hâkim şirket ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır (TTK md. 195/4). TTK 195. maddede bir şirketin diğer şirket ile olan ortaklık münasebeti üzerinden “yavru şirket” tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Ayrıca TTK md. 159/1/b bendinde; “Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur.” ifadesine yer verilmiştir.

⁴¹⁵ Gül, s. 64, 65.

⁴¹⁶ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı;01-33/331-94, Karar Tarihi:17.07.2001; “Gübretaş'ın bağımsız bir teşebbüs olmadığı, TKKMB'nin yavru şirketi olduğu, bu nedenle Kanun'un 3. maddesine göre aralarında ekonomik bütünlük bulunan tek bir teşebbüs olarak değerlendirildiği, dolayısıyla diğer satıcılarla eşit durumda bulunmadığı dikkate alındığında, TKKMB'nin Gübretaş'a ihaleye katılan diğer teşebbüslerden farklı koşullar uygulamasına yönelik işlemin, Kanun'un 6. maddesi (b) bendi kapsamında bir ayrımcılık oluşturmayacağı kanaatine varılmıştır.”

⁴¹⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 10-49/919-323, Karar Tarihi: 08.07.2010.

Birliği Komisyonu ve Avrupa Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarına konu olmakta ve “bireysel tüketicilere” yapılan ayrımcılığın ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirildiği görölmektedir⁴¹⁸. Türk Rekabet Hukukunda ise, bireysel tüketici ve teşebbüs açısından açık bir ayırım görölmemekle birlikte benzer nitelikteki bir şikâyet “tüketici şikâyeti olduğu gerekçesiyle” (uygulamanın muhatabının tüketici olması nedeniyle) Rekabet Kurulu tarafından reddedilmiştir⁴¹⁹.

RKHK'nın 6/b maddesine göre alıcılar eşit durumda değilse ayrımcılık söz konusu olmayacaktır⁴²⁰. Ayrımcı davranışın yöneltildiği teşebbüslerin eşit durumda olup olmadıkları ve dolayısıyla bu teşebbüsler bakımından söz konusu olan hak, yükümlülük ve edimlerin aynı nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken en önemli unsurlardan biri teşebbüsler tarafından yapılan alım miktarıdır⁴²¹.

⁴¹⁸ Bkz. Deutsche Post-Interception of cross-border mail [2002] OJ L331/40, [2002] 4 CMLR 598 ve 1998 Football World Cup, Case No IV/36/388) (2001/12/EC) [2000] OJ L5/55 kararları. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 10-49/919-323, Karar Tarihi:08.07.2010.

⁴¹⁹ Rekabet Kurulu'nun 13.5.2009 tarih ve 09-22/461-116 sayılı kararında “ayrımcı olduğu iddia edilen tarifelerin, tarifelerin uygulandığı (...) organizasyonların ticari bir faaliyetlerinin bulunmaması nedeniyle ilgili pazar ya da pazarlarda rekabetin sınırlandırılması rekabet uygulamaları bakımından da mümkün görünmediğinden şikâyetin ayrımcılık iddiası bakımından da 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı ” ifadelerine yer verilmektedir. Ayrıca Gül'e göre; “Hâkim durumda bulunan teşebbüs, aşırı kar elde etmek için alıcılarına farklı davranarak tüketiciyi sömürebilmektedir. Gerçekten hâkim durumda bulunan teşebbüs, tüketici talep elastikiyetinin farklılığından yararlanarak aşırı kar elde edebilir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarını veya tüketiciyi sömürmesinin pazardaki rekabeti bozucu etkisi olmayabilir. Gerçekten hâkim durumda bulunan teşebbüsün ürettiği ürünün bir sonraki aşamasını kendisinin gerçekleştirilmesi durumunda alıcıların rekabet halinde bulunmaması nedeniyle ayrımcılığın rekabete etkisi olmayacaktır.” Gül, s. 65.

⁴²⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 12-14/447-128, Karar Tarihi: 29.03.2012; “İddiada münhasırlık ile iş hacimleri ve alım miktarları açısından Canon'un aralarında fark bulunmayan bayilere farklı fiyatlar/indirimler uyguladığı ifade edilmiştir. Canon'dan elde edilen bilgilerden, Canon bayilerinin tamamının seçici dağıtım sistemine ve bazı ürünlerde marka münhasırlığına tabi oldukları, ancak bayiler arasında bölge münhasırlığı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, münhasırlık açısından bayiler arasında fark bulunmadığı için başvuruda belirtilen iddia bu yönüyle mevcut durum ile örtüşmektedir. Bununla birlikte Canon 240 tarafından sunulan bilgilere göre, bayilerin hiçbirinin 2011 yılı toplam iş hacmi, bir diğeriyle aynı olmadığı gibi, bayilerin alım miktarlarının da girilecek ihale ve satış yapılacak müşteriye göre değişebildiği görölmektedir. Bu itibarla, başvuruda iddia edilenin aksine bayilerin eşit durumdaki alıcılar olmadıkları anlaşılmıştır.”

⁴²¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı; 12-14/447-128, Karar Tarihi: 29.03.2012; “Emek Ecza Deposu ile rakip bazı depoların 2005, 2006, 2007, 2008 ve 2009 yıllarında hakkında önaraştırma yapılan teşebbüslerden yapmış oldukları alım miktarlarının kıyaslanması gerekmiştir. Yukarıda yer verilen tablolarda gösterildiği üzere birkaç istisna dışında Emek Ecza Deposunun bu yıllardaki alım miktarları incelenen diğere depoların alım miktarlarının oldukça altında gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bu depolar bakımından eşit işlemlerden bahsetmenin mümkün olmadığı düşünölmektedir.”

Rekabet Kurulu karşısına gelen bir olayda hangi alıcıların birbiriyle aynı ve eşit sayılacağı konusunda bir kıstas getirmiştir⁴²². Karara göre: “ ... Farklı uygulama yurt içi ve yurt dışı piyasalar arasındadır. Bu nedenle, yurt dışındaki alıcıların eşit durumda olup olmadıkları önem taşımaktadır. Öncelikle yurt dışı piyasalarla yurt içi piyasalar arasındaki rekabet koşullarının birbirinden farklı olduğu ifade edilmelidir. Hangi durumda alıcıların eşit sayılacağı konusunda, şu şekilde bir kıstas getirilebilir. Birbirini ikame edebilen alıcılar eşit durumda kabul edilmelidir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi, alıcıların hâkim durumda bulunan teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmaması anlamına gelmektedir. Alıcıların birbirini ikame edebilirliği hâkim durumda bulunan teşebbüs gözüyle değil, alıcılar gözüyle de değerlendirilmelidir. Aksi bir düşünce yanlış sonuçlara götürebilir. Buna göre; yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcılar aynı ve eşit durumda olmadıklarından, 4054 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinin (b) bendi anlamında bir ayrımcılık söz konusu olmayıp...” bu nedenle hâkim durumu kötüye kullanma fiilinin gerçekleşmediğine karar verilmiştir.

Alıcıların, hâkim durumda bulunan teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda ortaya bir uygunsuzluk çıkmıyor ise alıcıların birbirini ikame edebilirliğinden söz edilebilir⁴²³. Örneğin kooperatif niteliğindeki alıcı ile bayi niteliğindeki alıcı⁴²⁴ veya toptan dağıtıcı olan alıcı ile perakende alıcı eşit durumda olmayıp, birbirini ikame edemez⁴²⁵. Hâkim teşebbüsten toptan alım yapan müşteri ile perakende satış yaptığı için daha düşük oranlarda alım yapan müşteri arasında eşit işlem söz konusu değildir. Dağıtıcılar diğer dağıtıcılarla, perakende satıcılar ise diğer perakende satıcılar ile rekabet halindedir⁴²⁶. Aynı şekilde süpermarket ile bakkallar eşit durumdaki alıcılar değildirler⁴²⁷. Alıcıların birbirleriyle ikame edebilmesi için,

⁴²² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-50/533-295, Karar Tarihi: 21.12.2000; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:05-18/224 -66, Karar tarihi: 24.03.2005. Rekabet Kurulu’nun yurt içi ve yurt dışı ayrımı yapmadığı farklı görüşteki kararı için bkz: Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 02-13/126-53, Karar Tarihi: 08.03.2002.

⁴²³ Gül, s. 51.

⁴²⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-47/854-292, Karar tarihi: 01.07.2010.

⁴²⁵ Gül, s. 46.

⁴²⁶ Kısa, s. 63; Gül, s. 47.

⁴²⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-24/251-136, Karar tarihi: 27.06.2000; “zincir markeller ile bakkalların özellikle alınan mal miktarı, mağaza büyüklüğü,

aynı derecede rekabet içinde olabilmeleri, yani üretimin aynı kademelerinde faaliyette bulunmaları gerekir⁴²⁸. ABİDA 102/2 (c)'de eşit işlemler kısmına vurgu yapılarak düzenlemenin daha objektif olması sağlanmaya çalışılmıştır. Buna karşılık, RKHK 6. maddesi hem teşebbüs bazında hem de yapılan işlem çerçevesinde bir eşitlik aramaktadır⁴²⁹. Ancak doktrinde, her olayda tarafların eşitliğini aramanın, işlemlerin denk olduğu durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet vereceği ifade edilmektedir. Bu nedenle süpermarket işleten bir teşebbüs ile bir markete sahip teşebbüsün talep miktarları eşit ve birbirlerine denk olduğu durumlarda, ayrıca teşebbüs bazında bir eşitlik aranarak bunlar arasında ayırım yapılmasının objektif haklı görülebilir bir gerekçesi olmadığı düşünülmektedir⁴³⁰.

Hâkim teşebbüs tarafından ayırmacılık yapılması, öncelikli ve ağırlıklı olarak “fiyatlar” bakımından söz konusu olmaktadır⁴³¹. Ayırmacı fiyatlandırma, aynı üretim maliyetine sahip mal/hizmetin, farklı müşteri gruplarına farklı fiyattan satılması veya farklı maliyetle üretilen mal/hizmetin aynı fiyattan satılması olarak tanımlanmaktadır⁴³². Fiyat ayırmacılığında hâkim teşebbüs, alıcıları arasında farklılıklar yaratmak suretiyle, objektif haklı bir neden olmaksızın eşdeğer mal veya hizmetler için eşit koşullardaki alıcılarına farklı fiyatlar uygulamaktadır⁴³³. Hâkim durumda bulunan teşebbüs, mevcut piyasa gücünü devam ettirmek veya bazı alıcılarını diğer alıcılara oranla avantajlı konuma getirmek amacıyla ayırmacı fiyatlar

sağlayıcıya sunulan imkânlar, tüketiciye sunulan imkânlar, satılan mal çeşitliliği ve profesyonel yönetim anlayışı gibi objektif kriterler çerçevesinde farklılıklar gösterdikleri, bundan dolayı aynı pazarda olmadıkları ve bu bağlamda sağlayıcılar karşısında 4054 sayılı Kanun'un 4/(e) ve 6/(b) maddeleri anlamında "eşit konuma sahip alıcılar" olarak değerlendirilmelerinin mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır."

⁴²⁸ Gül, s. 47.

⁴²⁹ Yiğit, s. 173.

⁴³⁰ Yiğit, s. 173.

⁴³¹ Aşçıoğlu Öz, s. 163. Hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından, mal vermeyi reddetme, zorunlu unsura erişimi reddetme, farklı şartlar ileri sürme, yıkıcı fiyat ve indirim sistemleri uygulamak suretiyle eşit teşebbüsler arasında farklılık yaratılması aynı zamanda ayırmacı kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmektedir. Sanlı, s. 304 ve 261 no'lu dipnot; Aslan, Ece, “Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrininde Ayırmacılık Eylemlerinin Sınıflandırılması”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 230.

⁴³² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-54/1297-328, Karar Tarihi: 11.11.2009.

⁴³³ Sanlı, s. 267.

uygulama yolunu seçebilir⁴³⁴. Bu gibi amaçlarla hâkim durumdaki teşebbüsün farklı fiyat uygulamaları, rakip teşebbüslerin pazardan dışlanmasına sebep olmaktadır⁴³⁵.

Ayrımcı davranışın söz konusu olabilmesi için aranan denk işlemler, farklı koşullar ve bir tarafı rekabette dezavantajlı duruma sokmak koşullarının varlığı farklı fiyatlandırma içinde aranmaktadır⁴³⁶.

Öncelikle ayrımcı fiyatların varlığından söz edebilmek için eşit durumdaki teşebbüsler arasında farklı fiyat uygulamasının söz konusu olup olmadığı tespit edilmelidir⁴³⁷. Somut olay kapsamında ayrımcı fiyat uygulamalarının tespitinde genel olarak iki unsurun varlığı esas alınır. Bunlardan ilki, işlemlerin denkliği ve muhatap teşebbüslerin ilgili piyasadaki konumları, ikinci unsur ise, uygulanan fiyata etki etmesi muhtemel diğer piyasa faktörleridir. Bu faktörler dikkate alınmaksızın, ayrımcı fiyat uygulamalarının kötüye kullanma niteliğinde olup olmadığı belirlenemez⁴³⁸. Bir mal veya hizmet birden fazla bölgede piyasaya sunuluyorsa, farklı fiyatlandırmanın varlığı için maliyet bazlı bir değerlendirme yapılması gerekir⁴³⁹. Dolayısıyla bölgeler arasındaki taşıma giderleri⁴⁴⁰, vergiler,

⁴³⁴ Gül, s. 56.

⁴³⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 482; Gül, s. 77. Bazı yazarlar daha fazla ödeme gücü olan alıcıları sömürerek daha fazla kar elde etmek amacıyla ayrımcı uygulamalara başvurulabileceğini ifade etmektedir. Ayrımcı fiyatlandırmanın sömürücü etkisi için bkz. Gül, s. 77; Kısa, s. 59; Yiğit, s. 158; Aslan, E., s. 278, 296.

⁴³⁶ Gül, s. 43 ve 140 no'lu dipnot; Kısa, s. 60.

⁴³⁷ Yiğit, s. 161.

⁴³⁸ Sanlı, s. 267, 268.

⁴³⁹ Kısa, s. 62.

⁴⁴⁰ Komisyon, Deutsche Bundesbahn kararında (ATRG (1994) L. 104/34), taşıma maliyeti hesaplamaları yapılarak, Alman demiryolu işletmecisinin, Danimarka ve Belçika limanlarına yapılan taşımanın maliyetini Kuzey Almanya limanlarına yapılan taşıma maliyetinden daha yüksek olması sebebiyle farklı fiyatlandırma uygulanmasını haklı gerekçe olarak kabul etmemiştir. Gül, s. 77. United Brands Davasında (ATKD (1978) 207), AAD, farklı fiyat uygulamalarının tespiti için bölgesel farklılıklardan kaynaklanan haklı nedenlerin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğine değinmiştir. Bu bölgelerde geçerli fiyatlarda maliyetler çıkartılarak ulaşılan rakamlar, birbirlerinden farklı ise ayrımcı fiyatlandırmanın ön koşulu gerçekleşmiş olacaktır. Olayda aynı kalitedeki muzlar United Brands şirketi tarafından Rotterdam ya da Bremerhaven limanlarından sokulmakta; ancak yapılan boşaltma masrafları bakımından bir fark ortaya çıkmadığı gibi, muzların o piyasalarda satım yapacak olan dağıtımçılarına, doğrudan doğruya limandan satılması sebebiyle maliyet farklılığı bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle AAD, ayrımcı fiyatlandırmalar ile hâkim durumun kötüye kullanıldığına karar vermiştir. Kısa, s. 62; Sanlı, s. 305 ve 202 no'lu dipnot.

sübvansiyonlar⁴⁴¹, gümrük yükümlülükleri, işgücü ücretleri, depolama giderleri, pazarlama şartlarındaki farklılık, belirli bir bölgede rekabetin yoğunluğu gibi ekonomik sebeplerle fiyatlandırma yönünden farklılık bulunması halinde kötüye kullanmanın varlığından bahsedilemez⁴⁴². Bununla birlikte, alım miktarı⁴⁴³ ve toplam iş hacmi dışında yeniden satışın yapılacağı ortamdaki rekabet şartlarının farklılığı, piyasa koşulları⁴⁴⁴, ihale ve büyük müşterilerin mevcudiyeti, kimi zaman da modüler ürün yapısının getirdiği farklılıklarda fiyatlandırma politikasına etki eden kriterler olarak sayılmaktadır⁴⁴⁵. Ancak alıcıların farklı bir milliyetten olması⁴⁴⁶ gibi objektif geçerli bir sebebi olmaksızın bir kısım alıcılara farklı davranılıyor olması keyfi uygulama olacağından ayrımcılık olarak kabul edilecektir⁴⁴⁷.

Fiyat ayrımcılığı doğrudan fiyat ayrımcılığı ve dolaylı fiyat ayrımcılığı olarak ikiye ayrılır. Fiyat ayrımcılığı teşebbüslere farklı fiyat uygulanması şeklinde doğrudan gerçekleştirilebileceği gibi, uzun süreli münhasırlık anlaşmaları, ürün tedarik anlaşmaları gibi farklı anlaşmalarla çeşitli indirim sistemlerinin uygulanması şeklinde dolaylı olarak da gerçekleştirilebilir⁴⁴⁸.

⁴⁴¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 02-24/244-99, Karar Tarihi: 16.04.2002; “*Dosya mevcudu bilgilerden, fiyatların daha çok alıcı olan otoprodüktör şirketinin Kırıkkale Rafinerisi dışındaki alternatif kaynaklara uzaklığına göre belirlendiği, Kırıkkale Rafinerisi'ne yakın ancak denize ve dolayısıyla ithal imkanına uzak olan Kayseri'deki müşteriye FOB+6\$'dan satış yapılırken, ithal imkanı daha iyi olan Mersin-Adana'daki müşteriye FOB-5\$'dan satış yapıldığı, dolayısıyla TÜPRAŞ'ın, rekabete daha açık olan liman bölgelerine daha düşük fiyat, daha az rekabetin olduğu bölgelerde ise daha yüksek fiyat uyguladığı anlaşılmıştır. Ancak bu durumun LPG'ye yapılan sübvansiyonların yol açtığı piyasa dengesizliğinden kaynaklandığı kanaatine varılmıştır.*” “*talebin düzensizliği karşısında üretim dengesini sağlamak ve üretim planlamasını daha iyi yapabilmek amacıyla TÜPRAŞ'ın doğrudan satış yolunu seçtiği, bu çerçevede, TÜPRAŞ Batman Rafinerisi'nin bölgesinde enerji santrallerine doğrudan satış yapmak üzere anlaşmalar yaptığı, TÜPRAŞ yetkililerinin, bu satışların sınır ticareti baskısıyla yapılması nedeniyle fiyatlandırmada da sınır ticaretinin dikkate alındığını ve dolayısıyla satışların tavan fiyatın altında belirlenmesinin zorunlu ve gerekli olduğunu belirttikleri anlaşılmıştır.*”

⁴⁴² Kısa, s. 58, 62.

⁴⁴³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-36/453-106, Karar Tarihi: 26.05.2005.

⁴⁴⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 02-24/244-99, Karar Tarihi: 16.04.2002.

⁴⁴⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 12-14/447-128, Karar Tarihi: 29.03.2012.

⁴⁴⁶ Sanlı, s. 268. Komisyon ve Adalet Divanı, GEMA kararında (GEMA, dava I-134/15, OJ.(1971),CMLR. D.35); GEMA'nın sağladığı hizmetlerinde, başka devletlere mensup olan üyelerine, milliyet esasına dayalı kısıtlamalar getirmesini, 102. maddenin c. bendi kapsamında kötüye kullanma olarak kabul etmiştir. Sanlı, s. 305 ve 219 no'lu dipnot.

⁴⁴⁷ Güven, Rekabet Hukuku, s. 353, 354.

⁴⁴⁸ Yanık, s. 49; Gül, s. 76.

Doğrudan fiyat ayrımcılığında hâkim durumda bulunan teşebbüs, fiyat ayrımcılığı yapmak suretiyle müşterilerine, indirimler veya ödemeler olmaksızın, birbirini ikame edebilen alıcılar için doğrudan farklı fiyattan mal satmasıdır⁴⁴⁹. Doğrudan fiyat ayrımcılığında hâkim durumda bulunan teşebbüs pazarı ikiye bölerek, böldüğü pazarda suni fiyat farklılıkları yaratır ve bölünmüşlüğü devamı için alt pazarlar arası satışları yasaklar veya engeller⁴⁵⁰. Ancak ekonomik pazar koşulları neticesinde oluşan pazarın bölünmüşlüğünden yararlanarak farklı fiyat uygulamak fiyat ayrımcılığı değildir. Bu nedenle pazarın, hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından mı bölündüğü ya da hâkim durumda bulunan teşebbüsün pazarın bölünmüşlüğünden mi faydalandığı tespit edilmelidir⁴⁵¹.

Doğrudan fiyat ayrımcılığı doktrinde; teşebbüsün her müşterisine ödemeye razı olacağı en yüksek fiyattan mal satması şeklinde tanımlanan, “birinci derece fiyat ayrımcılığı”, aynı mal veya hizmetin belirli bir miktarının her birimine belirli bir fiyat talep edilirken, farklı veya aynı birimlerden oluşan her ilave miktar için farklı fiyatlar talep edilmesi olarak açıklanan, “ikinci derece fiyat ayrımcılığı” ve hâkim durumdaki bir teşebbüsün müşteri guruplarını bölerek, her müşteri grubuna farklı fiyatlar uygulaması şeklinde açıklanan, “Üçüncü derece fiyat ayrımcılığı” olarak incelenmektedir⁴⁵².

Birinci derece fiyat ayrımcılığının başarılı uygulanabilmesi için, her bir alıcının bir ürün alması, teşebbüsün her bir müşterinin ödemeye razı olduğu en yüksek fiyatı biliyor ve ürününün ikinci el satışını engelleyebilir durumda olması gerekir⁴⁵³. Bu durumda teşebbüs tek bir fiyat belirlemek yerine, müşteri sayısı kadar ve müşterilerin alım güçleri ile orantılı olarak farklı fiyat uygulamakta ve daha çok kar elde etme imkânı yaratmaktadır⁴⁵⁴. Ancak hâkim teşebbüsün, her tüketicinin ödemeye istekli olduğu fiyatı tespit ve satılan ürünün yeniden satılmasını engellemesi oldukça güç

⁴⁴⁹ Gül, s. 77; Aslan, E., s. 272.

⁴⁵⁰ Gül, s. 77.

⁴⁵¹ Gül, s. 77, 78.

⁴⁵² Görgülü, Ümit, “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:118, Ankara 2003, s. 11-15.

⁴⁵³ Görgülü, s. 11.

⁴⁵⁴ Aslan, E., s. 272; Görgülü, s. 11.

olup, bu sebeple piyasalarda 1. derece fiyat ayrımcılığı uygulaması pek görülmemektedir⁴⁵⁵.

Eğer, hâkim durumdaki teşebbüs ürünün alım miktarına göre farklı fiyatlar uygulayabiliyorsa *ikinci derece fiyat ayrımcılığı* oluşur. Genellikle bu durumda belirli bir miktara kadar belirli bir fiyat talep edilirken, sonraki her ilave miktarlar için daha düşük bir fiyat uygulanır ama tüm alıcılardan sabit bir ücret alınır. Dolayısıyla alım miktarı arttıkça uygulanan fiyat düşmektedir⁴⁵⁶.

Üçüncü derece fiyat ayrımcılığında ise pazarın gruplara bölünmesinde gelir seviyesi, yaş ve coğrafi farklılıklar gibi unsurlar esas alınarak, farklı alım gücüne sahip müşteri grupları için farklı fiyatlar uygulanmaktadır⁴⁵⁷. Örneğin, sinema biletlerinde, pazarın gruplara bölünmesi suretiyle öğrencilere daha düşük fiyat uygulanabilmektedir⁴⁵⁸. Benzer şekilde, pazar coğrafi olarak birden fazla gruplara ayrılarak her bir pazara farklı fiyat uygulanabilir⁴⁵⁹.

Dolaylı fiyat ayrımcılığı ise hâkim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarından bazılarına çeşitli indirim sistemleri uygulamak suretiyle onları diğerlerine karşı rekabette avantajlı konuma getirmesidir⁴⁶⁰.

Fiyat ayrımcılığı konusuyla ilgili önemli kararlardan biri Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri A.Ş. kararıdır. Olayda ilgili firma Uluslararası Anadolu ve Trakya

⁴⁵⁵ Görgülü, s. 11.

⁴⁵⁶ Aslan, E., s. 272; Görgülü, s. 12.

⁴⁵⁷ Görgülü, s. 12, 13; Aslan, E., s. 272.

⁴⁵⁸ Görgülü, s. 13. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-49/919-323, Karar Tarihi: 08.07.2010; “*Paket fiyatlarının farklı kişilere ya da gruplara göre zaman içinde farklılık göstermesi kampanya çeşitlerine, müşterinin kullanım alışkanlığı ve/veya abone süresine, ödeme alışkanlığına vb. gibi tekrar üye kazanma ya da üyeyi sistemde tutmak gibi gerekçelere bağlanmakta ve mevcut üyelere yapılan kampanyaların ise üyelerin, segmentine, üyelik yaşına, mevcut paketlerin ve servislerin kullanım trendlerine göre çeşitlilik gösterdiği belirtilmektedir. Diğer yandan, söz konusu uygulamalar sonucunda rekabetin engellendiği ya da kısımlandığında dair herhangi bir bulguya rastlanmamış olup elde edilen bilgiler ve uygulamanın kapsamı ve büyüklüğü dikkate alındığında söz konusu indirimlerin abone kazanma (ya da mevcut aboneleri kaybetmeme) çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamalar olduğu anlaşılmıştır.*”

⁴⁵⁹ Görgülü, s. 13-14.

⁴⁶⁰ Gül, s. 80; Aslan, E., s. 271, 272.

Otobüsçüler Derneği tarafından Esenler Otogarını işletmek amacıyla kurulmuştur. Aynı hizmeti alan ve eşit ilişkide bulunan firmalar arasında yeni kurulacak dernek üyeliği ve şirkete ortaklık kıstas gösterilerek, şirkete katılmayan firmalar için terminal kalkış ücretlerini 5 katı fazlası olarak belirlemiştir. Firma farklı fiyat uygulama amacının Esenler Otogarı kullanan tüm şehirlerarası karayolu ile yolcu taşıyan firmaların dernek üyeliğine katılımını sağlamak olduğunu ifade etmiştir. İstanbul ilinde yetkili tek işletme konumundaki teşebbüsün terminal hizmetlerinden yararlanmak durumunda olan ve şehirlerarası sefer yapan her otobüsün aynı eşit hak, edim ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu nedenle hâkim durumda bulunan teşebbüsün eşit durumdaki hizmet kullanıcılarına farklı davranmasının ayrımcı uygulama niteliğinde olduğuna ve hâkim durumun kötüye kullanıldığına karar verilmiştir⁴⁶¹.

Konuyla ilgili bir diğer karar Devlet Hava Meydanları İşletmesi kararıdır⁴⁶². Şikâyetçi tarafından yapılan başvuruda, DHMİ'nin 2006 yılından itibaren havaalanlarında yer kiralayan firmalardan 2006 yılından önce yer kiralayanlara nazaran daha yüksek ücret aldığı ve bu durumun havaalanı dışında iş yapması mümkün olmayan kendi firmaları açısından maliyetleri artırması nedeniyle diğer firmalarla rekabet etme imkânlarının kısıtlanması sonucuna yol açtığı ifade edilmiştir. Havaalanlarında yer kiralayan teşebbüslerin genel olarak havayollarına teknik hizmet veren şirketler, kargo şirketleri ve yer hizmetleri ile iştigal eden şirketler olduğu görülmekle birlikte, DHMİ'nin yer tahsislerini kendi belirlediği birtakım teknik öncelik ve/veya kriterlerden ziyade şirketlerden gelen talepler doğrultusunda elinde bulunan uygun arazilerin kiralınması suretiyle gerçekleştirdiği ve dolayısıyla yer tahsis edilen teşebbüsün faaliyet alanının tahsislerin gerçekleştirilmesinde herhangi bir önem arz etmediği tespit edilmiştir. Bu çerçevede, DHMİ'den havaalanlarında yer kiralayan veya kiralayacak olan teşebbüslerin birbirlerini ikame edebildiği ve DHMİ açısından yer tahsis edilen bir teşebbüsün herhangi bir özelliği nedeniyle diğer teşebbüslerden farklılaşmadığı dikkate

⁴⁶¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-60/893-242, Karar Tarihi: 23.09.2005.

⁴⁶² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 07-56/668-231, Karar Tarihi: 04.07.2007.

alındığında şikâyetçi ile diğer teşebbüslerin eşit durumda olduğu tespit edilmiştir. Hâkim teşebbüs tarafından tarifelerde yapılan “31.12.2005 tarihinden önce ve sonra yer tahsisi yapılanlar” şeklindeki ayrıma ilişkin, Atatürk Hava Limanı’nda arazi sıkıntısı yaşanması sebebiyle yeni taleplerin caydırılması/azaltılması için bu yönde bir uygulamaya gidildiğine dair savunmalar Kurul tarafından haklı görülmeyle söz konusu tarifenin eşit durumdaki alıcılara yönelik ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

4.2. Sömürü Şeklinde Kötüye Kullanma

4.2.1. İndirim Sistemleri

Teşebbüsler ürünlerinin fiyatında zaman zaman indirimler yaparak daha fazla alıcıya ulaşmayı amaçlamaktadırlar. Ancak kötüye kullanma teşkil etmemesi için hâkim teşebbüsler tarafından kendi ürünlerinin daha fazla alınması için uygulanan indirim sistemleri açık ve net olmalı, çok uzun bir süreyi kapsamamalı ve herkese aynı somut koşullarla uygulanmalıdır⁴⁶³. Bu durum teşebbüsler arası fiyat rekabetini de olumlu etkilediğinden ilgili pazarda rekabeti artırıcı rol oynar. Ancak hâkim durumda bulunan teşebbüsün bu şartları taşımayan indirim uygulamaları, önemli ölçüde rakip teşebbüsleri dışlayıcı veya alıcıların kendi aralarındaki rekabet ortamını bozucu etkiler meydana getirebilmektedir⁴⁶⁴.

Alıcılarına belirli bir zaman diliminde belirli bir şekilde davranması karşılığında verilen indirimler, indirim sistemleri olarak tanımlanmaktadır⁴⁶⁵. Hâkim teşebbüsün tek taraflı davranışı ya da hâkim teşebbüs ile alıcı arasındaki bir anlaşma sonucu uygulanan indirim sistemleri, verilen indirimin belirli koşullara bağlanması,

⁴⁶³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489.

⁴⁶⁴ Kısa, s. 46; Şiramun, s. 47; Görgülü, s. 15; Sanlı, s. 266.

⁴⁶⁵ Kocabaş, Bekir, “İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme”, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 90, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s. 5; Özdemir, s.17.

dolayısıyla pazardaki müşterilerin bir kısmı indirimden yararlanırken diğer kısmının yararlanamama olasılığını doğurmaktadır⁴⁶⁶. Söz konusu koşullar ile hâkim teşebbüs tarafından yüklenen bir yükümlülüğün alıcı tarafından yerine getirilmesi ve alıcıların belirli bir şekilde davranması amaçlanmakta, bu şekilde alıcılar hâkim teşebbüse bağlı hale gelmektedir⁴⁶⁷.

Ticari hayatın esası olan indirim sistemlerinin, fiyatların düşmesini sağlamak, çıktı düzeyini ve ürün çeşitliliğini arttırmak, işlem maliyetlerini düşürmek, bedavacılığı önlemek gibi faydaları bulunmaktadır. Ancak bununla birlikte söz konusu indirimler hâkim teşebbüs tarafından uygulandığında, alıcı teşebbüslerin hâkim teşebbüslere bağlanmasına, fiilen başka teşebbüslerden mal veya hizmet alınmasının engellenmesine ve indirimden yararlanamayan teşebbüslerin daha yüksek fiyat ödemek zorunda bırakılmasına neden olmaktadır⁴⁶⁸. Dolayısıyla, rekabetin kısıtlanmasına ve tüketici refahı üzerinde olumsuz etkilere yol açabilmektedir.

Hâkim teşebbüs tarafından uygulandığı zaman genel olarak kötüye kullanma hali olarak kabul edilen indirimler, sadakat ve hedef indirimleri olmak üzere iki alt başlık altında incelenebilir.

4.2.1.1. Sadakat İndirimi

Sadakat indirimi, müşteriye, ihtiyacının tümünü veya en azından önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılaması ve başka teşebbüslerden mal almaması koşuluyla alıcıya yapılan indirimdir⁴⁶⁹. Sadakat indirimleri, buna muhatap müşterilerin başka teşebbüslerden mal almalarını büyük ölçüde engellediğinden ve rakiplerinin rekabet

⁴⁶⁶ Arıtürk, Remzi Özge, “İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 311.

⁴⁶⁷ Kocabaş, s. 8.

⁴⁶⁸ Hâkim Durumdaki Teşebbüsleri Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 18, par. 72. Bkz. Arıtürk, s. 315, 316.

⁴⁶⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489; Görgülü, s. 16.

edebilme imkânını azalttığından dolayı 6. madde kapsamında bir kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir⁴⁷⁰.

Sadakat indirimleri münhasır koşullar içeren anlaşmalarla da ilgilidir. Anlaşma aracılığıyla, sağlayıcının uyguladığı sadakat indirimi, hedef indirimi gibi bir takım teşvik planları da alıcının ihtiyacını münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin etmesi sonucunu doğuruyorsa, anlaşma bu kapsamda değerlendirilecektir⁴⁷¹. Çünkü sadakat indiriminde, indirim yapan teşebbüs, alıcılarına diğer teşebbüslerden alım yapmaması ve ürün ihtiyacının en azından büyük bir kısmını kendisinden karşılaması zorunluluğu getirmektedir. Bu tarz sözleşmesel yükümlülükler, Avrupa Birliği uygulamasında da, ABİDA'nın 102. maddesine aykırı kabul edilmiştir⁴⁷². Rekabet Hukuku bağlamında yazılı veya sözlü münhasırlık uygulamaları arasında bir fark bulunmamakta ve aynı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır⁴⁷³. Önemli olan söz konusu indirim uygulamasının rakipleri piyasadan dışlama gücüne sahip olmasıdır⁴⁷⁴. Bir indirim sisteminin rakipleri pazardan dışlama gücüne sahip olması, indirim sisteminin pazardaki yaygınlık derecesine, yani hâkim durumdaki teşebbüsün sadakat indirimleri aracılığıyla pazardaki talebin büyük bir kısmını kendisine bağlamasına bağlıdır⁴⁷⁵. Nitekim Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, pazara hâkim teşebbüslerin bulunması nedeniyle pazardaki rekabetin zaten kısıtlı olduğu, bu nedenle alıcılara taleplerini yalnızca hâkim durumdaki teşebbüsten karşılaması şeklinde getirilen yükümlülüklerin hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edilebileceği belirtilmiştir⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490.

⁴⁷¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-24/304-71, Karar Tarihi: 06.04.2006; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-60/1490-379, Karar Tarihi: 23.12.2009; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-44/979-329, Karar Tarihi: 03.08.2011.

⁴⁷² Karakılıç, s. 493. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 10-14/175-66, Karar Tarihi: 08.02.2010.

⁴⁷³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-34/742-230, Karar Tarihi: 06.06.2011.

⁴⁷⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-24/304-71, Karar Tarihi: 06.04.2006.

⁴⁷⁵ Arıtürk, s. 350.

⁴⁷⁶ Arıtürk, s. 350. Ayrıca bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-18/341-103, Karar Tarihi: 30.03.2011.

Sadakat indiriminin en önemli özelliği alıcının sadakat indirimini sağlayan teşebbüsün dışında başka teşebbüslerden mal almamasının şart koşulmasıdır⁴⁷⁷. Alıcıların yalnızca tek bir sağlayıcıdan ihtiyacını karşılaması karşılığında yapılan indirimler neticesinde, başka teşebbüslerden alım yapmakta olan alıcılar bu indirimlerden yararlanamamakta, hem birbirlerine rakip müşteriler arasında hem de tedarikçi hâkim teşebbüsün rakipleri arasında ayrımcılığa yol açılmaktadır. Hâkim durumdaki teşebbüsle eşit imkânlarla sahip bulunmayan rakip teşebbüsler, aynı indirim uygulamasını gerçekleştiremedikleri takdirde alıcılar maliyetlerini düşürebilmek için hâkim teşebbüse yönelecektir. Böylece hâkim teşebbüsün rakibi olan diğer teşebbüsler müşterilerini kaybedecek ve rekabet edemez duruma geleceklerdir. Bu nedenle sadakat indirimi, pazara yeni girecek rakipler önünde pazara giriş engeli oluşturmasının yanı sıra var olan rakip teşebbüslerinde pazardan dışlanmasına sebep olacaktır⁴⁷⁸. Bu nedenle esas olarak sadakat indirimi uygulamasının dışlayıcılık etkisinin, ayrımcılık etkisinden daha büyük olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

Rekabet Kurulu, 23.01.2003 tarihli bir kararında⁴⁸⁰; Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. tarafından yeniden satıcılarına sadakat indirimleri uygulamak suretiyle rakiplerini dışlayıcı bir tutum içinde bulunduğu iddialarını incelemiştir. Bu kararda; bir teşebbüsün sadakat indirimlerini uygulayabilmesi için öncelikli koşulun belirli bir pazar gücüne sahip olması gerektiği belirtilerek sadakat indirimlerinin, satıcının, alıcıya ihtiyacının tümü veya önemli bir kısmını kendisinden karşılamasının yanında, rakip teşebbüslerden mal almaması koşuluyla yaptığı indirimler olduğu ifade edilmiştir. Bu noktadan hareketle, Kurul'a göre, sadakat indirimleri buna muhatap

⁴⁷⁷ "Alıcının ihtiyacının tamamını veya büyük kısmını hâkim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması şartının açıkça belirtilmesi gerekli değildir. Söz konusu şartın, indirim sisteminin yarattığı bir etki olarak ortaya çıkması yeterlidir. Diğer bir anlatımla indirim sistemi, alıcının ihtiyacını hâkim durumda bulunan teşebbüsten karşılamasını teşvik edici olmasına karşılık hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden alım yapmasını engelliyorsa, söz konusu şart gerçekleştirilmeyecektir." Gül, s. 89.

⁴⁷⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 419; Karakılıç, s. 493.

⁴⁷⁹ Sanlı, s. 302 ve 203 no'lu dipnot. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı:03-06/59-21, Karar Tarihi: 23.01.2003.

⁴⁸⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-06/59-21, Karar Tarihi: 23.01.2003.

müşterilerin başka teşebbüslerden ürün almalarını büyük ölçüde kısıtladığından ve rakiplerin rekabet edebilme imkânını zorlaştırdığından bir kötüye kullanma halidir.

Diğer taraftan sadakat indirimi, ürünü tanıtıcı indirimlerden de farklıdır. Zira tanıtıcı indirimler, ürünün pazara yeni sürülmesi aşamasında kısa bir süre uygulanmakta olup, aynı zamanda rakipten mal almama şartına bağlı olarak verilmemektedir⁴⁸¹. Piyasaya yeni sürülen bir ürünün tanıtılması amacıyla uygulanan tanıtım indirimi, müşterinin peşin ödeme ya da derhal ödemede bulunması karşılığında uygulanan indirim, miktar indirimi⁴⁸² veya satılan ürünün ayıplı olması sebebiyle yapılan indirimler hukuka aykırı kabul edilemez⁴⁸³. Doktrinde indirim uygulamalarının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinde karşılaşılabilecek temel zorluğun, rekabet işleyişinin bir gereği olarak uygulanan bu tarz indirimlerin, kötüye kullanma anlamına gelen uygulamalardan ayırt edilmesi olduğu ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda uygulanmakta olan “*ekonomik olarak objektif haklı görülebilirlik kistası*”nın dikkate alınmasının bir çözüm olabileceği ifade edilmektedir⁴⁸⁴.

Alıcının sadakat indirimine rıza göstermesi veya bunu bizzat talep etmesinin hâkim durumun kötüye kullanılması açısından bir önemi bulunmamaktadır⁴⁸⁵. Aynı zamanda indirim sisteminin kişiselleştirilmesi⁴⁸⁶ ve geriye dönük indirimleri⁴⁸⁷

⁴⁸¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490; Gül, s. 86.

⁴⁸² Alım miktarına ilişkin indirimde, sağlayıcı belirlenen miktarın üzerinde alım yapan müşterilerine indirim uygulamaktadır. Sipariş verilen miktara göre uygulanan indirimler, müşterinin belli bir dönem boyunca verdiği indirimleri dikkate almamakta, sadece her sipariş için uygulanmaktadır. Kısa, s. 47.

⁴⁸³ Gül, s. 86.

⁴⁸⁴ Sanlı, s. 267.

⁴⁸⁵ Görgülü, s. 18; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490. Bu hususa ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche davasında hâkim durumda bulunan teşebbüsün alıcıların isteğiyle dahi olsa, ihtiyaçların tamamını veya önemli bir kısmını sadece hâkim durumda bulunan teşebbüsten sağlama şartıyla, indirim uygulanmasını hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir. Gül, s. 85 ve 265 no’lu dipnot.

⁴⁸⁶ Her bir alıcının belirli bir dönem içerisinde öngörülen talebine göre belirlenmiş bir miktar, ciro yahut harcama payı hedefi içermesi durumunda “*kişiselleştirilmiş (miktar/ciro/pazar payı) indirimler*”in varlığından söz edilebilecektir. Kocabaş, s. 9.

⁴⁸⁷ Müşterinin indirimi yakalaması halinde ilgili dönemde indirim sunan teşebbüsten yaptığı tüm alımlar için indirim kazanabildiği uygulamalar, geriye dönük indirimler olarak tanımlanmaktadır. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında, geriye dönük olan indirimlerin, müşterilerin indirim veren teşebbüsten kazandığı toplam indirimi artırdığı, böylece rakip firmaları daha fazla bir indirim uygulamaya zorladığı ve rakiplerin rekabet etmesini engellediği kabul edilmektedir. Bkz. Hâkim Durumdaki Teşebbüsleri Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 17, par. 70; Kocabaş, s. 56.

içermesi, referans döneminin uzunluğu/süresi⁴⁸⁸ söz konusu sistemin sadakat artırıcı niteliğini artırmaktadır⁴⁸⁹. Kurul, Doğan Yayın Holding A.Ş. bünyesinde faaliyet gösteren Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Doğan Gazetecilik A.Ş., Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş., Doğan Daily News Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. adlı şirketlerden oluşan ekonomik bütünlüğün gazete reklam yeri fiyatlarının oluşumunda uyguladığı indirim sistemleri ile 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde kötüye kullanma teşkil ettiği iddiasına ilişkin kararında⁴⁹⁰; grup bünyesinde yer alan gazetelerin, sektörlerde Temmuz 2008'e kadar yazılı, bu tarihten sonra da sözlü olarak yaptıkları anlaşmalarda "%100 anlaşma şartı" adı altında yalnızca DYH bünyesindeki şirketler aracılığıyla reklam verilmesi koşuluna yer verdiği, söz konusu koşulu sağlayan şirketlere, grup dışı şirketler aracılığıyla reklam verilmemesi şartıyla oldukça düşük reklam bedeli uygulandığı ve başka gruplara reklam verilmesi halinde çok daha yüksek bir reklam bedeli uygulamak suretiyle rakip medya şirketlerine reklam verilmesinin engellendiği tespit edilmiştir. Kurul söz konusu kararda uygulanan indirim sisteminin kişiselleştirilmiş ve geriye dönük indirimler içermesi sebebiyle söz konusu indirimin sadakat artırıcı niteliğinin arttığına değinmiştir. Ayrıca indirim oranındaki artışın kullanım oranındaki artıştan daha yüksek düzeyde gerçekleşmesine ilişkin hususlar söz konusu indirimin sadakat artırıcı etkisini şiddetlendirmektedir. Hâkim durumdaki DYH'nin söz konusu münhasırlık anlaşmaları, pazara yeni girişleri engelleyici ve pazardaki mevcut rakipleri piyasa dışına atmak suretiyle pazardaki rekabeti ortadan kaldıracı niteliktedir. Reklam verenler arasında tercih edilme yaygınlığı bakımından Doğan Medya Grubu'nun pazarda hiçbir medya grubunun sahip olmadığı bir yayın portföyüne ve buna bağlı portföy gücüne sahip bulunmaktadır. Bu nedenle, Doğan Medya Grubu tarafından uygulanan indirim sistemleri pazarın çok büyük bir kısmını kapsamına almakta, pazarda çok yaygın bir uygulama olanağına sahip bulunmaktadır. Kurul, Doğan Medya Grubu'nun tarifelerinde yer verdiği ve uygulamakta olduğu indirim sisteminin, rakiplere pazarı kapatma ve rakipleri

⁴⁸⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-80/1106-317, Karar Tarihi: 02.12.2005.

⁴⁸⁹ Kocabaş, s. 56; Arıtürk, s. 351. AAD, Hoffmann La-Roche kararında, aynı zamanda geriye dönük olarak artan indirim sisteminin, alıcıların taleplerinin büyük bir kısmını indirim veren teşebbüsten karşılaması yönünde teşvik ederek sadakat artırıcı niteliğine değinmiştir. Kocabaş, s. 38.

⁴⁹⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-18/341-103, Karar Tarihi: 30.03.2011.

dışlama potansiyeline sahip olduğuna ve hâkim teşebbüs tarafından Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁹¹.

Sadakat indirimine ilişkin Avrupa Birliği uygulamasından örnek verecek olursak, Hoffman'la Roche davasında⁴⁹², adı geçen teşebbüs ürettiği vitaminleri satın alan ilaç yapımcılarına, vitaminlerini doğrudan doğruya sadece Hoffman'la Roche'den satın almaları karşılığında indirim uygulamaktadır. Bununla birlikte sözleşmede yer alan şarta göre, Roche'un sattığı vitaminleri piyasada başka bir teşebbüs daha düşük fiyat teklif ediyor ise alıcı öncelikle bu durumu bildirecek ve Roche'un aynı fiyatta inmemesi halinde, sadakat indirimini kaybetmeksizin diğer firmadan vitaminlerini alabilecektir⁴⁹³. Anılan sözleşme hükmünün, sadakat indirimlerinin hukuka aykırılığını giderdiği şeklinde savunmayı, AAD, hükmün yalnızca yerel piyasa için geçerli olduğu koşuluna bağlanması ve sınırlı bir uygulama alanına sahip olması nedeniyle müşterilerin bağlanmasına ve rakip teşebbüslerin dışlanmasına engel olmadığını, netice itibariyle uygulamanın hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir⁴⁹⁴.

Bu duruma örnek kararlardan biride Suiker Unie kararıdır⁴⁹⁵. Şeker üreticisi bir grup olan SZV, yıllık taleplerinin tamamını kendisine bağlı şirketlerden karşılama koşuluyla, müşterilerine her 100 kg başına 0,3 Alman markı prim vermektedir. Bu uygulamada, tedarikçiden alınan ürünün miktarına göre hesaplanmamakta, müşterinin bağlılığı ödüllendirilmesi söz konusudur. Rakip teşebbüslerin, hâkim durumdaki teşebbüsün indirim teklifiyle yarışmak amacıyla daha düşük fiyat teklif etmesi dahi, hâkim teşebbüsün indiriminden yararlanmak isteyen müşterilere cazip gelmemiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, davacı SZV'nin indirim oranının çok küçük olması nedeniyle indirimin pazardaki rekabete etkisinin olmadığı savunmasını, alım miktarının büyüklüğü göz önüne alındığında indirimlerin etkilerinin hiç de küçük olmadığı, rakip teşebbüslerin rekabetini kısıtladığı gerekçesiyle

⁴⁹¹ Rekabet Kurulu, 06.04.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı Frito Lay ve 11.06.2009 tarih ve 09-27/575-135 sayılı Mey İçki kararlarında söz konusu indirimlerin pazardaki etkilerini araştırarak indirimlerin rakiplerin dışlanmasına yol açacak düzeyde olmamaları nedeniyle ihlal teşkil etmediklerine karar vermiştir.

⁴⁹² Hoffman'la Roche ATKD (1979) 461; Şiramun, s. 49.

⁴⁹³ Şiramun, s. 49; Sanlı, s. 302 ve 207 no'lu dipnot.

⁴⁹⁴ Kısa, s. 51, 60; Şiramun, s. 49.

⁴⁹⁵ ATKD (1975) 1663; Şiramun, s. 49.

reddetmiştir⁴⁹⁶. Bu nedenle Komisyon; uygulanan indirim miktar indirimi olmayıp, hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından şekil ve miktarı belirlenen sipariş üzerine uygulanan bir sadakat indirimi olduğunu tespit edilmiştir. Alıcıların, zaman zaman Suiker Unie dışında başka teşebbüslerden de alım yapmalarına rağmen, sadakat indirimden yararlandırılmakta ise de, AAD, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin indirim gören fiyatla başa çıkmakta güçlükle karşılaşmış olmalarını 102. maddenin kapsamında değerlendirme yapmak için yeterli kabul etmiştir⁴⁹⁷.

4.2.1.2. Hedef İndirimi

Hedef indirimleri, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından belirli bir ürünün satışından genellikle yıllık olarak belirlenen bir hedefe ulaşılması halinde uygulanan indirimdir⁴⁹⁸. Hedef indirimleri genel olarak miktar indirimlerine benzetmekle birlikte, hedef indirimleri hâkim teşebbüs tarafından her müşteri ile müzakere edilerek her bir müşteri için ayrı ayrı belirlenirken, miktar indirimleri, alım miktarına göre her alıcı için aynı belirlenmektedir⁴⁹⁹. Alım miktarına göre uygulanan miktar indirimi, miktara göre oluşan maliyet düşüşünün bir karşılığı olup, iktisadi haklı nedenlere dayandıkları için rekabet aykırı değildirler⁵⁰⁰. Hedef indirimlerinde belirlenen hedeflerin objektif haklı neden olmaksızın tüm müşteriler için eşit şekilde saptanmaması, her müşterinin hedefinin ve bu hedefe ulaştığında alacağı indirimde fark yaratılması alıcılar arasında ayrımcılık yaratan uygulamalardır⁵⁰¹.

Hedef indiriminden yararlanmak isteyen alıcı, hedefe ulaşmak için ihtiyacının tamamını veya tamamına yakın bir kısmını sağlayıcısı olan hâkim durumdaki

⁴⁹⁶ Gül, s. 84 ve 258 no'lu dipnot.

⁴⁹⁷ Kısa, s. 50.

⁴⁹⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489.

⁴⁹⁹ Kısa, s. 54; Karakılıç, s. 503.

⁵⁰⁰ Kısa, s. 48.

⁵⁰¹ Efem, Gül / Badur, Emel, "AT Rekabet Hukuku Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", Ankara 2002, s. 141.

teşebbüsten yapacaktır. Böylece alıcıyı kendine bağlayan sağlayıcı teşebbüs hâkim durumunu devam ettirmekte ve güçlendirmektedir⁵⁰².

Sadakat indirimleri ile hedef indirimleri arasındaki fark, sadakat indiriminde alıcıların rakip teşebbüslerden mal almayarak ihtiyacının büyük bir bölümünü kendisinden karşılaması halinde indirim hakkı kazanmasına karşılık, hedef indiriminde alıcılar tayin edilen süre içinde hedeflenen alım miktarına ulaşmaları halinde indirim hakkı kazanmaktadırlar⁵⁰³. Kısaca hedef indiriminde müşterilerin tüm ihtiyaçlarını hâkim durumda bulunan teşebbüsten temin etmesi gerekmekte, belli bir miktar veya belirlenen hedefin üstünde alım gerçekleştirilmiş olması halinde indirim uygulanmaktadır.

Hedef indirimleri, sabit oranlı ve değişken oranlı hedef indirimleri şeklinde görülür⁵⁰⁴. Sabit oranlı hedef indiriminde hâkim durumda bulunan teşebbüs yalnızca tek bir hedef oranı belirlemekte ve alıcısının alım hedefine ulaşması halinde indirim uygulamaktadır. Değişken (artan) oranlı hedef indiriminde ise, alıcının ulaşması gereken alım oranları aşamalı olarak tayin edilmekte ve her bir aşama için farklı bir indirim oranı belirlenmektedir⁵⁰⁵.

Michellin davasında⁵⁰⁶ Komisyon, bu tarz hedef indirimlerinin uygulanması suretiyle hâkim durumun kötüye kullanıldığına hükmetmiştir. Olayda, piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüs, belirli miktarda satışı gerçekleştirme koşuluyla bayilere farklı oranlarda indirimler uygulamaktadır. Dağıtıcıların gelecek yıl için ulaşmaları istenen satış hedeflerinin belirlenmesinde ölçüt olarak, bunların bir önceki yıl yapmış oldukları satış miktarı esas alınıyordu. AAD, böyle bir indirim sisteminin dağıtıcıları baskı altına soktuğu, ayrıca hedef gerçekleşmezse indirimden ya da primden

⁵⁰² Kısa, s. 54. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 08-66/1058-413, Karar Tarihi: 20.11.2008.

⁵⁰³ Gül, s. 94.

⁵⁰⁴ Gül, s. 92.

⁵⁰⁵ Gül, s. 92, 93. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-38/487-116, Karar Tarihi: 02.06.2005; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 11-18/341-103, Karar Tarihi: 30.03.2011.

⁵⁰⁶ ATKD (1983) 3461; Kısa, s. 56.

yararlanamayacaklarından bir yıl boyunca hedefe ulaşmak için başka tedarikçilerden alım yapmayı kestiklerini tespit etmiştir⁵⁰⁷. Teşebbüs tarafından satış hedefleri yazılı olarak önceden bildirilmediği gibi indirim oranı her bir dağıtıcı için ayrı ayrı belirlendiğinden miktar indirimi söz konusu değildir. Davada Michellin kendini uyguladığı hedef indiriminin dağıtıcıları motive ettiği ve karşılığında onların ödüllendirildiği şeklinde savunmuştur. Komisyon ve Adalet Divanı kararında, bu tür indirimlerin, alıcılar üzerinde hedefe ulaşmak ve indirimi elde etmek için baskı oluşturarak, alıcıların alımlarını Michelin'den yapmayı tercih edeceklerini, rakip firmaların alıcıların elde edeceği indirimleri bilmemek bir yana, aynı indirimi sunmalarının her zaman mümkün olmadığını, özellikle indirim miktarlarının yüksek olduğu durumlarda bunun daha zorlaştığını⁵⁰⁸, bu nedenlerle hedef indiriminin rekabeti sınırlandırdığını ve bunun 102. madde anlamında kötüye kullanma teşkil ettiğini ifade etmiştir⁵⁰⁹.

Satış hedeflerinin ay ya da hafta gibi kısa süreli dönemler olarak bölünmesi ve bu dönemlerin birbirlerini takip eder şekilde belirlenmemiş olması hedef indirimlerinin hukuka uygun bulunmalarını sağlayabilir⁵¹⁰. Bu nedenle hâkim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına hedef indirimi uygulamasının hâkim durumun kötüye kullanılması olup olmadığını değerlendirirken, hedef döneminin uzunluğu ve hedef miktarlarının yapısı göz önüne alınmalıdır⁵¹¹. Uzlaşmaya konu olan olayda, hedef primleri sistemine göre, belirli sayıda Coca Cola ürününün satışı yapıldığı takdirde, prim verilmekteydi. Bu sistem, dağıtıcıları yalnızca Coca Cola ürünlerine bağlamakta ve başka kolalı içeceklerin rekabet edememesine sebep olmaktaydı. Coca Cola şirketinin de 1 yıllık süreyi esas almış olan hedef indirimi uygulaması hukuka aykırı bulunmuş, Coca Cola'nın hukuka aykırı bulunan söz konusu hükmü 1 yıldan 3 aya indirmeyi taahhüt etmesi sonucu dosya kapanmıştır⁵¹².

⁵⁰⁷ Kısa, s. 56.

⁵⁰⁸ Yiğit, s. 153.

⁵⁰⁹ Sanlı, s. 303 ve 209 no'lu dipnot; Gül, s. 93 ve 283 no'lu dipnot.

⁵¹⁰ Gül, s. 94.

⁵¹¹ Gül, s. 94.

⁵¹² Kısa, s. 55, 56.

Rekabet Kurulu bir kararında, üretimini ve satışını gerçekleştirdiği rakı markaları ile rakı pazarında hâkim durumda olan Mey İçki'nin benimsediği indirim sisteminin anılan çerçevede rakiplerin faaliyetini zorlaştırıcı ve dışlayıcı nitelikte olup olmadığını değerlendirmiştir⁵¹³. Teşebbüs tarafından aylık bazda hazırlanan veriler incelenmiş ve bu veriler neticesinde Mey İçki'nin taviz olarak sadece bedelsiz ürün uygulaması yaptığı, belirlenen oranda bedelsiz ürüne hak kazanmanın, hedefin gerçekleştirilmesinden bağımsız olduğu tespit edilmiştir. Diğer bir ifadeyle bedelsiz ürüne hak kazanmak için konulan hedefe ulaşma zorunluluğu bulunmamaktadır. Öte yandan veriler tek başına değerlendirildiğinde belirlenen iskonto oranının, satış noktasının yıllık veya aylık satış kapasitesinden de bağımsız olduğu görülmektedir. Mey İçki'nin verdiği tavizlerin hedef indirimi olmadığı ve ayrıca rakı satışlarının hedefin altında kaldığı, bu nedenlerle rakiplerin faaliyetini zorlaştırarak ya da onları piyasa dışına iterek hâkim durumunu kötüye kullanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

4.2.2. Ek Yükümlülük Koymak

RKHK'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendiyle, hâkim durumda bulunan teşebbüsün, ek yükümlülük koyması ve bir malın tekrar satışına ilişkin şartları belirlemesi yasaklanmıştır. İlgili madde, bir mal ve hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasını, dağıtıcıların bir malı almasını, diğer bir malın teşhiri şartına bağlanmasını, bir malın tekrar satımına ilişkin şartların belirlenmesini bir kötüye kullanma hali olarak nitelendirmektedir. Bu hükmün Avrupa Birliği uygulamasındaki karşılığı olan ABİDA'nın 102. maddesi, (d) bendine göre; “*Sözleşmenin yapılmasını diğer tarafın, niteliği veya ticari teamül bakımından bu gibi sözleşmelerle hiçbir bağlantısı olmayan ek edimlerin kabul edilmesine bağlamak*” hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisidir⁵¹⁴.

⁵¹³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-27/575-135, Karar Tarihi: 11.06.2009.

⁵¹⁴ Yiğit, s. 166; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 495.

Her iki maddenin amacı aynı olsa da Rekabet Kanunu'nda bendin kapsamına giren yasakların sayılması ve ABİDA 102. maddesinin (d) bendinde yer alan anlaşmanın niteliği ve ticari teamül kıstaslarına yer verilmemesi kapsamın daralmasına sebebiyet vermiştir⁵¹⁵. Rekabet Kanunu'nun ilgili bendinde sadece başka bir malın satın alınması, teşhiri veya tekrar satıma ilişkin şartların öngörülmesi hallerinin sayılması, bent içeriğine girebilecek diğer ek yükümlülüklerin kapsam dışı bırakıldığı sonucuna varılmasına sebep olabilmektedir⁵¹⁶. Nitekim gerek anlaşmanın niteliği gerek ticari teamüllerin getirdiği sınırlamalar, piyasa şartlarının işleyişinin kendisinden kaynaklanmakta olup, her iki düzenlemenin amacı, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, bu hâkimiyetin verdiği avantajdan yararlanarak, sözleşme hürriyetini aşacak şekilde, doğal olmayan sınırlamalar ve haksız dayatmalarda bulunulmasının önüne geçmektir. Dolayısıyla Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında olduğu gibi, ticari teamül ve anlaşmanın niteliği ile bağdaşmayan tüm ek yükümlülüklerin kötüye kullanma kapsamında kabul edilmesi gerekir⁵¹⁷.

Bu açıklamalar doğrultusunda, hâkim teşebbüs tarafından bir mal veya hizmetin sağlanması, talep edilen mal veya hizmetle hiçbir ticari ilişki veya durumun gerekliliği olmayan⁵¹⁸ başka mal ve hizmetin alınması veya teşhiri şartına bağlanması veya tekrar satıma ilişkin şartların düzenlenmesi haksız ek yükümlülük koymaktır ve hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilir⁵¹⁹. Hâkim işletmenin sözleşme konusu ile ilgili olmayan ek yükümlülükleri kabul şartı getirmesi alıcının aslında almak istemediği malları da almak zorunda bırakmaktadır. Böylece hâkim durumda olan işletme, kendi ürünleri yanında hâkim durumda

⁵¹⁵ İlgili fıkranın eleştirisi için bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 495.

⁵¹⁶ Ünlüsoy, Kürşat, "Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 125, Ankara 2003, s. 50; Yiğit, s. 167.

⁵¹⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 495; Sanlı, s. 268, 269.

⁵¹⁸ Örneğin bilgisayar programları ile donanımı birbirini tamamlayan iki bağımsız ürün değil, ayrı birer üründür. Bu nedenle hâkim durumda olan bir firmanın belirli bir programı belirli bir donanımla ya da belirli bir donanımı belirli bir programla birlikte alma şartı getirmesi, kötüye kullanma olarak kabul edilebilir. Ancak belirli bir bilgi işlem ürünlerini paket olarak arz etmek, tanıtmak ve garanti etmek gibi objektif bağlantının olduğu hallerde bir paketin satılması 6. maddeye aykırılık oluşturmaz. Eroğlu, Sevilay, "Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması", İstanbul 2000, s. 205.

⁵¹⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 594; Güven, Rekabet Hukuku, s. 360; Ünlüsoy, s. 5.

olmadığı başka ürünleri de satma şansına sahip olmakta, bu şekilde diğer pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkilemektedir⁵²⁰.

Bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satımı, bir başka ürünün alımı şartına bağlanmakta ise bu konuda yapılan anlaşmalar bağlayıcı anlaşma olarak da nitelendirilmektedir⁵²¹. Bağlayıcı anlaşmaların ihlal sayılması için iki ayrı ürünün varlığı ve bu ayrı ürünlerin bağlı satışının kanıtlanması, ilgili teşebbüsün bunlardan birinde hâkim durumda olması ve bağlayıcı anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurması gerekir⁵²².

Bir anlaşmanın bağlayıcı olduğunu ileri sürmek, esas olarak alıcının istenmeyen bir ürünü almaya yazılı veya sözlü olarak zorlandığının kanıtlanmasına bağlıdır. Bunun içinde ilk olarak iki ayrı ürünün varlığının söz konusu olmasıdır. İlk bakışta ayrı olarak görülen ürünler birleştirilmiş tek bir ürün olabileceği gibi bunun tam tersi de mümkündür⁵²³. Rekabet Kurulu vermiş olduğu bir kararında, ürünlerin aynı ürün yelpazesine ait olduğunun düşünülmesi için teknik açıdan, ticari açıdan veya kullanım temeline göre ilişkili olmaları halinde iki farklı ürün kriteri gerçekleşmeyeceğinden bağlama uygulamasının söz konusu olmayacağını

⁵²⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 594.

⁵²¹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s.20, par. 82; Ekdi, Barış, "Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", Rekabet Dergisi Sayı: 43, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2010, s. 110.

⁵²² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 496; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 20, par. 86. Rekabet Kurulu, 09.12.2009 Tarih ve 09-58/1405-367 Sayılı Kararı'nda, Reysaş'ın sigortanın belli bir acenteden yaptırılmış olması halinde araç muayene hizmetini kolaylaştırmak şeklinde bağlama yoluyla, araç muayene hizmetlerindeki hâkim durumunu sigortacılık pazarında kötüye kullandığına dair şikâyetler üzerine yapılan incelemede, hâkim durumdaki teşebbüslerin bağlama uygulamaları ile hâkim durumlarını ikinci bir piyasada kötüye kullanabilecekleri ifade edildikten sonra bu tür bir durumun gerçekleşmesi için (a) iki ayrı ürünün bulunması, (b) ilgili teşebbüsün bunlardan birinde hâkim durumda olması, (c) iki ürün arasında ilişki bulunması gerektiği belirtilmiştir. Ancak uygulamanın kısa sürede rekabetçi sürece zarar vererek tüketici zararına sonuçlar doğurması ihtimalinin düşük olduğu kanaatine varılması " nedeniyle soruşturma açılmayıp teşebbüse görüş bildirilmesine karar verilmiştir.

⁵²³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 496. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-48/524-329, Karar Tarihi: 19.10.1999.

belirtmiştir⁵²⁴. Rekabet Kurulu, Digtürk HD yayınlarının izlenebilmesi için DigtürkPlus aboneliğini ve kendi sattığı Pace marka dekoderin satın alınmasını şart koşarak tüketicileri ve diğer HD receiver üreticilerini zarara uğrattığı iddiası ile yaptığı incelemede, *“teknik özellikler sebebiyle piyasada serbestçe bulunabilecek diğer HD receiverlarla ikame edilmesi mümkün olmayan DigtürkPlus kutusunun abone olunmak istenen yayın paketinin, alınmak istenen ürün/hizmetin doğal bir parçası olarak kabul edilmesi... Aynı doğrultuda, Digtürk’ün HD yayınlarının izlenebilmesi için DigtürkPlus’a abone olunarak DigtürkPlus dekoderinin satın alınması koşulunun getirilmesinin, Türkiye’de yeni başlayan HD yayıncılık piyasasına yeni bir ürün/hizmetin sunulmasına yönelik bir pazarlama ve satış yöntemi olarak kabul edilmesi”* nin uygun olacağı, bu nedenle bir ihlalin söz konusu olmadığına karar vermiştir⁵²⁵. Ancak Rekabet Kurulu’nun farklı somut olaylara özgü farklı değerlendirmeleri olmakla birlikte, iki farklı ürünün varlığı konusunda, tüketici talebi kriterinden hareket edilerek, tüketicilerin ürünleri ayrı ayrı almayı tercih edip etmedikleri esas alınmaktadır⁵²⁶. Buna göre bağlayıcı anlaşma olmasaydı müşterilerin önemli bir kısmı bağlı ürünü almaksızın bağlanan ürünü almış veya alacak durumdaysa, artık burada iki farklı ürünün söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁵²⁷.

Bağlayıcı anlaşmalardan söz edilebilmesi için diğer bir şart ayrı ürünlerin bağlı satışı ile alıcının istenmeyen bir ürünü almaya zorlanıp zorlanmadığıdır. Satıcının bağlayıcı ürüne ilişkin gücünün, alıcıyı istenmeyen bir alımda bulunmaya zorlayarak bağlanan ürün pazarında bir sınırlama yapabilmesine yetecek bir güç olması ve bağlayıcı anlaşmaların bağlanan ürün pazarında rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurması gerekmektedir⁵²⁸.

⁵²⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-06/59-21, Karar Tarihi: 23.01.2003.

⁵²⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 08-12/126-43, Karar Tarihi: 07.02.2008.

⁵²⁶ Karakılıç, s. 55; Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 20, par. 87.

⁵²⁷ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı, s. 20, par. 87.

⁵²⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 496. Rekabet Kurulu vermiş olduğu bir kararında, Türk Telekom’un toptan ve perakende satış pazarlarında hâkim durumda bulunduğu ADSL hizmetinin perakende satışı için sabit hat aboneliğini zorunlu tutması tüketicilerin istemedikleri bir hizmet için fazladan bedel

Rekabet Kurulu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında⁵²⁹ Tekhnelogos adlı yazılım şirketinin doğal gaz tesisat firmalarına sunduğu yazılım programı ZetaCad'in proje tesliminde kullanılan dijital gönderim/online onay sistemi (DİPOS) uygulamasında, dijital sigorta poliçesi düzenlenmesini zorunlu tuttuğu ve bu uygulamayı kendi şirketi olan Üç Elma Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. vasıtasıyla yürüttüğü, bu sebeple diğer sigorta acentelerinin rekabet edemez duruma geldiği iddia edilmiştir. Kurul, Tekhnelogos'un "*doğal gaz tesisat projelerinin online gönderimi pazarı*"nda hakim durumda bulunduğunu, hem DİPOS vasıtasıyla çevrimiçi proje tesliminde hem de elden proje tesliminde, tesisat firmalarının dağıtım firmalarına projelerini göndermeleri ve sigorta poliçelerini de aynı anda sunuyor olmaları tek bir işlem gibi gözükse de, işlemlerin niteliği ve özellikle sigorta poliçelerini sigorta şirketleri/acenteleri gibi son derece farklı firmaların düzenliyor olması nedeniyle proje gönderimi ve tesisatın sigortalanması işleminin farklı hizmetler olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle Tekhnelogos'un online proje gönderimi hizmetinin yanı sıra sigorta poliçesinin de bu sistem üzerinde kesilmesinin zorunlu tutulmasının iki hizmetin bağlanması olarak değerlendirilebileceğine karar verilmiştir. Kararda ayrıca "*uygulamanın tesisat firmalarına (tüketicilere) ve sigorta şirketleri/acenteleri aleyhine rekabete zarar veren etkisinin de irdelenmesinin gerektiği*" belirtilmiş, yapılan inceleme sonucunda Tekhnelogos'un uygulamalarının "*tesisatlarının sigortalanmasına yönelik sigortacılık sektöründeki rekabeti (özellikle yerel sigorta acentelerinin zararına olacak şekilde) olumsuz etkilediği ve tesisat firmalarının fiyat ve istedikleri sigorta şirketinden hizmet alma gibi seçeneklerini kısıtladığı*" görüldüğünden eylemin 6. madde kapsamında ürünlerin bağlanması suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşılmıştır⁵³⁰.

ödemesine ve TTNET lehine bir duruma yol açarak diğer İnternet servis sağlayıcıların rekabetinin kısıtlanmasına yol açarken; mobil telefon operatörlerinin de bu zorunluluğun yokluğu halinde satacakları görüşme dakikalarının azalmasına sebep olduğuna ve rekabet etmelerini zorlaştırdığına karar vermiştir. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 09-07/127-38, Karar Tarihi: 18.02.2009.

⁵²⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 08-52/791-320, Karar Tarihi: 11.9.2008.

⁵³⁰ Ekdi, Ürün Bağlama, s. 117.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında haksız ek sözleşme koşullarına ilişkin örnek olan Hilti davasında, Hilti ürettiği çivi tabancası ile kartuşu üzerinde patent sahibi olduğundan söz konusu piyasada hâkim durumda bulunmaktadır. Ancak, piyasada kendisinin ürettiği çivi tabancası ile kartuşunu satarken, alıcılara belirli miktarda çivinin de yine kendisinden alınması şartını getirmektedir⁵³¹. Hilti'nin kartuşla birlikte satın alınmak zorunda bırakılan çiviler üzerinde her hangi bir patent hakkı ve hâkim durumu söz konusu olmadığı gibi, aynı piyasada çivi üreten birçok teşebbüste bulunmaktadır. Komisyon, Hilti'nin bu duruma ilişkin yaptığı, çivilerin diğer ürünlerle aynı piyasada olduğu savunmasını kabul etmeyerek, iki farklı ürünün söz konusu olduğuna, piyasadaki rakip teşebbüsleri dışlamak amacıyla hâkim durumda olmadığı ürününde alımı şartı getirerek haksız ek sözleşme koşulları uyguladığına karar vermiştir⁵³².

Söz konusu kararlar çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, objektif haklı bir neden olmaksızın, haksız sözleşme şartlarının karşı tarafa kabul ettirilmesi hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Çünkü müşteri gerçekte istemediği bir mal veya hizmeti almaya zorlanarak, hâkim durumdaki teşebbüs normal koşullar altında elde edemeyeceği menfaatleri elde etmekte ve bağlanan ürün pazarında rekabetin kısıtlanmasına sebep olmaktadır⁵³³.

4.2.3. Üretim Pazarlama ve Teknik Gelişmenin Sınırlandırılması

Kanun'un 6/2 (e) maddesi ile üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından sınırlandırılması yasaklanmıştır. Ancak madde lafzında da belirtildiği üzere bu fiillerin kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi için ilgili pazarda tüketicinin zararına sonuçlar doğurması gerekmektedir⁵³⁴.

⁵³¹ Sanlı, s. 307 ve 236 no'lu dipnot.

⁵³² Hilti, ATRG (1998) L.65/19; Şiramun, s. 59; Sanlı, s. 307 ve 236 no'lu dipnot.

⁵³³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 494.

⁵³⁴ Karakeçili/Alagöz/Çalış, s. 79.

Aynı şekilde ABİDA'nın 102. maddesinin (b) bendinde, “*tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, piyasaların ya da teknik gelişmenin sınırlandırılması*” bir tür kötüye kullanma şekli olarak düzenlenmiştir.

Hâkim konumdaki teşebbüs, özellikle yüksek giriş engellerinin bulunduğu durumlarda, mevcut ve potansiyel rekabet baskısını dikkate almadan verimlilikten uzak bir şekilde faaliyette bulunacaktır. Bu durumun sonucu olarak özellikle üretim, pazarlama veya teknoloji gibi alanlarda gelişme yavaşlayacak ve bu durağanlığın sonucu olarak genel ekonominin zarar görmesi, ürünlerin miktar ve kalitesinin azalması söz konusu olacaktır⁵³⁵.

Bu nedenle, yapılan düzenlemeler ile hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, bulunduğu durumun kendisine tanıdığı imkânlardan yararlanarak, piyasa koşulları ile müşterilerin talep ve beklentilerini dikkate almadan faaliyette bulunmaması amaçlanmıştır⁵³⁶.

Ancak piyasada yüksek giriş engellerinin bulunmadığı veya uygulamaları haklı kılacak nedenlerin bulunduğu hallerde, üretim, pazarlama veya teknolojik ilerlemenin kısıtlandığı bir durum kötüye kullanma olarak nitelendirilemez⁵³⁷. Hâkim durumdaki teşebbüs giriş engelleri bulunduğu durumda kendi piyasasında ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olduğundan gelişim ve ilerleme zorunluluğu hissetmeyecektir. Ancak ilgili piyasada giriş engellerinin bulunmadığı veya etkili olmadığı hallerde ise, hâkim teşebbüs potansiyel rekabet baskısı altında kalacak ve piyasadan dışlanmamak amacıyla, rekabet kurallarının müdahalesine gerek olmaksızın verimli olmayı ve teknolojik gelişmeyi önemseyecektir⁵³⁸. Eğer hâkim teşebbüsün verimsiz bir tutum sergilemesi, kriz vb. piyasa koşulları şeklinde haklı bir ekonomik sebebe dayanıyor ise artık hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir⁵³⁹.

⁵³⁵ Sanlı, s. 271.

⁵³⁶ Sanlı, s. 271.

⁵³⁷ Sanlı, s. 271.

⁵³⁸ Sanlı, s. 271.

⁵³⁹ Şiramun, s. 63.

Komisyon ve divanın bu konuda verdiği kararlardan, maddenin içeriğini daha iyi anlamak mümkündür. United Brands'ın kendi dağıtım ve satış ağına ait yavru şirketlerine, yeşil muz satma yasağı koyması, Komisyon ve AAD tarafından, pazarın sınırlandırılması suretiyle 102. maddenin 2. fıkrasına aykırı kabul edilmiştir. United Brands'ın getirdiği bu yasağın ile muz ancak yeşilken taşınabilmekte ve sarartma işleminden sonra, muzun tekrar satışı imkânsız hale gelmektedir. United Brands bu yasağına gerekçe olarak, markasını ve ticari itibarını koruma yükümlülüğünü göstermiş ise de, AAD bir markanın kalitesinin korunmasının, pazarın sınırlandırılmasından çok daha önemsiz olduğu ve marka itibarının korunmasının tek yolunun da yeşil muz satma yasağı olmadığı gerekçesiyle United Brands'ın bu savunmasını yerinde bulmamıştır⁵⁴⁰.

4.2.4. Aşırı (Fahiş) Fiyat

RKHK'nın 6. maddesinde düzenlenen kötüye kullanma halleri arasında, aşırı fiyatlandırma yolu ile kötüye kullanmadan açıkça bahsedilmemektedir. Ancak, 6. maddede sayılan kötüye kullanma halleri sınırlı olarak belirlenmemiş ve yalnız örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin "*bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*" hükmünün aşırı fiyatlandırma yolu ile hâkim durumun kötüye kullanılmasını da kapsadığı kabul görmektedir⁵⁴¹. Aşırı fiyatlandırma, sağlanan ürünün ekonomik değeri ile makul bir ilişki kurulamayacak derecede fazla fiyat uygulamak olarak tanımlanmaktadır⁵⁴².

⁵⁴⁰ Efem/Badur, s. 139.

⁵⁴¹ Sanlı, s. 273; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 512; Aşçıoğlu Öz, s. 171; Gürkaynak, Gönenç, "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Özel Bir Görünümü Şekli Olarak Aşırı Fiyatlandırma", Çimento İşveren Dergisi Sayı:6, Kasım 2012, s. 38, www.ceis.org.tr (12.01.2013).

⁵⁴² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.04.2001, Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 02-13/127-54, Karar Tarihi: 08.03.2002; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 08-01/5-4, Karar Tarihi:

Hâkim durumdaki teşebbüslerin sömürücü nitelik taşıyan aşırı fiyatlandırma uygulamaları Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda da bir kötüye kullanma hali olarak kabul edilmektedir. ABİDA 102. maddenin (a) bendin gereğince, “*Adil olmayan alış veya satış fiyatlarının veya sözleşme koşullarının, doğrudan veya dolaylı olarak kabul ettirilmesi*” hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir. Bu düzenleme, hâkim teşebbüsün piyasa gücünü kullanarak ekonomik açıdan makul ve haklı kabul edilemeyecek derecede yüksek fiyat uygulamasını ve bu suretle haksız kazanç elde etmesini yasaklamakta ve kötüye kullanma hali olarak kabul etmektedir⁵⁴³.

Rekabet Kurulu çeşitli kararlarında aşırı fiyatlandırmayı hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirmiştir. Kurul’un, aşırı fiyatlama tespit ettiği Belko kararı, hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyatlama davranışının kanundaki yerine ve aşırı fiyatın tespitine ilişkin önemli bir karardır. Kurul, yasal düzenlemeler sonucunda Ankara ilinde kömür ithalatı ve satışı hakkını münhasıran elinde bulunduran bir belediye teşebbüsü olan Belko’nun Ankara ısınma amaçlı kömür pazarındaki hâkim durumunu aşırı fiyat uygulayarak kötüye kullandığı iddiasını değerlendirmiştir. Kurul, öncelikle ilgili teşebbüsün yasal olarak sağlanmış bir tekel hakkının olduğu ve pazarın yeni girişlere mutlak anlamda kapalı olduğu hususlarını belirlemiştir. Bununla birlikte, bu tür oluşumlarda başta fiyatlama konusunda olmak üzere çeşitli vasıtalarla gerçekleştirilmesi olası suistimallerin önüne geçilmesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılmamış, şirketin fiyatlama stratejisi tamamen kendi inisiyatifine bırakılmıştır. Bu durumun sonuçları ise, alımlarda şirket çıkarlarına azami düzeyde özen gösterilmemesi, aşırı istihdam yaratılması, etkin olmayan bir yönetim tarzı sonucu olması gerekenden yüksek gerçekleşmiş maliyetler ve nihai olarak da yüksek fiyatlar şeklinde görülmektedir⁵⁴⁴.

Söz konusu kararda aşırı fiyatlamanın RKHK kapsamında ele alınmasına yönelik şu değerlendirmeler yapılmıştır:

03.01.2008; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 11-43/921-290, Karar Tarihi: 14.07.2011.

⁵⁴³ Sanlı, s. 272.

⁵⁴⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.04.2001; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 08-37/502-182, Karar Tarihi: 05.06.2008.

“Uygulamada kanunda öngörülenlerden başka bir takım kötüye kullanma hallerinin benimsenebileceğine göre, tekerci fiyatında bunlardan biri olmaması için bir sebep bulunmamaktadır. ...tekerci fiyat tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin sebeplerinden biridir ve eğer antitekel hükmü ile izlenen amaç tekelden kaynaklanan olumsuzlukların bertaraf edilmesi ise, bu uygulamanın yasaklama kapsamında kabul edilmesi doğal bir netice olarak karşımıza çıkmaktadır. ...her ne kadar fiyatlara müdahale mercii olmasa da Rekabet Kurumu, gerek sömürücü gerekse dışlayıcı sonuçlar doğuran hâkim durumdaki teşebbüslerin bu tür uygulamaları karşısında önlem alma zorunluluğunda olan yegâne kurum olarak karşımıza çıkmaktadır”⁵⁴⁵.

Kurul’un bu değerlendirmesinden de açıkça anlaşılacağı üzere hâkim durumdaki teşebbüslerin aşırı fiyat uygulaması, RKHK kapsamında ele alınması gereken bir kötüye kullanma hali olarak kabul edilmektedir.

Rekabet otoriteleri tarafından aşırı yüksek fiyatlara Rekabet Hukuku kuralları ile müdahale edilmesinde fiyatın fahiş olup olmadığının belirlenmesi son derece önemlidir. Rekabet Kurulu, Belko kararıyla aşırı fiyatın tespitine yönelik olarak benimsediği yöntemi de açıkça ortaya koymuştur; *“...tekerci fiyatın tespitinde esas olan kriterlerden en önemlisi "ürünün ekonomik değeri"nin analizidir. Başka bir ifadeyle, emsal ürünlerin pazar özellikleri itibarıyla karşılaştırılabilir olan nispeten rekabetçi diğer coğrafi pazarlardaki fiyatının söz konusu fiyatlarla kıyaslanması, tekerci fiyat uygulamalarının tespitinde en önemli aşamayı oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ürün maliyetlerinin net ve kesin olarak hesaplanabildiği durumlarda maliyet - fiyat ilişkisi de önem kazanmaktadır.”*

Bu ifadelerde de görüldüğü üzere fiyatın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, tüketicinin gözünde kullanım amacı, işlevi bakımından aynı ve benzer sayılabilecek mal veya hizmetin ilgili pazarda ve komşu pazarlardaki fiyatıyla karşılaştırmak veya

⁵⁴⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.04.2001; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 08-37/502-182, Karar Tarihi: 05.06.2008.

tüm üretim maliyeti toplamı ile fiyatı karşılaştırmak gibi yöntemler kullanılmaktadır⁵⁴⁶.

Belko kararı ile Kurul'un tavrını sergilediği konulardan biride aşırı fiyatlandırma suretiyle rekabetin kısıtlanmasına yönelik tedbir alınması gerekliliği ve bu amaçla hâkim teşebbüsün fiyatlarının denetlenebileceğidir. Kurul, "...*fiyat seviyeleri ile ilgili olarak varılacak sonuçlar, fiyatların ne seviyede belirlenmesine hükmedilmesi değil, ne seviyeler de olmaması gerektiği şeklinde olacaktır.*" anlayışından hareketle RKHK'nın 9/1. maddesi uyarınca Belko'ya "*kömür satış fiyatlarının, rekabetçi piyasalardaki fiyatlar ile kıyaslanabilir makul seviyelere indirilmesi gerektiğinin*" bildirilmesine karar vermiştir⁵⁴⁷. Görüldüğü üzere bu tür uygulamalarda, fiyat seviyeleriyle ilgili olarak varılacak sonuçlar, fiyatların ne seviyede belirlenmesine hükmedilmesi değil ne seviyelerde olmaması gerektiği şeklinde olacaktır.

Doktrinde, piyasa ekonomisinde pazara hâkim teşebbüslerinde, her teşebbüs gibi kârını arttırmaya çalışmasının doğal sayılması ve bu nedenle fiyata herhangi bir şekilde müdahalenin Rekabet Hukuku çerçevesinde gerçekleşmemesi gerektiği, ayrıca bir pazarda söz konusu olan yüksek karların, diğer teşebbüsleri de piyasaya çekeceği ve rakipler açısından pazarı cazip hale getirerek rekabeti arttıracığı ve buna müdahale etmenin liberal ekonomi düzeni ile bağdaşmayacağını savunanlar⁵⁴⁸ olduğu gibi, tıpkı birden fazla teşebbüsün anlaşmalar yoluyla yüksek fiyat tespit etmesinin hukuka aykırı kabul edilmesi gibi, hâkim teşebbüs tarafından tek taraflı olarak yüksek fiyat belirlenmesinin de Kanun kapsamında yer alması ve dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanılması sayılması gerektiğini⁵⁴⁹ savunanlar da vardır. Sanlı'ya göre aşırı yüksek fiyatlamanın, uzun dönemde piyasaya yeni girişleri sağlayacağı ve bu sayede artan arzla birlikte fiyatların düşeceği, dolayısıyla bir kötüye kullanma sayılmaması gerektiğinin kabulü, ancak pazara giriş engellerinin

⁵⁴⁶ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 201; Aşçıoğlu Öz, s. 170.

⁵⁴⁷ Ünal, Çiğdem, "Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri", Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s. 70.

⁵⁴⁸ Akıncı, Ateş, "RKHK Üzerine Eleştirel Bir Bakış, RKHK'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi", TES-AR Yayınları No:20, Ankara 1996, 51 vd.

⁵⁴⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 507; Sanlı, s. 312 ve 262 no'lu dipnot.

bulunmaması halinde bir anlam ifade edebilecektir⁵⁵⁰. Kanaatimizce de aşırı fiyatları piyasanın kendi kontrolüne bırakmak, özellikle piyasada doğal tekel ve yasal tekel bulunduğu durumlarda olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Teşebbüslerin diledikleri gibi fiyat belirleyebilmeleri sonucunda, aşırı yüksek fiyatlarla mal ve hizmetlerden yararlanmak zorunda kalan tüketicilerin sömürülmeleri söz konusu olacaktır. Bununla birlikte piyasaya girişlerin kısıtlı olması halinde piyasanın kendi kendini düzeltmesi mümkün olamayacaktır.

Makul fiyat düzeyinin ve dolayısıyla fahiş fiyatın tespit edilmesinin zorluğu ve fiyatlama davranışlarına müdahalenin piyasaya girişleri caydırarak zararlı etkiler doğurabileceği endişesiyle Kurul, aşırı fiyatlamaya ilişkin müdahale alanını daraltmıştır⁵⁵¹. Bu çerçevede Kurul, genel olarak piyasada yasal ya da doğal tekel niteliğinde bir teşebbüs varsa ve ilgili piyasada fiyata ilişkin bir düzenleme yoksa aşırı fiyatlamaya Rekabet Hukuku çerçevesinde müdahale edilebileceği görüşünü benimsemiştir⁵⁵².

Rekabet Kurulu, Belko kararında⁵⁵³ şirketin kötü yönetim sonucunda maliyetlerinin artması ve bu nedenle aynı nitelikli kömürlere benzer illere göre % 50-60 yüksek fiyat belirlemesi, RKHK'nın 6. maddesi kapsamında kötüye kullanma kabul etmiştir.

⁵⁵⁰ Sanlı, s. 273.

⁵⁵¹ Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında aşırı fiyatlandırma yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış olup, fiyat düzenlemesinin teşebbüslerin rekabet etme, yatırım yapma ve arge güdülerini azaltarak tüketici refahına zarar verebileceği, bu nedenle rekabet otoriteleri tarafından aşırı fiyatlamaya istisnai hallerde müdahale edilmesi gerektiği görüşü genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ünal, Çiğdem, "Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar", Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 173-175.

⁵⁵² Aşırı fiyatlama konusunun incelendiği 07.12.2011 tarih, 11-60/1565-556 sayılı kararında Kurul; "... makul fiyat düzeyinin ve dolayısıyla aşırı fiyatın tespit edilmesinin zorluğu, teşebbüslerin fiyatlama davranışlarına müdahalenin piyasanın işleyişine engel olarak orta ve uzun vadede piyasaya girişleri caydırarak zararlı etkiler doğurabileceği endişesi, fiyat düzenlemesine ihtiyaç duyulan sektörlerde rekabet otoritesince yapılacak müdahalenin etkin olmayacağı ve kalıcı sonuçlar veremeyeceği öngörüsüyle aşırı fiyatlamaya ilişkin müdahale alanını daraltmıştır" ... "Sıkı bir fiyat düzenlemesinin söz konusu olduğu beşeri ilaç piyasasında şikayete konu ihaleler bakımından gerek Roche gerek Hürriyet Ecza Deposu tarafından uygulanan fiyatların düzenlemeler ile öngörülen sınırlar içerisinde kaldığı, dolayısıyla hâkim durumda olsalar dahi, bu teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının kötüye kullanma niteliğinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır." Bu yöndeki görüşler için bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 175.

⁵⁵³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 01-17/150-39 Karar Tarihi: 06.04.2001; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 06-92/1176-354 Karar Tarihi: 20.12.2006.

Rekabet Kurulu, ASKİ kararında ise sadece faaliyet giderleri esas alındığında ASKİ'nin %56 karlı olduğunu, ancak finansman dikkate alındığında zararına satış yapıldığını tespit etmiştir. ASKİ, İSKİ ile karşılaştırılmış ve ürünün %10-20 pahalı fiyatla satıldığı tespit edilmiş, bu nedenle ASKİ'nin aşırı fiyat uygulamadığı tespit edilmiştir.”⁵⁵⁴. Görüldüğü üzere Rekabet Kurulu, ürünün ekonomik değerini esas almakta olup, ASKİ kararında ürünün %10-20 daha pahalıya satılması makul fiyat olarak kabul edilirken, Belko kararında şirketin zarar ediyor olmasına rağmen ürünün %50-60 pahalıya satılması fahiş fiyat olarak kabul edilmiştir.

Aynı şekilde internet üzerinden etkinlik bileti satışı yapan Biletix'in satılan bilet fiyatlarına fahiş tutarda hizmet, işlem ve kargo bedeli uyguladığı iddiasının değerlendirildiği Biletix kararında hâkim durum değerlendirilmesi yapmaksızın kötüye kullanma değerlendirmesi yapan Kurul, bilet fiyatıyla hizmet bedeli ve işlem bedelini karşılaştırarak kararda %11,11 ila %17,78 aralığında olduğu tespit edilen farkı aşırı bulmayarak şikayetin reddine karar vermiştir⁵⁵⁵.

Kurul, aynı zamanda ürünün alternatiflerin olup olmadığına bakmakta ve eğer alternatifleri varsa aşırı fiyat belirlemeyi kötüye kullanma olarak kabul etmemektedir⁵⁵⁶. Rekabet Kurulu vermiş olduğu bir kararında, Türk Telekom'un santrallerden GSM operatörleri için yer, enerji, donanım sağlama yükümlülüğü olmadığı, özel mülklerden de yararlanılabileceği, bu nedenle yapılan yatırımların maliyetlerinin uzun dönemde karşılanabilmesi amacıyla uzun süreli anlaşmalara göre kısa süreli anlaşmalara daha yüksek fiyat konmasını kötüye kullanma olarak kabul etmemiştir⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 01-12/114-29 Karar Tarihi: 13.03.2001.

⁵⁵⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 07-18/164-54 Karar Tarihi: 01.03.2007.

⁵⁵⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 514.

⁵⁵⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 01-41/411-105 Karar Tarihi: 28.08.2001; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 12-10/328-98, Karar Tarihi: 08.03.2012.

Avrupa Birliği uygulamasında aşırı veya haksız fiyatın belirlenmesinde, genelde maliyet ağırlıklı bir değerlendirme yapılmakta ve bunun mümkün olmadığı hallerde, eşdeğer mal ve hizmetler bakımından karşılaştırmalı fiyat analizleri uygulanmaktadır⁵⁵⁸. Avrupa Adalet Divanı, bir mal ya da hizmet için talep edilen bedelle, bu mal ya da hizmet ile sağlanan faydanın ekonomik değerini göz önüne almakta ve satıcı tarafından talep edilen bedelle, mal ya da hizmetin ekonomik değeri arasında bir denge, bir oransallık olmasını aramaktadır. Böyle bir dengenin söz konusu olmadığı hallerde, bu durumun fahiş fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması olacağı belirtilmektedir⁵⁵⁹.

Komisyon General Motors⁵⁶⁰ kararında aşırı fiyatlamayı detaylı olarak ele almıştır. Bu kararda Komisyon, “*fiilen katlanılan maliyetler ile fiilen uygulanan fiyatlar arasındaki olağandışı farklılık*” vurgulanarak, hâkim durumda bulunan General Motors’un aşırı fiyatlama davranışını kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. AAD, Komisyon’un incelemesinden önce fiyatların düşürülmüş olması sebebiyle kararı bozmuş, ancak sunulan hizmetin ekonomik değerine kıyasla aşırı fiyat uygulanmasının kötüye kullanma teşkil edeceğini kabul etmiştir. Söz konusu olayda AAD, hâkim durumdaki teşebbüsün etkin rekabetin olması halinde elde edemeyeceği imkânlardan faydalanarak, sunulan ürünün ekonomik değerine kıyasla aşırı fiyat uygulamasının önemine vurgu yapmış, General Motors tarafından üretilen malın fiyatı ile bu malı satın alanlara sağlanan ekonomik değeri karşılaştırmıştır⁵⁶¹. Ekonomik değer tespiti için, karşılaştırılabilir mal ya da hizmetlerin fiyatlarının esas alınması gerektiği belirtilen kararda, ekonomik değer üstünde fiyatlandırmanın kötü niyetin varlığına karine teşkil ettiği belirtilmiştir⁵⁶².

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasına ilişkin bir diğer karar United Brands Davası’nda⁵⁶³, AAD, yüksek fiyat ve karlılığın mutlaka adil fiyat uygulanmadığı anlamına gelmediği sonucuna varmış; aşırı fiyat uygulaması ile hâkim durumun

⁵⁵⁸ Sanlı, s. 272; Gürkaynak, Aşırı Fiyat, s. 39.

⁵⁵⁹ Aşçıoğlu Öz, s. 170.

⁵⁶⁰ General Motors, ATKD (1975) 1367; Şiramun, s. 43.

⁵⁶¹ Ünal, s. 28.

⁵⁶² Şiramun, s. 43.

⁵⁶³ United Brands, ATKD (1978) 207; Şiramun, s. 43.

kötüye kullanılması halinin, mantık dâhilinde bir fiyatlandırmanın dışına çıkılması durumunda, ortaya çıktığına işaret ederek, fahiş fiyat uygulaması "*piyasaya sunulan ürünün ekonomik değeriyle makul bir ilişkisi olmayan aşırı fiyatların uygulanması*" olarak tanımlamıştır⁵⁶⁴. Söz konusu olayda Komisyon, United Brands'in Almanya, Danimarka ve Benelüks ülkelerinde uyguladığı muz fiyatının hem İrlanda'da uyguladığı muz fiyatlarından hem de farklı firmaların aynı kalitedeki markalı ve markasız muzlarının satış fiyatlarından yüksek olduğunu tespit etmiş ve aşırı fiyatlandırma yapıldığına karar vermiştir. AAD ise, Komisyon'un bu kararını United Brands'in maliyet yapısı hakkında inceleme yapmadığı gerekçesi ile bozarak, aşırı fiyatlandırma olduğu sonucuna varılabilmesi için, maliyet unsurlarının ayrıntılı biçimde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır⁵⁶⁵.

Sonuç olarak, Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukundaki yasal düzenlemeler ve uygulamalar dikkate alındığında her iki hukuk sisteminde de fahiş fiyat uygulamalarının bir kötüye kullanım hali olarak kabul edildiği görülmektedir⁵⁶⁶. Aşırı fiyatın rekabet ihlali olarak kabul edilebilmesi için hâkim durumdaki firmanın fiyatının önemli ölçüde rekabetçi fiyatın üzerinde olması gerekir. Ancak burada belirlenen fiyatın fahiş olup olmadığının net olarak tespit edilmesi önem taşımakla birlikte, makul fiyat tespitinin güç olması nedeniyle, rekabetçi fiyatı belirlemek çoğu durumda mümkün olamamaktadır. Bu nedenle bir mal veya hizmet için talep edilen fiyatın aşırı/haksız olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken öncelikle o mal veya hizmetin üretiminde katılan maliyetlere bakılmakta ve teşebbüsün kendi uyguladığı fiyatları veya aynı nitelikte mal veya hizmet sunan başka teşebbüslerin uyguladıkları fiyatları esas alan bir karşılaştırma yapılmaktadır⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Ünal, Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar, s. 166.

⁵⁶⁵ Şiramun, s. 43.

⁵⁶⁶ Aktaş, s. 77.

⁵⁶⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 11-32/663-206, Karar Tarihi: 26.05.2011; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları; Karar Sayısı: 12-53/1497-524, Karar Tarihi: 01.11.2012.

IV. Kötüye Kullanmanın Sonuçları

1. Rekabet Hukuku Yaptırımları

1.1. İdari Para Cezaları

RKHK'nın etkin ve caydırıcı olabilmesi için, rekabeti sınırlayıcı eylemlere karşı çeşitli idari yaptırımların uygulanması zorunludur. Bu amaçla 1/2003 sayılı Tüzük ile Komisyon'a verilmiş olan benzer yetki ve görevler RKHK ile Rekabet Kurulu'na tanınmıştır⁵⁶⁸.

RKHK'nın 20. maddesine göre, “*mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişiminin temini ile bu Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğine haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurulu teşkil etmiştir.*”

RKHK'nın 27. maddesi incelendiğinde ise, Kurul'un yasayla kendisine yüklenen görevleri yerine getirebilmek amacıyla düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip olduğu görülmektedir⁵⁶⁹. Kurul'un yaptırım uygulama yetkisini düzenleyen Kanun'un 16. ve 17. maddeleri gereğince; Kurul, Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezası uygulayabilir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Şiramun, s. 98.

⁵⁶⁹ Badur, Emel/ Ertem, Burcu, “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, Rekabet Dergisi Sayı:33, Rekabet Kurumu Yayınları, Ocak Şubat Mart 2008, s. 4, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

⁵⁷⁰ Badur/Ertem, s. 4.

Para cezaları gerçek kişilere ve tüzel kişilere uygulanabileceği gibi yabancı teşebbüslere ve bu teşebbüslerin yönetim kurulu üyelerine de uygulanabilir⁵⁷¹. Kanun'un 3. maddesinde yer alan teşebbüs birliği tanımında, tüzel kişiliği haiz olmayan her türlü birliklerin de kapsama dâhil edilmiş olduğu görülmektedir. Tüzel kişilikten yoksun olan topluluk, davacı sıfatına haiz olmadığı gibi bu tür toplulukların icra takipleri açısından aktif ve pasif takip ehliyetleri de bulunmamaktadır⁵⁷². Bu nedenle tüzel kişilikten yoksun topluluklara karşı husumet de yöneltilemeyeceğinden, husumetin bütün ortaklara yöneltilmesi gerekir⁵⁷³.

Ayrıca RKHK'nın "İdari Para Cezaları" başlığı altındaki 16. maddesinin gerekçesinde de "... para cezaları teşebbüs niteliğindeki gerçek kişilere, tüzel kişilerde tüzel kişiliğe, tüzel kişiliği olan teşebbüs birliklerinde tüzel kişiliğe, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliklerinde bu birliği oluşturan üyelere verilir. Ayrıca tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de caydırıcı olmak amacıyla şahsen para cezası verileceği fıkrası da ilave edilmiştir" denilerek tüzel kişiliği olmayan teşebbüslerin üyelerine para cezasının uygulanabileceği hususuna değinilmiştir.

Bu çerçevede Kurul tarafından, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliği uygulamaları sonucunda rekabet ihlal ediliyor ise, cezadan bütün üyelerin müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmekle birlikte⁵⁷⁴, bu husus da doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Topçuoğlu "*tüzel kişilikten yoksun teşebbüs birliklerinin ne dava ne de takip edilebilmeleri mümkün değildir*" değerlendirmesini yaparak, tüzel kişilik bulunmadığı hallerde, karara katılan teşebbüslerin sorumlu tutulması görüşünü isabetli bulmamaktadır⁵⁷⁵. Buna karşın İnan, bu birliklerin BK md. 620

⁵⁷¹ Güven, Rekabet Hukuku, s. 663.

⁵⁷² KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2013, s. 84.

⁵⁷³ Topçuoğlu, s. 118; Güven, Rekabet Hukuku, s. 664.

⁵⁷⁴ Kurul tarafından verilen para cezası (md. 16) veya süreli para cezası (md. 17) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun (AATUHK) hükümlerine göre tahsil edilecektir (md. 55/2). "... Tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir" (AATUHK mükerrer md. 35).

⁵⁷⁵ Topçuoğlu, s. 125.

uyarınca adi ortaklık⁵⁷⁶ olarak kabul edilmesi gerektiğini ve adi ortaklık hükümleri uyarınca verilen cezalardan üyelerin müşterek ve müteselsilen sorumlu olacağını belirtmektedir⁵⁷⁷.

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁷⁸ ile RKHK'nın idari para cezalarını düzenleyen 16. ve 17. maddelerinde de değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler sonucunda belirli miktarlara dayanan maktu para cezaları verilmesi uygulaması terk edilerek sadece ciroya göre para cezası verilmesi sistemi getirilmiştir⁵⁷⁹.

RKHK'nın 16. maddesine göre; bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler uyarınca cezaya esas alınacak yıl, nihai karardan bir önceki mali yıl olup, Rekabet Kurulu genel olarak ihlalin gerçekleştirildiği ilgili pazardaki ciroyu değil, teşebbüsün toplam cirosunu para cezasına esas almaktadır.

⁵⁷⁶ Benzer görüşler için bkz. Akıncı, Ateş, "Rekabetin Yatay Kısıtlanması", Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001, s. 285; Güzel, s. 60. Adi ortaklık Borçlar Kanunu md. 620 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. BK 620. maddesi, adi ortaklığın tanımını yapmakla birlikte esasen bu tanım, genel olarak ortaklık sözleşmesinin tanımıdır. Anılan maddeye göre "*adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici özelliklerini taşııyorsa, bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır.*" Adi ortaklık, iki veya daha fazla kimsenin, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan, iktisadi veya ideal bir amaca yönelik, bu amacı gerçekleştirmeye hizmet edecek her türlü edimi katılma payı olarak taahhüt ettikleri, ortakların ortaklık borçlarından dolayı sınırsız, birinci derece ve müteselsilen sorumlu oldukları, tüzel kişilikten yoksun bir ortaklıktır (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, s.42).

⁵⁷⁷ İnan, Nurkut, "AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) Yenilikler", Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Şubat 2001, s. 104, 105, www.rekabet.gov.tr (06.12.2013).

⁵⁷⁸ 08.02.2008 Tarih ve 26781 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁷⁹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s. 259.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasına benzer bir şekilde temel para cezasının hesaplanmasının ardından, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar dikkate alınarak, temel para cezası üzerinden cezada arttırma veya indirme uygulanmaktadır⁵⁸⁰. RKHK'nın 16/5. maddesi gereğince Kurul, ihlalin tekerrürü, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın niteliği gibi unsurları cezanın ölçüsünü belirlemede esas alır.

Kurul, ilgili teşebbüslerin ihlale son verdiğini ispatlaması, etkin pişmanlık ile yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricindeki işbirliđi⁵⁸¹, ihlalde kamu otoritelerinin de teşvikinin olması, piyasanın küçüklüğü⁵⁸² ve ihlalin etkileri gibi hususları hafifletici sebep olarak kabul etmektedir⁵⁸³.

⁵⁸⁰ Arı, Haluk/ Aygün, Esin, "Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri", Rekabet Dergisi Sayı: 40, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim Kasım Aralık 2009, s. 21, www.rekabet.gov.tr (02.03.2014). Bkz. 27142 Sayılı Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik md. 4/1 (b).

⁵⁸¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 04-54/749-186 Karar Tarihi: 17.08.2004.

⁵⁸² Rekabet Kurulu'nun 18.09.2000 tarihli ve 00-35/393-220 sayılı Türk Eczacılar Birliği kararında, "İlaç pazarındaki dikey ilişkilerde eczanelerin belirleyici güce sahip olmaması, 19.000 eczacının iradesini temsil eden TEB'in bünyesinde alınan ve dayanağını ilgili mevzuattan almayan benzer kararların etkin bir şekilde uygulanmasının neredeyse mümkün olmaması, pazarda oluşabilecek muhtemel zararın ağırlılığının fazla olmadığını göstermektedir." ifadelerinden zararın azlığının hafifletici sebep olarak kabul edildiği görülmektedir. Hafifletici unsurların esas alındığı benzer kararlar için Bkz. 26.03.2002 tarih ve 02-16/176-70 sayılı, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı, 01.12.2004 tarih ve 04-76/1086-271 sayılı, 07.01.2005 tarih ve 05-02/18-9 sayılı, 26.07.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı, 06.05.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı, 29.01.2007 tarih ve 07-10/63-19 sayılı, 30.05.2006, 06-37/477-129 sayılı Rekabet Kurulu Kararları.

⁵⁸³ Bkz. Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik md.7. Ayrıca Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı'nın 8. maddesine göre; "(1) Kurul, aşığıdaki gibi koşulların varlığı halinde idari para cezasında her bir unsur için 1/3 oranına kadar indirim uygular:

- a) Rakipler arasında fiyat tespiti, müşteri veya pazar paylaşımı, ihalelerde danışıklı teklif verme, arz miktarının kısılması, her türlü alım ve satım koşullarının belirlenmesi gibi ağır ihlaller hariç olmak üzere, Kurul tarafından incelemeye başlanıldığından haberdar olunması üzerine ihlale son verildiğinin ilgililer tarafından ispat edilmesi,
- b) İhlal neticesinde ortaya çıkan zararın kısmen veya tamamen tazmin edilmiş olmasının ispat edilmesi,
- c) Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında ve yasal yükümlülüğün ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması,
- ç) Teşebbüsün ihlal konusu davranışının kamu kurumlarının teşviki ve zorlaması gibi müdahaleleri neticesinde meydana geldiğinin ispat edilmesi,

Soruşturma açılmasına rağmen ihlale devam edilmesi, ilgili ürünün ağırlığı, ekonomik güç, ihlalde aktif rol üstlenilmesi⁵⁸⁴, kastın varlığı, ihlalin uzun süre devam etmesi, başta yerinde incelemelerin engellenmesi hali olmak üzere ön araştırma ve soruşturmaların çeşitli şekillerde engellenmesi ile eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması gibi haller dikkate alınan ağırlaştırıcı unsurlar arasında yer almaktadır⁵⁸⁵.

Avrupa birliği uygulamasında ABİDA 102. maddesinden dolayı meydana gelen ihlallerle ilgili para cezaları 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nde düzenlenmiş ve ilgili Tüzüğün 23/2. maddesine göre; esasa ilişkin ihlallerde uygulanacak cezanın teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin bir önceki iş yılı toplam cirolarının % 10'unu geçemeyeceği kabul edilmiştir⁵⁸⁶. Tüzüğün 25 ve 26. maddeleri ise zamanaşımı sürelerini düzenlemekte olup, bu hükümlere göre bilgi istemeye veya soruşturmaya ilişkin ihlallere uygulanacak cezaları düzenleyen hükümlerin ihlali halinde üç yıl, 23. ve 24. maddeleri uyarınca alınan kararların uygulanması ise, beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır⁵⁸⁷.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce rekabet ihlallerinin soruşturulmasına ilişkin zamanaşımına ilişkin tek

d) Teşebbüsün kayda değer ölçüde rekabetçi davranışlar da sergilemek suretiyle ihlale katılımının sınırlı olduğunu ispatlaması. Bir teşebbüsün anılan ihlale diğer teşebbüslere göre daha kısa süreli katılımı hali temel para cezasının tespitinde dikkate alındığından bu kapsamda ayrıca indirim nedeni olarak değerlendirilmez.

(2) Kurul tarafından bu madde uyarınca idari para cezasında yapılacak indirim oranı toplamda 3/4 ü aşamaz."

⁵⁸⁴ Yürürlükte bulunan Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 6/2. maddesi (c) bendine göre, teşebbüslerin ihlale zorlanması halinde dörtte biri kadar ceza arttırılabilir. Ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı'nın 7. maddesine göre; diğer teşebbüsleri ihlale zorlama veya ihlalin yürütülebilmesi amacıyla diğer teşebbüslere çeşitli yaptırım ve misillemelerde bulunma gibi eylemlerle ihlalde aktif rol oynanması halinde, para cezası % 50'yi, toplamda ise bir katını aşmamak üzere Kurul tarafından artırılır.

⁵⁸⁵ Aygün, Esin, "Rekabet Hukukunda Para Cezaları Teori ve Uygulama", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 86, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2008, s. 64; Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik md.7. Ayrıca ağırlaştırıcı unsurların dikkate alındığı kararlar için bkz. 06.09.2002 tarih ve 02- 53/685-278 sayılı, 10.10.2005 tarih ve 05-66/946- 255 sayılı, 10.3.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı, 4.11.2004 tarih ve 04-70/1012-247 sayılı Kurul Kararları.

⁵⁸⁶ Aygün, s. 34, 35.

⁵⁸⁷ Aygün, s. 36 ve 78 no'lu dipnot.

düzenleme yine 4054 sayılı Kanun'da yer almaktaydı. Bu Kanun'un mülga 19. maddesi gereğince ihlalin soruşturmaya konu olup olamayacağına ilişkin düzenlenmiş beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanabilirliği 5728 Sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Böylelikle Kabahatler Kanunu'nun 3/2. maddesi gereğince, Rekabet Kanunu'nun uygulanmasında dikkate alınacak zamanaşımı süresi Kabahatler Kanunu ile düzenlenmiştir⁵⁸⁸. Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi gereğince nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zaman aşımı süresi 8 yıl olup, bu madde hükmü esas alınacaktır. Böylelikle ihlalin, Rekabet Kurulu tarafından soruşturmaya tabi olup olamayacağı, Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin 4. fıkrası gereğince, kabahate ilişkin fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesinden itibaren 8 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Rekabet Kurulu, yapılan bu düzenlemelerden önce zamanaşımına uğrayan bir ihlal için soruşturma başlatabilse dahi para cezasına hükmedemezken, Kabahatler Kanunu 20. maddesi gereğince, 8 yıllık zamanaşımı süresinin dolması halinde soruşturmaya dahi başlayamayacaktır. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış eylem hakkında ceza vermeye yetkili otoritenin idari para cezası verme yetkisi yeni düzenleme sonucunda ortadan kalkmıştır⁵⁸⁹.

Diğer bir zamanaşımı süresi, idari para cezasının infazına uygulanacak zamanaşımı süresidir. 5728 sayılı Kanun'dan önce, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 102. maddesi gereğince, Rekabet Kurulu tarafından verilen para cezaları beş yıl içinde tahsil edilemezse zamanaşımına uğramakta idi. Ancak 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucunda para cezalarının infazına ilişkin zaman aşımı süreleri Kabahatler Kanunu ile belirlenmektedir⁵⁹⁰. İdari para cezalarının infazına ilişkin zamanaşımı süresi Kabahatler Kanunu'nun 21. maddesi ile düzenlenmiş olup, ceza miktarının ağırlığına göre zamanaşımı süresi artmaktadır⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ Güven, Rekabet Hukuku, s. 681.

⁵⁸⁹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 279; Arı, Buket, "Rekabet İhlallerinde Zamanaşımı Sorunu", www.rekabet.gov.tr (12.10.2013).

⁵⁹⁰ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 279.

⁵⁹¹ Kabahatler Kanunu md. 21; "(1) Yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idari para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar artık yerine getirilemez.

(2) Yerine getirme zamanaşımı süresi;

a) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idari para cezasına karar verilmesi halinde yedi,

b) Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idari para cezasına karar verilmesi halinde beş,

5326 sayılı Kanun'un 21. maddesinin son fıkrası uyarınca, kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez.

1.2. Süreli Para Cezaları

Kanun sadece doğrudan rekabet yasaklamalarının ihlali halinde değil, nihai karar ve geçici tedbir kararlarına uyulmaması, bildirimde bulunulmaması, bilgi isteme ve yerinde inceleme halinde eksik⁵⁹², yanlış, yanıltıcı bilgi verilmesi⁵⁹³ durumlarında da para cezası uygulanacağını öngörmüştür.

RKHK'nın 17. maddesinde düzenlenen ve nispi olarak hesaplanıp günlük uygulanan idari para cezaları, Kurul'un kararlarına biran önce uyulmasını sağlama amaçlı olup, gecikilen her gün için cezanın işlemesi ve gittikçe ağırlaşması teşebbüsler üzerinde baskı oluşturmaktadır⁵⁹⁴.

Süreli para cezalarını düzenleyen RKHK'nın 17. maddesine göre; Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen

c) Onbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde dört,

d) Onbin Türk Lirasından az idarî para cezasına karar verilmesi halinde üç, Yıldır.

(3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır.

(4) (Değişik: 23/7/2010-6009/37 md.) Zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlar.

(5) Kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez.”

⁵⁹² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 06-28/347-82, Karar Tarihi: 17.04.2006; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-28/352-151, Karar Tarihi: 01.05.2003. Danıştay 13. Hukuk Dairesinin 14.03.2006 tarih, E. 2005/1014, K. 2006/1401 sayılı kararı ile; “4054 sayılı Kanun'a aykırı davranılıp davranılmadığının tespitine yönelik olarak soruşturma açılıp açılmayacağına gerek olup olmadığı hakkında önaraştırma aşamasında; Kurul kararından alınan yetkiye dayalı olarak istenen bilgilerin; tam olarak karşılanmadığının, eksik olarak verildiğinin, istenen bilgilerin verilemez nitelikte olmadığına, diğer yandan bilgilerin verilmesi için belirlenen 7 günlük sürenin yetersizliği konusunda bir itirazda da bulunulmadığının dosyanın incelenmesinden anlaşılması karşısında...” davacıya para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.

⁵⁹³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 04-27/316-67, Karar Tarihi: 22.04.2004.

⁵⁹⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 746.

yükümlülüklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması, yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya üyelerinin karardan bir önceki mali yıl veya en yakın mali yıl sonunda oluşan, yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir⁵⁹⁵.

Kurul, Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin, defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir ve teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir⁵⁹⁶. RKHK'nın 15. maddesi ile Kurul'a tanınan bu yetkiler, uzmanların yetki belgesinde açıkça yer aldığından, ayrıca yetki belgesinde hangi belgelerin istendiğinin, incelemenin konusunun ve amacının belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ RKHK md. 17; "Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16. maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla, a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması, b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, c) Kanun'un 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi, durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir. Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idarî para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlülüklere uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir. (a) bendindeki fiile ilişkin idarî para cezası, yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) bendindeki fiillere ilişkin idarî para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir."

⁵⁹⁶ RKHK md. 15; "Kurul, bu Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin: a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar. (Ek: 01.08.2003-4971/ 25. Md.) İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır."

⁵⁹⁷ Danıştay 13. Hukuk Dairesi, 08.04.2008 Tarih, E. 2006/4084, K. 2008/3628. Ancak Aslan, hangi bilgilerin istendiğini bilinmeden bilgi vermeme sebebiyle ilgili teşebbüse ceza verilemeyeceğini, yetki belgelerinde yer alan bilgilerin ceza verilebilmesi için yeterli olmadığını savunmaktadır. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s. 749.

Kanun'un 14. maddesinde yer alan "*Bu Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken*" hükmü uyarınca her aşamada kurul tarafından bilgi ve belge istenebileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan ilgili teşebbüsün, istenen bilgi ve belgelere soruşturma aşamasında ulaşılabileceği veya istenen bilgi ve belgelerin soruşturmanın bütünü bakımından bir önem taşımadığı yönündeki savunmasının da düzenlemenin amacı karşısında önemi bulunmamaktadır⁵⁹⁸.

Bu düzenlemeler çerçevesinde ilgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlü olup, istenen bilgilerin verilmemesi, yanlış yanıltıcı bilgi verilmesi veya yerinde inceleme yetkisinin engellenmeye çalışılması halinde RKHK'nın 17/b maddesi gereğince Kurul tarafından ilgili teşebbüse para cezası uygulanabilecektir.

4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi gereğince, "*Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.*" Söz konusu düzenleme ile yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda kullanılmak üzere hâkim kararı alma yetkisi getirilerek, yerinde incelemenin mutlak surette yapılması amaçlanmıştır⁵⁹⁹.

Danıştay 13. Hukuk Dairesi, KM firmasına süreli para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararının⁶⁰⁰ iptali istemiyle açılan davada⁶⁰¹, şirket yetkilileri hazır bulunmadığı için yerinde inceleme yapılmasına izin verilmediği, bunun üzerine 17.11.2003 tarihinde düzenlenen ilgili teşebbüse ait bilet, fatura ve yolcu listelerinin incelenmek üzere ibraz edilmesinin istendiği, bu talebin de şirket yetkilileri hazır bulunmadıkları gerekçesiyle reddedildiği, bu suretle incelemenin engellendiği

⁵⁹⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 04-27/316-67, Karar Tarihi: 22.04.2004.

⁵⁹⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-38/511-121, Karar Tarihi: 02.06.2005.

⁶⁰⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-75/923-M, Karar Tarihi: 20.11.2003.

⁶⁰¹ Danıştay 13. Hukuk Dairesi, 14.11.2006 Tarih, E. 2005/51, K. 2006/4327.

gerekçesiyle Kurul tarafından verilen kararda hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

Bir başka kararda, Denizli Çimento San. T.A.Ş. ve Modern Beton A.Ş. tarafından yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle, söz konusu teşebbüslere bir günlük süreli para cezası verilmiştir⁶⁰². Olayda Denizli Çimento ve Modern Beton yönetim kurulu üyesi, yerinde incelemenin ancak mahkeme kararıyla yapılabileceği, hukukçularla yapılan görüşmeler sonucunda mahkeme kararı olmadan yerinde inceleme yaptırılmamasını kararlaştırdıklarını ifade ederek, yerinde inceleme yapılmasını engellemiştir. Aynı gün mahkeme kararı alınmak suretiyle yerinde inceleme yapılmış, ancak bu durum beş buçuk saatlik bir gecikmeye neden olmuş, bu nedenle de yerinde incelemenin etkinliğinden beklendiği üzere delillerin kaybolmaması ve karartılmaması için mümkün olan en kısa zamanda yerinde incelemeye başlanılamamıştır. Kurul tarafından yerinde incelemenin engellenmesi fiilinin, Kanun'un 17/b maddesi uyarınca bir günlük süreli para cezasıyla cezalandırılması gerektiği, aksi bir karar ve yorumun teşebbüsleri yerinde incelemeyi geciktirme/engelleme hususunda cesaretlendireceği ve her olayda mahkeme kararı istenmesi sonucunu doğurarak istenen amaca ulaşılmasını engelleyeceğine karar vermiştir⁶⁰³.

Yerinde incelemenin engellenmesi, istenen bilgi ve belgelerin verilmemesi veya yanlış, yanıltıcı bilgi verilmesi davranışları için ayrı bir yaptırım öngörüldüğünden, Kurul tarafından davacıya para cezası uygulandığı takdirde, bu unsurlar ayrıca ceza takdirinde ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınamaz⁶⁰⁴. Söz konusu süreli para cezaları idari para cezası kapsamında olup, kararlaştırılan para cezalarına karşı kararın ilgililere tebliğinden itibaren altmış gün içinde Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemeleri'nde dava açılabilir⁶⁰⁵.

⁶⁰² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 05-38/511-121, Karar Tarihi: 02.06.2005.

⁶⁰³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 749.

⁶⁰⁴ Danıştay 13. Hukuk Dairesi, 14.05.2008 Tarih, E. 2006/1113, K. 2008/4207.

⁶⁰⁵ 5 Temmuz 2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6352 sayılı Kanun'un 63. maddesi ile 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik sonrası oluşan 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrasına göre; "İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili

1.3. İhlale Son Verme

RKHK'nın 9/1. maddesi gereğince; Kurul, ihbar, şikâyet ya da bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4,6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine RKHK'nın 4. kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için, yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar bildirebilir.

RKHK md. 20/1 gereğince, Rekabet Kurulu'nun kuruluş amacı "*mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve geliştirilmesinin temini ile bu kanunun uygulanmasını gözetmektir*". Bu amaca aykırı davranışların yasaklanması ve rekabetin tekrar tesisi için gerekli kararların alınması Kurul'un en temel yetkileridir⁶⁰⁶.

Rekabet Kurulu yaptığı soruşturma sonunda, hâkim durumdaki bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullandığını veya kendisine bildirilmiş bir birleşme veya devrin rekabeti önemli ölçüde sınırlayacak şekilde hâkim durum oluşturduğunu veya mevcut hâkim durumu güçlendirdiğini tespit ederse, bu eylem ve işlemleri yasaklayarak geçersiz kabul eder⁶⁰⁷.

Rekabet Kurulu ihlale son verme kararında rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların neler olduğunu belirtir. Verilen karar, ihlalden önceki durumun iadesini sağlayıcı ve ihlalin devamını önleyici nitelikte olmalıdır. Bu çerçevede RKHK'nın 9/1. maddesi gereğince Kurul, Kanun'a aykırı davranışları "*yasaklamayı*" veya "*belirli davranışları yapmayı*" emretme yetkisine sahiptir⁶⁰⁸.

idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır."

⁶⁰⁶ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 352.

⁶⁰⁷ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 919, 920.

⁶⁰⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 920; Eğerci, s. 191, 192.

Rekabet Kurulu, 6. maddenin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili işletmelere ihlale ne şekilde son vereceklerini yazılı olarak bildirir. İhlale son verme kararı nihai karar olduğundan, süreli para cezalarını konu edinen düzenlemede (RKHK md. 17/a), Kurul'un ihlale son verilmesine ilişkin görüşlerine ve diğer tedbir kararlarına uymayan teşebbüsler için ayrıca para cezası öngörülmüştür⁶⁰⁹. Kurul'un vereceği ihlale son verme kararına tarafların uymaması halinde, RKHK'nın 17/a maddesine göre karara uyuluncaya kadar geçecek her gün için ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası uygulanır. Bu düzenleme ile önemli ve ciddi zararlara yol açan, çok mağdurlu rekabet ihlallerinin bir an önce sona erdirilmesi ve Kurul kararlarının gecikmeksizin uygulanabilmesi amaçlanmaktadır⁶¹⁰. Rekabet Kurulu ihlale ne şekilde son verileceğini kararında açıkça belirtmelidir. Kararda ihlalin ne şekilde sona erdirilmesi gerektiğine dair bir açıklık yoksa ya da belirtilen hususlar ihlali ortadan kaldırmaya yeterli değil ise, Rekabet Kurulu'nun kararın yerine getirilmemesi sebebiyle para cezası uygulamaması gerekir⁶¹¹.

Ancak işletmelerin bu bildirim uymaları halinde ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir. Eğer ihlale son verme kararı ile birlikte para cezası verilebilecek bir durum söz konusu değilse ve işletmeler Rekabet Kurulu'nun görüşlerini kabul ederek davranışlarını o yönde değiştirirse ihlal ortadan kalkacağı için soruşturmanın düşmesi gerekir. Teşebbüslerin, Kurul'un görüşlerine uymaları ile soruşturma sonucunda ulaşılmak istenen sonuç elde edilmiş olacaktır⁶¹². Ancak uygulamada Rekabet Kurulu soruşturmaya devam etmekte ve nihai karara kadar gerekli tüm aşamaları tamamlamaktadır. Fakat ihlale son vermeye birlikte para cezası uygulanabilecek olayların varlığı halinde, ihlale son verilmiş olması diğer ihlaller

⁶⁰⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 01-37/364-M, Karar Tarihi: 31.07.2001; Danıştay 13. Hukuk Dairesi, 11.12.2007 Tarih, E. 2005/7740, K. 2007/8695.

⁶¹⁰ Topçuoğlu, s. 277.

⁶¹¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 746.

⁶¹² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 924.

için para cezası verilmesini engellemeyeceğinden soruşturmanın devam ettirilmesi zorunludur⁶¹³.

Kurul, 9. maddenin 3. fıkrasına göre, nihai karar almadan önce, ortaya çıkacak zararların önlenmesi amacıyla ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirebilir. Kurul'un, karar almadan önce ihlale ne şekilde son verilmesi gerektiğine dair bir karar bildirmesi halinde buna uymamanın bir yaptırımını bulunmamaktadır. Kurul, nihai karar niteliği taşımayan bu görüşlere uyulması halinde hafifletici, uyulmaması halinde ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alınacağını kabul etmektedir⁶¹⁴.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında da süreli para cezası 1/2003 sayılı Tüzüğün 24. maddesi ile Komisyona 102. maddeye yönelik ihlalin sona erdirilmesine ilişkin kararın uygulanmasını sağlamak amacıyla teşebbüslere süreli para cezası verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, bu kapsamda bir para cezasının verilebilmesi için, Komisyon tarafından önceden verilmiş ihlalin sona erdirilmesine ilişkin bir kararın varlığı gerekmektedir⁶¹⁵.

2. Hukuki Yaptırımlar

2.1. Geçersizlik

Türk Hukukunda sözleşme özgürlüğü, temel ilke olarak kabul edilmektedir. Hâkim görüşe göre, fertlerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü adı

⁶¹³ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 355.

⁶¹⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 747. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 00-35/392-219, Karar Tarihi: 18.09.2000.

⁶¹⁵ Şiramun, s. 70.

verilmektedir⁶¹⁶. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüklerini kapsamaktadır⁶¹⁷.

Ancak Türk Borçlar Kanunu irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünü mutlak şekliyle değil, sınırlı olarak kabul etmiştir. Sözleşme özgürlüğünün sınırları Borçlar Kanunu md. 26/2 ve md. 27/1'de ortaya konulmuştur. Bu sınırlar, sözleşmenin içeriğinin imkânsızlığı ile hukuka veya ahlaka aykırılıktır. Bir anlaşmanın hukuka aykırı olması, anlaşma konusunun emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırı olmasına bağlıdır⁶¹⁸. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılması durumunda uygulanacak olan yaptırım, geçersizliktir. Geçersizlik halinde, borç sözleşmesi kurulmuş, meydana gelmiş olmakla birlikte, geçerli hüküm ve sonuç doğurmamaktadır⁶¹⁹.

Geçersizlik yaptırımının düzenlendiği RKHK'nın 56. maddesi ile⁶²⁰, Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararlarının geçersiz olduğu hatta sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, geçersizliğin kendiliğinden ve başlangıçtan itibaren söz konusu olacağı hükme bağlanmıştır⁶²¹. Bu durumda geçersizlik, zamanla ortadan kalkmayacağı gibi, tarafların edimlerini ifa etmiş olmaları, onay veya icazet vermeleri halinde bile sözleşme geçerli duruma gelmez⁶²². Tam butlan sonuçlarını kendiliğinden doğurduğu

⁶¹⁶ Eren, Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Ankara 2013, s. 278, Oğuzman/Öz, s. 19; Karahasan, s. 267.

⁶¹⁷ Eren, s. 279.

⁶¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 70, 71.

⁶¹⁹ Eren, s. 307-322.

⁶²⁰ RKHK md. 56: "Bu Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü sözleşme ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu sözleşme ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanun'un 63 ve 64. maddelerine tabidir. Borçlar Kanun'un 65. maddesi hükmü bu Kanun'dan doğan ihtilaflara uygulanmaz".

⁶²¹ Sanlı, s. 399; Güven, Rekabet Hukuku, s. 716.

⁶²² Eren, s. 310.

için bir sözleşmenin tam butlanını dava etmeye gerek yoktur. Butlan herkese yani hem taraflara hem de 3. kişilere karşı ileri sürülebilir⁶²³.

Bu düzenlemeye göre, 4. maddeye aykırı hukuki işlemler, yani belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan her türlü karar veya sözleşmeler butlan yaptırımına tabi olacaktır⁶²⁴. Ancak bu nitelikteki anlaşmalar için AB Rekabet Hukukunda esas alınan “amaç ve etki” bazında bir yaklaşım Türk Rekabet Hukukunda da benimsenmektedir. Bu yaklaşıma göre; amacının rekabet olduğu açıkça anlaşılan anlaşmalar için rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin ayrıca araştırılmasına gerek bulunmayıp; amacının rekabeti kısıtlamak olduğu tespit edilemeyen anlaşmalar için rekabet üzerindeki mevcut ve potansiyel etkilerinin incelenmesi gerekmektedir⁶²⁵. Amaç ve etki yaklaşımının esas alınması konusunda doktrinde görüş birliği bulunmakla birlikte⁶²⁶, Rekabet Kurulu da birçok kararı ile bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur⁶²⁷.

Hâkim durumun kötüye kullanılarak piyasadaki rekabetin sınırlandırılması her zaman olmasa da bazen hukuki bir işlem ile gerçekleştirilmiş olabilir. Ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 56. maddesinde ve diğer hükümlerinde hâkim durumun kötüye kullanılması halinde geçersizlik yaptırımının uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Rekabetin ve piyasaların korunması hakkında özel yasal düzenlemeler mevcut olmasına rağmen, hâkim durumun kötüye kullanılması gibi piyasalara doğrudan etki edebilecek bir konuya ilişkin geçersizlik

⁶²³ Veysel, Başpınar, “Borç Sözleşmelerin Kısmi Butlanı”, Ankara 1998, s. 25, 26.

⁶²⁴ Sanlı, s. 399.

⁶²⁵ Gürzumar, Berat Osman, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, Rekabet Dergisi Sayı:12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim Kasım Aralık 2002, s. 34.

⁶²⁶ Gürzumar, s. 35; Sanlı, s. 103-106; Aslan, s. 103; Topçuoğlu, s. 133; Badur, s. 81

⁶²⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-49/536-337, Karar Tarihi: 27.10.1999; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-30/276-166, Karar Tarihi: 06.10.2000; Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 93/750-159, Karar Tarihi: 09.12.2000.

yaptırımının düzenlenmemiş olması doktrinde önemli bir eksiklik olarak kabul edilmektedir⁶²⁸.

Elbette 6. maddeye aykırılığın açıkça düzenlenmemiş olması bu rekabet ihlallerinin bir sözleşme ile gerçekleşmiş olması durumunda geçerliliklerini koruyacağı anlamına gelmemektedir⁶²⁹. Zira 6. maddenin düzenlenmesindeki amaç sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması olup, emredici nitelikte olan ve kamu düzenini koruyan bir hükümdür. Borçlar Kanunu 26 ve 27. maddeleri dikkate alındığında; sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırılığı halinde hukuki işlemin geçersiz olacağı ifade edilmektedir⁶³⁰. Bu nedenle hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin bir hukuki işlem ile gerçekleştirilmiş olması durumunda emredici hükümlere aykırı olan anlaşmalar BK genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır⁶³¹.

BK md. 27 gereğince eğer sözleşmenin butlanı söz konusu ise, sözleşmenin kurucu unsuru olan irade beyanlarının bulunmasına rağmen taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisi doğmayacaktır. Bu nedenle BK genel hükümleri çerçevesinde tarafların, söz konusu hukuki işlemin kanuna aykırı olduğunu bilmiyor olmaları veya bunu bilerek kabul etmeleri, sonradan icazet vermeleri ya da belirli bir süre geçmesi hukuki işleme geçerlilik kazandırmayacaktır⁶³². Sözleşmenin geçersizliğini yalnızca taraflar değil 3. kişilerde iddia edebileceği gibi, dava aşamasında hâkim tarafından

⁶²⁸ İnan, Nurkut, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2004, s. 21.

⁶²⁹ Şiramun, s. 102.

⁶³⁰ Oğuzman/Öz, s. 63.

⁶³¹ Doktrinde 6. maddeye aykırılığın kesin geçersizliğe yol açtığı kabul edilmektedir. Bkz. Sanlı, Kerem Cem, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", Rekabet Dergisi Sayı: 30, Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan Mayıs Haziran 2008, s. 13; Aşçıoğlu Öz, s.177; Aksoy, Nazlı, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları No:144, Ankara 2004, s. 42; Gürzumar, Berat Osman, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Sempozyum), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006, s. 17; İnan, s. 45; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 782.

⁶³² Aşçıoğlu Öz, s. 179.

resen dikkate alınır. Bu aşamada hâkimin vereceği karar tespit kararı niteliğindedir⁶³³.

Butlanın bir diğer sonucu olarak da, hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemeyeceği gibi, daha önce yerine getirilmiş olan edimler de BK'nun 79. ve 80. maddeleri gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilecektir. Ancak hâkim durumun kötüye kullanılmasını meydana getiren bir hukuki işlemin geçersiz olması gerektiği açıkça kabul edilmekte olup, bu nedenle Kanun'un 56. maddesinin 4. madde bakımından getirdiği düzenlemenin kıyasen 6. madde bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶³⁴. Bu durumda 56. maddede yer alan düzenleme gereğince, ahlaka aykırı bir amaçla verilmiş şeylerin iadesinin istenemeyeceğine ilişkin BK md. 81 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır⁶³⁵. Dolayısıyla taraflar bu durumda da verdiklerini geri isteyebileceklerdir.

RKHK 6. maddesi sadece rekabetin korunmasını değil, aynı zamanda ekonomik açıdan zayıf konumdaki teşebbüslerin korunmasını da amaçlamaktadır. Dolayısıyla, burada tarafların menfaati de önem taşımakta olup, geçersizlik yaptırımının bu menfaate aykırı olarak uygulanması, aynı zamanda 6. maddenin amacına aykırı olacaktır⁶³⁶. Bu nedenle öğretide hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde hükmün korumayı amaçladığı zayıf konumdaki teşebbüslerin menfaati de dikkate alınarak, sözleşmelerin mutlak butlan ile geçersiz kılınması yerine kısmi butlanın ileri sürülmesinin amaca daha uygun olacağı ifade edilmektedir⁶³⁷.

⁶³³ Sanlı, s. 399; Aşçıoğlu Öz, s. 180.

⁶³⁴ Sanlı, s. 441.

⁶³⁵ Şiramun, s. 104.

⁶³⁶ Şiramun, s. 105.

⁶³⁷ “...Örneğin, hâkim işletmeden mal alabilmek için ek bazı yükümlülükleri kabul etmeyi göze alan işletmelerin durumunu düşünelim... Hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle bu sözleşmenin, otomatik olarak geçersiz sayılmasıyla, zaten kötüye kullanmanın mağduru olan işletmeye biraz daha ceza verilmiş olur... kötüye kullanma teşkil eden hukuki işlemleri, mağdur işletmenin zarar görmeyeceği bir şekilde çözüme bağlamak gerekir. Bu çözüm tarzı duruma göre kısmi geçersizlik, eski halin iadesi gibi hukuki yaptırımlar olabilir.” Aslan, Rekabet Hukuku, s. 782. “...nitekim hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün talepleri, karşı tarafça mecbur kalındığı için kabul edilmektedir. Bu durumda, hukuki işlemi tamamen geçersiz olarak kabul edersek, zaten zor durumda olan taraf sözleşmeyi tamamen yapamayacak ve eğer varsa aldıklarını da iade ederek daha da güç duruma düşebileceklerdir...” “... Oysa 6. maddenin amacı, rekabetin korunmasının yanı sıra aynı zamanda

BK'nun 27/2. maddesi gereğince, sözleşmenin bir kısmının imkânsızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle sakat olması halinde, tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradeleri de dikkate alınarak sakat olmayan kısımlarının geçerliliği korunmakta ve sözleşmenin sadece hukuka aykırı kısmı hükümsüz kabul edilmektedir⁶³⁸.

Kısmi butlanın söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin bölünebilir olması gerekir. Bölünemez sözleşmelerde sözleşme veya edimler tüm bölümleriyle bir bütün teşkil ettiği için kısmi butlan uygulanamaz⁶³⁹. Dikkate alınması gereken bir diğer noktada geçersiz kabul edilen hükümler olmaksızın taraflar arasında sözleşmenin yapılıp yapılmayacağıdır. Eğer taraflardan biri geçersiz kabul edilen sözleşme şartının olmaması halinde sözleşmeyi baştan yapmayacak ise, sözleşmenin tamamının geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁴⁰. Kanun'da, işlemi kısmen etkileyen geçersizlik nedeninin, kural olarak işlemin tamamını değil, bir kısmını etkilediği esası kabul edildiğinden dolayı, farazi iradenin aksini iddia eden, bunu ispatla yükümlüdür⁶⁴¹. Kısmi butlan yaptırımına maruz kalan anlaşmalarda, hükümsüz sayılan kısımlara dayanılarak yapılan ifalar bu kısımla sınırlı olmak üzere geri istenebilecektir⁶⁴².

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında da, hâkim durumun kötüye kullanılması halinde geçersizlik yaptırımının uygulanacağına dair herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Anlaşmanın 101. ve 102. maddelerinin doğrudan uygulanabilen kurallar olması sebebiyle, kanuna aykırı eylem ve anlaşmaların ulusal yargı organlarında dava konusu yapılarak geçersizlik iddiasında bulunmanın mümkün olduğu Adalet Divanı kararlarıyla hükme bağlanmıştır⁶⁴³. Nitekim Avrupa

ekonomik açıdan güçsüz olan tarafın da himaye edilmesidir. Aksi halde piyasada etkin rekabetin sağlanması söz konusu olamaz. Bu nedenle kısmi butlan daha adil bir yaklaşım olacaktır.", Şiramun, s. 105. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Sanlı, s. 442; Aşçıoğlu Öz, s.180; Gürzumar, s. 58, 59.

⁶³⁸ Eren, s.312; Oğuzman/Öz, s.130-131.

⁶³⁹ Eren, s. 313.

⁶⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 113; Eren, s. 409.

⁶⁴¹ Eren, s. 415.

⁶⁴² Topçuoğlu, s. 297.

⁶⁴³ Aşçıoğlu Öz, s. 178. SABAM davasında AAD, ABİDA'nın 102. maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunu belirterek anılan maddeden kaynaklanan geçersizliğin ulusal mahkemeler nezdinde ilgililerce ileri sürülebileceğini ifade etmiştir. Belgian Radio and Television V

Birliği Rekabet Hukukunda da, güçsüz olan teşebbüsün korunması amacıyla somut olaya göre kısmi geçersizliğin uygulanabileceği kabul edilmiş olmakla birlikte⁶⁴⁴, kısmi geçersizliğin uygulamasında izlenecek esaslar ulusal hukuklara bırakılmıştır⁶⁴⁵.

2.2. Tazminat

Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri gereğince, kusurlu ve kanuna aykırı davranışlarla başkalarının zarar görmelerine sebep olan şahıs veya şahıslar, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde bu zararları tazmin etmek zorundadırlar⁶⁴⁶. Ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, genel kanunlarda düzenlenen tazminat hükümlerine ilişkin özel bazı düzenlemeler getirmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tazminata ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, Kanun'un 57. maddesinde öncelikle bu kanun kapsamından doğan tazminat yükümlülüğünün tarafları ve şartlarının ele alındığı görölmektedir.

Rekabet Kanunu'nun 57. maddesi hükmüne göre: *"Her kim bu Kanun'a aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur."*

SABAM, ATRG (1974) 73; Şiramun, s. 72; Aşçioğlu Öz, s. 176; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 346.

⁶⁴⁴ Adalet Divanı, Consten/Grundig kararında; "101. maddenin birinci paragrafının ihlali durumunda, anlaşmanın geçersiz olduğunu belirten 101. maddenin 2. paragrafı, anlaşmanın Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici hükümlerine uygulanır. Bu hükümlerin anlaşmanın esasından ayrılmasının mümkün olmadığı durumlarda, anlaşmanın tümü geçersizdir." ifadeleri ile kısmi butlanın uygulanabileceğini kabul etmiştir. Cases 56 and 58/64, Consten Sarl and Grundig-Verkaufs v. Commission (1996) ECR 299; Aksoy, s. 46.

⁶⁴⁵ Sanlı, s. 433; Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, s. 370; Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 84; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 406.

⁶⁴⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 783.

RKHK'nın 57. madde ifadesine bakıldığında Kanun'a aykırı anlaşma, karar veya eylem sonucunda bir zarar meydana gelmişse, tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için bu eylemlerin ayrıca rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlaması koşulu öngörülmüştür. Ancak zararın hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu ortaya çıkmış olması halinde, kötüye kullanma sayılan davranışların varlığı yeterli kabul edilerek, ayrıca rekabetin bozulması şartı aranmamıştır⁶⁴⁷.

Görüldüğü üzere, BK. 49 vd. maddelerinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğu ile paralellik arz eden bu hükme göre; hâkim durumun kötüye kullanılması halinde tazminat davası açılabilmesi için, hâkim teşebbüs tarafından gerçekleştirilecek hukuka aykırı bir fiil, bu fiilden kaynaklanan bir zarar ve zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun nedensellik bağının bulunması yeterlidir⁶⁴⁸.

Maddenin birinci cümlesinde yer alan “her kim” ve “zarar görenlerin” ifadelerinden, Kanun'a aykırı davranışı sonucu zarar veren herkesin davalı, bu davranış sonucunda zarar gören herkesin de davacı olabileceği anlaşılmaktadır⁶⁴⁹. Aslan'a göre, Kanun'un 6. maddesine aykırı bir işlem nedeniyle zarar gören tüm kişiler, hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüslere karşı dava açabilecektir. 6. maddenin ihlali halinde zarar görenler, rakipler, müşteriler ve tüketiciler olabileceği gibi taraflar arasında bir anlaşmanın varlığı halinde işlemin diğer tarafı da uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir⁶⁵⁰.

Tazminat davasında hangi zararların istenebileceği, Kanun'un 57. ve 58. maddesi ile düzenlenmiştir. RKHK'nın 57. maddesinde yer alan her türlü zarar kavramı rekabet ihlalleri karşısında istenebilecek tazminatı ciddi şekilde genişletmekte olup, bazı yazarlar tarafından maddi zararın yanında manevi zararlarında talep edebileceği

⁶⁴⁷ Aşçıoğlu Öz, s. 181; Yiğit, s. 213.

⁶⁴⁸ Yiğit, s. 213 vd; Şiramun, s. 109.

⁶⁴⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 786. Davacı ve davalı sıfatına ilişkin eleştiriler için bkz. Sanlı, Kerem Cem, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (17 Haziran 2011), İstanbul 2013, s. 46-54.

⁶⁵⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 786. Davacı ve davalı sıfatına ilişkin tartışmalar için bkz. Sanlı, Özel Hukuk, s. 46-54.

kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, özellikle, piyasaya girişin engellenmesi, bozulması ya da çeşitli yöntemlerle sömürünün gerçekleştirilmesi halinde muhataplar üzerinde yoğun bir baskı oluşmakta, iç huzurları bozulmakta, girişimleri engellenmekte, hatta ünvanları üzerinde de olumsuz etkileri olabilmektedir. İşte uğranılan bu güçlükler, teşebbüslerin iktisadi faaliyetleri kadar iç huzurlarını da etkilemekte olup, manevi zarar kapsamında tazmin edilmesi gerekir. RKHK' da manevi tazminat talebine yönelik açık bir hüküm bulunmamakla birlikte bu talebi engelleyici herhangi bir düzenlemede bulunmadığından şartları olduğu takdirde manevi zararın da talep edilebileceği kabul edilmektedir⁶⁵¹.

Maddi ve manevi zararın yanı sıra RKHK'nın 57 ve 58. maddesinde yer alan her türlü zarar ifadesi uyarınca yoksun kalınan kâr da talep edilebilecektir⁶⁵². Yoksun kalınan kârda malvarlığının artmasına engel olunması suretiyle malvarlığının aktifindeki artışın veya pasifin azalışının engellenmesi söz konusudur⁶⁵³. Başka bir anlatımla, rekabet kısıtlanmasaydı malvarlığı ne durumda olacaksa o miktarla rekabetin kısıtlanmasından sonraki miktar arasındaki fark zarar olarak talep edilebilecektir. Örneğin hâkim teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulaması ile karşı karşıya kalan rakip teşebbüsün, satışlarının düşmesi onun yoksun kaldığı kârı oluşturmaktadır⁶⁵⁴. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır (RKHK md.58).

Borçlar hukukunda geçerli olan tazminatın zararın miktarını aşamayacağı ilkesinin istisnası olarak RKHK "üç kat tazminat" sistemini getirmektedir. Bir çeşit cezai tazminat⁶⁵⁵ şekli olan "üç kat tazminat", RKHK'nın 58/2. maddesinde

⁶⁵¹ Şiramun, s. 113; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 389, 390; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 788; Güven, Rekabet Hukuku, s. 756; Aksoy, s. 51; Özsunay, Ergun, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Kayseri 2005, s. 144; Tekinalp, Ünal, "Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Ankara 2005, s. 259-265. Aksi görtüş için bkz. Gürzumar, Özel Hukuk, s. 165; Sanlı, Özel Hukuk, s. 40.

⁶⁵² Topçuoğlu, s. 301, 302.

⁶⁵³ Oğuzman/ Öz, s. 515.

⁶⁵⁴ Şiramun, s. 113.

⁶⁵⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 792.

düzenlenmiştir. Türk Rekabet Hukukunda yer alan bu düzenleme AB mevzuatında yer almamakta olup, Amerikan Rekabet Hukuku kökenli bir uygulamadır⁶⁵⁶. Bu düzenlemeye göre; “*ortaya çıkan zararın, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu durumlardan kaynaklanması halinde, hâkimin, zarar görenlerin talebi üzerine uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karların üç katı oranında tazminata hükmedilebilir*”⁶⁵⁷. Üç katı tazminatın ilk amacı rekabeti ihlal edenleri cezalandırmak olup, aynı zamanda rekabeti ihlal eden davranışların tekrarlanmaması konusunda caydırıcılık işlevine sahiptir⁶⁵⁸. Diğer taraftan öğretide bu düzenlemenin zararın miktarının kesin olarak belirlenemediği durumlarda zarar görenin lehine bir işlevinin olduğu da vurgulanmaktadır⁶⁵⁹.

RKHK'nın 58/2. maddesi gereğince üç katı tazminata hükmedilebilmesi için, 57. maddeden farklı olarak hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu uğranılan maddi bir zararın bulunması, zarar verenin kast veya ağır ihmal derecesinde bir kusurunun varlığı ve son olarak da davacılar tarafından üç kat tazminatın açıkça talep edilmesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, üç kat tazminat talep edebilecekler yalnızca yasak fiil ve işlemlerin doğrudan muhatabı olan ve doğrudan zarar gören kişilerdir⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ Güven, Rekabet Hukuku, s. 759 ve 329 no'lu dipnot; Aslan, s. 691; Sanlı, Kerem Cem, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara 2003, s. 260.

⁶⁵⁷ Benzer bir düzenleme Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da yer almaktadır. Bir müzik eseri, izinsiz çoğaltılıp da çoğaltılan nüshaları henüz satışa çıkarılmadıysa eser sahibi; FSEK md. 68 uyarınca, eserin izinsiz çoğaltılan kopyalarını imha, basılan kopyaların kendisine devri veya üç katı tazminat isteme seçeneklerinden birini talep edebilir. FSEK md. 68'e göre açılacak maddi tazminat davasında, RKHK'nın 58/2. maddesinden farklı olarak davalının kusuru şartı aranmamaktadır. FSEK md. 68 şu düzenlemeleri getirmektedir: “*Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir. İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltılmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir.*”

⁶⁵⁸ Yiğit, s. 266.

⁶⁵⁹ Sanlı, Haksız Fiil, s. 260; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 86; Yiğit, s. 275.

⁶⁶⁰ Topçuoğlu, Metin, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 53.

Zarar görenin uğradığı maddi zarar veya davalıların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel karlar tazminatın hesaplanmasında esas alınacaktır. Öğretide, tazminat miktarının belirlenmesinde hâkimin takdir hakkının bulunduğu, yalnızca tazminat miktarına bir üst sınır getirildiğine dair görüşlerin⁶⁶¹ yanında bu hükmün üst sınır niteliğinde değil bir cezai tazminat olduğu ve bu cezai yaptırıma hükmedilirken üç katına kadar değil üç kat tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶². Sanlı' ya göre şartlar gerçekleşse bile hâkim üç katı tazminata hükmetmek zorunda değildir. Bu görüşe göre hâkimin tazminata hükmetmek ve tazminatın miktarını belirlemede takdir yetkisi olduğu, davranışın kasıtlı ya da ağır ihmal içerisinde gerçekleştirilmesi halleri arasında fark gözetilerek kusurun derecesinin tazminatın miktarına etkide bulunduğu ifade edilmektedir. Ayrıca bu görüşe göre kusur derecesinin yanı sıra, ihlalin ağırlığı, davalının ekonomik durumu da göz önünde tutulmalıdır⁶⁶³. Aslan ise, düzenlemede “üç katı oranında” ifadesini dikkate alarak, hâkimin sadece cezai tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığına karar vereceğini ifade etmektedir⁶⁶⁴.

Kanun'un 58/2. maddesinde, üç kat tazminatın uygulanabilmesi için zarar verenin kast veya ağır ihmal derecesinde açıkça kusurlu olması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Kanun'un 57. maddesinde ifade edilen tazminat sorumluluğunun kusur ilkesine mi yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine mi dayandığı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde çoğunluk görüşüne göre, rekabete aykırı davranışlar nedeniyle ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu, zira kusursuz sorumluluk için kanunda açık bir düzenlemenin bulunması gerektiği⁶⁶⁵, ancak RKHK'da böyle bir düzenlemenin bulunmadığı ve neticede kusursuz sorumluluğun kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ Aşçıoğlu Öz, s. 184; Sanlı, Haksız Fiil, s. 251, 257; Gürzumar, Özel Hukuk, s. 134.

⁶⁶² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 793, 794; Güven s. 763; Aksoy, s. 54 ve 193 no'lu dipnot.

⁶⁶³ Sanlı, Haksız Fiil, s. 257. Benzer görüşler için bkz. Gürzumar, Özel Hukuk, s. 134; Aşçıoğlu Öz, s. 184.

⁶⁶⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 793.

⁶⁶⁵ Oğuzman/ Öz, s. 647.

⁶⁶⁶ İnan, s. 43; Gürzumar, Özel Hukuk, s. 153; Sanlı, Haksız Fiil, s. 225, 226. Aksi yöndeki görüş için bkz. Topçuoğlu, s. 299; Utku, Hilal/ Polat, Belit/ Deniz, Seda, “ Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (17 Haziran 2011), İstanbul 2013, s. 364.

Kanaatimizce de RKHK'nın 57. ve 58. maddelerinde kusur sorumluluğu öngörülmektedir. Her iki düzenlemede de kusursuz sorumluluğun kabul edildiğine ilişkin açık bir ifade yer almamakla birlikte, bir nevi cezai hüküm olan üç kat tazminat bakımından kusurun aranması durumunda daha az sorumluluk öngören 57. maddenin kusursuz sorumluluğa dayandığı kabul edilemez⁶⁶⁷.

ABİDA'da zararın tazminine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, tazminata ilişkin hususlar üye ülkelerin ulusal hukuklarına göre belirlenmektedir. Bu bağlamda, ABİDA'nın 102. maddesi üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir olduğundan, maddenin ihlalden doğan zararın tazmini için üye ülkelerin ulusal hukukları uyarınca yerel mahkemelerde dava açılması gerekir⁶⁶⁸.

Ülkemiz uygulaması bakımından kural olarak, 4054 sayılı Kanun'u uygulama yetkisi Rekabet Kurulu'na ait olmakla birlikte, Kanun'un özel hukuka ilişkin hükümlerinin uygulanması amacıyla açılacak olan tazminat davalarına bakacak olan mahkemeler genel mahkemelerdir⁶⁶⁹. Genel mahkemeler açısından hâkim durumun belirlenmesi ve ihlalin varlığının tespiti oldukça güç olup, bu tür konularda rekabet kurumunun uzmanlığına başvurulması, konuya ilişkin olarak Kurulun herhangi bir kararının varlığı durumunda ise mahkemenin bu kararı esas almasının uygun olacağı düşünülmektedir⁶⁷⁰. Ancak 4054 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerde genel mahkemeler açısından böyle bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, aksi durumda RKHK'nın 56-57. maddelerine dayanılarak açılacak sebepsiz zenginleşme ve tazminat davaları ile Rekabet Kurulu kararları arasında çelişki ortaya çıkabilir⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Yiğit, s. 284.

⁶⁶⁸ Şiramun, s. 72.

⁶⁶⁹ Aksoy, s. 61.

⁶⁷⁰ Yılmaz, 4054 sayılı Kanun anlamında bir ihlalin varlığının belirlenmesi konusunda, mutlak gerçekliğe ulaşmak amacıyla hareket eden Rekabet Kurulu'nun tespitlerine üstünlük tanınmasının isabetli olacağını ve Rekabet Kurulu'nun uzmanlığına başvurulmasını, konuya ilişkin olarak Kurul'un herhangi bir kararının varlığı durumunda ise mahkemenin bu kararı esas almasının uygun olacağını düşünmektedir. Bkz. Yılmaz, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Kasım 1999, s. 114-116, www.rekabet.gov.tr (08.10.2013). Gürzumar'da aynı görüşte olup, Kurul'un soruşturma açmış olması halinde, mahkemenin Kurul kararını bekletici mesele yapması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Gürzumar, s. 43, 46.

⁶⁷¹ Aksoy, s. 57.

Bununla birlikte, Yargıtay 19. HD. 1 Kasım 1999 tarih ve 99/3350 E., 99/6364 K. sayılı kararında hâkim durumun kötüye kullanılması iddiasıyla açılan bir tazminat davasında davacının Rekabet Kurulu'na başvuruda bulunup bulunmadığı araştırılmadan, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun ön mesele olarak beklenmesi gerekirken beklenmeyerek davayı karara bağlamış olması nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay 19. HD. bu kararında, hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle talep edilen tazminat konusunda Rekabet Kurulu tarafından hâkim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerektiğini belirtmiştir⁶⁷². Bu çerçevede genel mahkemeler, kurul kararı verilmeksizin açılan davalarda, kurul kararını ön mesele yapmayı tercih etmektedir⁶⁷³. Yargıtay başka bir kararında ise⁶⁷⁴ Rekabet Kurulu'nun ihlalinin olmadığına karar verdiği durumlarda bu kararın kesinleşmesinin beklenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Yargıtay her ne kadar söz konusu karar ile Danıştay kararının beklenmesine gerek olmadığına karar vermiş ise de, yeni tarihli kararlarında idari davanın sonucunun beklenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁷⁵.

Sonuç olarak Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar çerçevesinde, özel hukuk mahkemelerinin, Kurul kararı bulunmaksızın rekabete aykırılık yönünden karar veremeyeceği, bu nedenle Rekabet Kurulu kararlarının bekletici mesele yapılması ve bu davanın sonucuna göre karar verilmesi gerektiği kabul edilebilir.

3. Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Sözleşme yapmayı reddetmek, somut olay kapsamında giriş engeli oluşturabileceği gibi, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı ve bu suretle rekabeti dışlayıcı bir görünüm alabilir. Özellikle zorunlu unsur doktrini çerçevesinde sözleşme yapmayı reddetme

⁶⁷² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 06.11.2006 Tarihli, 2006/2809 E., 2006/10346 K. Sayılı Kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 14.02.2011 Tarihli, 2011/330 E., 2011/1771 K. Sayılı Kararı.

⁶⁷³ Bu uygulamanın eleştirisi için bkz. Sanlı, Özel Hukuk, s. 64-69.

⁶⁷⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 29.11.2002 Tarihli, 2002/2827 E., 2002/7580 K. Sayılı Kararı.

⁶⁷⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 29.11.2007 Tarihli, 2007/3229 E., 2007/10677 K. Sayılı Kararı.

hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak kabul edilmekte ve söz konusu ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla hâkim teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebileceği kabul edilmektedir⁶⁷⁶.

Ayrıca bu durumun, özel hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmek de güçtür. Zira özel hukukta sözleşme özgürlüğü ilkesi istisnasız uygulanmamakta ve özellikle hukuki ve fiili tekel hallerinin bulunduğu durumlarda, sözleşme özgürlüğüne olumlu bir müdahalede bulunularak, kendisine yapılan icabı reddeden tarafa bir çeşit yaptırım olarak sözleşme yapma zorunluluğu yükletilebilmektedir.

3.1. Zorunlu Unsur

Taraflar yapacakları sözleşmenin şekil ve şartlarını istedikleri gibi belirleyebilmesi yani “sözleşme serbestisi” sınırsız değildir. Sözleşme yapma serbestisine getirilen sınırlamalar kapsamında, kendisine yapılan icabı haklı gerekçe olmaksızın reddeden tarafa bir çeşit yaptırım olarak “sözleşme yapma zorunluluğu” getirilebilir⁶⁷⁷.

RKHK'nın amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. (RKHK md.1, md. 2). Kanununun 27. maddesine baktığımızda ise; Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri almak Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Aynı zamanda Kanun'un 9. maddesine göre Kurul, ilgili teşebbüse rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları bildirebilir.

⁶⁷⁶ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 241; Sanlı, s. 265; Kısa, s. 66 vd.

⁶⁷⁷ Güven, Zorunlu Unsur, s. 4.

Bu çerçevede Kanun'un amacı, kapsamı, Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri, Avrupa Birliği Rekabet Hukukundaki uygulamalar dikkate alındığında Rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi ile mümkün olacaksa, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde zorunlu unsura sahip olan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir⁶⁷⁸.

Sözleşme yapma zorunluluğu, genel olarak zorunlu unsur doktrini ve hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında gündeme gelmektedir. Öncelikle hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu ve ondan yararlanarak mal veya hizmet ürettiği bir unsurun varlığı ve aynı unsuru kullanmak suretiyle mal veya hizmet sunmak isteyen rakibine kullandırmasının zorunlu olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Zorunlu unsura sahip hâkim durumdaki teşebbüsün haklı bir sebebi olmaksızın bu unsuru kullandırmayı reddetmesi RKHK md. 6 kapsamında rekabet ihlali olarak kabul edilmektedir⁶⁷⁹. Hâkim durumun sözleşme yapmayı reddetmek suretiyle kötüye kullanılmasının sonuçlarının ortadan kaldırılması, bir diğer ifadeyle ihlale son verilmesinin sağlanması, zorunlu unsura sahip teşebbüse, ilgili piyasanın yapısına uygun, makul tekliflere ilişkin sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi ile söz konusu olacaktır⁶⁸⁰.

Sözleşme yapma zorunluluğunun doğabilmesi için, zorunlu unsurun varlığı⁶⁸¹, zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüs ya da teşebbüslerin taleplerinin objektif ve makul olmayan gerekçelerle reddedilmesi ve zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması gerekir⁶⁸².

⁶⁷⁸ Güven, Zorunlu Unsur, s. 15; Kaldı ki RKHK'nın kabulünden önce tekel durumunda olan teşebbüslerin haklı bir sebep olmadan Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı gereğince sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları, sözleşme yapmak zorunda oldukları ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 138; Gürzumar, Zorunlu Unsur, s. 57, 58; Ayrancı, s. 240.

⁶⁷⁹ Yiğit, s. 252.

⁶⁸⁰ Yiğit, s. 252; Güven, Zorunlu Unsur, s. 10- 15; Gürzumar, Zorunlu Unsur, s. 51.

⁶⁸¹ Zorunlu unsurun varlığı için; a)hâkim durumdaki teşebbüsün varlığı, b)bu teşebbüsün alt yapı, tesis ya da hammadde gibi bir kaynağa sahip olması, c)alternatif kaynağın rakip teşebbüsler tarafından yapılmasının imkânsız ya da rasyonel olmaması gerekir. Bkz. Yiğit, s. 257.

⁶⁸² Tekdemir, s. 10; Ölmez, s. 6.

Zorunlu unsurun varlığı halinde hâkim durumdaki teşebbüs, pazardaki gücüne dayanarak, talebin karşılanması ekonomik, hukuki ve teknik olarak mümkün olduğu, zorunlu unsurdan yararlanmak için makul bir bedel ödenmesinin teklif edildiği hallerde, objektif haklı gerekçelere dayanmaksızın talebi reddederse veya bu anlama gelecek şartlar ileri sürerse, hâkim teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirilebilir. Bu durumda hâkim durumdaki teşebbüse anlaşma yapma zorunluluğu getirilirken, talepte bulunan teşebbüse de zorunlu unsurdan yararlanmasının karşılığı olarak ekonomik açıdan oranlı ve makul bir bedel ödeme yükümlülüğü getirilmektedir⁶⁸³.

Sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için, ilgili piyasa şartlarına uygun, ivaz, süre, kapsam vb. konularda olağan şartlar içeren ve sözleşmenin içeriği itibarıyla sözleşme yapmaktan kaçınma davranışına haklı bir gerekçe oluşturmayan bir icapta bulunmuş olması gerekir. Söz konusu icabın haklı bir gerekçe olmaksızın hâkim teşebbüs tarafından reddedildiği davacı tarafından ispatlanmalıdır. Bu tür bir icap hâkim durumdaki teşebbüse yöneltilmemişse sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemez⁶⁸⁴.

3.2. Zorunlu Lisans

Fikri mülkiyet hukuku içerisinde bir patent sahibi, sahip olduğu bu değeri başkalarıyla paylaşmak zorunda değildir. Fakat zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanması durumunda bu kurala istisna getirilmektedir⁶⁸⁵. Hukuk düzenince korunan ve sahibine inhisari haklar veren fikri mülkiyet hakları önemli rekabet gücü faktörleri olup, yasal olarak koruma altında olan bu haklara sahip olunması doğal ya da yasal tekelleri oluşturmaktadır⁶⁸⁶. FMH sahibi olan teşebbüsün, kendi rızası olmadan bu hakka dayalı ürünlerin üretim, satış ve ithalatını

⁶⁸³ Güven, Zorunlu Unsur, s. 21.

⁶⁸⁴ Gürzumar, Zorunlu Unsur, s. 69.

⁶⁸⁵ Okat, s. 91.

⁶⁸⁶ Ölmez, s. 36.

yapmaktan diğerk teşebbüsleri alıkoyması patent haklarının özünde yer alan münhasırlığın bir sonucudur. Dolayısıyla makul bir ücret karşılığında bile olsa, hak sahibi teşebbüsün, lisans vermeyi reddetmesi halinde, hâkim teşebbüse lisans anlaşması yapma yükümlülüğü getirmek FMH'dan kaynaklanan münhasır haklara müdahale edilmesi anlamına gelmektedir⁶⁸⁷. Bu nedenle hâkim teşebbüse lisans sözleşmesi yapma yükümlülüğü getirilmesi istisnai olarak ancak rekabete aykırı uygulamaların etkilerinin giderilmesi ve rekabetin tekrar tesis edilmesi amacıyla mümkündür⁶⁸⁸.

Zorunlu lisans, hâkim durumda olan teşebbüsün sağladığı mal veya hizmeti kullanarak alt pazarlarda faaliyet göstermek isteyen teşebbüslerin, bu mal veya hizmeti başka bir yerden sağlamanın mümkün olmadığı hallerde, hâkim teşebbüsün bu mal veya hizmeti sağlama yükümlülüğü olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁶⁸⁹. Dolayısıyla bir patent hakkının zorunlu unsur olarak kabul edildiği durumda, bu patente sahip olan kişi bunu üçüncü kişilere kullandırmak zorunda kalmakta ve bunun sonucu olarak hâkim durumdaki teşebbüsün patent üzerindeki mülkiyet hakkı sınırlanmaktadır⁶⁹⁰.

Zorunlu lisans yükümlülüğü Rekabet Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir, ancak Kanun'un 11. maddesinin (b) bendi hükmü gereğince birleşme veya devralma sonucu ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının üçüncü kişilere temlikine ve devrine karar verme yetkisi bulunan Kurul'un, zorunlu lisansa hükmetme yetkisinin de olduğu kabul edilmektedir⁶⁹¹. Ayrıca RKHK'nın 9. maddesi, 1. fıkrası gereğince; Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4,6 ve 7'nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs

⁶⁸⁷ AAD, FMH kullandırılması konusundan Volvo k. Veng davasında şu açıklamalarda bulunmuştur: "FMH sahibi olan kişinin üçüncü kişinin kendi rızası olmadan bu hakka dayalı ürünlerin üretim, satış ve ithalatını yapmaktan alıkoyması FMH'dan kaynaklanan münhasır haklarının öz konusunu oluşturmaktadır. Bundan dolayı makul bir ücret karşılığında bile olsa, hak sahibi olan kişiye üçüncü taraflarla lisans anlaşması yapma yükümlülüğü getirmek, bu kişinin FMH'dan kaynaklanan münhasır haklarının özünden mahrum bırakılması anlamına gelir... Bu nedenle lisans vermeyi reddetme tek başına kötüye kullanma anlamına gelmez..." Bkz. Ölmez, s. 43; Tekdemir, s. 39.

⁶⁸⁸ Okat, s. 77.

⁶⁸⁹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 195.

⁶⁹⁰ Ölmez, s. 36.

⁶⁹¹ Ölmez, s. 37.

birliklerine bu Kanun'un 4. kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar bildirebilir.

Kurul'un patent haklarına ilişkin olarak zorunlu lisans yaptırımı uygulayabilmesi, patent hukuku düzenlemeleriyle de engellenmiş değildir. Aksine, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 80. maddesinde, patent konusunun kullanımının, mevcut veya gelecekte kabul edilecek belirli veya belirsiz süreli kanuni yasaklamalara ve sınırlamalara bağlı olacağı düzenlenmiştir. Kurul'un, zorunlu lisans yaptırımı uygulaması da, patent hakkı kullanımının Rekabet Kanunu'na aykırılık dolayısıyla kanunen sınırlandırılması olarak ifade edilebilir⁶⁹². Buna ilişkin bir başka düzenleme PatKHK'nin "Rekabetin Kötüye Kullanımı" başlıklı 93. maddesidir. Bu maddeye göre, bir patent sahibi, patenti kullanırken haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunmuşsa, mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkûm edilebilir. Burada doğrudan Rekabet Kanunu'ndan bahsetmemekle birlikte, çeşitli şartların oluşması durumunda mülkiyet haklarına kullandırma yükümlülüğü getirilebileceğinin kabul edilmesi açısından önem taşımaktadır⁶⁹³.

Bu açıklamalar kapsamında rekabet edebilmek ya da diğer bir ifadeyle piyasada faaliyet gösterebilmek için fikri mülkiyete konu bir ürüne erişim zorunlu olduğunda ve bu mal ya da hizmetten yararlanmanın hâkim teşebbüs tarafından reddedilmesi halinde kamu gücü marifetiyle lisans verilmesi yaptırımının uygulanabileceği kabul edilmektedir. Sözleşme yapmanın zorunlu tutulabilmesi için; patent sahibi olan teşebbüs, lisans talebinde bulunan teşebbüsün, ilgili pazarda patent hakkı sahibi tarafından sunulmayan ve potansiyel tüketici talebi mevcut olan ürün veya hizmetleri sunmayı amaçlaması ve lisans talebinin objektif haklı sebepler olmaksızın reddedilmesiyle birlikte söz konusu pazarda rekabetin olanaksız hale gelmesi

⁶⁹² Boztosun, Ayşe Odman, "Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü", Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Kasım 2002, s. 44, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

⁶⁹³ Ölmez, s. 38.

gerekir⁶⁹⁴. Her lisans işleminde olduğu gibi zorunlu lisanslamalarda da lisans alan bakımından lisans ücreti ödenmesi gerektiği açıktır⁶⁹⁵.

Nitekim AB Rekabet Hukuku sistemi de, Komisyon uygulamaları ve Birlik yargı organlarının kararlarıyla, yukarıda ki şartların oluşması halinde fikri mülkiyet haklarına Rekabet Hukukunca müdahale edilerek, lisans verme yaptırımının uygulanabileceğini kabul etmektedir⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ Yiğit, s. 255; Gürzumar, Zorunlu Unsur, s. 147.

⁶⁹⁵ Yavuz, Şahin, “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması IMS Davası ve Bazı Yansımalar”, Rekabet Dergisi Sayı:22, Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan Mayıs Haziran 2005, s. 6.

⁶⁹⁶ Arıöz/ Özbek, s. 20.

SONUÇ

Piyasa ekonomisinin uygulanmakta olduğu sistemlerde, iktisadi hayatı korumak ve toplumsal refahı arttırmak için işleyebilir bir rekabet ortamının sağlanması zorunludur. Bu nedenle serbest piyasa ekonomilerinin sağlıklı bir biçimde işlemesi ve kendisinden beklenen faydaların sağlanabilmesi, ancak etkin bir Rekabet Hukukunun varlığı ile mümkündür.

Türkiye’de, Rekabet Hukuku, Avrupa Topluluğu rekabet kuralları ve uygulaması esas alınarak hazırlanan 4054 sayılı rekabetin korunması hakkında kanun 13 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Rekabet Kanunu’nun amacı; mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar ile hâkim durumun kötüye kullanılmasını önlemek ve böylelikle pazarda rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Kanun’un 6. maddesi bir veya birden fazla teşebbüsün mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. RKHK’nın 6. maddesinde, ABİDA’nın 102. maddesine uygun olarak hâkim durumda bulunmak değil teşebbüsün bu hâkim durumunu kötüye kullanmasını yasaklamıştır.

RKHK’nın 6. maddesi ve Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşmasınının 102. maddesi kapsamında teşebbüsün hâkim durumlarını kötüye kullandıklarının saptanması için, öncelikle Rekabet Hukuku anlamında bir teşebbüsün var olup olmadığı belirlenir. Ardından bu teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarı, coğrafi pazar ve zaman süreci saptanarak, söz konusu teşebbüsün belirlenen ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığı araştırılmalıdır.

RKHK’nın 3. maddesinde teşebbüs, “...piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkilde eden birimler” şeklinde tanımlanmıştır. ABİDA’nın 102. maddesinde

teşebbüsün tanımı yapılmamış olmakla birlikte, AAD kararlarında teşebbüsü tanımlamak için; ekonomik faaliyette bulunmak sürekli olmak ve bağımsız olmak şeklinde temel unsurlar belirlenmiştir. Kamu teşebbüsleri ile devlet tarafından kendilerine özel, tekel veya imtiyazlı haklar tanınmış olan teşebbüslerde bu kapsama dâhildirler. AB Rekabet Hukukunda olduğu gibi Rekabet Kurulu uygulamasında anılan teşebbüslerinde Rekabet Kanunu kapsamında olduğu kabul edilmektedir.

Hâkim durum; bir teşebbüsün rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne sahip olmasıdır. Ancak söz konusu gücün hangi ölçütlerle belirlenebileceği RKHK'da ifade edilmemiş olup hâkim durumun tespiti yapılırken teşebbüsün ve en yakın mevcut ve potansiyel rakiplerinin sayısı, pazar payları ile bunların süreklilik gösterip göstermemesi, ürünün ikame edilebilirliği, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği gibi hususlarında incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca bir teşebbüsün hâkim durumda sayılmasına neden olacak pazar payı büyüklüğüne ilişkin sabit bir oran verilememekle birlikte, somut olaya göre değerlendirilmektedir. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında hâkim durumun belirlenmesinde olayın özelliklerine göre bazen %80 pazar payına sahip olma hâkim durum için yeterli sayılmışken, bazen %65'lik bir oran yeterli görülmüştür.

RKHK'nın 6. maddesinde, kanun koyucu kötüye kullanmanın tanımını vermemekle birlikte, kapsamı sınırlı olmamak üzere bazı kötüye kullanma örnekleri verilerek konu açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak bir tanım yapmak gerekirse kötüye kullanma kavramını; hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün imkânlarını kullanarak bu durumunu güçlendirmek ve haksız menfaat elde etmek için piyasadaki rekabeti sınırlandıracak her türlü haksız uygulama olarak nitelendirebiliriz.

ABİDA'nın 102. maddesinde 4 bent halinde sayılan kötüye kullanma halleri, RKHK'nın 6. maddesinde 5 bent halinde sıralanmıştır. Söz konusu örnekler, sınırlayıcı nitelikte olmayıp, belirtilen örnekler her durumda kötüye kullanma teşkil etmezler.

RKHK'nın 6. maddesinin a bendinde sayılan hallerden, hâkim durumda olan bir teşebbüsün pazara yeni rakiplerin girmesini önlemek için giriş engeli yaratması rekabeti sınırlayıcıdır. Serbest rekabet ortamının bulunduğu piyasaların normal işleyişinde rakip teşebbüslerin yarışarak birbirlerini faaliyetlerini güçleştirmeleri doğaldır. Ancak 6. maddede yer alan söz konusu engelleme ya da zorlaştırma rekabeti ortadan kaldırmayı hedefliyorsa hukuka aykırı kabul edilmektedir. Rakiplerin pazara girişini engelleme bakımından yıkıcı fiyat uygulamaları, mal vermeyi veya hizmet sunmayı reddetmesi örnek olarak verilebilir.

Yıkıcı fiyat uygulamaları, rakipleri pazar dışına itmek ve faaliyetlerini güçleştirmek amacıyla sürdürülen bir eylemdir. Yıkıcı fiyatlandırma uygulayan teşebbüs, ekonomik gücünün verdiği imkânlardan faydalanarak pazarı ele geçirene kadar fiyatlarını mevcut ya da potansiyel rakiplerinin dayanamayacağı kadar düşük tutmakta, amacını gerçekleştirdikten sonra ürün fiyatlarını istediği gibi tespit ederek zararlarını fazlasıyla gidermektedir. Yıkıcı fiyatlandırmanın tespiti için rekabetçi fiyatlandırma ile yıkıcı fiyatlandırma arasındaki farkı belirlemek gerekmektedir. Yıkıcı fiyat uygulaması 102. maddenin a ve c bentleri kapsamında ele alınmaktadır.

Mal vermenin veya hizmet sunmanın reddi amacı, rakibi piyasada faaliyette bulunmasını engelleme ya da dışlanması ise bu davranış hukuka aykırı kabul edilmektedir. Topluluk kararlarında hâkim durumda bulunan teşebbüsün devamlı müşterisine, ortada objektif haklı bir sebebi bulunmadığı halde mal vermeyi reddetmesi kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Devamlı olmayan müşteriler bakımından ise, onların faaliyetlerini sürdürebilmeleri için olmazsa olmaz sayılan bir mal üretmesi ya da hizmet sunması halinde, hâkim durumdaki teşebbüs bunların temininden kaçınmaz.

Kanun'un 6. maddesinde sayılmayan, buna karşın ABİDA'nın 102. maddesinde yer alan aşırı fiyat uygulaması, uygulamada sıklıkla karşılaşılmaması ve 6. maddede sayılan hallerin tahdidi olmaması sebebiyle kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. Hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından fiyatların makul olmayacak bir şekilde aşırı

yüksek belirlenerek, normal şartlar altında kazanılamayacak kârın elde edilmesidir. Söz konusu aşırı fiyatı uygulayan teşebbüsün, bu davranışını açıklayacak objektif haklı bir sebebi bulunmadığı halde uyguladığı aşırı fiyat hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Haksız ek sözleşme koşullarının uygulanması ABİDA'nın 102/2. maddesinin a bendinde yer alan "adil olmayan alış ve satış fiyatı veya benzeri haksız ticari koşullar", d bendinde yer alan, "sözleşmelere, ticari teamül veya nitelikleri gereğince bu tür sözleşmelerin konusu ile ilgili olmayan ek yükümlülüklerinin kabul şartının getirilmesi" kötüye kullanma olarak belirlenmiştir. RKHK'nın 6/2. maddesinin c bendinde, bir ürünün alımını bir başkasının alımına ya da teşhir vb. koşuluna bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatının altında satılmaması gibi satış şartlarının hâkim teşebbüs tarafından belirlenmesi kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. Ancak ABİDA'da temel unsur olarak öngörülmüş olan ticari teamüllere aykırılık ve anlaşmanın niteliği unsurları RKHK'da yer almamıştır. Bu nedenle Kanun'un 6/2. maddesinin c bendinde yer alan yasaklamayı, RKHK'nın amacına uygun olarak AB Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirmek yerinde olacaktır.

Kanun'un 6. maddesi hükümlerinde üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından sınırlandırılması yasaklanmıştır. Ancak bu fiillerin kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi için ilgili pazarda tüketicinin zararına sonuçlar doğuracak olması gerekmektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün üretimini sınırlaması neticesinde, fiyatların arz ve talep yasasına göre belirlendiği piyasada fiyatlar yükselecek tüketicinin refah seviyesi ise düşecektir. Bu durumda ise teşebbüs aşırı kar elde edecektir.

Teknik gelişmeler pazardaki hâkim durumda bulunan teşebbüslerin hâkimiyetlerinin sona ermesine veya zayıflamasına neden olmaktadır. Bu nedenle hâkim durumda bulunan teşebbüsler hâkim durumlarını devam ettirebilmek için teknik gelişmeyi engelleyebilmektedirler. Teknik gelişmeler ürünün kalitesini arttıracak gibi tüketicilere sunulan hizmetlerin çeşitlendirilmesine de neden olabilir.

ABİDA'nın 102/2. maddesinin (b) bendine göre "Tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, piyasaların ya da teknik gelişmenin sınırlandırılması" bir tür kötüye kullanma şekli olarak belirtilmiştir. Yer alan bu düzenleme ile hâkim durumda bulunana bir teşebbüsün, bulunduğu durumun kendisine tanıdığı imkânlardan yararlanarak, piyasa koşulları ile müşterilerin talep ve beklentilerini dikkate almadan faaliyette bulunmaması amaçlanmıştır.

Kötüye kullanmanın ayrımcılık suretiyle gerçekleştirilmesi hususu da 6. maddenin b bendinde düzenlenmiştir. Ayrımcı fiyatlandırma, aynı koşullardaki müşteriler ya da bölgelere haklı bir nedene dayanmaksızın ayırım gözeterek fiyatlandırma yapılmasıdır. Hâkim teşebbüsün farklı bölgelerde farklı fiyatlandırmaya gitmesi, ulaşım, iş gücü, gümrük vergisi gibi bir takım nedenlere bağlı olarak hâkim teşebbüsün maliyetini her bölgede farklılık arz etmesinden kaynaklanabilir. Bu sebeple oluşan fiyat farklılıkları haklı görülebilir. Bu nedenle haklı nedenlere dayanmayan farklı fiyat uygulamaları kötüye kullanma olarak kabul edilebilir.

Serbest piyasa düzeni içerisinde teşebbüslerin satışlarını arttırmak için indirim uygulamaları normal bir işleyiş olmakla birlikte, uygulanan indirimler sadece rakibe zarar vermek ya da onu zor durumda bırakarak piyasa dışında kalmasını amaçlıyorsa hukuka aykırıdır. Sadakat indirimi, alıcıların hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden mal almamaları şartına bağlanmış indirim çeşididir. Hâkim durumda bulunan teşebbüs alıcıları rakip teşebbüsten alım yapan ve yapmayan olarak ayırmakta ve alım yapmayanları yapanlar karşısında uyguladığı indirimlerle rekabette avantajlı konuma getirmektedir. Böylelikle alıcıların rakip teşebbüsten alım yapmalarını engelleyerek hâkim durumunu kuvvetlendirmekte ve devamını sağlamaktadır. Hedef indiriminde ise, hâkim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarına belirli alım kotaları koymakta ve bu alımların gerçekleşmesi halinde indirim uygulamaktadır. Bunun sadakat indiriminden temel farkı, alıcıların tüm ihtiyaçlarını aynı üreticiden alması zorunlu değildir, indirime hak kazanmak için hedef miktarda alım yapılması yeterlidir.

Hâkim durumun kötüye kullanılması, sadece hâkim olunan pazarda meydana gelmeyebilir. Bir pazardaki hâkim durumu başka bir pazarda kötüye kullanmak, pazardaki rekabet yapısını bozucu nitelikte kötüye kullanma hali olarak RKHK'nın 6/2. maddesinin d fıkrasında sayılmıştır. Kanun'un 6/2(d) maddesinde belirtilen bu örnek, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 102. maddesinde yer almamaktadır. Ancak AAD'nın uygulamaları ile yerleşmiş bir kötüye kullanma örneğidir. Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün hâkimiyetinden aldığı güce dayanarak hâkim durumunu güçlendirmek amacıyla yaptığı davranışlar hukuka aykırı kabul edilmiştir.

RKHK'da rekabeti sınırlayan uygulamalara karşı çeşitli cezai ve hukuki yaptırımlar ön görülmüştür. Yasada yer alan düzenlemeler AB Rekabet Hukuku kuralları esas alınarak yapılmış olup, 17 sayılı tüzük ile Komisyona verilmiş olan yetki ve görevler RKHK ile Rekabet Kurulu tanımıştır. Kanun'a aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar, AB Rekabet Hukukuna uygun olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hâkim durumun kötüye kullanılması karşısında idari para cezası uygulanacaktır. Uygulanacak para cezaları caydırıcılığın sağlanması bakımından yüksek miktarda tutulmuştur. Öte yandan yanlış ve yanıltıcı bildirim, bilgi isteme ve yerinde inceleme halinde eksik, yanlış, yanıltıcı bilgi verilmesi durumlarında da AB Rekabet Hukukunda da uygulandığı üzere, RKHK'nın 17. maddesinde süreli para cezaları da düzenlenmiştir. Ayrıca Rekabet Kurulunun esas görevi, rekabet ihlaline son verilmesini, rekabet ihlalinin engellenmesini, ortadan kaldırılmasını sağlamak, caydırıcı olmaktır. Rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi ile mümkün olacaksa, Kanun'un amacı, kapsamı, Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri, Avrupa Birliği Rekabet Hukukundaki uygulamalar değerlendirildiğinde RKHK'da yer alan düzenlemeler çerçevesinde zorunlu unsura veya zorunlu lisansa sahip olan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir

Bunun yanı sıra hukuka aykırı bir uygulama olarak hâkim durumun kötüye kullanılması davranışının geçersizlik ve tazminat gibi özel hukuk bakımından da sonuçları bulunmaktadır. RKHK'nın 56. maddesine göre rekabeti sınırlayıcı

anlaşmalar ve işletme birliği kararları geçersizdir. Madde kapsamında 6. maddeye aykırılık halinde tesis edilen işlemin ilişkin olarak açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. RKHK'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik işlemler hukuka aykırı olup kanun koyucu tarafından kesin olarak yasaklandığından söz konusu geçersizliğin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulaması da kötüye kullanma teşkil eden davranış bir hukuki işlemle ortaya çıkmış ise söz konusu işlem geçersiz kabul edilmektedir. Geçersizlik yaptırımının, kanun koyucu tarafından yalnız rekabete aykırı anlaşma ve kararlarla sınırlandırılmayarak, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

ABİDA'da 102. maddeye aykırılık halinde ortaya çıkan zararların tazminine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, AAD kararlarına göre yasaklamaya aykırılık nedeniyle zarar görenler bu zararların giderimini ulusal mahkemelerden talep edebileceklerdir. Ülkemiz uygulamasında Kanun'un 57-59. maddeleri gereğince hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüsler bu davranışları sonucu zarar görenlerin her türlü zararını karşılamak zorundadırlar. 57. madde uyarınca tazminat davası açılabilmesi için; hâkim durum kötüye kullanılmalı, bundan bir zarar doğmalı, hukuka aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Buradaki sorumluluk BK 49. maddesinde düzenlenmiş bulunan haksız fiil sorumluluğudur. RKHK'nın 58/2. maddesi ile Amerikan sisteminde yer alan bir çeşit cezai tazminat olan üç kat tazminatı düzenlemiştir. Buna göre ortaya çıkan zarar, anlaşma, karar veya ağır ihmalden kaynaklanıyor ise; zarar görenin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da kötüye kullanma eğilimini gerçekleştiren teşebbüslerin elde etmesi muhtemel karın üç katı oranında tazminata hükmedilebilecektir.

RKHK'nın uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlardan biride Rekabet Kurulu kararlarının mahkeme kararlarını ne şekilde etkileyeceğidir. Genel mahkemeler açısından tespiti oldukça güç olan Rekabet Hukuku ve piyasa analizlerine ilişkin teknik konularda, Rekabet Kurulunun uzmanlığına başvurulması, konuya ilişkin olarak Kurulun her hangi bir kararının varlığı durumunda ise

mahkemenin bu kararı esas almasının uygun olacağı düşünülmektedir. Ancak şuan yürürlükte bulunan 4054 sayılı Kanun'da Rekabet Kurulu kararlarının genel mahkemeler açısından bekletici mesele yapılması zorunluluğu bulunmamakta olup, bu konu tamamen mahkemenin takdirinde olduğu kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ateş: “RKHK Üzerine Eleştirel Bir Bakış, RKHK’un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi”, TES-AR Yayınları No:20, Ankara 1996.

AKINCI, Ateş: “Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001, (Kısaca: Rekabetin Yatay Kısıtlanması).

AKSOY, Nazlı: “Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları No:144, Ankara 2004.

AKTAŞ, Emir Berke: “Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

ANGI GÖZLÜKAYA, Fatma: “Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Uygulaması”, Rekabet Dergisi Sayı:23, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2005.

ARI, Buket: “Rekabet İhlallerinde Zamanaşımı Sorunu”, www.rekabet.gov.tr (12.10.2013).

ARI, Haluk/ **AYGÜN**, Esin, “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, Rekabet Dergisi Sayı: 40, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim Kasım Aralık 2009, s. 7-71, www.rekabet.gov.tr (02.03.2014).

ARIÖZ, Ali/ **ÖZBEK**, Can Özgür: “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 371-431.

ARITÜRK, Remzi Özge: “İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 309-371.

ASLAN, Ece: “Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrininde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 229-309.

ASLAN, İ. Yılmaz: “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İş Bankası Vakfı, Ankara 1992, (Kısaca: AT Rekabet Hukuku).

ASLAN, İ. Yılmaz: “Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat”, 4. Baskı, Bursa 2007, (Kısaca: Rekabet Hukuku).

ASLAN, İ. Yılmaz: “Rekabet Hukuku Dersleri”, Bursa 2014, (Kısaca: Rekabet Hukuku Dersleri).

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

AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze: “Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku”, Ankara Barosu, Uluslararası Hukuk Kurultayı, C: 1, Ankara 2002, s. 300-304, (Kısaca: Kamu Teşebbüsleri).

ATEŞ, Mustafa: “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Politikasına Genel Bir Bakış”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 7, No: 2, Bahar 2008, s. 47- 76, www.dergiler.ankara.edu.tr (10.02.2012).

ATİYAS, İzak: “Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler”, Rekabet Dergisi Sayı:1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ocak-Şubat-Mart 2000, s.24-45, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

AYGÜN, Esin: “Rekabet Hukukunda Para Cezaları Teori ve Uygulama”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 86, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2008.

AYRANCI, Hasan: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Ankara 2003, s. 229-252, <http://auhf.ankara.edu.tr> (03.02.2014).

BADUR, Emel: “Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları”, Rekabet Dergisi Sayı: 7, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2001, s. 28-91, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

BADUR, Emel / ERTEM, Burcu: “Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü”, Rekabet Dergisi Sayı:33, Rekabet Kurumu Yayınları, Ocak Şubat Mart 2008, s. 3-61, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

BAŞARAN, Tuğba: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları”, İKV Yayınları, No 161, İstanbul 2000.

BEYOĞLU, Berrin Özge: “Telekomünikasyon Sektöründe Hâkim Durum Kavramı ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

BOZTOSUN, Ayşe Odman: “Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Kasım 2002, s. 171-239, www.rekabet.gov.tr (05.09.2013).

ÇELEN, Aydın: “Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hâkim Durum”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:92, Ankara 2003.

ÇETİNKAYA, Murat: “İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Kavramında Kullanılan Nicel Teknikler”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.

DEMİRÖZ, Ali: “AB’nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü”, Rekabet Dergisi Sayı: 15, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2003, s. 14-41, www.rekabet.gov.tr (05.02.2014).

EFEM, Gül / **BADUR**, Emel: “ AT Rekabet Hukuku Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Ankara 2002.

EGE, Yavuz: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, Rekabet Dergisi Sayı: 9, Rekabet Kurumu Yayınları, Ocak Şubat Mart 2002, s. 3-19.

EĞERCİ, Ahmet: “Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara 2004.

EKDİ, Barış: “Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması”, Rekabet Dergisi Sayı: 10, Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan- Mayıs- Haziran 2002, s. 3-32, www.rekabet.gov.tr (15.08.2012).

EKDİ, Barış: “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Dergisi Sayı: 43, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2010, s. 79-131, www.rekabet.gov.tr (08.08.2012), (Kısaca: Ürün Bağlama).

EREN, Fikret; “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Ankara 2013.

EROĞLU, Sevilay: “Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması”, 1. Basım, İstanbul 2000.

ERYÜREKLİ, Pınar: “AB Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetlenmesi”, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü Yayın No:50, Ankara 1999.

ESİN, Arif: “Rekabet Hukuku”, Birinci Baskı, İstanbul 1998.

GÖRGÜLÜ, Ümit: “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:118, Ankara 2003.

GÜÇER, Sülün: “Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları”, Ankara 2005.

GÜL, İbrahim: “Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması”, Rekabet Kurumu Yayınları, Yüksek Lisans Tezleri, www.rekabet.gov.tr (20.07.2012).

GÜRKAYNAK, Gönenç: “Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yıkıcı Fiyatlandırma Suretiyle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2011, s. 33-38, www.ceis.org.tr (05.12.2013).

GÜRKAYNAK, Gönenç: “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Özel Bir Görünümü Şekli Olarak Aşırı Fiyatlandırma”, Çimento İşveren Dergisi Sayı:6, Kasım 2012, s. 37-42, www.ceis.org.tr (12.01.2013), (Kısaca: Aşırı Fiyat).

GÜRZUMAR, Berat Osman: “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”,

Rekabet Dergisi Sayı:12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim- Kasım- Aralık 2002, s. 3-76, www.rekabet.gov.tr (20.01.2014).

GÜRZUMAR, Berat Osman: “Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, 4054 sayılı Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Sempozyum), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2006, s. 115-198, (Kısaca: Özel Hukuk).

GÜRZUMAR, Osman Berat: “Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması”, Ankara 2006, (Kısaca: Zorunlu Unsur).

GÜVEN, Pelin: “Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi”, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2003.

GÜVEN, Pelin: “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrinin Değerlendirilmesi)”, Perşembe Konferansları 19, Ankara 2004, s. 3-114, www.rekabet.gov.tr (20.01.2014), (Kısaca: Zorunlu Unsur).

GÜVEN, Pelin: “Rekabet Hukuku”, 2. Baskı, Ankara 2008, (Kısaca: Rekabet Hukuku).

GÜZEL, Oğuzkan: “Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:116, Ankara 2003.

İÇÖZ, Özge: “Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet”, Ankara 2003.

İLMUTLUHAN, Selçuk: “AT Antlaşmasınının 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:88, Ankara 2001.

İNAN, Nurkut: “AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) Yenilikler”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Şubat 2001, s. 89-120, www.rekabet.gov.tr (06.12.2013).

İNAN, Nurkut: “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2004.

KARAKEÇİLİ, Feridun: “Avrupa Topluluğu’nda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler – Joint Ventures)”, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, Yayın No: 143, İstanbul 1997.

KARAKEÇİLİ, Feridun/ **ALAGÖZ**, Aylin/ **ÇALIŞ**, Şirin; “Avrupa Birliğinde İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları”, İKV Yayınları, 135. Cilt, İstanbul 1995.

KARAKILIÇ, Hasan: “Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları”, İstanbul 2013.

KAVAK, Nimet: “Telekomünikasyon Sektöründe Birlikte Satış Uygulamaları”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:130, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2012.

KISA, Seda Ulaş: “Avrupa Topluluğu Hukuku Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşletmelerle Kötüye Kullanılması”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2004.

KOCABAŞ, Bekir: “İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme”, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 90, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2009.

KURU, Baki/ **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder: “İcra ve İflas Hukuku”, Ankara 2013.

OKAT, Tolga: “Patentin Sağladığı Hakkın Rekabet Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 11. Baskı, İstanbul 2013.

ÖLMEZ, Hakan Suat: “Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 119, Ankara 2003.

ÖZDEMİR, Ümit Nevruz: “Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri”, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 96, Ankara 2010.

ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:4 Sayı:1, 2013, s. 311-350.

ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri Ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, Rekabet Dergisi Sayı: 39, Rekabet Kurumu Yayınları, Temmuz Ağustos Eylül 2009, s. 115-209, (Kısaca: Kamu Teşebbüsleri).

ÖZSUNAY, Ergun: “Kartel Hukuku”, İstanbul 1985.

ÖZSUNAY, Ergun: “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Kayseri 2005 s. 130 vd.

POROY, Reha (Tekinalp/Çamoğlu): “Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku”, İstanbul 2010.

SABIR, Hasan: “Ticaretin Küreselleşmesi Sürecinde Uluslararası Rekabet Sistemi İhtiyacı”; İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, Dergisi, No: 23-24, Ekim 2000-Mart 2001 www.istanbul.edu.tr (25.05.2012).

SU, Kemal Tahir: “Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi”; Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:94, Ankara 2003.

SANLI, Kerem Cem: “Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2000.

SANLI, Kerem Cem: “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara 2003, s. 197-262, (Kısaca: Haksız Fiil).

SANLI, Kerem Cem: “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, Rekabet Dergisi Sayı:30, Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan Mayıs Haziran 2008, s. 3-73.

SANLI, Kerem Cem: “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (17 Haziran 2011), İstanbul 2013, s. 15-83, (Kısaca: Özel Hukuk).

ŞİRAMUN, Serpil: “Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Kötüye Kullanma Kriterleri”, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Topluluğu Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2002.

TAN, Turgut: “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti”, Rekabet Dergisi Sayı: 4, Rekabet Kurumu Yayınları, Ekim Kasım Aralık 2000, s. 3-44, www.rekabet.gov.tr (05.10.2013).

TEKDEMİR, Yaşar: “AT. Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme sorunu Ve zorunlu unsur doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:84, Ankara 2003.

TEKİNALP, Ünal: “ATAD Kararları Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, Şubat 2000, s. 73-97, www.rekabet.gov.tr (08.12.2013).

TEKİNALP, Ünal: “Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasasına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Ankara 2005, s. 259-267.

TEKİNALP, Ünal: “Fikri Mülkiyet Hukuku”, İstanbul 2012.

TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: “Avrupa Birliği Hukuku”, 2. Baskı, İstanbul 2000, (Kısaca: AB Hukuku).

TOPÇUOĞLU, Metin: “Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları”, Lisans Üstü Tez Serisi No:7, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2001.

TOPÇUOĞLU, Metin: “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, AÜHFD, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 129-171.

TOPÇUOĞLU, Metin, “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar”, Rekabet Dergisi Sayı: 18,

Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan Mayıs Haziran 2004, s. 4-58, www.rekabet.gov.tr (08.12.2013).

TOPÇUOĞLU, Metin: “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 5-59.

UTKU, Hilal/ **POLAT**, Belit/ **DENİZ**, Seda, “ Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (17 Haziran 2011), İstanbul 2013, s. 353-394.

ÜLGEN, Sinan: “Avrupa Birliğinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, TUSİAD, Yayın No: T/98-12/247, İstanbul 1998.

ÜNAL, Çiğdem: “ Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:103, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2009.

ÜNAL, Çiğdem, “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), İstanbul 2011, s. 153-217, (Kısaca: Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar).

ÜNLÜSOY, Kürşat: “Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:125, Ankara 2003.

VEYSEL, Başpınar: “Borç Sözleşmelerin Kısmi Butlanı”, Ankara 1998.

YANIK, Mehmet: “Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri”, Uzmanlık Tezleri Serisi No:19, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No:101, Ankara 2003.

YAVUZ, Şahin: “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması IMS Davası ve Bazı Yansımalar”, Rekabet Dergisi Sayı: 22, Rekabet Kurumu Yayınları, Nisan Mayıs Haziran 2005, s. 4-39.

YILMAZ, Ejder: “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul Ve İspat Sorunları”, Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 79-130, www.rekabet.gov.tr (08.10.2013).

YİĞİT, İlhan: “Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, İstanbul 2013.