

-----diğer kenarlardan 2,5 cm bırakılır-----

T.C.  
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim  
Durumdaki Teşebbüsler

Yüksek Lisans Tezi

Emine Ulaş

İSTANBUL, 2007

İç Kapak Örneği ( Ek:1a)

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ  
ENSTİTÜ ADI

PROGRAM A D I

Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim  
Durumdaki Teşebbüsler

Yüksek Lisans Tezi

Emine Ulaş

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Aydın Ayaydın

İSTANBUL, 2007

## ÖZET

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun anayasal dayanağını; devlete; piyasadaki kartelleşmeyi ve tekelleşmeyi önleyerek rekabeti koruma görevini yükleyen 1982 Anayasası'nın 167. maddesinden almaktadır. Nitekim Anayasa'nın 167/1 maddesi gereğince; "Devlet; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."

Rekabet Kanunu'nun 4, 6 ve 7. maddeleri ile kartelleşme ve tekelleşmenin önüne geçmek için üç temel rekabet kuralı getirilmiştir. Bu üç temel rekabet kuralından ilki, teşebbüsler arası "rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının yasaklanması" yoluyla piyasalardaki kartelleşmeyi engellemeyi hedeflerken; diğer ikisi, hakim durumun kötüye kullanılması ile hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmaların yasaklanması, piyasalardaki tekelleşmeyi engellemek için getirilmiştir.

Rekabet Kanunu'nun hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi kanunun emredici hükümlerindedir. Bu çerçevede, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine ile ortaya çıkan hakim durumun kötüye kullanılması; rekabet ihlali yapıp yapmadığı araştırılan en az bir adet teşebbüsün olması, unsurun bir arada gerçekleşmesi; bu teşebbüs veya teşebbüslerin, ülkenin bütününde veya bir bölümünde ve belirli bir mal veya hizmet piyasasında hakim durumda olması, söz konusu teşebbüs veya teşebbüslerin hakim durum veya durumlarını kötüye kullanmış olmaları ile ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışmanın konusunu, Rekabet Kanunu'nda düzenlenen bu üç temel rekabet kuralından biri olan "hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması" oluşturmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde, teşebbüs ve hakim durum kavramlarının üzerinde durulup, ikinci bölümde hakim durumun belli başlı kötüye kullanma hallerine değinilecektir. Üçüncü bölümde ise rekabete aykırı sözleşme ve teşebbüs birliği kararlarının geçersizliği açıklandıktan sonra sonuç bölümünde bu çalışmanın neticesinde varılan başlıca sonuçlar sonuç kısmında belirtilecektir.

## SUMMARY

Law No.4054 of the Protection of the Competition takes its constitutional support from the article that is numbered 167 in the 1982 Constitutional Law which is giving the government the assignment of competition protection while counteracting the cartelization and monopolization in the market. In fact, according to the Law No.167/1 "Government takes the precautions in order to provide the coordinated manipulation of the money, credit, capital, goods and the service market; it prevents the cartelization and monopolization of the that can be borne as a result of an agreement or an action in the markets.

There has gotten three main competition law in order to prevent the cartelization and monopolization with the laws numbered 4, 6 and 7 in the Competition Law. While, the first one of these three competition laws is planning on the prevention of cartelization by the way of "banning the agreements that are confined, concerted actions and the decisions of the combination of attemptation"; the other two laws are gotten in fulfillment in order to prevent the monopolization in the markets by the way of forbidding the associations and the acquisitions that support the creation or improvement of the commanding position with being used the commanding position in a bad manner.

The 6. law of the Competition Law that provide the prohibition of the using the commanding position in a bad manner is one of the statutory legal decision. In this frame, the abusement of commanding position with the 6. law of Competition Law has become public appearance with being a minimum one attemptation that is searched whether or not making the antitrust violation, becoming the factors in coexistence, having a controlling share in the whole or part of the country and on a specific good or a service system, being abused the commanding position through these attemptations that are in the assesment role.

This study's topic is constituted by one of the main competition law of the Competition Law that is the prohibition of the abusement of the commanding position. In the first part of the study, the concepts of attemptation and commanding position are emphasized while in the second part the aspects of key details on the topic of the abusement of commanding position would be emphasized. On the other hand, in the third part after the explanation of the decisions invaliditieness of the attemptation combination and the agreements that are against competition, at the result part the final conclusions that are found by this study would be emphasized at the end.

**KISALTMALAR**

<b>ATAD</b>	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>CMLR</b>	Common Market Law Review
<b>ECLR</b>	European Competition Law Review
<b>ECR</b>	European Court Reports
<b>Karş.</b>	Karşılaştırınız
<b>m.</b>	Madde
<b>para.</b>	Paragraf
<b>RK</b>	Rekabet Kurulu
<b>RKHK</b>	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>s.</b>	Sayfa
<b>Vol.</b>	Vol

## İÇİNDEKİLER

<b>KISALTMALAR</b> .....	v
<b>1.GİRİŞ</b> .....	1
1.1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Yer Bakımından Uygulama Alanı.....	5
1.2. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Zaman Bakımından Uygulama Alanı.....	10
<b>2.REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUM VE HAKİMDURUMDAKİ TEŞEBBÜSLER</b> .....	12
2.1.HAKİM DURUMUN BELİRLENMESİ.....	12
2.1.1.Hakim Durum Kavramı.....	12
2.1.2. Birlikte Hakim Durum .....	19
2.1.3.Pazara Giriş Engelleri .....	20
2.1.3.1. Dikey Bütünlük .....	20
2.1.3.2. Teknolojik Üstünlük ve Fikri/Sınai Haklar.....	24
2.1.3.3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı Karşısındaki Durum ve Objektif Olarak Haklı Görülebilirlik .....	27
2.1.3.4. Yüksek Yatırım Maliyeti/Finansal Üstünlük .....	35
2.1.3.5. Atıl Kapasite .....	35
2.2.HAKİM DURUMUN BELİRLENMESİNDE KULLANILAN KRİTERLER.....	36
2.2.1.Genel Olarak.....	36
2.2.2.İlgili Piyasa .....	38
2.2.2.1.Mal veya Hizmet Piyasası .....	41
2.2.2.1.1. Genel Olarak .....	41
2.2.2.1.2. Talep İkamesi .....	42
2.2.2.1.2. Arz İkamesi .....	43
2.2.2.2.Coğrafi Piyasa .....	44
2.2.2.3.Zamansal (veya Dönemsel) Piyasa .....	47
2.3.HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLER .....	47
2.3.1.Kavram.....	47
2.3.2.Özel Durumlar... ..	47
2.3.2.1.Ekonomik Bütünlük-Hukuki Kişilik .....	54
2.3.2.2.Kamu Teşebbüsleri .....	63
<b>3.KÖTÜYE KULLANMA ŞEKİLLERİ</b> .....	69
3.1.KÖTÜYE KULLANMA KAVRAMI .....	69
3.1.1.Genel Olarak .....	69
3.1.2.Nedensellik Bağı .....	70
3.2.KÖTÜYE KULLANMA OLARAK NİTELENDİRİLEN DAVRANIŞLAR.....	74
3.2.1.Dışlayıcı Uygulamalar (Rekabet Kanunu md. 6/a) .....	77

3.2.1.1.Yıkıcı Fiyat Uygulamaları .....	77
3.2.1.2.Mal veya Hizmet Vermeyi Reddetme .....	78
3.2.2.Ayrımcı Uygulamalar (Rekabet Kanunu md. 6/b) .....	91
3.2.2.1.Ayrımcılığın Unsurları .....	92
3.2.2.1.1.Eşit Alıcı Unsuru .....	92
3.2.2.1.2.Ticari İşlemlerin Eşit ve Aynı Olması Unsuru .....	95
3.2.2.1.3.Farklı Davranma Unsuru .....	96
3.2.2.1.4.Objektif ve Rasyonel Bir Gerekçenin Yokluğu .....	98
3.2.2.1.5.Rekabette Dezavantajlı Duruma Getirme .....	102
3.2.2.2.Ayrımcılığın Çeşitleri .....	104
3.2.2.2.1.Fiyat Ayrımcılığı .....	104
3.2.2.2.2.Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı .....	105
3.2.2.2.3.Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı .....	106
3.2.2.2.4.Ödeme Suretiyle Yapılan Ayrımcılık .....	110
3.2.2.2.5.Farklı Konumdaki Alıcılara Eşit Fiyat Uygulanması .....	110
3.2.3.Ek (Olağanüstü veya Ayrılabilir) Yükümlülükler Öngörmek (Rekabet Kanunu md. 6/c) .....	111
3.2.3.1.Bağlama Uygulaması (Kelepçeleme) .....	114
3.2.3.2."Olmazsa Olmaz Araçlar Öğretisi" .....	119
3.2.4.Bir Pazardaki Hakim Durum Vasıtasıyla Başka Bir Pazardaki Rekabeti Bozmak (Rekabet Kanunu md. 6/d) .....	129
3.2.5.Tüketicinin Zararına Olarak Üretim, Pazarlama veya Teknik Gelişmenin Kısıtlanması (Rekabet Kanunu md. 6/e) .....	130
3.2.6.Diğer Hakim Durumu Kötüye Kullanma Şekilleri .....	130
3.2.6.1.Genel Olarak .....	130
3.2.6.2.Rakiplerin Maliyetini Yükseltme Yoluyla Kötüye Kullanım .....	131
4.SONUÇ .....	134
KAYNAKÇA .....	136

## 1.GİRİŞ

Hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklandığı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“Rekabet Kanunu”) anayasal dayanağını; devlete, piyasadaki kartelleşmeyi ve tekelleşmeyi önleyerek rekabeti koruma görevini yükleyen 1982 Anayasası’nın (“Anayasa”) 167. maddesinden almaktadır.

Rekabet Kanunu’nun 4. 6 ve 7. maddeleri ile kartelleşme ve tekelleşmenin önüne geçmek için üç temel rekabet kuralı getirilmiştir. Bu üç temel rekabet kuralından ilki, teşebbüsler arası “rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararların yasaklanması” yoluyla piyasalardaki kartelleşmeyi engellemeyi hedeflerken; diğer ikisi, hakim durumun kötüye kullanılması ile hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmaların yasaklanması, piyasalardaki tekelleşmeyi engellemek için getirilmiştir.

Bu noktada; öncelikle Anayasa’nın devlete neden piyasalardaki kartelleşme ve tekelleşmeyi önleyerek rekabeti koruma görevi verdiğinin açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. Yani, piyasalardaki rekabet ortamının korunmasında ne gibi bir kamu yararı vardır ki, Anayasa devlete böyle bir görev yüklemiştir. Kanun koyucu neden “Öğrencilerin Korunması Hakkında Kanun” çıkarma gereği duymazken “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”u çıkarma gereği duymuştur?

Akla hemen hedeflenenin “tüketicinin korunması” olduğu gelse de, Rekabet Kanunu’ndan çok kısa bir süre sonra bu amaca yönelik olarak çıkarılan 4077 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”un varlığını hatırlamak yerinde olacaktır. Bu bağlamda; eğer piyasalardaki rekabetin korunmasıyla hedeflenen tüketicinin korunması olsaydı, kanun koyucu tüketiciyi korumak için ayrıca bir kanun çıkarma gereği duymazdı.

O zaman sorumuzu yinelersek, kanun koyucu neden rekabetin korunması için yukarıda değindiğimiz üç temel rekabet kuralını içeren bir kanun çıkarma gereğini duymuştu? Bu sorunun cevabı, rekabetin piyasa ekonomisinin işleyişi açısından taşıdığı önemde gizlidir. Rekabet Kanunu’nun genel gerekçesinde; “ülkemizde varolan ekonomik sistemin piyasa ekonomisi olduğu ve piyasa ekonomisi işlerliğinin



de ancak piyasalarda sağlıklı bir rekabet ortamının mevcudiyetine bağlı olduğu”<sup>30</sup> açıkça belirtilmiştir.’

İktisat (ekonomi), dünyadaki sınırlı kaynaklarla, sınırsız çözümler arayan bir bilim dalıdır. Daha önceleri piyasa ekonomisine alternatif bir ekonomik sistem olan planlı ekonomiyi uygulayan Rusya ve Çin gibi ülkelerin dahi piyasa ekonomisini benimsemeleri sonucunda, piyasa ekonomisi bugün itibarıyla iktisadi kalkınma yöntemi olarak alternatifsiz kalmış gibi görünmektedir.

Bir ekonomik sistem olarak piyasa ekonomisinin ortaya çıkışı oldukça eskilere, 18. yüzyılın sonlarına dayanmaktadır. Adam Smith, piyasa ekonomisinin mucidi, hatta babası olarak addedilmektedir. Adam Smith; ilk kez 1776 yılında İngiltere’de yayınlanan “Ulusların Zenginliği”<sup>31</sup> adlı kitabında “görünmez el” (invisible hand) teorisini ileri sürmüş ve kamu gücünün (devletin) piyasalardaki fiyatları belirlemesinin veya bazı işletmelere imtiyazlar vermesinin yanlış olduğunu; iktisadi etkinliğin ancak serbest ve rekabetçi piyasaların oluşturulması ile sağlanacağını ve bu piyasaların kamu gücünün müdahalesi olmaksızın görünmez bir el tarafından kendi kendine düzenleneceğini savunmuştur.

İktisadi etkinlik ile kastedilen, ülkenin kısıtlı kaynaklarının en verimli şekilde kullanılarak dağıtılması ve böylece tüm vatandaşların (dolayısıyla tüketicilerin) refahının artırılmasıdır. Klasik iktisat teorisi uyarınca, piyasa ekonomisinin temel aktörleri olan işletmelerin (teşebbüslerin) amaçları karlarını maksimize etmek yani;

- a) en kaliteli ürün/hizmeti
- b) en az maliyetle üreterek
- c) en yüksek fiyata, en fazla miktarda satmak suretiyle rekabet etmektir.

Sağlanacak olan serbest rekabet ortamında, tüm işletmeler amaçlarını gerçekleştirmek için rekabet ederlerken, yeni buluş ve teknolojik gelişmelere yönelerek maliyetlerini düşürmeye çalışacaklar; bunun sonucunda iktisadi amaç olan kaynakların verimli kullanılması ve dağılımı sağlanmış olacak, bu şekilde ülke ekonomisi bir bütün halinde kalkınacaktır.

Günümüzde olduğu gibi alternatifsiz olmamakla ve bu yaygınlıkta kabul görmemekle birlikte “piyasa ekonomisi” dünyada ve özellikle Anglo-Sakson

30 Rekabet Kanunu Genel Gerekçesi <http://www.rekabet.gov.tr/word/genelgerekce.doc>

31 Rekabet Kanunu Genel Gerekçesi <http://www.rekabet.gov.tr/word/genelgerekce.doc>

lkelerinde (A.B.D. ve İngiltere) ekonomik sistem olarak 200 yıla yakın bir süredir uygulanmaktadır. Bu uzun süreç zarfında, piyasa ekonomisinin bazı kırılganlıkları, içsel sorunları olduğu ortaya çıkmıştır. Teşebbüsler kar maksimizasyonu olan amaçlarına birbirleriyle rekabet ederek ulaşmak yerine, rekabeti sınırlayıp ya da ortadan kaldırıp, kartelleşme veya tekelleşme yoluna giderek de ulaşmaya çalışabilmektedirler. Tabi bu durumda; ekonomik sistem olarak “piyasa ekonomisinin” benimsenmesiyle hedeflenen iktisadi etkinlik, yani ülke kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması, sağlanamamaktadır.

İşte bu nedenle; ekonomik sistem olarak piyasa ekonomisini, içsel sorunlarından kaynaklanan sıkıntıları tecrübe edecek kadar uzun zamandır uygulayan devletler, teşebbüslerin piyasalardaki rekabeti engelleyici işlem ve eylemlerine karşı kamu gücünü kullanarak çeşitli düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir. A.B.D.’de 1890’da ıkarılan Sherman Act ile 1917’de ıkarılan Clayton Act, İngiltere’de 1956 yılında ıkarılan Fair Trade Act ve nihayet 1957’de Avrupa Topluluğu’nun kurucu anlaşması Roma Anlaşması’nda öngörülen rekabet kuralları, piyasa ekonomisinin zaman içerisinde fark edilen kırılganlıklarına destek mahiyetinde oluşturulmuş kurallar olup, piyasa mekanizmasının sağlıklı çalışmasına hizmet etmekten öte bir anlam taşımamaktadırlar.

Burada vurgulanmak istenilen husus; rekabet hukuku ile getirilen rekabet kurallarının. serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı işleyerek amaçlanan iktisadi etkinliğin ve dolayısıyla ulusal refahın sağlanması hizmet eden bir araç olduklarıdır. Bu bağlamda bu kuralları uygularken, rekabet kurallarının oluşturulmasının ana amacını oluşturan iktisadi etkinliğin sağlanması, her zaman ve öncelikle göz önünde bulundurulması zorunludur.

Türkiye’deki duruma bakarsak; pazar ekonomisi kavramı, batı ekonomilerine kıyasla Türkiye Cumhuriyeti için oldukça yeni sayılabilecek bir kavramdır. Ülkemizde uzun yıllar boyunca, (19. yüzyılda sem birikiminin ve endüstriyel devrimin gerçekleşmemiş olmasının da etkisiyle biraz da zorunlu olarak) kamu/özel sektör karma ekonomi sisteminin hakim olmasından sonra, 1980 yılında alınan 24 Ocak Kararları sonrasında ekonomik sistem olarak piyasa ekonomisi benimsenmiştir. Bu ekonomik model değişikliği sonucunda hazırlanan Anayasa devlete, piyasa ekonomisinin olmazsa olmazı, temel taşı olan piyasalardaki rekabetin korunması

görevini vermiştir. Anayasa'nın 167. maddesi devlete “para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma ve piyasalardaki fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleme” görevini yüklemiştir.

Anayasa devlete piyasalardaki rekabetin kartelleşmelerden ve tekelleşmelerden korunması görevini yüklemiş olmasına ve gelişmiş batı ekonomileri ile Avrupa Topluluğu'nda rekabet kurallarının kamu gücü tarafından uygulanmasına uzun sayılabilecek bir süredir geçilmesine rağmen, Anayasa'nın 1982 yılında kabulünden sonraki 12 yıl zarfında hazırlanan kanun tasarıları da, daha öncekiler gibi yasallaşmamıştır. Türkiye Cumhuriyeti, nihayet Gümrük Birliği'nin kurucu anlaşması olan 95/1 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 39. maddesindeki taahhüdü gereğince, Rekabet Kanununu 07.12.1994 tarihinde kabul etmiş ve kanun 13.12.1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Rekabet Kanunu'nun yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, kanunun uygulanmasını gözetmek ile yükümlü olan Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu 27.2.1997 tarihinde atanabilmiştir. Rekabet Kurulu'nun 1997/5 sayılı Tebliği ile ilan edildiği üzere, Rekabet Kurumu teşkilatını ancak 5.11.1997 tarihinde oluşturarak, faaliyetlerine başlamıştır.

Piyasa ekonomisinin sağlıklı işlemesiyle iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla oluşturulan üç temel rekabet kuralından, tekelleşmeyi engellemeyi hedefleyen “hakim durumun kötüye kullanılmasına” geri dönersek; Rekabet Kanunu'nun kapsamını belirleyen 2. maddesinde, “Türkiye sınırları içinde, mal veya hizmet piyasalarında hakim olan teşebbüslerin, bu hakim durumlarını kötüye kullanmalarının” kapsam dahilinde olduğu belirtildikten sonra, 6. maddesinde ‘bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanmasının hukuka aykırı’ olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, Rekabet Kanunu'nun hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi kanunun emredici (amir) hükümlerindedir.

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine aykırılığın oluşması (hakim durumun kötüye kullanılması) için sırasıyla üç unsurun bir arada gerçekleşmesi gereklidir.

i) rekabet ihlali yapıp yapmadığı araştırılan en az bir adet teşebbüsün olması,

- ii) bu teşebbüs veya teşebbüslerin, ülkenin bütününde veya bir bölümünde ve belirli bir mal veya hizmet piyasasında hakim durumda olması,
- iii) söz konusu teşebbüs veya teşebbüslerin hakim durum veya durumlarını kötüye kullanmış olmaları gerekmektedir.

### **1.1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Yer Bakımından Uygulama Alanı**

Türk kanunları, kural olarak Türkiye sınırları içerisinde uygulanır. Milletlerarası hukukta “ülkesellik ilkesi<sup>32</sup> olarak adlandırılan bu prensip ışığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un da, Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilen Rekabet Hukuku ihlallerine uygulanması gerektiği söylenebilir. Buna göre, Kanun'un 4.maddesi ülke dışında akdedilen bir kartel anlaşmasına değil, ancak ülke içerisinde akdedilen bir karteğe karşı uygulanabilir. Ülke dışında gerçekleşen Rekabet Hukuku ihlalleri, Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır.

Bununla birlikte Rekabet Hukukunun yer itibarıyla uygulanmasına ilişkin meselenin bu kadar yalın olmadığını belirtmek gerekir. Öncelikle rekabeti sınırlayıcı davranışların nerede gerçekleştirildiğini daha doğru bir ifadeyle nerede ika edildiğini tespit etmek, her zaman çok kolay olmayabilir<sup>33</sup> Günümüzdeki ekonomik ilişkilerin karmaşıklığı ve özellikle ticarete ulusal sınırların büyük ölçüde ortadan kalkması, Rekabet Hukuku ihlalinin nerede gerçekleşmiş olduğunun tespitini büyük ölçüde güçleştirmektedir<sup>34</sup> Bundan da önemlisi, ihlalin nerede gerçekleştiği tespit edilse dahi, bunun etkisini gösterdiği yer ile gerçekleştiği yer farklılaşabilmekte ve hatta etki birden fazla devlette doğabilmektedir. Örneğin bir ihracat kartelinde anlaşma ihraç ülkesinde, zararlı etkiler ise, ithalat ülkesinde doğmaktadır. Böyle bir durumda ise, gerçek anlamda Rekabet Hukuku ihlalinin gerçekleştirildiği yerin, anlaşmanın akdedildiği yer olarak mı, yoksa zararlı etkinin gerçekleştiği yer olarak ini kabul edileceği tartışma konusu yapılabilir.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> “ Territoriality Theory ”

<sup>33</sup> “ RKHK. nun maddi anlamda rekabet kurallarından 4 ve 6. maddelerinin ihlal edilmesi aynı zamanda birer haksız fiil oluşturur. Bu nedenle gerek uygulanacak hukuk ( MÖHÜK. md. 25 ) , gerekse milletler arası yetki açısından (MÖHÜK. md.27, HUMK. md.21 ) esas alınması gereken, haksız fiilin ika edileceği yer olacaktır. Öte yandan Rekabet hukuku ihlali teşkil eden davranışın gerçekleştirildiği yer ile zararın gerçekleştiği yer farklı olduğu hallerde ise, uygulanacak hukuk açısından zararın meydana geldiği yeri esas almak gerekecektir (MÖHÜK. md.25/2,3 ).

<sup>34</sup> Bkz bu konuda: Tiryakioğlu, sh.60–62.

<sup>35</sup> Bkz bu konuda: Tiryakioğlu, sh.62 vd.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Rekabet Hukukunun sadece ülke sınırları içerisinde uygulanabileceğini söylemek gerçekçi bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Kanun'un amacının Türkiye sınırları içerisindeki piyasalarda rekabetin korunması olduğu düşünülecek olunursa, nerede gerçekleştiği dikkate alınmaksızın, etkisini Türk piyasalarında gösteren her türlü sınırlayıcı davranışın Kanun'un kapsamına girmesi gerektiği kabul edilmelidir. Ulusal piyasalardaki rekabetin etkin bir şekilde korunması, ancak Rekabet Hukukunun ülke dışındaki eylem ve işlemlere ve dolayısıyla yabancı teşebbüslere de uygulanması ile mümkün olur. Nitekim Dünya'daki uygulamaya bakıldığında, Rekabet Hukuku kurallarının ülke dışı tatbik edilebileceği genellikle kabul edilmekte<sup>36</sup> ve bu konu. Devletler Hukukunda önemli tartışmalara sahne olmaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da da, Rekabet Hukukunun ülke sınırları dışında uygulanabileceği dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Kanun'un 2. maddesine göre; "Türkiye Cumhuriyeti sınır/arı dahilinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasa/arı 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 davranışla,, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.

Kanunun bu hükmü çerçevesinde: Rekabet Hukukunu ihlal eden davranışın Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilmiş olması veya bu davranışı gerçekleştiren teşebbüsün Türkiye'de faaliyet göstermesi yahut ikametgahının Türkiye'de bulunması, rekabet kurallarının uygulanması açısından fark yaratmaz. Rekabet Hukuku kurallarının uygulanması için önemli olan, söz konusu Rekabet Hukuku ihlalinin olumsuz etkilerinin Türkiye'deki piyasalarda gözlenmesidir. Bu sayede dış piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin de, Kanun hükümlerinin kapsamında olduğu esası kabul edilmiştir.

---

<sup>36</sup> Örneğin bu konuda ABD, Avusturya Kanada, Yunanistan, Avustralya, İsveç Fransa ve Norveç genel olarak etki teorisine dayanmakta, İngiltere Hollanda Japonya ise ika yerinin esas almaktadır (Tiryakioğlu, sh.75 ).

Bununla birlikte genellikle kabul edildiğinin aksine<sup>37</sup> kanımızca Kanun'daki bu hükmün Rekabet Hukukundaki "etki doktrini"<sup>38</sup> esas aldığını söylemek güçtür<sup>39</sup> Zira bu ifade dikkatle incelendiğinde görülecektir ki, burada sadece "piyasaların etkilenmesi" değil, bunun yanı sıra "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde faaliyet göstermek" kriteri öngörülmüştür. Dolayısıyla Türkiye'de mukim veya daha doğru bir ifadeyle Türkiye'de faaliyet gösteren her türlü teşebbüs kendiliğinden Kanun'un kapsamında olduğu gibi, Türkiye sınırları içerisinde faaliyet göstermemekle birlikte, davranışları ile Türk piyasalarını etkileyen teşebbüsler de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamında olacaktır.

Kanun'daki bu düzenlemeye bağlı olarak, Türkiye'de faaliyet göstermekle birlikte, Türk piyasalarını etkilemeyen "ihracat kartelleri" gibi uygulamalar<sup>40</sup> Kanun'un kapsamına girebilecektir. Belirelim ki, "etki teorisinin" diğer boyutunu oluşturan bu durum, dış ticarete ulusal rekabet gücünü artırdığı için, genellikle ulusal

---

<sup>37</sup> Türk hukukunda genellikle RKHK. ' da da etki teorisinin benimsendiği ifade edilmektedir (Tiryakioğlu, sh. 72,73; DPT, sh 29,30; Budak, sh.137; Anık, sh.312; Erol, sh.36; krş. Ersin, sh.41,42). Nitekim RKHK. ' nun 2. maddesinin gerekçe kısmında etki doktrinin benimsendiği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu ifadeye göre; " rekabet hukuku literatüründe " etki teorisini " isimlendirilen sistem, bu kanun ' da da benimsenmiştir başka bir ifadeyle, merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında bulunmaktadır.

<sup>9</sup> " Effects doctrine "

<sup>39</sup> " Etki doktrinine " göre, rekabet hukukunun ihlali teşkil eden davranışın nerede ve kim tarafından gerçekleştirildiği değil, zararlı sonucun nerede gerçekleştiği, hangi piyasaların bundan olumsuz etkilendiği önem taşır. Bununla birlikte her türlü zararlı etki doktrininin uygulamasında yeterli görülmemektedir. Bu konuda etkinin, " esaslı " , " doğrudan " , " derhal " ve makul şartlar altında önceden öngörülebilir " şartları aranmakta ( bkz. Dyestuffs, dava 48/49,( 1972 ) ECR.619, ( 1972 ) CMLR.557 ) ve bir anlamda etki doktrininin doğurabileceği sakıncalar bertaraf edilmektedir (bu şartlar altında açıklamalar için bkz. Tiryakioğlu, sh.84-93 ; özel2 sh. (350,351) .

<sup>11</sup> Saf dış satım kartellerinde, kartele taraf teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları iç piyasaları olumsuz etkilemeye, etkilerini sadece dış pazarda doğrular. Buna karşılık ihracata yönelik söz konusu rekabeti sınırlayıcı anlaşma herhangi bir şekilde iç pazarında olumsuz etkilerse, o takdirde bunların rekabet kurallarına muhatap olması gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, Batı Afrika Armatörleri davası ( French –West african shipowners committees, OJ. ( 1992 ) L.134/1 ) bu duruma güzel bir örnektir söz konusu davda Komisyon, armatörler arasında Fransa ve batı Afrika arasındaki kargo taşımacılığındaki Pazar paylaşım anlaşmasını; Fransız gemilerin bu hatlarda imtiyaz elde ederek diğer devletlere ve özellikle üye ülke karşı avantaj sağlaması ve ithalatçıları arasında rekabeti bozduğu gerekçeleriyle AB. İçerisindeki ticareti de olumsuz etkilediği görüşüne varmıştır.

Bu ifade edilenler ışığında ülke içensindeki rekabeti olumsuz etkilemeyen saf ihracat kartellerinin faaliyetlerini denetim altına almak ve önlemek, esasen ithalat yapan ülkelerin görev alanına girmektedir. Nitekim " dumping " ve rekabet kuralları yukarıda belirtilen çerçevesinde bu amaca da hizmet etmektedir. Avrupa Birliği otoriteleri uzun bir dönem, Türk hukuku sisteminde rekabeti koruyucu yasal düzenlemeler bulunmadığından ötürü kartelleşmenin bulunduğunu ileri sürerek ihracatçı firmaları dumping soruşturmasına tabi tutmuştur.

mevzuatlarda veya yargı kararlarında hoş görü ile karşılanmaktadır<sup>41</sup> Buna karşılık ülkemiz hukuku açısından, en azından Kanun yorumundan çıkan anlama göre, bu tür uygulamalar rekabet kurallarına muhatap olacaktır.

Avrupa Birliği hukukunda da rekabet kurallarının Birlik dışında uygulanabileceği ve yabancı teşebbüslerin rekabet kurallarına muhatap olduğu tereddütsüz kabul edilmekle birlikte<sup>42</sup> bunun hangi temele dayandığı hususu tartışmalıdır<sup>43</sup> Komisyon ve Adalet Divanı bu konuda net bir tutum sergilemekten kaçınmakta ve hatta zaman zaman birbirlerinden farklı yaklaşımlar sergilemektedir<sup>44</sup> Bu nedenle ülke dışı uygulamaya ilişkin teorik değerlendirmeler genellikle somut olayla sınırlı kalmaktadır. Örneğin rekabet kurallarının Birlik sınırları dışındaki uygulamasına emsal teşkil eden olayların önemli bir kısmında ana—yavru ortaklık ilişkisi bulunması<sup>45</sup> kuralların uygulamasını ‘etki teorisi’ne değil de, genellikle “ekonomik bütünlük” teorisine dayandırılmasına yol açmıştır<sup>46</sup> Buna karşılık bir kısım kararlarda ise<sup>47</sup> -ki bunlar özellikle yabancı ülkede mukim teşebbüslerin. araya

<sup>41</sup> Krş. Ersin, sh.42; Budak, sh.138; Özsunay, sh.251, 252 Bellamy/child, sh.127; Goyder, sh.394,395

<sup>42</sup> Bellamy/child, sh.126; Kerse, sh.285; Report, sh.21; Green/Robertsom, sh.311; Aslan, AT. sh.42; Goyder ,sh.386 ; Gijlstra/Murphy, sh.50; Wish/Sufrin, sh.368 vd. ; Özel, sh.337,338

<sup>43</sup> Wish/Sufrin, sh.378 vd.

<sup>44</sup> Wish/Sufrin, sh. 373,374; Tiryakioglu, sh.73;Weatherill/Beaumont, sh.691 vd. ; özel, sh.354

<sup>45</sup> Örnek vermek gerekirse Dyestuffs karteli davasında (Dyestuffs, dava 48/69, ( 1972 ) ECR.619, (1972 ), CMLR.557 ), 11 Dyestuffs üreticisinin yaklaşık aynı tarihlerde ve aynı oranlarda birbirleriyle uyumlu olarak fiyat artırımına gitmeleri 85/1. madde çerçevesinde uyumlu eylem olarak değerlendirilmiş ve Komisyon söz konusu teşebbüslere para cezaları uygulamıştır bu olayda konumuz açısından önemli olan nokta komisyon ’un ortak Pazar dışında yerleşik firmalarda ( İsviçre ve İngiliz firmalarına ) ortak pazardaki ticaretin etkilendiği gerekçesiyle rekabet kurallarını uygulamasıdır. Bu karara karşı adalet divanı’ na başvuran ICI ( keza diğer İsviçre firmaları, Geigy ve Sandoz ), kendisinin ortak pazarda yerleşik olmadığını belirterek , komisyon ’ un yargı yetkisi olmadığını ileri sürmüştü; buna karşılık adalet divanı ise, ICI’ nin ortak Pazar dahilinde faaliyet gösteren yavru ortakları vasıtasıyla rekabeti sınırladığı belirtmiştir. Bu görüşe karşılık olarak ICI kendisinin ayrı tüzel kişiler olduğunu ve bu sebeble de bu ortakların davranışlarının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüştür. Adalet divanı ise, ICI’ nin yavru ortaklarının faaliyetleri üzerinde kesin bir kontrolü olduğunu ve buradan hareketle; “ ekonomik bütünlük ” teorisi ile çözümlenmiştir. Yine benzer mahiyetteki commercial solvent davasında (commercial solvent dava 6–7/73,(1974), ECR.223, (1974),1 CMLR.309), merkezi ABD’ de bulunan CSC’ ye bağlı ortaklık olan istituto’ nun faaliyetleri, mahkemece hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiş ve CSC ile istituto ’ nun tek bir ekonomik birim sayılmasından hareketle ABD deki CSC’ ye de rekabet kurallarını tatbik edilmiştir.

<sup>46</sup> Kerse, sh.288; Goyder, 388, vd. ; Wish/sufrin , sh.371,379

<sup>47</sup> Örneğin bilya davasında (Franco Japanese Ball bearing case OJ.(1974), I.343/19, (1975) 1 CMLR d.8), Japon ihracatçıları ve Fransız üreticileri bir araya gelerek Japonya’ dan ihraç edilecek bilyalı yatakların fiyatlarını Fransa da üretilenlerin fiyatlarına uyumlu hale getirmek üzere anlaşmışlar ve Komisyon bu anlaşmanın kimler arasında ve nerede akdedildiğini dikkate almaksızın, tek pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olduğunu kabul ederek 85. madde kapsamında değerlendirilmiştir. (Komisyon’ un benzer yaklaşımlar sergilediği davalar için bkz. Ahlström ve diğerleri Komisyon, dava

herhangi bir yavru ortaklık girmeksizin doğrudan iç pazarda rekabeti fark edilebilir ölçüde kısıtlamasının söz konusu olduğu durumlara ilişkindir-, “etki teorisinin “ izleri görülmektedir.<sup>48</sup> Fakat belirtelim ki, özellikle Adalet Divanı bu doktrini açık bir şekilde telaffuz etmekten kaçınmakta<sup>49</sup> ve meseleyi daha çok “ülkesellik prensibini” geniş yorumlayarak çözümlene yolunu tercih etmektedir<sup>50</sup>

Teorik açıdan rekabet kurallarının ulusal sınırlar dışında uygulanması Rekabet Hukukuyla izlenen amaca uygun gözükmele beraber, bu durumun aynı zamanda başka bir ülkenin yargılama yetkisine müdahale teşkil etmesi, Rekabet Hukukunun fiilen tatbikinde henüz açıklığa kavuşturulamamış önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar<sup>51</sup> Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da; yabancı firmalardan bilgi alınması, yerinde araştırma yapılması, kararların tebliğ edilmesi ve hükmün icra edilmesi gibi çeşitli safhalarda, Komisyon güçlüklerle karşılaşmaktadır<sup>52</sup>

---

OJ.(1985), L.85/1, (1985) 3 CMLR 474, Aliminium Imports from Eastern Europe OJ. (1985), L.92/1, (1987) 3 CMLR.813 )

<sup>48</sup> EC. Report, sh. 21; Goyder ,sh.389; Kerse, sh.290

<sup>49</sup> Tiryakioğlu, sh.73; Weatherill/Beaumont, sh.691; Wish/Sufrin, sh.379; Kerse, sh.288

<sup>50</sup> Örneğin Woodpulp davasında ( Ahlström ve diğerleri-Komisyon, dava OJ.(1985), L.85/1, (1985) 3 CMLR 474), rekabet kurallarının ortak Pazar dışarısında uygulanabilirliğinin teorik tartışmalar yapılmış ve komisyon ve Adalet Divanı arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Bu davada ortak Pazar dışarısında mukim tahta hamuru üreticisi ve bunların oluşturduğu iki ticari örgüt, ortak pazardaki alıcılara uygulanacakları fiyat hususunda kara alarak uyumlu davranışta bulunmuşlar ve bu nedenle 85. maddeyi ihlal ettikleri iddiasıyla Komisyon ve Adalet Divanı önünde yargılanmışlardır. Dava önüne gelen Komisyon, söz konusu ortak davranışı ortak Pazar dışında gerçekleşmiş olsa da, bunun olumsuz etkilerinin ortak pazarda oluştuğunu kabul ederek olaya “etki teorisi” ni uygulamıştır. Adalet divanı ise Komisyon’ un görüşünü yerinde bulamamış ve rekabet kurallarının uygulanması bakımından ülkesellik ilkesinin yeterli olduğunu kabul etmiştir. Adalet divanı’ na göre ortak Pazar dahilinde rekabetin sınırlandırılmasına yol açan somut olay iki aşamadan oluşmaktadır; İlki anlaşma, uyumlu eylem ve kararın oluşumu, diğeri ise bunların hayata geçirilmesidir. Rekabet kurallarının uygulanması bakımından ise önemli olan bunların hayata geçirilmesi aşamasıdır; zira rekabet kurallarının uygulanmasının münhasıran ilk aşamaya dayandırılması, yurt dışında mukim teşebbüslerin kolaylıkla Rekabet Hukuku yaptırımlarından kurtulmalarına imkân verilebilir. Somut olayda üreticiler tarafından ortak olarak kararlaştırılan fiyat, ortak Pazar dahilinde uygulanmıştır ve bu durum ortak pazardaki rekabetin kısıtlanmasına yol açmıştır. Bu nedenle bu tip davranışlar karşısında rekabet kurallarının uygulanması ülkesellik prensibi çerçevesinde halledilebilir.

<sup>51</sup> Rekabet kurallarının ülke dışında etkin olarak uygulanabilmesini sağlamak amacıyla, öncelikli olarak yapılması gereken rekabet otoriteleri arasında ve uluslar arası platformda adli yardım antlaşmaları akdetmektedir, ABD. kendi antitiröst hukukunun ülke dışında uygulanmasını sağlamak amacıyla Almanya, Avustralya, Kanada ve AB. İle uluslar arası antlaşmalar akdetmiştir. OECD, Unctad ve GATT. bünyesinde de bu konuda çalışmalar yapılmaktadır. (bkz. Wish/Sufrin, sh.388 vd.). Nitekim bu hususta gümrük birliğinin işleyişine dair rekabet kurallarında, AB birliği mercileri ve Türkiye rekabet kurumuna yönelik görevler yükleyen hükümler (md. 40,43 ) işletildiği takdirde AB.ile Türkiye arasında doğabilecek sorunları nispeten engelleme imkanına sahiptir.

<sup>52</sup> Gijlstra/Murphy, sh.50; Wish/Sufrin, sh.374



## 1.2. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Prensip olarak kanunlar Resmi Gazete'de yayınlanmaları ile yürürlüğe girer ve bu tarihten sonra cereyan eden olaylara uygulanırlar<sup>53</sup> Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 64.maddesinde de, idari para cezalarına ilişkin olarak öngörülen bir yıllık geçiş süresi dışında bu genel kural benimsenmiştir. Bu düzenlemeye göre; Kanun, Resmi gazetede yayınlandığı gün olan 13 Aralık 1994 tarihinde, idari para cezalarına ilişkin düzenlemeler ise, bundan tam bir sene sonra; 13 Aralık 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun hukuken 1995 yılı başından bu yana yürürlükte olmakta beraber; Kanun'un gerçek anlamıyla uygulamasını sağlayacak olan Rekabet Kurumu: Rekabet Kurulu üyelerinin 27 Şubat 1997 tarihinde atanması nedeniyle, ancak 5 Kasım 1997 tarihinde teşekkül etmiştir<sup>54</sup> Rekabet Kurumu, Kanun'un etkili biçimde uygulanmasında önemli bir yer tutan idari işlem ve yaptırımlar hususunda münhasır yetkilidir<sup>55</sup> Bu itibarla Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulmasındaki bu gecikme, Kanun'un bu geçen süre içerisinde fiilen uygulanamamasına yola açmıştır<sup>56</sup>

Yukarıda ifade edildiği üzere Rekabetin Korunması Hakkında Kanun temel olarak yürürlükte bulunduğu süre içerisinde gerçekleşen olaylara uygulanır. Buna karşılık rekabeti sınırlayıcı davranışların genelde süreklilik göstermesi karşısında, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen ve Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da etkilerini devam ettiren davranışlar için düzenleme yapma gereği doğmaktadır. Bu gerekliliği göz önünde tutan kanun koyucu, Kanun'un geçici 2. maddesiyle<sup>57</sup> bu tip

<sup>53</sup> Oğuzman, sh.60,61; Edis, sh.154,155

<sup>54</sup> Bkz. Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulduğuna ilişkin Tebliğ, Tebliğ no 1997/5 RG.23160,4.11.1997).

<sup>55</sup> Rekabet Kurumu' nun bireysel ve grup muafiyet sağlamak, menfi tespit belgesi vermek, birleşme ve devralma izin vermek, hukuka aykırı eylem ve işlemler hakkında idari para cezaları ve diğer hukuki tedbirler uygulamak gibi pek çok görevi bulunmaktadır.

<sup>56</sup> RKHK' nun uygulamasında, her ne kadar Rekabet Kurumu asli yetkili olsa da, tek yetkili mercii değildir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, Kanun' un uygulamasında aynı zamanda adli mahkemelere de büyük görevler düşmektedir. Buna rağmen bu ara sürede, mahkemelere intikal eden bir Rekabet Hukuku uyuşmazlığına rastlanmıştır.

<sup>57</sup> Nitekim geçici maddede yer alan yer alan bu düzenlemenin paraleli, Anlaşmaların, Uyumlu, Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun' un 10. maddesine göre Bildirimin Usul ve Esasları Hakkında 1997/2 No.' lu Rekabet Kurulu Tebliği' nin 4.maddesi (RG.23078, 12.8.1997) Rekabet Kurumu Teşkilatı oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sy. Kanun' dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin 1997/6 No.' Lu Tebliğ' in 3. maddesinde de yer almaktadır. RG.23167,11.11.1997).

durumlar için, Rekabet Kurumu'nun - teşekkül etmesinden itibaren 6 aylık bir geçiş dönemi öngörmüştür<sup>58</sup> Bu düzenleme çerçevesinde, Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulmasını izleyen 6 aylık süre içerisinde (5 Mayıs 1998), mevcut her türlü rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararların bildirilmesi gerekmektedir. Bildirimde bulunmak, özellikle idari para cezaları, muafiyet ve dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı hukuki işlemlerin geçerlilikleri bakımından önemli sonuçlar doğurur.<sup>59</sup>

Çalışmamız Giriş, 2 Bölüm ve Sonuç kısmından oluşacaktır. Çalışmamızın birinci bölümünde Hakim Durum kavramını ve Hakim Durumdaki teşebbüsleri ele alacağız. İkinci bölümünde ise kötüye kullanma şekillerini, inceleyeceğiz.

---

29 Avrupa Birliği Hukukunda da, rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin çıkartılan 17 sy. 6 Şubat 1962 tarihli tüzükte rekabeti sınırlıyı anlaşmaların bildiriminde benzer geçiş dönemi öngörülmüş (OJ.13,21.2.1962). Bu tüzükte sadece; tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen anlaşma, kara ve uyumlu davranışlar ( old-existing agreements, decisions and practises ) için değil (md.5), aynı zamanda Birliğe yeni katılan ülkelerdeki mevcut anlaşmalar (acession agreements) için 6 aylık bir geçiş dönemi belirlenmiştir (md. 25 ). Bu antlaşmalar için bkz. Üçüncü bölüm// 2/II/C/3/b  
30 Bkz. İkinci bölüm // 1IV/C/ ve Üçüncü Bölüm//2/II/C/3/c

## 2. REKABET HUKUKUNDA HAKİM DURUM VE HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLER

### 2.1.HAKİM DURUMUN BELİRLENMESİ

#### 2.1.1.Hakim Durum Kavramı

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine aykırılığın oluşması için gereken ikinci şart, en az bir teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümündeki belirli bir mal veya hizmet piyasasında hakim durumda olmasıdır. AT Rekabet Hukuku'nda, tıpkı teşebbüs kavramında olduğu gibi hakim durum kavramının tanımı da, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklandığı Roma Anlaşması'nda yer almayıp, ATAD kararları ile şekillenmiştir. Yukarıda bu yolun izlenmesinin ne denli yerinde olduğu üzerinde durulmuş idi. Bu durum hakim durum açısından daha da önemlidir; zira hakim durum, teşebbüs kavramına göre somut olay bazında değerlendirilmeye çok daha büyük oranda muhtaç bir kavramdır.

ATAD; United Brands kararında, “rakiplerinden, müşterilerinden ve nihayet tüketicilerinden önemli ölçüde bağımsız hareket ederek ilgili pazardaki etkin rekabetin devam etmesini engelleyebilecek ölçüde ekonomik güce sahip teşebbüslerin” hakim durumda sayılacağını belirtmiştir. ATAD, Hoffmann-La Roche kararında<sup>60</sup>; hakim durumun, “tekel veya tekel benzeri durumda olduğu gibi rekabetin bir ölçüde varlığını sürdürmesini imkansız kılmadığını ancak bu durumdaki teşebbüsün, rekabetin gelişeceği şartları belirlemesine olmasa da, en azından bu şartlar üzerinde önemli ölçüde etkili olmasına ve her halükarda kendisine zararı dokunmadığı sürece bu şartları dikkate almaksızın hareket etmesine olanak sağladığını” belirtmiştir.

Hakim durumun saptanması belirli unsurlar göz önünde bulundurularak yapılır. Belirtmek gerekir ki, tüm bu unsurların analizi öncelikle, ilgili pazarın tespitini gerektirir. Avrupa Adalet Divanı, Continental Can kararında<sup>61</sup>, hakim durumun ancak belirli bir pazara ilişkin olabileceğini belirtmiş ve ilgili pazarın belirlenmesinin

<sup>60</sup> Hoffman-La Roche v. Commission 3 CMLR 211 paragraf 39.

<sup>61</sup> United Brands Co. v. Commission 27/76 1 CMLR 429 paragraf 65.

hakim durum analizi açısından önemini vurgulamıştır. Rekabet Kurulu uygulamasına bakıldığında da, Kurul'un hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kararlarında öncelikle ilgili pazarı belirlediği görülür. Hakim durumun saptanmasında dikkate alınan unsurlar genel olarak, teşebbüsün pazar payı, rakiplerin sayısı ve pazar payları, hukuki düzenlemeler, dikey bütünlük ve iyi örgütlenmiş dağıtım ağları, teknolojik üstünlük, finansal güç, ölçek ekonomileri, teşebbüsün elinde bulundurduğu fikri mülkiyet hakları, tanınmışlık ve ürün bilinirliği, ciro, teşebbüsün toplam büyüklüğü ve gücü, izlenen politikalar, performans, fırsat maliyetleri ve hammaddeye erişim kolaylığıdır<sup>62</sup>.

Rekabet Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca hakim durum; “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü” ifade eder. Bir diğer ifadeyle, pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren rakiplerinin rekabetçi baskısından ve müşterilerinin pazarlık gücünden bağımsız karar alabilen teşebbüsler, hakim durumdadırlar.

Bir teşebbüsün piyasada hakim durumda bulunup bulunmadığının belirlenmesinde birçok kriter dikkate alınmaktadır. Bunların başında piyasa payı, dolayısıyla da, “ilgili piyasa”nın tespiti gelmektedir. Bir teşebbüs, ancak ilgili piyasada hakim durumda ise, 82. maddenin yasağıyla karşılaşır. ATA, 82. maddede “ortak pazarda ya da ortak pazarda önemli bir bölü, nünde” hakim durumda bulunmaktan söz etmektedir. Bu ifade, ortak pazara dahil bulunan bir üye devletteki bir bölgeyi veya bir yeri de kapsamına almaktadır. Nitekim bir kararda Danimarka'nın Roedby Limanı<sup>63</sup> bir başkasında ise Paris Hava Limanı<sup>64</sup> ortak pazarın önemli bir bölümü olarak ele alınarak değerlendirme yapılmıştır.

Teşebbüsün üretmekte veya dağıtmakta olduğu, diğer bit deyişle, faaliyetine konu olan mal veya hizmet, ilgili piyasanın belirlenmesinde esaslı unsurlardandır. Örneğin, bir davada, vitamin üretmekte olan bir teşebbüsün hangi piyasada hakim durumda bulunduğu hususu araştırılmış ve tüm vitaminlerin tek bir piyasa

<sup>62</sup> Rekabet Kurumu 2002 Yılı Faaliyet Raporu / Dördüncü Yıllık Rapor sf. 12.

<sup>63</sup> Port of Roedby. ATRG (1994) L 55/52.

<sup>64</sup> ATKD (1998) E. 230/10.

oluşturmadığı, her bir vitaminin ayrı piyasalar olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>65</sup> Piyasa ne kadar dar tutulursa, teşebbüsün hakim durumda bulunma olasılığı (la o kadar artmaktadır. Belirlenen mal ya da hizmetin başka mal ya da hizmetlerle tüketici nazarında ikame edilebilirliği ile söz konusu teşebbüs bakımından arzda ikame edilebilirliği de, kriter olarak dikkate alınmaktadır. Örneğin armut alıcısı tüketicinin armudun fiyatının yükselmesi üzerine elmayı tercih ettiğinden söz edilebiliyorsa, ilgili piyasa, armut ve elma piyasaları olacaktır. Böylece, ilgili piyasa genişlemiş olmaktadır.

İlgili piyasanın tespitinde başvurulacak diğer bir ölçüt ise, coğrafi olarak piyasanın kapsadığı alandır. Eğer bir yerdeki rekabet şartları yeterince homojen ise<sup>66</sup> o yer, ilgili piyasanın coğrafi sınırını çizer. Bu bağlamda, mal ya da hizmetin kolaylıkla ulaştırılabildiği yerler (taşıma masrafları)<sup>67</sup> ile istihdamın ya da üretimin veya dağıtımın, hakim olduğu iddia edilen teşebbüsün dışındaki teşebbüsler için pahalı olduğu yerler, ilgili piyasayı belirler.

İlgili piyasanın tespitinde, dönemsel özellikler de dikkate alınır. Ekonomik krizlerin yaşandığı dönemler ya da mevsim değişiklikleri, piyasanın zamansal sınırlarını çizer. Örneğin, klima piyasasında yaz ve kış olmak üzere iki ayrı piyasanın bulunduğunu söylemek mümkün olabilir. Çünkü bu iki dönemde, klimaya olan talepte büyük değişimler gözlemlenmektedir.

Topluluk, hakim durumun göstergesi olarak, yalnızca piyasa payı ile yetinmez. Piyasa payı teşebbüsün hakim durumda bulunduğunu söylemeye yetecek kadar büyük olmasa da, başka bazı faktörler, hakim durumun varlığı savını güçlendirebilir. ATM, ECS/Akzo Chemie BV<sup>68</sup> kararından itibaren, istikrarlı bir şekilde, %50 ve üzeri oranda piyasa payını, hakim durumun varlığı için güçlü bir delil olarak görmekte; ancak istisnai koşulların bulunup bulunmadığı yönünden de araştırma yapılması gerektiğinde işaret etmektedir<sup>69</sup> Örneğin, böyle büyük bir piyasa payına

<sup>65</sup> Hoffmann-La Roche Co. AG/Komisyon, ATKD (1979) 461.

<sup>66</sup> United Brands, ATKD (1978) 207; Michelin, ATRG (1981) L. 353/33.

<sup>67</sup> United Brands, ATKD (1973) 207; Kis Glass c Co. Ltd/Komisyon, ATRG (2000) II-1885.

<sup>68</sup> ATKD (1991) 1-3359.

<sup>69</sup> %50 ve üzeri orandaki pazar payının, istisnalar dışında, hakim durumun delili olduğuna dair yeni bir karar için bkz. Irish Sugar plc/Komisyon, ATRG (1999) 11-2969.

rağmen piyasaya giriş engellerinin<sup>70</sup> bulunmaması, hakim durumdan söz edilmesini engelleyebilecek istisnai bir durumdur. Giriş engellerinin söz konusu olmadığı piyasalarda çok yüksek piyasa payı bile, hakim durumun varlığına dair kesin bir veri sayılmaz.<sup>71</sup>

Piyasa payı yeterince büyük olmayan teşebbüsler bakımından ise, başka faktörlerin de mevcudiyetinin araştırılması gerekmektedir. Bu bağlamda, ileri düzeydeki teknolojik imkanlara<sup>72</sup> finansal kaynaklara yakınlığı ve bunlara erişim kolaylığına<sup>73</sup> inhisarı nitelikteki fikri mülkiyet hakkına<sup>74</sup> geniş bir dağıtım ağına<sup>75</sup> sahip olan bir teşebbüs, hakim teşebbüs kabul edilebilmektedir. United Brands kararında ATM, hakim durumu, “bir teşebbüsün sahip olduğu iktisadi gücün o teşebbüse<sup>76</sup> rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai olarak tüketicilerden bağımsız hareket etme iktidarını vererek, onun ilgili piyasadaki etkin rekabeti engelleyebilmesine imkan yaratması” olarak tanımlamıştır.

Görülmektedir ki, teşebbüsün rakip, müşteri ve tüketicilerden bağımsız olarak hareket edebilmesi, onun hakim durumda bulunduğu işaret etmekte; ancak salt böyle davranabilme iktidarı, hakim durumun kesin olarak belirlenmesine yetmemektedir. Hakim durumun varlığı konusunda kesin yargıya varabilmek için, teşebbüsün, ilgili piyasadaki rekabeti engelleyebilmesi de gerekmektedir.<sup>77</sup> Örneğin, bir teşebbüsün bir malın üretimi için olmazsa olmaz nitelik arz eden bir patente sahip olması, onu, rakiplerinin tepkilerinden bağımsız şekilde hareket edebilme gücü ile donatır. Benzer şekilde, kredi bulabilme kolaylığına ve bunu geri ödemedede esnek koşullara sahip olabilen bir teşebbüsün de, piyasasında hakim durumda bulunduğu

---

<sup>70</sup> Bkz. yük. 1. Bölüm, A.2.

<sup>71</sup> Korah, Valentine: An introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Oxford 1997, s. 91; Katircioğlu, s.43.

<sup>72</sup> United Brands/Komisyon ATKD (1978) 207; J-Hoffmann-La Roche/Komisyon, ATKD (1979) 461; Michelin/Komisyon, ATKD 0983) 3461.

<sup>73</sup> United Brands/Komisyon, ATKD (1978) 207.

<sup>74</sup> Hugin Kassaregister AB S Hugin Cash Registers Ltd/Komisyon, ATKO (1979) 1869.

<sup>75</sup> Hoffmann-La Roche/Komisyon, ATKD (1979) 461.

<sup>76</sup> United Brands/Komisyon. ATKD (1978) 207.

<sup>77</sup> Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), s. 444 ve 445; Özsunay, Ergun: ‘Tercihli Dağıtım Sisteminde Ayrımcı Uygulamalar ve Pazardaki Egemen Durumun Kötüye Kullanılmasına ilişkin Standartlar’, iktisat ve Maliye Dergisi 1983, C. 29, S. 8, s. 309.

düşünülebilir. Nitekim Topluluk da, Continental Can<sup>78</sup> kararında, finansal kaynaklara yakınlığın hakim durumu yaratan özelliklerden biri olduğunu belirtmiştir.

Hakim durumun belirlenmesinde tespiti gereken ilk husus, teşebbüsün ilgili piyasadaki payıdır. Bu pay önemli bir orana ulaşmakta ise, bu durumda, hakim durumun varlığını ortadan kaldıracak istisnai koşulların bulunup bulunmadığı araştırılmakta ve buna göl-e bir sonuca varılmaktadır. Piyasa payının düşük olması halinde ise, hakim durum yaratabilecek diğer faktörlerin varlığı araştırılmaktadır.

Hakim durum, yalnızca tek bir teşebbüsün sahip olacağı bir konum olarak da görülmez. ATA 82. madde, bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumu kötüye kullanmasından söz etmektedir. Gerçekten de, birden çok teşebbüs birlikte hakim durumda bulunabilirler. Genellikle, bu teşebbüsler arasındaki fiyata, arza veya başka hususlara yönelik yatay anlaşmalar, “birlikte hakim durum” olarak nitelenebilmektedir<sup>79</sup> Komisyon, CEWAL<sup>80</sup> kararında, bir gemi iş konferansının<sup>81</sup> hakim durumda bulunduğuna hükmetmiştir. Konzernler, grup teşebbüsleri de, birlikte hakim durumda bulunabilirler.<sup>82</sup>

ATM, Irish Sugar plc/Komisyon<sup>83</sup> kararında, birlikte hakim durumun tanımını yapmıştır. Tanımda, “birlikte hakim durum” a, çeşitli faktörler nedeniyle aralarında bir bağlantı oluşan, böylece piyasada ortak bir politika izleyebilen ve belirli bir ölçüde rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden bağımsız olarak hareket edebilen birden fazla teşebbüsün neden olduğu ifade edilmiştir. Kararda ayrıca, birbirlerinden bağımsız olsalar da, teşebbüslerin birlikte hakim durumu yaratabilecekleri ve bunlardan yalnızca birinin ya da birkaçının bu hakim durumu kötüye kullanmasının, 82. maddenin kapsamına girmek için yeterli olduğu da vurgulanmıştır.

---

<sup>78</sup> Europemballage Corp. Continental Can/Komisyon ATKD (1973) 215.

<sup>79</sup> Italian Flat Glass, ATRG (1989) L 33/44.

<sup>80</sup> French-West African Shipowners' committees (CEWAL), ATRO (1992) L. t 34/1.

<sup>81</sup> Gemi işletmecileri konferansı, değişik hatlardaki navlun bedellerini ve yolcu taşıma ücretlerini, aralarında anlaşarak belirleyen gemi işletmecileri birliğidir. Bu tanım için bkz. OECD, Glossary, s. 79.

<sup>82</sup> Bu konuda etraflıca bilgi için bkz. Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), e. 458-461.

<sup>83</sup> ATRG (1999) 11-2969.

İlgili piyasa, hakim durumunun tespitinde belirlenmesi gereken ilk unsurdur. Ancak, 82. maddenin uygulanabilmesi için, teşebbüsün, kötüye kullanmayı oluşturan davranışını, mutlaka hakim durumda bulunduğu ilgili piyasada sergilemesi gerekmez. Hakim teşebbüs, hakim durumda bulunmadığı, ayrı fakat komşu bir piyasadaki yan faaliyetleri, herhangi bir objektif gereksinim olmaksızın, yalnızca kendisi yerine getirmek ister ve bu doğrultuda o piyasadaki rekabeti bozacak veya bozma tehlikesi yaratacak eylem ve işlemlere girişirse, bunlar da 82. madde yasağına tabi olur. Birçok kararda<sup>84</sup> ele alınan bu konu, yakın tarihli bir karar olan Irish Sugar plc/Komisyonunda<sup>85</sup> gündeme gelmiştir.<sup>86</sup> Anılan kararda; endüstriyel şeker piyasasında hakim durumdaki teşebbüsün, perakende şeker piyasasında şeker paketleyicileri olarak faaliyet gösteren ve aynı zamanda rakibi olan müşterilerle, rakip olmayan müşterileri arasında, bu sonuncular lehine indirim uygulamak suretiyle ayrımcılık yapmasının, perakende şeker piyasasındaki şeker paketleyicileri arasındaki rekabeti hakim teşebbüs yararına bozduğuna karar verilmiştir.

Serbest piyasa ekonomilerinin temel unsurlarından olan sözleşme serbestisi ilkesi, hem sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü hem de sözleşmenin tarafını seçme ve içeriğini belirleme özgürlüğünü ifade eder<sup>87</sup> Sözleşme yapıp yapınama özgürlüğü; sözleşme akdetmek, akdetmek, akdedilmiş sözleşmeyi sona erdirmek, sözleşmenin içeriğini belirlemek ve değiştirmek özgürlüklerini de kapsar.<sup>88</sup>

Sözleşme serbestisi ilkesi ile devlet, özel hukuk ilişkilerinin düzenleyicisi olarak bu işin merkezinde yer almak suretiyle yerine getirmek zorunda kalacağı ağır bir yükümlülükten kurtulmuş olmaktadır<sup>89</sup> Devlet, yine, bu ilkeyi getirerek fertlerin ihtiyaçlarına, değişen koşullara bağlı olarak fertlerce şekillendirilen sözleşmelerle

---

<sup>84</sup>Tetra Pak International SA/Komisyon (Tetra Pak II kararı, ATKD (1994) II- 755; Commercial Solvents/Komisyon, ATKD (1974) 223; CEP/İŞ/CLT İPE, ATKD (1985) 3261.

<sup>85</sup> 94 ATKD (1999) 11-2969.

<sup>86</sup> Bir başka yakın tarihli karar için bkz. Aeroports de Paris/Komisyon kararı, ATKD (2002) 1-9297.

<sup>87</sup> Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat/Petek, Hasan: Borçlar Hukuku - Özel Borç ilişkileri, 6. Bası, Ankara 1998,s. 8 vd.

<sup>88</sup> Hatemi, Hüseyin: Borçlar Hukuku özel Bölüm, İstanbul 1999. s. 16.

<sup>89</sup> Atamer, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 28.



çözüm bulunmasını amaçlamaktadır<sup>90</sup> Ancak bu ilkenin zaman zaman güçlünün zayıfı istismar etme aracı haline geldiğine rastlanmaktadır<sup>91</sup>

Rekabet hukuku da, diğer bazı hukuk dalları gibi<sup>92</sup> işte böyle bir tehlikenin varlığına istinaden ortaya çıkmıştır. Hakim durumdaki teşebbüsler, bu bağlamda, ayrı bir hassasiyeti gerektirir. Çünkü bunların elinde, rakiplerinden, müşteri ve tüketicilerden bağımsız olarak, bir başka deyişle, onların tepkilerini hesaba katmaksızın hareket etmelerine imkan sağlayan bir iktidar vardır.<sup>93</sup>

Hakim teşebbüs, sözleşme serbestisi ilkesinden elbette istifade eder. Ancak sözleşme yapıp yapmayacağına karar verirken<sup>94</sup> ya da sözleşme akdedeceği tarafı seçerken, haklı nedene dayanmayan bir ayrımcılık yapamaz<sup>95</sup>; “olmazsa olmaz araçlar” a sahipse, rakiplerinin makul bir bedel karşılığında bunlardan yararlanmalarını engelleyemez; sözleşmenin diğer tarafı istemediği halde, sözleşmelere adil ve dürüst olmayan tarzda, birtakım ek yükümlülükleri dahil edemez ya da bir malın ya da hizmetin alımını, başka mal veya hizmetlerin de alımı şartına bağlayamaz. Tüm bu hallerde devlet, anılan duruma, rekabet hukuku eliyle müdahale eder<sup>96</sup>. Hakim teşebbüs, davranışlarıyla rekabeti zayıflatmama yönündeki özen borcuna uygun davranmaya zorlanır. Diğer bir deyişle, rekabet ve müşteriler ile tüketicilerin korunması zorunluluğu, hakim teşebbüs bakımından, sözleşme serbestisi ilkesine tercih edilir.

---

<sup>90</sup> Atamer, s. 28.

<sup>91</sup> Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 10.

<sup>92</sup> Örneğin tüketicinin korunması hukuku.

<sup>93</sup> Hakim durumun bu tanımı için bkz. A. 4. a. (1).

<sup>94</sup> Örneğin mal ya da hizmet vermenin reddinde olduğu gibi. Bu konu için bkz. a.ş. 1. Bölüm, D. 2. a.

<sup>95</sup> Bkz. 1. Bölüm, D. 2. a. ATM. Entreprenorforeningens Affalds/Miljosektion (FFAD)/Kopenhavns Kommune kararında, idari yetkilerle donanarak hukuk? bir tekel haline gelmiş olan Kopenhag Belediyesi'nin, inşaat artıklarının toplanması işini, belirli üç teşebbüsten başka teşebbüslere vermemesini, bu yöndeki sözleşmelerin Belediye tarafından, yalnızca, çevrenin korunmasında gereken standartları sağlayabilenlerle akdedildiği gerçeğinin tespiti üzerine, haklı görmüştür. Bu karar için bkz. ATKD (2000) 1- 3743,

<sup>96</sup> Rekabet hukuku düzenlemelerinde kötüye kullanma kavramına açıkça yer veren birçok devlet bulunmaktadır. Almanya ve Kanada, bu devletlere örnek olarak verilebilir.

### 2.1.2. Birlikte Hakim Durum

Yukarıda verilen Rekabet Kanunu'nun 3. maddesindeki hakim durum tanımında "bir veya birden fazla teşebbüsün" hakim durumda olabileceği belirtilmiştir. Özellikle oligopol pazarlarda (sadece birkaç teşebbüsün aktif olduğu), çok sıkı ekonomik bağlılık ve karşılıklı etkileşim içerisinde olan teşebbüslerin, tek başlarına olmasalar da birlikte hakim durumda olmaları söz konusu olabilmektedir. Rekabet Kurulu, 2003 yılında verdiği kararında, Turkcell ve Telsim'i, GSM altyapı hizmetleri pazarındaki birlikte hakim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanarak, rakipleri Ana'nın GSM hizmetleri pazarına girmesine engel oldukları gerekçesiyle, sırasıyla 21 ve 8 trilyon TL idari para cezasına çarptırmıştır. Kurul kararına göre, birlikte hakim durumda olan teşebbüsler şunlardır:

#### a) Birleşik Basın Dağıtım A.Ş (BBD)

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin 21.10.1991 tarih ve 2885 sayılı nüshasında ilan edilen Birleşik Basın Dağıtım AŞ'nin merkezi İstanbul'dadır. Soruşturmanın yapıldığı dönem itibariyle, BBD hisselerinin %40'ı Medya Holding A.Ş.'ye, %27,6'sı Sabah Yayıncılık A.Ş.'ye, %20'si Sabah Elektronik Yayıncılık ve İletişim A.Ş.'ye, %10'u Gençlik Yayıncılık A.Ş.'ye, %2'si Feza Gazetecilik A.Ş.'ye ve geri kalanı da muhtelif gerçek ve tüzel kişilere aittir.

BBD, 4 bölge müdürlüğü, yaklaşık 680 ana bayilik, yaklaşık 18.000 tali bayilik ve 457 sözleşmeli araçtan oluşan bir dağıtım teşkilatına, bunun yanısıra 450'den fazla çalışana sahiptir. Gazete ve dergi dağıtım piyasasının ikinci büyük şirketi olan BBD'nin 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payı sırasıyla %45, %40 ve %35; dergi dağıtımında ise, %30, %33 ve %33'tür.

#### b) BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRYAY)

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin 28.05.1996 tarih ve 4046 sayılı nüshasında ilan edilen BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin merkezi İstanbul'dadır. Soruşturmanın yapıldığı dönem itibariyle, BİRYAY hisselerinin %49'u BBD'ye, %49'u YAYSAT'a aittir. Şirketin %2'lik hissesi ise, Aydın Doğan, Dinç Bilgin ve anılan şahısların sahip oldukları teşebbüsler arasında eşit olarak paylaştırılmıştır.

BİRİYAY'ın, bölge müdürlükleri ve bayilik teşkilatı mevcut değildir. Dağıtım yapabilecek araç ve teşkilata sahip olmadığından, diğer iki dağıtım şirketi gibi fiziki olarak dağıtım yapamayan şirket, müşteri yayınevlerinin yayınlarını YAYSAT ve BBD aracılığı ile dağıttırmaktadır.

c) YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. (YAYSAT)

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin 21.09.1992 tarih ve 3118 sayılı nüshasında ilan edilen YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin hisselerinin, soruşturmanın yürütüldüğü dönem itibariyle %55'i Doğan Grubu şirketlerine, %45'i ise İhlas Grubu şirketlerine aittir.

Merkezi İstanbul' da olan YAYSAT'ın, 6 bölge müdürlüğü, 685 başbayisi, 20.034 son satıcısı (tali bayisi), 418 anlaşmalı nakliye aracı, 640 personeli mevcuttur. Gazete ve dergi dağıtımını piyasasında lider konumunda olan YAYSAT'ın 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payı sırasıyla %55, %60 ve %65; dergi dağıtımında ise, %70, %67 ve %67'dir"(BİRİYAY RKK 00-26/292-162, 17.07.2000).

### **2.1.3.Pazara Giriş Engelleri**

Hakim durumun tespitinde, pazara giriş engellerinin yüksekliği de belirleyici rol oynamaktadır. Hakim durum tespitinde, pazar payı ile pazara giriş engelinin yüksekliği birlikte dikkate alınmaya muhtaç hususlardır. Zira; özellikle pazara giriş engelinin çok düşük olduğu pazarlarda, %100 pazar payı bile tek başına hakim durumun varlığını kanıtlamaya yetmeyebilir. Pazara giriş engellerinin olmadığı ya da görece düşük olduğu pazarlarda, fiili rekabetin yanı sıra potansiyel rekabet de söz konusu olacak ve oldukça yüksek pazar payına sahip, hatta tekel görünümündeki bir teşebbüs dahi hakim durumda, yani rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket etme imkanına sahip olamayabilecektir.

Sözgelimi, ataç pazarında pazara giriş için ruhsat (lisans) alma zorunluluğu gibi hukuki veya idari ya da yüksek yatırım maliyetleri gibi fiili engellerin bulunmadığını varsayalım. Bu pazarda %100 pazar payına sahip bir teşebbüsün fiyatlarında yapacağı küçük ama hissedilebilir bir artış, başka teşebbüslerin ithalat ile pazara giriş yapmalarıyla sonuçlanabilecektir. Diğer yandan, kanuni ya da fiili pazara giriş

engelinin yüksek olduğu pazarlarda, %50'lik bir pazar payına sahip bir teşebbüs "hakim durumda" olarak nitelendirilebilecek iken, pazara giriş engellerinin düşük olduğu bir başka pazarda aynı pazar payına sahip başka bir teşebbüs "hakim durumda" olarak nitelendirilmeyebilecektir. Ruhsat, lisans veya izin gibi hukuki / idari pazara giriş engellerinin dışındaki bazı pazara giriş engelleri şöyle sıralanabilir:

### **2.1.3.1. Dikey Bütünlük**

Bir ürün veya hizmetin, tüketiciye ulaşıncaya kadarki her aşamasında faaliyette bulunarak dikey bütünlük sağlamış bir teşebbüsün varlığı, pazara yeni girmek isteyen teşebbüsler için ciddi bir pazara giriş engeli yaratacaktır. ATAD, yukarıda anılan United Brands ile ilgili kararında, sattığı muzların yarısını kendi tarlasında yetiştiren, büyük bölümünü kendi kamyonlarıyla taşıyan United Brands şirketinin hakim durumda olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>97</sup> Rekabet Kurulu, 2001 yılındaki Turkcell kararındaki hakim durum değerlendirmesinde, Türkcell'in sadece yüksek pazar payı (% 70) nedeniyle değil, "ona pazarda belli bir davranış serbestisi sağlayan giriş engelleri, dikey bütünlük avantajları ve büyüklük/yaygınlık avantajları nedenler işle de piyasadaki konumunu uzunca bir süre muhafaza edebildiğini" tespit etmiştir.<sup>98</sup>

Ülkemizdeki gazete ve dergi dağıtım pazarına bakıldığında, münhasır bayilik sisteminin BBD ve YAYSAT açısından büyük önem taşıdığı; hatta BBD ve YAYSAT'ın, tali bayilerine "yazılı izinleri olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmalarını" yasaklayan sözleşmeler imzalatılarak, münhasırlığı Akşam Gazetesi ve Dost Basın Dağıtım AŞ'nin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştıracak şekilde kullanmış oldukları görülmektedir.

Ayrıca, BBD ve YAYSAT, rakip malları satmama yükümlülüğünü izne tabi kılmak ve birbirlerinin yayınlarını bu uygulamadan muaf tutmakla, üçüncü kişilere karşı bir engel oluşturmada ortak davranmaktadırlar.

Yukarıda yer verilen görüşler doğrultusunda ulaşılan sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

---

<sup>97</sup> Aslan, Yılmaz "Rekabet Hukuku" Ekin Yayınevi 2001 sf 216

<sup>98</sup> 20.07.2001 tarih, 0 I-35/347 sayılı Rekabet Kurulu kararı sf 19

1. Piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin, sayıları on bini aşan son satış noktası oluşturması zorunluluğu, halihazırdaki noktaların ikamesinin güç olması ve ekonomik açıdan rasyonel olmaması piyasaya girişte ciddi bir engeldir.

2. Söz konusu engel, mevcut sistemde, son satış noktalarına münhasırlık veren ve bu yolla rakiplerin son satış noktalarından yararlanmasını engelleyen tali bayilik sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. Diğer yandan, söz konusu sözleşmeleri hazırlayan iki rakip şirketin birbirlerine bayilerinden yararlanma olanağı tanıdıkları, ancak piyasaya girecekler için münhasırlık hususunu öne sürdükleri bilinmektedir. Dolayısıyla, münhasır bayilik oluşturulmasının zorunlu olduğu hususu inandırıcı değildir.

3. Son satış noktalarının münhasırlıktan “arındırılmasıyla”, piyasada faaliyet göstermek isteyen her dağıtım şirketi aynı satış noktalarını kullanacağı için, bayiler farklı kaynaklardan beslenme olanağına kavuşacaklardır. Dolayısıyla, son satış noktalarını besleme problemi gibi bir diğer piyasaya giriş engeli de ortadan kalkmış olacaktır.

4. Farklı dağıtım şirketlerinin aynı satış noktalarını kullanmalarının bir diğer sonucu da, gazete ve dergilerin bir arada teşhir ve satışının sağlanması yoluyla, dağıtım piyasasından doğrudan etkilenen gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabetin artmasıdır.

5. Farklı dağıtım şirketlerinin aynı satış noktalarını kullanmaları; gazete ve dergi dağıtımını tümüyle ulusal ölçekli olmaktan çıkararak, bölgesel, yerel dağıtım şirketlerinin kurulmasına ve bu şirketlerin daha etkin bir şekilde dağıtım yapabilmesine, yerel yayıncılığın gelişmesine olanak sağlayacaktır. Ulusal çapta yayın yapan şirketler de farklı bölgelerde farklı koşullarla dağıtım yapma fırsatına kavuşacaklardır.

Dolayısıyla, bu piyasada 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 piyasanın rekabete açılması için zorunlu görülmektedir.

Soruşturma konusu olayda her bir bayilik sözleşmesinin tek tek sınırlayıcı etkilerini değil, dağıtım şirketlerinin yapmış oldukları anlaşmaların tamamının bir bütün olarak yarattığı etkiyi düşünmek gerekir. 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 sunamamaları, bayilerin bütün yayınları münhasıran YAYSAT ve BBD'den almalarına neden olmakta ve diğer sağlayıcıların piyasaya girmeleri zorlaşmaktadır. Söz konusu münhasırlık yalnızca diğer dağıtım şirketlerine değil, seçme özgürlüğü ortadan kaldırılan bayilere ve nihai tüketiciye de zarar vermektedir. Başka piyasalarda mazur görülebilecek nitelikte olan münhasırlık şartı içeren bayilik anlaşmalarının, gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi rekabetin iyice zayıflamış olduğu piyasalarda uygulanması söz konusu münhasırlığın kabul edilmemesinin en önemli nedenlerinden biridir. Söz konusu münhasırlık şartı 1997/3 ve 1997/4 sayılı Tebliğlerin Muafiyetin Geri Alınması Başlıklı “diğer sağlayıcıların ülkenin önemli bir bölümünde dağıtımın farklı aşamalarına girişleri önemli ölçüde zorlaştırılmışsa sağlanan muafiyet geri alınır” hükmüne de uygunluk gösterdiğinden, sağlanan muafiyetin Kurul tarafından geri alınmasını her zaman mümkün kılmaktadır.

Piyasaya girmek isteyen her bir dağıtım şirketinin, sayıları on binleri aşan son satış noktası oluşturması zorunluluğu, halihazırdaki noktaların ikamesinin güç ve ekonomik açıdan rasyonel olmaması piyasaya girişte ciddi bir engeldir. Bir bütün olarak bayilik teşkilatının piyasaya girişteki öneminin çok fazla olmasının yanı sıra, Belediyelere ait olan gazete ve dergi satış büfelerini (mobo, kiosk vb.) diğer bayilerden ve son satış noktalarından ayıran bazı özellikleri, söz konusu yerlerin önemini daha da arttırmaktadır. Söz konusu yerlerin 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, belediyelerin her bir dağıtım şirketi için ayrı bir yer temin etmesinin imkansız olması; satış hacimleri çok fazla olan söz konusu yerlerin piyasaya giriş açısından ne denli önemli bir yere sahip olduklarını göstermektedir. Piyasadaki bazı teşebbüsleri diğerleri aleyhine rekabette avantajlı bir konuma getiren

bu gibi kısıtlamaların önüne geçilmesi, söz konusu yerlerin her türlü teşebbüse açık olmasını gerektirmektedir.

### 2.1.3.2. Teknolojik Üstünlük ve Fikri/Sınai Haklar

Bir teşebbüsün teknolojik üstünlüğünün olması ya da patent/faydalı model gibi kanuni tekel hakkı sağlayan fikri ve sınai haklarının olması da pazara giriş engeli yaratabilecektir. ATAD, yukarıda anılan Michelin davasında otomobil lastiği üretimini ve Tetra Pak davasında sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılan üretim sistemini, ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle pazara giriş engeli olarak değerlendirmiştir.<sup>99</sup> ATAD ayrıca, l Roche kararında; Roche'un bazı A vitamini patentleri nedeniyle sahip olduğu fikri/sınai hakları, hakim durumda olduğunun göstergelerinden birisi olarak kabul etmiştir.<sup>100</sup>

Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku, birbirleriyle uyumsuzluk yaratabilen belirli amaçları gerçekleştirmeye yönelmişlerdir. Fikri mülkiyet hukuku yaratıcılığa, yeniliğe<sup>101</sup> inhisari haklar tanımaktadır. Çünkü yaratıcı olan ve yenilik getiren bu kimselerin emeklerinin ve yatırımlarının karşılığını alabilmelerini sağlamak için, onları rekabetten korumak gerekmektedir.<sup>102</sup> Böylece münhasıran bu kimseler, buluşlarını, tasarımlarını, eserlerini, üretim ya da dağıtım amaçlı olarak lisansa konu edebilirler. Fikri mülkiyete ilişkin bu koruma, yaratıcılığı, kaliteyi, orijinaliteyi teşvik ederek, bunların yolunu açmakta ve dolayısıyla, tüketicinin refah seviyesini de yükseltmektedir. Rekabet hukukunda ilk planda korunan ise, adil ve dürüst rekabet ile tüketicilerdir. Ancak bu hukuk dalları, amaçlarına ulaşmaya çalışırken, konu aldıkları haklar farklı Özellikler taşıdığından, aralarında çatışma da doğabilmektedir.

Fikri mülkiyet; patent, marka, tasarım, coğrafi ad ve işaret, fikir ve sanat eseri, yalı iletkenlerin topografyası (çip) ve veri tabanlarının tümünü kapsamı içine alan<sup>103</sup> bir

---

<sup>99</sup> Öz, Gamze “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Kurumu, Tez Seri No:8, 2000

<sup>100</sup> Furse, Mark “Competition Law of the UK and EC” Blackstone Press Limited 2000 sf. 200

<sup>101</sup> “Yaratıcılık” ve “yenilik” kavramlarını, İngilizce literatürde kullanılan “innovation” terimine karşılık olarak kullanmaktayız.

<sup>102</sup> Craig/De Burca, Evolution of EU Law, s. 605.

<sup>103</sup> Fikri mülkiyet terimini; patent, marka, tasarım, coğrafi işaret, fikir ve sanat eseri, yarı iletkenlerin topografyası (çip) ve veri tabanlarının tümünü kapsayan geniş anlamıyla kullandığımız için, fikri mülkiyet-sınai mülkiyet ayrımına başvurmamaktayız. Bu ayrım için bkz. Erel, Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Batı, Ankara 1998, 5. 5. Bizim de tercih ettiğimiz fikri mülkiyet” teriminin

terimdir. Fikri mülkiyetin konusu fikri üründür. Fikri ürün, üzerinde tecessüm ettiği şeyden soyut olup, bu şeyin hukukuna değil, kendi hukukuna tabidir. Diğer bir deyişle fikri ürün, eşya değildir. Fikri mülkiyet hukuku, işte bu ürünü ve onu üreten kimseyi korumayı amaç edinir.<sup>104</sup> Fikri mülkiyet hukuku çatısının altına, fikir ve sanat eserleri hukuku, patent hukuku, marka hukuku vs. girer. Fikri ürünün üzerinde somutlaştığı şeye ise, eşya hukuku uygulanır.

Fikri mülkiyet hakkı mutlakdır ve sahibine belirli bir süre boyunca, fikri ürünüyle ilgili olarak, yalnızca onun tekelindeki (inhisarındaki) belirli mali<sup>105</sup> ve manevi haklar sağlar. Fikri mülkiyet haklarındaki bu tekelleci<sup>106</sup> nitelik sayesinde, hakkın sahibi, hakkın tanındığı bölge içinde başka kimselerin bu Hakların konusunu teşkil eden patentini, yararlı modelini, tasarımını ya da eserini kullanmalarını önleyebilir. Örneğin, kendisinin izni olmaksızın onun fikri mülkiyet hakkının konusu olan patent konusu buluşun başkalarınınca kullanılmasını yasaklayabilir; hakkına tecavüz sayılan böyle eylemlerin tecessüm ettiği malların, fikri mülkiyet korumasından yararlandığı bölgeye ya da ülkeye sokulmasına engel olabilir. İşte, fikri mülkiyetin konusunu teşkil eden patent, marka, endüstriyel tasarım, eser sahipliği gibi haklar, bunlara sahip hakim teşebbüs bakımından, bazı hallerde rekabet hukukuna hakim durumun Fikri mülkiyet terimini; patent, marka, tasarım, coğrafi işaret, fikir ve sanat eseri, yarı iletkenlerin topografyası (çip) ve veri tabanlarının tümünü kapsayan geniş anlamıyla kullandığımız için, fikri mülkiyet-sınai mülkiyet ayrımına başvurmamaktayız<sup>107</sup>.

Fikri mülkiyet haklarının konusu olan ürünleri başkalarının da yasal olarak üretebilmelerinin tek yolu<sup>108</sup> hak sahibinin bu kimselere üretim lisansı vermesidir<sup>109</sup> Hakim durumdaki bir teşebbüsün fikri mülkiyet haklarını kullanarak piyasadaki

---

kullanılma gerekçeleri için bkz, Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 1 vd.; Kaya, Arslan/Varol, Reyhan/Okutan, Gül:Fikri Mülkiyet Hukuku ve Radyo Televizyon Hukuku Mevzuatı, İstanbul 1998, s. IV' de Ünal Tekinalp' in Önsözü.

<sup>104</sup> Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 5.

<sup>105</sup> Mali hakları kullanma yetkisi, bak sahibi bunları devretmemişse, ona aittir.

<sup>106</sup> 245 Brown Keyder, Virginia: Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği. İstanbul 1996, s.93. Tekelleci hak teorisi ve eleştirisi için bkz. Erel. s.10 vd.

<sup>107</sup> Bu ayırım için bkz. 1.Erel, Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Batı, Ankara 1998, 5. Bizim de tercih ettiğimiz "fikri mülkiyet" teriminin kullanılma gerekçeleri için bkz, Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 1 vd.; Kaya, Arslan/Varol, Reyhan/Okutan, Gül: Fikri Mülkiyet Hukuku ve Radyo Televizyon Hukuku Mevzuatı, İstanbul 1998, s. IV' de Ünal Tekinalp' in Önsözü.

<sup>108</sup> Zorunlu lisans ya da fikri mülkiyet hakkının korunduğu sürenin sona ermesi gibi haller ayrıktır.

<sup>109</sup> Brown Keyder, s. 93.



gücünü kötüye kullanması, Özellikle bu hakların kullanımlarını başkalarına bırakmayı reddetmesiyle gündeme gelebilmektedir. Bu ret açıkça yapılabileceği gibi, lisans için makul görülemeyecek Ölçüde yüksek bir bedel talep ederek ya da başka ağır şartlar öngörerek, örtülü bir şekilde de gerçekleştirilebilir. Öte yandan, örneğin, patent, üzerindeki hak için hukuken tanınan süre boyunca kullanılmayarak, ATA 82/2 (b)'de belirtildiği şekilde, teknik gelişme de -pasif biçimde- engellenebilir.<sup>110</sup>

Fikri mülkiyet hakları, yaratıcılığını ve gelişmenin önünün açılması ve teşvik edilmesi<sup>111</sup> bakımından, Toplulukta da büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle Topluluk, AETA'nın 36. ve 30. maddelerinde (ATA'nın 30. ve 28. maddeleri) öngörülmüş olan malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesine getirilebilecek istisnalar arasında, "sınai ve ticari mülkiyetin korunması" gerekçesine dayanıp istisnaya da yer vermiştir. Mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı, ortak pazarın, üzerine kurulu olduğu gümrük birliğinin temel unsurudur. Bu ilke, Toplulukta üye devletler arasında gümrük vergileri, eş etkili resim ve harçlar ile miktar kısıtlamalarının ve eş etkili tüm önlemlerin de kaldırılmasını öngörür. Ancak fikri mülkiyet haklarının korunması, teknik gelişimin ve yaratıcılığın da teşviki anlamına geldiğinden Topluluk, bu hakların, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının istisnalarından biri olduğunu belirtmek gereğini duymuştur. Öte yandan Topluluk bu istisnayı, fikri mülkiyet haklarının kullanımı ile ilgili olarak, bunların serbest dolaşımına getirilebilecek sınırlamalarını "keyfi bir ayrımcılığa neden olamayacağı gibi üye devletler arasındaki ticareti örtülü olarak da sınırlandıramayacağı" (ATA 30. madde) kuralı ile sınırlamayı da gerekli görmüştür. Çünkü fikri mülkiyet haklarının, tekeli niteliğinden ötürü, ortak pazarın yapı taşlarından olan serbest dolaşım ilkesini zedeleme ve Topluluk rekabet politikasını olumsuz etkileme (özellikle paralel ithalatı engelleyerek ortak pazarı kompartımanlara ayırma<sup>112</sup> potansiyeli mevcuttur. Bu tehlikeyi gören ATM, rekabet ile fikri mülkiyet haklarını koruma ihtiyacı arasında bir denge kurmak<sup>113</sup> için içtihatlar geliştirmiştir.

---

<sup>110</sup> Böyle bir pasif tutum (eylemsizlik), sömürücü kötüye kullanma kapsamında ele alınmaktadır.

<sup>111</sup> OECD, IPRS, s. 23.

<sup>112</sup> Ortak pazarın kompartımanlara ayrılmasına ilişkin açıklayıcı bir örnek için bkz. Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), s. 684.

<sup>113</sup> Brown Keyder, s. 95.

Fikri mülkiyet haklarının kullanılmasının, rekabet kurallarını (ATA 81. ve 82. maddeler<sup>114</sup>) ihlal ettiği hallerde, ATM, bu kurallara aykırılığın ortadan kaldırılmasına öncelik vermiştir. Bir diğer deyişle, fikri mülkiyet haklarının kullanımı ile rekabet hukuku kuralları çeliştiğinde, üstün tutulan, rekabet hukuku olmuştur<sup>115</sup> Bu bağlamda ATM, fikri mülkiyet haklarının özgül konusunun<sup>116</sup> rekabet kurallarına göre öncelikli olduğunu, ancak bu hakların varlıkları ile kullanılmalari arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiğini belirterek, hakların ilk satışla sona ermesi ilkesini (tükenme ya da ilk satış ilkesi) kullanmaya başlamıştır.<sup>117</sup>

### **2.1.3.3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı Karşısındaki Durum ve Objektif Olarak Haklı Görülebilirlik**

Topluluk rekabet hukukunda fikri mülkiyet hakkının varlığı ile kullanılması arasında fark gözetilerek değerlendirme yapıldığını, yukarıda ifade etmiştik. Fikri mülkiyet hakkının kullanılması, hakim teşebbüsün piyasadaki iktisadi gücünü kötüye kullanması olarak tezahür etmemelidir. Örneğin, bir lisans ya da devir sözleşmesinde, fikri mülkiyet hakkına ilişkin olarak yapılmış olan düzenleme, 82. maddeye aykırı bir durum ortaya çıkarmamalıdır. Bazen sırf bu fikri mülkiyet hakkına sahip olmak bile, hakim durumu yaratan faktör olabilir. Özellikle bu hallerde, söz konusu hakkın kullanımı, rekabet yönünden özel önem taşıyabilir. Öte yandan, fikri mülkiyet hakkını kullandırmayı reddetmek de, 82. madde yasağını ihlal edebilir. Özellikle, kullandırılması reddedilen bu hak, bunu talep eden bakımından olmazsa olmaz araç niteliğini taşıyorsa, durum, 82. maddeye aykırılığı açıkça davet eder.

Keza, fikri mülkiyet hakkının lisansının verilmesinin, başka fikri mülkiyet haklarının da lisanslarının alınması koşuluna bağlanması (kelepçeleme), hukuka aykırı kabul edilebilir. Bu bağlamda, paket lisans sözleşmeleri, kelepçeleme sözleşmesi özelliklerini taşıyabilir. Rakiplerden lisans alınmaması koşuluyla lisans verilmesi

---

<sup>114</sup> ATA' nın 81. Maddesi bakımından bireysel ya da blok muafiyet tanıma imkanı var iken, 82. madde bakımından böyle bir imkan söz konusu değildir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), s. 426 vd.

<sup>115</sup> Brown Keyder, s, 94.

<sup>116</sup> İngilizcesi "spesifik subject matter" ulan bu kavramın Türkçe ye "özgül konu" olarak tercümesi için bkz. Öder, Emrah (Tekinalp/Tekinalp), s. 693.

<sup>117</sup> Bu ilkenin daha ayrıntılı bir incelemesi için bkz. (2) başlığı altındaki açıklamalar.

olarak nitelendirilebilecek tekelden alım sözleşmesi de, hakim teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanması sayılabilir.

Birden fazla fikri mülkiyet hakkı sahibi tarafından, fikri mülkiyet haklarının lisanslarının birbirlerine ya da üçüncü bir kimseye verilmesinin şart koşulduğu sözleşmeler olarak tanımlanabilecek olan “pooling” (“havuz”) ya da çapraz lisans sözleşmeleri<sup>118</sup> de rekabet hukukuna aykırılık taşıyabilirler<sup>119</sup> Öte yandan “know-how”ın kullanılması da, hakim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılık doğurabilir<sup>120</sup> Sonuç olarak, fikri mülkiyet haklarının kullanılmasının 82. maddeyi ihlal edip etmediği hususu, somut olay temelinde değerlendirilmektedir.

Radio Telefis Eireann (RTE) & Independent Television Publications Ltd. (ITP)/Komisyon kararına (Magill kararı)<sup>121</sup> konu olayda, televizyon yayın kuruluşları olan RTE ve ITP’nin, ulusal hukuk sistemlerine göre, televizyon programlarını içeren listeler üzerinde telif hakları mevcuttur<sup>122</sup> Bu iki kuruluş, günlük gazetelere, televizyon programlarına ilişkin olarak en fazla iki günlük bilgiyi vermektedirler. 0 dönemde, söz konusu ülkede, televizyon kuruluşları dışında haftalık televizyon programları rehberi yayınlayan yayıncı bulunmamaktadır. Magill adlı firma, haftalık televizyon dergisi yayınlamak ister ve bunun için RTE ve ITP’den, bunların programlarına ilişkin haftalık bilgi talep eder. Ancak bu talep, iki kuruluş tarafından da reddedilir. Çünkü bunlar, gelecekte böyle bir dergiyi kendileri yayınlamayı planlamaktadırlar ve bu piyasada rekabeti istememektedirler. ATM,

---

<sup>118</sup> 270 Paket lisans, “fikri mülkiyetin birden çok unsurunun tek bir lisans ile lisans anlaşmasına konu edilmesi” olarak tanımlanabilir.

<sup>119</sup> 271 Nitekim, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Blok Muafiyet Tüzüğü’nde de, havuz anlaşmaları, patentler bakımından muafiyetten hariç tutulmuşlarken; çapraz lisans anlaşmaları, şayet bunlar, lisanslı ürünlerin ya da teknolojilerin üretilmesi, kullanılması veya pazara sunulması açısından ortak pazarın bölünmesi sonucunu doğurmuyorsa, muafiyet kapsamına alınmıştır.

<sup>120</sup> 272 Toplulukta ATA’nın 81. maddesi hükmüne ilişkin olarak bir blok muafiyet tüzüğü de yürürlüğe sokulmuştur [ (1989) L. 91]. Bu tüzükte know-how, “gizli, esaslı ve herhangi uygun bir biçimde tanımlanabilen teknik bilgi bütünü” olarak tarif edilmiştir. Bu kavramın ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Akyol, 5. 1 vd.

<sup>121</sup> 273 ATKD (1995) 1-743.

<sup>122</sup> 274 Televizyon programları listesinin “bilgi” olması nedeniyle, bir fikri mülkiyet hakkına konu olmaması gerektiğine değinen Korah, Toplulukta Veri Tabanlarına İlişkin Yönerge Taslağı’nda yer alan ya “başka türlü ulaşıma imk5nı bulunmayan bilginin fikri mülkiyet hakkına konu olmaması gerektiğini” öngören hükmün, Magill kararı sonrasında Taslak’tan çıkarıldığına ve anılan Yönerge’nin kabul edilmiş olan versiyonunda [ (1996) L. 77/201 bu hükmün bulunmadığına dikkat çekmektedir. Bkz. Korah, Patents and Antitrust, s. 391, dn. 29.

kararda, bu iki kuruluşun, o listelere sahip olmalarından dolayı fiili olarak hakim durumda oldukları tespitini yapmıştır. Bu tespitin ardından, mahkeme, Topluluk standardizasyonunun ya da hukuk sistemlerinin uyumlaştırılmış olmadığı durumlarda, bir fikri mülkiyet hakkına koruma sağlayan koşul ve usullerin belirlenmesinin, ulusal hukuk düzenlerinin işi olduğunu belirtmiş; inhisari nitelikteki çoğaltma hakkının, yazarın haklarının bir kısmını oluşturduğunu saptamıştır. ATM, devamla, hakim durumdaki bir teşebbüsün eylemi de olsa, lisans verilmesi talebinin reddinin, tek başına, hakim durumun kötüye kullanılmasını oluşturduğunu ifade etmiştir.

ATM'ye göre, hak sahibinin inhisari hakkını kullanması, istisnai hallerde, kötüye kullanmayı teşkil edebilir. Yayın kuruluşlarının, ulusal mevzuat tarafından kendilerine tanınan telif hakkına güvenerek, başka bir teşebbüsün, bu kuruluşlardan bağımsız olarak, bilgileri (kanal, gün, saat ve program adları), yorumları ve resimleriyle birlikte, haftalık temelde yayınlamasına engel olmasında, durum böyledir.

Çünkü bu davranış ilk olarak, ilgili kuruluşlar tarafından daha önce üretilmemiş ve potansiyel bir tüketici talebine cevap verecek olan yeni bir ürünün, bir başka deyişle, haftalık, geniş kapsamlı televizyon programları rehberinin ortaya çıkarılmasını engellemektedir. Bu durum, 82/2 (b)'de düzenlenmiş olan kötüye kullanmayı teşkil etmekte; ikinci olarak da, bu reddetme, ne televizyon yayıncılığı faaliyeti ne de televizyon dergileri yayınlanması açısından haklı görülebilmektedir. Üçüncü olarak ise, ilgili kuruluşlar bu davranışlarıyla, ikincil piyasa niteliğindeki haftalık televizyon rehberleri piyasasındaki tüm rekabeti, böyle bir rehberin hazırlanması bakımından olmazsa olmaz araç niteliğindeki temel bilgiye erişimi engellemek suretiyle dışlayarak, TV rehberi piyasasını kendilerine ayırmakta dırlar.

Anılan karar<sup>123</sup> iki televizyon yayın kuruluşu tarafından sahip olunan televizyon programları listesini, televizyon yayıncılığı piyasasına nazaran ikincil piyasa konumundaki televizyon rehberi piyasasında arz edilecek olan ürünün olmazsa olmaz

---

<sup>123</sup> 275 Bu kararda ATM, kanun sözcüsü Gulmann görüşüne katılmamıştır. Gulmann, bir fikri mülkiyet hakkı olan program listelerine ilişkin lisans vermeyi reddetmenin, hak sahibinin en doğal hakkı olduğunu savunmaktadır. Kanun sözcüsünün bu görüşü ve bunun değerlendirmesi için bkz. Stamatoudi, s. 159 vd.

aracı olarak nitelendirmiştir <sup>124</sup>Bu bakımdan, olmazsa olmaz araçlar öğretisinin uygulandığı bir karar olarak da, önem taşımaktadır. Öte yandan, bu kararın, sel generis (kendine özgü) bir karar olduğu, bu nedenle dar yorumlanması gerektiği ve ATM'nin rekabet hukukuna ilişkin gelecekteki kararlarında da çok az etkisinin olacağı ifade edilmektedir <sup>125</sup>

Magill kararında ATM tarafından atıf yapılan Volvo AB/Erik Veng kararında <sup>126</sup> fikri mülkiyet hakkının varlığı ile kullanılması ayırımına değinilmiştir. Volvo AB/Erik Veng kararında, hukuken korunmakta olan bir endüstriyel tasarımın sahibinin, üçüncü kişilerin bu tasarımla benzeşen ürünleri rızası dışında üretmesini, satmasını ya da ithal etmesini önlemesinin, inhisari haklarının özgül konusunu teşkil ettiği tespitinde bulunulmuştur. Kararda ayrıca, makul bir bedel karşılığında bile olsa, tasarımın sahibine yüklenecek bir lisans verme zorunluluğunun, onu hakkının özgül konusundan yoksun bırakacağı belirtilmiştir Endüstriyel tasarımın lisansını almak için yapılan talebin reddine ilişkin bir başka karar olan CICRA ve Maxicar/Renault kararında <sup>127</sup> ise, ATM, fikri mülkiyet haklarının varlığının ulusal hukuka tabi olduğunu ifade ettikten sonra; otomobil aksamına dahil endüstriyel tasarımlarla ilgili olarak, bağımsız tamircilere otomobil yedek parçalarını tedarik etmeyi keyfi olarak reddetmenin ve halen dolaşımda olan bir modele ait yedek parçaların üretilmesine son verilmesinin, hakim durumun kötüye kullanılmasını oluşturduğu sonucuna varmıştır <sup>128</sup>

Lisans vermenin reddiyle ilgili olarak verilmiş yakın tarihli Tierce Ladbroke kararında <sup>129</sup> Magill kararında varılmış olan ve hakim teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğu yükleyen sonuca açıklık getirilmiştir. Olayda, Fransa'da düzenlenen at yarışlarına ait resim kayıtlarını ve bilgiyi kullanarak işletme hakkına inhisari şekilde sahip bulunan bir Fransız teşebbüs -ki kararda bu teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır; çünkü herhangi bir kötüye kullanma

---

<sup>124</sup> 276 Bu kararda telif hakkı olarak ele alınan program listelerinin, yayınlamak istenen televizyon rehberi bakımından, esasen, sanayie uygulanabilir bir özellik arz

<sup>125</sup> Bkz. Koroh, Patents and Antitrust, s. 384.

<sup>126</sup> ATKD (1988) 6211.

<sup>127</sup> ATKD (1988) 6039.

<sup>128</sup> Tasarımlarla ilgili olarak verilen yakın tarihli bir ön karar için bkz. Regie nationale des usines Renault SA/Maxicar SpA ve Orazio Formento, ATKD (2000) 1-2973

<sup>129</sup> ATKD (1997) II-923.

olmadığı ATM tarafından açık olarak tespit edilmiştir-, Belçikalı bir bahisçiye, elindeki resim ve ses kayıtlarını iletme hakkını vermeyi reddetmiştir. Teşebbüsün bu eyleminin Komisyon'a şikayet edilmesi üzerine, Komisyon soruşturma açmış ve bunun sonucunda, bu eylemin 82. maddeye aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Komisyon'a göre resim kayıtları ve bilginin iletimi, Magill olayındaki durumun tersine olarak, bahisçinin faaliyeti bakımından olmazsa olmaz bir nitelik taşımamaktadır. Hakim teşebbüsün eylemi, Belçika piyasasında faaliyet gösteren kimseler arasında da bir ayrımcılığa neden olmamaktadır. Komisyonun bu kararını yerinde bulan ATM'ye<sup>130</sup> göre, hakim teşebbüsün mal ya da hizmet vermeyi reddetmesinin 82. maddeye aykırı olabilmesi için, söz konusu maliyetin gerçekleştirilebilmesi bakımından, olmazsa olmaz bir mal ya da hizmeti ilgilendirmesi gerekir. Buna ek olarak, bu mal veya hizmetin, mevcut ya da potansiyel olarak ikame edilebilme imkanının bulunmaması veya tüketicilerin özel, düzenli ve sürekli talebine konu olan yeni bir ürünün piyasaya arzını engelleyebilmesi şarttır.

Markanın tescili yoluyla hakim durumun kötüye kullanılmasına, Osram/Airam olayı<sup>131</sup> diğer bir örneği teşkil eder. Bu olayla ilgili olarak Komisyon, belirli bir markanın, başka bir üye devlette bir rakip tarafından çoktandır kullanılmakta olduğunu bilen ya da bilmesi gereken hakim durumdaki bir teşebbüsün, diğer bir üye devlette bu markayı tescil ettirmesini, 82. maddeye aykırı bulmuştur. Zira bu tescil yoluyla, anılan teşebbüsün, hakim durumda bulunduğu piyasaya rakiplerin de girmesine engel olabilmesi mümkün hale gelmektedir. Olay, Topluluk kurumlarına, küçük bir Finli üretici olan OY Airam AB'nin şikayeti üzerine iletilmiştir. Bunun üzerine, Komisyon, Topluluktaki başlıca lamba üreticilerinden olan Osram GmbH hakkında soruşturma açmıştır. Soruşturma sonucunda, hakim durumdaki Osram'ın,

---

<sup>130</sup> Bu kararda, ATM tarafından, h durumun varlığının araştırılmamış olması nedeniyle, at yarışlarını n resim kayıtları ile bilgilerine ilişkin olarak lisans vermenin, bahisçiler bakımından olmazsa olmaz araç niteliğinde bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Anılan kararda, Amerikan rekabet hukukunda Philip Areeda tarafından savunulan görüş takip edilmiş gibi görünmesine rağmen, bu görüşün dayandığı temellerin belirtilmemiş olması eleştirilmektedir. Areeda'ya göre, olmazsa olmaz araçlar öğretisine çok nadir olarak başvurulmalıdır; aksi takdirde olmazsa olmaz araçların yaratılmaları için yatırım yapma isteği azalacaktır. Kararın eleştirisi için bkz. Korah, Compulsory Licenses, s. 368,

<sup>131</sup> Rekabet Politikası Üzerine On Birinci Rapor, Avrupa Komisyonu yayını, Brüksel, Lüksembourg 1981 (8. XI). prg. 97.

kendisine ait “Osram” markası ile karışabileceği ihtimalini gerekçe göstererek, Finli üreticinin “Airam” markasını tescil ettirmesine itiraz etmesinin ve bunun hemen ardından da “Osram” markasını korumaya almak amacıyla Almanya’da tescil ettirmesinin rekabet karşıtı bir davranış olduğu belirlenmiştir. Bunun üzerine, taraflar, uzlaşmaya varmışlar ve “Airam” sözcüğünü, tüzel kişiliğinin ayırt edilebilecek şekilde vurgulanması ve “Airam” markasının kullanıldığı etiketlerde “Finlandiya” sözcüğüne de yer verilmesi şartlarıyla, Finli üreticinin, Topluluk’un her yerinde hem marka hem de ticaret unvanının parçası olarak kullanabileceği kararlaştırılmıştır<sup>132</sup>

Telif haklarını üyeleri adına kullanan ve koruyan birlik şeklindeki teşebbüsler de, Komisyon ve ATM’nin pek çok kararına konu olmuştur. Bu kararlarda hakim durumdaki teşebbüslerin, üyelerinin telif haklarını kullanmaları özgürlüğünü haksız biçimde kısıtlayan ve amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olmayan derecede ağır şartları kabul ettirmeleri<sup>133</sup> hukuka aykırı sayılmıştır. Anılan ağır şartlar, üyelerin mevcut ve gelecekte sahip olacakları hakları temlik etmelerine ve bunların o birlikten ayrılmalarından sonraki beş yıl boyunca da, hakları birliğin kullanmaya devam edeceğine dair şartlardır. Ayrıca, haklı sebeplere dayanmaksızın başka üye devletlerdeki diskoteklerden alınandan daha yüksek bir telif hakkı olarak ayrımcılık yapılması<sup>134</sup> da, 82. madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Mal ya da hizmet vermeyi reddetme, objektif olarak haklı görülebilecek gerekçelere dayanarak gerçekleştirilmişse, hakim durumun kötüye kullanılması sayılmayabilir. Örneğin, hakim teşebbüs bakımından, mal ya da hizmet vermeyi kesmesinin gerekçeleri, kendi ihtiyaçlarını karşılayacak yeterli kapasiteye sahip olmaması ya da mal veya hizmeti sunmasına yönelik sözleşmenin maliyetinin, işin kendisi için kar getirici olmaması sonucunu doğurması olabilir<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> Kararın daha ayrıntılı incelemesi için bkz, yan Bael&Bellis, s. 610.

<sup>133</sup> Belgische Radio en Televisie et societe belge des auteurs, compositeurs et editeurs/SV ABAM et NV Fonior, ATKD (1974) 313.

<sup>134</sup> François Lucazau ve diğerleri/societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) & others, ATKO (1989) 2811 ve Ministere public/Jean-Lonis Tournier, ATKD (1989) 2521.

<sup>135</sup> Faull/Nikpay, s. 154.

Reddetmeye ilişkin haklı gerekçe, mal ya da hizmet teminini talep eden tarafın özelliklerine de dayanabilir. Örneğin, iflasın eşiğindeki bir kişinin mal temini talebi, hakim teşebbüs tarafından haklı olarak reddedilebilir. Keza, üzerinde anlaşılacak koşullara riayet etmeyen bir müşterinin temin taleplerine yanıt verilmeyebilir. Hakim tedarikçinin ününü zedeleyecek ya da bu tehlikeye neden olacak bir müşterinin de, mal ya da hizmet temini talebi reddedilebilir<sup>136</sup>

Ekonomik kriz ya da kıtlık zamanlarında hakim teşebbüs, kendisinden mal talep eden sürekli müşterileri ile tesadüfi müşteriler arasında fark gözeterek, tesadüfi nitelik taşıyanların taleplerine yanıt vermeyebilir<sup>137</sup> Bu duruma ilişkin olarak verilmiş olan ABG kararında<sup>138</sup> Komisyon, birkaç petrol şirketinin bir araya gelerek, ABC şirketine petrol vermeyi reddetmek suretiyle hakim durumlarını kötüye kullandıkları sonucuna varmıştır. ATM ise, Komisyon'un bu kararını yerinde görmemiş; buna gerekçe olarak da, olayın gerçekleştiği yıllarda yaşanan petrol krizini göstermiştir. Şöyle ki; hakim durumdaki petrol şirketlerinin, sürekli müşterileri olmayan ve tesadüfi olarak alım yapmak için başvuran ABG' nin talebini karşılamış olmaları ihtimalinde, sürekli müşterilerinin bekledikleri talepleri karşılayamama tehlikesi içine girebilecekleri açıktır. Görüldüğü üzere, kararda, sürekli müşteri ile tesadüfi müşteri ayrımı, kriz zamanlarının istisnai niteliği ile birlikte ele alınmış; ekonomik krizlerin mal ya da hizmet vermeyi reddetme olgusunu objektif olarak haklı gösterebilecek bir gerekçe olabileceği sonucuna varılmıştır.

Aynı şekilde, BP kararında<sup>139</sup> tüm dünyada bir petrol krizinin yaşandığı 1973-1974 yıllarında, kısıtlı olan petrolün temininde, hakim teşebbüsün, tesadüfi olarak kendisinden alım yapmakta olan müşterinin talebini reddederek, uzun süreli bir diğer müşterisinin talebini karşılaması, ayrımcılık olarak nitelendirilmemiştir.

Topluluk rekabet hukukunda, kelepçeleme ve tek elden satın alınma anlaşmalarına ilişkin olarak karşımıza çıkan haklı görülebilirlik gerekçeleri ise, şu görünümü arz

---

<sup>136</sup> Faull/Nikpay, s. 155.

<sup>137</sup> Ancak, münhasıran kendisinden alım yapmakla olan Müşteri ile rakiplerden de alım yapmakla olan arasında ayırım gözetilmesi, objektif olarak haklı görülmez Bu konudaki örnek karar için bkz. BPB Industries plc & Anor/Komisyon, ATKD (1995) I- 865.

<sup>138</sup> ABG/Oil companies operating in the Netherlands, ATRO (t 977) t., 117/1

<sup>139</sup> ATKD(1978) 1513.



etmektedir: Hilti kararında<sup>140</sup> hakim teşebbüs konumundaki Hilti'nin, kendisinden satın alınan otomatik çivi çakma makinelerinde, yine kendi üretimi olan kartuşlardan daha düşük kalitede başka kartuşların kullanılması halinde makinelerin arızalanacağı endişesiyle, bu durumdaki bozuk çivi makinelerine garanti hizmeti vermekten kaçınması, Hilti'nin bu konuda kanıt da getirememesi üzerine, haklı gerekçelere dayanmayan bir eylem olarak kabul edilerek cezalandırılmıştır. Tetra Pak II kararında<sup>141</sup> da Komisyon, Tetra Pak'ın, kendi makinelerinde kendi üretimi olmayan kartonların kullanılmasının hijyeni bozabileceği, bir başka deyişle, sağlığa zararlı sonuçlar doğurabileceği yönündeki gerekçesini haklı görmeyerek reddetmiştir. Komisyon, halk sağlığının korunması konusunda yeterli teknik standartların bulunduğunu belirtmiştir. indirim uygulamak suretiyle kelepçelemeye değinilen Coca-Cola uzlaşmasında ise Komisyon, aynı ürünün farklı boyutlarının satın alınması şartına bağlı olarak uygulanan indirimi, hukuka uygun bulmuştur. Yine aynı kararda, rafların yeniden düzenlenmesi ve reklam malzemeleri temini gibi belirli bazı faaliyetlerin de dağıtımçı tarafından yapılmasını, indirimin bir şartı olarak koşan uygulama da, 82. maddeyi ihlal eder nitelikte görülmemiştir.

Hakim teşebbüsün, olmazsa olmaz aracın kullanımını talep edenlere ret yanıtı vermesinin objektif olarak haklı görülebilir sebepleri varsa, bu davranışın hakim durumun kötüye kullanılması sayılmaması mümkündür. Örneğin, olmazsa olmaz araç niteliğindeki bir tren yolunun kapasitesi dolmuşsa, tren yolundan yararlanmak isteyenlerin taleplerinin reddedilmesi makul görülmelidir. Nitekim Komisyon, Sea Containers/Stena Sealink kararına<sup>142</sup> varırken, Sea Containers'ın aynı hatta seferler yapmakta olan B&I ve Sealink dışında üçüncü rakip olduğunu ve söz konusu limanın herhangi bir uygunsuz durum yaratmaksızın, üçüncü bir rakibi de kaldırabilecek kapasiteye sahip olduğunu göz önüne almıştır. Olmazsa olmaz araçlara erişim için ek kapasite yaratmaya yönelik izin verilmesi talebinin hakim teşebbüs tarafından reddi de, somut olayda bunun imkansızlığı söz konusu değilse, kötüye kullanma sayılabilir. Böyle bir haklı neden araştırmasında, olmazsa olmaz araçlara erişimin sınırsız sayıda rakibe sağlanabileceği haller (patent lisansları, bilgiye erişim gibi) ile fiziksel ya da

---

<sup>140</sup> ATRG (1988) L. 65/19.

<sup>141</sup> Tetra Pak II, ATRG (1992) L 72/1.

<sup>142</sup> ATRO (1994) L. 15/8.

başka nedenlerle böyle araçlardan yalnızca sınırlı sayıda kimsenin yararlanabileceği (limanlar gibi) halleri, birbirinden ayırt etmek gerekir<sup>143</sup>. Öte yandan, olmazsa olmaz aracın sahibi hakim teşebbüsün, bu aracın tam kapasite ile kullanıldığını, diğer bir deyişle kapasitesinin dolduğunu ileri sürmesi durumunda, aracın verimsiz bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı ya da görünürdeki kullanımın gerçek bir kullanım olup olmadığı araştırılmalıdır. Ayrıca, bu araçların kullanımı ile ilgili olarak yapılmış ve kapasiteyi doldurduğu savunulan uzun süreli sözleşmelerin esas amacının, o aracın kullanımını piyasaya gireceklere kapamak olup olmadığı da incelenmelidir<sup>144</sup>

Fikri mülkiyet hakları bakımından ise, lisans verilmesi talebinin reddinin objektif olarak haklı görülebilmesi için, reddin ilgili fikri mülkiyet hakkının özgül konusu kapsamında bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, -fikri mülkiyet hakkının özgül konusunu teşkil eden- hakkın bizzat kullanılması ya da lisans verme ve lisansı kime vereceğini belirleme özgürlüğü<sup>145</sup> reddetme şeklinde gelişmiş olan eylemi, 82. maddenin kapsamı dışına iter. Şu kadar ki, böyle bir davranış da, istisnai bazı hallerde, tekrar 82. maddenin denetimi altına girebilir. Çünkü fikri mülkiyet haklarının varlığı ile kullanılmaları, Topluluk rekabet hukukunda ayrı olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, eğer hakkın kullanımı, hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek etkiler doğuruyor yada amaçlar taşıyorsa, hukuka aykırı bulunarak, bunu uygulayan teşebbüs yaptırıma maruz kalabilmektedir.

#### **2.1.3.4. Yüksek Yatırım Maliyeti/Finansal Üstünlük**

Pazara giriş için çok yüksek yatırım maliyetinin gerekli olduğu pazarlarda, hakim durum için nispeten düşük pazar payına (%40 gibi) sahip ancak mensup olduğu grup nedeniyle ciddi finansal üstünlükleri olan teşebbüslerin hakim durumda oldukları sonucuna varılabilecektir.

#### **2.1.3.5. Atıl Kapasite**

İlgili pazarda hakim durumda olup olmadığı araştırılan teşebbüsün atıl kapasitesinin büyüklüğü, pazara yeni girecek teşebbüsler için caydırıcı olup pazara giriş engeli

---

<sup>143</sup> OECD, Essentials Facilities s. 96.

<sup>144</sup> Bu son olasılıkta, 81. maddeye aykırılık söz konusudur. Bu tespitler için bkz. OECD, Essential Facilities, s. 98.

<sup>145</sup> Rittner/Braun/Rowlinson, s. 386.

yaratabilmektedir. ATAD, Hoffmann La Roche davasında, Roche'un tüm dünyadaki vitamin talebini karşılayabilecek kadar kapasiteye sahip olmasını, yüksek pazar payını destekleyen bir hakim durum göstergesi olarak kabul etmiştir.<sup>146</sup>

## **2.2. HAKİM DURUMUN BELİRLENMESİNDEN KULLANILAN KRİTERLER**

### **2.2.1. Genel Olarak**

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde hakim durum; "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak tanımlanmıştır. 6. maddenin uygulanmasına ışık tutacak olan bu tanımda belirleyici kavramlar, teşebbüsün faaliyette bulunduğu "ilgili piyasa" ve "bağımsız hareket edebilme gücü"dür.

Kanun'un 6. maddesinin uygulanması bakımından teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili piyasanın tespit edilmesinden sonra, ikinci aşama olarak, söz konusu piyasa hakim durum koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da hakim durumun tanımı verilmekle beraber, bağımsız biçimde davranmayı sağlayacak olan ekonomik gücün veya bağımsız davranabilme iktidarının ölçüsü veya bunun nasıl tespit edileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamış ve bu husus uygulama ve doktrine bırakılmıştır.

Hakim durumu sağlayan ekonomik güç ilgili piyasa bazında ele alındığına göre, bu gücün belirlenmesi için öncelikli olarak incelenmesi gereken, ilgili piyasanın yapısı ve bu piyasa faaliyette bulunan teşebbüslerin piyasa paylarıdır. Bu bağlamda, teşebbüsün hakim durumda bulunduğu tespit edilmesinde ele alınacak olan temel kriter, söz konusu teşebbüsün piyasa payı ve bu payın diğer rakiplerinin payları karşısındaki durumu olmalıdır.

Fakat piyasa paylarına ilişkin olarak yapılan bu değerlendirme, genel olarak söz konusu teşebbüsün ekonomik gücü hakkında önemli derecede bilgi sağlıyor olsa da, pek çok durumda hakimliğin saptanmasında tek başına yeterli olmamaktadır. Zira (münhasıran piyasa paylarına ilişkin olarak yapılan) bu değerlendirme, piyasadaki

---

<sup>146</sup> Aslan, Yılmaz "Rekabet Hukuku" Ekin Yayınevi 2001 sf 217

potansiyel rekabeti göz ardı ettiği gibi, çok çeşitli faktörlerden kaynaklanabilen ekonomik gücün niteliğini de dikkate almamaktadır. Bu nedenle, piyasa payı kriterinin ek bir takım yardımcı kriterlerle tamamlanması gerekmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, hakimliğin tespitinde kural olarak, piyasa payı ile birlikte, potansiyel rekabeti dikkate alan giriş engelleri kriteri de kullanılmakta ve bazı hallerde, söz konusu teşebbüsün somut davranışı da değerlendirme kapsamına alınmaktadır.

Avrupa Birliği Hukukunun temelini teşkil eden Roma Antlaşması'nda ise, hakim durumun tanımına yer verilmemekle birlikte, doktrin ve içtihatlarda hakim durumun koşulları ve hangi şartlarda söz konusu olacağı yukarıdaki tanıma paralel olarak belirlenmiştir. Genellikle kabul edilen tanıma göre; “sahip olunan ekonomik güç, rakip, sağlayıcı, müşteri ve tüketicileri dikkate almaksızın, teşebbüsün bağımsız olarak karar verebilmesine imkan sağlıyor ve ilgili piyasada etkin rekabetin devamını engelleyebiliyor ise”, o takdirde söz konusu teşebbüs ilgili piyasada hakim durumdadır. Bir başka deyişle, teşebbüs, piyasa faaliyetlerine ilişkin olarak “rekabet baskısını” dikkate almaksızın kararlarını oluşturuyor ve uygulayabiliyorsa, hakim durumun varlığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede, ticari başarı ve karlılık, hakim olmanın mutlak bir şartı değildir.

Hakim durum kavramı, soyut değil, bir piyasaya bağlılığı ifade ettiğine göre, bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının belirlenmesi için, öncelikle onun hangi piyasada faaliyette bulunduğu tespit edilmesi gerekir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere ilgili piyasanın tespit edilmesi, sadece 6. maddenin uygulanmasına ilişkin olmayıp, aynı zamanda 4, 5 ve 7. maddelerin uygulanması için de gerekli bir faaliyettir. Ancak, 6. maddenin uygulanmasında, ilgili piyasanın tespit edilmesi bir ön koşuldur. Dolayısıyla, 4. maddeye kıyasla, 6. maddede açısından ilgili piyasanın belirlenmesinin daha büyük önemi olduğu söylenebilir.

Teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili piyasanın tespit edilmesi aşamasında ise, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında genel olarak belirli “mal (veya hizmet piyasası), “coğrafi piyasa” ve “dönemsel piyasa” olarak üç boyutlu bir incelemenin yapıldığı söylenebilir. Bu yaklaşıma göre, teşebbüsün hakim konumda bulunduğu ve

rekabetin kısıtlandığı iddia edilen ilgili piyasanın tespit edilmesi için, sadece faaliyet konusu olan mal veya hizmet açısından değil, aynı zamanda faaliyette bulunulan coğrafya ve zaman (dönem) açısından da değerlendirme yapılması gerekmektedir.

### **2.2.2. İlgili Piyasa**

Belirtildiği üzere, hakim durumun belirlenmesinde kullanılan temel kriter, söz konusu teşebbüsün ilgili piyasadaki payıdır. Hatta “payı” kriteri, bazı hallerde diğer kriterleri dikkate almaksızın hakimliğin göstergesi sayılabilir. Bu duruma verilebilecek en tipik örnek, ilgili piyasada monopol konumunda faaliyet gösteren teşebbüslerdir. Avrupa Birliği Hukukunda monopolün yanı sıra, çok yüksek piyasa payları da, belirli bir süre boyunca devam etmeleri kaydıyla başlı başına hakim durumun varlığı için yeterli görülmemektedir fakat yüksek payın ne kadar olması gerektiği hususunda kesin bir ölçü verilmemektedir. Diğer taraftan, söz konusu teşebbüsün çok düşük piyasa payına sahip olması halinde de diğer faktörler dikkate alınmaksızın, hakim durumun bulunmadığı kabul edilmektedir.

Hakim durumun belirlenmesinde temel mesele ise, söz konusu teşebbüsün piyasa payının ortalama düzeylerde seyretmesi halinde ortaya çıkar. Avrupa Birliği uygulamasına göre, bu durumda öncelikli olarak söz konusu teşebbüsün piyasa payı bakımından yakın rakipleriyle karşılaştırma yapılmakta ve bunun sonucuna bağlı olarak birtakım yardımcı faktörlerin yardımıyla hakim durum belirlenmektedir. Bu bağlamda, piyasa payları bakımından yapılan rölatif değerlendirme büyük önem arz etmekte ve söz konusu teşebbüsün piyasa payı rakiplerine oranla ne kadar yüksek olursa, hakim durumda olarak kabul edilmesi de o nispette kolaylaşmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere hakim durum, teşebbüsün somut piyasa içerisindeki ekonomik gücü ile ilgili bir kavramdır ve piyasanın belirlenmesi, teşebbüsün ekonomik gücünün tespit edilmesinin ön koşuludur. Teşebbüsün faaliyette bulunduğu ve aynı zamanda rekabetin kısıtlandığı iddia edilen piyasanın tespit edilmesi ise, çoğu zaman geniş kapsamlı ekonomik analizlerin yapılmasını gerekli kılar. Bu durum ise, özellikle piyasaların çeşitliliği ve birbirleriyle olan benzerlikleri göz önünde tutulacak olursa, Rekabet Hukukunun uygulaması bakımından oldukça güç bir incelemedir ve belirtelim ki, çoğu kez kesin bir sonuca ulaşmak imkansızdır.

Bununla birlikte ilgili piyasanın tespit edilmesi 6. maddenin uygulanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Zira ilgili piyasanın geniş veya dar olarak tespit edilmesi, teşebbüsün hakim durumda olarak kabul edilmesinde doğrudan etkide bulunacaktır.

Tek başına belirleyici olmamakla birlikte, “pazar payı” kriterinin hakim durumun belirlenmesinde etkisi oldukça fazladır. Pazar payının hesaplanması noktasında, ilgili pazarın, yani ilgili ürün/hizmet ve coğrafi pazarın belirlenmesi hayati önem taşımaktadır.<sup>147</sup>

Burada üzerinde durulması gereken husus, Rekabet Kanunu’nun 6. maddesindeki “belirli bir mal veya hizmet piyasasında” ibaresidir. Rekabet hukuku terminolojisinde ilgili ürün/hizmet pazarı olarak adlandırılan bu kavram hakim durumun tespitinde önemli bir rol oynamaktadır. Zira ilgili ürün/hizmet pazarı, bir teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığının araştırılacağı pazarın tamamını oluşturmaktadır. İlgili ürün pazarı belirlenirken, bir mal veya hizmetin tüketici tarafından ikame edilebilirliği değerlendirilmelidir. Örneğin ilgili ürün pazarının “alkollü içki pazarı” olarak tanımlandığı durumda hakim durumda olmayan TEKEL. ilgili ürün pazarının “rakı pazarı” olarak kabul edilmesi halinde hakim durumda olabilecektir. Bu duruma AT Rekabet Hukuku’ndan bir örnek vermek gerekir ise, United Brands davasında. United Brands tarafından ilgili pazarın yaş meyve sebze pazarı olduğu ileri sürülmesine rağmen, ilgili pazarın muz pazarı olduğu ve dolayısıyla United Brands’ın muz pazarında hakim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Rekabet Kanunu’nun 6. maddesindeki “ülkenin bütünü veya belirli bir bölümünde” ibaresi ile kastedilen ise ilgili coğrafi pazardır. “Coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle de rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.”<sup>148</sup> Teşebbüslerin pazar paylarının ve tüketicilerin tercihlerinin farklı

---

<sup>147</sup> 09.06.2003 tarih, 03-40/432—186 sayılı Rekabet Kurulu kararı sf 77 Europemballage Corp. and Continental Can Co Inc. v. Commission CMLR 199 119731 paragraf 42

<sup>148</sup> 1997/1 sayılı Tebliğ madde 4

olmadığı veya nakliyenin ucuz olduğu ürünler açısından ilgili coğrafi pazar tüm Türkiye olabilirken, Ağrı'nın kış aylarında yolu kapalı kalan bir köyündeki tüketicilerin ihtiyaç duydukları mal veya hizmetlere başka bir coğrafi bölgeden elde etmelerinin mümkün olmadığı düşünüldüğünde “ilgili coğrafi pazar” söz konusu köy ile sınırlı olabilecektir.

Bir kez daha vurgulamak gerekirse, hakim durumun tespitindeki ilk ve en önemli adım ilgili pazarın tanımlanmasıdır. Zira; ilgili ürün ve coğrafi pazarın geniş tanımlanması halinde hakim durumda sayılmayan bir teşebbüs, ilgili ürün ve coğrafi pazarın daha dar tanımlanması halinde hakim durumda sayılabilecek ve Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine tabi olabilecektir.

Genel olarak, %50'nin üzerindeki pazar payı hakim durumun varlığı için önemli bir gösterge olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, % 40'ın üzerindeki pazar payları da hakim durumun varlığı konusunda tehlikeli bölge olarak nitelendirilmektedir. ATAD, yukarıda anılan Roche<sup>149</sup> kararında, çeşitli vitamin pazarlarındaki %65 ve üstündeki pazar paylarını, Michelin davasında<sup>150</sup> %57 pazar payını hakim durumun varlığına ilişkin önemli birer gösterge olarak kabul edilmektedir. ATAD; Virgin/British Airways<sup>151</sup> kararında, British Airways'in %39.7 oranında pazar payıyla, yardımcı unsurların da etkisiyle, hakim durumda olduğu sonucuna varmıştır.

Ayrıca, hakim durumda olup olmadığı araştırılan teşebbüsün mutlak pazar payının yanı sıra, en yakın rakibi veya rakipleriyle olan pazar payı farkı yani nispi pazar payı da dikkate alınmalıdır. Örneğin % 45 pazar payına sahip bir teşebbüsün, hakim durumda olup olmadığı, yani müşterilerinden ve rakiplerinden bağımsız hareket etme özgürlüğünün olup olmadığı araştırılırken varılacak sonuç; bu teşebbüsün en yakın iki rakibinin pazar payının %18, %10 olması ile %35 ve %20 olması durumunda farklılık gösterebilecektir. ATAD yukarıda anılan Virgin/British Airways kararında, British Airways'in hakim durumunu tespit ederken, mutlak pazar payının %40

---

<sup>149</sup> Hoffmann-La Roche v. Commission 3 CMLR 211 [

<sup>150</sup> Michelin v. Commission 1 CMLR 282 [

<sup>151</sup> Virgin/British Airways 2000/74 OJ L30/1 [

olmasının yanı sıra, rakiplerinin pazar payının oldukça düşük olması nedeniyle nispi pazar payının oldukça yüksek olmasını destekleyici unsur olarak kullanmıştır.

Pazar payının hangi süreyle elde tutulduğu da önemlidir. Bir teşebbüsün arka arakaya uzun yıllar boyunca yüksek pazar payına sahip olması da hakim durumun tespiti açısından belirleyici olacaktır. Alımların senelik sınırlı sayıda ihaleler ile yapıldığı bir pazarda, önceki senelerde düşük pazar payına sahip olmasına rağmen, sadece son yıldaki birkaç ihaleyi kazanması nedeniyle yüksek pazar payına sahip olmuş bir teşebbüsün, hakim durumda olduğu sonucuna ulaşmak daha zor olabilecektir. Özetle, ilgili pazardaki yüksek pazar payının ne süreyle elde tutulduğu da önemlidir.

### **2.2.2.1. Mal veya Hizmet Piyasası**

#### **2.2.2.1.1. Genel Olarak**

Mal piyasasının tespit edilmesi, ilgili piyasanın belirlenmesindeki ilk ve en önemli aşamadır. Öncelikle belirtelim ki, rekabetin sınırlandığı iddia edilen mal piyasasının belirlenmesi, ilgili teşebbüsün ekonomik faaliyetine konu olan malın belirlenmesiyle özdeş değildir. 6. maddenin uygulanabilmesi için, rekabetin sınırlandırılmasının hakim teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasada gerçekleşmiş olması gerekmediği gibi böyle bile olsa, rekabetin kısıtlandığı iddia edilen mal piyasası, ancak bu malın kapsamının belirlenmesi, bir başka deyişle, söz konusu mala benzer nitelikteki mallar, aynı amaca hizmet eden başka mallar ve tüketici gözünde eş tutulan mallarla olan bağlantısının araştırılmasıyla saptanabilir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, mal piyasasının nasıl belirleneceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla bu hususta, Avrupa Birliği Hukukunda uygulanmakta olan ölçütlerin esas alınması yoluyla değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Avrupa Birliği Hukukunda, ilgili mal piyasasının belirlenmesinde, "değiştirilebilirlik" veya "ikame edilebilirlik" ölçütü temel alınmakta ve değerlendirme somut olay kapsamında "talep" ve "arz" açılarından ayrı ayrı yapılmaktadır. Buna göre, bir malın, hem müşteri tercihi açısından ve hem de üretim süreci açısından başka mallarla olan ikame edilebilirliği, ilgili mal piyasasının



belirlenmesinde temel kriter olarak alınmakta<sup>152</sup>; fakat ikame edilebilirlik oranı hususunda kesin bir değerlendirme yapılmamaktadır.

Komisyon ve Adalet Divanı, ekonomik analizlere bağlı olmaksızın, ilgili mal piyasasını genellikle oldukça dar bir şekilde yorumlamakta ve bu nedenle hakim durumda olmakla itham edilen teşebbüsler tarafından eleştirilmektedir. Özellikle ilgili mal piyasasının tespitinde yapılan değerlendirmede, genelde sadece talep ikamesinin temel alınmaması ve arz ikamesinin çoğu kez dikkate alınmaması, ilgili piyasanın daralmasına yol açabilmektedir. Avrupa Birliği makamlarınca genel olarak benimsenen tanıma göre ilgili mal piyasası “tüketici açısından; nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları itibarıyla ikame edilebilir ve değiştirilebilir olarak kabul edilen ürünlerden oluşan piyasadır”. Görüldüğü üzere, tanımda değerlendirme sadece talep ikamesi açısından yapılmış, arz ikamesine ise yer verilmemiştir?

#### **2.2.2.1.2. Talep İkamesi**

Talep ikamesinde, aynı piyasaya dahil sayılan mallar arasında, tüketiciler açısından kullanım, fiyat ve nitelikleri bakımından farklılık olmaması ve bu mallardan herhangi birinin diğerine tercih edilebilmesi söz konusudur. Avrupa Birliği Hukukunda, talep ikamesinin tespit edilmesinde “çapraz fiyat elastikiyeti”nin en etkili yöntem olduğu kabul edilmektedir. “Çapraz fiyat elastikiyeti”ne göre, bir malın fiyatında meydana gelen artışlar, tüketicilerin önemli ölçüde diğer bir mala veya mallara yönelmesine yol açtığı takdirde, bu mallar arasında ikame edilebilirliğin bulunduğu kabul edilmekte ve fiyat elastikiyeti yüksek olan mallar aynı piyasa kapsamında değerlendirilmektedir.

Görüldüğü üzere burada yapılan değerlendirme, malın sadece fiyat unsurunu nazara almakta ve ikame edilebilirliği de, fiyat değişimleri ile müşteri tercihleri arasındaki

---

<sup>152</sup> Şikayetin konusu ve şikayete konu olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT’ın başlıca faaliyet alanlarının “gazete ve dergi dağıtımı” olduğu göz önüne alınarak, ilgili ürün pazarı “gazete ve dergi dağıtım pazarı” olarak kabul edilmiştir.

Yayınevleri yayınlarını dağıtım şirketlerinin merkezine ve/veya bölge müdürlüklerine teslim ederler. Genellikle birkaç ili kapsayan bir alandan sorumlu olan bölge müdürlükleri ise, yayınların baş bayilere ulaştırılmasını sağlarlar. Baş bayiler tarafından son satış noktalarına ulaştırılan yayınlar, burada teşhir edilerek okuyucuya sunulur. Dolayısıyla, gazete ve dergi dağıtım pazarı, dağıtım şirketleri ile ana bayilik ve tali bayilik teşkilatından oluşan bir bütündür ve yayınevi tarafından dağıtım şirketine teslim edilen mevkutenin son satış noktalarında okuyucuya ulaştırılmasına kadar olan hizmeti kapsar (RKK No: 00-26/292-162, 17.07.2000).

ilişkiye göre belirlemektedir. Avrupa Komisyonu ve Adalet Divanı'nın, büyük ölçüde tüketicilerin sübjektif değerlendirmelerinden hareket ederek yaptığı bu analiz, sadece fiyat faktörünün dikkate alınması nedeniyle bazı hallerde yanıltıcı ve eksik olabilmekte ve bu nedenle, malın fiziksel özellikleri, kullanma amacı, fiyat ve piyasadaki arz ve talep yapısı gibi birtakım alternatif kriterlerle tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir.

Türk Hukuku açısından yukarıda ifade edilen kıstaslar ve değerlendirmeler büyük ölçüde uygulanabilir olmasına karşın, bazı farklı noktaların belirtilmesi gerekmektedir. Öncelikle mal piyasasının tespitinde temel kriter olan çapraz fiyat elastikiyetinin, Türk ekonomisindeki yüksek enflasyon ve buna bağlı olarak daimi nitelikteki fiyat artışları karşısında nasıl uygulanabileceğinin belirlenmesi gerekir. Bunun dışında, Avrupa Birliği ülkelerinden; refah seviyesi ve daha da önemlisi, gelir dağılımı bakımından oldukça farklı konumda bulunan Türk toplumunun, mal fiyatlarındaki geçici artışlara karşı vereceği tepkilerin oldukça farklı ve düzensiz nitelikte olması ihtimali bulunmaktadır. Özellikle gelir dağılımındaki büyük farklılıklar, tüketicilerin fiyat değişimleri karşısında oldukça karmaşık tepkiler vermesine yol açacak niteliktedir. Bu itibarla Rekabet Kurumunun somut olaylar karşısındaki yaklaşımı, söz konusu yöntemin uygulanması bakımından büyük önem taşıyacaktır.

#### **2.2.2.1.3. Arz İkamesi**

Talep ikamesi kadar etkili olmamakla beraber, ilgili mal piyasasının tespit edilmesinde kullanılan bir diğer yöntem, "arz ikamesi"dir. Talep ikamesine kıyasla daha objektif bir nitelik gösteren bu yöntemde göre, bir ürünü üretmekte olan teşebbüs, kısa dönemde fazla bir zorlukla karşılaşmadan, başka bir ürünü de üretebilecek imkan ve kapasiteye sahip olduğu takdirde, söz konusu malların arzı açısından ikame edilebilirlik söz konusudur. Buna göre, ilgili mal piyasası sadece talep ikamesine göre değil, aynı zamanda arz ikamesine göre belirlenecek ve malın arzı açısından, başka bir mal veya mallarla yüksek surette ikame edilebilirliğin söz konusu olduğu durumlarda, bu malların tümü aynı piyasa kapsamında değerlendirilecektir.

Avrupa Birliği Hukukunda, ilgili mal piyasasının belirlenmesinde talebin yanı sıra arz ikamesinin de dikkate alınması, ilk olarak Continental Can davası ile başlamış ve bunu takip eden süreçte Komisyon ve Adalet Divanı arz ikamesi yöntemine kararlarında sık sık başvurmuşlardır.

Mal piyasasının belirlenmesinde arz (retim) ikamesine de yer verilmesi, esasen potansiyel rekabet teorisinin doğal bir sonucudur. Ekonomik açıdan bakıldığında, bir teşebbüs piyasa faaliyetlerine ilişkin karar alırken sadece mevcut rakip teşebbüsleri değil, aynı zamanda piyasaya girmesi pek muhtemel olan teşebbüsleri de dikkate almak durumundadır. Zira piyasadaki rekabet baskısının oluşumunda sadece aktüel rakipler değil, aynı zamanda muhtemel rakipler de etkili olmaktadır. Bu nedenle, potansiyel rekabet ortamı veya giriş engellerinin ilgili piyasanın tespitinde dikkate alınması, ekonomik hayatın gerçekleriyle de uyum arz eder. Fakat teknik ve mali açıdan arz ikamesinin mümkün olması, söz konusu teşebbüslerin rakip olabilecekleri var hareketle; her durumda ilgili mal piyasalarının özdeş olarak değerlendirilmesine yol amamalıdır. Teşebbüslerin faaliyet sahalarını kısa dönemde değiştirmeleri, sadece üretim sürecindeki benzerlikler veya mali kolaylıklar gibi basit nedenlere dayandırılmaz. Bu itibarla, arz ikamesinin ilgili piyasa açısından dikkate alınmasında kapsamlı bir inceleme yapılmalı ve ancak talep ikamesi yöntemiyle birlikte aşamalı olarak uygulanmalıdır.

#### **2.2.2.2. Coğrafi Piyasa**

İlgili piyasanın bir diğer boyutu da, teşebbüsün faaliyette bulunduğu mal piyasasının coğrafi sınırlarıdır. Teşebbüsün hakim konumda bulunduğunun tespit edilmesi için, ilgili mal piyasasının coğrafi kapsamının da belirlenmesi bir zorunluluktur. Zira coğrafi açıdan herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın, ilgili malın ticari hayata konu olduğu tüm coğra1 global olarak ilgili coğrafi piyasa olarak kabul etmek, çoğu kez ekonomik gerçeklere uygun olmadığı gibi, Rekabet Hukukunun amaçlarıyla da bağdaşmaz. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ve 7. maddelerinde de, ilgili mal piyasası coğrafi açıdan ülkenin bütünü veya bir bölümüyle sınırlandırılmış ve teşebbüsün ülkenin bütünü veya bir bölümündeki mal piyasasında hakim durumda olması halinde, kötüye kullanmanın gerçekleşebileceği ifade edilmiştir.

İlgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde temel alınacak olan esas, doğal olarak öncelikle teşebbüsün fiilen ticari faaliyette bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen bölgedir. Bu bağlamda, teşebbüsün faaliyetinin niteliğine göre söz konusu bölge ülkenin bütünü olabileceği gibi, bir şehir veya bir mahalleyle de sınırlı kalabilir. Fakat ilgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde, sadece fiilen faaliyette bulunulan bölgeyle sınırlı kalınmaz. Faaliyette bulunulan bu bölge ile, özellikle rekabet koşulları açısından benzerlikler gösteren diğer bölgeler, ilgili coğrafi piyasa kapsamında değerlendirilmelidir. Zira ilgili mal piyasasının tespit edilmesinde olduğu gibi, farklı bölgelerdeki potansiyel rekabet imkanının da dikkate alınması gerekir. Örneğin, bir ürünün önemli orandaki müşterileri, aynı ürünü başka bir bölgedeki satıcıdan aynı veya yakın fiyatlarla temin edebiliyorlarsa, bu durumda ilgili ürünün coğrafi piyasası, diğer bölgeyi de kapsamı içine alır. Bu bağlamda, özellikle hakim durumun belirlenmesi açısından, teşebbüsün herhangi bir şekilde faaliyette bulunmadığı bölgeler ve dolayısıyla da, bu bölgelerde faaliyette bulunan teşebbüsler de, ilgili coğrafi piyasa kapsamına alınacak ve bu bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler rakip olarak kabul edilecektir. Bir başka anlatımla, farklı bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler, tüketiciler için alternatif bir arz kaynağı olarak ve farklı bölgelerdeki tüketiciler de, teşebbüsler için alternatif bir talep kaynağı olarak görülebiliyorsa, o takdirde bu bölgelerin aynı coğrafi piyasa içerisinde mütalaa edilmesi gerekmektedir.

Avrupa Birliği Hukukunda 6. maddeye karşılık gelen Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde de, hakim durumun kötüye kullanılması, Ortak Pazar'da veya onun önemli (esaslı) bir kısmında" gerçekleşmesi halinde yasaklanmakta, fakat önemli bir kısmın Ortak Pazarın bütününden nasıl ayrılacağına ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemektedir. Adalet Divanı ve Komisyon uygulamalarında ise, ilgili coğrafi piyasa ve özellikle Ortak Pazar'ın önemli kısmı ifadeleri genellikle dar yorumlanmakta ve bu bağlamda, bir üye ülke ve hatta bir üye ülkenin bir kısmı dahi, ilgili coğrafi piyasa olarak kabul edilebilmektedir. Genel olarak benimsenen tanıma göre ilgili coğrafi piyasa, "rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu ve diğer bölgelerden bu şartlar bakımından önemli ölçüde farklılık gösteren bölgelerdir". Rekabet şartlarındaki farklılık ise, ilgili malların taşıma maliyetleri, fiziksel

nitelikleri, ticari özellikleri hukuki engeller ve tüketici alışkanlıkları gibi faktörlerden kaynaklanabilmektedir.

Avrupa Birliği Hukukunda bu faktörlerden özellikle taşıma maliyetleri temel kriter olarak ele alınmakta ve malın fiziksel özellikleri ve taşıma olanaklarına bağlı olarak, nakliye ücretinin çok düşük olduğu durumlarda coğrafi piyasa Ortak Pazar'ın bütünü olarak kabul edilmektedir.

İlgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde, teorik prensipler açısından Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukuku açısından bir farklılık bulunmadığı halde piyasaların ayrılmasında kullanılacak olan faktörler ve bunların sonuçları açısından önemli ayrılıkların ortaya çıkması ihtimali vardır. Genel olarak bu muhtemel farklılıklar, Avrupa Birliği'nin siyasi, sosyal ve coğrafi yapısından kaynaklanmaktadır. İlk olarak Birliği oluşturan farklı devletler ve vatandaşları, bunların farklı kültür, gelenek ve alışkanlıkları piyasaların belirlenmesinde önemli bir etkidir ve Ortak Pazar dahilinde piyasaların ayrılması sonucunu doğurur. Bunun yanı sıra, üye ülkeler arasında henüz tam olarak hayata geçirilemeyen malların ve hizmetlerin serbest dolaşım prensibi de, coğrafi açıdan piyasaların bölünmesine yol açan etkenlerdendir.

Siyasi açıdan üniter bir devlet olan ve coğrafi sınırlar açısından da Avrupa Birliğine kıyasla oldukça küçük olan Türkiye'de, piyasaların birbirlerinden ayrılması ihtimali daha zayıftır ve bu nedenle somut olay karşısında bölgeler arasında rekabet şartları açısından ciddi farklılıklar bulunmadığı sürece, coğrafi piyasanın ülkenin bütünü olarak kabul etmek, ekonomik gerçeklere daha uygundur. Buna karşılık, Türkiye coğrafyasının gösterdiği fiziksel özellikler, ulaşım altyapısının zayıflığı, bölgeler arası gelir dağılımındaki farklılıklar (ve bazı bölgelerde görülen terör olgusu), coğrafi piyasaların ayrılmasında etken olabilecek önemli faktörler olarak nitelendirilebilir. Coğrafi piyasaların ayrılmasında kullanılacak olan faktörler ve bunların muhtemel sonuçları, Rekabet Kurulu'nun ve Mahkemelerin somut olaylar karşısında oluşturacağı içtihatlarla ortaya çıkacaktır<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'ın gazete ve dergi dağıtımını yurt çapında gerçekleştirdikleri dikkate alınarak coğrafi pazar "Türkiye" olarak kabul edilmiştir (RKK No: 00-26/292-162, 17.07.2000).

### **2.2.2.3. Zamansal (veya Dönemsel) Piyasa**

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ve Roma Antlaşması'nda belirtilmemiş olmakla birlikte, Avrupa Birliği Hukukunda, ilgili piyasanın mal ve coğrafi boyutunun yanı sıra, dönemsel boyutunun da bulunduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir. ilgili piyasanın zamansal açıdan da değerlendirmeye tabi tutulması genel olarak, incelemeye konu olan mal piyasasının farklı dönemlerde, rekabet koşulları açısından önemli derecede farklılık göstermesi halinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle mevsim değişikliklerinin veya olağanüstü dönemlerin ortaya çıkardığı farklı rekabet koşulları, bazı mal piyasalarının bu dönemler açısından ayrı değerlendirilmesi gereğini doğurabilir. Dolayısıyla somut olay kapsamında, piyasaların zaman açısından da ayrılmasının mümkün olup olmamasının incelenmesi gerekebilir.

## **2.3. HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLER**

### **2.3.1. Kavram**

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un konu bakımından uygulanmasında temel alınan kavram "teşebbüs"lerdir. Özellikle idare ve Ticaret Hukuku açısından Türk hukukuna aşina olan "teşebbüs" terimi<sup>154</sup> Kanun'da farklı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Kanun'un 3. maddesine göre teşebbüs, "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Kanun'un bu tanımı, teşebbüs kavramı hakkında oldukça genel bir çerçeve çizmekte ve bu genel çerçeve uygulamada da oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır.

Tanımda ilk dikkati çeken husus, "teşebbüs" kavramının bir hak objesi, örneğin ticari işletme gibi bir malvarlığını ifade etmek üzere kullanılmamış olduğudur. Zira tanımda belirtildiği üzere, ekonomik faaliyetin kendisi değil, bu faaliyeti yerine getiren kimse teşebbüs sıfatını haizdir. Daha anlaşılabilir bir ifadeyle, Rekabet Hukuku anlamında "teşebbüs", esasen "müteşebbis"i ifade etmektedir. Müteşebbis

---

<sup>154</sup> RKHK.'nin maddi hukuka (esasen Kanun'un bütünü açısından) ilişkin normlarında bahsi geçen "teşebbüs" terimi, tüm kullanımlarda aynı anlama gelmektedir. Bu nedenle burada tanımlanan ve kısaca özellikleri ifade edilen "teşebbüs" kavramı üzerinde 4, 6 ve 7. madde çerçevesindeki açıklamalarda tekrar durulmayacaktır.

veya teşebbüsün ise, gerçek veya tüzel kişi olması da rekabet kurallarının uygulanması açısından farklılık yaratmaz'.<sup>155</sup> Bu husus tanımda açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık teşebbüs kavramının hukuken hak ve borç altına girebilen bağımsız bir hak süresi ile sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir.<sup>156</sup> Hak ehliyetine sahip olabilen gerçek veya tüzel kişilik kavramı, “teşebbüs” kavramını açıklamada yetersiz kalmaktadır. Zira “teşebbüs” kavramı esasen hukuki değil, iktisadi bağımsızlık temeline dayanmakta ve bu iktisadi yaklaşım, özellikle bağlı işletme ilişkileri gibi iktisadi açıdan bağımlı ilişkilerde, hukuki kişiliğin ikinci planda kalmasına yol açmaktadır. Nitekim Kanun'daki, “bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” ifadesi de, esasen bunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu konuya takip eden başlıklar altında kısaca değinilecektir.<sup>157</sup>

Tanımdan yola çıkarak, teşebbüsün temel unsurlarını iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, her nasıl olursa olsun bir “ekonomik faaliyeti yerine getirmek” ve diğeri de bu ekonomik faaliyeti “bağımsız” olarak yürütmektir. Her ne kadar tanımda “bağımsızlık” sadece fiili gruplaşmalara ilişkin bir unsur gibi ifade edilmişse de, bunun gerçek ve tüzel kişileri de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira Rekabet Hukuku bakımından önemli olan “hukuki bağımsızlık” değil, “ekonomik bağımsızlıktır”. Gerçek ve tüzel kişilerin hukuki bağımsızlıkları bulunsa da, bu durum onların aynı zamanda ekonomik açıdan bağımsız oldukları anlamına gelmez. Bu iki özelliğe sahip her türlü kişi veya kişi grubu. Rekabet Hukuku anlamında “teşebbüs” sıfatını haizdir ve Rekabet Hukuku kurallarının da muhatabıdır.

Teşebbüs kavramının açıklığa kavuşturulabilmesi için, bu iki unsur üzerinde kısaca durmak gerekir. Ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında, üretim,

---

<sup>155</sup> Tüzel kişiliğin hukuki niteliği de rekabet kurallarının uygulanması için herhangi bir fark yaratmaz, Derneklerden vakıflara, kooperatiflerden şirketlere kadar, bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunan her türlü tüzel kişi, RKHK. anlamında teşebbüs sıfatını haizdir. Ayrıca, tüzel kişiliğin Türk hukuk düzenine göre kurulmuş olması veya ikametgahının Türkiye’de bulunması gibi bir gereklilik de bulunmamaktadır.

<sup>156</sup> Korah/Rothnie, sh.73; Whish/Sufrin, sh.188; Smit/Herzog, sh.95; Aslan, sh.46

<sup>157</sup> Bkz. aşağıda IV/C/2/b/bb/bba

satış, pazarlama, dağıtım veya aracılık gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyet göstermek ve bu faaliyetten gelir elde etmek, “ekonomik faaliyet” unsuru açısından yeterli sayılmalıdır. Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında ekonomik faaliyet unsuru oldukça geniş yorumlanmakta ve bu bağlamda, kar elde etmek veya sadece bu amaçla faaliyet göstermek<sup>158</sup> dahi teşebbüs sayılabilmenin koşulu olarak aranmamaktadır.<sup>159</sup>

Kanun’un çizdiği çerçeve açısından, piyasa veya teknik olmayan bir terimle: sektörler bakımından da bir sınırlama öngörülmemiştir.<sup>160</sup> Dolayısıyla, tarım, hayvancılık, savunma, telekomünikasyon ve ulaştırma gibi sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüsler de, mevcut düzenleme itibarıyla rekabet kurallarının eşit olarak muhatabı durumundadır. Bu ve başkaca piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aidiyeti, daha açık bir deyimle kamunun veya özel kesimin kontrolünde olması da rekabet kuralları açısından önem taşımamaktadır. Bu bağlamda kamu tekeli olarak faaliyet gösteren teşebbüsler de Kanun’un kapsamında olacaklardır. Şüphesiz mevcut düzenlemenin bu şekilde olması, bunun ileride de aynen bu şekilde muhafaza edileceği anlamına gelmemelidir. Nitekim tarım, taşımacılık gibi bazı piyasaların rekabet açısından gösterdiği farklı özellikler ve de özellikle sosyal düşüncelerin etkisiyle Avrupa Birliği Hukuku rekabet kurallarının uygulanmasında özel rejimler öngörülmüş<sup>161</sup> ve ayrıca kamu teşebbüsleri bakımından Roma Antlaşması’nın 90.

---

<sup>158</sup> Avrupa Birliği uygulamasında, ekonomik faaliyetin yerine getirilebilmesi için kar elde edilmesinin gerekli olmadığına işaret eden pek çok karara rastlamak mümkündür. Örneğin Fedetab davasında (Van Landewyck- Komisyon, dava 209-15,218/78, (1980), ECR.3 125) Benelux ülkelerinde faaliyet gösteren sigara üreticilerinin oluşturduğu birlik, 1990 dünya kupası biletleri davasında (World Cup Tickets, OJ.(1992), 13.136/31) FIFA, İtalyan Futbol Federasyonu ve İtalyan Dünya Kupası organizasyonu. Höfner&Elser davasında (Höfner&Elser-Macroton, dava C-41/90, (1991)1 ECR 1979, (1993) 4 CMLR 306), Alman işçi bulma kurumu ve P&I davasında (P&I clubs, OJ.(1985) L.376/2, (1989) 4 CMLR 178) sigortacılar birliği, rekabet kurallarının kapsamında sayılmışlardır.

<sup>159</sup> Green/Robertson. sh.294; Bellamy/Child, sh.39; Tekinalp, sh.452; Kerse, sh.4,5; Gijlstra/Murphy. sh.82; Tekinalp/Tekinalp, sh.334; Goyder, sh.80; Whish/Sufrin, sh.188; Bellamy/Child, sh.39; Öztürk, sh.492; Weatherill/Beaumont, sh.684; Akıncı, sh.322; EC. Report, sh.16; Esin Arif, sh.30; Alman hukukunda da aynı yaklaşım benimsenmektedir. Heidehain/ Scheneider, sh.24

<sup>160</sup> RKHK.’nın 3.maddesinin gerekçe kısmında, “Bir bedel veya menfaat karşılığı yapılan fikri, bedeni veya her iki beraber tapılan faaliyetler hizmet olarak tanımlanırken, tanım en geniş anlamıyla bankacılık, sigortacılık, para kredi, sermaye ve sair unsurları da içermektedir. Kuşkusuz toplu pazarlık esasının kabul edildiği emek piyasası bu tanımın dışındadır.” şeklinde bir düzenlemeye gidilerek sadece “emek” piyasasının rekabet kurallarının kapsamı dışında tutulduğunu belirtilmiştir.

<sup>161</sup> Roma Antlaşması’ndaki teşebbüslere yönelik rekabet kuralları ilke olarak bütün sektörlerde uygulanır. Bununla birlikte bu ilkeye; taşıma, savunma sanayi, tarım ve kömür çelik sektörlerinde istisnalar getirilmiştir (bkz. bu konuda Tekinalp/Tekinalp, sh.330.33 1; Goyder, sh.72-28; Kerse, sh.24 vd.).



maddesinde açık bir istisnaya yer verilmiştir.<sup>162</sup> Şüphesiz ülkemiz açısından bu gibi konularda Rekabet Kurumu'nun yayınlayacağı tebliğler büyük önem taşıyacaktır.

Teşebbüs kavramının diğer önemli unsuru ise Avrupa Birliği uygulamasında en fazla uyuşmazlık çıkmasına neden olan “ekonomik bağımsızlık” unsurudur.<sup>163</sup> Tekrar edelim ki Rekabet Hukuku açısından önem taşıyan “hukuki bağımsızlık” değil, “ekonomik bağımsızlık”tır. Ekonomik bağımsızlık denildiği vakit ise, genel olarak söz konusu birimin ekonomik faaliyetlerinin geleceği açısından kendi başına karar vermesi ve iktisadi politikalarını kendi tercihine göre oluşturması anlaşılır.<sup>164</sup> Bu yerine göre bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişilik veya adi ortaklık benzeri bir yapı da olabilir. Örneğin bir ticari işletmeyi bağımsız olarak işleten tacir veya bir ticaret ortaklığını kontrol altında tutan pay sahibi, Rekabet Hukuku anlamında bir teşebbüstür. Aynı şekilde her hangi bir ekonomik gruba dahil olmayan ve bağımsız olarak ekonomik faaliyet yürüten ticaret ortaklıkları da, Rekabet hukuku anlamında birer teşebbüstür.

Buna karşılık, başka bir kişi veya kuruluşun iktisadi kontrolü altında bulunan veya başkası adına hareket eden ve kendi iktisadi politikasının oluşumunda söz sahibi olmayan kişi veya gruplaşmaların ekonomik anlamda bağımsız olduğu söylenemez.<sup>165</sup> Bunun en açık örneğini hizmet ilişkisi içerisinde ekonomik faaliyet

---

<sup>162</sup> Bkz. aşağıda IV/C/2/b/bb/bbb

<sup>163</sup> Ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olması nedeniyle, teşebbüs kavramının belirlenmesinde daha fazla önem taşıyan kriter, “bağımsızlık” ilkesidir. Özellikle bağlı ortaklık, çok uluslu ortaklıklar, konzernler, holdingler gibi karmaşık yapıları ekonomik birimler nedeniyle ticari ilişkilerin karmaşık bir hal alması, bağımsızlık” unsurunun önemini artırmaktadır.

<sup>164</sup> Ekonomik bağımsızlığın en iyi tanımı kanımızca şu şekilde yapılabilir “Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısacası başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir” (Türk, sh.13).

<sup>165</sup> Bağımsızlık unsurunun daha iyi kavranabilmesi açısından örnekleri çoğaltmak gerekirse; ticari ilişkilerin bütünlük arz etmesi karşısında, birbirlerine ticari mümessillik, vekillik, ticari işler telalığı seyyar tüccar memurluğu ve iş akdi gibi hukuki ilişkilerle bağlanan kimseler, söz konusu ekonomik faaliyetlerinin geleceği açısından bağımsız olarak, kendi inisiyatifleriyle karar veremiyor iseler, -ki doğal olan odur- Rekabet Hukuku kapsamında ayrı teşebbüs olarak değerlendirilemezler. Bunun yanı sıra devletin egemenlik yetkisine dayanarak yaptığı işlemler karşısında, herhangi bir seçeneği olmaksızın bu işlem doğrultusunda hareket etmekle yükümlü olan teşebbüslerin eylemleri de rekabet kurallarından bağışık tutulabilir. Örneğin 1580 sy.Belediye Kanunu'ndaki yetkiye dayanarak, belediyelerin zaruri ihtiyaç maddelerinin fiyatlarını tespit etmesi halinde, bu işleme uygun şekilde hareket ederek fiyat uygulayan teşebbüslerin bir anlaşma veya uyumlu eylemde bulunarak rekabeti sınırladığı iddia edilemez.

yürüten kişiler oluşturur.<sup>166</sup> Bunun dışında bir holding etrafında kümelenen bağlı işletmeler de ayrı tüzel kişilikleri olsa dahi, Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs olarak nitelendirilemez.<sup>167</sup> Zira bu gibi bağlı işletme ilişkilerinde, iktisadi kontrolün holdingin elinde olduğu varsayımı geçerlidir. Fakat önemle ifade etmek gerekir ki, kişinin iktisadi anlamda bağımsız olup olmadığı veya iktisadi kontrolün aidiyeti, fiili bir duruma ilişkin olması nedeniyle, tamamen somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu itibarla teşebbüs sıfatına ilişkin nitelendirmede, somut olayın özelliklerini dikkatle tetkik etmek gerekir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak, mehz teşkil eden Avrupa Birliği rekabet kurallarında. "teşebbüs"<sup>168</sup> kavramının tanımına yer verilmemiş ve bu kavramın neyi ifade ettiği Komisyon ve Adalet Divanı içtihatlarıyla tespit edilmiştir' Avrupa Birliği Hukukunda da. yukarıda belirtilen "ekonomik faaliyet" ve "ekonomik bağımsızlık" unsurları teşebbüsün belirlenmesinde merkezi önemi haizdir. Teşebbüs kavramı, ekonomik ve fonksiyonel bir yaklaşımla oldukça geniş yorumlanmakta<sup>169</sup> hukuki görünüm ise önem taşımamaktadır<sup>170</sup> Buna bağlı olarak teşebbüsün hukuki görünümünde meydana gelen değişimler de, ekonomik faaliyetin süreklilik göstermesi şartıyla, teşebbüs sıfatına herhangi bir etkide bulunmamaktadır.<sup>171</sup>

Teşebbüs kavramına, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nun (AT Rekabet Hukuku) birincil mevzuatı niteliğinde olan Roma Anlaşması'nda yer verilmemiş, bu kavramın hukuki tanımı zaman içerisinde Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) kararları ile şekillenmiştir. ATAD, Polypropylene davasında<sup>172</sup> Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) "teşebbüs kavramının tüzel kişiliğinin hangi hukuki veya mali statüye

<sup>166</sup> Bellamy/Child, sh.40; Whish/Sufrin, sh.189; EC.Report, sh.16; Smit/Herzog, sh.93

<sup>167</sup> Nitekim Rekabet Kurulu BİAK davasında verdiği kararında (K.no: 13-40/99, RG.23744, t.03.07.99), teşebbüs olma sıfatının belirlenmesinde önem taşıyan unsurun, hukuki değil, ekonomik bağımsızlık olduğunu belirtmiş ve aynen şu ifadelerle yer vermiştir: "Doğan Yayın Holding A.Ş., Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş. ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen, aynı ortak iradenin kontrolü altında buldukları için bu teşebbüsler (işletmeler kastediliyor), ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden Doğan Şirketler Grubu Holding AŞ'nin ilgili ürün pazarındaki birimleridir" (bkz.2.4.6.).

<sup>168</sup> 'Undertaking'

<sup>169</sup> Korah, sh.38; Green/Robertson, sh.293,294; Raybould/Firth, sh.21 1; Craig/de Burca, sh.888; Kerse, sh.4; Tekinalp, sh.456; Bellamy/Child, sh.38

<sup>170</sup> Bellamy/Child, sh. 39; 2418 Report, sh.299; Whish/Sufrin, sh.187; Craig/de Burca, sh. 888; Green/Robertson, sh.294; EC. Report, sh. 16; Heidenhain/Schenieder, sh.24; Akıncı, sh.321

<sup>171</sup> Whish/Sufrin, sh.190; Craig/de Burca, sh.889; Korah, sh.39; Belamy/Child, sh.778,779

<sup>172</sup> Poiypropylene Case L230/1, 4 CMLR 347 (1988) paragraf 99

bağlı olduğuna değil ekonomik faaliyette bulunup bulunmadığıyla ilgili olduğu” yönündeki görüşünü teyit etmiştir. Teşebbüs kavramının tanımı, ATAD’ın Höfner ve Elser v. Macrotron kararıyla<sup>173</sup> iyice netlik kazanmıştır. Teşebbüs kavramının en geniş anlamda algılanması gerektiğinin belirtildiği kararda, teşebbüs “nasıl finanse edildiğine (kamu veya özel sektörce) bakılmaksızın ekonomik faaliyette bulunan her türlü birim” olarak tanımlanmıştır.

AT Rekabet Hukuku’nda aynı gruba mensup ana şirket ile yavru şirketler, ayrı tüzel kişiliklere sahip olsalar dahi, “yavru şirketin pazardaki faaliyetleri açısından gerçek anlamda özgürlüğünün bulunmadığı hallerde” tek bir teşebbüs olarak addedilir.<sup>174</sup> “Ekonomik bütünlük ilkesi” olarak adlandırılan bu ilkenin kabulü neticesinde, yavru şirketin ana şirketin bilgisi ve yönlendirmesi sonucu oluşan eylem ve işlemlerinden ana şirket sorumlu tutulabilmektedir. Bu ilke uyarınca; ana şirketten bağımsız karar alma imkanı bulunmayan yavru şirketlerin yerine, nihai kararı veren ana şirketin teşebbüs olarak değerlendirilmesini öngörmektedir. Komisyon’un, ilk kez Dyestuffs davasındaki kararıyla uygulamaya başladığı “ekonomik bütünlük ilkesi”, artık AT Rekabet Hukuku’nda tartışmasız olarak kabul görmektedir.<sup>175</sup> Yavru şirket yerine ana şirketin teşebbüs olarak değerlendirilmesinin en önemli pratik sonucu, Komisyon’un rekabet ihlalinde bulunan teşebbüsün cirosu üzerinden verilecek bir para cezasının yavru şirketin yerine ana şirketin yıllık cirosu üzerinden hesaplanmasıdır.<sup>176</sup>

Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetin özelliklerine ilişkin olarak çeşitli kriterlerin de arandığını da belirtmek gerekir. Bunlardan ilki, teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetlerin belirli bir düzen ve süreye bağlı olması gerektiğidir?<sup>177</sup> Kısa süreli, geçici ve düzensiz ekonomik faaliyetler, teşebbüs sıfatının kazanılmasında yeterli görülmemektedir. Ticari işletme kavramını çağrıştıran bir başka kriter ise, ekonomik faaliyetin kişisel ihtiyaç

<sup>173</sup> Höfner and Elser v. Macrotron CMLR 306 (1993) paragraf 29

<sup>174</sup> Centrafarm BV and Adnaan De Peijper v. Serling Drug Inc. CMLR 480 (1974) paragraf 41

<sup>175</sup> Whish, Richard “Competition Law”, 4 th Edition, Butterworths sf 399

<sup>176</sup> ICI v. Commission CMLR 557 (1972) Komisyon’un ekonomik bütünlük ilkesinin yanı sıra etki doktrini de ilk kez uygulanmıştır. ATAD’ın kararında ekonomik bütünlük ilkesini benimsemekle birlikte Komisyon’ca uygulanan etki doktrini hakkında bir herhangi bir yorumda bulunmamıştır

<sup>177</sup> Akıncı, sh.322; Tekinalp/Tekinalp, sh.330; Esin Arif, sh.30; EC, Report, sh.16; Green/Robertson, sh.294

ölçüsünü aşması gereğidir.<sup>178</sup> Alman kartel makamlarının, Avrupa Birliği Hukukunda da benimsenen ve teşebbüsün faaliyetini esas alan bu yönde bir tanımına göre; “hukuki kalıbı ve kar amacı dikkate alınmaksızın, ekonomik faaliyetin dışında sayılmayacak ve münhasıran şahsi ihtiyaçların karşılanmasını aşan bağımsız faaliyetler Rekabet Hukukunun kapsamındadır.<sup>179</sup> Dolayısıyla bu faaliyeti gerçekleştiren her türlü şahıs, teşebbüs olarak adlandırılabilir. Avrupa Birliği Hukukunun uygulama ile geliştirdiği bu kriterlerin, Türk hukukunda uygulanmaması için hiçbir neden yoktur.<sup>180</sup>

Avrupa Birliği Hukukundaki içtihatlarla baktığımızda, avukatlar<sup>181</sup> sanatçılar<sup>182</sup> buluş sahipleri<sup>183</sup> vakıflar, ticaret ortaklıkları gibi her türlü gerçek ve tüzel kişiliğin, teşebbüs kavramı içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Bunun dışında teşebbüsün kamu veya özel kesime ait olması da nitelendirmede önem taşımamakta, Roma Antlaşması'nın 90/2.maddesinde yer alan istisna dışında kamu kesimine ait teşebbüsler de rekabet kurallarına muhatap olmaktadır.<sup>184</sup>

Bu açıklamalar göstermektedir ki; Rekabet Hukukunda kabul edilen teşebbüs kavramı, Ticaret Hukukundaki ticari işletme kavramıyla özdeş bir kavram değildir. Ticari işletmenin, Ticaret Kanunu'nda genel bir tanımlanması yapılmamakla beraber; çeşitli hükümlerdeki<sup>185</sup> kıstaslardan<sup>186</sup> faydalanmak suretiyle genel olarak; gelir sağlamak ve devam niyeti ile esnaf işletmeleri sınırlarını aşan ölçüdeki işletmeler olarak tanımlanmaktadır.<sup>187</sup> Ticaret Hukukunda ticari işletmenin yanı sıra; teşebbüs kavramına da yer verilmiş ve özellikle işletme kavramı ile arasındaki genellik-özellik ilişkisi tartışma konusu yapılmıştır. Teşebbüs kavramı ve içeriği konusunda görüş

---

<sup>178</sup> Green/Robertson, sh.294; Akıncı, sh.322

<sup>179</sup> Goyder, sh.80; Akıncı, sh.321

<sup>180</sup> Teşebbüs kavramı tespit edilirken, Avrupa Hukuku mercilerinin yaptığı gibi, her somut olayın özelliklerine göre hareket etmek ve teşebbüs kavramını dar bir kalıba sokmamak gerekir. Bu olaycı yaklaşım tarzı Rekabet Hukukunun amacına daha uygun düşer.

<sup>181</sup> Reyners, dava 2/74, (1974) ECR.631

<sup>182</sup> Unitel, darar 78/516, OJ.1978, L.157/39, (1978) 3 CMLR 306 (opera sanatçısı)

<sup>183</sup> Remia-Komisyon, dava 42/84, (1985), ECR.2545, (1987), 1 CMLR 1

<sup>184</sup> Bellamy/Child, sh.41; Akıncı, sh.322; Whish/Sufrin, sh.188; Gren/Robertson,

<sup>185</sup> Burada TTK.'nun 11,12.13 ve 17. ve TSN.'nin 14. maddeleri göz önünde tutulmaktadır.

<sup>186</sup> Genel olarak, gelir sağlama amacı, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırını aşmak ölçütleri, ticari işletmeyi diğer teşebbüslerden ayırıcı kıstaslar olarak kabul edilmektedir (İmregün, sh.10 vd.; Karayalçın, sh.157 vd.; Poroy, Ticari İşletme, sh.36).

<sup>187</sup> İmregün, sh.13

birliği olmasa da<sup>188</sup> baskın görüş iktisadi teşebbüs kavramının ticari işletme kavramından daha geniş bir anlamı olduğu hususunda birleşmektedir<sup>189</sup> Fakat önemle ifade etmek gerekir ki Ticaret Hukuku anlamında gerek teşebbüs, gerekse ticari işletme, bir malvarlığı değerini ifade etmektedir. Oysa yukarıda ifade edildiği üzere Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs özel bir malvarlığından ziyade, ekonomik faaliyeti yerine getiren bir süreyi ifade etmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, ticari işletmenin kendisi değil, ancak ticari işletmeyi işleten veya onun iktisadi kontrolünü elinde tutan tacir veya tacirler Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs olabilir. Fakat hemen belirtelim ki, her ne kadar uygulamada bu iki kavram genellikle örtüőecekse de, Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs, tacirden geniş bir anlam ifade etmektedir.

### **2.3.2. Özel Durumlar**

Rekabet Hukukunun teşebbüs kavramına ilişkin ekonomik aktiviteleri baz alan fonksiyonel yaklaşımı, beraberinde bir takım sorunlar doğurmaktadır. Teşebbüs kavramına ilişkin olarak Avrupa Birliği uygulamasında da ortaya çıkan bu sorunları, genel olarak iki grupta toplamak mümkündür. Bunlardan ilki “ekonomik bağımsızlık” unsurunun yarattığı sorunlar, diğerisi ise rekabet kurallarının uygulanmasında kamu kesiminin konumudur.

#### **2.3.2.1. Ekonomik Bütünlük-Hukuki Kişilik**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, teşebbüs bir malvarlığı veya ekonomik faaliyeti değil, ekonomik faaliyetin sahibini ifade etmekte ve bu anlamda özne sıfatını taşımaktadır. Bununla birlikte, bu öznenin hukuken bağımsız olarak hak ve borç altına girebilen hak öznesi ile özdeş olmadığını ve teşebbüs kavramının bundan daha geniş bir alanı kapsadığını belirtmek gerekir. Her ne kadar bu ekonomik faaliyetin yürütülmesi çoğu kez bağımsız hak süresi konumundaki gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilecekse de, bazı hallerde teşebbüs, gerçek veya tüzel kişilerden oluşan fiil bir gruplaşma veya Kanun’un ifadesiyle “bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birim” mahiyetinde de olabilir.<sup>190</sup>

<sup>188</sup> Karayalçın, sh.156; İmregün, sh.10; Poroy, Ticari İşletme, sh.27; Yasaman, sh.9

<sup>189</sup> Karayalçın, sh.155,156; İmregün, sh.10; Bozer Göle, sh.6,7; Türk, sh.10

<sup>190</sup> RKHK.’nun 3.maddesinin gerekçe kısmında da, Kanun’un ekonomik bütünlük teorisini benimsediği açıkça ifade edilmektedir. Söz konusu ifade aynen şöyledir; “Teşebbüs tanımı yapılırken

Böyle bir ihtimal ise, çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Öncelikli olarak teşebbüsün ne zaman gerçek veya tüzel kişilik değil de, bu kişilerden oluşan bir ekonomik bütün olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespiti takiben, rekabet kurallarının bu “ekonomik varlık”<sup>191</sup> veya “ekonomik bütünlük” karşısında nasıl uygulanacağı, örneğin 4.madde anlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın bu ekonomik varlığa dahil kişiler arasında uygulanabilip uygulanamayacağına değinmek gerekir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere teşebbüs sıfatının belirlenmesinde önem taşıyan ekonomik birimin hukuki bağımsızlığı değil, iktisadi bağımsızlığıdır. İktisadi ve hukuki bağımsızlık ise, birbirleriyle özdeş veya örtüşen kavramlar değildir. Hak ehliyetine sahip ve hukuken bağımsız olan bir gerçek veya tüzel kişinin, ekonomik faaliyeti yerine getirirken iktisadi açıdan bağımlı olması, örneğin iktisadi kontrolünün bir başka teşebbüse ait olması mümkündür. Özellikle ticari hayatta yer alan ekonomik birimlerin, “konsorsiyum”, “konzern”, “holding” ve “ortak girişim” gibi karmaşık hukuki ve fiili şekillerde örgütlenmesi ve bunların içe ve dışa yönelik ilişkilerinin farklılaşması karşısında, rekabet kurallarının amaca uygun olarak tatbik edilebilmesi için iktisadi ve hukuki bağımsızlığın birbirlerinden ayrılması büyük önem taşımaktadır.<sup>192</sup>

Genel olarak bir ekonomik birimin iktisadi açıdan bağımsız olup olmadığı, iktisadi politikaların ne şekilde oluşturulduğu, bu politikaların oluşumunda belirleyici etkinin kime ait olduğu meselesi ile ilgilidir. Yukarıda ifade edildiği üzere, bir teşebbüs iktisadi politikalarını kendi amaç ve çıkarları doğrultusunda, kendi bünyesi içerisinde oluşturup uygulayabiliyorsa, o takdirde söz konusu teşebbüsün iktisadi açıdan bağımsız olduğu söylenebilir. Aksi bir ifadeyle söz konusu ekonomik birim, faaliyetini başka bir teşebbüsün “iktisadi kontrolü”<sup>193</sup> altında olmadan yürütüyorsa

---

ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir”

<sup>191</sup> “Economic entity”

<sup>192</sup> Bu kavramlar hakkında bkz. İkinci Bölüm S3/II/C/2/c

<sup>193</sup> RKHK. ‘nun 7/2.maddesine dayanılarak Rekabet Kurumu tarafından yürürlüğe sokulan 1997/1 no’lu Tebliğ’de (RG.23078. 12.8.1997) teşebbüs ve dolayısıyla “konsantrasyon” kavramı açısından belirleyici unsur olan kontrolün nasıl elde edilebileceğine ilişkin ipuçları vermiştir. Tebliğ’in 2 2.maddesine göre kontrol “ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken, bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağına sahip haklar veya araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün mal

ve karar ve politikalarında söz sahibi olan bizzat kendisi ise, iktisadi bağımsızlık koşulu yerine getirilmiş sayılmalıdır. Bu anlamda “iktisadi kontrol”, hukuki değil, fiili bir duruma ilişkindir ve bu kontrolün hangi hukuki araçlarla sağlandığı önem taşımamaktadır. Önemli olan iktisadi kontrolün kalıcı ve sürekli olmasıdır. Burada söz konusu olan ekonomik birimlerin bir bütün olarak algılanması olunca, bir teşebbüsün bir ekonomik birimini iktisadi kontrolünü elde etmiş sayılması için basit bir etkileşim yeterli değildir. İktisadi kontrolün aidiyeti veya hukuki kişiliklerin ekonomik bir bütün teşkil edip etmediği, her olayın kendi özellikleri içerisinde değerlendirilmelidir.<sup>194</sup>

İşte yukarıda belirttiğimiz çerçevede iktisadi anlamda bağımsız olan ve herhangi bir başka teşebbüsün iktisadi kontrolü altında bulunmayan ekonomik birimler. hukuken bağımsız hak öznesi olup olmadığına bakılmaksızın Rekabet Hukuku anlamında “teşebbüs” sayılırlar. Esasen bunlar aynı zamanda bağımsız birer hak öznesi, yani gerçek veya tüzel kişi ise, o takdirde ortaya herhangi bir problem çıkmaz. Söz konusu gerçek kişi veya tüzel kişi, -ki olayların önemli bir kısmında “tacir” sıfatını haiz olacaktır-, teşebbüs sayılacaktır. Bununla birlikte söz konusu ekonomik birim, hukuken bağımsız gerçek veya tüzel kişilerden meydana gelen bağımsız bir “ekonomik bütün” ise, o takdirde “kimin”, daha doğru bir deyişle “neyin” teşebbüs olarak nitelendirileceği meselesi ortaya çıkar.

Her ne kadar bu mesele tamamen yukarıda belirttiğimiz çerçevede iktisadi bağımsızlığın bulunup bulunmadığına göre çözümlenecekse de, bunun kolay bir değerlendirme olmadığını da kabul etmek gerekir. Zira bu mesele, kimlerin Rekabet Hukuku yaptırımlarından sorumlu tutulacağı<sup>195</sup> bu ekonomik bütüne dahil kişiler

---

varlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir”.

<sup>194</sup> İktisadi kontrol hakkında bkz. İkinci Bölüm; Ş3/II/C/3/c

<sup>195</sup> İktisadi açıdan bağımsız olmayan ekonomik birimlerin teşebbüs sıfatına sahip olmadıkları düşünülürse, kural olarak sorumluluğun da bu ekonomik birimin iktisadi kontrolünü elinde tutan teşebbüse ait olduğu esasını kabul etmek icap eder. Bu durum özellikle bağlı işletme ilişkileri açısından geniş uygulama alanı bulmaktadır. Bu tip ilişkilere dahil yavru ortaklığın rekabeti sınırlayıcı işlem ve eyleminden yavru ortaklık değil, yavru ortaklığın iktisadi kontrolünü elinde tutan ana ortaklık sorumlu tutulabilecek ve tüzel kişilik perdesi aralanacaktır. Nitekim Rekabet Kurulu. BİAK davasında verdiği kararda, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon AŞ'nin rekabeti sınırlayıcı davranışları nedeniyle, bu işletmelerin iktisadi kontrolünü elinde tutan Doğan Yayın Holding A.Ş.'yi muhatap almıştır (K.no: 13-40/99, RG.23744,

arasındaki ilişkinin Rekabet Hukuku kapsamına girip girmeyeceği, grup muafiyeti tebliğlerinin tatbik edilip edilemeyeceği<sup>196</sup> hakimliğin tespitinde kim veya kimlerin esas alınacağı, yer itibarıyla yargılama yetkisi<sup>197</sup> gibi pek çok alt meseleyi beraberinde getirmektedir. Üstelik iktisadi bağımsızlığın izafi bir olgu olduğu ve sadece somut olayın özellikleri değil<sup>198</sup> aynı zamanda uygulanacak rekabet kurallarına bağlı olarak değişebileceği göz önünde<sup>199</sup> tutulursa bağımsız bir hak

---

t.03.07.99, bkz.2.4.6.). Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da bu yönde kararlara rastlamak mümkündür (Dyestuffs, dava 48/69, (1972) CMLR.577, (1972) ECR.619, AEG.Telefunken-Komasyon dava 107/82, (1984) 3 CMLR.325, (1983) ECR.3151, BPB Industries-Komasyon, dava T-65/89, (1993) 11 ECR.3 89). Bununla birlikte meselenin bu kadar basit olmadığını kabul etmek gerekir. Her şeyden önce iktisadi bağımsızlığın bulunmadığı kabul edilerek ana ortaklık sorumlu tutulsa bile, bu yavru ortaklığın hiç sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Avrupa Birliği Hukukunda ana ortaklık ile birlikte yavru ortaklık da sorumlu tutulmaktadır. Bunun dışında bir bağlı işletme ilişkisinde ana ortaklığı da sorumlu tutabilmek için, somut davranışın gerçekleştirilmesinde kimin etkili olduğunu da ayrıca tetkik etmek gerekir. Zira yavru ortaklığın iktisadi açıdan bağımsız olmaması, onun her davranışını ana ortaklığın emir ve direktifleri doğrultusunda gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Dolayısıyla ancak bağlı işletme ilişkisinin çok sıkı olduğu olaylarda ana ortaklığı da sorumlu tutmak mümkün olmalıdır (krş.Green/Robertson, sh.297; Bellamy/Child, sh.777,778; Kerse, sh.6).

<sup>196</sup> Takip eden bölümlerde açıklanacağı üzere, grup muafiyeti tebliğleri ancak iki teşebbüs arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara (ve uyumlu eylemlere) karşı tatbik edilebilir. Grup muafiyet kapsamına girebilecek bir sözleşmeye ikiden fazla teşebbüsün taraf olması, o sözleşmeyi kendiliğinden grup muafiyeti kapsamı dışında tutar. Uygulamada ise, grup muafiyet kapsamına girebilecek bir franchising veya tek elden dağıtım anlaşmasına, temsilci, garantör gibi sıfatlarla ikiden fazla kimse taraf olabilmekte ve çoğu kez bunlar iktisadi açıdan bağımsız hareket etmemektedir. İşte ekonomik açıdan bağımsız olmayan kişilerin, örneğin bağlı işletmelerden herhangi birinin de sözleşmeye taraf olması, sözleşmenin ikiden fazla tarafı bulunduğu şeklinde yorumlanmamalı ve diğer koşulların yerine getirilmiş olması şartıyla, söz konusu olan sözleşme grup muafiyeti kapsamına girebilmelidir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda bu yönde verilmiş kararlara rastlamak mümkündür (Hydroterm-Andreoli, dava 170/83, (1984) ECR.2999, (1985) 3 CMLR.224). Şüphesiz burada da iktisadi bağımsızlığın bulunup bulunmadığı, tarafların hangi amaçlarla sözleşmeye katıldığını dikkatle incelemek gerekir (Korah/Rothnie, sh.73; Bellamy/Child, sh.63; Whish/Sufrin, sh.567- 568; Kerse, sh.7).

<sup>197</sup> Günümüzde yaygın bir şekilde görülen çok uluslu şirketler, aralarındaki bağımlılığın derecesi farklı olmakla birlikte, bir tür bağlı işletme ilişkisidir. Bu itibarla teorik olarak rekabet kurallarının uygulanmasında sadece yavru ortaklık değil, ana ortaklığın da sorumluluğu söz konusu olabilir. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, merkezi Birlik toprakları dışında olan pek çok yabancı teşebbüs, rekabet kurallarına muhatap olmaktan kurtulamamıştır (Tiryakioğlu, sh.96; Whish/Sufrin, sh.3 80). Ayrıca bkz. aşağıda IV/C/3.

<sup>198</sup> Bir teşebbüsün iktisadi açıdan bağımsız olması, söz konusu teşebbüsün iktisadi kararlarının alınmasında ve politikaların oluşturulmasında mutlaka tek başına hareket ediyor olması ile sınırlı değildir. Keza aynı şekilde bir ekonomik birimin iktisadi açıdan bağımlı olması veya farklı ifadeyle iktisadi kontrolün başka teşebbüsün elinde olması, mutlak suretle ekonomik birime ilişkin tüm karar ve politikaların kontrolü elinde tutan teşebbüs tarafından oluşturuluyor anlamına gelmez. Esasen bu iki durumda iktisadi bağımsızlık ve ekonomik birlik teorisinin uygulanmasında da herhangi bir zorlukla da karşılaşılmaz. Fakat gerçek yaşamdaki ticari ilişkiler, genellikle bu iki uçta yer alan durumun arasındaki derecelerden oluşmaktadır. Bu durum ise iktisadi bağımsızlık kavramının tatbikinde olağan üstü güçlükler doğurmaktadır.

<sup>199</sup> Bu durum, bağlı işletme ilişkisine taraf olan ekonomik birimlerin içe ve dışa dönük ilişkilerinin farklılaşmasına bağlı olduğu kadar, rekabet kurallarının farklı konu ve amaçlara yönelik olması ile de ilişkilidir. Örneği idari para cezasına kimin muhatap olacağına ilişkin Kanun'un 16.maddesi ile,



öznesi teşkil etmeyen gruplaşma veya birliklerin kavramsal ve hukuki bir temele oturtulması da kolay olmayacaktır. Kişilik teorisinin ve özellikle tüzel kişiliğin temelinde yatan “bağımsızlık- ayrılık”<sup>200</sup> ilkesinin göz ardı edilmesi bir kenara, ekonomik yaşamda faaliyet gösteren kişiler arasındaki ekonomik bağımlılığın veya kontrolün çok farklı görünüm ve derecelerde ortaya çıkması<sup>201</sup> iktisadi bağımsızlık

---

kimlerin rekabeti sınırlayıcı anlaşmaya taraf olabileceği ile ilgili 4.maddenin uygulanmasında, “iktisadi bağımsızlık” olgusunun farklı değerlendirilmesi gerekir. Ekonomik birimlerin içe ve dışa yönelik ilişkilerinin farklılaşması ile kastedilen ise, rekabet açısından grup içi davranışlar ile dışa yönelik davranışlar arasında önemli bir farklılık bulunduğuudur. Somutlaştırmak gerekirse, RKKH’nun 4 maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı bir danışıklı ilişkinin tarafları, grup içinde yer alan bağlı işletmeler veya bağlı işletmeler ile holding ise, -ekonomik bağımlılık ve iktisadi kontrol gevşek olsa dahi-, bunlar arasında rekabetin gerçek anlamda sınırlandırıldığı söylemek gerçekçi değildir. Zira bu işletmelerin iktisadi bağımsızlığının bulunmadığı bir kenara, bunlar arasında rekabet olgusu dahi yaşanmamaktadır. Rekabeti sınırlayıcı irade uyuşmalarını yasaklayarak, ekonomik birimlerin özgürce karar vermelerini sağlamaya yönelik olan 4.madde hükmünün böyle bir durumda uygulanması mantıklı olmaktan uzaktır. Dolayısıyla bağlı işletmeler veya bu işletmeler ile ana ortaklık arasındaki ilişkinin 4.madde kapsamına girmesi neredeyse olanaksızdır. Böyle bir durumda Kanun’un 4.maddesi açısından ayrı bir teşebbüs değil, tek bir teşebbüs vardır, o da söz konusu holdingdir. Bununla birlikte söz konusu bağlı işletmelerden herhangi biri, üçüncü kişilerle rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yaptığı takdirde, şartlar aksini gerektirmedikçe burada teşebbüs sıfatını haiz olan artık bağlı işletmenin bizzat kendisidir. Bir başka ifadeyle 3 kişilerle yapmış olduğu bu anlaşma bakımından teşebbüs olma sıfatı bizzat kendisi üzerinde doğmakta, ana ortaklık veya diğer ortaklıkların teşebbüs kapsamına dahil edilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ana ortaklığın aynı piyasada faaliyet göstermesi veya yavru ortaklığın tamamen ana ortaklığını emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi ya da yavru ortaklığın idari yaptırımını karşılayacak finansal gücünün olmaması yahut ana ortaklığın yavru ortaklığı rekabet kurallarından sıyrılmak için bir araç olarak kullanması gibi somut olayın özellikleri, yavru ortaklığın tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ve ana ortaklığın sorumlu tutulmasına imkan verebilir. Bunun dışında özellikle 7.madde açısından, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığı ve hakim durumun yaratılıp yaratılmadığına ilişkin değerlendirmede, bu kuralın aksinin geçerli olduğu söylenebilir. Keza benzer şekilde, ekonomik birliğe dahil işletmeler arasında yaşanan birleşme ve devralmaların gerçek anlamıyla konsantrasyona yol açtığını söylemek güçtür. Burada 7.madde anlamında teşebbüslerin varlığından söz etmek mümkün olmadığı için, 7.maddeye aykırılık da söz konusu olamaz. Bununla birlikte bağlı işletmelerden herhangi birinin, bir başka teşebbüs tarafından devralınması halinde, artık söz konusu olan bağlı işletmenin değil, ekonomik açıdan bağımlı da olsa bir teşebbüsün devralınmasıdır. Görüldüğü üzere teşebbüs olma sıfatı zafidir ve somut olayın özellikleri ve uygulanacak rekabet kurallarına göre farklı değerlendirmeyi gerektirmektedir.

<sup>200</sup> Tüzel kişi, kurucularından, üyelerinden ve organlarını oluşturan bireylerden ayrı, bağımsız bir hak öznesi sayılır. Bağımsızlık bünyesinde bulunan kişilere yani içe dönük olduğu kadar, üçüncü kişilere karşı da söz konusudur. Tüzel kişinin kazandığı malvarlığı değerleri, üye ve ortaklarının malvarlığı değerleriyle karışmaksızın tüzel kişiliğin olur.

<sup>201</sup> Hukuki ve iktisadi bağımsızlığın birbirlerinden ayrıldığı pek çok ihtimal söz konusu olabilir. Örneğin tüzel kişiliği olmayan bir ticari işletmeyi ortaklaşa işleten gerçek veya tüzel kişiler hukuken bağımsız olmakla birlikte, bunlardan hiçbiri, başka bir ekonomik faaliyet yerine getirmedikleri sürece, yerine getirdikleri bu faaliyet açısından iktisadi anlamda bağımsız ve dolayısıyla birer “teşebbüs” olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde özel bir malvarlığı değerini ifade eden ticari işletmenin de “teşebbüs” olarak nitelendirilmesi imkansızdır. Bu gibi durumlarda genel kaide, bunların bir araya getirdiği ve hukuken “adi ortaklık” temeline dayanan ve uygulamada genellikle “ortak girişim”, “konsorsiyum” olarak adlandırılan fiili gruplaşma veya birlikteliğin teşebbüs olarak nitelendirilmesidir. Bununla birlikte ticari işletme tüzel kişiliği haizse veya taraflar tüzel kişilik bünyesinde faaliyetlerini yürütmeyi tercih ederlerse, o takdirde artık teşebbüs sıfatını haiz olan adi

ve dolayısıyla “ekonomik bütünlük” teorisinin, pratik olarak da kolay bir şekilde uygulanmasına önemli bir güçlük yaratmaktadır<sup>202</sup> Bu durum ise, hukuki bağımsızlığın önemini artırmaktadır.

Kanımızca “ekonomik bütünlük” teorisinin ortaya çıkaracağı bu gibi problemlerin çözümünü genel bir kurala bağlamak mümkün gözükmemektedir. “İktisadi bağımsızlık” ve “ekonomik bütünlük” kavramlarının uygulanmasında katı bir yaklaşımdan ziyade, somut olay ve özellikle tatbik edilecek rekabet normlarının özelliklerini dikkate alan esnek bir yaklaşımı tercih etmek en uygun çözüm olacaktır. Bu tip bir incelemenin ise, çalışmamızın boyutlarını aşacağı açıktır. Bu itibarla burada sadece ekonomik bütünlük teorisinin uygulamada en sık rastlanılan görünümü olan “bağlı işletme ilişkileri” ve maddi anlamda rekabet kurallarının bu ilişkiler karşısındaki tatbikatı üzerinde kısaca durmak yeterli olacaktır.

Rekabet Hukukunun teşebbüs kavramına verdiği bu anlam, uygulamada bağlı işletme veya grup içi ilişkilerinde özel bir önem taşımaktadır. Hukuken bağımsız olmakla birlikte, iktisadi açıdan birbirlerine (çifte ortaklık) veya bir başka teşebbüse (holding, konzern) bağımlı konumda olan ortaklıklar arasındaki ilişkiyi ifade eden bağlı işletme ilişkileri, hukuki ve iktisadi bağımsızlığın birbirlerinden ayrıldığı en yaygın uygulama örneğini oluşturur.

Genellikle tüzel kişilik bünyesinde faaliyet gösteren yavru işletmelerin, iktisadi kontrol açısından ana teşebbüse bağımlı olduğu “holding” veya “konzern” tipi yapılanmalar şeklinde ortaya çıkan bağlı işletme ilişkileri, rekabet kurallarının uygulanmasında hukuki kişiliğin göz ardı edilmesi ve dolayısıyla yavru ortaklığın

---

ortaklık temeline dayan gruplaşma değil, büyük olasılıkla ticaret ortaklığı görünümündeki tüzel kişilik olacaktır. Görüldüğü üzere burada da esasen hukuki süreleri ticaret ortaklıklarından oluşan bağlı işletme ilişkisine benzer bir ilişki bulunmaktadır. Bununla birlikte bağlı işletme veya bağlı ortaklık ilişkisinin farklı görünümünün olabileceğini ve her zaman bunlar arasındaki ilişkilerin adi ortaklık temeline dayandırılmasının mümkün olmadığını da belirtmek gerekir. Örneğin bir veya birden fazla ticaret ortaklığının iktisadi kontrolünü elinde tutan bir başka ortaklığın, daha teknik bir ifadeyle bir “tabiiilik esasına dayalı bir konzern” veya “fili bir konzern” ilişkisinin (kış. Barlas, sh. 171,172), ya da bir “holding” ilişkisinin adi ortaklık temeline oturtulması hemen hemen imkansızdır. Bir başka ihtimal, bir gerçek kişinin birden fazla ticaret ortaklığını iktisadi kontrol altında tutması halidir. Böyle bir durumda gerçek kişinin mi, yoksa ticaret ortaklıklarının mı teşebbüs olarak nitelendirileceği sorunu ile karşılaşılır. Bu ise esasen “holding” veya “tabiiilik esasına dayalı konzern” ilişkisinden önemli bir farklılık arz etmez. Kural olarak bu gibi durumlarda da, uygulanacak rekabet kurallarına bağlı olarak, teşebbüs sıfatını haiz olan iktisadi kontrolü elinde tutan gerçek kişi olacaktır. Fakat dışa yönelik ilişkilerde hukuki kişiliğin yok sayılmasında çekingen davranılmalıdır.

<sup>202</sup> Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. Akıncı, sh.324-345

“tüzel kişilik perdesinin aralanması veya yok sayılmasına” sahne olmaktadır<sup>203</sup> Esasen tüzel kişilik perdesinin aralanması, sadece Rekabet Hukukuna özgü bir durum değildir. Başka hukuk dallarında da, “dürüstlük kuralı” çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin aralanabileceği kabul edilmektedir.<sup>204</sup> Fakat belirtelim ki Rekabet Hukuku bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanması “dürüstlük kuralı” değil, doğrudan bir Kanun hükmüne (RKHK.md.3) dayanmaktadır.

Meseleye maddi anlamda rekabet kurallarının uygulanması açısından baktığımızda ise, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe ekonomik birliğe dahil olan ortaklıklar arasındaki ilişkilerin Rekabet hukuku kapsamına girmediğini kabul etmek gerekir. Zira prensip olarak yavru ortaklıklar iktisadi açıdan bağımsız olmadıkları gibi, bunlar arasında rekabetin bulunduğu varsayımı da geçerli olamaz<sup>205</sup> Bu tür bağlı işletme ilişkilerinde iktisadi bağımsızlığın bulunmadığı karinesi geçerlidir. Şüphesiz bu durum, özellikle 4 ve 7. maddeler açısından önem taşıyacaktır. Zira Kanun’un 6. maddesi anlamında hakim durumun kötüye kullanılması, daha çok dışa dönük ilişkiler bakımından bir anlam ifade eder.

---

<sup>203</sup> Yavru ortaklıklar, hukuki anlamda bağımsız olmakla beraber, genellikle iktisadi anlamda bir ana şirkete bağlı olarak faaliyet gösteren ekonomik birimler olarak karşımıza çıkarlar. Yavru ortaklık ile ana ortaklık arasındaki ilişkilerin, gelişen ticaret koşullarına bağlı olarak çok çeşitli görünüm ve yoğunlukta ortaya çıkması mümkün olmakla birlikte, bunların hemen hemen tamamında, yavru ortaklıklar ana ortaklığın (bazı hallerde de birbirlerinin) iktisadi kontrolü altında bulunmaktadır. Ana ortaklığın kontrolü altındaki şirketler, ana ortaklık tarafından belirlenen bir politikanın uygulayıcısı ve birbirlerinin de tamamlayıcısı durumundadırlar. Birbirlerine ters çıkar ve amaçlar izlemeleri, hayatın olağan akışına uygun bir durum değildir. Dolayısıyla bunların iktisadi politikalarını kendi menfaat ve çıkarları doğrultusunda, başka bir teşebbüsün etkisinde kalmaksızın bağımsız olarak oluşturduğunu söylemek güçtür. Belirleyici anlamda ticari politikalar, genellikle ana ortaklık veya en azından ortak müzakereler neticesinde alınır. Bununla birlikte merkezi karar organının veya ortaklıklar arasındaki ekonomik bağın her türlü ilişkide aynı düzey veya sıklıkta olması gibi zorunluluk da bulunmamaktadır. Günümüzün ticari koşullarında, pek çok işletme organizasyonunda yavru ortaklıkların daha geniş bir hareket alanına sahip olduğu ve kendi iktisadi politikalarının oluşumunda önemli ölçüde söz sahibi olduğu bilinen bir gerçektir. Ticari yaşamın sürati ve işletme bilimindeki yaklaşımlar, karar almada inisiyatifin yerleşmesini ve dolayısıyla daha serbest türde yapılanmaların daha verimli olduğuna işaret etmektedir. Bu durum ise yukarıda ifade ettiğimiz üzere, iktisadi bağımsızlığın her olay bakımından dikkatle tetkik edilmesini ve ekonomik birimler arasındaki ilişkilerin uygulanacak olan rekabet kuralına göre yorumlanmasını gerektirmektedir. Bunun ise basit bir inceleme olmadığını kabul etmek gerekir. Fakat yine de, hukuken bağımsız ve farklı kişiliklere sahip olmalarına rağmen, yavru ve ana ortaklığın tek bir teşebbüs olarak telakki edilmesi ve özellikle ana şirket ile yavru şirket arasındaki ticari ilişkilerin, Rekabet Hukukunun konu bakımından uygulamasının dışında kalması en gerçekçi yaklaşım tarzıdır.

<sup>204</sup> Bkz. bu konuda; Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi, sh.387 vd.; Serozan, Tüzel Kişiler, sh.7 vd.; Akunal, sh.16; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh170,171.

<sup>205</sup> Korah/Rothnie, sh.74

Temel olarak rekabeti sınırlayıcı irade uyuşmalarını önlemeye yönelik 4. madde hükmü, bağlı ortaklıklar arasındaki ilişkilerde gerçek anlamıyla bağımsız bir irade veya irade uyuşmasından söz edilemeyeceğinden ötürü uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Burada irade uyuşmasından ziyade, üstün bir iradeye uyulmasından söz etmek daha doğru olacaktır. Dolayısıyla şeklen rekabeti sınırlayıcı dahi olsa, yavru ortaklıklar veya bunlarla ana ortaklık arasındaki anlaşmalar 4.madde kapsamına girmemelidir Bu tip anlaşmalar için “bildirim yükümlülüğü” (RKHK.md.10) olmadığı gibi, “muafiyet” alma gereği de bulunmamaktadır (RKHK.md.5). Bunlar ancak “menfi tespit belgesine” konusu olabilir (RKHK.md.8). Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, Komisyon ve Adalet Divanı pek çok önüne gelen pek çok olayda<sup>206</sup> prensip olarak yavru ve ana ortaklık arasındaki anlaşmaların 85/1 madde anlamında rekabeti sınırlayıcı olmadığına karar vermiş ve bunu yukarıda ifade ettiğimiz “ekonomik birlik” teorisine dayandırmıştır.<sup>207</sup>

Aynen 4.maddede olduğu gibi, 7. maddenin de ekonomik birliğe dahil olan ortaklıklar arasındaki birleşmelere uygulanması mümkün değildir. İktisadi bağımsızlığa bağlı olarak teşebbüs olma sıfatı bir kenara, 7. maddenin amacı da aksi bir yaklaşımın kabulüne imkan vermez. Zira 7. madde, piyasalarda ekonomik faaliyeti kontrol eden sürelerin azalmasını, kısaca yoğunlaşmayı önlemeye yönelik bir hükümdür. Bağlı işletme ilişkilerinde ise, iktisadi politikaların ana ortaklık tarafından belirlendiği varsayımı geçerli olduğuna göre, ekonomik birlik içerisindeki birleşme ve devralmaların ekonomik faaliyeti kontrol eden sürelerde bir azalmaya yol açtığını söylemek güçtür. Bu itibarla bağlı ortaklıklar arasında gerçekleşen birleşme ve devralmalar Rekabet Hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Bunun doğal sonucu ise, bu tip birleşmeler için izin mecburiyetinin bulunmamasıdır. Bununla birlikte, iktisadi bağımsızlığın tespit edilmesindeki güçlük ve bu kavramın izafiliği, izin mecburiyeti açısından hukuki bağımsızlığın esas alınmasını gerektirebilir.

---

<sup>206</sup> Bkz. bu yönde kararlar : ICI. dava 48/69, (1972), ECR. 619 (1972) CMLR 557, Beguelin Import-GL. Import Export, dava 2/71, (1971) ECR949, (1972) CMLR 81, Re Christiani S Nielsen NV., OJ.(1969) L.165/12, (1969) CMLR.D.36, Viho/Toshiba, dava T-102/92, (1995), ECR.II-217, (1995) 4 CMLR.299, Bodson Pompes Funebres, dava 30/87, (1988) ECR.2479 (1989) 4 CMLR 984, Centrafarm-Sterling, dava 15/74, (1974), FCR.1 147, (1974), 2 CMLR. 480, CMR.8246

<sup>207</sup> EC.Report, sh.32; Whish/Sufrin, sh.212 vd.; Bellamy/Child, sh.62 vd.; Akıncı, sh.336,337; Esin Arif, 46 vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.352; Aslan, AT., sh.58 vd.; Kerse, sh.6; Green/Robertson, sh.297

Bağlı ortaklıkların dışa yönelik faaliyetleri açısından ise, mesele daha karmaşık bir görüntü arz eder. Öncelikle ifade etmek gerekir ki burada sorun, bağlı ortaklığın taraf olma sıfatı veya yukarıda olduğu gibi, söz konusu davranışın Rekabet Hukuku kapsamına girip girmediği ile ilgili değil, ana ortaklık veya ekonomik bütünlüğün teşebbüs kapsamına dahil edilip edilmeyeceği ile ilgilidir. Bu sorun daha çok söz konusu davranışın ekonomik gruba izafe edilebilirliği ile ilgili olmakla birlikte, özellikle 6 ve 7. maddeler için hukuka aykırılık açısından da önem taşır.

Belirtmek gerekir ki, dışa dönük faaliyetler açısından yukarıda olduğu gibi genel bir kural koymak mümkün değildir. İktisadi bağımsızlık ve buna bağlı olarak ekonomik birliğin bulunup bulunmadığı, her olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Zira grup içi ilişkilerden farklı olarak, dışa yönelik faaliyetler açısından rekabet gibi bir kavramdan faydalanmak mümkün olmadığı gibi, bağlı ortaklıklar dışa yönelik ekonomik faaliyetlerinde daha bağımsız hareket ederler. Özellikle günümüzde, işletme yönetiminde karar alma inisiyatifinin yerelleşmesi ve bağlı ortaklıkların daha geniş bir hareket alanına sahip olması, dışa yönelik faaliyetlerin Rekabet Hukuku açısından daha farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir.<sup>208</sup>

---

<sup>208</sup> Kanımızca meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekir. Her şeyden önce bir ekonomik bütünlüğe dahil olan bağlı ortaklığın kendi gerçekleştirdiği faaliyetler değil, fakat kendisine yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetler açısından teşebbüs sıfatına sahip olduğunu ve “ekonomik birlik” teorisinin bu gibi durumlarda uygulama alanı bulamayacağını belirtmek gerekir. Örneğin bağlı ortaklığın muhatap olduğu bir kötüye kullanma eylem ve işlemi neticesinde, “tüzel kişilik perdesinin aralanarak” ekonomik bütünün teşebbüs olarak nitelendirilmesine ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte 7.maddenin bu kurala bir kısmi bir istisna teşkil ettiğini de belirtmek gerekir. Zira 1997/1 No’lu Tebliğ (RG.23078, 12.8.1997), izin mecburiyetine esas olan ciro ve piyasa payı açısından, sadece devralan ekonomik grubun değil, devralınan ekonomik grubun da değerlendirmeye katılacağını belirtmiştir (md.4/b). Bu durum her ne kadar birleşmeler açısından yerindeyse de, devralınan bağlı ortaklığın tabi olduğu ekonomik bütünün hangi amaçla hesaba katıldığını anlamak güçtür. Nitekim hukuka aykırılık değerlendirmesi açısından, devralınan bağlı ortaklığın evvelden tabi olduğu ekonomik bütün nazara alınmayacaktır. Öte yandan bağlı ortaklıkların dışa yönelik faaliyetleri açısından, mesele daha karmaşık bir hal almaktadır. Burada da ekonomik bağımsızlık ilkesi uygulama alanı bulmakla birlikte, bu durumun her zaman tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektirmemelidir. Özellikle 4. madde açısından mesele hukuka aykırılıktan ziyade, rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın izafe edilebilirliğinden ibarettir. Bu itibarla içe yönelik faaliyetler açısından ekonomik bir bütün teşkil eden bağlı işletmeler, dışa yönelik faaliyetler ana ortaklığa izafe edilemediği sürece tek başlarına teşebbüs olarak kabul edilebilir. Avrupa Birliği Hukukunda da mesele izafe edilebilirlik açısından çözümlenmekte ve ancak sınırlayıcı anlaşmanın akdedilmesinde ana ortaklığın etkisi veya en azından bilgisi bulunduğu hallerde ana ortaklık sorumlu tutulmaktadır (Dyestuffs, dava 48/69, (1972) CMLR.577, (1972) ECR.619, Re Zin6 Producers Group, OJ.(1984), L.220127, (1985) 2 CMLR.108, Viho/Toshiba, dava T-102/92, (1995), ECR.II-217, (1995) 4 CMLR.299). Öte yandan Kanun’un 6 ve 7.madde hükümleri açısından, hukuka aykırılığın belirleyici unsuru olan “hakim durum”, teşebbüs olma sıfatı ile doğrudan ilgilidir. Bu ise yapılacak değerlendirmenin önemini artırmaktadır. Kanımızca 6 ve 7. maddeler açısından, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe genel kuralı kabul etmek ve hakim olma koşulu

### 2.3.2.2. Kamu Teşebbüsleri

Sosyal devlet ilkesinin bir doğal bir sonucu olarak, devletin ekonomik yaşama doğrudan müdahalede bulunması oldukça yaygın bir olgudur. Devletin genellikle kamu iktisadi teşebbüsleri eliyle yaptığı bu müdahalenin sonucu olarak; piyasalarda özel teşebbüslerin yanı sıra kamu kesimine ait teşebbüsler de ekonomik faaliyette bulunur. Eşitlik ilkesinin<sup>209</sup> bir gereği olarak, piyasa ekonomisi sistemindeki düzenin tahrip olmaması için, özel teşebbüsler kadar kamu teşebbüslerinin de piyasa kurallarına, dolayısıyla serbest rekabetin gereklerine uygun biçimde davranmaları gerekir. Bu varsayımdan hareketle, Rekabet Hukuku kurallarının konu bakımından uygulanmasında genelde kamu ve özel teşebbüs ayırımı yapılmamakta ve rekabetin işleyişine olumsuz etkide bulunan davranışlar kimin tarafından yapıldığı dikkate alınmaksızın yasaklanmaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ise, kamuya ait işletmelerin rekabet kurallarına muhatap olacaklarına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Öte yandan bunun aksi bir ifadeye de yer verilmemiş ve hatta 2. maddenin gerekçe kısmında, rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir.<sup>210</sup> Esasen özellikle piyasaların önemli bir bölümünde kamu teşebbüslerinin hakim olduğu ve uzun yıllar karma ekonominin uygulandığı Türkiye gibi bir ülkede, “kamu iktisadi teşebbüsleri”<sup>211</sup> nin rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulması da gerçekçi bir yaklaşım değildir.<sup>212</sup>

---

açısından ekonomik bütünlüğü esas almak en uygun çözüm olacaktır. Nitekim 1997/1 no'lu Tebliğ'de de, bu yaklaşımı görmek mümkündür (bkz.md.4).

<sup>209</sup> Kavram için bkz. Karluk, sh.303 ; Tekinalp/Tekinalp, sh.406.

<sup>210</sup> RKKH. 'nun kapsamını düzenleyen 2. maddenin gerekçe kısmında, aynen şu ifade yer almaktadır : “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 Hukukunda 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”. Görüldüğü üzere Kanun koyucu gayet açık bir şekilde, kamu kesiminin de rekabet kurallarının muhatabı olduğunu belirtmiş, hatta bu konuda hiç bir istisna da tanımamıştır. Bunun yanı sıra, 1982 Anayasası'nın 167.maddesinin gerekçe kısmında da, devletin piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleri önleme görevi yüklenmiş ve takip eden cümlede; “Bu görev hem özel, hem de kamu kesimi için öngörülmektedir” ifadesine yer verilmiştir.

<sup>211</sup> “Kamu iktisadi teşebbüsleri”, sosyal ve ekonomik bir hizmet ifa etmek amacıyla devlet tarafından meydana getirilmiş olan ve bağımsız bir kişiliğe ve idari özerkliğe, ayrı gelir kaynaklarına sahip olan, dış ilişkilerinde özel hukuk ve Ticaret Hukuku kurallarına tabi olan ve fakat merkezi bir teşkilat vasıtasıyla yasama organının denetimine tabi olan kuruluşlar şeklinde tanımlanmaktadır. Türk

Bununla birlikte Kanun'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, hiç bir istisna gözetilmeden tüm kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarına muhatap olacakları şeklinde de yorumlanmamalıdır. Zira bazı hallerde, ekonomik faaliyetin yürütülmesindeki kamusal menfaat, rekabet kurallarının tatbik edilmesinden elde edilecek faydadan üstün olabilir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının kapsamında olduğu 90. maddede açıkça ifade edilmekle beraber, yine aynı maddede<sup>213</sup> genel ekonomik faydaya hizmetle görevlendirilmiş kuruluşlarla<sup>214</sup> mali tekel niteliğine sahip teşebbüsler<sup>215</sup> için, onlara bırakılan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellediği ölçüde, rekabet kurallarının uygulanmasına istisna getirilmiştir.<sup>216</sup> Hemen belirtelim ki Adalet Divanı istisna kapsamındaki bu halleri oldukça dar yorumlamakta<sup>217</sup> ve rekabet kuralları kamu kesimine yaygın bir şekilde uygulamaktadır.<sup>218</sup> Türk Hukukunda ise,

---

hukukuna göre “kamu iktisadi teşebbüsleri”; “iktisadi devlet teşekkülleri” ve “kamu iktisadi kuruluşları” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. “İktisadi devlet teşekkülleri”, sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyette bulunmak üzere kurulan teşebbüsleri, “kamu iktisadi kuruluşları” ise, yine sermayesinin tamamı devlete ait ve tekel niteliğinde mal ve hizmet üretmek ve pazarlamak üzere kurulan teşebbüsleri ifade eder. Türk idare hukukunda, bu kurumların gerçek hukuki mahiyetleri henüz tam olarak açıklığa kavuşturulamamıştır (Giritli, sh.113 vd.).

<sup>212</sup> Aslan, sh.44

<sup>213</sup> Söz konusu maddeye göre; “Genel ekonomi yararına olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş, ya da mali tekel niteliğinde olan (a revenue producing monopoly) teşebbüslere antlaşma hükümleri ve özellikle rekabete ilişkin hükümler, bu hükümlerin uygulanması söz konusu işletmelere verilen özel görevin hukuki veya fiili bakımdan yerine getirilmesini engellemedikleri ölçüde uygulanır. Ticaretin gelişmesi, topluluğun çıkarına ters düşecek nispette etkilenmemelidir” (md.90/2)

<sup>214</sup> “Genel ekonomik menfaate hizmet”, kamu teşebbüsleri açısından oldukça geniş bir kriter oluşturmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında başkaca kriterler vasıtasıyla hangi teşebbüslerin genel ekonomik menfaate hizmet ettiği oldukça dar bir çerçevede belirlenmiştir Bu hususta; “bütün tüketicilere eşit şekilde hizmet etme yükümlülüğü”, “fiyatların sadece arz ve talebin katı kurallarına göre değil aynı zamanda sosyal ve politik gerekliliklere göre oluşması”, “teşebbüslerin işleyişlerinde bir takım kamu hukuku kaynaklı yetkilerin olması” ve “hizmetin doğrudan devlet tarafından yapılacak kadar önemli olması”, gibi çeşitli ölçütler kullanılmakta ve fakat somut olaya göre bu kıstasların kapsamı değişebilmektedir (Goyder, sh.368 vd.; Green/Robertson. sh.294-296; Aslan, AT., sh.36 vd.). Bu ölçütler çerçevesinde; doğal gaz, havagazı, elektrik, su, telefon gibi toplum hayatı açısından hayati nitelikli hizmetleri yerine getiren teşebbüslerin, “genel ekonomik menfaate” hizmet ettiği kabul edilmektedir (Tekinalp/Tekinalp, sh.409; Bellamy /Child, sh.8 16,817).

<sup>215</sup> Burada kastedilen, devlet bütçesine gelir sağlamak için monopol veya tekel haline getirilmiş teşebbüslerdir. Örneğin Almanya'da alkollü içkiler tekelini bu hükmün kapsamında kabul edilmektedir (Tekinalp/Tekinalp, sh.4 10; Bellamy/Child, sh.818).

<sup>216</sup> Her ne kadar Roma Antlaşması'nın 90/2.maddesinde öngörülen bu istisna kamu ve özel teşebbüs ayrımı göz etmiyorsa da, uygulama alanı bulunduğu hallerin önemli bir kısmı doğal olarak kamu teşebbüsleri olmaktadır.

<sup>217</sup> Whish/Sufrin, sh.339; Kerse, sh.23; Bellamy/Child, sh.815

<sup>218</sup> Bkz. bu konuda: BRT-SABAM, Dava 127/73, (1974) ECR.313, (1974) 2CMLR.238, Züchner-Bayerische Vereinsbank, dava 172/80, (1981) ECR.2021 (1982) 1 CMLR.434, Sachi, dava 155/73, (1974) ECR 409, (1974)2 CMLR. 177

bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulup tutulmayacağı; eğer tutulacak olursa, muafiyetin şartları ve hangi teşebbüslerin bu kapsamında değerlendirileceği herhalde Rekabet Kurulu'nun yaklaşımına göre ortaya çıkacaktır. Bu yaklaşım ise büyük olasılıkla yayınlanacak tebliğlerde somutlaşacaktır.

AT Rekabet Hukuku'nda teşebbüs kavramı, kamu/özel ayrımı yapılmaksızın en geniş anlamda tanımlanmasına rağmen, Rekabet Kurulu'nun rekabet kurallarını uygularken kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında fark gözetilen tavrı akademisyenler ve yorumcular tarafından eleştirilmiştir. Bu duruma Komisyon tarafından hazırlanan 2001 ve 2002 yılı Türkiye İlerleme Raporları'nın rekabet ile ilgili bölümlerinde de yer verilmiştir.

Rekabet Kurulu, kamu teşebbüsleri ile ilgili aldığı ilk kararında, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin Rekabet Kanunu'nun 3. maddesi anlamında bir "teşebbüs" olduğunu ve %80'lik pazar payı ile ilgili pazarda hakim durumda olduğunu tespit etmiş, ancak buna rağmen söz konusu teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının belirlenmesi için ön araştırma yapılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>219</sup> Karara gerekçe olarak; "bir Kamu İktisadi Teşekkülü ("KİT") olan Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. 'nin, şeker pancarı alış ve şeker satış fiyatlarının Rekabet Kanununun 3. maddesinde tanımlandığı şekliyle bir "teşebbüs" olmayan Başbakanlık ve bakanlıkların belirlemesi sonucunda, ilgili pazardaki faaliyetlerini serbestçe belirleyemiyor" oluşu gösterilmiştir.<sup>220</sup>

Rekabet Kurulu ÇAY-KUR kararında,<sup>221</sup> ön araştırma yapılmasına dahi gerek görmediği Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. hakkındaki kararının aksine, bu defa yine bir KİT niteliğindeki ÇAY-KUR'un, hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı hakkında ön araştırma yapılmasına karar vermiştir. Ancak raportörlerce yapılan ön araştırma sonucunda, ÇAY-KUR'un Rekabet Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlandığı anlamda bir teşebbüs olduğu, %70'lik pazar payıyla ilgili pazarda

---

<sup>219</sup> Prof. Dr. Turgut Tan, Doç. Dr. Nurkut İnan, Prof. Dr. Yılmaz Aslan, Doç. Dr. Alican Ulusoy, Gamze Öz ve Ercan Mumcu'nun eleştirileri için bakınız Tan, Turgut "Rekabet Hukuku'nun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyetleri" Rekabet Dergisi 2001 Sayı: 4 sf.4-5

<sup>220</sup> 13.08.1998 tarih 78/603-113 sayılı Rekabet Kurulu Kararı sf.2

<sup>221</sup> 22.06.1999 tarihli 99-31/277-167 sayılı Rekabet Kurulu Kararı sf 10



hakim durumda olduğu ve son olarak hakim durumunu kötüye kullandığı da belirtilmesine rağmen konu hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Rekabet Kumlu bu kararını, “Rekabet Kanununun yeni olması ve ilgili piyasaya yönelik olarak uygulamanın ilk kez yapılıyor olması” gibi hukuki geçerliliği oldukça tartışmalı bir gerekçenin yanı sıra, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. kararına benzer şekilde, ÇAY-KUR’un Rekabet Kanunu’nun 6. maddesine aykırı işlem ve eylemlerinin “bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından Resmi Gazete ‘de yayımlanan ve ÇAY-KUR’un irade özgürlüğünü ortadan kaldıran düzenlemenin geniş yorumlanmasından kaynaklanması “yani bağımsız karar alamaması gerekçesine dayandırmıştır”.

Rekabet Kumlu, yukarıda değinilen her iki kararda da, Rekabet Kanunu’nun 3. maddesindeki teşebbüs tanımının ekonomik bütünlük ilkesi ile ilgili ikinci bölümünü yanlış yorumlamak suretiyle hatalı hukuki değerlendirmelere ulaşmıştır. Zira, “bağımsız karar alabilme” unsuru; hakim durumun kötüye kullanılması bakımından sadece yavru şirketin eylem ve işlemlerinden, ana şirketin de sorumlu tutulması noktasında önem arz etmektedir. Ekonomik bütünlük ilkesi, Rekabet Kanunu’nun 6. maddesinde yasaklanan hakim durumun kötüye kullanılmasının yukarıda sayılan üç şartı arasında yer almamaktadır. Nihai kararı veren tarafın, Rekabet Kanunu’nun 3. maddesi anlamında bir teşebbüs olmaması, yani somut olayda ekonomik bütünlük ilkesini uygulama olanağının bulunmaması, en azından kamu teşebbüsünün pazardaki hakim durumunu özel teşebbüslere karşı kötüye kullanarak Rekabet Kanunu’nun 6. maddesini ihlal edilip etmediğinin soruşturma açılarak tespitinin gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu iki karar, “teşebbüs” tanımının Rekabet Kanunu’nda yapılmasının sakıncalarını ve AT Rekabet Hukuku uygulamasında kavramların tanımlarının mahkemelere bırakılmasının ne denli doğru bir seçim olduğunu göstermesi bakımından örnek teşkil etmektedir.

Rekabet Kurulu’nun, ilk defa bir kamu teşebbüsü aleyhine soruşturma açarak idari para cezasına hükmettiği 2001 yılındaki kararında, Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin iktisadi işletmesi niteliğindeki BELKO A.Ş.’yi hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle 41.023.000.000 T.L. idari para cezasına

çarpıtmıştır.<sup>222</sup> Rekabet Kurulu daha sonra 2002 yılındaki kararında, bir kamu teşebbüsü olan Türk Telekom AŞ'yi, kendi ISP şirketi TNet ile diğer ISP sağlayıcılarına (Superonline, Türk Net v.s.) ayrımcı fiyat uygulamasında bulunarak, sabit telefon hattı pazarındaki hakim durumunu ISP pazarında kötüye kullanması nedeniyle 1.136.376.000.000 T.L. idari para cezasına çarpıtmıştır.<sup>223</sup> Bu iki karar, Rekabet Kurulu'nun "teşebbüs" kavramının ve ekonomik bütünlük ilkesinin hatalı yorumundan döndüğünü göstermesi bakımından önemlidir.

Diğer yandan, Rekabet Kurulu gayri safi gelir üzerinden hükmettiği idari para cezasında esas aldığı yüzdenin belirlenmesi konusundaki takdir hakkını, kamu teşebbüsleri için özel teşebbüslerden daha düşük olarak kullanmıştır. Hakim durumun kötüye kullanılması sonucundaki idari para cezasının miktarı belirlenirken, yukarıdaki değinilen 02-601'755-305 sayılı kararda Türk Telekom A.Ş. için %0,05 oranı aşağıda değinilen 03-40/432—1 86 sayılı kararında Turkcell/Telsim için ise %1 oranı esas alınmıştır.

### **2.3.3. Teşebbüs Birlikleri**

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un konu bakımından uygulanmasında, "teşebbüs" kavramı nispetinde önemli olmamakla birlikte, göz önünde tutulması gereken bir diğer süje; "teşebbüs birlikleri".

Kanun'daki maddi yasaklayıcı kurallar açısından teşebbüs birliklerine ilişkin ifade sadece 4. madde çerçevesinde yer almıştır. Dolayısıyla uygulama alanının teşebbüslere oranla oldukça sınırlı olduğu söylenebilir. Teşebbüs birliği Kanun'un 3. maddesinde: "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik" şeklinde tanımlanmış ve aynen teşebbüs kavramında olduğu gibi, burada da hukuki şekilden ziyade fiili durumu esas alan, oldukça geniş kapsamlı bir ifadeye yer verilmiştir. Bu çerçevede, "teşebbüs birliği" kavramının da hukuki kişilik kavramından daha geniş olduğunu, teşebbüslerin oluşturduğu tüzel kişiliği olmayan fiili gruplaşmaların da, bağımsız birer hak öznesi teşkil etmemesine rağmen teşebbüs birliği kapsamında kabul edilebileceğini belirtmek gerekir.

<sup>222</sup> 06.04.2001 tarihli 01-17/150-39 sayılı Rekabet Kurulu Kararı sf 59

<sup>223</sup> 02.10.2002 tarihli 02-60/755-305 sayılı Rekabet Kurulu Kararı sf 61

Teşebbüs birliğinin varlığından söz edebilmek için, her şeyden evvel ortada son tahlilde Rekabet Hukuku anlamında teşebbüslerden bir araya gelen bir gruplaşma ve fiili birliktelik olması gerekir. Bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunmayan ekonomik birimlerin oluşturduğu gruplar için “teşebbüs birliği” değil, duruma göre “konzern” veya “holding” sıfatı daha uygun düşer. Teşebbüs birliğinin mutlak suretle yukarıda belirttiğimiz özellikleri haiz teşebbüslerden oluşması gerekmektedir. Oluşturulan birlikteliğin mutlaka bir tüzel kişilik bünyesinde faaliyet göstermesi gerekmez. Önemli olan belirli amaçlar için sürekli veya en azından süreklilik niyetiyle bir araya gelmektir. Sürekli olmayan fiili birliktelikler ise “teşebbüs birliği” olarak değil, koşulları gerçekleştiği takdirde ancak “uyumlu eylem” kapsamında mütalaa edilebilir.

Ayrıca teşebbüslerin bir araya gelmesiyle güdülen amacın ticari nitelik taşıması gerekmediği gibi, teşebbüs birliğinin herhangi bir ticari ve ekonomik faaliyette bulunması da söz konusu değildir. Buna karşılık “teşebbüs birliği”, bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunuyor ise, o takdirde kendisi de aynı zamanda “teşebbüs” olarak değerlendirilebilir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da kamu kurumu niteliğinde meslek teşekküllerine ilişkin olarak herhangi bir istisna öngörülmediğinden ötürü, yasalarla kurulan bu tip meslek kuruluşları da teşebbüs birliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da uygulama bu yöndedir. Bu bağlamda ticaret, ziraat, sanayi odaları, barolar ve bunların bir araya getirdiği üst kuruluşlar Rekabet Hukuku kapsamında teşebbüs birliği olarak değerlendirilebilir. Fakat değerlendirme somut olay çerçevesi içinde yapılmalı ve özellikle kamusal niteliği olan bu teşebbüslerin yasadan kaynaklanan ve rekabete aykırı düşebilecek yetkilerinin kullanılmasının söz konusu işlem ve eylemlerde çekingen davranılmalıdır.

### 3. KÖTÜYE KULLANMA ŞEKİLLERİ

#### 3.1. KÖTÜYE KULLANMA KAVRAMI

##### 3.1.1. Genel Olarak

Rekabet kuralları ile hedeflenen olgu, iktisadi etkinliğin, yani kaynakların en verimli şekilde kullanılması ile üretilen ürün ve hizmetlerin en etkin şekilde dağıtımıdır. Bu nedenle, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi ile yasaklanan başlı başına tekel veya hakim durumda olmak değil, hakim durumu kötüye kullanmak suretiyle tekelleşmektir.

Hakim durumda olmak tek başına hukuka aykırılık teşkil etmese de, bu teşebbüslerin bazı “özel sorumlulukları” vardır<sup>224</sup>. Hakim durumdaki bir teşebbüs, pazar gücünü iç etkinliği ile elde etse dahi, taşıması gereken özel sorumluluk bağlamında zaten sınırlı olan rekabet koşullarını daha da sınırlandırmama” sorumluluğu vardır.<sup>225</sup> Bu sorumluluğun derecesi, söz konusu teşebbüsün pazar gücü ile doğru orantılıdır. Hakim durumdaki teşebbüsler “hakim durumun kötüye kullanılması” olarak değerlendirilebilecek eylem ve işlemlerden kaçınmak zorundadırlar. Diğer bir deyişle; Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde 5 bent halinde sayılan işlem ve eylemler, hakim durumda olmayan teşebbüsler tarafından yapılması halinde hukuka aykırılık oluşturmadığı halde, hakim durumdaki teşebbüsler tarafından yapıldıklarında hukuka aykırılık teşkil edeceklerdir.

Hakim durumdaki teşebbüsler bu durumlarını; ilgili pazara yeni girmek isteyen potansiyel rakiplere doğrudan ya da dolaylı olarak engel olmak suretiyle veya mevcut rakiplerinin pazardaki faaliyetlerini zorlaştırıcı eylemlerde bulunarak “rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanmalar” kötüye kullanabilirler. Bunun yanı sıra, genellikle bu amaçlarına bir ölçüde ulaştıktan yani piyasadaki rekabeti belirli bir ölçüde sınırladıktan sonra, hakim durumlarını etkin rekabet ortamında elde edemeyecekleri karları elde etmeye yönelik “sömürüye dayanan kötüye kullanmalar” olarak da kötüye kullanabilirler. Sömürüye dayanan kötüye kullanmalar, genellikle tüketiciye doğrudan zarar veren ve etkisi hemen hissedilen kötüye kullanmalar

<sup>224</sup> Michelin v. Commission 1 CMLR 282 (1982)

<sup>225</sup> 23.08.2002 tarihli, 02-49/634-257 sayılı Rekabet Kurulu kararı sf. 55

olurken; rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanmaların etkilerinin daha dolaylı olması nedeniyle, tüketiciye etkisi daha uzun vadede olacak ve nihai tüketici tarafından daha sınırlı ölçüde hissedilebilecektir.<sup>226</sup> Topluluk rekabet hukuku, hakim durumda bulunmayı , per se (niteliği gereği) yasaklamış değildir. Hukuka aykırı kabul edilen, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. <sup>227</sup> Rekabet hukukunun anavatani kabul edilen ABD’de, Sherman Act’in yürürlüğe girdiği ilk yıllarda, monopol olmak ya da yaratmaya çalışmak, mahkemelerce kanunun salt lafzına itibar edilerek per se yasaklanmaktaydı. Ancak söz konusu anlayış, serbest rekabet düzeninde iyi bir performans sergileyerek, belirli bir piyasa gücüne sahip olmanın cezalandırılmasına neden olduğu, bunun ise adil olmadığı düşüncesiyle eleştirilmiştir. izleyen yıllarda, Amerikan mahkemeleri, hakim durumun yanı sıra, kötüye kullanma” kavramına da yer vermeye başlamışlardır.<sup>228</sup>

Serbest piyasa ekonomilerinin uygulandığı ülkelerin hukuk sistemleri, bir yandan tekelleşmenin tehlikelerinin önüne set çekmek, diğer yandan da büyük iktisadi güce ulaşan teşebbüsleri, bu yüzden cezalandırmamak gerekleri arasındaki dengeyi kurmayı amaçlamışlar ve sonuçta, hakim durumu değil, bunun kötüye kullanılmasını yasaklama yoluna gitmişlerdir. Tekelleşmek, serbest piyasa ekonomilerinde istenmeyen bir sonuç değildir. Bilakis, daha büyük sermaye ile daha büyük yatırımların, üretimin ve istihdamın sağlanabileceği fikriyle, tekellere sıcak bakılmaktadır. Ancak böyle güçlerin kötüye kullanılma olasılıkları, son derece yüksektir. Çünkü hüküm teşebbüs, tüketiciler, müşteriler ve rakipler gibi piyasadaki diğer aktörlerin tepkilerini nazara almaksızın, bunlardan bağımsız hareket edebilme iktidarına sahiptir. Anılan nedenlerle, Topluluk rekabet hukuku, hakim durumu değil, fakat bunun kötüye kullanılmasını hukuka aykırı bulur.

### **3.1.2. Nedensellik Bağı**

82. madde, hakim durum ile bunun kötüye kullanılması arasında bir nedensellik bağı kurmaktadır. Ancak anılan hüküm, bu bağı, kötüye kullanmanın etkileri bakımından

---

<sup>226</sup> Sanlı, Kerem Cem “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği” Rekabet Kurumu, tez Serisi No:2 2000 sf. 262

<sup>227</sup> Tetra Pak v. Comission (No.2) 4 CMLR 662 (1997)

<sup>228</sup> Sanlı, s. 293, dn. 155 ve s. 276, dn. 6.

mı aramaktadır? Yoksa nedensellik bağıını, teşebbüsün bir eylem ya da işlemi ile kötüye kullanmanın gerçekleşmesi aşamasında, hakim durumdan aktif olarak yararlanılması bakımından mı kurmaktadır? Diğer bir deyişle, hakim durum ile kötüye kullanma arasındaki bu bağ, kötüye kullanmayı teşkil eden eylem veya işlemin etkisinde mi, yoksa daha etki aşamasına gelmeden, doğrudan o eylem ya da işlemin gerçekleştirildiği aşamada mı aranmalıdır<sup>229</sup> Hükümde bu nokta açık değildir.

Eylem/işlem esnasındaki nedenselliğe, hakim teşebbüsün, müşterisine, asıl edimle ne nitelik ne de ticari kullanım itibariyle ilgisi bulunan yan başka yükümlülükleri de kabul ettirmesini, örnek olarak gösterebiliriz. Bu halde, hakim durumdan, daha işlemin yapılması (yan edim borçlarını dayatan sözleşmenin akdi) aşamasında aktif olarak yararlanılmaktadır. Çünkü bu edim borçlarını dayatmak isteyen teşebbüs, hakim durumda olmasa idi, bunda başarılı olamayabilirdi. Zira müşteri başka teşebbüslerle çalışmayı tercih ederdi. Ne var ki müşteri, kendisi için avantajlı bazı imkanlardan (örneğin indirimlerden) yararlandığı için, hakim durumdaki teşebbüsün bu dayatmasını kabullenecektir.

Etkide nedenselliğe ise, yıkıcı fiyatlandırma<sup>230</sup> yoluyla kötüye kullanma örnek verilebilir. Asıl piyasada hakim durumda bulunan teşebbüsün, komşu piyasada da mal ya da hizmet vermeye başlamayı amaçlaması ve bu amacı rekabetten arınmış bir ortamda rahatça gerçekleştirebilmek için, asıl piyasadaki iktisadi gücüne dayanarak komşu piyasaya yıkıcı fiyatlandırma yaparak girmesi, komşu piyasadaki rekabeti bozar. Bu örnekte hakim durum, asıl piyasada söz konusudur; oysa eylem (yıkıcı fiyatlandırma), komşu piyasada gerçekleştirilmektedir. Hakim durumun bu eylemle kötüye kullanılmasının etkisi, hakim durumun söz konusu olmadığı komşu piyasada doğmaktadır. Örnek, hakim durumdan eylemin gerçekleştirildiği aşamada yararlanılmış olması bakımından, eylem ve işlem esnasındaki nedenselliği de içermektedir. Yalnızca etkide nedenselliğin söz konusu olduğu kötüye kullanmaya, hakim durumun eyleminin ya da işleminin karşı tarafın rızasıyla yapılması örnek olarak verilebilir. ATM, bir kararında, hakim bir teşebbüsün, hakim durumu ile

---

<sup>229</sup> Bu ayırım yapılırken, Vogelenzang'ın fikirlerinden yararlanılmıştır. Bkz. Vogetenzang, s. 66 vd.

<sup>230</sup> Bu kavramın açıklaması için Bkz. 1. Bölüm, D. 1. a. (1).

kötüye kullanma sayılan işlemi arasındaki nedensellik bağına karşı tarafın rızasının kesmiş olduğu şeklindeki savunmasını reddederek, “etkide nedenselliğin kesilmediği” sonucuna varmıştır.<sup>231</sup> Tetra Pak<sup>232</sup> II kararında ATM, “86. (şimdiki 82.) maddenin uygulanmasında hakim durum ile kötüye kullanma arasında bir bağın bulunması gerektiğini” ifade etmiştir. Mahkeme, bu bağlantıyı, somut olayda teşebbüsün hakim durumda bulunduğu piyasa<sup>233</sup> ile hakim olmadığı fakat kötüye kullanmanın etkilerinin yaşandığı piyasa<sup>234</sup> olmak üzere iki piyasanın söz konusu olması nedeniyle, inceleme konusu yapmıştır. Teşebbüsün dava konusu işlemi (kelepçeleme15)<sup>235</sup> etkisini, hakim durumda bulunduğu piyasada değil, onunla ilintili fakat hakim durumun söz konusu olmadığı diğer piyasada (“komşu ve ilintili piyasa”da <sup>236</sup>doğurmuştur. ATM, piyasalar arasındaki yakın bağlantıya ve kullanıcıların her iki ürünü de satın alıyor olmalarına dayanarak, teşebbüsün, 82. maddeye aykırı hareket ettiğine hükmetmiştir. ATM karara varırken, piyasaların birbirleriyle olan bağlantısını göz önünde bulundurmıştır. Bu nedenle, kararda “etkide nedenselliğin” mi, yoksa “eylem/işlem esnasında nedenselliğin” mi üstün tutulduğu veya her ikisinin de mi kabul gördüğü hususu, açıklık kazanmamıştır.

Hoffmann-La Roche <sup>237</sup>kararında da, hakim teşebbüsün müşterilerine uyguladığı kelepçeleme sözleşmesi, kötüye kullanma olarak nitelendirilmiştir. Hakim teşebbüs, bu sözleşmelerin bizzat müşterilerin talepleri üzerine akdedildiğini savunma olarak ileri sürmüştü; ancak bu savunma ATM tarafından reddedilmiştir. Teşebbüs, kelepçeleme sözleşmelerinin akdedilmesinin, hakim durumdan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilmediğini, çünkü bunların müşteriler tarafından talep edildiğini ileri sürmektedir. Bu savunma, hakim durum ile kötüye kullanma arasındaki nedensellik bağının “eylem ya da işlem esnasında nedensellik” bulunması gerektiği şeklindeki düşünceden hareketle geliştirilmiş görünmektedir. ATM, nedensellik bağından açıkça söz etmemiştir. Ne var ki, hakim teşebbüsün “hakim durumunu kullanmadığı”

---

<sup>231</sup> Bkz. aşağıda ayrıntılı olarak işlenen Hoffmann-La Roche/Komisyon kararı, ATKD (1979) 461.

<sup>232</sup> ATKD (1994) II-755.

<sup>233</sup> Aseptik karton pazarı.

<sup>234</sup> Aseptik olmayan karton pazarı.

<sup>235</sup> Bu kavram aşa. 1. Bölüm, D. 2. f altında incelenmektedir.

<sup>236</sup> ATRG (1992) L.72/20.

<sup>237</sup> ATKD (1979) 461.

yönündeki savunmasını, “kelepçelemenin, sözleşmenin diğer tarafın rızasına binaen gerçekleşmiş olmasının önem taşımadığını” belirterek reddetmiş ve bunun bir kötüye kullanma olduğu sonucuna varmıştır.

Continental Can<sup>238</sup> kararında ise ATM, nedensellik bağı “etkide nedensellik” olarak ele almıştır, Kararda, hakim teşebbüsün, bir rakibinin kontrolünde söz sahibi olmasına imkan verecek payları devralmak suretiyle piyasanın yapısını bozduğu ve bunun da 82. maddeye aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Hakim teşebbüs, savunma olarak; söz konusu devralmanın hakim durumdan yararlanmak suretiyle gerçekleştirilmediğini, bu nedenle de ortada bir nedensellik bağı bulunmadığını ileri sürmüştür. ATM’nin bu savunmayı reddederken dayandığı gerekçe ise; “hangi yolla yapılırsa yapılsın, bir teşebbüsün hakim durumunu güçlendirmesi, rekabeti bozucu ya da ortadan kaldırıcı etki doğuruyorsa, bunun, kötüye kullanma sayılacağı”dır.<sup>239</sup>

Bu gerekçeden çıkan sonuç şudur: nedensellik bağı, etki bakımından araştırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, nedensellik bağına hükmedilebilmesi için, hakim durumdan aktif biçimde yararlanılarak kötüye kullanma sayılabilecek bir eylem ya da işlemde bulunmuş olması şart değildir. Önemli olan, böyle bir eylem yada işlemi hakim bir teşebbüsün yapmış olması nedeniyle doğacak olan etkidir. Gerçekten de, 82. maddede örnek olarak verilen eylem ya da işlemleri, hakim durumda bulunmayan bir teşebbüs yaparsa; bu eylemin veya işlemin etkisi, buna giren, hakim teşebbüs olsa idi, ortaya çıkacak olan etkiden çok daha hafif olacaktır. Bu nedenle, hakim bir teşebbüsün eylem ve işlemlerinin sonuçları (etkileri) ile hakim durum arasında bir ilişkinin bulunması gerekir.

Bazı yazarlar, 82. maddenin yasakladığı bir durumdan söz edebilmek için, hakim durum ile kötüye kullanma arasında nedensellik bağı aranmasına gerek olmadığı görüşündedirler.<sup>240</sup> Oysa ATM, böyle bir sonuca, bugüne kadar varmış değildir. Biz

---

<sup>238</sup> ATKD(1973) 215.

<sup>239</sup> Bu gerekçenin eleştirisi için bkz, Arı, Jean-Yves/van Liedekerke, Dirk: “Developments in EC Competition Law in 1996-An Overview”, CMLR 34, 1997, 1. 895- 956, s. 931.

<sup>240</sup> Bu görüş için bkz. Ritter, Lennart/Braun, W. David/Rawlinson, Francis: EC Competition Law, A Practitioners’s Guide, Hague 2000, s, 354; Bellamy/Child, s. 618 Whish/Sufrin, s. 274; Mathijsen, s. 215.



de, nedensellik bağının en azından “etkide nedensellik” yönünden araştırılması gerektiği, hakim durumdan henüz eylem ya da işlemin gerçekleştirilmesi aşamasında istifade edilmişse, bunun da nedensellik bağı evveliyatla kuracağı görüşündeyiz.

### **3.2. “KÖTÜYE KULLANMA” OLARAK NİTELENDİRİLEN DAVRANIŞLAR**

Hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilen davranışları, iki başlık altında incelemekteyiz.<sup>241</sup> (i) rekabet karşıtı kötüye kullanma; (ii) sömürü şeklinde kötüye kullanma. Bu sınıflandırma, hakim durumu kötüye kullanmanın doğrudan doğruya kimi hedeflediği temeline dayanmaktadır. Doğrudan doğruya hedeflenenin rekabet olduğu haller, birinci grupta; tüketici ve müşteriler olduğu haller ise, ikinci grupta ele alınmaktadır. Bu son hal, “sömürü” olarak adlandırılmaktadır. Öte yandan, bu sınıflandırmada, gruplar arasındaki sınır belirsizdir. Çünkü herhangi bir “kötüye kullanma” sayılabilecek eylem veya işlem, bu sınıflardan hepsinin kapsamında değerlendirilebilir. Bir eylem veya işlem; hem tüketicileri sömürme hem de mevcut ya da potansiyel rakiplerin önünü kesme ve onları rekabette dezavantajlı konuma getirme amacına yahut etkisine sahip olabilir. Örneğin, ham madde niteliğindeki bir malı rakibine vermeyi reddeden hakim teşebbüs bu yolla öncelikle bu hammaddeye bağlı olarak üretim yapmak isteyen rakip teşebbüsü engellemiş olacaktır. Bu sonuç, tüketicilerin aleyhine bir durumu da beraberinde getirecektir. Hakim teşebbüsün rakipleri, hakim teşebbüsten mal alabilselerdi, tüketiciler, bunların yapacakları üretim sonucu, birden çok ürünün arasından seçim yapma ve bunları daha ucuza alabilme olanağına sahip olabileceklerdi. Oysa artık bu imkanlardan mahrum kalacaklardır.

82. madde hükmünün yürürlüğe girdiği ilk yıllarda savunulan ve hakim durumun kötüye kullanılması yasağının, yalnızca tüketicileri (ve müşterileri) korumaya yönelik olduğu, buna karşın rekabet karşıtı eylem ve işlemleri kapsamayacağı

---

<sup>241</sup> Bazı yazarlar üçlü bir sınıflandırma yaparlar: (i) Engelleyici, dışlayıcı kötüye kullanma; (ii) Sömürü şeklindeki kötüye kullanma ve (iii) Pazar yapısını değiştirmek suretiyle kötüye kullanma. Bu sınıflandırma için bkz, Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), s. 449 vd.; Tekinalp, Ünal: “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanmanın Halleri”, Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, Şubat 2000, www.rekabet.gov.tr. (21.06.2001) s. 74; Ritter/Braun/Rawlinson, s. 354; Bellamy/Child, s, 618 Whish/Sufrin, s, 274; Muthijssen, s.

yönündeki görüşü<sup>242</sup> ATM'nin 1973 yılında verdiği Continental Can kararıyla<sup>243</sup> geride bırakılmıştır. İlk kez bu kararda kendisine vurgu yapılan 3(g) [ zamanki 3(f)] maddesi<sup>244</sup> söz konusu rekabet hükmünün rekabet karşıtı eylem ve işlemleri de kapsamının dayanağını oluşturmuştur. 3(g) hükmü, tek pazardaki rekabetin bozulmamasının sağlanacağı bir sistemin, Topluluksun 2nci maddede yer alan görevlerini yerine getirebilmesi için girişeceği faaliyetlerden biri olduğunu öngörmektedir. Zamanla, Toplulukta rekabet hukukunun yalnızca tüketicileri korumaya yönelik olduğu görüşü terk edilerek, bu hukuk dalıyla güdülen asıl amacın, bizatihi rekabetin korunması olduğu hususunda<sup>245</sup> hemfikir olunmuştur. Bu duruma bağlı olarak, öğreti, hakim durumun kötüye kullanılması yasağını sınıflandırmaya çalışmıştır. Öğretide en sık rastlanan sınıflandırma, kötüye kullanmayı “sömürücü” ve “rekabet karşıtı” olarak iki ana başlığa ayırır.<sup>246</sup> Biz de bu sınıflandırmayı benimsemekte; “piyasa yapısını değiştirerek kötüye kullanma”nın, esasen rekabet karşıtı olması nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmesine gerek bulunmadığını düşünmekteyiz.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün, faaliyet gösterdiği piyasadaki rekabet güçlü olsa idi, elde edemeyecek olduğu karı, piyasadaki hakimiyetini kullanarak elde etmesi<sup>247</sup> m. 82 kapsamında bir kötüye kullanma oluşturur. Sömürü olarak nitelendirilen bu durum, kısaca, müşterilerden veya tüketicilerden yararlanmak suretiyle tekel kart elde etmek şeklinde de tanımlanabilir.<sup>248</sup> “Sömürü şeklindeki kötüye kullanma”, ilk planda rakiplere değil, refah düzeylerini azaltması nedeniyle tüketicilere ya da

---

<sup>242</sup> Joliet, 3 (g) hükmüne önem vermeyerek, 82. maddenin Antlaşmanın bütünü içindeki yerini belirleyememiştir. Bkz. Juliet, s. 43.

<sup>243</sup> ATKD (1973) 215.

<sup>244</sup> 82. madde ile ilgili olarak, 3 (g) hükmüne, daha sonraki yıllarda da pek çok kez değinilmiştir. Bu kararlar arasında, Commercial Solvents [ATDK (1974) 223] ve Hoffmann-La Roche [ATKD (1979) 461] kararları da bulunmaktadır.

<sup>245</sup> Bu görüşü açıklayan ilk yazar, Mestmöcker olmuştur. Profesör Mestmöcker, 3 (g), 81 ve 82. madde hükümlerini, bir sistemin parçaları olarak değerlendirmiş; bu nedenle 82. maddeyi diğer hükümlerden soyutlayarak ele almanın yanlışlığına dikkat çekmiştir. Mestmöcker'e göre, bu hüküm. tüketicilerin yanı sıra, rekabet ve rakipleri de koruma altına almaya hizmet etmektedir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Vogelenzang, s. 63 vd.

<sup>246</sup> Lang, s. 345; Whish/Sufrin, s. 271; Craig/De Burca, EC Law, t. 954; Faul/Nikpay, s. 146.

<sup>247</sup> Lang, s. 345.

<sup>248</sup> Whish/Sufrin, s. 271.

müşterilere zarar verdiği<sup>249</sup> hakim durumun kötüye kullanılması kavramı altında, rekabet karşıtı kötüye kullanmadan farklı bir kategori oluşturur.

Sömürü çeşitli davranışlarla gerçekleştirilebilir. Aşırı yüksek fiyatlandırma (tüketici ve müşterilere zarar vermesi nedeniyle), aşırı düşük fiyatlandırma (“satıcı”ları zarara uğratması nedeniyle, hakim teşebbüsün “alıcı” olması halinde yaşanabilir) ve haksız şartların karşı tarafa kabul ettirilmesi, bunlara örnek olarak verilebilir. Keza, bir mal ya da hizmetin temininin, onunla ne nitelik ne de ticari kullanım itibarıyla ilgisi olan birtakım ek yükümlülüklerin karşı tarafça kabulü şartına bağlanması, müşteriler veya tüketiciler arasında ayrımcılık yapılması, vasıfta ya da çeşitlilikte yetersizlik yaratılması, teknik gelişme konusunda pasif tutum takınılması gibi davranışlar da başka örnekleri oluşturur.

Sömürü teşkil eden eylem ve işlemler, aynı zamanda rekabet karşıtı da olabilirler. Bu nedenle, hakim teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin, yalnızca bir kategoriye dahil olabileceğini düşünmek, doğru olmaz. İlk bakışta sömürücü değil de, rekabet karşıtı olarak nitelendirilebilecek bir eylem veya işlem; rekabetin zayıflatılması ya da ortadan kaldırılması suretiyle edinilen tekel konumu sayesinde, uzun dönemde tüketicileri veya müşterileri sömürmeyi mümkün kılabilir. Bu bağlamda örneğin, hakim bir teşebbüs, gerçek ya da potansiyel rakiplerini piyasa dışına itmek ya da bunların piyasaya girmelerini engellemek için yıkıcı fiyatlandırma yoluna başvurarak öncelikle rekabeti zayıflatabilir. Bunu takip eden dönemde de, piyasada sahip olduğu tekel konumundan istifade ederek, sunduğu mal ya da hizmette aşırı fiyatlandırmaya gidebilir. Görülmektedir ki, önce rekabet karşıtı olarak nitelendirilebilecek bir eylem, uzun vadede, sömürücü bir niteliğe de bürünebilmektedir.

Bir teşebbüsün adil ve dürüst bir şekilde rekabet ederek piyasada hakim duruma gelebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, rekabet denilen yarışın sonunda başarı elde ederek sahip olduğu konumdan istifade etmek, her teşebbüsün kavuşmayı arzuladığı bir avantajdır. Oysa, böyle bir teşebbüsün, fiyatlarını yükselterek ya da vasıfta çeşitlilik, teknolojiye yenilik gibi yatırımlara girmeyi tercih etmeyerek (çünkü

---

<sup>249</sup> Faul/Nikpay s. 189.

artık onu buna zorlayacak bir rekabet ortamı yoktur) hakim durumundan yararlanması, 82. madde yasağının ihlal etmiş sayılmasına neden olabilecektir.

Rekabetin desteklendiği bir ekonomi düzeninde, rekabetteki başarısının getirisini kullanmak istemesinin doğa' karşılanması gereken teşebbüsün, bu getiriden yararlanmak istediğinde, cezalandırılabilir olması, çelişki gibi gözükmemektedir. Ancak, aslında, bu bir çelişki olarak kabul edilemez. Çünkü hukukun genel ilkelerinden biri olarak, hiçbir hak kötüye kullanılmaz. O Halde, 82. madde hükmü, bazı görüşlerde belirtildiği gibi, "başarı için vaat edilen ödülün verilmemesi" olarak algılanamaz. Rekabet denen yarıştan birinci olarak çıkan ve piyasada hakim hale gelen bir teşebbüs, edindiği bu konumu dilediği şekilde kullanabilirse de, hukukun çizdiği sınırın dışına çıkamaz. Her hukuk dalı gibi rekabet hukuku da, menfaatler dengesini gözetmekte, hakim bir teşebbüs olarak anılan azınlığın karşısında, çoğunluğu teşkil eden güçsüz müşterileri ve tüketicileri korumakta ve rekabet düzeninin bozulmasını engellemektedir. Korunan, rakipler değil, rekabettir. Rekabet var olduğu müddetçe, müşteriler, tüketiciler ve tabiidir ki rakipler de, dürüst bir yarışın içinde, dolaylı olarak menfaatlerini koruyabileceklerdir.

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde 5 bent halinde, sınırlı sayıda olmamak şartıyla, sayılan belli başlı hakim durumun kötüye kullanılması halleri şunlardır:

### **3.2.1. Dışlayıcı Uygulamalar (Rekabet Kanunu md. 6/a)**

Hakim durumdaki teşebbüsler tarafından, piyasaya yeni girişleri engellemek veya piyasadaki mevcut rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle tekelleşmeyi amaçlayan eylemler, uygulamada sıkça rastlanan rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanma hallerindedir. Hakim durumdaki teşebbüsler; yıkıcı fiyat uygulamak, mal vermeyi reddetmek, indirim sistemleri uygulamak veya başkaca dışlayıcı uygulamalarla, hakim durumlarını rekabeti sınırlayıcı şekilde kötüye kullanabilirler.

#### **3.2.1.1. Yıkıcı Fiyat Uygulaması**

Hakim durumdaki teşebbüsün, ekonomik gücüne dayanarak potansiyel veya mevcut rakiplerinin katlanamayacakları şekilde fiyatları aşağıya çekerek, rakiplerin pazara girememesini veya pazar dışına itilmesini sağladıktan sonra, fiyatları arttırarak bu

dönemdeki zararlarını telafi etmesidir. ATAD, Tetra Pak kararında<sup>250</sup> Tetra Pak'ın zararlarını daha sonra fiyatlarını yükselterek kapatamayacağı yönündeki savunmasını kabul etmemiş ve yıkıcı fiyat uygulamasından ticari faaliyetlerin rakibini devre dışı bırakma riskini taşıması nedeniyle ceza vermiştir. Rekabet Kurulu 2003 yılındaki Aycell kararında, Türkcell'in Türk Telekom A.Ş.'nin ekonomik bütünlük içerisinde olduğu Aycell kanalıyla faaliyette bulunduğu GSM hizmetleri pazarında, özellikle kurumsal tarifelerde yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı yönündeki iddiasını ön araştırma açarak incelemiş, ancak konu hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Aycell kararında Rekabet Kurulu'nun uygulaması bakımından "iktisadi üstünlük, olağan dışı düşük fiyat ile amaç ve getiri" yıkıcı fiyatın kriterleri olarak kabul edilmiştir.<sup>251</sup>

### **3.2.1.2. Mal/Hizmet Vermeyi Reddetme**

Hakim durumda olmayan teşebbüslerin, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, diledikleri zaman diğer teşebbüslere mal vermeyi reddetme hakları bulunsa da; hakim durumdaki bir teşebbüsün uzun süreden beri mal verdiği bir teşebbüse haklı bir sebep olmaksızın mal vermeyi reddetmesi, kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün, daha önceden mal verdiği bir teşebbüse geçerli bir ticari gerekçenin yokluğunda mal vermeyi reddetmesi rekabet ihlali olabilecektir. Ayrıca, hakim durumdaki teşebbüsün sağladığı malın veya hizmetin ilgili pazarda faaliyet göstermek için hayati önem taşıyan bir "zorunlu unsur" olması halinde, daha önce mal verdiği teşebbüslerin yanı sıra pazara yeni giren teşebbüslere mal vermeyi reddetmesi de hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecektir. Rekabet Kurulu yukarıda da değinilen 2003 tarihli Turkcell/Telsim kararında; Turkcell ve Telsim'in GSM altyapı hizmetleri pazarındaki birlikte hakim durumlarını, Ana'nın GSM hizmetleri pazarına girerek, etkin bir şekilde rekabet edebilmesi için zorunlu bir unsur olan ulusal dolaşım

---

<sup>250</sup> Tetra Pak v. Commission (No.2) 4 CMLR 662 (1997)

<sup>251</sup> 14.08.2003 tarihli, 03-56/655-301 sayılı Rekabet Kurulu kararı sf. II

(roaming) hizmetini vermeyi reddetmek suretiyle, kötüye kullandıkları sonucuna varmıştır.<sup>252</sup>

BP kararına konu olayda, BP, 1974-1975 petrol krizi sırasında düzenli olarak alım yapan müşterilerin ihtiyaçlarına yanıt vermeyi tercih etmiş; kendisinden alım yapmak isteyen tesadüfi alıcılara mal vermeyi ise reddetmişti. ATM, kararında, tesadüfi alıcılar ile düzenli alıcılar arasında denk işlemlerden söz edilemeyeceği tespitinde bulunmuştur.

United Brands davasında ATM, denk işlemlerin mevcudiyetinin tespitinde, hakim teşebbüsten, aynı cins ve miktarda muz satın alınmasına; bunların taşındığı gemilerin, boşaltıldıkları limanların ve satış koşullarının aynı olmasına bakarak, ol denk işlemler bakımından ayrımcı fiyatlandırma bulunduğunu belirlemiştir. Çünkü aynı kalitedeki muzlar United Brands şirketi tarafından Avrupa'ya Rotterdam ya da Bremerhaven limanlarından sokulmakta; ancak yapılan boşaltma masrafları bakımından bir fark ortaya çıkmamaktaydı. Buna rağmen United Brands şirketi, bu muzları, farklı devletlerden gelen alıcılara farklı fiyat! ardan satmaktaydı. Oysa, muzları taşıyan gemilerin yanaştığı limanlardaki fiyatın muzların hangi devlette satılacaklarıyla bir ilgisi olmaksızın, aynı olması gerekirdi. United Brands şirketi, devletlerdeki koşulların farklılığı (mevsimsel değişimler, tatiller, grevler vs.) sebebiyle alıcılara farklı fiyat uyguladığını iddia etmekteydi. ATM bu savunmayı, reddetmiş; gerekçe olarak, United Brands 'in, muzları doğrudan doğruya, o piyasalarda satım yapacak olan dağıtımçılarına, üstelik doğrudan limanda satmasını göstermiştir. ATM'ye göre, bu ayrımcı fiyatlandırma, malların serbest dolaşımı ilkesine (ATA 23. madde) de ters düşmekte olduğundan, belirli bazı alıcıları rekabette dezavantajlı konuma sokmakta ve bu yolla, hakim durum kötüye kullanılmaktadır. Komisyon, kararında, taşıma maliyetlerinin, vergilerin ve başka mali yükümlülüklerin ya da pazarlama koşullarındaki farklılıkların, perakende satış seviyesindeki yeniden satış fiyatlarında farklılıklar olmasını haklı kılabileceğini; fakat bu farkların United Brands şirketinin Bremerhaven ve Rotterdam 'daki denk

---

<sup>252</sup> 02.10.2006 tarihli 02-06-/755-305 sayılı Rekabet Kurulu Kararı 3-4054 sayılı kanun'un 6'ncı maddesi bakımından:

işlemler bakımından dağıtımçılarına farklı fiyatlar uygulamasını haklı göstermeyeceğini ifade etmiştir.

Komisyon, Deutsche Bundesbahn kararında da, taşıma maliyeti hesaplamaları yapmıştır. Alman demiryolu işletmecisinin, Danimarka ve Belçika limanlarına yapılan taşımanın maliyetinin Kuzey Almanya limanlarına yapılan taşımanın maliyetinden daha yüksek olduğu, bu nedenle bunlar bakımından farklı fiyatlandırmaya gittiği savunması kabul görmemiştir.

Genel olarak bir teşebbüsün, sözleşme serbestisi ilkesinin sonucu olarak dilediği tarafla sözleşme yapması, dilediği ile de akdi ilişkiye girmeyi reddetmesi mümkündür. Ancak sözleşmeyi reddetme, bir hakim teşebbüs tarafından gerçekleştirilirse, böyle bir durum 82. maddenin kapsamına girebilir. Piyasada hüküm durumda olan bir teşebbüsün, mal satmayı veya hizmet vermeyi reddetmesi, rekabet karşıtı amaç taşıyor ya da bu yönde etkiler yaratıyorsa ve objektif olarak haklı gerekçelere de dayanmıyorsa, h durumun kötüye kullanılmasından söz edilebilir. Çünkü böyle bir reddin, özellikle piyasaya hakim bir teşebbüs tarafından gerçekleştirildiğinde, rekabet karşıtı amaç ya da etkiyi doğurması pek muhtemeldir. Mal ya da hizmet vermenin reddinin, tüketicilerin, alternatif mal ya da hizmetlerden mahrum bırakılarak tercih haklarının sınırlanması sonucunu doğurması da kuvvetle olasıdır.

Hakim durumun bu yolla kötüye kullanılmasını oluşturan eylemler, tüketici (tahdidi) olmamak kaydıyla, malların ya da hizmetlerin sağlanmasını reddetmek, sağlanmakta olan mal ya da hizmeti kesmek, bilgi vermeyi reddetmek fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak lisans vermeyi reddetmek, olmazsa olmaz araçlara cevap vermeyi reddetmek, mal ya da hizmetin sağlanmasını, o mal ya da hizmetle ilgili olmayan başka mal ya da hizmetlerin alınması şartına tabi kılmak malların tedarikini, bu malların satılacağı nihai coğrafi yerin ve nihai alıcıların kim olduklarının belirtilmesi şartlarına bağlamak aşırı yüksek fiyatlandırma yapmak şekillerinde gerçekleşebilir. “Mal veya hizmet vermenin reddi” şeklindeki davranışın hedefi, piyasadaki mevcut rakipler olabileceği gibi, piyasaya girecek olanlar da olabilir. Hedef alınan, bir başka deyişle, mal ya da hizmet temin talebi reddedilen, piyasaya girecek rakipler ise, bu davranışın giriş engeli yaratabileceği açıktır. Diğer bir ifadeyle, bu yolla mevcut

rekabet zayıflatılabileceği gibi, potansiyel rekabet de engellenebilir. Belirtilmelidir ki; potansiyel rekabetin engellenmesine yönelik reddetmenin 82. maddenin kapsamında değerlendirilmesi için, temini reddedilen mal ya da hizmetin, piyasaya girecekler için olmazsa olmaz araç teşkil etmesi şartı aranmaktadır.

Öğretide 82. maddenin, hakim durumdaki teşebbüsler ekonomik ya da başka gerekçelerle istemedikleri halde, mal ya da hizmet vermek zorunda kalacakları yönünde bir korku oluşturabileceği ve bu korkunun da uzun dönemde, teknik gelişme için güdülen hevesin azalmasına neden olabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe gerekçe olarak, örneğin, hakim teşebbüs tarafından büyük yatırımlar yapılarak ulaşılan teknik düzeyin, bu madde yasağını ihlal etmemek için başkalarıyla da paylaşılmak zorunda kalınacağı gösterilmektedir. Bunun sonucunda, söz konusu teknik düzey yakalanarak rekabette erişilmek istenen noktaya ulaşılamayacak; bu da, teknik gelişme için yatırımı yapmaktan kaçınılmasına neden olabilecektir. Bu nedenlerle, 82. madde kapsamındaki değerlendirme, dikkatle ele alınmalıdır.

Kötüye kullanma olarak nitelendirilen mal ya da hizmet vermenin reddi, aynı zamanda ayrımcılık unsuru da taşıyabilir. Bu durum, özellikle, ikincil hat rekabette gerçekleştirilen mal ya da hizmet vermenin reddi olgusunda görülmektedir. Nitekim GVL kararında ATM, icracı sanatçıların haklarıyla iştigal eden ve bu konuda fiili olarak hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından, bu teşebbüsün kurulu bulunduğu Federal Almanya Cumhuriyeti'nin vatandaşı olmanın ya da bu devlette ikamet etmenin, hizmetin sunulmasında bir şart olarak ileri sürülmesinin, Alman sanatçılarla yabancı sanatçılar arasında ayrımcılık gözetilmesi demek olduğuna; bunun da, 82. maddenin ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir. Mal ya da hizmet vermenin reddi, 82/2 (b) bendinde yer alan, "tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin kısıtlanması" kapsamında da değerlendirilebilir. Bu sonuca özellikle, hakim teşebbüsün tüm müşterilerine, bunlar arasında ayırım gözetmeksizin, mal ya da hizmet vermeyi kesmesi halinde varılabilir.

Mal ya da hizmet vermenin reddiyle ilgili olarak Topluluk'ta verilen ilk karar, Commercial Solvents'tir. Karara konu olayda, verem hastalığının tedavisinde kullanılan bir ilacın hammaddesinin piyasasında hakim durumdaki Commercial Solvents, bu ilacın üreticisi Zoja adlı teşebbüse, kendisi de o ilacın üretimine geçmek



istediği için ilacın hammaddesini satmayı reddetmiştir. ATM kararında, hakim teşebbüsün türev (ilaç) piyasasına girmek amacıyla belirli kişilere hammadde teminini tamamen kesme de, sınırlamaya karar vermesinin, 82. madde yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir. ATM'ye göre, hammadde piyasasında hakim durumda bulunan ve bu nedenle türevlerin üreticilerine mal teminini kontrol edebilen bir teşebbüs, sırf kendisi de türevleri üretmeye başlamaya karar verdiği için (ki böylece önceden müşterisi olanlarla şimdi rakip olmaktadır), müşterilerini (ilaç piyasasındaki rakiplerini) rekabet edemez hale getirecek şekilde hareket edemez. Çünkü böyle bir hareket, ortak pazarda verem ilacının ana üreticilerinden birini saf dışı etmek demektir.

Hizmet vermenin reddine ilişkin bir diğer karar, Telernarketing SA'dır Reklamı yapılan ürün hakkında halkın daha fazla bilgiye ulaşabilmesi için reklamda bir telefon numarasının verilmesine dayanan bir reklamcılık tekniğini (telemarketing) uygulayan Telemarketing şirketi, reklam yaptıran teşebbüse telefon hattı ve gelen telefonlara cevap verecek operatörler tahsis etmekle iştigal etmektedir. Bir televizyon istasyonu işletmekte olan CLT, kanallarında yalnızca, yavru ortaklığı niteliğindeki ve Belçika'da kendisinin münhasır acenteliğini yapmakta olan IPB 'nin üstlendiği reklamları yayınlamak şartıyla telemarketing hizmetini vermeyi kabul etmektedir. Kararda, bunun, hakim durumun kötüye kullanılması olduğu sonucuna varılmıştır,

IBM şirketinin, ticari uygulamalarını değiştireceğine dair tek taraflı taahhüdü üzerine uzlaşmayla çözüme ulaşmış olan IBM olayında da, benzer bir sonuca varılmıştır. IBM şirketinin, IBM ile rekabet halindeki elektronik aksam (Örneğin yazıcı, modem vs.) üreticilerine, bunların ürettikleri aksamın IBM'in System/370 tipi bilgisayarlarında kullanılmasına imkan verecek şekilde, gerekli teknik bilgiyi, yeterli sayılabilecek bir sürede ulaştırmayı reddetmesinin, IBM'in hakim durumda bulunduğu iddia edilen "bilgisayar ana aksamı" piyasasıyla bağlantılı olan "elektronik aksam" piyasasındaki rekabeti zayıflattığına işaret edilmiştir.

Bilgi vermenin reddedilmesine ilişkin ITT Promedia/Belgaconi kararında Komisyon, Belçika'da hakim durumdaki telekomünikasyon operatörünün, telefon rehberi piyasasına girecek olan bir kimseye, makul şartların bulunmasına rağmen telefon

hizmetinden yararlanan müşterileri ile ilgili bilgiyi vermeyi reddetmesini, kötüye kullanma olarak nitelendirmiştir.

Hakim teşebbüsün mal veya hizmet vermeyi reddetmesine ilişkin olarak Topluluk hukukunda havayolu taşımacılığını ilgilendiren bir dizi karar da verilmiştir. Bunlar arasında yer alan London European/Sabena kararına konu olayda Sabena, London European şirketini, Saphir isimli bilgisayarlı rezervasyon sisteminden yararlandırmayı reddetmiştir. London European'ın bu sisteme dahil olmayı istemesinin nedeni, rezervasyonlarının çoğunu Saphir' i kullanarak yapmakta olan Belçika'daki seyahat acentalarının ekranlarındaki listede yer alabilmektir. Sabena'nın bu hizmeti sağlamayı reddetmesinin nedenlerinden biri, London European'ı daha yüksek bilet fiyatı uygulamaya ve kendisi ile bir yer hizmetleri sözleşmesi akdetmeye zorlamaktır.

Havayolu taşımacılığında hakim durumun sözleşme yapmayı reddetme yoluyla kötüye kullanılmasına ilişkin British Midland/Aer Lingus kararına konu olayda, havayolu taşımacılığına özgü olarak, iki farklı havayolu şirketi ile uçanların tek bir biletle seyahat edebilmelerine imkan sağlayan "hatlar arası işlem yapma" uygulamasına devam etmenin reddi söz konusu olmuştur. Anılan uygulamayı su dürmek istemeyen ve Dublin-Londra hattında hakim durumdaki Aer Lingus şirketinin bu davranışının, hakim durumun kötüye kullanılması olduğu sonucuna varılmıştır. Bu şirketin British Midland ile aralarında akdetmiş oldukları "hatlar arası işlem yapma" sözleşmesine devam etmeyi reddetmesinin (sözleşmeyi feshetmesinin) altında yatan neden, British Midland'inde kendisiyle aynı rotada uçuşlar düzenlemeye başlayarak rekabete girmesi olmuştur. Sözleşmenin feshinin (hizmet vermenin reddinin), British Midland'i o rotada daha fazla uçuş düzenlemeye, dolayısıyla ek maliyetlere katlanmaya zorunlu bırakacağı, olasılık dahilindedir. Komisyon, bu "işlem benzeri eylem"le 82. maddeye aykırı hareket edildiği kararına varmıştır.

Reddetmenin, Ortak (Tek) Pazarın Kompartımanlara Ayrılması (Paralel İthalatın Önlenmesi) Yönündeki Etkisi; Hakim teşebbüs tarafından mal ya da hizmet vermenin reddinin, tek pazar ilkesine aykırı olarak, tek pazarın kompartımanlara ayrılması ve neticede paralel ithalatın önlenmesi yönünde bir etkisi bulunabilir.

Ortak (tek) pazar, üye ülkelerin hep birlikte sahip oldukları, üye devletlerin topraklarındaki pazarların toplamı ile Topluluk tarafından belirlenen ortak ticaret politikaları ve rekabet kuralları ile donatılmış, bütünlük arz eden piyasadır. Bu piyasanın bölünerek kompartımanlara ayrılmasına neden olacak davranışlar, Topluluk hukukuyla bağdaşmaz. Özellikle fikri mülkiyet haklarının sağladığı inhisari yetkiler kullanılmak suretiyle, piyasa bölünebilir. Bizzat fikri mülkiyet hakkı sahibi tarafından veya onun rızası ile üçüncü bir ülkede pazarlanmış olan ürünlerin, üretilmiş ya da piyasaya sunulmuş olduğu ana piyasaya ithali, “paralel ithalat” olarak adlandırılmaktadır. İşte bu şekilde piyasanın bölünmesi suretiyle oluşturulan kompartımanlardan birine diğerinden ithalat yapılmasının önlenmesi, paralel ithalatın engellenmesi demektir.

Paralel ithalatın engellenmesi sonucunu doğuran redde örnek olarak, British Leyland kararı verilebilir. British Leyland şirketi, motorlu taşıt üreticisidir ve bu taşıtların yola uygunluğuna dair belge düzenleme yetkisini de tek başına elinde tutmaktadır. Bu nedenle hakim durumda bulunmaktadır. British Leyland, kendi ürettiği motorlu taşıtlar için Birleşik Krallık’ta kurmuş olduğu dağıtım sistemine dahil olmayan başka üye devletlerdeki satıcıların, o ülkelerdeki taşıtları tekrar ithal etmesini engellemeye çalışmakta ve Kara Avrupası’ndan ithal edilmek istenen ve direksiyonu solda yer alan taşıtlara uygunluk belgesi vermeyi reddetmektedir. ATM, bu eylemin 82. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Reddin 82. maddenin Kapsamında Değerlendirilmesinde Temin Talebi Reddedilenin “Müşteri” Sifatının Arz Ettiği Özellik; Hakim teşebbüsün uzun süreden beri müşterisi olagelen kimse (sürekli müşteri) ile tesadüfi olarak müşteri sıfatını kazanan kimse, mal ya da hizmet vermenin reddine ilişkin rekabet hukuku içtihatlarında farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Hakim teşebbüsün, uzun süre ticari ilişki içinde olduğu müşterisine, objektif olarak haklı bir gerekçeye dayanmaksızın mal ya da hizmet vermeyi reddi, kötüye kullanma sayılabilir.

Diğer yandan, hakim teşebbüsün, bu iki tip müşteri arasında ayırım gözeterek, uzun süredir müşterisi olagelene mal ya da hizmet sağlayıp, diğerini reddetmesi de, objektif olarak haklı gerekçelerin bulunması kaydıyla, kötüye kullanma sayılmayabilir. Nitekim, BP kararında tüm dünyada petrol krizi yaşanan bir sırada

(1973-1974 yıllarında), kısıtlı olan petrolün temininde, h teşebbüsün, tesadüfi olarak kendisinden alım yapmakta olan müşterinin talebini reddedip, sürekli müşterilerinin taleplerini karşılaması, ayrımcılık olarak nitelendirilmemiştir

Hakim durumdaki teşebbüsle sürekli bir ticari ilişki içinde bulunan müşteri, bu ilişkinin daha da devam edeceği düşüncesiyle bazı planlamalar ve yatırımlar yapmış olabilir. Hakim teşebbüsün, bir kimseye mal ya da hizmet vermeyi kesmesi halinde, bu yatırımı ve planlamaların kullanım alanı da kalmayacaktır Bu nedenle, sürekli müşterinin ilişkinin devamlılığına olan güveni korunmalıdır. Sürekli müşteri ile tesadüfi müşterinin birbirlerinin yerine ikame edilebilme imkanı yoktur.

United Brands kararına konu olayda, muz piyasasında hakim durumda bulunan United Brands, uzun süreden beri Chiquita markalı muzlarının Danimarka'daki dağıtıcısı olan Olesen'in, Dole markalı muzların tek dağıtıcısı olması ve bu muzların reklamı kampanyasında yer alması üzerine, ona mal vermeyi kesmiştir. Hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varan Komisyon'un kararını yerinde bulan ATM, sürekli müşterinin temin talebinin reddine ilişkin olarak şu ölçütü vermiştir: hakim durumdaki bir teşebbüs, her zamanki ticari uygulamaya riayet etmekte olan sürekli bir müşteriye, bu müşteri tarafından verilen siparişler de olağan dışı bir özellik arz etmemekte ise, mal vermeyi kesemez.

United Brands, mal vermeyi kesmesini açıklarken, rakibi konumundaki ve Dole markalı muzların üreticisi olan Standard Fruit'un, bir basın toplantısı esnasında, United Brands'in markası olan Chiquita muzlarını tüm dünyada piyasadan sileceğini söylediğini belirtmiş ve saldırı mahiyetinde olarak, United Brands'in Danimarka'daki dağıtıcısı Olesen'i kendisinin tek dağıtıcısı haline getirdiğini açıklamıştır. United Brands, bu beyanlarıyla, şirketinin de, böyle bir saldırıya karşı kendisini Savunmasının haklı olduğunu iddia etmiştir. Komisyon, bu açıklamayı, ticari çıkarların korunmasında haklı olarak birtakım tedbirlerin alınabileceği çerçevesinde ele almış; fakat somut olayda asıl amacın, hakim durumu güçlendirmek ve kötüye kullanmak olduğunu belirlemiştir. Komisyon, böyle bir saldırıya başka bir saldırıyla karşılık verilmesinin, ancak karşı saldırıda bulunulurken (tedbir alınırken), iki teşebbüsün karşılıklı iktisadi güçlerinin dikkate alınması ve tedbirin tehditle orantılı olması şartlarıyla haklı olabileceğini vurgulamıştır. Oysa, belirlendiği üzere

United Brands, Olesen'e uyguladığı bu cezanın diğer dağıtıcılara da ibret olmasını ve bundan sonra bunların da başka markalı muzi arın reklamını yapmaktan caymalarını amaçlayarak hareket etmiştir. Bu nedenle, hakim teşebbüsün eyleminde oransallığın bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Hugin kararı, Hugin markalı yazar kasaların İngiltere'deki dağıtıcısı, servis ve yedek parça sağlayıcısı olarak on iki yıl faaliyet gösterdikten sonra, bu piyasaya bizzat Hugin'in de girmesi üzerine dağıtımcılık faaliyeti sona eren Liptons adlı teşebbüsün şikayeti üzerine verilmiştir. Kararda, Hugin markalı yazar kasa yedek parçalarının Liptons'a temini talebinin, Hugin şirketi tarafından reddi, hakim durumun kötüye kullanılması sayılmıştır. Komisyon, Liptons'ın, Hugin şirketinin uzun süreden beri müşterisi olageldiğini, bu nedenle önemli bir müşteri kitlesi edindiğini belirttikten sonra; Hugin şirketinin yedek parça vermeyi reddetmek suretiyle, Liptons'ın bu yazar kasalar bakımından servis hizmetini verememesine neden olduğunu belirlemiştir. Komisyon, bu davranışın, Liptons'ın rekabet gücünü zayıflattığına ve hakim teşebbüsün eyleminin 82. madde uyarınca cezalandırılmasına hiikmetmiştir. Karar, ATM'nin önüne gelmişse de, ATM, kararında, Komisyon'un bu tespitini ele almamış; ancak, kararı başka bir gerekçeyle bozmuştur.

Eurofix-Bauco/Hilti kararında da Komisyon, otomatik çivi çakma makineleri, kartuşları ve çivi piyasasında hakim durumdaki Hilti 'nin davranışını, 82. madde kapsamında değerlendirmiştir. Karara konu olayda, Hilti, sürekli müşterilerinin bağımsız çivi üreticilerine yeniden satış yapmalarını engellemek amacıyla, çivi çakma makinelerinde kullanılan kartuşları bunlara tedarik etmeyi reddetmekteydi. Bu durum, "Hilti markalı çivi çakma makineleriyle uyumlu kartuş piyasası" niteliğindeki bir başka piyasaya rakiplerin girişlerini engellemek yoluyla, dayanmaksızın mal ya da hizmet vermeyi reddi, kötüye kullanma sayılabilir.

Diğer yandan, teşebbüsün, bu iki tip müşteri arasında ayırım gözeterek, uzun süredir müşterisi olagelene mal ya da hizmet sağlayıp, diğerini reddetmesi de, objektif olarak haklı gerekçelerin bulunması kaydıyla, kötüye kullanma sayılmayabilir. Nitekim, BP kararında tüm dünyada petrol krizi yaşanan bir sırada (1973-1974 yıllarında), kısıtlı olan petrolün temininde, hakim teşebbüsün, tesadüfi olarak kendisinden alım

yapmakta olan müşterinin talebini reddedip, su ekli müşterilerinin taleplerini karşılama, ayrımcılık olarak nitelendirilmemiştir.

Hakim durumdaki teşebbüsle sürekli bir ticari ilişki içinde bulunan müşteri, bu ilişkinin daha da devam edeceği düşüncesiyle bazı pl ve yatırımlar yapmış olabilir. Hakim teşebbüsün, bu kimseye mal ya da hizmet vermeyi kesmesi halinde, bu yatırım ve planlamaların kullanım alanı da kalmayacaktır. Bu nedenle, sürekli müşterinin ilişkinin devamlılığına olan güveni korunmalıdır. Sürekli müşteri ile tesadüfi müşterinin birbirlerinin yerine ikame edilebilme imkanı yoktur.

United Brands kararına konu olayda, muz piyasasında hakim durumda bulunan United Brands, uzun süreden beri Chiquita markalı muzlarının Danimarka'daki dağıtıcısı olan Olesen'in, Dole markalı muzların tek dağıtıcısı olması ve bu muzların reklam kampanyasında yer alması üzerine, ona mal vermeyi kesmiştir. Hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varan Komisyon'un kararını yerinde bulan ATM, sürekli müşterinin temin talebinin reddine ilişkin olarak şu ölçütü vermiştir: hakim durumdaki bir teşebbüs, her zamanki ticari uygulamaya riayet etmekte olan sürekli bir müşteriye, bu müşteri tarafından verilen siparişler de olağan dışı bir özellik arz etmemekte ise, mal vermeyi kesemez.

United Brands, mal vermeyi kesmesini açıklarken, rakibi konumundaki ve Dole markalı muzların üreticisi olan Standard Fruit'un, bir basın toplantısı esnasında, United Brands'in markası olan Chiquita muzlarını tüm dünyada piyasadan sileceğini söylediğini belirtmiş ve saldırı mahiyetinde olarak, United Brands'in Danimarka'daki dağıtıcısı Olesen'i kendisinin tek dağıtıcısı haline getirdiğini açıklamıştır. United Brands, bu beyanlarıyla, şirketinin de, böyle bir saldırıya karşı kendisini savunmasının haklı olduğunu iddia etmiştir. Komisyon, bu açıklamayı, ticari çıkarlarını korunmasında haklı olarak birtakım tedbirlerin alınabileceği çerçevesinde ele almış; fakat somut olayda asıl amacın, hakim durumu güçlendirmek ve kötüye kullanmak olduğunu belirlemiştir. Komisyon, böyle bir saldırıya başka bir saldırıyla karşılık verilmesinin, ancak karşı saldırıda bulunulurken (tedbir alınırken), iki teşebbüsün karşılıklı iktisadi güçlerinin dikkate alınması ve tedbirin tehditle orantılı olması şartlarıyla haklı olabileceğini vurgulamıştır. Oysa, belirlendiği üzere United Brands, Olesen'e uyguladığı bu cezanın diğer dağıtıcılara da ibret olmasını ve

bundan sonra bunların da başka markalı muzların reklamını yapmaktan caymalarını amaçlayarak hareket etmiştir. Bu nedenle, hakim teşebbüsün eyleminde oransallığın bulunmadığı sonucuna varılmıştır

Hugin kararı Hugin markalı yazar kasaların İngiltere'deki dağıtıcısı, servis ve yedek parça sağlayıcısı olarak on iki yıl faaliyet gösterdikten sonra, bu piyasaya bizzat Hugin'in de girmesi üzerine dağıtıcılık faaliyeti sona eren Liptons adlı teşebbüsün şikayeti üzerine verilmiştir. Kararda, Hugin markalı yazar kasa yedek parçalarının Liptons'a temini talebinin, Hugin şirketi tarafından reddi, hakim durumun kötüye kullanılması sayılmıştır. Komisyon, Liptons'ın, Hugin şirketinin uzun süreden beri müşterisi olageldiğini, bu nedenle önemli bir müşteri kitlesi edindiğini belirttikten sonra; Hugin şirketinin yedek parça vermeyi reddetmek suretiyle, Liptons'ın bu yazar kasalar bakımından servis hizmetini verememesine neden olduğunu belirlemiştir. Komisyon, bu davranışın, Liptons'ın rekabet gücünü zayıflattığına ve hakim teşebbüs eyleminin 82. madde uyarınca cezalandırılmasına hükmetmiştir. Karar, ATM'nin önüne gelmişse de, ATM, kararında, Komisyon'un bu tespitini ele almamış; ancak, kararı başka bir gerekçeyle bozmuştur.

Eurofix-Baucol Hilti kararında da Komisyon, otomatik çivi çakma makineleri, kartuşları ve çivi piyasasında hakim durumdaki Hilti'nin davranışını, 82. madde kapsamında değerlendirmiştir. Karara konu olayda, Hilti, sürekli müşterilerinin bağımsız çivi üreticilerine yeniden satış yapmalarını engellemek amacıyla, çivi çakma makinelerinde kullanılan kartuşları bunlara tedarik etmeyi reddetmekteydi. Bu durum, Hilti markalı çivi çakma makineleriyle uyumlu kartuş piyasası" niteliğindeki bir başka piyasaya rakiplerin girişlerini engellemek yoluyla, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Komisyon, karara konu olayda ayrıca, Hilti 'nin, Hilti markalı kartuşların dışındaki kartuşların kullanıldığı Hilti markalı çivi çakma makinelerine garanti hizmeti vermeyi reddetmesini, 82. maddeye aykırı bulmuştur. Esasen, Hilti kartuşlarından daha düşük kalitedeki başka kartuşlar kullanılarak, makinenin bozulmasına sebebiyet verilmişse, Hilti 'nin, garanti hizmetini vermekten imtina edebileceği belirtilmişse de; Hilti'nin, başka kartuşların Hilti kartuşlarından daha fazla soruna yol açtığına dair bir kanıt sunamaması karşısında, bu davranış da, hukuka aykırı sayılmıştır.

Topluluk rekabet hukukuna “olmazsa olmaz araçlar” kavramı girdiğinden bu yana, tesadüfi müşteri niteliğinde bulunsa da, bir kimseyi, onun için olmazsa olmaz ihtiyaçlardan sayılan imkanlardan yararlandırmamak, 82. maddenin kapsamında değerlendirilmektedir. Eğer, ister tesadüf müşteri ister sürekli müşteri olsun, bir kimsenin talep ettiği olmazsa olmaz araçların sağlanmasının reddi söz konusu ise, hakim durumun kötüye kullanılmış olduğundan söz edilebilecektir. Bu zorunluluğun temelinde, söz konusu araca ihtiyaç duyan kimsenin, alternatif bir araca ulaşma imkanından söz edilememesi yatmaktadır. Oysa olmazsa olmaz araç mahiyetinde sayılmayan mal ya da hizmetlerin temininin hakim teşebbüs tarafından reddi halinde, tesadüfi alıcının rakip teşebbüslere başvurma imkanı vardır.

Topluluk hukukunda gelişen tüm bu içtihatların ışığında, hakim teşebbüsle sözleşme ilişkisi içine giren müşterinin sürekli ya da tesadüfi oluşunun, 82. maddeye aykırılık bulunup bulunmadığının tespitinde başvuru ölçütlerinden birini teşkil ettiği açıktır. Ancak, Topluluk rekabet hukukunun, hakim teşebbüse mal ya da hizmet verme zorunluluğunu yüklerken, sürekli müşteri ile tesadüfi müşteri ayrımını yapmasının, ekonomik etkinliğin sağlanması bakımından haklı görülemeyeceği go üşü savunulmaktadır Bu görüşe katılma imkanı yoktur. Hakim bir teşebbüsün mal ya da hizmet temini talebiyle kendisine başvuran herkese tedarikte bulunma zorunluluğunda olduğunu söylemek, insafsızlık olur. Nihayetinde, hakim teşebbüs de, bu iktisadi güç seviyesine, serbest piyasa ekonomisinin aktif aktörlerinden biri olarak, adil ve dürüst rekabet ederek, kısaca “bileğinin hakkıyla” gelmiştir; ya da en azından durumun böyle olduğu, bir karinedir. Topluluk, hakim duruma değil, bunun kötüye kullanılmasına karşı olduğuna göre, hakim teşebbüsün hiç olmazsa tesadüfi müşteri bakımından sözleşme yapıp yapmama noktasında daha fazla Özgür bırakılması, “olması gereken”dir.

Boykot; mal ya da hizmet vermenin reddinin birden fazla teşebbüs tarafından birlikte gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilecek olan ve mal vermemenin uç uygulamasını teşkil eden “boykot” kavramı, özellikle “joint venture”lar tarafından yapılan mal ya da hizmet tedarikiyle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle anılan kavram, (birlikte) hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında değerlendirilmekten ziyade, rekabet karşıtı anlaşma ya da uyumlu eylem madde (AETA 85. madde)



kapsamında ele alınmaktadır Hatta bunlara Amerikan rekabet hukukunda “grup boykotu” denmekte ve yoğunlukla eleştirilmekle beraber, bunlar per se hukuka aykırı kabul edilmektedir Topluluk’ta ise, durum, somut olay temelinde değerlendirilmektedir.

Boykotu uygulayanlar piyasada iktisadi bir gücü temsil ediyorlarsa, boykotun rekabet karşıtı etkiler doğuracağı söylenebilir. Belirli kimseye ya da kimselere boykot uygulayan ve piyasada hakim durumda bulunan teşebbüsler, bu davranışlarıyla o kimselerin etrafını çevirerek onların belirli bir şekilde hareket etmelerini amaçlamakta ya da rekabet güçlerini zayıflatmak istiyor olabilirler.

Boykotun etkisi, tedarikçileri ya da potansiyel müşterileri, boykot edilen teşebbüsten uzaklaştırmak olabilir Örneğin, kot kumaş üretmekte ve kot giysiler dikip satmakta olan teşebbüsler, bir araya gelerek, ürünlerini taklit ederek piyasadaki pay kapmaya çalışan bir teşebbüse kot kumaş vermeyi reddetmek (onu boykot etmek) yoluna giderlerse, bu eylemin objektif olarak haklı görülebilecek bir nedeninin bulunması (iltibasın önlenmesi) bir yana, bu, o teşebbüsü piyasadaki atmaya yönelik, rekabet karşıtı bir eylem olarak görülebilir. Boykotla yaratılan, boykot edilen teşebbüsü dışlama eğilimiyle, boykota katılmayan başka teşebbüslerin de mal vermektan kaçınmaları sağlanabilir. Ancak kapsamında da değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Hatırlanması gerekir ki, 82. maddede yer alan bendler, hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek eylem ve işlemler bakımından yalnızca birer örneklendirme işlevi görmektedir. Bu bentlerde tanımlanan eylem ya da işlemlere bire bir uymayan birtakım eylem ve işlemler de, eğer hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılmakta ve üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilme ihtimalini doğurmakta iseler, şüphesiz yine bu madde kapsamında ele alınabilecektir.

Tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin olarak verilen bir başka kararda, ATM, tek elden satın alma anlaşmalarının, müşterinin talebi üzerine yapılmış olması halinde, haklı görülebilir olup olmadığını değerlendirmiştir. Hoffmann-La Roche kararında ATM, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, müşterilerinin talebi üzerine yapılmış bile olsa, onları kendisine bağlamasını, 82. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanılması saymıştır. Karara konu olayda, müşteriler, hakim teşebbüse,

ihtiyaçlarının tümünü ya da büyük bir kısmını, münhasıran ondan karşılayacaklarına dair taahhütler ile bağlanmaktaydı.

Visa international olayında Visa international şirketinin, bankaları, rakip kredi kartları ile çalışmaması şartıyla kısıtlamasını Komisyon, 82. maddenin ihlali olarak değerlendirmiş; Visa International'ın bankalarla arasındaki sözleşmelerden bu şartı öngören hükümleri kaldıracağı taahhüdü üzerine, sorun çözümlenmiştir.

Hakim teşebbüs tarafından, tek elden satın alma ya da satma anlaşmaları açıkça yapılmayıp, fiil olarak böyle bir sonuca ulaşılmasını sağlayan bir durum da yaratılabilir Van den Bergh Foods fiili bir tek elden satın alma yükümünün kabul ettirilerek, hakim durumun kötüye kullanıldığının tespit edildiği bir karardır. Karara konu olayda, İrlanda'daki paketlenmiş dondurma piyasasında hakim durumda bulunan Van den Bergh Foods şirketi, müşterilerine bedelsiz olarak dondurucu da vermekte, ancak münhasıran kendi ürünü olan dondurmaların bunların içine konulabileceği şartını koşmaktadır. Böyle bir koşul ise, müşterileri, başka dondurmaları da satabilmek için ikinci bir dondurucu satın almak zorunda bırakmaktadır. Bu nedenle Komisyon, hakim teşebbüs tarafından öne sürülen bu şartın, fiili bir tek elden satın alma yükümü doğurduğundan ve ilgili piyasanın %40'ını rakiplere kapadığından bahisle, 82. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

### **3.2.2. Ayrımcı Uygulamalar (Rekabet Kanunu md. 6/b)**

Hakim durumdaki teşebbüslerin, eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak ve yükümlülükler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapmaları hukuka aykırı ve yasaktır. Uygulamada hakim durumdaki teşebbüsler, genellikle fiyat ayrımcılığı yapmak suretiyle hakim durumlarını sömürüye dayalı olarak kötüye kullanmaktadırlar. Hakim durumda olmayan teşebbüsler diledikleri alıcıya diledikleri fiyatı uygulama serbestisine sahip olmalarına rağmen, hakim durumdaki teşebbüsler eşit durumdaki alıcılara eşit şartlarla mal satmak yani rekabeti sınırlayıcı şekilde hakim durumunu kötüye kullanmama sorumluluğu altındadırlar. Burada dikkat edilmesi gereken husus, “eşit durumdaki alıcılar” ile “eşit hak ve yükümlülükler” ibareleridir. Bir üründen sadece

10 tane alan perakendeci ile 1000 tane alan toptancıya (farklı durumdaki alıcılara) veya ödemeyi peşin yapan ile vadeli alan müşterilerine (farklı hak ve yükümlülükler) farklı fiyat uygulanması durumunda hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır.

Rekabet Kurumu, 2002 yılında Türk Telekom aleyhine verdiği 01-13/123 -M sayılı kararında; Türk Telekom'un, iştiraki olan TTNNet ile diğer ISP sağlayıcılarına (Superonline, Türk Net v.s.) farklı fiyat uygulamak suretiyle sabit telefon hattı pazarındaki hakim durumunu, ISP pazarında kötüye kullandığını tespit ederek Türk Telekom'u 1.336.376.000.000 T.L. idari para cezasına çarptırmıştır.

### **3.2.2.1. Ayrımcılığın Unsurları**

RKHK m. 6/b den ve Rekabet Kurulu'nun konuyla ilgili kararlarından yola çıkıldığında, ayrımcılığın unsurları aşağıdaki şekilde tespit edilebilir:

#### **3.2.2.1.1. Eşit Alıcı Unsuru**

Hakim durumdaki teşebbüsün davranışının ayrımcılık olarak nitelendirilebilmesi için davranışın birden fazla ve eşit konumda bulunan alıcılara yöneltilmiş olması gerekir. Maddede yer alan “alıcı” ifadesi, Roma Antlaşması m. 82/2.c de yer alan “ticari ilişkinin karşı tarafı” ifadesinden farklıdır. Hakim teşebbüs sadece alıcılarına değil, satıcı ve aracılara da farklı şartlar dayatarak, onlar arasında rekabet koşulları açısından ayrımcılık yapabileceğinden, “alıcı” kavramının, hakim teşebbüs ile ticari ilişkilerde bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının uygun olacağı belirtilmektedir.<sup>253</sup> Öğretide, alıcı kavramının teşebbüs kavramından daha geniş olduğu, bu nedenle yavru teşebbüsün de alıcı olabileceği, dolayısıyla ana teşebbüsün yavru teşebbüsle bağımsız bir teşebbüs arasında yapacağı ayrımcılığın RKHK m. 6/b kapsamına gireceği ileri sürülmüştür<sup>254</sup> Ancak, Rekabet Kurulu bir kararında<sup>255</sup> yavru teşebbüsün, bağımsız teşebbüsler olan diğer “satıcı”<sup>256</sup>larla eşit

<sup>253</sup> Sanlı: Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara 2000, s.267.

<sup>254</sup> Gül, s.45.

<sup>255</sup> Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği, RK 27.05.1999 tarih ve 99-26/233-141 sayılı kararı (menfi tespit).

konumda bulunmaması nedeniyle m. 6/b anlamında bir kötüye kullanmanın oluşmayacağını belirtmiştir. Kanımızca bu karar isabetli değildir, diğer alıcılarla aynı koşullarla ve aynı seviyede faaliyet gösteren alıcıyı, sırf hakim durumdaki teşebbüsün yavru şirketi olduğu için “eşit alıcı” kavramı dışına çıkarmak anlamlı değildir. “Eşit alıcı” kavramıyla kastedilen, hakim durumdaki teşebbüsün gözünde eşitlik değil, objektif eşitliktir. Başka bir kararda ise, hakim durumdaki teşebbüsün bir başka pazarda faaliyet gösteren yavru teşebbüsünü avantajlı konuma getirmek üzere yürüttüğü ayrımcı uygulamalar RKHK m. 6/h yerine, m. 6/d’ye göre hukuka aykırı sayılmıştır<sup>257</sup>

Alıcıların eşit konumda olmasıyla kastedilen, bunların birbirini ikame edebilir olmalarıdır<sup>258</sup> Alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsle olan ilişkilerinde birbirleriyle yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluk ortaya çıkmıyorsa, birbirini ikame etme şartı gerçekleşmiş sayılır<sup>259</sup> Rekabet Kurulu uygulamasına bakıldığında, bu formülün birçok kararda aynen benimsendiği görülür. Örneğin, IBM<sup>260</sup> kararında, IBM ürünlerini kullanma lisansını satın alanlarla, bu lisansı IBM’den kiralayan THY’nin, eşit konumda alıcılar olmadıkları belirtilmiştir. Eti Holding<sup>261</sup> kararında ise, yurt dışı alıcılar ve yurt içi alıcılar eşit konumda

---

<sup>256</sup> Kararın bir özelliği de yukarıda belirtilen alıcı kavramının ticari ilişkide bulunulan tüm teşebbüsleri, bu arada satıcı ve aracılara kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasını destekler nitelikte olmasıdır. Karar, Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği (TTKKME)’nin kimyevi gübre alım ihalesinde, ihaleye katılma şartlarından olan teminat mektubu verme zorunluluğunun, Birliğin yavru teşebbüsü olan Gübretaş’a uygulanmaması hükmünden dolayı kimyevi gübre ihale şartnamesine menfi tespit belgesi verilmesi talebine ilişkindir. Olayda, TTKKMB alıcı, ihaleye katılan teşebbüsler ise satıcı konumundadır. Rekabet Kurulu, satıcıların m. 6/b kapsamına girip girmeyeceklerini ayrıca tartışmamakla beraber, “alıcı” kavramının olaydaki satıcıları da kapsayacağını benimser görünmüştür.

<sup>257</sup> Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş., RK 20.07.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı kararı (Turkcell).

<sup>258</sup> s.46.

<sup>259</sup> Ibid.

<sup>260</sup> IBM Türk Ltd. Şti., RK 24.8.1999 tarihli ve 99-39/411-263 sayılı kararı (IBM).

<sup>261</sup> Eti Holding A.Ş., RK 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı kararı. Bu karar, Aslan tarafından, dünya piyasalarının %65’ini elinde tutan Eti Holding’in bu piyasaları etkileyebilme gücü nedeniyle ilgili pazarın dünya pazarları olmasından dolayı, yurt içi ve yurt dışı firmaların rakip oldukları ve birbirlerine eşit konumda buldukları gerekçesiyle eleştirilmiştir. Aslan, s. 415.

bulunmamıştır. Sodexho<sup>262</sup> kararında, Kurul Mc Donald's ve Burger King'i Sodexho'nun yemek çeki sistemine üye olan benzer iş yerlerinden, sahip oldukları müşteri kitlesinin fazlalığı, dünyaca tanınmış fast-food zincirleri olmaları, Sodexho müşterileri tarafından talep görmeleri, dolayısıyla Sodexho'nun müşteri sayısına ve tanınırlığına yapacakları katkı yönünden ayırmıştır. Kanımızca, bu karar, alıcıların birbirlerini ikame edebilirliği saptanırken, değerlendirmenin hakim teşebbüs gözüyle değil, alıcı gözüyle yapılması gerekliliğine<sup>263</sup> ters düşmektedir. Ancak, ayrımcı uygulamanın objektif gerekçesi olarak değerlendirilebilir. Kurul'un bir başka kararında<sup>264</sup> alıcıların eşit konumda olup olmadıkları saptanırken, rekabet koşulları ve pazarlık güçleri arasındaki farklılıklar dikkate alınmıştır. Türkiye Şeker Fabrikaları<sup>265</sup> kararına göre ise, anlaşmasını daha önce yapmış teşebbüslerle, değişen pazar koşullarına göre yeniden hazırlanan sözleşmeye taraf olan veya olacak teşebbüsler eşit alıcı konumunda değildir.

Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında ise, "eşit alıcı" kriterinin yerini, "ayrımcı uygulamada bulunulan teşebbüslerin birbirine rakip olması" kriteri almıştır. Bu kararlara örnek olarak Cine-5 ve Coca-Cola II<sup>266</sup> kararları gösterilebilir. Oysa, bu iki kriter her zaman için eş anlamlı olmayabilir. Başka deyişle, "birbirini ikame edebilen" alıcılar her zaman rekabet halinde olmayabilir. Öreğin, hakim durumdaki teşebbüsün ayrımcı uygulamasına maruz kalan alıcılar birbirlerinin halihazırda değil de potansiyel rakibi iseler, bu durum RKHK m. 6/b kapsamı dışında mı olacaktır? İki alıcı aynı ürün pazarında ve aynı pazar seviyesinde faaliyet gösteriyorsa, ancak farklı coğrafi pazarlarda yer alıyorsa ve dolayısıyla aralarında rekabet yoksa, bunlara yöneltilen ayrımcı uygulama hukuka uygun mu kabul edilecektir? Ayrımcı davranışa maruz kalan alıcıların, aralarında bir rekabet ilişkisi bulunmayan nihai tüketiciler olması da mümkündür. Yoksa, rekabet halinde olma, eşit ve birbirini ikame eden

---

<sup>262</sup> Sodexho Restoran Servisleri A.Ş.- Accor Servisleri International A.Ş. - Network Servisleri A.Ş. - Multinet Kurumsal Hizmetler A.Ş., RK 17.6.2003 tarih ve 03-43/490-229 sayılı kararı (Sodexho). Bu karar, m. 6/b de düzenlenen ayrımcılığa ilişkin olmayıp, m. 4/e de ifade edilen

<sup>263</sup> Gül, s. 47.

<sup>264</sup> Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş., RK 20.9.2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı kararı (Roche).

<sup>265</sup> Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş., RK 4.5.2005 tarih ve 05-29/368-101 sayılı kararı.

<sup>266</sup> Meşrubat San. ve Tic. A.Ş. — Coca-Cola İçecek A.Ş., RK 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-116 sayılı kararı (Coca-Cola II).

alıcı olmanın esaslı unsuru mudur? ATAD, yukarıda da değinilen United Brands ve Corsica ayrımcılıkla ilgilidir. Ancak, kanımızca “eşit alıcı” kavramının yorumlanması açısından, iki madde arasında bir fark bulunmamak gerekir.

Ferries kararlarında, alıcıların birbirleriyle rekabet halinde olmamalarına karşın, ayrımcılık yoluyla kötüye kullanmanın gerçekleştiği sonucuna varmıştır. “Eşit alıcı” kriterinin rekabet halinde olma şartını içerip içermediği, ayrımcılığın sömürü amaçlı yapıldığında yasaklanıp yasaklanamayacağı açısından önem taşıdığı gibi, aşağıda incelenecek olan “rekabette dezavantajlı duruma getirme” unsuru ile de yakından ilgilidir. Dolayısıyla. Rekabet Kurulu’nun bu hususta bir terim birliği sağlaması yerinde olacaktır.

### **3.2.2.1.2. Ticari İşlemlerin Eşit ve Aynı Olması Unsuru**

Ticari işlemlerin aynı ve eşit olmasından kastedilen, bu işlemlerin RKHK m. 6/b de belirtildiği üzere, “aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler” i içermesidir. Ayniyet, alıcılarla girişilen ticari işlemlerin nitelikleri itibariyle aynı olmalarını ifade eder<sup>267</sup> Örneğin, satım sözleşmesi ve kira sözleşmesi niteliksel olarak aynı değildir. Eşitlik ise, işlemlerin niceliği. yani işleme konu miktarlar göz önünde tutularak belirlenir<sup>268</sup> Nitekim, Rekabet Kurulu Erdemir<sup>269</sup> ve Danonesa<sup>270</sup> , Coca Cola II<sup>271</sup> kararlarında, küçük miktarda alım yapan firmalarla, küçük miktarda alım yapanların aynı koşullarda bulunmadığını belirtmiştir. Rekabet Kurulu, alım miktarlarının farklı olması hususunu, çoğunlukla ticari işlemlerin aynı ve eşit olması kapsamında değil, eşit alıcı unsuru altında incelemektedir. Kurul, Cine 5 kararında ticari işlemlerin aynı ve eşit olup olmadıklarının saptanmasında dikkate alınması gerekli unsurlara şu şekilde açıklık getirmiştir<sup>272</sup>

---

<sup>267</sup> Gül. s.51

<sup>268</sup> Ibid.

<sup>269</sup> Ereğli Demir Çelik Fabrikaları T.A.Ş., RK 12.06.2001 tarih ve 01-27/260-74 sayılı kararı (Erdemir), s. 8.

<sup>270</sup> Danonesa kararı, s. 7.

<sup>271</sup> Coca-Cola II kararı, s.20.

<sup>272</sup> Cine 5 kararı, s. 19.

- Ticari işleme konu malın doğasına bağlı unsurlar: Malın cinsi, niteliği, maliyeti vb. unsurların eşit olup olmaması.

- Ticari işlemlerin gerçekleştiği koşullar: Teslimatın nerede, ne zaman yapılacağı, alıcı tarafından yapılacak ödemenin peşin veya vadeli olması, alım hacmi (miktarı) gibi tamamen alıcının talebinin sağlayıcıya hangi koşullarda yöneldiğinin belirlenmesine ilişkin koşullar.

Kanımızca, yukarıda belirtilen ticari işlemlerin nitelik itibarıyla aynı olması kriterinin de bu listeye alınması daha isabetli olurdu. Ancak, Rekabet Kurumu, hakim durumdaki teşebbüsün alıcıları ile olan işlemleri arasındaki niteliksel farklılığı, eşit alıcı şartının incelemesi

kapsamında değerlendirmiştir. Örneğin, yukarıda adı geçen IBM kararında, IBM'in müşterileri ile girdiği satım ve kira sözleşmesi ilişkilerinin, bu müşterilerin eşit alıcı kavramı içerisinde mütalaa edilmesini engellediği belirtilmiştir<sup>273</sup> Erdemir kararında ise, dönem siparişi, sözleşmeli sipariş ve stok siparişi gibi değişik sistemlere göre sipariş veren müşterilerin, her sipariş sistemi için farklı satış koşulları öngörülmüş olması nedeniyle, birbirleriyle aynı konumda olmadıkları belirtilmiştir.<sup>274</sup> Cine-5 kararında, Cine-5 ve Star TV arasında mevcut takas anlaşması nedeniyle bu iki kuruluş arasındaki ticari ilişkinin. Cine 5 ve diğer yayın kuruluşları arasındaki ticari ilişkilerden farklı olduğu<sup>275</sup> görülmektedir.

### **3.2.2.1.3. Farklı Davranma Unsuru**

RKHK m. 6/b nin ifadesinden ve Rekabet Kurulu tarafından çeşitli kararlarda verilen ayrımcılık tanımlarından anlaşılacağı üzere, hakim teşebbüsün alıcılarına farklı davranışı, ayrımcılığın esaslı unsurlarındandır. Farklı davranış, fiyat ayrımcılığı, mal satmayı reddetme, bağlama uygulamaları ve alıcılardan bazılarına tercihli koşullar uygulanması gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir<sup>276</sup>

---

<sup>273</sup> IBM kararı, s. 12.

<sup>274</sup> Erdemir kararı, s. 7.

<sup>275</sup> Cine 5 kararı, s. 16.

<sup>276</sup> Farklı davranışın anılan değişik görünümleri aşağıda, ayrı bir bölümde, daha kapsamlı olarak incelenecektir.

Rekabet Kurulu, Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri”<sup>277</sup> kararında, ayrımcılık yaptığı iddia edilen teşebbüsün hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilen eylemlerden fayda sağlamadığı yönündeki savunmasını, teşebbüsün ayrımcı davranışta bulunmasının yeterli olduğunu ve bu eylemin kendisine bir fayda sağlamasının gerekmediğini ileri sürerek reddetmiştir <sup>278</sup>Kurul, aynı kararda, ayrımcılık uygulayan teşebbüsün, bu eylemi rekabet sınırlamasından başka bir saikle yapmış olmasının bir önemi bulunmayacağını belirtmiştir. Ancak, aynı kararda, Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri’nin kasıt unsuru bulunmadığına ilişkin savunması, saikin önemli olmadığı gerekçesiyle değil, kasıt unsurunun bulunduğu tespit edildiği ve bu tespitin dayanakları ileri sürülerek reddedilmiştir. Kanımızca, bu durum kararın kendi içinde bir tutarsızlık oluşmasına yol açmaktadır. Roche kararında ise, “ayrımcılık rekabetten kaçınma güdüsüyle, yani dışlayıcılıkla bir arada bulunduğu 4056 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında yer bulmaktadır. Roche’un bazı hastaneleri diğerlerine karşı avantajlı kılarak bu anlamda elde edeceği bir çıkar bulunmamaktadır”<sup>279</sup> ifadesi kullanılmıştır. Görüldüğü gibi bu karar, Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri kararında ortaya konan, hakim durumdaki teşebbüsün ayrımcı uygulamasının altında yatan saikin veya kendine bir menfaat sağlamasının önemli olmadığı ilkesiyle çelişmektedir. RKI m. 6/b anlamında bir kötüye kullanma oluşabilmesi için, hakim durumdaki teşebbüsün kendine bir menfaat sağlamış olmasının aranıp aranmaması şu açıdan önemlidir: “Menfaat sağlama” kriteri getirildiğinde, “rekabette dezavantajlı hale getirme” kriterinin kapsamı daralacaktır. Şöyle ki, hakim durumdaki teşebbüsün kendine hiç bir menfaat sağlamaksızın, alt pazardaki alıcılardan bazılarını, ayrımcılık yoluyla, diğerlerine karşı dezavantajlı duruma getirmesi hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Hakim durumdaki teşebbüsün ancak yavru teşebbüsünü avantajlı hale getirmek amacıyla ayrımcılık yaptığı durumlar ihlal olarak kabul edilecektir ki, böyle durumlarda Rekabet Kurulu, ya yavru teşebbüsü diğer alıcılarla eşit konumda kabul etmemekte. ya da ayrımcı

---

<sup>277</sup> Büyük İstanbul Otobüs işletmeleri A.Ş., RK 6.7.2001 tarih ve 01-31/313-9! sayılı kararı.

<sup>278</sup> İstanbul Otobüs İşletmeleri kararı, s. 9. Ancak, Coca-Cola II kararında, Coca-Cola’nın eylemlerinin RKHK m.6/b uyarınca ayrımcılık olup olmadığının analizinde, anılan teşebbüsün McDonald’s ve Burger King yaptığı şurup satışlarından zarar ettiği göz önünde bulundurulmuştur, s. 22.

<sup>279</sup> Roche kararı, 5. 4.



uygulamayı RKHK m. 6/d kapsamında değerlendirmektedir<sup>280</sup> Dolayısıyla “menfaat sağlama” ve “rekabette dezavantajlı hale getirme” kriterleri bir arada uygulandığında, RKHK m. 6/b nin uygulaması son derece sınırlı hale gelecektir.

RKHK m. 6/b anlamında bir kötüye kullanmanın doğması için, farklı davranışın bir süreklilik göstermesinin gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Rekabet Kurulu'nun Digi Türk<sup>281</sup> kararında, bu hususta bir sürekliliğin aranmadığı belirtilmiştir<sup>282</sup>

#### **3.2.2.1.4. Objektif ve Rasyonel Bir Gerekçenin Yokluğu**

Haklı neden teşkil edebilecek objektif veya rasyonel bir gerekçenin varlığı halinde yukarıda incelenen tüm koşullar gerçekleşmiş olsa dahi, ayrımcılığın hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir.

Özellikle fiyat ayrımcılığı için söz konusu olabilecek objektif gerekçelerden bir tanesi ticari işlemlerin hakim teşebbüse olan maliyetlerinin farklılığıdır. Maliyet farklılıkları ulaşım, vergi veya işçiliğe ilişkin olabilir<sup>283</sup> Rekabet Kurulu da ayrımcılığa ilişkin değerlendirmelerinde maliyet farklılıklarını göz önünde bulundurmaktadır<sup>284</sup> Örneğin, Ege Ports<sup>285</sup> kararında, Ege Ports'un kruvaziyer gemisi yolcularına ve feribot yolcularına sunduğu hizmetlerden doğan maliyetler karşılaştırılmış, şirketin feribot yolcularına fazladan sunduğu yolcu salonu, terminal binası ve güvenlik hizmetlerinin iki yolcu grubu açısından maliyet farklılığı yarattığı sonucuna varılmıştır<sup>286</sup> Aynı kararda, limandan hizmet alan gemilerin maksimize edilmesi amacıyla yönelik olarak oluşturan indirim sistemi kapsamında oluşan ölçek ekonomilerinin yarattığı maliyet avantajının alıcılara yansıtılmasından kaynaklanan

---

<sup>280</sup> Bkz. yük. s. 11.

<sup>281</sup> Türkiye Futbol Federasyonu - Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. - Atlas Yayıncılık ve Tic. A.Ş., RK 28.8.2002 tarih ve O2-50/636 sayılı kararı (DigiTürk).

<sup>282</sup> DigiTürk kararı. s. 27, para 1020.

<sup>283</sup> Gül, s. 62.- 50 Rekabet Kurulu, TSE kararında, TSE'nin yurt dışı belgelendirme faaliyetlerinde üstlendiği riskin yurt içi belgelendirme faaliyetlerinden daha yüksek olmasını, bir maliyet farklılığı.

<sup>284</sup> Esasen birçok piyasada firmalar ürünlerini müşterilerine aynı fiyattan satmamaktadırlar... fiyatlar arz edilen malın maliyetine göre değişebilmektedir.” Coca-Cola İçecek— Coca-Cola Meşrubat Kararı, s. 12.

<sup>285</sup> Ege Liman İşletmeleri A.Ş., RK 25.3.2004 tarih ve 04-22/233-49 sayılı kararı (Ege Ports).

<sup>286</sup> Ege Ports kararı, s. 19-20.

indirimler ekonomik rasyonaliteye uygun bulunmuştur<sup>287</sup> Belirtmek gerekir ki, büyük miktarlarda alımların sağlayıcı açısından yarattığı maliyet avantajı, Kurul tarafından “eşit alıcı” veya “ticari işlemlerin eşit olması” unsurları kapsamında da değerlendirilebilmektedir. Ayrıca, maliyet avantajı hususu, miktar indirimleriyle de yakından ilgilidir. Miktar indirimlerinin çoğunlukla hukuka uygun kabul edilmesinin altında yatan gerekçe, bu indirimlerin, özellikle sabit maliyetleri yüksek olan teşebbüsler açısından maliyet avantajı yaratması ve bu avantajın indirimler yoluyla alıcıya yansıtılmasının doğal olduğudur.

Farklı davranışlara objektif gerekçe oluşturabilecek bir diğer husus zaman içerisinde değişen pazar koşullarıdır. Nitekim, bu husus Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. kararında “anlaşmasını daha önce yapmış teşebbüsler ile değişen pazar koşulları çerçevesinde değiştirilerek yeniden hazırlanan sözleşmelere taraf olan/olacak teşebbüsler” arasında ayırım yapmak suretiyle ifade edilmeye çalışılmıştır. Başka bir kararda<sup>288</sup> Türk Hava Yolları’nın Türkiye’de yaşanan Şubat 2001 krizi ve ABD’de meydana gelen terörist saldırılar nedeniyle olumsuz etkilenen havayolu ile yolcu taşıma pazarında satışlarının düşmesini önlemek amacıyla giriştiği promosyon ve teşvik faaliyetleri objektif olarak haklı bulunmuştur. Erdemir kararında, Kurul’un RKHK m. 6/h anlamında bir kötüye kullanma oluşmadığı sonucuna varmasında, Erdemir’in, 2000 yılı Haziran ayında yoğunlaşan dünya demir çelik sektöründeki kriz ve akabinde gelen ulusal kriz olarak değerlendirmiştir. Türk Standartları Enstitüsü, RK 8.3.2002 tarih ve 02-13/126-53 sayılı kararı (TSE) sonrasında ortaya çıkan stok fazlasını eritme amacı etkili olmuştur. Değişen pazar koşulları savunması verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere, objektif ve rasyonel bir gerekçe olarak kabul edilmekle beraber, yaklaşık aynı zaman ve aynı pazar koşullarında kurulan ticari

---

<sup>287</sup> Her bir hizmet için sabit maliyetlerin yüksek olması, değişken maliyetlerin az olması nedeniyle limana gelen gemi sayısının maksimize edilmesi bir gereklilik arz etmekte; bu durum da her bir gemi için daha az bedelle hizmet alınabilmesi sonucunu getirmektedir. Uygulanan indirim sisteminin işletme ve genci iktisadi ilkeler bakımından makul, rasyonel ve objektif bir uygulama olduğu ve iktisadi rasyonalitesinin bulunması sebebiyle de Kanun’un 6. maddesinde belirtilen hukuka aykırılık niteliklerini taşımadığı kanaatine varılmıştır.” Ege Ports, s. 19.

<sup>288</sup> Türk Hava Yolları A.O. ve diğer havayolu şirketleri, RK 1.8.2002 tarih ve 02-46/564-230 sayılı kararı (THY).

ilişkilerin şartları arasında büyük farklılıklar varsa, objektif gerekçenin ortadan kalktığı söylenebilir<sup>289</sup>

Alıcının, hakim durumdaki teşebbüse herhangi bir hizmette bulunmuş olması da, özellikle fiyat ayrımcılığı açısından objektif bir gerekçe olarak kabul edilmektedir. Rekabet Kurulu Coca-Cola II kararında, Coca-Cola'nın McDonald's ve Burger King'le yaptığı ortak reklamları, anılan iki fast-food restoranının Coca-Cola ya verdiği bir reklam hizmeti olarak yorumlamış ve Coca-Cola'nın ortak reklamlarda daha çok McDonald's restoranını tercih etmesi nedeniyle, bu restorana şurup satışlarında Burger King'den daha fazla indirim yapmasını haklı bulmuştur<sup>290</sup> Kararda, yapılan indirimin verilen hizmetle doğru orantılı olduğu da belirtilmiştir. Bu ifade, Rekabet Kurulu'nun, verilen hizmetin yapılan indirimde objektif gerekçe oluşturabilmesi için bu ikisi arasında orantılılık arayacağı şeklinde yorumlanabilir.

Ayrımcılık yaptığı iddia edilen hakim durumdaki teşebbüsün öne sürebileceği bir diğer savunma, ayrımcılığın piyasa koşullarındaki rekabet yoğunluğunun veya alıcıların talep esnekliklerinin farklılığından kaynaklandığıdır<sup>291</sup> Bu gerekçe, yukarıda incelenen piyasa koşullarının zaman içerisinde değiştiği gerekçesinden farklıdır. Piyasa koşullarının zaman içerisinde değiştiği gerekçesi, aralarında yapıldıkları an itibariyle öncelik sonralık ilişkisi bulunan iki sözleşme arasında, aradan geçen zamanda, piyasada şartların değişmesi nedeniyle ortaya çıkan farkları açıklar. İkinci sözleşmeye piyasa koşullarında zaman içinde meydana gelen değişimler yansıtılmıştır. Piyasa koşullarındaki rekabet yoğunluğunun farklı olduğu gerekçesinde ise, yaklaşık aynı zamanda girişilen ticari işlemlerin bazılarının diğerlerinden farklı koşullar içermesi, alıcıların faaliyet gösterdiği bölgelerdeki

---

<sup>289</sup> Jones ve Sufirin, s. 366.

<sup>290</sup> “Eğer hakim durumda olan bir teşebbüs, alıcıya bir hizmetin karşılığı olarak indirim sağlıyorsa bu uygulamayı fiyat ayrımcılığı olarak görmek mümkün değildir. Bu bağlamda, ortak reklam harcamalarını dikkate alınan indirimden kaynaklanan fiyat farklılaşmasının fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilmemesi gerekir. Zira CCT ortak reklam harcamasına yaptığı katkı karşılığında Coca-Cola marka imajının kuvvetlenmesini sağlamaktadır. Bir başka deyişle McDonald's ve Burger King CCT' ye reklam hizmeti vermektedirler. Doğal olarak bu reklam hizmetinin bir bedeli vardır ve bu bedel yapılan reklam ile doğru orantılıdır. Bu bağlamda, CCT' nin söz konusu reklam aktiviteleri için McDonald'ı daha çok tercih etmesinin ve bu nedenle buradaki aktiviteler için daha çok bütçe ayırmasının fiyat ayrımcılığı oluşturmadığı açıktır.” Coca-Cola II kararı, s. 20, para. 860.

<sup>291</sup> Gül, s.61.

rekabet yoğunluğunun farklı olmasına bağlanır. Esasen, iki bölgedeki rekabet yoğunluğu bunları birbirinden yalıtacak derecede ise bu iki bölgenin farklı coğrafi pazarlar olduğu kabul edilir. Ancak bu düzeye varmayan rekabet yoğunluğu farkları, hakim teşebbüs tarafından gerçekleştirilen ayrımcı fiyat uygulamalarına rasyonel ve objektif bir gerekçe teşkil edebilir. Bunun altında, teşebbüslerin rekabet yoğunluğu ve talep esnekliği farklarından yararlanmasının veya rekabeti karşılamak için, iyi niyetli ve orantılı<sup>292</sup> olmak kaydıyla indirimler ve kampanyalar düzenlemesinin serbest piyasa ekonomisinin gereklerinden olması yatar<sup>293</sup> Bu bağlamda, hakim durumdaki teşebbüsün piyasada var olan doğal talep esnekliği farklarından yararlanarak talep esnekliği düşük olanlara yüksek, talep esnekliği yüksek olanlara ise düşük fiyat uygulamak suretiyle alıcıları sömürmesi dahi, normal kabul edilebilir<sup>294</sup> Bununla beraber, piyasa koşullarındaki farklılıkların bizzat hakim durumdaki teşebbüs tarafından, suni olarak yaratılmış olması durumunda gerekçenin objektif ve rasyonel olması unsurları ortadan kalkar<sup>295</sup> Rekabet Kurulu İSE kararında, TSE'nin yurt içi ve yurt dışı belgelendirme hizmetleri için farklı ücret tarifeleri uygulamasını, yurt içi ve yurt dışı piyasalar arasındaki rekabet koşulları farklılığına bağlamış ve haklı bulmuştur<sup>296</sup> Microsoft<sup>297</sup> kararında ise, Microsoft'un,

---

<sup>292</sup> Orantılılık ilkesi, ATAD tarafından United Brands davasında ortaya konmuştur, United Brands, para. 189-190.

<sup>293</sup> Gül, s. 61.

<sup>294</sup> Görgülü: Ümit, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 32, Ankara 2003, s. 40.

<sup>295</sup> Ibid.

<sup>296</sup> “TSE belgeleri sadece Türkiye’de değil karşılıklı belgelerin tanınması anlaşması bulunan her ülkede, ihtiyari olarak ise ISO ve IEC üyesi olan ülkelerde geçerlidir. TSE’den belge talebi sadece Türkiye’de ithalat yaparak satanlarla sınırlı değildir. Bu amacı hiç bir şekilde taşımadan da belge talebinde bulunmaktadır. Netice itibarıyla TSE yurt dışı belgelendirme hizmetlerini uluslararası rekabetin yoğun olduğu yurt dışı piyasasında rekabet ortamının mümkün kıldığı marka kullanma ücretleriyle gerçekleştirmek zorundadır. Belgelendirme faaliyetleri yurt içinde ve dışında serbest ticaret ve rekabet ortamında yürütülen ticari faaliyetlerdir. Her iki piyasanın birbirinden ayrı olduğunun, farklı rekabet koşullarının mevcut olduğunun teslimi zarureti vardır. Yurt dışı belgelendirme için belirlenen fiyat adı üzerinde olduğu gibi, yurt dışı firmalardan talep edilen ve yurt dışı piyasaya hitap eden bir ücret skalası olup, bu fiyatın TSE tarafından yurt dışı piyasa şartları göz önüne alınmadan tek taraflı belirlenmesi olanağı zaten mevcut değildir.” TSE kararı, s.10. Karş. Eti Holding kararı, s. 2: “İlgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak kabul edilmiştir.” ve s. 6: “Farklı uygulama yurt içi ve yurt dışı piyasalar arasındadır. Bu nedenle, yurt dışındaki ve yurt içindeki alıcıların eşit durumda olup olmadıkları önem taşımaktadır. Öncelikle yurt dışı piyasalarla yurt içi piyasalardaki rekabet koşullarının birbirinden farklı olduğu ifade edilmelidir... Buna göre, yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcıların birbirinin yerine kolaylıkla geçemeyeceği görülmektedir.”

Linux firmasından gelen rekabet tehdidini karşılamak üzere geliştirdiği pazarlama stratejilerinin, rekabeti kısıtlayıcı etkisi bulunmadığı belirtilmiştir.

Hakim durumdaki teşebbüsün. objektif haklılığının kabul edilebileceği bir diğer durum, alıcının kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirmemesi veya ödeme kabiliyetinin şüpheli olması nedeniyle, mal vermenin veya hizmet sağlamanın kesilmesidir. Bu durum Rekabet Kurulu tarafından Bayek<sup>298</sup> ve Anadolu Ajansı<sup>299</sup> kararlarında dikkate alınmış ve anılan teşebbüslerden ilkinin. hakkında malvarlığına ihtiyati tedbir konmasına yönelik mahkeme kararı bulunan alıcısına, ikincisinin ise hizmet bedelini zamanında ödemeyen müşterisine hizmet sağlamayı kesmesinin ayrımcılık olmadığına karar vermiştir. Kanımızca, alıcının ödeme kabiliyetinin şüpheli bulunmasının mal sağlamayı reddetmenin gerekçesi olabilmesi için, Bayek kararına konu olayda olduğu gibi. alıcının malvarlığına konmuş ihtiyati tedbir benzeri inandırıcı bir emare olması gerekir.

Rekabet Kurulu tarafından, RKHK m. 6/b ye ihlal oluşturmayacağı ifade edilen bir başka hal, hakim durumdaki teşebbüsün uzun süredir alıcısı konumunda olan teşebbüslere mal satmayı durdurarak, bazı bölgeler için sadece bir bayi atamasıdır<sup>300</sup> Burada mal satmayı kesmenin objektif gerekçesini bayilik sistemine geçiş oluşturmaktadır.

Ürün kıtlığı, mal vermeyi kesme açısından objektif gerekçe oluşturabileceği gibi, alıcının talep ettiği malın tamamını alamaması durumunda<sup>301</sup> da ayrımcılığın rekabet hukuku ihlali niteliğini ortadan kaldırabilir.

### **3.2.2.1.5. Rekabette Dezavantajlı Duruma Getirme**

Yukarıda da belirtildiği üzere, Roma Antlaşması, m. 82/2.c nin aksine, ayrımcılığı tanımlayan RIKTIK m. 6/b “aleyhine ayrımcılık yapan alıcıları rekabette

---

<sup>297</sup> Microsoft Bilgisayar Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti., RK 1.9.2005 tarih ve 05-53/809-219 sayılı kararı (Microsoft).

<sup>298</sup> Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş., RK 18.7.2002 tarih ve 02-44/518-213 sayılı kararı

<sup>299</sup> Anadolu Ajansı TAO, RK 12.09.2000 tarih ve 00-34/369-207 sayılı kararı (Anadolu Ajansı).

<sup>300</sup> Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu, RK 19.10.2004 tarih ve 04-66/949-227 sayılı kararı (TKİ).

<sup>301</sup> Petkim A.Ş., RK 17.8.1999 tarih ve 99-38/404-260 sayılı kararı.

dezavantajlı” duruma getirme unsuruna yer vermemiştir. Bu unsur Rekabet Kurulu kararlarıyla hukukumuzda girmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, kararlarda bu hususta bir yeknesaklık yoktur. Birçok Kurul kararında, alıcıların rakip olması ve aleyhine ayrımcılık yapılan teşebbüsün rekabette dezavantajlı duruma getirilmesi koşulları aranırken<sup>302</sup> bir kısım kararlarda “alt pazarda rekabetin esaslı ölçüde kısıtlanması” unsurunun<sup>303</sup> bazılarında “hakim durumdaki teşebbüsün alıcıları sömürü amacı”nin<sup>304</sup> veya “dışlayıcılık kastının (rekabetten kaçınma güdüsü)”<sup>305</sup> kriter olarak alındığı görülmektedir. Bir kararda ise şu ifade yer almaktadır: “Ayrımcılığın ihlal teşkil etmesi için hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranmasının alıcıları bir şekilde etkilemesi yeterlidir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün farklı şartlar ileri sürmesi yeterli olup, bu şartların uygulanması ya da muhatap teşebbüsün rekabet gücünde bir etki doğurmuş olması gerekli değildir”<sup>306</sup> Görüldüğü gibi, bu kararda “rekabette dezavantajlı hale getirme” kriteri açıkça reddedilmiştir. “Rekabette dezavantajlı hale getirme”, “alıcıların bir şekilde etkilenmesi” ve “alt pazarda rekabetin esaslı şekilde kısıtlanması” kriterleri benzer görünmekle beraber, eş anlamlı olmaktan çok uzaktır. Bir kere, “alıcıların bir şekilde etkilenmesi” diğer iki kriterden daha geniştir. Alıcıyı rekabette dezavantajlı hale getirmeyen ancak alıcının ticari çıkarlarını etkileyen farklı uygulamalar da bu kriter uyarınca ayrımcılık yoluyla kötüye kullanma olarak değerlendirilecektir. “Alt pazarlarda rekabetin esaslı şekilde bozulması veya kısıtlanması” kavramı da, “rekabette dezavantajlı hale getirme” den farklıdır. Bir alıcının rekabette dezavantajlı hale getirilmesi, mutlaka alt pazarda rekabetin esaslı şekilde kısıtlanması sonucunu getirmeyecektir.

Burada bahsedilmesi gereken önemli bir karar, TKİ— ELİ<sup>307</sup> kararıdır. Kararda incelenen olay, TKİ’nin bayileri arasında miktar ayrımcılığı hakim durumunu kötüye

---

<sup>302</sup> Cine 5, Coca-Cola İçecek — Coca-Cola Meşrubat.

<sup>303</sup> Bayek, TKİ - ELİ kararları.

<sup>304</sup> TKİ — ELİ kararı.

<sup>305</sup> Roche, TKİ — ELİ kararları.

<sup>306</sup> Büyük İstanbul Otobüs işletmeleri kararı, s. 7.

<sup>307</sup> Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu - TKİ Ege Linyit işletmesi Müessese Müdürlüğü, RK 3.3.2005 tarih ve 05-12137 sayılı kararı (TKİ—ELİ).

kullanıp kullanmadığıdır. Rekabet Kurulu'na göre, TKT1'nin yaptığı miktar ayrımcılığının hukuka aykırı olabilmesi için şu üç koşuldan biri var olmalıdır<sup>308</sup>

- TKİ'nin bu eylemi hakim durumunun devamına veya bu durumunu güçlendirmeye yönelik olarak yapmış olması (rakiplerini dışlama amacı bulunması),
- TKİ'nin alt pazarlarda rekabeti kısıtlamış olması veya,
- Miktar ayrımcılığının ekonomik sömürü amacı taşıması.

Aynı kararda, hakim durumdaki teşebbüsün RKHK m. 6 kapsamında sayılan durumlardan birine uygunluk gösteren bir eyleminin aynı maddeyi ihlal edip etmediği irdelenirken teşebbüsün hem amacının hem de eylemlerinin etkilerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, kararda “rekabette dezavantajlı hale getirme” kriterine değinilmemiştir. Alt pazarlarda rekabetin kısıtlanmış olması” koşuluyla, “dezavantajlı hale getirme” nin kastedilmiş olması muhtemeldir.

Rekabet Kurulu'nun çeşitli kararlarında farklı kriterler kullanması, bu kararda incelenen konuların ayrımcılığın farklı görünümüne (fiyat ayrımcılığı, miktar ayrımcılığı, hizmet sağlamayı kesme vb.) ilişkin olmasından kaynaklandığı düşünülebilir.

### **3.2.2.2. Ayrımcılığın Çeşitleri**

#### **3.2.2.2.1. Fiyat Ayrımcılığı**

Ayrımcılığın en sık rastlanan görünümü olan fiyat ayrımcılığı ekonomistler tarafından genellikle aynı ürünü konu alan ticari işlemlere, talep farklılıklarını yansıtacak şekilde farklı fiyat — maliyet marjları uygulanması olarak tanımlanmaktadır<sup>309</sup> Rekabet Kurulu ise fiyat ayrımcılığını, “haklı neden olmaksızın hakim durumda bulunan teşebbüsün eşit durumda bulunan alıcılarına birbirini ikame eden ilişkiler için farklı fiyatlar uygulanması”<sup>310</sup> ve “aynı nitelikteki ürün için

---

<sup>308</sup> TKİ - ELİ kararı, s. 5-6.

<sup>309</sup> Ridyard: Derek, Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 -an Economic Analysis, E.C.L.R., Vol. 23(6), 2002, s.286-301

<sup>310</sup> Büyük İstanbul Otobüs işletmeleri kararı.

değişik coğrafi bölgelerde veya müşteri grupları arasında farklı fiyat uygulaması ve bu farklılığın geçerli nedenlere dayanmaması<sup>311</sup> şekillerinde tanımlamaktadır.

Ayrımcı fiyat uygulamasında bulunan hakim durumdaki teşebbüs genellikle müşterilerini talep esnekliklerine göre gruplara ayırır ve talep esneklikleri az olan alıcılara yüksek fiyat uygularken, talep esnekliği fazla olanlara daha düşük fiyat uygular<sup>312</sup> Alıcıların bu şekilde gruplara ayrılıp, her grup için farklı bir fiyat uygulanmasına aksak fiyat ayrımcılığı (imperfect price discrimination)<sup>313</sup> veya üçüncü derece fiyat ayrımcılığı<sup>314</sup> adı verilir. Günümüz piyasalarında rastlanılan fiyat ayrımcılığı genellikle aksak fiyat ayrımcılığı görünümündedir. Hakim durumdaki teşebbüsün başarılı bir fiyat ayrımcılığı uygulayabilmesi için mallarının yeniden satımını (arbitraj) engelleyebilmesi gerekir<sup>315</sup>

#### **3.2.2.2.2. Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı**

Fiyat ayrımcılığı her bir alıcı veya alıcı grubu için doğrudan doğruya farklı fiyat uygulanması şeklinde ortaya çıktığında, doğrudan fiyat ayrımcılığı adını alır. Doğrudan fiyat ayrımcılığının bir örneği Avrupa Komisyonu ve daha sonra da ATAD tarafından hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilen United Brands firmasının uygulamasıdır. Firma aynı ürün için değişik coğrafi bölgelerdeki alıcılarına farklı fiyat uygulamıştır.

Fiyatlandırma sistemi objektif olduğu ölçüde, fiyat ayrımcılığı bir kötüye kullanma olarak nitelendirilmeyebilecektir. Rekabet Kurulu, Cine 5 kararında, alıcıların reklam gelirlerine dayalı fiyatlandırma sistemini objektif bulmamıştır<sup>316</sup> Ancak bu durumun Cine 5'in, reklam gelirlerini baz alan fiyat tarifelerinin gerçeği yansıtmamasından ve

---

<sup>311</sup> Botaş Boru Hatları ile Petrol Taşımacılığı A.Ş. - EGO Genel Müdürlüğü - İzmir Gaz Dağıtım San. ve Tic. A.Ş.- İstanbul Gaz Dağıtım San. ve Tic. A.Ş., RK 8.3.2002 tarih ve 02-13/127-54 sayılı kararı (Botaş), s.27.

<sup>312</sup> Ridyard, s. 290.

<sup>313</sup> Jones ve Sufrin, s.350.

<sup>314</sup> Görgülü, s. 12.

<sup>315</sup> Jones ve Sufrin, s. 350.

<sup>316</sup> Cine 5 karar, s. 19.



tutarsız olmasından<sup>317</sup> mı kaynaklandığı, yoksa bu şekilde, alıcıların gelirlerine dayalı bir fiyatlama sisteminin her halde kötüye kullanılma mı teşkil edeceği karardan anlaşılamamaktadır.

### **3.2.2.2.3. Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı**

Fiyat ayrımcılığı doğrudan uygulanabileceği gibi indirim sistemleri veya başka yollarla dolaylı olarak da uygulanabilir.

İndirim sistemleri ticaret hayatının olağan işleyişi içerisinde yer alan ve teşebbüslerin piyasadaki müşterileri kendilerine çekmelerine olanak sağlayan önemli bir fiyat rekabeti aracıdır. Ancak, Avrupa Topluluğu rekabet hukukunun yanı sıra<sup>318</sup> Türk rekabet hukukunda da kabul edilen hakim durumdaki teşebbüsün özel sorumluluğu ilkesi gereği<sup>319</sup> hakim durumdaki teşebbüslerin, uyguladıkları indirim sistemlerinin koşulları bakımından özgürlükleri kısıtlıdır. Rekabet Kurulu, hakim durumdaki teşebbüsler tarafından öngörülen indirim sistemlerinin alıcılara eşit koşullarda sağlanması<sup>320</sup> ve objektif kriterlere dayanması<sup>321</sup> koşullarını aramaktadır. Kurul, ayrıca indirimlerin alıcıyı yalnızca hakim durumdaki teşebbüsün mallarını almaya teşvik amacı veya etkisi bulunup bulunmadığını, başka deyişle rakip firmaları pazardan dışlamaya yönelik olup olmadığını da dikkate almaktadır<sup>322</sup>

#### **a.Miktar İndirimleri**

---

<sup>317</sup> Örn. aynı grupta yer alan kuruluşlar arasında reklam gelirleri açısından büyük farklılıklar olduğu gibi, reklam geliri itibariyle bir alt grupta yer alması gereken bazı kuruluşlar bir üst grupta bulunmamaktadır.

<sup>318</sup> Hakim durumdaki teşebbüsün özel sorumluluğu ilkesi AT rekabet hukukunda ilk kez Michelin davasında ATAD tarafından dile getirilmiştir, bkz. Dava 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, 1983 ECR 3461, 1985 ICMLR 1300, para. 57.

<sup>319</sup> Genel olarak rekabet hukuku uygulamalarında, ister yasal bir düzenleme sonucu isterse kendi iç etkinliği sonucu elde edilmiş olsun, hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumda olmayan teşebbüslerden farklı olarak özel bir sorumluluklarının olduğu kabul edilmektedir. Bu özel sorumluluk bağlamında, hakim durumda olan teşebbüsün eylem ve işlemlerinin ilgili ürün pazarındaki rekabet üzerindeki etkisini bilmesi ve davranışlarını bu çerçevede kontrol altında tutması beklenmektedir.” Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş., RK 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı kararı (Karbogaz), s.53.

<sup>320</sup> THY kararı, s. 8.

<sup>321</sup> Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri kararı, s. 8

<sup>322</sup> Microsoft kararı, s. 12.

Miktar indirimleri, büyük miktarlarda alım yapan alıcıya sağlanan indirim türüdür. Miktar indiriminin objektif gerekçesi, yukarıda da değinildiği üzere, hakim durumdaki teşebbüse, sabit maliyetleri finanse etmek yani ölçek ekonomileri yaratmak yoluyla maliyet avantajı sağlamasıdır. Rekabet Kumlu bir çok kararında<sup>323</sup> miktar indirimlerinin RKHK m. 6/b anlamında bir ihlal oluşturmayacağını ifade etmiştir. Ancak Avrupa Komisyonu, Michelin 2<sup>324</sup> kararında, miktar indirimlerinin dahi, indirim oranının, yüksek alım miktarıyla sağlayıcının elde ettiği maliyet avantajını aşması durumunda kötüye kullanma teşkil edeceğini belirtmiş ve miktar indirimiyle kazanılan maliyet avantajının somut olarak ortaya konması gerektiğine işaret etmiştir.

#### b. Sadakat İndirimleri

Sadakat indirimleri, alıcıya, sağlayıcıya olan sadakatini ödüllendirmek üzere tanınırlar. Burada alıcının ödüllendirilmesinin nedeni sağlayıcıdan büyük miktarda mal almış olması değil, sağlayıcının rakiplerinden mal almamış olmasıdır<sup>325</sup> Bu yönleriyle, alıcının rakip teşebbüslerden mal almaması, dolayısıyla rakiplerin pazardan dışlanması tehlikesi yaratır ve potansiyel rakipler için pazara giriş engeli oluştururlar.

Rekabet Kurulu kararlarında, “hakim durumdaki teşebbüs tarafından, müşteriye ihtiyacının tümü veya en azından önemli bir kısmını kendisinden karşılaması ve rakip teşebbüslerden mal almaması koşuluyla indirim yapması” şeklinde uygulamaların sadakat indirimi anlamına geleceği belirtilmiştir. Nitekim, Frito Lay kararında,<sup>326</sup>Frito Lay’in, perakendecilere Kar Gıda ürünlerini satmayı bırakmaları ve Frito Lay ürünleri satmaları koşuluyla sağladığı yüzde üzerinden veya alınan her ürün için bedava bir ürün verilmesi şeklindeki indirimler sadakat indirimi olarak

---

<sup>323</sup> Örn. Ege Ports, THY, Erdemir, Coca-Cola II kararları.

<sup>324</sup> (2002) OJ E 14311, (2002)5 CMLR 388, Jones: Alison/Sufrin: Brenda, EC Competition Law, 2. Baskı, Oxford University Press, New York 2004 (Jones ve Sufrin (2004)), s. 432.Sher, Komisyonun bu kararını, daha önceki kararlarla çeliştiği, ticari hayatın gerçeklerini dikkate almadığı ve detaylı ekonomik analiz yapılmadığı yönlerinden eleştirmektedir, bkz. Sher: Brian, Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around, ECLR Vol. 23(10), 2002, s. 482-489.

<sup>325</sup> Jones ve Sufrin, s. 358.

<sup>326</sup> Frito Lay Gıda San. ve Tic. A.Ş., RK 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı (Frito Lay).

nitelenmiş<sup>327</sup> ancak, eylemlerin uygulama bölgesi bakımından sınırlı ve kısa süreli olduğu ve etkilerini amaçlanan seviyenin çok altında gösterdiği gerekçeleriyle, Frito Lay'in Türkiye paketlenmiş cips pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanmadığına karar verilmiştir. Müşterinin indirimini sağlayıcıdan talep etmiş olması veya ilgili piyasada bu tip indirimlerin yaygın olması indirimin ihlal niteliğini ortadan kaldırmayacaktır<sup>328</sup>

### c. Hedef indirimleri

Hedef indirimleri, mal alımının, sağlayıcının tespit ettiği belli bir hedefe ulaşması halinde alıcıya tanınan indirimdir. Hedef, sağlayıcı tarafından belli bir döneme (hedef dönemi) ilişkin olarak tespit edilir. Hedef indirim sistemi her alıcı için farklı bir hedef tespit edildiği ölçüde ayrımcı, alıcıyı hakim durumdaki teşebbüse bağlayarak ilgili pazarı rakiplere kapattığı ölçüde de dışlayıcıdır. Hem dışlayıcılık hem de ayrımcılık etkileri özellikle, alıcının tespit edilen hedef dönemi içinde bir önceki dönemden daha çok alım yapması şeklinde bir hedef konulması durumunda görülür. Hedef genellikle alıcıların saptanan hedef dönemi içerisindeki muhtemel ihtiyaçları dikkate alınarak belirlenir ki, böyle bir belirleme her alıcının ihtiyacı

---

<sup>327</sup> “...Frito Lay tarafından gerçekleştirilen ve belgelerle sabit eylemlerin (münhasırlık şartına bağlı bedava ürün vs.) gerek uygulama bölgesi ve gerekse süreleri bakımından sınırlı olduğu görülmektedir. Kaldı ki, söz konusu belgelerde söz edilen satış bölgelerinde yapılan görüşmelerde, bu dönem bakımından Frito Lay tarafından Kar Gıda'ya piyasa dışına itmeyi hedefleyen kapsamlı uygulamalar olduğuna ilişkin yeterli bulgu elde edilebilmiş değildir. Bu bağlamda, bu dönem bakımından uygulanan eylemlerin etkilerini ancak yine de belgelerde geçen ifadeler çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir. Söz konusu belgeler incelendiğinde ise bu etkilerin amaçlanan seviyelerin çok gerisinde kalması itibarıyla sınırlı olduğu düşünülebilir. Bu açıklamalar ışığında, bu dönemdeki eylemlerin kısa süreli olarak ve sınırlı bir şekilde etki gösterdiği söylenebilir. Nitekim yapılan görüşmelerde, Frito Lay'in söz konusu eylemleri gerçekleştirdiğine dair yeterli bulguya rastlanılamaması da bu belgelerde geçen eylemlerinin etkilerinin sınırlı olduğunu desteklemektedir. Dahası Frito Lay'in bu eylemleri, söz konusu eylemlerin olduğu diğer sektörlerdeki teşebbüslere göre daha sınırlı mali enstrümanlar ve bütçe ile tüm Türkiye'de değil, zaten kendi ürünlerine yönelik talebin Kar Gıda'ya oranla yüksek olduğu turistik yerlerde sürdürülmüştür.” Frito Lay kararı, s.68, para. 3140.

<sup>328</sup> 95. Avrupa Komisyonu BPB Industries Kararı, (1989) OJ L 10/50, (1990)4 CMLR 211, Jones ve Sufrin, 5. 358. Karş. “...özellikle tatil yörelerinde yapılan incelemelerde bedava ürün verilmesi, iskonto uygulaması gibi uygulamaların başka pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerce de satış noktalarına yıllardır uygulandığı görülmüştür. Bu nedenle satış noktalarında anıldığı şekilde bir beklenti oluşmuş ve bu beklenti son yıllarda zincir marketlerin yaygınlaşması ve bu noktalara daha fazla rekabetçi baskı uygulaması nedeniyle artmıştır. Özellikle yaz sezonu açılırken nokta sahipleri kendilerini ziyarete gelen firma satış elemanlarından benzer taleplerde bulunmaktadırlar. Her ne kadar Rekabet Hukuku kapsamında teşebbüslerin müşterilerinden talep gelmesi sonucunda yaptığı uygulamaların ihlal olarak değerlendirilmesi önünde bir engel olmasa da teşebbüsün öneriyi ret etmesi halinde satış noktasını, öneriyi kabul edebilecek olan rakibine kaptırması muhtemel bir olgu olarak ortaya çıkabilecektir.” Frito Lays kararı, s. 70, para. 3230-3250.

diğerinden farklı olacağı için ayrımcılığa, alıcıların ihtiyaçlarının en azından önemli bir kısmını hakim durumdaki teşebbüsten karşılamalarına yol açacağı için de dışlayıcılığa yol açacaktır. Ayrıca, hedef döneminin uzun olması, indirim dışlayıcı etkisini artıracaktır. Nitekim, ATAD Michelin davasında, Michelin tarafından uygulanan hedef indiriminin, alıcının bir önceki dönemden daha fazla alım yapmaları koşuluna bağlı olması, bir yıl gibi uzun bir hedef dönemine sahip olması ve şeffaf olmaması nedeniyle hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna hükmetmiştir.<sup>329</sup>

Hedef indirimleri sabit veya değişken oranlı olabilir<sup>330</sup> Sabit oranlı hedef indiriminde, alıcının hedefe ulaşması durumunda tek bir oran üzerinden indirim uygulanırken, değişken oranlı hedef indiriminde, her biri için farklı bir indirim oranı söz konusu olan aşamalardan oluşan alım hedefleri belirlenir.

Rekabet Kurulu'nun Ülker<sup>331</sup> kararında, Ülker'in özel statü müşterilerine uyguladığı değişken oranlı bir hedef indrimi şu gerekçelerle rekabet kurallarına uygun bulunmuştur.<sup>332</sup>

Özel statü müşteri sattığı tüm Ülker ürünleri için tek bir indirim değil, her bir Ülker pazarlama şirketi tarafından dağıtımı yapılan ve sözleşmenin ekinde belirlenen ürün gruplarından her birinden yaptığı ciroya göre ayrı ayrı indirim kazanacaktır. İndirim sisteminin bu özelliği, Ülker tarafından üretilen oldukça geniş ürün portföyünden kaynaklanan dışlayıcı etkiyi zayıflatmasıdır. Nitekim Ülker'in ürün grubu bazında ciddi pazar payına sahip olduğu çikolata, bisküvi gibi segmentlerin dağıtımını yapan Atlas Pazarlama dışındaki diğer dört pazarlama şirketi tarafından dağıtılan ürünlerde Ülker'in güçlü bir konumu bulunmadığından bu dört şirket tarafından ayrı ayrı verilen hedef indirimlerinin pazarda ciddi bir olumsuz etki yaratması olası değildir.

Atlas Pazarlama tarafından dağıtımı yapılan ürünlere ilişkin indirim, her bir özel statü müşterinin ihtiyacını dikkate alarak ayrı ayrı değil, tüm özel statü müşteriler

---

<sup>329</sup> Michelin v. Commission, para. 81-86.

<sup>330</sup> Gül, s. 92.

<sup>331</sup> Ülker Grubu Pazarlama Şirketleri, RK 2.6.2005 tarih ve 05-38/487-116 sayılı kararı (Ülker).

<sup>332</sup> Ülker, s. 19, para. 850 —870 ve s.2, para. 920-960.

için aynı oranda tespit edilmiştir. Dolayısıyla indirim, müşterileri tüm ihtiyaçlarını ya da ihtiyaçlarının büyük bir bölümünü Ülker'den almaya yönelttiğini söylemek zordur.

Her ne kadar kararda açıkça belirtilmese de, söz konusu indirimlerde hedef döneminin bir ay gibi kısa bir süreyi kapsamaması ve indirim koşullarının şeffaf olması da Ülker'in lehine durumlardır.

#### **3.2.2.2.4. Ödeme Suretiyle Yapılan Ayrımcılık**

Bu dolaylı fiyat ayrımcılığı türünde, hakim durumdaki teşebbüsün başarılı alıcılarını, ihtiyaçlarının tümünü veya önemli bir kısmını kendisinden almaları şartıyla, değişik adlar altında ödemeler yaparak teşvik etmesi söz konusudur.<sup>333</sup> Rekabet Kurulu'nun bu hususta önemli bir kararı Türkcell kararıdır. Anılan kararda, distribütörleriyle imzaladığı kampanya sözleşmelerine “kendisiyle münhasır çalışma” şartını koyması ve münhasır distribütörlerine sağladığı satış destek primini, rakip operatörlerle çalışan distribütörler için kesmesi<sup>334</sup> nedeniyle Türkcell'in RKHK m. 6/b yi ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Kararda, Türkcell'in yaptığı ayrımcılığın hem birinci hem de ikinci basamak rekabete etkisi göz önüne alınmıştır. 1 kararında ise, Microsoft Türkiye'nin destek verdiği kampanya ve reklamlarda, desteği alan bilgisayar şirketi tarafından Microsoft Corporation ürünlerine rakip ürünlere yer verilmemesi yönündeki uygulama kötüye kullanma olarak değerlendirilmemiştir.

#### **3.2.2.2.5. Farklı Konumdaki Alıcılara Eşit Fiyat Uygulaması**

Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında, farklı konumlardaki alıcılara eşit fiyat uygulanmasının da fiyat ayrımcılığı teşkil edeceği belirtilmiştir.<sup>335</sup> Eşit durumda olmayan alıcılara eşit fiyat uygulanması hususunu ilgilendiren bir şikayet MESAM'<sup>336</sup> kararına konu olayda Rekabet Kurulu'nun önüne gelmiştir. Olayda, MESAM'ın farklı ticari unvan altında yayın yapan ve aynı ekonomik gruba bağlı olan yayın kuruluşlarının tümüne tek bir yayıncı muamelesi yaparak, bağımsız

---

<sup>333</sup> Gül, s. 95.

<sup>334</sup> Kararda satış destek priminin kesilmesi mal satmayı kesme olarak nitelendirilmiştir.

<sup>335</sup> Sodexho, s. 14. Coca-Cola içecek - Coca-Cola Meşrubat, s. 20, para. 870.

<sup>336</sup> Türkiye Müzik Eseri Sahipleri Meslek Birliği, RK 07.05.2002 tarih ve 02-27/290-118 sayılı karar (MESAM).

nitelikteki yayın kuruluşlardan talep edilenle aynı ücretin tahakkuk ettirmek suretiyle RKI m. 6/b anlamında ayrımcılık yaptığı iddia edilmiştir. Ancak Rekabet Kurulu bu iddiayı irdelemeksizin, “MESAM’ın gruplara indirim uygulaması”nın RKI-İK m. 6/b çerçevesinde ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek bir durum oluşturmadığı kanaatine varmıştır.<sup>337</sup>

Eşit olmayan alıcılara eşit fiyat uygulanması yoluyla ayrımcılık yapılmasının tipik bir örneği, teslim fiyatlı satışlarda (delivered pricing) fiyatın alıcıların malın sağlandığı yere olan mesafeleri gözetilmeden, tüm alıcılar için eşit fiyat belirlenmesidir. Ayrımcılık, sağlayıcıya farklı maliyetler yükleyen satımlar için aynı fiyat uygulanmasından ileri gelmektedir.<sup>338</sup>

### **3.2.3. Ek (Olağandışı veya Ayrılabilir) Yükümlülükler Öngörmek (Rekabet Kanunu md. 6/c)**

Hakim durumdaki bir teşebbüsün; bir mal veya hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin de satın alınması veya teşhir edilmesi şartına bağlanması gibi olağandışı ek yükümlülükler getirmesi, hakim durumun sömürüye dayalı kötüye kullanılmasının başlıca örneklerindedir. Sözleşmenin kurulmasını, ticari teamüller bakımından sözleşmeyle hiçbir bağlantısı olmayan bazı ek yükümlülüklerle bağlayan şartlar, uygulamada “kelepçeleme şartı” (tying clause) olarak nitelendirilmektedir. Birbirinden ayrılabilir iki çeşit mal veya hizmetin söz konusu olduğu halde bunları birlikte ele alan sözleşmelerle ek yükümlülüklerin öngörülmesi, hakim durumun kötüye kullanması olarak değerlendirilecektir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, hakim durumdaki bir dondurma üreticisi teşebbüsün dağıtıcılarıyla yaptığı sözleşmenin, teşebbüsün amblemini taşıyan buzdolabı -piyasa fiyatı üzerinden- satın alma yükümlülüğü getiren bir hüküm içermesi kötüye kullanma yaratmazken, dağıtıcıları dondurma ile birlikte belirli miktarda gazoz da satın almaya zorlayan (ayrılabilir ek yükümlülük) veya buzdolabını piyasa fiyatının 20 katı bir fiyata satın alma yükümlülüğü getiren bir hükmün varlığı sömürüye dayanan kötüye kullanma olarak nitelendirilecektir. Bağlama anlaşmaları, en genel tanımıyla satıcı

---

<sup>337</sup> MESAM, s. 18.

<sup>338</sup> Jones ve Sufrin, s. 365.

konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satımını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlı olarak yaptığı anlaşmalardır. Alıcının talebinin yöneldiği esas ürün “bağlayan ürün“, alımı bir koşul olarak ileri sürülen ürün ise, “bağlı ürün” olarak ifade edilir. Belirtmek gerekir ki, bağlamanın sözleşmesel bir yükümlülük olarak öngörülmesi şart değildir. Nitekim, Rekabet Kurulu çoğunlukla “bağlama uygulamaları” terimini kullanmakta ve bağlamayı “sözleşme şartları ve başka uygulamalar aracılığı ile bir ürünün temininin başka bir ürünün de temini şartına bağlanması” olarak tanımlamaktadır’ Sağlayıcı bir malın başka bir malla birlikte satın alınması koşuluyla yaptığı indirimlerle alıcıyı iki malı beraber almaya itebilir. Sağlayıcının, iki malı ayrı ayrı vermeyi kabul ettiği, ancak alıcının her ikisini de birlikte alması durumunda finansal bir avantaj elde edeceği uygulamalara karma paket satışı (mixed bundling) adı verilir 12 Saf paket satışlarında (pure bundling) ise, bağlayan ve bağlı ürün için tek bir fiyat biçilir ve alıcı bağlı ürünü alsın almasın bu fiyatı ödemek zorundadır’ Burada sözleşmeden kaynaklanmasa dahi, ekonomik olarak bağlama etkisi yaratan bir uygulama söz konusu olacaktır.

Bağlama esas itibariyle, hakim durumdaki teşebbüsün “bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını” şart koşmasını yasaklayan RKHK m. 6/c nin çerçevesi içine girmektedir. Rekabet Kurulu verdiği kararlarda, bağlamanın m. 6/c anlamında bir kötüye kullanma teşkil etmesi için şu unsurların varlığını aramaktadır:

- Ayrı ürünlerin varlığı,
- Bu ürünlerin bağlanması,
- Hakim durumun/yeterli ekonomik gücün tespiti.

Yukarıda belirtildiği üzere bağlama uygulamaları esasen ayrı bir hakim durumun kötüye kullanılması hali teşkil etmekle beraber, ayrımcılığa da yol açabilir. Örneğin, hakim durumdaki teşebbüsün eşit durumdaki alıcılarının bazıları için bir malı sağlamayı, diğerinin de alınması şartına bağlaması, bazıları için ise böyle bir şart öngörmemesi, RKHK m. 6/b anlamında bir kötüye kullanma teşkil edebilir. Bunun yanı sıra, bağlama uygulamaları tüm alıcılara yöneltilmeleri durumunda dahi, dolaylı fiyat ayrımcılığı etkisi doğurabilir. Bunu şöyle bir örnekle açıklamak ‘ Bir fotokopi

makinesi satıcısı, fotokopi makinesini daha çok kullananlarla, daha az kullanan alıcılar arasında fiyat ayrımcılığına gitmek istendiğinde, bunu makinelerin alımını fotokopi kağıdının alımına bağlayarak yapabilir. Bu durumda, fotokopi makinesini daha çok kullanan alıcı, daha fazla kağıt sarf edeceğinden daha çok ödeyecektir. Bağlamanın ayrımcılığa yol açabileceği başka bir önekte, karma paket satışlarıdır. Karma paket satışlarında, hakim durumdaki sağlayıcının sunduğu iki ürünü birlikte alanlarla, tek bir ürün alanlar arasında fiyat ayrımcılığı söz konusudur.

Karma paket satışlarını konu alan iki karar, Rekabet Kurulu'nun Coca-Cola 1 ve Teleon kararlarıdır. İlk kararda, Coca-Cola'nın, Coca-Cola içeceğine ilişkin olarak yaptığı indirimleri, alıcılar tarafından Turkuaz marka suların da pazarlanması şartına bağladığı yolunda bir şikayet söz konusudur. Rekabet Kurulu, Coca-Cola'nın satış politikalarını hem bağlama uygulamaları yönünden, hem de sadakat indirimleri yönünden incelemiş ve Coca Cola'nın RKHK m. 6 anlamında hakim durumunu kötüye kullanmadığına karar vermiştir. Bu kararı verilmesinde, Coca-Cola'nın alıcıları, hatta münhasıran Coca-Cola marka ürünler satmakla yükümlü olan bayileri açısından Turkuaz marka suların talep edilmesini veya rakip su markalarının dağıtılmamasını bir şart olarak dayatmaması ve Turkuaz marka ürün satan alıcılara Coca-Cola satışında uygulanan indirimle, Turkuaz satmayanlara uygulanan indirim arasında bir fark bulunmaması etkili olmuştur. Teleon kararında ise, Teleon aleyhine yapılan şikayetlerden bir tanesi, Telsim abonelerine, Teleon üyeliğinde yapılan indirimlerle rekabeti kısıtladığı iddiasını içermektedir. Karma paket satış Telsim'e yeni katılacak olan üyeler açısından söz konusu olabilecektir. Rekabet Kurulu olayı yalnızca bağlama uygulamaları açısından incelemiş ve ayrımcılık yönüne değinmemiştir. Kurul, yapılan indirimin alıcıları Telsim abonesi olmaya zorlamadığı ve bir rekabeti kısıtlama girişiminden çok, farklı müşteri gruplarına yönelik bir pazarlama stratejisi olduğu gerekçeleriyle, Teleon'un yaptığı indirimlerle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasını reddetmiştir.

Hakim durumdaki teşebbüs, yukarıda incelenen farklı davranış görünümleri dışında, alıcılarından bazılarını onları daha avantajlı duruma getirecek tercihli koşullar (preferential conditions) öne sürerek de ayrımcılık yapabilir. Alıcıların bazılarını



yüklenen külfetin, diğerlerine yüklenmemesi de, külfetin yüklenmediği alıcılar lehine tercihli uygulama oluşturur.

Tercihli uygulamalara, sağlanan mal miktarının alıcıların bir kısmı için azaltılması ve bunların taleplerinin tam olarak karşılanmaması şeklinde miktar ayrımcılığı yapılması bazı alıcılardan teminat mektubu istenirken, bazılarında istenmemesi veya alıcılardan bazılarında teminat mektubunun nakite çevrilmesi koşullarıyla ilgili yeterli bilgi verilmemesi, alıcılardan bazılarında sağlanan malı zaman itibarıyla öncelikli teslim etme eşit fiyat uygulamakla beraber farklı ödeme koşulları getirilmesi veya tahsilat aşamasında bazı alıcılara müsamahakar davranmak sipariş iptali halinde, bazı alıcıların sipariş verirken yatırdığı peşinatlar irat kaydedilirken, bazılarında peşinatların geri verilmesi gibi davranışlar örnek gösterilebilir.

Belirtmek gerekir ki, teşebbüslerin, hakim durumda olsalar dahi, tüm alıcılarıyla aynı koşullarda sözleşme yapmak gibi bir yükümlülükleri yoktur. Aksinin savunulması, sözleşme serbestisi ilkesinin kabul edilemez biçimde sınırlandırılmasına hatta yok edilmesine neden olacaktır. Bu nedenle, tercihli koşullar öne sürmek yolu ile ayrımcılık yapıp yapılmadığı araştırılırken bu uygulamayı haklı gösterebilecek objektif gerekçeler, uygulamanın keyfilğine yol açıp açmadığı, hakim durumdaki teşebbüsün uygulamayı yapmaktaki amacı ve piyasada yarattığı etkiler çok dikkatle incelenmelidir.

### **3.2.3.1. Bağlama Uygulamaları (Kelepçeleme)**

Hakim durumun kötüye kullanılmasına örnekler veren ATA 82/2. maddesinin (d) bendi şu hükmü içermektedir:

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

Hakim bir teşebbüsün, mal ya da hizmet tedarikini, müşteri tarafından temini talep edilen mal veya hizmetle, ne nitelikleri ne de ticari kullanımları itibarıyla ilgili bulunan birtakım başka mal ya da hizmetlerin de alınması veya teşhiri yahut tanıtımının yapılması şartına bağlaması diğer bir deyişle kelepçeleme, 82. maddenin ihlali anlamına gelir Örneğin, bilgisayar yazılımlarından birini

kullanabilmek için, bu yazılımla ilgisi olmayan başka bir yazılımın daha satın alınarak, bilgisayara yüklenmesinde olduğu gibi. Keza, piyasada hakim durumdaki buzdolabı üreticisinin, bu buzdolaplarını satmak isteyen bayiini, bunları satabilmesi için, kendi üretimi olan otomatik çamaşır makinelerini de satması şartına bağlaması ya da yine kendisinin ürettiği, fakat bayi tarafından satın alınmak istenmeyen otomatik çamaşır makinelerinin satış sonrası hizmetlerini de tüketiciye sağlaması şartına tabi kılması, “kelepçeleme”ye örnek olarak verilebilir.

Böyle bir kelepçeleme olgusunun 82. madde yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için, yan yükümlülük niteliğindeki mal ya da hizmetin, mutlaka hakim teşebbüsten sağlanması sonucunu doğurması gerekmez. Müşteri, bu yan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak gayesiyle, hakim teşebbüs tarafından başka bir kimseye yönlendirilse de, yine bu madde anlamında bir kötüye kullanmanın varlığından söz edilebilir Böyle bir işlem aynı zamanda, 82/2'nin (a) bendinde ifadesini bulan “adil ve dürüst olmayan ticari koşulların kabul ettirilmesi” yoluyla kötüye kullanma kapsamında (la değerlendirilebilir.

Öte yandan, ‘yan yükümlülük ile sözleşme konusu arasında, ticari kullanımı itibariyle hiçbir ilgisinin olmaması” ifadesi, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Örneğin, bir otomobil ile lastikleri arasında nitelik itibariyle ya da bir uçak yolculuğu ile uçakta sunulan yemek arasında ticari kullanım itibariyle yakınlık vardır Bir otomobilin satışını, klimanın da alınması şartına bağlamada, klima acaba ticari kullanımı itibariyle sözleşmenin konusu olan otomobil ile ilgili midir? Bunun tespitinde somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer otomobil, sıcak iklimli bir ülkede satılmaktaysa, klima ticari kullanım olarak otomobille ilgili addedilebilir Dolayısıyla, kelepçeleme yoluyla 82. maddeye aykırılık olup olmadığının incelemesinde, birbirlerine kelepçelenen mal ya da hizmetler arasında, bunların ticari kullanımları bakımından dikkatli bir inceleme yapmak gerekmektedir. Diğer yandan, piyasaya yeni sürülen ürünlere ilişkin olarak, bunların, nitelikleri ya da ticari kullanımları itibariyle ilgili olup olmadıklarının tespiti zorluk arz edebilir. Bu nedenle, söz konusu ölçütlerin birer ‘kelamcılık” olmaktan öteye gitmediği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre; ele alınan yeni bir ürünse, değerlendirmede bakılacak bir ticari kullanım sahası da yoktur Bu durumda ölçüt, birbirlerine kelepçelenen

ürünler arasında bağımsızlığın bulunup bulunmadığı değil, artık bunları bir arada satmanın objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir.

Yalnızca belirli bir mal ya da hizmetle ilgilenen müşteriye, o mal ya da hizmetin satın alınmasını, “bir dizi başka mal ya da hizmetin” de satın alınması şartına bağlamak ise, İngilizce literatürde “full-line forcing” olarak adlandırılan ve “tüm dizi üzerinde zorlama” olarak Türkçeye çevirdiğimiz bir kelepçeleme tipi işlemdir. Topluluk rekabet hukukunda bu tip kelepçeleme sözleşmesine örnek olarak Hoffmann-La Roche kararı gösterilebilir. Kararda, hakim durumdaki Hoffmann-La Roche ‘un, kendisinden alım yapan müşterilerine indirim uygulamasının koşulu olarak, tüm vitamin çeşitlerinin satın alınması şartını dayatması, 82. maddeye aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Yalnızca belirli bir ya da birkaç vitamenden edinmek isteyen alıcılar, bu şart karşısında, istemedikleri halde diğer tüm vitaminleri de satın almak zorunda kalarak, bir dizi ürünün tümünü zorunlu olarak edinmekteydiler. Alıcılara böyle bir yan yükümlülük getirilmesi, onların sözleşme yapma özgürlüğünün önüne set çektiği gibi, alınması dayatılan vitaminleri üreten rakipler içinde, rekabeti zorlaştırmaktadır.

Topluluk rekabet hukukunda kelepçeleme yöntemi ilk kez IBM olayına’ konu olmuştur. Komisyon tarafından, hakim durumun kötüye kullanıldığı gerekçesiyle başlatılan soruşturma, IBM şirketinin, soruşturma konusu teşkil eden davranışlarına son vermesi üzerine kapanmıştır. System/370 model bilgisayar işletim sistemlerini, bunların fiyatına dahil bir ana hafıza birimi ile birlikte satması, bir malın satışını başka bir malın da satın alınması şartına kelepçelemesi olarak görülerek 82. maddeye aykırı bulunmuş; ancak IBM’in, söz konusu kelepçelemeyi sona erdireceğine dair taahhüdü üzerine, sorun, uzlaşmayla çözümlenmiştir. Hilti davasında 90, Hilti ‘nin, kelepçeleme yöntemiyle hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varılarak, Topluluk rekabet hukukunda kelepçelemeye ilişkin ilk karar verilmiştir. Karara konu olayda Hilti, çivi çakma makinelerinde kullanılmak üzere kartuş talep edenlere, bunların satışını, kendisinden çivi de alınması şartına bağlamaktaydı. IDM, Komisyon’un bu işlemi 82. maddeye aykırı kabul eden kararını yerinde bulmuştur.

Kiralanan ya da satın alınan Tetra Pak makinelerinde rakiplerin üretimi olan kartonların kullanılmaması şartını öne sürülmesi ve satın alınan Tetra Pak

kartonlarının miktarına bağı olarak ekipman kirasına ve diğler hizmetlerde indirim yapma vaadi, Tetra-Pak 11 kararında Komisyon tarafından kötüye kullanma olarak nitelendirilerek cezalandırılmıştır.

Napier Brown/British Sugar kararında piyasasında hakim durumdaki British Sugar'ın, ürettiğı şekerin müşterileri tarafından satın alınabilmesini, bunların bizzat kendisi ya da kendisinin akdi ilişkiye girdiğı taşıyıcılar tarafından taşınması şartına bağlamasının, kötüye kullanmayı oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Bu işlemin, etkilerini, hakim durumda bulunulan piyasaya göre tali piyasa niteliğı taşıyan “şekerin taşınmasına ilişkin piyasa”da göstermekte olduğu da saptanmıştır.

Telemarketing davasında hakim durumdaki bir televizyon istasyonu şirketinin, kanallarında reklamlar için süre tahsisini, bu reklamlardaki telemarketing hizmetinin, yavru ortaklığı ve acentesi konumundaki bir şirket tarafından verilmesi şartına bağlaması, kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.

Novo Nordisk olayında ise, ensülin enjekte eden bir kalemin üreticisi durumundaki hakim teşebbüs, rakiplerinin Ürettikleri ve kalemleriyle uyumlu parçaların (örneğin tek kullanımlık iğnelerin) kalemlerinde kullanılması halinde, meydana gelen arızadan dolayı sorumluluk kabul etmiyor ya da garanti vermeyi reddediyordu Komisyon, bu olayı da, kelepçeleme kavramı içinde değerlendirmiştir.

Kelepçeleme sözleşmeleri, asıl mal ya da hizmete kelepçelenen ek mal ya da hizmetleri üreten başka kimselerin rekabet gücünü zayıflatabilmekte ya da ürünleri bir mal ya da hizmet dizisi oluşturmayan ki meselenin önüne piyasaya giriş engelleri koyabilmektedir 96, Ayrıca, böyle şartların, hakim teşebbüs karşısında sözleşme serbestisi ilkesine aykırı düşen bir şekilde seçimini özgürce yapabilme hakkından mahrum kalan ve pazarlık imkanından yoksun kimseleri sömürdüğü de ifade edilmektedir

Öte yandan, kelepçelemenin, bazı durumlarda tüketicilerin istifade edeceği şekilde verimliliğı artırmaya yönelik yararının olduğu da söylenmektedir Özellikle, ürününün kullanımı esnasında, bunun başka bir türüne daha ihtiyaç duyması halinde, üreticinin, belirli bir kalite seviyesini tutturmuş belirli bazı tamamlayıcı ürünlerin kullanılması şartını öngörmesi, doğal karşılanabilir. Çünkü daha düşük kalitede

olabilecek benzer ürünlerin kullanımı, asıl ürünün verimliliğini azaltma ya da arıza yapmasına neden olma gibi etkiler taşıyabilir. Örneğin, deniz yoluyla petrol taşıyan bir teşebbüsün, bu petrolün herhangi bir sebeple çevre kirlenmesine yol açmayacak şekilde güvenlik önlemleri alınmış özel gemilerle taşınmasını koşul olarak ileri sürmesinde olduğu gibi. Tüm bu değerlendirmeler, birbirlerine bağlanan mal veya hizmetler dikkatli bir incelemeye tabi tutularak yapılmalıdır.

Yine, kelepçeleme yoluyla ürünlerin paket halinde satılmasının, alıcı için avantaj haline getirilebileceği de ifade edilmektedir Bir başka deyişle, bir mal ya da hizmeti tek başına (X) fiyata almak söz konusu iken, fiyat hiç değişmeksizin ya da cüz'i bir fark eklenerek (X)+(Y) fiyatına iki mal ya da hizmeti beraber satın almak mümkün olabilmektedir. Böyle bir kelepçeleme, somut olay şartları da dikkate alınarak, haklı görülebilir. Ancak kesin bir sonuca varmadan önce, böyle bir kelepçelemenin rekabete olan etkisi de incelenmelidir. Örneğin, bu yolla oluşan fiyat, alıcılara o kadar cazip gelebilir ki, almak istedikleri asıl ürüne bağlanan bu ürünleri de satın almayı tercih edebilirler.

Benzer şekilde, bir malın satımını, bir hizmetin de alımına (örneğin satış sonrası hizmetin alımına) bağlayan işlemlerde, hakim teşebbüs, söz konusu cazip fiyatı önerebilir Bu tip kelepçeleme uygulamalarını tanımlamak amacıyla İngilizce literatürde “bundling” kelimesi kullanılmaktadır Bu kavramın Türkçeye “paket halinde satış” olarak tercüme edilebileceği kanaatindeyiz. Bu tür kelepçeleme de, asıl mal ya da hizmete bağlanan mal ya da hizmetin piyasadaki rekabeti zayıflatabilecektir. Aynı örnek üzerinde ilerlersek, (Y) birim fiyat farkının, hakim teşebbüs tarafından bağlandığı asıl mal ya da hizmete göre makul kabul edilemeyecek ölçüde yüksek olma ihtimali de mevcuttur ki, bu, hem rekabeti zayıflatır hem de sömürücü etkiler taşır.

Kelepçeleme, tek elden satın alma anlaşmalarıyla da yakından ilgilidir Her iki anlaşma da, piyasaya girecek olanlar aleyhine engeller yaratabilmekte; mevcut rakiplerin de piyasadaki rekabet şanslarını zayıflatabilmektedir. Öte yandan bu ikisi arasında bazı farklar da bulunmaktadır. Şöyle ki, kelepçeleme; farklı ürünlerin piyasalarını ilgilendirmekte, tek elden satın alma yükümlülüğünü her zaman içermeyebilmekte ve haklı görülebilirlik bakımından, tek elden satın alma

anlaşmalarından farklı değerlendirilmektedir. Örneğin, tek elden satın alma anlaşmaları, müşterinin, talep ettiği ürünün satıcı tarafından karşılanacağına; satıcının da belirli miktardaki ürünü satacağına dair öngörü ve güvenlerinin sağlanması bakımından haklı görülebilir. Kelepçeleme ise, birbirlerine bağlanan ürünlerin uyumlulukları açısından haklı görülebilir.

Ancak, Topluluk rekabet otoriteleri, kelepçeleme uyguladığı iddia edilen hakim teşebbüsün, birbirlerine bağladığı ürünler bakımından gerekçe olarak ileri sürdüğü performans ve güvenlik kaygılarına kuşkuyla yaklaşmaktadır. Nitekim Hilti kararında Hilti'nin, kendi kartuşları dışında başka markalı kartuşların kullanılmış olduğu Hilti markalı otomatik çivi çakma makinelerine garanti hizmeti vermeyi reddetmesine gerekçe olarak, Hilti kartuşlarından daha düşük kalitedeki başka kartuşlar kullanılarak makinenin bozulmasına sebebiyet verilebileceği endişesi gösterilmiştir. Ne var ki, Hilti'nin, başka kartuşların Hilti kartuşlarından daha fazla soruna yol açtığına dair bir kanıt sunamaması karşısında, bu gerekçe kabul görmemiştir.

### **3.2.3.3. “Olmazsa Olmaz Araçlar” Öğretisi**

Topluluk rekabet hukukuna ilişkin İngilizce literatürde “essential facilities” olarak adlandırılan kavramın, Türkçe'ye, “olmazsa olmaz araçlar” olarak tercüme edilebileceğini düşünmekteyiz. Bu kavram, kolaylıkla ya da büyük masraflar yapmadan başka araçlarla ikame edilemeyen araçlara karşılık gelmektedir. Ancak bu araçların diğer bir özelliği de, bunları elinde tutan ya da kontrol etmekte olan teşebbüsün rakiplerinin bunlara ulaşmalarının, müşterilerine mal ya da hizmet sağlayabilmeleri için zaruri olması ve aynı zamanda bunlara ulaşılmasının hakim teşebbüs bakımından mümkün ve rekabet için gerekli bulunmasıdır.

Kaynağı Amerikan rekabet hukuku olan bu öğretisi, olmazsa olmaz araçlara sahip olan hakim teşebbüse, faaliyetlerini devam ettirebilmek için bu araçlara ulaşmaktan başka çaresi bulunmayan kimselere, bunlara ulaşma imkanını, makul bir bedel karşılığında sağlama zorunluluğu yüklemektedir. ABD'de söz konusu öğretisi, hakim durumdaki teşebbüsün, tamamlayıcı ya da işbirlikçi bir ilişkiyi, yeterli haklı gerekçeye sahip

olmaksızın sınırlandırarak, ikincil piyasadaki rakiplerini bu piyasadan dışlayamayacağını öngörmektedir.

Topluluk rekabet hukukunda da içtihatlarla geliştirilmiş olan bu öğretiye göre, olmazsa olmaz araçlara sahip olan ya da bunları kontrol eden hakim teşebbüs, rakiplerinin bunlara ulaşma talebini reddedemez yahut bu talebe, kendi yavru ortaklıklarına veya işbirliği içinde olduğu ve kendisine rakip görmediği diğer kimselere uyguladığından daha zor şartlar uygulayarak yanıt veremez. Örneğin, bu araçlardan yararlanmayı talep edenlerin bazılarında, diğerlerine uyguladığı fiyattan daha yüksek fiyat talep ederek ayrımcılık yapamaz ya da bu araçlardan yararlanılmasını aşırı fiyatlandırma yoluyla zorlaştıramaz.

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) nezdinde akdedilmiş olan Hizmetlerin Ticareti Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Genel Antlaşması (GATS), 8. maddesinde, bu Antlaşma'ya taraf devletlerden hakim durumdaki tedarikçilerin, anılan durumlarını kötüye kullanmalarını önlemelerini talep etmektedir. Temel Telekomünikasyon Hakkındaki GATS Antlaşmasına Referans Bildiri'de de, hakim teşebbüs tarafından hizmet vermeyi reddetmenin piyasaya giriş koşulları üzerindeki önemine işaret edilmektedir. Anılan Referans Bildiri 'de, hakim durumdaki tedarikçi, "olmazsa olmaz araçları kontrol ederek ya da piyasadaki konumunu kullanarak, temel telekomünikasyon hizmetleri piyasasındaki koşulları (fiyat ve tedarik bakımından) somut olarak etkileyebilecek durumdaki tedarikçi" olarak tanımlanmıştır. Aynı Bildiri'ye göre, telekomünikasyon hizmetleri bakımından olmazsa olmaz araçlar, tek ya da sınırlı sayıda tedarikçi tarafından münhasıran veya h hissedilir şekilde sağlanan ya da hizmet sunabilmek için hukuki, ekonomik veya teknik bakımdan ikame edilmesi mümkün olmayan, kamu telekomünikasyon erişim ağı yahut erişim hizmeti araçlarıdır.

Gerçekten de, belirli bazı sektörlerde olmazsa olmaz araçlara sahip olma, daha önce devletin işlettiği ve idare ettiği teşebbüslerin sonradan özelleştirme yoluyla kamu kesiminin elinden çıkarak, özel teşebbüslerin kontrolüne geçmesine ya da bu sektörlerin tamamıyla özel teşebbüslerin rekabetine açılmasına bağlı olarak gerçekleşmektedir. Bu sektörler özellikle, telekomünikasyon, enerji iletimi (elektrik nakil hatları, gaz boruları), kara, deniz, hava veya demir yolu taşımacılığı (otobüs

terminalleri limanlar, hava limanları, slot tahsisleri, yer hizmetleri, tren yolları, istasyonlar gibi) olarak belirlenebilir. Örneğin, telekomünikasyon sektöründe işletmecilik ve idare, kamu teşebbüslerinin elinde iken, bunlar -ki bunlar aynı zamanda hakim durumdaki teşebbüslerdirler de-, ana ağ ya da sistemlere sahip olabilmişlerdir. Komisyon da 1998 yılında, bu sektöre ilişkin olarak Rekabet Kurallarının Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Uygulanması Hakkındaki Not' u yayımlama ihtiyacı hissetmiştir Bu notta, olmazsa olmaz altyapıya erişim için yapılmış taleplerin karşılanmasında zamansız, açıklanamaz ya da haklı görülemez gecikmelerin olmasının, hakim durumun kötüye kullanılması sayılabileceği belirtilmiştir.

Mal ya da hizmet vermenin reddinin rekabeti zayıflatıp zayıflatmadığını belirleyebilmede temel kıstaslar; mevcut ya da potansiyel rakiplerin katlanmak zorunda kaldıkları zorluğun derecesi ile bunun kalıcı mı yoksa geçici mi olduğu hususudur Eğer rakip, piyasada kalmayı, başka yollarla da olsa başarabiliyorsa (örneğin, kendisi için olmazsa olmaz araç niteliğindeki hammaddeyi başka tedarikçiden de edinebiliyorsa ya da olmazsa olmaz araçları kendisi de gerçekleştirebiliyorsa), mal ya da hizmet vermenin reddinin, kötüye kullanma sayılmaması gerekir.

Olmazsa olmaz araçların sağlanmasının reddi bakımından, bunun, hakim durumun kötüye kullanılması olduğu sonucuna varabilmek için, Komisyon, bu eylemin rakiplerin faaliyetlerini ya imkansızlaştırması (hukuki teknik veya ekonomik imkansızlık) ya da bu araçların yokluğu halinde, talebi reddedilen kimsenin faaliyetlerinin devamının, en azından, ciddi ve karşı konulamaz bir şekilde büyük maliyet gerektirmesi şartını aramaktadır. Maliyete ilişkin bu son şart, talebi reddedilenin, olmazsa olmaz aracı kendisinin de üretmesi ya da onu elde etmesi sonucu, piyasada elde edeceği karın, hem üretimini yapmak istediği asıl ürüne (ikincil piyasadaki ürüne) hem de bunu gerçekleştirebilmede gereken araca yaptığı yatırımı aşmaması olarak açıklanabilir Bu nedenle, sabit maliyeti yüksek altyapılar, olmazsa olmaz araç niteliği taşır Bu noktada dikkate alınması gereken, tedarik talebi reddedilen kimsenin, olmazsa olmaz araca kendisi kavuşmak ya da bunun aynısını yapmak istediğinde, öznel olarak katlanacağı zorluk ya da imkansızlıktır. Diğer bir



deyişle, karşılaşılan zorluk bakımından genel bir değerlendirmeden ziyade, somut olayın şartları çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir.

Ancak dikkat edilmesi gereken husus; bu aracı kendisi de üretmek zorunda kalan rakibin, sınırlı kaynakları haiz olduğu, bu nedenle anılan aracı üretmek zorunda kalarak asıl ürününü üretmesinin, sadece ekonomik olmayacağı savunmasının yeterli görülmediğidir. Bunun yanı sıra, böyle bir girişimin, kendisine, onun rekabet gücünü tüketebilecek denli ağır maliyet yüklemesi şartı da aranmalıdır Bu konuya değinen Oscar Bronner kararı ön karar usulü çerçevesinde verilmiştir. Ön karar isteyen ulusal mahkeme, ATM'ye, Avusturya'da kendi günlük gazetelerini sabah erken saatlerde okuyucuların evlerine kadar götürerek onlara ulaştıran bir dağıtım sistemi kuran ve piyasasında fiili olarak hakim durumda bulunduğu belirlenen Mediaprint şirketinin, kendisi gibi günlük gazete basan Oscar Bronner'in, kendi gazetelerinin de söz konusu dağıtım sistemine dahil edilmesi yönündeki talebini reddetmesinin, hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığını sormuştur. Bu noktada, dağıtım sisteminin Oscar Bronner tarafından "olmazsa olmaz araç" sayıldığı iddiasının da değerlendirilmesi gerekmiştir. Oscar Bronner, dağıtım sisteminin kendisi için olmazsa olmaz Olduğu iddiasını desteklemek amacıyla, evlere dağıtım sistemine alternatif bir sistemin olmadığını; posta yoluyla dağıtım sisteminde günlük gazetelerin sabahın geç saatlerinde evlere ulaşabildiğini; kendisine ait bir "evlere dağıtım sistemi"ni kurmasının ise, az sayıda abone sahibi olduğu düşünüldüğünde, kendisi için hiç de ekonomik olmayacağını; olmazsa olmaz araç mahiyetindeki dağıtım sisteminin kendisinin kullanımına cİa açılmasına karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mediaprint ise, bu iddialara karşılık olarak, evlere dağıtım sistemini kurmak için büyük idari ve mali yatırımlar yaptığını ve bu sistemi tüm Avusturyalı gazete yayıncılarına açmasının, sistemin doğal kapasitesini aşmasına neden olacağını savunmuş; bunun da objektif olarak haklı görülebilir bir gerekçe teşkil ettiğini belirtmiştir. Mediaprint, devamla, ATM'nin Magil kararına atıfta bulunarak, bu kararda, hakim teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğu yüklemenin, yalnızca istisnai hallerde mümkün olabileceğinin hükme bağlandığını ifade etmiştir.

ATM, bu olaya ilişkin değerlendirmesinde, anılan dağıtım sisteminin, olmazsa olmaz araçlardan olmadığı, dolayısıyla bir rakibi bu sistemden yararlı andırmayı

reddetmenin de, bir kötüye kullanma oluşturmadığı sonucuna varmıştır. ATM, kararına gerekçe olarak, belirli gazeteler bakımından daha az avantajlı bir yol olsa da, bu sistemden başka yollarla (postayla ya da dükkanlarda veya kiosklarda satılarak) gazetelerin dağıtımının yapılabileceğini; hatta günlük gazete yayıncıları bakımından evlere dağıtımını sağlayan kendi sistemlerini kurmalarının da inikün dahilinde olması karşısında, bir imkansızlıktan ya da katlanılamayacak denli büyük maliyet gerektiren bir aracın varlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu kararda sözü geçen Magili kararı, olmazsa olmaz araçlar kavramı bakımından belirleyici olmuştur, Magiil kararında ATM, fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddinin, bu hak sahibi, hakim durumda bulunsa dahi, tek başına bir kötüye kullanma oluşturmayacağını; bu hakkın hak sahibi tarafından kullanılmasının, ancak istisnai hallerde kötüye kullanma sayılabileceğini vurgulamıştır

Gerçekten de, yalnızca istisnai h özgü olarak değil de, genel olarak bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmek, rekabet hukukunun dayalı olduğu serbest piyasa ekonomisinin nitelikleriyle ve sözleşme serbestisiyle bağdaşmaz. Magili kararında, bu istisnai hülin bulunduğu belirlenmiştir. Bu karara göre; genel bir televizyon programları rehberi hazırlayabilmek için, hakim teşebbüsün elinde bulunan belirli televizyon kanallarının haftalık programlarına ilişkin bilginin edinilmesi, olmazsa olmaz nitelik taşımaktadır. Bu bilginin verilmesinin reddi, televizyon programları rehberi hazırlamayı imk Böyle bir eylem, tüketici talebinin bulunmasına rağmen yeni bir ürünün piyasaya girmesine engel olma ve ikincil piyasa konumundaki televizyon rehberi piyasasındaki rekabeti de bozma sonucunu doğurduğundan, 82. maddeye aykırı bulunmuştur.

Olmazsa olmaz araçlar öğretisi çerçevesinde hakim durumdaki teşebbüse bir tedarik zorunluluğu yükleyebilmek için, ikincil piyasadaki rekabetin yoğunluğuna da bakılması gerektiği belirtilmektedir Bu görüşe go e, eğer ikincil piyasadaki rekabet güçlü ise, olmazsa olmaz aracın kapasitesi müsait de olsa, böyle bir zorunluluk getirilemez; sözleşme zorunluluğu ancak rekabetin zayıf olduğu piyasalar bakımından söz konusu olabilir Bununla beraber, olmazsa olmaz araçtan yararlanmayı talep eden kimse, (i) mevcut rakipler tarafından o zamana kadar sağlanmamış ya da önemli ölçüde farklı olan bir mal ya da hizmeti üreteceğini veya

(ii) rekabet gücünü yitirmesini sağlamak amacıyla kendisine ayrımcılık yapıldığını kanıtlayabilirse, ikincil piyasadaki rekabet güçlü de olsa, hakim teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğu yüklenebilecektir. Rekabetin güçlü olduğu ikincil piyasada faaliyet gösteren bu kimse, üreteceği mal ya da hizmetin o zamana dek kimse tarafından üretilmemiş olduğunu kanıtlamışsa ve bu mal ya da hizmetin yararlı olduğu da açıkça anlaşılabilirse, olmazsa olmaz araçta hiç kapasite kalmamış olsa bile, hakim teşebbüs, onu bu araçtan yararlandırmaya zorunludur.

Olmazsa olmaz araçlar kavramı, Komisyon tarafından ilk kez Sea Containersista Sea link kararında kullanılmıştır. Holyhead limanının işletmecisi olarak hakim durumda bulunan ve aynı zamanda gemi işletmeciliği de yapmakta olan Sealink, gemi işletmeciliği piyasasındaki potansiyel bir rakibinin, limanını kullanma talebini reddederek, hakim durumunu kötüye kullanmıştır. Komisyon, bu karara varırken, Sea Containers'ın aynı hatta seferler yapmakta olan BSCI ve Sealink dışında, üçüncü rakip olduğunu ve bu limanın, herhangi bir uygunsuz durum da yaratmaksızın, üçüncü bir rakibi bile kaldırabilecek kapasiteye sahip olduğunu göz önüne almıştır.

Olmazsa olmaz araç kabul edilen bir limandan yararlanma talebinin reddine ilişkin bir başka karar da, Port of Roedby kararıdır. Bu karara konu olayda, Roedby limanının işletmeciliğini yapmakta olan kamu teşebbüsü niteliğindeki DSB'ye, bu limana yakın bir yerde yerli bir terminal inşa etmek ya da bu limandaki mevcut terminalden yararlanmak için Euro-Port A/S 'nin yaptığı başvuru, Danimarka Hükümeti'nce reddedilmiştir. Anılan liman, Roedby ile Puttgarden arasında taşımacılık amacıyla arabalı vapur işletmeciliği yapmak isteyen Euro-Port AIS için çok önemlidir. Çünkü dava konusu olayda, deniz yolu ile taşımacılığın dışındaki tek alternatif, Puttgarden'a havayolu ile ulaşmaktır. Bu alternatif ise, hem son derece yüksek maliyet gerektiren bir işlemdir hem de bu yolu sadece arabası olmayan yük sahipleri, üstelik gemiyle taşınacak olandan daha az yükün taşınmasına katlanarak tercih edeceklerdir. Kararda, Euro-Port AIS 'nin, olmazsa olmaz araç niteliğindeki limandan yararlanma talebinin reddinin, AETA'nın 90. maddesinin (ATA 86. madde) ihlali ile birlikte, hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiği belirlenmiştir. Bu öğretinin tartışıldığı bir başka karar olan European Night

Services’de ise, Komisyon, lokomotifleri ya da tren çalışanlarını, olmazsa olmaz araçlar kavramına dahil görmemiştir.

Havayolu taşımacılığına ilişkin kararlarda da, olmazsa olmaz araçlar öğretisine başvurulmuştur. London European/Sabena kararına konu olayda, Belçika’daki uçuşlar bakımından bilgisayarlı rezervasyon sistemleri piyasasında hakim durumda bulunan Sabena, London European şirketini, Saphir isimli bilgisayarlı rezervasyon sisteminden yararlandırmayı reddetmiştir. London European’ın bu sisteme dahil olmayı istemesinin nedeni, rezervasyonlarının çoğunu Saphir’i kullanarak yapmakta olan Belçika’daki seyahat acentelerinin ekranlarındaki listede yer alabilmektir. Sabena’nın bu hizmeti sağlamayı reddetmesinin sebebi; London European’ı, anılan uçuş hattında daha yüksek bilet fiyatı uygulamaya ve kendisi ile bir yer hizmetleri sözleşmesi akdetmeye zorlamaktır. Bu kararda açıkça “olmazsa olmaz araçlar” kavramı kullanılmamışsa da, Belçika havayolu taşımacılığı piyasasında rekabet edebilmek için Sabena’ nın bilgisayarlı rezervasyon sisteminden yararlanmasının gerekli olduğu belirtilerek, söz konusu sistemin taşıdığı önem vurgulanmıştır

British Midland/Aer Lingus kararına konu dava, Dublin-Londra uçuş hattında hakim durumda bulunan Aer Lingus şirketinin, havayolu taşımacılığına özgü olarak, iki farklı havayolu şirketi ile uçanların tek bir bilette seyahat edebilmelerine imkan sağlayan “hatlar arası işlem yapma” uygulamasına devam etmek istememesi üzerine açılmıştır. Kararda “hatlar arası işlem”in, British Midland’in rekabette dezavantajlı duruma düşmeden faaliyetine devam edebilmesi açısından, olmazsa olmaz araç niteliğinde olduğu belirlenmiş ve böyle araçların kullanılmasının reddi yoluyla, hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varılmıştır. Söz konusu davranışın, British Midland’i o rotada daha fazla uçuş düzenlemeye, dolayısıyla ciddi ek maliyetlere katlanmaya zorunlu

Hakim durumdaki teşebbüsün RKHK m. 6/b kapsamında ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek bir davranışı, eşit konumdaki alıcılarından bazılarına haklı bir neden olmaksızın mal veya hizmet sağlamayı kesmesi veya zorunlu unsurdan yararlandırmayı reddetmesidir. Belirtmek gerekir ki, mal veya hizmet sağlamayı kesme yalnızca RKHK m 6/b kapsamında değil, “ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin

piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemleri yasaklayan m. 6/a kapsamında da değerlendirilebilir. Bu durum özellikle, hakim durumdaki teşebbüsün rakip teşebbüsten mal alan alıcısını cezalandırmak amacıyla mal sağlamayı kesmesi hali için geçerlidir.

Mal sağlamayı kesmenin bir rekabet kuralı ihlali sayılıp, rekabet hukuku tarafından yaptırımlara bağlanmış olması, serbest piyasa ekonomisinin ve modern sözleşmeler hukukunun temeli olan sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil eder. Dolayısıyla, her istisna gibi son derece dikkatli uygulanmalı ve geniş yorumlanmamalıdır. Bu zorunluluğun bilincinde olan Rekabet Kurulu, mal sağlamayı kesmenin RK m. 6 anlamında kötüye kullanma olarak kabul edilmesini belli şartların gerçekleşmesine bağlamaktadır. Bu şartlar TKİ kararında aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir :

- Mal vermeyi reddeden teşebbüsün hakim durumda olması,
- Teşebbüsün bazı müşterilerine mal satarken bazılarına ürün vermeyi reddetmesi,
- Hakim durumdaki teşebbüsün uzun süre mal vermekte olduğu müşterisine mal vermeyi reddetmesi ve mal vermeyi kesmenin objektif gerekçelere dayanmaması,
- Mal vermeyi kesmenin rekabeti kısıtlama amacı ve/veya etkisi olması.

Eti Holding kararında, mal vermeyi kesen teşebbüse satış yapma zorunluluğu getirmenin, mal talebinde bulunan müşterinin hakim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı konumunda bulunmasına bağlı olduğu belirtilmiştir<sup>o</sup> Aynı kararda, sağlama zorunluluğu getirilebilecek bir başka durumun zorunlu unsurda yararlandırmayı reddetmeye ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Karara göre, hakim durumdaki teşebbüsün her isteyeni zorunlu unsurdan yararlandırma zorunluluğu bulunması için, unsurun belli bir faaliyette bulunmak için mutlaka gerekli olması, unsurun sağlanabileceği başka bir alternatifin bulunmaması veya ekonomik veya rasyonel olarak yeni bir alternatifin oluşturulmasının imkansız olması gerekir.

2- Son satıcılar olmaksızın ülkemizdeki koşullar ve alışkanlıklar nedeniyle yayınların okuyucuya ulaştırılmasının ve dolayısıyla piyasaya girmek isteyen herhangi bir

dağıtım şirketinin amacına ulaşmasının mümkün olmadığı; diğer yandan, piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin aynı veya benzer nitelikte son satıcılıklar tesis etmesinin piyasanın geneli açısından mümkün ve makul olmadığı dikkate alındığında, ülkemizdeki gazete ve dergi dağıtım piyasası açısından son satıcıların olmazsa olmaz bir öneme sahip oldukları ve mevcut şartlarda diğer dağıtım şirketlerinin kullanımına açılmaları gerektiği kabul edilmelidir.

3- Dağıtım şirketleri fiziksel ve hukuksal olarak son satıcılara sahip değildirler; Dağıtım şirketlerinin kurmuş olduğu gazete ve dergi satış büfeleri (mobo ve kiosklar) de yerlerine konuldukları andan itibaren Belediyelerin mülkiyetine geçmektedir. Ancak, buradan yola çıkarak, anılan dağıtım şirketlerinin söz konusu son satış yerlerini kontrol altında tutmadıkları söylenemez; çünkü bu şirketler, bütün son satıcıları, “rakip kanallardan gelen malları satmama” koşulunu içeren bir sözleşme ve sattıkları gazete ve dergilerin tümünü sağlamak yoluyla kendilerine bağlamışlardır. Ayrıca, piyasadaki şirketlerin katı bir dikey yapılanma içinde oldukları, bunun yanı sıra, BBD ve YAYSAT’ın, hem aynı pazarda kurmuş oldukları ortak girişim (BİRYAY) vasıtasıyla, hem de ortak baş bayilikleri ve tali bayilikleri (son satıcıları) vasıtasıyla yatay bir yapılanma içinde buldukları, söz konusu bayileri birbirlerine kullandırdıkları, sadece başka bir dağıtım şirketine kullandırmadıkları dikkate alınmalıdır. Her iki dağıtım şirketinin ortak bayiler edinmesi dahi her bir dağıtım şirketinin ayrı ayrı bayilere sahip olmasının rasyonel olmadığını kabul ettiklerinin kanıtıdır.

4- Daha önceki örneklerde görüldüğü gibi, dağıtım şirketlerinin, rakip dağıtım şirketlerinin getirdiği ürünü satmaları halinde kendi bayilerine mal sağlamayı keseceklerini belirterek, onları “tercih yapmaya” zorlamaları, rakip firmanın son satış noktalarına girmesinin engellenmesi anlamına gelmektedir.

5- Piyasaya girişte kilit nitelikte olan son satış noktalarını kullanan dağıtım şirketleri, bunların rakip kanallardan gelen ürünleri satmasına izin vermekle herhangi bir ek maliyet altına girmeyeceklerdir. Söz konusu tali bayiliklerin rakiplerce de kullanılmasını ve dolayısıyla rakiplerin piyasaya girişini engelleyen kısıtlamanın, rekabet hukukuna aykırı olan sözleşmelerden kaynaklanan fiili bir durum olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, piyasaya girmek isteyen şirketlerin son

satıcılardan yararlanmalarını fiziksel veya mantıksal olarak olanaksız kılan bir husus mevcut bulunmamaktadır.

6- Bunların yanı sıra, bütün bayilerin sisteme girecek yeni dağıtım şirketlerine açılmasının, ilgili dağıtım şirketleri açısından herhangi bir yatırım maliyeti getirmeyeceği de açıktır.

a. Bakkal veya market tarzındaki son satış noktaları, dağıtım şirketlerinden bağımsız kişiler tarafından, belirli ticari faaliyetlerde bulunmak amacıyla kurulmuş işletmelerdir. Asıl amaçları sadece gazete ve dergi satarak kar etmek olmayıp, gazete ve dergileri daha fazla sayıda müşteri çekebilmek amacıyla

bulundurmaktadırlar. Bu yerler buldukları konum itibariyle, gazete ve dergi satışına uygun oldukları düşünülerek dağıtım şirketleri tarafından tercih edilen yerlerdir. Bu tür son satıcılara, dağıtım şirketlerinin herhangi bir yatırımları yoktur.

b. Asıl amacı özellikle gazete ve dergi satmak olan gazete satış büfeleri, mobo ve kioskların birçoğu belediyelerce 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerince üçüncü şahıslara kiralanmış yerlerdir. Bu yerler mülkiyetlerinin belediyeye ait olması nedeniyle biraz önce değinilen bakkal ve marketlerden farklılıklar arz etmektedirler. Anılan yerler genellikle belediyelerin iznine tabi olarak, şehrin arterlerine konulmakta olup sayıları sınırlıdır. Asıl amaçları gazete ve dergi satmaktır ve bu büfelerin yakınında, bu büfeleri ikame edebilecek nitelikte yer bulma olanağı neredeyse imkansızdır. Bu yerleri kiralayan dağıtım şirketlerinin, ihale ve kira sözleşmelerindeki yükümlülükleri uyarınca, genellikle mülkiyeti belediyeye veya kiralayana devredilmek üzere, bu yerlere mobo ve kiosk koymuş olmaları ve anılan yerleri üçüncü şahıslara kiraya vermiş olmaları, dağıtım şirketlerinin söz konusu yerleri işletmek üzere kiraladıkları gerçeğini değiştirmez. Dolayısıyla, dağıtım şirketlerinin söz konusu yerleri belirli bir kar amacı güderek işletmek üzere kiralamak isteyen üçüncü bir şahıstan hiçbir farkı yoktur.

Piyasaya girmek isteyen bir dağıtım şirketinin, bir büfeyi işleten son satıcıdan makul bir komisyon karşılığında yayını satmasını talep etmesi durumunda; son satıcı bizzat dağıtım şirketi ise (büfe dağıtım şirketi adına işletiliyorsa), söz konusu komisyon doğrudan dağıtım şirketinin kasasına girecek; böylelikle yeni girecek

dağıtım şirketi bu büfelerin maliyetine dolaylı olarak katılmış olacaktır. Eğer, son satıcı söz konusu büfeyi dağıtım şirketinden kiralarak işletmekte ise, zaten büfenin maliyetine belirli bir katkı sağlanıyor demektir; bu durumda da komisyon doğal olarak son satıcının geliri olacaktır. Dolayısıyla ister ihale sonucu alınan yer işletilsin, isterse üçüncü bir şahsa belli bir meblağ karşılığında devredilsin, yapılan yatırımın karşılığı satılan her üründen komisyon alınarak veya o yer kiralandı ise kira bedeli alınmak suretiyle karşılanmaktadır. Özetle, piyasaya girecek yeni işletmelerin, halihazırda BBD ve YAYSAT bayileri olarak görünen bakkal, market, mobo, kiosk vb. son satış noktalarından faydalanması BBD, BİRYAY ve YAYSAT' herhangi bir maliyet getirmemektedir. Sonuç olarak, anılan teşebbüslerin yapmış olduğu yatırımlardan piyasaya girecek olan diğer teşebbüslerin bedelsiz olarak yararlanması gibi bir husus da söz konusu değildir. (BİRYAY RKK NO:00-26/292-162, 17.07.200)

#### **3.2.4. Bir Pazardaki Hakim Durum Vasıtasıyla Başka Bir Pazardaki Rekabeti Bozmak (Rekabet Kanunu md 6/d)**

İşletmelerin hakim durumda buldukları pazarın sağladığı finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemleri de hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindedir.

Gerçekte bu kötüye kullanma şekli, başka bir kötüye kullanma halinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda verilen TNet örneğinde Türk Telekom'un sabit telefon pazarındaki hakim durumunu kullanarak ISP pazarındaki rekabeti bozması, TNet ve diğer ISP sağlayıcılarına ayrımcı uygulamalarda bulunmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmasının sonucu olup; daha önce verilen dondurma ile gazoz örneğinde, dondurma üreticisinin ilgili pazardaki hakim durumunu kötüye kullanarak gazoz pazarındaki rekabeti bozması ise ek yükümlülükler getirmek suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmasının bir sonucudur



### **3.2.5. Tüketicinin Zararına Olarak Üretim, Pazarlama veya Teknik Gelişmenin Kısıtlanması (Rekabet Kanunu md. 6/e):**

Bu çeşit kısıtlamaların hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu pazarın yüksek giriş engelleri içeren bir pazar olması gereklidir, zira yüksek giriş engelinin olmadığı pazarlardaki her an yeni bir teşebbüsün pazara girmesi ihtimalinden kaynaklanan potansiyel rekabet baskısı, hakim durumdaki teşebbüsü daha verimli çalışmaya itecek, dolayısıyla üretim, pazarlama ve teknik gelişmenin kısıtlanması söz konusu olamayacaktır. Bu düzenleme, hakim durumdaki teşebbüsün verimli çalışmaması sonucu ilgili pazardaki üretim, pazarlama ve teknolojik ilerlemenin kısıtlandığı hallerde uygulama alanı bulacaktır. Rekabet Kurulu'nun 2001 yılındaki Türkcell kararında, Soruşturma Heyeti Türkcell'in tüketicinin istediği marka cep telefonunu istediği şebeke hattı ile kullanmasını engelleyerek, hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasını ileri sürmüştür.<sup>339</sup>

### **3.2.6. Diğer Hakim Durumu Kötüye Kullanma Şekilleri**

#### **3.2.6.1. Genel Olarak**

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde 5 bent halinde sayılan ve yukarıda kısaca açıklanan kötüye kullanma şekilleri, daha önce de belirtildiği üzere, sınırlı sayıda olmamak üzere sayılmıştır. Rekabet Kurulu bu 5 bentte açıkça zikredilen kötüye kullanma hallerinin dışındaki bir kötüye kullanmayı tespit etmesi halinde Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşabilecektir.

Sözgelimi, Rekabet Kurulu'nun bir teşebbüsün yukarıda verilen örnekler arasında olmayan "aşırı fiyatlandırma" yoluyla da hakim durumun kötüye kullanılabilceği yönünde bir kararı bulunmaktadır. Ülkemizdeki birçok pazar; doğal tekel niteliğinde olması nedeniyle sadece inhisari haklar tanınmış teşebbüslerin aktif olması ve kamu iktisadi teşekküllerinin ekonomideki etkin rolü sebebiyle yüksek giriş engelleri içermektedir. Potansiyel rekabet baskısı hissetmeyen hakim durumdaki bu teşebbüsler de, tüketiciye aşırı fiyat uygulayarak hakim durumlarını sömürüye dayalı olarak kötüye kullanabilmektedir. Rekabet Kurulu BELKO A.Ş. (Ankara Belediyesi

---

<sup>339</sup> Rekabet kurulunun 01-35/347-95 nolu 20.07.2001 tarihli kararı sf.4

Kömür işletmeleri) kararında söz konusu teşebbüsü, aşırı fiyat uygulamasında bulunduğu sonucundan hareketle idari para cezasına çarptırmıştır.<sup>340</sup>

### **3.2.6.2. Rakiplerin Maliyetini Yükseltme Yoluyla Kötüye Kullanım**

Esasen hemen tüm rekabet karşıtı kötüye kullanma teşkil eden eylem ve işlemler, rakiplerin maliyetlerini artırarak, onları rekabette dezavantajlı hale getirme sonucunu yaratmaktadır. Örneğin, mal ya da hizmet vermenin reddinde, ikincil rekabet piyasasındaki rakipler, alternatif tedarik kaynakları aramaya başlayacaklar ve bu da onları ek maliyetle karşı karşıya bırakacaktır. Benzer şekilde, yıkıcı fiyatlandırma uygulaması sonucunda rakipler, bu fiyatlarla rekabet edebilmek için maliyetlerinin altında satış yapmaya çalışacaklar ve hakim teşebbüsün sahip olduğu gibi yeterli bir rekabet gücüne sahip olmamaları nedeniyle, ya piyasadan silinecekler ya da piyasaya girmek isteyen potansiyel rakipler, bu giriş engeli sebebiyle piyasaya giremeyeceklerdir.

Hakim teşebbüs tarafından ayrımcı fiyatlandırmaya, fiyat sıkıştırmasına, indirim ve prim uygulamalarına tabi tutulan kimseler bakımından da benzer sonuçların doğması, olasılık dahilindedir. Bu uygulamaların temelinde, hakim teşebbüsün, piyasadaki hakimiyetine dayanan gücüne güvenerek, maliyet artışlarına bir süre için (rakibi ya da rakipleri piyasa dışına itilinceye kadar) katlanması ve bu süre içerisinde mevcut ve potansiyel rakiplerinin de maliyet artışlarıyla baş etmeye çalışmasını sağlaması niyeti yatmakta ya da anılan uygulamalar, bu etkiyi taşımaktadır. Rakiplerin maliyetlerini yükseltme davranışının, hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil ederek, 82. maddenin yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için, elbette, bu uygulamaya girişmenin objektif olarak haklı görülememesi gerekmektedir. Örneğin, niyetin, rakipleri piyasa dışına itmek olduğu anlaşılabilirsem, ortada haklı görülebilecek bir maliyet artırımı uygulaması da yok demektir. Bu nedenle, rekabet karşıtı bir niyetin varlığının kanıtlanması, o eylemin bir kötüye kullanma olduğu sonucuna varılmasını kolaylaştırır. Bu, özellikle, hakim teşebbüsün hukuki maliyetlere katlandığı haller açısından geçerlidir. Çünkü, bu durumda, hakim

---

<sup>340</sup> Rekabet Kurulu'nun 01-17/150-39 nolu 23.12.2001 tarihli kararı sf. 59

teşebbüsün kutlandığı bu maliyetlerinin objektif olarak haklı görülemeyeceğini kanıtlamak zorluk arz etmektedir<sup>341</sup>

Rakiplerin maliyetlerini artırma olarak nitelendirilebilecek eylem ya da işlemlerden biri de, tanıtım için yapılan yüksek tutarlı harcamalarla piyasaya girecek rakipleri, henüz bunlar piyasaya girmeden, tanıtım maliyetlerine katlanmak zorunda bırakmaktır. Bu türden davranışlara diğer bir örnek ise, yoğunlukla iş gücüne dayanan teşebbüslerle küçük ölçekli teşebbüsleri zor durumda bırakmak için, sendikalarla ücretlerin tüm piyasada artırılmasına yönelik görüşmeler yapmak olarak gösterilebilir<sup>342</sup> Ancak Toplulukta, henüz, bu tür bir kötüye kullanmanın kararlara yansıtıldığına rastlanmamıştır.

Hakim durumdaki teşebbüs, hukuk? başvuru imkanlarını kullanarak, piyasadaki gücünü kötüye kullanmış sayılabilir. Temel haklar arasında yer alan mahkemelere başvurma hakkı, bazen kanuna aykırılık oluşturabilir. Hukuki hakların kullanılmasının, 81 maddeye aykırılık oluşturabileceğini gösteren kararlardan biri, ITT Promedia NV/Komisyon kararıdır<sup>343</sup> Bu kararda, Komisyon, hem hukuki başvuru yollarını kullanmanın hem de bir sözleşmede öngörülen edimlerin yerine getirilmesini talep etmenin, kötüye kullanma oluşturduğunu ifade etmiştir. Anılan kararda; eğer hakim teşebbüsün kanuni yollara başvurusu, haklarının tesisi bakımından makul görülemiyor ve yalnızca rakiplerin zarar görmesi sonucunu doğuruyorsa ve rekabeti yok etme gayesine yönelik olarak yapılmış bir planın parçası ise, 82. maddeye aykırılıktan söz edilebileceği ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle, hukuki hakların kullanılmasının, hukuka aykırılık teşkil ettiğinin kanıtlanabilmesi için, rekabeti saf dışı etme niyetinin varlığı ispatlanmalıdır<sup>344</sup>

Mahkemedен, sözleşmesel edimlerin yerine getirilmesinin sağlanmasının talep edilmesi de, hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilir. Örneğin, sözleşmeye göre hakim teşebbüsün diğer taraftan beklentisi, o tarafın objektif olarak göstermesi istenebilecek performanstan fazla olabilir. Böyle bir beklentinin gerçekleşmesini

---

<sup>341</sup> Faull/Nikpay, s. 182.

<sup>342</sup> Bu örnekler için bkz. Faull/Nikpay, s. 182.

<sup>343</sup> ATKD (1998) 11-2937.

<sup>344</sup> Bu görüş için bkz. Faul/Nikpay, s.183

sağlamak için kanuni yollara başvuran hakim teşebbüs, sözleşmedeki karşı edimin ifasını ister görünmekle beraber, aslında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek bir talep ileri sürmektedir. Böyle bir olasılıkta, hakim teşebbüsün, ulusal mahkemeden, karşı tarafı, talep ettiği edimin ifasına zorlayan bir karar alması mümkündür. Bu olasılıkta, karşı taraf da, ATM önünde, hakim durumun kötüye kullanılması durumu ortaya çıkmaktadır.

#### 4. SONUÇ

Teşebbüslerin Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi anlamında hakim durumlarını kötüye kullandıklarının saptanması için yapılması gereken ilk şey en az bir teşebbüsün varlığının, ilgili ürün pazarının, sonrasında da ilgili coğrafi pazarın belirlenmesidir. Daha sonra Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal edip etmediği incelenen teşebbüsün, ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığı araştırılmalıdır. Hakim durum tespitindeki temel kriter, teşebbüsün rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak ilgili pazardaki ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünün olup olmamasıdır. Tek başına belirleyici olmamakla birlikte teşebbüsün ilgili pazardaki yüksek pazar payı (%40 ve üstü) hakim durumun varlığını işaret eden en önemli göstergelerden birisidir. Özellikle oligopol (sadece 3-4 teşebbüsün aktif olduğu) piyasalarda, çok sıkı ekonomik bağlılık ve etkileşim içerisinde olan teşebbüslerin, tek başlarına olmasalar da, “birlikte hakim durumda” olmaları da söz konusu olabilmektedir.

Hakim durumun tespit edilmesi de hukuka aykırılığın oluşması için yeterli olmamakta, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine aykırılık, ancak söz konusu teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmesi halinde gerçekleşmektedir. Rekabet hukuku; hakim durumdaki teşebbüsler için bazı “özel sorumluluklar” öngörmektedir ve bu özel sorumluluklar uyarınca hakim durumda olmayan teşebbüsler açısından hukuka aykırılık teşkil etmeyen bazı eylemler, hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapıldığında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilerek, hukuka aykırı sayılmaktadır. Hakim durumdaki teşebbüsler, rekabeti kısıtlayıcı kötüye kullanmalar ile veya sömürüye dayalı kötüye kullanmalar yoluyla tekelleşmeyi hedefleyebilirler. Başlıca hakim durumun kötüye kullanılması halleri; bunlarla sınırlı olmamakla beraber dışlayıcı uygulamalar, ayrımcı uygulamalar, ek (olağandışı veya ayrılabilir) yükümlülükler öngörülmesi, bir pazardaki hakim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması ve üretim, pazarlama ve teknik gelişmenin kısıtlanması halleridir.

Özetle, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal edilip edilmediğinin belirlenebilmesi için dikkat edilmesi gereken husus; belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim

durumdaki teŖebbüs veya teŖebbüslerin bu durumlarını, tekelleŖmeye veya hakim durumlarını koruyarak sömürücü faaliyetlerde bulunmaya yönelik eylem ve işlemler ile kötüye kullanıp kullanmadıklarıdır.

## KAYNAKÇA

Goyder: D.G., EC Competition Law, 4. Bası, Oxford University Press, New York 2003.

Görgülü: Ümit, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 32, Ankara 2003.

Gül: İbrahim, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 2, Ankara 2000.

Jones: Alison/Sufrin: Brenda, EC Competition Law, 1. Bası, Oxford University Press, New York 2001.

Jones: Alison/Sufrin: Brenda, EC Competition Law, 2. Baskı, Oxford University Press, New York 2004.

Öz: Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 4, Ankara 2000.

Ridyard: Derek, Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – An Economic Analysis, ECLR Vol. 23(6), 2002.

Sanlı: Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara 2000.

Sher: Brian, Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around, ECLR Vol. 23(10), 2002.

Ünlüsoy: Kürşat, Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 39, Ankara 2003.

Whish: Richard, Competition Law, 5. Bası, Suffolk 2003, s. 186 – 188.

## **REKABET KURULU KARARLARI (Tarih sırasına göre)**

Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği, RK 27.5.1999 tarih ve 99-26/233-141 sayılı kararı (menfi tespit).

Petkim A.Ş., RK 17.8.1999 tarih ve 99-38/404-260 sayılı kararı (Petkim).

IBM Türk Ltd. Şti., RK 24.8.1999 tarihli ve 99-39/411-263 sayılı kararı (IBM).

Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş. – Türkiye Futbol Federasyonu, R.K. 11.10.1999 tarih ve 99-46/500-316 sayılı kararı (Cine 5).

Anadolu Ajansı T.A.O, RK 12.9.2000 tarih ve 00-34/369-207 sayılı kararı (Anadolu Ajansı).

Eti Holding A.Ş., RK 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı kararı (Eti Holding).

Türkiye Futbol Federasyonu – Teleon Reklamcılık ve Filmcilik San. ve Tic. A.Ş., RK 6.2.2001 tarih ve 01-07/62-19 sayılı kararı (Teleon).

Ereğli Demir Çelik Fabrikaları T.A.Ş., RK 12.06.2001 tarih ve 01-27/260-74 sayılı kararı (Erdemir).

Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri A.Ş., RK 6.7.2001 tarih ve 01-31/313-91 sayılı kararı (Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri).

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş., RK 20.07.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı kararı (Turkcell).

Türk Standartları Enstitüsü, RK 8.3.2002 tarih ve 02-13/126-53 sayılı kararı (TSE).

Botaş Boru Hatları ile Petrol Taşımacılığı A.Ş. – EGO Genel Müdürlüğü – İzmir Gaz Dağıtım San. ve Tic. A.Ş. – İstanbul Gaz Dağıtım San. ve Tic. A.Ş., RK 8.3.2002 tarih ve 02-13/127-54 sayılı kararı (Botaş).

Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği, RK 07.05.2002 tarih ve 02-27/290-118 sayılı kararı (MESAM).

Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş., RK 18.7.2002 tarih ve 02-44/518-213 sayılı kararı (Bayek).

Türk Hava Yolları A.O. ve diğer havayolu şirketleri, RK 1.8.2002 tarih ve 02-46/564-230 sayılı kararı (THY).

Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş., RK 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı kararı (Karbogaz).



Türkiye Futbol Federasyonu – Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. – Atlas Yayıncılık ve Tic. A.Ş., RK 28.8.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı kararı (DigiTürk)

Sodexho Restoran Servisleri A.Ş. – Accor Servisleri International A.Ş. – Network Servisleri A.Ş. – Multinet Kurumsal Hizmetler A.Ş., RK 17.6.2003 tarih ve 03-43/490-229 sayılı kararı (Sodexho).

Ege Liman İşletmeleri A.Ş., RK 25.3.2004 tarih ve 04-22/233-49 sayılı kararı (Ege Ports).

Frito Lay Gıda San. ve Tic. A.Ş., RK 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı kararı (Frito Lay).

Danonesa Tikveşli Süt Ürünleri San. Tic. A.Ş., RK 3.6.2004 tarih ve 04-40/452-113 sayılı kararı (Danonesa), s. 7.

Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş., RK 20.9.2004 tarih ve 04-60/866-205 sayılı kararı (Roche).

Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu, RK 19.10.2004 tarih ve 04-66/949-227 sayılı kararı (TKİ).

Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu – TKİ Ege Linyit İşletmesi Müessese Müdürlüğü, RK 3.3.2005 tarih ve 05-12137 sayılı kararı (TKİ – ELİ).

Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş., RK 4.5.2005 tarih ve 05-29/368-101 sayılı kararı.

Coca-Cola Meşrubat San. ve Tic. A.Ş. – Coca-Cola İçecek A.Ş., RK 26.5.2005 tarih ve 05-36/453-116 sayılı kararı (Coca-Cola II).

Ülker Grubu Pazarlama Şirketleri, RK 2.6.2005 tarih ve 05-38/487-116 sayılı kararı (Ülker).

Microsoft Bilgisayar Yazılım Hizmetleri Ltd. Şti., RK 1.9.2005 tarih ve 05-53/809-219 sayılı kararı (Microsoft).

