

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKU
ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE
KULLANILMASI**

Yüksek Lisans Tezi

ÖZLEM ZENGİN

İSTANBUL, 2008

T.C.

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ

**AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKU
ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE
KULLANILMASI**

Yüksek Lisans Tezi

ÖZLEM ZENGİN

Tez Danışmanı: PROF. DR. ESER KARAKAŞ

İSTANBUL, 2008

ÖZET

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Zengin, Özlem

Avrupa Birliği İlişkileri Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Eser Karakaş

Aralık, 2008, 198 sayfa

Bu tez, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ile ilgili temel kavramları, bu düzenlemenin Avrupa Topluluğu Antlaşması'ndaki karşılığı olan 82. madde ile karşılaştırmalı olarak incelemektedir. Tarihsel olarak, 80'li yıllara kadar Türk ekonomisinin, serbest rekabet şartlarının ve rekabet kültürünün bulunmadığı ve devletin ya da devlet tarafından himaye edilen teşebbüslerin piyasalara hakim olduğu bir yapıda olduğu bilinmektedir. 80'li yıllardan itibaren izlenen liberal politikalar, Türk ekonomisinin anti-rekabetçi yapısını reforme etmede yeterli olmamış; bilhassa ekonomik yoğunlaşma konusunda yapılan iktisadi analizler, piyasalardaki tekelci yapının fazla değişmediğini ortaya koymuştur. Böylece hem fiili durumun yarattığı bir ihtiyaç hem de üyelik hedefi doğrultusunda Avrupa Birliği'ne verilen taaahhütlerin bir neticesi olarak, 13 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Rekabet Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile belirli bir pazardaki hakim durum kavramı önem kazanmış; bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar

ile kötüye kullanması hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanmıştır. 4054 sayılı Kanun'u uygulamak ile tek başına sorumlu olan Rekabet Kurumu da, kanunda hakim durumun yasaklanmasına ilişkin öngörülen kavramları pek çok uyuşmazlığa uygulamıştır. Bu tezin yazılmasındaki amaç, hakim durumun ve kötüye kullanmanın varlığının tespitinde gözetilen temel ilkeler açısından, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Türk Rekabet Hukuku'nun bir karşılaştırmasını yapmak ve Rekabet Kurumu'na ilgili kavramların yorumlanması ve uyuşmazlıklara uygulanması sürecinde, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku düzenlemeleri ile Komisyon ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarının ne derece yönlendirici olduğunu ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: rekabet, hakim durumun kötüye kullanılması, Avrupa Birliği

ABSTRACT

ABUSE OF DOMINANT POSITION IN THE FRAMEWORK OF THE EUROPEAN UNION AND TURKISH COMPETITION POLICY

Zengin, Özlem

M.A., European Union Relations Graduate Program

Supervisor: Professor Eser Karakaş

December 2008, 198 pages

This thesis analyzes the basic principles governing the prohibition of abuse of dominant position dictated by Article 6 of the Law on the Protection of Competition No 4054 in comparison to Article 82, which is its counterpart regulation in the Treaty Establishing the European Community. Historically, it is known that till the 1980s the Turkish economy had a structure in which the conditions for free competition were not met, thorough knowledge about competition did not exist, and the government or undertakings protected by the government dominated the markets. Liberal policies implemented since the 1980s did not suffice to reform the anti-competitive structure of the Turkish economy. In particular, economic analyses on the issue of economic concentration showed that the monopolistic structure of the markets did not change sufficiently. Thus, as a result of the need created by the situation on the ground, 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 Competition Law taking effect, 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 and was prohibited. The Competition Authority which is single-handedly responsible for enforcing the Law on the Protection of Competition No 4054, has applied principles regarding the prohibition of the abuse of dominant position dictated by the Law in many conflicts. 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 determination of the existence of dominant position and its abuse and determine the extent of guidance provided by the European Union Competition Policy regulations and the decisions of the Commission and the International Court of Justice in the interpretation and application by the Turkish Competition Authority of related concepts in conflicts.

Keywords: competition, abuse of dominant position, European Union

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	xi
1. GİRİŞ.....	1
2. AVRUPA BİRLİĞİ ve TÜRK REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	5
2. 1 REKABET KAVRAMI, ÖNEMİ ve FONKSİYONLARI.....	6
2. 2 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA REKABETİN KORUNMASI.....	9
2. 2. 1 AB Rekabet Hukuku'nun Kaynakları.....	12
2. 2. 2 AB Rekabet Hukuku'nun Amacı.....	17
2. 2. 3 Rekabeti Engelleyen Uygulamalar.....	18
2. 2. 3. 1 Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları.....	19
2. 2. 3. 1. 1 Teşebbüsler Arası Anlaşmalar.....	21
2. 2. 3. 1. 2 Teşebbüsler Arası Uyumlu Eylemler.....	23
2. 2. 3. 1. 3 Teşebbüs Birliği Kararları.....	24
2. 2. 3. 2 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.....	26
2. 2. 3. 3 Birleşme ve Devralmalar.....	28
2. 3 TÜRKİYE'DE REKABETİN KORUNMASI.....	31
2. 3. 1 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan Önceki Dönem.....	32
2. 3. 2 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Amacı, Kapsamı ve Yasaklanan Faaliyetler.....	37
2. 3. 2. 1 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Amacı.....	38
2. 3. 2. 2 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Kapsamı.....	39
2. 3. 2. 3 Yasaklanan Faaliyetler.....	41
2. 3. 2. 3. 1 Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları.....	42
2. 3. 2. 3. 2 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.....	48
2. 3. 2. 3. 3 Birleşme ve Devralmalar.....	48
2. 3. 3 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Rekabet Kuralları.....	50
2. 4 AVRUPA TOPLULUĞU ANTLAŞMASI'NIN 82. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	52
2. 4. 1 Hakim Durum.....	53
2. 4. 1. 1 İlgili Ürün Pazarı.....	55
2. 4. 1. 1. 1 Talep Esnekliği ve Talebin Çapraz Esnekliği.....	56
2. 4. 1. 1. 2 Arz Esnekliği.....	58
2. 4. 1. 2 İlgili Coğrafi Pazar.....	60
2. 4. 1. 3 İlgili Zaman Süreci.....	62

2. 4. 2 Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler.....	63
2. 4. 2. 1 Niceliksel Ölçütler.....	64
2. 4. 2. 1. 1 <i>İlgili Teşebbüsün Pazar Payı</i>	64
2. 4. 2. 1. 2 <i>Pazardaki Diğer Teşebbüslerin Sayısı ve Pazar Payları</i>	66
2. 4. 2. 2 Niteliksel Ölçütler.....	66
2. 4. 2. 2. 1 <i>Pazara Giriş Engelleri</i>	67
2. 4. 2. 2. 2 <i>İşletme Politikaları</i>	70
2. 4. 3 Birden Fazla Teşebbüsün Pazarda Hakim Durumda Olması.....	72
2. 4. 3. 1 Birden Fazla Teşebbüsün Pazarda Birlikte Hakim Durumda Olması.....	74
2. 4. 3. 2 Birden Fazla Teşebbüsün Pazarda Ayrı Ayrı Hakim Durumda Olması.....	75
2. 4. 4 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.....	76
2. 4. 4. 1 Kötüye Kullanma Hallerinin Sınıflandırılması.....	79
2. 4. 4. 2 Kötüye Kullanma Halleri.....	81
2. 4. 4. 2. 1 <i>Birleşme ve Devralmalar</i>	82
2. 4. 4. 2. 2 <i>Mal Verme veya Hizmet Sunmaktan Kaçınma</i>	83
2. 4. 4. 2. 3 <i>Sözleşmelerin Niteliği ve Ticari Teamüller Gereği Bu Sözleşmelerle İlişkisi Olmayan Koşul ve Yükümlülükleri Kabul Şartına Bağlanması</i>	87
2. 4. 4. 2. 4 <i>İthalat-İhracat Kısıtlamaları</i>	90
2. 4. 4. 2. 5 <i>Haksız Fiyat Uygulamaları</i>	90
2. 4. 4. 2. 6 <i>Ayrımcılık</i>	103
2. 4. 4. 2. 7 <i>Pasif Tutum Dolayısıyla Kötüye Kullanma</i>	104
2. 4. 4. 2. 8 <i>Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması</i>	105
2. 4. 4. 2. 9 <i>Üretim Pazarlama veya Teknik Gelişimin Kısıtlanması</i>	107
2. 5 TÜRKİYE’DE REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	108
2. 5. 1 Hakim Durum.....	110
2. 5. 1. 1 Teşebbüs.....	111
2. 5. 1. 2 İlgili Pazar.....	113
2. 5. 2 Hakim Durumun Belirlenmesine İlişkin Ölçütler.....	115
2. 5. 3 Birlikte Hakimlik.....	116
2. 5. 4 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.....	118
2. 5. 4. 1 Kötüye Kullanma Hallerinin Sınıflandırılması.....	119
2. 5. 4. 2 Kötüye Kullanma Örnekleri.....	120
2. 5. 4. 2. 1 <i>Piyasaya Girişleri Engelleme ve Rakiplerin Faaliyetlerini Zorlaştırma</i>	121
2. 5. 4. 2. 2 <i>Ayrımcılık</i>	124
2. 5. 4. 2. 3 <i>Ek Yükümlülükler Öngörme</i>	128

2. 5. 4. 2. 4 <i>Hakim Durumun Bir Başka Pazarda Kötüye Kullanılması</i>	130
2. 5. 4. 2. 5 <i>Üretim, Pazarlama veya Teknik Gelişmenin Tüketicinin Zararına Olarak Kısıtlanması</i>	132
2. 5. 4. 2. 6 <i>Hakim Durumun Fiyat Politikaları ile Kötüye Kullanılması</i>	133
2. 5. 4. 2. 7 <i>Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması</i>	137
2. 5. 4. 2. 8 <i>Birleşme ve Devralmalar</i>	139
3. ÖRNEK BİR SEKTÖR OLARAK MEDYADA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ AB VE TÜRKİYE'DEN DAVALARLA İNCELENMESİ	142
3. 1 AB ÖRNEĞİ: OSCAR BRONNER DAVASI	142
3. 2 TÜRKİYE ÖRNEĞİ: BİRYAY VAKALARI	147
3. 2. 1 Biryay-I Davası.....	147
3. 2. 2 Biryay-II Davası.....	157
3. 3 OSCAR BRONNER DAVASI ile BİRYAY VAKALARI ARASINDAKİ BENZERLİK ve FARKLILIKLAR	166
4. SONUÇ	175
KAYNAKÇA	183
EKLER	190
EK 1- 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili Maddeleri ...	191
EK 2- Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın ilgili Maddeleri	194

KISALTMALAR

Amerika Birleşik Devletleri	:	ABD
Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu Kuran Antlaşma	:	EURATOM
Avrupa Birliği	:	AB
Avrupa Ekonomik Topluluğu	:	AET
Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması	:	AKÇT
Avrupa Topluluğu	:	AT
Avrupa Topluluğu Adalet Divanı	:	ATAD
Avrupa Topluluğu Antlaşması	:	ATA
Bakınız	:	bkz.
Borçlar Kanunu	:	BK
Common Market Law Review	:	CMLR
Çeviren	:	çev.
European Community	:	EC
European Competition Law Review	:	ECLR
European Court Reports	:	ECR
European Economic Community	:	EEC
European Law Review	:	ELR
Legislation	:	L
Madde	:	m.
Official Journal	:	OJ
Ortaklık Konseyi Kararı	:	OKK
Paragraf	:	par.
Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	:	RKHK
Sayfa/sayfalar	:	s./ss.
Ticaret Kanunu	:	TK
Türk Ceza Kanunu	:	TCK
Türkiye Büyük Millet Meclisi	:	TBMM
ve benzeri	:	vb.
Versus	:	v
ve saire	:	vs.
Yukarıda adı geçen eser	:	y.a.g.e.

1. GİRİŞ

Piyasa ekonomisi sisteminin etkili bir biçimde işleyerek kendisinden beklenen faydaları sağlayabilmesi, ancak piyasalarda serbest rekabet şartlarının oluşturulması ile mümkün olabilir. Rekabetin varlığı açısından ise rekabeti korumaya yönelik kurallar olarak tanımlanabilecek rekabet hukukunun varlığı ve etkin şekilde uygulanması belirleyici bir role sahiptir. Rekabet politikalarının temelinde, ekonomik gücün yayılmasının sağlanması, yoğunlaşmasının engellenmesi düşüncesi yatmaktadır. Rekabet kurallarının işlemediği, dolayısıyla teşebbüsler arası işbirliği, boykot, ayrımcılık ya da ezici fiyat vb. uygulamalar ile piyasa şartlarının ağırlaştığı bir ortamda, rekabetten söz edilemez. Netice olarak, piyasa ekonomisinin işlerliği, rekabet kurallarının varlığı ve etkin olarak uygulanması ile tesis edilebilecek özde rekabet sürecine bağlıdır.

Bugün rekabet hukuku konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmiş olmak ile birlikte; bu sistemlerin hemen hepsinde, teşebbüslerin rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararları ile tekelleşme ya da hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Sadece ulusal düzeydeki rekabet düzenlemeleri açısından değil, üye devletler arasında tek pazar oluşturulmasını öngören uluslararası bir sistem olan Avrupa Birliği Rekabet Hukuku bakımından da aynı yaklaşım söz konusudur.

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 81, 82 ve 86. maddeleri, üye devletler arasında mal ve hizmet ticaretinin serbestliğini temin etmek ve Ortak Pazar'da rekabet ortamını oluşturmak amacıyla, rekabet kurallarını tanımlamaktadır. Bu maddeler doğrultusunda; Konsey ve Komisyon'un tüzük, yönerge, karar, görüş ve duyuruları ile Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Bidayet Mahkemesi içtihatları, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nun kaynaklarını oluşturmaktadır.

AB Ortak Rekabet Politikası'nın esas amacı, rekabeti bozduğu kabul edilen eylemler engellenerek piyasa güçlerinin hakim olduğu, iyi işleyen bir Avrupa Tek Pazarı'nın

oluşmasının sağlanmasıdır. Avrupa Birliği'nin ekonomik entegrasyon sürecinin sağlıklı biçimde işleyebilmesi için, Ortak Rekabet Politikası'nın varlığı şarttır.

AB ile ilişkileri çerçevesinde Türkiye de, Ankara Anlaşması ve Katma Protokol ile Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 81, 82 ve 86. maddelerine uyumlu bir rekabet kanununu yürürlüğe sokmayı taahhüt etmiştir. Türkiye'de 13 Aralık 1994'te yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku model alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti, 6 Mart 1995 tarihli ve 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 32, 33 ve 39. maddeleri ile tüm rekabet mevzuatını aynı ilkeler doğrultusunda kabul etmiştir. Böylelikle Avrupa Topluluğu içtihat hukuku Türkiye'de uygulama alanı bulmuştur.

Bu tezin amacı, hakim durumun kötüye kullanılması konusunun; Avrupa Topluluğu'nun Anayasası olarak kabul edilen Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 82. maddesi ile 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenmesidir. Ancak, tezin asli konusu olmamakla birlikte, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından hem Türk Rekabet Hukuku hem de Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nun dayandığı diğer esaslar ve bazı yan konulara da yer verilmiştir.

Çalışma, toplam dört bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünü takip eden ikinci bölümde, öncelikle rekabet kavramı, bu kavramın önemi ve fonksiyonları üzerinde durulmuştur. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nun amacı ve kaynakları konusunda verilen bilgileri takiben, rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması ile şirket birleşmeleri ve devralmalar hakkındaki mevzuat incelenmiştir. Türkiye'de rekabetin korunması konusu ise; 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan önceki dönem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un öngördüğü kurallar ve Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında Gümrük Birliği'ne ilişkin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Rekabet Kuralları olmak üzere üç bölümde ele alınmıştır. Böylece hakim durumun kötüye

kullanılmasının ayrıntılı olarak incelenmesine geçmeden önce, Avrupa Birliği ve Türkiye’de rekabet kurallarının genel çerçevesi verilmiştir.

Hakim durumun kötüye kullanılması konusu, ilk olarak Türk Rekabet Hukuku’na da model teşkil eden Avrupa Birliği Rekabet Hukuku açısından ele alınmıştır. Bu doğrultuda, Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 82. maddesi çerçevesinde; hakim durumun tespitinde kullanılan ölçütler, ilgili pazar tanımı, münhasır hakimiyet ve birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olması ile kötüye kullanma sayılabilecek eylemler ayrıntılı olarak incelenmiştir. İkinci bölümde son olarak Türk Rekabet Hukuku’nda hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesi ele alınmış; teşebbüs ve ilgili pazar kavramlarının tanımı yapıldıktan sonra, Türk Rekabet Hukuku’nda hakim durumun belirlenmesine ilişkin ölçütler, birlikte hakimlik, kötüye kullanma halleri ve bunların sınıflandırılması hususları üzerinde durulmuştur. Hakim durumun kötüye kullanılmasının Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku bakımından ayrıntılı olarak incelendiği bu bölümde, Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 82. maddesi ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinin benzer ve farklı yönleri de ortaya konulmuştur.

Tezin üçüncü bölümünde ise, hakim durumun kötüye kullanılması konusunda Avrupa Birliği ve Türkiye uygulamalarındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması bakımından, Türkiye’de yoğunlaşmanın oldukça yüksek olduğu bir sektör konumunda olduğu da dikkate alınarak, medyaya ilişkin dava incelemeleri yapılmıştır. Bu amaçla seçilen davalar, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda son zamanlarda en önemli davalardan biri olarak görülen ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’na intikal eden Oscar Bronner Davası ile Türkiye’deki BİRİYAY Vakaları’dır. Hem medya sektörüne özgü davalar olmaları nedeniyle hem de konuları itibariyle büyük benzerlikler taşıyan bu iki davanın analizi ile, Türkiye’deki Rekabet Hukuku sisteminde, büyük ölçüde Avrupa Topluluğu rekabet sistemine benzer uygulamaların ortaya çıktığı görülmüştür. Her ne kadar incelemesi yapılan iki davanın birbirinin aksi kararlar ile sonuçlanmış olması nedeniyle uygulamada farklılık olduğu görünümü ortaya çıksa da, bu farklılığın

davaların kendine özgü şartlarından kaynaklandığı, hakim durum değerlendirmesi yapılırken aslında aynı mantık zincirinin takip edilerek uygulandığı tarafımızca değerlendirilmiştir. Ana esaslarının Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'na dayandığı çalışmanın ikinci bölümünde açıkça ortaya konan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, Türkiye'de de Avrupa Topluluğu'ndakine benzer uygulamalara yol açması sürpriz değildir. Bu değerlendirmeye ilişkin detaylara tezin sonuç bölümünde yer verilmiştir.

2. AVRUPA BİRLİĞİ ve TÜRK REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Bütünleşme süreciyle birlikte, Avrupa Birliği (AB) içinde adil ve etkin bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması hedefi daha da önem kazanmıştır. Bugün gelinen noktada, Avrupa Birliği, açık piyasa ekonomisi ilkelerinin uygulandığı ve üye ülkelerin serbestçe rekabet edebildiği bir ekonomik sistemi oluşturma konusunda önemli mesafeler almıştır. Türkiye de, 1980'lerden itibaren dışa açık serbest piyasa ekonomisini benimsemiş; bu doğrultuda, hem rekabete bir düzen getirmek hem de Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamak amacıyla 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) çıkarılmıştır. 1997'de oluşturulan Rekabet Kurumu'nun da etkin bir şekilde çalışmaya başlamasıyla, piyasa ekonomisinin kurumsal ve hukuki çerçevesi bakımından önemli bir eksikliğe son verilmiştir.

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET) temelini atan Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (ATA) 82. maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesini amaçlamaktadır. Aynı şekilde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi de bu hedefi gözetmektedir. Anılan düzenlemeler, belirli bir piyasada etkin rekabetin önlenmesi yeteneği veya bu piyasadan bağımsız olarak hareket edebilme gücü olarak tanımlanabilecek hakim durumu değil, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır.

Tezin bu bölümünde, genel olarak rekabet kavramı ve rekabetin fonksiyonları üzerinde durulduktan sonra, önce Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku konusunda genel ilkeler üzerinde durulacak, ardından her iki hukuk sisteminde hakim durumun kötüye kullanılması konusundaki düzenlemeler ayrıntılarıyla incelenecektir. Bu esnada, Türkiye'deki rekabet kurallarının AB'deki kurallar ile karşılaştırması da yapılarak,

Türkiye'nin Avrupa Birliği Ortak Rekabet Politikası'na uyum sağlama konusunda aldığı mesafenin tespitine çalışılacaktır.

2.1 REKABET KAVRAMI, ÖNEMİ ve FONKSİYONLARI

Rekabet, genel anlamı ile, hayatın her alanında belirli bir amaca ulaşmak için yarışmayı ifade etmektedir. Bir başkasına ya da başkalarına karşı; güç, üstünlük, kazanç veya başarı sağlama mücadelesidir (Seyidoğlu 1992, s. 720). Rekabetin en yaygın uygulama sahası, iktisadi alanlardır. Rakip firmalar, tercih edilmek amacıyla; üretimin kalitesini yükseltmek, ürünlerini daha cazip biçimde sunmak, servis hizmetleri bakımından üstünlük kazanmak vb. alanlarda kıyasıya yarışır. Böylece rekabet, en kaliteli veya sağladığı fayda açısından en üstün mal ve hizmeti, yine en makul fiyatla tüketiciye sunmak amaç ve gayretini ifade eder (Whish 1993, s. 1). Bu beklentiler, tabii olarak, ancak serbest rekabet ortamında gerçekleşebilir. Serbest rekabet ise, her zaman serbest piyasanın ve iktisadi özgürlüğün var oluşuna bağlıdır.¹

İktisat biliminde, rekabet, firmaların piyasadaki fiyatı etkileme gücünü ifade etmek üzere de kullanılmaktadır (Begg, Fischer and Dornbusch 1994, s. 132). Piyasada rekabet ne kadar artarsa, tek tek teşebbüslerin piyasayı etkileme gücü de o denli azalır. Teşebbüslerin pazarı etkileme gücüne sahip olmadıkları nokta, sadece arz ve talep gücünün belirlediği fiyata, çok sayıdaki teşebbüsün boyun eğdiği ideal ortamdır (Topçuoğlu 1999, s. 27). Pazarda arz ve talebin herhangi bir müdahale veya kısıtlama olmadan oluşması; kaynakların etkin dağılımı ve kullanımı, daha kaliteli mal veya hizmetin daha ucuz fiyata sunulması, araştırma geliştirme faaliyetlerinin artması, yeni

¹ Serbest rekabet ortamının varlığı için iki şartın sağlanması gereklidir: İlk şart, piyasanın, aynı mal veya hizmeti üreten yeterince çoklukta teşebbüse sahip olmasıdır. Diğer önemli şart ise, yeni teşebbüslerin, piyasaya kolaylıkla girebilme ya da istedikleri takdirde piyasayı terk edebilme keyfiyetine sahip olmasıdır. (bkz. SMITH, A. H., 1963. *Economics For Our Times*. New York: McGraw-Hill, s. 189)

ürünler ortaya konulması, daha gelişmiş teknoloji kullanılması, üretimin daha seri hale getirilmesi, küçük ve orta büyüklükte işletmelerin de pazarda varlıklarını koruyabilmesi ve nihayet bütün bunların sonucunda tüketicinin bu süreçten azami düzeyde fayda sağlaması ve sosyal refahın artmasını (Massel 1962, s. 23) temin eden bir yapının oluşması, rekabetten beklenen faydalardır. Rekabetin olmadığı veya sağlıklı olarak işlemediği piyasalarda ise, üreticiler, mal ve hizmetlerin fiyat ve kalitesi bakımından, ülke kaynaklarını verimli kullanma kaygısı duymazlar. Rekabetin yokluğu sebebiyle sağlıklı işlemeyen piyasa düzeninde, pazar gücünü ellerinde bulunduran hakim konumdaki teşebbüsler, aynı zamanda piyasaya yeni girecekler için de engel teşkil eder. Bu bakımdan rekabet, ulaşılmak istenen bir amaç gibi görünse de; aslında, piyasa ekonomisinden beklenen faydaların gerçekleşebilmesi ve eksik rekabet² halinde ortaya çıkabilecek sakıncaların önlenmesi için bir araçtır. Başa dönecek olursak, rekabet engellerinden arındırılmış bir piyasa, ekonomik verimlilik ve sonuç olarak toplumun sağlayacağı azami fayda açısından zaruridir.

Rekabet Hukuku'nu, rekabetin korunmasına ilişkin kurallar olarak tanımlamak mümkündür. Rekabet hukuku, piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla serbest rekabetin benimsendiği sistemlerde, bu sistemin varlığı ve sağlıklı işlemesi için olmazsa olmaz koşul olan sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve korunabilmesi için gerekli olan düzenlemelerden oluşmaktadır. Rekabetin serbestliğini ve etkin işleyişini sağlamak, rekabetin cereyan ettiği iktisadi ve sosyal alanları rekabet yapısına denkleştirmek ve bu yapıyı sürekli kılmak için rekabetin işleyişine hukuki bir nitelik kazandırmak, rekabet hukukunun temel amaçlarındandır (Muğaminyaya 2000, s. 1).

² Eksik rekabetin nedenleri için bkz. ATİYAS, İ., 2000. Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler. *Rekabet Dergisi*, 1 (1), ss. 25-46

Piyasada rekabetin önlenmesi, sınırlandırılması ya da tamamıyla ortadan kaldırılmasını amaçlayan veya bu sonucu doğuran rekabeti bozucu nitelikteki eylemler, kaynaklarına göre iki ana grupta toplanabilir (İnan 1995, ss. 249-250). Bunlar:

- a. Rekabetin, devletin piyasalara, düzenleyici rolü gereği veya piyasada faaliyet gösteren bir birim olarak, doğrudan veya dolaylı müdahalesi sonucunda bozulması, veya
- b. Rekabetin, teşebbüsler arası anlaşma, davranış ve teşebbüs birliği kararları; tekelleşme ya da teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları veya birleşme ve devralmalar sonucunda bozulmasıdır.³

Pazarda rekabet ortamı yukarıda sözü edilen sebeplerle bozulmadığı sürece, bunun genel olarak pazar süreci içindeki herkes açısından olumlu sonuçları olacaktır. Rekabetin bozulmadığı bir sistemde, bundan tüketiciler, rakipler, meslek ve sektör grupları da dolaylı ve olumlu olarak etkilenecektir. Bununla birlikte rekabet hukuku kuralları, ne tüketicilerin, ne rakiplerin ne de meslek veya sektör gruplarının menfaatini korumayı doğrudan hedeflemektedir. Tüketicinin korunması, genel olarak rekabete aykırılığın olumsuz sonuçlarının engellenmesiyle gerçekleşmektedir.⁴

Rekabet Hukuku, bir ülkede uygulanmakta olan diğer bazı politikaları da doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilmektedir. Bunun ötesinde Rekabet Hukuku; ihracatın teşviki,

³ Bu nedenle geniş anlamda Rekabet Hukuku, teşebbüslerin davranışları sonucunda rekabetin bozulmasının yanı sıra devletin çeşitli tasarrufları ile doğrudan ya da dolaylı olarak pazarda rekabetin bozulduğu halleri (örneğin devlet yardımları, kamu alımları) ve uluslararası ticaret söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkabilecek anti-damping uygulamalarını da kapsamaktadır. (bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., 2000. *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, s. 34)

⁴ Rekabet Hukuku'nun koruma amacı içerisinde açıkça yer almasa da, piyasa uygulamalarının müspet ya da menfi yansımalarının üzerinde yoğunlaştığı kesim tüketicilerdir. Fiyatların marjinal maliyetlere yaklaşması, kalitenin ve satış sonrası hizmetlerin artmasının nihai ekonomik faydaları, tüketiciler üzerinde görülecektir. (bkz. WHISH, R., 1993. *Competition Law*. Edinburgh: Butterworths, s. 13)

ulusal ve uluslararası piyasalarda rekabet gücü yüksek teşebbüsler yaratılması, yeni istihdam alanları oluşturulması, yabancı yatırımlar, devlet teşvikleri, özelleştirme gibi alanları etkileyebilecek bir araç olarak da kullanılabilir. Ancak, rekabet düzenlemelerinin ekonomik gelişmeye katkıda bulunması, devletin rekabet politikası ile ekonomi politikasının birbirini destekleyecek şekilde uyumlu olması ile mümkündür (Goldman 1997, ss. 5-6). Aksi halde hedeflenen iktisadi ve sosyal amaçların gerçekleştirilmesi güçleşir.

Rekabet kurallarının kapsamı, bu kuralların ulusal veya uluslararası ya da Avrupa Topluluğu'nda (AT) olduğu gibi uluslararası bir hukuk sistemi içinde yer almasına göre değişebilmekte; rekabet hukukunun temel prensiplerinde olmasa dahi, işlevinde bir farklılaşma olabilmektedir. Örneğin, AT'de temel hedeflerden biri olan, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını öngören bir tek pazar oluşturma amacı, üniter bir devletin rekabet hukukunda söz konusu olmayacaktır.

Son söz olarak; devlet için Anayasa ne ise, bir ekonominin hayatiyeti için rekabet düzeni de odur (Sauter 1997, ss. 120-121). İktisadi oluşumların veya gücün, kendi haline bırakılması ile piyasa düzeninin kendi kendine tesis olacağı görüşü, artık kabul görmemektedir. Devlet, güçlü teşebbüsler karşısında zayıf olanları, üretici karşısında tüketiciyi, iktisadi gücün merkezileşmesi karşısında çeşitliliği, kısaca bütün piyasa düzenini koruyacak ve kollayacaktır (Whish 1993, ss. 13-14).

2.2 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA REKABETİN KORUNMASI

Avrupa Topluluğu'nun kuruluşundan bugüne temel hedeflerinden biri; sınırlamaların olmadığı, serbest rekabet ilkelerine dayanan bir Ortak Pazar oluşturmaktır. Amaç, rekabetin bozulmadığı bir sistem içinde, herkesin ekonomik koşulların en elverişli olduğu yerde serbestçe üretim ve yatırım yapabildiği, çalışabildiği, mallarını dilediği yerden alıp satabildiği, hizmet sunabildiği ve hizmetlerden yararlanabildiği bir sistem

yaratılması; Ortak Pazar marifeti ile üye devletler arasında iktisadi bütünleşmenin gerçekleştirilmesidir. Bu hedefin başarısı ise Topluluk Rekabet Hukuku'na bağlıdır.

Avrupa Birliği Rekabet Politikası, esasen, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 81'den 89'a kadar olan maddeleri ile çizilen yasal çerçeveye dayanmaktadır.⁵ Bu kurullarla varılmak istenen hedeflerin anlaşılabilmesi ve bu kurulların AT Hukuku'na uygun olarak yorumlanabilmesi için, öncelikle ATA'nın Avrupa Topluluğu'nun temel amaçları ile bunlara ulaşılabilmesi için uygulanacak politikaları içeren 2. ve 3. maddelerinin bilinmesi gerekmektedir.

Avrupa Topluluğu'nun temel hedeflerini belirten ATA'nın 2. maddesi; ortak bir pazarın, ekonomik ve parasal bir birliğin kurulması yolu ile, Topluluğun bütünü içinde uyumlu ve dengeli kalkınmanın, çevreye saygılı, sürekli ve enflasyonist olmayan bir büyümenin, yüksek seviyeli bir istihdam ve sosyal korumanın, yaşam seviyesinin, üye devletler arasında ekonomik ve sosyal bütünlükle dayanışmanın iyileştirilmesi amacıyla söz etmektedir. ATA'nın 3. maddesi ise, bu hedeflere varılabilmesi için uygulanacak politikaları sıralamakta, Topluluğun iktisadi bütünleşmeye ilişkin görevlerini belirlemektedir. Bu maddeye göre, "iç pazar dahilinde rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir rejim" oluşturulması öngörülmüştür. Rekabet politikasını Topluluğun ana görevleri arasına yerleştiren (Esin 1998a, s. 8) bu madde, Komisyon ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) kararlarında, AT rekabet kurullarının ve özellikle ATA'nın 81 ve 82. maddelerinin yorumlanmasında kullanılmaktadır.

⁵ 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması sonucunda, Roma Antlaşması'nın bir kısım hükümleri (56 madde) iptal edildiğinden maddelerin sıra numaraları değişmiştir. Rekabet alanındaki müktesebat, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın teşebbüslere uygulanan kurulları düzenleyen 81-85. maddeleri (eski 85-89. maddeler), kamu teşebbüsleri ve imtiyazlı ya da münhasır haklara sahip teşebbüsleri ile ilgili 86. maddesi (eski 90. madde) ve devlet yardımlarına uygulanan kurulları kapsayan 87-89. maddeleri (eski 92-94. maddeler) temelinde şekillenmektedir. Rekabet politikası bakımından ayrıca devlet tekellerini düzenleyen 31. maddenin (ticari nitelikli devlet tekelleri, eski 37. madde) de göz önünde tutulması gerekmektedir.

ATA'nın 81. ve 82. maddeleri, Topluluk Rekabet Hukuku'nun ana kurallarını oluşturmaktadır. Antlaşmanın 81. maddesi uyarınca, Ortak Pazar içinde rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı veya bu etkiyi doğuran teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu davranışlar, Ortak Pazar ile bağdaşamaz kabul edilir ve yasaklanmıştır. Paralel bir amaçla düzenlenen 82. madde de, bir veya daha fazla teşebbüsün Ortak Pazar veya onun önemli bir bölümünde hakim durumlarını kötüye kullanmalarını üye ülkeler arasında ticareti etkilediği ölçüde yasaklamaktadır. Doğrudan doğruya uygulanabilme özelliğine sahip olan bu düzenlemeler, sadece üye ülkeler ve onların yetkili organlarına hak ve yükümlülükler getirmekle kalmayıp; Avrupa Topluluğu'nun yürütme organı olan Komisyon'u, rekabet soruşturmalarını yürütmek, gerektiğinde yaptırım uygulamak gibi geniş yetkiler ile donatmaktadır.⁶ Rekabet politikalarını oluşturmak, üye devlet rekabet örgütleri ile işbirliği ve koordinasyonu sağlamak görevleri de Komisyon tarafından gerçekleştirilmektedir.⁷ Komisyon kararları, ATAD veya Bidayet Mahkemesi'nde temyiz edilebilmektedir.

AB Rekabet Hukuku, Ortak Pazar'da ticaret serbestliğini olumsuz yönde etkileyen bütün davranışları yasaklamıştır. Ancak, söz konusu anlaşma ya da uygulamalar, üretim veya malların dağıtımının geliştirilmesine ya da teknik veya ekonomik ilerlemenin özendirilmesine katkıda bulunuyorsa ve tüketicilerin ortaya çıkacak yarıdan uygun ölçüde istifade etmeleri (Jacquemin 1993, s. 23) olanağı da varsa, bu amaçlara ulaşmak

⁶ AT kurumlarının Rekabet Hukuku uygulamasındaki yeri için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., y.a.g.e., s. 41

⁷ Üye devletlerin Topluluğa bir rekabet politikası oluşturma görev ve yetkisini devretmiş olmaları, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ve eylemlere, hakim durumun kötüye kullanılmasına veya birleşmelere ilişkin kendi ulusal düzenlemelerini yapamayacakları şeklinde değerlendirilmemelidir. Üye devletlerin birçoğunun rekabeti engelleyen uygulamalara engel olacak, Topluluğun amaçlarına uygun olarak oluşturulmuş kendi ulusal yasaları bulunmaktadır. Rekabetin kısıtlandığı hallerde ulusal hukukun mu Topluluk Hukuku'nun mu uygulanacağı konusunda belirleyici olan husus, üye devletler arasındaki ticaretin etkilenip etkilenmediğidir. Ulusal hukuk, üye devletler arasında ticareti etkilemeyen davranışlara uygulanırken; üye devletler arası ticaretin etkilendiği durumlarda ise Topluluk Hukuku devreye girmektedir.

için zorunlu olmayan sınırlamalar getirmemek kaydıyla, ilgili teşebbüsler bu yasaklardan muaf tutulabilmektedir.

Bütün bu bilgiler ışığında, Topluluk rekabet sisteminin üç temel özelliği olduğu görülmektedir (Esin 1998a, s. 7):

- a. Topluluk Rekabet Hukuku siyasi bir yaklaşıma dayandırılmıştır. Üye devletlere kısmi bir egemenlik devri zorunlu kılınmıştır.
- b. Rekabet kuralları ile birlikte makro ekonomik unsurlar da dikkate alınmıştır. Rekabet politikalarına yön verilirken; ekonomik gerçekler ve istihdam yaratmak, büyümeye destek olmak gibi temel ihtiyaçlar da göz önünde bulundurulmaktadır.
- c. Ahlaki ve sosyal değerlere büyük önem verilmiştir. Bu bağlamda, tüketicinin korunması, pazardaki tüm ekonomik aktörlerin eşit şartlarda rekabete girmeleri ve küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin büyük işletmelerin yanı sıra ekonomik hayatta rol almaları gibi hususlar ön planda tutulmaktadır.

2. 2. 1 AB Rekabet Hukuku'nun Kaynakları

AB Rekabet Hukuku'nun kaynaklarını, birincil ve ikincil kaynaklar olarak iki bölümde incelemek mümkündür. Birincil kaynaklar, Avrupa Topluluğu'nu kuran antlaşmalar, ekler, protokoller ve bunları değiştiren antlaşmalardır. Bunlar Avrupa Topluluğu Antlaşması, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (EURATOM), Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması (AKÇT) ile Topluluğun genişlemesine ilişkin anlaşmalardır (Topçuoğlu 1999, s. 60).

Avrupa Birliği Rekabet Politikası, esasen, Avrupa Topluluğu Antlaşması'na dayanmaktadır. Topluluk rekabet kuralları, ATA'nın Avrupa Topluluğu'nun amaç ve politikaları hakkındaki 2. maddesi, Toplulukta rekabetin bozulmadığı bir sistem öngören 3 (g) maddesi ve rekabet hukukuna ilişkin 81 den 89'a kadar olan maddeleri ile düzenlenmiştir (bkz. EK-2).

ATA'nın 81' den 89'a kadar olan ve Topluluk rekabet kurallarını düzenleyen maddeleri, iki bölüme ayrılmıştır. Birinci bölüm, teşebbüslere ilişkin kuralları içermektedir. ATA'nın 81. maddesi rekabeti bozan ya da bozabilecek nitelikte olan anlaşma ve davranışlara ilişkin hükümler içermektedir. 81/1. madde teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklamaktadır. ATA'nın 81/2. maddesinde, bu tür teşebbüs birliği kararlarının geçersiz olduğu ifade edilmiştir.⁸ ATA'nın 81/3. maddesinde ise anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara, belli olumlu etkiler bekleniyorsa⁹, grup olarak muafiyet tanınabileceği belirtilmiştir. ATA'nın 82. maddesi, pazara hakim durumda olan teşebbüslerin bu durumlarını kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılması halinde hiçbir muafiyet hakkı bulunmamaktadır (Aslan 1992, s. 185). ATA'nın 81. ve 82. maddeleri, yalnız AT kurumlarında ve yargı organlarında değil, ulusal düzeyde de ileri sürülebilecek, doğrudan uygulanabilir hükümlerdir.¹⁰ ATA'nın 83-85. maddeleri, Antlaşmanın rekabet hukukuna ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için, Konsey ve Komisyon tarafından yapılması gereken düzenlemelere ilişkindir. 86. madde, rekabet kurallarının, kamu teşebbüsleri ile devlet tarafından kendisine özel haklar ya da ayrıcalıklar tanınmış işletmelere de uygulanmasını hükme bağlamıştır (Roth 1990, s. 159).

⁸ 81/2. madde anlamındaki geçersizlik, Komisyon'un veya herhangi bir ulusal kurumun kararına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkan ve taraflara hiçbir hak ve borç yüklemeyen bir hükümsüzlük halidir. (bkz. AKINCI, A., 2001. *Rekabetin Yatay Sınırlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu, s. 331)

⁹ Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya 81/3. madde çerçevesinde muafiyet tanınabilmesi için aranan koşullar; üretim veya dağıtımda gelişme ya da teknik veya ekonomik ilerleme sağlanması, ortaya çıkan faydadan tüketicilere adil bir pay sağlanması, teşebbüslere zorunlu olandan fazla sınırlama getirilmemesi ve pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmamasıdır. (bkz. ELÇİN CENGİZ, S., 2007. *Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları-AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar*. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, ss. 27-32)

¹⁰ ATA'nın 81. ve 82. maddelerinin doğrudan uygulanabilirliği, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında belirtilmiş olup, Topluluk Hukuku'nun yerleşik içtihatları arasında yer almaktadır. (bkz. Case 127/73 SABAM V NV Fonior (1974) ECR 51; Case 37/79 Marty V Lauder (1980) ECR 2481)

ATA'nın rekabetle ilgili hükümlerinin ikinci bölümü ise, üye devletler ile ilgilidir. Antlaşmanın 87 den 89'a kadar olan maddeleri devlet yardımlarına ilişkin kuralları içermektedir. Rekabetin bozulmasına veya bozulması tehdidine yol açan her türlü devlet yardımlarının, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, Ortak Pazar'ın düzenli işleyişi ile bağdaşmayacağı hüküm altına alınmıştır. Yapılacak tüm devlet yardımları konusunda Komisyon'a bilgi verilmelidir. Komisyon bundan sonra bu yardımların kabul edilebilirliği ve büyüklüklerinin ne olması gerektiği konusunda karar verecektir.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nun, ikincil nitelikte kaynakları ise, AT Konsey ve Komisyonu'nun ATA'da öngörülen yetkileri¹¹ doğrultusunda yürürlüğe konulan tüzük ve direktiflerdir. Ayrıca, kararlar, tavsiye ve görüşler, mahkeme içtihatları, uluslararası anlaşmalar, Topluluğun üçüncü ülkelerle yaptığı anlaşmalar, genel hukuk kuralları ve teamüller de ikincil kaynaklardır (Aslan 1998, s. 22).

a. Tüzükler

AT Konsey ve Komisyonu, tüzükler ve direktifler yoluyla Rekabet Hukuku'na ilişkin genel kuralları koymaktadır. Üye devletlerin, doğrudan uygulanabilir nitelikte olan tüzükleri uygulaması zorunludur. Rekabet Hukuku açısından temel nitelikte olan tüzüklerin başında 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü gelmektedir. Bu tüzük, teşebbüslere uygulanan rekabet kurallarına ilişkin temel AB mevzuatını oluşturan ATA'nın 81. ve 82. maddelerinin uygulanmasını düzenlemektedir.¹²

¹¹ ATA'nın 83. maddesi Konsey'e, Komisyon'un teklifi üzerine tüzük ve direktif şeklinde düzenleme yapma yetkisi vermektedir.

¹² 1/2003 Sayılı Tüzük 1962 yılından beri yürürlükte olan 17/62 sayılı Tüzüğün yerini almış ve 1 Mayıs 2004 tarihinde uygulanmaya başlamıştır. Bu tüzük ile birlikte, ulusal mahkemelerin yetkileri artırılmıştır. AB Komisyonu'nun münhasır yetkisi kaldırılarak, ulusal mahkemelerin ATA'nın ilgili maddelerini doğrudan uygulayabildikleri bir sistem öngörülmüştür. Ayrıca, ulusal rekabet yetkililerinin, kendi inisiyatifleriyle ya da şikayet üzerine, rekabet ihlalinin sona erdirilmesini talep etme, ara önlemler alma, taahhütleri kabul etme, para cezası ya da ulusal hukukta öngörülen diğer cezalara ilişkin karar almasının önu açılmıştır.

Birleşme ve devralmaların kontrolü ise 802/2004 sayılı Tüzük ile gerçekleştirilmektedir. Rekabet alanındaki diğer Topluluk düzenlemeleri arasında; 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere ilişkin Komisyon Tüzüğü¹³, Grup Muafiyetlere ilişkin Komisyon'a yetki tanıyan 19/65 ve 2821/71 sayılı tüzükler¹⁴, sektörler için hayati önem taşıyan blok muafiyet tüzükleri (otomotiv, yatay işbirliği anlaşmaları, teknoloji transferi anlaşmaları, sigortacılık), Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı Tüzük ve 773/2004 sayılı Komisyon Tarafından Soruşturma Yürütülmesine ilişkin Komisyon Tüzüğü bulunmaktadır.

Konsey ve Komisyon tarafından yürürlüğe konulan Tüzükler, ATA'nın rekabet kurallarının uygulanmasında ve Topluluk Rekabet Hukuku'nun gelişmesinde önemli rol oynamıştır.

b. Direktif ve Kararlar

Konsey ve Komisyon'un yayımladığı direktiflerin, üye devletler tarafından doğrudan uygulanabilir niteliği yoktur. Bu direktifler doğrultusunda, her üye devlet, öngörülen süre ve ilkeler çerçevesinde kendi iç mevzuatını düzenlemektedir. Üye devletler direktiflere uymak zorundadırlar. Ancak, tüzükten farklı olarak, direktifin konu edildiği amaca ulaşmak için uygulayacakları yöntem ve düzenlemenin şeklini seçmek konusunda serbesttirler.

¹³ 22 Aralık 1999 tarihli ve 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü ATA'nın 81/3. muafiyet maddesinin dikey anlaşmalara ve uyumlu eylemlere uygulanmasını düzenlemektedir.

¹⁴ 19/65 Sayılı Konsey Tüzüğü, Komisyon'a teknelci işlem anlaşmaları ve sınai mülkiyet haklarıyla ilgili anlaşmalara grup muafiyeti sağlayacak düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Bu yetkinin çerçevesi, daha sonra 2821/71 Sayılı Konsey Tüzüğü ile araştırma, geliştirme ve gizli teknik bilgiler de dahil olmak üzere, uzmanlaşma anlaşmalarına kadar genişletilmiştir. (bkz. TOPÇUOĞLU, M., 1999. *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, s. 65)

AT Rekabet Hukuku sisteminin işleyişi açısından, tüzük ve direktifler kadar önemli bir işleve sahip olan kararlar, Konsey veya Komisyon tarafından alınır. Kararlar, sadece yönelttikleri üye devlet ya da gerçek veya tüzel kişi bakımından bağlayıcıdır. İçerikleri bakımından kararlar, rekabet kurallarına aykırılıklara son verilmesini salık veren ve ceza uygulanmasını öngören kararlar, ATA'nın 81/3. maddesi çerçevesinde anlaşma ve uyumlu eylemlere muafiyet tanınmasını öngören kararlar, menfi tespit kararları, birleşme veya devralmalara izin veren veya bunları yasaklayan kararlar şeklinde sınıflandırılabilir.

c. Tavsiye ve Görüşler

AT kurumlarının, Rekabet Hukuku konusunda tavsiye ve görüş niteliğindeki düzenlemeleri, bağlayıcı olmayan Topluluk düzenlemeleridir.

d. Mahkeme İçtihatları

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Bidayet Mahkemesi kararları, Topluluk Rekabet Hukuku'nun yorumlanması ve gelişiminde önemli bir rol üstlenmiştir. AB Ortak Rekabet Politikası, ilk oluşum döneminde, sadece ATA'nın ilgili maddeleri çerçevesinde, dar kapsamlı olarak düzenlenen bir alan olmuştur. Adalet Divanı, Antlaşma maddelerini geniş yorumlayarak, Ortak Rekabet Politikası'nın oluşumunda önemli bir görev üstlenmiştir. Bidayet Mahkemesi rekabet alanındaki uyuşmazlıklar bakımından ilk derece mahkemesi, AB Adalet Divanı ise nihai yargı mercii durumundadır. Ayrıca, üye devlet mahkemelerinde görülmekte olan bir davada, konuya ilişkin ön karara (*preliminary ruling*) ihtiyaç duyulması halinde, Adalet Divanı'na başvurulabilmektedir. Adalet Divanı, Topluluk kurumlarının işlemlerinin geçerliliği konusunda da ön karar yetkisine sahiptir. Topluluk organları, üye ülkeler, ilgili gerçek ve tüzel kişiler, karar ve eylemlerinde mahkeme içtihatlarını göz önünde tutmak zorundadırlar.

e. Topluluk Tarafından Akdedilen Anlaşmalar

ATAD, Topluluk tarafından akdedilen anlaşmaları Topluluk Hukuku'nun bir parçası olarak kabul etmektedir. Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması, Avrupa Anlaşmaları, Akdeniz Ülkeleri ile Yapılan Anlaşma, ABD ile Yapılan Anlaşma ve Gümrük Birliği Anlaşması, AT Rekabet Politikası bakımından önemli anlaşmalardır (Topçuoğlu 1999, ss. 67-69).

Topluluk Rekabet Hukuku'nun kaynakları kapsamında, son olarak, üye ülke ulusal mevzuatlarının ve içtihatlarının, Topluluk rekabet kuralları ile ilişkisini değerlendirmekte fayda bulunmaktadır. ATA'nın Topluluk sınırları içinde üye devletlerin uymak zorunda olduğu bağımsız bir hukuk düzeni oluşturduğu görülmektedir. Üye devletlerin rekabet yetkilileri ve mahkemeleri, ulusal hukuklarını uygularken, Topluluk Hukuku'nun genel ilkelerine ve diğer hükümlerine uymak durumundadır. AT Rekabet Hukuku ile, üye devlet ulusal rekabet düzenlemeleri arasında bir ihtilaf çıkması durumunda, AT rekabet kuralları geçerli olmaktadır. Öte yandan ATA'nın 81. ve 82. maddelerinin uygulanması için üye ülkeler arasında ticaretin etkilenmesi gerekmektedir. Söz konusu rekabet ihlali Topluluk düzeyinde olmadığı takdirde, üye devletlerin rekabet kurumları ulusal rekabet hukukunu uygulayacaktır.

2. 2. 2 AB Rekabet Hukuku'nun Amacı

Genel olarak, Rekabet Hukuku ile ulaşılmak istenen amaçları; ekonomik, sosyal ve siyasal faydalar olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür. Rekabetin ekonomik alandaki faydaları üretimde verimlilik, kaynak dağılımında verimlilik ve teknolojik ilerlemedir. Ancak, rekabetin bu iktisadi fonksiyonlarının gerçekleşmesi ile birlikte, dolaylı bir sonuç olarak, sosyal ve siyasal faydalar da ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, Rekabet Hukuku'nun sosyal yararları, tüketicilerin ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Rekabet kuralları ve bu kuralların sağladığı iktisadi özgürlükler, aynı zamanda siyasal hayatın ve özellikle demokrasilerin

önemli güvencelerindedir. Zira rekabetçi yapı, ekonomik gücün piyasada faaliyet gösteren bir ya da birkaç teşebbüs tarafından kontrol edilmesinin önüne geçerek, iktisadi çok sesliliğin ve özgürlüklerin kısıtlanmasına engel olmaktadır.¹⁵

AT Rekabet Hukuku da, sözü edilen ekonomik ve sosyo-politik faydaları elde edecek biçimde, Topluluk içinde rekabetin bozulmadan işleyişini sağlayacak bir sistemi kurma ve bunun sürdürülebilirliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi çerçevesinde, üye devletlerin ekonomi politikaları tedricen birbirine yaklaştırılarak, hem üye devletlerin birleşmeleri hem de bir Ortak Pazar kurulması hedeflenmektedir (Wesseling 1997, s. 38). Bu hedefe ulaşmak için ise, Ortak Rekabet Politikası'nın varlığı şarttır.

Bu bilgiler ışığında, Avrupa Birliği'nde ortak rekabet kuralları ile, esas itibariyle şu üç temel amaç gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır:

- a. Teşebbüsler arasında rekabeti bozucu ya da kısıtlayıcı ticari engeller geliştirilmesinin, hakim durumun kötüye kullanılmasının ve rekabeti sınırlayıcı ya da bozucu devlet yardımlarının engellenmesi.
- b. Etkin bir rekabet ortamı tesis edilerek, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanabileceği Ortak Pazar'ın kurulması.
- c. Ticari etkinlik, yenilik, gelişme, dinamizm ve düşen fiyatlar ile tüketicinin yararını gözeten bir ekonomik yapının özendirilmesi.

2. 2. 3 Rekabeti Engelleyen Uygulamalar

AB Ortak Rekabet Politikası uyarınca, iç pazardaki rekabeti bozma ya da sınırlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler

¹⁵ Özellikle Amerikan Rekabet Hukuku'nun ortaya çıkışındaki temel neden, özel sektördeki ekonomik yoğunlaşmanın önüne geçilerek demokrasinin güvence altına alınmasıdır.

ve teşebbüs birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması ve hakim durumu yaratan veya güçlendiren ve bu suretle rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalar yasaklanmıştır.¹⁶ Topluluk rekabet kurallarının uygulanmasında, rekabete aykırılığın üye devletler arası ticareti etkilemesi şartı aranmaktadır.

2. 2. 3. 1 Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları

Ortak Pazar'da rekabeti doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları, ATA'nın 81/1. maddesi kapsamında yasaklanmıştır. Alış veya satış fiyatlarını ya da diğer ticaret koşullarını belirleme, üretimi, pazarları, teknik gelişmeyi, yatırımları kısıtlama veya kontrol etme, pazar ya da tedarik kaynaklarını paylaşma, taraflara aynı değerdeki faaliyetlerde farklı koşullar uygulama, sözleşmelerin yapılmasını niteliği gereği olarak ya da ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilişkisi olmayan ek faaliyetlerin kabulüne bağlama amacını güden veya bu sonuçları doğuran anlaşma hükümleri, uyumlu eylemler ve kararlar, ATA 81/1. madde çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Teşebbüsler arası faaliyetlerin, ATA 81/1. madde kapsamında hukuka aykırı olduğunun tespiti ve ihtilafın Topluluk Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmesi için üç şartın varlığı aranmaktadır:

- a. Teşebbüsler arası bir anlaşmanın, bir uyumlu eylemin veya teşebbüs birliklerinin bir kararının varlığı;

¹⁶ Üye devletler tarafından verilen ve belirli şirketlere ya da mallann üretimine avantaj sağlayarak rekabeti sınırlama ihtimali olan yardımların denetlenmesi; telekomünikasyon, ulaştırma, enerji gibi sektörlerin serbestleştirilmesi de AB Ortak Rekabet Politikası'nın ilkelerindedir. Ancak, söz konusu ilkelere, kapsamı ve amacı gereği bu çalışmada yer verilmeyecektir.

- b. Teşebbüsler arası bir anlaşmanın, bir uyumlu eylemin veya teşebbüs birliklerinin bir kararının varlığının rekabeti sınırlandırması ya da engellemesi;
- c. Teşebbüsler arası bir anlaşmanın, bir uyumlu eylemin veya teşebbüs birliklerinin bir kararının varlığının üye ülkeler arası ticareti etkilemesi.

ATA'nın 81/1. maddesinde, rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hukuka aykırı olduğu; 81/2. maddesinde de, bu tür anlaşma ve kararların kendiliğinden geçersiz olacağı belirtilmiştir (Agnew 1985, ss. 147-148). Başka bir ifadeyle, bir anlaşma ya da kararın ATA'nın 81/1. maddesi kapsamında hukuka aykırılığına karar verilirse, söz konusu anlaşma ya da karar, üye devlet ulusal hukukları çerçevesinde başka bir işlem gerektirmeksizin, doğrudan geçersiz sayılacaktır.

ATA'nın 81/3. maddesinde ise, 81/1. madde kapsamında rekabete aykırı olan bir anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın, belirli şartları taşıması halinde, 81. madde rekabet kurallarından muaf tutulabileceği belirtilmiştir. Bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için, söz konusu anlaşma neticesinde elde diledik faydalardan, tüketiciler de uygun ölçüde istifade etmeli; bunun yanında, malların üretim ve dağıtımını veya teknik ve ekonomik gelişme teşvik edilmelidir. Ayrıca, bu hedeflere ulaşabilmesi için, rekabetin kısıtlanmasının zorunlu olması ve piyasada rekabet ortamının çok büyük ölçüde etkilenmemesi gerekmektedir.

ATA'nın 81. ve 82. maddelerinin uygulanmasına ilişkin 1962 tarihli ve 17/62 sayılı Tüzük'ün yerini alan ve 1 Mayıs 2004 tarihinde uygulanmaya başlanan 1/2003 sayılı Tüzük ile bireysel muafiyet sisteminde yapılan değişiklik sonucu, rekabeti sınırlayan anlaşmalara ilişkin bildirim yükümlülüğü kaldırılmıştır. Böylece, muafiyet kriterlerini karşılayan sınırlayıcı faaliyetler, herhangi bir ön karar gerektirmeksizin otomatik olarak muaf tutulmaktadır. İmtiyaz anlaşması (*franchise*) gibi belli anlaşma kategorilerini kapsayan grup muafiyeti (*block exemption*)¹⁷ için ise söz konusu tüzük ile herhangi bir değişiklik getirilmemiş olup, halen Komisyon düzenlemesi gerekmektedir (İktisadi Kalkınma Vakfı 2007, s. 8). Komisyon,

Konsey'den aldığı yetki ile, grup muafiyeti tanınacak anlaşma ve kararlarda bulunması gerekli koşulları önceden belirlemekte ve ilgili anlaşma ya da karar, grup muafiyet tüzüğünde belirtilen şartları taşıyorsa, muafiyet kapsamına kendiliğinden girmiş olmaktadır.

1/2003 sayılı Tüzük'ün getirdiği ikinci değişiklik ise, Komisyon'un muafiyet uygulamasına ilişkin yetki üzerindeki tekelinin kaldırılarak, ulusal rekabet kurumlarına da rekabet kurallarını uygulama yetkisi verilmesidir. Ancak, üye devlet rekabet kurumlarının, AT Rekabet Hukuku kapsamında olan rekabete aykırı anlaşma ve kararlara muafiyet tanıma yetkisi yoktur.

2. 2. 3. 1. 1 Teşebbüsler Arası Anlaşmalar

ATA'nın 81. maddesi, rekabeti bozan ya da bozabilecek nitelikte olan anlaşmaları yasaklamaktadır. İlgili maddede bu nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmalara ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Bu nedenle, teşebbüsler arasındaki ne tür bir ilişkinin, bu madde kapsamında değerlendirileceği, Komisyon ve Adalet Divanı kararlarıyla belirlenmiştir.

Anlaşmaların en yaygın olan türü, tüketicilerin rekabet ortamı içinde oluşan fiyatlardan istifade etmelerine engel olan fiyat anlaşmaları ya da kartellerdir. Rekabeti sınırlayan diğer anlaşmalar ise, piyasanın işleyişi ile ilgili koşulları saptama veya etkileme amacını taşıyan anlaşmalardır. Teşebbüsler bu anlaşmalar yoluyla, üretim kotaları belirleyebilmekte veya pazarı aralarında paylaşabilmektedir. Bu tür anlaşmalar, Ortak Pazar'daki rekabet ortamını bozdukları ve rakip teşebbüslere zarar verdikleri için yasaklanmıştır (İktisadi Kalkınma Vakfı 2007, s. 7).

¹⁷ İngilizce metinlerde, "*block exemption*" teriminin yanı sıra "*group exemption*" ifadesi de kullanılabilir. Bu terimin Türkçe karşılığı olarak "grup muafiyeti", "toplu muafiyet" ya da "blok muafiyet" ifadeleri kullanılmaktadır.

ATA'nın 81/1. maddesinin uygulamasında, anlaşma kavramı, sadece yazılı anlaşmaları kapsamamaktadır. Taraflar arasında rekabeti sınırlandırıcı nitelikte olan sözlü anlaşmalar da, 81. madde kapsamında rekabete aykırı kabul edilmektedir.¹⁸

Rekabeti bozucu nitelikte bir anlaşmanın AT Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için şeklen herhangi bir şart aranmadığı gibi, anlaşmanın hukuken geçerli ya da bağlayıcı olması da gerekmemektedir. Örneğin, hukuki açıdan bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları¹⁹ da ATAD tarafından ATA'nın 81. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu bilgiler ışığında, taraflardan birinin diğer tarafın da rızası ile hareket serbestisini kısıtlama etkisini oluşturan her türlü irtibatın (Esin 1998a, s. 24), 81. madde kapsamında değerlendirilebileceği ortaya çıkmaktadır.

Komisyon ve Adalet Divanı, rakip işletmeler arasındaki yatay anlaşmalar gibi, üretici ile dağıtıcı, sanayi işletmesi ile servis, imtiyaz anlaşması tarafları, patent sahibi ve lisans edinen gibi endüstrinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmaların da rekabete aykırı olabileceğini belirtmiştir.²⁰

Ayrıca, bir anlaşmanın henüz uygulanmamış olması ya da anlaşma süresinin sona ermiş olması durumlarında da, pazardaki etkilerinin sürüyor olması şartı ile bu anlaşma, ATA'nın 81. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

¹⁸ Case 28/77 Tepea V EC Commission (1978) ECR 1391

¹⁹ Case 41/69 ACF Chemiefarma V EC Commission (1970) ECR 661

²⁰ Case 56/65 Societe Technique Miniere V Maschinenbau Ulm. (1966) ECR 235; Case 56-58/64 Consten and Grundig V EC Commission (1966) ECR 299

2. 2. 3. 1. 2 Teşebbüsler Arası Uyumlu Eylemler

Teşebbüsler arasında pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte olan uyumlu eylemler de hukuka aykırı sayılarak ATA'nın 81. maddesi kapsamında yasaklanmıştır. Uyumlu eylem, teşebbüslerin sözlü ya da yazılı herhangi bir anlaşmaya varmadan, uyumlu kararlar alıp uyumlu davranışlarda bulunmaları anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, uyumlu eylemin var olabilmesi için, bir sözleşmenin varlığı gerekmemektedir. ATA'nın 81. maddesinde, anlaşma ve kararlar konusunda olduğu gibi, uyumlu davranışın da tanımı yapılmamış, bu kavrama ilişkin bir tanım Adalet Divanı içtihatlarıyla oluşmuştur.²¹

ATAD'A göre²², uyumlu eylem halinin varlığı için üç şartın oluşması gerekmektedir. Bunlar:

- a. Teşebbüsler arasında, birbirlerinin bağımsız hareket edebilmelerine mani olacak nitelikte, bir çeşit koordinasyon ya da icrası mümkün işbirliği halinin olması;
- b. Teşebbüslerin bu koordinasyona doğrudan veya dolaylı bir temasla ulaşmaları;
- c. Teşebbüslerin, rakip teşebbüslerin gelecekteki davranışları ile ilgili belirsizlikleri önceden ortadan kaldırmayı amaçlamalarıdır.

Teşebbüslerin faaliyetlerinin birbiri ile aynı doğrultuda olması, her durumda mutlaka ATA 81. madde anlamında bir uyumlu eylemin varlığı anlamını taşımamaktadır. Uyumlu eylemin varlığından söz edebilmek için, rakiplerin paralel faaliyetlerinin,

²¹ Adalet Divanı, uyumlu davranış konusunu ilk defa, ICI firmasının Komisyon'a karşı açılan ve Dyestuffs Davası olarak anılan davada ele almıştır. Adalet Divanı, bu davada uyumlu davranışa ilişkin "... tarafların arasında gerçek anlamda bir anlaşma olmadığı halde, rekabetin doğuracağı riskleri, bilerek ve isteyerek koordinasyon içinde ortadan kaldıran, bunun yerine, pratikte işbirliğini ortaya çıkaran davranış şekli..." tanımını geliştirmiştir. (bkz. Case 48/69 ICI V EC Commission (1972) ECR 619)

²² Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73 Suiker Unie and Others V EC Commission (1975) ECR 1663

olağan pazar şartlarının dışında ürünlerin yapısı, teşebbüslerin büyüklüğü ve sayısı ya da pazar hacmi ile ilgili bir değişime neden olması gerekmektedir.²³ Teşebbüsler, paralel davranışlarının, bilinçli bir işbirliği veya etkileşim sonucunda değil, tesadüfi olarak veya pazarın yapısı ya da işleyişi gereği ortaya çıktığını kanıtlayabildikleri takdirde, bu davranışları dolayısıyla sorumlu tutulmamaktadır.

Komisyon, bir kartelin içinde asli rolü olmamasına rağmen, bir kartelin çevresinde olan, bu kartelle işbirliği içinde bulunan ve bilinçli olarak kendilerini bu kartelin amacıyla bağdaştıran teşebbüsleri de uyumlu eylem içinde kabul etmektedir. Örneğin; kartelin bir üyesiyle muhtemel fiyat artışları üzerine arada bir yapılan telefon konuşmaları ve yerel toplantılar gayrinizami bir ilişkinin kurulduğuna ve uyumlu eylemin varlığına yeterli kanıt olarak kabul edilmektedir (Esin 1998a, s. 31).

Teşebbüsler arasında bir uyumlu davranışın varlığı konusunda ispat yükü, anlaşmalarda olduğu gibi Komisyon'dadır. ATA'ya göre, anlaşma ve uyumlu eylem arasında, hukuki sonuçları itibariyle bir fark bulunmamaktadır.

2. 2. 3. 1. 3 Teşebbüs Birliği Kararları

ATA'nın 81. maddesi, sadece teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemleri değil aynı zamanda teşebbüslerin içinde yer aldıkları teşebbüs birlikleri vasıtasıyla gerçekleştirdikleri benzer eylemleri de kapsamaktadır (Van Bael and Bellis 1996, s. 33). AT Rekabet Hukuku'na göre, tarım kooperatifleri, hukuki şahsiyet iktisap etmesi kanunca mümkün olmayan cemiyetler, kar amacı gütmeyen dernekler ve federasyon veya konfederasyonlar teşebbüs birlikleridir (Esin 1998a, s. 26).

²³ Case 89/85 Ahlström & Ors V EC Commission (1988) ECR 5193

ATA'nın 81. maddesinde, teşebbüs birliklerinin kararlarına ilişkin bir tanımlama yapılmamış olup, bu kararların kapsamı Adalet Divanı içtihatları ile ortaya çıkmıştır. Buna göre, teşebbüs birliklerinin kararları; bu birliklerin, genel kurullarının aldığı kararlar, yetkili organlarının ilke kararları, iç işleyişleri ile ilgili tüzükleri, üyelik şartlarına ilişkin esaslar veya eylem planları ve üyelerine gönderdikleri bağlayıcı olmayan tavsiye kararlarını²⁴ kapsamaktadır. Adalet Divanı, teşebbüs birliği üyeleri arasındaki kuruluş anlaşmasını ve birden fazla teşebbüs birliği arasında yapılan anlaşmaları da ATA'nın 81. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.²⁵

Teşebbüs birliklerinin, üyeleri arasında fiyata ilişkin bilgi değişimi, satış veya ihracat ya da diğer pazar koşullarının birlikte belirlenmesine²⁶ yönelik açıkça rekabete aykırı olan kararları olabileceği gibi, teknik ve kalite standartlarının korunmasına²⁷ ya da ticaret fuarı ve sergi gibi üyelerinin tanıtım ve reklamına ilişkin düzenlemeler yapılmasını öngören ve rekabet üzerindeki etkilerinin anlaşılabilmesi için ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gereken, farklı amaçlara yönelik kararları da olabilmektedir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 93). Komisyon ve Adalet Divanı, değerlendirmelerini, somut olay çerçevesinde ve söz konusu teşebbüs birliği kararının amaç ve etkilerini göz önüne alarak yapmayı tercih etmektedir.

²⁴ Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren V EC Commission (1972) ECR 977

²⁵ Case 123/83 Bureau National Interprofessionel du Cognac V Clair (1985) ECR 391; Joined Cases 39-40/92 (1994) ECR 49

²⁶ Teşebbüs birliklerinin; ortak fiyatlar, aynı oranda uygulanması istenen iskontolar vb. ortak satış koşulları belirleyen matbu belgeler düzenlemeleri ve yayımlamaları uyumlu eylem olarak değerlendirilmektedir.

²⁷ AT Rekabet Hukuku kalite belgesi vermek üzere kurulan birlikleri yasaklamamaktadır. Ancak teşebbüs birliği üyesi olmayan üreticilerin birlik tarafından saptanan özellikleri taşıyan ürünlerinin de söz konusu kalite işaretini kullanabilme hakkının tanınması gerekmektedir. Bir diğer zorunlu koşul da, üreticilerin diğer ürünlerinin bu belgeye sahip olmaması durumunda, reklam ve tanıtım yasağı ile karşılaşmamasıdır. Ayrıca, kalite belgesi için aranan şartlar objektif ve mantıklı koşullarda düzenlenmiş olmalıdır.

Teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlama, birlik üyesi olmayan rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırma ve ulusal pazarları diğer teşebbüslere kapatma amacına yönelik kararları kesin olarak yasaklanmıştır. Ancak ekonomik ve rasyonel gerekçeler ile açıklanan teşebbüs birliği kararlarına bireysel muafiyet tanınabilmektedir.²⁸ Bireysel muafiyet tanınabilmesi için temel ilke, faaliyetlerin ve üyelik hakkının sektördeki tüm teşebbüslere açık olmasıdır.

Teşebbüs birliği kararları ile ilgili hukuki sorumluluk doğabilmesi için, söz konusu kararların amacının ya da etkilerinin rekabeti sınırlayabilecek nitelikte olması yeterli olup mutlaka uygulanmış olması gerekmemektedir. Teşebbüs birliği kararlarını uygulayan işletmelerin yanı sıra, kararı alan söz konusu birlik de rekabete aykırı bu karardan dolayı sorumlu tutularak, hakkında para cezasına hükmedilebilmektedir.²⁹

2. 2. 3. 2 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Teşebbüsler farklı nedenlerle belirli bir piyasada hakim konuma ulaşabilmektedir. Hakim durum; ticari başarı, rekabet gücü, birleşme veya devir, söz konusu teşebbüse tanınan münhasır haklar ya da bir üye devlet yardımıyla faydalanma gibi farklı nedenlerden kaynaklanabilmektedir.³⁰ Hakim durumun kötüye kullanılması ise, piyasa

²⁸ Teşebbüs birliklerinin, belirli ürünlerin tanıtımı, promosyonların tüketicilere duyurulması gibi amaçlarla düzenledikleri ortak reklam kampanyalarına; birlik üyelerinin bireysel olarak reklam verme hürriyetlerinin kısıtlanmaması ve ortak kampanya dışındaki ürünlerin reklamlarını sınırlandırıcı hükümlerin bulunmaması şartı ile bireysel muafiyet tanınabilmektedir. Ayrıca, araştırma ve geliştirme faaliyetleri ile ilgili teşebbüs birliği kararlarına da bireysel muafiyet tanındığı görülmektedir.

²⁹ Komisyon, 1994 yılında Avrupa'daki çimento karteline ilişkin olarak, hem çimento üreticileri hem ulusal çimento birlikleri ve hem de Avrupa Çimento Birliği aleyhine cezaya hükmetmiştir. (bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., y.a.g.e., s. 86)

³⁰ Bir teşebbüse münhasır haklar tanındığı ya da bu teşebbüsün bir üye devlet yardımıyla faydalanarak hakim konuma geldiği haller, ATA 82. madde ve devlet yardımlarını düzenleyen ATA 87. maddeler çerçevesinde değerlendirilmektedir. (bkz. EHLERMANN, C. D., 1993. Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community. *ECLR*, 14 (2), ss. 61-69)

dinamikleri içinde elde edilen hakim konumun rekabeti sınırlayacak biçimde kullanılması anlamını taşımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Topluluk Rekabet Politikası'nda hakim durumda bulunmanın değil, bu durumun kötüye kullanılmasının Ortak Pazar'la bağdaşmadığı için yasaklanmış olmasıdır. Bir başka ifade ile, hakim konumdaki bir teşebbüsün faaliyetlerinin Topluluk Rekabet Politikası'nın konusu haline gelmesi, hakim durumdan kaynaklanan gücün rekabeti sınırlayacak biçimde kullanılmasına bağlıdır.

AB Rekabet Hukuku'nda hakim durumun kötüye kullanılması, ATA'nın 82. maddesi ile düzenlenmiş, bir veya birden fazla teşebbüsün Ortak Pazar'da veya Ortak Pazar'ın önemli bir kısmında³¹ hakim durumlarını kötüye kullanmaları, üye devletler arası ticareti etkilediği ölçüde yasaklanmıştır (Agnew 1985, s. 82). Hakim durumdaki teşebbüs veya teşebbüsler, rakiplerini zayıflatarak veya tasfiye ederek ve pazara yeni teşebbüslerin girişine engel olarak, gelirlerini haksız biçimde artırabilmekte ve piyasa üzerinde kontrol elde edebilmektedir. Hakim durumun kötüye kullanılması için:

- a. Doğrudan doğruya ya da dolaylı şekilde haksız alış veya satış fiyatlarının ya da adil olmayan diğer ticaret koşullarının zorla kabul ettirilmesi,
- b. Tüketicilerin zararına olarak üretimin, pazarların ya da teknik gelişmenin sınırlandırılması,
- c. Eşdeğerdeki işlemler için eşit olmayan koşullar uygulanması suretiyle ticari tarafların rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi,
- d. Sözleşme taraflarından birine sözleşme ile ilgisi bulunmayan ek faaliyetlerin yüklenmesi gerekmektedir (Günoğur 1988, s. 66).

Yukarıda belirtilen eylemler yüksek fiyatlara neden olduğu, ürün ve hizmet sunumunu rekabete aykırı biçimde belirlediği ve Ortak Pazar'da ticareti etkilediği için, Komisyon müdahale

³¹ Bir teşebbüsün Ortak Pazar'ın önemli bir bölümüne hakim olduğunun değerlendirilmesi için, iç pazarın bütününde hakim durumda olması gerekmemektedir. Bazı üye devletlerde, hatta üye devletlerden birinde ve duruma göre de üye devletin bir bölgesinde hakim konumda olması yeterli bulunmaktadır.

etmektedir. Komisyon, bir teşebbüsün veya teşebbüslerin hakim durumda olup olmadığını değerlendirirken, pazar payı, piyasada rakiplerin olup olmaması, kendine ait dağıtım ağının ve hammaddelere ayrıcalıklı erişimin bulunup bulunmaması gibi hususları değerlendirmektedir.

Hakim durumun kötüye kullanılmasına, rekabeti sınırlayan anlaşmalardan farklı olarak, muafiyet tanınması söz konusu değildir. Bu haller, para cezası ve tazminat ile cezalandırılmaktadır.

2. 2. 3. 3 Birleşme ve Devralmalar

Teşebbüsler, sürekli genişleyen pazarlarda rekabet güçlerini koruyabilecekleri bir büyüklüğe ulaşmak amacıyla birleşmeye yönelmektedir. Teşebbüslerin birleşme, devralma ya da ortak girişim yoluyla bir araya gelmeleri; araştırma ve geliştirme ya da üretim ve dağıtım maliyetlerini düşüren yeniden yapılanma adımlarının atılması gibi olumlu neticeler alınmasını sağlayabildiği gibi, rekabete aykırı hakim durum yaratabilmekte ya da varolan bir hakim durumu güçlendirebilmektedir. Birleşmeler, iç pazarın tamamında ya da önemli bölümünde rekabeti sınırlayacak şekilde hakim durum yaratması ya da varolan hakim durumu güçlendirmesi halinde yasaklanabilmektedir.³² ATA'da bu konuyla ilgili özel bir hükme rastlanmamakla³³ birlikte, birleşme ve devralmaların denetimi, AB Ortak Rekabet Politikası'nın çok önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

ATA'da birleşme ve devralmaların denetimine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması, AT Komisyonu'nu bu konuda, Topluluk Rekabet Hukuku'nun esaslarını teşkil eden 81.

³² Komisyon, bir birleşmenin, iç pazarın tamamında ya da önemli bölümünde rekabeti sınırlayacak şekilde hakim durum yarattığı ya da varolan hakim durumu güçlendirdiği sonucuna ulaşmak için; rekabetçi piyasanın işlemeye devam edip etmemesi, piyasanın yapısı ve geliştirilmesinin şartları, piyasaya giriş engelleri, rekabet koşulları, ilgili teşebbüslerin piyasadaki ekonomik ve finansal güçleri, tedarikçilerin ve tüketicilerin yönelebilecekleri alternatifler gibi hususları esas almaktadır.

³³ ATA'da birleşme ve devralmalara ilişkin bir hüküm bulunmaması, AB'nin ABD ve Japonya gibi dev endüstrilere ilişkin kaygıları ile açıklanmaktadır. (bkz. RIDYARD, D., 1990. An Economic Perspective on the EC Merger Regulation. *ECLR*, **11** (6), ss. 247-254)

ve 82. maddelerden dolayı olarak yararlanmaya sevketmiştir. Ayrıca Adalet Divanı uygulamasında da, 81. ve 82. maddeler, birleşmelerin denetimi konusunda *de lege lata* bir temel oluşturmaktadır (Roth 1990, s. 168).

Birleşme anlaşmaları, teşebbüsler arası rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bir araç olarak değerlendirildiğinde, ATA'nın 81. maddesi kapsamında düşünülebilir (Frazer 1992, s. 86). Ancak 81. madde, sermaye edinimine yol açan anlaşmalar olan birleşmeler için etkili bir düzenleme olmaktan uzaktır (Roth 1990, s. 168). Pazara hakim bir teşebbüsün, egemenlik derecesiyle rekabeti önemli ölçüde engellediği bir duruma yol açan birleşmeler ise, ATA 82. madde kapsamında değerlendirilebilir (Frazer 1992, ss. 85-86). Ancak örneğin pazara hakim olmayan iki teşebbüsün birleşmesiyle, hakim durumun doğması 82. maddenin kapsamı dışındadır (Roth 1990, s. 168). Sonuç olarak, tüm birleşme ve devralmaları, sadece rekabeti sınırlayan anlaşmalara ve hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 81. ve 82. maddeler ile denetlemek mümkün değildir. Bu yüzden, birleşme ve devralmalar, 4064/89 sayılı Tüzük'ün yerini alan 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü³⁴ ve bu tüzüğün uygulanmasına ilişkin olan 802/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü³⁵ ile düzenlenmiştir.

1 Mayıs 2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 802/2004 sayılı Tüzük'e göre; sonucunda, Ortak Pazar veya onun önemli bir bölümünde etkili rekabetin önemli ölçüde engellendiği bir durum yaratan veya böyle bir durumu güçlendiren, Topluluk boyutuna sahip bir yoğunlaşma, iç pazarla bağdaşmaz ilan edilmelidir.

AB, Topluluk boyutu olan birleşmeler ile ilgili olarak ön inceleme sistemi oluşturmuştur. Bir birleşme veya devralma işleminin, Topluluk boyutunda olup olmadığına, söz konusu teşebbüslerin ciroları belirli eşik değerler ile kıyaslanarak karar verilmektedir. Dünya çapındaki

³⁴ Council Regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24, 29.1.2004 (139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü)

³⁵ Commission Regulation (EC) No. 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No. 139/2004 (The Implementing Regulation), OJ L 133, 30.4.2004 (Uygulama Tüzüğü)

ciro toplamı 5000 milyon Avro ve Topluluk çapındaki ciro toplamı 250 milyon Avro eşiklerini aşan birleşme ya da devralmalar, Topluluk boyutunda kabul edilmektedir. Bu iki eşik, birbirinin alternatifi olmayıp, bir arada bulunması gereken şartlardır. Eşik değerlerin altındaki birleşme ve devralmalar ise, ulusal boyutta kabul edilmekte ve bunların denetimi üye devletlerce yapılmaktadır.

Topluluk boyutunda kabul edilecek birleşme ve devralmalar için başka eşikler de belirlenmiştir. Bu eşiklerin uygulanması için, ilgili teşebbüslerin Topluluk çapındaki toplam cirolarının 2/3'ünden fazlasını aynı ülkede elde ediyor olmaları şartı aranmaktadır. Buna göre,

- a. Birleşme ve devralma işlemi ile ilgili tüm teşebbüslerin dünya çapındaki ciro toplamaları 2500 milyon Avro ise,
- b. Söz konusu teşebbüslerin toplam cirosu en az üç üye devletin her birinde 100 milyon Avro'dan yüksek ise,
- c. En az üç üye devletin her birinde ilgili teşebbüslerden en az ikisinin toplam cirosu 25 milyon Avro'yu aşıyor ise,
- d. Söz konusu teşebbüslerin en az ikisinin Topluluk çapındaki toplam cirolarından her biri 100 milyon Avro'dan fazla ise, birleşme ve devralma işleminin Topluluk boyutunda olduğu kabul edilmektedir (İktisadi Kalkınma Vakfı 2007, s. 11).

802/2004 sayılı Tüzük ile birleşme ve devralmaların denetimi detaylı biçimde düzenlenmiştir. Bu tüzüğe göre, belirlenen eşikleri aşan ve dolayısı ile Topluluk boyutunda kabul edilen birleşme ve devralmalar, onay almak üzere Komisyon'a bildirilmelidir. Yeni tüzüğe göre, eskisinden farklı olarak, teşebbüsler bağlayıcı bir anlaşma yaptıktan sonra değil, birleşme niyetinde olduklarını beyan ederek izin talep edebilmektedir. Komisyon, bildiri takip eden bir aylık inceleme döneminin sonunda işlemi onaylamakta ya da hakim durumun yaratılacağına veya güçlendirileceğine karar vermesi durumunda, dört aylık bir inceleme süreci başlatmaktadır. Bu sürecin sonunda Komisyon, birleşmeyi koşullu ya da koşulsuz olarak onaylayabilmekte ya da teşebbüslerin Komisyon'un kaygılarını giderecek taahhütlerde bulunamaması durumunda yasaklayabilmektedir. Uygulamada, dört aylık

inceleme prosedürüne giren bildirimlerin büyük bir kısmının koşullu onay ile neticelendiği görülmektedir. Komisyon'un onayı, teşebbüslerin birleşme sonrasında rekabetin bozulmamasını sağlamak için yapacakları düzenlemelere ilişkin taahhütlerine ya da Komisyon'un bu yönde çeşitli değişiklikleri yapmalarına ilişkin ilgili teşebbüslere yönelik önerilerine dayanmaktadır. Bazı durumlarda, birleşmeler yalnızca hakim durum yaratacağı ya da böyle bir durumu güçlendireceği için değil, teşebbüslerin Komisyon'un rekabet konusundaki kaygılarını giderici taahhütlerde bulunamamaları nedeniyle de engellenebilmektedir.

2.3 TÜRKİYE'DE REKABETİN KORUNMASI

Türkiye'de, 1970'lerden başlayarak rekabetin korunması konusunda çeşitli kanun tasarıları³⁶ hazırlanmış ancak bu tasarılar yasalaşamamıştır. Bu nedenle, 1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kabulüne kadar, bu konuda yasal düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan, anılan dönemde Medeni Kanun ve Ceza Kanunu, Rekabet Hukuku'nun alanına giren faaliyetlerle ilgisi kurulabilen hükümler içerse de, bunlar da rekabet sınırlamaları alanında doğrudan uygulanabilecek hükümler değildir. Bu şartlar altında, özellikle 1980 yılı sonrası, ekonominin liberalleşmesine bağlı olarak, piyasaların sağlıklı işleyebilmesi için rekabeti koruyucu hukuki düzenleme yapılması zorunlu hale gelmiştir. 1982 Anayasası ile devlete, Rekabet Hukuku

³⁶ 1975 yılında hazırlanan "Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı" ile rekabetin korunması alanında ilk çalışmalar başlamıştır. Bu tasarımı 1978 yılında hazırlanan "İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı" izlemiştir. Ardından, yine Ticaret Bakanlığı tarafından; sırası ile 1980 tarihli "Ticarette Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun Tasarısı", 1981 tarihli "Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı" ve 1983 tarihli "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı" hazırlanmış, ancak bu tasarıların hiçbiri yasalaşma sürecine girememiştir. Rekabetin korunmasına ilişkin ilk bağımsız ve sistematik düzenleme ise, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan 1984 tarihli "Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar ve Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısı"dır. 1985 yılında TBMM'ye gelen bu tasarı da kanunlaşmamıştır. Aynı biçimde, 1990 yılında TOBB tarafından hazırlanan "Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun Tasarısı" da yasalaşma sürecini tamamlayamamıştır. Tasarılar hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZSUNAY, E., 1985. *Kartel Hukuku*. İstanbul: İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 208

konusunda düzenleme yapmak suretiyle piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak kartelleşme ve tekelleşmeyi önleme görevi verilmiş, böylece konu anayasal yükümlülük boyutu kazanmıştır. Ancak bu süreçte Türkiye'nin Avrupa Birliği ile olan ilişkileri çerçevesindeki yükümlülüklerinin etkisi de unutulmamalıdır. 12 Eylül 1963 tarihli Ankara Anlaşması³⁷ ve 23 Kasım 1970 tarihli Katma Protokol³⁸ ile, ATA'nın uygulanabilmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması uluslararası bir yükümlülük haline gelmiş, Gümrük Birliği Anlaşması ile de Avrupa Birliği ile Türkiye'nin rekabet politikasının birbirine uyumlu hale getirilmesine karar verilmiştir. Tüm bu fiili ve hukuki gerekçelerin bir sonucu olarak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) 7 Aralık 1994'te kabul edilmiş ve 13 Aralık 1994'te yürürlüğe girmiştir.

2. 3. 1 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan Önceki Dönem

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un kabulünden önce, Türk Hukuku'nda, doğrudan rekabetin korunması amacını taşımamalarına karşın, rekabeti sınırlayıcı davranışlara uygulanması mümkün olan hükümler bulunmaktaydı. 1982 Anayasası'ndan önceki rekabet sınırlamaları ve serbest rekabet düzenini konu edinen ve oldukça sınırlı bir uygulama alanı bulunduğundan etkinliğinden söz edilmesi mümkün olmayan bu düzenlemeler, Türk Ticaret Kanunu'nun 56-65. maddeleri arasında düzenlenen haksız

³⁷ OJ L 217, 29.12.1964

³⁸ OJ L 293, 29.12.1972

rekabet hükümleri, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Ceza Kanunu'ndaki bazı hükümler olarak sıralanabilir.³⁹

a. Ticaret Kanunu Düzenlemeleri

Türk Ticaret Kanunu'nun 56-65. maddelerinde, iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik haksız rekabet konusu⁴⁰ düzenlenmektedir. Ticaret Kanunu'nun 56. maddesine göre haksız rekabet, "aldatıcı hareket veya hüsünüyet kurallarına aykırı sair surette iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir". Genel olarak, haksız rekabet kuralları ve Rekabet Hukuku kuralları birbirini tamamlar nitelikte olmakla birlikte, aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Temel fark, korunması amaçlanan menfaatlere ilişkindir. Rekabet Hukuku kuralları ile sosyo-ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi suretiyle kamu menfaatinin korunması amaçlanmaktadır. Zira Rekabet Hukuku'nu ihlal eden bir davranış neticesinde rakiplerden çok toplum bundan zarar görmektedir. Haksız rekabet teşkil eden bir davranış sonucunda ise genel olarak yalnızca rekabet hakkı sınırlanan tarafın menfaatleri zarar görmektedir. Bu nedenle, haksız rekabet kuralları ile korunmak istenen temel menfaat; kamu menfaati değil bireysel menfaattir. Bu itibarla, haksız rekabet hükümlerinin rekabetin korunması açısından sınırlı bir uygulama alanına sahip

³⁹ Türk Hukuku'nda rekabet sözcüğünün yer aldığı hukuki kavramlar, haksız rekabet, rekabet yasağı ve bu tezin konusunu oluşturan, rekabet hukuku olmak üzere üç ana başlığa ayrılabilir. Bu kavramlar, sağlıklı bir rekabet düzeninin oluşması amacıyla hizmet eden, birbirini tamamlayıcı nitelikte hukuki araçlardır. Bununla birlikte Rekabet Hukuku ile Türk Hukuku'nda önceden düzenlenmiş olan haksız rekabet ve rekabet yasağı kavramları arasında amaç ve sonuçları açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Haksız rekabet ve rekabet yasağının özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmesine karşılık, Rekabet Hukuku'nun hem özel hukuk ve hem de kamu hukuku yönü vardır. Zira Rekabet Hukuku'nda teşebbüslerin rekabet kurallarına aykırı olan özel hukuk ilişkileri kamu denetimine konu olmaktadır. Rekabet Hukuku'nun diğer disiplinlerle ilişkisi için bkz. İNAN, N., 1999. Rekabet Hukuku'nun Diğer Disiplinlerle İlişkisi. *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-1, Ekim 1999, Ankara*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, ss. 3-30

⁴⁰ Haksız rekabete ilişkin düzenlemeler; temelde Türk Ticaret Kanunu'nda yer almakla birlikte, Borçlar Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun'da da bu alanda çeşitli hükümler yer almaktadır.

olduğu ve Rekabet Hukuku kurallarının yerine getirdiği fonksiyonu gerçekleştirmeyeceği açıktır.

b. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Düzenlemeleri

Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'ndaki bazı düzenlemeler, geniş bir alanda uygulanabilme özelliklerinin bir sonucu olarak, rekabeti sınırlayıcı faaliyetlere de dolaylı olarak tatbik edilebilmektedir. Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük ilkesi gereği; herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken, dürüst ve iyi niyetle hareket etmek zorundadır (Oğuzman 1994, ss. 137-138). Bir hakkın dürüstlük kuralına açıkça aykırı biçimde kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Özellikle yıkıcı fiyat uygulamaları, boykot, sözleşme yapmaktan haksız yere kaçınmak gibi haller, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir ve bu hallerde Medeni Kanun'un söz konusu maddesi uygulanabilir. Rekabetin çeşitli yollardan kısıtlanması, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinde zorluklar ile karşılaşması gibi durumlarda ise Medeni Kanun'un kişilik haklarına ilişkin 23 ve 24. maddeleri tatbik edilebilir. Borçlar Kanunu'nun ise, ahlaka aykırı fiillerden sorumluluk (md. 41), ahlaka aykırılık (md. 19/2, md. 20/1), gabin (md. 21)⁴¹, ve tehdide (md. 29)⁴² ilişkin hükümlerinin rekabet sınırlamalarına uygulanması mümkündür.⁴³ Hiçbiri dolaysız olarak rekabetin

⁴¹ Borçlar Kanunu'na göre, gabin halinde, karşılıklı taahhütleri içeren bir sözleşmenin edimleri arasında aşırı bir nispetsizlik bulunmakta ve bu nispetsizlik, sözleşen taraflardan birinin diğerini sömürmesinden kaynaklanmaktadır. Özellikle hakim durumun kötüye kullanılması durumunda gabin hükmü uygulanabilir. Ancak, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmenin varlığı şartı, bu kuralın uygulama alanını oldukça daraltmaktadır

⁴² Rekabeti sınırlayıcı davranıştan zarar gören teşebbüs, söz konusu hukuki işlemi, korkutularak yapmak durumunda bırakılmışsa, tehdide ilişkin hüküm tatbik edilebilir. Ancak bu hükmün uygulama alanı da, oldukça dardır.

⁴³ Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu'nda, rekabet yasağına ilişkin hükümler de mevcuttur (BK m. 348-351, 455, 526, TK m. 172, 250, 335, 547). Rekabet yasağı, bir teşebbüsle ilgili kimselerin, teşebbüsün konusuna giren işler nevinden bir işi, ne kendisi ne de başkası hesabına yapmama yükümlülüğünü ifade etmektedir. (bkz. YAVUZ, C., 1996. *Türk Borçlar Hukuku zel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi , s. 424)

korunması amacını taşımayan bu hükümler, rekabet hukuku ihlallerine karşı etkin bir araç olmaktan uzaktır.

c. Ceza Kanunu Düzenlemeleri

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan önceki dönemde, Türk Hukuku'nda, rekabeti sınırlayıcı eylemlere uygulanabilecek olan hükümler 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da bulunmaktaydı. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılan eski TCK'daki söz konusu hükümlerin başında; ticaret, sanayi ve müzayedede hile ve fesat karıştırma başlığı altında yer alan 358, 366 ve 367. madde hükümleri gelmektedir. 358. madde piyasalarda fiyatın oluşumuna hile karıştırılması suretiyle piyasaların doğal akışını bozan davranışları, 366 ve 367. maddeler ise ihalelerde rekabeti sınırlayıcı davranışlarda bulunmayı cezai yaptırıma bağlamaktadır. Ayrıca iş ve çalışma hürriyetine ilişkin 201. madde, genel anlamda ticaret serbestisini sınırlama amacını taşıyan eylemlere; umumun sıhhatine yenecek ve içilecek şeylere müteallik cürümler başlıklı 401. madde de, oldukça geniş kapsamda ele alınmış temel ihtiyaç maddelerinin karaborsada satılmasına cezai yaptırım öngörmüştür. Ceza Kanunu'ndaki söz konusu düzenlemeler, rekabet sınırlamalarına karşı dolaylı ve oldukça sınırlı cezai önlemlerden öteye gidememiştir (Özsunay 1985, s. 206).

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise rekabeti sınırlayıcı davranışlara karşı uygulanması mümkün olan hükümler "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar" konulu dokuzuncu bölümde yer almaktadır. İhaleye fesat karıştırmaya ilişkin 235. maddede; kamu kurum veya kuruluşlarınca yapılan ihalelere katılma yeterliğine sahip kişilerin hileli davranışlarla ya da cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka

aykırı diğer davranışlarla ihaleye katılmalarını engellemek cezai yaptırıma bağlanmıştır. Fiyatları etkileme konulu 237. maddede de, işçi ücretlerinin veya mal fiyatlarının yalan haber yayma veya diğer hileli yollarla etkilenmesi için cezai yaptırım öngörülmüştür. Kanımızca, yeni TCK'da, rekabeti sınırlayıcı davranışlara tatbik edilebilecek hükümler, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 13 Aralık 1994'te yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, daha sınırlıdır. Hem yeni Türk Ceza Kanunu'nda rekabet sınırlamalarına karşı uygulanabilecek hükümlerin sayıca azlığı; hem de, rekabet kelimesinin, eski kanunda 366 ve 367. maddelerde iki defa kullanılmış olmasına karşın, yeni Ceza Kanunu'nda yer almayışı, bunun en önemli göstergeleridir.

Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve Ceza Kanunu'ndaki yukarıda belirtilen hükümlerin yanında, 1961 Anayasası'nın özel teşebbüs hürriyetine⁴⁴ ilişkin 40. maddesi de, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan önceki dönemde rekabeti sınırlayıcı davranışlara ilişkin hukuki çerçevenin anlaşılması açısından önemlidir. Özel teşebbüs hürriyeti gereği, kanunen yasaklanmamış her türlü faaliyete girişmek, istenildiği gibi yürütmek ve istenildiği anda sona erdirebilmek, en temel haklardandır. Herkesin dilediği alanda sözleşme yapabileceği veya çalışabileceği bir düzen ise, ancak serbest rekabetin korunduğu piyasalarda mümkündür. Bu bakımdan, her ne kadar söz konusu hükmün konusu rekabetin korunması değilse de, piyasalarda rekabetçi bir yapının hayata geçirilmesi, 1961 Anayasası'nın bir gereği olarak da kabul edilebilir.

1982 Anayasası'nın "piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi" başlığını taşıyan 167. maddesi ile, serbest rekabeti koruyan yasal bir mevzuatın hazırlanması anayasal bir yükümlülük boyutu kazanmıştır. 167. maddeye göre; "Devlet, para, kredi,

⁴⁴ Özel teşebbüs hürriyeti 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde de yer bulmuştur. Anayasa'nın ilgili hükmüne göre; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." Bu madde uyarınca, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine, sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması, devlet için anayasal bir görev olarak kabul edilmiştir.

sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler".⁴⁵ Bu maddenin gerekçesinde ise, "Tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim, hem de hizmet sektöründe önlemek, hakimiyetlerini dağıtmak, sağlıklı bir toplum ve sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmez şartlardır" denilmiştir. Böylece, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak, başlı başına tekel hali de zararlı kabul edilmiş ve önlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Türkiye'de 1980'lerden itibaren serbest piyasa ekonomisinin uygulanmasına ve rekabeti sınırlayıcı davranışlara karşı hukuki bir düzenleme yapılmasının 1982 Anayasası ile anayasal yükümlülük boyutu kazanmasına karşın, 13 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kabulüne kadar bu konuda hazırlanan tasarılar kanunlaşmamıştır.

2. 3. 2 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Amacı, Kapsamı ve Yasaklanan Faaliyetler

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 7 Aralık 1994 tarihinde TBMM'de görüşülerek kabul edilmiş ve 13 Aralık 1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Büyük ölçüde Avrupa Birliği Rekabet Hukuku kurallarından yola çıkılarak hazırlanan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türk Hukuku'nda serbest rekabetin korunması konusundaki yasal boşluğu doldurmuştur. Kanunun getirdiği bir diğer önemli yenilik de, bağımsız bir idari örgütlenme olan Rekabet Kurumu ve bu kurumun işleyişine ilişkin hükümler öngörmesidir.

⁴⁵ 1982 Anayasası'nın 167. maddesi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak, mal ve hizmet piyasalarının yanında faktör piyasalarını da kapsamaktadır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, altı kısım ve geçici hükümlerle birlikte altmış yedi maddeden oluşmaktadır. İlk kısımda amaç, kapsam ve tanımlara ilişkin genel hükümler bulunmaktadır. Tanımlara ilişkin 3. maddede rekabet, "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış" olarak ifade bulmuştur. Maddi hukuka ilişkin rekabet kuralları, ikinci kısmın ilk bölümünde yer almaktadır. Bunlar, "yasaklanan faaliyetler" başlığı altındaki; rekabeti kısıtlayan anlaşmaların yasaklanmasına ilişkin 4. madde, bunlara muafiyet tanınması ile ilgili 5. madde, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasını öngören 6. madde ve birleşmelerin kontrolü ile ilgili 7. maddedir (bkz. EK-1). Kanunun diğer maddelerinin önemli bir bölümü, Rekabet Kurumu'nun teşkilatı ve rekabet usul hukuku ile ilgili düzenlemeleri içermektedir.

2. 3. 2. 1 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Amacı

Rekabet Hukuku'nun konusunu; esas olarak, teşebbüsler arası işbirliği ve uyumlu eylemler, hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmalar olmak üzere üç ekonomik kavram oluşturmaktadır. Devlet tarafından alınan tedbirler veya teşebbüslere verilen devlet yardımları da, benzer biçimde, rekabeti bozan sonuçlara neden olabilmektedir. Bu itibarla, kamu teşebbüsleri ve devlet tarafından ayrıcalık tanınmış veya özel yetkilerle donatılmış teşebbüslerin de, rekabet kurallarına uyması gerekmektedir.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilk maddesinde, kanunun amacı; "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" olarak ifade edilmiştir. Kanunun ifadesinden görüldüğü üzere, genel olarak hukuka aykırı kabul edilen üç uygulamadan ikisi amaç maddesinin kapsamına alınmış, ancak birleşme ve devralmalara değinilmemiştir. Bu

nedenle, kanunun amacının tam anlamıyla anlaşılabilmesi için, 20. madde de göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu maddede kanunun amacı, "mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünü ve gelişmesini temin etmek" olarak ifade bulmuştur (Aslan 2001, s. 34).

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yukarıda belirtilen iki maddesi birlikte değerlendirildiğinde, kanunun amacının, teşebbüsler arasındaki anlaşma ve uyumlu eylemler, teşebbüs birliği kararları gibi işbirliği mutabakatlarının önüne geçilmesi ve birleşme ve devralmalar yoluyla iktisadi yoğunlaşmaya giden yolun tıkanması olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanında, hakim konumdaki teşebbüslerin, ekonomik gücünü kötüye kullanarak piyasayı sömürme, rakip teşebbüslerin piyasaya girmelerini zorlaştırma ya da rakipleri piyasadandan silmeye yönelik eylemlerinin engellenmesi de amaçlanmaktadır. Son olarak, rekabet şartlarını bozacak nitelikteki devlet yardımları ve ayırıcı uygulamaların engellenmesi de kanunun temel amaçları arasındadır.

2. 3. 2. 2 Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Kapsamı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı, ikinci maddede belirtilmiştir. Bu maddeye göre; "Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu kanun kapsamına girer".

Kanunun ifadesinden anlaşılacağı üzere, Rekabet Hukuku kurallarının muhatabı, teşebbüslerdir. Kanunun 3. maddesinde yapılan tanıma göre teşebbüs, "Piyasada mal

veya hizmet üreten, pazarlayan satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimlerdir”. Bir ekonomik faaliyeti yerine getiren ve ekonomik bağımsızlığa sahip olan her türlü gerçek veya tüzel kişi, Rekabet Hukuku kurallarının muhatabı kabul edilmiştir.

Avrupa Birliği rekabet kurallarında, teşebbüs (*undertaking*) kavramının tanımı yapılmamış olmakla birlikte, burada da ekonomik faaliyet ve ekonomik bağımsızlık unsurları teşebbüsün varlığı açısından temel kriterlerdir. Birlik Hukuku’nda teşebbüs kavramının tanımı ve kapsamı, Komisyon ve Adalet Divanı içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır. Kısa süreli, geçici ve düzensiz ekonomik faaliyetler ile ekonomik faaliyetin kişisel ihtiyaç ölçüsünü aşmadığı haller (Akıncı 1988, s. 322), Birlik Hukuku’nda da teşebbüs olarak değerlendirilmemektedir.

Kanunun kapsamına ilişkin maddede değinilmemekle birlikte, rekabet kurallarının bir diğer muhatabı da, teşebbüs birlikleridir (*association of undertakings*). Kanunun 3. maddesine göre, teşebbüs birlikleri, “teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birliktir”. Yasalarla kurulan, kamu kurumu niteliğindeki ticaret, ziraat, sanayi odaları, barolar gibi meslek kuruluşları da teşebbüs birliği kapsamında değerlendirilmiştir. Avrupa Birliği Hukuku’nda da uygulama benzerdir (Bellamy and Child 1993, s. 51).

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 2. maddesinden anlaşılacağı üzere, kanunun amacı Türkiye sınırları içerisindeki piyasalarda rekabetin korunması olduğundan, ülke sınırları içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınmaksızın, etkisini ülke piyasalarında gösteren her türlü rekabeti sınırlayıcı faaliyet, kanunun uygulama alanı içerisinde bulunmaktadır. Bu ilkedен hareketle, dış piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin de, kanunun kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

Rekabet kurallarının uygulanmasında, kamu ve özel teşebbüs ayrımı yapılmamıştır.⁴⁶ Bununla birlikte, ekonomik faaliyetin gerçekleştirilmesindeki kamu yararının, rekabet kurallarının uygulanmasından elde edilecek faydadan üstün olduğu bazı durumlarda, söz konusu kamu teşebbüsleri rekabet kurallarından muaf tutulabilmektedir. Bu konuda Rekabet Kurumu yetkili kılınmıştır.

Kamu teşebbüsleri, Avrupa Birliği Hukuku'nda da, rekabet kurallarının uygulama alanı içinde bulunmaktadır (Agnew 1985, s. 179). Bununla birlikte; genel ekonomik faydaya hizmetle görevlendirilmiş kuruluşlar ve mali tekel niteliğine sahip teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasına, söz konusu kurallar bu kuruluşlara verilmiş olan görevlerin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellediği ölçüde, istisna getirilmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, sektörler bakımından da bir sınırlama öngörülmemiştir.

2.3.2.3 Yasaklanan Faaliyetler

RKHK'nın 4., 6. ve 7. maddelerinde, yasaklanan faaliyetler ile bunların gerçekleşmesi durumunda sonuçları ve Rekabet Kurumu'nun yetkileri düzenlenmiştir.

Tüm Rekabet Hukuku sistemleri, ekonomik yaşamda faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında anlaşarak veya ortak uygulamalarla, pazardaki rekabeti sınırlayıcı davranışlar içine girmesini kontrol etmeye yönelik düzenlemeler içermektedir. Bu amaca yönelik

⁴⁶ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin gerekçe kısmında, "Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar Rekabet Hukuku'nda da kamu yararı veya kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da, genel menfaate hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu göreve yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir" denilmektedir. Bu ifade ile, rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da da 4. madde ile, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır" hükmü getirilmiştir.

Yasaklanan faaliyetler bakımından önemli olan diğer bir düzenleme RKHK'nın 6. maddesidir. Söz konusu maddeye göre, pazara hakim durumdaki bir teşebbüsün, ekonomik gücünü diğer rakip teşebbüsler veya tüketiciler aleyhine kullanması hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanmıştır. Hakim konumdaki teşebbüslerin, ekonomik güçlerini kötüye kullanmaları sonucuna yol açmaya yatkın olan birleşme ve devralmalara karşı da ihtiyatla yaklaşılması zaruridir. Bu doğrultuda, RKHK'nın 7. maddesi ile, piyasada hakim durum yaratacak veya hakim durumu kuvvetlendirecek nitelikteki teşebbüs birleşmeleri ve devralmalar, şayet ilgili pazarda rekabetin önemli derecede azalması sonucunu doğuracaksa, hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanmıştır.

2. 3. 2. 3. 1 Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, birden fazla teşebbüsün birbirleriyle uyumlu, koordineli davranışlarla rekabeti sınırlamaları haline ilişkin olarak öngörülen ilk uygulama, "anlaşma"dır. Kanunun gerekçesinde, "Maddenin amacı bakımından anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur" ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, anlaşma terimiyle, iki veya daha fazla tarafın, belirli konu veya konular üzerindeki her türlü uyuşma ve mutabakatı kastedilmektedir. Yazılı, sözlü veya sadece fiili eylemler yoluyla varılan mutabakatlar anlaşma olarak nitelendirilmektedir. Burada esas olan, taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması olduğundan; hukuken bağlayıcılığı bulunmayan, sosyal ve ahlaki nitelikteki taahhütler

de, anlaşma kapsamında kabul edilmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip işbirliği anlaşmaları, rakipler arasındaki hem yatay anlaşmaları hem de dikey⁴⁷ rekabet sınırlamalarını kapsamaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da; uyumlu, koordineli davranışlarla rekabetin sınırlanmasına ilişkin ikinci bir vasıta olarak "uyumlu eylem" kavramına yer verilmiştir. Uyumlu eylem kavramı RKHK'da açıkça tanımlanmamış, ancak çeşitli maddelerde oldukça açıklayıcı hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlere göre, "Uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir işbirliği durumudur".

Uyumlu eylem halinde, anlaşma ve kararlardan farklı olarak, sadece bir irade uyuşması değil, bir eylem ve davranışın da bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, henüz eylem ve uygulama aşamasına ulaşmamış olan irade uyuşmaları, uyumlu eylem olarak değil, şartları gerçekleşiyorsa, ancak anlaşma veya karar olarak değerlendirilmelidir. Söz konusu taraf iradeleri arasındaki uyuşma ise, söz ve yazı gibi açık beyanların varlığı ile değil, birbirine benzerlik gösteren fiili davranışların değerlendirilmesi yolu ile belirlenmektedir. Bu düzenlemenin temelinde, rekabet sürecinin çoğu kez aleni, yazılı bir sözleşme vasıtasıyla değil, gizli anlaşmalar ve hatta anlaşma seviyesine bile ulaşmayan bir takım paralel davranışlar yoluyla kısıtlanabileceği gerçeği yatmaktadır.

⁴⁷ Dikey anlaşmalar uygulamada genellikle, alıcıya belirli bir bölgeyle sınırlı tekel hakkı tanınması, alıcının başka bir satıcının mallarını satmamaya ilişkin taahhüdü veya satıcı tarafından tekrar satış koşullarına sınırlama getirilmesi şekillerinde tezahür etmektedir.

Uyumlu eylem esasen, 4. maddenin konusunu oluşturan irade uyuşmalarının ispatında kolaylık sağlamak amacı ile RKHK'ya koyulmuştur. Teşebbüslerin belirtilen bir takım paralel davranışları sergilemeleri halinde, kural olarak uyumlu eylem içerisinde oldukları kabul edilmekte, böylece gerek Rekabet Kurumu'na gerekse bu eylemden zarar gören taraflara ispat kolaylığı sağlanmaktadır. Ancak 4. maddedeki “ekonomik ve rasyonel gerçeklere” dayanılması kriteriyle buna sınırlama getirilmiştir. Bunun temelinde, bazı hallerde özellikle de az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği oligopol piyasalarda teşebbüsler arasındaki paralel davranışların ekonomi bilimi verilerine göre olağan kabul edilebileceği gerçeği yatmaktadır. Avrupa Birliği Rekabet Politikası'nda da uygulama bu yöndedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, uyumlu, koordineli davranışlarla rekabetin sınırlanmasına ilişkin olarak öngörülen diğer bir vasıta ise, “teşebbüs birlikleri kararları ve eylemleri”dir. Teşebbüslerin mesleki dayanışma amacıyla kurdukları birlikler, rakip teşebbüslerin kolayca bir araya gelerek piyasadaki rekabet koşullarını müzakere etmelerine olanak sağladıklarından, nitelikleri gereği, rekabetin sınırlanmasına uygun bir ortam hazırlayabilmektedir. Bu nedenle, teşebbüslerin çeşitli amaçlar için oluşturdukları bu örgütlenmeler de 4. madde çerçevesinde Rekabet Hukuku kurallarının muhatabı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, rekabetin ihlali durumunda sadece teşebbüslere karşı değil, bu birlikler aleyhine de soruşturma yürütülmesi ve yaptırım uygulanması mümkün olabilmektedir.

Her ne kadar anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları birbirinden farklı uygulamalar da olsa; temelde yatan davranış, birden fazla teşebbüsün danışıklı davranmak suretiyle rekabeti kısıtlamasıdır. Danışıklı ilişkinin, uyumlu eylem, karar veya anlaşmadan kaynaklanması, 4. maddenin uygulanması ve ortaya çıkacak hukuki neticeler açısından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır (Sanlı 2000, ss. 73-84).

RKHK'nın 4. maddesindeki genel yasaklama hükmünün yanı sıra, uygulamada sıkça rastlanan rekabete aykırı faaliyetler altı bent halinde örnek olarak sayılmıştır. RKHK'da

öngörülen bu hallerin ilki, teşebbüslerin bir araya gelerek, mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatlarını, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile, her türlü alım yahut satım şartlarını tespit etmesidir. Diğer bir sınırlayıcı uygulama durumu, kısaca piyasaların paylaşılması olarak ifade edilebilecek, mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrol edilmesidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen üçüncü sınırlayıcı hal, mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesidir. Bir başka örnek sınırlayıcı durum, kısaca dışlayıcı uygulamalar başlığı altında ifade edilebilecek, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi şeklindeki düzenlemedir. Rekabetin Korunması Hakkında öngörülen rekabeti sınırlayıcı diğer bir uygulama, (e) bendinde yer alan, münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması hali şeklinde açıklanan ayrımcı uygulamalardır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer verilen rekabeti sınırlayıcı uygulamaların son örneği, (f) bendinde oldukça uzun ve ayrıntılı bir şekilde kaleme alınan olağandışı yükümlülükler öngörülmesidir. Söz konusu bende göre, anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi hukuka aykırı ve yasaktır. Somut olayda, bu uygulamalardan herhangi birinin tespit edilmesi, kesin olmamakla birlikte, büyük olasılıkla, 4. madde yasağının uygulanması için yeterli olacaktır.⁴⁸

⁴⁸ Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu eylem örnekleri hakkında detaylı bilgi için bkz. SANLI, K. C., 2000. *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu, ss. 106-120

4. maddenin ifadesinden anlaşılacağı üzere, hukuka aykırılığın gerçekleşmesi ve bu tür uygulamaların yasaklanabilmesi için, ya amaçlarının ya da ekonomik etkilerinin, doğrudan ya da dolaylı olarak, rekabeti sınırlayıcı nitelikte olması veya en azından sınırlama tehlikesinin bulunması gerekmektedir. Bir başka ifade ile, amacı rekabeti sınırlamak olmayan anlaşmalar da, uygulandıklarında fiilen rekabeti bozucu bir etki yaratıyor veya yaratacaksa, hukuka aykırı kabul edilmekte ve uygulanmadan önce yasaklanabilmektedir. Ayrıca, değerlendirme esnasında olumsuz etkilenmenin söz konusu olmamasına karşın, ileride olumsuz etkilerin doğabilme riskinin bulunması, 4. maddenin uygulanması için yeterli kabul edilmektedir.

Buna karşılık, rekabeti olumsuz etkileyen veya etkileyebilecek nitelikte olan teşebbüsler arası işbirliği uygulamalarından belli olumlu etkiler beklenebiliyorsa, bunların 4. maddedeki yasak dışına çıkarılabilmesi imkanı mevcuttur. Rekabete aykırı ve bu nedenle 4. madde anlamında hukuka aykırı bir işbirliği ilişkisinin yasaktan ve bunun hukuki sonuçlarından muaf tutulabilmesi için, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin öngördüğü muafiyet sistemi içerisinde belirtilen iki olumlu ve iki olumsuz şartı birlikte yerine getirmesi gerekmektedir. 5. maddeye göre; Rekabet Kurumu, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b. Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması (Sanlı 2000, s. 125).

Avrupa Birliği Hukuku sistemini benimseyen Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, bireysel ve grup muafiyeti olmak üzere, iki farklı muafiyet türü

öngörölmüştür. Kanunun 5. madde hükmünde temel aldığı muafiyet tipi, bireysel muafiyettir. Bireysel muafiyet kararının verilmesi, ancak ilgililerin belirli usuller çerçevesinde Rekabet Kurumu'na bildirimde bulunması ve muafiyet talebi üzerine gerçekleşebilmektedir. Muafiyet kararının verilmesinde tek yetkili makam, Rekabet Kurumu'dur.

Avrupa Birliği Hukuku sistemine uygun olarak, bireysel muafiyetin yanı sıra öngörölen bir diğer muafiyet türü, tebliğler ile hayata geçirilen, grup muafiyetidir. RKHK'nın 5. madde düzenlemesinin son fıkrası, "Kurum, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir" hükmünü getirmiştir. Rekabet Kurumu, 5. maddeden aldığı yetki ile, belirli konulardaki anlaşma türlerini, blok olarak 4. madde yasağında istisna tutan tebliğler çıkarma yetkisine sahiptir. Benimsenen sisteme göre, bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanması, grup muafiyeti tebliğlerinde öngörölen şartları yerine getirmesine bağlıdır. Grup muafiyeti tebliğleri kapsamındaki sözleşme ve kararların kendiliğinden geçerli kabul edilmesi ve muafiyetten faydalanmanın bildirim bağlı olmaması, grup muafiyetini bireysel muafiyetten ayıran temel farktır.

RKHK'nın 5. maddesindeki muafiyet hükmü, 4. madde yasağının katı bir şekilde uygulanması halinde doğabilecek sakıncaların önlenmesi ve bu maddenin uygulanmasında gerekli esnekliğin sağlanması amacına hizmet etmektedir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda 4. maddenin paralel düzenlemesi, ATA'nın 81. maddesinin ilk paragrafında yer almakta ve bu iki düzenleme büyük ölçüde birbirlerine benzemektedir. 81. maddede, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak, hukuka aykırılığın ortaya çıkmasında rekabetin olumsuz etkilenmesi hususunun yanında, üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi kriterine de yer verilmektedir.

2. 3. 2. 3. 2 *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*

Rekabeti sınırlayıcı uygulamaların önlenmesi bakımından önemli olan bir diğer düzenleme de RKHK'nın 6. maddesidir. Kanun belirli bir pazardaki ekonomik gücün kötüye kullanılmasını önlemek istemiş ve "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" hükmünü getirmiştir. Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere, belirli bir pazarda hakim durumda olmak tek başına hukuka aykırı bir durum değildir ve yasaklama sebebi olarak kabul edilmemektedir (Ehlermann 1993, s. 61). Bunun için, ayrıca ekonomik gücün kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti gerekmektedir.

Bir teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabul edilmesi için ekonomik gücünün ne büyüklükte olması gerektiği konusunda RKHK herhangi bir kıstas getirmemiştir. Bu değerlendirmede her pazarın yapısı, belirleyici unsur olacaktır (Aslan 1992, s. 185). Hakim durumun kötüye kullanılması yasağı, doğrudan doğruya uygulanabilen ve muafiyet yoluyla yasak dışına çıkarılma imkanı bulunmayan bir hukuka aykırılık halidir.

Hakim durumun kötüye kullanılması, uygulamada en yaygın olarak, ayırımcılık, müşterileri sömürmek ve piyasayı kontrol altında tutarak potansiyel girişleri önlemek şekillerinde ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, hakim durumun doğrudan rekabeti bozabilecek şekilde kötüye kullanılması, mutlaka üretici/satıcı tarafından değil, pazarda hakim durumda olan alıcı/müşteri tarafından da gerçekleştiriliyor olabilir.

2. 3. 2. 3. 3 *Birleşme ve Devralmalar*

Rekabetin kısıtlanmasına yönelik üçüncü bir uygulama da, aynı veya farklı seviyedeki teşebbüslerin birleşmeleri ya da bir teşebbüsün diğerini devralması durumudur. Birleşme

ve devir işlemleri; genel olarak, rekabeti sınırlamak ve potansiyel rakipler için piyasaya girişleri zorlaştırmak, belirli bir piyasada büyük olmanın avantajlarına sahip olmak, patent veya diğer teknik bilgiyi tek elde toplamak gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir (Howell, Allison and Prentice 1988, s. 888).

RKHK'nın 7. maddesi, teşebbüsler arası birleşme ve devralmaları düzenlemektedir. Kanunun ifadesiyle; "Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır".

Kanunun ifadesinden anlaşılacağı üzere, piyasada hakim durum yaratacak veya hakim durumu kuvvetlendirecek nitelikteki birleşme ve devir işlemleri, ilgili piyasada rekabetin önemli derecede (Ridyard 1990, ss. 247-248) azalması sonucunu doğuracaksa, yasak kapsamına girmektedir (Aslan 2001, s. 120). Bir başka ifadeyle, hakim duruma ek olarak, ülkenin bütününde veya bir kısmında rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme veya devirler hukuka aykırı kabul edilmektedir. RKHK'da sadece hakim durum konu edilip, kötüye kullanılması şartı aranmadığından, tespiti yapılacak olan husus, birleşme veya devrin, rekabetin önemli ölçüde azalmasına sebep olup olmadığıdır.

Hangi tür birleşmelerin izne tabi olduğu, hangileri için izin gerekmediği Rekabet Kurumu tarafından tebliğlerle belirlenmektedir.

2.3.3 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın Rekabet Kuralları

Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki Gümrük Birliği kapsamında, rekabet kuralları ve mevzuat uyumu ile ilgili işbirliğine ilişkin yükümlülükler, 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın (OKK) 30-42. maddelerinde düzenlenmiş, söz konusu maddelerde ATA'nın 81 ve 82. maddelerine paralel hükümler konulmuş ve AB ile Türkiye arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, rekabeti bozan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları ile hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır.⁴⁹

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nda; Rekabet Hukuku'na ilişkin hükümler "Gümrük Birliği'nin Rekabet Kuralları" ve "Mevzuatın Yakınlaştırılması" alt başlıklarına ayrılmıştır. Her iki alt başlıktaki hükümler, Avrupa Birliği rekabet kurallarından esinlenilerek hazırlanmıştır.

OKK'nın "Gümrük Birliği'nin Rekabet Kuralları" başlığı altındaki hükümlerinde; hem Gümrük Birliği'nin işleyişi ile bağdaşmayan, pazarda rekabetin teşebbüsler tarafından bozulmasının önlenmesine ilişkin rekabet kurallarına yer verilmiş, hem de devlet yardımlarına ilişkin kurallar öngörülmüştür. Kararın 32. maddesinde Gümrük Birliği'nin işleyişini etkileyebilir nitelikte olan rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar, 33. maddede pazarda hakim durumun kötüye kullanılması

⁴⁹ Türk Rekabet Hukuku'nun Avrupa Birliği'ne uyumlu hale getirilmesi konusu, ilk olarak 1963 yılında imzalanan Ankara Antlaşması'nın 16. maddesinde ifade edilmiştir. Bu maddede, akit tarafların, Roma Antlaşması'nın, rekabet hukuku, vergi hukuku ve genel olarak hukukların uyumlaştırılmasına ilişkin hükümlerini, taraflar arası ilişkilerde uygulanabilir hale getirmeleri öngörülmektedir. Bu antlaşmaya dayanılarak imzalanan ve uygulama antlaşması niteliğinde olan 1970 tarihli Katma Protokol'ün 43. maddesi ise, Katma Protokol'un yürürlüğe girmesinden itibaren altı yıl içinde, Roma Antlaşması'nın rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uygulamalara ilişkin 85. maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 86. maddesi, kamu işletmeleri ile kendisine devlet tarafından özel ya da münhasır yetkiler tanınan işletmelere de rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin 90. maddesi ile devlet yardımlarına ilişkin 92. maddesinde belirtilen ilkelerin uygulanabilmesini sağlayacak kuralların yürürlüğe konulmasını öngörmektedir.

yasaklanmıştır.⁵⁰ Teşebbüslere yönelik rekabet kurallarının yer aldığı bu hükümler, ATA'nın 81-82. maddelerinde belirtilen "Ortak Pazar ve üye devletlerarası ticaretin etkilenmemesi" kavramına paralel olarak; Gümrük Birliği'nin iyi işlemesi ve Türkiye ile Topluluk arasındaki ticaretin etkilenmemesi kistaslarını getirmektedir. 1/95 sayılı OKK'nın 34. maddesinde ise devlet yardımları düzenlenmiştir.

OKK'nın, "Mevzuatın Yakınlaştırılması" başlığını taşıyan bölümünde ise, Türkiye'nin, Gümrük Birliği ile ulaşılmaya çalışılan ekonomik entegrasyona ulaşabilmesi için, Rekabet Hukuku mevzuatını, AT Rekabet Hukuku mevzuatı ile uyumlu hale getirmesi ve etkin bir biçimde uygulanmasını sağlaması öngörülmüştür.⁵¹ Bu çerçevede, Türkiye'nin; Gümrük Birliği'nin yürürlüğe girmesinden önce, ATA'nın 81 ve 82. maddelerinde yer alan ve yasaklanmış olan faaliyetlerin, hukuka aykırı sayılarak yasaklandığı bir rekabet kanununu yürürlüğe koyması öngörülmüştür. Ayrıca, Gümrük Birliği'nin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde, AT'de uygulanmakta olan tüm grup muafiyet yönetmelikleri ve AT kurumlarınca geliştirilen içtihat hukukunda yer alan ilkelerin Türkiye'de de uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁵²

OKK'da ayrıca, Türkiye'de, Gümrük Birliği'nin yürürlüğe girmesinden önce, rekabet kurallarını etkin olarak uygulayacak bir rekabet örgütünün kurulması da öngörülmüştür.⁵³

Avrupa Topluluğu'nun da, 1/95 sayılı OKK'dan kaynaklanan yükümlülükleri söz konusudur. Bu bağlamda, Topluluğun rekabet politikası kapsamında alacağı ve

⁵⁰ 1/95 sayılı OKK'nın 33. maddesi, ATA'nın 82.maddesi hükmü ile paralellik arz etmektedir. Hakim durumun, AT ile Türkiye arasındaki ticareti etkileyebilecek şekilde kötüye kullanılması, Gümrük Birliği'nin işleyişine aykırı olup yasaklanmıştır.

⁵¹ 1/95 sayılı OKK'nın 39/1. maddesi

⁵² 1/95 sayılı OKK'nın 39/2 (a) maddesi

⁵³ 1/95 sayılı OKK'nın 39/2 (b) maddesi

Türkiye'nin çıkarlarını etkileyecek kararları Türkiye'ye bildirmesi konusu hükme bağlanmıştır.⁵⁴ Ayrıca tarafların, Rekabet Hukuku mevzuatlarında gerçekleşen değişikliklerden ve rekabet kurallarının uygulandığı davalardan birbirlerini haberdar etmeleri öngörülmüştür. 1/95 sayılı OKK'da, belli şartlar altında taraflara, birbirlerinin rekabet kurumlarına başvuruda bulunabilme hakkı da tanınmıştır.⁵⁵

2.4 AVRUPA TOPLULUĞU ANTLAŞMASI'NIN 82. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 82. maddesi, Ortak Pazar'da veya önemli bir bölümünde, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmalarını, üye devletler arasındaki ticaret bundan etkilendiği ölçüde, Ortak Pazar ile bağdaşmaz olarak nitelemekte ve yasaklamaktadır. Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için; bir teşebbüs veya teşebbüsler bulunmalı, bu teşebbüs veya teşebbüsler pazara hakim olmalı, hakim durum kötüye kullanılmalı ve kötüye kullanma üye devletler arası ticareti etkilemelidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda hakim durumun oluşumunun değil, bu durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmış olmasıdır.

İlgili madde çerçevesinde, söz konusu kötüye kullanma halleri özellikle aşağıdakileri kapsamaktadır:

- a. Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatı ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi;
- b. Tüketicinin menfaatine aykırı olacak şekilde üretimin, pazarların veya teknik gelişmenin sınırlandırılması;

⁵⁴ 1/95 sayılı OKK'nın 39/3 ve 40. maddeleri

⁵⁵ 1/95 sayılı OKK'nın 43. maddesi

- c. Diğer ticari taraflara, eşdeğer nitelikli sözleşmelerde, onları rekabette dezavantajlı duruma düşürecek farklı koşulların uygulanması;
- d. Sözleşmelerin yapılmasının, niteliği gereği olarak ya da ticari teamüle göre bu tür sözleşmelerin konusu ile ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması.

Belirli bir uygulamanın 82. madde kapsamına girip girmediği ise, üç aşamalı bir inceleme sonucunda ortaya çıkmaktadır. İlk olarak hakim durumun araştırılacağı ilgili pazar tanımlanmakta, ikinci aşamada söz konusu teşebbüs veya teşebbüslerin bu piyasada hakim durumda olup olmadığı değerlendirilmekte, son olarak hakim durumun saptanması halinde ise, bu gücün kötüye kullanılıp kullanılmadığı belirlenmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 82. madde, bir muafiyet rejimi içermemektedir. Başka bir ifadeyle, hakim durumun kötüye kullanılması tespiti kesindir ve hiçbir istisnaya tabi değildir. Özel teşebbüsler olduğu kadar kamu teşebbüsleri de bu sınırlamaların kapsamına girmektedir.

2. 4. 1 Hakim Durum

ATA'nın 82. maddesinde hakim durumun kötüye kullanılması tanımlanmamış, hakim durum ve kötüye kullanmaya ilişkin tanım, AB Komisyonu ve Adalet Divanı kararlarında ortaya çıkmıştır. AB Komisyonu ve ATAD ise, hakim durumu, genellikle "rakiplerden, tedarikçilerden ve müşterilerden bağımsız davranarak etkin rekabeti önleme gücü" olarak tanımlamıştır.

ATA'nın 82. maddesinin Komisyon ve Adalet Divanı'nca ele alındığı ilk kararlar arasında Continental Can Davası⁵⁶ bulunmaktadır. Bu davada hakim duruma ilişkin şu

⁵⁶ Case 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can V Commission (1973) ECR 215

tanım geliştirilmiştir: "Bir teşebbüsün hakim konumda olması, bu teşebbüsün, rakiplerini, tedarikçileri ve müşterilerini gözönüne almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum, bir teşebbüsün, pazar payı veya pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da sermaye sebebiyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir teşebbüs açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmesi için, bu teşebbüsün pazardaki diğer teşebbüslerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak, mutlak bir hakimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa dahi, söz konusu teşebbüs ya da teşebbüslere, davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir". United Brands Davası'nda⁵⁷ ise ATAD, hakim durumu, "Bir teşebbüsün, ilgili pazarda, rakiplerinden ve müşterilerinden büyük ölçüde bağımsız hareket edebilmesini ve istediğinde etkin rekabeti bozabilecek güce sahip olmasını sağlayacak durum" şeklinde tanımlamıştır.

Bu tanımlara göre, bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespitinde, bir niceliksel ölçüt öngörülmemekle birlikte, bu teşebbüsün ekonomik gücü önem taşımaktadır. Bir teşebbüs; ayrıca tanımlanması gereken belirli bir pazarda etkin şekilde rekabeti ortadan kaldıracabilecek etkileri yaratabilme gücüne sahip ise ve kararlarını, rakip teşebbüsleri, tedarikçileri, müşterileri ve nihai tüketicileri dikkate almadan, onlardan bağımsız olarak verebiliyorsa, hakim duruma sahiptir.⁵⁸

Hakim durum, bir veya daha çok teşebbüsün belli bir pazardaki payının büyük olması, tanınmış bir markaya sahip olması veya devlet imtiyazıyla tanınmış bazı imkanlara sahip

⁵⁷ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207

⁵⁸ Üye devletlerde ve diğer gelişmiş ülkelerde, hakim durumun nasıl tanımlanması gerektiği konusunda değişik içtihatlar bulunmaktadır. Örneğin, Almanya'da yüzde 35 pazar payına sahip olan bir teşebbüs hakim durumda kabul edilmektedir. Avusturya ve ABD'de ise yüzde 60 ile yüzde 80 arasında bir pazar payına sahip olan teşebbüslerin hakim durumda olduğu değerlendirilmektedir. Topluluk üyesi Fransa'da da bu eşik, ABD örneğine yakın oranlarda belirlenmiştir.

olması gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Komisyon ve Adalet Divanı, hakim durumun varlığını ortaya koyacak ölçütleri, sadece ana hatlarıyla belirleyerek, bunların her somut olay çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesini uygun görmüştür.

AB Rekabet Hukuku, “Ortak Pazar’ın veya onun önemli bir bölümü” açısından hakim durumun tespitine yönelik bir yaklaşım getirmiştir. Bu açıdan hakim durumda olmak, belirli bir pazara yönelik hakimiyeti ifade etmektedir. Komisyon ve Adalet Divanı kararlarına göre de, hakim durumun varlığını gösterebilmek için öncelikle yapılması gereken, ilgili ürün pazarının ve coğrafi pazarın kesin sınırlarıyla tanımlanmasıdır.

2. 4. 1. 1 İlgili Ürün Pazarı

ATA’nın 82. maddesi bakımından bir işletmenin hakim durumda olup olmadığının değerlendirilmesi, ancak ilgili pazarın doğru ve isabetli olarak tanımlanması ile mümkündür. Hangi ürün veya hizmetlerin aynı pazarda değerlendirileceği belirgin biçimde ve olabildiğince daraltılmış ölçülerle belirlenmelidir. Bu bağlamda, söz konusu ürün veya hizmetlerin temel nitelikleri ile tüketicilerin bu ürün veya hizmetlere yönelik tutumlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir ürünün veya hizmetin diğer bir ürün veya hizmetle aynı pazarda olduğunun kabul edilebilmesi için, bunların tüketici için nitelikleri, kullanım amaçları veya işlevleri ve fiyatları veya ücretleri açısından benzer olmaları şartı aranmaktadır. Bir başka ifadeyle, fonksiyonel olarak birbiriyle değiştirilebilir nitelikte olan ve aynı kullanım amacına veya işleve yönelik ürün veya hizmetlerin aynı pazar içerisinde yer aldıkları varsayılmaktadır. Bu doğrultuda, ilgili ürün pazarının tespitinde, öncelikle söz konusu mal veya hizmetin, başka mal veya hizmetlerle ikame edilebilirlik (*substitutability*)⁵⁹ derecesi tespit edilecektir. İlgili ürün pazarı, birbiriyle ikame edilebilir mal veya hizmetlerden oluşan pazar olarak

⁵⁹ İkame edilebilirlik ve ikame edici mallar için bkz. BULMUŞ, İ., 1994. *Mikro İktisat*. Ankara: Eğitim Yayınları, ss. 97-114

tanımlanmıştır (Fishwick 1986, s. 49). İkame edilebilirlik ise, gerek ATAD ve Komisyon uygulamasında gerekse doktrinde, hem talep hem de mal veya hizmeti sunan teşebbüsler yani arz açısından değerlendirilmektedir.⁶⁰

2. 4. 1. 1. 1 Talep Esnekliği ve Talebin Çapraz Esnekliği

Talep esnekliği (*elasticity of demand*), bir malın fiyatındaki değişikliğe, o mala yönelik talebin gösterdiği duyarlılık olarak tanımlanmaktadır. Talebin çapraz esnekliği (*cross elasticity of demand*) ise, bir mal veya hizmete yönelik talebin, başka bir mal ya da hizmetin fiyatındaki değişikliğe karşı olan duyarlılığıdır.⁶¹ Buna göre, bir ürünün veya hizmetin fiyatındaki değişiklik diğer benzer ürünlerin veya hizmetlerin talebinin miktarını da büyük oranda değiştiriyorsa, bu ürünler arasında çapraz talep esnekliği var demektir.

Talebin çapraz esnekliği, teorik olarak, fiyatlarındaki değişiklik sonucunda iki ürünün arasındaki ikame edilebilirliğin doğrudan bir hesaplamasıdır ve ilgili pazarın belirlenmesinde önemlidir. Çapraz esnekliğin yüksek olması, söz konusu malların, birbiriyle ikame edilebilir mallar olduğunun bir göstergesi kabul edilmekte ve bu mallar

⁶⁰ Komisyon, ilgili pazarı nasıl tespit ettiği konusunda teşebbüsleri bilgilendirmek ve yönlendirmek amacıyla "Topluluk Rekabet Hukuku'nun Amaçları Çerçevesine İlgili Pazarın Tanımlanması Hakkında Genelge"yi yayınlamış; ilgili pazarın tanımlanmasında, talebin esnekliği, arzın esnekliği ve potansiyel rekabeti belirleyici unsurlar olarak göstermiştir. bkz. Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law (OJ C 372, 9.12.1997)

⁶¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. LIPSEY, R. G., STEINER, P. O. and PURVIS, D. D., 1987. *Economics*. New York: Harper & Row, s. 88

aynı pazara dahil sayılmaktadır. Ancak çapraz esneklik düşük ise, söz konusu mal veya hizmetler birbirinin yerini tutmadığından aynı pazara dahil edilmemektedir.⁶²

Ürünlerin yalnızca özellikleri açısından yapılacak bir değerlendirme, her zaman doğru sonuç vermeyeceği gibi, tek başına belirleyici de değildir. Talep ikamesinin doğru bir şekilde tespiti için, ürün özellikleri ve kullanım amaçları ile ilgili analizlerin tüketici tercihleri ile karşılaştırılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, ikame edilebilir nitelikte olan ürünleri, söz konusu ürünle aynı pazarda değerlendirebilmek için, bunların fonksiyonel ikame edilebilirliğinin yanı sıra, bu ikame edilebilirliğin, tüketici tarafından da benimsenip benimsenmediği araştırılmalıdır.

Bazı durumlarda, mal ya da hizmetlerin özelliklerinin, tüketici tercihlerine yansımaları farklı olmakta; bir kısım tüketiciler için ikame edilebilir sayılan belirli mal ya da hizmetler, bazı özellikleri nedeniyle, diğer bir kısım tüketiciler açısından, ikame edilemez olarak nitelendirilebilmektedir. Diğer tüketici gruplarının aksine taleplerini ikame edilebilir bir ürüne geçiremeyen veya geçirmek istemeyen tüketici grupları esir müşteri veya bağımlı tüketiciler (*captive consumers*) kavramı (Van Bael and Bellis 1987, s. 52) ile ifade edilmektedir. Komisyon, talepte ikame edilebilirliği esas alarak ilgili ürün piyasasına dahil edilecek bütün ürünleri saptadıktan sonra, söz konusu ürünlerin olası esir müşteri gruplarını göz önünde tutarak, gerekiyorsa alt pazarlar oluşturmaktadır.

Ürünlerin veya hizmetlerin fiyatları arasındaki farklılık da bunların farklı pazarlara dahil olduklarına dair önemli bir gösterge oluşturmaktadır. Nitekim özellikleri itibarıyla ne kadar benziyor olsalar da, söz konusu ürün veya hizmetlerin fiyatları çok farklı ise, tüketici açısından ikame edilebilirlikleri doğal olarak düşük olmaktadır.

⁶² Talepte ikame kavramı, Komisyon'un Du Pont/ICI davasına ilişkin kararında açık bir biçimde tanımlanmıştır. Buna göre, "iki ürünün ikame edilebilir olarak kabul edilmesi için tüketici, bir ürünün fiyatının diğer ürüne göre yeterli derecede artmasına kısa zamanda tepki göstermeyi gerçekçi ve akılcı bir seçenek olarak algılamalıdır." bkz. Case IV/M.214 DuPont/ICI OJ [1993] L 7/13

Bu bilgiler ışığında, Adalet Divanı ve Komisyon'un kararları incelendiğinde, ilgili pazarın tanımlanmasında kullanılan yöntem şu şekilde özetlenebilir (Korah 1994, s. 70). Öncelikle hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilen teşebbüsün nitelikleri saptanmaktadır. Söz konusu teşebbüs tarafından üretilen, dağıtılan veya satılan ürünlerin neler olduğu belirlenmektedir. Bundan sonra, iddiaya konu olan ürünün tanımı yapılmakta ve özellikleri incelenmektedir. Bunu takiben, ürünün özellikleri göz önünde bulundurularak, tüketiciler ve müşteriler açısından, fazla bir maliyet gerektirmeden kullanılabilir veya tüketilebilecek diğer ürünler, bir başka deyişle, potansiyel olarak ikame edilebilir ürünler saptanmaktadır. Bir sonraki aşamada, tüketimin aday ikame edilebilir ürünlere geçişine ilişkin her türlü engel veya maliyet inceleme altına alınmakta; söz konusu mal ya da hizmetin fiyatı gibi objektif unsurların yanı sıra, tüketicinin tercihleri, mal ya da hizmetin kullanım amacı gibi subjektif unsurlar değerlendirilmektedir. Nihayet, gerektiği yerde ilk ürün grubunda değişikliğe gidilmektedir.

2. 4. 1. 1. 2 Arz Esnekliği

İlgili pazarın tanımlanmasında, incelemenin büyük bir bölümünün talep üzerinde yoğunlaşmasına karşın, söz konusu mal ya da hizmetin talep esnekliği kadar, arz esnekliği de önem taşımaktadır. Komisyon ve Adalet Divanı, sadece talep ikamesi esas alınarak yapılan pazar tanımlamalarının; pazar hacminin ve paylarının doğru bir şekilde saptanamadığı fazla dar piyasaların belirlenmesine neden olduğu hallerde, arzın ikame edilebilirliğini de araştırmaktadır. Arz esnekliği (*elasticity of supply*), bir mal veya hizmetin arzının, o mal veya hizmetin fiyatındaki değişikliklere olan duyarlılığı olarak tanımlanmaktadır.⁶³ Bir mal veya hizmeti üreten, dağıtan veya satan teşebbüslerin, söz

⁶³ Arz ve talep esnekliği için bkz. ÜNSAL, E. M., 1998. *Mikro İktisat*. Ankara: Kutsan Ofset Matbaacılık, ss. 63-89

konusu mal veya hizmetin fiyatında bir değişiklik olması durumunda gösterdikleri tepki ve tutumları açıklayan bu kavram, ilgili pazarın belirlenmesinde son derece önemlidir.⁶⁴

Üreticiler, bazı sektörlerde, üretim yapılarında kısa bir süre içerisinde⁶⁵ küçük teknik düzenlemeler yaparak, ek maliyetlere veya risklere maruz kalmaksızın, üretmedikleri başka bir ürünü ikame bir ürün olarak pazara sunabilmektedir. Üretim tekniği ve girdiler açısından çok benzer olan bu tür ürünler, yüksek arz esnekliğine sahiptir ve aynı pazar tanımı içerisinde yer alabilmektedir. Bu konuda önemli olan, böyle bir yatırımın süresi ve maliyetidir.⁶⁶ Daha açık bir ifadeyle, arz açısından ikame edilebilirliğin söz konusu olabilmesi için, üretim tekniğinde yapılacak değişiklik çok yüksek maliyet gerektirmemeli ve makul bir süre içinde gerçekleştirilebilmeli, kısaca, ilgili işletme teknolojisini başka bir ürünü üretebilecek seviyeye kolaylıkla getirebilmelidir.

Arz ikamesinin ilgili pazarın tanımlanmasında değerlendirilmesinin nedeni açıktır. Pazara anında sürülen ek üretim, talep ikamesine benzer biçimde, asıl üreticinin mallarına olan ihtiyacın azalması sonucunu doğurmaktadır. Talep ikamesine ek olarak, arz ikamesinin de değerlendirildiği hallerde, ilgili ürün pazarının kapsamı genişleyebilmektedir.

⁶⁴ Arz esnekliği hakkında geniş bilgi için bkz. LIPSEY, R. G., STEINER, P. O. and PURVIS, D. D., y.a.g.e., s. 89

⁶⁵ Arz ikamesinden söz edilebilmesi için azami süre sorunu Lucas/Eaton davasında bir sene olarak saptanmıştır. (bkz. Case IV/M.149 Lucas/Eaton OJ [1991] C 328/15)

⁶⁶ Tetra Pak Davası'nda Komisyon, UHT özellikli süt kartonları pazarının diğer süt kartonları pazarından ayrı bir pazar olduğuna karar vermiş, gerekçe olarak, bu özellikteki karton paketlerin üretimi için gerekli sermaye ve zamanın önemli olmasını göstermiştir. (bkz. Case 333/94 Tetra Pak II V Commission (1996) ECR I-5951)

2. 4. 1. 2 İlgili Coğrafi Pazar

Adalet Divanı, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ATA'nın 82. maddesinin uygulandığı kararlarında, ilgili coğrafi pazarın da saptanması gerektiğini belirtmiştir. İlgili coğrafi pazar (*relevant geographical market*), en geniş anlamda, teşebbüslerin yürüttüğü iktisadi faaliyetlerin ulaştığı nihai alan olarak tanımlanabilir (Barnes 1961, s. 837). Topluluk Rekabet Hukuku'nda ise bu kavrama, teşebbüslerin ilgili ürün ve hizmetlerini arz ettikleri ve rekabet koşullarının yeterince homojen olduğu coğrafi alan tanımı getirilmiştir.⁶⁷

İlgili coğrafi pazarın saptanmasında amaç, kullanıcı veya tüketicilerin yönelebilecekleri alternatif arz kaynaklarının belirlenmesidir. Bu bağlamda, öncelikle, söz konusu ürünlerin ülke veya bölgeler arası ticaretinde ortaya çıkan engeller araştırılır. Çünkü, ilgili coğrafi pazarın sınırları saptanırken aranan homojen pazar koşulları⁶⁸, hukuki, teknik ya da fiili engeller yüzünden gerçekleşmemiş veya bozulmuş olabilir. Söz konusu ürünün taşıma masrafları ve ulaşım imkanları, iklim, malın dayanabilirliği, dağıtım sisteminin alanı ve etkinliği, ithalat-ihracat mevzuatındaki farklılıklar, farklı coğrafi bölgelerdeki ürünlerden veya bunların fiyatlarından haberdar olamama, yerli ya da yöresel malı tercih etme arzusu gibi tüketici tercihleri ve geleneksel alışkanlıklar, ticari işlemlere ilişkin ek masraflar, ilgili coğrafi pazarın saptanmasında göz önünde bulundurulması gereken unsurlardır (Fishwick 1986, s. 55). Bu ve benzeri nedenlerle,

⁶⁷ Adalet Divanı, ATA'nın 82. maddesinin uygulandığı davalarda, ilgili coğrafi pazar saptanırken, ilgili ürünün pazarlanmakta olduğu ve pazar koşullarının da yeterince homojen olduğu bir coğrafi alanın açıkça belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. (bkz. Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207)

⁶⁸ Homojen yapının varlığını her olayda ayrıca inceleyen Adalet Divanı, kararlarında rekabet şartlarının mutlak anlamda homojen (*perfectly homogeneous*) olması gerekmediğini, yeterince homojen (*sufficiently homogeneous*) olmasının yeterli sayılacağını ifade etmektedir. Adalet Divanı'nın bu konudaki görüşü için bkz. Case 27/76 United Brands V Commission (1978) ECR 207; Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) ECR 309

homojen bir yapının gerçekleşmediği alanlar, ayrı coğrafi pazarlar olarak değerlendirilecektir.

İlgili coğrafi pazarın sınırları çizilirken, Komisyon hem talep yönünden hem de arz yönünden engelleri araştırmaktadır. Talep boyutuna ilişkin olarak, öncelikle, teşebbüslerin piyasa payları ve ulusal düzeyde veya Topluluk seviyesinde fiyatların oluşmasını etkileyen unsurlar araştırılmaktadır. Bu inceleme sonucunda oluşturulan coğrafi pazar tanımı, ulusal ve bölgesel tercihler, tüketicilerin satın alma alışkanlıkları, ürün farklılıkları, marka tercihleri gibi hususların incelenmesi ile yeniden değerlendirilmektedir.

Arzı etkileyen unsurlar ise, teşebbüslerin ilgili coğrafi pazarda ürün arzında bulunmaya çalışırken herhangi bir engelle karşılaşp karşılaşmadığının belirlenmesi için incelenmektedir.⁶⁹ İlgili coğrafi pazarda satış yapmak için söz konusu bölgede yerleşik olma mecburiyeti, dağıtım kanallarına erişim imkanı veya dağıtım kanalı kurmanın maliyeti, üretim ve ticareti engelleyen kota ve gümrük vergileri, kamu alımları ve yasal engeller, teknik standartlar, tekeller gibi unsurlar dikkate alınmaktadır. Bir başka ifadeyle, Komisyon, ilgili coğrafi alanda faaliyet gösteren teşebbüslerin başka bölgelerde faaliyetini sürdüren teşebbüslerin rekabetinden korunmasını mümkün kılan engelleri araştırmaktadır.

İlgili coğrafi pazarın, belirli bir ürün piyasasında faaliyet gösteren veya gelecekte potansiyel olarak bu piyasaya girebilecek bütün teşebbüsleri kapsayacak biçimde tanımlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, ilgili coğrafi pazarda faaliyeti bulunmayan ancak bir fiyat hareketi ertesinde bu coğrafi alana girebilecek diğer teşebbüsler de değerlendirmeye alınacaktır.

⁶⁹ İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde arzın değerlendirilmesi konusunda bkz. ÜLGEN, S., 1998. *Avrupa Birliği'nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Lebib Yalkın Yayınları, s. 36

ATA'nın 82. maddesi'nin uygulanabilmesi için, hakim durumun Ortak Pazar'da veya onun önemli bir bölümünde bulunması gerekmektedir. Böylelikle ilgili coğrafi pazar tüm Ortak Pazar olabileceği gibi, bir veya daha fazla üye devlet ve hatta bir üye devletin belirli bir bölgesi de olabilmektedir. İlgili coğrafi pazarın, tüm Ortak Pazar olabilmesi için, bütün bu alanda homojen bir yapının sağlanmış olması gerekmektedir. İlgili coğrafi pazarın, AT coğrafi alanının tamamı olmadığı hallerde ise, belirlenen coğrafi pazarın, Ortak Pazar'ın önemli bir bölümünü oluşturması gerekmektedir (Barounos, Hall and James 1975, s. 153).

2. 4. 1. 3 İlgili Zaman Süreci

Bir ürünün talep ya da arzının esnekliğinin, kısa ve uzun dönemli değerlendirmelerde farklılık göstermesi, ilgili pazarın zaman boyutunun değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.⁷⁰ İlgili pazar, gerek ürün gerekse hizmetler açısından, kimi durumlarda, belirli zaman veya dönem piyasaları şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Farklı zaman dönemleri açısından, pazarın ayrı ayrı değerlendirilmesi, ilgili ürün pazarında alt pazarlar oluşturulmasına neden olabilmekte, dolayısıyla, oluşturulan teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına ilişkin farklı dönemlerde farklı sonuçlar söz konusu olabilmektedir. Bir başka ifadeyle, zaman açısından alt pazarlar oluşturulduğu takdirde, ilgili teşebbüs, bu dönemlerden birinde hakim durumda sayılabilecekken, bir başka dönemde hakim durumda kabul edilmeyebilecektir. İlgili zaman süreci, özellikle de, mevsimler itibarıyla farklılık gösteren ürün pazarlarında önem kazanmaktadır. Örneğin, kalın elbise sektöründe kışın arz ve talep esnekliği artmakta, yazın ise çok düşük seviyelerde seyretmektedir. Belli mevsimlerde yoğun olarak arz edilen mal veya hizmetler (dondurma, güneş turizmi) veya belirli dönemlerde kurulan ticari sergiler

⁷⁰ Arzın esnekliği ve ilgili zaman süreci için bkz. ÜNSAL, E. M., y.a.g.e., s. 82

(fuar, panayır) açısından, ilgili pazarın saptanmasında söz konusu zaman dilimi esas alınacaktır (Tekinalp ve Tekinalp 2000, ss. 380-381).

AT rekabet mevzuatında açıkça ilgili pazarın unsurları arasında gösterilmemiş olmakla birlikte, Komisyon ve Adalet Divanı'nın bazı kararlarında⁷¹, ilgili zaman süreci kavramına atıfta bulunulmuştur. İlgili zaman süreci, her olay için ayrıca değerlendirilmeli ve bu değerlendirme olayın şartları çerçevesinde makul sayılabilecek bir süreci kapsamalıdır.

2. 4. 2 Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler

İlk aşamada ilgili pazarın belirlenmesinin ardından, hakim durum prosedürünün ikinci aşaması, söz konusu teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespitinin yapılmasıdır. Hakim durumun tespitinde kullanılan ölçütler; teşebbüsün pazar payı ile rakiplerinin sayısı ve pazar payları olarak belirtilebilecek olan niceliksel ölçütler ve bu şekilde doğrudan sayısal verilerle ölçülmesi mümkün olmayan ancak değerlendirmede rolü bulunan niteliksel ölçütler olarak iki bölümde incelenebilir. Adalet Divanı da, bu ölçütlere kararlarında sıkça yer vermiştir.

Bu ölçütlerin incelenmesi neticesinde, soruşturma konusu olan teşebbüsün hakim durumda bulunduğuna karar verilirse, prosedürün üçüncü aşamasına, hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasına geçilmektedir. Söz konusu

⁷¹ Örneğin United Brands Davası'nda zaman süreci açısından ilgili pazarın saptanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu davada United Brands, muza yönelik talebin mevsimsel olarak değiştiğini gerekçe göstererek, yaz ve kış olmak üzere iki piyasanın bulunduğunu, yaz mevsiminde kendisinin muz piyasasında hakim durumda olmadığını savunmuştur. Komisyon da değerlendirmesinde, muz talebinin çapraz esnekliğinin, mevsimlere göre farklılık arzettiğini ve muza olan talebin, yaz aylarında düştüğünü gözönüne alarak, pazarı ilgili zaman süreci bakımından farklı dönemler için ayrı ayrı değerlendirmiştir. (bkz. Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207)

teşebbüsün hakim durumda olmadığına karar verilmesi halinde ise, üçüncü aşamaya geçilmemekte ve 82. madde soruşturmasına son verilmektedir.

2. 4. 2. 1 Niceliksel Ölçütler

Hakim durumun belirlenmesinde en önemli faktör, söz konusu teşebbüs veya teşebbüslerin ilgili pazardaki payı olup, pazar payı, Komisyon ve Adalet Divanı'nın da öncelikle araştırdığı konudur.⁷²

2. 4. 2. 1. 1 İlgili Teşebbüsün Pazar Payı

Adalet Divanı ve Komisyon, pazar payının yüksek olmasını, hakim durumun varlığı açısından tek başına belirleyici olmamakla birlikte, önemli bir gösterge kabul etmektedir. Bir başka ifadeyle, pazar payının oldukça yüksek olması, söz konusu teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına tespitinde diğer kriterler bazında değerlendirme yapma ihtiyacını azaltmaktadır.

ATAD'ın kararları incelendiğinde, hakim durumun belirlenmesinde, ilgili teşebbüsün pazar payının ne olması gerektiği konusunda sabit bir oran belirlemediği, her olayı kendi şartları çerçevesinde ayrıca değerlendirdiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle, ATAD içtihadında, hakim durumun tespiti açısından pazar payları konusunda değişik kararlar görülmektedir.

Adalet Divanı 85/76 sayılı Roche Davası'nda, bu teşebbüsün çeşitli vitamin pazarlarında, yüzde 93, yüzde 84, yüzde 75 ve yüzde 6 olan pazar paylarını, hakim

⁷² Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 520; Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 283; Case 6/72 Europemballage and Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215; Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223

durumun varlığına dair önemli bir gösterge kabul etmiştir. Önemli bir pazar payının; Michelin⁷³ Davası'nda yüzde 57 ile yüzde 65 arasında; Akzo Chimie⁷⁴ Davası'nda ise yüzde 50 olarak kabul edildiği ve dolayısıyla hakim durumu ifade ettiğine kanaat getirildiği görülmektedir. ATAD, 27/76 sayılı United Brands Davası'nda ise, yüzde 40 ile yüzde 45 oranındaki pazar paylarının, hakim durumun varlığının ispat edilebilmesi için yeterli olamayacağını ve pazar payının yanı sıra ilgili teşebbüsün dikey anlaşmalarının ve satış ağının mevcut durumu, rakiplerine karşı teknolojik ve finansal üstünlüğünün durumu, piyasada kendisine ait tanınmış markalarının durumu, potansiyel rakiplerin piyasada bulunmama durumu, fiyat belirlenmesinde etkinliğinin durumu, rakiplerinin hakim durumuna ilişkin öngörülerinin durumu (Van Bael and Bellis 1996, s. 251) gibi faktörlerin de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. ATAD, Metro Davası'nda⁷⁵ ise, sadece yüzde 10 pazar payına sahip olan bir teşebbüsün hakim durumda olmasının mümkün olamayacağı kararını vermiştir (Esin 1998a, s. 165).

Genel olarak, ATAD ve Komisyon kararlarına bakıldığında, yüzde 20'nin altında bir pazar payına sahip teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olmadığı varsayılırken, yüzde 40'ın üzerindeki bir pazar payının hakim durum için önemli bir gösterge oluşturduğunun kabul edildiği görülmektedir. Yüzde 20 ile yüzde 40 arasında pazar payına sahip teşebbüslerin durumuna ise, pazar payının yanı sıra pazar gücünü yaratan diğer faktörlerin de incelenmesi yolu ile karar verilmektedir.

Pazar paylarının analizi, bunların zaman içerisindeki değişimleri de göz önünde bulundurularak yapılmaktadır. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olduğuna karar verilebilmesi için, yüksek pazar paylarının zaman içinde korunması gerekmektedir. Topluluk içtihadına göre, beş senelik bir süre boyunca sahip

⁷³ Case 322/81 Nederlandsche Banden-Industrie Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461

⁷⁴ Case 62/86 AKZO V Commission (1991) ECR I-3359

⁷⁵ Case 75/84 Metro V Commission (1986) ECR 3021

olunan yüksek pazar payları, hakim duruma karine teşkil etmekte, üç seneden daha kısa bir sürede gözlemlenen yüksek pazar payları ise, özellikle dinamik bir piyasa söz konusu ise, hakim durumun varlığına karar vermek için yeterli bir bulgu olarak kabul görmemektedir (Ülgen 1998, s. 43).

2. 4. 2. 1. 2 Pazardaki Diğer Teşebbüslerin Sayısı ve Pazar Payları

Hakim durumun tespitinde; yalnız hakim durumda olup olmadığı incelenmekte olan teşebbüsün değil, pazardaki rakip teşebbüslerin pazar paylarının da araştırılması, dolayısıyla pazar yapısının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, oldukça istisnai haller haricinde, yalnız hakkında inceleme yapılan teşebbüsün pazar payına bakılarak, o teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına tespitini yapmak olanağı söz konusu değildir. Örneğin, 85/76 sayılı Roche Davası'nda Adalet Divanı, yalnız Roche'un pazar payının büyüklüğüne değil, rakiplerinin pazar paylarına ve bunların Roche'un pazar payı ile karşılaştırmasına da yer vermiştir. 27/76 sayılı United Brands Davası'nda da, Komisyon, pazar payı ile beraber, ilgili pazardaki rakiplerin sayısı ve bunların pazar paylarının da göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, gerek hakkında hakim durum incelemesi yapılan teşebbüsün gerek ise rakip teşebbüslerin pazar payı oranları, hakim durumun tespitinde Topluluk rekabet mercilerinin gerekli gördükleri bir başlangıç göstergesi olsa da, pazara giriş koşulları, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı, teknolojik üstünlük gibi niteliksel ölçütler de dikkate alınmalıdır.

2. 4. 2. 2 Niteliksel Ölçütler

Komisyon ve Adalet Divanı'nın kararları incelendiğinde, hakim durumun varlığının tespitinde, yalnızca pazar paylarının araştırılmasının yeterli olmadığı hallerde, niteliksel

ölçütlerin de değerlendirildiği görülmektedir. Niteliksel ölçütlerin incelenmesi ile aynı zamanda pazarın çok yönlü olarak değerlendirilmesi de mümkün olmaktadır.

2. 4. 2. 2. 1 Pazara Giriş Engelleri

Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslere rakip olarak yeni teşebbüslerin pazara girmesinin mümkün olmaması veya güç olması, büyük pazar payına sahip teşebbüslerin bunu tekeli kara dönüştürmelerinde önemli bir yer tutmaktadır. Zira pazara giriş engellerinin varlığı halinde, teşebbüs üzerinde rekabetin yaratacağı herhangi bir baskı olmayacak veya bu baskı sınırlı olacaktır. Bu açıdan, pazara giriş engelleri, teşebbüsün ya da teşebbüslerin hakim durumda bulunduğunu gösterebilmektedir.

Pazara giriş engellerinin başında ölçek ekonomileri, teknolojik üstünlük, sermayenin büyüklüğü, fikri ve sınai mülkiyet hakları gelmektedir. Yasayla tanınan imtiyazlar da giriş engeli yaratmaktadır.⁷⁶

⁷⁶ Pazara giriş engelleri konusunda, farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, pazara giriş engellerinin, doğal engeller (*natural barriers*) ve sonradan yaratılan engeller (*created barriers*) olmak üzere, iki başlıkta incelendiği yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre, ölçek ekonomisinin ve üretim maliyetinin ortaya çıkardığı engeller doğal engeller olarak; patent, marka hakkı gibi sınai mülkiyet hakları, kanuni tekeller veya ithalat kısıtlamaları gibi devletin yaptığı yasal düzenlemeler sonucunda ortaya çıkan engeller ise sonradan yaratılan engeller olarak nitelendirilmiştir. Bir başka yaklaşıma göre ise, yalnız yasal engellerin olduğu veya hammadde temininin mümkün olmadığı durumlarda, pazara giriş engelinden söz edilebileceği belirtilmiştir. Komisyon ve Adalet Divanı, pazara giriş engellerini, herhangi bir teorik ayrıma gitmeksizin, her olayın şartları çerçevesinde, ayrı ayrı incelemiştir. Bu konuda farklı yaklaşımlar için bkz. WHISH, R., “*Competition Law*”, ss. 263-264; LIPSEY, R. G., STEINER, P. O. and PURVIS, D. D., y.a.g.e.,s.234

a. Ölçek Ekonomisi

Komisyon ve Adalet Divanı, hakim durumun tespitinde ölçek ekonomisi kavramına da yer vermiştir.⁷⁷ Ölçek ekonomisi (*economies of scale*) kavramı, en basit tanımıyla, bir ürünü minimum maliyetle üretmek için gerekli üretim miktarıdır. Eğer bu miktar toplam talebe oranla yüksek bir düzeyde ise, o zaman pazara yeni girişler kolay olmayacaktır (Öztunalı 2003, s. 38). Zira, pazara giriş yapacak teşebbüs minimum etkin ölçekten (*minimum efficient scale*) küçük miktarda üretim yaparsa, rakiplere göre maliyet dezavantajına sahip olacak; söz konusu ölçekte çalışması halinde ise, hem fiyatlar hem de karlılığı düşecektir (Cook and Kerse 2000, s. 159).

b. Teknolojik Üstünlük

Komisyon ve Adalet Divanı, ilgili pazara girişin belirli bir teknolojik gücün varlığını gerektirmesini veya işin niteliği gereği pazara girişlerin güç olmasını da, pazara giriş engelleri arasında değerlendirmiştir.⁷⁸ Ancak, bu tür giriş engeli teknolojik buluşlardan kaynaklanıyor ise, bu rekabetin sonucu olacağından giriş engeli kabul edilmemektedir.

c. Sermayenin Büyüklüğü

İlgili pazara girebilmenin, yüksek risk sermayesi, başlangıç sermayesi gerektirmesi gibi nedenlerle zor olması da, Adalet Divanı ve Komisyon'un, hakim durum incelemesinde gözönünde bulundurdukları unsurlar arasında yer almaktadır.⁷⁹

⁷⁷ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207; Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 523

⁷⁸ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 279-285; Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 524; Case 322/81 Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461; Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) ECR 309

⁷⁹ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 279-285; Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 524; Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) ECR 309

d. Yasal Giriş Engelleri

Patent, marka ve lisans hakları gibi kanunlarla korunan fikri ve sınai mülkiyet hakları da, Komisyon ve Adalet Divanı tarafından pazara giriş engeli olarak değerlendirilmiş ve söz konusu işletmelerin ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığı belirlenirken dikkate alınmıştır.⁸⁰ Ancak söz konusu teşebbüsün bu haklara sahip olması, kesin olarak hakim durumda olduğunu göstermede yeterli kabul edilmemekte, hakim durumun varlığının ekonomik güç ve ilgili pazardaki pay ölçütleriyle de desteklenmesi gerekmektedir. Öte yandan, devlet tarafından yaratılmış kanuni tekeller; lisans, işletim hakkı, kota gibi sınırlamalar ve yasayla tanınan imtiyazlar da yasal giriş engelleri olarak nitelendirilmektedir.

e. İlgili Pazarın Evresi

İlgili pazarın hangi evrede olduğu da bazı durumlarda pazara giriş engeli olarak değerlendirilebilmektedir. Zira, pazardaki talebin doymuş olması ya da düşüş evresinde bulunması, yeni girişleri çekici kılmak bir yana, halihazırda pazarda faaliyeti olan teşebbüslerin bir kısmının pazardan çekilmesi sonucunu doğurabilecektir. Gelişmekte olan bir pazarda ise, yeni girişler, fiyatların ve dolayısıyla karlılığın büyük oranda azalmasına yol açmaması halinde, daha çekici olabilecektir.⁸¹

f. Marka Tanınırlığı veya Bağımlılığı

Pazarda uzun yıllar boyunca gerek reklam gerekse kaliteli ürünler vs. ile yaratılmış olan marka tanınırlığı (*brand recognition*) veya marka bağımlılığı (*brand loyalty*) da, özellikle tüketici malı pazarlarında önemli bir giriş engeli olarak kabul

⁸⁰ Case 51/89 Tetra Pak V EC Commission (1991) ECR 309; Case 22/78 Hugin V EC Commission (1979) ECR 1869; Case 30/89 Hilti AG V EC Commission (1992) ECR 4 CMLR 16; Case 24/67 Parke Davis and Co. V Probel (1968) ECR 55; Case 51/75 EMI Records V CBS UK (1976) ECR 811

⁸¹ Pazara giriş engeli olarak ilgili pazarın evreleri hakkında detaylı bilgi için bkz. FINE, F. L., 1994. *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC*. London: Graham and Trotman, s. 220

edilmektedir. Zira, pazara yeni girecek teşebbüsün üstün kalitesi ya da ucuz fiyatı ile tercih edilebilecek ürünler arz etmesi dahi, yüksek marka bağımlılığı olan pazarlarda tüketici tercihlerini değiştirmekte zorlanacaktır (Öztunalı 2003, s. 39).

Pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği, özellikle potansiyel rekabet açısından önemlidir. Pazar şartlarının uygun olması durumunda pazara girebilecek teşebbüslerin bulunmasının yarattığı dolaylı rekabet baskısı, özellikle ilgili ürün fiyatının aşırı kar elde etme imkanı sağlayacak düzeye geldiği noktada önem kazanmaktadır.

2. 4. 2. 2. 2 İşletme Politikaları

Hakim durumun varlığının tespitinde göz önüne alınması gereken niteliksel ölçütler arasında, pazara giriş engellerinin yanı sıra doğrudan işletmenin pazardaki tutumu da bulunmaktadır.

a. Dikey Entegrasyon

Bir teşebbüs, üretimden dağıtıma kadar ürünün pazara ulaştırılması zincirindeki her halkayı kendisi oluşturuyorsa, dikey olarak oldukça ileri düzeyde entegre olmuş kabul edilecektir. Dikey entegrasyonun gerçekleştirilmiş olması, söz konusu teşebbüse, rakiplerine göre maliyet avantajı sağladığından, yeni girişler yönünden caydırıcı rol oynayacaktır.⁸²

b. İndirim Sistemi

Hakkında hakim durum soruşturması yapılan teşebbüsün, pazarda güçlü duruma gelebilmek veya bu durumunu koruyabilmek için, alıcılarına farklı fiyatlar uygulaması ya da sadakat indirimleri önermesi, diğer teşebbüslerin pazara girişini

⁸² Dikey entegrasyon ölçütünün rol oynadığı davalar için bkz. Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 279-285; Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 524; Case 322/81 Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461

engelleyebilmekte ya da pazarda tutunabilmeleri açısından olumsuz bir rol oynayabilmektedir. Bu nedenle, Adalet Divanı ve Komisyon, bu tür uygulamaların varlığını, diğer unsurlarla birlikte hakim durumun göstergesi olarak değerlendirebilmektedir.⁸³

c. Üründe Çeşitlilik

Bir teşebbüsün, geniş bir ürün yelpazesinin olması ve müşteri ya da tüketicilere birbirinden farklı ürün seçenekleri sunabilmesi de, diğer göstergelerle birlikte hakim durumun varlığının kanıtı olarak kabul edilebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kalite farklılığından kaynaklanan ürün çeşitliliğinin giriş engeli olarak kabul edilmemesidir. Öte yandan, ürün farklılaşması reklamlarla yapay olarak artırılmış ise, giriş engeli olarak kabul edilebilmektedir.

d. Kullanılmayan Kapasite

Hakim durum soruşturmasına konu olan bir teşebbüsün kullanılmayan kapasitesinin olması da, hakim durumun saptanmasında, diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilen unsurlardandır. Zira, bir teşebbüsün sahip olduğu kullanılmayan kapasitesinin büyüklüğü, diğer teşebbüslerin bu alana yatırım yapmaları açısından caydırıcı rol oynayabilecektir.

e. Kârlılık Performansı

Bir teşebbüsün kârlılık performansının yüksek oluşu da, diğer ölçütlerle birlikte, hakim durumun varlığının göstergesi olarak kabul edilebilmektedir.

⁸³ Case 322/81 Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461

İşletme politikaları kapsamında, söz konusu teşebbüsün mali kaynaklarını nasıl kullandığı⁸⁴, reklam ve tanıtım giderlerine ne kadar pay ayırdığı⁸⁵ gibi unsurlar da, diğer teşebbüslerin pazara girişlerinde ya da pazarda varlıklarını koruyabilmelerinde caydırıcı veya güçleştirici olabileceğinden, hakim durumun varlığının tespitinde gözönüne alınmalıdır. -

2. 4. 3 Birden Fazla Teşebbüsün Pazarda Hakim Durumda Olması

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında⁸⁶ ve öğretide (Whish 1993, ss. 486-490) “*collective/ shared/ joint dominance*” olarak belirtilen bu kavram; kaynağını, ATA’nın 82. maddesinde yar alan “bir veya birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olabileceği” ifadesinden almaktadır. Birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olması kavramı, tek tek ele alındıklarında, pazarda en güçlü konumda kabul edilmesi mümkün olmayan iki ya da daha çok bağımsız teşebbüsün, pazarın yapısı, pazar payları ve pazardaki tutumları birlikte incelendiğinde, çeşitli nedenlerle, rakiplerinden önemli ölçüde bağımsız hareket edebilmeleri; dolayısıyla, pazarda hakim durumda olmaları şeklinde tanımlanabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, böyle bir durumda soruşturma konusu teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız olmalarının gerekmesidir. Aksi takdirde, ATA’nın 82. maddesi çerçevesinde birden fazla teşebbüsten söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, örneğin, yavru teşebbüsle ana teşebbüsün yarattığı hakim durum, birlikte hakim durum değildir.

⁸⁴ Case 6/72 Continental Can and Europemballage V EC Commission (1973) ECR 215

⁸⁵ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207

⁸⁶ Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 & 114/73 Suiker Unie V EC Commission (1975) ECR 1663; Joined Cases 68, 77-78/89 Societa Italiana Vetro Spa and Others V EC Commission (1992) ECR 1403

Oligopol özellik taşıyan pazarlarda, bir teşebbüsün tek başına hakim konumda bulunması oldukça nadir bir durumdur. Zira, oligopol yapı, benzer ölçekteki teşebbüslerin varlığı ile ortaya çıkmakta, dolayısıyla, ilgili pazarda faaliyet gösteren hiç bir teşebbüsün, tek başına hakim durum tanımının gerektirdiği rakiplerden bağımsız hareket edebilme imkanı bulunmamaktadır. Oligopol piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler, rakiplerinin tutumlarına göre kendi politikalarını oluşturmaktadır. İşte bu özellikteki pazarlarda teşebbüslerin ortak hakim duruma girmeleri sözkonusu olabilmektedir.

Bu alanda referans olarak gösterilen Italian Flat Glass Davası'nda⁸⁷, Komisyon, İtalya'da dar bir oligopol pazar olarak nitelendirdiği yassı cam pazarında faaliyet gösteren üç farklı teşebbüsün ortak hakim durumda olduklarına karar vermiştir.

Komisyon, olayda, Cam Üreticileri Birliği üyesi olan teşebbüsler tarafından uygulanmakta olan ithalat yasağı, ortak fiyat ve satış için ortak kotalar belirlenmesi ve söz konusu teşebbüslerin pazardaki faaliyetlerinden birbirlerini sürekli haberdar etmelerini, ATA'nın 81/1. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca Komisyon, teşebbüslerin, bu uygulamaları nedeniyle müşterilerin rekabetçi pazar şartlarından yararlanmalarını engelledikleri ve rekabetin yaratacağı baskılardan önemli ölçüde bağımsız hareket edebildikleri için, ATA'nın 82. maddesi çerçevesinde birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıklarını ileri sürmüştür. Komisyon, dava konusu teşebbüslerin, pazarda adeta tek bir teşebbüs gibi hareket ediyor olmaları dolayısıyla bu sonuca ulaştığını da vurgulamıştır.

Söz konusu bu kararın iptali istemiyle, ilgili teşebbüsler tarafından açılan davada, Avrupa İlk Derece Mahkemesi, Komisyon kararının, ATA'nın 82. maddesi çerçevesinde, birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kısmını, yeterli bulgulara

⁸⁷ Case IV/31.906 Italian Flat Glass OJ [1989] L 33/44, [1990] 4 CMLR 535

dayandırılmadığı gerekçesiyle iptal etmiş, ancak bağımsız teşebbüslerin ortak hakim durumda bulunabilecekleri savını kabul etmiştir.⁸⁸

Öte yandan, ATAD ve Komisyon, Almelo⁸⁹ ve Bodson⁹⁰ davalarında da, iki ya da daha fazla bağımsız teşebbüsün, pazarda benzer tutum içinde olmalarını sağlayacak şekilde birbirleriyle bağlantılı olmaları durumunda, birlikte hakim durumda olabileceklerini onaylayan kararlar almıştır.⁹¹

Pazarda birden fazla teşebbüsün hakim durumda olmasına ilişkin farklı olasılıklar aşağıda incelenecektir.

2. 4. 3. 1 Birden Fazla Teşebbüsün Pazarda Birlikte Hakim Durumda Olması

Birden fazla teşebbüsün pazarda birlikte hakim durumda olmasından söz edilebilmesi için; hiçbiri tek başına pazarda en güçlü konumda olmamakla birlikte, söz konusu teşebbüslerin, çeşitli yollardan pazar güçlerini biraraya getirerek, pazarda hakim duruma

⁸⁸ Avrupa İlk Derece Mahkemesi, teşebbüslerin, birbirlerinden bağımsız olmakla beraber, aralarında, pazarda birlikte hakim olmalarını sağlayacak ekonomik bağların olması halinde, ATA'nın 82. maddesi kapsamında değerlendirilebileceklerini belirtmiştir. Mahkeme, sözü edilen ekonomik bağların ise, ne anlama geleceğini açıkça belirtmemiş; anlaşmalar, lisans sözleşmeleri gibi teşebbüslere rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket etme imkanını sağlayacak uygulamalara işaret etmekle yetinmiştir. (bkz. Joined Cases 68, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and others V EC Commission (1992) ECR 1548)

⁸⁹ Case 393/92 Gementee Almelo & Others V Energiebedrijf Ijsselmij NV. (1994) ECR I-1477

⁹⁰ Case 30/87 Bodson V Pompes Funebres (1988) ECR 2479

⁹¹ Komisyon, Avrupa İlk Derece Mahkemesi ve Adalet Divanı'nın kararları incelendiğinde, birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olması konusunda yerleşik bir içtihat oluşmadığı görülmektedir. ATA'nın 82. maddesi çerçevesinde birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olmasının mümkün olduğu kabul edilmiş olmakla birlikte, bunun ne şekillerde ortaya çıkabileceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. (bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., y.a.g.e., s. 140)

gelmeleri gerekmektedir. Bu durum, çoğu kez, anlaşma ya da uyumlu davranış düzeyine varmayan bir eş güdümlü davranış, bir işbirliği anlayışı sonucunda ortaya çıkmaktadır. Teşebbüsler arasındaki bu etkileşimin, uyumlu davranış sayılabilecek nitelikte olmadığı bu hallerde, ATA'nın hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 82. maddesi uygulanmaktadır.

Buna karşılık, birden fazla teşebbüsün pazarda birlikte hakim durumda olmaları ve bu durumun kötüye kullanılması, bir anlaşma, karar veya uyumlu davranışın sonucuysa, bu durumda AT Rekabet Hukuku'nda ispat kolaylığı açısından eğilim, ATA'nın 81. maddesini uygulamak yönündedir (Goyder 1993, s. 381). Ancak, birden fazla teşebbüsün yapmış oldukları bir anlaşma, ya da uyumlu davranış, ATA'nın 81/3. maddesi çerçevesinde muafiyet almış ise, ya da, ispat yükü üzerinde olan Komisyon, bir uyumlu davranışın olduğunu ispat edemiyorsa, ATA'nın 81. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bu davranışa, teşebbüslerin pazar güçlerini birleştirmek suretiyle birlikte hakim duruma geldikleri ve bu durumlarını kötüye kullandıkları iddiasıyla, 82. maddenin uygulanması gündeme gelmekte ve söz konusu teşebbüslerin birlikte hakim durumda olabileceklerinden hareketle işlem yapılmaktadır.⁹²

2. 4. 3. 2 Birden Fazla Teşebbüsün Pazarda Ayrı Ayrı Hakim Durumda Olması

Birden fazla teşebbüsün, pazarda hakim durumda sayılabileceği bir başka olasılık ise, herhangi biri, çoğu kez pazarın yapısı gereği, tek başına en güçlü konumda olmayan birden fazla teşebbüsten herbirinin, pazarda aynı anda, birbirlerinden bağımsız ve ayrı ayrı hakim durumda oldukları durumdur. Özellikle oligopol pazarlar bakımından önem

⁹² Joined Cases 68/89, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and Others V EC Commission (1992) ECR 1548

taşıyan bu hallerde, anlaşma, karar ya da uyumlu davranış gibi bir etkileşim olmaksızın, pazarın yapısı gereği her bir teşebbüs, bir diğerinin faaliyetlerini çok yakından takip ederek, pazar politikasını rakiplerine göre belirlemektedir. Bu durumda, birbirinden tamamen bağımsız teşebbüslerden herbiri, pazarda tek başına en güçlü olmamakla beraber, oligopol pazarın niteliği gereği, pazarda hakim durumda olan bir teşebbüs gibi hareket edebilmektedir. Böyle bir durumda, birden fazla teşebbüsün toplam pazar payları gereği birlikte hakim durumda olmaları söz konusu olmayıp; pazarın yapısı gereği, pazarda her bir teşebbüsün aynı anda, ayrı ayrı hakim durumda olduklarının kabulü gerekmektedir.

2. 4. 4 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Hakim durum prosedürünün üçüncü ve son aşaması, ilk aşamada belirlenen ilgili pazarda, ikinci aşama sonunda hakim durumda olduğu tespit edilen teşebbüsün bu hakimiyetini kötüye kullanıp kullanmadığının saptanmasıdır.

ATA'nın 82. maddesinde kötüye kullanma halleri, kötüye kullanma kavramına ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmadan⁹³, sınırlandırıcı olmayacak şekilde bir liste halinde belirtilmiştir. Dolayısıyla bu örnekler arasında yer almayan başka birtakım davranışlar da hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir.⁹⁴

⁹³ AT Rekabet Hukuku'nda, kötüye kullanma kavramına ilişkin ilk tanımlama, Komisyon'un 1 Aralık 1965 tarihli bildiriminde yapılmıştır. Söz konusu bildirimde, "Hakim konumdaki bir teşebbüsün, piyasada imkanları ile elde ettiği getirileri, etkin rekabetin olduğu bir piyasada elde edememesi durumu, hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Bu hukuka aykırı davranış biçimi, mevcut rakiplere ya da pazara girmesi olası rakiplere karşı olabileceği gibi kullanıcı ya da tedarikçilere karşı da olabilmektedir. Ancak hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir tanım mevcut değildir. İşte bu bakımdan her vaka özgün şartlarına göre incelenmeye muhtaçtır" şeklinde bir tanımlama getirilmiştir. (bkz. ESİN, A., 1998. *Rekabet Hukuku*. İstanbul: ESC Yayınları, s. 172)

⁹⁴ Örneğin, ATA'nın 82. maddesinin lafzında yer bulmayan, bir pazardaki hakim durumdan kaynaklanan imkanları bir başka pazarda kötüye kullanma durumu, Komisyon ve Adalet Divanı'nın Tetra Pak kararı çerçevesinde kötüye kullanma kabul edilmiştir.

ATA'nın 82. maddesinde dört bent halinde verilen ve üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesini hedefleyen⁹⁵ kötüye kullanmanın en önemli şekillerini teşkil eden örnekler şöyledir:

- a. Adil olmayan alış veya satış fiyatlarının veya benzeri haksız ticari koşulların doğrudan veya dolaylı olarak kabul ettirilmesi,
- b. Tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin sınırlandırılması,
- c. Eşdeğer anlaşmalarda, diğer taraflara onları rekabet açısından dezavantajlı duruma getirecek şekilde eşit olamayan koşulların uygulanması,
- d. Sözleşmelerin yapılmasına ticari teamül veya nitelikleri gereği sözleşme konusuyla ilgisi bulunmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartının getirilmesi.

Hakim durumda olan bir teşebbüsün ATA'nın 82. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek bir davranışının, yukarıda belirtilen hususların birden fazlasına ilişkin özellikler taşıması da mümkündür.

Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak ATAD ilk değerlendirmesini, Hoffmann-La Roche Davası'nda⁹⁶ verdiği kararda yapmış; hakim konumdaki teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve normal rekabeti gerektiren yöntemlerden farklı yöntemlerle pazarın yapısını etkileyip rekabeti sınırlandıran ya da engelleyen ve bu doğrultuda olağan rekabet koşulları altında mal ve hizmet üreten diğer teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ya da engellenmesi ve gelecekte etkin rekabetin ortadan kalkması ihtimalini doğuran her türlü eylemi kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir (Bellamy and Child 1996, s. 617).

⁹⁵ ATA'nın 82. maddesi, kötüye kullanma kavramını üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesine bağlamıştır. Bir başka anlatımla, kötüye kullanmanın ölçütü, Ortak Pazar'daki serbest rekabetin etkilenmesidir.

⁹⁶ Case 102/77 Hoffmann-La Roche V Commission (1979) ECR 461

Hakim durumun doğrudan rekabeti bozabilecek şekilde kötüye kullanılması, mutlaka üretici/satıcı tarafından değil, pazarda hakim durumda olan alıcı/müşteri tarafından da gerçekleştiriliyor olabilir.

Kötüye kullanma kapsamında işaret edilmesi gereken bir husus da, belirli bir pazarda elde edilmiş hakim durumun diğer bir pazarda kötüye kullanılması halidir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün, hakim durumda olduğu pazara komşu veya bu pazarla bağlantılı bir başka pazardaki davranışı da 82. maddenin kapsamına girebilmektedir.⁹⁷

AB Rekabet Hukuku'nda, hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsün sorumlu tutulabilmesi için, kusur ve kasti hareket gibi subjektif değerlerin araştırılmasına gerek bulunmamakta (Tekinalp ve Tekinalp 2000, s. 450); kötüye kullanmanın varlığı, rekabetin sınırlandırılması bakımından gerekli ve yeterli kabul edilmektedir. Burada kanun koyucu, hakim konumdaki teşebbüse, faaliyetleri neticesinde başta rekabet şartları olmak üzere rakiplere, üreticilere, müşterilere ve tüketicilere zarar verebileceği varsayımından hareketle, özel bir sorumluluk yüklemektedir. Bu anlamda, hakim durumdaki teşebbüsün davranışları hakim durumda olmayan teşebbüslere oranla daha sınırlandırılmış durumdadır. Bir başka anlatımla, bir eylem, hakim durumda olan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirildiğinde, ATA'nın 82. maddesi kapsamında bir yaptırım söz konusu olacakken, hakim durumda olmayan teşebbüsün aynı davranışı sergilemesi halinde, ATA'nın 82. maddesi uygulanmayacaktır.

Esasen, Ortak Pazar'ın dinamik yapısı nedeniyle her an değişen koşullar, hakim durumun kötüye kullanılması kavramının tanımlanmasında güçlük yaratmıştır (Pappalardo 1993, ss. 17-22). Bu çerçevede, her türlü kötüye kullanma olasılığını kapsayacak biçimde kavramın geniş olarak yorumlanması bir çözüm olarak görünse de; gereğinden fazla geniş yorumlama da, rekabeti artırma yerine azaltabilecek, bunun yanı

⁹⁷ Case 311/84 CBEM V CLT and IPB (1985) ECR 3261, (1986) 2 CMLR 558; Case 62/86 AKZO V Commission (1991) ECR I-3359

sıra verimliliği sınırlandırıp maliyetleri yükseltebilecektir (Whish 1998, ss. 33-39). Sonuç olarak kavramın yorumlanmasında çok dikkatli olunmalı, pazardaki rekabet ortamı korunurken başarı göstererek güçlü duruma gelmiş teşebbüsler cezalandırılmamalıdır.

Bu esaslar çerçevesinde, hakim durumun kötüye kullanılması kavramı; hakim durumda olan bir veya daha fazla teşebbüsün, bu durumun tanıdığı imkanlardan yararlanarak, normal koşullarda işleyen bir rekabet ortamında elde edemeyeceği haksız yararları sağlaması ve bunun sonucunda, Topluluk içindeki rekabetin olumsuz yönde etkilenmesi şeklinde tanımlanabilir.

2. 4. 4. 1 Kötüye Kullanma Hallerinin Sınıflandırılması

Rekabet Hukuku'nun öncelikli amacı tüketicinin korunması değil, Ortak Pazar'da rekabetin ve yarışmacı yapının muhafaza edilmesidir. Ancak, kötüye kullanma halleri süreç içerisinde yorumlanırken, bunların sadece doğrudan rekabete yönelik faaliyetleri değil, aynı zamanda sömürüyü de kapsadığı konusunda kanaat birliği oluşmuştur. Bir başka ifadeyle, kötüye kullanma sayılabilecek davranışların, pazarda rekabet yapısı üzerinde doğrudan ve açık olumsuz etkisi bulunabileceği gibi; bu davranışlar, müşteriler ve tüketicilerin zararına, hakim teşebbüsün kendi yararına hizmet edecek biçimde, istismara dayalı nitelikte de olabilir. Komisyon ve ATAD da, ATA'nın temel hedefleri doğrultusunda, kötüye kullanma kavramını geniş yorumlamış, hükmün tüketicileri korumakla birlikte, öncelikle rekabetin olumsuz etkilenmesi sonucunu doğuran her türlü faaliyeti hedef aldığını belirtmiştir.⁹⁸

⁹⁸ Adalet Divanı, Continental Can Davası'nda, ATA'nın 82. maddesinde ifade bulan hakim durumun kötüye kullanılması yasağının yalnız tüketicilere doğrudan zarar veren kötüye kullanma halleriyle sınırlı olmadığını belirtmiştir. Yüce Divan'ın kararına göre, tüketicilere doğrudan zarar vermese dahi, ATA'nın 2. ve 3. maddelerinde öngörölmüş bulunan Ortak Pazar'daki etkin rekabet yapısına zarar verebilecek nitelikteki faaliyetler de kötüye kullanma olarak değerlendirilecektir. (bkz. Case 6/72 Europemballage Inc. and Continental Can Co. V EC Commission (1973) ECR 215)

Pazarda rekabeti sınırlandıran ya da pazarın rekabet yapısını bozan veya bu yönde bir etki gösterebilecek nitelikte olan kötüye kullanma halleri, doğrudan rekabeti bozan davranışlar; doğrudan rekabetin bozulmasına yönelik olmamakla ya da bu etkiyi doğurmamakla beraber, teknelci karların ortaya çıktığı veya tüketicinin zarar görmesi sonucunu doğuran davranışlar ise doğrudan rekabeti bozucu nitelikte olmayan kötüye kullanma halleri olarak nitelendirilmektedir (Bellamy and Child 1996, ss. 187-201). Doğrudan rekabeti bozan davranışlar (*anti-competitive abuses*), mal tedarikinin reddi, ayrımcı uygulamalar, anlaşmaların niteliği ve ticari teamüller gereği bu anlaşmalar ile ilişkisi olmayan koşul ve yükümlülükleri kabul şartına bağlanması, münhasır satın alma sözleşmeleri çerçevesinde uygulanan yükümlülükler, ithalat ve ihracat kısıtlamaları, yeniden satışı ilişkin koşullar, birleşme ve devralmalardır. Doğrudan rekabeti bozabilecek nitelikte olmayan kötüye kullanma halleri ise, doktrinde istismar edici kötüye kullanmalar (*unfair practices/exploitative abuses/abusive exploitation*) olarak tanımlanmıştır (Aslan 1992, s. 232). Hakim teşebbüsün kötüye kullanma olarak nitelendirilen davranışının öncelikle tüketicileri ve müşterileri etkilediği bu tür kötüye kullanma halleri; haksız fiyat uygulamaları ve diğer haksız ticari şart ve yükümlülüklerdir. Bu hallerde, rekabet dolaylı olarak etkileniyor olabileceği gibi, hiç etkilenmiyor da olabilmektedir.

Doktrinde, 82. maddedeki kötüye kullanma hallerinin sınıflandırılmasına ilişkin farklı yaklaşımlar da mevcuttur.⁹⁹ Bir görüşe göre, hakim durumun kötüye kullanılmasında en çok görülen uygulamalar, engelleme veya dışlama, sömürü ve pazar yapısının değiştirilmesidir (Tekinalp 2000, s. 75; Pappalardo 1993, s. 19). Engelleyerek veya dışlayarak kötüye kullanmada (Tekinalp ve Tekinalp 2000, s. 450), hakim durumda bulunan teşebbüs uygulamalarıyla rakiplerine zarar vermekte ya da rakiplerini piyasanın dışına itmektir. Engelleme veya dışlamanın en yaygın biçimleri; fiyat uygulamaları,

⁹⁹ Bu konuda farklı yaklaşımlar için bkz. VAN BAEL, I. and BELLIS, J. F., 1987. *Competition Law of the EEC*. Bicester: CCH Editions, ss. 261-278; KORAH, V., 1997. *EC Competition Law and Practice*. Oxford: Hart Publishing, ss. 83-106

mal vermeyi veya hizmet sunmayı reddetme ve fikri mülkiyet haklarının kullanılmasıdır. Sömürü şeklinde kötüye kullanma, hakim durumdaki teşebbüsün etkin rekabet şartlarında elde edemeyeceği karı, hakim durumda bulunmanın sağladığı imkanları kullanarak, bir diğer ifadeyle haksız davranışlarla elde etmesidir. Bu durumun en yaygın örneklerini, fiyat uygulamaları, sözleşmeye ek haksız koşullar getirilmesi ve ayrımcı uygulamalar oluşturmaktadır. Pazar yapısının değiştirilmesinde ise, hakim durumdaki teşebbüs faaliyetleriyle rekabet koşullarını zayıflatmaktadır. Pazar yapısının değiştirilmesi yoluyla kötüye kullanma; yıkıcı fiyat uygulamaları, teknolojik gelişme ve üretimin sınırlandırılması gibi şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu durumun bir başka örneği ise, hakim durumdaki teşebbüsün, olmazsa olmaz niteliğinde bir ürünü ya da hizmeti sunmayı redderek pazara girişleri engellemesidir.

Doktrinde yapılmış olan bu sınıflandırmalar, içerik itibariyle birbirleriyle yakından bağlantılıdır. Bir başka anlatımla, kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek herhangi bir davranışın hangi sınıflandırmaya dahil edileceği değerlendirmesinde, sınır net olarak çizilemeyebilir. Bununla birlikte, sürekli değişen ekonomik yapı ve ilişkiler doğrultusunda, zaman içerisinde çok daha farklı şekil ve kapsamlarda kötüye kullanma halleri ortaya çıkabilecektir.

2. 4. 4. 2 Kötüye Kullanma Halleri

ATA'nın 82. maddesinde, teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmasına ilişkin çeşitli durumlar, dört bent olarak sıralanmıştır. Bunlar, fiyat baskısı ya da diğer zorlayıcı uygulamalar, tüketici aleyhine uygulamalar, ayrımcı uygulamalar ve zorlayıcı ek şart uygulamalarıdır. 82. maddenin 2. fıkrasında kullanılan, "Söz konusu kötüye kullanma, özellikle aşağıdakiler gibi olabilir" ifadesi ile, kötüye kullanma hallerinin sayılan örneklerden ibaret olmadığı; bununla birlikte, anılan örneklerin de her durumda kötüye kullanma kabul edilemeyeceği belirtilmiştir (Tekinalp ve Tekinalp 2000, s. 449).

2. 4. 4. 2. 1 Birleşme ve Devralmalar

Ortak Pazar içindeki rekabeti önemli ölçüde azaltarak bir hakim durumu güçlendiren birleşme ya da devir işlemleri, tüketicilerin seçim yapma hakkını sınırlandırıp piyasadaki arz yapısını bozduğundan, Topluluk Rekabet Hukuku çerçevesinde kötüye kullanma olarak nitelendirilmiştir. Birleşme ve devralmaların denetlenmesine ilişkin, ATA'da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Birleşme ve devralmalara ilişkin 4064/89 sayılı AT Konsey Tüzüğü'nün¹⁰⁰ yürürlüğe girmesinden önce, bu konudaki uygulamalarda ATAD kararları belirleyici olmuştur. Adalet Divanı, ilk kez Continental Can¹⁰¹ Davası'nda, ATA'nın 82. maddesinin teşebbüs birleşmelerine uygulanabileceğine karar vermiştir. Davada ATAD, hakim durumda bulunan Continental Can'in mevcut durumunu daha da güçlendirmek amacıyla kendisine rakip olan bir teşebbüs ile birleştiği, amacının piyasayı ele geçirmek olduğu ve neticede birleşme işleminin piyasada rekabeti ortadan kaldıracı bir etkiye sahip bulunduğu gerekçeleriyle, hakim durumun kötüye kullanıldığına karar vermiştir.¹⁰²

Birleşme ve devralmalara ilişkin 4064/89 sayılı AT Konsey Tüzüğü'nün 1989 yılında yürürlüğe girmesinden itibaren ise, birleşme ve devralmaların değerlendirmesi bu tüzük çerçevesinde yapılmaktadır. Söz konusu tüzük, ATA'da yer alan temel ilkelerle 82. madde ve ilgili diğer maddelerde yer alan prensipler çerçevesinde hazırlanmış olup, Komisyon tarafından yapılacak denetime ilişkin esasları içermektedir.

¹⁰⁰ 4064/89 sayılı ve 21 Aralık 1989 tarihli Konsey Tüzüğü, OJ [1990] L 257/14

¹⁰¹ Case 6/72 Europemballage Inc. and Continental Can Co. V EC Commission (1973) ECR 215

¹⁰² ATAD'ın Continental Can kararından sonra, Komisyon tarafından çıkarılan "Ortak Pazar'da Teşebbüslerin Bir Merkez Etrafında Toplanmalarına İlişkin Memorandum"da, birleşme ve devralmalara ATA'nın 82. maddesinin uygulanabileceği açıkça ifade edilmiştir. (bkz. TEKİNALP, G. ve TEKİNALP, Ü., 2000. *Avrupa Birliği Hukuku*. İstanbul: Beta, s. 462)

2. 4. 4. 2. 2 Mal Verme veya Hizmet Sunmaktan Kaçınma

Pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, mal verme veya hizmet sunmayı reddetmesi veya bundan kaçınması, objektif gerekçeler aksinin kabulünü gerektirmediği sürece, ayrımcı ve dışlayıcı bir davranış olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir. ATA'da doğrudan doğruya bu tür davranışların kötüye kullanma olarak nitelendiği bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, anılan davranışlar, pazarda rekabeti azaltmak ya da tümüyle ortadan kaldırmak amacına yönelik olduğu veya bu etkiyi doğurduğu ölçüde yasaklanmıştır. Mal verme veya hizmet sunmanın reddedilmesinin 82. madde kapsamında değerlendirilmesi için, bu davranışın üye devletler arasındaki ticaret üzerinde önemli etkileri olması şartı aranmaktadır. Öte yandan, satış yapmayı reddeden teşebbüs hakim durumda değilse, herhangi bir dışlama ya da ayrımcılık sözkonusu olamayacağından, davranışı hukuka aykırı sayılmayacak ve 82. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Satış yapmanın reddedilmesine ilişkin davalarda, "objektif gerekçeler" kavramı öne çıkmaktadır¹⁰³. Buna göre, hakim durumda olan teşebbüsün mal veya hizmet temininden kaçınmasının objektif, haklı bir nedene dayanması zorunludur. Bir başka anlatımla, satış yapmayı reddeden teşebbüsün; somut olayın gerektirdiği, objektif olarak haklı ve makul nedenlerle bu şekilde davrandığını kanıtlayabilmesi durumunda, kötüye kullanmadan söz edilemeyecektir. Ayrıca hakim teşebbüsün bu tutumunun, kendi ekonomik çıkarlarının gerektirdiği tedbirlerle orantılı olması gerekmektedir.¹⁰⁴

¹⁰³ Doktrinde "*objective justification*" olarak geçen "objektif gerekçeler" kavramının uygulandığı örnek bir dava olarak bkz. Case 30/89 Hilti V EC Commission (1992) ECR 1439

¹⁰⁴ AT Hukuku'nda "orantılılık" (*proportionality*) ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke uyarınca, bir teşebbüsün hakim durumda olması, tehdit altındaki ticari çıkarlarını korumak amacıyla tedbir alamayacağı anlamına gelmez. Ancak, hakim teşebbüsün aldığı karar ve uyguladığı politikalar, adil ve tehdit ile orantılı olmalıdır. Başka bir anlatımla, ticari çıkarlarını korumak için başvuracağı uygulamanın (bu durumda mal verme veya hizmet sunmanın reddedilmesi) asıl amacı veya doğuracağı etki, rakiplerini pazar dışında bırakarak hakim durumunu güçlendime veya kötüye kullanma olmamalıdır. Orantılılık ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. WHISH, R., "*Competition Law*", s. 616

Mal satma veya hizmet sunmaktan kaçınma, uygulamada değişik biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Hakim durumdaki teşebbüs, bazı hallerde niyetini açıkça belirtirken; bazen de, satış fiyatlarını arttırmak, satış yükümlülükleri getirmek, fikri mülkiyet haklarının tanıdığı tekel yetkisini kullanmak ya da satış sonrası garanti veya bakım hizmeti ya da yedek parça vermemek gibi uygulamalarla amacını gerçekleştirmektedir (Şiramun 2005, s. 52).

Bu alanda en önemli örneği, Commercial Solvents Davası¹⁰⁵ oluşturmaktadır. Bu davada ATAD, bir ilacın hammaddesinin üretimi konusunda dünyada hakim durumda bulunan Commercial Solvents'in; anılan ilacı belli bir tarihten itibaren kendi imal edeceği için, ilgili pazarda tek rakibi konumunda bulunan ve eski müşterisi olan Zoja adlı teşebbüse kapasite fazlası olmasına ve kendi kullanımı için bütün üretimine ihtiyacı bulunmamasına rağmen, hiçbir gerekçe göstermeden hammadde tedarik etmeyi reddetmesini, kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir. Commercial Solvents'in amacının, Zoja'yı pazardan silmek suretiyle rekabeti azaltmak olduğuna hükmedilmiştir (Tekinalp ve Tekinalp 2000, s. 452).

Bu alanda referans niteliği taşıyan bir diğer örnek de, United Brands Davası'dır.¹⁰⁶ Bu olayda, Chiquita marka muzların temini bakımından Ortak Pazar'da hakim durumda bulunan United Brands adlı teşebbüs, dağıtım firması Olesen'e, rakip bir muz markasının satış kampanyasında aktif rol aldığı gerekçesiyle mal vermeyi kesmiştir. ATAD, United Brands'in mal vermeyi reddetmesinin; karşı tedbir alma hakkını kullanmaktan öte amacı aşan bir yaklaşım olduğu, bir başka anlatımla, tehdidin boyutu ile kıyaslandığında orantısız ve aşırı olduğu şeklinde karar vermiştir. United Brands'in ilgili pazarda rekabeti ciddi bir şekilde bozmayı amaçladığına hükmeden ATAD, kararında, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün haklı bir sebebi olmadan, uzun

¹⁰⁵ Case 6/73 Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223

¹⁰⁶ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207

zamandan beri devamlı müşterisi olan başka bir teşebbüse rekabeti caydırmak amacıyla mal tedarik etmeyi durduramayacağını vurgulamıştır.¹⁰⁷

Satış yapmanın reddedilmesi, ortak pazarın bölünmesi veya paralel ithalatın önlenmesi amacıyla da ortaya çıkabilmektedir. British Leyland Davası'nda¹⁰⁸, Birleşik Krallık'ta kullanılan soldan direksiyonlu motorlu taşıtlara karayolları uygunluk belgesi verilmesinde hakim durumda bulunan British Leyland adlı teşebbüsün, Birleşik Krallık dışındaki üye devletlerde kurulmuş bulunan ve kendi dağıtım sistemine dahil olmayan satıcıların otomobillerine uygunluk belgesi verme karşılığında aşırı yüksek ücret istemesi, Komisyon tarafından hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Kararda, British Leyland'ın karayolu uygunluk belgesi için aşırı fiyat istemek suretiyle esasen mal vermekten kaçındığı vurgulanmış, bunun temelinde, paralel ithalatı güçleştirmek ve bu suretle pazarı parçalara bölmek olduğu vurgulanmıştır.¹⁰⁹

Son olarak, satış yapmanın reddedilmesi yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması konusunda "vazgeçilmez/esaslı/zorunlu unsurlar" doktrini üzerinde durmakta fayda vardır.¹¹⁰ Söz konusu doktrine göre, hakim durumda olan teşebbüsün temininden kaçındığı mal veya hizmet, kendisinden talepte bulunan müşterilerin veya rakip teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmesi bakımından vazgeçilmez (olmazsa olmaz)

¹⁰⁷ Topluluk Hukuku, alıcının ihtiyaçlarını tatmin edici biçimde karşılayabileceği başkaca bir tedarikçisi var ise veya mal/hizmetler olmazsa olmaz bir nitelik taşıyorlar ise ya da Ortak Pazar'da rekabet önemli ölçüde etkilenmeyecek ise, hakim durumda bulunan teşebbüsü mal/hizmet tedarikine zorlamamaktadır.

¹⁰⁸ Case 226/84 British Leyland V EC Commission (1986) ECR 3623

¹⁰⁹ Mal vermekten kaçınarak engelleme veya dışlama konusunda diğer örnek davalar için bkz. Commission Decision: *Napier Brown V British Sugar* OJ [1988] L 284/41; Commission Decision: *Eurofix-Bauco V Hilti* OJ [1988] L 65/19; Case 22/78 Hugin V EC Commission (1979) ECR 1869; Case 69/89 Radio Telefis Eireann V EC Commission (1991) ECR 517-522; Case 70/89 BBC and BBC Entreprises V EC Commission (1991) ECR 535

¹¹⁰ Vazgeçilmez/esaslı/zorunlu unsurlar doktrini hakkında geniş bilgi için bkz. WHISH, R., "Competition Law", s. 277

nitelikte ise, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Bu durumda hakim teşebbüs, haklı bir nedeni olmaksızın, rakiplerinin ve müşterilerinin de en az kendisi kadar bu mal ve hizmetlerden yararlanmalarını sağlamaktan kaçınmayacaktır (Aslan 2001, s. 237). Bu bağlamda mal veya hizmet temininden kaçınmanın ATA'nın 82. maddesine aykırı olabilmesi için, bu durumun, rakiplerin piyasa dışına itilmesi suretiyle rekabet ortamını önemli ölçüde etkilemesi gerekmektedir.

Esaslı unsur doktrininin uygulandığı davalardan biri Stena SeaLink Davası'dır.¹¹¹ Bu olayda, İngiltere-İrlanda arasındaki hatta gemi taşımacılığı yapan, aynı zamanda da İrlanda'daki Holyhead Limanı'nın sahibi olan ve adı geçen limanda liman hizmetleri vermekte olan SeaLink adlı teşebbüs, aynı hatta hızlı sefer servisi kuran Sea Containers adlı başka bir teşebbüsün Holyhead Limanı'na girişine izin vermeyerek, onun çalışmasını engellemek istemiştir. Komisyon, İngiltere-İrlanda arasındaki hatta taşımacılık yapılabilmesi açısından Holyhead Limanı'nın kullanılmasının, faaliyetin gerçekleştirilebilmesinin esaslı unsuru olduğuna karar vermiş, SeaLink'in diğer gemicilik firmalarına haklı bir sebebi olmaksızın liman hizmeti vermekten kaçınmayacağına, bu bağlamda mevcut davranışın ATA'nın 82. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹¹²

¹¹¹ Commission Decision: Sea Containers V Stena Sealink OJ [1994] L 15/8

¹¹² Bu konuyla ilgili başka örnek davalar için bkz. Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P RTE and ITP V Commission (1995) ECR I-743; Case 7/97 Oscar Bronner GmBH & Co. KG V Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmBH & Co KG and Others (1998) ECR I-7791

2. 4. 4. 2. 3 Sözleşmelerin Niteliği ve Ticari Teamüller Gereği Bu Sözleşmeler ile İlişkisi Olmayan Koşul ve Yükümlülükleri Kabul Şartına Bağlanması

ATA'nın 82. maddesine göre, hakim durumda olan bir teşebbüsün yapacağı sözleşmelere, niteliği gereği olarak ya da ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilişkisi olmayan ek koşul ve yükümlülüklerin hasımlar tarafından kabulü şartını getirmesi, hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmektedir (Aslan 1992, s. 251).

Söz konusu uygulamalar çerçevesinde, hakim durumda bulunan teşebbüs, bir malın satışı veya hizmetin sunulmasını, diğer bir mal veya hizmetin de satın alınması veya sunulması¹¹³ ya da teşhiri şartına bağlamakta, bir başka anlatımla söz konusu iki ürün ya da hizmeti irtibatlandırmaktadır. Bu irtibat, iki malın birlikte alınması halinde iskonto yapılması gibi zorunlu olmayan biçimlerde de ortaya çıkabilmektedir.¹¹⁴ Hakim durumdaki teşebbüsün, kendisinden satın alınan bir malın yeniden satışına yasak getirmesi ya da belirli bir fiyatın altında satılmaması koşulu uygulaması şeklindeki yeniden satışa ilişkin koşullar olarak nitelendirilebilecek işlemleri de, haksız ek sözleşme koşulları kapsamına girmektedir.

Hakim durumda bulunan teşebbüs, söz konusu uygulamalarla, bir taraftan hakim olduğu pazardaki gücünü kullanarak bir başka ürün pazarındaki konumunu güçlendirmekte ve

¹¹³ Pazarda hakim durumda olan teşebbüs, bu kapsamda, bir mal ya da hizmetin satışını, beraberinde başka bazı mal ve hizmetlerin de satın alınması şartına (*tie-ins*) veya tam bir seri mal veya hizmetin alınması şartına (*full-line forcing*) bağlayabilmektedir.

¹¹⁴ Zorunlu olmayan irtibatlandırma konusunda örnek bir dava olarak Roche Davası incelenebilir. Bu davada, Roche'un farklı pazarlar oluşturan malların toplam satışı üzerinden indirim uygulayarak, müşteriye ayrı bir pazar oluşturan malların alımına da dolaylı biçimde zorladığına karar verilmiştir. (bkz. Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461)

bu pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin rekabet gücünü azaltmakta, bir taraftan da hakim durumda olduğu pazardaki müşterilerine ek bir yükümlülük getirerek onları sömürmektedir. Sonuç itibariyle, hakim durumda bulunan teşebbüs, normal koşullar altında elde edemeyeceği menfaatler sağlayarak, hakim durumunu daha da güçlendirmektedir.

Haksız ek sözleşme koşullarına ilişkin örnek bir dava, Hilti Davası'dır.¹¹⁵ Bu davada, Komisyon, ürettiği çivi tabancaları ve kartuşu üzerinde patent sahibi olduğundan hakim durumda bulunan Hilti 'nin, anılan ürünlerin satışına ilişkin sözleşmelerde kendisinden belirli miktar çivi alınması koşulunu müşterilerine şart olarak ileri sürmesini, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Komisyon, Hilti 'nin amacının piyasadaki diğer çivi üreticilerini dışlamak olduğuna hükmetmiştir. Benzer biçimde, Tetra Pak II Davası'nda¹¹⁶, Tetra Pak'ın, kendisinden karton doldurma makinaları alan müşterileri ile yaptığı sözleşmelerde, kullanılacak karton paketleme malzemelerinin de alınması koşulunu getirmesi; ve British Sugar Davası'nda¹¹⁷, anılan teşebbüsün, müşterilerine ürün satışlarında, ürünün nihai teslim noktasına kadar dağıtım hizmetini de satın almaları koşulunu ileri sürmüş olması, 82. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Yeniden satışa ilişkin koşullar getirilmesi ile ilgili olarak ise United Brands Davası¹¹⁸ öne çıkmaktadır. Anılan teşebbüsün, müşterilerine sattığı muzlar yeşil olduğu sürece, bunları yeniden satmalarını yasaklaması kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Bir başka örnek davada, dondurma pazarında hakim durumda olan Unilever'in, yeniden satıcılara dağıttığı soğutma dolaplarının sadece kendi ürünleri için kullanılması şartını

¹¹⁵ Commission Decision: *Eurofix-Bauco V Hilti* OJ [1988] L 65/19

¹¹⁶ Commission Decision: *Elopak Italia/Tetra Pak* OJ [1992] L 72/1

¹¹⁷ Commission Decision: *Napier Brown V British Sugar* OJ [1988] L 284/41

¹¹⁸ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 207

getirmesi konusunda da, Komisyon, kötüye kullanma kararı vermiştir.¹¹⁹ Yeniden satışı ilişkin olarak getirilen herhangi bir koşulun kötüye kullanma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine, bu yükümlülüğün, satın sözleşmesi açısından ne kadar gerekli ve makul olduğu incelenerek, her olayın şartları çerçevesinde karar verilmektedir.

Haksız ek sözleşme koşulları getirerek hakim durumun kötüye kullanılması, hakim durumdaki bir satıcı/üreticinin davranışları ile olduğu gibi alıcı/müşterinin eylemleri ile de gerçekleşebilmektedir. Bu duruma örnek oluşturan Eurofima Davası'nda, demiryolu malzemeleri alımında hakim durumda bulunan adı geçen teşebbüsün, yaptığı sözleşmelerde, satıcıların patent haklarını sözleşme süresi boyunca karşılıksız olarak kendisine devretmesi şartını getirmesi, Komisyon tarafından kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir.¹²⁰

Sözleşmelerin niteliği ve ticari teamüller gereği bu sözleşmeler ile ilişkisi olmayan koşul ve yükümlülükleri kabul şartına bağlanması yolu ile hakim durumun kötüye kullanılmasının açıklandığı bu bölümde, münhasır (tekelci) satın alma sözleşmeleri üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır. Münhasır satın alma sözleşmeleri; alıcının, üreticiye karşı belirli mal veya hizmetleri, söz konusu üreticinin rakiplerinden temin etmeme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelerdir (Veltrop 1994, s. 549). Bu tür sözleşmelerin, hem satıcının satışlarını planlayarak piyasa risklerini sınırlandırması hem de alıcının ihtiyaçlarını düzenli olarak karşılması gibi, her iki taraf açısından da faydalar sağladığı öne sürülmüştür. Ancak anılan sözleşmeler, yükümlülük altına giren teşebbüslerin, başka teşebbüslerden de mal satın alabilme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırıyor ise, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olacaktır (Aslan 1992, ss.

¹¹⁹ Commission Press Release (1998) IP/98/242.

¹²⁰ Eurofima (1973) CMLR 217. (Bu dava ile ilgili detaylı bilgi için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., y.a.g.e., s. 148; ŞİRAMUN, S., 2005. *Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 59)

244-245). Zira, bu hallerde, piyasaya giriş engelleri oluşabilmekte, pazardaki diğer teşebbüsler açısından rekabet ya tamamen ortadan kalkmakta ya da önemli ölçüde azalmaktadır.

Tekelden satın alma yükümlülüğünün açıkça öngörülmediği bazı hallerde, hakim konumdaki teşebbüs, bağlılık (sadaikat) indirimleri vb. uygulamalar ile da, aynı amacı elde edebilmektedir. Rakiplerin piyasaya girişinin zorlaştırılması amacını taşıyan veya bu etkiyi yaratan bu tür uygulamalar da, kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir.

2. 4. 4. 2. 4 İthalat-İhracat Kısıtlamaları

Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, müşterilerinin kendisinden satın aldıkları ürünü başka bir ülkeye satışını yasaklaması ya da müşterilerin başka ülkelerden kendi ürünleriyle rekabet edebilecek ürünleri getirmelerini engellemesi şekillerinde ortaya çıkan ithalat ve ihracat kısıtlamaları da, Topluluk Hukuku çerçevesinde kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.¹²¹ Zira bu tür davranışlar, AT'nin temel hedeflerine ve özellikle serbest dolaşım ilkesine aykırı olmalarının yanı sıra Ortak Pazar'ın bölünmesi sonucunu da doğurabilecektir.

2. 4. 4. 2. 5 Haksız Fiyat Uygulamaları

ATA'nın 82. maddesinin (a) bendinde, hakim durumdaki teşebbüslerin diğer teşebbüslere dolaylı ya da dolaysız olarak adil olmayan alış ve satış fiyatı veya benzeri haksız ticari koşulları zorla kabul ettirmeleri, kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmış ve yasaklanmıştır. Fiyat politikaları ile hakim durumun kötüye kullanması, en

¹²¹ İthalat-İhracat kısıtlamaları ile ilgili örnek bir dava olarak bkz. Case 40/73 Suiker Unie V EC Commission (1975) ECR 1663

sık görülen kötüye kullanma hallerinden biridir. Bu tür kötüye kullanma halleri, yıkıcı ya da aşırı fiyat uygulamaları, coğrafi piyasalara göre fiyat ayrımcılığı, fiyat sıkıştırması, çapraz sübvansiyon ya da indirim ve prim uygulamaları gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, kötüye kullanma, aşırı yüksek fiyatlar ile olduğu gibi aşırı düşük fiyatların belirlenmesi ile de söz konusu olabilmektedir. Bir başka anlatımla, haksız fiyat kavramı her zaman yüksek fiyatı ifade etmemektedir. Haksız fiyatların hangi ölçütlere göre belirleneceği Komisyon ve Adalet Divanı tarafından yorumlanmıştır.¹²²

a. Yıkıcı (Saldırgan) Fiyatlar

Yıkıcı fiyatlar (*predatory pricing*), hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, pazara girişleri engellemek ya da rakipleri pazardan silmek amacıyla, ekonomik gücünün verdiği imkanlardan faydalanarak geçici bir süre için maliyetin altında olağanüstü düşük fiyatlarla malını satması ile ortaya çıkmaktadır. Kural olarak, düşük fiyatlar rekabete aykırı olmamakla birlikte, salt piyasaya yeni girişleri engellemek ya da rakip teşebbüsleri piyasadan çıkarmak amacıyla bu yola başvurulmuşsa, kötüye kullanmadan söz edilecektir. Bir başka anlatımla, düşük fiyat, teşebbüslerin normal piyasa koşulları çerçevesinde uyguladıkları rekabet fiyatından ayırt edilmelidir.

Akzo Davası'nda¹²³ ATAD, yıkıcı fiyatları şöyle tanımlamıştır: “Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, ortalama değişken maliyetlerinin altında belirlediği fiyatlar ile rakiplerini piyasa dışına itmesi ya da silmesi, kötüye kullanma için yeterli bir

¹²² Komisyon ve Adalet Divanı'nın haksız fiyat kavramını uyguladığı dava sayısı oldukça sınırlıdır. Bu konuyla ilgili örnek davalar için bkz. Case 26/75 General Motors V EC Commission (1975) ECR 1367; Case 226/84 British Leyland V EC Commission (1985) ECR 3300-3306

¹²³ Akzo Davası'nda, plastik üreticilerine organik peroksit satmakta olan ve bu alanda hakim konumda bulunan Akzo, ECS unvanlı rakip teşebbüsün pazara girişini engelleyebilmek için, adı geçen teşebbüsün müşterilerine ürünlerini maliyetin altında fiyatlarla satmıştır. Komisyon, bu uyumsuzlukta, Akzo'nun potansiyel rakip durumundaki ECS'yi zor durumda bırakmak ve ECS'nin piyasaya girişini engellemek amacıyla hareket ederek, hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. (bkz. Case 62/86 AKZO V Commission (1991) ECR I-3359)

nedendir. Hakim durumdaki teşebbüsün böyle bir uygulamada bulunmasının altındaki neden, rakipleri piyasadan çekildikten sonra tek el konumuna girerek fiyatlarını yeniden yükseltmek amacını taşımıştır”. Bu tanımla ATAD, yıkıcı fiyatın varlığını belirlemek için başvurulacak kriteri, maliyet analizi (Porter 2000, s. 5) ile tespit edilecek olan ortalama değişken maliyet (*average variable cost*)¹²⁴ olarak belirlemiştir; ortalama değişken maliyetin altında bir fiyat belirlenmesinin yıkıcı fiyatlandırma olduğunu ve genellikle zararına yapılan bu tür satış işlemlerinde kötüye kullanmanın *per se*¹²⁵ mevcut bulunduğunu hükme bağlamıştır.¹²⁶ ATAD’ın kararında ayrıca, uygulanan fiyatın ortalama değişken maliyetin üstünde ancak ortalama toplam maliyetin altında bulunması halinde, genellikle hukuka aykırılık olmamakla birlikte, bunu uygulayan teşebbüsün niyetinin incelenmesi gerektiği; piyasadaki rakip teşebbüslerin ortadan kaldırılması amaçlanıyor ise kötüye kullanmanın söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Ortalama değişken maliyet kriterinin uygulandığı örnek bir olay, British Sugar Davası’dır.¹²⁷ Bu olayda, hem endüstri şekeri hem de perakende şeker piyasasında hakim durumda bulunan British Sugar’ın endüstri şekeri için ortalama değişken

¹²⁴ Ortalama değişken maliyet, üretim kapasitesinin artması ya da azalmasına bağlı olarak değişiklik gösterebilen hammadde, işçilik, elektrik, su gibi giderleri içermektedir. Ortalama sabit maliyet ise, bir teşebbüsün üretim kapasitesi ile doğrudan bağlantılı olmayan işletim masrafı, amortisman, vergi vb. giderleri kapsamaktadır. Bu iki giderin toplamı ise ortalama toplam maliyeti oluşturmaktadır.

¹²⁵ *Per se* (yalnız başına) rekabete aykırılık ilkesi gereğince, bazı eylem ve işlemlerin niteliği gereği rekabeti bozacağı öylesine açık ve tartışmasızdır ki, artık bunların rekabet üzerindeki etkilerini incelemeye gerek bulunmamaktadır. Söz konusu sözleşmenin taraflarının ya da böyle bir fiili gerçekleştiren teşebbüslerin, bu sözleşme ya da fiilin rekabeti bozmadığı veya önemli ölçüde etkilemediği ya da amaçlarının bu yönde olmadığı şeklindeki savunmalarının etkisi yoktur. (bkz. WHISH, R., “*Competition Law*”, s. 19)

¹²⁶ ATAD, bu konuda iki istisna kabul etmiştir. Satış fiyatının ortalama değişken maliyetin altına çekilmesi, belirli bir promosyon faaliyeti çerçevesinde geçici bir dönem için söz konusu olduysa veya rakiplerin fiyatını izlemek amacıyla bu uygulamaya başvurulduysa, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmemektedir. (bkz. ÜLGEN, S., y.a.g.e., s. 56)

¹²⁷ Commission Decision: *Napier Brown V British Sugar* OJ [1988] L 284/41

maliyetin altında fiyat belirlemesi, Napier Brown adlı rakip teşebbüsün piyasa dışına itilmesini amaçlayan yıkıcı fiyatlandırma olarak kabul edilmiştir.

Yıkıcı fiyatlandırma, fiyatın maliyetin altında tutulması veya belirli bir rakibe göre belirlenmesi biçimlerinde doğrudan olabileceği gibi, müşterilere indirim veya nakit kuponu ya da rakibin malını satmaması koşuluyla prim verilmesi gibi dolaylı şekillerde de ortaya çıkabilmektedir (Tekinalp ve Tekinalp 2000, s. 451). Öte yandan, yıkıcı fiyat uygulayarak kötüye kullanmanın varlığı açısından, her durumda aynı piyasada hakim durumda bulunulması da şart değildir. Bir başka anlatımla, belli bir pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs, bu pazarda elde ettiği ekonomik imkanlardan yararlanarak farklı bir pazarda da yıkıcı fiyat uygulayabilecektir.¹²⁸ Ayrıca, yıkıcı fiyatlandırmayı, rakip durumda bulunan diğer teşebbüs ya da teşebbüslere zarar vermek ve onları piyasadan silmek maksadıyla anlaşarak biraraya gelen birden fazla teşebbüsün gerçekleştirilmesi de mümkündür.¹²⁹ Her durumda, kötüye kullanmanın varlığına karar verilebilmesi için, ilgili teşebbüs veya teşebbüslerin amacının rakiplerin piyasaya girişini engelleme ya da varolanları piyasadan dışlama olup olmadığı araştırılacaktır.

b. Aşırı Fiyatlar

Hakim durumda bulunan teşebbüslerin, yasal tekel konumunda olsalar dahi, mal ya da hizmet fiyatlarını bu mal ya da hizmetlerin ekonomik değeri ile orantısızlık olacak şekilde aşırı olarak yükselterek etkin işleyen bir rekabet ortamında kazanamayacakları karı elde etmeleri, kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir.

Aşırı fiyatlandırmanın denetimi ile ilgili önemli bir güçlük, adil fiyata ilişkin nasıl bir tanım getirileceğidir. Adil bir fiyatın maliyetle orantılı olması gerektiği düşüncesinden hareketle bir değerlendirme yapılacak ise, bu durumda fiyatı aşırı

¹²⁸ Bu konuda bkz. Commission Decision: Elopak Italia/Tetra Pak OJ [1992] L 72/1

¹²⁹ Bu konuda bkz. Commission Decision: Cewal OJ [1993] L 34/20

olduğu öne sürölen mal veya hizmetin üretim maliyetinin tespit edilmesi gerekecektir. Bir diğer yöntem olarak, alternatif mal veya hizmetlerin fiyatının gözönüne alınması yolu tercih edilecekse, bu defa söz konusu mal veya hizmete eşdeğer bir başka mal veya hizmetin bulunması icap edecektir. Her iki prosedürün de, pratikte hayata geçirilmesi oldukça güçtür.

United Brands Davası'nda¹³⁰, ATAD, yüksek fiyat ve karlılığın mutlaka adil fiyat uygulanmadığı anlamına gelmediğı sonucuna varmış; aşırı fiyat uygulaması ile hakim durumun kötüye kullanılması halinin, mantık dahilinde bir fiyatlandırmanın dışına çıkılması durumunda, bir başka anlatımla ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında uygun bir ilişkinin bulunmaması halinde, ortaya çıktığına işaret etmiştir (Korah 1997, s. 132). Söz konusu olayda Komisyon, United Brands'in Almanya, Danimarka ve Benelüks ölkelerinde 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. ATAD ise, Komisyon'un bu kararını United Brands'in maliyet yapısı hakkında inceleme yapmadığı gerekçesi ile bozmuştur. Kararda, aşırı fiyatlandırma olduğu sonucuna varılabilmesi için, maliyet unsurlarının ayrıntılı biçimde incelenmesi gerektiğı vurgulanmıştır. Buna karşılık, ATAD daha sonra önüne gelen Pompes Funebres Davası'nda¹³¹, adı geçen teşebbüs tarafından cenaze işleri için belirlenen fiyatın aynı hizmeti veren diğer şirketlerin fiyatlarıyla karşılaştırılması yoluyla da aşırı fiyatlandırmanın varlığı konusunda bir karara varılabileceğini kaydetmiştir (Ülgen 1998, s. 55).

¹³⁰ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207

¹³¹ Case 30/87 Bodson V Pompes Funebres (1988) ECR 2479

ATAD'ın aşırı fiyatlandırma konusunda kötüye kullanma kararını verdiği bir diğer örnek dava da General Motors Davası'dır.¹³² Söz konusu olayda ATAD, hakim durumda olan General Motors tarafından üretilen malın fiyatı ile bu malı satın alanlara sağlanan ekonomik değeri karşılaştırmıştır. Ekonomik değerin tespiti için, karşılaştırılabilir mal ya da hizmetlerin fiyatlarının esas alınması gerektiği belirtilen kararda, bu yolla tespit edilen değer üstünde fiyatlandırmanın kötü niyetin varlığına karine teşkil ettiği belirtilmiştir. ATAD, anılan olayda, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından üretilen malın fiyatı ile ekonomik değeri arasında aşırı bir oransızlık, başka bir anlatımla haksızlık bulunduğunu belirterek, aşırı fiyatlandırma yoluyla kötüye kullanmanın var olduğuna karar vermiştir (Şiramun 2005, s. 43). British Leyland Davası'nda¹³³ ise Komisyon, söz konusu teşebbüsün, karayoluna uygunluk belgesi vermek için, İngiltere'ye ithal edilen soldan direksiyonlu otomobillere uyguladığı bedel ile, İngiltere'de üretilen, sağdan direksiyonlu otomobillere yönelik olarak belirlediği bedel arasında aşırı oransız bir fark olduğunu tespit etmiştir. İthal araçlara söz konusu hizmetin verilmesi için talep edilen bedelin, bu hizmetin ekonomik değeriyle orantısız olduğu sonucuna varan Komisyon, aşırı fiyatlandırma yoluyla kötüye kullanmanın varlığına hükmetmiştir. Komisyon kararında, alınan ücretin hizmetin ekonomik değeriyle uygun ilişki içinde olması gerektiği vurgulanmıştır.

ATAD'ın, aşırı fiyatlandırma yoluyla kötüye kullanmanın varlığına hükmettiği bir başka alan da fikri, sınai ve ticari mülkiyet hakları ile ilgilidir. Bu konuya örnek teşkil eden Renault Davası'nda¹³⁴, ATAD, lisans veya kullanım için talep edilen fiyatın çok yüksek olmasını aşırı fiyatlandırmanın bulunduğu şeklinde değerlendirmiştir.

¹³² Case 26/75 General Motors V EC Commission (1975) ECR 1367

¹³³ Case 226/84 British Leyland V EC Commission (1985) ECR 3300-3306

¹³⁴ Case 53/87 CICRA V Renault (1988) ECR 6039

ATAD, mülkiyet sahibinin, lisans anlaşması karşılığında, koruma altına alınan tasarımını geliştirmek için üstlendiği maliyeti karşılayacak bir ücret talep edebileceğine hükmetmiştir.¹³⁵

Son olarak, belirtmek gerekir ki, Topluluk'ta, ne Komisyon ne de ATAD'a bir fiyat kontrol mekanizması olarak çalışma rolü biçilmiştir. ATAD, aşırı fiyatlandırma konusunu, üye ülke mahkemelerinin ön görüş alabilmek için kendisine başvurmaları üzerine ele almıştır. Benzer biçimde, Komisyon da bu tür uygulamalarla diğer kötüye kullanma hallerine oranla çok daha ender meşgul olmuştur (Ülgen 1998, s. 55).

c. Fiyat Ayrımcılığı

Fiyat ayrımcılığı, cins, vasıf, teslim koşulları, maliyet gibi hususlar itibariyle eşdeğer mal ya da hizmetlerin, rekabet bakımından aynı nitelikteki alıcılara farklı fiyatlardan satılmasıdır (Faull and Nikpay 1999, s. 175). Hakim durumdaki bir teşebbüsün bu türden uygulamaları, objektif haklı nedenler ile gerekçelendirilememesi halinde, ve özellikle de dezavantajlı duruma düşen üçüncü taraflar bulunuyor ise, rekabet kurallarının ihlali olarak değerlendirilecektir.

Fiyat ayrımcılığı konusunda örnek bir dava olarak United Brands Davası¹³⁶ ele alınabilir. Bu olayda, United Brands'in Güney Amerika'dan getirirerek, Avrupa'da farklı limanlarda satışa sunduğu aynı kalitedeki muzları, tüketileceği ülkelere göre toptancılara farklı fiyatlardan vermesi şikayet konusu olmuştur. United Brands savunmasında, fiyat farklılığının iklim koşulları, ikame malların fiyatları gibi nedenlerle her ülkede farklı özellik gösteren talep koşullarından kaynaklandığını öne sürmüştür. ATAD ise kararında; farklı bölgesel koşullar nedeniyle farklı fiyatlar belirlenebileceğini teslim etmekle birlikte, somut olayda tek bir ürünün, navlun

¹³⁵ Case 24/67 Parke Davis V Probel (1968) ECR 55

¹³⁶ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207

masrafları itibariyle benzer limanlarda doğrudan toptancılara satıldığını, dolayısıyla nihai tüketicinin talebi ile belirlenen piyasa fiyatının United Brands için ancak sınırlı ölçüde bir gösterge oluşturabileceğini, bu doğrultuda, ürünün nihai varış noktası hangi ülke olursa olsun, limanda toptancılara uygulanan fiyatın aynı olması gerektiğini ifade ederek, farklı fiyat uygulamasını gerektirecek haklı bir sebebin bulunmadığı sonucuna varmıştır. ATAD, ayrıca, böyle bir ayrımcılığın malların serbest dolaşımı ilkesine de aykırı olup, aynı zamanda Ortak Pazar'ın kompartımanlara bölünmesine yol açabileceğini vurgulamıştır.

Benzer biçimde GMC Davası'nda¹³⁷ Komisyon; Belçika ve AB pazarında hakim durumda bulunan adı geçen teşebbüsün, Opel marka arabalara uygunluk belgesi verilmesi karşılığında, ithalatçılardan Belçikalı dağıtıcılardan talep ettiğinin çok üzerinde ücret talep etmesini fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Topluluk Rekabet Hukuku'nda, ayrımcı fiyat uygulamaları kötüye kullanma olarak kabul edilmekle birlikte; özellikle taşıma masrafları, vergiler, işgücü ücretleri, depolama gideri vb. faktörler nedeniyle malın üretimi veya hizmetin sunumu konusunda bölgesel olarak maliyet farkı oluşmaktaysa, fiyat farklılığının bulunması da hukuka uygun kabul edilmekte ve ayrımcılık olarak değerlendirilmemektedir (Şıramun 2005, s. 46).

d. Fiyat Sıkıştırması

Fiyat sıkıştırması, farklı ancak birbiriyle ilişkili birden fazla piyasada hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, bağlantılı piyasadaki uygulamaları ile rakibini asıl piyasadan dışlaması ya da potansiyel rakiplerin piyasaya girişini engellemesidir. Fiyat sıkıştırması yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması durumunda, ATA'nın 82. maddesine aykırılığı tespit edebilmek için, asıl ve bağlantılı piyasadaki fiyatların bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹³⁷ Commission Decision: General Motors Continental NV V Commission OJ [1975] L 29

Fiyat sıkıştırması uygulaması ile ilgili örnek bir dava olarak British Sugar Davası incelenebilir.¹³⁸ Söz konusu olayda, hem toptancılara yönelik endüstri şekeri piyasasında hem de perakandecilere yönelik tüketici şekeri piyasasında hakim durumda bulunan adı geçen teşebbüs, tüketici şekeri piyasasında rakibi konumunda bulunan Napier Brown adlı teşebbüsü zor durumda bırakmak için, bu piyasadaki fiyatların da düşeceği biçimde, endüstri şekeri piyasasındaki fiyatlarını aşırı biçimde düşürmüştür. Komisyon, bu uyuşmazlıkta, British Sugar'ın endüstri şekeri piyasasında yıkıcı fiyat uyguladığına, ayrıca bu yöntemle tüketici şekeri piyasasındaki fiyatları da sıkıştırarak hakim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir (Tekinalp ve Tekinalp 2000, s. 451).

e. Çapraz Sübvansiyon

Çapraz sübvansiyon (*cross subsidizing*), hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, rekabetin bulunduğu piyasadaki ürünlerinin fiyatını düşürürken, zararını rekabetin olmadığı piyasadaki ürünlerinin fiyatını arttırarak karşılamasıdır. Bu davranış, prensip olarak, kötüye kullanma olarak değerlendirilmemektedir. Zira, ekonomik yaşamda girişimcilerin, örneğin yeni girdikleri pazarlarda tutunabilmek için çapraz sübvansiyon uygulaması kabul edilebilir bir durumdur. Hukuka aykırılık, ancak düşük fiyat yıkıcı fiyat teşkil ediyorsa ya da yüksek fiyat aşırı fiyatlandırma niteliğindeyse söz konusu olmaktadır.

Bu konuda örnek bir uyuşmazlık olan Cenova Limanı Davası'nda ATAD, hakim durumda bulunan teşebbüsün bir kısım kullanıcılara uyguladığı fiyat indirimlerini, diğer kullanıcılara uyguladığı fiyatları arttırarak telafi ettiğini belirtmiş, ve bu davranışın 82. madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir (Esin 1998b, s. 69).

¹³⁸ Commission Decision: *Napier Brown V British Sugar* OJ [1988] L 284/41

Belirtmek gerekir ki, çapraz sbvansiyon uygulayan teŖebbsn mutlaka her iki piyasada da hakim durumda olması gerekmemektedir. Sz konusu teŖebbs, dŖk fiyat uyguladığı piyasada hakim durumda olmayabilir. Bu duruma rnek teŖkil eden Tetra Pak II Davası'nda¹³⁹ Komisyon, adı geçen teŖebbsn hakim durumda bulunduğu aseptik karton kutular piyasasından sahip olduğu imkanları kullanarak, hakim durumda olmadığı aseptik olmayan karton kutular piyasasında yıkıcı fiyatlandırma yaptığına karar vermiŖ ve 82. madde kapsamında ktye kullanmanın varlığına hkmetmiŖtir.

Netice olarak, hakim konumdaki bir teŖebbs, bir baŖka teŖebbs rekabetten caydırmak veya piyasa dıŖına itmek amacıyla çapraz sbvansiyonu gerekleŖtirmiŖ ise, bu davranıŖ kanuna aykırı kabul edilecektir. Burada nem taŖıyan husus, hakim teŖebbsn davranıŖının rasyonel bir rekabet politikası çerçevesinde objektif haklı bir sebepten mi kaynaklandığı yoksa rakip teŖebbsn verimli bir Ŗekilde faaliyetlerini srdrmesini engellemeye ynelik mi olduğunun saptanmasıdır. Çapraz sbvansiyon durumunda ktye kullanmanın varlığı konusunda, genel esaslardan hareketle somut olayın Ŗartları çerçevesinde her olay için ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

f. İndirim ve Primler

Hakim durumda bulunan bir teŖebbsn, salt rakiplere zarar vermek ya da potansiyel rakiplerin pazara giriŖlerini engellemek amacıyla ekonomik anlamda gerekelendiremediği indirim veya primler uygulaması, ATA'nın 82. maddesi'nin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, hakim durumda bulunan teŖebbs, rakiplerden mal alınmaması ya da belli bir miktarda mal ya da hizmetin kendinden alınması koŖuluyla, indirim ya da primler uygulayarak, mŖterilerine eŖitli mali menfaatler sağlamaktadır. Bu tr uygulamalar, tenzilat çekleri, bedava mal alabilme kartlarının verilmesi, cretsiz dağıtım, satıŖ sonrası servis sunma gibi Ŗekillerde de

¹³⁹ Commission Decision: Elopak Italia/Tetra Pak OJ [1992] L 72/1

ortaya çıkabilmektedir (Sanlı 2000, s. 301). Burada belirtilmesi gereken husus, satın alınan miktarlarla orantılı şekilde önceden objektif olarak belirlenen indirimlerin kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesidir. Hakim durumda olan teşebbüsün, talep edilen mal ya da hizmet miktarına göre farklı indirimler uygulaması haklı bir gerekçe kabul edilebilmektedir. Benzer biçimde, tanıtım amacıyla, ayıplı mal satımı nedeniyle ya da peşin ödemelerde yapılan indirimler de, 82. madde kapsamında değerlendirilmemektedir (Faull and Nikpay 1999, s. 178). Hukuka aykırılık değerlendirmesi, mutlaka somut olayın koşulları göz önüne alınarak yapılmalıdır.

Hukuka aykırı indirim ve prim uygulamalarını iki ana başlık altında incelemek mümkündür. Bunların ilki, müşterinin hakim durumdaki teşebbüs dışında başka bir teşebbüsten alım yapmama karşılığında ödüllendirildiği sadakat (bağlılık) indirimleri (*loyalty rebates*) ve primleridir. Bu tür uygulamalarda, müşteriler, hakim durumda bulunan teşebbüsün sağladığı bazı mali menfaatler karşılığında başka teşebbüslerin mal veya hizmetini talep etmeyerek, bir anlamda ona bağlılık göstermektedir.¹⁴⁰ Sonuç olarak, aynı malı satan ya hizmeti sunan ancak mali yapıları nedeniyle müşterilerine aynı indirim ya da primi sağlama imkanı olmayan daha küçük ölçekteki rakip teşebbüslerin, piyasada alıcı bulmaları zorlaştırılmaktadır. Bu doğrultuda, hem diğer teşebbüslerin hakim durumdaki teşebbüs ile rekabet edebilme olanağını ortadan kaldıran hem de pazara girişleri zorlaştıran hatta tamamen engelleyebilen sadakat indirimleri, AB Rekabet Hukuku'nda tipik bir kötüye kullanma uygulaması olarak değerlendirilmektedirler (Korah 1997, s. 112).

Sadakat indirimleri konusunda, Hoffmann La Roche Davası¹⁴¹ referans niteliği taşımaktadır. Bu olayda, Komisyon ve ATAD, hakim konumda bulunan Hoffmann

¹⁴⁰ Bu tür anlaşmalar, doktrinde, bağlama sözleşmeleri ya da kelepçeleme sözleşmeleri olarak isimlendirilmiştir. (bkz. ŞİRAMUN, S., y.a.g.e., s. 48)

¹⁴¹ Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461

La Roche'un, ürettiği vitaminleri satın alan ilaç yapımcılarına, alımların tümünün ya da büyük bir kısmının kendisinden yapılması koşuluyla bağlılık indirimleri öngören sözleşmeler imzalatmasını 82. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Roche'un, indirimlerin miktar indirimleri olduğu ve bu bağlamda ekonomik temeli bulunduğu şeklindeki savunmasını reddeden ATAD, kararında, yasal olan miktar indirimleri ile yasal olmayan sadakat indirimleri arasındaki farka atıfta bulunmuş; miktar indirimlerinin satın alınan malın adedine bağlı olarak yapıldığını, somut olayda ise müşterilere mali bir yarar sağlanması suretiyle rakip teşebbüslerden mal satın alınmasını önlemeye yönelik olan sadakat indiriminin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Adalet Divanı, söz konusu uygulamanın piyasada ayrımcılık ve engellemeyi hedeflediğini belirterek, hakim durumun kötüye kullanıldığına karar vermiştir.

Komisyon ve ATAD'ın sadakat indirimleri konusunda benzer birçok kararı bulunmaktadır.¹⁴² Söz konusu kararlar, pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, yapmış olduğu münhasır satın alma anlaşmalarında yer alan sadakat indirimlerinin yanı sıra, aynı etkiyi doğurabilecek nitelikte olan diğer davranışlarının da kötüye kullanma olarak değerlendirileceğini ortaya koymaktadır.

Hukuka aykırı indirim ve prim uygulamalarının bir başka türü ise hedef indirimleri (*target rebates*) ve primleridir. Bu tür uygulamalarda, indirim ve primler, belli bir zaman dilimi içinde, öngörülen miktarda veya onun üzerinde satışın gerçekleştirilmesi koşuluna bağlanmıştır. Sadakat indiriminden farklı olarak, müşterilerin tüm ihtiyaçlarını hakim durumda bulunan teşebbüsten temin etmeleri şartı aranmamaktadır. Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, müşterilerin kendisinden daha fazla mal ve hizmet talep etmesi amacıyla verdiği hedef indirimleri

¹⁴² Case 40/73 Suiker Unie V EC Commission (1975) ECR 1663; Commission Decision: Irish Sugar OJ [1997] L 258/1

ve primlerinin yanı sıra, her ne ad altında olursa olsun, aynı etkiyi yaratan diğer uygulamaları da, rakiplerin pazara girmesini veya müşterilerin alternatif temin kaynaklarına ulaşmalarını engelleyebilecek nitelikte ise, kötüye kullanma olarak kabul edilecektir.

Bu konuya ilişkin örnek bir uyuşmazlık olarak incelenebilecek Michelin Davası'nda¹⁴³, ATAD, adı geçen ve pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsün, dağıtıcılarına, her yıl başında ayrı ayrı yaptığı anlaşmalar ile yıllık satış kotalarının tutturulması ya da aşılması halinde farklı oranlarda indirimler öngörmesini, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Kararda, indirim için öngörülen hedef miktarın dağıtıcıyı baskı altında tuttuğu, bu nedenle, dağıtıcıların farklı satıcılardan mal ve hizmet temin etmeyi değerlendirmelerinin mümkün olmadığı ve hakim durumda bulunan teşebbüse bağlı duruma geldikleri, sonuç olarak, söz konusu uygulamanın rakiplerin dağıtıcı bulmasını zorlaştırdığı ve onların piyasada mevcudiyetini engellediği belirtilmiştir. ATAD, aynı işlem için dağıtıcıların farklı koşullara tabi tutulmalarının ve hedef gerçekleşmezse indirimden ya da primden yararlanamamalarının da, ayrımcılığa neden olduğunu belirtmiştir.

Benzer biçimde, Irish Sugar Davası'nda¹⁴⁴ da, pazarda hakim durumda bulunan Irish Sugar'ın, belirli bazı toptancı ve perakendecilere uyguladığı hedef indirimleri, objektif esaslara dayanmadığı ve rakipleri pazardan dışlamak amacını taşıdığı gerekçesiyle kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir.

Hukuka aykırı indirim ve primler konusunda, son olarak, üst dilim indrimi ya da üst dilim primi olarak adlandırılan uygulamadan bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Alıcıların ihtiyaç duydukları ürün miktarının yüzde 75-80'i gibi büyük bir kısmını

¹⁴³ Case 322/81 Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461

¹⁴⁴ Commission Decision: Irish Sugar OJ [1997] L 258/1

ana tedarikçi konumundaki hakim teşebbüsten, geriye kalan kısmını da rakip teşebbüslerden karşıladığı bir pazar yapısında cerayan eden bu tür uygulamalarda, hakim durumdaki teşebbüs, özel bir indirim ya da prim uygulayarak, rakiplerin yapacağı yüzde 20-25'lik satışı da kendisi gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Genelde gizli olarak uygulanan bu tür indirim ve primler de, rakip teşebbüslerin ticari faaliyetlerini zorlaştırdıkları için hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir (Esin 1998a, ss. 177-178).

2. 4. 4. 2. 6 Ayrımcılık

ATA'nın 82. maddesinin (c) bendine göre, hakim durumda bulunan teşebbüslerin rakiplerine eşdeğer işlemler için eşit olmayan koşullar uygulayarak onları pazar dışında bırakması, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir ve yasaklanmıştır (Aslan 2001, s. 247). Bir başka anlatımla; eşit durumda olan alıcılara eşit hak, yükümlülük ve edimler için, birini diğerine karşı dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı koşullar uygulanması kötüye kullanma olarak kabul edilecektir. Bu ilke, hakim durumdaki teşebbüsün, birbirleriyle rekabet içinde bulunan müşterileri arasında ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır.

Ayrımcı uygulamaları, satış şartları ve fiyata ilişkin ayrımcı uygulamalar ve coğrafi bölge bazında ayrımcı uygulamalar olmak üzere, iki genel başlıkta incelemek mümkündür. Satış şartları ve fiyat ayrımcılığına örnek olarak, daha önce ele alınmış olan sadakat indirimleri, satış yapmayı reddetme, satış sonrası bakım hizmetlerinde eşit davranmama gibi haklı sebeplere dayanmayan uygulamaları göstermek mümkündür. Coğrafi bölge bazında ayrımcı uygulamalar konusunda ise, en dikkat çekici uygulama United Brands Davası¹⁴⁵ ile ortaya çıkmıştır. Bu davada Komisyon, farklı üye devletlere

¹⁴⁵ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207

muz satan adı geçen Şirketin, malın gideceği ülkeye göre fiyatlandırma yapmasını hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir (lgen 1998, ss. 68-69). Bu noktada sadece Rekabet Hukuku kurallarının değil, Topluluğun temel ilkelerinin de ihlali anlamına gelen tabiyete dayalı ayrımcılık konusuna de değinmek gerekir. GVL Davası'nda¹⁴⁶ ATAD, fiili tekel konumunda olan bir teşebbüsün, talep eden herkese mal tedarik etmek veya hizmet sunmak zorunda olduğunu, faaliyet gösterilen ye devletin tabiyetinde olmak veya orada ikamet ediyor olmak Şartının aranmasının, ATA'nın 82. maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması kabul edileceğini hükme bağlamıştır (AŐıođlu z 2000, s. 159).

Topluluk Hukuku'nda, ayrımcılığın yasaklanması ile, rekabet gücü nispeten sınırlı olan küçük teşebbüslerin büyük teşebbüsler karşısında korunması, ayrıca kaynakların etkin kullanımının sağlanarak üretim arttırılması ve pazarın canlı tutulması amaçlanmaktadır.¹⁴⁷

2. 4. 4. 2. 7 Pasif Tutum Dolayısıyla Kötüye Kullanma

Pasif tutum dolayısıyla ortaya çıkabilecek kötüye kullanma hallerine örnek olarak; etkin üretim yapmama, atıl kapasite ile çalışmak suretiyle satıŐtan kaçınma veya teknolojiyi yenilememe gösterilebilir. Hakim konumdaki teşebbüslerin, yalnızca aktif değil, bu ve benzeri pasif tutumlarının da ATA'nın 82. maddesi çerçevesinde, kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu tür davranış içindeki teşebbüslere rekabet

¹⁴⁶ Case 7/82 GVL V EC Commission (1983) ECR 483

¹⁴⁷ Ayrımcı uygulamalar konusunda örnek vakalar olarak bkz. Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, Suiker Unie and Others V EC Commission (1975) ECR 1663; Commission Decision: Zoja V CSC-ICI OJ [1972] L 299; Commission Decision: General Motors Continental NV V Commission OJ [1975] L 29/14

kuralları aracılığıyla müdahale edilebileceği savunulmuştur (Aşçıoğlu Öz 2000, ss. 159-160).

2. 4. 4. 2. 8 Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması

Fikri mülkiyet hakları, ATA'da yer alan malların serbest dolaşımı ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Ancak, bu hakların sahibine tanımış olduğu yetkiler, pazarda hakim durumda olan bir teşebbüs tarafından kullanıldığında, rekabetin önemli ölçüde azalması ya da tamamen ortadan kalkması söz konusu olabilmektedir. Zira, hakim durumdaki teşebbüsler bu hakların kullanımıyla ilgili lisans ve dağıtım anlaşmalarında rekabet koşullarını bozan hususlara yer verebilmektedir. Fikri mülkiyet hakları sahiplerinin, tekel haklarına istinaden rekabete aykırı herhangi bir davranışta bulunmaları, ATA'nın 82. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Başka bir anlatımla, fikri mülkiyet hakları sahiplerine herkese karşı ileri sürülebilecek tekel hakkı sağlamakla birlikte, bu hakkın kullanılması rekabet kuralları ile sınırlandırılmış olup, fikri mülkiyet hakkı sahibinin eylem ve işlemleri rekabete aykırı bir etki ya da amaç taşıyamaz.

ATA'nın 82. maddesinde, fikri mülkiyet haklarının korunduğuna ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Topluluk Hukuku'nda, Komisyon ve ATAD kararlarıyla bu konuda bir içtihat oluşmuştur. Adalet Divanı, konuya ilişkin kararlarında, fikri mülkiyet haklarının özüne dokunmamakla birlikte; bunların, asli amacı aşacak biçimde, pazardaki diğer teşebbüslere zarar vermek ve rekabeti sınırlandırmak ya da ortadan kaldırmak maksadı ile kullanılmalarının hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağını belirtmiştir.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Case 127/73 BRT V SABAM and NV Fonior (1974) ECR 313; Case 24/67 Parke Davis V Probel (1968) ECR 55

Bu konuda örnek bir uyuşmazlık olarak Magill Davası¹⁴⁹ incelenebilir. Bu olayda, İrlanda'da yayın yapmakta olan ve aynı zamanda televizyon programlarına ilişkin bilgiler içeren RTE Guide adlı televizyon dergisini de çıkaran RTE isimli kamu televizyonu, Magill unvanlı bir diğer teşebbüs aynı içerikte bir başka televizyon dergisi çıkarmak isteyince, buna karşı çıkmış ve konu yargıya intikal etmiştir. Olayda, RTE'nin söz konusu hakkını nasıl kullandığını inceleyen ATAD; adı geçen teşebbüsün tekel hakkının dergiyi çıkarmakla sınırlı olduğuna, bu hakkın başka bir kuruluşun aynı içerikte dergi çıkarmasını engellemek yetkisini vermediğine hükmetmiş ve RTE'nin davranışının hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir.

Tetra Pak II Davası'nda¹⁵⁰ ise, adı geçen teşebbüsün alıcılarıyla yaptığı sözleşmelerde, ürünlerinin satışı veya kiralanmasını olumsuz etkileyebilecek gelişmeleri engelleme hedefine yönelik olmayan, rekabet koşullarını bozucu şartlara yer vermesi, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. SACEM Davası'nda¹⁵¹ da, ATAD, sanatçıların fikri mülkiyet haklarının işletmeciliğini hak sahipleri adına düzenleyen teşebbüsün, sanatçılardan bu hizmetin karşılığı olarak çok yüksek pay istemesi ile ilgili olarak, kötüye kullanma kararı vermiştir.

Fikri mülkiyet hakları, malların serbest dolaşımının istisnasını oluşturmakla birlikte, bu hakların kullanılması, üye devletler arasındaki ticarete gizli veya açık bir kısıtlama aracı haline getirilerek keyfi bir ayrımcılığa neden olamaz. Bu konuda ATAD'ın Sirena Davası'nda¹⁵² verdiği karar örnek niteliğindedir.¹⁵³ Anılan kararında, ATAD, marka

¹⁴⁹ Case 241/91 & 242/91 RTE and ITP V Commission (1995) ECR I-743

¹⁵⁰ Commission Decision: Elopak Italia/Tetra Pak OJ [1992] L 72/1

¹⁵¹ Joined Cases 110/88, 241/88, 242/88 Lucazeau V SACEM (1989) ECR 2811

¹⁵² Case 40/70 Sirena Srl V Eda Srl (1971) ECR 69

¹⁵³ Bu konuda bir başka örnek dava olarak bkz. Case 24/67 Parke Davis V Probel (1968) ECR 55

sahiplerinin aynı markayla ÷lkeye ithal edilecek malların girişini engellemesi karşısında; başka bir ÷lkede yasal olarak üretilen bir malın yine yasal olarak ithalinin fikri mülkiyet hakları ileri sür÷lerek engellenemeyeceği, aksi halde piyasanın ulusal pazarlara bölüneceği, bu durumun ise ATA'nın temel ilkelerinden biri olan Ortak Pazar fikrine aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir (Şiramun 2005, s. 61).

Öte yandan, hakim konumda bulunan bir teşebbüsün bazı fikri mülkiyet haklarına sahip olması, onun muhakkak bu durumunu kötüye kullandığı anlamına gelmemektedir. Hukuka aykırılığın varlığına karar verilebilmesi için, hakkın kullanımı ile ilgili eylem ya da işlemin esas amacına ya da etkisine bakılması gerekmektedir.

2. 4. 4. 2. 9 Üretim, Pazarlama veya Teknik Gelişimin Kısıtlanması

Hakim durumda bulunan bir teşebbüs, rekabetin bulunmadığı bir ortamda üretimin miktar ve kalitesini istediği gibi belirleyebilir; pazar koşulları ile müşterilerin talep ve beklentilerini dikkate almadan faaliyette bulunabilir. Hakim konumdaki teşebbüslerin bu tür davranış içine girerek, tüketicilerin zararına olacak şekilde üretimi, pazarları ya da teknik gelişmeyi sınırlandırmaları, ATA'nın 82/2 maddesinin (b) bendi kapsamında yasaklanmıştır.

Örnek bir dava olarak ele alınabilecek olan Magill Davası'nda¹⁵⁴; ATAD, İrlanda'da yayın yapmakta olan ve aynı zamanda televizyon programlarına ilişkin bilgiler içeren RTE Guide adlı televizyon dergisini de çıkaran RTE isimli kamu televizyonunun, Magill unvanlı bir diğer teşebbüsün aynı içerikte bir başka televizyon dergisi çıkarmasına, televizyon kanallarının programların fikri mülkiyet haklarına sahip olduklarını ileri sürerek izin vermemesini, hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirmiştir. Kararda, RTE'nin bu uygulamasının pazara yeni bir televizyon

¹⁵⁴ Case 241/91 & 242/91 RTE and ITP V Commission (1995) ECR I-743

dergisinin girmesine engel teşkil etmesi nedeniyle, tüketicilerin zarar gördüğü ifade edilmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; üretim, pazarlama ve teknoloji alanında gelişmenin olmadığı her durum, 82/2. maddenin (b) bendi kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira, bu durumun, kriz, iktisadi durgunluk gibi piyasa koşulları ile açıklanabilecek haklı bir ekonomik sebebi olabilir. Bu kapsamda, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2.5 TÜRKİYE'DE REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ile, belirli bir mal veya hizmet piyasasında hakim durumda bulunan teşebbüs veya teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. Söz konusu hükme göre, "Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır". Kanunun 6. maddesinde yer alan bu düzenlemenin Topluluk Hukuku'ndaki karşılığı, ATA'nın 82. maddesinde yer almaktadır. ATA'nın 82. maddesine göre, "bir ya da birden fazla teşebbüsün Ortak Pazar'da ya da Ortak Pazar'ın önemli bir bölümünde sahip oldukları hakim durumu kötüye kullanmaları, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, Ortak Pazar'la bağdaşmaz ve yasaktır".

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve ATA'nın 82. maddesi, genel olarak birbirine benzemektedir. Her iki hüküm ile de yasaklanan, teşebbüslerin piyasada hakim durumda bulunmaları değil, bu durumlarını kötüye kullanmalarıdır. 6. maddede ATA'nın 82. maddesinden farklı olarak, "tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar" şeklindeki ifadeye yer verilerek, teşebbüslerin hem

kendi bağımsız davranışları ile tek yanlı olarak, hem de herhangi bir başka teşebbüs veya teşebbüslerle danışıklılık ilişkisi içerisinde gerçekleştirdikleri rekabeti sınırlayıcı davranışların hukuka aykırı kabul edildiği açıkça vurgulanmıştır.

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde; yasaklama koşulunun yanı sıra, örnek birtakım kötüye kullanma halleri de sıralanmıştır. 6. maddede sayılan kötüye kullanma halleri ile ATA'nın 82. maddesinin örnek kötüye kullanma halleri arasında da bazı farklılıklar bulunmaktadır. ATA'nın 82. maddesinde, kötüye kullanma olarak sayılan dört örneğe karşılık, 6. maddede beş örnek sıralanmıştır. ATA 82. maddenin haksız alış veya satış fiyatları ya da diğer ticari koşulların uygulanmasına ilişkin (a) bendi, Rakabet Kanunu'nun 6. maddesinde örnek bir kötüye kullanma hali olarak açıkça belirtilmemiştir. 82. maddenin (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan kötüye kullanma örnekleri, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin sırasıyla; tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanmasına ilişkin (e) bendi, ayırmacılık yapılmasına ilişkin (b) bendi ve haksız ek sözleşme koşullarına ilişkin (c) bentleri ile büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Son olarak, ATA'nın 82. maddesinin lafzında yer almamakla birlikte; pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, bu hakimiyetini bir başka pazarda kötüye kullanması RKHK'nın 6. maddesinin (d) bendinde; rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma ya da piyasaya girişleri engelleme ise (a) bendinde, AT Rekabet Hukuku içtihatlarının bir yansıması olarak açıkça kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmıştır. RKHK'nın 6. maddesinin, ATA'da yer alan rekabet kurallarının yanı sıra, Topluluk Rekabet Hukuku içtihatları da dikkate alınarak düzenlendiği görülmektedir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 189).

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir davranışın RKHK'nın 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, belirli bir pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hakim konumda olmayan bir teşebbüsün, kötüye kullanma kriterlerine uyan bir eylem veya işlemi, 6. madde kapsamında ele alınamaz.

2. 5. 1 Hakim Durum

Hakim durum, RKHK'nın "Tanımlar" başlığını taşıyan 3. maddesinde, "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" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, belirli bir piyasada hâkim durumun varlığından söz edebilmek için, piyasada yalnız başına ekonomik güç oluşturan tek bir teşebbüsün varlığı şart değildir. Bir başka anlatımla, birden fazla teşebbüsün piyasayı hakimiyetleri altında bulundurmaları hali de, RKHK'nın 6. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

RKHK'nın 3. maddesinde yer verilen hakim durum tanımı, Topluluk Rekabet Hukuku içtihatları esas alınarak yapılmıştır.¹⁵⁵ Hakim durum, RKHK'da da ATA'da olduğu gibi, sadece belirli bir pazar payı ile ifade edilmemiş; tanımlanmasında, söz konusu teşebbüsün devamlılık arz eden biçimde rakiplerinden, sağlayıcılarından ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek pazar yapısını belirleyebilme gücü temel alınmıştır. Bu doğrultuda, Rekabet Kurumu tarafından hakim durumun tespiti yapılırken; her olayda, ilgili ürünün ve pazarın yapısı, mevcut ve potansiyel rakiplerin konumu, sayısı ve pazar payları ile bunların süreklilik gösterip göstermemesi, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği gibi pek çok ölçüt birlikte ele alınarak, inceleme konusu teşebbüsün bağımsız karar ve davranışlarıyla pazar şartlarını belirleyebilme gücü araştırılmaktadır. Bir başka anlatımla, somut olayın şartlarına göre Kurum tarafından ayrıca değerlendirme yapılmaktadır (Şiramun 2005, s. 84).

¹⁵⁵ AT Rekabet Hukuku içtihatlarında getirilen tanıma göre, "sahip olunan ekonomik güç; rakip, sağlayıcı, müşteri ve tüketicileri dikkate almaksızın, teşebbüsün bağımsız olarak karar verebilmesine olanak sağlıyor ve ilgili pazarda etkin rekabetin devamını engelleyebiliyor ise", söz konusu teşebbüs ilgili pazarda hakim konumdadır. (bkz. Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207)

2. 5. 1. 1 Teşebbüs

Rekabet Kanunu'nun muhatabı teşebbüslerdir. ATA'nın 82. maddesinde teşebbüsün tanımı yapılmamış olmakla birlikte, RKHK'da kapsamlı bir tanımlamaya ter verilmiştir. RKHK'nın 3. maddesinde Rekabet Kanunu bakımından 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. RKHK'daki tanımla, teşebbüs kavramının belirlenmesinde temel teşkil eden iki ölçüt ortaya konmuştur. Bunlar;

- a. Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişi olmak,
- b. Bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim olmak, şeklindedir.

Buna göre, Rekabet Hukuku anlamında bir teşebbüsten söz edilebilmesi için, öncelikle iktisadi veya ticari faaliyette bulunuyor olma şartı aranacaktır (Frazer 1992, s. 161). Söz konusu faaliyetler, ticarete konu olan mal veya hizmetlerin üretiminden tüketimine kadar uzanan iktisadi amaçlı işlemlerin bütünüdür ve bunları diğer faaliyetlerden ayıran belirleyici kriter gelir temin etme hedefidir. Bu faaliyetler bir organizasyon olarak icra edilebileceği gibi ferdi olarak da yürütülebilir. Öte yandan RKHK'da açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, mahiyeti gereği Rekabet Kanunu anlamında bir teşebbüsün varlığından söz edebilmek için, ilgili iktisadi faaliyetin kesintisiz bir şekilde (sürekli) icra edilmesi şartı aranacaktır. Geçici olarak icra edilen veya tesadüfen girişilen iktisadi faaliyetler, teşebbüsün varlığı için yeterli değildir (Topçuoğlu 1999, s. 115).

Bağımsız karar verebilme özelliği de, ekonomik faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin, Rekabet Hukuku bakımından teşebbüs kabul edilebilmesi için alternatif bir ölçüt olmayıp, varlığı gerekli bir koşuldur. Başka bir anlatımla, rekabet düzenlemelerinin konusu olabilmek bakımından bağımsızlık, temel bir unsurdur (Kerse 1998, s. 4). İktisadi faaliyet gösteriyor olmasına karşın, bağımsız karar veremeyen

gerçek veya tüzel kişiler, yönlendirmesi veya kontrolü altında buldukları ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilir.¹⁵⁶

ATAD kararlarında¹⁵⁷ da, teşebbüsü tanımlamak için, ekonomik faaliyette bulunmak, sürekli olmak ve teşebbüsün hukuken bağımsızlığı şeklinde temel unsurlar belirlenmiştir. Adalet Divanı, bulunduğu üye devletteki hukuki konumu ne olursa olsun, herhangi bir ekonomik faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişileri, bağımsız karar verebildikleri takdirde teşebbüs olarak nitelendirmiştir. Esasen, RKHK'nın 3. maddesindeki tanımlamanın getirdiği ölçütler, söz konusu kararlardaki kriterler ile aynı içeriktedir.

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren bütün teşebbüsler, Rekabet Kanunu'nun 2. maddesi gereği, kanunun uygulama alanına girmektedir. Bu nedenle, hakkında hakim durum soruşturması yapılan teşebbüsün Türk ya da yabancı kökenli olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, Türkiye'de faaliyet göstermekte olan yabancı teşebbüsler de, hakim durumlarını kötüye kullandıkları takdirde, bu davranışları RKHK'nın 6. maddesi kapsamında hukuka aykırı olarak değerlendirilecektir (Şiramun 2005, s. 82).

Son olarak kamu teşebbüsleri ile devlet tarafından kendilerine özel, inhisari ya da imtiyazi nitelikte haklar tanınmış olan teşebbüslere Rekabet Hukuku'nun uygulanabilirliği üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır. Bu tür teşebbüslere de Rekabet Hukuku kurallarının uygulanacağı, ATA'nın 86. maddesinde açıkça belirtilmiştir. RKHK'da paralel bir düzenleme bulunmamakla birlikte¹⁵⁸, doktrinde ve

¹⁵⁶ RKHK'nın 3. maddesinin gerekçesinde, ekonomik bütünlük kavramına yer verilmiş; bir yavru şirketin tek başına değil, bağlı olduğu diğer teşebbüs veya teşebbüslerle birlikte değerlendirileceği ifade edilmiştir.

¹⁵⁷ Case 19/61 Mannesmann V High Authority (1962) ECR 687; Case 170/83 Hydrotherm V Andreoli (1984) ECR 2999

Rekabet Kurumu'nun birçok kararında, bu tür teşebbüslerin de kanunun kapsamı içerisinde yer aldığı genel olarak kabul edilmektedir (Sanlı 2000, s. 37).

2. 5. 1. 2 İlgili Pazar

Hakim durum, teşebbüsün pazardaki ekonomik gücü ile ilgili bir kavram olduğundan, pazarın sınırlarının çizilmesi, söz konusu teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespit edilmesinin ön koşuludur. İlgili pazar kavramı, bir teşebbüsün hangi ürün açısından, hangi coğrafi alanda hakim durumda bulunduğunu ortaya koymaktadır. Rekabet Kurumu kararları incelendiğinde, teşebbüsün hakim konumda bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen ilgili pazarın tespiti sürecinde, AT Rekabet Hukuku uygulamasında olduğu gibi Türk Rekabet Hukuku'nda da, hem faaliyet konusu olan mal veya hizmet (ilgili ürün pazarı), hem de faaliyette bulunulan coğrafya (ilgili coğrafi pazar) ve zaman (ilgili zaman süreci) açısından üç boyutlu bir inceleme yürütüldüğü görülmektedir.¹⁵⁹

RKHK'nın 6. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasından bahsedilmiş, ancak bu piyasanın nasıl belirleneceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde, Türk Rekabet Hukuku'nda da Topluluk uygulamasında olduğu gibi, ikame edilebilirlik ölçütü temel kriter olarak alınmakta ve somut olayın şartlarına göre talep ve arz açılarından ayrı ayrı değerlendirme yapılmaktadır (Tekinalp ve Tekinalp 2000, s. 376).

¹⁵⁸ RKHK'nın anayasal dayanağı olan 167. maddenin gerekçesinde, anılan maddenin öngördüğü “devletin piyasada fiili veya anlaşma sonucu ortaya çıkan tekelleri önleme görevinin” hem özel hem de kamu kesimi için öngörüldüğü açıkça belirtilmiştir.

¹⁵⁹ AT Rekabet Hukuku'nda ilgili pazarın tespiti konusunda bkz. Bölüm 2. 4. 1

İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde, teorik olarak, Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukuku açısından bir farklılık bulunmamaktadır. İlgili coğrafi pazar, doğal olarak öncelikle teşebbüsün fiilen ticari faaliyette bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen bölgedir. Rekabeti sınırlayıcı faaliyetler etkisini ülkenin bütününde değil belirli bir bölgede gösteriyorsa, ilgili coğrafi pazar, öncelikle sözkonusu bölgeyi kapsamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu bölge ülkenin bütünü olabileceği gibi, bir şehir ve hatta bir mahalleyle de sınırlı kalabilir. Bununla birlikte, ilgili coğrafi pazarın saptanmasında, sadece fiilen faaliyette bulunulan bölge ile sınırlı kalınmamakta, söz konusu bölge ile rekabet koşulları bakımından benzerlikler taşıyan diğer bölgeler de birlikte ele alınmaktadır. Böylece, piyasaya giriş engelleri bulunmaması kaydıyla, farklı bölgelerdeki potansiyel rekabet imkanı da dikkate alınmakta ve söz konusu bölge içerisinde fiilen faaliyet göstermeyen diğer teşebbüsler de aynı coğrafi pazar içerisinde kabul edilmektedir (Aslan 2001, s. 97).

İlgili coğrafi pazarın belirlenmesi açısından, Rekabet Kanunu, teorik olarak Topluluk uygulamasında hakim olan kriterlere dayanmakla birlikte, üniter bir devletin hukuk düzeninde yer alan ulusal bir düzenleme olması bakımından AT Rekabet Hukuku'ndan ayrılmaktadır (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 167). Topluluk Rekabet Hukuku'nda, "Ortak Pazar'ın tümü ya da önemli bir bölümünde hakim durumda olmak"tan söz edilirken, RKHK'nın 6. maddesinde "ülkenin tümü ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasında hakim durumda bulunmak" ifadesi yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, Türk Rekabet Hukuku'nda Topluluk uygulamasından farklı olarak, ülkenin bir bölümünü oluşturan ilgili coğrafi alanın, Türkiye'nin önemli bir bölümünü kapsaması şartı aranmamakta, dolayısıyla bu alanın Türkiye coğrafyası içindeki büyüklüğü ve önemine bakılmaksızın, RKHK'nın 6. maddesi uygulanabilmektedir.

İlgili pazarın zaman açısından değerlendirilmesi gerekliliği ise, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da da, ATA'da olduğu gibi açıkça belirtilmemiştir. Bununla birlikte, belirli mevsimlere ya da dönemlere göre, incelemeye konu olan mal ya da hizmetin üretimi, satışı veya pazarlamasında rekabet koşulları açısından önemli derecede

farklılıkların ortaya çıktığı durumlarda, dönemsel boyutun dikkate alınması son derece önemli hale gelmektedir.

2. 5. 2 Hakim Durumun Belirlenmesine İlişkin Ölçütler

RKHK'nın 6. maddesinin uygulanması prosedüründe, ilk aşamada teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili pazarın tespit edilmesinin ardından, ikinci aşama olarak, pazarda hakim durum koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmektedir. RKHK'nın 3. maddesinde hakim durum kavramına ilişkin olarak "pazardaki ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" tanımının getirilmiş olmasına karşın, bu gücün hangi ölçütlerle tespit edileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada, belirtmek gerekir ki, ATAD ve Komisyon'un bu ölçütlerin belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkin kararları, Türk Rekabet Hukuku açısından da yönlendirici özelliğe sahiptir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 168). Bu doğrultuda, bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespiti sürecinde, Türk Rekabet Hukuku'nda da Topluluk uygulamasında olduğu gibi; hem söz konusu teşebbüsün pazar payı ve bu payın rakiplerin pazar payları karşısındaki durumuna ilişkin niceliksel ölçütler, hem de pazarda faaliyete geçebilmek için yüksek yatırım maliyetine ihtiyaç duyulması, ulusal yasal düzenlemeden kaynaklanan tekel olma durumu, hukuken korunan fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı, dikey bütünlük, finansal güç, karlılık performansı, teknolojik üstünlük, ölçek ekonomileri, kullanılmayan kapasite ve üründe çeşitlilik gibi niteliksel ölçütler birlikte ele alınarak çok yönlü bir inceleme yapılmaktadır.¹⁶⁰

¹⁶⁰ AT Rekabet Hukuku'nda hakim durumun belirlenmesine ilişkin ölçütler hakkında detaylı bilgi için bkz. Bölüm 2. 4. 2

2. 5. 3 Birlikte Hakimlik

Türk Rekabet Hukuku'nda birlikte hakimlik kavramına ilişkin yaklaşımın oluşmasında, büyük ölçüde Avrupa Birliği Hukuku yol gösterici olmuştur. Topluluk Rekabet Hukuku'na paralel biçimde RKHK'nın 6. maddesi ile de, tek bir teşebbüsün hakim durumda bulunması halindeki yanısıra, birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda bulunması halindeki kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek eylem ve işlemler de hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır.¹⁶¹ Birlikte hakimlik (*collective dominance*), çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Ana-yavru ortaklık ilişkisinin bulunduğu durumların yanı sıra, birbirinden bağımsız teşebbüsler de birlikte hakim durumda olabilirler.¹⁶² Birbirinden bağımsız birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olması ise; bu teşebbüslerin herhangi bir şekilde etkileşimleri sonucunda, birlikte hakim durumda olmaları şeklinde gerçekleşebileceği gibi, piyasa koşullarının yarattığı özgün ortama bağlı olarak aynı anda ancak ayrı ayrı hakim durumda olmaları biçiminde de gözlenebilir. Bir başka anlatımla, birlikte hakimliğin gerçekleşmesi için, teşebbüsler arasındaki ilişkinin her koşulda RKHK'nın 4. maddesi anlamında anlaşma, karar veya uyumlu eylem şeklinde bir danışıklı ilişki niteliğinde olması gerekmekte (Kerse 1998, s. 18); hiçbirisi pazardaki en güçlü işletme olmamasına karşın, oligopol piyasaların kendine özgü yapısı gereği, birden fazla

¹⁶¹ Farklı bağımsız teşebbüslerin pazarda birlikte hakim durumda bulunmaları ile ilgili örnek bir uyuşmazlık olarak bkz. Rekabet Kurumu'nun 8.12.1999 tarih ve 99-56/599-381 sayılı Kararı

¹⁶² Adalet Divanı ve Komisyon, birlikte hakimlik kavramını özellikle ilk yıllardaki kararlarında, sadece ana-yavru ortaklık ilişkisinin bulunduğu durumları kapsayacak biçimde dar olarak yorumlamıştır. (bkz. Case 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can V Commission (1973) ECR 215; Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223; Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207). Buna karşılık, daha sonraki yıllarda, Rekabet Hukuku anlamında bağımsız olarak faaliyet gösteren teşebbüsler ve özellikle oligopol piyasalar da 82. maddenin uygulama kapsamına alınmıştır. (bkz. BELLAMY, C. and CHILD, G., 1993. *Common Market Law of Competition*. London: Sweet & Maxwell, s. 612)

teşebbüsün, pazarda aynı zamanda birbirinden bağımsız olarak hakim durumdaymış gibi davranabildikleri haller de bu çerçevede ele alınmaktadır.¹⁶³

Birden fazla teşebbüs eylem veya işlemleri ile, aynı anda Kanunun 4. maddesini ve 6. maddesini birlikte ihlal ediyorlarsa, bir anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın varlığının tespit edilebilmesi halinde, ayrıca kanunun 6. maddesinin uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığı sürece, 4. maddenin uygulanması söz konusu olacaktır (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 169). Öte yandan, teşebbüslerin birlikte hakim duruma gelmeleri ve bu durumlarını kötüye kullanmalarına olanak sağlayan anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın RKHK'nın 5. maddesi çerçevesinde 4. maddeden muaf olduğu hallerde, somut olayın şartlarına göre ya muafiyetin geri alınıp, 4. madde çerçevesinde soruşturma açılması ya da 6. maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.¹⁶⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus, her iki madde farklı kapsamlarda olmakla birlikte aynı amaca yöneldiklerinden ve fikri içtima nedeniyle cezai yaptırım yönünden tek bir cezanın uygulanması gerektiğidir (Aslan 2001, ss. 229-230).

Son olarak belirtmek gerekir ki, RKHK'nın 6. maddesi ile yasaklanan, birlikte hakim durumda olmak değil, bu durumun kötüye kullanılması olduğundan, kanunun 6. maddesi, pazarda birlikte hakim durumda olan teşebbüslerden, yalnızca bu konumunu kötüye kullandığı saptananlara uygulanacaktır.

¹⁶³ Kanun'un 3. maddesinde getirilen hakim durum tanımı, bu ikinci olasılığa ilişkin değerlendirmeyi desteklemektedir. Anılan maddede hakim durum kavramı, bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilme gücü olarak tanımlanmış ve pazarda birden fazla teşebbüsün de hakim durumda olabileceği ifade edilirken, bu teşebbüsler arasında bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem olması koşulu aranmamıştır.

¹⁶⁴ ATAD da kararlarında, ATA'nın 81/3. maddesi çerçevesinde sağlanan muafiyetin, 82. maddenin uygulanabilirliğini etkilemeyeceğini belirtmiştir. (bkz. Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) ECR 309)

2. 5. 4 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde de, ATA'nın 82. maddesine uygun olarak hakim durum değil, bu durumun kötüye kullanılması hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Kanunda, hakim durum kavramının aksine, kötüye kullanmanın tanımı verilmemiştir; buna karşılık, uygulamada sık rastlanan kötüye kullanma halleri, kapsamı sınırlı olmamak üzere, ikinci fıkrada örnekleme suretiyle sayılmıştır.

RKHK'nın 6. maddesinde 4. maddeden farklı olarak "rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğuran" ifadesi kullanılmamıştır. Bu nedenle, hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilirken, mutlaka rekabetin bozulmuş olması koşulu aranmamalı, tüketiciye yönelik kötüye kullanma halleri de bu kapsamda ele alınmalıdır. Zira, hakim durumun kötüye kullanılması, sadece rakipler bakımından değil, söz konusu teşebbüsün bu konumunu istismar edici davranışları nedeniyle tüketiciler bakımından da olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 174).

Özetle, hakim teşebbüs tarafından bu durumun sağladığı ekonomik güce dayanarak gerçekleştirilen; serbest rekabetin azalması veya kısıtlanması sonucunu doğuran ya da söz konusu teşebbüsün istismar ve sömürü yoluyla etkin rekabet koşulları içerisinde elde edemeyeceği haksız menfaatler sağlamasına olanak tanıyan her türlü davranış, 6. madde anlamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir.

2. 5. 4. 1 Kötüye Kullanma Hallerinin Sınıflandırılması

Kötüye kullanma kavramı, sömürüye dayanan kötüye kullanmalar ve rekabete aykırı kötüye kullanmalar olmak üzere iki başlıkta ele alınmaktadır (Esin 1998a, s. 46).¹⁶⁵ Ancak, kötüye kullanma olarak değerlendirilen eylem ve işlemlerin çok yönlü etkileri olabilmesi mümkün olduğundan, bu ayırımı mutlak bir nitelik taşımamaktadır (Aslan 1992, s. 235).

a. Sömürüye Dayanan Kötüye Kullanmalar

Sömürüye dayanan kötüye kullanma kavramı, hakim teşebbüsün ekonomik gücünü, ticari açıdan kendisine bağımlı olan müşteri ve tüketicileri istismar edecek şekilde kullanarak, serbest rekabet şartları içerisinde elde edemeyeceği menfaatleri sağlaması olarak tanımlanabilir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da örnek olarak verilen beş kötüye kullanma halinden; (b) bendindeki alıcılar arasında ayrımcılık yapılması ve (c) bendindeki haksız ticari koşullar öne sürülmesi, istismara dayalı kötüye kullanma niteliğindedir. (e) bendindeki tüketicinin zararına olarak üretim, pazar ya da teknolojik gelişmenin sınırlandırılmasına ilişkin kötüye kullanma örneği ise, bazı hallerde istismar edici, bazı hallerde rekabet karşıtı olarak değerlendirilebilir.

b. Rekabet Karşıtı Kötüye Kullanmalar

Rekabet karşıtı kötüye kullanma halinde; hakim teşebbüsün kötüye kullanma eylemi, doğrudan müşteri ve tüketicileri değil, rekabetin işleyişini etkilemektedir. Sömürüye dayalı kötüye kullanmaların rekabeti engelleyici etkileri, genel olarak uzun vadede ve dolaylı olarak ortaya çıkarken; rekabet karşıtı kötüye kullanmalar olarak ifade edilen durumlarda ise, bu etki kısa dönemde ve daha belirgin biçimde gözlenmektedir. RKHK'nın (a) bendindeki piyasaya girişleri engellemek ve

¹⁶⁵ Farklı sınıflandırma için bkz. KERSE, C. S., 1998. *EEC Antitrust Procedure*. London: Sweet & Maxwell, s. 20

rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak ve (d) bendindeki bir pazardaki hakim durumun bir başka pazarda kötüye kullanılması örnekleri, rekabet karşıtı kötüye kullanma niteliğindedir (Sanlı 2000, ss. 296-299).

2. 5. 4. 2 Kötüye Kullanma Örnekleri

Hakim durumun kötüye kullanılması, oldukça geniş ve muğlak bir kavram olduğundan; kötüye kullanma olarak nitelendirilecek belli başlı davranışlar, uygulamada yol gösterici olması bakımından RKHK'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasında örnekleme suretiyle sayılmıştır. Bunlar,

- a. Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler;
- b. Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlölük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapması;
- c. Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi;
- d. Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler;
- e. Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanmasıdır.

Bu örnekler sınırlayıcı nitelik taşımadıkları için, kanunda sayılanlar dışında başkaca kötüye kullanma halleri de 6. maddeye göre yasaklanabilecektir.

Kanun'un 6. maddesinde sayılan kötüye kullanma örnekleri, ATA'nın 82. maddesindeki örneklerle büyük ölçüde paralel olmakla birlikte, bunların tamamen aynı olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁶⁶ Aşağıda, RKHK'da belirtilen kötüye kullanma örnekleri, ATA'nın 82. maddesinde verilen örneklerle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bunun yanı sıra, Rekabet Kanunu'nda kötüye kullanma örnekleri arasında yer verilmemekle birlikte, bu kapsamda değerlendirilebilecek olan diğer bazı davranışlar da, Topluluk uygulaması esas alınarak kısaca belirtilmiştir.

2. 5. 4. 2. 1 Piyasaya Girişleri Engelleme ve Rakiplerin Faaliyetlerini Zorlaştırma

RKHK'nın 6/2 maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasına dair verilen ilk örnek; (a) bendinde yer alan, hakim teşebbüsün ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerde bulunmasıdır.¹⁶⁷ Bu örnekte, belirli bir amaca yönelik eylemlerin kötüye kullanma kabul edileceği belirtilmiş, eylemin amacına vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla RKHK'nın 6/2 (a) maddesi kapsamında kötüye kullanma sayılabilecek eylemlerin değerlendirilmesinde; pazardaki rekabetin doğal sonucu sayılabilecek güçlüklerle, hakim konumda bulunan teşebbüsün rakiplerini engelleme ve onların faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlayan eylemleri

¹⁶⁶ RKHK'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki (a) ve (d) bentlerinde yer verilen örnekler, ATA'da; ATA'nın 82. maddesinin (a) bendindeki örnek ise, RKHK'da yer almamaktadır. Benzer hükümler içeren 82. maddenin sırasıyla (c) ve (d), 6. maddenin (b) ve (c) bentleri arasında da önemli farklılıklar bulunmaktadır. Buna karşılık 82. maddenin (b) bendi ile 6. maddenin (e) bendi arasında tam bir paralellik söz konusudur.

¹⁶⁷ ATA'nın 82. maddesinde, RKHK'nın 6/2 (a) maddesinde belirtilen örneğe paralel bir düzenleme kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmamıştır. Bu husus, Adalet Divanı kararları çerçevesinde tartışılmış olan kötüye kullanma hallerinden biridir. Örneğin bkz. Case 6/73 Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223

sonucunda ortaya çıkan güçlükler birbirinden ayırt edilmelidir (Aşçıoğlu Öz 2000, ss. 174-175). Zira hakim durumda bulunan teşebbüsün, sadece varlığı bile rakipleri engelleyen ve faaliyetlerini zorlaştıran bir husustur. Ayrıca, serbest rekabet ortamının bulunduğu pazarlarda, rakip teşebbüslerin yarışarak birbirlerinin faaliyetlerini güçleştirmeleri doğaldır. Başka bir anlatımla, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin bütün davranışları, rekabet ortamının doğal bir sonucu olarak, rakiplerin faaliyetlerini bir ölçüde zorlaştırabilecek ve rakipleri pazara girmekten caydıracak nitelikte olabilir. Hakim durumun kötüye kullanılması, ancak, söz konusu engeller ya da zorluklar hakim durumda olan teşebbüsün rekabeti ortadan kaldırma amacına yönelik birtakım eylemlerinden kaynaklanıyorsa, söz konusu olabilecektir.

Hakim durumdaki teşebbüsün, somut olayın şartlarına göre, ilgili pazara girişleri engellemek veya rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla başvurabileceği; mal ve hizmet vermeyi reddetmek, yıkıcı fiyat veya indirim sistemleri uygulamak¹⁶⁸, fikri ve sınai mülkiyet haklarını kullanmak¹⁶⁹, teknelci temin zorunluluğu getirmek gibi pek çok dışlayıcı vasıta bulunmaktadır (Sanlı 2000, s. 302). Aşağıda bu dışlayıcı vasıtalarından bazıları üzerinde kısaca durulmuştur.

a. Mal veya Hizmet Vermeyi Reddetme

Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, mal vermeyi veya hizmet sunmayı reddetmesi, dışlayıcı bir uygulama olarak kötüye kullanma kabul edilmektedir (Korah 1994, s. 101). Topluluk Rekabet Hukuku'nda, özellikle önceki yıllarda verilen kararlarda¹⁷⁰, hakim durumda olan bir teşebbüsün eskiden beri mal verdiği müşterilerine haklı bir sebep olmaksızın mal tedarikini kesmesi, 82. madde

¹⁶⁸ Yıkıcı fiyat ve indirim sistemi uygulamalarına, aşağıda fiyat politikaları aracılığıyla hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında yer verilmiştir. (bkz. Bölüm 2. 5. 4. 2. 6)

¹⁶⁹ Fikri mülkiyet haklarının kullanılması için bkz. Bölüm 2. 5. 4. 2. 7

¹⁷⁰ Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223; Case 22/78 Hugin V EC Commission (1979) ECR 1869

kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Daha sonra verilen kararlarda ise, hakim konumdaki teşebbüsün, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için olmazsa olmaz, esaslı unsur sayılan bir mal üretmesi ya da hizmet sunması ve rakiplerin bu mallar bakımından hakim teşebbüse bağımlı olması halinde, somut olaya göre haklı bir nedeni bulunmadan bunların temininden kaçınması da, hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Türk Rekabet Hukuku'nda da mal vermeyi reddetmenin dışlayıcı uygulamalar kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Nitekim, mal tedarikinin reddedilmesi suretiyle rakiplerin pazar dışına itilerek RKHK'nın 6. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla, Rekabet Kurumu'na çok sayıda başvuru yapılmıştır.¹⁷¹ Rekabet Kurumu, 21.12.2000 tarih ve 50/533-295 sayılı kararında, hakim durumda olan bir teşebbüsün; mal talebinde bulunan müşteri hakim teşebbüsün devamlı alıcısı konumunda ise ya da hakim durumdaki teşebbüs müşterinin belli bir faaliyette bulunabilmesinin zorunlu unsuru olan bir mal veya hizmeti üretiyor ya da sunuyorsa, imkanları nispetinde ve makul şartlarla satış yapma zorunluluğunun olduğunu belirtmiştir.¹⁷²

b. Tekelci Temin Zorunluluğu Getirmek

Hakim konumdaki teşebbüsün kendi ürünlerini satmak için kendi satış ağını kurması veya satıcılarla tekelden temin anlaşmaları yapması, giriş engeli yaratıyor ya da

¹⁷¹ Örneğin bkz. Rekabet Kurumu'nun 8.4.2000 tarih ve 14/138-70 sayılı Kararı; 16.5.2000 tarih ve 18/176-94 sayılı Kararı ve 20.11.1997 tarih ve 40/257-13 sayılı Kararı

¹⁷² Somut olayda, şikayetçi pazara yeni girmek isteyen bir teşebbüstür. Rekabet Kurumu kararında, hakim durumdaki teşebbüsün şikayetçiye konsantre kolemanit cevheri satmasının temel kaynak faaliyeti olarak zorunlu unsur olmadığını ifade etmiştir. Anılan kararda zorunlu unsur, bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken, tedariki bakımından hakim durumdaki teşebbüs dışında başka bir alternatifi bulunmayan ve ekonomik ve rasyonel olarak da yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamadığı mal veya hizmetler şeklinde tanımlanmıştır. Bu uyuşmazlıkta, RKHK'nın 6/2 maddesinin (a) bendine aykırılığın bulunmadığı sonucuna varılmıştır. (bkz. ŞİRAMUN, S., y.a.g.e., s. 87)

rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırıyorsa, kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bu hallerden herhangi birinin varlığı, otomatik olarak kötüye kullanmanın gerçekleştiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Hukuka aykırılık bulunup bulunmadığı, somut olayın şartlarına göre, söz konusu davranışın ekonomik ve ticari açıdan haklı gerekçelere dayanıp dayanmıyor oluşu ile rekabet düzeni üzerindeki olumsuz etkileri birlikte değerlendirilerek ele alınmalıdır. Kural olarak, uygulamanın dışlayıcı amacının açıkça tespit edilebildiği hallerde, kötüye kullanmanın gerçekleştiği varsayılacaktır (Sanlı 2000, s. 302).

2. 5. 4. 2. 2 Ayrımcılık

RKHK'nın 6/2 maddesindeki ikinci kötüye kullanma örneği ayrımcılıktır. Kanun'un 6/2 maddesinin (b) bendinde "eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması" kötüye kullanma halleri arasında sayılmıştır. Avrupa Birliği Hukuku'nda, bu hükme karşılık teşkil eden düzenleme ise ATA'nın 82. maddesinin (c) bendinde yer almaktadır. Söz konusu hükümde, "eşdeğer anlaşmalarda, diğer taraflara, onları rekabet şartları açısından dezavantajlı hale getirecek şekilde farklı koşulların uygulanması" kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. Temelde her iki düzenleme de hakim teşebbüsleri muhataplarına karşı eşit ve objektif davranma yükümlülüğü altına sokmakla birlikte (Sanlı 2000, s. 267), RKHK'nın 6/2 maddesinin (b) bendinde ATA'da yer alan "rekabet açısından dezavantajlı hale getirecek şekilde" ifadesi yer almamaktadır. Bu durum, hakim durumda olan teşebbüsün işlemleri ile muhataplarını rekabet edebilirlikleri açısından birbirlerine karşı dezavantajlı duruma düşürüp düşürmediğine bakılmaksızın, rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen ayrımcı uygulamaların da hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanmasına neden olabileceği için eleştirilmiştir. Ancak, esasında dezavantaj konusu hükmün varoluş gerekçesini oluşturmaktadır

(Şiramun 2005, s. 88; Aslan 2001, ss. 238-239). Dolayısıyla bu maddenin uygulanmasında, Topluluk Rekabet Hukuku'nda olduğu gibi, rekabet edebilirlik bakımından bir dezavantaj yaratılıyor olup olmadığı ve söz konusu eylemin rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılması gerekmektedir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 176).

Esasen, RKHK'nın 6/2 (b) maddesi incelenirken, Kanun'un 4/2 (e) maddesinde yer alan ayrımcılık tanımlaması üzerinde de durmakta fayda bulunmaktadır. Söz konusu maddede, "münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki taraflara farklı koşulların uygulanması" hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bu kapsamda, kanun koyucunun ayrımcı uygulamaları, her ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, yasakladığı görülmektedir. Birbirini tamamlayan söz konusu iki düzenleme arasındaki temel farklılık ise, taraflar bakımından ortaya çıkmaktadır. RKHK'nın 4/2 (e) maddesine göre, hakim konumda olmayan en az iki teşebbüs ticari ilişki içinde oldukları en az bir teşebbüsü anlaşma veya uyumlu eylemleri ile ayrımcılığa maruz bırakırken; 6/2 (b) maddesi bakımından ayrımcılık, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün tek taraflı bir işlem ya da eylemiyle gerçekleşmektedir. Bu iki madde arasındaki bir başka farklılık ise, Kanun'un 4/2(e) maddesinde eşit durumdaki taraflara ayrımcılık yapılmasından söz edilirken, 6/2(b) maddesinde eşit durumdaki alıcılar ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Bir başka anlatımla, RKHK'nın 6/2(b) maddesi, satıcının hakim durumda olduğu durum esas alınarak düzenlenmiştir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 176). Bu nedenle, alıcının hakim durumda olduğu kötüye kullanma hallerinin göz ardı edilmemesi bakımından, Kanun'un 6/1 maddesinin genel ifadesi de göz önünde bulundurularak; alıcı kavramının, hakim teşebbüs ile ticari ilişkide bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak biçimde geniş olarak yorumlanması gerekmektedir (Sanlı 2000, s. 318).

Ayrımcılık yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin örnek bir uyuşmazlık Rekabet Kurumu'nun 28.4.1999 tarih ve 99-21/167-86 sayılı Kararı'dır (Şiramun 2005, s. 89). Bu olayda, bir teşebbüsün, mağaza kredi kartı hizmetleri pazarında ayrımcılık yaptığı ve rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasıyla Rekabet Kurumu'na başvuruda

bulunulmuştur. Olayda, kredi kartı teşebbüsü, üye iş yeri sözleşmesi tarafı olan mağazanın bir başka finans kuruluşu ile anlaşması durumunda komisyon oranlarını arttırma yoluna gitmektedir. Şikayetçi teşebbüs, üye iş yeri sözleşmesi ile tek taraflı bağlanıldığını ve serbestçe karar alma imkanının kısıtlandığını belirterek, RKHK'nın 4. ve 6. maddesine aykırılık bulunduğunu iddia etmiştir. Konuyla ilgili olarak raportörlerin raporunda, “aynı ekonomik birlik içerisinde yer alan bir firma ile, bu firmanın rakiplerini zorda bırakacak, onların faaliyetlerini kısıtlayacak ve/veya daha ağır yükümlülükler ve şartlar koşacak bir anlaşma imzalanmış değildir. Kaldı ki mağaza kartı hizmetini şirket, diğer bir kısım mağazalar gibi şikayetçiye de sunmaya devam etmektedir” denilerek, RKHK'nın 6. maddesine aykırılık nedeniyle soruşturma açılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.¹⁷³

Hakim teşebbüs tarafından ayırmacılık yapılması, yaygın olarak fiyat uygulamalarında söz konusu olmaktadır.¹⁷⁴ Fiyat ayırmacılığında (*price discrimination*) hakim teşebbüs, eşdeğer işlemlerde, eşit koşullardaki muhataplarına farklı fiyatlar uygulayarak rekabet şartları bakımından farklılıklar yaratmaktadır. Fiyat ayırmacılığından bahsedebilmek için öncelikle araştırma konusu işlemlerin eşdeğer olup olmadığı tespit edilmeli¹⁷⁵ ve

¹⁷³ Raportör görüşünde, ayrıca, hakim teşebbüsten talep edilen hizmetin mağazacılıkta rekabet açısından temel nitelikte bir hizmet olması şartının varlığını aramış; mağazanın sözleşmeyi feshederek başka bir teşebbüsle anlaşmasının mümkün olduğunu ifade ederek esaslı unsur kuralına atıfta bulunmuştur. Vazgeçilmez/esaslı/zorunlu unsur doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. Bölüm 2. 4. 4. 2. 2

¹⁷⁴ Fiyat indirimleri ve prim uygulaması da dolaylı bir tür fiyat ayırmacılığı olarak kabul edilmektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Bölüm 2. 5. 4. 2. 6

¹⁷⁵ Eşdeğer işlem ifadesi ile, karşılıklı söz konusu edilen mal ya da hizmetlerin aynı cins ve vasıfta olması, aynı zamanda teslim edilmesi, aynı maliyeti taşıması gibi hususlar kastedilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. FAULL, J. and NİKPAY, A., 1999. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, s. 175

muhatap teşebbüslerin konumları karşılaştırılmalıdır¹⁷⁶. Somut olayda eşit konumdaki taraflara eşdeğer işlemler için farklı fiyatlar uygulanıyor ve bu suretle taraflar birbirine göre rekabet edebilirlikleri bakımından dezavantajlı duruma düşürülüyor ise, kötüye kullanma söz konusu olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, ayrımcı fiyat uygulamaları yoluyla kötüye kullanmanın tespit edilmesi aşamasında, mutlaka fiyatı etkilemesi muhtemel diğer faktörler de değerlendirilmelidir. Zira, pazarlama, işgücü, ölçek ekonomileri ve ulaşım maliyetleri gibi piyasa faktörlerinden kaynaklanan farklı fiyat uygulamalarının ayrımcı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir (Sanlı 2000, s. 319).

Topluluk uygulamasında da, ayrımcılık ile ilgili kararların büyük bölümü, fiyat politikalarıyla ayrımcılığa ilişkin olup, ayrımcılığın yanı sıra başka kötüye kullanma hallerinin de ortaya çıktığı örneklerdir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 177). Birliğin ulusal olmayan yapısı ve pazar bütünleşmesinin hedeflenmesi sebebiyle, özellikle milliyet¹⁷⁷ ve coğrafya¹⁷⁸ farklılığına dayanan ayrımcı uygulamalar, kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Ayrımcılık yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasında da; ekonomik açıdan objektif haklı görülebilirlik kriteri, hukuka aykırılığın tespit edilmesinde büyük ölçüde belirleyici olmaktadır (Sanlı 2000, s. 321; Esin 1998a, s. 55; Bellamy and Child 1993, s. 624).

¹⁷⁶ Teşebbüslerin konumları itibarıyla yapılan kıyaslama oldukça karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Bu aşamada, muhatap teşebbüslerin ilgili pazardaki konumları, rakip teşebbüsler, birbiriyle ve hakim teşebbüs ile olan ilişkileri gibi bir çok faktörün birlikte ele alınması gerekmektedir. Rekabet Kurumu'nun hangi durumda alıcıların eşit sayılacağı konusunda görüş oluşturduğu örnek bir uyumsuzluk için bkz. Rekabet Kurumu'nun 21.12.2000 tarih ve 50/533-295 sayılı Kararı. (Bu olayda Rekabet Kurumu, "birbirini ikame edebilen alıcıların eşit durumda kabul edilmeleri gerektiği" şeklinde karar vermiştir. (bkz. ŞİRAMUN, S., y.a.g.e., s. 91)

¹⁷⁷ Commission Decision: GEMA V EC Commission OJ [1971] L 134/15; Case 7/82 GVL V Commission (1983) ECR 483, 509; Case 18/93 Corsica Ferries Italia V Corpo dei Piloti del Porto di Genova (1994) ECR I-1783

¹⁷⁸ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207

2. 5. 4. 2. 3 Ek Yükümlülükler Öngörme

RKHK’da yer verilen bir diğer kötüye kullanma örneği, haksız ticari yükümlülükler getirme halinin düzenlendiği (c) bendidir. Kanun’un 6/2 maddesinin (c) bendinde “Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınması veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi, tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi” kötüye kullanma olarak nitelendirilmiştir.

Hakim durumda bulunan teşebbüs, sözleşmelere ek yükümlülükler koyarak, birden fazla menfaat temin etmekte; bir yandan, pazardaki hakim konumunun kendisine sağladığı imkanları kullanarak, müşterisini aslında almak istemediği bir ürünü ya da hizmeti almak zorunda bırakmakta ve ek olarak sattığı ürün pazarında durumunu güçlendirmekte, diğer yandan da rakipleri aleyhine satışlarını arttırmaktadır (Şiramun 2005, s. 92). Netice olarak, bu uygulama ile potansiyel rakipler için giriş engeli yaratılmakta ve faaliyetleri güçleşen aktüel rakipler de pazar dışına itilmektedir (Aslan 2001, s. 241).

Avrupa Birliği Hukuku’nda, bu hükme karşılık teşkil eden düzenleme, ATA’nın 82. maddesinin (d) bendinde yer almaktadır. Anılan maddede, sözleşmelerin kurulmasının, ticari teamül¹⁷⁹ ya da işin niteliği bakımından bu sözleşmelerin konusu ile hiç ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabul edilmesi şartına bağlanması kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. Ek satış yükümlülükleri getirilmesinin kötüye kullanma olarak

¹⁷⁹ Ticari teamül, bir işin aynı şekilde yapılması alışkanlığından doğan ve kendilerine uyulması inancının yerleştiği adetlerdir. Doktrinde ticari teamülün varlığı için genellikle, uzun zamandan beri sürekli uygulanması ve ilgili kimseler arasında bu kurallara uymaları gerektiği yolundaki inancın yerleşmesi şartları aranır. (bkz. MİMAROĞLU, S. K., 1978. *Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku*. Ankara, ss. 125-126)

değerlendirilmesi için, ATA'da temel kriterler olarak yer verilen ticari teamüllere aykırılık ve sözleşme konusu ile ilgili olmama hususları, RKHK'da yer almamaktadır. ATA'da yer alan açık ifadeye rağmen, Kanun'un 6/2 maddesinin (c) bendinde bu kıstaslara yer verilmemesi, ticari hayatın akışı açısından olağan ve hatta gerekli sayılabilecek çeşitli uygulamaların kötüye kullanma olarak değerlendirilmesine yol açabilecektir.¹⁸⁰ Zira, hakim durumdaki teşebbüsün, satın alınan malın veya hizmetin güvenli ve sağlıklı şekilde değerlendirilebilmesi için, başka bir takım edimlerin de alınması yükümlüğü getirmesi, somut koşullar altında hukuka uygun olarak kabul edilebilir.¹⁸¹ Dolayısıyla kötüye kullanmanın belirlenmesinde, ek yükümlülüklerin teamül ya da sözleşmenin niteliği gereği olup olmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Öte yandan, Rekabet Kanunu'ndaki düzenleme, oldukça uzun ve detaylı olmasına rağmen, kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gereken çeşitli durumları kapsam dışı bırakacak şekilde eksiktir (Sanlı 2000, s. 322; Aslan 1997, s. 112). Zira ek yükümlülük, sadece hakim konumdaki teşebbüs tarafından sağlanan başka bir mal veya hizmetin de satın alınması, teşhiri veya tekrar alım satımına ilişkin koşullar getirilmesi ile sınırlı değildir. Örneğin, hakim teşebbüsün, kendisinden mal alınmasını, yine kendisinin satmakta olduğu başka bir malın servisinin de sağlanması koşuluna bağlaması, ya da kendisinin belirlediği başka bir teşebbüsten mal veya hizmet alınmasını dayatması da, alıcı teşebbüsün ticari özgürlüğünü ve dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı niteliktedir (Aslan 1997, s. 113). Bu nedenle, RKHK'nın 6/2 maddesinin (c) bendinde yer alan yasaklamanın, AB Rekabet Hukuku ve uygulaması ışığında yorumlanması, RKHK'nın amacı bakımından yerinde olacaktır.

¹⁸⁰ Bu hükme benzer bir örneğe yer verilen RKHK'nın 4/2 maddesinin (f) bendinde, "anlaşmanın niteliği ve ticari teamüle aykırı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

¹⁸¹ Örneğin, bir otomobil üreticisinin, alıcısına, güvenlik nedeniyle önemli yedek parçaları yalnızca kendisinden alması şartını koşması, ticari teamüllere göre olağan karşılanmalıdır. Daha düşük kalitedeki bir yedek parçanın alınmasının engellenmesi amacına yönelik bu tür uygulamalar hukuka uygun kabul edilmelidir. Bununla beraber aynı kalitede yedek parça, bir başka teşebbüs tarafından da tedarik edilebiliyorsa, bu durum kötüye kullanma olarak değerlendirilecektir. (bkz. SANLI, K. C., y.a.g.e., s. 323)

2. 5. 4. 2. 4 *Hakim Durumun Bir Başka Pazarda Kötüye Kullanılması*

RKHK’ da yer verilen bir diğer kötüye kullanma örneği, 6/2 maddesinin (d) bendinde, “Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak, başka bir mal veya hizmet piyahasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler” şeklinde ifade edilen düzenlemedir. Söz konusu düzenlemede, başka mal ve hizmet piyasalarında rekabeti bozmayı amaçlayan eylemler ifadesi kullanılarak, kötüye kullanma kabul edilecek eylemler tanımlanmamış, genel olarak bu amaca yönelik eylemlerden söz edilmiştir. Hakim teşebbüsün diğer bir pazarda rekabete etkide bulunması, somut olayların önemli bir kısmında; bağımsız olarak değil, dışlayıcı uygulamalar veya kelepçeleme uygulamaları gibi kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek bir başka davranışın neticesinde tali bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır (Sanlı 2000, s. 329).

RKHK’nın 6/2 (d) maddesinde yer verilen bu hüküm, ATA’da yer almamakla birlikte, ATAD kararlarıyla AB Rekabet Hukuku’na da girmiştir. RKHK’da böyle bir örneğe yer verilmiş olması da, büyük olasılıkla ATAD’ın çeşitli kararlarında ortaya çıkan prensiplerin bir yansımasıdır. Bir pazardaki hakim durumun bir başka pazarda kötüye kullanılması meselesi, AT Rekabet Hukuku’nda ilk defa Tetra Pak II Davası ile gündeme gelmiştir.¹⁸² Bu uyuşmazlıkta, ATAD, Tetra Pak’ın belirli bir pazarda hakim durumda bulunduğu ve iddialı bir oyuncu konumuna sahip olduğu diğer ürün pazarında ise yıkıcı fiyat uyguladığına işaret ederek; ilgili teşebbüsün hakim durumda olmadığı pazarda da 82. maddenin uygulanabileceğine hükmetmiştir. Bu konuda bir başka örnek uyuşmazlık olan Commercial Solvents Davası’nda¹⁸³ ise ATAD, ilaç

¹⁸² Case 333/94 Tetra Pak II V Commission (1996) ECR I-5951

¹⁸³ Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223. Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. ÖZSUNAY, E., 1980. AET’de Pazardaki Durumun Kötüye Kullanılması Konusunda İlginç Bir Olay: Zoja/CSC-ICI Kararı Üzerine Bazı Düşünceler. *İktisat ve Maliye Dergisi*, 27 (10), ss. 352-355

sektörü hammadde pazarında hakim durumda bulunan söz konusu teşebbüsün, mamul pazarına girmek amacıyla eskiden beri hammadde verdiği Zoja adlı teşebbüse mal tedarikini kesmesini, kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda, bir pazardaki hakim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılmasına örnek teşkil eden kararların büyük bir bölümünde; rekabetin kısıtlandığı diğer pazar, hakim konumda bulunulan pazara malların veya hizmetlerin niteliği bakımından benzer özellikler taşıyan komşu bir pazardır.¹⁸⁴ Buna karşılık, özellikle kelepçeleme sözleşmelerinin bulunduğu kötüye kullanma hallerinde; komşu olmayan pazarlarda da rekabetin zarar görmesi mümkündür (Sanlı 2000, ss. 327-329).

Kanun koyucunun, ATA'da açıkça yer almayan ancak Komisyon ve ATAD kararları çerçevesinde tartışılmış olan başka pazarda kötüye kullanma haline RKHK'da yer vermiş olması, uygulama açısından somut bir fayda sağlamaktan uzaktır (Esin 1998a, s. 185; Budak 1993, s. 48).¹⁸⁵ Zira, 6. maddenin genel bir ifade içeren ilk bendinde, ilgili pazardaki hakim durumun mutlaka aynı pazarda kötüye kullanılması gibi bir zorunluluktan söz edilmemektedir (Budak 1993, s. 48). Ayrıca kötüye kullanma kavramı, ekonomik gücün rekabet düzenine zarar veren her türlü kullanımını kapsayan geniş bir kavramdır ve Rekabet Hukuku bakımından da önemli olan, rekabetin sınırlandırılmasıdır (Sanlı 2000, s. 327).

¹⁸⁴ Örneğin Hilti Davası'nda hakim durumda bulunulan piyasa çivi tabancaları ve bunların kartuşları, rekabetin kısıtlandığı piyasa ise çivi piyasasıdır. (bkz. Case 30/89 Hilti V EC Commission (1992) ECR 1439) Diğer örnek davalar olarak bkz. Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223, 250; Case 62/86 AKZO V Commission (1991) ECR I-3359; Commission Decision: *Napier Brown V British Sugar* OJ [1988] L 284/41

¹⁸⁵ Karşı görüş için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., y.a.g.e., s. 179; ASLAN, İ. Y., 1997. *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*. Bursa: Ekin Kitapevi Yayınları, s. 114

2. 5. 4. 2. 5 Üretim, Pazarlama veya Teknik Gelişmenin Tüketicinin Zararına Olarak Kısıtlanması

RKHK'nın 6/2 maddesinin (e) bendinde, "Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin kısıtlanması" kötüye kullanma uygulaması kabul edilerek yasaklanmıştır. Kural olarak, rekabet baskısı altında teşebbüsler daha verimli olarak çalışmaktadır. Ancak özellikle yüksek giriş engellerinin bulunduğu durumlarda rekabet baskısının bulunmayışı¹⁸⁶; hakim konumdaki teşebbüslerin, verimlilikten uzaklaşmasına, gelişim ve ilerleme zorunluluğunun bulunmadığı rahat bir faaliyet ortamına kavuşmasına neden olabilmektedir.¹⁸⁷ RKHK'nın 6/2 maddesinin (e) bendi, rekabet baskısının bulunmadığı bu gibi durumlarda, hakim teşebbüslerin daha verimli çalışmalarını sağlamayı amaçlamaktadır.¹⁸⁸

ATA'nın 82. maddesinin (b) bendi ile tamamen paralel olan bu düzenlemede yer alan "tüketicinin zararına olarak" ifadesi ile, kanun koyucu açıkça tüketici menfaatine atıfta bulunmuştur. Ancak unutulmaması gerekir ki, Rekabet Hukuku kurallarının aslı amacı, piyasadaki rekabet düzenini korumaktır. Tüketici menfaatinin korunması ise birincil ve

¹⁸⁶ Yüksek giriş engellerinin bulunmadığı hallerde, aktüel ve potansiyel rekabet baskısı hakim teşebbüsü daimi olarak verimli ve rekabetçi davranmaya itecek; aksi tutumda bulunması halinde anılan teşebbüs piyasa şartları tarafından dışlanacaktır. Böyle bir halde, rekabet kurallarının müdahalesine ihtiyaç bulunmamaktadır. (bkz. SANLI, K. C., y.a.g.e., ss. 331-332)

¹⁸⁷ Diğer kötüye kullanma hallerinden farklı olarak pasif tutum ile gerçekleştirilen bu kötüye kullanma uygulaması, literatürde "rahat yaşam" (*quiet life*) olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. WHISH, R. and SUFRIN, B., 1993. *Competition Law*. London: Butterworths, s. 271; BELLAMY, C. and CHILD, G., "*Common Market Law of Competition*", s. 640

¹⁸⁸ Yüksek giriş engelleri; özellikle, devlet tekelleri, devlet tarafından sağlanan imtiyazlı faaliyet alanları veya yatırım maliyetlerinin çok yüksek olduğu iş sahalarında söz konusu olmaktadır. ATAD ve Komisyon'un; üretim, teknik gelişme ve pazarlamanın kısıtlandığı durumları kötüye kullanma olarak kabul ettiği kararlarda da, hakim konumdaki teşebbüs genelde kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindedir. Bu konuda örnek davalar için bkz. SANLI, K. C., y.a.g.e., s. 331; WHISH, R. and SUFRIN, B., "*Competition Law*", ss. 332-333

doğrudan amaç değil, dolaylı olarak ortaya çıkan bir sonuçtur. Nitekim, anılan düzenlemede de tüketici menfaatleri, bunların ihlali sonucunda rekabetin olumsuz yönde etkileneceği düşüncesinden hareketle koruma altına alınmıştır (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 166).

Son olarak belirtmek gerekir ki; üretim, pazarlama veya teknik gelişmenin kısıtlandığı ve tüketicinin zarar gördüğü her durum, kötüye kullanma olarak değerlendirilmemelidir (Smith and Herzog 1976, s. 270). Zira ekonomik yaşamda faaliyet gösteren teşebbüsler daima gelişim trendinde olmadıkları gibi, piyasa şartları da zaman zaman değişebilmekte, dalgalanmalar olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, teşebbüsler, ekonomik gelişimlerini durdurabilmekte ve üretim, pazarlama veya teknik gelişme bakımından kısıtlamaya gidebilmektedir (Sanlı 2000, s. 332). Belirtilen bu faaliyetler bakımından gelişiminin gerçekleşmemesi ekonomik nedenlerden kaynaklanıyorsa, teşebbüslerin cezalandırılması amaca uygun olmayacaktır.

2. 5. 4. 2. 6 Hakim Durumun Fiyat Politikaları ile Kötüye Kullanılması

ATA'dan farklı olarak, RKHK'nın 6. maddesinde belirtilen kötüye kullanma örnekleri arasında, fiyat politikaları ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte 6. maddenin ikinci bendinde ifade edilen kötüye kullanma hallerinin belli başlı örnekler olduğu göz önüne alındığında, somut olayın şartlarına göre hakim durumun fiyat politikaları aracılığıyla kötüye kullanılması hallerinde de bu madde uygulanabilmektedir.

Fiyat politikaları ile hakim durumun kötüye kullanılması; genellikle yıkıcı fiyatlar (*predatory pricing*), fahiş fiyatlar (*excessive pricing*) ve çeşitli indirim sistemleri (*discounts/rebates*) şekillerinde ortaya çıkmaktadır.

a. Yıkıcı Fiyatlar

Haksız fiyat (*unfair pricing*) uygulamalarının bir türü olan yıkıcı fiyat uygulamasında, hakim durumda bulunan teşebbüs, ekonomik gücüne dayanarak geçici bir süre için fiyatları rakiplerinin dayanamayacağı şekilde aşırı oranlarda aşağıya çekmekte; böylece aktüel rakipleri pazar dışına iterken, caydırıcı bir etki olarak potansiyel rakiplerin de pazara girişlerini engelledikten sonra, tekrar fiyatları yukarıya çekerek, bu dönem içindeki zararını telafi etmektedir. Bu itibarla, yıkıcı fiyat uygulamalarını, RKHK'nın rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve pazara girişlerin önlenmesini yasaklayan 6/2 (a) maddesi kapsamında değerlendirmek de mümkündür.¹⁸⁹

İlk bakışta oldukça basit gibi görünen bu uygulamanın, 6. madde kapsamında yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmesi ise, bazı güçlükleri beraberinde getirmektedir. Zira yıkıcı fiyat iddiasının söz konusu olduğu durumlarda, pazarda rekabetin bulunmasının sonucu olarak ortaya çıkan düşük fiyat ile yıkıcı fiyatın birbirinden ayrılması her zaman çok kolay olmamaktadır (Korah 1994, s. 90; Bellamy and Child 1993, s. 621; Aslan 1992, s. 241). Ayrıca fiyatta gerçekleşen düşüşün, yıkıcı fiyat olarak kabul edilmesi için hangi oranda olması ve bu durumun ne kadar devam etmesi gerektiği konusunda da kesin bir değerlendirme yapmak güçtür. AB Rekabet Hukuku'nda fiyatın yıkıcı olup olmadığına karar verilirken genellikle maliyetin hesaplanması yöntemi kullanılmakta; ayrıca, belirlenen fiyat politikasının, rakibi piyasa dışında bırakmak amacıyla uygulanıp uygulanmadığı dikkate alınmaktadır. Rekabet Kurumu kararları incelendiğinde, Türk Rekabet Hukuku'nda da aynı

¹⁸⁹ Rekabet Kurumu'nun, yıkıcı fiyat uygulamaları ile rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılarak RKHK'nın 6/2 maddesinin (a) bendine aykırılık bulunduğu örnek bir uyuşmazlık olarak bkz. Rekabet Kurumu'nun 4.12.1999-19.7.2000 tarih ve 99-5/37-12 sayılı Kararı. (Karar için ayrıca bkz. ASLAN, İ. Y., 2001. *Rekabet Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi, ss. 235-236)

yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.¹⁹⁰ Örneğin, bir incelemesinde Kurum¹⁹¹, pazara yeni giren bir teşebbüsün uyguladığı düşük fiyat politikasını, pazarda tutunma çabası olarak değerlendirmiştir. Kurum, aynı olayda, pazara yeni giren teşebbüsün rakiplerinin de bu uygulama karşısında fiyatlarını düşürmelerini ele almış; söz konusu fiyat politikasının amacı, etkisi ve süresi itibarıyla yıkıcı fiyat olarak değerlendirilemeyeceği hükmüne varmıştır (Şiramun 2005, s. 86).

b. Fahiş Fiyatlar

ATA'nın 82. maddesinin (a) bendinde, hakim durumdaki teşebbüslerin diğer teşebbüslere dolaylı ya da dolaysız olarak adil olmayan alış ve satış fiyatı veya benzeri haksız ticari koşulları zorla kabul ettirmeleri yasaklanarak, AB Rekabet Hukuku'nda fahiş (aşırı/sömürücü) fiyat uygulamaları kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. AB'de konuyla ilgili örnek uyuşmazlıklar incelendiğinde; aşırı veya haksız fiyatın belirlenmesinde, genelde maliyete dayalı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra, fahiş fiyatla pazara sunulduğu iddia edilen mal ve hizmetin fiyatının, tüketici nezdinde eşdeğer sayılabilecek bir başka mal veya hizmetin fiyatıyla karşılaştırılması da yapılan değerlendirmede dikkate alınmaktadır. Adalet Divanı, iddia konusu mal ya da hizmet için talep edilen bedelle, bu mal ya da hizmetin ekonomik değeri arasında bir orantılılık olmasını aramaktadır. Böyle bir dengenin bulunmayışının, fahiş fiyat uygulanması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması olacağı belirtilmiştir (Aşçıoğlu Öz 2000, s. 186).

Türk Rekabet Hukuku'nda, kötüye kullanma örnekleri arasında aşırı fiyatlandırma ile ilgili açık bir hükme yer verilmemiş olması, bu uygulamanın kötüye kullanma

¹⁹⁰ RKHK'nın 6. maddesinin (a) bendinde yer alan "ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" ifadesinin, yıkıcı fiyatların tespitinde AB Rekabet Hukuku'nda uygulanan maliyet hesaplamasının yanında hakim teşebbüsün uyguladığı fiyat politikası ile ulaşmak istediği amacın da değerlendirilmesi yöntemine uygun bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. (bkz. SANLI, K. C., y.a.g.e., s. 307)

¹⁹¹ Rekabet Kurumu'nun 8.12.1999 tarih ve 99-56/599-381 sayılı Kararı

olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira RKHK'da belirtilen kötüye kullanma örnekleri sınırlandırıcı değildir. Ayrıca, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile ilgili 4. maddenin (a) bendinde belirtilen örnekler arasında fiyatlarla ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmişken; benzer bir durumun 6. madde kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmemesi de çelişkili olacaktır (Sanlı 2000, s. 337). Rekabet Kurumu'nun da, RKHK'da bu konuda bir düzenleme olmamasına karşın, AB uygulamasına paralel olarak, aşırı fiyatlandırma yoluyla kötüye kullanmanın gerçekleşebileceğini kabul ettiği, ve bu konuyla ilgili uyuşmazlıkları karara bağladığı görülmektedir.¹⁹²

Son olarak belirtmek gerekir ki, fahiş fiyat uygulamalarının kötüye kullanma olarak kabul edilmesi, Rekabet Hukuku'nda en fazla tartışma konusu olan konulardan biridir. Yıkıcı fiyat uygulamaları, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve pazardan silinmeleri suretiyle rekabetin ortadan kaldırılması amacı ya da etkisine sahip olduğundan, pekçok hukuk sisteminde hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilirken, aşırı fiyatlar konusunda bir yorum ve uygulama birliği bulunmamaktadır.¹⁹³

c. İndirim Sistemleri

Hakim teşebbüsün müşterilerine karşı fiyat indirimleri ve prim uygulaması da, Rekabet Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, bazı koşullar altında RKHK'nın 6. maddesi bakımından kötüye kullanma teşkil etmektedir. Rekabetin olduğu bir piyasada, teşebbüsler iş hacimlerini korumak veya artırmak amacı ile,

¹⁹² Bu konuda örnek bir uyuşmazlık olarak bkz. Rekabet Kurumu'nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/89-31 sayılı Kararı

¹⁹³ Örneğin Avustralya ve Japonya'da, aşırı fiyat uygulaması kötüye kullanma halleri arasında sayılmışken, Alman kartel örgütü, fiyata müdahale konusuna temkinli yaklaşmış ve teşebbüslerin fiyat belirleme özgürlüğüne dikkati çekmiştir. İngiliz Rekabet Hukuku'nda, fahiş fiyat uygulamaları, hukuka aykırı olarak kabul edilirken; Amerikan Rekabet Hukuku'nda ise, rekabet politikasının özü ile çelişeceği düşüncesiyle, fahiş fiyatlara, antitröst kuralları ile müdahale edilmemektedir. (bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, G., y.a.g.e., s. 182)

müşterilerinin kendilerinden daha fazla mal ve hizmet talep etmesini teşvik eden bu tür uygulamalarda bulunabilir. Kural olarak rekabete aykırı olmayan bu uygulamalar, rakip teşebbüslerin pazara girişini engellemek ya da bunları piyasadan çıkarmak amacıyla gerçekleştirilirse, kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Kanun'a aykırı indirimler, genelde, kapsamı açık ve net olmayan, uzun süreli ve ayrımcı uygulamalar şeklinde ortaya çıkmaktadır (Aslan 2001, s. 240). Uygulanan her indirim sisteminin amacı, rekabet üzerindeki etkileri incelenmek suretiyle, kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağına somut olayın şartlarına göre karar verilmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak Rekabet Kurumu'nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁹⁵, birden fazla gazete firmasının fiyat indirimiyle hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddia edilmiştir. Olayda, indirim yapan firmaların medya sektörünün yüzde 75'ini ellerinde bulundurdukları ve uyguladıkları fiyat politikası ile küçük ölçekli gazete yayıncılarını zor durumda bıraktıkları öne sürülmüştür. Rekabet Kurumu ise, pazar paylarını incelediği yayıncılık firmalarının hakim durumda bulunmadığı sonucuna vararak, söz konusu başvuruyu reddetmiştir (Şiramun 2005, s. 91).

2. 5. 4. 2. 7 Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması

Fikri mülkiyet hakları, sahiplerine mutlak nitelikte çeşitli mali hakların yanında tekel hakkı da tanımaktadır. Bu itibarla, hakim durumda olan bir teşebbüs, fikri mülkiyet hakkının kullanılması neticesinde mal vermek veya hizmet sunmaktan kaçınabileceği gibi, rakip teşebbüslerin pazara girmesini de engelleyebilmektedir. ATA'nın 82.

¹⁹⁴ İndirim ve prim uygulamaları hakkında detaylı bilgi için bkz. Bölüm 1. 4. 4. 2. 5

¹⁹⁵ Rekabet Kurumu'nun 5.9.2000 tarih ve 33/356-200 sayılı Kararı

maddesinde, fikri mülkiyet haklarının korunduğuna ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Topluluk Hukuku'nda, fikri mülkiyet haklarının sahibine sağladığı hakların varlığı kabul edilmiş, ancak bu hakların Ortak Pazar'da rekabeti ortadan kaldırmaması gerektiği belirtilmiştir (Şıramun 2005, s. 96).

RKHK'da da ATA'da olduğu gibi fikri mülkiyet haklarının kullanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türk Rekabet Hukuku bakımından, söz konusu hakların kullanılması konusunda Topluluk uygulamasına benzer başka düzenlemeler görülmektedir. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁹⁶ uyarınca, patent hakkı hakkın tüketilmesi ve ülkesellik ilkeleri ile sınırlandırılmıştır. Buna göre kural olarak, patent hakkı sahibinin söz konusu patentin izinsiz olarak kullanılmasını engellemek yetkisi bulunmakla birlikte; patent sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de satışa sunulmuş olan patentli ürünlerle ilgili eylemler, patentten doğan hakkın kapsamı dışında kalmaktadır (Tekinalp 1999, s. 563). Benzer biçimde, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁹⁷ uyarınca marka sahibine, söz konusu markanın izinsiz olarak kullanılmasını engelleme yetkisi verilmektedir. Ancak, marka sahibi, bir defa markasını taşıyan malları Türkiye'de piyasaya sunmuş veya sunulmasına izin vermişse, bu aşamadan sonra artık markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamamaktadır.¹⁹⁸

¹⁹⁶ 27.07.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete

¹⁹⁷ 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete

¹⁹⁸ ATAD'ın da, malların serbest dolaşımıyla fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak benimsediği bu ilke "Tükenme/İlk Satış İlkesi" olarak adlandırılmaktadır. (bkz. TEKİNALP, Ü., 1999. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 414; ŞİRAMUN, S., y.a.g.e., s. 98)

Öte yandan, fikri mülkiyet hakları ile ilgili sözleşmelere RKHK'nın 5. maddesi uyarınca grup muafiyetler uygulanmaktadır (Tekinalp 1999, s. 34). Söz konusu 5. maddeye göre, muafiyet için aranan koşullar şunlardır:¹⁹⁹

- a. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin veya ekonomik ya da teknik gelişmenin sağlanması,
- b. Tüketicinin bundan fayda sağlaması,
- c. İlgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d. Rekabetin, (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması.

Esasen, muafiyete ilişkin söz konusu 5. madde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları ile ilgili 4. maddede yer alan rekabetin kısıtlanması yasağına ilişkin olmakla birlikte, içerdiği koşullar bakımından 6. maddede yer alan hakim durumun kötüye kullanılmasını da önleyebilecek niteliktedir (Şiramun 2005, s. 97).

2. 5. 4. 2. 8 Birleşme ve Devralmalar

Esasen, başlı başına ayrı bir çalışma alanı olan birleşme ve devralmalar konusunu da hakim durumun kötüye kullanılması bakımından kısaca incelemekte fayda bulunmaktadır. RKHK'nın 7. maddesinde, rekabeti sınırlayan birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır. Bu düzenleme ile, ATA'nın 82. maddesinin ruhuna uygun olarak, teşebbüs birleşmelerinin kendisi yasaklanmamış, teşebbüslerin birleşme ve devralma yoluyla pazara hakim olmaları denetlenerek, bu durumlarını kötüye kullanmalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. RKHK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum oluşturmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli

¹⁹⁹ Grup muafiyetlere ilişkin benzer bir düzenleme ATA'nın 81/3. maddesinde de mevcuttur.

ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır". Bu düzenleme ile sınırlama getirilen birleşme ve devralmalar, aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir:

- a. Piyasaya hakim olmak amacıyla rakip teşebbüslerin birleşmesi veya malvarlığının ya da ortaklık paylarının tümünün veya şirket yönetiminde hak sahibi olmaya yetecek kadar bir bölümünün devralınması,
- b. Piyasada hakim durumda olan bir teşebbüsün bu durumunu daha da güçlendirmek amacıyla küçük rakip teşebbüsler ile birleşmesi veya onları belirtilen şekillerde devralması (Çeker 1996, ss. 85-117).

Anılan maddenin 2. fıkrasına göre ise, Rekabet Kurumu, yayımlayacağı tebliğler vasıtasıyla hukuki geçerlilik kazanabilmesi için izin alınması gereken birleşme ve devralmaları ilan edecektir. Bu doğrultuda Kurum tarafından yayımlanan, Rekabet Kurumu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 Tebliğ'e göre, birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin; toplam pazar paylarının, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün pazarının yüzde 25'ini aşması veya toplam cirolarının 10 milyon YTL'yi geçmesi hallerinde, Rekabet Kurumu'ndan izin almaları zorunludur.²⁰⁰ Söz konusu oranları aşmayan işlemler için ise, Rekabet Kurumu'ndan izin almaya gerek bulunmamaktadır. Zira, bu hallerde, birleşme veya devralma neticesinde ortaya çıkan pazar payı veya ciro düşük olacağından, pazarda hakim

²⁰⁰ Rekabet Kurumu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 Tebliğ'in 6. maddesine göre, Rekabet Kurumu tarafından yapılacak değerlendirmede özellikle, "ilgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı" ile "ilgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları, pazara giriş engellerinin varlığı, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar" göz önünde bulundurulacaktır. (bkz. ŞİRAMUN, S., y.a.g.e., s. 95)

durumun oluşması ya da hakim durumun daha da güçlenmesi ve sonuç olarak da kötüye kullanmanın gerçekleşmesi, teorik olarak zor görünmektedir (Sanlı 2000, ss. 447).

Esasen, birleşme ve devralmalara ilişkin söz konusu mevzuat, bir birleşme ya da devralmanın hakim durum yaratması veya hakim durumu güçlendirmesi ve neticede ülkedeki veya ülkenin bir bölümündeki rekabetin önemli ölçüde engellenmesini yasaklamaktadır. Hakim durumda bulunmak hukuka aykırı olmamakla birlikte, kanun koyucu birleşme ve devralma yoluyla teşebbüsün bu konuma gelerek neticede kötüye kullanma eylemini gerçekleştirmesini engellemeyi hedeflemiştir (Şiramun 2005, ss. 95-96). Başka bir ifadeyle, rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir durum olan ekonomik gücün merkezi yoğunlaşması önlenmek istenmiş (Akıncı 2000, ss. 315-316), bu konuda Rekabet Kurumu'na denetleme yetkisi verilmiştir.

3. ÖRNEK BİR SEKTÖR OLARAK MEDYADA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ AB VE TÜRKİYE'DEN DAVALARLA İNCELENMESİ

Medyada hakim durumun kötüye kullanılmasının vaka analizleri ile inceleneceği bu bölümde, AB'den Oscar Bronner Davası, Türkiye'den ise BİRYAY vakaları örnek olarak ele alınacaktır. Aynı sektörle ilgili davalar olmaları nedeniyle önemli benzerlikler taşıyan Oscar Bronner Davası ve BİRYAY vakaları arasındaki bir diğer ortak özellik de, her iki uyuşmazlıkta da, bu çalışmanın “Mal verme veya Hizmet Sunmaktan Kaçınma” başlıklı 2. 4. 4. 2. 2 ve “Piyasaya Girişleri Engelleme ve Rakiplerin Faaliyetlerini Zorlaştırma” başlıklı 2. 5. 4. 2. 1 bölümlerinde değinilen zorunlu unsur doktrininin uygulanmış olmasıdır.

3.1 AB ÖRNEĞİ: OSCAR BRONNER DAVASI²⁰¹

Avusturya yazılı basın sektöründe faaliyet gösteren Oscar Bronner GmbH. & Co. KG (Oscar Bronner), Der Standard isimli günlük gazetenin yayına hazırlanması, basılması ve dağıtımını yürütmektedir. 1994'te söz konusu gazete, Avusturya günlük gazete pazarının tirajda yüzde 3.6'sına, reklam gelirlerinde ise yüzde 6'sına sahiptir.

Aynı piyasada faaliyet gösteren davalı teşebbüs Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (Mediaprint) ise, Avusturya'da Neue Kronen Zeitung ve Kurier isimli iki günlük gazeteyi yayınlamakta olup; aynı zamanda, bu gazetelerin pazarlama ve reklam işlerini tamamına sahip olduğu 2 yan kuruluş, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG ve Mediaprint

²⁰¹ Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG V Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG and Others (1998) ECR I-7791

Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, vasıtasıyla sürdürmektedir. 1994'te Neue Kronen Zeitung ve Kurier'in Avusturya günlük gazete pazarındaki payı yüzde 46,8, reklam gelirlerindeki payı ise yüzde 42 düzeyindedir. Mediaprint, Avusturya yayıncılık sektöründe ulusal çaptaki tek eve dağıtım sisteminin (*home-delivery-scheme*) de sahibidir.

Söz konusu uyuşmazlıkta, Oscar Bronner; Mediaprint'in, sahip olduğu eve teslim sistemi ile, kendi gazetesi Der Standart'ı da makul bir ücret karşılığında dağıtmasını talep etmiş, Mediaprint ise bu isteği reddetmiştir. Bunun üzerine, Oscar Bronner ulusal mahkemeye başvurmuş ve Mediaprint'in, hakim durumda bulunduğu eve teslim sistemine kendisinin girişini reddederek, bu durumunu kötüye kullandığını öne sürmüştür. Oscar Bronner, başvurusunda, posta servisinin günlük gazeteleri abonelere daha geç saatlerde ulaştırabildiğinden, eve teslim sistemine bir alternatif oluşturmadığını belirtmiştir. Yine bu başvurusunda, Oscar Bronner, sahip olduğu abone sayısının azlığı göz önünde bulundurulduğunda, kendisine ait bir eve teslim sistemini yalnız veya başka yayıncılarla ortak olarak oluşturması ve ekonomik olarak makul koşullarda işletmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu nedenlerle, Mediaprint'in sahibi olduğu eve teslim sisteminin gazetesinin satılması için zorunlu unsur oluşturduğunu ileri süren Oscar Bronner, ayrıca Mediaprint'in Wirtschaftsblatt isimli bir başka günlük gazeteyi, kendisi tarafından yayınlanmamasına karşın, eve-teslim sistemine dahil ederek ayrımcılık yaptığını öne sürmüştür.

Davalı Mediaprint ise, bu iddialara cevaben, eve teslim sistemini kurmasının yüksek idari ve finansal yatırım gerektirdiğini; bu sistemin Avusturya'daki bütün gazete yayıncılarının kullanımına sunulmasının, sistemin doğal kapasitesini aşmasına neden olacağını ileri sürmüştür. Ayrıca, hakim durumda bulunmasının rakip teşebbüslere yardım ederek rekabeti desteklemek zorunda olduğu anlamına gelmediğini belirtmiştir. Mediaprint, Wirtschaftsblatt ile Der Standart'ın durumlarının da karşılaştırılabilir olmadığını; zira Wirtschaftsblatt'ın yayıncısı, gazetenin basımı ve kiosklerde satışı dahil

tüm dağıtımını Mediaprint grubuna emanet ettiğinden, eve teslim servisinin bu hizmetlerin sadece bir kısmını oluşturduğunu belirtmiştir.

Ulusal mahkeme, söz konusu uyuşmazlığı ATA'nın 234'üncü maddesi çerçevesinde bir ön-karar (*preliminary ruling*) amacıyla ATAD'a intikal ettirerek aşağıdaki iki soruyu yöneltmiştir:²⁰²

- a. Avusturya günlük gazete pazarında baskın bir payı olan ve aboneler için tek eve teslim sistemini işleten bir teşebbüsün; düşük tirajı ve abone sayısının azlığı nedeniyle tek başına ya da başka teşebbüsler ile birlikte makul bir maliyet ile kendi eve teslim sistemini oluşturması ve karlı bir şekilde işletmesi mümkün olmayan bir rakibinin bu sistemden faydalanma istemini geri çevirmesi, ATA'nın 82'nci maddesi anlamında bir kötüye kullanma teşkil eder mi?
- b. Eve teslim sisteminin işletmecisi olan teşebbüsün, kendisinden genel bir paket kapsamında yalnızca söz konusu hizmeti değil pazarlama, basım gibi başka servisleri de alan bir başka rakip ile iş ilişkisine girmesi, ATA'nın 82. maddesi anlamında bir suistimal oluşturur mu?

ATAD, değerlendirmesinde ilk olarak, ATA'nın 82. maddesine göre Ortak Pazar'da veya Ortak Pazar'ın önemli bir bölümünde hakim durumun kötüye kullanılmasının, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde yasaklandığına vurgu yapmıştır.

Öncelikle, ATA'nın 82. maddesi anlamında hakim durumun var olup olmadığının belirlenmesi gerektiğine işaret eden ATAD, bu doğrultuda, ilk olarak, soruşturma konusu teşebbüsün etkin rekabeti engelleyecek biçimde suistimalde bulunduğu iddia

²⁰² Ulusal mahkeme, ATA'nın 82. maddesinin ancak üye devletler arası ticaretin etkilenmesi ihtimali bulunuyorsa uygulanabileceği koşulunun; yurt dışında da satılan günlük bir Avusturya gazetesinin yayıncısı olarak uluslararası ticarete de katılan Oscar Bronner'in eve teslim sistemine dahil edilmemesinin, bu teşebbüsün günlük gazete pazarından tamamen dışlanması sonucunu doğurabileceği için karşılandığını belirtmiştir.

edilen ilgili pazarın tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. İlgili pazarın tanımlanması meselesinin ulusal mahkemenin işi olduğunu belirten ATAD; bu bağlamda işe, eve teslim sisteminin ayrı bir pazar mı oluşturduğunun, yoksa mağaza veya kiosklarda satış ya da postayla teslim gibi günlük gazetelerin dağıtımında kullanılan diğer metodların bu sisteme yeterince ikame oluşturmak suretiyle birlikte mi ele alınması gerektiğinin tespiti ile başlanması gerektiğini vurgulamıştır. ATAD'a göre, ulusal mahkeme, hakim durumun var olup olmadığı konusunda vereceği kararda, olası bölgesel eve teslim sistemlerinin varlığını da dikkate almalıdır. Bu noktada, Yüce Mahkeme, ATA'nın 82. maddesinin uygulanabilmesi açısından, söz konusu ürün ya da hizmet pazarının tüm ikame ürünleri kapsamı gerektiğinin yerleşik içtihat olduğunun altını çizmiştir.²⁰³ ATAD'a göre, bu inceleme sonucunda ulusal mahkeme, Mediaprint'in ulusal eve dağıtım sistemi ile diğer bölgesel sistemlerin yeterli derecede ikame edilebilir olmadığı sonucuna vararak, Mediaprint'in sisteminin ayrı bir pazar oluşturduğuna karar verdiği takdirde, söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda fiilen monopol konumunda olduğunu ve böylelikle hakim durumda bulunduğunu farz etmelidir. Böyle bir durumda, ulusal mahkeme, yerleşik içtihada göre bir üye devletin sınırları Ortak Pazar'ın önemli bir bölümünü oluşturduğundan, Mediaprint'in Ortak Pazar'ın önemli bir bölümünde hakim konumda olduğunu da kabul etmelidir.

Bir kere bu karara varıldıktan sonra, sıra, tek ulusal eve dağıtım sisteminin sahibi olan teşebbüsün rakip bir teşebbüsün bu sistemden yararlanmasına izin vermemesinin, ATA'nın 82. maddesi anlamında hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespit edilmesine gelecektir. ATAD bu tespiti; eve teslim sistemine girişin reddedilmesi eyleminin,

²⁰³ ATAD, bu içtihat ile ilgili olarak, şu davalara atıfta bulunmuştur: Case C-31/80 L'oreal V De Nieuwe AMCK (1980) ECR 3775; Case C-62/86 AKZO V Commission (1991) ECR I-3359

- a. Söz konusu rakibi, gazetesinin satışı açısından vazgeçilmez olan (aktüel ya da potansiyel bir ikamesi bulunmayan) bir dağıtım yönteminden mahrum bırakıp bırakmadığı,
- b. Objektif olarak haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı,
- c. Servisi talep eden teşebbüs açısından günlük gazete pazarında rekabeti tümüyle engelleyip engellemediği temelinde yapılması gerektiğini vurgulamıştır.²⁰⁴

Bu açıklamaların ardından, hüküm aşamasına gelen ATAD, söz konusu uyuşmazlıkta, tek bir ulusal eve dağıtım sisteminin bulunmasına ve bu sistemin işletmecisinin bu sistem aracılığıyla sağlanan hizmet açısından hakim konumda bulunmasına karşın, yukarıdaki koşulların mevcut olmadığını belirtmiştir. Öncelikle, eve teslim sistemine göre abonelere daha geç ulaşıldığından dolayı daha az avantajlı olmasına karşın, posta, dükkan ve kulübelerde satış gibi alternatif gazete dağıtım yöntemleri bulunmakta ve kullanılmaktadır. Dahası, başka bir günlük gazete yayıncısı açısından; tek başına veya başka yayıncılarla işbirliğine giderek, yeni bir ulusal eve dağıtım sistemini kurmayı ve yayınlarını bunun vasıtasıyla dağıtmayı imkansız ya da makul olmayan biçimde zor hale getiren herhangi bir teknik, yasal ve hatta ekonomik engelin bulunmadığı görülmektedir. ATAD'a göre, böyle bir sistem kurmanın gerçekçi bir potansiyel alternatif olmadığını ve var olan sistemin kullanılmasının vazgeçilmez olduğunu göstermek için; abone sayısının azlığını gerekçe göstererek bunun ekonomik açıdan uygun olmadığını, başka bir anlatımla zararla sonuçlanacağını, savunmak yeterli değildir. Yüce Mahkeme'ye göre, giriş hakkının kaçınılmaz kabul edilebilmesi için, ikinci bir eve dağıtım sistemi kurmanın ekonomik olarak sürdürülebilir olmadığını ispat edilmesi gerekmektedir.

²⁰⁴ Bu hususlar ile ilgili olarak şu davalara atıfta bulunulmuştur: Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223; Case 241/91 & 242/91 RTE and ITP V Commission (1995) ECR I-743

Bu değerlendirmeler ışığında, ATAD; bir üye ülkede günlük gazete pazarının önemli bir bölümünü elinde bulunduran ve ülkedeki tek ulusal eve dağıtım sisteminin sahibi olan bir teşebbüsün (Mediaprint), abone sayısının azlığı gerekçesiyle yalnız ya da başka yayıncılarla ortaklaşa ekonomik olarak makul koşullarda kendi eve dağıtım sistemini oluşturması ve işletmesi mümkün olmayan rakip bir teşebbüsün (Oscar Bronner) makul bir ücret karşılığında sahip olduğu sistemi kullanmasına izin vermemesinin, ATA'nın 82. maddesi anlamında hakim durumun kötüye kullanılması teşkil etmediğine hükmetmiştir. ATAD, ulusal mahkemenin kendisine yönelttiği bu ilk soruya verdiği cevap ışığında, ikinci sorunun cevaplanmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir.²⁰⁵

3. 2 TÜRKİYE ÖRNEĞİ: BİRYAY VAKALARI

Çalışmanın bu bölümünde, Türkiye'de medyada hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin örnek vakalar olarak, BİRYAY-I ve BİRYAY-II davaları incelenecektir. Tezin konusu gereği, son derece kapsamlı olan söz konusu davaların yalnızca hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olan bölümleri ele alınacaktır.

3. 2. 1 Biryay-I Davası²⁰⁶

Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD) ve Yaysat Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. (YAYSAT), birlikte, kendi yayınları dışındaki müşteri yayınlarını pazarlamak ve ayrıca büyük şehirlerde belediyelerin tahsis ettiği gazete satış büfesi ihalelerini alarak mobo ve kiosk adı verilen gazete satış büfelerinde gazete satışını koordine etmek amacıyla,

²⁰⁵ ATAD'ın Oscar Bronner kararının bir eleştirisi için bkz. TEKİNALP, Ü., 2000. ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri. *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2000, Ankara*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, ss. 81-93

²⁰⁶ Rekabet Kurumu'nun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararı

Biryay Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRYAY) adında bir ortak girişim kurmuşlardır. Multimedya Basım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., YAYSAT ve BBD'nin, BİRYAY'ı kurarak piyasaya hakim duruma geldiğini belirtmiş; söz konusu teşebbüslerin, rakip yayınların dağıtım komisyonlarını istedikleri gibi artırmaları, rakip yayınları dağıtmamaları ya da rakip yayınların satış noktalarında sergilenmesini veya satılmasını engellemelerinin, müteşebbisleri gazete ve dergi çıkarmak için yatırım yapmaktan caydırdığını iddia etmiştir. YAYSAT ve BBD'nin, ticari faaliyet alanlarına başka teşebbüslerin girmesini engellediğini veya diğer teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığını iddia eden Multimedya, BİRYAY'ın bu yapısı ve geçmişte görülen eylemleri ile 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Uyuşmazlık, Multimedya Basım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.'nin 04.05.1998, 26.06.1998 ve 29.07.1998 tarihli şikayet dilekçeleri ile Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiş, iddiaların incelenmesi için 14.2.1999 tarihinde Kurum tarafından soruşturma açılmıştır.

Rekabet Kurumu, incelemesinde ilk olarak, ilgili pazarı ve hakkında soruşturma yapılan teşebbüslerin pazar paylarını ele almıştır. İlgili ürün pazarı, gazete ve dergi dağıtım pazarı olarak; ilgili coğrafi pazar ise, Türkiye olarak kabul edilmiştir. Hakkında soruşturma yapılan şirketlerden, BBD'nin gazete ve dergi dağıtım piyasasının ikinci büyük şirketi olduğu vurgulanarak, söz konusu teşebbüsün 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payının sırasıyla yüzde 45, yüzde 40 ve yüzde 35, dergi dağıtımındaki pazar payının ise yüzde 30, yüzde 33 ve yüzde 33 olduğu belirtilmiştir. YAYSAT'ın ise gazete ve dergi dağıtım piyasasında lider konumda olduğu, 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payının sırasıyla yüzde 55, yüzde 60 ve yüzde 65; dergi dağıtımında ise yüzde 70, yüzde 67 ve yüzde 67 olduğu belirtilmiştir. İnceleme ve değerlendirme bölümünde, BBD ve YAYSAT'ın ortaklaşa kurdukları BİRYAY ile ilgili olarak ise, anılan teşebbüsün dağıtım yapabilecek araç ve teşkilata sahip olmadığı, bu yüzden müşteri yayınevlerinin yayınlarını YAYSAT ve BBD aracılığı ile dağıttığı üzerinde durulmuştur. Rekabet Kurumu, bu bulgular ışığında; BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın ilgili ürün pazarında hakim durumda olduğu

hatta ihlallerin gerekleŖtiđi dönemdeki yüzde 100'lk toplam pazar payı nedeniyle mŖteri yayınevleri karŖsında tekel konumunda olduğunu vurgulamıŖtır. Rekabet Kurumu, RKHK'nın 6. maddesi kapsamındaki ihlalleri ele alırken, yaptığı hakim durum değerlendirmesinde, gazete ve dergi dağıtımı piyasasının özelliklerini ayrıntılı biçimde incelemiŖtir. Söz konusu piyasada yođunlaŖma oranının çok yüksek olduğu, soruŖturma konusu dağıtım Ŗirketlerinin pazarın tamamına sahip oldukları belirtilmiŖtir. İlgili rn pazarının oligopol, hatta BİRİYAY'ın da YAYSAT ve BBD gruplarının bir ortak giriŖimi olduğu dŖnldđnde, duopol niteliğinde bir piyasa olduğu; bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teŖebbslerin birlikte mŖterilerden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebilmelerinin mümkün olduğu belirtilmiŖtir. Dağıtım Ŗirketi kurmak için gerekli fiziki kapasite ve personel ihtiyacının büyük, ilk yatırım maliyetinin yüksek olması ve birçok gazete ve derginin dağıtımı için iyi bir organizasyona, teknik donanıma ve tecrübeye sahip olunmasının gerekmesinin, ancak büyük sermaye sahiplerinin bu iŖe girmesine olanak sağladığı; diğer yandan oluŖturulacak yeni bayilik ağını besleyecek yeteri kadar yayın sayısına ulaŖılmasının güç olduğu belirtilerek, pazara yeni bir rakibin girme ihtimalinin oldukça dŖk olduğu, dolayısıyla da ilgili piyasanın fazla geliŖme ve geniŖleme perspektifinin olmadığı deđerlendirilmiŖtir. Son olarak, piyasada faaliyet gösteren firma sayısının azlığı ve piyasaların paylaŖılmıŖ olmasının bir sonucu olarak, talebin fiyat esnekliğinin dŖk olduğu; mŖteri yayınevlerinin bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında rekabet halinde buldukları firmaların ortaklaŖa kurmuŖ olduğu BİRİYAY'dan baŖka alternatiflerinin bulunmaması nedeniyle pazarlık güçlerinin çok dŖk olduğu belirtilmiŖtir.

Rekabet Kurumu, hakim durum değerlendirmesinin ardından, kötüye kullanma türlerinin tespiti aŖamaŖına gemiŖtir. Kurum, söz konusu uyuŖmazlıđı, baŖka bir piyasadaki rekabet koŖullarının bozulması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması (Rekabet Kanunu 6/2 (d)) ve rakip teŖebbslerin faaliyetlerinin zorlaŖtırılması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması (Rekabet Kanunu 6/2 (a)) açılarından ele almıŖtır.

- a. Başka bir piyasadaki rekabet koşullarının bozulması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması

Rekabet Kurumu, herhangi bir yayının piyasaya girebilmesi ve okuyuculara ulaşabilmesi için kilit nitelikte olan dağıtım pazarında hakim durumda bulunan BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'ın eylemlerinin; bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasını da doğrudan etkilediğini belirtmiştir. Bu aşamada, rakip yayınevlerinin BBD ve YAYSAT ile mevcut sözleşmelerinin feshedilerek BİRİYAY ile daha ağır koşullar içeren sözleşmeler imzalamaya zorlandıkları konusunda belge ve tutanaklara ayrıntılı biçimde yer verilmiştir. Bunlar arasında; BİRİYAY tarafından BBD ve YAYSAT'a gönderilen ve BİRİYAY ile sözleşme imzalamayan veya sözleşmelerini yasal olarak tamamlamayan yayınevlerinin yayınlarının dağıtımının yapılmaması ve ödemelerinin durdurulmasının talep edildiği belgeler ve müşteri yayınevlerinin yetkililerinin, arzuları dışında BİRİYAY ile çalışmak zorunda bırakıldıkları, BBD, YAYSAT ve BİRİYAY'ın bayilerine talimat vererek yayınlarının dağıtılmasını ya da gerektiği şekilde teşhir edilip satılmasını engelleyebileceklerinden endişe duydukları yönünde yapmış oldukları açıklamalar öne çıkmaktadır. Rekabet Kurumu'nun, bu konuyla ilgili olarak üzerinde geniş biçimde durduğu Siyah Beyaz Gazetesi olayında, anılan gazeteyi yayınlayan Özgün Medya A.Ş.'nin BBD ile yaptığı dağıtım sözleşmesinin feshedilip BİRİYAY ile ağırlaştırılmış hükümler içeren yeni bir sözleşme imzalamaya zorlandığı, BİRİYAY ile sözkonusu sözleşmeyi imzalamak istemeyen yayınevinin, BBD ile önceden var olan sözleşme çerçevesinde yayınlarını BBD'ye teslim etmek istediği, ancak BBD'nin bu yayınları kabul etmediği, sonuçta yayınevinin BİRİYAY ile sözleşme imzalamak durumunda kaldığı; ancak BİRİYAY'ın süresi bitiminde hiçbir gerekçe göstermeksizin bu sözleşmeyi yenilemeyerek gazetenin gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerini zorlaştırdığı ve gazetenin piyasa dışına itildiği belirtilmiştir. Show Basın Olayı adı altında ele alınan bir başka olayda ise, Show Grubu'na dahil olan Uluslararası Moda Yayıncılık A.Ş. ve Üniversal Yayıncılık ve Ticaret A.Ş.'nin yayınlarının

YAYSAT tarafından BİRİYAY'ın kurulmasının ardından dağıtılmadığı, söz konusu şirketlerin ağırlaştırılmış sözleşme koşullarına ve imza sürecinde yaşanan muhtelif zorluk ve gecikmelere karşın BİRİYAY ile anlaşma imzalamak zorunda kaldıkları, buna rağmen yayınlarının piyasaya girişinin geciktirildiği; Show Grubu şirketlerinde müdür olarak görev yapan F. Erbil'e ait olan Novamedya Tanıtım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.'nin Mutfak Rehberi Dergisi'nin YAYSAT tarafından dağıtılmakta iken BİRİYAY'ın kurulmasının ardından bu firmaya devredildiği, ancak bir süre sonra (F. Erbil'in Milliyet Dergi Grubu'ndan istifa ederek rakip bir grup olan SHOW Grubu'nda yöneticilik yapmaya başlaması ve Milliyet Grubu'nda iki ayrı yemek dergisinin piyasaya çıkmaya başlaması üzerine) derginin yayın çeşidinin fazlalığı gerekçesiyle belli bir tarihten sonra dağıtılmayacağını bildirildiği ve belirtilen tarihten bir ay öncesinden itibaren söz konusu derginin bayilere gönderilmediği ifade edilmiştir. Bu başlıkta bir diğer örnek olay olarak yer verilen Akşam Gazetesi olayında ise; anılan gazetenin ve aynı grupta yer alan diğer yayınların gazete bayilerinde teşhir ve satışlarının BBD, YAYSAT ve BİRİYAY tarafından engellendiğine veya zorlaştırıldığına ve söz konusu gazetenin satılmaması karşılığında bayilik teklif edildiğine ilişkin olarak elde edilen noter tutanakları ve diğer tespitlere işaret edilmiştir. Rekabet Kurumu, bu uygulamaların, Akşam Gazetesi ve aynı grubun diğer yayınlarının dağıtımını gerçekleştiren Dost Basın Dağıtım A.Ş.'nin (DBD) faaliyetlerini zorlaştıran ve piyasanın dışına itilmesine neden olabilecek eylemler olması nedeniyle, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında ele alınacağını belirtmiştir.

b. Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması

Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması konusunda örnek bir vaka olarak, yukarıda da belirtilen Akşam Gazetesi olayına değinilmiştir. Söz konusu gazetenin fiyatını önemli oranda

düşürmesi sonucu, bu gazeteyi yayınlamakta olan Aslı Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ile dağıtımını yapan BİRYAY arasında uyuşmazlık çıktığı, BİRYAY'ın sözkonusu yayınevinin yayınlarını dağıtmayı reddetmesi sonucunda, sözkonusu yayınların Aslı Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. tarafından kurulan Dost Basın Dağıtım A.Ş. tarafından dağıtılmaya başlandığı belirtilmiştir. Rekabet Kurumu, bu olayı, Dost Basın Dağıtım A.Ş. ile son satıcılara ulaştırılan Akşam Gazetesi'nin teşhir ve satışının engellenmesi yoluyla anılan gazetenin gazete yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin ve Dost Basın Dağıtım'ın da gazete ve dergi dağıtım piyasasına girmesinin engellenmesi olarak değerlendirmiştir. Bu bölümde, YAYSAT yetkilileri tarafından düzenlenen ve DBD tali bayilerinin yok edilmesi ya da varoşlara itilmesi suretiyle okurun Akşam Gazetesi'ne ulaşmasının engellenmesini öngören belge ile çeşitli bayi yetkililerinin Akşam Gazetesi'nin teşhir ve satışını bırakmaları üzerine kendilerine BİRYAY bayiliği verildiği yönündeki beyanları ve BİRYAY, YAYSAT ve BBD bayilerine Akşam Gazetesi'nin teşhir edilmemesi ve satılmaması aksi halde bayiliklerinin iptal edileceği şeklinde baskı yapıldığı yönündeki noter tutanaklarına yer verilmiştir. Rekabet Kurumu, söz konusu tutanakların yakın tarihlerde çok sayıda bayi ile Türkiye'nin çok farklı yerleşim yerlerinde tutulmuş olmalarına rağmen benzerlikler göstermelerinin, yapılan uygulamaların münferit olaylar olmadığı izlenimini verdiğini vurgulamıştır.

BBD, BİRYAY ve YAYSAT, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak ve gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki finansal teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak suretiyle RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettikleri iddialarına karşı yaptıkları savunmada; şikayetçi taraf olan Show Grubu'nun, Bilgin ve Doğan Grubu ile olan anlaşmazlıkları nedeni ile dağıtım şirketlerini Rekabet Kurumu'na şikayet ettiklerini, şikayete konu olan yayınların zaten dağıtılmakta olduğunu belirtmişlerdir. Savunmada ayrıca, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın; ekonomik anlamda

rakibi olan, kimi zaman dünya görüşü ve yayın politikası nedeniyle anlaşmazlık içerisinde bulunan, pekçok zaman dağıtıcı firmaların sermayedarları hakkında hakaretamiz yayınlar yapan müşteri yayınevlerinin neşriyatlarını düzenli olarak dağıtmış buldukları ve yayınevleri arasında ayrımcı politikalara gitmemiş oldukları belirtilmiştir. BİRYAY'ın, müşteri yayınevlerinin neşriyatlarının sermayedar şirketlerin neşriyatları gibi, tanzim ve teşhir usulleriyle saygınlıklarının artırılması ve bu amaca ulaşmak için Türkiye sathında binlerce gazete satış büfesi kurulması hedefiyle oluşturulduğu; sermayedar şirketlerin olduğu gibi, müşteri yayınevlerinin de katlanılan bedel içerisinde, tirajlarına göre kendilerine düşecek belli bir paya iştirak etmelerinin gerektiği; komisyon oranlarının artırılmasının yegane nedeninin bu olup yayınevlerinin faaliyetlerinin zorlaştırılması gibi bir amacın bulunmadığı, dolayısıyla da, hakim durumun kötüye kullanılması gibi bir durumun söz konusu olmadığı savunulmuştur. Son olarak, kiosk diye adlandırılan gazete satış büfelerinin bir yatırım maliyeti olduğu ve anlaşma gereği buralarda mevzuata aykırı yayın satılmasının tüm kioskların faaliyetinin durdurulması sonucunu doğuracağı belirtilerek, bu satış büfelerinde satılacak yayınların BİRYAY tarafından denetlenmesinin zorunlu olduğu, ancak BİRYAY'ın rakip bir dağıtım firmasından gelen mevkutelerin satışının yapılmasını doğrudan ya da dolaylı olarak engellemediği ifade edilmiştir.

Rekabet Kurumu, bu savunmaya ilişkin değerlendirmesinde; soruşturma konusu dağıtım şirketlerinin sermayedarları hakkında hakaretamiz yayınlar yapan neşriyatı dahi dağıtmalarının, herhangi bir fedakarlığın sonucu değil, 5680 Sayılı Basın Kanunu'nun Ek 7. maddesi uyarınca kendilerine yüklenen bir yükümlülüğün ifası olduğunu belirtmiştir. Kurum, BBD, YAYSAT ve BİRYAY'ın anılan kanuna rağmen bazı yayınların dağıtımından kaçındıklarına veya dağıtımı geciktirdiklerine ya da durdurduklarına ilişkin somut delillere karşı savunma yapılmadığını değerlendirmiştir. Etkin rekabetin olduğu bir piyasada, şirketlerin rakipleri karşısında avantajlı duruma gelmek ve potansiyel müşterilerin kendilerini tercih etmelerini sağlamak amacıyla yatırım yapmalarının olması gereken bir durum olduğunu, söz konusu yatırımın bedelini

karşılama ya yönelik olarak uygulanacak fiyat politikasının da şirketlerin kendi stratejilerinin bir parçası olduğunu belirten Rekabet Kurumu; bununla birlikte, BİRYAY'ın kurulması sonucunda, müşteri yayınevlerinin BBD ile YAYSAT arasında tercih yapma, fiyat veya dağıtım ağı açısından kendilerine daha uygun dağıtım şirketini seçme özgürlüklerinin ortadan kaldırıldığını, yayınevlerinin, zoraki bir komisyon artışı ile ortağı bile olmadıkları dağıtım şirketlerinin yatırımlarını finanse etmek durumunda bırakıldıklarını, bu durumun ise Rekabet Hukuku bakımından kabul edilemez nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

Bu saptamalar ışığında RKHK'nın 6. maddesi kapsamındaki ihlalleri değerlendiren Rekabet Kurumu; BİRYAY'ın kurulmasından önce Türkiye'deki gazete ve dergi dağıtım piyasasında müşteri yayınlarını dağıtabilen ve birbirinin rakibi olan iki firmanın bir ortak girişim kurarak, müşteri yayınlarının bu ortak girişim vasıtasıyla dağıtılmasını zorunlu kılmaları nedeniyle, piyasadaki rekabetin önemli ölçüde sınırlandırıldığı tespitini yapmıştır. Kurum, BİRYAY'ın kurulmasından sonra, her iki dağıtım şirketi tarafından anılan teşebbüse devredilen müşteri yayınevleri için fiyat ve komisyon oranlarının söz konusu iki dağıtım şirketinin mutabakatı sonucu belirlenmesi; BİRYAY'ın kuruluş sözleşmesinde gazete ve dergilere uygulanacak tarifelerin karara bağlanarak daha kuruluş aşamasında fiyatların tespit edilmesi, kuruluş aşamasından sonra piyasaya yeni giren müşteri yayınevlerine uygulanacak fiyatların her iki şirketin mutabakatıyla belirlenmesi; ortak bayilerin bulunması ve bu bayilere başka dağıtım kanallarından gelen ürünlerin sattırılmaması konusunda da birlikte karar alınması hususları bir arada değerlendirildiğinde, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hakim durumda bulduklarının anlaşıldığını belirtmiştir. BBD ve YAYSAT'ın kendi gruplarının çıkardığı yayınlara rakip olabilecek nitelikteki yayınları, kendi gruplarına ait yayınlardan daha farklı koşullarda dağıtabilmek amacıyla BİRYAY'ı kurdukları ve müşteri yayınevlerini de BİRYAY ile sözleşme yapmaya zorladıkları; BİRYAY ile sözleşme imzalamak istemeyen yayınevlerinin yayınlarının dağıtılmaması ve ödemelerinin yapılmaması, dolayısıyla gazete ve dergi yayıncılığı

piyasasındaki faaliyetlerinin engellenmesi riski ile karşı karşıya bırakıldıkları; yeni komisyon oranları nedeniyle müşteri yayınevlerinin gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin zorlaştırıldığı ve BBD ve YAYSAT'ın grup içi yayınları ile rekabette dezavantajlı konuma geldikleri; bazı yayınların piyasanın dışına itilmeye çalışıldığı, sonuç olarak, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarının bozulduğu belirtilmiştir. Rekabet Kurumu, bu tespitler ışığında; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından; Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ve BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin, birlikte hakim durumlarını kötüye kullanarak; rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak ve gazete ve dergi dağıtımını piyasasındaki finansal, teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmaya yol açan faaliyetlerde bulunmak suretiyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiklerine, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası ile cezalandırılmalarına oyçokluğu ile karar vermiştir. Kurum, 6. madde ihlallerinden dolayı, BBD'ye 268.662.251.500 TL, YAYSAT'a 495.126.185.000 TL ve BİRİYAY'a 128.427.640.000 TL para cezası verilmesine oybirliği ile hükmetmiştir.

Rekabet Kurumu, ilgili pazarda rekabetin tesisi için alınması gereken tedbirleri de tespit etmiştir. Kurum, Dost Basın Dağıtım'ın piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması ve Akşam Gazetesi'nin satışının engellenmesi olaylarında, BBD ve YAYSAT'ın tali bayilerine rakip malları satmama yükümlülüğü içeren sözleşmeler imzalattıklarını ve bu sözleşmelerle yaratılan münhasır tali bayilik sistemi sayesinde hem ilgili pazarda hem de gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında rekabeti bozucu eylemlere giriştiklerini hatırlattıktan sonra; son satış noktalarına münhasırlık veren ve bu yolla rakiplerin son satış noktalarından yararlanmasını engelleyen tali bayilik sözleşmelerinin, piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin sayıları on bini aşan son satış noktası oluşturması zorunluluğu getirmesinin piyasaya girişte ciddi bir engel yarattığını vurgulamıştır. Bir bütün olarak bayilik teşkilatının piyasaya girişteki öneminin altını çizen Rekabet Kurumu, asıl amacı özellikle gazete ve dergi satmak olan belediyelere ait büfelerin (mobo, kiosk vb.); şehrin ana arterlerinde ve meydanlarında bulunmaları, sınırlı sayıda

olup konulmaları ve kaldırılmalarının belediyelerin iznine tabi olması, yakınlarında alternatif bir satış noktası temin etmenin neredeyse imkansız olması, belediyelerin de her bir dağıtım şirketi için ayrı bir yer temin etmesinin mümkün olmaması gibi nedenlerle piyasaya giriş açısından özel bir önem taşıdıklarını belirtmiştir. Kurum, piyasadaki bazı teşebbüslerin diğerleri aleyhine rekabette avantajlı bir konuma gelmemesi için, söz konusu yerlerin her türlü teşebbüse açık olması²⁰⁷ ve genel olarak son satış noktalarının münhasırlıktan arındırılması gerektiğinin altını çizmiştir.²⁰⁸ Söz konusu münhasırlığın yalnızca diğer dağıtım şirketlerine değil, seçme özgürlüğü ortadan kaldırılan bayilere ve nihai tüketiciye de zarar verdiğini belirten Rekabet Kurumu, münhasırlık şartı içeren bayilik anlaşmalarının başka piyasalarda mazur görülebilecek nitelikte olmasına karşın, gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi rekabetin iyice zayıflamış olduğu piyasalarda uygulanmasının kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Rekabet Kurumu, son satış noktalarının bir bütün olarak münhasırlıktan arındırılması ile, piyasada faaliyet göstermek isteyen her dağıtım şirketi aynı satış noktalarını kullanacağı için, bayilerin farklı kaynaklardan beslenme olanağına kavuşacaklarını, dolayısıyla son satış noktalarını besleme gibi bir diğer piyasaya giriş engelinin de ortadan kalkacağını vurgulamıştır. Kurum, gazete ve dergilerin birarada teşhir ve satışının sağlanmasının, bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabeti de artıracığına işaret etmiştir. Öngörülen düzenlemenin diğer faydaları olarak, gazete ve dergi dağıtımının tümüyle

²⁰⁷ Rekabet Kurumu, belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce üçüncü şahıslara kiralanan satış büfelerinin ilgili pazara giriş açısından önemi dikkate alındığında; söz konusu yerlerde, kiracının, hangi dağıtım şirketlerinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurum kararının yetkili mercilere bildirilmesine oy çokluğu ile karar vermiştir. Rekabet Kurumu, belediyeden ihale ile kiralanan gazete satış büfeleri, ister dağıtım şirketi tarafından bizzat işletilsin ister üçüncü bir şahsa belli bir meblağ karşılığında devredilsin, piyasaya girecek olan diğer teşebbüslerin kiracı teşebbüslerin yapmış olduğu yatırımlardan bedelsiz olarak yararlanması gibi bir hususun söz konusu olmadığını özellikle vurgulamıştır.

²⁰⁸ Rekabet Kurumu'nun ilgili kararında, ayrıca, gazete ve dergi dağıtım piyasasında dağıtım şirketlerinin bayileriyle yaptıkları sözleşmelerin rakip malları satmama veya dağıtmama gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda, Rekabet Kurumu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına hükmedilmiştir.

ulusal ölçekli olmaktan çıkıp, daha etkin bir şekilde dağıtım yapabilecek bölgesel dağıtım şirketlerinin kurulması ve netice olarak yerel yayıncılığın gelişmesine olanak sağlanması; ulusal çapta yayın yapan şirketlerin de farklı bölgelerde farklı koşullarla dağıtım yapma fırsatına kavuşmaları hususları üzerinde durulmuştur.

3. 2. 2 Biryay-II Davası²⁰⁹

BİRİYAY-II Davası'nda, Rekabet Kurumu, Star Gazetesi'ni yayınlayan Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayi A.Ş.'nin şikayeti üzerine; gazete ve dergi dağıtım pazarında faaliyet gösteren Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD), BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRİYAY) ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin (YAYSAT), Star Gazetesi'nin son satış noktalarındaki satışını önlemek suretiyle, bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırdıkları, diğer taraftan Star Gazetesi'nin dağıtımını üstlenen ve son satış noktalarına ulaştıran MEDYA Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.'nin (MEDYA) aynı pazara girişini engelledikleri iddiasını 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir.

Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayi A.Ş., Rekabet Kurumu kayıtlarına 13.10.1999 tarih ve 3337 sayı ile intikal eden şikayet dilekçesinde, bayiler üzerindeki hakimiyetlerini kullanan BBD ve YAYSAT'ın, kendi dağıtım şirketi vasıtasıyla gazete bayilerine ulaştırmakta olduğu Star Gazetesi'nin satışını engellemek amacıyla bayilerine baskı yaptıklarını ve bayilerin bu nedenle anılan gazeteyi satmaktan kaçındıklarını iddia etmiştir. Öte yandan, İstanbul Büyükşehir Belediyesi de, İstanbul Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü'ne göndermiş olduğu 6.12.1999 tarihli yazı ile, açmış olduğu ihale neticesinde BİRİYAY'a kiralanmış gazete satış büfelerinde Star Gazetesi'nin satılması hususunda sorunlar yaşandığını belirterek, anılan kira sözleşmesinin 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesini talep etmiş, söz konusu yazı ilgili

²⁰⁹ Rekabet Kurumu'nun 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Kararı

müdürlük tarafından Rekabet Kurumu'na intikal ettirilmiştir. Ön araştırma sonucunda, Rekabet Kurumu, BBD, BİRYAY ve YAYSAT hakkında, 4054 Sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına; soruşturmanın hakim durum olup olmadığı ve varsa bu durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönünde, 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde yürütülmesine karar vermiştir.

Soruşturma sürecinde, İzmir Bakkallar ve Bayiler Odası'nca kaleme alınan ve Oda'ya bağlı bayilerin Star Gazetesi satmak istedikleri ancak YAYSAT ve BBD tarafından engellendikleri belirtilerek konunun Rekabet Kanunu açısından değerlendirmeye alınması talep edilen yazı da Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiş; söz konusu yazı konularının aynı olması nedeniyle soruşturma içerisinde değerlendirmeye alınmıştır.

Rekabet Kurumu raportörleri, incelemeleri ve teşebbüslerin savunmaları ışığında, gazete ve dergi dağıtım pazarında birlikte hakim durumda bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın; kendi bayilerine mal tedarikini piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin ürünlerini satmama şartına bağlamak, ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olmak ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak, gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak ve tüketici tercihleri üzerinde kısıtlamalara yol açabilecek eylemlerde bulunmak suretiyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettikleri, Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerektiği düşüncesinde olduklarını bildirmişlerdir. Raportörlerin raporunda ayrıca, gazete ve dergi satışı faaliyetini de içerecek şekilde, belediyelerce ihdas edilen ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce üçüncü şahıslara kiralanmış satış büfelerinin ilgili pazara giriş açısından önemi dikkate alındığında, söz konusu yerlerde, kiracının hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun, irsaliyeli her türlü mevkuteyi, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek düzenlemelerin yapılması gerektiği; aksi bir durumda, haklarında hukuki işlem

başlatılmasının yerinde olacağı vurgulanmıştır. Raportörlerin üzerinde durduğu bir başka husus ise; ilgili pazarın yapısı gereği, sözkonusu pazarda faaliyet gösteren herhangi bir dağıtım şirketinin son satış noktaları ile yapacağı anlaşmaların, rakip malları satmama veya dağıtmama gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda, 1997/3 ve 1997/4 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarının²¹⁰ Kurum kararı ile ilanının, ilgili pazarda rekabetin tesisi için zorunlu olduğu olmuştur.

Rekabet Kurumu, incelemesinde ilk olarak, ilgili pazarı ve hakkında soruşturma yapılan teşebbüslerin pazar paylarını ele almıştır. İlgili ürün pazarı, şikayete konu olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın başlıca faaliyet alanlarının gazete ve dergi dağıtım olduğu göz önüne alınarak, gazete ve dergi dağıtım pazarı olarak belirlenmiştir. BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın gazete ve dergi dağıtımını yurt çapında gerçekleştirmeleri nedeniyle, ilgili coğrafi pazarın da Türkiye olduğu kabul edilmiştir. Hakkında soruşturma yapılan teşebbüslerden BBD'nin, gazete ve dergi dağıtım piyasasının ikinci büyük şirketi olduğu vurgulanarak, 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payının sırasıyla yüzde 45, yüzde 40 ve yüzde 35; dergi dağıtımındaki pazar payının ise sırasıyla yüzde 30, yüzde 33 ve yüzde 33 olduğu belirtilmiştir. YAYSAT'ın ise, gazete ve dergi dağıtım piyasasında lider konumda olduğu, 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payının sırasıyla yüzde 55, yüzde 60 ve yüzde 65; dergi dağıtımında ise yüzde 70, yüzde 67 ve yüzde 67 olduğu belirtilmiştir. İnceleme ve değerlendirme bölümünde, BBD ve YAYSAT'ın ortaklaşa kurdukları BİRYAY ile ilgili bilgilere de yer verilmiş; BİRYAY'ın dağıtım yapabilecek araç ve teşkilata sahip olmadığı, bu yüzden müşteri yayınevlerinin yayınlarını YAYSAT ve BBD aracılığı ile dağıttığı belirtilmiştir. Soruşturmaya konu olan davranışların gerçekleştirildiği dönem itibarıyla, gazete ve dergi dağıtım piyasasında faaliyet gösteren söz konusu üç

²¹⁰ 1997/3 ve 1997/4 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği, diğer sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin önemli ölçüde zorlaştırılması durumunda, Tebliğ'in sağladığı muafiyetin Rekabet Kurumu tarafından geri alınabileceğini öngörmektedir.

teşebbüsün son 5 yıllık toplam pazar paylarının yüzde 100'lere ulaştığı belirtilerek, ilgili ürün pazarının oligopol, hatta BİRİYAY'ın da YAYSAT ve BBD gruplarının bir ortak girişimi olduğu düşünüldüğünde, duopol niteliğinde bir piyasa olduğunun altı çizilmiştir.

Rekabet Kurumu, RKHK'nın 6. maddesi kapsamındaki ihlalleri ele alırken yaptığı hakim durum değerlendirmesinde, ilk olarak; YAYSAT, BBD ve BİRİYAY'ın, soruşturmaya konu olan fiilleri işledikleri dönemde hakim durumda olduklarına delil teşkil eden bulguları ortaya koymuştur. Bu doğrultuda, YAYSAT ve BBD'nin 1994'ten 1998'e kadar olan dönemde hem gazete hem de dergi dağıtım pazarındaki toplam paylarının yüzde 100 olduğu, bir başka ifade ile pazarın tamamına sahip oldukları belirtilmiştir. Bu tespitten sonra, gazete ve dergi dağıtım piyasasının özelliklerini ayrıntılı biçimde inceleyen Kurum; söz konusu piyasada yoğunlaşma oranının çok yüksek olduğunu, pazar paylarının ortak girişim ve rakipler açısından çok fazla değişiklik göstermediğini ve sayıları onbinleri aşan son satış noktası oluşturulması zorunluluğu, halihazırdaki noktaların ikamesinin güç ve ekonomik açıdan rasyonel olmaması gibi nedenlerle pazara yeni bir rakibin girme ihtimalinin oldukça düşük olduğunu belirtmiştir. BİRİYAY'ın kurulmasından sonra her iki dağıtım şirketinin birçok konuda ortak hareket etmeleri ve müşteri yayınlarının bu ortak girişim vasıtasıyla dağıtılmasını zorunlu kılmaları neticesinde pazarda rekabetin önemli ölçüde sınırlandırıldığı vurgulanmıştır. İlgili piyasada faaliyet gösteren firma sayısının azlığı ve piyasaların paylaşılmış olması nedeniyle başka alternatifin bulunmamasından dolayı müşteri yayınevlerinin pazarlık güçlerinin ve talebin fiyat esnekliğinin çok düşük olduğu belirtilmiştir. Son olarak, dağıtım şirketi kurmak için gerekli fiziki kapasite ve personel ihtiyacının büyük olmasının, birçok gazete ve derginin dağıtım için iyi bir organizasyona, teknik donanım ve tecrübeye sahip olunması gerekliliğinin, ilk yatırım maliyetleri ve diğer süreçlerin, ancak büyük sermaye sahiplerinin bu işe girmesine olanak verdiği belirtilerek, piyasaya giriş açısından ekonomik engeller bulunduğu dikkat çekilmiştir.

Rekabet Kurumu, hakim durum değerlendirmesinin ardından, mal tedarikinin reddine ilişkin tespit ve delilleri ortaya koymuştur. Bu bölümde ilk olarak, hakim durumdaki bir teşebbüsün, müşterilerine (yetkili satıcılarına, bayilerine) rekabeti engellemek amacıyla mal vermeyi kesmesinin Rekabet Hukuku açısından mal tedarikinin reddi anlamına geldiği belirtilmiştir. Kurum, konu ile ilgili BBD ve YAYSAT yetkililerinin ifadelerine başvurmuş ve bu tür eylemlere delil teşkil eden çeşitli belge ve tutanaklar üzerinde ayrıntılı biçimde durmuştur. Bu aşamada, çeşitli illerde Star Gazetesi'nin satışının engellenmesine ilişkin noter tespit tutanaklarına, BBD ve YAYSAT Genel Müdürlükleri ile çeşitli bölge müdürlüklerinde yapılan yerinde inceleme sırasında elde edilen ve Star Gazetesi satan bayilerin bayiliklerinin iptal edildiği yönünde ifadeler içeren belgelere ve Ödemiş'te Star Gazetesi Başbayisi'nin, BBD ve YAYSAT Başbayisi'nin ilçedeki bayilere Star Gazetesi satmamaları yönünde tehdit ve baskıda bulunduğu iddiası ile Cumhuriyet Başsavcılığı'na verdiği şikayet dilekçesi ile polisin konuyla ilgili aldığı ifadelere ilişkin tutanaklara yer verilmiştir. Mal tedarikinin reddine ilişkin tespit ve deliller bölümünde ayrıca, BİRİYAY'ın son satış noktalarında Star Gazetesi'nin satılmamasına ilişkin tutumu da incelenmiştir. Bu bölümde, İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları dahilinde bulunan gazete satış büfelerinin 3 yıl süreyle kiralanmasına ilişkin 1997 yılında açılan ihaleyi BİRİYAY'ın kazandığı bilgisi verildikten sonra; Star Gazetesi'ni yayımlayan Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayii A.Ş.'nin İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne gönderdiği ve mülkiyeti belediyeye ait olan gazete satış büfelerinde sözkonusu gazetenin satışının hukuk dışı olarak engellendiği iddiasını ve bu yasadışılığa son verilmesi için gereğinin yerine getirilmesi talebini içeren ihtarname ile bu konuya ilişkin İBB ve BİRİYAY arasındaki yazışmalar aktarılmıştır. Son olarak, Ankara ve İzmir'de belediyeye ait büfelerdeki durum incelenmiş; İzmir'deki büfelerde fiilen Star Gazetesi'nin satılmadığının anlaşıldığı, Ankara'da ise diğer dağıtım şirketleri ile sözleşme yapan büfelerin ellisinin, gelişen olaylardan sonra Star Gazetesi'ni satmak üzere bayiliklerini değiştirdikleri ve yalnızca söz konusu gazeteyi sattıklarının belirlendiği ifade edilmiştir. Rekabet Kurumu, belirtilen tutanak ve delillere ilişkin incelemesi neticesinde, birlikte hakim durumda olan BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'ın;

ilgili pazardaki rekabeti engellemek amacıyla, sürekli olarak mal tedarik ettikleri son satıcıları, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünler arasında tercih yapmaya zorladıklarının, rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünleri teşhir edip satan son satıcıların bayiliklerini iptal ettikleri ve bu noktalara mal tedarikini kestiklerinin veya bu yönde tehdit ya da uygulamalarda bulduklarının ve piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri bayilerine sokmadıklarının görüldüğünü belirtmiştir.

BBD, BİRİYAY ve YAYSAT, soruşturma konusuna ilişkin savunmalarında; Star Gazetesi'ni satmaktan kaçınmaları gibi bir durumun söz konusu olmadığını, bilakis, söz konusu gazetenin Ulusal Basın tarafından BBD'ye teslim edilmediğini öne sürmüşlerdir. Anılan teşebbüsler, ilgili ürün pazarının gazete ve dergi dağıtım pazarı olarak belirlenmesine ve söz konusu pazarda birlikte hakim durumda olduklarına ilişkin değerlendirmeye de karşı çıkmışlar; ilgili ürün pazarının son satış noktaları pazarı olarak belirlenmesi gerektiğini, MEDYA'nın tüm faaliyetlerini kendilerinin hiçbir engellemesi olmadan sürdürdüğünü ve kısa sürede üç teşebbüsün toplam satış noktası sayısına ulaştığını, MEDYA'nın 16.000, BBD, YAYSAT ve BİRİYAY'ın birlikte 19.800 son satış noktasına sahip olduğunu, bu itibarla Türkiye'de toplam 35.800 son satış noktası bulunduğu dikkate alındığında, kendilerinin son satış noktalarındaki pazar paylarının müştereken yüzde 55.3 olduğunu, buna mukabil MEDYA'nın ise tek başına yüzde 44.7 pazar payına sahip olduğunu ve son satış noktası pazarında tek başına hakim duruma geldiğini, potansiyel rekabet gözönüne alındığında Türkiye'de mevcut 200.000'in üzerinde bakkal ve bayinin yalnızca yüzde 8'inin kendileri ile çalıştığını, dolayısı ile son satış noktaları bakımından birlikte hakim durumda bulunmalarından söz edilemeyeceğini savunmuşlardır.

Rekabet Kurumu, yukarıda özetlenen savunmaya ilişkin değerlendirmesinde; ilgili pazarın ürün veya hizmet temel alınarak belirlendiğini, şikayete konu olan BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'ın başlıca faaliyet alanının gazete ve dergi dağıtım olduğunu, yayınevlerinin de dağıtım şirketlerinden yayınlarının okuyuculara ulaştırılması hizmetini

satın aldıklarını belirterek, ilgili ürün pazarının gazete ve dergi dağıtım pazarı olduğunu vurgulamış; son satış noktalarının gazete ve dergi dağıtım piyasasından ayrı olarak değerlendirilemeyeceğini, bilakis bu yerlerin ilgili pazarın en önemli parçalarından birini oluşturduğunu ifade etmiştir. Kurum, bir teşebbüsün pazar payının hesaplanmasında ise, ilgili teşebbüsün ürününün kaç noktada satıldığının değil satış miktarı veya değerinin dikkate alındığını belirtmiş; pazar payları bu çerçevede hesaplandığında, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın hem gazete hem de dergi dağıtımına ilişkin toplam pazar paylarının yaklaşık yüzde 100 olduğuna işaret etmiştir.

Rekabet Kurumu, savunmaya ilişkin bu değerlendirmesinin ardından, kararın gerekçesi ve hukuki dayanaklarını ortaya koymuştur. Bu bölümde, ilgili pazar olan gazete ve dergi dağıtım pazarının özelliklerine ilişkin yukarıda yer verilen tespitlere bir kez daha değinildikten sonra; BİRYAY'ın kurulmasının ardından, BBD ve YAYSAT'ın müşteri yayınevleri için fiyat ve komisyon oranlarını mutabakat ile belirlemeleri, gazete ve dergilere uygulanacak tarifeleri karara bağlayarak daha kuruluş aşamasında fiyatları tespit etmeleri, ortak bayilerin bulunması ve bu bayilere başka dağıtım kanallarından gelen ürünlerin sattırılmaması konusunda da birlikte karar almalarının BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın bir çok konuda ortak hareket ettiklerini gösterdiği, bu açıklamalar ışığında anılan teşebbüslerin birlikte hakim durumda bulduklarının anlaşıldığı vurgulanmıştır. MEDYA'nın Star Gazetesi'ni dağıtmaya başladığı tarihten itibaren, BBD ve YAYSAT'ın değişik illerdeki birçok bayiye Star Gazetesi satılmaması konusunda uyardıklarına ve zorladıklarına ilişkin tespit ve deliller hatırlatılarak, bilinçli ve sistemli ortak bir uygulamanın söz konusu olduğu belirtilmiştir. YAYSAT ve BBD'nin piyasadaki mevcut bayilerin en önemli sağlayıcısı konumunda olmaları ve yalnızca bir veya birkaç ürüne sahip dağıtım şirketlerinin söz konusu bayilere benzer koşullar sunamamalarının, bayilerin bütün yayınları münhasıran YAYSAT ve BBD'den almalarına neden olduğu ve bu durumun da diğer sağlayıcıların piyasaya girmelerini zorlaştırdığı ifade edilmiştir. Bu tespitler ışığında, gazete ve dergi dağıtım piyasasının kendine özgü koşullarından dolayı anılan piyasada bayilik sisteminin çok önemli bir yer tuttuğuna işaret edilerek; mevcut son satış noktalarından faydalanamayan dağıtım

şirketlerinin piyasanın dışına itilme tehlikesi ile karşı karşı kalmaları ve potansiyel rakiplerin de piyasaya girişlerinin zorlaşmasının, bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasını da olumsuz etkilediğine değinilmiştir. Kurum, bu durumun seçme özgürlüğü ortadan kaldırılan bayilere ve nihai tüketiciye de zarar verdiğinin altını çizmiştir. Rekabet Kurumu, bu sakıncaların giderilebilmesi için, rekabetin iyice zayıflamış olduğu gazete ve dergi dağıtım piyasasında tali bayilik sistemindeki münhasırlığın kaldırılması ve tüm dağıtım şirketlerine yayınlarını mevcut ve gelecekte varolacak son satış noktalarına verebilme olanağının sağlanması; son satıcılara da aynı anda diledikleri dağıtım şirketleri ile sözleşme yapabilme ve diledikleri yayınları satabilme imkanının tanınması gerektiğini belirtmiştir.²¹¹ Kurum, bir bütün olarak bayilik teşkilatının piyasaya girişteki öneminin çok fazla olduğunu belirttikten sonra; belediyelere ait olan ve satış hacimleri çok fazla olan gazete ve dergi satış büfelerinin, şehrin ana arterlerinde ve meydanlarında bulunmaları, sınırlı sayıda olup konulmaları ve kaldırılmalarının belediyelerin iznine tabi olması, yakınlarında alternatif bir satış noktası temin etmenin oldukça zor olması ve belediyelerin her bir dağıtım şirketi için alternatif bir yer temin etmesinin imkansız olması gibi nedenlerle özel bir öneme sahip olduklarını vurgulayarak, söz konusu yerlerin her türlü teşebbüse açık olması gerektiğini vurgulamıştır.

Bu tespitlerle birlikte karar aşamasına gelen Rekabet Kurumu, haklarında soruşturma yapılan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın ilgili ürün pazarında birlikte hakim durumda buldukları, ihlal konusu eylemin rakip bir teşebbüsü piyasanın dışına çıkartmayı amaçlamış olduğu, eylemin yalnızca ilgili ürün piyasası ile sınırlı kalmayıp başka piyasaları da etkilediği ve soruşturmaya konu olan fillerin tatbik edilmesinin rekabet üzerinde sınırlayıcı etkiler yarattığı yönündeki saptamaları ışığında; anılan teşebbüslerin,

²¹¹ BİRYAY-II vakasına ilişkin Rekabet Kurumu kararında da, BİRYAY-I kararında olduğu gibi, gazete ve dergi dağıtım piyasasında yapılacak olan sözleşmelerin, münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda, 1997/3 ve 1997/4 sayılı Rekabet Kurumu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacakları belirtilerek, pazarda genel bir regülasyona gidilmiştir.

- a. 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,
- b. Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin 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. maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerine; ve dolayısıyla bu teşebbüslerin Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası ile cezalandırılmalarına oybirliği ile; ilgili teşebbüslerin 1999 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden, BBD'ye 345.680.839.015 TL, BİRYAY'a 119.441.670.000 TL ve YAYSAT'a 668.638.180.000 TL para cezası verilmesine oyçokluğu ile karar vermiştir.

Rekabet Kurumu, gazete ve dergi satışı faaliyetlerini de içerecek şekilde, belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce, üçüncü şahıslara kiralanın satış büfelerinin ilgili pazara giriş açısından önemi dikkate alındığında; söz konusu yerlerde kiracının hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurum kararının yetkili mercilere bildirilmesine oyçokluğu ile hükmetmiştir.²¹²

²¹² BİRYAY-II vakası, taraflardan birisinin değişmiş olması haricinde, hem konu hem de Rekabet Kurumu'nun vermiş olduğu karar itibarıyla BİRYAY-I vakasının tekrarı niteliğindedir. Özellikle kararın belediyelere ait gazete satış büfelerine ilişkin bölümünde BİRYAY-I kararının etkisi açıkça görülmektedir. Rekabet Kurumu, ilk BİRYAY vakasına ilişkin kararında vurgulamış olduğu hususlara bu kararda da aynen yer vererek, ilgili pazarda rekabetçi bir yapının tesis edilmesi için belediyelerden kiralanın gazete

3.3 OSCAR BRONNER DAVASI ile BİRYAY VAKALARI ARASINDAKİ BENZERLİK ve FARKLILIKLAR

Aynı sektöre özgü ve hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin davalar olmaları nedeniyle önemli benzerlikler taşıyan Oscar Bronner Davası ve BİRYAY vakaları birbirinden farklı kararlar ile neticelendiğinden, görünürde farklı bir uygulama ortaya çıkmıştır. Ancak kararlar dikkatle analiz edildiğinde; bunun, AB ve Türk Rekabet Hukuku sistemlerinde hakim durumun kötüye kullanılması açısından farklı kriterler gözetilmesinin değil, dava konularının kendine özgü niteliklerinden kaynaklandığı ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifade ile Oscar Bronner Davası ve BİRYAY vakalarının dikkatle incelenmesi neticesinde, Türk Rekabet Hukuku'nda hakim durum değerlendirmesi açısından AB Rekabet Hukuku esaslarının uygulandığı açıkça görülmektedir.

Öncelikle, hem Oscar Bronner Davası'nda hem de BİRYAY vakalarında hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti açısından, işe hakim durumun söz konusu olup olmadığının belirlenmesi ile başlanmıştır. Bu doğrultuda ilk olarak, soruşturma konusu teşebbüslerin hakim durumda buldukları iddia edilen ilgili pazarın tespiti yapılmış; soruşturma konusu teşebbüslerin ve rakiplerinin pazar payları incelenmiştir. Oscar Bronner Davası'nda da BİRYAY vakalarında olduğu gibi, ilgili pazar yayıncılık ile ilgili değil gazate dağıtımını ile ilgilidir. Oscar Bronner Davası'nda ATAD, ilgili pazarın tanımlanmasının ulusal mahkemenin işi olduğunu belirtmekle birlikte, ulusal mahkemenin değerlendirmesini yaparken izlemesi gereken sürecin açık bir tarifini yapmayı da ihmal etmemiştir. ATAD, ulusal mahkemenin, Mediaprint'in sahip olduğu ulusal çaptaki tek eve teslim sisteminin ayrı bir pazar oluşturup oluşturmadığını tespit etmesini istemiştir. ATAD'a göre, ulusal mahkeme bu saptamayı yaparken, mağaza veya kiosklarda satış ya da postayla teslim gibi günlük gazetelerin

satış büfelerinin ne derece önemli olduğunun bir kez daha altını çizmiş ve BİRYAY-I kararını teyit etmiştir.

dağıtımında kullanılan diğer metodların ve olası bölgesel eve teslim sistemlerinin bu sisteme yeterince ikame oluşturup oluşturmadığını araştırmalı; Mediaprint'in sisteminin ayrı bir pazar oluşturduğuna karar verdiği takdirde, söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda fiilen monopol konumunda olduğunu ve böylelikle hakim durumda bulunduğunu farz etmelidir. ATAD'ın, Oscar Bronner Davası'na ilişkin verdiği ön-kararı, bu varsayıma göre yani ulusal çaptaki tek eve dağıtım sisteminin ayrı bir pazar olduğu ve bu sisteme tek başına sahip olan Mediaprint'in de bu sistem aracılığıyla sağlanan hizmet açısından yüzde 100 pazar payı ile hakim konumda bulunduğu varsayımına göre şekillendirdiği görülmektedir. Benzer biçimde BİRYAY vakalarında da, Rekabet Kurumu ilk olarak ilgili pazarı tespit etmiş; gazete ve dergi dağıtım piyasası olarak tanımlanan söz konusu pazarda, soruşturulan teşebbüsler BBD, YAYSAT ve BİRYAY'ın toplam yüzde 100 pazar payı ile hakim durumda oldukları sonucuna varmıştır.

Bu aşamada iki davanın birbirinden farklı kararlarla sonuçlanmasına neden olan önemli bir konuya değinmekte fayda vardır. Oscar Bronner Davası'nda şikayetçi tarafın yayınlıyor olduğu gazete eve teslim sistemi dışındaki diğer yöntemlerle dağıtılmaya devam etmekte; davacı taraf, gazetesinin dağıtımında Mediaprint'in sahibi olduğu eve teslim sisteminden de faydalanmak istemektedir. BİRYAY vakalarında ise, her iki davada farklı olmak ile birlikte şikayetçi teşebbüsler, yayınlıyor oldukları gazete ve dergilerin dağıtımı için, soruşturulan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'a muhtaçtır. Zira söz konusu teşebbüsler tek bir dağıtım yöntemi açısından değil, gazete dağıtım pazarına bütünüyle hakimdir. Bu hakimiyet, şikayetçi teşebbüsler tarafından kendi gazete dağıtım teşebbüslerinin kurulması suretiyle kırılmak istenmiş; ancak BBD, BİRYAY ve YAYSAT pazarda sahip oldukları ekonomik, teknik ve finansal üstünlükten faydalanarak, şikayetçi teşebbüslerin kendi yayınlarını dağıtmalarını zorlaştırmış ya da engellemiştir.

Her iki davada da, bir kere hakim durumun varlığına karar verildikten sonra, sıra bu durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitine gelmiştir. Bu aşamada, ATAD, Oscar Bronner Davası'nda, davacı teşebbüsün eve teslim sisteminin diğer dağıtım

yöntemlerine göre günlük gazeteleri abonelere daha erken saatlerde ulaştırdığından gazetesinin satışı için zorunlu unsur oluşturduğu iddiası doğrultusunda, zorunlu unsur doktrinini uygulamıştır. Rekabet Kurumu ise BİRİYAY vakalarında, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması (Rekabet Kanunu 6/2 (a)) ve başka bir piyasadaki rekabet koşullarının bozulması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması (Rekabet Kanunu 6/2 (d)) açılarından değerlendirme yapmıştır. Rekabet Kurumu da, zorunlu unsur doktrini tabirini kullanmamakla birlikte, şikayetçi teşebbüslere gazete dağıtım hizmeti verirken zorluklar çıkaran ya da bu hizmeti vermekten tümüyle kaçınan BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'ın bu uygulamalarına zorunlu unsur doktrinini uygulamış; ancak doktrinin uygulanması açısından, belediyelere ait gazete satış büfeleri ile diğer gazete satış büfeleri arasında bir ayırım yapmıştır.

Bu aşamada, Oscar Bronner Davası ile BİRİYAY vakalarını, zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında gözetilen esaslar bakımından kıyaslamakta fayda bulunmaktadır.

Oscar Bronner Davası'nda ATAD, Mediaprint'in sahip olduğu eve teslim sistemi daha etkin olmasına karşın, piyasada bu sistemin posta, kiosklarda satış gibi alternatiflerinin mevcut olduğunu; Mediaprint'in yayınları dışında kalan ve pazarın yaklaşık yüzde 55'lik bölümünü oluşturan yayınların, bu alternatif yöntemler ile dağıtılmakta olduğunu vurgulamıştır. ATAD, bu saptama doğrultusunda, şikayetçi teşebbüsün eve teslim sisteminin daha etkin olmasından dolayı zorunlu unsur olması gerektiği iddiasını yerinde bulmamıştır. Bunun yanı sıra ATAD, dağıtılacak gazete miktarının ve abone sayısının azlığı nedeniyle ikinci bir eve teslim sistemi oluşturulmasının ekonomik olmadığını, zararlı sonuçlanacağını ve bu nedenle gerçekçi bir alternatif oluşturmadığını iddia etmenin de, mevcut sistemden yararlanılmasının zorunlu olduğunu göstermek için yeterli olmadığına hükmetmiştir. ATAD'a göre, sisteme giriş hakkının kaçınılmaz kabul edilebilmesi için; en azından mevcut sistemin sahibi tarafından dağıtılan günlük gazete miktarıyla karşılaştırılabilir miktarda gazetenin dağıtılması için, ikinci bir eve teslim sistemi kurmanın ekonomik olarak sürdürülebilir olmadığını kanıtlamak gerekmektedir.

ATAD, son olarak, başka bir günlük gazete yayıncısı açısından; tek başına veya başka yayıncılarla işbirliğine giderek, yeni bir ulusal eve dağıtım sistemini kurmayı ve yayınlarını bunun vasıtasıyla dağıtmayı imkansız ya da makul olmayan biçimde zor hale getiren herhangi bir teknik, yasal ve hatta ekonomik engelin bulunmadığının da altını çizerek, eve teslim sisteminin zorunlu unsur olduğu iddiasını reddetmiştir. Netice olarak, Oscar Bronner Davası'nda ATAD, zorunlu unsur doktrinini uygulamakla birlikte, hakim durumun kötüye kullanılmadığı sonucuna varmıştır.

Oscar Bronner kararı analiz edildiğinde, bir unsurun zorunlu kabul edilebilmesi için, şu şartların varlığının arandığı görülmektedir:

- a. Unsurun kopya edilmesinin imkansız ya da fiziki, coğrafi veya yasal engeller nedeniyle aşırı derecede zor olması,
- b. İkinci bir unsur oluşturmanın maliyetinin, teşebbüsleri caydıracak boyutlarda olması ve bu itibarla aşılamaz bir giriş engeli teşkil etmesi,²¹³
- c. Unsurun benzerinin oluşturulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil aynı zamanda diğer teşebbüsler için de zor olması (objektif zorluk),
- d. Unsurun kontrolünün; hakim durumdaki teşebbüse yalnızca daha fazla avantaj sağlamak ile kalmayıp söz konusu teşebbüsü ilgili pazardaki koşulları belirleyecek bir konuma getirmesi,
- e. Unsurun kontrolünün ilgili pazardaki rekabet için hayati bir öneme sahip olması ve, bunun neticesi olarak, reddetme eylemi sonucunda söz konusu pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması (Tekdemir 2003, s. 48).

Oscar Bronner Davası'nda, zorunlu unsur doktrininin uygulanması bakımından yukarıda belirtilen şartların varlığını arayan ATAD'ın, yüksek bir standart ortaya koyduğu görülmektedir. Bu durumu, ATAD'ın, doktrinin geniş yorumlanması durumunda ortaya

²¹³ Unsurun rekabetçi olmayan koşullarda örneğin kısmen kamusal kaynaklar kullanılarak kurulması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

çıkabilecek olan riskleri ve getirilen yükümlülüğün neden olabileceği sorunları dikkate alan bir bakış açısı oluşturma çabası olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

BİRYAY vakalarında ise, zorunlu unsur doktrinine konu olan unsur, belediyelerden kiralanmış gazete satış büfeleridir. Rekabet Kurumu, asıl amacı özellikle gazete ve dergi satmak olan belediyelere ait büfelerin (mobo, kiosk vb.); şehrin ana arterlerinde ve meydanlarında bulunmaları, sınırlı sayıda olup konulmaları ve kaldırılmalarının belediyelerin iznine tabi olması, yakınlarında alternatif bir satış noktası temin etmenin neredeyse imkansız olması, belediyelerin de her bir dağıtım şirketi için ayrı bir yer temin etmesinin mümkün olmaması gibi nedenlerle, gazete ve dergi dağıtım pazarına giriş açısından zorunlu unsur olduklarına karar vermiş ve bu büfelere ilişkin ihaleyi kazanan BİRYAY'ın, politikalarıyla buralarda BBD ve YAYSAT dışındaki dağıtım şirketlerinden gelen yayınların satışını zorlaştırmasını ya da buna engel olmasını hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Rekabet Kurumu bu doğrultuda, söz konusu yerlerin, her türlü teşebbüse açık olması gerektiğine hükmetmiştir.

Zorunlu unsur değerlendirmesinde ATAD gibi Rekabet Kurumu da, öncelikle araştırılan unsurun ikamesinin bulunup bulunmadığını ele almıştır. Kurum, belediyeye ait olan gazete satış büfelerinin; şehrin ana arterlerinde ve meydanlarında bulunmaları, sınırlı sayıda olmaları, konulup kaldırılmalarının belediyelerin iznine tabi olması, yakınlarında alternatif bir satış noktası temin etmenin neredeyse imkansız olması, belediyelerin de her bir dağıtım şirketi için ayrı bir yer temin etmesinin mümkün olmaması gibi nedenlerle, bu büfeleri ikame edebilecek nitelikte alternatif satış yerlerinin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Kararda, günlük gazetelerin ne kadarlık bir oranının satışının belediyeye ait bu büfeler tarafından gerçekleştirildiği belirtilmemekle birlikte, söz konusu yerlerin satış hacminin çok yüksek olduğu vurgulanmıştır.

Rekabet Kurumu'nun BİRYAY kararları, ATAD'ın zorunlu unsur doktrininin uygulanması bakımından gözettiği diğer kriterler bakımından değerlendirildiğinde de, farklı bir tablo söz konusu değildir. Öncelikle, belediyeye ait gazete satış büfelerinin

kopya edilmesi için yasal engeller söz konusudur. Zira belediyelerden izin alınmaksızın gazete satış büfesi koymanın imkanı bulunmamaktadır (Kriter (a)). Belediyeye ait gazete satış büfelerinin, kamusal imkanlar kullanılarak kurulmuş olduğu dikkate alındığında, bu yerlerin benzerlerinin diğer teşebbüsler tarafından tekrardan oluşturulmasının maliyetinin teşebbüsleri caydıracak boyutlarda olduğunu ve bu itibarla aşılabilir bir giriş engeli oluşturduğunu kabul etmek yanlış olmayacaktır (Kriter (b)). Öte yandan, mevcut durum ATAD'ın gözettiği, sistemin benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil aynı zamanda diğer teşebbüsler içinde de zor olması (objektif zorluk) kriteri çerçevesinde ele alındığında, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmış olduğu pazarda şikayetçi teşebbüs dışında bir başka teşebbüsün faaliyette bulunmadığı gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Zaten şikayetçi teşebbüs de, gazete dağıtım pazarında yüzde 100 pazar payıyla piyasaya birlikte hakim olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT dağıtım hizmeti vermeyi reddettiği için, sadece kendi yayınlarını dağıtmak üzere zorunlu olarak oluşturulmuştur. Mevcut tablonun ortaya çıkmasında; bizzat soruşturma konusu teşebbüslerin, yukarıda belirtilen özellikleri itibariyle diğer bayilerden ve son satış noktalarından ayrılarak piyasaya girişte kilit bir konuma gelen belediyeye ait gazete satış büfeleri ile ilgili kısıtlamalarda bulunmalarının önemli bir rolü bulunduğu unutulmamalıdır. Diğer bir anlatımla, bir başka teşebbüsün sistemin benzerini kurabilmesi ihtimalini ortadan kaldıran en önemli sebeplerden biri de; soruşturma konusu teşebbüslerin belediyeye ait gazete satış büfeleri ile ilgili kısıtlamalarının, hem piyasaya girişte ciddi bir engel oluşturması hem de bu engele rağmen piyasaya giriş yapan teşebbüslerin piyasada tutunarak güçlenmesine olanak tanımamasıdır (Kriter (c)). Son olarak, belediyeye ait olan gazete satış büfelerinin kontrolü, gazete ve dergi dağıtım pazarında birlikte hakim durumda bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'a yalnızca daha fazla avantaj sağlamakla kalmayıp, söz konusu teşebbüsleri ilgili pazardaki koşulları belirleme konumuna getirmekte; şikayetçi teşebbüsün bu yerlerden faydalanmasının reddi, pazarda rekabeti önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Zira gazete ve dergilerin özellikle yoğun olarak satıldığı büyükşehirlerde, satış hacmi çok büyük olan belediyeye ait gazete satış büfeleri

pazardaki rekabet için hayati bir öneme sahiptir. Bizzat dağıtım piyasasına girmek söz konusu olduğunda, pazara girmek isteyen her bir şirket; sayısı onbinleri bulan son satış noktası oluşturarak yayınlarını belirli noktalara ulaştırırsa dahi, bu noktaların ülkedeki koşullar ve alışkanlıklar gereği meydanlarda ve ana arterlerde konumlanan belediye büfelerine alternatif oluşturması mümkün olmadığından, müşteri bulamayacak ve kısa zamanda piyasanın dışına itilecektir (Kriter (d) ve (e)).²¹⁴

Rekabet Kurumu belediyelere ait gazete satış büfelerini gazete ve dergi dağıtım pazarına giriş açısından zorunlu unsur kabul ederken, tali bayilik olarak adlandırılan diğer gazete satış büfelerini doktrinin kapsamı dışında tutarak, isabetli bir ayırım yapmıştır. Zira, belediyeye ait büfeler; hem alternatiflerinin bulunmuyor oluşu hem de, yukarıdaki incelemenin de ortaya koyduğu üzere, ATAD'ın bir unsurun zorunlu olarak kabul edilmesi bakımından varlığını aradığı özellikleri tümüyle taşıyor olmaları itibarıyla, Türkiye şartlarında ikame olasılığı mümkün olan diğer gazete satış büfelerinden önemli farklılıklar göstermektedir.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki; Rekabet Kurumu, BİRİYAY kararlarında, zorunlu unsur tabirini hiçbir noktada kullanmamış; doktrine doğrudan atıfta bulunmamıştır. Bununla birlikte, Kurum'un, belediyeye ait gazete satış büfelerinde kiracının hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek düzenlemelerin yapılması yönündeki kararını oluştururken gözetmiş olduğu esaslar ve yürüttüğü inceleme prosedürü, ATAD uygulaması ile birebir örtüşmektedir. Bu itibarla,

²¹⁴ Rekabet Kurumu, gazete ve dergilerin yoğun olarak satıldığı büyükşehirlerde, gazete satış büfeleri için belirlenen yerlerin sayısının sınırlı ve sabit olduğunu, piyasaya girecek her dağıtım şirketinin belediye büfelerine yakın alternatif bir satış noktası bulmasının düşünülemeyeceğini, kaldı ki bulsalar bile satış kulübesi veya dükkanı olmadan önüne tezgah açmış bir tek kişiden oluşan bir satış noktasının sınırlı miktarda satış yapabileceğini vurgulamıştır. Okur alışkanlıklarını da hesaba katan Kurum, okuyucuların imaj bütünlüğünü de sağlayacak biçimde pekçok yayının birlikte teşhir edildiği satış noktalarına yönelmeleri ve bir satış noktasında istenen gazeteyi bulamamaları durumunda o gazeteyi bırakıp benzer nitelikte rakip bir gazeteyi kolaylıkla alabilmeleri nedeniyle, bir ya da birkaç yayının satışa sunulduğu bir satış noktasının satış kapasitesinin çok sınırlı olacağını değerlendirmiştir.

her ne kadar doktrine doğrudan atıfta bulunulmamış olması Türk Rekabet Hukuku literatürünün gelişimi açısından bir eksiklik olarak değerlendirilebilecek olsa da; BİRYAY kararları, zorunlu unsur doktrininin uygulamasında AB Rekabet Hukuku kriterlerinin esas alındığı genel bir çerçeve oluşturulmuş olması itibariyle çok önemli bir yere sahiptir (Ölmez 2003, s. 31).

Oscar Bronner Davası ve BİRYAY vakaları arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması bakımından vurgulanması gereken son bir husus da; ATAD'ın, Oscar Bronner kararında hakim durumun kötüye kullanılmadığı sonucuna varması nedeniyle bir üst pazar olan gazete yayıncılığı pazarını mercek altına almamış olmasına karşın; Rekabet Kurumu'nun, BİRYAY vakalarına konu olan uyuşmazlığı, başka bir piyasadaki rekabet koşullarının bozulması suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması bakımından da incelemiş olmasıdır. Rekabet Kurumu, BBD, YAYSAT ve BİRYAY'ın tali bayilerine rakip malları satmama yükümlülüğü içeren sözleşmeler imzalatmak suretiyle ilgili pazar olan gazete ve dergi dağıtım pazarının yanı sıra bir üst pazar olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında da rekabeti bozucu eylemlere giriştiklerine karar vermiştir. Son satış noktalarına münhasırlık veren ve bu yolla rakiplerin son satış noktalarından yararlanmasını engelleyen tali bayilik sözleşmelerinin, yalnız gazete ve dergi dağıtım piyasası için değil gazete ve dergi yayıncılığı piyasası için de çok ciddi bir giriş engeli olduğunu vurgulayan Kurum, genel olarak son satış noktalarının münhasırlıktan arındırılması gerektiğinin altını çizmiştir. Netice olarak; Rekabet Kurumu'nun bu kararı, son satış noktalarına ulaşamama problemini ortadan kaldırarak, hem gazete ve dergi dağıtım hem de yayıncılık piyasasında rekabetin yeniden tesisine önemli bir katkı sunmuştur.

Bu konuda son olarak, Rekabet Kurumu'nun tali bayilerin münhasırlıktan arındırılmasını öngören söz konusu kararının, ilk bakışta çok benzer görünmek ile birlikte, zorunlu unsur olarak değerlendirdiği belediyelere ait büfeler için öngördüğü düzenlemeden farklı olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Zira Rekabet Kurumu,

tali bayilerin hangi yayınlarn satışını yapacaklarına kendilerinin karar vermelerini öngörürken; zorunlu unsur olarak değerlendirdiği belediyeye ait büfelerin ise her türlü teşebbüsün yayınına açık olması gerektiğine hükmetmiştir.

4. SONUÇ

Serbest piyasa ekonomilerinin sağlıklı bir biçimde işlemesi ve kendisinden beklenen faydaları sağlayabilmesinin olmazsa olmaz unsuru, Rekabet Hukuku düzenlemelerinin varlığı ve etkili biçimde uygulanmasıdır. Ekonomik aktörlerin çeşitli pazar davranışları sonucunda serbest ve adil rekabet ortamını bozmalarının önlenmesi, ancak Rekabet Hukuku'nun varlığı ile mümkün olabilir. Bu doğrultuda serbest piyasa ekonomisini benimsemiş olan ülkelerde etkin bir rekabet politikasının oluşturulması konusunda önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Küreselleşmenin bir sonucu olarak, gelişmekte olan ülkeler de gelişmiş ülkeleri örnek almak suretiyle kendi rekabet politikalarını oluşturmaya çalışmaktadır.

Avrupa Birliği'nde de, serbest piyasa ekonomisi ilkeleri çerçevesinde üye ülkelerin serbestçe rekabet edebildiği bir ekonomik sistemin oluşturulması konusunda önemli mesafeler alınmıştır. Genel olarak Birliğin tamamında doğrudan uygulanabilir nitelikte olan Ortak Rekabet Politikası'nın temel hedefi Ortak Pazar'da rekabetin korunması ve geliştirilmesidir. AB Rekabet Politikası, teşebbüslerin rekabete aykırı uygulamaları ile mücadeleyle, birleşme ve devralmaların incelenmesine ve Ortak Pazar'da rekabeti bozan devlet yardımları verilmesini engellemeye yönelik kurallar ile anti-tröst müktesebatını kapsamaktadır. Üye devletler, Ortak Rekabet Politikası kurallarının uygulanmasında Komisyon ile işbirliği içindedir.

Avrupa Birliği'nde temel rekabet kuralları, ATA'da yer almaktadır. ATA'nın 81. maddesine göre; rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı teşebbüsler arası anlaşmalar, işletme birliği kararları ve uyumlu davranışlar Ortak Pazar ile bağdaşamayacağı gerekçesiyle yasaklanmıştır.

ATA'nın 82. maddesi, Ortak Pazar'da veya onun önemli bir bölümünde bir veya birden fazla teşebbüsün sahip oldukları hakim konumlarını kötüye kullanmalarını, Topluluk

üyesi ülkeler arasındaki ticareti etkileyip engellediği ölçüde Ortak Pazar'la bağdaşamaz kabul etmiş ve yasaklamıştır. Bu doğrultuda hakim durumun, bir teşebbüsün ayrıca tanımlanması gereken belirli bir pazarda büyük ölçüde tedarikçiler, kullanıcılar veya müşterilerden bağımsız hareket edebilmesi halinde ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. Komisyon, başvuru üzerine ya da kendi inisiyatifi ile, ATA'nın 81. ve 82. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmesi durumunda, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinden söz konusu ihlale son vermesini isteyebilmektedir.

Avrupa Birliği'ne üyelik hedefi doğrultusunda Türkiye de, Gümrük Birliği'ni oluşturan 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile bulunduğu taahhüt çerçevesinde, rekabet mevzuatını AB müktesebatıyla uyumlu hale getirmek konusunda önemli mesafe katetmiştir. Bu doğrultuda, 13 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. RKHK, AB Rekabet Hukuku düzenlemelerinden faydalanılarak hazırlanmış; özellikle de, Gümrük Birliği çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunları önlemek amacıyla tasarlanmıştır. Avrupa Birliği Ortak Rekabet Politikası'nın uluslar üstü yapısının aksine, Türk Rekabet Mevzuatı bir ülke yasası niteliğini taşımaktadır.

Rekabet Kanunu'nun amacı; mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar ile hakim durumun kötüye kullanılmasını önlemek ve böylelikle pazarda rekabetin korunmasını sağlamaktır. İşleyen bir rekabet sistemi temin etmeyi, dolayısıyla serbest ticareti güvence altına almayı hedefleyen RKHK, birleşme ve devralmaları da düzenlemektedir.

RKHK'nın özellikle 3-7. maddeleri ATA'nın yukarıda sözü edilen 81. ve 82. maddelerine paralel olacak biçimde hazırlanmıştır. Bununla birlikte, anılan düzenlemeler alt maddeleri itibarıyla Avrupa Birliği rekabet mevzuatından daha ayrıntılıdır.

RKHK'nın 3. maddesi ile teşebbüsün tanımı yapılmıştır. Buna göre, piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan ve satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve

ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler teşebbüs sayılmaktadır. Kanun ile teşebbüs kavramına getirilen tanımın; işletmelerin hukuki nitelik ve konumlarına değil, tamamen pazarda gerçekleştirdikleri iktisadi faaliyetlere dayanıyor olması önemlidir. Zira, Rekabet Kanunu'nda, ATA'nın 86. maddesinde yer alan ve kamu işletmeleri ya da kendilerine devlet tarafından birtakım özel, inhisari ya da imtiyazi haklar tanınmış işletmelere de rekabet kurallarının uygulanacağını öngören hükme paralel bir düzenleme bulunmamasına karşın; 3. maddede getirilen tanım, anılan teşebbüslerin de Rekabet Kanunu kapsamında olması gerektiği sonucunu ortaya koymaktadır. Nitekim Rekabet Kurumu'nun uygulamaları da bu doğrultudadır.

Kanun'un 4. maddesi ile, "Yasaklanan Faaliyetler" başlığı altında, rekabeti sınırlama amacı taşıyan ya da bu etkiye sahip anlaşma, karar ya da uyumlu eylemler yasaklanmış; ATA'nın 81/1 maddesinde olduğu gibi rekabete aykırı olan hallerin özellikle neler olabileceği örnekler halinde sayılmıştır. Büyük ölçüde paralel hükümler içermekle birlikte, söz konusu maddenin ATA'nın 81. maddesinden farklı yönleri de bulunmaktadır. İki düzenleme arasındaki en önemli farklılık, ATA'nın üye devletler arasında uluslararası bir hukuk düzeni öngörmesine karşın, Rekabet Kanunu'nun üniter bir sistem için tasarlanmış olmasından ileri gelmektedir. Bu doğrultuda, ATA'nın 81. maddesinde üye devletler arası ticaretin etkilenmesi şartının öngörülmüş olmasına karşın, RKHK'da uluslararası ticaretin etkilenmesi kavramı yer almamaktadır. ATA'nın 81. maddesi ile RKHK'nın 4. maddesi arasındaki bir başka farklılık, ispat hukuku açısından kendisini göstermektedir. ATA'nın 81. maddesinde konuyla ilgili açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, AT'deki uygulama göstermektedir ki, teşebbüsler arasındaki anlaşmalar açısından olduğu gibi uyumlu davranışlar bakımından da ispat yükü Komisyon'dadır. Topluluk Hukuku'ndan farklı olarak, Rekabet Kanunu'nun 4/3. maddesi ise "Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin, teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, kısıtlandığı ya da bozulduğu piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder" hükmünü içermektedir.

RKHK'nın 5. maddesi ile muafiyet rejimi belirlenmiştir. İlgili madde uyarınca yalnızca; teşebbüslerin anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yoluyla rekabeti sınırlayıcı nitelikte faaliyet göstermeleri yasağına muafiyet getirilmiştir. Muafiyet kriterleri AB Rekabet Hukuku ile büyük ölçüde uyumlu olacak biçimde; malların üretim ya da dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında gelişme ve iyileşmenin ya da ekonomik ya da teknik gelişmenin sağlanması, tüketicinin yararlanması, ilgili pazarın önemli kısmında rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin gerekenden fazla sınırlandırılmaması olarak belirlenmiştir. Muafiyet, bireysel ya da grup muafiyeti şeklinde olabilmektedir. İlgili tarafların bireysel muafiyet talebiyle, Rekabet Kurumu'na başvurmaları gerekmektedir. Grup muafiyeti de, yine yukarıda değinilen kriterlerin karşılanması durumunda, belirli tür anlaşma ve kararlara tanınabilmektedir.

RKHK'nın 6. maddesi ile; piyasada hakim konumda bulunan teşebbüslerin, bu durumlarının sağladığı olanakları kötüye kullanarak rekabeti sınırlandırmaları ya da bozmaları yasaklanmıştır.

Kanun'un 7. maddesi ile birleşme ve devralmaların kontrolü konusu düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca, hakim durum yaratan veya varolanı güçlendirecek şekilde ülkenin bütünü ya da bir kısmındaki mal ve hizmet piyasasında rekabeti sınırlandıran birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır. Kanun'un 7/2. maddesi, Rekabet Kurumu'nun, hukuki geçerlik kazanabilmesi için kendisine bildirilmesi gereken birleşme ve devralmaları yayınlayacağı tebliğlerle ilan etmesini öngörmektedir. Bu madde uyarınca, özellikle sayısal sınırlar konusunda AT'de Konsey'e tanınan düzenleme yapma yetkisinin Rekabet Kurumu'na verildiği görülmektedir.

Rekabet Kurumu, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u uygulamak ile tek başına sorumludur. 5 Mart 1997 tarihinde göreve başlayan Kurum, organik ve işlevsel bir bağımsızlığa sahip olup, RKHK'yı rekabeti etkileyen ya da tehdit eden tüm anlaşmalara, kararlara ve uyumlu eylemlere uygulamaktadır. Rekabet Kurumu, ihbar ve şikayet üzerine ya da kendi inisiyatifi ile harekete geçebilmekte; 4.,6. ve 7. maddelerden

birinin ya da birkaçının ihlal edildiğine karar vermesi durumunda, ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine bu kararı tebliğ etmektedir. Kurum, kurulduğu ülke dikkate alınmaksızın, faaliyetleri Türkiye'deki mal ve hizmet piyasalarını etkileyen tüm teşebbüslere RKHK'yı uygulamaktadır. Düzenleyici kuruluş fonksiyonları Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki rekabet otoriteleri ile paralel olan Rekabet Kurumu, RKHK'nın uygulanmasına ilişkin ikincil mevzuatı da, AB düzenlemelerini esas alarak hazırlamaya özen göstermiştir.

Türkiye Avrupa Birliği Ortak Rekabet Politikası'na uyum sağlayabilmek için gerekli olan yasal ve kurumsal düzenlemeleri büyük oranda tamamlamış olmakla birlikte, devlet yardımlarının kontrolü ve anti-tröst yasalarının uygulanması konularında bazı eksiklikleri giderememiştir. Öncelikle devlet yardımları konusunun Rekabet Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılması ve devlet yardımlarının Topluluk müktesebatına uygunluğunun denetlenmesi konusunda Rekabet Kurumu'nun yetkili kılınmaması, AB Türkiye İlerleme Raporları'nda da birçok kere sorun olarak ortaya konulmuş olan önemli bir eksikliktir. İkinci olarak anti-tröst yasalarının uygulanmasında Rekabet Kurumu, yetkiye sahip olmakla birlikte, rekabete aykırı hükümler içeren diğer mevzuattan kaynaklanan rekabet bozulmalarına müdahale edememektedir. Bu durum Rekabet Kurumu'nun teşebbüsler üzerindeki yetkisinin ciddi biçimde sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Avrupa Birliği'ne uyum süreci içinde yapılacak yeni düzenlemelerle, devlet yardımları ve anti tröst müktesebatı konularının kapsamlı olarak ele alınması büyük önem taşımaktadır.

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılmasının, ATA'nın 82. maddesi ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi amacıyla hazırlanan bu çalışmada, konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından, öncelikle, yukarıda da kısaca özetlendiği üzere, Türkiye ve AB Rekabet Hukuku sistemlerinin yapısı ve esasları ile farklı ve benzer yönleri üzerinde durulmuş ve yukarıdaki tespitlerin yapılması mümkün olmuştur. Bu aşamada üzerinde kısaca durulan hakim durumun kötüye kullanılması konusu, ikinci aşamada ayrıntılı olarak incelenerek, temel ilkeler ve bu ilkelerin

uygulanmasında izlenen usul ve esaslar açısından, AT Rekabet Hukuku ve Türk Rekabet Hukuku'nun bir karşılaştırması yapılmış ve özetle şu sonuçlara ulaşılmıştır.

Hakim durumun kötüye kullanılması, soyut bir kavram olmayıp, belirli bir ürün pazarında ve belirli bir coğrafi alanda söz konusu olan bir durumdur. Hakim durumun tespitinin doğru olarak yapılabilmesi için; her olayda, ilgili ürünün ve pazarın yapısı, mevcut ve potansiyel rakiplerin konumu, sayısı ve pazar payları ile bunların süreklilik gösterip göstermemesi, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği gibi pek çok ölçüt birlikte ele alınarak, inceleme konusu teşebbüsün bağımsız karar ve davranışlarıyla pazar şartlarını belirleyebilme gücü araştırılmakta, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmaktadır. Öte yandan, hakim durumun doğrudan rekabeti bozabilecek şekilde kötüye kullanılması, mutlaka üretici/satıcı tarafından değil, pazarda hakim durumda olan alıcı/müşteri tarafından da gerçekleştirilebilmektedir.

ATA'nın 82. maddesine göre, "Bir ya da birden fazla teşebbüsün Ortak Pazar'da ya da Ortak Pazar'ın önemli bir bölümünde sahip oldukları hakim durumu kötüye kullanmaları, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, Ortak Pazar'la bağdaşmaz ve yasaktır". Topluluk Hukuku'ndaki bu düzenlemenin karşılığı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi'nde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, "Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır". Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve ATA'nın 82. maddesi, genel olarak birbirine benzemektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde de, ATA'nın 82. maddesine uygun olarak hakim durum değil, bu durumun kötüye kullanılması hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır.

RKHK'nın 6. maddesinde ATA'nın 82. maddesinde olduğu gibi örnek birtakım kötüye kullanma halleri sınırlandırıcı olmayacak biçimde sıralanmıştır. 6. maddede sayılan kötüye kullanma halleri ile ATA'nın ilgili maddesinin örnek kötüye kullanma halleri

arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. ATA'nın 82. maddesinde, kötüye kullanma olarak sayılan dört örneğe karşılık, 6. maddede beş örnek sıralanmıştır. ATA 82. maddenin haksız alış veya satış fiyatları ya da diğer ticari koşulların uygulanmasına ilişkin (a) bendi, Rakabet Kanunu'nun 6. maddesinde örnek bir kötüye kullanma hali olarak açıkça belirtilmemiştir. Bununla birlikte, Rekabet Kanunu bakımından da uygulamada, teşebbüslerin fiyatlandırma politikaları arasında yer alan yıkıcı fiyat uygulamaları, rakipleri pazar dışına itmek, onların faaliyetlerini güçleştirmek amacını taşıdığından veya bu etkiyi doğurduğundan rekabete aykırı olup yasaklanmaktadır. 82. maddenin (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan kötüye kullanma örnekleri, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin sırasıyla; tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanmasına ilişkin (e) bendi, ayırmacılık yapılmasına ilişkin (b) bendi ve haksız ek sözleşme koşullarına ilişkin (c) bentleri ile büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Son olarak, ATA'nın 82. maddesinin lafzında yer almamakla birlikte; pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, bu hakimiyetini bir başka pazarda kötüye kullanması RKHK'nun 6. maddesinin (d) bendinde; rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma ya da piyasaya girişleri engelleme ise (a) bendinde, AT Rekabet Hukuku içtihatlarının bir yansıması olarak açıkça kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmıştır. RKHK'nın 6. maddesinin, ATA'da yer alan rekabet kurallarının yanı sıra, Topluluk Rekabet Hukuku içtihatları da dikkate alınarak düzenlendiği görülmektedir. ATA'nın 82. maddesi gibi RKHK'nın 6. maddesi ile de, tek bir teşebbüsün hakim durumda bulunması halindeki yanısıra, birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda bulunması halindeki kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek eylem ve işlemler de hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Topluluk Rekabet Hukuku'nda olduğu gibi Türk Rekabet Hukuku'na göre de, hakim durumun kötüye kullanılması muafiyet yoluyla yasak dışına çıkarılma imkanı bulunmayan bir hukuka aykırılık halidir.

ATA'nın 82. maddesi ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin genel olarak örtüşmesinin doğal bir neticesi olarak, AT ve Türk Rekabet Hukuku'nda hakim

durumun ve kötüye kullanmanın varlığının tespitinde gözetilen temel ilkelerin uygulanmasında da bir uyum söz konusudur. Her iki hukuk sisteminde uygulama açısından da bir örtüşme bulunduğu ortaya konması bakımından, bu çalışmada, Türkiye’de yoğunlaşmanın oldukça yüksek olduğu bir sektör konumunda olduğu da dikkate alınarak, medya sektörüne özgü vaka analizlerine yer verilmiştir. Bu doğrultuda, medyada hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin davalar olmalarının yanı sıra konuları bakımından da önemli benzerlikler taşıyan Oscar Bronner Davası ve BİRYAY vakalarının ayrıntılı bir incelemesi yapılmış; ATAD ve Rekabet Kurumu’nun gerek hakim durum analizinde gerekse anılan uyuşmazlıkların en önemli ortak noktası olan zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında aynı kriterleri gözettikleri, anılan davaların birbirinden farklı kararlar ile neticelenmesinin uygulamadaki bir farklılıktan değil dava konularının kendine özgü niteliklerinden kaynaklandığı ortaya konulmuştur. Rekabet Hukuku kavramlarının yorumlanması ve uyuşmazlıklara uygulanması sürecinde, Rekabet Kurumu’nun AB Rekabet Hukuku düzenlemeleri ile Komisyon ve Adalet Divanı kararlarını dikkate alması; bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da Türk Rekabet Hukuku’nun gelişimi bakımından faydalı olacaktır.

Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ile ilgili temel kavramlar ve bunların uygulanmasının AB Rekabet Hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alındığı bu tez çalışmasının; gerek uygulama bakımından gerek ise akademik düzeyde konunun önemine dikkat çekerek, bundan sonra yapılacak çalışmalar için yönlendirici olması umulmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Agnew, J. H., 1985. *Competition Law*. London: Allen, ss. 82-179
- Akıncı, A., 2001. *Rekabetin Yatay Sınırlanması*. Ankara: Rekabet Kurumu, s. 331
- Aslan, İ. Y., 2001. *Rekabet Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi, ss. 34-241
- Aslan, İ. Y., 1998. *AT Rekabet Hukuku Mevzuatı*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, s. 22
- Aslan, İ. Y., 1997. *Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, ss. 112-114
- Aslan, İ. Y., 1992. *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*. Ankara: Türkiye İş Bankası Vakfı, ss. 185-251
- Barounos, D., Hall, D. F. and James, J. R., 1975. *EEC Anti-Trust Law, Principles and Practice*. London: Butterworths, s. 153
- Begg, D., Fischer, S. and Dornbusch, R., 1994. *Economics*. İstanbul: Literatür Yayıncılık, s. 132
- Bellamy, C. and CHILD, G., 1996. *Common Market Law of Competition, First Supplement to the 4. Edition*. London: Sweet & Maxwell Limited, ss. 187-201, 617
- Bellamy, C. and Child, G., 1993. *Common Market Law of Competition*. London: Sweet & Maxwell, ss. 51, 612-640
- Bulmuş, İ., 1994. *Mikro İktisat*. Ankara: Eğitim Yayınları, ss. 97-114
- Cook, C. J. and Kerse, C. S., 2000. *EC Merger Control*. London: Sweet & Maxwell, s. 159
- Esin, A., 1998a. *Rekabet Hukuku*. İstanbul: ESC Yayınları, ss. 7-8, 24-55, 165-194
- Esin, A., 1998b. *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulama Esasları*. İstanbul: TÜSİAD, s. 69

- Faull, J. and Nikpay, A., 1999. *The EC Law of Competition*. New York: Oxford University Press, ss. 175-178
- Fine, F. L., 1994. *Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC*. London: Graham and Trotman, s. 220
- Fishwick, F., 1986. *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy*. Luxembourg: Commission of the European Communities, ss. 49-55
- Frazer, T., 1992. *Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America*. London: Harvester Wheatsheaf, ss. 85-86, 161
- Goyder, D. G., 1993. *EC Competition Law*. Oxford: Clarendon Press, s. 381
- Günuğur, H., 1988. *Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma*. Ankara: TOBB, s. 66
- Howell, R. A., Allison, J. R. and Prentice, R. A., 1988. *Business Law Text and Cases*. New York: Dryden Press, s. 888
- İnan, N., 1995. Rekabetin Korunması ve AB. *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Rekabet Politikasına Uyum, Avrupa Birliği El Kitabı*. Ankara: Merkez Bankası Yayını, ss. 249-250
- Kerse, C. S., 1998. *EEC Antitrust Procedure*. London: Sweet & Maxwell, ss. 4, 18-20
- Korah, V., 1997. *EC Competition Law and Practice*. Oxford: Hart Publishing, ss. 83-106, 112-132
- Korah, V., 1994. *An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice*. London: Sweet & Maxwell, ss. 70-90, 101
- Lipsey, R. G., Steiner, P. O. and Purvis, D. D., 1987. *Economics*. New York: Harper & Row, ss. 88-89, 234
- Massel, M. S., 1962. *Competition and Monopoly: Legal and Economic Issues*. Washington, D. C.: The Brookings Institution, s. 23
- Mimaroğlu, S. K., 1978. *Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku*. Ankara, ss. 125-126

- Oğuzman, M. K., 1994. *Medeni Hukuk Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, ss. 137-138
- Özsunay, E., 1985. *Kartel Hukuku*. İstanbul: İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, ss. 206- 208
- Öztunalı, A., 2003. *Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hakimiyeti, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları*. Ankara: Rekabet Kurumu, ss. 38-39
- Porter, M. E., 2000. *Rekabet Stratejisi*. G. Ulubilgen (Çev.). İstanbul: Sistem Yayıncılık, s. 5
- Sauter, W., 1997. *Competition Law and Industrial Policy in the EU*. Oxford: Clarendon Press, ss. 120-121
- Seyidoğlu, H., 1992. *Ekonomik Terimler*. Ankara: Güzem Can Yayınları, s. 720
- Smith, A. H., 1963. *Economics For Our Times*. New York: McGraw-Hill, s. 189
- Smith, H. and Herzog, P., 1976. *The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty*. New York: Matthew Bender, s. 270
- Şıramun, S., 2005. *Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 43-61, 82-98
- Tekinalp, G. ve Tekinalp, Ü., 2000. *Avrupa Birliği Hukuku*. İstanbul: Beta, ss. 376-381, 449-462
- Tekinalp, Ü., 1999. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, ss. 34, 414, 563
- Ülgen, S., 1998. *Avrupa Birliği'nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Lebib Yalkın Yayınları, s. 36-55,68-69
- Ünsal, E. M., 1998. *Mikro İktisat*. Ankara: Kutsan Ofset Matbaacılık, ss. 63-89
- Van Bael, I. and Bellis, J. F., 1996. *Competition Law of EC*. Oxfordshire: CCH Europe, ss. 33, 251
- Van Bael, I. and Bellis, J. F., 1987. *Competition Law of the EEC*. Bicester: CCH Editions, ss. 52, 261-278

Whish, R., 1993. *Competition Law*. Edinburgh: Butterworths, ss. 1-19, 263-277, 486-490, 616

Whish, R. and Suftrin, B., 1993. *Competition Law*. London: Butterworths, ss. 271, 332-333

Yavuz, C., 1996. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi , s. 424

Sürekli Yayınlar

- Atiyas, İ., 2000. Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler. *Rekabet Dergisi*, **1** (1), ss. 25-46
- Çeker, M., 1996. Türk Hukuku'nda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, **XVII** (3), ss. 85-117
- Ehlermann, C. D., 1993. Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community. *ECLR*, **14** (2), ss. 61-69
- Muğaminyalı, M., 2000. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Egemen Durumun Tesbiti Yönünden İlgili Pazar Kavramı. *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* [elektronik ortam], **2** (2), [Erişim tarihi: 7 Haziran 2007], s. 1.
<http://www.sbe.deu.edu.tr/Yayinlar/dergi/dergi05/mugaminyali.htm>'den erişilebilir
- Özsunay, E., 1980. AET'de Pazardaki Durumun Kötüye Kullanılması Konusunda İlginç Bir Olay: Zoja/CSC-ICI Kararı Üzerine Bazı Düşünceler. *İktisat ve Maliye Dergisi*, **27** (10), ss. 352-355
- Ridyard, D., 1990. An Economic Perspective on the EC Merger Regulation. *ECLR*, **11** (6), ss. 247-254
- Veltrop, J. D., 1994. Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law. *CMLR*. **31** (3), s. 549
- Wesseling, R., 1997. Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda. *ELR*, **22** (1), s. 38

Diğer Yayınlar

- Akıncı, A., 2000. Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü. *Perşembe Konferansları, 27 Nisan 2000, Ankara*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, ss. 315-316
- Akıncı, A., 1988. *Mukayeseli Hukuk Açısından AT ve ABD Hukuku'nda Rekabetin Yatay Kısıtlanması*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 322
- Aşçıoğlu Öz, G., 2000. *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, ss. 34-189
- Barnes, I., 1961. Legal Issues and Economic Evidence in Cartel Law. *In: Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition, June 1961, Karlsruhe*. Karlsruhe: Verlag C. F. Muller, s. 837
- Budak, A. C., 1993. Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısı'nın Eleştirisi. *Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, 11-12 Mart, İstanbul*, s. 48
- Elçin Cengiz, S., 2007. *Sigortacılık Sektöründe Rekabet Hukuku Uygulamaları-AB Düzenlemeleri ve Türkiye İçin Çıkarımlar*. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, ss. 27-32
- Goldman, C. S., 1997. Competition policy, Economic Development and Trade Liberalization: A Business Perspective. *Symposium on Competition Policy, Economic Development and International Trade, WTO, 29 November 1997, Geneva*, ss. 5-6
- İktisadi Kalkınma Vakfı., 2007. *Avrupa Birliği'nin Rekabet Politikası*. [elektronik ortam], [Erişim tarihi: 24 Kasım 2007], ss. 7-11.
<http://www.ikv.org.tr/pdfs/9d1e7701.pdf> den erişilebilir
- İnan, N., 1999. Rekabet Hukuku'nun Diğer Disiplinlerle İlişkisi. *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-1, Ekim 1999, Ankara*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, ss. 3-30
- Jacquemin, A., 1993. AT Sanayi ve Rekabet Politikaları. *Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, 11-12 Mart 1993, İstanbul*, s. 23

- Ölmez, H. S., 2003. *Rekabet Hukuku'nda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması*. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s. 31
- Pappalardo, A., 1993. AT Rekabet Hukuku ve Uygulanması. *AT Sanayi ve Rekabet Politikaları, AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, İstanbul Sanayi Odası Uluslararası Sempozyum, 11-12 Mart 1993, İstanbul*. İstanbul: Rekabet Kurumu Yayını, ss. 17-22
- Roth, W. H., 1990. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku. F. Sağlam (Çev.). *Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyumu Semineri, 1990, İstanbul*, ss. 159-168
- Sanlı, K. C., 2000. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği. Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu, ss. 37, 73-84, 106-125, 267-337, 447
- Tekdemir, Y., 2003. *AT Rekabet Hukuku'nda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları*. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s. 48
- Tekinalp, Ü., 2000. ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri. *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2000, Ankara*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, ss. 75, 81-93
- Topçuoğlu, M., 1999. *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, ss. 27, 60-69, 115
- Whish, R., 1998. AT Anlaşması 86. Maddesinin Uygulanması ile ilgili Düşünceler. *Türkiye Uluslararası 1. Rekabet Sempozyumu, 5-6 Ekim 1998, İstanbul*. İstanbul: Rekabet Kurumu Yayını, ss. 33-39

EKLER

EK 1- 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili Maddeleri

Madde 1 - Amaç

Bu Kanunun 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

Madde 2 - Kapsam

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.

Madde 3 - Tanımlar

Bu Kanunun uygulanmasında;

Bakanlık : Sanayi ve Ticaret Bakanlığını,

Rekabet : Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış,

Hâkim Durum : Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü,

Teşebbüs : Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri,

Teşebbüs Birliği : Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri,

Mal : Ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşyayı,

Hizmet : Bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedenî, fikrî veya her ikisi beraber olan faaliyetleri,

Kurum : Rekabet Kurumunu,

Kurul : Rekabet Kurulunu,

İfade eder.

Madde 4 - Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi

unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,
d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,
e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,
f) Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,
Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.
Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Madde 5 - Muafiyet

Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde(Mülga:02.07.2005-5388/1.Md)(...) teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- Tüketicinin bundan yarar sağlanması,
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,

(Değişik: 02.07.2005-5388/1.Md) Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir.Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.

Madde 6 - Hakim Durum Kötüye Kullanması

Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününe 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. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,
- b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,
- c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.

Madde 7 - Birleşme ve Devralma

Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.

EK 2- Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın ilgili Maddeleri

Article 2

The Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing common policies or activities referred to in Articles 3 and 4, to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States.

Article 3

1. For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein:

- (a) the prohibition, as between Member States, of customs duties and quantitative restrictions on the import and export of goods, and of all other measures having equivalent effect;
 - (b) a common commercial policy;
 - (c) an internal market characterised by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital;
 - (d) measures concerning the entry and movement of persons as provided for in Title IV;
 - (e) a common policy in the sphere of agriculture and fisheries;
 - (f) a common policy in the sphere of transport;
 - (g) a system ensuring that competition in the internal market is not distorted;
 - (h) the approximation of the laws of Member States to the extent required for the functioning of the common market;
 - (i) the promotion of coordination between employment policies of the Member States with a view to enhancing their effectiveness by developing a coordinated strategy for employment;
 - (j) a policy in the social sphere comprising a European Social Fund;
 - (k) the strengthening of economic and social cohesion;
 - (l) a policy in the sphere of the environment;
- Treaty establishing the European Community 43
- (m) the strengthening of the competitiveness of Community industry;
 - (n) the promotion of research and technological development;
 - (o) encouragement for the establishment and development of trans-European networks;
 - (p) a contribution to the attainment of a high level of health protection;
 - (q) a contribution to education and training of quality and to the flowering of the cultures of the Member States;
 - (r) a policy in the sphere of development cooperation;
 - (s) the association of the overseas countries and territories in order to increase trade and promote jointly economic and social development;

- (t) a contribution to the strengthening of consumer protection;
 - (u) measures in the spheres of energy, civil protection and tourism.
2. In all the activities referred to in this Article, the Community shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women.

Article 81

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;
- (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings;
 - any decision or category of decisions by associations of undertakings;
 - any concerted practice or category of concerted practices,
- which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:
- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
 - (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

Article 82

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of

supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

Article 83

1. The appropriate regulations or directives to give effect to the principles set out in Articles 81 and 82 shall be laid down by the Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament.

2. The regulations or directives referred to in paragraph 1 shall be designed in particular:

(a) to ensure compliance with the prohibitions laid down in Article 81(1) and in Article 82 by making provision for fines and periodic penalty payments;

(b) to lay down detailed rules for the application of Article 81(3), taking into account the need to ensure effective supervision on the one hand, and to simplify administration to the greatest possible extent on the other;

(c) to define, if need be, in the various branches of the economy, the scope of the provisions of Articles 81 and 82;

(d) to define the respective functions of the Commission and of the Court of Justice in applying the provisions laid down in this paragraph;

(e) to determine the relationship between national laws and the provisions contained in this Section or adopted pursuant to this Article.

Article 84

Until the entry into force of the provisions adopted in pursuance of Article 83, the authorities in Member States shall rule on the admissibility of agreements, decisions and concerted practices and on abuse of a dominant position in the common market in accordance with the law of their country and with the provisions of Article 81, in particular paragraph 3, and of Article 82.

Article 85

1. Without prejudice to Article 84, the Commission shall ensure the application of the principles laid down in Articles 81 and 82. On application by a Member State or on its own initiative, and in cooperation with the competent authorities in the Member States, who shall give it their assistance, the Commission shall investigate cases of suspected infringement of these principles. If it finds that there has been an infringement, it shall propose appropriate measures to bring it to an end.

2. If the infringement is not brought to an end, the Commission shall record such infringement of the principles in a reasoned decision. The Commission may publish its decision and authorise Member States to take the measures, the conditions and details of which it shall determine, needed to remedy the situation.

Article 86

1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any

measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 12 and Articles 81 to 89.

2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, insofar as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.

3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States.

Article 87

1. Save as otherwise provided in this Treaty, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, insofar as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market.

2. The following shall be compatible with the common market:

(a) aid having a social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned;

(b) aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences;

(c) aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, insofar as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantages caused by that division.

3. The following may be considered to be compatible with the common market:

(a) aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment;

(b) aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State;

(c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest;

(d) aid to promote culture and heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Community to an extent that is contrary to the common interest;

(e) such other categories of aid as may be specified by decision of the Council acting by a qualified majority on a proposal from the Commission.

Article 88

1. The Commission shall, in cooperation with Member States, keep under constant review all systems of aid existing in those States. It shall propose to the latter any appropriate measures required by the progressive development or by the functioning of the common market.

2. If, after giving notice to the parties concerned to submit their comments, the Commission finds that aid granted by a State or through State resources is not compatible with the common market having regard to Article 87, or that such aid is being misused, it shall decide that the State concerned shall abolish or alter such aid within a period of time to be determined by the Commission.

If the State concerned does not comply with this decision within the prescribed time, the Commission or any other interested State may, in derogation from the provisions of Articles 226 and 227, refer the matter to the Court of Justice direct.

On application by a Member State, the Council may, acting unanimously, decide that aid which that State is granting or intends to grant shall be considered to be compatible with the common market, in derogation from the provisions of Article 87 or from the regulations provided for in Article 89, if such a decision is justified by exceptional circumstances. If, as regards the aid in question, the Commission has already initiated the procedure provided for in the first subparagraph of this paragraph, the fact that the State concerned has made its application to the Council shall have the effect of suspending that procedure until the Council has made its attitude known.

If, however, the Council has not made its attitude known within three months of the said application being made, the Commission shall give its decision on the case.

3. The Commission shall be informed, in sufficient time to enable it to submit its comments, of any plans to grant or alter aid. If it considers that any such plan is not compatible with the common market having regard to Article 87, it shall without delay initiate the procedure provided for in paragraph 2. The Member State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision.

Article 89

The Council, acting by a qualified majority on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may make any appropriate regulations for the application of Articles 87 and 88 and may in particular determine the conditions in which Article 88(3) shall apply and the categories of aid exempted from this procedure.