

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**TÜRK REKABET HUKUKUNDA
HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

SOYSAL DEVLET DOĞAN

111121

T 111121

Danışman: DOÇ. DR. GÖKHAN ANTALYA

İSTANBUL 2002

111121

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KISALTMALAR.....	V
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I. REKABET KAVRAMI,REKABET KURALLARI VE REKABET HUKUKU.....	2
1. REKABET KAVRAMI	2
2. REKABET KURALLARI.....	7
2.1. Genel Olarak	7
2.2. Haksız Rekabet / Rekabet Yasağı	8
2.2.1. Genel Olarak	8
2.2.2. Haksız Rekabet.....	8
2.2.3. Rekabet Yasağı	10
3. REKABET HUKUKU	12
3.1. Genel Olarak	12
3.2. Rekabet Hukukunun Gelişimi.....	12
3.3. Rekabet Hukukunun Genel Hukuk İçindeki Yeri.....	14
3.4. Türk Rekabet Hukuku (4054 Sayılı RKHK)	16
3.4.1. Genel Olarak	16
3.4.2. Kanunun Amacı	20
3.4.3. Kanunun Kapsamı.....	23
3.5. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma,Uyumlu Eylem Ve Kararlar..	25
3.5.1. Genel Olarak	25
3.5.2. Anlaşma (Danışıklılık).....	25
3.5.3. Uyumlu Eylem	27
3.5.4. Rekabeti Sınırlama,Bozma Amacı.....	30
3.6. "Per se" ve "Rule Of Reason" Doktrinleri.....	30
3.7. Yatay ve Dikey Anlaşmalar	31
4. TEŞEBBÜS VE TEŞEBBÜS BİRLİKLERİ.....	33
4.1. Teşebbüs.....	34

4.2. Teşebbüs Birlikleri	36
BÖLÜM II. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI	37
1. GENEL OLARAK	37
2. HAKİM DURUM	38
2.1. Tanım	38
2.2. Birlikte Hakimiyet ve Birden Fazla Teşebbüs	40
2.3. Kamu Kuruluş ve İşletmelerinin Hakim Durumu	42
3. HAKİM DURUMUN TESBİTİ	43
3.1. Ölçütler	43
3.2. Birincil Etken:Pazar Payı	44
3.3. Hakim Durum Tesbitinde Diğer Faktörler.....	45
3.3.1. Genel Olarak	45
3.3.2. Pazara Giriş Engellerinin Bulunması.....	48
3.3.2.1. Ekonomik Güç Kriteri	49
3.3.2.2. Dikey Bütünleşme.....	49
3.3.2.3. Teknolojik Üstünlük	50
3.3.2.4. Saldırgan Fiyatlandırma/Caydırıcı Kapasite Fazlası Atıl Kapasite Kullanımı.....	51
3.3.2.5. Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Varlığı	52
3.3.2.6. Ürün Çeşitliliği.....	52
3.3.2.7. Teşebbüsün Pazar Politikaları.....	53
4. İLGİLİ PAZAR	53
4.1. İlgili Ürün Pazarı.....	54
4.1.1. Talep Esnekliği.....	55
4.1.2. Arz Esnekliği.....	57
4.1.3. Rekabet Kurulu Kararlarındaki Değerlendirmeler.....	58
4.2. İlgili Coğrafi Pazar	60
5. KÖTÜYE KULLANMA	61
5.1. Genel Olarak	61
5.2. Özellikli Kötüye Kullanma Halleri	62

5.2.1. Girişleri Engelleme ve Rakiplerin Faaliyetlerini Zorlaştırma.....	63
5.2.1.1. Yıkıcı Fiyat Uygulamaları	64
5.2.1.2. Tekelci(Fahiş)Fiyatlandırma.....	66
5.2.1.3. İndirim Sistemleri	69
5.2.1.4. Mal veya Hizmet Vermeyi Reddetmek	70
5.2.2. Ayrımcılık	73
5.2.3. Haksız Koşullar İleri Sürmek ve Yeniden Satışa İlişkin Kısıtlamalar Getirmek	75
5.2.4. Bir Pazardaki Hakim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması.....	76
5.2.5. Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin,Pazarlamanın ya da Teknik Gelişmenin Kısıtlanması	78

BÖLÜM III. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ SONUÇLARI.....80

1. GENEL OLARAK 4054 SAYILI KANUNA AYKIRI DAVRANIŞLARIN SONUÇLARI 80

1.1. Kurulun Yetkisini Kullanması	80
1.1.1. 4054 Sayılı Kanunun 9 uncu Maddesi Uyarınca İhlale Son Verilmesinin İstenmesi ve İhtiyati Tedbir.....	80
1.1.2. 4054 Sayılı Kanunun 11 inci Maddesi Uyarınca Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmemesi Halinde Alınacak Tedbirler ve Verilecek Ceza.....	80
1.2. İdari Para Cezaları.....	81

2. REKABET İHLALLERİNİN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI 82

2.1. Genel Olarak	82
2.2. Hakim Durumun Kötüye kullanılması Halinde Geçersizlik.	82

SONUÇ 84

TEZ ÖZETİ.....87

EKLER

REKABET KURULU KARAR ÖZETLERİ.....89

KARAR 1: BİRKAŞ KARARI.....	89
KARAR 2: SAĞLIK BAKANLIĞI KARARI.....	91
KARAR:3 TÜRKİYE KIZILAY DERNEĞİ.....	93
KARAR:4 BELKO KARARI	95
KARAR:5 ASKİ (Ankara Su Ve Kanalizasyon İdaresi) KARARI	105
KARAR:6 KÜTAHYA PORSELEN KARARI	110
KARAR:7 BETA BASIM YAYIM A.Ş. KARARI.....	114
KARAR:8 ETİ HOLDİNG A.Ş. KARARI.....	116
KARAR:9 BBD , BİRYAY , YAYSAT KARARI.....	122
KARAR:10 MICROSOFT/AMD ELEKTRONİK KARARI.....	135
KARAR:11 ARÇELİK KARARI	140
KARAR:12 TRAKYA DÖKÜM/FİBOR YAPI KARARI	142
KARAR:13 İSDEMİR/KARDEMİR KARARI.....	145
KARAR:14 ANADOLU AJANSI T.A.O. KARARI.....	150
KARAR:15 HÜRRİYET/SABAH GAZETİCİLEK A.Ş. KARARI	155
KARAR: 16 BİMAŞ/CİNE 5 KARARI	158
KARAR 17: ŞEKER KARARI.....	165
KAYNAKÇA.....	167

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AT.	: Avrupa Topluluğu
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
BATIDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
dpt.	: Dipnot
E.	: Esas
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İSO	: İstanbul Sanayi Odası
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İİK.	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
Krş.	: Karşılaştırınız
MK.	: Türk Medeni Kanunu
No.	: Numara
Örn.	: Örneğin
RA.	: Roma Antlaşması
RKHK.	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında
Kanun	
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TOBB.	: Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği
TŞOF.	: Türkiye Şoförler Ve Otomobilciler Federasyonu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu Türk Rekabet hukukunda Hakim durumun Kötüye kullanılması olup çalışmayı Türk Rekabet Kurulu Kararları çervesinde ve zaman zaman da Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamalarından bahsederek açıklamaya çalışacağız.

Türk Rekabet Hukuku benim hukuk fakültesinde öğrenci olduğum 1986-1990 yılları arasında Türkiye’de uygulaması olmayan bir hukuk dalı idi. Halen de hukuk fakültelerinde ders olarak okutulmadığını sanıyorum. Bu durum Türkiye’deki tüm hukukçular gibi bizim de rekabet hukuku kavram ve kurallarına intibak etmemizi ve onları rekabet hukuku anlamında yorumlayarak açıklamamızı biraz zorlaştırmıştır. En kısa zamanda rekabet hukukunun ana bilim dalı olarak hukuk fakültelerinde okutulmasını diliyorum.

Çalışmamızda yabancı kaynaklara atıf yapılmamış ve yabancı kaynaklardan çeviriler ölçüsünde yararlanılmıştır. Ancak Türk rekabet hukuku uygulamalarının Avrupa Topluluğu Adalet divanı ve Komisyonu kararlarından bağımsız ele alınması imkansızdır. Bu yüzden çok kıymetli hocalarımızın çevirilerini yaptıkları eserlere atıflar yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET KAVRAMI, REKABET KURALLARI VE REKABET HUKUKU

1. REKABET KAVRAMI

Rekabet Hukukunun çıkış noktasını rekabet kavramı oluşturur. Sözlük karşılığı ile rekabet, “yarışma, yarış”¹, “İş ve sanatta, ilim ve hünerde üstün olmaya çalışmak ve başkalarına rağmen kazanmak gayreti”², “Aynı amacı güden kişiler arasındaki çekişme, (Hukuk) : Aynı mesleği yapanların faaliyet gösterdikleri iş alanında birbirlerinden daha fazla müşteri elde etmek için kanun sınırları içerisinde gösterdikleri çaba. (İktisat) : Özellikle daha iyi fiyat, nitelik ve görünüş gibi yollardan yararlanarak daha çok satış yapmak isteyen ticaret adamları ve kurumları arasındaki çıkar çekişmesi. (Gayri kanuni rekabet) : Aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı başka şekilde iktisadi rekabetin kötüye kullanılması³ şeklinde genel olarak tanımlanabilir.

Günlük yaşamda rekabet, üstün olan tarafı belirlemek için toplum tarafından geliştirilen bir yoldur. Toplum, bir konuda en iyi olanı belirlediğinde sosyal yaşamın diğer elemanlarında bu en iyiyi yakalamak ve hatta geçmek için bir refleks gelişir. Rekabetin bu etkisi, bireyleri ve kurumları, bilgi ve becerilerini geliştirmekte, kapasitelerini verimli kullanmakta ve geliştirmekte motive eder ve bu yönüyle bir çok iyi, yeni toplumsal değerın üretilmesini teşvik eder. Ekonomik rekabet esasen sosyal yaşamdakinden farklı bir özellik göstermez ancak daha dar bir alanı düzenlediğinden kurallaşma ve kurumlaşma bakımından farklılık arz eder.⁴

Ekonomi bilimciler rekabet tanımlarını “piyasa yapısı” kavramı üzerine şekillendirmişlerdir. Rekabet ile kastedilenin, malın fiyatının arz ve talebe göre belirlendiği ve faaliyet gösterenlerin kişiliklerinden bağımsız bir piyasa şekli olduğu yönündeki tanım

¹ Türkçe Sözlük, TDK Yayınları.

² Büyük Türk Sözlüğü, s.1012

³ Meydan Larousse, 10 uncu Cilt.

⁴ AKINCI, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, Lisans Üstü Tez Serisi, No:5, Ankara 2001, s.3

yanında rekabet “her bir alıcının sonsuz miktarda talep ile karşılaştığı piyasa” şeklinde de tanımlanmıştır. “Liberal ekonomistler arasındaki baskın görüş, rekabetin, piyasa yapısına ilişkin bir niteleme olduğu yönündedir⁵

Türk ekonomik sisteminin mevcut yapısının “Pazar/piyasa ekonomisi” olduğundan yola çıkılarak RKHK’un Genel Gerekçesinde şu ifadelerle yer verilmiştir:

“Temel yapı ve unsurları itibarıyla bugün ülkemizde varolan ekonomik sistem, piyasa ya da Pazar ekonomisidir. En genel anlamıyla piyasa ekonomisi; ekonominin merkezi bir karar biriminin yönlendirdiği bir ekonomik düzeni ifade etmektedir. Buna göre; ekonomik birimlerin yönlendirilmesi ve koordinasyonu, arz ve talep miktarının belirlenmesi, malların fiyatlarının oluşumu, fiyat, miktar, kalite ve diğer şartlara ilişkin bilginin elde edilmesi gibi temel ekonomik fonksiyonlar piyasalarda gerçekleşmekte ve piyasalar tarafından belirlenmektedir.

Piyasa ekonomilerinde işlerliğin sağlanması ve korunması için uygulanan ekonomik politikaların temel ve merkezi unsuru rekabettir. Başka bir deyişle, rekabet ancak piyasa ekonomisiyle bir varlığa sahiptir ve piyasa ekonomisinin işlerliği, sağlıklı bir rekabet ortamının mevcudiyetine bağlıdır.

Liberal ekonomik sistemin hakim olduğu bir ekonomide pazarda oluşan talebe göre üretim yapanlar arasında, fiyat, kalite, ürün çeşitliliği gibi unsurlar üzerinde oluşan karşılıklı ifade ettiği de söylenebilecek olan rekabet, RKHK’un Genel Gerekçesi’nde “Genel olarak piyasa ekonomilerinde rekabet; kar, satış miktarı ve Pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşılıklı ilişkiler süreci olarak tanımlanmaktadır.” Şeklinde ifade edilmiştir.

Akıncı, eserinde, günlük dilde kullanılan ve rekabet olarak ifade edilen durumu “rakip olmak” şeklinde ifade ederek “rekabet kavramından” farklılaştırmak gerektiğine işaret etmekte ve bu duruma ilişkin şu örneği vermektedir: “Örneğin, iki bağ sahibi arasında rekabet vardır, ancak birinin kendi çıkarı için diğerinin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik herhangi bir davranışı yoktur, hatta birbirlerine yardım ederler. Her ikisinin üretim

⁵ a.g.e., s.4

miktarları, piyasadaki arza göre o kadar azdır ki, birinin davranışından diğerinin zarar görmesi söz konusu olmadığı için , birbirini rakip olarak kabul etmezler. Ancak çok sayıda bağcının yer aldığı üzüm piyasası rekabet şartlarını yerine getirmekte, her iki bağcı arasında, hasım durumu olmadan da, rekabet gerçekleşmektedir. Yani rekabet kavramı, sadece çok sayıda alıcı ve satıcının bulunduğu ve hiçbirinin tek başına piyasayı etkilemek gücüne sahip olmaması durumu ile ilgilidir⁶

Rekabetin var olması gerekliliği ve buna ilişkin kuralların gelişiminin altında yatan düşünce rekabetten beklenen faydadır.Devlet, rekabet kuralları ve kurumları ihdas edip bunları gerektiği gibi işletmediği takdirde serbest piyasa ekonomisinin bir süre sonra kendi kendine, ekonomik ve toplumsal yaşama ve hatta siyasal yaşama olumsuz etki yapan bir kimliğe büründüğü görülür. Bu durumda büyük tekelleşmeler doğar ve bu durum; paylaşımı bozar, kaynakların savurganca kullanılmasına, sınai ve teknik gelişmenin engellenmesine neden olur. Tekeller bir süre sonra o kadar zenginleşir ki demokrasiyi ve barışı tehdit eder hale gelirler.

Rekabet sistemi toplumun tercihlerine öncelik vererek aynı zamanda demokrasinin gelişmesini ve devamlılığını da sağlar⁷

BADUR, tez'inde; rekabet etkin , dürüst ve işleyen bir sistem olmalıdır dedikten sonra Stockmann'ın 7 madde altında topladığı rekabetin fonksiyonlarını saymıştır.Bunlar:

1) Kaynak dağılımı fonksiyonu: Optimum kaynak dağılımının ve dolayısıyla optimum verimliliğin sağlanmasında, fonksiyonel işlevliğe sahip rekabet en iyi araçtır. Ekonomik kaynaklara sahip olan birimler, bunları en karlı biçimde kullanmak isteyeceklerinden rekabet yoluyla kaynaklar en etkin oldukları alanlara kayarlar.

2) Teknik Gelişmeyi Sağlama Fonksiyonu: Pazarlanabilir yeni bir ürüne dönüşecek yeniliğin firmalara sağlayacağı kazançlar, yeniliğin yaratılması için güçlü bir teşvik unsuru olmaktadır

⁶ a.g.e., s.5

⁷ BADUR,E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi No:6, Ankara 2001,s.7

3) *Gelir Dağılımı Fonksiyonu:* Etkin rekabet, ekonomik başarının ödüllendirilmesine dayandığı için, daha verimli olanlar daha çok kar ve dolayısıyla daha yüksek gelir sahibi olacaktır.

4) *Tüketici tercihlerinin tatmini fonksiyonu:* Rekabet, piyasadaki mal çeşitliliğini, fiyatların düşürülmesini, kalitenin arttırılmasını sağlayarak tüketicinin yararını korur.

5) *Ekonomik Gücü Kontrol Fonksiyonu:* Etkin rekabet, kontrol edilemeyen ekonomik gücün ortaya çıkmasını engeller. Ekonomik gücün kontrolünün belli bir boyuttan sonra, politik gücün de kontrolü anlamına geleceği yukarıda açıklanmıştır.

6) *Politik Gücü Kontrol Fonksiyonu:* Etkin bir rekabetin işlediği bir alanda devlet müdahalesinin hiçbir dayanağı bulunamayacağı için, devlet herhangi bir müdahaleden önce bunun zorunlu olup olmadığını iyice gözden geçirmekle mükellef olur.

7) *Bireylerin Tercih ve Davranışlarında Özgürlük Sağlama Fonksiyonu:* Etkin rekabet, girişimcilere maksimum davranış ve seçim özgürlüğü sağlar. Bu özgürlük etkin bir rekabetin temel koşullarından biri olmanın dışında , başlı başına değer de içerir⁸

Rekabet Hukuku öğretisinde de rekabetin çeşitli tanımları yapılmıştır. Bunlardan bazıları, “Nispeten adil bir yarış ortamında birden çok benzer konumdaki katılımcının yarışma kurallarına bağlı olarak istedikleri bir konuma ulaşmak için aynı anda yaptıkları çabalar ”⁹ . “...alıcıların ve satıcıların kendi başına fiyatı ve toplam arz miktarını etkilemek gücüne sahip olmadığı ve giriş çıkışların serbest olduğu bir piyasa şekli.”¹⁰ Olarak sayılabilir.

Bir rekabet hukuku süjesi olarak “rekabet” kavramının “sosyal bir olgu olarak” genel rekabet kavramından hangi noktada ayrıldığıının belirlenmesi gerekir. Genel olarak rekabeti, “rakip olmak” şeklinde ifade edersek, ekonomi bilimi açısından rekabet kavramı , sadece çok

⁸ a.g.e. , s.8-9

⁹ PARASIZ, İ.: Rekabet Ekonomisi ve Düzenlemeler, Bursa 2001, s.1

¹⁰ TİRYAKİOĞLU, B.: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s.1

sayıda satıcı ve alıcının bulunduğu ve hiç birinin tek başına piyasayı etkilemek gücüne sahip olmaması durumu ile ilgilidir¹¹

Bu anlamda rekabet tanımı , doğrudan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (*Bundan böyle “RKHK”, “ 4054 Sayılı Kanun” veya sadece” Kanun” şeklinde kullanılacaktır.*) 3 üncü maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bu Kanunun Uygulanmasında;Rekabet: Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış,...ifade eder.*”

Kanunda, 3 üncü maddede “*Tanımlar*” başlığı altında yapılan diğer tanımlar gibi rekabet tanımı da eleştirilmiştir¹². Kanunun rekabet tanımının rekabetin özüne aykırı olduğu, tanımda belirtilen “*özgürce ekonomik kararlar verebilme ehliyeti*” nin, rekabetin değil teşebbüs kavramının unsuru olduğu belirtilerek Kanunun ifadesinin “*teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki yarışı*” şeklinde olmasının daha uygun olacağı¹³ yönündeki görüş ASLAN , tarafından tenkit edilmiştir¹⁴ . Yazar, bu ifadenin, rekabetten beklenen sonucu vurgulaması anlamında isabetli olduğunu savunmaktadır.

Rekabet tanımının içerisini dolduran ve hukuki bir terim olarak rekabeti günlük dildeki anlamından farklılaştıran rekabet kurallarıdır.

Rekabet kavramı ve olgusu endüstriyel faaliyetler açısından da büyük önem taşımaktadır.¹⁵

¹¹ DPT Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 1994, s.5

¹² AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Kanun Tasarısı, Uluslar arası Sempozyum, İSO, İstanbul 11-12 Mart 1999, s.5

¹³ ASLAN, İ.,Y.: Rekabet Hukuku, Bursa 2001, s.9

¹⁴ a.g.e. , s.9

¹⁵ “Rekabet kavramı, basit sözlük anlamının ötesinde, rekabet teorisinin ve pratiğinin getirdiği boyutlarda yorumlandığında, endüstriyel faaliyetlerin sürdürülebilir bir gelişme gösterebilmesinin ve özellikle toplumsal refaha katkı potansiyelinin artmasının açıklanmasında olmazsa olmaz bir role sahiptir. Şayet rekabetin etkileri olmamış olsaydı, endüstriyel faaliyetler bu güne kadar ulaşmış olduğu düzeyi yakalayamayacak ve toplumsal refaha katkı bu düzeyde gerçekleşmemiş olacaktı. Bu sav, rekabet olgusu ve kavramının, bir oyunun, bir ortamın, bir sürecin, bir dinamizmin, bir düzenin, bir mekanizmanın, bir kültür ve değerler sisteminin yarattığı etkiler çerçevesinde algılanması halinde anlam kazanmaktadır...Piyasalar ancak rekabetin olduğu ortamlarda bir regülatör görevi yapabilmektedir.” TÜRKKAN, E.: Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001, s.1

2. REKABET KURALLARI

2.1. Genel Olarak

Rekabet kuralları, piyasanın işlemesine neden olan rekabetin her türlü kısıtlanmasını (kısıtlama yerine bozma ve engelleme tabiri de kullanılabilir) önlemek amacını taşıyan düzenlemelerdir¹⁶.

Rekabet kurallarının amaçları, etkileri ve niteliği , *TEKİNALP*¹⁷ tarafından şu şekilde sınıflandırılmıştır:

AMAÇLAR, *dürüst ve adil rekabet piyasasının oluşmasını sağlamak, verimliliği arttırmak (kıt kaynakların etkin kullanımını sağlamak ve tüketiciyi korumaktır.*

ETKİLERİ, *Teşebbüslerin; dinamik hareket edebilmelerinde, teknolojiye açık olmalarında, pazarın isteklerine kulak vermelerinde, akli yöntemlerle giderleri kısmalarında, düşük fiyatlarla en kaliteli malları ve hizmetleri üretebilmelerinde, rekabetin etkileri vardır.*

NİTELİĞİ , rekabet kuralları; piyasa ekonomisini işleten, rekabetin hukuka aykırı sınırlandırılmasına izin vermeyen, rekabeti koruma açısından geniş anlamıyla yorumlanması gereken kurallardır.

“Modern dünyada , zor kullanımı ve baskıcı yönetimlerin en azından endüstriyel gelişmenin belli bir aşamasından sonra sürdürülemez olduğu tecrübeyle kanıtlanmıştır. Buna karşılık “rekabetin kamçısı” toplumsal açıdan en fazla kabul edilebilirliği olan yaptırım gücü olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde rekabet , sanayileşmenin demokratik bir ortamda gerçekleşmesini garanti altına almaktadır¹⁸.

Rekabet Hukukunun oluşması sürecinde toplumsal ve etik değerlerin ekonomik değerlere oranla daha önemli bir fonksiyona sahip olduğu söylenebilir. Rekabet Hukuku ,

¹⁶ “Rekabet kuralları , piyasa ekonomisini işleten, rekabetin yasalara aykırı ve haksız tarzda sınırlandırılmasına mani olan önleyici normlardır.”, *TEKİNALP*, Ü.: AET Antlaşması 85 ve 86 maddeleri Anlamında ‘İŞLETME ‘ Kavramı (1) , İktisat Maliye, Cilt:26, s.452

¹⁷ *TEKİNALP*, Ü.: Avrupa Birliği Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2000, s.381 v.d.

¹⁸ *TÜRKAN*, E.: a.g.e., s.7

geçen yüzyılda ekonomi biliminde yaşanan gelişmeler ışığında “ekonomi kimliğini” bulmaktadır.

“Rekabet Hukukunun kabulünde ve gelişmesinde etkili olan düşünceler üç genel başlık altında toplanabilir: Hakkaniyet düşüncesinden kaynaklanan ve toplumun ve özellikle tüketicinin korunmasına ilişkin düşünceler, ekonomik yararı temine yönelik düşünceler ve rekabetten beklenen sosyal yarardır.”¹⁹

2.2. Haksız Rekabet/Rekabet Yasağı

2.2.1. Genel Olarak

Rekabet hukuku anlamında “rekabet” ile kapsam ve içerik olarak farklı olmakla beraber terminolojik olarak benzeşen “rekabet” kavramı ile ilgili düzenlemeler RKHK’dan önce Türk Ticaret Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda mevcuttur. Bunlar “Haksız Rekabet” ve “Rekabet Yasağı”na ilişkin düzenlemelerdir. Rekabet Hukuku kuralları, çeşitli fonksiyonları da beraberinde ifa etmek yanında temel olarak piyasanın etkin işlerliğini, verimliliği, kaynakların doğru kullanımını yani doğrudan rekabetin kendisini kurmayı ve korumayı amaçlar. Yani hedef ekonomik menfaatlerdir. Ancak haksız rekabet ve rekabet yasağına ilişkin kurallarla amaçlanan kişilerin menfaatleridir. Bu kurallarla rekabet değil rekabetin ne şartlarla yapılacağı düzenlenir²⁰.

2.2.2. Haksız Rekabet

Haksız rekabet ve Rekabet Hukuku kuralları, ticari niteliğe haiz faaliyetleri düzenlemek paydasında buluşurlar. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi düzenlemelerin sağlamaya çalıştıkları “beklenen ve istenen sonuç” farklıdır.

T.T.K.m.56’da , “Haksız Rekabet, aldatıcı hareket ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir.” Denilmektedir.

57 inci maddede ise:”Hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler hususiyle şunlardır” denilerek 1’den 10’a kadar madde numaraları ile özellikli aykırı hareketler tahdidi olmamak

¹⁹ ATEŞ,A.: a.g.e. , s.7

²⁰ a.g.e. , s.18

üzere belirtilmiştir. Madde 58 ile 65 arasında da haksız rekabet halinde hukuki ve cezai mesuliyetler düzenlenmiştir.

Hukuki mesuliyete ilişkin T.T.K.m.58 hükmünün “Çeşitli Davalar” başlığı altında getirdiği düzenleme şöyledir: “ *Haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse: a) Fiilin haksız olup olmadığının tesbitini, b) Haksız rekabetin men’ini, c) Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini, d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini, e) Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminat verilmesini, isteyebilir. / Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir./ Haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri haleldar olan müşteriler de birinci fıkrada yazılı davaları açabilirler.*”

Yine T.T.K. 64 ve 65 inci maddelerde, haksız rekabet halinde cezai mesuliyet düzenlenmiş ve T.C.K.’na istisna teşkil edecek şekilde belirli süreli hapis cezaları öngörülmüştür.

T.T.K. bu düzenlemesi ile ,piyasada faaliyet gösteren bir kimsenin “iktisadi menfaatlerini” koruma altına almış ve rakip olanın hareket alanının bir diğerine karşı sınırlarını belirlemiştir. Kanunda belirlenen sınır aşıldığında yaptırımlar devreye girer, zarar gören veya zarar görme tehlikesi bulunanlar bu haksız rekabetin önlenmesi, zararın tazmini dahil bir dizi tedbirin alınmasını mahkemelerden isteyebilir. Oysa mal arzının ve/veya fiyatının piyasanın normal koşulları dışına çıkılarak belirlenmesi gibi piyasadaki rekabeti bozucu davranışların mevcudiyeti halinde Rekabet Hukuku kuralları gerekirse kendiliğinden devreye girerek sözü edilen davranışın sonlandırılmasını sağlar.

T.Borçlar Kanununda ise “Haksız Rekabet” , 48 inci maddede genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre: *Doğru olmayan haberler yayılması veya dürüstlük kurallarına aykırı diğer hareketlerde bulunulması suretiyle müşterileri azalan veya bunları kaybetme tehlikesine maruz kalan kimse, bu hareketlere son verilmesini ve kusurun mevcudiyeti halinde*

zararın tazminini talep edebilir. / Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

Buradan da anlaşılacağı üzere Borçlar Kanunu, ticari işlerin dışındaki durumlar için tıpkı 49 uncu maddedeki haksız fiil düzenlemesi gibi genel bir hüküm getirmektedir.

2.2.3. Rekabet Yasağı

Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler de haksız rekabet kuralları gibi aynı amaca yani ticari faaliyet içerisinde yer alan kimselerin haklarını koruma altına almaya yönelik olup Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu içerisinde yer alır.

Acentalık müessesesine ilişkin düzenlemede Kanun, 118 inci maddede “İnhisar” başlığında , “Aksi yazılı olmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı için birden fazla acenta tayin edemeyeceği gibi ; acenta dahi aynı yer veya bölge içinde birbirleri ile rekabette bulunan müteaddit ticari işletmeler hesabına aracılık yapamaz.” Hükümünü getirmektedir.

Kollektif şirketlere ilişkin T.T.K.madde 172 düzenlemesi de “Rekabet Yasağı” başlığını taşımakta olup ortakların şirketle ilgili olarak rekabet yasağını düzenlemektedir. Kanun’un 173 üncü maddesi de 172 inci maddede belirtilen rekabet yasağına ilişkin aykırı hareketlerin müeyyidelerini belirlemektedir.

Komandit şirketlerde rekabet yasağına ilişkin olarak T.T.K.madde 247’de 173 üncü maddeye atıf yapılarak çözüm getirilmiştir.

Anonim Şirketlere ilişkin T.T.K.madde 335 hükmü “Rekabet Yasağı” başlığı altında ayrıntılı şekilde düzenleme getirmiştir.

Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirkete ilişkin T.T.K. madde 483 düzenlemesi yine rekabet yasağına ilişkin kuralları belirlemektedir.

Limited Şirketlere ilişkin olarak T.T.K.madde 547’de, “Rekabet Yasağı” başlığı altında düzenleme yapılmıştır.

Tüm bu şirketlere ilişkin düzenlemelerde göze çarpan ortak noktalar, şirket ortak veya yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul veya diğer ortakların muvafakatını almadan şirketin konusuna giren veya şirket işi sayılan iş konularında kendi adına veya başkası adına muamele yapamayacağı ve sorumluluğu sınırlanmaksızın aynı iştigal alanındaki başka bir şirkete ortak veya müdür veya yönetim kurulu üyesi olamayacağıdır.

Bu sorumluluk kural olarak limited şirketlerde müdür olan ortağa, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olan ortağa getirilmiştir.

Borçlar Kanununda “Rekabet Yasağı”, 348 inci madde ve devamı ile 455 ve 526 ncı maddelerde düzenlenmiştir.

Madde 348’e göre: “İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait bir hizmet aktinde her iki taraf da aktin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edeceği bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler. / Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir. / İşçi, aktin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır.”

Devam maddelerde, rekabet yasağının; sınırı, şekli, hükümleri, sona ermesi konularına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Borçlar Kanunundaki diğer rekabet yasağına ilişkin hüküm 17 inci bölümdeki “Ticari Mümessiller Ve Diğer Ticari Vekiller” ana başlığı altında bulunmaktadır (T.B.K. madde 455). Borçlar Kanunundaki diğer bir düzenleme de 526 ncı maddedeki “Adi Şirketlere” ilişkin düzenlemedir.

İlerideki açıklamalardan da daha iyi anlaşılacağı üzere gerek T.T.K.’nda gerekse TBK.’da öngörülen rekabet yasağı ve haksız rekabete ilişkin düzenlemeler rekabet hukukunun genel prensiplerinden ve sağlamaya çalıştığı fayda/sonuç bakımından farklıdır. Rekabet hukuku bizatihi rekabetin kendisini korumaya çalışırken borçlar kanunu ile ticaret

kanunundaki düzenlemeler , bireysel menfaatleri ‘sözlük manası ile rekabete’ aykırı davranışlardan korumaya yöneliktir²¹.

3. REKABET HUKUKU

3.1. Genel Olarak

Rekabet hukuku, doğrudan rekabetin kendisini korumaya çalışan düzenlemelerdir²².

Rekabet hukukundan anlaşılması gereken, konusu mal ve hizmetler olan bir piyasayı etkilemeye ve temelde rekabeti kısıtlamaya yönelik olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile ilgili piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılması ve rekabeti bozacak şekilde oluşan birleşme ve devralmaların (yoğunlaşmaların) önlenmesine ilişkin “düzenleyici ve yasaklayıcı hukuki düzenlemelerin tümüdür.”²³

Rekabet hukukunun doğrudan rekabeti koruma fonksiyonu, onu yukarıda bahsi geçen haksız rekabet ve rekabet yasağı kavramlarından ayırır.

3.2. Rekabet Hukukunun Gelişimi:

ATEŞ, eserinde Rekabet Hukukunun tarihsel gelişimine ilişkin bilgiler verirken eski Yunan’da rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlere rastlandığını Aristoteles’in yazılarından yola çıkarak nakletmekte ve şu ilginç olayı aktarmaktadır: “ *Aristoteles, Miletos’lu Thales’e ilişkin verdiği bir örnekte, rekabeti kısıtlayarak bir filezofun nasıl kolaylıkla para kazandığını anlatır. Thales’in felsefe alanındaki çalışmaları kendisine maddi kazanç sağlamamaktadır. O da, yıldızlara bakarak zeytin mahsulünün hangi yılda çok olacağını belirler ve Mileto ve Khios’daki bütün zeytinyağı presçileri ile öncelikli kiralama anlaşması yapar. O sene mahsul iyi olunca da, bütün üreticilerin mahsülleri ellerinde kalır. Thales de sözleşmeden doğan haklarını devrederek çok para kazanmış olur.* Aristoteles, ticaretten para kazanma yolunun,

²¹ AŞÇIOĞLU, ÖZ, G.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s.5

²² a.g.e. , s.19

²³ TIRYAKIOĞLU, B.: a.g.e. , s.3 ; AŞÇIOĞLU, ÖZ, G.: a.g.e. , s.15

elden geldiği ölçüde rekabeti ortadan kaldırmak olduğunu, devletlerin de bazı durumlarda aynı yöntemi uyguladığını belirtmektedir.”²⁴

Hukuki bir metin niteliğindeki ilk rekabet kanunu, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1890 yılında yürürlüğe giren “Sherman Act”dir.

Bu kanun, rekabetin her türlü sınırlandırmasını , her türlü anlaşma ve tekelleşmeyi yasaklamaktaydı²⁵.

İkinci Dünya Savaşı’na giden süreçte ve savaş sırasında, büyük tekellerin, totaliter rejimleri yarattığı ve desteklediği, bu rejimlerin bir dünya savaşına yol açtığı kabul edilmiş,

²⁴ ATEŞ, A.: a.g.e. , s.32 v.d.

²⁵ “Sosyal alanda tekel kavramının ‘perse (kendiliğinden,kural olarak)’ olumsuz anlam içermesi birden olmamıştır. Amerikan ekonomisinde , özellikle iç savaşın ardından görülen büyümenin ve bunun toplumsal sonuçlarının Rekabet Hukuku alanındaki ilk belirgin tesbitlere konu olabilecek ortam yarattığı söylenebilir. Büyük ölçekli üretim ekonomisinin, bırakınız yapsınlar düsturu ile , yalnızca belli pazarlarda değil gündelik hayatın her alanında etkinleşmesi, firmaların yatay ve dikey olarak hiçbir sosyal sınırlamaya tabi olmaksızın faaliyette bulunmaları ile karakterize edilebilecek üretim patlaması mevcut talepten fazlasını üretir bir ekonomik yapı oluşturunca, iktisadi ve toplumsal bir krizin ilk belirtileri ortaya çıkmaya başlamıştı. Bu şartlar altında, iç savaşın ardından gelen büyüme sekteye uğramaya başlamış ne var ki arz fazlasından muzdarip olan piyasaya yeni üreticilerin girmesi durmamıştı.

Endüstrileşmenin ilk basamaklarında yeni gelenler için piyasaya giriş koşulları engelleyici bir mahiyet taşımıyordu. Avrupa’da sıkışmış iş gücünün ve sermayenin kıtaya akmaya devam etmesi ile piyasalar mamul mallarla dolmaya başladı. Bu durum öyle bir hal aldığı değişmeyen sermaye giderlerinin yüksekliği nedeni ile pek çok endüstriyel girişim –üretimi durdurmaktansa-zararla devam eder hale geldiler. Pek çok ürün piyasasında bu gelişmelerin kaçınılmaz sonucu kronik üretim fazlalığı, boğaz boğaza rekabet ve birbiri ardı sıra ortaya çıkan iflaslar oldu.(Bu arada dünya kapitalizminin 1890’larda yeniden açılmak üzere ilk genel krizine girmekte olduğunu da belirtmekte fayda vardır.)

Girişimciler, firmalar 1870 sonları ve erken 1880’lerde sert rekabete alternatifler üretmenin yollarını araştırmaya başladılar. Bu dönemlerin ortak çözümleri fiyatlardaki düşüşleri azaltmak ve ürünlerin piyasaya sürülmesinde ortak tutum geliştirmektir. Daha sonraları ürün akışlarını koordine etmek maksadı ile havuzlar oluşturulduğunu görüyoruz...Bu geniş havuzların üyeleri oldukça bağımsızdırlar. Ayrıca bu ilk hali ile havuz anlaşmasını işlerine gelince çiğnemekten kaçınmıyorlar...yasaklanan piyasalara giriyorlardı...daha bağlayıcı yöntemlere ihtiyaç vardı ve tröst kendisine üye kuruluşların yönetimlerinde kontrolün yeknesaklaştırılması için gerekli hukuki araçları sağlaması açısından bu ihtiyaca cevap verebilecek nitelikteydi...bu tip kontrol eninde sonunda siyasi iktidar ile ilişkilenebilir kaçınılmaz olan devasa iktisadi yapılar oluşmasına olanak verdi...Tröstün iç piyasa üzerindeki etkisi tarım ve imalat sektörlerindeki küçük üreticilerin cevaplayamayacağı fiyatlar, ayak uyduramayacağı teknolojiler ve hammadde girdileri üzerinde artan fiyat baskıları oluşturur Bunun neticesinde nüfusun büyük çoğunluğunun hayat standardı düşmüş,tröste karşı doğrudan bir siyasi bilinç doğmuştur. Bu gelişmenin sonunda tröst Amerika’da yasa ile düzenlemeye tabi tutulmuştur. ‘Bırakmayınız herşeyi de yapmasınlar’: Bu yasa Sherman yasasıdır. Bu yasa sermayenin işleyişi önünde yeterli engel olmamış, 1914 yılında Clayton Act yasası çıkarılmıştır...Her iki yasa da iktisadi gücün bir elde toplanması karşısında demokratça bir siyasi ve ahlaki yargı içermektedir.” KUNTALP, E.: Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar,Perşembe Konferansları 10, Ankara Ekim 2000, s.34-36

savaş sonrası Amerika'nın liderlik konumu belirginleşmiş ve bu dönemde gelişen Amerikan Ekonomisi, Avrupa'ya rekabet politikalarını ve yasalarını da kabul ettirmiştir²⁶.

Bu günkü Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin , bu süreçlerde oluşturdukları milli rekabet hukuku mevzuatına ek olarak 1957 Tarihli AET Antlaşmasının (Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması veya Roma Antlaşması) 85 ve 86 ıncı (yeni 81 ve 82) maddelerinde topluluk rekabet hukukunun somut normları belirlenmiştir. Birlik içerisinde uygulamayı Avrupa Komisyonu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı yapmaktadır. Rekabet hukuku sistemleri başlıca üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Örneği Amerikan Anti-Trust Hukuku olan “Yasaklama Sistemi”, “Hakim durumu değil ama bunun kötüye kullanılmasını yasaklayan sistem” ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile birlikte Türk Hukuk Sisteminin de benimsediği ve tekellerin bir bölümünün tamamen yasaklandığı, bir bölümünün ise kötüye kullanma denetimine tabi tutulduğu “Karma”/”Uzlaştırıcı” sistemdir. Ancak yasaklama sisteminin katı bir biçimde uygulamalarına rastlayacağımız Amerikan Sisteminin, kamu yararının ve ekonomi üzerinde olumlu etkilerin gerçekleşmesi halinde bazı durumlarda bir kısım rekabetten vazgeçilebileceğine ilişkin Avrupa birliği uygulamasına yönelik adımlarının da bulunduğu belirtilmelidir. Sistemdeki bankaların birleşmesine ilişkin kararlarda bu durum göze çarpmaktadır²⁷. Roma Antlaşması, çalışmamızda ayrı bir başlık altında açıklanacağı üzere 4054 Sayılı RKHK'un da mehası niteliğindedir.

3.3. Rekabet Hukukunun Genel Hukuk İçerisindeki Yeri

Hukukun genel tasnifi içerisinde devletin sosyal hayata müdahalesi şeklinde karşılaşılan kuralları kapsayan kamu hukuku ve kişilerin birbirleri ile ilişkilerini ayrıca bireyin özel hayatını düzenleyen kuralları kapsayan özel hukuk ayrımı yapılagelmektedir. Rekabet hukuku kişilerin özel menfaatlerini koruyan bir amaca sahip olmadığı ve öngördüğü yaptırımların kamu gücünün kullanılması şeklinde tezahür ettiği ve rekabetin bizatihi kendisinin korunmasının kamu düzeninin korunması ile yakından bağlantılı olduğu düşünüldüğünde rekabet hukukunun kamu hukuku özelliklerinin ağır bastığı düşünülebilir.

²⁶ DPT Rekabet Hukuku Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s.38 v.d. ; TİRYAKİOĞLU,B.:a.g.e.,s.6 ; PARASIZ, İ.: a.g.e., s.11 v.d.

²⁷ ASLAN,İ.Y.: a.g.e. , s.10 ; TİRYAKİOĞLU, B.: a.g.e. , s.17

Amerikan sisteminde rekabet hukukunun kamusal özelliği daha net ortadadır. Zira rekabet hukuku ABD’de ceza hukukunun bir dalı olarak düzenlenmiştir. Cezalar rekabet hukuku alanında uzmanlaşmış mahkemeler tarafından verilmektedir.

Oysa bizim de içinde bulunduğumuz Avrupa Birliği uygulamasında soruşturmayı yapan ve cezaları veren yer bir idari makamdır²⁸

RKHK’un 27 inci maddesi (a) bendinde yer alan *“Bu kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tesbit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak.”* Şeklindeki ifade rekabet hukukunun uygulanabilmesi için kullandığı araçların da kamusal nitelikte olduğunu göstermektedir.

Rekabet hukuku ekonomi hukukunun bir dalı olarak²⁹ ve hem özel hukuk hem de kamu hukuku özellikleri taşıyan karma bir görünüm arzetymekte, kimi kez de doğrudan uygulanabilir hükümler şeklinde karşımıza çıkmaktadır³⁰. Ekonomik anlamda rekabet, kaynak kullanımında ve tüketiminde verimliliği temin ve gelişmeleri teşvik ederek tüketicilerin refahını azamiye çıkarır. Rekabetin ekonomik sistemin temel taşlarından biri olması ve teşebbüslerin faaliyetlerinin tüketiciler üzerindeki etkilerinin belirlenmesinde ekonomik verilerin önemi sebebi ile Rekabet Hukuku ile ekonomi bilimi arasında sıkı bir ilişki mevcuttur.Bu bağ iki nedenden kaynaklanır.Bunların ilki Rekabet Hukuku ile rekabetin ekonomik sonuçlarının da elde edilmesinin amaçlanmış olması, ikincisi ise piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesinde ekonomik bilgilerin gerekli olmasıdır³¹.

²⁸ BADUR,E.: a.g.e. , s.25

²⁹ TİRYAKİOĞLU, B.: a.g.e. , s.17 ; Devletin iktisadi kolluk faaliyeti ile Rekabet hukuku arasındaki ilişki için bkz.ASLAN,Z./BERK, K.: Rekabet Kurumu’nun Oluşumu,Görev ve Yetkileri İle Yargısal Denetimi, s.53 v.d.

³⁰ Geniş açıklama için bkz. TİRYAKİOĞLU, B.: a.g.e. , s.20

³¹ ATEŞ, A.: a.g.e. , s.21-22

3.4. Türk Rekabet Hukuku: (4054 Sayılı RKHK)

3.4.1. Genel Olarak:

1982 Anayasasının 167 inci maddesinde devlete, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi verilmişse de 4054 Sayılı RKHK'un 1994 yılı sonunda yürürlüğe girmesine kadar Türk Hukukunda rekabet kavramı ile ilgili hükümler daha önce açıklandığı üzere Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunundaki rekabet yasağı ve haksız rekabete ilişkin hükümlerden ibaretti.

4054 Sayılı RKHK'dan önce maddi hukukun rekabet ihlallerine uygulanması bakımından Medeni Kanunun 23 ve 24 üncü maddelerinde düzenlenen kişilik haklarına ilişkin hükümlerden faydalanılması tartışılmışsa da rekabet hukuku kuralları ile Medeni Kanunun 23 ve 24 üncü maddelerinde yer alan hükümler arasında büyük farklar bulunmaktadır.

TCK'nun 366 ıncı maddesindeki , devlet ihalelerinde oluşacak rekabet ihlallerini cezalandıran hüküm, uygulama alanının sadece devlet ihaleleri ile sınırlı tutulması açısından rekabet hukuku alanında çıkabilecek sorunlara uygulanma şansı yoktur³².

4054 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinde; Türkiye'nin Avrupa Birliği ile uyum sürecinde yaptığı Gümrük Birliği Anlaşması kapsamında imzalanan protokolün etkisi olmuştur (Ortaklık Konseyi,06.03.1995 Tarih, 1/95 Sayılı Kararı, madde 30-36, 37-41) . Bu protokol imzalanmayacak olsa Rekabet Kanununun yürürlüğe girmesi de çok zor olurdu kanaatindeyim. Zira Türk Hukukunda 1994 yılında yasalaşan 1992 tasarısından önce de 1978 yılında ve sonrasında tasarılar hazırlanmış ancak bunların yasalaşması mümkün olmamıştır Bu tasarılarından ilki 1978 tarihli *İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Ticaret Bakanlığı Tasarısıdır* : Devletin ekonomik hayata müdehaleci tavrı tasarıda hissedilmektedir. Adından da anlaşılacağı üzere bu tasarı iç ve dış ticaretin düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır. Ancak tasarının 16 ıncı ve 17 inci maddelerinde rekabet hukuku kapsamına girecek hükümler yer almaktadır.16. madde fazla fiyatla satışı, 17. madde satış ve hizmet sağlamaktan kaçınmayı yasaklamaktadır. 26.madde düzenlemesi ile devlet doğrudan, ekonomide pazarlama ve

³² Rapor , s.25 v.d. ; TİRYAKİOĞLU, B.: a.g.e. , s.15 v.d.

stoklama konusunda faaliyetlerde bulunabilecek ve emirler verebilecektir. Tasarının 27.maddesinde bir fiyat ve maliyet tespit kurulu oluşmuştur. Tasarının 56. maddesi fiyat, üretim ve dağıtım tekellerini ve kartellerini yasaklamaktadır.

Diğer bir tasarı "*Ticarette Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun Tasarısıdır*": Bu tasarı ile de fiyat, üretim ve dağıtım tekelleri yasaklanmaktadır. 6.madde ile maksatlı olarak üretimin durdurulması veya kısıtlanması ve 7.madde ile işletmelerin ekonomiye zarar verecek şekilde büyümeleri yasaklanmaktadır.

"*Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*" da bir diğer hazırlanmış tasarıdır. Bu tasarıda hem tekeller hem de rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yasaklanmıştır.

"*Mal ve Hizmet Piyasalarının Denetlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*" kartelleri ve tekelleri ayrıntılı bir biçimde düzenleyen ilk tasarıdır. Tasarının 39.maddesi Kartel yasağını, 40.maddesi istisnaları, 41.maddesi Kartel Kurumunun iznine bağlı kartelleri düzenlemektedir. İkinci kısım tekeller ve pazara egemen teşebbüslere ayrılmıştır. 44.maddede bir tekel, hakim durum tanımı yapılmış 45.maddede tekeller ve pazara hakim teşebbüslerin gözetimi, diğer bazı maddelerde de birleşmelerin denetimi ve kartel kurulu düzenlenmiştir. Tasarı,

Türkiye için tam bir rekabet hukuku sistemi öngörmektedir. Ancak kurulun bakanlığa bağlı olması ve bir teşkilatının bulunmaması kanunun uygulanabilirliğine gölge düşürecek özelliklerdir.

"*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*" da diğer bir tasarı olarak rekabet hukukunu diğer dallarla birlikte ele almıştır. Kanunun uygulamasını yapacak bir kurul oluşturulmamıştır.

Doğrudan doğruya rekabet hukuku kapsamına giren konuları düzenleyen bir kanun tasarısı da "*Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar ve Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısıdır*": Bu tasarıdaki kartel tanımına göre; Hukuken zorlayıcı olmayan ve yazılı anlaşmalar...kartel kabul edilir. Bu tanım rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların oluşum şekillerine bakıldığında tutarsızdır. Kanun tasarısı genel anlamıyla uygulanabilirlikten uzaktır.

1989 tarihli Sanayi ve Ticaret Bakanlığının “*Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar ve Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısı*” nı halen kanunlaşmış olan mevcut *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı* izlemiştir³³ .

4054 Sayılı Kanun kaynağını Roma Antlaşmasından almış olmakla, yukarıda da belirtildiği gibi sistem olarak karma/uzlaştırıcı sistemi ilke edinmiştir. Karma sistem, “yasaklama” ve “kötüye kullanmanın yasaklandığı” sistemin mahsurlarını önlemek amacını taşır. Zira Rekabet Hukukundaki İngiliz yaklaşımını temsil eden “Kötüye Kullanmanın Yasaklanması” sisteminde tekeller, kartel şirketleri yasaklanmamakta ancak bunlar ve yaptıkları anlaşmalar çok sıkı denetime tabi tutulmaktadır. Ancak şirketler bir kez büyüdüklerinde artık onların kontrollerini sağlamanın ne kadar güç olacağı ortadadır.

Yasaklama sistemi ile her türlü tekelleşmenin yasaklanmasının henüz sermaye birikimini tam olarak sağlayamamış Türkiye gibi ülkelerde iktisadi yapıya olumsuz etkilerinin olması da muhtemeldir. Türkiye’nin geçmişte hazırlanan bir çok tasarıya rağmen bunları kanunlaştıramaması , bu yönde bir irade birliğini oluşturamamasının altında bu düşüncelerin bulunduğu açıktır. 1982 Anayasası’nın 167 inci maddesindeki “...devlete tüm tekelleri önlemek...” yönünde verilen görev kanaatimce 1980 öncesi dönemde Türkiye’de yaşanan siyasi gelişmelerle de ilgilidir. Bu dönemde büyük umutlarla iktidara gelen hükümetin kurulmasının hemen ardından bir çok zorunlu tüketim mallarının piyasadan çekilmesi ve petrol ürünlerini piyasaya arzeden ve çoğu yabancı büyük sermayeli şirketlerin arzlarını kısımları, ülkede kıtlık varmış havasının yerleşmesi halkın iktidara tepkisini körüklemiş ve güven yitiren siyasi iktidar ülkede güvenliği sağlamaktan aciz hale gelerek tabir caizse devrilmiştir. Ardından kurulan hükümet zamanında, piyasada bulunmayan bir çok malın ortaya çıkması ise şaşırtıcı bulunmuş ve uzun yıllar tartışılmıştır. Bu durum da göstermektedirki büyük tekeller ve bunların yönettiği muazzam sermaye gerektiğinde bir ülkenin siyasi ve idari yapısını istekleri doğrultusunda etkileyebilmektedir. Bu kanıya açılım sağlaması bakımından 1982 Anayasası’ndan sonra hazırlanan ancak yasalaşamayan “Mal ve Hizmet Piyasalarının Denetlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı”nın 39 uncu maddesi şöyledir: “*Serbest rekabeti ortadan kaldırmak veya kısıtlamak amacıyla, piyasaya egemen olmaya, piyasayı bölüşmeye, fiyatları sun’i olarak yükseltmeye, fiyatların*

³³ Rapor , s.27 ; ASLAN, İ.Y.: a.g.e. , s.23 ; AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e. , s.33 ; ESİN, A.: Rekabet Bülteni, Yıl:2000 , Sayı:2 , s.134

düşmesini engellemeye ve fiyatları sabit tutmaya, üretimi veya imalatı veya piyasaya mal ve hizmet arzını kısımaya, durdurmaya, malları yok etmeye, yönelik olarak ithalat, üretim, ihracat, dağıtım, pazarlama, ulaşım ve hizmet alanlarında gizli veya açık anlaşmalar veya bağlantılar yapmak veya kararlar almak ve uygulamak yasaktır...”

Rekabet Kurumunun ve Rekabet Kanununun Türkiye için erken olduğu yönündeki iddialar yanında konuyu enine boyuna inceleyen uzmanlar ; bu düşüncenin aksine geç bile kalındığını düşünmektedirler. Amerikan anti-tröst yasası ile Türk Rekabet Kanunu arasında zaman bakımından yüz yılı aşkın bir süreç vardır. Bu süreç sanayileşmemizin gecikmesine , kentsel nüfusumuzun artışına, insanımızın niteliklerinin artmasından, burjuvazinin 60’lı yıllardan sonra gelişmesine paralel olarak geç kalınmış bir süreçtir. 1980’li yıllara kadar Türkiye’de piyasa ekonomisine geçiş mümkün olmamıştı. Devletin ekonomideki korumacı ve dışa kapalı politikaları içeride suni olarak büyüyen dev şirketler ortaya çıkarmıştı. İç piyasa bu şirketlerin elinde olmakla bir rekabet yasasının yürürlüğü girmemesi halinde bunların daha da genişlemesi mümkün olacaktır. Esasen iç piyasada korumacı yaklaşımlarla büyütülen şirketlerin bu yolla tembelliğe sevk edildiği ve dışarıya açıldıklarında çok cılız kaldıkları görülür. Rekabetin etkinliği aynı zamanda tüketicinin refahını arttıracığından Türkiye’de, Rekabet Kanunu ve Rekabet Kurumu için geç bile kalındığı söylenebilir³⁴.

Türkiye’de tekelleşme ve karakteristik özellik olarak oligopol pazarlar rekabet ettiğimiz dış piyasaların standartlarının çok üzerindedir. Hal böyle iken piyasa ekonomisinin bu şartlarda düzgün işleyemeyeceği ortadır. Tüm sektörlerde piyasa giriş engellerinin kaldırılması , fiyatın gerçek piyasa koşullarında belirlenmesi , fırsat eşitliğinin sağlanması ekonomik hayata yasal olarak ve dünya standartlarında bir yapı ile müdehaleyi zorunlu kılar. Bu zorunluluk ekonomik gelişmenin, kaynakların verimli kullanılmasının ve tüketici mutluluğunun da anahtarıdır³⁵

³⁴ DURUKAN , T.: Kapitalistleşme Sürecinde Sanayileşme-Yoğunlaşma İlişkisi ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Kitap No:16, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara Haziran 2001, s.20

³⁵ BADUR, E.: a.g.e. , s.28

RKHK'un 1994 yılı sonunda çıkmasına karşılık Rekabet Kurulunun oluşturularak çalışmaya başlaması 1997 yılı sonlarında mümkün olmuştur. Kurul, 27/02/1997 tarihinde atanmış ancak 8 ay sonra ilk uygulamalarını gerçekleştirebilmiştir³⁶.

3.4.2. Kanunun Amacı:

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları, piyasaya hakim teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını, önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır (RKHK.m.1)³⁷

RKHK'un amacı Genel Gerekçede şu şekilde belirtilmiştir:

"Rekabetin sağlıklı bir biçimde tesisi için gerekli olan önemli bir başka koşul da bozulmayacak bir rekabet düzenini temin edebilecek gerekli hukuki alt yapının oluşturulmasıdır. Rekabetli ilgili hukuki düzenlemelerin bulunmadığı bir ekonomik düzende gerçek anlamda rekabetçi bir ortamın ve piyasa düzeninin varlığından söz edilemez.

Rekabete ilişkin hukuki düzenlemeler devletin piyasalara veya ekonominin kendi doğal seyri içinde yönlendirilmesine müdahalesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu konudaki hukuki düzenlemeler rekabet özgürlüğü alanlarının belirlenerek teşebbüslere eşit ve serbest bir şekilde rekabet edebilme fırsatını vermek amacıyla vazedilmektedir.

³⁶ Rekabet Kurumu 1 inci Yıllık Rapor, 05.11.1997-31.12.1999, Yayın No:0047, Ankara 2000, s.1; Esasen 4054 Sayılı RKHK'un oluşması sürecinde tasarının...yeterince tartışılmadığı, hukuk fakültelerinde bile okutulmayan dar bir akademik çevrede bilinen ve hal böyle iken tasarının genel gerekçesinin rekabet hukukunun anlamı, fonksiyonu, mukayeseli hukuktaki uygulamaları hakkında temel bilgileri içermesinin gerekliliği ancak bunun yerine son derece afaki kalan ve konunun yabancı olan Türk Hukukçu Kamuoyuna hiçbir somut bilgi vermeyen bir genel gerekçe ile yetinilmesi gibi hususlar eleştirilmiştir.: BUDAK,A.C.: Uluslar arası Sempozyum, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısının Eleştirisi, s.127 v.d.

³⁷ " İktisadi rekabetin, üretim ve kaynak dağılımında verimlilik ve teşebbüs özgürlüğünün tüketici menfaatlerinin korunması şeklindeki yararları iktisat kitaplarında yazılıdır. Bu fonksiyonları ile liberal ekonominin temelini teşkil eden rekabet, gerçek dünyada ki tehdit ile karşı karşıyadır.Bu tehditlerden biri serbest piyasanın dışından gelen, deyim yerinde ise 'harici' bir tehliktir: Devletin ekonomiye müdahalesi. İkinci tehlike ise serbest piyasanın içinden, piyasada rol alan işletmelerden gelir.Bu tehlike kendini iktisadi temenküz 'merkezileşme ve tekelleşme' şeklinde gösterir. İşletmeler...tekelci rekabet piyasasının avantajlarından yararlanmak eğilimindedir. İşte rakabet hukukunun gayesi iktisadi rekabeti bu temerküz etkisinden korumaktır...Bir piyasada zaten hakim durumda bulunan bir işletme bu 'piyasaya hakim durumu' kötüye kullanabilir.Fiyatı arttırmak için üretimi...düşük tutmak gibi.Rekabet hukuku bu kötüye kullanmalara da engel olmayı amaçlar: Uluslar arası Sempozyum, s.136 ; Ayrıca bkz. TÜRK,H.S.: Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, Batider, C.XIII, Sayı:2, s.125 v.d.

Tüm hukuk sistemlerinde genel kabul görmüş temel amaçlar; rekabet sürecinin veya serbest rekabetin muhafazası ya da etkin rekabetin korunması şeklinde ifade edilmektedir. Böylelikle rekabetin korunması ile ticaret serbestisi ve pazara giriş özgürlüğü sağlanmış olmaktadır. Fransa ve Almanya'da rekabet politikaları özgürlüğü koruyacak pazara girmek isteyenlerin girişlerinin dürüst olmayan yollarla engellenmesini önlemeye yarayan bir amaç olarak nitelendirilmektedir. Bu bireysel hareket edebilme özgürlüğü, demokratik anayasal sistemin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir.

Rekabet sürecinin korunması ile, ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağılımı sağlanırken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte, genel refaha olumlu katkılar da sağlamış olacaktır. Ticari faaliyete katılanlar arasındaki rekabet daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, daha az maliyetle üretim yapılmasını, teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkmasını teşvik edici bir güven üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu doğuracaktır.

Rekabet düzeni ile yukarıda belirtilen amaçların yanında ikincil amaçlara ulaşmak da hedeflenmektedir. Herşeyden önce rekabet düzeni, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak küçük işletmelerin korunmasına yardımcı olmaktadır. Diğer taraftan, rekabetin olmadığı bir ekonomik düzende devletin iktisadi hayata müdahalesi artmakta ve kamuya ait iktisadi teşebbüslerin giderek çoğalması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, rekabet düzeni piyasada doğruluk ve dürüstlüğün yaygınlaşmasına da katkıda bulunmaktadır. Ayrıca, rekabetçi ortamın enflasyonun aşağıya çekilmesinde önemli yararları olduğu da bilinmektedir.

Rekabet Kanunu ile çözümlenmesi beklenen diğer önemli bir husus da, ülkede girişimci ruhun yeniden canlandırılmasıdır. Rekabet Kanunlarının bulunmadığı piyasalarda, piyasaya giriş engelleri yaratılarak, yeni gireceklerin engellenmesi oldukça yaygın bir durumdur. Bu tür uygulamalar, başarılı olma mücadelesini piyasa dışına taşıma, başarısız olma riskini arttırma ve piyasaya yeni girecek olanlardan başarı sayısı yüksek ve bilgili olan kişilerin piyasalardan uzaklaşmasına yol açma gibi önemli sakıncalar taşımaktadır...Rekabeti tacirler arası bir yarışma hali olarak kabul eden görüşler günümüzde geçerliliğini

ytirmiştir.Çağımızda , serbest rekabet piyasasından söz edildiğinde, anonim rakiplerin verimlilik, daha kaliteli mal veya hizmet sunma ya da daha ucuz mal arz etme yolundaki uğraşları kastedilmektedir.Hazırlanmış olan bu Rekabet Kanunu ile , piyasalara yeni girişler, mevcut giriş engellerinin kaldırılması suretiyle kolaylaştırılmakta, başarısızlık riski hesaplanabilir hale getirilmekte ve halkın bundan azami yarar sağlaması amaçlanmaktadır. Ülkemizde Cumhuriyetin ilanından itibaren gelişmesi için gayret gösterilen serbest ticari sistem, Rekabet Kanunlarının eksikliği nedeni ile , çeşitli mal ve hizmet piyasalarında çarpık gelişmelere yol açarken, toplumdaki girişimci ruhun azalmasına da yol açmıştır. Bugün çeşitli mal ve hizmet piyasaları incelendiğinde, piyasalara yeni girişlerin son derece sınırlı olduğu, öngörülme risk faktörleri sebebi ile eğitim görmüş girişimci ruhunun giderek azaldığı hatta giderek yok olduğu görülmektedir.

Yasayı hazırlayanların RKHK için öngördükleri hedef ve varmayı düşündükleri amaç kanımca ülkemizdeki tüm mal ve hizmet piyasaları için bu Kanunun itici güç vazifesi görmesidir. Bu amacı gerçekleştirirken Kanun, tekellerin biraraya gelerek piyasaya girişleri engelleme ve sair rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunmamalarını sağlayacak, hakim durumdaki piyasa aktörlerinin bu hakim durumlarını kötüye kullanmamalarını temin edecek ancak bunları yaparken de kamu yararı ve ekonomik gereklilikler cevaz verdiği ölçüde rekabetin engellenmesi tanımına girecek davranışlardan bazılarına muafiyet tanıyacaktır.

Kanunun amacı rekabeti kurmak ve korumak olmalıdır.Korumak ve kurmak ifadesi kanundaki diğer hükümler meseleleri çözemediğinde yorumun genişletilmesi bakımından kullanılacaktır. RKHK'un 1.maddesinde amaç tanımı yapılırken sadece işletmeler arası rekabeti bozucu anlaşmalar ile hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin ifade edilmesi ve birleşme ve devir yoluyla rekabetin sınırlandırılması hususundan bahsedilmemesi tamamen madde metninin kaleme alınması ile ilgili bir durumdur. Diğer ifade bozuklukları da dikkate alınarak madde metninin "Türkiye Cumhuriyeti içinde etkin bir rekabet sistemini kurmak ve korumaktır" şeklinde ifade edilmesi daha uygun olacaktır.20. maddedeki "Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini..." ifadesi 1.maddedeki amaç tanımından daha isabetli olmuştur³⁸.

³⁸ ASLAN,İ.Y.: a.g.e. , s.28 v.d.

3.4.3. Kanunun Kapsamı:

Kanun, 1 inci maddede belirlenen amacını gerçekleştirmek için :

-Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları,

-Piyasada hakim durumda olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını,

-Hakim durum yaratmaya veya var olan bir hakim durumu güçlendirmeye yönelik ve bunun sonucu olarak rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlemleri kapsamına almıştır:(RKHK.m.2) .

Kanunda yasaklanan faaliyetlerin de çatısını oluşturan bu işlemler Kanunun 4 üncü maddesinde düzenlenen “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma,Uyumlu Eylem Ve Kararlar”, 6 ıncı maddede yer alan “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” ve 7 inci maddede düzenlenen “Birleşme Ve Devralmaların Kontrolüdür”. Ayrıca 4 üncü maddede yasaklanan fiiller için 5 inci maddede getirilen “Muafiyet” sistemi de belirtilmelidir.

Ancak belirtilmelidirki Kanunun 2.maddesindeki düzenleme yanındageniş anlamda rekabet hukuku işletmelerin davranışları sonucu rekabetin bozulmasından başka devletin çeşitli tasarrufları ile doğrudan ya da dolaylı olarak piyasalarda rekabetin bozulması sonucunu doğuran, örneğin devlet yardımları, kamu alımları gibi hususlarla, uluslar arası ticaret söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkabilecek anti-damping uygulamalarını da kapsamaktadır³⁹.

Dar anlamda rekabet hukuku ve politikalarının konusu ise , işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar ve işletme birliği kararları ile hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve birleşme ve devralmaların kontrolü oluşturmaktadır⁴⁰.

³⁹ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e. , s.18

⁴⁰ a.g.e. , s.18

Yapılan tanımlamalardan anlaşılmaktadır ki; bizim kanunumuz dar anlamda rekabet hukukunu konu edinmiştir⁴¹.

Rekabet hukuku düzenlemeleri ekonomik sistemin anayasaları olmakla ticari ilişkilere uygulanmaları da doğaldır. Kanunda, kamu işletmelerine ve kanunun ekonominin sektörlerine göre nasıl uygulanacağına ilişkin hükümler bulunması gerekirdi ancak böyle bir tanımın yapılmamasının yorumlanması ile varılan sonuç; kanunun, ekonominin tüm sektörlerine ve işletmenin niteliğine bakılmaksızın (kamu-özel) herkese uygulanabilir olduğudur⁴².

Kanunun kapsamından bahsederken kapsadığı yer ve zaman bakımından özelliklerinin belirtilmesi gerekir. Kanun, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde mal ve hizmet piyasaları ile bu piyasaları etkileyen faaliyetlere uygulanacaktır. Türkiye’de yerleşik olmamakla beraber Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki mal ve hizmet piyasalarını etkileyen yabancı bir ülkede yerleşik işletmelere de uygulanabilir sonucuna varabiliriz. Böyle bir uygulama halinde verilebilecek cezanın tahsili sorun olabilecektir. Bu durum içtihatlarla veya kanunlarda yapılacak düzenlemelerle çözümlenmeye çalışılmaktadır⁴³.

Kanunun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensipler yine kanunda gösterilmiştir. Örneğin İdari para cezalarına ilişkin hükümlerin kanunun yayım tarihinden itibaren 1 yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Bu hükmün amacı, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, geçiş dönemi için bir süre kazandırılmasıdır .

Kanunun 16 ve 17 inci maddelerindeki düzenlemeler dışındaki tüm düzenlemelerin kanunun yayım tarihinde yürürlüğe girmesi gerekirken Rekabet Kurulunun kanunun yayım tarihi olan 1994’ten üç sene sonra 1997 tarihinde faaliyete başlayabilmesi nedeni ile tüm hükümler aynı anda yürürlüğe girmiştir⁴⁴ yayım tarihi olan 1994 ‘den 3 sene sonra 1997 yılında faaliyet başlayabilmesi nedeni ile tüm hükümler aynı anda yürürlüğe girmiştir⁴⁵

⁴¹ ASLAN, İ.Y.: a.g.e. , s.29

⁴² a.g.e. , s.30

⁴³ BADUR, E.: a.g.e. , s.42

⁴⁴ a.g.e. , s.42

⁴⁵ a.g.e. , s.25

Ancak ileride de açıklanacağı üzere 6 ıncı madde kapsamında kötüye kullanma sayılan ve yasaklanan faaliyetlere, 5 inci madde ile getirilen ‘muafiyet’ sistemi gibi bir ayrıcalık tanınmamıştır.

Çalışmamızın ana konusu olan “ hakim durumun kötüye kullanılması” ileride ayrıntılı olarak ele alınacağından burada “rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar” konusu üzerinde durmakta yarar vardır.

3.5. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma,Uyumlu Eylem Ve Kararlar:

3.5.1. Genel Olarak:

Rekabeti sınırlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları RKHK 4 üncü madde uyarınca yasaklanmaktadır.

Teşebbüs ve teşebbüs birliklerince oluşturulan anlaşma ve kararların rekabeti kısıtlama amacını taşıması veya rekabetin kısıtlanması etkisini doğurabilecek nitelikte olmasının, maddenin yasaklayıcı hükmünün uygulanması için yeterli olduğunun belirtilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, uygulanmamış ve böylece pazarda etki yaratmamış anlaşma ve kararlar, amacı ve olası etkileri yönüyle Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında yasaklanabilmektedir.

3.5.2. Anlaşma (Danışıklılık):

Kanun, “ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma”dan bahsetmekle beraber “anlaşma”dan tam olarak neyi kastettiğini belirlememiştir.

Bu durum tıpkı RKHK ‘a bir anlamda mehzaz teşkil eden ATA’nın 85 inci (yeni 81) maddesinde olduğu gibidir. ATA 85 inci madde, pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte olan anlaşmalar hukuka aykırı ve yasaktır demektedir.

Komisyon ve Adalet Divanı, anlaşma kavramının milli hukuk mevzuatlarındaki tanımlamalardan tamamen ayrı ve geniş yorumlanması yönünde kararlar vererek ATA'da tanımlanmayan "anlaşma" kavramının içini doldurmuştur⁴⁶.

4054 Sayılı Kanun anlamında anlaşma kavramının da Avrupa Birliği'nde Rekabet Hukukunun uygulayıcılarından olan Komisyon ve Adalet Divanı kararlarına paralellik arzemesi olağandır.

Rekabet hukuku anlamında anlaşmadan (danışıklılık) özel hukuk hükümlerine göre geçerli bir anlaşma (sözleşme) anlaşılmamalıdır. İnceleme konumuz bakımından anlaşma, her nevi uyuşmayı içerdiğinden sözleşme, akit kavramından geniş yorumlanmalıdır⁴⁷.

Yine rekabet hukuku uygulamasında "anlaşma"nın tespitinde, yazılı, sözlü gibi herhangi bir şekil şartı aranmadığı gibi meydana gelen uyuşmanın taraflar arasında hüküm ifade edip etmemesine de bakılmaz⁴⁸.

TEKİNALP⁴⁹, rekabet hukukunda danışıklılığı 'teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin rekabet riskini ortadan kaldırmak için herhangi bir şekilde görüş birliği içinde olmaları ve buna uygun hareket etmeleridir.' şeklinde tanımlamış ve "anlaşma"nın taraflar ya da ilgililer arasındaki, açık-kapalı, doğrudan dolaylı, sarıh-zımnî, sözlü-yazılı, tek taraflı-çok

⁴⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.71; İlgili ATAD Kararlarına ilişkin özetler ve açıklamalar için bkz.: ESİN, A.: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s.31 v.d.

⁴⁷ ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.72; TEKİNALP, Ü.: a.g.e., s.393; ERSİN, M.A.: Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 12-16 Ocak 2000, Cilt:4, s.539; SANLI, K.C.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler Ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s.76 v.d.; "Anlaşma" kavramından Rekabet Kurulunun ne anladığına ilişkin olarak "LPG-Adıyaman" kararının bazı bölümlerinin aktarılmasında fayda vardır: " Rekabet hukuku açısından anlaşmalarda şekil şartının aranmadığı, dolayısıyla Gaziantep Tilmen Oteli'nde yapılan toplantıya katılan şahısların ilgili firmaları temsile yetkili olmadığı ve adı geçen anlaşmada imzalarının bulunmadığı yönündeki savunmaların 4054 Sayılı Kanuna aykırı bir anlaşmanın varlığını ortadan kaldırmadığı...öte yandan 4054 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin gerekçesinde 'bu kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, hukuki şekil şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı ya da sözlü olmasının önemi yoktur... Denilmekle, bir sözleşme Türk Rekabet Hukuku çerçevesinde, yazılı veya başka bir şekil şartına bağlanmaksızın borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca ; taraflar arasında hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı yahut ortadan kaldırıcı hükümleri ihtiva eden ve literatürde "centilmenlik anlaşmaları" olarak tanımlanan sözleşmelerin de , 4054 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında bir değerlendirmeye tabu tutulması mümkündür.: Rekabet Kurulunun 26.11.1998 Tarih, 93/750-159 Karar Numaralı LPG-Adıyaman Kararı, Rekabet Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, s.115 v.d.

⁴⁸ ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.72-74; Rekabet Kurumu 1.Yıllık Rapor, s.2

⁴⁹ TEKİNALP, Ü.: a.g.e., s.390 v.d.

tarafli, yazili-yazisiz mutabakatlar veya saptamalar olabilecegini, bu acidan da ; niyet aciklamalari, gorus bildiren, tesbit yapan memorandumlar (aciklayici kisa notlar), tutanaklar, beyanlar, taahhutler, musterek aciklamalari anlasma sayilabilecegini belirtmistir.

“Anlasma”nın ortaya cikma sekelleri, genellikle “YATAY (rakipler arasindaki danisiklilik) ve “DIKEY (Üreticiler ,dagiticiilar ve bayiler arasindaki ve frençays veren ile kabul eden arasindaki danisiklilik) olarak belirlenmektedir⁵⁰.

Bunun disinda “anlasma”, bir isletmenin genel islem sartlari seklinde ortaya cikabilecegi gibi, söz konusu anlasmanin ; cebir altında yapilmasinin, bir fesih sözleşmesi seklinde olmasinin, geçersiz bulunmasinin, ne zaman yapildiginin ve baski altında girilmesinin sonucu degistirmeyecegi, önemli olanin “danisiklilikin” bulunup bulunmaması olduğu belirtilmelidir.

3.5.3. Uyumlu Eylem:

4054 Sayılı Kanun, teşebbüslerin rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlamak amaçlarını , anlasma dışında “uyumlu eylem” yolu ile de gerçekleştirebilecegini saptamakta ve yasaklamaktadır.(RKHK.m.4).

Kanun, uyumlu eylemi, anlasmanin ispatlanamadigi durumlarda ve piyasadaki fiyat degismelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendigi, bozulduğu veya kısıtlandigi piyasalardakine benzerlik göstermesi hallerinde bir karine olarak kabul etmektedir.(RKHK.m.4/3).

Bu karineden teşebbüslerin kurtulabilmesini ise, taraflardan birinin, ekonomik ve gerçekçi gereçeklere dayanarak , uyumlu eylemde bulunmadigini ispatlaması şartına bağılıdır.(RKHK.m.4/4).

Kanunun 4/3 üncü maddesindeki ifadeler, uyumlu eylemden ne anlasılması gerektiği yönünde ciddi ipuçları vermektedir⁵¹.

⁵⁰ a.g.e.,s.390; EŞİN,A.:a.g.e.,s.133: “ Frençays: Sınai,fikri veya ticari mülkiyet haklarının, markaların, ticari ünvanların, işaretlerin veya logoların, malların yeniden satışı veya hizmetlerin sunulması amacına yönelik olarak bir sistem veya know-how çerçevesinde değerlendirilmesidir.”

⁵¹SANLI, K.C.: a.g.e. , s.79 ; ASLAN, İ.Y.: a.g.e. , s.85

Uyumlu eylem", irade birliğinin yanında bir hareketin yapılmış olmasını, üzerinde mutabık kalınan olayın uygulama aşamasına geçirilmesini gerektirir. Bu özelliği ile 'anlaşma' veya 'karar'dan ayrılır⁵²

Rekabet Kurulu da, bir çok kararında anlaşmanın ispat edilememesi halinde uyumlu eylem analizi yapmış ve buna ilişkin saptamalarda bulunmuřtur⁵³.

Uyumlu eylemin oluşması için birden fazla teşebbüsün bulunması gerekir. Bunlar arasında uzlaşmaya delalet eden bir ilişki olması ve bu uyuşmanın piyasadaki rekabeti engellemesi ve/veya engelleme akacına yönelik olması gerekir⁵⁴.

Kanunun ngrdğ "uyumlu eylem" karinesini incelerken uyumlu eylem ile oligopol piyasa ilişkisi üzerinde durulmalıdır. Oligopol, piyasanın özelliği, piyasada birbirine rakip ve çoğunlukla aynı gte az sayıda işletmenin bulunmasıdır⁵⁵.

Bir piyasada az sayıda ve eşit gte işletmenin (satıcının) bulunması, birbirlerinin piyasa davranışlarına daha çabuk reaksiyon vermeleri sonucunu da doğurur.

Hal böyle iken oligopol piyasadaki işletmelerin bilinçli bir şekilde uyumluluğunun piyasanın doğal sonucu olduğundan bahsedilerek bu piyasalarda

⁵² AşçIOğLU Z, G.:a.g.e.,s.76 ; ASLAN, İ.Y.: a.g.e.,s.86; EşİN , A.: a.g.e.,s.34 v.d.; SANLI, K.C.: a.g.e., s.79: "...tartışmalı olmakla birlikte belirtmek gerekirken, uyumlu eyleme temel olan taraflar arasındaki mutabakatın, klasik anlamda irade uyuşması dzelinde olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Böylelikle anlaşma ve sözleşme gibi irade uyuşmasının şart olduğu haller dışında, 'bilinçli paralellik' gibi hallerin de uyumlu eylem ve 4 üncü madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün olacaktır...Uyumlu eylem şu şekilde tanımlanabilir: Uyumlu eylem bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalara benzerlik göstermesi ve özellikle; piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir işbirliği durumudur." Başka bir tanıma göre uyumlu eylemler, teşebbüslerin, aralarında szli veya yazılı herhangi bir sözleşme yapmadan , bir anlaşma ya da mutabakata varmadan, birbirleriyle uyumlu olan kararları alıp uygulamaya koyarak veya birbirleriyle uyumlu davranışlarda bulunarak belirli bir mal ya da hizmet piyasasında rekabeti bozmaları, kısıtlamaları veya engellemeleridir.:TEKİNALP,Ü.: a.g.e., s.395

⁵³ Rekabet Kurulunun: 99-24/209-122 ,20.05.1999 Tarihli, Marsa KJS Sabancı Gıda Kararı, 99-49/536-337 ,27.10.1999 Tarihli ,İstanbul Ekmek Pazarı,; 99-53/575-365, 24.11.1999 Tarihli İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Davası; 99-57/614-391,14.12.1999 Tarihli Telsim-Turkcell Uyumlu Eylem Davası ; 00-35/392-219,18.09.2000 Tarihli Petrol rnleri İşverenler Sendikası,PİS-TABđİS Davası : Kaynak:Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR),Yıl:2,Cilt:2, Sayı:1, s.217 v.d.; 00-24/255-138, 27.06.2000 Tarihli 'Maya' Davası, Rekabet Dergisi, Cilt:1 Sayı:3, s.117 v.d.

⁵⁴SANLI, K.C.:a.g.e., s.81

⁵⁵ TEKİNALP, Ü.:a.g.e., s.395 ; SANLI, K.C.: a.g.e., s.81

RKHK'un 4 üncü maddesinin uygulanmaması şeklinde bir eğilim mevcuttur. Bu husus, Avrupa Birliği uygulamasında da böyledir⁵⁶.

“Firmalar, karşılıklı fiyat kırma faaliyeti ile amaçladıkları kar maksimizasyonuna ulaşamamakta , bunun yerine bir süre sonra rekabette – fiyat sabitleşme – (price fixing) adı verilen olay ortaya çıkmaktadır. Oligopolistik piyasalarda, fiyat sabitleştirme ve firmalar arası rekabeti fiyat dışı alanlara taşımak (reklam , kalite ve hizmet) çok rastlanan bir uygulamadır. Oligopolistik piyasalarda belli ölçüler dışında – fiyat rekabetinin –oluşması mümkün değildir. Türk piyasalarında da yoğunlaşma olan sektörlerde fiyat rekabetinin sektöre yeni oyuncu sokmama kaygısı dışında oluşmadığı görülmektedir”⁵⁷.

Uygulama açısından, tüm bu anlaşma ve uyumlu eylemlerin amacı; rekabeti sınırlandırmak yahut böyle bir etkiyi doğurabilmek olmalıdır. Kısıtlamanın hissedilebilir derecede olması da gerekir. Avrupa Birliği uygulamasında buna “de minimis” kuralı denilmektedir. Bir anlaşma, pazarda hissedilir bir etki yapıyorsa hukuka aykırı sayılıp yasaklanacaktır⁵⁸. Bunun karşıt anlamından çıkan sonuç, bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı faaliyeti ilgili pazarda hissedilir bir etki doğurmamışsa hukuka aykırılık yaptırımı ile

⁵⁶ ASLAN, İ.Y.:a.g.e., s.85-86; SANLI, K.C.:a.g.e.,s.82 ; Rekabet Kurulu'nun 99-57/614-391 Sayılı, 14.12.1999 Tarihli Turkcell-Telsim Kararı oligopol piyasaların irdelendiği bir karardır:Kararda şu tespitler yapılmıştır: “Turkcell ve Telsim'in uyumlu eylem içinde olduğuna karine teşkil edecek herhangi bir bilinçli paralel davranış gözlenemediği anlaşılmaktadır..Aksine firmaların Pazar davranışları, oligopol piyasalardaki klasik Pazar davranışlarına uymaktadır.Bir piyasanın oligopol olarak adlandırılabilmesi için o piyasadaki firmaların birbirlerinin hareketlerini dikkate almak zorunda olmaları gerekir. Bu da ancak firma sayısının sınırlı oluşu veya her firmanın piyasa payının toplam içinde önemli bir yer tutması ile mümkündür. “ :Ankara Barosu FMR Dergisi, Yıl:2,Cilt:2,Sayı:1,s.195

Ayrıca bkz.:Rekabet Kurulunun 00-24/255-138 Sayılı 27.06.2000 Tarihli MAYA Firmaları Kararı, Rekabet Dergisi,Cilt:1,Sayı:3,s.117

Avrupa Topluluk Mahkemesi (ATM) , “Dyestuffs” kararında, oligopol piyasaların durumunun dikkate alınması, bu konuda ekonomik bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. ATM'ye göre ,söz konusu piyasalarda teşebbüslerin bağımsız nitelikteki birbirinin aynı olan karar ve davranışları, uyumlu eylem olarak mütalaa edilmelidir. Yani bir teşebbüsün kararı bağımsız ise, teşebbüs kararını, rekabet riskini ortadan kaldıran bir işbirliği çerçevesinde almamışsa, isterse kararı başka teşebbüs veya teşebbüslerce alınan kararlara uyumlu olsun yasak bir kartelden söz edilemez.Çünkü böyle bir kararı almak söz konusu (oligopolistik) piyasalarda aklın gereği olarak ortaya çıkabilir.:TEKİNALP,Ü.:a.g.e., s.395 v.d.; ESİN, A.:a.g.e.,s.44

⁵⁷ CANSEN E.: Firmaların Fiyatlandırma Kararlarına Oyun Teorisi Açısından Bir Yaklaşım, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No:0065, Ankara Ekim 2000, s.25 v.d.

⁵⁸ “...Avrupa Birliği Komisyonu'nun 'Azımsanabilir Nitelikteki Anlaşmalar Üzerine Duyuru' yayınlanmıştır. Söz konusu duyuruya göre anlaşmaların ATA 85 inci (karşılığı RKHK.m.4) madde kapsamına girmemesi için tarafların anlaşmaya konu mal ve hizmetlerinin toplulukdaki ilgili mal veya hizmet pazarı içerisindeki payının %5'den küçük olması ve anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin yıllık cirolarının 200 milyon ECU (Euro) 'dan az olması gerekmektedir.”:ESİN,A.:a.g.e.,s.63 ; “de minimis” kuralının AB Rekabet Hukukundaki uygulamaları için bkz.ESİN,A.: Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda de minimis Kuralı Değişiyor ,Rekabet Bülteni, Sayı:5,Yıl:2001,ESC Yayını,s.1 ; SANLI,K.C.: a.g.e.,s.101 v.d.; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.56;ASLAN,İ.Y.: a.g.e.,s.99 v.d.;TEKİNALP,Ü.: a.g.e.,s.400

karşılaşmayacaktır. 4054 Sayılı Kanunda “de minimis” kuralı hakkında açık bir hüküm öngörülmemekte ancak Rekabet Kurulunun bazı kararlarında kuralın uygulamasına rastlanılmaktadır⁵⁹.

3.5.4. Rekabeti Sınırlama,Bozma Amacı :

Yasa; anlaşma, uyumlu eylem veya kararın rekabeti sınırlayıcı bozucu amacı olup olmadığı ile ilgilenmektedir. Bu duruma örnek sayılabilecek haller, 4054 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde sayılmıştır. Bu haller tahdidi değildir. Öyleyse anlaşma, uyumlu eylem veya kararın amacı açıkca anlaşılmadığı takdirde etkisine bakılacaktır. Yani amaç anlaşılıyorsa, anlaşma,uyumlu eylem veya kararın rekabeti sınırlayıcı etki doğurup doğurmadığına bakılmıyacaktır⁶⁰.

3.6. “Per se” Ve “Rule Of Reason” Doktrinleri :

“Per se” yalnız başına/niteliği gereği anlamında olup bazı türden anlaşmaların, nitelikleri gereği rekabeti sınırlandırdıklarını , rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılmasına gerek olmaksızın hukuka aykırı sayılmaları gerektiğini ifade eder⁶¹. Amerikan Anti-Trust Yasası olan Sherman Act., 1 inci maddesinde, rekabeti sınırlayıcı olan her türlü düzenlemeyi hukuka aykırı saymaktadır. Ancak yasanın çok katı olarak uygulanması halinde ortaya çıkabilecek olumsuz durumlar da gözetilerek bir ayrıma gidilmiş ve her halde rekabeti kısıtladığı kabul edilen anlaşmalar yanında bazı anlaşmaların rekabeti “makul ölçüler” dışında sınırladıkları takdirde hukuka aykırı sayılması görüşü oluşmuştur⁶².

Rule of reason” yani “haklı sebep kuralı” , yukarıda bahsedilen görüşten yola çıkılarak oluşturulmuştur.

⁵⁹ Türk Rekabet Hukuku uygulaması için bkz.:Rekabet Kurulunun ; 19.02.1998 Tarih, 53/384-44 Sayılı Kararı, 14.09.1999 Tarih, 99-42/444-278 Sayılı Kararı , www.rekabet.gov.tr internet adresinden

⁶⁰ 41 AŞÇIOĞLU ÖZ , G.: a.g.e., 57 v.d.; TEKİNALP , Ü.: a.g.e. , s.403 ; ASLAN , İ.Y.: a.g.e. , s.103 ; SANLI ,K.C.: a.g.e. , s.90 v.d. ; ESİN , A.: a.g.e. , s.60 v.d.

⁶¹ SANLI,K.C.:a.g.e., s.97; TEKİNALP ,Ü.: a.g.e.,s.402 ; ASLAN, İ.Y.: a.g.e. ,s.119 ; ASLAN ,İ.Y.: Rekabet Hukuku Ve Yargı Sempozyumu, Ankara 5 Mart 1999, Rekabet Kurumu Yayını, s.18; Rekabet Kurulunun, 99-53/575-365 Sayılı,24.11.1999 Tarihli Kararı Rekabet Dergisi,Cilt:1 , Sayı:4,s. 186

SANLI,K.C.:a.g.e., s.97; TEKİNALP ,Ü.: a.g.e.,s.402 ; ASLAN, İ.Y.: a.g.e. ,s.119 ; ASLAN ,İ.Y.: Rekabet Hukuku Ve Yargı Sempozyumu, Ankara 5 Mart 1999, Rekabet Kurumu Yayını, s.18; Rekabet Kurulunun, 99-53/575-365 Sayılı,24.11.1999 Tarihli Kararı Rekabet Dergisi,Cilt:1 , Sayı:4,s. 186

⁶² TEKİNALP,Ü.:a.g.e.,s.402; Sherman Act.’ın uygulaması ve bu uygulamada gelinen noktalara ilişkin geniş açıklama için bkz.:SANLI ,K.C.: a.g.e.,s.96 v.d.; ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.119

ASLAN'a göre⁶³: "...bazı anlaşmalar şimdiye kadar edinilen tecrübelerin ışığında, fazla bir analize gerek olmadan per se yasaklanır. Bazı anlaşmaların ancak çeşitli pazar koşulları ile birleşirse rekabeti sınırlayıcı olabileceği kabul edildiğinden, bunların rule of reason –haklı sebep- analizine tabi tutulması ve sonucuna göre yasaklanması gerekmektedir. Amerikan Hukukunda per se yasaklanması gereken anlaşmalara 1 inci derece rekabeti sınırlayıcı anlaşma , rule of reason analizi gerektiren anlaşmalara ise 2 inci derecede rekabeti sınırlayıcı anlaşma denmektedir.”

Per se yasaklanan haller, aslında rule of reason analizinin uygulanması ile tesbit edilen durumlardır. Amerikan Rekabet Hukuku, fiyat belirleme, arzın kontrolü ve piyasa paylaşmaya yönelik yatay anlaşmaları “niteliği gereği” hukuka aykırı kabul etmektedir. Avrupa Birliği ve dolayısıyla Türk Rekabet Hukuku uygulaması, Amerikan Hukukunda oluşan bu “yargısal doktrinleri” yasal düzenlemelere teşmil etmiştir⁶⁴.

3.7. Yatay Ve Dikey Anlaşmalar:

Rekabet hukuku kavramlarından olan ‘yatay ve dikey anlaşma’ ya da kısıtlama olgusu , ticari hayatta, ekonominin organizasyonundan ve rekabetin bu organizasyon içindeki oluşumundan yola çıkar.

Yatay ilişki, rakipler ‘genellikle üreticiler’ arasındadır. Bir pazardaki dört seramik üreticisi birbirleriyle yatay konumda ilişkidir ve rakiptir.

Dikey ilişki ise, bir malın üreticisi-dağıtıcısı-ana işletmesi ile bayisi , dağıtıcı ile perakendeci arasındaki gibi piyasadaki ekonomik sürecin değişik aşamalarındaki teşebbüsler arasındaki ilişkidir ⁶⁵.

⁶³ ASLAN,,İ.Y.:a.g.e.,s.119

⁶⁴ 4054 Sayılı Kanunun 4/1 inci maddesinin per se ve rule of reason doktrinleri açısından değerlendirilmesi için bkz.SANLI,K.C.:a.g.e.,s.98 v.d.; “ATM kararlarında, kısıtlamaların objektif olarak gerekli veya başka tarzda ticari riskin alınmasının mümkün olmadığı durumlarda haklı sebebin varlığı kabul edilmiştir. ATM, paralel ithalatın önlenmediği tek satıcılık sözleşmelerini rekabeti kısıtlayıcı olarak değerlendirmemektedir. Yine ATM,franchise sözleşmelerinin, -hizmet-üretim-dağıtım şeklinde üç şekilde olduğunu, franchise alanın kullandığı tecrübe ve birikimi, onun kendi başına kalsaydı ancak uzun yıllar sonra ve araştırmalar sonucunda elde edeceğini...böyle bir sistemden yararla nabilmenin bazı şartlara bağlanmasının rekabetin kısıtlanması olmayacağını belirtir.: TEKİNALP,Ü.: a.g.e., s.409

⁶⁵ Yatay ve dikey ilişki tanımları için bkz.:ASLAN, İ.Y.:a.g.e. , 97 ; TEKİNALP, Ü.: a.g.e., s.409 ; AŞÇIOĞLU ÖZ, G.:a.g.e., s.59 ; Rekabet Kurumu 1 inci Yıllık Rapor, s.3; SANLI, K.C.:a.g.e. , s.92 ; ANIK, G.: AT Rekabet

Rakipler arasındaki ilişki olarak tanımlanan yatay anlaşmalara "kartel anlaşmaları" denilmektedir⁶⁶. Birbirlerinin rakipleri olan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmaların, rekabeti kısıtlama veya yok etme amaçlı olduğu kesinlik derecesinde sayılır⁶⁷.

"Yatay anlaşma sonucu taraf teşebbüslerin, fiyat veya alım satım koşulları saptaması sözkonusu mal veya hizmetin sunulduğu pazarı bölüşmesi ya da anlaşma sayesinde pazardaki güçlerini arttırarak pazarda bu gücü kötüye kullanmaları, rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri en açık örnekleri teşkil eder."⁶⁸

4054 Sayılı Kanunda saptanan fiyatın ve alım satım şartlarının belirlenmesi (madde 4/2.a) pazarın bölüşülmesi (madde 4/2.b), arzın kontrolü (madde 4/2.c), yatay anlaşmalara örnek olabilecek tipik piyasa davranışlarıdır⁶⁹.

4054 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde teşebbüslerin rekabeti kısıtlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi doğuran anlaşma, uyumlu eylem ya da kararları yasaklanıp, bentler halinde de örnek durumlar belirtilmişken 5 inci maddede 4 üncü madde hükümlerinin uygulamasından muaf olmanın şartları düzenlenmiştir.

"Muafiyet Sistemi" denilen bu durum teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının; a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmenin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için

Hukukunda Dikey Anlaşmalara Uygulanan Blok Muafiyet Sistemi, Ankara Barosu FMR Dergisi, Yıl:1, Cilt:1, Sayı:4, s.121-122 ; Hukuk Kurultayı 2000, s.539

⁶⁶ ÖZSUNAY , E.: AET'de "Kartel Yasağı İlkesi", İktisat Ve Maliye,Cilt:XXXIII ,Sayı:10, s.417; Kurultay 2000,s.539 ; ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.97:"Kartel, hukuksal ve ekonomik açıdan birbirlerinden bağımsız teşebbüslerin bağımsızlıklarını koruyarak, aralarında rekabeti sınırlandırmak veya tümüyle ortadan kaldırmak suretiyle piyasayı etkileme ve kontrol altında tutma amacıyla bir araya gelmeleridir."

⁶⁷ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e.,s.60

⁶⁸ ÖZOĞUZ,S.:Makale, Rekabet Bülteni, Sayı:5,Yıl:2001,s.18 ; Rekabet Kurulunun, 00-24/255-138 Sayılı, 27.06.2000 Tarihli MAYA Kararı, Rekabet Dergisi, Cilt:1, Sayı:3,s.117

⁶⁹ SANLI, K.C.: a.g.e., s.92, ayrıca rekabeti sınırlayıcı anlaşma,karar ve uyumlu eylem örnekleri için bkz.s.106 v.d.

zorunlu olandan fazla sınırlanmaması (ölçülülük) şartları oluşması halinde 4 üncü madde uygulamasından muaf olacağı hükmünü getirmektedir⁷⁰.

Muafiyet sistemi, tür olarak “bireysel” ve “grup” muafiyeti şeklinde işlemektedir. Bireysel muafiyet, örneğin, belirli bir rekabeti sınırlayıcı anlaşmayı 4 üncü madde uygulamasından ari tutmakta, bunun yanında grup muafiyeti karşımıza “genel,düzenleyici bir işlem” olarak çıkmaktadır⁷¹.

4. TEŞEBBÜS VE TEŞEBBÜS BİRLİKLERİ

Çalışmamızın ana konusu olan “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” bahsine geçmeden önce, şu ana kadar bir çok kez zikretmekle beraber tanımını yapmadığımız ve rekabet hukukunun merkez kavramlarından olan “teşebbüs” ve “teşebbüs birlikleri” kavramlarının açıklanmasında fayda vardır.

Rekabet hukukunun teşebbüsten ne anladığı, ekonomik faaliyet içerisindeki aktörlerin hangilerinin teşebbüs sayılacağı gibi konular, rekabet hukuku kurallarının uygulanmasındaki hareket alanını da belirleyecektir.

Burada şunu belirtmek gerekir ki; Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında “işletme” , “işletme birliği” kavramları kullanıldığı halde 4054 Sayılı Kanunda bunun yerine teşebbüs ve teşebbüs birliği kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Öğretide yazarlar, iki terimin de terminolojik olarak aynı şeyi ifade ettiğinde hem fikirdir. Kanımca, rekabet hukukunun Türk Hukuk sisteminde yeni bir dal olması nedeniyle işletme kavramının Türk Ticaret Kanunundaki işletme kavramı ile karışmaması ve sadece tüzel kişiliği haiz oluşumların uygulamaya konu olacağının düşünülmemesi için teşebbüs terimi tercih edilmiş olabilir.

⁷⁰ Rekabet Kurulu, Avrupa Birliği Grup Muafiyeti Tüzüklerine paralel olarak, 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım, 1997/4 Sayılı Tek Elden Satın Alma, Motorlu Taşıtlar Dağıtım Ve Servis Anlaşmalarına ilişkin ve 1998/7 Sayılı Franchise Anlaşmalarına ilişkin tebliğleri , 4054 Sayılı Kanunun 5 inci maddesine göre yürürlüğe koymuştur. Ayrıca Türkiye, AB Grup Muafiyet Tüzüklerinde yapılacak değişiklikleri 12 ay içerisinde yeni bir tebliğ yayınlamak üzere koyacaktır.:ESİN,A.: Makale, Rekabet Bülteni, Sayı:2, Yıl:2000, s.1

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.:SANLI,K.C.:a.g.e.,s.132 v.d.

4.1. Teşebbüs:

ATAD , bir kararında teşebbüsü şöyle tanımlamıştır: “Kişisel, somut ve soyut unsurlardan oluşarak bir bütün teşkil eden, hukuken bağımsız bir özneye bağlı, belirli bir ticari amacı sürekli bir biçimde güden örgütlenmeler.”⁷² Adalet Divanı, başka bir kararda teşebbüsü,”...belli bir ekonomik amacı devamlı olarak takip eden, birleşik ve bağımsız bir hukuki süje olarak kişisel, maddi ve gayrimaddi öğelerin bütününe ifade eder.”Şeklinde tanımlamaktadır⁷³.

Teşebbüs, hukuki konumuna, gerçek ve tüzel kişi olmasına bakılmaksızın ekonomik faaliyette bulunan tüm sùjeleri içermektedir⁷⁴.

4054 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde teşebbüs ve teşebbüs birliğinin tanımı yapılmıştır. Buna göre teşebbüs:Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle , bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri⁷⁵. Teşebbüs birliği ise: Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri ifade eder.

Yukarıdaki tanımlamalar, teşebbüsün rekabet hukukunda geniş anlamıyla kullanıldığını göstermektedir. “Bağımsızlık” ve “Sürekli arzedenden ticari ve/veya ekonomik faaliyet” teşebbüsün ilk bakışta çıkarımlanabilecek unsurlarıdır. Bağımsızlıktan kastedilen ekonomik faaliyetin icrası sırasında ve finansal açıdan bağımsızlıktır.

Rekabet Kurulu, teşebbüsü Kanuna uygun olarak yorumlamaktadır. Kurulun 00-36/401-227 Sayılı, 26.09.2000 Tarihli bir kararında teşebbüs şu şekilde yorumlanmıştır:”...ekonomik faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek ve tüzel kişilerin, birbirinden ayrı hukuki kişilikleri olsa dahi pay sahipliği ve karar alma süreçlerini etkileyebilme gücü bakımından kontrolü altında bulundukları gerçek veya tüzel

⁷² ESİN,A.: a.g.e., s.30 .

⁷³ TEKİNALP, Ü.:a.g.m., s.30

⁷⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e.,s.62

⁷⁵ Kanunun gerekçesinde ,teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. “Yani bu yavru şirket tek başına değil bağılı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir”ifadesi kullanılmıştır.

kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturdıkları ve tek bir teşebbüs sayılmaları gerektiği anlaşılmaktadır.”

Yine Rekabet Kurulunun 01-17/150-39 Sayılı, 06.04.2001 Tarihli “BELKO” kararında , Kanunun 3 üncü maddesi yanında, 12.08.1997 tarihinde

Resmi Gazetenin 23078 sayısında yayınlanan 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinin 4 üncü maddesi çerçevesinde yorum ve tesbitler yapılmıştır. İlgili kararda, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan teşebbüs tanımı ve 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinin 4 üncü maddesi çerçevesinde, ekonomik birlik ve teşebbüs kavramlarına ilişkin olarak: Belko Ltd.Şti.’nin Belso A.Ş.’nin sermayesinin %99,9996’sına , Belpa A.Ş.’nin sermayesinin %99,84’üne , Belpas A.Ş.’nin sermayesinin %99,66’sına, Belya A.Ş.’nin sermayesinin %98,4’üne ve Anfa Ltd.Şti.’nin sermayesinin %93’üne sahip olması ve tüm bu işletmelerde ki kontrol esasının tek elden sağlanmış olması itibariyle aynı yönetim birimine bağlı gruplar olarak, ekonomik bir bütünlük içerisinde değerlendirilmeleri gerekir.” Tesbiti yapılmıştır.

00-25/258-140 Sayılı , 04.07.2000 Tarihli kararda, ilginç bir durum olarak teşebbüs niteliği olmayan kuruluşların rekabeti sınırlandırmasından bahsedilmiştir: “Rekabet ancak teşebbüs niteliğine haiz gerçek ve tüzel kişilerin tek başlarına ya da birlikte davranışları dolayısıyla engellenir, bozulur ya da kısıtlanırsa 4054 Sayılı Kanun kapsamına girmektedir. Yargı yerlerinin ya da idarenin düzenleyici birimlerinin, teşebbüs niteliği haiz olmadan alacağı kararlar veya yapacağı işlemler dolayısıyla rekabet kısıtlanırsa , Kanun hükümleri uygulanamayacak ve ilgililer hakkında zorlayıcı bir işlem tesis edilemeyecektir...”

Rekabet Kurulu, 99-46/500-316 Sayılı, 11.10.1999 Tarihli kararında bir analiz yapmamakla beraber Türkiye Futbol Federasyonu’nu teşebbüs saymıştır. Bu örnek, teşebbüs tanımında, kar amacı güdüp gütmemenin önemli olmadığını, ticari-ekonomik faaliyet içerisinde bulunmanın yeterli olduğunu belirlemek bakımından göz önüne alınmalıdır.

Ticaret hukukunda işletme tanımı (ticari işletme) bir mameleki-malvarlığını ifade eder ve kara yönelik faaliyet söz konusudur. Oysa anlaşıldığı üzere, rekabet hukuku

anlamında böyle bir unsurun bulunması şart değildir. Bu durum kamu işletmeleri bakımından önem taşır⁷⁶.

Yine bir tanıma göre :”Hukuki kalıbı ve kar amacı dikkate alınmaksızın, ekonomik faaliyetin dışında sayılamayacak ve münhasıran şahsi ihtiyaçların karşılanmasını aşan bağımsız faaliyetler rekabet hukukunun kapsamındadır.” Dolayısıyla bu faaliyeti gerçekleştiren her türlü şahıs teşebbüs olarak adlandırılabilir.

4.2. Teşebbüs Birlikleri:

“Teşebbüs Birlikleri” kavramı, 4054 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde , ‘teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik’ olarak tanımlanmıştır. Buradan çıkan sonuç, teşebbüslerin biraraya gelerek oluşturduğu tüzel kişiliği bulunmayan gruplaşmalar, Kanun uygulamasında teşebbüs sayılacaktır. Kamu kurumu niteliğinde kurulan meslek kuruluşları da keza Kanunun uygulanmasında teşebbüs sayılacaklardır⁷⁷.

Buradan hareketle; ticaret sanayi odaları, barolar, tabip odaları, mimar mühendis odaları v.b. kuruluşlar Kanunun uygulanmasında teşebbüs birliği kabul edilebileceklerdir.

⁷⁶ TEKİNALP,Ü.:a.g.m., s.455

⁷⁷ SANLI , K.C.: a.g.e., s.38

İKİNCİ BÖLÜM

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

1. GENEL OLARAK

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6/1 inci maddesine göre: “ Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.”⁷⁸

Bir ya da birden fazla teşebbüsün , hakim durumlarını kötüye kullanmasını yasaklayan 6 ıncı maddede, hakim durumun kötüye kullanılması halleri, tahdidi olmamak üzere ; pazara girişlerin engellenmesi, başka teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılması, bir mal veya hizmetle birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının şart koşulması ya da tekrar satışa ilişkin sınırlamalar getirilmesi, bir piyasadaki hakim durumdan faydalanılarak başka bir piyasadaki rekabeti kısıtlamaya, bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunulması ve pazarlama faaliyetleri ile teknik gelişmenin tüketici zararına kısıtlanması halleri sayılmıştır.

4054 Sayılı Kanunun 6 ıncı maddesi uygulaması açısından teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Pazar payı, ürün çeşitliliği, pazara giriş engelleri, ürünün ikame edilebilirliği ve diğer özellikleri gibi unsurlara bağlı olarak ortaya çıkarılan hakim durum, teşebbüsün aynı piyasada faaliyet gösteren rakiplerinden, mal sağlayıcılarından, alıcılarından bağımsız ekonomik kararlar alabilmesini sağlamaktadır.

⁷⁸ Maddede hem ‘hukuka aykırıdır’ hem de ‘yasaktır’ ibarelerinin kullanılması ‘talihsizlik’ olarak nitelendirilmiş, her ikisinin aynı anlama geldiği belirtilmiştir.:ASLAN,İ.Y.: a.g.e., s. 209

Kanunun 6 ıncı maddesinin yasakladığı husus, tanımdan da anlaşılacağı gibi bizatihi hakim durumda olmak değil bu hakim pozisyonun, rekabeti engelleme amacına yönelik olarak kötüye kullanılmasıdır.

Hakim durumun kötüye kullanılması, ileride inceleneceği üzere pazardaki rekabet üzerinde ciddi olumsuz etkiler yapmaktadır. Bu yüzden 6 ıncı madde kapsamında olduğu belirlenen kötüye kullanma hallerine 5 inci madde uygulamasına benzer şekilde muafiyet tanınmamaktadır.

Hakim durumun kötüye kullanılması bahsi, Kanunun düzenlemesine uygun olarak “Hakim Durum”, “Mal Veya Hizmet Piyasası (İlgili Pazar)” ve “Kötüye Kullanma” başlıkları altında incelenecektir.

2. HAKİM DURUM

2.1.Tanım:

Kanun, 3 üncü maddesinde “hakim durumu” tanımlamıştır. Buna göre 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.

Kanunda yapılan tanımın, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku İçtihatlarından yola çıkılarak oluşturulduğunda doktrinde birlik vardır⁷⁹.

ATAD, “Hoffman-La Roche” davasında hakim durumu şu şekilde tanımlamıştır: “...rakiplerden, sağlayıcılardan ve müşterilerden bağımsız olarak davranarak etkin rekabeti önemli bir ölçüde önleme gücü.”⁸⁰.

⁷⁹ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.151: Yazara göre, mehz Roma Antlaşması’nda ‘hakim durum’ tanımı yer almamakla birlikte Avrupa Birliği uygulamasında içtihatlarla oluşturulan tanım, 4054 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesine taşınmıştır. ; ESİN, A.: a.g.e., s.180 ve dipnot 339 : Unuted Brands k.-Komisyon davasında ATAD, hakim durumu şu şekilde tanımlamıştır: Bir firmanın ilgili piyasada, rakiplerinden ve müşterilerinden büyük ölçüde bağımsız hareket edebilmesini ve istediğinde etkin rekabeti bozabilecek güce sahip olmasını sağlayacak durum. ; Ayrıca bkz.: SANLI, K.C.: a.g.e., s.246 ; ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.210

⁸⁰ TEKDEMİR, Y.: AT Rekabet Hukuku Işığında “Birlikte Hakimiyet” Kavramı :Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı:4 : Aynı mahiyette bkz., ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.210

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku İçtihatlarına göre genel kabul gören bir tanım da şöyledir: “Sahip olunan ekonomik güç, rakip, sağlayıcı, müşteri ve tüketicileri dikkate almaksızın teşebbüsün bağımsız karar alabilmesine imkan sağlıyor ve ilgili piyasada etkin rekabetin devamını engelleyebiliyorsa, o taktirde 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 edilmelidir. Bu çerçevede, ticari başarı ve karlılık, hakim durumda olmanın mutlak bir şartı değildir⁸¹.

“Bir işletmenin hakim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendine mal temin eden diğer satıcıları göz önüne almaksızın bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum, bir işletmenin pazar payı veya pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde tedarik imkanları ya da sermaye nedeniyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir işletme açısından böyle bir Pazar gücünden söz edilebilmesi için bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak mutlak bir hakimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa dahi söz konusu işletme ya da işletmelere , davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir.” Bu tanımla, Komisyon ve Adalet Divanı, hakim durumun her somut olay çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesini uygun görmüştür⁸².

Bir teşebbüs ya da teşebbüslerin hakim durumunun tesbitinde ‘mutlak güç’ olması zorunlu değildir diyen görüş yanında bir fikre göre ise “hakim güç kavramı ‘monopol gücü’ anlamına gelmektedir. Buna göre hakim firma, pazarda piyasanın şartlarına göre oluşacak dengeleri hiçe sayarak pazara kendine göre oluşturacağı dengeyi/düzenlemeleri dayatmaktadır⁸³.

‘Pazar gücü’ anlayışına göre teşebbüs pazarda ya monopoldür ya da benzeri bir konumdadır. Hakim durum, teşebbüsün; a) *piyasada büyük bir paya sahip olmasından*, b)

⁸¹ SANLI,K.C.: a.g.e., s.246

⁸² AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.91

⁸³ TÜRKAN,E.: a.g.e.,s.223

bağımsız hareket edebilme ve/veya rakipleri dikkate almadan uygulama yapabilme olanağından, c) kapasitesinden , d) ürettiği malın kalitesinden ,e) markasının tanınmışlığından, f) patentlerinin rakipsizliğinden veya başka bir özelliğinden kaynaklanabilir⁸⁴ .

Kimi kez ‘hakim durumun’ tanımı ‘ekonomik ve hukuki’ olarak iki ayrı şekilde yapılmıştır.Buna göre: “Hakim durum sadece ekonomik kriterlere bakılarak belirlenecek olursa, bir veya birden çok işletmenin bir anlaşma, karar ya da birlikte davranışla fiyatları yükseltmesi ve sonuçta Pazar koşullarına göre normalin üzerinde kar elde edebilmesi bir ölçü olarak kullanılabilir...Hukuki bakımdan hakim durum, bir veya birden fazla işletmenin bir arada rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden bağımsız davranarak ilgili pazarda varolan etkin rekabeti önleyebilecek ekonomik güce sahip olması hali olarak tanımlanabilir. Hakim durumun varlığının kabulü bakımından pazardaki rekabetin tümüyle ortadan kalkmış olması şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla hakim durumdan söz edilmesi için tekel durumu şart değildir.”⁸⁵

2.2. Birlikte Hakimiyet Ve Birden Fazla Teşebbüs:

Birden fazla teşebbüsün ilgili pazarda birlikte hakim durumda bulunması ve bu hakim durumlarını da ‘birlikte davranışlar’ ile kötüye kullanmaları mümkündür. Bu durum 4054 Sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde, “ ...birden fazla teşebbüsün hakim durumunu...başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması...” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Mehaz ATA eski 86 yeni 82 inci maddede bu husus şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “.ortak pazarın tamamında ya da önemli bir bölümünde bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmaları yasaktır.”

4054 Sayılı Kanun, ATA 82 inci maddeden farklı olarak birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını nasıl kötüye kullanabileceğini de belirtme gayreti içerisine girmiş

⁸⁴ TEKİNALP,Ü.:a.g.e., s.112

⁸⁵ TAYLAN ÇAMLİBEL, E.: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001 , s.147

olmasıdır. Bu durum kendisini , ...başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması... ifadesinde bulmaktadır.

Tekdemir , birden fazla teşebbüs kavramının neticede oligopolistik pazarları denetlemek amacıyla 82 inci madde (dolayısıyla 4054 Sayılı Kanunun 6 ıncı maddesi) içerisine konulduğunu, bu nedenle, sadece ekonomik olarak bir bütün teşkil eden birimleri değil aynı zamanda ekonomik ve hukuki olarak birbirinden bağımsız olan teşebbüsleri de içerdiğini, ATAD'ın başlarda oligopolistik pazarları 82 inci madde altına denetleme konusunda büyük isteksizlik gösterdiğini, bu görüşünü bir davada "...82 inci madde bir hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgilidir ve uyumlu eylemler ancak 81 inci madde altında denetlenebilir..." şeklinde belirttiğini ve 82 inci maddenin birlikte hakimiyet kavramına uygulandığı ve hukuken tanındığı ilk davanın 'İtalian Flat Glass' davası olduğunu, Komisyonun olaydaki birlikte hakimiyet bulgusunun, 'firmaların pazarda kendilerini tek bir teşebbüs gibi sunmaları' gerçeğine dayandığını belirtmiştir.

"Pratikte ,birlikte hakimiyetin uygulandığı karar, Komisyonun, 81 inci (Karşılık:4054 Sayılı Yasa 4 üncü madde) madde kapsamına giren bir ihlal olarak değerlendirilebilecek verilerden bağımsız olarak birlikte hakimiyeti ispatlamada başarısız olduğunu ortaya koymuştur. Sonuçta ortaya hem 81 hem de 82 inci maddelerin beraber uygulanması çıkmıştır.

Ancak bu kavramın geliştirilmesindeki amaç, aynı ihlali iki defa yasaklamak olmamalıdır. Whish, bu durumda söz konusu kavramın faydalı ve operasyonel olabilmesi için bir yol önermektedir. Whish'e göre 81 inci maddedeki yasaklamadan muaf tutulan anlaşmaların tarafları, bu anlaşmaya dayanarak ortaya çıkan pazar güçlerini kötüye kullanırlarsa, bu durum 82 inci madde çerçevesinde bir kötüye kullanma olarak değerlendirilip yasaklanabilir.

Ancak yenilikçi bir yaklaşım , "ekonomik ya da yeterince güçlü bağ" kavramının oligopolistik Pazar yapısını içerdiği ve bu çerçevede, oligopolistik pazarlardaki ihlallerin birlikte hakimiyet kavramına dayanılarak denetlenebileceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, 1-aşırı fiyat durumu, 2-pazara girişin zorlaştırılması, 3-dışlayıcı davranışlar birlikte hakimiyet iddiası ile denetlenebilir. Bu haller dışındaki paralel davranışlar 82 inci (6 ıncı) madde altında

per se yasaklanmamalıdır Yani uyumlu eyleme dayanmayan paralel davranışlar per se bir yaklaşımla “birlikte hakimiyet” iddiasıyla 82 inci madde altında yasaklanmamalıdır⁸⁶.

Sonuç olarak birlikte hakimiyet durumu bir anlaşma ya da uyumlu eylemden veya pazarın özellikleri gereği ortaya çıkabilir. Oligopolistik pazarlarda ortaya çıkan birlikte hakimiyet , pazarın yapısı gereği olandır⁸⁷.

Bir uyumlu eylem , Kanun’un 5 inci maddesi kapsamında muafiyet rejiminden yararlanıyorsa ve muaf olunan ub eylem nedeniyle hakim bir durum ortaya çıkmışsa ve bu hakim durumun birden fazla teşebbüs tarafından kötüye kullanılması sözkonusu ise bu durum, Kanunun 6 inci maddesi uyarınca yasaklanacaktır⁸⁸.

2.3.Kamu Kuruluş Ve İşletmelerinin Hakim Durumu:

Türkiye’de ekonomik hayata fazlasıyla katılmış olan kamu işletmelerinin neredeyse her biri tekel konumunda işletmelerdir. Son yıllardaki özelleştirmelerle bu durumun azaltılmasına çalışılıyorsa da kamunun ekonomik hayata hakim pozisyonu devam etmektedir.

4054 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde teşebbüs tanımlanırken kamu kuruluş ve/veya teşebbüslerinden bahsedilmemiştir. Sadece tüzelkişilerin kanun kapsamında teşebbüs sayılacağına dair açıklık vardır. Ancak, T.C. Anayasası’nın 167 inci maddesinin gerekçesinde: “Devletin piyasada fiili veya anlaşma sonucu ortaya çıkan tekelleri önleme

⁸⁶ 66 TEKDEMİR,Y:a.g.m., .13 vd.; Uyumlu eylem düzeyine varmayan eşgüdümlü davranışlara ATA 82 inci (4054 Sayılı Kanun 6 ncı) maddenin uygulanabilmesi için “uyumlu davranış” ile “ilişkide benzerlik” kavramının bağdaştırılması gerektiği ve bunlar arasındaki uygulama tarzının bir derece sorunu olduğu ve uyumlu davranış olarak kabul edilemeyecek kadar zayıf benzerliklerde birlikte davranışı kabul etmenin uygun olacağı yönündeki görüş:ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.230, AŞÇIOĞLU ÖZ, tarafından eleştirilmiştir.Eleştiri ve görüşler için bkz.,a.g.e.,s.121 v.d.

⁸⁷ ASLAN , İ.Y.: a.g.e.,s.230 v.d.; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.122 v.d.; Bu konuya ilişkin Rekabet Kurulu Kararları : 00-26/292-162 Sayılı 17.07.2000 Tarihli Karar, bkz. Rekabet Dergisi, Cilt:1, Sayı:4, s.197 ; 99-53/575-365 Sayılı,24.11.1999 Tarihli ‘Benckiser Kararı’ , bkz. , Rekabet Dergisi , Cilt:1, Sayı:4, s.89

⁸⁸ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e., s.155 v.d.: Yazar, Kanunun 6 ncı maddesi için alternatif bir tanım önermektedir: Birden fazla işletmenin hakim durumda olabileceği çeşitli olasılıklar gözönünde bulundurularak maddenin : “Bir veya birden fazla teşebbüsün , ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasında , aynı anda birlikte ya da birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı hakim durumda olmaları halinde, bu hakim durumlarını kötüye kullanmaları hukuka aykırı ve yasaktır” Şeklinde kaleme alınmasının daha uygun olacağını belirtmektedir.

görevinin” kamu kesimini de kapsadığı açıktır. Bu nedenle kamu teşebbüsleri Kanun kapsamında teşebbüs sayılmalıdır⁸⁹.

ATAD Kararlarında kamu tekelleri açısından, genel kamu yararının gözetilmesi için bazı teşebbüslere imtiyazlar verilmesi kabul edilirken bu imtiyazların rekabeti sınırlayıcı ya da tamamen ortadan kaldırııcı unsurlarının çerçevesinin oldukça dar anlamda çizilmesi istenmekte ve bu teşebbüslerin mali bağımsızlığının ve ekonomik olarak yaşayabilirliğinin temin ve tesis edilmiş olmasına özellikle dikkat etmektedir⁹⁰.

4054 Sayılı Rekabetin korunması Hakkında Kanun, ATA’da olduğu gibi kamu sektörüne istisna tanıyan bir hüküm getirmemiştir. Kanun, rekabet kurallarının uygulanması açısından özel sektör kamu sektörü ayırımı yapmamaktadır⁹¹.

Rekabet Kurulu, Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye Otomobilciler Ve Şoförler Federasyonu (TŞOF), Türkiye Mimar Mühendis Odaları Birliği (TMMOB), İstanbul Menkul kıymetler Borsası (İMKB) , Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. (Sözkonusu şirket KİT statüsündedir), HAVAŞ, Kamu İhalesi Kararı, Ankara Ticaret Borsası Kararı, Türkiye Futbol Federasyonu-Cine 5 Kararları ile bu konudaki tavrını geliştirmektedir⁹².

3. HAKİM DURUMUN TESBİTİ

3.1. Ölçütler:

Hakim durumun belirlenmesinde öğretide çeşitli ölçütlerden ve yaklaşımlardan bahsedilmektedir.

⁸⁹ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e., s.150; Ayrıca Rekabet Kurulunun ilgili kararları için bkz.,a.g.e.,s.150, Dipnot:12

⁹⁰ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun kamu tekelleri ile ilgili yaklaşımı, Türk Rekabet Hukuku uygulamasına (Rekabet Kurulu Kararlarına) ışık tutması ve kaynaklık yapması açısından önemlidir. ATAD Kararları ve açıklamaları için bkz.:ESİN,A.: Türkiye 1 inci Uluslar arası Rekabet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 5-6 Ekim 1996

⁹¹İNAN, N.: Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinler le İlişkisi, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No:0039, Ekim 1999, s.12 v.d. ; SANLI,K.C.: a.g.e., s.21

⁹² Karar özetleri ve numaraları ile konu hakkında geniş bilgi için bkz.:TAN, T.: Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye-Fransa Ve İtalya Örnekleri), Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ekim-Kasım 2000 , Cilt: 1, Sayı:4, s.3 v.d. ; Ayrıca bkz.:ÇAMLICA,B.: Rekabet Kurumunun Devlet Ekonomisi Uygulamalarındaki Profili Üzerine Eleştiri, Rekabet Bülteni, Yıl:2001, Sayı:4, s.7-8

ASLAN, hakim durumun saptanmasında 1) Yapısalcı, 2) Davranışçı Ve Performansçı Yaklaşım bulunduğunu belirtmektedir. Yapısalcı yaklaşım, pazarın şeklini, durumunu ve burada oluşan rekabetçi sınırları; davranışçı yaklaşım ise firmaların kısa dönemdeki kararlarının sonucu olarak ortaya çıkan piyasa görünümünü ifade eder⁹³.

Aynı şekilde PARASIZ, hakim durumun belirlenmesinde ‘kısa dönemde değişebilir piyasa olgusuna’ dayanan davranışçı yaklaşım ile ‘sürekli ve yavaş değişen rekabetçi sınırlar’ olarak ifade edilebilecek yapısalcı yaklaşım ayrımlarını yapmaktadır⁹⁴.

AŞÇIOĞLU ÖZ, işletmenin Pazar payı , rakiplerinin sayısı ve Pazar paylarını gösteren ‘niceliksel’ ölçütlerle, bu şekilde doğrudan sayısal verilerle ölçülememekle beraber, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulan ‘niteliksel’ ölçütler değerlendirilmesini yapmaktadır⁹⁵.

Hangi açıdan bakılırsa bakılsın , bir teşebbüsün piyasadaki hakim durumu tespit edilirken göz önüne alınması gereken birincil etken Pazar payıdır. Pazar payı dışında ve çoğu kez Pazar payının yeterli sonuca ulaşmayı zorlaştırdığı durumlarda diğer (ikincil)etkenlere bakılacaktır⁹⁶.

3.2. Birincil Etken:Pazar Payı

Pazar payı, bir firmanın satış gelirlerinin, faaliyette bulunduğu piyasanın toplam satış gelirleri içindeki payıdır⁹⁷. Başka bir tanımla, “...teşebbüsün ilgili pazarda toplam talep içinde karşıladığı talep miktarıdır.Bu pay ‘mutlak pazar payı’ ve ‘nispi pazar payı’ olarak ikiye ayrılır. Mutlak pazar payı teşebbüsün sahip olduğu paydır. Nispi pazar payı ise rakiplerinin mutlak pazar payları ile teşebbüsün mutlak pazar payı arasındaki farktır⁹⁸.

Pazar payı denildiğinde akla oransal/yüzdesel ölçümlemeler gelmektedir. Pazar payının belirli bir yüzdeyi aşması halinde teşebbüsün pazarda per se hakim durumda sayılması mümkünmüdür?Böyle bir şey mümkün ise bu Pazar payı oransal olarak kaçtır?

⁹³ ASLAN,İ.Y.:a.g.e., s.213

⁹⁴ PARASIZ,İ: a.g.e., s.4 v.d.

⁹⁵ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s. 107

⁹⁶ TEKİNALP,Ü.:a.g.e.,s.445 ; SANLI,K.C.:a.g.e.,s.252; ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.214; AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.108; TAYLAN Ç.E.: a.g.e.,s.148;ESİN,A.: a.g.e.,s.181;TÜRKKAN,E.: a.g.e.,s.386

⁹⁷ TÜRKAN,E.:a.g.e.,s.386

⁹⁸ GÜL,İ.:a.g.e.,s.12 ; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.109

Ne ATA'da ne de 4054 Sayılı Kanunda böyle bir oran belirlenmemiştir Belirli oranların kıstas olarak kullanılması ancak içtihatlarla mümkün olmuştur⁹⁹.

ATAD Kararlarında, yüksek oranlardaki Pazar payları hakim durumun önemli göstergesi olarak sayılmıştır. Buna rağmen pazar payı %100 olan monopoller dışında hakim durumu per se saptayan fikslenmiş bir yüzde konulmamıştır¹⁰⁰. Ancak ATAD, %10 oranındaki bir pazar payına sahip olan bir işletmenin hakim durumda sayılmasının mümkün olamayacağına karar vermiştir¹⁰¹.

İçtihatlardan anlaşılmaktadır ki, %80 lerdeki Pazar payları hakim durumun varlığını kabul etmek için yeterli sayılmaktadır . Ancak %45-50 lerdeki oranlarda hakim durumun tesbiti için diğer etkenlere bakmak , piyasanın yapısını, rakiplerin pazar paylarını incelemek gerekir. Yüksek oranlardaki Pazar paylarını değerlendirirken bu oranların süreklilik arzeden bir çizgide olması da aranmalıdır. Rekabet Kurulu da kararlarında hakim durum tesbiti için öncelikle Pazar payına bakmakta, yeterli görmezse diğer etkenleri değerlendirmektedir¹⁰².

3.3. Hakim Durum Tesbitinde Diğer Faktörler:

3.3.1. Genel Olarak:

Bir teşebbüsün pazar payının hakim durum tesbiti için yeterli olmaması, ancak gri bir alanda bulunması halinde diğer faktörleri kıstas olarak değerlendirme yapılması gerekir.

Öğretide, belirgin olarak öne çıkan kıstasların ATAD ve Komisyon Kararları ışığında oluştuğu ve Rekabet Kurulu Kararlarında da bu kriterlere gönderme yapıldığı anlaşılmaktadır¹⁰³.

⁹⁹ İngiltere'de son düzenlemeden önce, %25'lik Pazar payı yasa tarafından hakim durum tesbiti için yeterli sayılıyordu:AŞÇIOĞLU ÖZ, G.:a.g.e.,s.90,dipnot:1

¹⁰⁰ ATAD, 'Roche' davasında her bir vitamin pazarındaki %93,75,65 oranındaki Pazar paylarını Roche'un hakim durumunun göstergesi kabul etmiştir; Michelin davasında %57 ve %65 oranlarının hakim durumda bulunmanın göstergesi olduğu kabul edilmiştir. Bahsi geçen kararlar için bkz.: AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.110

¹⁰¹ ESİN,A.:a.g.e.,s.182 : Yazar, ATAD Kararlarından anlaşıldığı kadarıyla, %20 ile %40 arasında Pazar payına sahip bulunan teşebbüslerin gri bir alanda konumlandıklarını belirtmektedir.

¹⁰² TEKİNALP,Ü.: a.g.e.,s.445 v.d.; AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e.,s.110

¹⁰³ 83 Rekabet Kurulunun 00-36/401-227 Sayılı , 26.09.2000 Tarihli kararında, dosya konusu: Soyak Grubu'nda yer alan Trakya Döküm San.Tic.A.Ş. ve Ekpaş Ekleme Parçaları Tic.A.Ş.'nin boru ekleme parçaları pazarındaki

ASLAN, bu faktörleri şu şekilde belirtmiştir: Dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite,üründe çeşitlilik, indirim sistemi, performans, ürüne bağlılık ve hukukun koruduğu tekel hakları¹⁰⁴.

TEKİNALP, tahdidi olmadığını belirterek, ikincil kriterleri şu şekilde belirtmiştir: Finansal güç kriteri, dikey bütünleşme ve dağıtıcı sistemine sahip olma kriteri, teknoloji kriteri, mevzuatın sağladığı avantajlar kriteri, örgütlenme ve satış teknikleri¹⁰⁵.

AŞÇIOĞLU ÖZ, niteliksel ölçütler başlığı altında ; pazara giriş engelleri (doğal ve suni engeller), fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı, teknolojik üstünlük, ölçek ekonomileri, dikey entegrasyon ve işletme politikaları şeklinde belirtmiştir¹⁰⁶.

ESİN, Pazar payının yanısıra teşebbüsün; dikey anlaşmaların ve satış ağının mevcut durumu, ürünlerin kalite durumu, rakiplerine karşı teknolojik ve finansal üstünlüğünün durumu, piyasada kendisine ait tanınmış markalarının durumu, piyasaya arz ettiği ürünlerin çeşitliliğinin durumu, potansiyel rakiplerin piyasada bulunmama durumu, fiyat

hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası olarak belirtilmiş ve karara esas olarak şu yorum yapılmıştır: “ Bu çerçevede, Trakya ile Haymak’ın Soyak Grubu şirketleri oldukları gözönüne alındığında, bu şirketlerin, Kanunun 3 üncü maddesine göre aralarında ekonomik bütünlük arzeden tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla iki ayrı teşebbüsün olmadığı , ekonomik bütünlük arzeden bir teşebbüsün bulundu, bu durumda Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan ihlalin ‘teşebbüsler arası anlaşma ya da uyumlu eylem ‘suretiyle yapılmış olması şartının gerçekleşmediği kanaatine ulaşılmıştır. / Aynı kararın devamında,” hakim durum” tesbiti yapılmış, hakkında ilk inceleme yapılan grubun 1996 yılında %53, 1997 yılında %52, 1998 yılında %41 , 1999 yılında ilk altı ayda ise %42’lik bir Pazar payının olduğu , ilgili pazarda ithalat ve yerli üretimin piyasada eşit oranlarda yer aldığı...bu pazarda alternatif temin kaynaklarının bulunduğu göstergesidir. Denilmiştir. Soyak Grubunun, Kanunun 3 üncü maddesinde verilen hakim durum tanımına göre hakim durumda olmadığı kanaatine varılmıştır.

* Rekabet Kurulunun 01-27/260-74 Sayılı, 12.06.2001 Tarihli “Erdemir” kararında hakim durum tesbitinde Pazar payı yüzdesi dışındaki alternatif faktörlere değinilmiş ve öğretide de yer alan bazı kriterler şöyle sıralanmıştır: “ Bir teşebbüsün hakim durumunun saptanması aşamasında yapılan değerlendirmede; pazardaki yoğunlaşma oranları, pazara giriş koşulları , ürün farklılaşması gibi Pazar yapısına ilişkin özellikler ile dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite veya indirim sistemleri gibi teşebbüsün davranış ve performansına ilişkin kriterler ön plana çıkmaktadır.” / Görüldüğü gibi kurul, verdiği kararlarda, öğretide yer alan yapısal ve davranış-performans yaklaşımlarını gözönüne almaktadır.

*Rekabet Kurulu, yayınlamış olduğu 97/1 Tebliğin “İzne Tabi Birleşme Veya Devralmalar” başlığı altındaki 4 üncü maddesinde, toplam Pazar payı %25’i geçecek şekildeki birleşme ve devralmalar için izin alınmasını zorunlu kılmıştır. Pazar payı %25’in , ciro ise 25 Trilyon’un altında ise birleşme veya devralma için izin alınmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır. %25 oranı, Kurul uygulamaları bakımından hakim durum tesbitinde bir eşiktir diyebiliriz.

¹⁰⁴ASLAN,İ.Y.:a.g.e., s.216 v.d.

¹⁰⁵TEKİNALP, Ü.: a.g.e.,s.446

¹⁰⁶AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e.,s.110.v.d.

belirlenmesinde etkinliğinin durumu, rakiplerinin hakim duruma ilişkin öngörülerinin durumu ve Pazar doyumunun durumu faktörlerine de bakılmalıdır demektedir¹⁰⁷ .

Rekabet Kurulunun, 00-33/356-200 Sayılı ,05.09.2000 Tarihli Kararında da hakim durum tesbiti yapılırken, yukarıda izah ettiğimiz ve öğretide çeşitlendirilen kriterlerden yola çıkılmaktadır. Karara göre: "...şikayet başvurusunda birlikte hakim durumda oldukları iddia edilen Doğan,Bilgin Grupları ile Olay ve Bursa 2000 Gazetelerinin Pazar payları toplamı Mart ayında %72.6, Nisan ayında %78,6 ve Mayıs ayında %68,3 şeklinde gerçekleşmiştir. Dört grubun pazardaki toplam payının yüksek olması nedeniyle hakim durum kriterlerinden birisi olan ekonomik gücün var olduğu ileri sürülebilirse de Pazar payı büyüklüğü, hakim durum analizi açısından tek başına yeterli değildir. Gazete fiyatlarında meydana gelen değişikleklere paralel olarak gazetelerin/grupların Pazar payları değişmektedir. Bu nedenle, ilgili pazarda hakim durum kriterlerinden ikincisi olan ekonomik gücün srekliğiği söz konusu değildir."

Bu karardan çıkarılabilecek olan (biraz iddialı olsa da) sonuç, Rekabet Kurulunun Pazar payının oransal büyüklüğü ne olursa olsun- tartışmasız tekel pozisyonu dışında-bu durumun tek başına hakim durum tespitine yeterli görmemektedir. Yine Pazar payının kayda değer olması yanında ekonomik gücün de bulunmasını, hakim durum kriterlerinden ikincisi olarak görmekte ve ekonomik g yanında bu gücün zaman bakımından devamlığını da gözetmektedir. Ekonomik gücün devamlığı, Pazar payının, fiyat hareketlerine verdiği tepkiyle ölçülmektedir.

Rekabet Kurulunun, "İstanbul Halk Ekmek"le ilgili 99-37/376-241 Sayılı, 04.08.1999 Tarihli kararında yaptığı hakim durum analizi de şöyledir: " İstanbul Halk Ekmek'in 250 gr. Normal ekmek üretim ve satış miktarı yaklaşık 1.100.000.Adettir." "

" bir firmanın, piyasada hakim durumda olup olmadığının en önemli göstergesi Pazar payı olması sebebiyle yapılan incelemelerde, İstanbul ekmek piyasasında günlük ekmek tüketiminin 250 gr normal ekmek için yaklaşık minimum 10.000.000. Adet, 200 gr'lık normal ekmek için yaklaşık 12.000.000.

¹⁰⁷ ESİN A.:a.g.e.,s.181

Adet olduğu belirlenmiştir. Dolayısıyla diğer fırınlarda üretilen gramajı daha düşük ekmeklerde dikkate alındığında İstanbul Halk Ekmek'in İstanbul ekmek piyasasında sahip olduğu Pazar payının maksimum %10 olduğu görülmektedir. %10'luk Pazar payı ile , İstanbul Halk Ekmek'in hakim durumda olmadığı ortaya çıkmaktadır.

3.3.2. Pazara Giriş Engellerinin Bulunması:

Pazara başka teşebbüslerin girememesi demek, pazarı elinde tutan ya da paylaşan teşebbüsler üzerindeki rekabet baskısının yok olmasına ya da hissedilebilir sınırların altına inmesine neden olmakta ve bizzatihi bu durum da, o Pazar payları ile birlikte teşebbüs ya da teşebbüslerin hakim durumlarına kuvvetli şekilde işaret etmektedir¹⁰⁸.

Pazara giriş engelleri , “doğal giriş engelleri” ve “ suni giriş engelleri” olarak iki kısımda incelenebilecektir. Doğal engellerden kastedilen, piyasanın yapısından kaynaklanan engellerdir. Bunlar, yüksek yatırım maliyetleri, piyasanın fazla sayıda teşebbüse kar elde etme imkanı tanımaması, ölçek ekonomilerinden¹⁰⁹ kaynaklanan durumlardır¹¹⁰.

Giriş engelleri bulunmasının potansiyel rekabet üzerinde de etkisi vardır. Piyasada seyreden yüksek fiyatlar başka firmalar için pazarı cazip hale getirir.

Potansiyel rekabet, onların piyasa girmeleri ihtimali ve yaratacakları rekabeti ifade eder. Potansiyel rekabetin kuvvetli olduğu piyasalarda, mevcut işletmelerin fiyatlarını istedikleri gibi arttırmaları zordur. Potansiyel rekabetin kuvvetli olabilmesi için piyasaya giriş engellerinin bulunmaması gerekir¹¹¹

¹⁰⁸ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.216 ; GÜL,İ.:a.g.e.,s.13

¹⁰⁹ Ölçek ekonomisinden anlaşılması gereken, teşebbüsün üretim ölçeğinin kaynakların en etkin kullanımını sağlayacak optimum büyüklüğe sahip olmasıdır. Teşebbüsün optimum büyüklüğe sahip olması karşısında rakip teşebbüsün pazardaki talebinin yetersiz olması nedeniyle pazara girmesi oldukça zordur. Öncelikle faaliyet gösteren teşebbüs, optimum düzeyde üretim yaptığından maliyeti en düşük seviyededir. Pazardaki talebin pazara girecek rakip teşebbüsün pazardaki talebin optimum ölçekte üretim yapmasını sağlayacak bir seviyede bulunması gerekir: GÜL,İ.:a.g.e.,s.13 ; Ölçek ekonomisi , en basit anlamıyla, üretim ölçeği arttıkça birim maliyetlerinin düşmesini ifade eder. Ölçek ekonomileri, giriş serbestliğinin de önemli bir belirleyicisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz.:TÜRKKAN,E.: a.g.e.,s.278-280 ile 304 v.d.

¹¹⁰ SANLI,K.C.:a.g.e.,s.253 ; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.:a.g.e.,s.111

¹¹¹ ATİYAS,İ.: Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler, Rekabet dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Mart 2000, s.28-29

Görüldüğü üzere, piyasaya giriş engellerinin varlığı hem bir hakim durumun varlığına hem de ileride incelenecek olan hakim durumun kötüye kullanılması halinin mevcudiyetine işaret etmektedir.

3.3.2.1. Ekonomik Güç Kriteri:

İlgili pazardaki Pazar payının yüksekliği ve bunun devamlılığı , teşebbüsün ekonomik olarak gücüne delalet eder. Teşebbüsün sermaye büyüklüğü, finans imkanlarını kullanma yeteneği ve bu kaynaklarının büyüklüğü, o pazardaki potansiyel rekabeti azaltıcı etki yapar. Diğer teşebbüslerin pazara girmek isteklerini azaltır¹¹²

3.3.2.2. Dikey Bütünleşme:

Bir teşebbüsün, üretim aşamasından hatta hammadde temininden itibaren ürettiği malı veya hizmeti dağıtabilme (piyasaya çok kolay yayılabılme) , depolama, doğrudan satış yeteneklerine güçlü bir şekilde sahip olması, Pazar payı ile birlikte değerlendirildiğinde bir giriş engeli teşkil edebilir.

Bu konuda öğretide en çok verilen örnek karar, “United Brands” olarak bilinen ATAD Kararıdır. ATAD’a göre, United Brands şirketinin sattığı muzların yarısını kendi tarlalarında yetiştirmesi, yani devamlılık ve verimli bir muz geliştirmesi, muzları taşımakta kullandığı kamyonların 2/3’ünün kendisine ait olması, Avrupa’daki olgunlaştırıcı ve dağıtıcılarla oluşturulmuş iyi bir satış ağına sahip olması Chiquita markasının tüketici üzerindeki kalite imajı yoluyla oluşan dikey bütünleşme bir giriş engeli oluşturmaktadır¹¹³. Roche firmasının A vitamini pazarında hakim durumda bulunmasının bir nedeni de iyi gelişmiş bir satış ağına sahip bulunması olmuştur¹¹⁴.

Rekabet Kurulu, 93-37/376-241 Sayılı 04.08.1999 Tarihli “ İstanbul Halk Ekmek” Kararında, “ öte yandan İstanbul Halk Ekmek; sadece ekmek üretimi, ürettiği ekmeklerin dağıtımı ve pazarlaması ile uğraşmaktadır. Dağıtım işlemini kendi araçları ile yapmakta, satışı

¹¹² TEKİNALP,Ü.:a.g.e.,s.446-447 ; SANLI,K.C.:a.g.e.,s.254 : Özellikle söz konusu teşebbüse dahil ekonomik kurulun; para ve bankacılık sektöründe faaliyet göstermesi , finansal açıdan önemli bir üstünlük olarak nitelendirilebilir,...özellikle Türkiye gibi finans sektörüyle büyük yatırım gruplarının iç içe geçtiği ve kredi şartlarının da herhangi bir Avrupa ülkesinden daha ağır olduğu bir ülkede, söz konusu bu durum hakimliğin göstergeleri arasında ilk planda yer almalıdır.

¹¹³ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.216 ; AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e.,s.113

¹¹⁴ SANLI, K.C.:a.g.e.,s.288,dipnot:106

ise işletme hakkı özel şahıslara ait olan ve sadece halk ekmeğin ürettiği ürünlerin satışını yapan büfelerde ve kısmen de bakkal ve marketlerde gerçekleştirilmektedir. Ayrıca ekmeğin üretiminde girdi olarak kullanılan un, tuz, maya, katkı maddesi ve benzeri ürünlerin üretimini yapmamakta, söz konusu bu ürünleri piyasa koşullarında , bu ürünlerin üreticisi ya da satıcısı firmalardan almaktadır. Bu sebeple söz konusunu şirketin dikey bir bütünlük içinde olmadığı ortaya çıkmaktadır” demekle, dikey bütünlüğün bir piyasa giriş engeli olarak kabul edildiği ancak etkili bir dağıtım ağının dikey bütünlüğün kabulü için yeterli olmadığı, firmanın dikey bütünlük içerisinde olduğunun kabulü için ürünle ilgili olarak pazarın her aşamasında yer almasının gerektiği sonuçları çıkmaktadır.

3.3.2.3. Teknolojik Üstünlük:

Yüksek maliyetler ödeyerek uzun süren araştırma geliştirme (arge) yatırımları yapılarak ortaya çıkarılan (kimi kez bir buluştur) üstünlüğün, bu üstünlüğe sahip teşebbüse sağladığı avantajların ve pazara giriş engeli yaratıp yaratmadığının çok iyi araştırılması gerekir. Zira, yaratılan yüksek teknolojinin kolayca taklit edilebilmesi imkanı, bu teknolojiyi üretmek için çok yüksek maliyetleri katlanmak zorunda kalan teşebbüse çoğu kez avantaj sağlamaktan uzaktır. Bu durum her somut olayda ayrıca incelenmelidir¹¹⁵.

Ancak üstün teknoloji, piyasada üretilen malın niteliği gereği de olabilir. Eş değerdeki teknolojiye sahip olmak bu ürün pazarına giriş için zorunluluk arzettiğinde teknolojinin maliyetinin çok yüksek olması, rakipleri pazarın dışında tutar¹¹⁶. Bu durum, ilgili ürün pazarına girmek için yapılması gereken başlangıç maliyetlerinin firmalar tarafından batık maliyet olarak düşünülmesi haline benzemektedir. Fiziksel sermaye yatırımı yanında yeni firmanın tanınması için gerekli olan reklam harcamalarının yüksekliği de batık maliyet işlevi görebilir. Bu da bir giriş engelidir¹¹⁷.

Rekabet Kurulu, 01-27/260-74 Sayılı 12.06.2001 Tarihli “OSİAD-ERDEMİR” Kararında, hakim duruma ilişkin değerlendirme yaparken şu ifadeleri kullanmıştır: “Bir teşebbüsün hakim durumunun saptanması aşamasında yapılan değerlendirmede pazardaki yoğunlaşma oranları, pazara giriş koşulları, ürün farklılaşması gibi Pazar yapısına ilişkin

¹¹⁵ SANLI, K.C.: a.g.e., s.254; ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.216-217

¹¹⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.112

¹¹⁷ ATİYAS, İ.: a.g.m., s.29

özellikler ile dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite veya indirim sistemleri gibi teşebbüsün davranış ve performansına ilişkin kriterler ön plana çıkmaktadır. Otomotiv ve beyaz eşya sanayicilerinin kaliteli ürüne önem vermesi ve Erdemir'in sahip olduğu soğuk haddeleme tesislerinin dünyanın en son teknolojisine sahip olması dikkate alındığında Erdemir'in Pazar gücü ortaya çıkmaktadır. Rusya ve Ukrayna ürünleri düşük fiyatları ile tehdit unsuru olsa da kalite yönünden alt seviyede olmaları rekabet güçlerini azaltmaktadır.”

Söz konusu kararda, hakim konuma ilişkin değerlendirme yapılırken “dönemsel bir olay olmasına rağmen” denilerek Türkiye'nin içinde bulunduğu ekonomik kriz de dikkate alınmıştır. Kriz nedeniyle iç talebin azalması sonucu Erdemir'in faaliyetlerini daha çok ihracata yönlendirdiğinden bahsedilmiştir.

3.3.2.4. Saldırgan Fiyatlandırma/Caydırıcı Kapasite Fazlası Atıl Kapasite Kullanımı:

Saldırgan fiyatlandırma ile kastedilen, pazarda yerleşik firmanın girişleri engellemek ya da yeni giren firmanın piyasadan çekilmesini sağlamak için maliyete yaklaşan (hatta sıfırlayan) fiyat uygulamasıdır.

Saldırgan fiyatlandırma, güçlü öz kaynakları ve finansal gücü gerektirir. Bu yüzden de hakim duruma işaret eder ¹¹⁸.

“Kapasite fazlası yaratmanın amacı, yeni girişleri caydırmak ve mevcut yerleşik firmalar ile piyasaya yeni giren firmaların büyüme şanslarını kaybetmelerini ve piyasayı terk etmelerini sağlamaktır¹¹⁹.”

Atıl kapasite ise, bir teşebbüsün sahip olduğu ancak kullanmadığı kısmıdır. Bu kısmın büyüklüğü, yeni yatırımları kazançsız hale getireceğinden potansiyel rekabetin bozulması ve bu suretle giriş engeli yaratılması sonucunu doğurur.

¹¹⁸ TÜRKKAN, E.: a.g.e., s.498-499; Saldırgan fiyat olarak tabir edilen piyasa stratejisi ileride ‘yıkıcı fiyatlandırma’ olarak incelenecektir.

¹¹⁹ TÜRKKAN, E.: a.g.e., s.449: “Piyasada hakimiyet tesis etmeye yönelik saldırgan davranışların, oyun teorisi anlamında daha inandırıcı ve caydırıcı hale gelebilmesi söz konusudur. Diğer bir ifade ile, bir piyasada saldırgan davranışı bir strateji olarak benimsemiş bir firmanın bulunması halinde, pek çok girişimcinin bu piyasaya girmekten kaçınacağı söylenebilir: a.g.e., s.501

ATAD, Roche'un tüm dünyanın vitamin talebini karşılayacak kadar kapasiteye sahip olmasının bu alana yapılacak yatırımları kazançsız hale getirdiği sonucuna varmıştır¹²⁰.

3.3.2.5. Fikri Ve Sınai Mülkiyet Haklarının Varlığı:

Özellikle ikame imkanının bulunması hallerde, marka, patent, telif gibi fikri sınai mülkiyet haklarının firmalar tarafından hakimiyet aracı olarak kullanılması mümkündür.

TEKİNALP'e göre, böyle bir teşebbüs, kolayca etkili bir dağıtıcılık sistemine ve dağıtım kanallarına sahip olur, yavru ortaklıklar kurar , şubeler açar, franchise verir, lisans anlaşmaları imzalar veya lisans vermeyi reddedebilir. Bu araç , hakimiyet kurma (piyasaya girişin engellenmesi) açısından çok etkilidir ¹²¹.

Firmaların sahip bulundukları tanınmış markalar, bunlara ilişkin patentler kimi kez pazara girişleri engellemektedir. Örneğin, dünyada varlığını hissettiren iki kolalı içecek markası vardır bunlar da, "Coca-Cola" ve "Pepsi Cola" dır. Bu markalar, faaliyette bulundukları tüm ülkelerde tescilli marka özelliğine sahip olup bunların varlığı ve gelmiş bulundukları durum dünya çapında bu pazara girişleri engellemektedir. Ancak hemen belirtilmelidirki; markaların mal üretimi veya hizmetin sağlanması bakımından pazara giriş için temel unsur olarak değerlendirilmesi söz konusu olamaz ¹²².

3.3.2.6. Ürün Çeşitliliği :

Teşebbüsün ürettiği ürünlerin çok çeşitli olması ya da piyasada birden fazla ürün markası ile faaliyet göstermesi hali de hakim durum göstergesi sayılmaktadır.¹²³

Örneğin erkek gömleği piyasasında kurduğu yavru ortaklıklar kanalıyla veya kendi başına 5-6 çeşitli kalite ve fiyat seçenekleri ile yer alan bir firma , bağımsızlıkları bulunmayan yavru ortaklıkların Pazar paylarının toplamı , dağıtım kanalları ve bayi sistemiyle değerlendirileceği için hakim durum görüntüsüne kavuşabilecektir.

¹²⁰ ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.217 ; SANLI ,K.C.: a.g.e., s.225

¹²¹ TEKİNALP,Ü.: a.g.e.,s.447

¹²² TAYLAN,E.: a.g.e., s.156 v.d.:Yazar, tez konusu ile de sıkı ilişki içerisinde olan fikri sınai mülkiyet hakları bahsini pazara giriş engeli olması açısından oldukça geniş olarak açıklamıştır.

¹²³ ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.217 ; SANLI,K.C.: a.g.e., s.255

3.3.2.7. Teşebbüsün Pazar Politikaları :

Burada kastedilen, teşebbüsün Pazar politikalarını rakiplerinden ve alıcılarından bağımsız belirlemesi, farklı fiyat uygulaması ve indirim sistemi gibi davranışlarının pazara girişleri engelleyebileceği gibi mevcut olanları da Pazar dışına itebilecek olması halidir.

Teşebbüsün bu tür davranışlarının hakim durumuna delalet ettiğine dair görüşler; konunun, “kötüye kullanma” kavramı ile karışabilmesi ve hakim durumun per se yasaklandığı gibi bir izlenim yaratması açısından eleştirilmiştir. Teşebbüsün pazardaki davranışlarının kötüye kullanma bahsinde ele alınması daha uygun olacaktır¹²⁴.

4. İLGİLİ PAZAR

Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığını, dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını araştırırken öncelikle teşebbüsün hangi pazarda yer aldığını ekonomi biliminin rekabet hukuku tarafından kullanılan yöntemleriyle belirlemek gerekir.

İlgili Pazar ne kadar belirginleşirse hakim durumun tesbiti de o kadar isabetli olacaktır. İlgili Pazar, “ilgili ürün pazarı” ve “ilgili coğrafi Pazar” olarak iki aşamada incelenmektedir.

Konusu rekabet ihlali olan kararlarda, ilgili teşebbüslerin pazarı olabildiğince geniş, karar makamlarının ise daha dar tutma eğiliminde olduğu görülür.

¹²⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.114-115 ; SANLI, K.C.: a.g.e., s.255 ; ASLAN , İ.Y.: a.g.e.,s.217 ; Teşebbüsün ‘promosyon’ sistemini bir politika olarak uygulamasının hakim duruma işaret ettiğine dair bkz.:TEKİNALP, Ü.: a.g.e., s.448 ; TÜRKKAN ,E.: a.g.e.,s.328 : Yazar eserinde giriş engellerini şu başlıklar altında sıralamıştır: 1- Yasal ve idari giriş engelleri: Kamu kuruluşlarını, kamusal faaliyetleri korumak amaçlı olabilir ya da banka, sigorta, döviz bürosu gibi teşebbüslerin faaliyetine izin sistemi veya belirli sermaye miktarı gibi ön koşullar getirilebilir.2-Kamu şirketlerinin yarattığı haksız rekabet: Sosyal ve politik nedenlerle düşük fiyatla mal satımı ve yüksek ücret politikası gibi.3- Patent ve Know-How engelleri. 4- İlk yatırım harcamaları gereksinimi.5- Stratejik girdilere hakimiyet: Yerleşik firmaların bazı kaynaklara (girdilere) ulaşma konusunda maliyet üstünlüğü sağlayan ayrıcalıklı bir konum elde etmiş olmaları da önemli bir giriş engeli oluşturabilir.Bu durum doğal hammadelerle ihtiyaç duyan sektörler için özellikle söz konusudur. 6- Güvenilir firma imajı ve mal farklılaştırması: Yaratılan imaj, gerçek veya hayali bir mal farklılaştırması yaratabilir.Aldatıcı reklamlarla oluşturulan imaj bir giriş engeli olabilmektedir.7-Caydırıcı stratejiler.8-İthalat engelleri.9-Taşıma maliyetleri . 10-Batık maliyetlerin varlığı. 11- Altyapı yetersizliği

4.1. İlgili Ürün Pazarı :

AŞÇIOĞLU ÖZ, AT Rekabet Hukukunda, “İlgili Pazar” kavramına ilişkin bir tanıma rastlanılmadığını belirtmekte ise de TEKİNALP, ATM’nin, 1980 Tarihinde verdiği 31/80 Sayılı “L’Oreal NV & L’Oreal SA /De Nieuwe AMCK PVBA Kararında (ATKD-(1980)-3775) ilgili ürün pazarını, ‘sahip olduğu özellikleri dolayısıyla aynı ihtiyacı cevaplamaya uygun bulunan ve pek az bir oranda başka ürünlerle ikame edilebilen bütün ürünlerin piyasası’ olarak tanımladığını belirtmektedir¹²⁵.

İlgili Pazar kavramına ilişkin bir makalede , ilgili pazarın tanımına girilmeden önce “ekonomik pazar-İlgili pazar” ayrımı yapılmış, fiyat dengesi temeline dayanan ekonomik pazarın, mal akışlarıyla fiyat dengesinin oluşacağı mantığına dayandığı ve taşıma maliyetinin iki ürün arasındaki fiyat farkına denk gelmesi halinde bu iki ürünün aynı pazarda yer aldığının kabul edileceği belirtilmiştir.

Aynı çalışmada, ‘İlgili Pazar’ ı , birbiriyle ikame edilebilirliği yüksek olan malları değiştiren alıcı ve satıcı grubu veya aynı potansiyel alıcılara belirli bir ikame derecesi olan ürünleri arz eden firmalar topluluğu olarak tanımladıktan sonra bir ayrıma daha şart edilmiş ve Amerikan Hukukunda firma bazında Pazar tanımı yapıldığı, ancak Rekabet Kurulu’nun, firma değil ürün bazında Pazar tanımı yaptığı belirtilmiştir. Bu açıklama ışığında; ‘İlgili pazar , üzerinde önemli Pazar gücü kullanılabilen bir grup ürün ve alandır.’ Tanımının isabetli olacağı da belirtilmiştir¹²⁶.

Rekabet Kurulu’nun, uygulamalarına zaman zaman direkt kaynak olarak gösterdiği Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında, “ikame edilebilirlik” ölçütü temel alınmakta ve değerlendirme bu ürüne yönelik tüketici tercihlerinin şekillendirdiği “arz” ve “talep” esnekliği bağlamında yapılmaktadır¹²⁷.

¹²⁵ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e., s.92 ; TEKİNALP,Ü.: a.g.e., s.439

¹²⁶ SENYÜCEL,O./AKTAŞ,C.: İlgili Pazar Kavramı, Rekabet Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Sayfa:37 v.d.

¹²⁷ ZUVİN S./İŞMEN,T.:Rekabet Hukukunda İlgili Pazarın tanımlanması, Rekabet Bülteni, Yıl:2000, Sayı:3, s.29 v.d. (özellikle bkz.:s.32); AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e., s.92; SANLI ,K.C.: a.g.e., s.247; SENYÜCEL O./AKTAŞ,C.:a.g.m., s.42; ASLAN,İ.Y.: a.g.e.,s.223;ESİN,A.:a.g.e.,s.183; TEKİNALP,Ü.: a.g.e.,s.439:İkame edilebilirlik ve değiştirilebilirlik ölçütü uygulama ve doktrinde talep ve arz açılarından ele alınmakta, yani tamamıyla ekonomik analize tabi tutulmaktadır.;TÜRKKAN,E.: a.g.e.,s.330: Tüketiciler hangi malları çok yüksek derecede ikame edilebilir olarak görüyorsa o malların alıcıları ve satıcılarının yaptıkları alışveriş aynı pazar içinde değerlendirilecektir.

Yapılacak belirlemede öncelikle ilgili ürünün başka ürünlerle ikame edilebilirliğine bakılacaktır. Bu durum talep ve arz yönünden “talep esnekliği” ve “arz esnekliği” kavramlarıyla izah edilmektedir.

4.1.1. Talep Esnekliği :

Malların ikame edilebilirlik derecesi, çapraz talep esnekliği ile ölçülebilir.

$$\text{Çapraz Esneklik} = \frac{(a) \text{ malının miktarındaki } \% \text{ değişme}}{(b) \text{ malının fiyatındaki } \% \text{ değişme}}$$

Olarak formüle edilebilir¹²⁸.

Çapraz talep esnekliği, “bir mal veya hizmete olan talebin, başka mal ya da hizmetin fiyatında gerçekleşen değişikliğe karşı olan duyarlılığı” olarak tanımlanmıştır¹²⁹. Bir malın fiyatındaki artışa paralel olarak tüketici tercihleri bu mal yerine başka bir mala yöneliyorsa bu iki mal arasında yüksek oranda çapraz talep elastikiyeti vardır. Oranın yüksek olması, iki ürünün de aynı ürün pazarında yer aldığına işaret eder¹³⁰.

ASLAN, bir malın teorik olarak diğerinin yerine kullanılabilecek olmasının bu ürünlerin her zaman aynı pazarda yer aldığına delalet etmediğini, örneğin, yeşil mercimekle etin yüksek oranda protein içermelerine rağmen birbirlerinin yerine ikame edilebilmelerinin mümkün olmadığını, yani bu ürünler arasındaki çapraz talep esnekliğinin düşük olduğunu belirtmiştir¹³¹.

Bu aşamada, çapraz talep elastikiyeti yoluyla ikame edilebilirlikleri araştırılan ürünlerin sırf fiziksel özellikleri bakımından tamamen veya kısmen benzeşmeleri değil aynı

¹²⁸ TÜRKAN,E.:a.g.e.,s.330

¹²⁹ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.93

¹³⁰ TEKİNALP,Ü.:a.g.e.,s.439: Örneğin, günlük kullanım için elverişli tabak, tencere ve bardak gibi araçların ve gereçlerin piyasasında, cam pahalıncı tüketici bunların plastiğine yöneliyorsa –ki bu üründe çapraz elastikiyet yüksektir- bu tür malların piyasası cam ve plastik ürünleri de kapsar. Yani bu iki piyasada da hakim durumda olmak gerekir. Ancak kristal ne kadar pahalıncısa pahalıncı kristal bardak plastik bardakla ikame edilmez. Kristal bardak pazarı ayrı bir pazardır.

¹³¹ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.222

zamanda tüketici tercihlerinin, alışkanlıklarının da bu ürünlerin ikame edilebilirliğini belirleyeceği belirtilmelidir¹³².

Ancak değerlendirmelerin sadece fiyata dayalı olarak yapılması, Türkiye gibi yüksek enflasyonun hüküm sürdüğü ülkelerde doğru sonuçlar vermeyeceğinden bahisle eleştirilmektedir. Zira ikame edilebilirliği olan malların fiyatlarındaki artışın enflasyondan mı, reel bir fiyat artışından mı kaynaklandığı, tüketiciler tarafından kolaylıkla algılanamayabilecektir¹³³. Yine, özellikle yüksek gelir gruplarının bir maldaki fiyat artışına verecekleri tepki çoğu kez başka benzer bir mala yönelme şeklinde olmayabilir. Tanınmış ve kaliteli markalar tüketici tercihlerini fiyattan arı olarak etkileyebilmektedir. Gerçekten de parfüm, saat, otomobil gibi ürünlerde fiyat artışı marka bağımlılarını etkilemekten uzaktır¹³⁴.

Buraya kadar, ilgili pazarın tanımlanmasında sadece talep esnekliğinden bahsedilmişse de uygulamada ilgili ürün pazarının tespitinde “arz esnekliği”nden de faydalanılmaktadır.

¹³² AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.94: Yazara göre: Fiziksel bakımdan benzeşme, fonksiyonel ya da objektif ikame edilebilirlik, tüketici tercih ve alışkanlıkları yönünden değerlendirilen ikame edilebilirlik ise reaksiyonel ya da subjektif ikame edilebilirlik olarak adlandırılmıştır. Fonksiyonel açıdan ikame edilebilir olan ürünler, tüketici tercihleri açısından incelendiğinde, reaksiyonel ikame edilebilirlikleri olmadığından (kanımca “olmadığından” tabiri yerini “yok ise” tabiri daha doğru olurdu: Y.N.) aynı pazarda değerlendirilemeyecektir.

¹³³ SANLI, K.C.: a.g.e., s.280, dipnot:44: Yüksek enflasyon, bir yandan sürekli fiyat artışları nedeniyle çapraz fiyat elastikiyeti yönteminin uygulanmasını kolaylaştırırken, diğer yandan bu fiyat artışlarına karşı verilen tepkilerin sağlıksız olmasına yol açabilir.; ZUVİN, S./İŞMEN, T.: a.g.m., s.32: Makalede, İngilizce “small but significant non transitory increase in price” kelimelerinin ilk harflerinden oluşan “SSNIP” testinden bahsedilmektedir. Buna göre, ilgili ürün veya hizmete varsayıma dayalı bir test uygulanarak ilgili ürün veya hizmete küçük fakat önemli, geçici olmayan bir fiyat artışı uygulandığı takdirde, o ürünlerdeki müşteri davranışının hangi yönde olacağı incelenir. Burada küçük tabirinin ne kadar bir oranı ifade ettiği incelenirken, Amerika ve Avrupa Birliği uygulamasında bunun %5 ile %10 arasında olduğu belirtilmekte ancak Türk uygulamalarında enflasyon düşene değin %5 ‘lik oran yerine %10-15 arası oranlar uygulanmasının daha doğru olacağından bahsedilmektedir. “Tüketicilerin , fiyat artışının enflasyondan kaynaklanan bir fiyat ayarlaması değil de gerçek bir fiyat artışı olduğunu algılayacakları eşik ne oranda bir fiyat artışını ifade ediyorsa o aranda bir fiyat artışı uygulanmalıdır.”

¹³⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.96: “Buna göre, öncelikle hakim durumunu köttüye kullandığı iddia edilen işletmenin nitelikleri ve bütün özellikleri saptanmalıdır. Söz konusu iddiaya konu olan ve söz konusu işletme tarafından üretilen , dağıtılan, pazarlanan veya satılan ürünlerin neler olduğu belirlenmelidir. Bundan sonra ilgili ürünün tanımı yapılmalı ve özellikleri incelenmelidir. Bunu takiben kullanıcılar, tüketiciler ve müşteriler açısından tüketim ve kullanımlarında fazla bir maliyet gerektirmeden kullanılabilecek veya tüketilebilecek diğer ürünlerin neler olabileceği, bir başka deyişle bunların ikame edilebilir ürünler olup olmadığı araştırılmalıdır.” ; Ayrıca çapraz esnekliğin iktisadi değerlendirmesi için bkz. TÜRKAN, E.: a.g.e., s.330 v.d.

4.1.2. Arz Esnekliği :

Arz esnekliği, bir mal veya hizmeti üreten , dağıtan, satan işletmelerin, söz konusu mal veya hizmetin fiyat değişikliği karşısındaki tepki ve tutumlarını açıklamaktadır. Yani teşebbüs, bir malı ya da hizmeti üretirken büyük bir maliyet ve emekle karşılaşmadan başka bir mal ya da hizmeti üretir hale gelebiliyorsa o ürün açısından arz elastikiyetinin yüksek olduğu, yani ürünün arzı açısından ikame edilebilirliğinin mevcut olduğundan söz edilebilir¹³⁵.

ASLAN, 'arz esnekliği' tabiri yerine 'ürün ikamesi' tabirini kullanmış ve yüksek bir maliyet ve zorluk olmasa bile bir işletmenin uzmanlaştığı, belirli bir kitleye hitap ettiği üretim dalından başka bir ürünün üretimine geçmesinin gerçekçi bir düşünce tarzı olmadığını, böyle bir durumun ancak konumundan memnun olmayan bir işletmenin işini değiştirmeyi zaten düşündüğü hallerde olabileceğini, üretim ikamesi yüksek olan iki ürünün aynı pazarda sayılmasının sorunlar yaratabileceğini belirtmiştir¹³⁶.

Ürün merkezli olan "talep esnekliği" kavramına karşın "arz esnekliği", firma merkezlidir. 'Çapraz arz esnekliği' , belli bir pazarın dışında olan üreticilerin o pazardaki bir malın fiyatının artması halinde fiyatı artan malı üretmeye başlayarak o piyasaya girme eğilimlerini ve yeteneklerini ölçer. ASLAN'ın yukarıda belirttiğimiz fikrinin aksine, firmaların belirli bir anda belli bir malı üretiyor olmaları şart değildir. Önemli olan, tesbit edilen firmalar grubunun belli bir mal veya mal grubunun piyasasından pay almaya duyarlı ve hazır olmasıdır¹³⁷.

Arz esnekliğine göre ilgili ürün pazarının belirlenmesinde özellikle bir ürünün üretiminden diğerine geçişin çok hızlı ve maliyetsiz olmasına ve piyasa için olağan sayılması şartlarının aranması gerekir.

¹³⁵ AŞÇIOĞLU ÖZ , G: a.g.e., s.97 ; SANLI , K.C. : a.g.e. , s.248 ; TAYLAN , E. : a.g.e. , s.153 ; TEKİNALP , Ü. : a.g.e. , s.430

¹³⁶ ASLAN,İ.Y.: Uluslararası Sempozyum , 11-12 Mart 1993, s.101-102

¹³⁷ Arz esnekliğine göre pazarın belirlenmesinin yanıltıcı sonuçlar verebileceği hakkında bkz.: TÜRKKAN ,E.: a.g.e., s.334

4.1.3.Rekabet Kurulu Kararlarındaki Değerlendirmeler :

Talep ikamesi,arz ikamesi, ikame edilebilirlik kavramlarına değinilerek değerlendirmeler yapılan ve Kurumun resmi www.rekabet.gov.tr alan adlı internet sitesinde yer alan bazı Rekabet Kurulu Kararları ve karar özetleri şöyledir:

(i) 99-46/500-316 Sayılı 11.10.1999 Tarihli BİMAŞ-CİNE 5-TFF

Kararı: "...futbol müsabaka görüntülerinin ve özellikle 1.lig müsabakalarının futbol severleri ekran başına çekme hususunda önemli bir yeri olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle yayın kuruluşları izlenme oranlarını arttırmak , dolayısı ile reklam gelirlerini arttırmak için bu müsabakaları yayınlamak istemektedirler./Sonuç olarak ürünün niteliği, teknik özellikleri ve kullanıcı (izleyici/reklamveren) tercihleri açısından gerek 1. lig karşılaşmaları yayın haklarının, gerekse bu karşılaşmalara ilişkin görüntülerin diğer karşılaşmalar yayın hakları ve görüntüleri ile ikame edilebilirliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, ilgili ürün pazarının 1. lig karşılaşmaları ile sınırlandırılması gerekmektedir.

(ii) 00-36/401-227 Sayılı, 26.09.2000 Tarihli 'Fibor İnşaat-Soyak Grubu' (Boru Ekleme Parçaları Pazarı) Kararı: "Metal borular ise monte edilmeleri için daha fazla bir süreye ve dikkate ihtiyaç göstermeleri, kesim işleminin daha zor olması, esnemedikleri için bina içerisinde katedecekleri yollara göre gerekli uzunluğunun tesbit edilerek kesilmeleri yönleriyle farklılık göstermektedirler. Genellikle, binaların proje aşamalarında metal borular, daha sonraki tamiratlarda ise kolaylığı ve ucuzluğu nedeniyle plastik borular tercih edilmekte, ancak sıcak su, doğalgaz gibi bazı tesisatlarda sorunlu olarak metal boru kullanılmaktadır./ Bu açıklamalar çerçevesinde, plastik ekleme parçaları ile metal ekleme parçaları arasında talep ikamesi bulunmadığı , arz ikamesi açısından ise bir döküm cinsinden diğer cinse geçmek için bazı yatırımların gerektiği, dolayısıyla yatırım maliyetine katlanılmasının zorluğu dikkate alındığında ilgili ürün pazarı, demir döküm sanayinin bir alt pazarı olan "demirden dökülen ve bina içi metal tesisat borularını birbirlerine eklemede kullanılan ekleme parçaları" (fitting malzemeleri) pazarı olarak belirlenmiştir."

(iii) 01-17/150-39 Sayılı,21.12.2001 Tarihli "BELKO" Kararı: "

Doğalgaz ve fuel oil'in yakma sistemlerinin kömürden farklı olması nedeniyle kısa dönemde kömürle ikame edilmesi mümkün olmamakta, dolayısıyla bu ürünlerin kömürden farklı pazarlar olarak ele alınması gerekmektedir. Bu çerçevede ilgili ürün pazarı...dökme ve torbalanmış olarak tüketime sunulan ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarı olarak belirlenmiştir."

(iv) 00-50/533-295 Sayılı, 21.12.2000 Tarihli "Eti Holding" Kararı: "Eti Holding A.Ş., ülkemizdeki tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi ile bunların pazarlanması konularında faaliyet gösteren tek kuruluştur. Bu nedenle, söz konusu olayda hakim durumun tespiti açısından bor ilgili pazarının ayrıntılı olarak belirlenmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü Eti Holding A.Ş. her halükarda bor pazarında hakim durumda olacaktır."

(v) 99-37/376-241 Sayılı, 04.08.1999 Tarihli "İstanbul Halk Ekmek" Kararı: "Temel gıda maddesi olan ekmeğin diğer gıda maddeleri ile ikame edilemediği gö önünde bulundurularak ilgili ürün pazarı ekmek pazarı olarak kabul edilmiştir."

(vi) 99-41/435-274 Sayılı, 06.09.1999 Tarihli "McDonald's –Güneri Gıda" Kararı: "İlgili ürün pazarını , en basit haliyle, belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan diğer mallardan oluşan bir Pazar olarak tanımlamak mümkündür. Esasen, alıcı konumundaki teşebbüsler tarafından birbirleri yerine kullanılabilen ürünler aynı ilgili ürün pazarında değerlendirilmektedir. Örneğin, "et pazarı" "köfte pazarı" "tavuk eti pazarı" duruma göre tanımlanabilecek ilgili ürün pazarları olabilir. Ancak, sözkonusu bu ilgili ürün Pazar tanımları Pınar Et'in McDonald's restoranları için üretmekte olduğu et ürünleri için yeterli değildir. Restoranlarda kullanılan et ürünleri, McDonald's' ın sağlamış olduğu "know-how" ile, özel işlem süreçlerinden geçerek özel formüller ile üretilmektedir...Çapraz talep esnekliği açısından değerlendirildiğinde ise restoranların Pınar Et'in ürettiği ürünlerin dışında başka bir ürünü kullanmalarının mümkün olmadığı görülmektedir. Üretim ikamesi açısından ise, restoranlarda kullanılan et ürünlerini üretme hakkına sadece Pınar Et'in sahip olması nedeniyle, McDonald's'ın başka bir üreticiye söz konusu et ürünlerini üretme hakkını vermediği sürece , söz konusu üretim faaliyeti ne kadar karlı olursa olsun, başka bir üreticinin bu ürünlerin üretimi ile uğraşamayacağı

anlaşılmaktadır. Sonuç olarak ilgili ürün pazarı,...”HcDonald’s Restoranlarında kullanılan et ürünleri” şeklinde tanımlanmıştır.”

(vii) 99-24/211-124 Sayılı, 20.05.1999 Tarihli “Bankacılık Sektörü” Kararı: “Bankaların verdikleri kredilerin ve bu arada yapılmasını talep ettikleri sigortaların herbiri farklı bir Pazar oluşturabilecek niteliktedir. Çünkü bunların birbirlerini ikame etmeleri ya da müşteri gözünde aynı işi görmeleri söz konusu değildir.”

(viii) 93/750-159 Sayılı, 26.11.1998 Tarihli “LPG-Adıyaman” Kararı: “ İlgili ürün pazarı tanımlanırken, ilgili ürünün ikame edilebilirliği önem kazanmaktadır. Ürünün ikame edilebilirliği veya talep esnekliği, kendine eş veya benzer ürünlerle karşılaştırılması sayesinde belirlenmektedir. Bu noktada ürünün özellikleri, fiyatı ve kullanım sahası ön plana çıkmaktadır. Böylece, tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları açısından benzer olan ürünler aynı pazarda sayılabilmektedir. Talep esnekliğinin yanında ilgili ürünün tanımlanmasında dikkate alınması gereken diğer bir husus da arz esnekliğidir. Üreticiler, bazı sektörlerde, üretim yapılarında yapacakları küçük değişikliklerle üretmedikleri başka bir üreticinin ürününü, ikame bir ürün olarak piyasaya sürebilirler. Bu nedenle, üretim tekniği ve kullanılan girdiler açısından birbirine çok yakın olan ürünler yüksek arz esnekliğine sahip olup, aynı Pazar tanımı içerisinde yer alabilmektedirler.” Bu kararda, Kurulun, inceleme konusuna girmeden önce ayrıntılı olarak ilgili ürün pazarından ne anladığı, ilgili ürün pazarı belirlenirken dikkate alınan kıstaslar ve kendi bakış açısını belirtmek anlamında açıklamalar yaptığı görülmektedir. Kurul kimi kararlarında ise analiz yapmadan, doğrudan ilgili ürün pazarını belirtmektedir.

4.2. İlgili Coğrafi Pazar :

“İlgili coğrafi pazar”, Rekabet Kurulunun 93/750-159 Sayılı, 26.11.1998 Tarihli “LPG-Adıyaman” Kararında şöyle tanımlanmıştır: “ İlgili coğrafi pazar ise, teşebbüslerin mal ve hizmetlerini arz ettikleri ve rekabet şartlarının makul ölçülerde benzer bulunduğu coğrafi sınırlar olarak tanımlanmaktadır. Belirli bir pazarın topraksal sınırı, taşıma maliyetleri (navlun,paketleme v.s.) malın dayanıklılığı, dağıtım sisteminin alanı ve etkinliği, belirli

sağlayıcılar bakımından tüketici tercihleri, geleneksel alışkanlıklar, müşterilerin damak zevkleri ve satınalma özellikleri gibi faktörlere bağlıdır¹³⁸.

İlgili coğrafi pazara, Kanunun uygulanma alanı açısından bakıldığında, Kanunun 2 inci maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti Sınırları”, 6 ıncı ve 7 inci maddede de “Ülkenin bütünü ya da bir bölümü” ifadeleri görülmektedir. Burada, Kanunun, “ülkenin ... bir bölümü” tabiriyle ne kadarlık bir alanı kastettiğine dair açıklık yoktur.

Coğrafi pazardan, içinde rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu alan anlaşılmalıdır¹³⁹. Ancak diğer koşulların varlığı halinde Pazar yapısının homojen olmaması nedeniyle hakim durumun bütün Türkiye coğrafyasından daha küçük bir coğrafi alanda geçerli olduğu bir durumda da bu alanın Türkiye coğrafyası içindeki büyüklüğü ve önemi ne olursa olsun 4054 Sayılı Kanunun 6 ıncı maddesinin uygulanması mümkün olacaktır¹⁴⁰.

Rekabet Kurulu, 00-25/258-140 Sayılı, 04.07.2000 Tarihli kararında Osmaniye’nin Kadirli İlçesindeki rekabet ihlali iddiası için ön araştırma yapmıştır.

5. KÖTÜYE KULLANMA

5.1. Genel Olarak :

4054 Sayılı RKHK’un 6 ıncı maddesinde tıpkı ATA’nın 82 inci maddesinde olduğu gibi hakim durum değil, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

Her iki düzenlemede de hakim durumun tanımı yapılmamış, tahdidi olmamak üzere bazı kötüye kullanma hallerinin örneklenmesi yoluna gidilmiştir¹⁴¹. 4054 Sayılı Kanun, AB Rekabet Hukukunda oluşan yerleşik içtihatları 6 ıncı maddesinde hükümleştirmiştir¹⁴².

¹³⁸ Rekabet Dergisi, Cilt:1 , Sayı:1 , s.118

¹³⁹ TEKİNALP,Ü.: a.g.e., s.442; ASLAN,İ.Y.: a.g.e., s.220; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e., s.100; SANLI,K.C.:a.g.e.,s.250

¹⁴⁰ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e. , s.152

¹⁴¹ ASLAN ,İ.Y.:a.g.e.,s.232;ESİN,A.:a.g.e.,s.189;TAYLAN,E.:a.g.e.,s.160;SANLI,K.C.:a.g.e.,s.259 ; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.:a.g.e.,s.126 v.d.;GÜL,İ.:a.g.e.,s.20

¹⁴²TEKİNALP,Ü.:ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye kullanılması Halleri, Perşembe Konferansları:RKHK’un 6 ıncı maddesinde belirtilen haller en sık rastlanılan kötüye kullanma halleridir.Ancak bunların varlığı ortada per se bir kötüye kullanma faaliyeti olduğunu göstermez.

Kanunun tanımlama yapmamasına rağmen öğretide, ASLAN'a göre¹⁴³, kötüye kullanma şu şekilde tanımlanabilecektir: “ Bir hakim işletmenin rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır.” Yazar, “sağlayabilecek ” tabirini, teşebbüsün davranışları ile mutlaka rekabetin “fiilen” bozulmasının şart olmadığını belirtmek için kullanmaktadır¹⁴⁴.

Avrupa Topluluğu Komisyonu , 1965 yılında yayınladığı bir memorandumla, hakim durumdaki bir teşebbüsün , piyasada imkanları ile elde ettiği getirileri, etkin bir rekabetin olduğu bir piyasada elde edememesi durumu, hakim konumun kötüye kullanılması anlamını taşımaktadır demektedir ve bu hukuka aykırı davranış biçiminin, mevcut rakiplere veya piyasaya girmesi olası rakiplere karşı olduğu gibi kullanıcı ya da tedarikçilere karşı da olabileceğini belirtmektedir. Ancak hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin genel bir tanım mevcut değildir. İşte bu bakımdan her vaka özgün şartlarına göre incelenmeye muhtaçtır¹⁴⁵.

5.2. Özellikli Kötüye Kullanma Halleri :

4054 Sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde, “Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanılması hukuka aykırı ve yasaktır.” Hükmünü getirmiştir.

Daha sonra “Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır” diyerek beş bent halinde belli başlı kötüye kullanma hallerini örneklemek suretiyle belirtmiştir. Bu hallerin ; Kanunun “özellikle şunlardır” tabirinden de anlaşılacağı üzere tahdidi olmadığı açıktır.

Biz de bu halleri, Kanun’un sistematığına uygun olarak inceleyeceğiz.

¹⁴³ ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.232

¹⁴⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.159

¹⁴⁵ ESİN, A.: a.g.e., s.189-190, bkz.dipnot:357: ATAD, Hoffman-La Roche k. Komisyon davasında, ilk olarak hakim durumun kötüye kullanılmasını tanımlamıştır. Buna göre:” Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün pazarın yapısını etkileyecek nitelikteki davranışları sonucu rekabetin kısıtlanması ya da engellenmesi neticesinde olağan rekabet koşulları altında mal ve hizmet üreten diğer teşebbüslerin bu hukuka aykırı davranışlar sonucu piyasalarda faaliyetlerinin zorlaştırılması ya da engellenmesi ve gelecekte etkin rekabetin ortadan kalkması ihtimali hakim durumun kötüye kullanılması halini belirtir.”

TEKİNALP¹⁴⁶, kötüye kullanma hallerinin sıklıkla *engelleme* ; *sömürü ve pazar yapısını değiştirerek kötüye kullanma* şeklinde karşımıza çıktığını belirtmekte, engelleme hali kapsamında; *düşük fiyat uygulaması, mal vermeyi kesmek ve reddetmek* halinin özellik gösterdiğini ve mal vermeyi reddetmenin; bilgi vermeyi reddetmek , lisans vermeyi reddetmek, rakibin imkanlara iştirak etmesini reddetmek gibi alt başlıklarda geniş olarak yorumlanması gerektiğini , sömürünün, tüketiciye karşı işlediğini, yüksek fiyat ve güç şartlar dayatmak şeklinde ortaya çıktığını, Pazar yapısının değişmesi halinin ise, hakim işletmenin, büyük veya küçük işletmeleri ya da azlık payları satın alarak onların piyasadan silinmelerini sağlamak çabası şeklinde ortaya çıktığını belirtmektedir.

5.2.1. Girişleri Engelleme Ve Rakiplerin Faaliyetlerini Zorlaştırmak :

4054 Sayılı Kanunun 6/2.a maddesi, “Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler” i özellikli kötüye kullanma hallerinden biri olarak saymıştır.

Esasen, bir işletmenin , bulunduğu pazardaki rakip işletmelerin ekonomik, ticari faaliyetlerini engellemesi ve bulunduğu pazara diğer işletmelerin girmelerini engellemesi için bazı girişimlerde bulunmasının rekabetin doğal sonucu olduğundan söz edilebilir¹⁴⁷.

Bu konuda Kanunun ifade tarzından ortaya çıkan ikili bir ayrım söz konusudur . Bunlardan biri, “hakim durumdaki bir işletmenin bulunduğu pazara başka işletmelerin girmesine doğrudan veya dolaylı eylemlerle engellemesi”, diğeri de “yine hakim durumdaki işletmenin bulunduğu pazardaki diğer rakip işletmelerin Pazar dışına itmek ve karını maksimize etmek için onların faaliyetlerini zorlaştırmaktır.

Kanun, “engelleme” ve “faaliyetlerini zorlaştırma” ifadelerini kullanmakla beraber hangi durumların engelleme , hangi durumların faaliyetleri zorlaştırma sayılacağı yönünde bir açıklık ifade etmemektedir.

¹⁴⁶ TEKİNALP,Ü.: a.g.m., s.75 v.d.

¹⁴⁷ ASLAN , İ.Y. : a.g.e. , s.233 ; AŞÇIOĞLU ÖZ , G. : a.g.e. , s.160 ; SANLI , K.C. : a.g.e. , s.261

Doğrudan ve dolaylı eylemlerle hakim durumdaki bir teşebbüsün diğer teşebbüsleri piyasaya sokmamaya çalışmasının rekabeti engelleyici bir durum olduğunda fikir birliği bulunmakla beraber hangi tür eylemlerin faaliyetleri zorlaştırma kapsamında değerlendirileceği hususunda tereddütler mevcuttur. Zira daha önce de belirtildiği gibi, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması rekabetin doğal sonuçlarından biridir. Öyleyse bir eylemin piyasadaki rakiplerin durumlarını güçleştirmesi ve bunun hakim durumdaki işletme tarafından yapılmasını kendiliğinden hukuka aykırı saymak yerine Kanunun ifadesinin dar olarak yorumlanması ve her somut olaya ve şartlara göre değerlendirilmesi gereklidir¹⁴⁸.

TEKİNALP, Kanunun 6/2.a maddesindeki kötüye kullanma halini, ATA m.82/a ışığında şu şekilde tanımlamıştır: “Bir pazarda söz konusu malın veya hizmetin arzında veya talebinde hakim duruma sahip bulunan bir teşebbüsün bu gücünü herhangi bir şekilde ancak haklı olmayan bir surette kullanarak büyüklüğü ne olursa olsun diğer bir teşebbüsün veya teşebbüslerin ilgili veya ona yakın ya da bağlı pazarlara girmelerine yahut söz konusu piyasalarda kalmalarına olanak bırakmaması yahut bu olanakları esaslı surette zayıflatması, hakim durumun engelleme veya dışlama biçiminde kötüye kullanılmasıdır.”¹⁴⁹.

Girişleri engelleyici ve faaliyetleri zorlaştırıcı haller, 4054 Sayılı Kanunda belirtilmemiştir. Amerikan Anti-Trust Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamalarında belli başlı birkaç durumun varlığı halinde ortada rekabetin engellendiğinin kuvvetle muhtemel olduğu sonucuna varılmıştır. Bu haller: Yıkıcı fiyat uygulamaları ve indirim sistemleridir. Bunlara mal ve hizmet vermeyi reddetmek, tekelden temin yükümlülüğü koymak halleri de eklenebilir¹⁵⁰.

5.2.1.1. Yıkıcı Fiyat Uygulamaları :

Pazarın şartları ve ekonomik açıdan bakıldığında, şartlarla uyuşmayan ve maliyetlerin altında uygulanan fiyatın, başka makul nedenlerle¹⁵¹ açıklanamadığı hallerde

¹⁴⁸ ASLAN,İ.Y.: a.g.e.,s.233:”Kanun, ‘faaliyetleri zorlaştırma’ tarzındaki ifadesi ile başka bir durumu kastediyorsa bunun açıkca ifade edilmesinin gerekliliğini belirtmektedir.” ; SANLI,K.C.:a.g.e.,s.263 ; AŞÇIOĞLU ÖZ, G.:a.g.e.,s.161

¹⁴⁹ TEKİNALP,Ü.: a.g.e.,s.450

¹⁵⁰ SANLI,K.C.: a.g.e.,s.264; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.161

¹⁵¹ Bu nedenler , ekonomik konjonktür, ürün şeklinde değişikliğe gidilmesi, stokların eritilmesi, dönemsel indirim politikaları gibi nedenlerdir.Bkz.:ASLAN.İ.Y.: a.g.e.,s.233 ; SANLI,K.C.: a.g.e., s.264

rakipleri piyasa dışına itmek ve yeni girişlere set çekmek amaçlı olduğu kabul edilir¹⁵². Kanunun 6/2.a maddesindeki "...amaçlayan eylemler" ifadesinin önemi burada artmaktadır. Zira düşük fiyat uygulamalarının her somut olayda, rakibi piyasa dışına itmek amacının araştırılması ve değerlendirilmesi gerekir.

Yani bir fiyatın matematiksel olarak maliyetin altında bulunması tek başına yeterli görülmemelidir¹⁵³.

Rekabet Hukukuna ilişkin bir çok kavramı bünyesinde barındıran bir örneği TEKİNALP¹⁵⁴ şöyle vermektedir: " Bir diğer, fiyatla ilgili örnek deniz ticaretinden verilebilir. Denizcilikte kulüpler var, bu kulüpler çoğu kez kartel şeklinde karşımıza çıkabiliyor. Kulüp üyesi olan ve olmayan işletmeler var, çoğu kez kulüp üyesi olmayanların piyasadan silinmesi veya zayıflamaları için her hatta bir kurban şilep tahsis ediyorlar. Bu şilep çok düşük fiyatlar veriyor, o hatta ve onlara üye olmayan rakip durumda olan kimseler, bu şilebin verdiği fiyatı veremez duruma geliyorlar. Ama o da büyük zararlara düşer oluyor tabii. Fakat bu zararlar kulüp üyeleri tarafından karşılanıyor."

Bir de ilgili ürün pazarında hakim durumda bulunan teşebbüsün bu hakim durumunu bağlı/yan pazrlarda kötüye uyguladığı fiyat politikaları ile kötüye kullanması hali vardır. Bu konuda ATAD'ın "British Sugar" ve "Tetra Pak" davası örnekleri verilmektedir¹⁵⁵.

Fiyat mekanizmasının rekabetin engellenmesinde çok değişken ve etkili olarak kullanılması, serbest piyasa ekonomisinin dayanağı olmasından kaynaklanmaktadır¹⁵⁶.

¹⁵² Öğretide, engellenmenin en sık rastlanılan şeklinin, mal veya hizmetin ilgili pazara düşük fiyatla (maliyetlerin veya olağan seviyelerin altında) verilmesi , bu şekilde rakiplerin Pazar dışına itilmesi ve yeni girişlerin engellenmesi olduğu , rakip , piyasa dışına itildikten sonra fiyatın tekrar yükseltildiği durum olduğu belirtilmiştir.Bkz.:TEKİNALP,Ü.a.g.e.,s.451

¹⁵³ " Topluluk Mahkemesi ilk kararlarında , bu fiyat seviyesi ne olmalı tartışmasını yapmış ve...vasati fiyat ile maliyet fiyatının üzerinde durmuş, daha sonra bu ölçütleri kullanmakla beraber analize yer vermeden niyete bakmıştır. Bu konuda Topluluk Mahkemesinin ilk kararı, "Akzo"... kararıdır....:TEKİNALP,Ü.: Perşembe Konferansları,s.76; "Akzo vakasında, Yüce Divan, yıkıcı fiyat uygulamasına bir tanım getirmiştir: Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün değişken maliyetlerinin ortalamasının altında sunduğu fiyatlar sonucu rakiplerini piyasa dışına itmesi ya da silmesi, kötüye kullanma hali için yeterli bir nedendir. Hakim durumdaki teşebbüsün böyle bir uygulamaya girmesinin altında yatan neden, rakipleri piyasadan çekildikten sonra tekel konumuna girerek fiyatlarını yeniden yükseltmek amacını taşımasıdır. Yıkıcı fiyat uygulaması sırasında sabit maliyetlerinin ya da değişken maliyetlerinin altındaki satışlar, her üretilen birim için bir kaybı teşkil etmektedir. Ayrıca ortalama toplam maliyetlerin altındaki fiyatlar, değişken maliyetlerin ortalamasının üzerinde olsalar bile bu uygulama, yıkıcı fiyat uygulaması kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmektedir." :ESİN,A.:a.g.e.,s.196

¹⁵⁴ TEKİNALP,Ü.: Perşembe Konferansları,s.77

¹⁵⁵ a.g.m.,s.77

5.2.1.2. Tekelci (Fahiş) Fiyatlandırma :

Aşırı yüksek fiyat uygulamasının bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirilerek rekabet hukukunun alanına girmesine öğretide karşı çıkanlar¹⁵⁷ bu durumun bir kötüye kullanma hali olarak kabul edilmesini ihtiyatlı karşılayanlar¹⁵⁸ ve ayrıca savunanlar¹⁵⁹ da mevcuttur.

Piyasada oluşacak tekel fiyatı; maliyet, piyasa koşulları gibi fiyatı belirleyen mekanizmalardan bağımsız olarak oluşacaktır. Teşebbüsün, tabiri caizse “tek tabanca” olmasından kaynaklanan avantajı kullanarak fiyat belirlemesi nedeniyle de yine fiyatın yüksek olacağı açıktır. Neticede, haksız fiyat uygulaması ortaya çıkmaktadır. Bu duruma tekellerin ,verimsiz çalışmaları, aşırı ve yersiz istihdam oluşturmaları gibi tekel yapısından kaynaklanan olumsuzlukların neden olduğu düşünülürse, neticede oluşan fahiş fiyatların alıcılara ve nihai tüketicilere yansıyacağı ortadadır.

Önceki açıklamalarımızda da değinildiği gibi, rekabet hukuku, nihai olarak tüketiciyi değil rekabetin bizatihi kendisini korur. Tüketicinin koruması ise rekabet hukuku için bir amaç olmasa da beklenen ve umulan bir sonuçtur.

4054 Sayılı Kanunun 6/2e maddesinde,”tüketicinin zararına olarak üretimin , pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması” özellikli bir kötüye kullanma hali olarak sayılmıştır. Tekelci fiyatlandırmanın temelinde de esasen üretimin kısılması yolu ile yüksek fiyat elde etmek vardır. Bu nedenlerle Kanunda, ATA madde 82 hükmünden farklı olarak ”fiyatlandırma”nın özellikli kötüye kullanma halleri bahsinde geçmemesini , yasanın böyle bir durumu özellikle düşündüğü anlamında yorumlamamak gerekir. Yukarıdaki açıklamalar, tekelci fiyatlandırmanın Kanun kapsamında olduğunu ve bu yorumun Kanunun ruhuna ve lafzına uygun olduğunu göstermektedir. Bu şekildeki bir uygulama, gelir adaletsizliğinin yoğun yaşandığı ve halkın büyük kısmının fakirlik sınırında yaşadığı Türkiye için daha yeni

¹⁵⁶ CANSER, E.: Perşembe Konferansları, Ekim 2000, s.25

¹⁵⁷ AKINCI, A.: Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk düzeni Ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, 11-12 Mart 1993, İSO, Odakule İstanbul, s.67

¹⁵⁸ AŞÇIOĞLU ÖZ, G.: a.g.e., s.168 v.d. (Özellikle bkz., s.174 son paragraf.) ; ESİN, A.: a.g.e., s.193

¹⁵⁹ ASLAN, İ.Y.: a.g.e., s.244 v.d. ; SANLI, K.C.: Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma, Perşembe Konferansları, Ekim 2000 Ankara, s.76 v.d.:(Türk Rekabet Hukukunda tekelci fiyatlandırma için bkz.s.107 v.d.) ; TEKİNALP, Ü.: a.g.m., s.83-84 (Yazar, tekel fiyatının kanunla korunan “sömürütün engellenmesi” anlamında kötüye kullanma sayılması gerekliliğinden bahsetmiştir.)

sayılabilecek geçmişe sahip rekabet hukuku uygulamalarının ve yasanın kabul edilebilirliğini de arttıracaktır¹⁶⁰.

Ancak, AKINCI, haksız fiyatın, tekel fiyatı anlamına gelmeyeceğini, tekel karının piyasaya girişi cazip hale getireceğini, devletin, kimin kaç para kar ettiği ile uğraşamayacağını, ‘tekel’in tekel karı elde etmesinin , ekonomi biliminin bir verisi olduğunu, haksız fiyatın ancak tekel’in tekel karından vazgeçerek düşük fiyat uygulaması anlamına geldiğini, yasanın oluşması sürecinde fiyat mekanizmalarına ilişkin bir durumun ATA uygulamasından farklı olarak kötüye kullanma halleri içerisinde sayılmamasının bilinçli, olumsuz bir düzenleme tarzı olduğundan bahisle aşırı tekel / fiyat uygulamasının rekabet hukuku ve rekabet kanununun kapsamına girmeyeceğini belirtmiştir¹⁶¹.

ÖZ, eserinde, tekelci/fahiş fiyatlandırmaya, sadece rekabet hukuku kurullarıyla müdehale etmenin düşünülmemesini, ABD’de olduğu gibi başka kurumlar ve mevzuatlar ile fahiş fiyatlandırmanın tüketiciye vereceği zararın önüne geçilmesinin mümkün olduğunun , aksi durumun liberal ekonominin kurallarına aykırılıklar oluşturabileceğini, Rekabet Kurulunun yetkisini, aşırı fiyata herhalde müdehale etmek yerine doğal tekel sayılan pazarlarda ve belirli konularda ihtiyatlı kullanmasının yerinde olacağını belirtmiştir¹⁶².

ATAD, Komisyonun, fahiş fiyata, rekabet hukuku enstrümanları ile müdahale etmesine karşı çıkmamakta ancak ilgili işletmenin sorumlu tutulabilmesi için bu durumun yeterli ve güçlü delillerle ispat edilmesi koşulunu aramaktadır¹⁶³.

Rekabet Kurulu uygulamasında, ”tekelci fiyatlandırma” ile ilgili en çarpıcı karar “BELKO” kararıdır¹⁶⁴..”Raportörlerin Görüşü: Belko, Ankara Kömür Ve İhtiyaç Maddeleri

¹⁶⁰ SANLI,K.C.: a.g.m.,s.107 v.d. :”...tekelci fiyatlandırma, tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin temel sebeplerinden biridir ve eğer anti –tekel hükmüyle izlenen amaç tekelden kaynaklanan olumsuzlukların bertaraf edilmesi ise , bu uygulamanın yasaklama kapsamında kabul edilmesi doğal bir netice olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, anlamı itibariyle kötüye kullanma kavramına tekelci fiyatlandırmadan belki de daha uygun bir örnek davranış biçimi bulmak güçtür:s.110-113 ; Sanlı’nın, 4054 Sayılı Kanunun 6/2.e maddesinde tekelci fiyatlandırma yasağının lafzını bulduğu iddiasına karşılık, ÖZ, Kanunun yazılışında, tekelci fiyatlandırmaya ilişkin bir ifadenin açıkca yer almamasının isabetli olduğunu belirtmekle madde 6/2.e hükmündeki “üretimin kısıtlanması” ile tekelci fiyatlandırma arasında bir ilişki kurmadığını da göstermiştir: AŞÇIOĞLU ÖZ,G.:a.g.e.,s.173

¹⁶¹ AKINCI,A.:Uluslar arası Sempozyum,s.67

¹⁶² AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.168 v.d.

¹⁶³ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.247

¹⁶⁴ Rekabet kurulunun ,Dosya Sayısı:D1/1/H.U.-9/1(Soruşturma Nihai Karar),01-17/150-39 Sayılı, 06.04.2001 Tarihli Kararı, www.rekabet.gov.tr İnternet adresinden alınmıştır.

Dağıtım Ltd.Şti.nin fiyat belirleme serbestisine sahip olduğu dönem içerisinde yer alan , 1996 yaz sezonu ile fiyatların ilgili vali yardımcısı başkanlığında bir komisyon tarafından tesbitine yönelik İl Hıfzısıhha Kurulu Kararının Resmi Gazetede yayınlandığı 18.07.2000 tarihi arasında Ankara şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarında hakim durumunu, kömür alımlarında şirket çıkarlarına bilinçli ve/veya bilinçsiz olarak azami özenin gösterilmeyişi ve sonrasında maruz kalınan diğer maliyet kalemlerinin oluşumunda da söz konusu özensizliğin devamı ile işletme maliyetlerinin olması gereken seviyelerin çok üzerinde gerçekleşmesi ve neticesinde uygulanan aşırı yüksek fiyatlama ile 4054 Sayılı RKHK'un 6 ncı maddesi bağlamında kötüye kullandığı...

Söz konusu para cezasının miktarına karar verilirken, ilgili pazarın mutlak anlamda korunmuş olması itibariyle temel tüketim maddesi olan kömürün, alternatif kaynağının bulunmayışı ve genellikle gelir seviyesi düşük halk tarafından kullanıldığı, kömüre ödenen bedelin tüketici bütçesindeki ağırlığı, fiyata etki eden maliyetlerin oluşumundaki kasti ve/veya basiretsiz yönetimin ve keyfi harcamaların varlığı gibi hususların dikkate alınmasının yerinde olacağı şeklindedir.

Yapılan Tesbitler:...Aynı veya eş değer nitelikteki kömürlerin Ankara'da, diğer pazarlara nazaran %60-70 oranında yüksek fiyatlara satılabilmesinin altında Belko'nun tekel konumunun kendisine sağladığı avantaj yatmaktadır.

Aşırı fiyatlama ile birlikte, özellikle yüksek maliyetlerle çalışmak da tekелci işletmelerde sıkça rastlanan bir davranıştır. Giriş engellerinin olmadığı ya da çok düşük olduğu pazarlarda, sürdürülmesi mümkün olmayan bu keyfiyetin Belko'da alış fiyatları üzerine yüklenen aşırı personel, finansman ve işletme diğer gider kalemleri şeklinde ortaya çıktığı ve bu durumun da şirket bilançolarına 1996 yılı hariç zarar olarak yansıdığı tesbit edilmiştir.

"Savunmaların Değerlendirilmesi: Belko, pazarda tekel durumunda olması nedeniyle rekabet hukuku anlamında özel sorumlulukları olan bir teşebbüstür. Bu sorumluluklarından en önemlilerinden birisi de maliyet arttırıcı uygulamalardan kaçınmak yükümlülüğünde bulunmasıdır."

Gerek karardan gerekse karşı oy gerekçesinden, Rekabet Kurulunun mutabakatla, “tekelci fiyatlandırma”yı 4054 Sayılı Kanunun 6 ıncı maddesi anlamında “kötüye kullanma” hallerinden bir olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Kurul bu sonuca varırken, tekel fiyatının oluşmasında bilerek veya ihmal sonucu tüketicinin zararına hareket edilmiş olmasını özellikle tahlil etmiştir. Ancak kararın, yasa ile tekel konumuna sahip ve alternatif temin imkanı bulunmayan bir ürün pazarına ilişkin olması , Kurulun konuya ihtiyatlı yaklaştığının da bir göstergesidir. Kurulun bundan sonraki uygulamalarında çeşitlilik olursa, durum daha net olarak ortaya çıkacaktır.

5.2.1.3. İndirim sistemleri :

Teşebbüslerin daha çok mal veya hizmet pazarlayabilmek için alıcılarına çeşitli yöntemlerle indirim uygulamaları sık rastlanılan ve doğal sayılan bir piyasa davranışdır¹⁶⁵.

Ancak, fiyata ilişkin kötüye kullanma bahsinde olduğu gibi indirim sistemlerine yönelik de Kanunda açık bir hüküm yoktur.

İndirim sistemleri öğretide “sadakat-bağlılık primi”, “hedef indirimi ya da primi” şeklinde iki ana başlıkta incelenmiştir. Hakim teşebbüsün, çeşitli indirim sistemleri uygulayarak daha fazla ürün satmaya çalışması. Rakiplerin rekabet gücünü kırmaya ve onları Pazar dışına itmeye , alım satımın Pazar dışındaki koşullara göre belirlenmesine neden olduğundan bir kötüye kullanma şekli olarak değerlendirilecektir. Burada hem piyasaya girişleri engellemek, faaliyetleri zorlaştırmak hem de ayrımcılık söz konusu olabilir .

a) Sadakat Ve Bağlılık İndirimi:

Bu sistemde, hakim teşebbüs, ilgili firmaya ürüne olan ihtiyacının tamamı veya tamamına yakın bir kısmını kendisinden alması, pazardaki başka teşebbüslerden aynı ürünü almaması karşılığında indirim yapmaktadır. Böylelikle bu davranış, diğer teşebbüslerin pazara

¹⁶⁵ ASLAN,İ.Y.: a.g.e.,s.240 ; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.175 ; sanlı,k.c.:A.G.E.,S.266 ;TEKİNALP,Ü.:a.g.e.,s.451 Ayrıca TEKİNALP,Ü.:a.g.m.,s.77; ESİN,A.:a.g.e.,s.194

girişlerini engelleme niteliğinde olacağından bir kötüye kullanma halidir. Bu duruma “kelepçeleme sözleşmeleri” de denilmektedir¹⁶⁶.

b)Hedef İndirimi :

Burada hakim teşebbüs, bayilerinin genellikle yıllık olarak belirli miktarın üzerinde mal alması , satması şartıyla belirli oranda indirim uygulamaktadır.

Hedef indiriminin, mal satışını arttırmaya yönelik strateji olduğu ve başkalarının malının satışının engellenmesinin söz konusu olmadığı belirtilerek bu durumun bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirilmesi eleştirilmiştir. Ancak ATAD, hedef indirimlerinin belirli süreleri aşması ve objektif şartlar içermemesi halinde bu durumu kötüye kullanma olarak değerlendirmektedir¹⁶⁷. Hedef indirimlerinin bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirilmesinde Avrupa Birliği Hukukunda uygulanan “ekonomik olarak objektif haklı görülebilirlik kistası”nın uygulanması yerinde olacaktır¹⁶⁸.

5.2.1.4. Mal Veya Hizmet Vermeyi Reddetmek :

Gerek ATA gerekse 4054 Sayılı Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte hakim durumdaki teşebbüsün mal ve hizmet vermeyi reddetmesi, bir kötüye kullanma hali sayılmaktadır¹⁶⁹.

Özel hukuktaki “sözleşme serbestisi” kuralından hareketle, teşebbüslerin istemedikleri kimselere mal veya hizmet vermeyi reddetmelerinin doğal olduğu, bunun kimi kez ticari koşulların gereği de olabileceği söylenebilir.

¹⁶⁶ TEKİNALP,Ü.: a.g.m.,s.78: Yazar şu örneği vermektedir: ...diyelimki ben bir camcıyım, cam üreticisiyim ve camı ben bayime kaça veriyorsam bayim de o fiyattan satmak zorunda; yani tüketici fiyatını belirlemekle kalmıyor, bayinin kar etmesini de önliyorum fakat ben sene sonunda bayime satış üzerinden bir prim veriyorum. Diyelimki, sattığım miktarın %10'u 15'i, 20'si gibi , sözleşmeye şöyle bir hüküm koyuyorum: Bayi, başka 'rakip' üreticinin malını satmamışsa primini yıl sonunda toptan alır. Eğer başkasının camını veya benzeri mallarını satacak olursan bu durumda prim hakkını kaybedersin. Bu uygulama esasında bir teşvikmiş gibi görünmekte, ama aynı zamanda bir kelepçeleme olarak da karşımıza çıkmakta ve rakibin piyasada kalmasına veya piyasaya girmesine engel olmakta, çünkü rakibin pazarlama yollarını bu şekilde bloke etmekte ve kapatmaktadır.”; Ayrıca bkz.GÜL,İ.:a.g.e.s.80

¹⁶⁷ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.240;SANLI,A.g.e.,s.266-267; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.:a.g.e.,s.175

¹⁶⁸ SANLI,K.C.: a.g.e.,s.267

¹⁶⁹ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.236 ; SANLI,K.C.: a.g.e.,s.265

ATAD kararlarında ,özellikle uzun süredir mal verilen alıcılara mal vermenin kesilmesi, piyasaya yeni girecek alıcıların faaliyetlerini sürdürebilmelerinin hakim durumdaki işletmenin satacağı mal veya hizmetin alınması şartına bağlı olduğu, yani bunun olmazsa olmaz bir durum şeklinde tezahür ettiği durumlarda mal veya hizmetin verilmemesini kötüye kullanma olarak değerlendirebilmektedir¹⁷⁰ .

Bu konuda ençok zikredilen karar ,”Magill” kararıdır. Bu kararda, televizyon istasyonlarının , bir televizyon dergisine program akışı bilgilerini vermeyi reddetmelerini bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirmiştir. Zira, televizyon dergisinin çıkarılabilmesi için program bilgileri zorunlu hammadedir. Bu bilgiler verilmeyerek televizyon istasyonlarının, televizyon dergiciliği alt pazarındaki rekabeti engellediklerini, bu pazarı kendilerine sakladıkları sonucu çıkmaktadır¹⁷¹.

Rekabet Kurulu,www.rekabet.gov.tr internet adresinde yayınladığı “Eti Holding A.Ş.” kararı ile, mal vermeyi reddetme halinin girişlere engel olmak anlamında bir kötüye kullanma hali olduğunu hüküm altına almıştır.Kararda, iddia konusu olan “öğütülmüş kolamanit üretmek amacıyla yılda 200 Bin Ton konsantre Kolamanit Cevheri talebinin, Türkiye’deki tek Bor üreticisi olan Eti Holding A.Ş. tarafından karşılanmadığı ve bu şekilde 4054 Sayılı Kanunun 6 ıncı maddesinin (a) ve (b) bentleri kapsamında hakim durumun kötüye kullanıldığı”nın Kurulca 6 ıncı (a) ve (b) bentleri kapsamında ayrı ayrı değerlendirmesi yapılmış, (a) bendi kapsamındaki değerlendirmede:

Ceytaş, henüz Bor piyasasında faaliyet göstermediğinden Eti Holding A.Ş.’nin rakibi değildir. Hakim durumun kötüye kullanılması, mal vermeyi reddetmek suretiyle faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine engel olmak şeklinde olabilir... Serbest piyasa ekonomisi, teşebbüslerin özgürce karar almaları temeline dayanmaktadır. Bu nedenle serbest piyasa ekonomisinde, teşebbüsler, istedikleri alıcılara ürün satabilecekleri gibi, istemedikleri alıcılara ürün satmayabilirler...Rekabet hukukunda, bir teşebbüsün belli müşteri veya müşteri gruplarına mal satmaya mecbur kılmanın çok sıkı ve sınırlı koşulları bulunmaktadır. Öncelikle mal satmaya zorlanan teşebbüs hakim durumda olmalıdır. Alternatif temin

¹⁷⁰ SANLI,K.C.: a.g.e.,s.237

¹⁷¹ ASLAN,İ.Y.: a.g.e.,s.237

kaynakları olacağından hakim durumda bulunmayan bir teşebbüse satış yapma zorunluluğu getirilmesi anlamsız olacaktır.

Rekabet hukuku uygulamalarında, hakim durumda olan bir teşebbüse ancak iki durumda satış yapma zorunluluğu getirilebilmektedir. Bunlardan birincisi, hakim durumda olan teşebbüsten mal talebinde bulunan müşterinin hakim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı durumunda bulunmasıdır...İkinci durum ise, bir teşebbüsün belli bir faaliyette bulunabilmesinin zorunlu unsuru olan temel kaynak faaliyetinin hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip bulunması ile ilgilidir. Zorunlu unsur bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken ve hakim durumda bulunan teşebbüs dışında, söz konusu kaynak faaliyetin başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir temel kaynak faaliyetine sahip olan bir teşebbüs, imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır...

İlgili ürün pazarı BOR ürünleridir. Ceytaş'ın üretimini yapmak istediği öğütülmüş Kolamanit, ilgili ürün pazarında yer almaktadır. Bu nedenle, başka bir faaliyette bulunmak için temel kaynak faaliyetinden yararlanma talebi değil temel kaynak faaliyetinin kendisini üretme talebi söz konusudur. Bor ürünleri; ancak üretimlerinde Bor kullanılan ve birer nihai ürün olan deterjan, cam, seramik gibi ürünlerin üretimi için temel kaynak olarak zorunlu bir unsur sayılabilir...Eti Holding A.Ş.'nin ... talebini reddetmesi,...hakim durumun kötüye kullanılması fiilini oluşturmamaktadır.

Mal vermeyi reddetmenin temel kaynak faaliyeti dışında yalnızca “ sürekli alıcılara mal vermeyi reddetmek” haline hasredilmesi eleştirilebilir, zira pazara girmek isteyen bir alıcının, hakim durumdaki işletmenin ürününü satamaması onun ticari faaliyetini zorlaştırabilecektir. Ancak yüksek yatırım maliyetlerine katlanarak üretim yapan teşebbüslerin bu yatırımlarını amorti edebilmeleri, bir süre pazara girişlerinin engellenmesi ile mümkün olabilir. Temel kaynak faaliyetinden yararlandırma veya mal verme mecburiyeti ile yatırım maliyetine katılmayan diğer teşebbüslerle pazarı paylaşmak zorunda kalan teşebbüsün geliri azalacak ve bu durum onun yatırım yapmaktan kaçınmasına neden olabilecektir¹⁷².

¹⁷² Ayrıntılı açıklamalar için bkz.GÜL,İ.: a.g.e.,s.98

5.2.2. Ayrımcılık :

Kanun 6/2.b maddesinde, ATA m.82/2.c hükmüne paralel olarak, eşit durumdaki alıcılara farklı koşullar ileri sürülerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılmasını hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak belirtmiştir.

ATA.82/2.c hükmü şöyledir: İşletmelerin taraflarına eş edimler için eşit olmayan koşulları uygulayarak onları rekabette dezavantajlı duruma sokma.

ASLAN, Kanunun, ATA 82/2.c hükmüne benzer bir düzenleme yapmakla beraber “onları rekabette dezavantajlı duruma sokma” unsuruna lafzen yer vermeyerek tehlikeli durumlara mahal verebileceğini belirtmektedir¹⁷³.

Tehlikeli durumdan kasıt, Kanunun 6/2.c maddesindeki hükme göre ayrımcı uygulamalarda bulunan işletmelerin birbirlerinin fiili veya potansiyel rakipleri olması gerekliliğinin açıkça belirtilmemiş olmasıdır. Bunun sakıncası, bir işletmenin farklı pazarlarda, o pazarın şartlarına göre belirlediği fiyatlar nedeniyle de hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile karşılaşabileceği iddiasıdır. Yani , farklı fiyat uygulaması, rekabeti hiç etkilemese de sırf ayrımcılık yapıldığı görüntüsünün varlığı, cezalandırılmaya neden olabilecektir gibi bir sonuç çıkmamaktadır¹⁷⁴.

Rekabet Kurulunun 01-27/260-74 Sayılı, 12.06.2001 Tarihli “Erdemir” kararında dosya konusu iddialar şunlardır: Erdemir’in, Estaş ve Cihan Metal firmalarına farklı satış şartları uyguladığı, diğer firmalara 290 \$/Ton birim fiyatla satılan 2 mm kalınlığındaki malzemenin Estaş firmasına 200 \$/Ton birim fiyatına satıldığı, adı geçen firmalara, ilan edilen indirim oranlarından daha fazla indirim uygulandığı, diğer satış koşullarında ayrımcılık yapıldığı, Erdemir’in müşterilerine uyguladığı satış şartları arasında farklı uygulamalar ve ayrıcalıklar bulunduğudur.

Şikayetçi iddiaları, Kurul tarafından Erdemir’in genel satış şartları bakımından incelenmiş, müşterinin sipariş türüne göre farklı satış koşulları uygulandığı, özellikle büyük

¹⁷³ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.238

¹⁷⁴ a.g.e.,s.238 ; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.162

miktarda alımların yapıldığı sözleşmeli siparişlerde müşterilerle varılan anlaşma sonucuna göre satış koşulları oluşturulduğu anlaşılmıştır.

Bu ayrımın yanı sıra, 2000 yılı Haziran ayında yoğunlaşan dünya demir çelik sektöründeki kriz ve akabinde gelen ulusal krizin etkisiyle Erdemir'in... büyük alım yapan firmalara uyguladığı miktar indirimlerini daha da arttırdığı, fiyatlarını düşürdüğü, ayrıca dönem siparişi veren müşterileri ile sözleşmeli sipariş veya stok siparişi veren müşterilerinin eşit konumda olmadıkları...tesbitlerinden sonra, firmalara ilişkin eylemleri teşebbüs bazında incelemiştir. Neticede Cihan Metal firmasının küçük miktarda alım yapan firmalarla eşit konumda olmadığı tesbiti yapılmıştır...Erdemir'in... ayrımcılık yapmadığı, kriz döneminde stoklarını eritmek amacıyla daha avantajlı koşullarla satış yoluna gittiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Göze çarpan tesbit, ilgili ürün sektöründeki global ve/veya yerel ekonomik krizin teşebbüse bu durumdan çıkmak için bazı farklı muamelelerde bulunmak hakkı verdiğinin kabulüdür. Bu karar eşit durumdaki alıcılardan kastedilenin ne olduğuna dair iyi bir referanstır.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, ayrımcılığı her olayın somut koşullarında olayın niteliğine göre belirlemek gerekir.

GÜL¹⁷⁵, eserinde, özellikle “fiyat ayrımcılığı” ve “farklı koşullar ileri sürmek” kavramları üzerinde durmaktadır. Kanundaki “dolaylı ve doğrudan” ifadesinin teşebbüslerin kanunu dolanmalarının önüne geçmek amacını taşıdığını belirtilmekte ve doğrudan ayrımcılığa ilişkin olarak, bir işletmeye 100 TL/Ton fiyattan mal satılırken diğerine 110 TL/Ton fiyattan mal satılmasını, dolaylı ayrımcılığa ise alıcıların tümüne 100 TL/Ton üzerinden satım yapılmış gibi görünürken bazı alıcılara %10 indirim uygulanmasını örnek göstermiştir.

Yazar fiyat ayrımcılığını, haklı bir neden olmamasına karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsün eşit durumdaki alıcılarına birbirini ikame edebilen ilişkiler için farklı fiyat uygulaması olarak ifade etmektedir.

¹⁷⁵ GÜL,İ.:a.g.e.,s.56 v.d.

Yukarıda bahsedilen “Erdemir Kararı”na paralel olarak , eşit olmayan ilişkiler için farklı fiyat uygulamanın rekabet hukuku açısından fiyat ayrımcılığı olmayacağından bahsedilmiştir.

Doğrudan fiyat ayrımcılığı, kendini bölgesel farklı fiyat uygulama olarak göstermektedir. Hakim teşebbüs, rakibinin güçlü olduğu bölgeye, diğer bölgeye oranla düşük fiyat uygulayarak onu Pazar dışına itmeyi çalışmaktadır. Diğer bir neden de ödeme gücü yüksek olan alıcılara yüksek fiyat uygulayarak onları sömürmek olabilir.

Dolaylı fiyat ayrımcılığı ise, yukarıda da bahsi geçen indirim sistemi şeklinde görülmektedir¹⁷⁶.

5.2.3.Haksız Koşullar İleri Sürmek Ve Yeniden Satışa İlişkin Kısıtlamalar Getirmek:

4054 Sayılı Kanunun 6/2.c maddesinde bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Bir mal veya hizmet ile birlikte , diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılamaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi”

ATA,m.82/2 hükmü de şöyledir: “Sözleşmenin yapılmasını diğer tarafın niteliği veya ticari teamül bakımından bu gibi sözleşmelerle hiçbir bağlantısı olmayan ek edimleri kabul etmesine bağlama.”

Haksız koşullar ileri sürmek ya da ek yükümlülükler getirmek unsuru, bir işletmenin hakim durumda bulunduğu ilgili pazardaki ürünü alıcısına satarken bu ürün yanında başka bir mal veya hizmetin de alınmasını şart koşmasını ifade eder bu yolla hakim işletme, hakim durumda olmadığı pazarda yer alan mal ve hizmetlerini de satma olanağını yakalamaktadır¹⁷⁷. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl mal veya hizmet ile bunların yanında alınması şart koşulan şey arasında objektif bir bağlantının bulunması gerekliliğidir. Bu bağlantı yoksa 6 ıncı madde anlamında kötüye kullanma hali gerçekleşmiş olacaktır. ATA’nın 82 inci

¹⁷⁶ ASLAN,İ.Y.: a.g.e.,s.241; GÜL,İ.:a.g.e.,s.35

¹⁷⁷ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.242 ; AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.164 ; SANLI,K.C.: a.g.e.,s.268-269

maddesindeki benzer düzenlemede getirilen “ticari teamül ve sözleşmenin niteliği” kıstaslarının Kanunun 6 ıncı maddesine alınmaması, öğretide eleştirilmektedir. Bu durumun; niteliği ve teamül gereği söz konusu ticari faaliyetin doğan sonucu sayılabilecek şartların da 6 ıncı madde kapsamına sokulabilmesi sakıncası doğurduğu belirtilmektedir¹⁷⁸.

Kanunun 6 ıncı maddesinin 2/c bendi kapsamına giren yasaklar şu şekilde belirtilmektedir¹⁷⁹.

1-Bir mal ve hizmetle birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının şart koşulması,

2-Talep edilen bir mal veya hizmetin satışının başka mal ve hizmetlerin de teşhiri şartına bağlanması,

3-Tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi

5.2.4. Bir Pazardaki Hakim Durumun Başka Bir Pazarda Kötüye Kullanılması :

4054 Sayılı Kanunda öngörülen kötüye kullanma hallerinden birisi de 6 ıncı maddenin 2/d bendinde “ Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme şekli ATA 82 inci maddede bulunmamaktadır. Kanunun böyle bir düzenlemeye gitmesinin gereksiz olduğu ve bu halin , yani “hakim gücün başka bir pazarda kullanılması” unsurunun zaten 6 ıncı maddenin 2/a bendi kapsamında değerlendirilebileceği,

¹⁷⁸ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.:a.g.e.,s.164; GÜL,İ.:a.g.e.,s.34 : Bazı ek yükümlülük örnekleri vermiştir.Servis hizmetinin yedek parça kullanımına bağlanması, otomobil servisinin otomobil yağının kullanımına bağlanması, dondurma koruyucusunun dondurmanın satılmasına bağlanması,paketleme makinesinin kartonun kullanımına bağlanması, bilgisayar programının bilgisayar makinesi ile birlikte kullanılması şartının getirilmesi:s.34,Dipnot:114

¹⁷⁹ SANLI,K.C.: a.g.e.,s.270 ; BUDAK,A.C.: Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, Uluslar arası Sempozyum, 11/12 Mart 1993, İSO, İstanbul ,s.148 : “...Mesela bir hammadde satıcısının, eşit durumdaki imalatçı müşterilerine farklı fiyatlar uygulayarak ya da imalatçıya mal satmayı sebepsiz olarak reddederek, o hammaddenin kullanıldığı ürün piyasasındaki rekabeti kısıtlaması, Kanunun 6/2.d bendinde olmasaydı da altıncı maddenin kapsamına girecekti.”s.148

esasen bu düzenlemenin maddenin 1 inci fıkrası içerisinde yer almasının daha uygun olacağı yönünde eleştiriler getirilmiştir¹⁸⁰.

Buna karşılık, düzenlemenin kötüye kullanma sayılan eylemlerin gerçekleştiği Pazar ile teşebbüsün hakim durumda olduğu pazarın farklı olabileceğinin açıkça belirtilmiş olması ve durumun 6 ıncı maddenin kapsamına girdiğinin yoruma yer bırakmaksızın açıklanması bakımından yerinde, isabetli ve yararlı olduğu belirtilmiştir¹⁸¹.

Bu konu ile ilgili olarak Türk Rekabet Hukuku uygulamasındaki en yeni ve kayda değer karar Rekabet Kurulunun 04.Ekim 2002 tarihli ‘Telekom’ kararıdır. İnternet servis sağlayıcısı firmaların başvuruları üzerine verilen kararda Türk Telekom’un kurumsal kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken alt yapıları içeren pazarda, yerel kullanıcılara dar bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken alt yapıları içeren pazarda, yerel kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulabilmesi için gereken alt yapıları içeren pazarda ve uzak mesafe veri aktarımına ilişkin royalti içeren pazarda hakim durumda olduğuna ve Türk Telekom’un TTNET adı altında sunduğu internet erişim hizmetinin ücretini aynı pazarda yer alan rakip teşebbüslere alt yapı hizmetleri için uyguladığı ücretlerin altında belirlemek suretiyle altyapı pazarındaki tekel konumundan kaynaklanan hakim durumunu kurumsal kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması pazarında rakiplerine karşı kötüye kullandığına karar vermiştir.

Kurul , ihlalin gerçekleştiği pazarın niteliği ve niceliği ile kastın varlığı gibi unsurları da göz önüne alarak Türk Telekom’a 2000 yılı net satışları üzerinden ve taktiren gelirinin 10 binde 5’i oranında olmak üzere 1 Tirilyon 136 milyar 376 milyon 790 bin 621 bin lira para cezası verilmesine, hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde tezahür eden rekabet ihlalinin sonlandırılması için Telekom’a bildirimde bulunulmasına karar vermiştir.

¹⁸⁰ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.: a.g.e.,s.164-165; Aynı görüşte ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.243:Yazar, hakim durumda bulunan pazar ile “başka pazarın” bağlantılı olması halinde bu hükmün uygulanabileceğini aksi durumun mümkün olmadığı kanaatindedir.

¹⁸¹ AŞÇIOĞLU ÖZ,G: a.g.e.,s.166

5.2.5. Tüketicinin Zararına Olarak; Üretimin, Pazarlamanın ya da Teknik Gelişmenin Kısıtlanması :

4054 Sayılı Kanunun 6/2.e maddesi üretimin, pazarlamanın ve teknolojik gelişmenin tüketici zararına olarak kısıtlanmasını bir kötüye kullanma hali olarak belirtmiştir.

Bu düzenlemede sözü edilen “üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması”nın rekabeti engelleyici, bozucu etkisinin olacağı açıktır. İfadenin başına “tüketicinin zararına olarak” ifadesinin getirilmesi, yasa koyucunun tüketici menfaatlerine verdiği özel önemi yansıtmaktadır. Rekabet ihlallerinin sadece yatay veya dikey bütünlük içerisinde yer alan aktörlerle olan ilişkilerde değil mal veya hizmetin nihai alıcısı olan tüketici ile oluşan ilişkilerde de mümkün olabileceği görülmektedir¹⁸².

Üretimin veya pazarlamanın kısıtlanmasının doğrudan fiyatlar üzerinde baskı yapacağı ve fiyatı yukarıya çekeceği açıktır. Daha önce “tekelci fiyatlandırma” başlığında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Fahiş fiyat uygulamasının doğrudan Kanunda bir kötüye kullanma hali olarak belirtilmemesinden yani Kanunun bu tercihindan kaynaklanan sakıncaları bertaraf etmek amacına yönelik bir düzenleme olduğu kanaatindeyim.

Teknik gelişmenin kısıtlanmasının, rekabet hukuku anlamında bir sömürü şekli olduğu belirtilmiştir. Sömürülen taraf tüketicilerdir. Bu konuda en sık verilen örneklerden biri Alman Federal İşçi Bulma kurulu ile ilgilidir. Bu kurum işçi bulma konusunda sahip olduğu tekel hakkını ülkenin bütününde gerekli teknik altyapıyı kuramayarak kötüye kullanmakla suçlanmıştır. Zira kurum, küçük şehirlere şube açmamakta , diğer yerlerde de şehirler arasındaki koordinasyonu kurmakta hatalı görülmüştür.

İkinci örnek karar, liman hizmetleri ile ilgilidir. Bu kararda da vinçler, doldurma tesisleri, istif elemanları yetersiz ve hizmetleri hem yavaş yapıyor hem de mükemmel bir hizmetin ücretini alıyorlar. Arzu edilen hizmeti ise alıcıya veremiyorlar. Karar bunun da kötüye kullanma hallerinden biri olduğunu ve sömürü halleri içerisine girdiğini belirtiyor.

¹⁸² TEKİNALP,Ü.: a.g.m., s.84

Pazarlama faaliyetleri ve pazarlama teknikleri mamul malın fiyatının oluşmasında en büyük etkenlerden biridir. Hakim durumdaki bir firmanın pazarın belirli bölgelerinde bayilikler oluştururken izleyeceği politikalar, bu bayilere mal vermek için belirlediği esaslar ve bayilerin iştigal bölgeleri arasındaki mal transferlerini düzenleme ve kısıtlama faaliyetleri malın fiyatı üzerinde doğrudan etki yapacak faktörlerdir.

Teknik gelişmenin kısıtlanması tekel konumundaki teşebbüslerde en çok görülen karakteristik özelliktir. Çeşitli sebeplerle piyasaya girişlerin zorluğu karşısında 'tekel', teknolojik yatırım ve iyileştirme yerine karını maksimize etmek düşüncesinde olacaktır. Bu durum birim malın üretimi için daha fazla hammadde ve girdi kullanılmasına neden olup malın tüketiciye yansıyan fiyatında artışa sebep olacaktır. Bu durumun daha büyük zararı ise uzun vadede üretim yapılan sektöre ve giderek ülke ekonomisine olacaktır.

Bu ikinci şık Rekabet Hukukunun varlık nedenini ve korumaya çalıştığı menfaati açıkça göz önüne sermektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK 4054 SAYILI KANUNA AYKIRI DAVRANIŞLARIN SONUÇLARI :

1.1. Kurulun Yetkisini Kullanması :

1.1.1. 4054 Sayılı Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca ihlale son verilmesinin istenmesi ve ihtiyati tedbir:

Kanunun 9 uncu maddesi düzenlemesine göre : 9/1:Kurul, ihbar, şikayet ya da bakanlığın talebi üzerine veya re'sen bu kanunun 4,6 ve 7 inci maddelerinin ihlal edildiğini tesbit ederse...rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir./9/4: Kurul, nihai karara kadar, ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir¹⁸³.

1.1.2. 4054 Sayılı Kanunun 11 inci maddesi uyarınca birleşme ve devralmanın Kurula bildirilmemesi halinde alınacak tedbirler,verilecek ceza:

Madde 11 : Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda: a) ...bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular.b) ... birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

¹⁸³ ASLAN,İ.Y.: AT Rekabet Hukukunda İhtiyati Tedbir ,İktisat Ve Maliye, Cilt:xxxvi, Sayı:9,Eylül 1989,s.365

1.2. İdari Para Cezaları :

Kanunun öngördüğü idari para cezalarını ihlal edilen kuralın mahiyetine göre “usul” veya “esasa” ilişkin olanlar şeklinde iki kısma ayırabiliriz¹⁸⁴.

Nitekim 16 ıncı maddenin 1 inci fıkrası usule ilişkin cezaları, 2 inci fıkra ise 4,6 ve 11 inci maddeler kapsamındaki faaliyetlerden doğan yasaklanmış davranışları yani esasa ilişkin cezaları öngörmektedir.

Usuli cezalar, Kurula taktir hakkı vermeksizin sabit ve nispeten düşük olarak belirlenmiş , ancak esasa ilişkin cezalar belirlenirken hem Kurula geniş taktir yetkisi verilmiş hem de yüksek miktarlı cezaların hüküm altına alınabilmesine yönelik kıstaslar getirilmiştir¹⁸⁵. Ancak para cezalarının taktirinde, Türkiye’de yaşanan yüksek enflasyon ve haklarında ceza tatbik edilen işletmelerin ödeme güçleri de gözönüne alınmalıdır. Aksi halde cezalar tahsil edilemeyecek ve işletmenin mahfına neden olabilecektir¹⁸⁶.

Para cezalarının bir başka özelliği de ihlali gerçekleştiren teşebbüslere ayrı ayrı uygulanmasıdır. Yani tek bir cezanın müteselsil sorumluluk getirilerek tahsili yoluna gidilmemiştir.

Tüm bu idari yaptırımların denetimi de 4054 Sayılı Kanunun 55 inci maddesi uyarınca Danıştay tarafından gerçekleştirilecektir¹⁸⁷.

Rekabet Kurulunun para cezasını belirlerken¹⁸⁸ uyguladığı yöntem ve taktir hakkını hangi kıstaslar çerçevesinde kullandığını çalışmamızda zikredilen ve diğer rekabet ihlallerine ilişkin Kurul kararlarından belirlemek mümkündür.

¹⁸⁴ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.364: Yazar, para cezası gerektiren fiilleri “usuli suçlar” ve “esasa ilişkin suçlar” şeklinde ayırmıştır.Bu ifade tarzı, Kanunda öngörülen para cezalarının idari para cezası olması karşısında “suç” deyiminin kullanılması bakımından eleştirilmiştir.Eleştiri için bkz.:SANLI,K.C.: a.g.e.,s.448,dipnot.4, ayrıca Sanlı’nın yaptığı ayırım için bkz.s.385

¹⁸⁵ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.365 ; SANLI,K.C.: a.g.e.,s.385-386

¹⁸⁶ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.363

¹⁸⁷ SANLI,K.C.: a.g.e.,s.386

¹⁸⁸ Rekabet Kurulunun 27.09.2000 tarihine kadar Nihai Kararları ile vermiş olduğu para cezalarının toplamı şöyledir: 26.11.1998 ile 27.09.2000 tarihleri arasında toplam 13 nihai kararda toplam 5.057.728.575.188.TL para cezası uygulanmıştır. Bu para cezalarına süreli para cezaları dahil edilmemiştir.Kaynak: Rekabet Bülteni, Sayı:3, Yıl:2000,s.54 v.d. ; Ayrıca 4054 Sayılı Kanunun 16 ve 17 inci maddelerinde öngörülen süreli ve maktu idari para ceza miktarlarının yıllara göre değişimi için bkz.,Rekabet Bülteni, Sayı:5,Yıl:2001,s.54 v.d.

2. REKABET İHLALLERİNİN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI

2.1. Genel Olarak :

Kanunun 5 inci Kısımında, “Bu Kanuna Aykırı Anlaşma Ve Kararların Hukuki Niteliği” başlığı altında , 56 ıncı maddesinde şu düzenlemeyi getirmiştir: *“Bu kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir./Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.”*

4054 Sayılı Kanun, 4 üncü madde kapsamında yasaklanan rekabete aykırı her türlü anlaşma ve kararın hukuki yaptırımını “geçersizlik” yani “Mutlak Butlan” olarak belirtmiştir.

56 ıncı maddenin 4 üncü maddeyi özellikle belirtmeksizin kaleme alınmasının daha isabetli olacağı belirtilmiştir¹⁸⁹. Zira burada geçersizlik sonucunun sadece 4 üncü madde için öngörüldüğü, 6 ıncı madde anlamındaki faaliyetlere ilişkin geçersizlik yaptırımının öngörülmediği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Esasen Kanunun 56 ıncı madde hükmü olmasaydı da yasaklanan faaliyetler BK.m.20 gereğince geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacaklardı¹⁹⁰.

Kanun 57 inci maddesinde zaten bu ifade tarzını değiştirerek “Tazminat Hakkı”na ilişkin hükmünde “hakim durumun kötüye kullanılması”nı da zikretmiştir.

2.2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Geçersizlik Yaptırımı:

Hakim durumun kötüye kullanılması 4 üncü madde anlamında anlaşma ve karar gibi bir hukuki işlem şeklinde değil de çoğu kez bir “eylem” şeklinde (hakim işletmenin tek taraflı eylemi) ortaya çıkmaktadır. Kanun bu durumu düşünerek 56 ıncı maddede yalnızca 4 üncü madde anlamında anlaşma ve kararların yaptırımını geçersizlik olarak belirtmiştir. Yoksa BK.m.20 hükmü gereğince 4054 Sayılı kanunda yasaklanan aykırılıkların sonucu doğal olarak geçersizliktir.

¹⁸⁹ AŞÇIOĞLU ÖZ,G.:a.g.e.,s.178

¹⁹⁰ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.142 v.d.

Ancak hakim durumun kötüye kullanılması faaliyeti bazen hukuki işlem şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir¹⁹¹Aslan s.387. Örneğin fiyat anlaşmalarında böyle bir durum vardır.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak öngörülen otomatik geçersizlik yaptırımının hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabet ihlallerinde doğrudan uygulanması her zaman adil sonuçlar doğurmayabilir. Örneğin ek yükümlülükleri göze alarak yapılan bir sözleşmenin tamamını yok saymak mağdur işletme açısından durumu da da kötüleştirecektir. O yüzden sadece ek yükümlülüğe ilişkin şartların geçersiz sayılması doğru olacaktır. Yani öngörülen geçersizlik hali “kısmi butlan”dır¹⁹²Aslan,s.387.

¹⁹¹ ASLAN,İ.Y.:a.g.e.,s.387

¹⁹² a.g.e.,s.387

SONUÇ

Piyasa ekonomisinin, toplumun refahı için sağlıklı işlemesi gerekir. Ancak bu sağlıklı işleyiş sınai ve ticari gelişmeyi insanın yararına olarak tetikler. Piyasaya girişlerin serbest olduğu ve gerek kamusal alanda gerekse özel sektörde tek el ve/veya hakim durumda bulunan teşebbüslerin etkin rekabeti önleyici Pazar davranışlarının önlenmesi esaslı amaç olmalıdır. Tüm bu istenilen sonuçlar ise piyasanın çağdaş rekabet kural ve kurumlarına sahip olması ile mümkündür.

Dünyada ilk olarak 1890 tarihli Sherman Act. ile Amerikan Anti-Trust Hukukunda uygulama bulan rekabet kurallarının Türk Hukuk Sistemine entegre edilmesi çalışmaları çok uzun yıllar önce başlamasına rağmen Kanunun kabul edilmesi ancak Türkiye'nin Avrupa Birliği ile imzaladığı Gümrük Birliği Anlaşması öncesinde 1994 yılında olabilmıştır. Rekabet Kurulunun oluşturulup faaliyete geçmesi ise 1997 yılında olmuştur. Esasen 1982 Anayasasının 167 inci maddesi ile , para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almakla, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğabilecek tekelleşme ve kartelleşmeleri önlemek Devlet'in görevidir.

4054 Sayılı RKHK., Avrupa Topluluğu Antlaşması (Roma Antlaşması)'nın rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerini mehzaz olarak almıştır. AB'de rekabet hukuku kurallarını uygulama makamları olan ATAD (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı) ve Avrupa Topluluğu Komisyonu kararlarıyla oluşmuş içtihatların bir kısmı 4054 sayılı Kanuna ithal edilerek hükümleştirilmiştir. Avrupa Birliği uygulamaları Rekabet Kurulu kararlarına halen ışık tutmakta , Rekabet Kurumu da Avrupa Topluluğunun düzenlemelerini Türk Hukuk sistemine paralel düzenlemelerle entegre etmektedir.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun amacı, 1 inci maddesinde de belirtildiği gibi, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin sınırlandırılması amacını taşıyan anlaşma,karar veya uyumlu eylemlerle piyasada hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarının engellenmesi, bunun için gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktır.

Rekabet hukuku kavramlarının, mevzuattaki diğer kavramlara terminolojik olarak benzemesine rağmen esasen anlam ve içerik olarak bunlardan farklıdır. Teşebbüs, rekabet, kötüye kullanma, hakim durum v.b. kavramlar incelenirken bu husus belirginleştirilmeye çalışılmıştır.

Tez konumuz olan ‘Hakim Durumun Kötüye Kullanılması’ 4054 Sayılı Kanununda 6 ıncı maddede düzenlenmiştir. 6 ıncı madde Türkiye Cumhuriyetinin tümünü kapsamına almakta ve bir ya da birden fazla teşebbüsün ülkede mal veya hizmet piyasalarında sahip bulundukları hakim durumlarını tek başlarına yahut başkaları ile yapacakları anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmalarını hukuka aykırı saymakta ve yasaklamaktadır.

Çalışma konumuz olan “Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” bahsini açıklarken; teşebbüs kavramının en geniş manasıyla ekonomik faaliyet içindeki tüm oluşumlar olarak tanımlanması, hakim durumun somut olarak belirli ölçütlere göre belirlenebilen ve tanımlanacak bir kavram olduğu, Kanunda hakim durumun değil bunun kötüye kullanılmasının yasaklandığı, kötüye kullanma sayılabilecek faaliyetlerin Kanunda örnekleme yolu ile belirtildiği, her olayın somut şartlarına göre kötüye kullanmanın belirlenmesinin yasanın ruhuna uygun olacağı, neticede Kanundaki tüm yasaklayıcı hükümlerin bu hükümlerin geniş yoruma müsait olması nedeniyle amacına uygun yorumlanmasının çok önemli olduğu gibi referanslardan bahsedilmiştir.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya kararlar genellikle bir hukuki işlem şeklinde kendisini gösterirken hakim durumun kötüye kullanılması daha çok bir eylem şeklinde görülür. Kanun, 4 üncü madde kapsamında yasakladığı anlaşma, karar veya uyumlu eylemlere 5 inci maddesi ile bir muafiyet rejimi öngörürken 6 ıncı madde kapsamında yasakladığı hakim durumun kötüye kullanılması fiil veya işlemlerinin muafiyet rejiminden yararlanamayacağını belirtmiştir.

Kanunda 6 ıncı maddede zikredilen örnek kötüye kullanma halleri içerisinde yer almayan, işletmelerin fiyatlandırma politikalarına ilişkin yıkıcı fiyat ve fahiş fiyat uygulamalarının hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesinde her olayın somut şartlarına göre ihtiyatlı davranılması gerektiği, Rekabet Kurulunun fiyatlandırma politikalarına müdehalede tek merci olarak görülmemesi ve işletmelerin fiyatlandırma

politikalarının Amerikan Hukuk Sistemindeki gibi ayrı bir merci tarafından değerlendirilmesinin daha uygun olacağı hususları dile getirilmiştir.

Son olarak, Türkiye’de bu günlerde tartışılan, özerk kurumların bu statülerine yönelik çalışmalardan Rekabet Kurumu ve Kurulu’nun etkilenmemesini diliyoruz. Zira Türk mevzuatı için yeni olan rekabet hukuku kurallarının gelişen piyasa şartlarına uyum gösterebilmesi ve aksayan yönlerinin düzeltilmesi ancak uygulayıcılarının ehil olması ile mümkündür. Bu da dünyadaki rekabet hukuku gelişmelerinin çok sıkı takip edilmesi ve Türk Hukukuyla bağdaştırılması sayesinde olur.



TEZ ÖZETİ

Günlük kullanımı ile daha iyi olanı belirlemek ve daha iyiye ulaşmak için yapılan yarış ifade eden rekabet, ekonomi bilimi tarafından çok sayıda satıcı ve alıcının bulunduğu ve hiç birisinin tek başına piyasayı etkilemek gücüne sahip olmaması durumunu ifade eder. Rekabet Hukuku ise ilk yasalaşma çalışması olan Sherman Act'den bu yana devletin piyasada yaşanan "bırakınız yapsınlar" düsturuna demokratik sistemden yana tavır koymasına dayalı bir görünüm arz etmektedir. Bu tanımda öne çıkan anlayış devletin piyasanın normal işleyişine düzenleyici olarak müdahalesidir. Rekabet Kurumu da bu anlayışın ve ihtiyacın ifadesidir.

Rekabet kuralları, dürüst ve adil rekabet piyasasının oluşmasını sağlamak, verimliliği arttırmak , bu yolla kıt kaynakların etkin kullanılmasını sağlamak fonksiyonlarını görürler ve tüketiciyi bu yolla korurlar. Bu ulaşılmak istenen hedefler için piyasadaki en büyük tehlikeler teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlandırıcı, bozucu anlaşmalar ve uyumlu eylemler ile bir teşebbüsün tekel konumundan veya yüksek pazar payı gibi sebeplerden kaynaklanan hakim durumunu kötüye kullanması ile etkin rekabetin önlenmesidir. Teşebbüsler arasındaki anlaşma , uyumlu eylem ve davranışlara Kanunda belirlenen şartlarla muafiyet tanınabilmekte ancak hakim durumun kötüye kullanılmasına muafiyet tanınmamaktadır. Bu, Kanunun benimsediği "hakim durumun değil bu durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması" sistemine de uygundur.

Tekel konumundaki teşebbüs "tekel karını" elde etmek isteyecektir ancak bunu yaparken 4054 Sayılı Kanun 6 ıncı maddesinde 5 bent halinde saydığı piyasa davranışlarından kaçınacaktır. Bunlar:

- a) Pazara giriş engelleri yaratmak ve rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak,
- b) Eşit durumdaki alıcılara farklı şartlar uygulayarak ayrımcılık yapmak,
- c) Bir mal veya hizmetle birlikte diğer mal veya hizmetin de satın alınması gibi tekrar satış haline ilişkin sınırlamalar getirmek,

d) Bir pazarda sahip bulunulan hakim durumun bir başka pazarda kötüye kullanılması,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin,pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması halleridir.



EKLER

REKABET KURULU KARAR ÖZETLERİ

KARAR 1: BİRKAŞ Kararı

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D4/1/Ş.K.-01/1 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 01-40/401-103

Karar Tarihi : 22.8.2001

HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILAN

Birkaş Birleşik Denizcilik Kılavuzluk ve Turizm A.Ş.

Ömer Avni Mh. Molla Bayırı Sk. No:16 Fındıklı Beyoğlu/İstanbul

A- DOSYA KONUSU: Birkaş Birleşik Denizcilik Kılavuzluk ve Turizm A.Ş. (Birkaş)'ni kuran kılavuz kaptanların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında birer teşebbüs oldukları, bu çerçevede izin alınmaksızın adı geçen şirketin kurulmasıyla 4054 sayılı rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlal edilmiş olduğu iddiası.

İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Bir işlemin birleşme, devralma ya da ortak girişim olduğunun öne sürülebilmesi için, öncelikle, işleme taraf olanların "teşebbüs" niteliğini haiz olduklarının tespiti gerekmektedir. Şikayete konu şirketin hissedarlarını oluşturan kılavuz kaptanların rekabet hukuku açısından piyasada hizmet sunan birer ekonomik birim oldukları görülmektedir.

Bununla birlikte, 28.1.1998 tarih ve 23244 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren ve kılavuz kaptanlık ve römorkaj hizmetleri pazarlarına düzenleme getiren "Kılavuz ve Römorkaj Hizmetleri Teşkilatları Hakkında Yönetmelik"in 4/b maddesi kendisine kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri yapma izni verilen kamu veya özel kuruluş veya kuruluşlarının oluşturduğu ortaklığı "kılavuz/römorkaj teşkilatı" olarak tanımlamış ve 6. maddesi de, söz konusu hizmetlerin "teşkilat"lar tarafından yürütüleceğini ifade etmiştir. Ülkemizde, 28.1.1998 tarih ve 23244 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren ve halen geçerli bulunan Kılavuz ve Römorkaj Hizmetleri Teşkilatları Hakkında Yönetmelik gereğince gerçek kişiler bireysel olarak kılavuz kaptan (pilotaj) ve/veya römorkaj hizmetleri sunamamaktadırlar. Bir başka anlatımla, Birkaş'ı oluşturan ve her biri kılavuz kaptanlık mesleğini sürdürmekte olan hissedarların, ayrı birer teşebbüs olarak faaliyet gösterme ve rekabet etme olasılıkları yasal düzenlemeye göre bulunmamaktadır.

Birkaş'ın kurucu ortakları bulunan kılavuz kaptanların gerçek kişi olarak değinilen hizmetleri üretmelerinin mümkün olmaması nedeniyle, bu kişiler 4054 sayılı Kanun kapsamında birer teşebbüs olarak kabul edilemezler. Bunun neticesinde anılan kişilerce oluşturulan Birkaş'ın kuruluşu için Rekabet Kurumu'ndan izin alınmasına gerek bulunmadığı açıktır.

B- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmelerin ışığında, Birkaş Birleşik Denizcilik Kılavuzluk ve Turizm A.Ş.'nin kuruluşunun Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekli bir işlem olmadığına ve dolayısıyla hakkında herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.



KARAR 2: SAĞLIK BAKANLIĞI Kararı

REKABET KURULU KARARI

Karar Sayısı : 01-56/562-133

Karar Tarihi : 22.11.2001

ŞİKAYET EDİLEN: T.C. Sağlık Bakanlığı

DOSYA KONUSU: T.C. Sağlık Bakanlığı'nın sadece Türk Sağlık Eğitim Vakfı'na vermiş olduğu hologramlı şirink üretimi ve ürettirilmesine ilişkin yetkiyle, bir hakim durum meydana getirilmiş olması ve bunun kötüye kullanıldığı iddiaları.

DEĞERLENDİRME

Şikayetçi taraf olan Promodirekt Ambalaj Malzemeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi İstanbul'da hologramlı-hologramsız şirink işi ile uğraşmakta olup, şikayete konu taraf ise T.C. Sağlık Bakanlığı ve bir protokolle kendisine hologramlı şirink üretme ve ürettirme yetkisi verilen ve T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından kurulmuş olan Türk Sağlık Eğitim Vakfı (TÜRKSEV)'dir.

Şikayet konusu ürün olan hologramlı şirink, dönüşümlü polikarbonat su damacanalarının kapaklarına, onların belli standartları taşıdığına göstergesi olarak tüketicinin izinli-izinsiz su ayırımını yapabilmesi için yapıştırılan T.C. Sağlık Bakanlığı'nın logosunu taşıyan şeritlerdir.

Promodirekt Ambalaj Malzemeleri San. ve Tic. Ltd. Şti.(Promodirekt Ltd.)'ne ait şikayet dilekçesinde; T.C. Sağlık Bakanlığı'nın Valiliklere gönderdiği 26.7.2001 tarih ve 12049 sayılı genelge ile geri dönüşümlü polikarbonat damacanalarla piyasaya sunulan suların kapaklarına, izinli suların izinsiz sulardan ayırt edilmesini temin bakımından hologramlı şirink uygulamasına gidildiği, hologramlı şirink yapma ya da yaptıрма yetkisinin bir protokolle TÜRKSEV' e verildiği, bu çerçevede hologramlı şirinklerin birim satış fiyatının TÜRKSEV tarafından 30.000 TL+KDV olarak belirlendiği, işletmelere 1.8.2001 tarihinden itibaren, piyasaya sunulan polikarbonat su damacanalarının kapaklarında şirink uygulamasının başlatılmasının ve bu tarihten sonra yapılacak denetimlerde hologramlı şirink uygulamaları konusunda hassasiyet gösterilmesinin gerektiği hususunun bildirilerek, tebliğinin emredildiği ifade edilmektedir.

Başvuru dilekçesinde, T.C.Sağlık Bakanlığı'nın 26.7.2001 tarih ve 12049 sayılı genelgesinde dayanak gösterilen 25.7.2001 tarih ve 24473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, "*Doğal Kaynak, Maden ve İçme Suları ile Tıbbi Suların İstihsalı, Ambalajlanması ve Satışı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*" ve değişiklikten önceki 18.10.1997 tarih ve 23144 sayılı "*Doğal Kaynak, Maden ve İçme Suları ile Tıbbi Suların İstihsalı, Ambalajlanması ve Satışı Hakkında Yönetmelik*"lerde de söz konusu ürünün satma, dağıtma ve üretme yetkilerinin devrini içeren bir protokol yapılmasına, bu şekilde herhangi bir vakıf işletmesine imtiyaz verilerek tekel konumuna getirilmesine ve fiyat belirlenmesine yönelik herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı iddia edilmektedir.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, T.C.Sağlık Bakanlığı'nca hologramlı şirink üreticisi özel şirketlerin, dönüşümlü polikarbonat su damacanalarına yönelik şirink üretme ve satma faaliyetlerini durdurulduğu, bu uygulamaya uyulmaması halinde yaptırım

uygulanacağını belirtildiği, bu uygulama ile paralel olarak şirink üreticisi şirketlerin elinden alınan üretim, dağıtım ve satma hakkını kendi kurduğu Vakfa hasrederek ve piyasadaki satış fiyatı da ayrıca tespit edilerek, fiyatın serbest rekabet koşulları altında belirlenmesinin önüne geçildiği anlaşılmaktadır.

Dosya mevcudu bilgilerden, Promodirekt Ltd.'in başvurusuna cevaben T.C.Sağlık Bakanlığı'nın yaptığı açıklamada, 181 sayılı Bakanlığın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin 43. maddesine dayanarak TÜRKSEV ile protokol imzaladığı ve yapılan bu protokol ile hologramlı şirink yapma ve yaptırma yetkisinin bu Vakfa verildiği, bu Vakıf dışında hiç bir kişi ya da kuruma yetki verilemeyeceği gibi, kullanma yetkisinin de satılamayacağını belirtildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu KHK'nin 43. maddesi ise *"Bakanlık kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir."* şeklindedir.

Bu çerçevede, şikayet edilen taraf olan T.C. Sağlık Bakanlığı'nın, 4054 sayılı Kanun'a aykırı uygulamalarının dayanağı olarak gösterilen ilgili KHK kapsamında anılan düzenlemeye gidip gidemeyeceği ve bu KHK'den kaynaklanan haklarını aştığı iddiasının muhatabının Rekabet Kurumu olmadığı, mevzuatın gösterdiği ilgili makamlara başvurulması gerektiği kanaatine varılmıştır. Nitekim dosya mevcudu bilgilerden, İstanbul Su Sanayicileri Derneği (SUSADER) ile Genel Su Satıcıları Derneği (GESUDER)'nin T.C. Sağlık Bakanlığı'nın kararı hakkında Danıştay'a yürütmenin durdurulması için dava açtığı, böylelikle konunun asıl ilgili birimlere intikal ettiği de anlaşılmıştır.

D- SONUÇ

Yapılan görüşmeler sonucunda; T.C. Sağlık Bakanlığı'nın hologramlı şirink üretimi ve ürettirilmesine ilişkin yetkiyi sadece Türk Sağlık Eğitim Vakfı'na vererek, 181 sayılı KHK'den kaynaklanan yetkilerini aştığı iddiasının muhatabının Rekabet Kurumu olmaması nedeniyle şikayetin reddine OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:3 TÜRKİYE KIZILAY DERNEĞİ

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D4/1/K.T.-01/1 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 01-23/217-57

Karar Tarihi : 15.5.2001

HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILANLAR: Türkiye Kızılay Derneği

İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayetçi tarafından Türkiye Kızılay Derneği'nin İstanbul ili Pendik, Fatih, Avcılar, Gaziosmanpaşa ve diğer bazı şubelerine bağlı olarak çalışan tıp merkezleri ve dispanserlerinin, özel sağlık kuruluşları aleyhine rekabeti ihlal ettikleri iddia edilmektedir.

İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Ülkemizde sağlık hizmetleri "birinci basamak sağlık hizmetleri" ve "ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetleri" şeklinde genel bir ayırıma tabidir. İlgili ürün pazarı, "teşhis" ve "ayakta veya yatarak tedavi" aşamalarını kapsayan ikinci basamak klinik sağlık hizmetleri olarak belirlenmiştir.

Coğrafi Pazar: Rekabet koşullarının homojenliği ve söz konusu hizmetlerin alıcılarının bu hizmetleri alırken, zorlayıcı sebepler olmadıkça yaşadıkları il ya da ilçede bulunan sağlık kuruluşlarını tercih etmeleri dikkate alınarak, İlgili coğrafi pazar İstanbul ili olarak tespit edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Türkiye Kızılay Derneği'nin (Kızılay) İstanbul ili Gaziosmanpaşa, Fatih, Avcılar ve Pendik şubelerine bağlı olarak çalışan tıp merkezleri ve dispanserlerinin, özel sağlık kuruluşları aleyhine yıkıcı rekabet yaptıkları iddiası çerçevesinde, öncelikli olarak Kızılay'ın 4054 Sayılı Kanun anlamında "teşebbüs" sayılıp sayılmayacağı belirlenmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde teşebbüs; "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmaktadır.

Kızılay'ın faaliyetlerinin ekonomik faaliyet niteliği taşıyıp taşımadığı ve sonuç olarak Kızılay'ın teşebbüs sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde öncelikli olarak Kızılay Dernek Tüzüğü'nün 5. maddesinde sayılan görevleri değerlendirilmiştir. Buna göre Kızılay'ın görev ve faaliyetleri 3 ana başlık halinde sınıflandırılmaktadır. Kızılay; savaşta veya hükümetin ilan ettiği olağanüstü hallerde, barış zamanında ve uluslararası yardımlaşmalarda farklı faaliyetler yürütmektedir.

Kızılay'ın şikayet konusu faaliyetleri "barış zamanında" gerçekleştirdiği çalışmalarına ilişkindir. Bu kapsamda, dispanserler, sağlık merkezleri ve hastahaneler açmak ve yönetmek ile kendisinin tekel ve imtiyazında bulunan maddeleri, kamu yararına uygun bir anlayışla, ticari bir kuruluş gibi işletmek Kızılay'ın faaliyetleri arasında gösterilmektedir. Kızılay'ın 2000 yılı faaliyet raporuna göre, ticari işletme gelirleri toplam gelirleri içerisinde önemli bir orana ulaşmaktadır.

Kamuya yararlı dernek statüsünde olan Kızılay'ın yönetimi ve temsili dernek tüzüğünde belirtilen esaslara göre kendi üye ve delegelerinin seçtiği yetkili kurullar eliyle yapılmaktadır. Bu çerçevede, gerek yönetimi gerekse de temsili açısından bağımsız bir niteliği haiz olan ve ticari faaliyette bulunan Kızılay 4054 Sayılı Kanun kapsamında "teşebbüs" hüviyetinde bulunmaktadır.

Şikayet dilekçesinde, verdiği sağlık hizmetleri KDV ve benzeri vergilerden muaf olan Kızılay'ın, İstanbul'un bazı semt ve ilçelerinde dispanser ve tıp merkezleri çalıştırdığı ifade edilerek, vergi muafiyetleri nedeniyle rekabette avantajlı durumda bulunan söz konusu kuruluşun sağlık hizmetlerini özel sağlık kuruluşlarının rekabet edemeyecekleri fiyatlardan arz ettiği ve bunun sonucunda özel sağlık kuruluşları olarak "yıkıcı" rekabete maruz kaldıkları iddia edilmektedir.

Yapılan tespitlere göre, ilk incelemenin yapıldığı "İstanbul ili ikinci basamak klinik sağlık hizmetleri" pazarında, Kızılay Pendik şubesine bağlı 3 tıp Merkezinin pazar payları düşük oranlardadır, ayrıca adı geçen 3 tıp Merkezinin "kapasiteleri" büyük ölçekte bir pazar gücüne sahip olmalarını engellemektedir. Buna göre, Kızılay Pendik şubesine bağlı 3 tıp Merkezinin 4054 Sayılı Kanun anlamında "hakim durumda" olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Kızılay Fatih şubesi dispanseri, Kızılay Gaziosmanpaşa tıp merkezi ve diğerleri için de aynı durum geçerlidir.

Bu çerçevede, Kızılay şubelerine bağlı tıp merkezlerinin ilgili pazarda "hakim durumda" olmadığı, dolayısıyla Kızılay'a bağlı söz konusu sağlık kurumlarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıdaki tespit ve değerlendirmelerin ışığında; Türkiye Kızılay Derneği'nin İstanbul'da faaliyet gösteren Gaziosmanpaşa, Fatih, Avcılar, Pendik ve diğer bazı şubelerine bağlı tıp merkezleri ve dispanserlerinde uygulanan fiyat tarifelerinin, sağlık kuruluşları aleyhine yıkıcı ve haksız rekabete yol açtığı iddialarının, söz konusu tıp merkezleri ve dispanserlerin ilgili pazarda hakim durumda bulunmamaları nedeniyle kabul edilebilir nitelikte bulunmadığına; bu sebeple Kızılay'ın ilgili pazardaki faaliyetleri ile ilgili olarak 4054 Sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına gerek olmadığına, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:4 BELKO KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/H.U.-99/1 (Soruşturma, Nihai Karar)

Karar Sayısı : 01-17/150-39

Karar Tarihi : 06.04.2001

Dosya Konusu : Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin Ankara ısınma amaçlı kömür pazarındaki hakim durumunu aşırı fiyat uygulayarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanıp kullanmadığı.

HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TARAF

- Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

Kuloğlu Sokak No:13, Çankaya/ANKARA

İDDİALARIN ÖZETİ

Ankara İli'nde kömür ithalatı ve satışı hakkının Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne (Belko) verilerek diğer kömür ithalatçısı teşebbüslerin kömür satışının yasaklandığı, dolayısıyla bu ilin kömür pazarında tekelleşmeye yol açıldığı, Belko'nun da, pazarda tekel olmasından yararlanarak, perakende kömür satışında aşırı fiyat uyguladığı.

- Belko'nun Sermaye Miktarı - Kar Oranları İlişkisi

Teşebbüslerin sermaye gereksinimleri etkinlik gösterdikleri işin mahiyetine göre değişkenlik gösterebilmekle birlikte, stok devir hızı teşebbüsün sermaye gereksinimini belirleyen en önemli faktörlerden birisi olmaktadır. Bu durum da, yeni alımların satış miktarına göre yapılması, dağıtım sisteminin iyileştirilerek stok gereksiniminin düşürülmesi, alternatif temin kaynaklarının araştırılarak hazır tutulması, ödeme - tahsilat vadeleri dengesi gibi çeşitli unsurlara bağlıdır. Bütün bu unsurlar göz önüne alındığında, Belko'nun sermaye azlığından öte, söz konusu sermayenin verimli olarak kullanılmaması nedeniyle finansman sıkıntısı çekmektedir.

Rekabet Hukuku açısından uygulanan fiyatın aşırı olup olmadığının tespitinde tüketicinin ilgili ürüne ödediği tutar önem kazanmaktadır. Bu nedenle ortakların sermaye gereksinimini karşılamaması hususunun Belko ile ortakları arasındaki bir sorun olup Belko'nun ilgili pazarda aşırı fiyat uygulamasını mazur gösterebilecek bir gerekçe olarak değerlendirilmeyecektir.

Diğer yandan Belko yetkilileri, 1994 yılına kadar satılan kömüre devlet yardımı uygulandığını ancak söz konusu yardımların zamanında ödenmemesi nedeniyle şirketin ağır finansman ve kur farkı giderine maruz kaldığını ileri sürmektedir. Belko'nun kar-zarar tablolarına bakıldığında, 1994 yılında 885.278.000.000 TL. ve 1995 yılında ise 309.435.000.000 TL. zarar ettiği görülmektedir. Şirketin 1996 yılında finansman gideri 15.785.000.000 TL., kur farkı gideri 777.579.000.000 TL., bilanço karı ise 199.633.000.000 TL. olmuştur. Ancak 1996 yılında yapılan aşırı alımlar sonucu, ödemelerin yapıldığı 1997 yılından itibaren şirketin kur farkı ve finansman gideri artmış, bunun neticesinde Belko 1997 yılında 901.331.000.000 TL., 1998 yılında ise 5.400.474.000.000 TL. bilanço zararı

açıklamıştır. Bu verilerden anlaşılacağı üzere Belko'nun devlet yardımı uygulamasının kaldırıldığı 1994 yılından sonra, 1995 ve 1996 yılında finansal durumu düzelirken şirket kar etmeye de başlamış, ancak 1997 yılından itibaren büyük tutarlarda zarar baş göstermiştir. Bu itibarla, şirketin devlet yardımı uygulamasının kaldırılmasından 3 yıl sonra büyük miktarlarda zarar etmesinin bu yardımların geç ödenmesi konusu ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Satış Fiyatları

Aşırı fiyatlama yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması uygulamalarının tespitinde incelenmesi gereken en önemli kriter, ürünün ekonomik değerinin kıyaslanmasıdır. Başka bir ifadeyle, benzer özellikler taşıyan ve nispeten rekabetçi bir yapıda olan diğer coğrafi pazarlarda, aynı ya da eş değer niteliklere sahip ürünün fiyatlarının karşılaştırması ilgili coğrafi pazarda hakim durumda olan teşebbüsün aşırı fiyat uygulayıp uygulamadığının en büyük göstergesidir.

Türkiye'ye ithal edilen ısınma amaçlı tüm kömürlerin standartları Çevre Bakanlığı tarafından tespit edilmektedir. İl veya İlçe Mahali Çevre Kurulları ise kendi bölgelerinde (hava kirliliği durumuna göre), bu standartlar baz alınarak, kullanılacak kömürlerin özelliklerini belirlemektedir. Bu itibarla genel anlamda kaynağı ne olursa olsun tüm ithal kömürlerin, bu standartlara uygunluk göstermesi anlamında eşdeğer niteliklere sahip ve dolayısıyla karşılaştırılabilir durumdadır. Kömür satış fiyatları Belko'nun satış fiyatları ile karşılaştırılan şirketlerin sattığı ithal kömürün, spesifikasyonlar bakımından, Belko'nun sattığı kömürlerle eşdeğer olduğu tespit edilmiştir.

Belko'nun satış fiyatları, şirket bünyesinde genellikle her ay yapılan toplantılar neticesinde tespit edilmektedir. Bu toplantılarda, gelecek ay için ABD Doları kuru tahmini yapılmakta ve o dönem içerisinde oluşan maliyetler de göz önünde bulundurularak uygulanması gereken fiyatlar belirlenmektedir.

Bu bağlamda, Belko'nun 1994'den itibaren fiyat değişimleri aşağıdaki şekilde gerçekleşmiştir.

TARİH	FİYAT / Ton (KDV Dahil)			
	Perakende		Toptan	
	Türk Lirası	ABD Doları	Türk Lirası	ABD Doları
01.02.1994	2.300.000	133	2.150.500	125
15.04.1994	4.800.000	141	4.500.525	132
03.12.1994	5.400.000	150	-	-

TARİH	FİYAT/Ton (KDV Dahil)			
	Torbali		Dökme	
	Türk Lirası	ABD Doları	Türk Lirası	ABD Doları
Ocak 1995	-	-	4.985.000	129
05.06.1995	6.200.000	144	5.750.000	133
03.07.1995	6.600.000	150	-	-
01.08.1995	7.400.000	168	6.500.000	147
04.10.1995	9.200.000	187	8.300.000	169
29.02.1996	11.000.000	169	10.000.000	153
19.04.1996	13.500.000	182	11.500.000	155
01.06.1996	15.000.000	192	12.000.000	153
01.07.1996	16.000.000	197	13.000.000	160
01.08.1996	17.000.000	207	14.500.000	176
01.09.1996	17.200.000	202	15.300.000	180
01.10.1996	18.000.000	197	16.000.000	175
01.04.1997	22.000.000	173	20.000.000	157
01.05.1997	25.000.000	186	22.000.000	164
01.06.1997	27.000.000	194	24.000.000	172
01.08.1997	27.500.000	174	24.000.000	151
01.10.1997	30.000.000	173	28.000.000	161
01.11.1997	33.000.000	181	31.000.000	170
01.12.1997	35.000.000	181	32.000.000	165
01.01.1998	37.000.000	181	34.000.000	166
04.02.1998	40.000.000	186	36.000.000	168
01.04.1998	50.000.000	207	45.000.000	186
01.10.1998	53.000.000	192	-	-
01.12.1998	55.000.000	182	50.000.000	165
01.01.1999	60.000.000	191	55.000.000	175
01.03.1999	65.000.000	184	60.000.000	169
01.05.1999	70.000.000	180	65.000.000	167
02.06.1999	75.000.000	185	70.000.000	173
01.07.1999	80.000.000	190	75.000.000	178
01.09.1999	85.000.000	192	80.000.000	181
01.10.1999	93.000.000	202	83.000.000	180
01.11.1999	95.000.000	197	85.000.000	176
01.12.1999	100.000.000	194	90.000.000	174
13.12.1999	102.000.000	194	92.000.000	174
10.02.2000	110.000.000	196	100.000.000	178
10.03.2000	115.000.000	198	102.000.000	175

Ocak 1996'dan itibaren torbali kömür fiyatları adreste teslim olarak belirlenmektedir. Dökme kömürde ise söz konusu fiyatlara nakliye dahil edilmemiştir.

GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

Tekel (veya monopol) konumuna sahip teşebbüslerin, tam rekabet ortamında faaliyet gösteren teşebbüslere kıyasla, daha verimsiz olarak ve/veya daha yüksek fiyatlarla faaliyette bulundukları ekonomistler tarafından genel olarak kabul gören bir gerçektir. Teşebbüsün ideal olandan, daha doğru bir ifadeyle, marjinal maliyetlerden daha yüksek fiyatlar uygulaması, "tekelci fiyatlandırma" olarak adlandırılmaktadır. Bu durum, dağılım verimsizliğine sebep olmakta, aynı zamanda tüketicilerden tekele kaynak transferine yol açarak toplumdaki gelir dağılımını bozmaktadır.

Nitekim tekel konumuyla özdeşleştirilen bu ve diğer bir takım olumsuz sonuçlar neticesinde, tekel sorununun rekabet hukuklarının varlık nedeni ve aynı zamanda temel hedefi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Fakat belirtmek gerekir ki, her ne kadar tekel sorununun ekonomik açıdan analizi aynı olsa da, rekabet hukuku sistemlerinin soruna yaklaşımında önemli denebilecek farklılıklar mevcuttur

Tekel (veya hakim durum), rekabet hukuku bağlamında genel olarak, piyasadaki rekabeti dışlamaya veya fiyatı kontrol etmeye imkan veren güç olarak tanımlanmaktadır. Bu gücün varlığı ve kullanılması ekonomi literatüründe pek çok olumsuzluğun kaynağı olarak gösterilmektedir. Genel olarak ifade etmek gerekirse tekel konumundaki teşebbüs, piyasadaki arzı kısırarak fiyatların optimum seviyesinden daha yüksek bir seviyeye çıkmasına neden olmaktadır.

Genel olarak tekelci fiyatlamının ekonomik açıdan iki farklı olumsuz etkisi olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, tekel fiyatlarının marjinal maliyetlerden yüksek olması nedeniyle kaynak dağılımında verimsizliğin ortaya çıkmasıdır. Tekelci fiyatlamının bir diğer olumsuz etkisi ise, fiyatın tam rekabet piyasalarına kıyasla daha yüksek oluşması nedeniyle, tüketicilerin daha fazla bedel ödemek zorunda kalmalarıdır. Bu fazla bedel, genellikle tekel karı olarak tüketicilerden tekele kaynak transferi teşkil eder.

Tekelin sosyal maliyeti yukarıda ifade edilenlerle sınırlı değildir. Tekelci fiyatlama ile doğrudan ilgili olmamakla birlikte, tekelden kaynaklanan diğer olumsuzlukların dikkate alınması gerekir. Ekonomi literatüründe tartışmalı olmakla birlikte "maliyet etkinsizliği" tekelin bir başka sosyal maliyeti olarak gösterilmektedir. Bu teoriye göre aktüel veya potansiyel rekabet baskısının bulunmaması, tekelin maliyetini düşürücü tedbirleri alma hususunda isteksiz davranmasına yol açmaktadır. Bu durumda kaynakların verimsiz kullanılması, teknolojik ilerlemenin yavaşlaması ve kalitenin düşmesi gibi olumsuz neticeler meydana gelmektedir.

Son olarak, her ne kadar bütün bu olumsuzlukların kaynağı tekel olarak gösterilmekteyse de, doğal tekel özelliği gösteren piyasalarda, malın veya hizmetin tekel tarafından tek başına sunulmasının en verimli üretim biçimi olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla tekel, ekonomik açıdan her zaman için istenmeyen bir piyasa yapısı değildir. Fakat bu türden piyasalarda tekelin üretim verimliliği açısından da arzu edilebilir olması, bu yapının hiç bir sosyal maliyetinin bulunmadığı anlamına gelmemektedir.

Rekabet hukuku düzenlemelerinin, ekonomik gücün "kartelleşme" ve "tekel" görünümünde yoğunlaşmasına engel olmak ve en genel olarak yoğunlaşmadan kaynaklanan sosyal refah kaybını ortadan kaldırmak amacıyla yürürlüğe konduğu söylenebilir. Bununla birlikte, rekabet hukuku sistemlerinin yoğunlaşma sorununu ele alış biçimlerinde ciddi farklılıklar bulunmaktadır.

Rekabet hukuku sistemleri içerisinde tekelleri fiyatlandırma konusunda tutarlı bir hukuki uygulamanın olmaması, (hatta bazı sistemler açısından uygulamanın dahi bulunmaması) genel olarak bu uygulamaya karşı isteksiz ve toleranslı bir yaklaşımın bulunduğu gerçeği ile açıklanabilir. İlk bakışta bu yaklaşım, rekabet hukukuyla izlenen temel amaçla çelişkili görülebilir. Zira rekabet hukukunun temel amacı, yoğunlaşmadan kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması ve özellikle toplumun aşırı fiyatlardan korunması olduğuna göre, buna sebep olan uygulamaların başında gelen tekelleri fiyatlandırmanın tolere edilmesi bu amaca aykırıdır. Zira teorik açıdan bakıldığında, tekelleri fiyatın önüne geçilebildiği takdirde, gerek dağılım verimliliğinde, gerekse gelir dağılımında iyileştirmeler sağlanacak; bu ise, toplumsal refaha katkıda bulunacaktır. Ayrıca, ekonomik temeller açısından aynı mantığa dayanan fiyat karteli "per se " hukuka aykırı kabul edilirken, sosyal refah üzerindeki maliyeti genellikle daha ağır olan tekelleri fiyatlandırmanın hukuka uygun olarak nitelendirilmesi, sadece rekabet hukukuyla izlenen amaç değil, aynı zamanda rekabet hukukunun kendi sistematigi açısından da tezat oluşturmaktadır.

Rekabet hukukları uygulamasında genel olarak hakim olan bu yaklaşım potansiyel rekabet ilkesine dayanmaktadır. Potansiyel rekabet ilkesine göre, tekeller tarafından uygulanan yüksek fiyat politikası, ilgili piyasayı potansiyel rakipler açısından cazip hale getirir ve uzun dönemde piyasaya yeni girişler olur. Bunun doğal sonucu ise, piyasada rekabetin ortaya çıkması ve fiyatların düşmesidir. Bu açıdan, tekelleri fiyatlandırma aynı zamanda tekellerin sonunu hazırlamaktadır. Hatta piyasada rekabetin canlanmasına yol açması nedeniyle, tekelleri fiyatlandırmanın anti-rekabetçi değil; bilakis rekabetçi özellikler gösterdiğini söylemek mümkündür. Özetle, aşırı fiyat kısa dönemde ekonomik açıdan olumsuz neticeler meydana getirmekle birlikte, uzun dönemdeki etkileri olumludur ve bu sebeple, piyasa ekonomisine müdahale gereksiz, hatta zararlıdır.

Bu teoride dikkati çeken ilk nokta, giriş engelleri faktörünün göz ardı edilmesidir. Tekellerin, tanımı gereği giriş engellerinin söz konusu olduğu piyasada faaliyet göstermesi bir kenara, gerçek yaşamda fiyat mekanizmasının tekeller gücünün istismar edici şekilde kullanılmasını etkin biçimde önleyemediği pek çok durum bulunmaktadır. Örneğin, potansiyel rakiplerin karlılık hakkında asimetrik bilgiye sahip olması, hatta verimsizlikten dolayı aşırı karlılığın olmaması, büyük çapta yatırımın gerekli olması gibi bazı hallerde piyasaya girişler çok uzun zaman alabileceği gibi; bazı hallerde de piyasanın yapısal özelliklerinden dolayı giriş imkansız olabilir. Buna verilebilecek en güzel örnek, girişlerin hukuken mümkün olmaması halidir. Patent veya imtiyaz koruması pek çok durumda bundan yararlanan teşebbüse aşırı fiyat uygulamasında bulunma olanağı sağlar. Keza doğal tekelleri özelliği gösteren bazı piyasalarda veya kısıtlı doğal kaynakları veya ham maddenin tekeller tarafından kontrol edildiği durumlarda, potansiyel rekabet baskısının uzun dönemde dahi fiyatlar üzerinde etkili olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu gibi hallerde tekelleri fiyatlar veya aşırı karlılık atfedilen amaca hizmet etmekten uzaktır. Ayrıca bazı hallerde giriş engeli piyasanın yapısal özelliklerinden değil, teşebbüsün bizzat kendi stratejik davranışlarından da kaynaklanabilir. Netice itibarıyla, tekellerin yüksek giriş engelleri ile korunduğu hallerde, yukarıda ifade edilen teori büyük ölçüde geçerliliğini yitirmektedir.

Hakim durumdaki teşebbüslerin, sahip oldukları ekonomik güçlerini tek başlarına ya da başkalarıyla birlikte yapacakları davranışlarla kötüye kullanmalarının hukuka aykırılığı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddenin devamında ise bu kötüye kullanma hallerine örnekler sıralanmaktadır.

4054 sayılı Kanun'a kaynaklık teşkil eden Kurucu Roma Antlaşması'nın, anılan Kanun'un 6. maddesine karşılık gelen 82. maddesinde tekelci fiyatlama, kötüye kullanma örneklerinden birisi olarak gösterilmektedir. Tekelci fiyatlama uygulamaları, ilgili piyasadaki rekabet ortamına doğrudan zarar vermemekle birlikte, özellikle tüketici boyutunda sömürücü olma niteliğiyle rekabet hukuklarının kapsamına girmektedir.

Tekelci fiyatlandırmanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmamıştır. Bu noktada anti-tekul hükmü bir bütün olarak ele alınmalıdır. Anti-tekul hükmü Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde, bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır". Maddenin ilk fıkrasında yer alan bu yasaklama koşulunun yanı sıra, ikinci fıkrada; "Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır" şeklinde bir hükme yer verilerek birtakım kötüye kullanma halleri, sınırlı olmayacak şekilde, sıralanmıştır.

İkinci fıkrada sayılan örneklerin sınırlı sayıda olmadığına açıkça belirtilmesi karşısında, hükmün lafzı itibarıyla değerlendirildiğinde, kanun koyucunun konuyu olumsuz tarzda düzenlediği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Uygulamada Kanun'da öngörülenlerden başka bir takım kötüye kullanma hallerinin benimsenebileceğine göre, tekulci fiyatın da bunlardan biri olmaması için bir sebep bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, tekulci fiyat tekelden kaynaklanan sosyal maliyetin temel sebeplerinden biridir ve eğer anti-tekul hükmüyle izlenen amaç tekelden kaynaklanan olumsuzlukların bertaraf edilmesi ise, bu uygulamanın yasaklama kapsamında kabul edilmesi doğal bir netice olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim anlamı itibarıyla kötüye kullanma kavramına tekulci fiyatlamadan belki de daha uygun bir örnek davranış biçimi bulmak güçtür. Zira kötüye kullanma örnekleri arasında performans kontrolünü amaçlayan çeşitli hallere yer verilmiştir.

1. Tekelci Fiyatlama Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Her ne kadar fiyatlara müdahale mercii olmasa da Rekabet Kurumu, gerek sömürücü gerekse dışlayıcı sonuçlar doğursun hakim durumdaki teşebbüslerin bu tür uygulamaları karşısında önlem alma zorunluluğunda olan yegane Kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür olaylarda fiyat seviyeleriyle ilgili olarak varılacak sonuçlar, fiyatların ne seviyede belirlenmesine hükmedilmesi değil ne seviyelerde olmaması gerektiği şeklinde olacaktır.

Bu bağlamda, aşırı yüksek fiyatlamanın; uzun dönemde piyasaya yeni girişleri sağlayacağı ve bu sayede artan arzla birlikte fiyatların düşeceği, dolayısıyla bir kötüye kullanma sayılmaması gerektiği argümanı, pazara giriş engellerinin bulunmaması ya da çok düşük seviyelerde olması durumunda bir anlam ifade etmektedir.

2. Tekelci Fiyat Kavramı

Ekonomik teoride tekulci fiyat, pazar gücünün kullanımı sonucunda rekabetçi fiyatların üzerinde belirlenen fiyatlar olarak tanımlanmakla birlikte, fiyatın ne kadarlık bir oranının aşırı olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Olay bazında değerlendirilmesi gereken bu durum; pazara giriş engellerinin derecesi, diğer

teşebbüslerin pozisyonu, farklı coğrafi pazarlardaki ilgili ürün fiyatları gibi pek çok etkene bağlı olarak değişkenlik gösterebilmektedir.

Önceki bölümlerde de değinildiği üzere, tekелci fiyatın tespitinde esas olan kriterlerden en önemlisi "ürünün ekonomik değeri"nin analizidir. Başka bir ifadeyle, emsal ürünlerin pazar özellikleri itibarıyla karşılaştırılabilir olan nispeten rekabetçi diğer coğrafi pazarlardaki fiyatının söz konusu fiyatlarla kıyaslanması, tekелci fiyat uygulamalarının tespitinde en önemli aşamayı oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ürün maliyetlerinin net ve kesin olarak hesaplanabildiği durumlarda maliyet - fiyat ilişkisi de önem kazanmaktadır. Yüksek fiyatlamayla birlikte, satış fiyatı ile toplam maliyetler arasındaki marjın büyüklüğü (aşırı kar) aşırı fiyatlamamanın göstergesi sayılabileceği gibi, gerçek veya fiktif maliyetlerin aşırı boyutlarda tesisi ile kar marjının çok düşük ve hatta negatif olduğu durumlarda da tekелci fiyatlamaya söz konusu olabilmektedir (nispeten yüksek belirlenen fiyatlarla birlikte).

Tekelci fiyatlamamanın tespitinde aşırı karın varlığının şart koşılması, bunun hakim durumdaki işletmenin normal sayılabilecek satış fiyatı seviyelerinde verimli bir yönetim ve etkin bir maliyet kontrolü aracılığıyla da sağlayabileceği gerçeği karşısında anlamsız kalmaktadır. Öte yandan, rekabet hukuklarının hakim durumdaki teşebbüslere yüklemiş olduğu bazı özel sorumluluklara rağmen, maliyetlerin kasıtlı ya da salt kötü - verimsiz işletim sonucu olması gerekenden yüksek tutulması ile nispeten yüksek sayılabilecek fiyat seviyelerinde bile doyurucu bir kar oranından söz edilemeyebilir. Şüphesiz ki; ticari güdülerini bir takım başka amaçların önünde gelen teşebbüslerin, daha çok kazanma arzusuyla hareket etmesi doğaldır. Ancak, bunun tekелci fiyatlamaya ile suistimalinin, Rekabet Kanunları bağlamında yasal olmayan bir davranış olduğu açıktır.

Bu bağlamda, bir ucu aşırı fiyatlamaya kadar varabilen çeşitli sonuçlar doğursa da, hakim durumdaki bir teşebbüsün konumu itibarıyla taşıdığı özel sorumlulukların başında basiretli ve verimli bir yönetim yatmaktadır.

3. Belko'nun Durumu

Belko olayında Rekabet Hukuku bakımından önemle vurgulanması ve üzerinde durulması gereken bazı noktalar bulunmaktadır. Öncelikle ifade edilmesi gereken, ilgili teşebbüsün yasal olarak sağlanmış bir tekел hakkının olduğu ve pazarın yeni girişlere mutlak anlamda kapalı olduğu hususlarıdır. Bununla birlikte, bu tür oluşumlarda başta fiyatlamaya konusunda olmak üzere çeşitli vasıtalarla gerçekleştirilmesi olası suistimallerin önüne geçilmesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılmamış, şirketin fiyatlamaya stratejisi tamamen kendi inisiyatifine bırakılmıştır. Bu durumun sonuçları ise, alımlarda şirket çıkarlarına azami düzeyde özen gösterilmemesi, aşırı istihdam yaratılması, etkin olmayan bir yönetim tarzı sonucu olması gerekenden yüksek gerçekleşmiş maliyetler ve nihai olarak da yüksek fiyatlar şeklinde görülmektedir. Öte yandan, ilgili ürün olan ısınma amaçlı ithal parça kömür; kullanım özellikleri, tüketici tercihleri, yasal düzenlemeler, vs. gibi hususlar bağlamında yakın ikamesi bulunmayan temel tüketim maddesidir. Bir başka ifadeyle söz konusu ürünün talep esnekliği oldukça düşüktür. Bu itibarla, ancak fiyatın belli seviyelerin üzerinde belirlenmesiyle kaçak kömüre yönelinmesi ve belki de kömür tüketiminden vazgeçilerek ısınmanın başka metodlarla (elektrik sobası, vs.) sağlanması olası bir hale gelmektedir. Ayrıca Belko'nun ticari bir işletme olmakla birlikte belediye sermayeli olması şirketi, maliyet minimizasyonu ve kar maksimizasyonu gibi normal ticari davranışların ötesinde bazı uygulamalara yöneltebilmektedir.

Belko açısından, birim (ton) başına hesaplamalarda ne kadarlık bir maliyetin olması gereken değer olduğunu kesin olarak söylemek mümkün görünmemektedir. Öte yandan incelemesi yapılan 1994 yılı ihalesi sonrası dönem için birim maliyeti oluşturan, gerek kömür alımı ve nakliye fiyatlarının ve gerekse şirketin bu süreç sonrasında maruz kaldığı ifade edilen kur farkı, finansman ve personel harcamaları gibi giderlerinin bir kısmının, olması gerekenden yüksek gerçekleştiği tespit edilmiştir. Şirketin maliyetlerinin yüksekliği büyük ölçüde kömür alımlarında gerekli özenin gösterilmemesi ve şirketin kömür dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanmıştır.

Ayrıca, Belko'nun satış fiyatlarının aynı ya da eş değer niteliklere sahip kömürlerin rekabete açık diğer coğrafi pazarlarda oluşan fiyatlarına göre, 1996 yılından bu yana ortalamada % 50 - 60 oranında yüksek seviyelerde belirlendiği tespit edilmiştir.

I- SONUÇ

Yapılan görüşmeler neticesinde;

I-1. Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin, "Ankara İli şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarı"nda başka teşebbüslerin satış yapmasını engelleyecek şekilde kendisine sağlanan tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığına ve böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine;

2. Bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle aynı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin, 1998 mali yılı sonunda net kömür satışlarından oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden takdir edilen, 41.023.000.000.- (Kırkbirmilyarıirmiüçmilyon) TL. idari para cezası ile cezalandırılmasına;

3. Kuruluş amacı Ankara halkına ucuz ve kaliteli kömür temin etmek olan Belko Ltd. Şti.'ne; kömür satış fiyatlarının, rekabetçi piyasalardaki fiyatlar ile kıyaslanabilir makul seviyelere indirilmesi gerektiğinin, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bildirilmesine 4054 sayılı Kanun'un 51/2. maddesine göre OYÇOKLUĞU ile;

II. 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi çerçevesinde, Ankara Valiliği'ne, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na, İçişleri Bakanlığı'na, Çevre Bakanlığı'na, Sağlık Bakanlığı'na ve Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanlığı'na, ilgili pazardaki rekabet ortamının nasıl tesis edileceğine dair Rekabet Kurulu görüş ve önerilerinin bildirilmesine OYBİRLİĞİ ile; Danıştay yolu açık olmak üzere 06.04.2001 tarihinde karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.(BELKO) hakkında 4054 Sayılı Kanunun 6 ncı maddesini ihlal etmek iddiasıyla yürütülen soruşturma sonucunda verilen 6.4.2001 tarihinde verilen 01-17/150-39 sayılı Rekabet Kurulu kararının (I) numaralı bendine muhalefet nedenleri aşağıda gösterilmiştir.

İsmet Ayaz imzalı ve adressiz olarak Kurulumuza 25.06.1999 tarihinde intikal eden bir müracaat üzerine Kurulumuzca dilekçede sözü edilen iddialara ilişkin önce bir ön araştırma; ardından hazırlanan ön araştırma raporuna dayanılarak soruşturma açılmıştır.

Yapılan soruşturma sonucunda, Belko Limited Şirketinin, Ankara şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarında İl Hıfzısıhha Kurulu Kararı ile yaratılan hakim durumunu kötüye kullandığı kanaati soruşturma heyetince ifade edilmiştir.

Soruşturma Heyetini şirketin hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna sevk eden düşüncenin;

- “kömür alımlarında şirket çıkarlarına bilinçli ve/veya bilinçsiz azami özenin gösterilmeyişi”
- “sonrasında maruz kalınan diğer maliyet kalemlerinin oluşumunda da söz konusu özensizliğin devamı”
- “işletme maliyetlerinin olması gereken seviyelerin çok üzerinde gerçekleşmesi”
- “ve neticesinde uygulanan aşırı yüksek fiyatlama” olduğu rapordan anlaşılmaktadır.

Kurulumuzun çoğunluğu da bu düşüncüyü benimseyerek, “Belko Ltd. Şirketinin hukuki tekel imtiyazını, kömür alımında ve sonrasında oluşan diğer maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesi neticesinde aşırı fiyat uygulayarak” hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmış bulunmaktadır.

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6 ncı maddesinin ilk fıkrasıyla hukuka aykırı ve yasak ilan edilen hakim durumun kötüye kullanılması eylemlerinin, ikinci fıkranın a,b,c,d ve e bentlerinde gösterilen hallerle sınırlı olmadığı, burada sıralanan eylemlerin yalnızca örnek olarak sayılmış bulunduğu; bu nedenle “aşırı fiyat uygulama”nın, koşulları da varsa, hakim durumun kötüye kullanma eylemini oluşturabileceği kabul edilmelidir. Ancak bunun için maddenin ilk fıkrasındaki koşulların gerçekleşmiş olduğunun tesbiti şarttır. Oysa dosya konusu olayda bu tesbit bize göre yanlış yapılmıştır. Yapılan soruşturmada elde edilen verilere ve soruşturma heyetinin tesbitlerine göre şirketin Ankara halkına diğer yerleşim yerlerine nisbetle yüksek fiyattan kömür satmış olmasının sebebi, maliyetlerinin yüksek olmasıdır. Diğer taraftan satış fiyatının “yüksek” olduğuna tereddüt olmamakla beraber, “fahiş” olduğunu söylemek mümkün değildir. Normal fiyat tesbit edilmeden ve ölçüleri belirlenmeden, bu fiyata fahiş diyebilmek mümkün değildir. Şirket yöneticilerinin basiretsizliği ve eskiden beri gelen imtiyaz hakkının verdiği rehabet içerisinde maliyetlerin düşürülmesi için çaba ve özen göstermemiş olmalarının bilinçli mi bilinçsiz mi olduğu tesbit edilmemiş olduğu gibi, bir an için bilinçli olduğu kabul edilse bile, bunun rekabet hukukunu değil, kamu ve idare hukukunu ve nihayet şirket yöneticilerinin sorumluluğunu ilgilendirmesi nedeniyle ilgili makamlarca tesbit ve değerlendirilmesi gereken bir husus olduğu düşünülmelidir. Dosyada, şirket yöneticilerinin kötü yönetim gösterdiği kanaatiyle, Belko Limited Şirketi cezalandırılmıştır. Oysa, Belko Limited Şirketi’nin 6 ncı maddeyi ihlal ettiği sonucuna varılabilmesinin temel koşulu, tüzel kişilik olarak Belko’nun, aşırı fiyat uygulamak suretiyle piyasadaki rekabeti bozması, (örneğin kendisinden mal alan teşebbüsler arasında ayrımcılık yapması) veya tüketicilere uyguladığı bu yüksek fiyatla aşırı kar elde etmesidir. Oysa çoğunluğun da kabul ettiği soruşturma heyetinin tesbitine göre, Belko’nun “emsallerine” göre yüksek fiyat uygulamış olmasının sebebi aşırı kar elde etmek değil, maliyetlerini karşılamaktır ve nitekim şirket zarar etmiştir. Burada, maliyetlerin yüksek oluşmasındaki basiretsizlik, şirketlerin “performans” denetimi de dahil olmak üzere, rekabet hukukunu ilgilendirmeyen pek çok inceleme ve değerlendirmeyi gerektirmektedir. Böyle bir yola girilmesi, rekabet otoritelerinin tüm hakim durumda olan teşebbüsler için acaba

maliyetlerini rasyonel seviyelerde tutuyorlar mı tutmuyorlar mı gibi bir inceleme ve denetim yapma görevinin doğduğunu kabul etmeyi zaruri kılabılır. Ayrıca bir belediye şirketi olan ve İçişleri Bakanlığı, Belediyeler, Maliye Bakanlığı Yüksek Denetleme Kurulu gibi başka devlet kurumlarının denetimine tabi olan teşebbüsün işlem ve davranışlarından yola çıkılarak, tartışmalı biçimde rekabet hukuku ihlali sonucuna varmak yerine, asıl bu piyasada rekabeti ortadan kaldıran ve Belko'ya tekel imtiyazı veren İl Hıfzısıhha Kurulu Kararı'nın (daha sonra İl Mahalli Çevre Kurulu Kararı) yasal dayanağı tartışılarak, hava kirliliği sebebiyle, 1986 yılındaki idari bir kararla oluşturulmuş ve her yıl yenilenmiş olan bu imtiyazın, rekabeti bozduğu gözönüne alınarak, günümüz koşullarında sürmesinin zorunlu olup olmadığının gözden geçirilmesi, zaruri olmayan bu tekelin kaldırılması yoluyla rekabetin tesis edilmesi konusundaki görüş ve önerilerin ilgili yerlere gönderilmesiyle yetinilmesi gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun "Belko'nun 6 ncı maddeyi ihlal ettiğine" ilişkin görüşüne ve Kurul kararının bu bölümüne iştirak edilememiştir.

Dr. Kemal EROL

İl.Başkan

R.Müfit SONBAY

Kurul Üyesi

Kubilay ATASAYAR

Kurul Üyesi

Murat GENCER

Kurul Üyesi

KARAR:5 ASKİ (Ankara Su Ve Kanalizasyon İdaresi) KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D4/1/M.H.A.-01/1 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 01-12/114-29

Karar Tarihi : 13.3.2001

HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILAN: Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi

DOSYA KONUSU: ASKİ'nin su fiyatını maliyetinin çok üstünde belirleyerek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası.

D- İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayet dilekçesinde, sınırları kesin olarak belirtilmiş bir coğrafyada yasal bir tekel olarak faaliyet gösteren ve bir belediye kuruluşu olan ASKİ'nin su ve atıksu tarifesinde aşırı fiyat uyguladığı iddia edilmektedir. Ayrıca, ASKİ'nin altı yıldır zarar ettiği bu zararın nedeninin ise aslında Hazine tarafından ödenen dış borçların ASKİ tarafından ödeniyormuş gibi gösterilmesi olduğu; bu durumun sonucu olarak su ve atıksu tarifeleri belirlenirken dış borçların da hesaba katılması neticesinde tarifelerin yüksek oranda belirlendiği ifade edilmektedir.

RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: ASKİ tarafından suyun aşırı fiyatla satıldığına ilişkin yapılan şikayet ile ilgili olarak, mevcut bilgiler çerçevesinde aşırı fiyatın söz konusu olmadığı; maliyetin belirlenmesinde yararlanılan finansman giderlerinden doğrudan yatırıma yönelik olup, söz konusu ürünün maliyet hesabında dikkate alınması gerekenlerin tespitinin ise ancak yapılacak bir önaraştırma neticesinde ortaya çıkacağı düşünülmektedir.

E- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Herhangi bir alternatifi bulunmaması nedeniyle, içme suyu dağıtım ve satışı pazarı ile atık su toplama pazarı olmak üzere iki ayrı ilgili ürün pazarı belirlenmiştir.

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

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Şikayet dilekçesi öncelikle, şikayete konu olan 2560 sayılı Kanun'un Ek-5. maddesi hükmü uyarınca 25.3.1987 tarih ve 19411 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 11.3.1987 tarih ve 87/11595 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kurulmuş olan belediyeye bağlı müstakil bütçeli, kamu tüzel kişiliğine haiz ve görev alanı Ankara Büyük Şehir Belediyesi'nin sınırlarından oluşan ASKİ'nin 4054 sayılı Kanun uygulaması bakımından teşebbüs sayılıp sayılmayacağı yönüyle değerlendirilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde teşebbüs; "piyasada mal veya hizmet üreten pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Buna göre teşebbüs tanımında iki kriter ortaya çıkmaktadır:

1. Fonksiyonel Ölçüt: Piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama, satma diğer bir deyişle piyasada ekonomik faaliyet gösterme,

2. Şekli Ölçüt: Bağımsız karar verebilme ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme.

Kanun'da ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında üretim, satış, pazarlama ve dağıtım gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyet göstermek ekonomik faaliyet unsuru açısından yeterlidir. Ayrıca, faaliyeti yürütenin hukuki niteliği de önem taşımamaktadır, gerçek veya tüzel, kamu veya özel ekonomik faaliyette bulunan bütün aktörler teşebbüs kabul edilmektedir.

4054 sayılı Kanun'da kamu teşebbüslerinin Kanun uygulamasına muhatap olup olmayacakları konusunda herhangi bir bilgiye yer verilmemekle birlikte, Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde *"Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından 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 ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir..."* denilmek suretiyle kamuya ait teşebbüslerin de kanun kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Genel ekonomik menfaate yönelik hizmetlerin ise telefon, su, elektrik, doğalgaz, posta, demiryolu ve havayolu ulaşımı, iş ve işçi bulma hizmetleri gibi hizmetleri kapsadığı genel olarak kabul edilmektedir.

Nitekim, Türk hukukundaki uygulamaya bakıldığında Yargıtay tarafından verilmiş olan, "Taraflardan biri olan idarenin, evvelden, bir takım şartları hazırlayarak bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin bu şartları zımnen kabul etmesi suretiyle hizmetten faydalanması tecelli ve tezahür eden ve özel hukuk alanında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu sözleşmeler de onların tamamen aynıdır. Bunlar özellikle, ticari ve sınai niteliği daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakil vasıtaları, su, havagazı, telefon, radyo, televizyon gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır. Bu teşebbüsler Devlet (Kamu idaresi) ya da mahalli idareler veya kamu kurumları tarafından işletildiği vakit, bunların ticari bir teşebbüs teşkil edeceği, bu kurumlarla fertler arasındaki ilişkilerin özel hukuk kurallarına tabi olacağı ve bunun sonucu olarak anılan işler karşısında ferdin durumunun tamamen akdi nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir." şeklindeki kararda (Yargıtay 4. H.D.;16.6.1975, E.975/3743-K.975/7667) sözü edilen faaliyetlerin ekonomik faaliyet olarak nitelendirildiği görülmektedir.

4054 sayılı Kanun'da kamu teşebbüsünün tanımı yapılmamış ve kapsamı belirlenmemiştir. Kamu teşebbüsleri devletten ayrı bağımsız bir yasal kişiliğe sahip olabilecekleri gibi merkezi, bölgesel veya yerel idare içerisinde de yer alabilirler. Merkezi veya yerel kamu idarelerinin kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda, kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayrık tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekir.

Bu açıklamalardan sonra ASKİ'nin faaliyetlerinin ekonomik faaliyet niteliği taşıyıp taşımadığı ve sonuç olarak ASKİ'nin teşebbüs sayılıp sayılmayacağına değerlendirmesine geçilecek olursa, yukarıda açıklandığı ve Yargıtay içtihadında da belirtilmiş olduğu gibi iktisadi nitelik taşıdığı şüphe taşımayan su dağıtımı ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmekle görevli olan ASKİ'nin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Teşebbüs tanımında yer alan diğer kriter ise bağımsız karar vermedir. Bağımsız karar verme, teşebbüsün aldığı kararların kendi dışında bir organın onayına tabi olmamasıdır. Bu anlamda doğru bir tespit için hukuki değil, ekonomik bağımsızlık esas alınmalıdır. Ekonomik bağımsızlık konusunda fikir vermesi açısından şu tanım verilebilir: *"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, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir."*

Bağımsız karar verme kriteri açısından bakıldığında, ASKİ'nin yukarıdaki tanıma uygun olarak belediyeden ayrı bütçeye, ayrı gelir kaynaklarına sahip olduğu görülmektedir. ASKİ'nin kararları belediye başkanının onayı gereken iki istisnai hal haricinde- Belediye Başkanı aynı zamanda ASKİ Yönetim Kurulu Başkanıdır- kendisi dışında herhangi bir organın onayına da tabi değildir. Yönetim açısından da belediyeden ayrı bir yönetime sahiptir. Burada irdelenmesi gereken husus Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi'nin aynı zamanda ASKİ'nin Genel Kurulu'nu teşkil etmesi ve bu durumun ASKİ'nin bağımsızlığına hanel getirip getirmeyeceğidir. ASKİ'nin tabi olduğu 2560 sayılı Kanun'un öngördüğü esaslardan biri de belediye meclisinin ASKİ ile ilgili konuları görüşmek üzere, meclis toplantılarından ayrı olarak toplanması ve bu toplantıda sadece ASKİ'nin faaliyet alanına giren işlerin görüşülmesidir. Bu durumun Kanun tarafından özerk bütçe ile birlikte bağımsızlığı sağlamak için getirilmiş unsurlardan biri olduğu kabul edilmektedir.

Ayrıca, bu noktada yukarıda değinilmiş olan teşebbüs tanımına dönecek olursak, merkezi veya yerel idare bünyesinde yer alan ayrı bir tüzel kişiliği olmayan birimlerin dahi teşebbüs niteliği taşıdığına kabul edildiği düşünüldüğünde, müstakil bütçeye, belediyeden ayrı gelir kaynaklarına ve ayrı bir yönetime sahip olan ASKİ'nin bağımsız olduğu ve bu çerçevede teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan ASKİ Genel Kurulu'nun su tarifelerini inceleme ve karara bağlama yetkisi çerçevesinde politik karar verme ve yönetim tarafından hazırlanan tarifeyi değiştirme yetkisinin hukuken var olduğu kabul edilmekle birlikte, tarifelerin hazırlanması işleminin teknik bilgi ve hesaplamalar da içermesi nedeniyle uygulamada genel müdürlükçe hazırlanan ve yönetim kurulu tarafından sunulan tarifelerin genel kurul tarafından onaylandığı raportörlerce belirlenmiştir. Ancak, 2560 sayılı Kanun'un 23. maddesinde yer alan su tarifeleri hazırlanırken maliyetlerin üzerine en az %10 kar konulması yönündeki hüküm ASKİ'nin bağımsızlığına kanun ile getirilmiş olan bir sınırlamadır.

ASKİ'nin teşebbüs niteliği bu şekilde belirlendikten sonra, şikayet konusunun esasını teşkil eden aşırı fiyatlandırma değerlendirilecektir. Aşırı fiyat, *sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılığın bulunması* olarak tanımlanabilir. Bu kötüye kullanma şekli 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sayılan kötüye kullanma halleri arasında yer almamakla birlikte, maddede sayılan hususlar tahdidi değildir ve aşırı fiyatlandırma Kanun kapsamında değerlendirilmelidir.

Aşırı fiyatı belirlemek için tüm üretim maliyetleri toplamı ile fiyatın karşılaştırılması, ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması, komşu pazarlardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması gibi yöntemler kullanılmaktadır.

Öncelikle ASKİ'nin maliyetleri ile satış fiyatını karşılaştırarak arada makul bir farklılık bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekmektedir. Maliyet hesaplamaları, ilgili ürünün üretimi ile ilgili tüm maliyetler dahil edilerek yapılmaktadır. İşletmenin faaliyet giderleri kadar, doğrudan faaliyet gideri olarak anılmayan finansman giderleri de bu maliyetlere katılmaktadır. Ancak, bu noktada bir ayırım yapılması ve finansman giderlerinden üretime dönük olan yatırım giderleri hesaplamaya alınırken, sosyal tesis inşaatı, personel gideri gibi harcamalar için kullanılan finansman giderlerinin bu hesaba katılmaması gerekmektedir. ASKİ açısından bakıldığında, 1999 yılı gelir gider tablosunda görülen finansman giderleri dış borç faiz ve taksit, dış borç gecikme cezası ve kur farklarından oluşmakta ve en önemli kalemi kur farkları oluşturmaktadır.

Raportörlerce yapılan tespitlere göre, 1999 yılı için 1m3 suyun sadece faaliyet giderleri baz alındığında maliyeti 193.509 TL'dir. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi maliyetler hesaplanırken ürünle ilgili tüm maliyetlerin hesaba katılması gerekmektedir. Raportörlerce yapılan hesaplamaya göre, finansman giderleri de dahil edildiğinde suyun maliyeti 439.721 TL artarak 633.230 TL'ye çıkmaktadır. 1999 yılı için suyun ortalama satış fiyatı (atıksu dahil) 301.471 TL olarak hesaplanmıştır. Buna göre yalnızca faaliyet giderleri esas alındığında suyun ortalama satış fiyatının maliyeti üzerinden yaklaşık %56 oranında karla satıldığı görülmektedir. Ancak bilindiği üzere ASKİ aboneleri belirli gruplara ayırmakta ve farklı abone gruplarına farklı tarifeler uygulamaktadır. Bu tarifeler göz önünde bulundurulduğunda ise bazı abone gruplarına maliyetin altında satış yapılırken bazı abone gruplarına ise %280 oranına varacak kadar karla satış yapıldığı görülmektedir. Ancak tüm maliyetler hesaba katıldığında ASKİ'nin zarar ettiği açıkça görülmektedir. Zira finansman giderleri dahil edildiğinde suyun maliyeti ortalama satış fiyatının yaklaşık iki katına çıkmaktadır. Abone gruplarına göre bakıldığında ise sadece işyerlerine 736.768 TL'lik ortalama satış fiyatı ile maliyetlerin üzerinde bir fiyatla satış yapılmaktadır.

Bu noktada şikayet dilekçesinde de yer almakta olan bir hususa da değinmek gerekmektedir. ASKİ'nin kullanmış olduğu yabancı krediler Hazine garantisi ile alınmaktadır. Şikayet dilekçesinde bu kredilerin aslında hazine tarafından ödendiği, oysa ASKİ'nin bilançosunda bunları sanki kendisi ödüyor gibi gösterdiği ifade edilmektedir. Bu durumda maliyetlerin olduğundan fazla gösterilmesi söz konusu olacaktır. Ancak ASKİ'nin halen uygulamış olduğu fiyat tarifeleri, borçlarını kendisi ödemiştir olsa dahi maliyetlerini karşılamaya yetmemektedir.

Öte yandan, ASKİ su satışı ve kanalizasyon hizmetleri konusunda doğal tekel niteliğinde olduğu için ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatları ile karşılaştırma yapma olanağı bulunmamaktadır. Ancak ASKİ ile aynı hukuki statüye sahip olan diğer büyükşehir belediyelerine bağlı olarak faaliyet gösteren kuruluşların tarifeleri ile karşılaştırma yapılması mümkündür. Örnek verilecek olursa,

Temmuz 2000 döneminde konutlar için ASKİ'nin tarifesi aşağıdaki gibidir;

0-10 m3	255.966 TL (su+atıksu toplamı)
10-30 m3	655.908 TL (")
Artı 30 m3	963.390 TL (")

Aynı dönemde İSKİ'nin tarifesi ise şöyledir:

0-10 m3 165.000 TL su + 165.000 TL atıksu

10-100 m3 272.000 TL su + 272.000 TL atıksu

Artı 100 m3 800.000 TL su + 800.000 TL atıksu

ASKİ ve İSKİ'nin fiyat tarifelerinin karşılaştırılması neticesinde de ASKİ'nin aşırı fiyat uyguladığını söylemek mümkün değildir.

J- SONUÇ

Yukarıdaki tespit ve değerlendirmelerin ışığında, ilgili pazarda hakim durumda bulunan Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'nün, su ve atık su tarifelerinde aşırı fiyat uygulamadığı belirlendiğinden başvuru konusu iddiaya ilişkin olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:6 KÜTAHYA PORSELEN KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/C.S.-00/7 (Önaraştırma)

Karar Sayısı : 01-04/21-4

Karar Tarihi : 16.1.2001

ŞİKAYET EDEN: İhbar

HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILANLAR: Kütahya Porselen San. A.Ş.

A- DOSYA KONUSU: Kütahya Porselen San. A.Ş. ve Heriş Seramik ve Turizm A.Ş.'nin (Güral Porselen) hakim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesini ihlal ettikleri iddiası.

B- İDDİALARIN ÖZETİ: Yapılan ihbarda özetle;

- Kütahya Porselen ve Güral Porselen firmalarının Güral Ailesi'nin kontrolü altında olduğu ve bu firmaların piyasada hakim konumda bulunduğu,

- Daha önce pazarda yer alan İstanbul Porselen'in iflas ettirilerek pazardan çekilmesinin sağlandığı, eski İstanbul Porselen bayilerine Kütahya Porselen ve Güral Porselen ürünü almaları şartı konulduğu,

- Ürün ithalinin durdurulduğu,

- Pazara Porland Porselen adında yeni bir firmanın girdiği, ancak Porland Porselen'den mal alanlara Kütahya Porselen ve Güral Porselen'in mal vermeyi kestiği, iddialarında bulunulmuştur.

4054 Sayılı Kanun'un 6 ncı Maddesi Kapsamında Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır." hükmünü içermektedir. Buradan da anlaşıldığı üzere, bir fiilin Kanun'un 6 ncı maddesi kapsamında sayılması için gereken üç unsur bulunmaktadır bunlar; "teşebbüs olma", "hakim durumda olma" ve "kötüye kullanma".

Güral Grubu'nun porselen sofrası üreten firmaları aracılığıyla yaptığı pazar faaliyetleri bu unsurlar açısından aşağıda değerlendirilmiştir.

Teşebbüs Olma Niteliği

İhbar başvurusu neticesinde Kütahya Porselen ve Güral Porselen hakkında yapılan Önaraştırma'nın amacı, söz konusu teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadığını tespit etmeye yöneliktir. Bu noktada, ayrı tüzel kişilikler olan Güral Porselen (Hemiş A.Ş.) ve Kütahya Porselen A.Ş.'nin aynı ekonomik birliğe ait olup olmadığı, başka bir deyişle söz konusu iki işletmenin bir teşebbüs olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önem kazanmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde teşebbüs, "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik

bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle aynı ekonomik birliğe ait olan, yani kontrolün tek elden sağlandığı işletmelerin bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ali Güral, Nafi Güral ve İsmet Güral (Güral Ailesi), Güral Porselen’nin (Heriş A.Ş.) 1995 ve 1996 yıllarında %93,36, 1997 yılından itibaren de %85,58 oranında hissesini elinde bulundurmaktadırlar.

Güral Ailesi, Kütahya Porselen A.Ş.’nin 1995 yılında %45, 1996 yılında itibaren de %47.1 oranında hissesine doğrudan sahiplerdir. Kütahya Porselen’in 1995 yılından itibaren %26,5 hissesine sahip olan Gürok Turizm ve Madencilik A.Ş.’nin hisselerinin %85,67’si yine Güral Ailesi’ne aittir. Buradan da, Güral Ailesi’nin Kütahya Porselen A.Ş.’nin hisselerinin %26,5’ine de dolaylı olarak sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Güral Ailesi’nin Kütahya Porselen’deki toplam hisse oranı %73,6’ya yükselmektedir.

Güral Ailesi’nin Kütahya Porselen ve Güral Porselen’in (Heriş A.Ş.) doğrudan veya dolaylı olarak sermayelerinin yarısından fazlasına sahip olması, dolayısıyla söz konusu bu şirketlerin Güral Ailesi tarafından tek elden kontrol ediliyor olması nedeniyle, iki şirketin aynı ekonomik birlik içerisinde yer aldıkları görülmektedir. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun’un uygulanması bakımından Kütahya Porselen A.Ş. ve Güral Porselen’in (Heriş A.Ş.) tek teşebbüs olarak değerlendirilmeleri gerekmektedir.

Güral Grubu’nun Hakim Durumuna İlişkin Değerlendirme

Kütahya Porselen piyasadaki en eski ve köklü porselen sofa eşyası üreticisidir. Güral Porselen ise 1980’li yılların sonunda üretime başlamıştır. 1980’li yılların diğer en büyük porselen üreticilerinden İstanbul Porselen ise 1992 yılında etkinliklerini durdurmuştur. Porland Porselen, İstanbul Porselen’in makina parkını satın alarak 1993 yılında faaliyete geçmiştir. Diğer üretici Deniz Porselen ise sermaye sıkıntısı nedeniyle faaliyetlerini düzenli olarak devam ettirememiş ve en son 1999 yılında 1 Trilyon TL satış cirosu elde ettikten sonra 2000 yılında üretimini tamamen durdurmuştur. Piyasanın diğer aktörleri ise seramik sofa eşyası üretimi yapan küçük kapasiteli işletmeler ve atölyelerdir. Seramik sofa eşyaları üretimine ilişkin yeterli ve açık veri bulunamamakla birlikte, seramik üreten atölyelerin seri üretim yapamamaları, yüksek miktarlarda üretim yapan büyük seramik firmalarının bulunmaması ve ayrıca seramik üreticilerinin daha çok süs eşyaları üretimine yönelmiş olmaları dikkate alındığında, Türkiye’de üretilen seramik sofa eşyalarının, porselen üreticilerine ciddi bir rakip olamayacakları anlaşılmaktadır.

Pazar payı şu aşamada tam olarak hesaplanamamakla birlikte, Güral Grubu’nun pazar gücü hakkında genel bir tespit yapmak amacıyla, ilgili pazarın Güral Grubu’nun yurtiçi satışlardan elde ettiği ciro, Güral’ın en büyük rakibi Porland Porselen’in cirosu ve ithalat tutarı olarak ele alınması halinde, Güral Grubu’nun pazar payının 1996 yılında %85, 1997 yılında %84, 1998 yılında %72 ve 1999 yılında da %77 olduğu görülmektedir. Kurulu kapasite açısından bakıldığında ise Güral Grubu’nun üretim kapasitesinin en yakın rakibi olan Porland Porselen’in 3,6 katı büyüklüğünde olduğu görülmektedir. (Güral’ın kurulu kapasitesi: 87.800.000 parça/yıl, Porland’ın kapasitesi: 24.000.000 parça/yıl)

Türkiye’de porselen sofa eşyası üretiminin sadece iki teşebbüs tarafından yürütülmekte olduğu dikkate alındığında, niçin daha fazla girişimcinin bu alana yatırım yapmadığı sorusu akla gelmektedir. İnceleme esnasında yapılan görüşmelerde alınan bilgilerden, porselen işinin emek yoğun ve tecrübe isteyen bir iş olması nedeniyle büyük

girişimciler için cazip bir alan olmadığı, bu nedenle de büyük girişimcilerin porselen pazarına yatırım yapmayı tercih etmedikleri anlaşılmıştır. Bunun yanında, porselen sofrası sektöründeki kurulu üretim kapasitesinin fazlalığının da piyasaya girişi zorlaştıran bir unsur olduğu görülmektedir. Şöyle ki, 87.800.000 parça/yıl üretim kapasitesine sahip olan Güral Grubu'nun en yüksek kapasite kullanım oranına ulaştığı 1996'da kapasite kullanım oranı %83 olmuş iken, bu oran 1998 yılında %77'ye 1999 yılında ise %55'e düşmüştür. Porland Porselen'in ise kapasitesini genişlettiği 1995 yılından sonra yıllık kapasite kullanım oranı en çok %82 olmuştur. Güral Grubu'nun kapasite kullanım oranındaki bu düşüşün genel ekonomik krize bağlı talep düşüşünden kaynaklandığı görülmektedir.

Bütün bu veriler Güral Grubu'nun büyük bir pazar gücüne sahip olduğu yönünde göstergeler olarak kabul edilmekle birlikte, yapılan incelemeler neticesinde, sektörde yoğun bir rekabetin yaşandığı, özellikle ithalat ve sınır ticareti yoluyla yurtiçine giren ve çok ucuz fiyata satılan Uzakdoğu menşeli porselen sofrası eşyalarının miktarının giderek çoğaldığı ve 1999-2000 yıllarında yerli teşebbüslerin bu sebepten dolayı yurtiçi satışlarının düştüğü, nihayetinde de iki fabrikası bulunan Güral Porselen'in bir fabrikasında üretimin 2000 yılında durdurulduğu ve 800 civarında işçinin işine son verildiği tespit edilmiştir. Ayrıca hakim konumda olmanın göstergelerinden biri olan işletmenin pazardaki tutumu açısından Güral Grubu'nun faaliyetleri ele alındığında, 2000 yılına kadar bayileri çeşitli yükümlülükler altına alan ve kendisine bağlayan bayilik anlaşmalarının bulunduğu, 2000 yılında ise bayilerin bu tip anlaşmaları imzalamaya yanaşmadıkları görülmektedir. Başka bir ifadeyle, 2000 yılında Güral Grubu'nun pazar gücünü nispeten kaybettiği gözlenmektedir. Bununla birlikte, 2000 yılında görülen bu durumun sebebinin, pazara yeni firmaların girmesi ya da rakip firmaların daha etkin çalışması değil (rakiplerin artmasının tersine Deniz Porselen'in pazardan çıktığı görülmektedir), genel ekonomik krizden kaynaklanan talep daralmasının yol açtığı pazarlama sorunları olduğu anlaşılmaktadır. Güral Grubu'nun satışlarındaki azalmanın bir diğer nedeni olarak da, 1996 yılında Türkiye'nin Gümrük Birliği'ne girmesiyle birlikte Avrupa Birliği ülkelerinden yapılan ithalata uygulanan gümrük vergisi oranlarının sıfırlanmasıyla başlayan durum görülmektedir. Ayrıca işçilik ücretleri ve ucuz doğal gazı sahip olmaları yönüyle önemli rekabet avantajlarına sahip olan porselen üreticisi konumundaki ülkelere Polonya, Romanya ve Çek Cumhuriyeti mallarına 2000 yılında uygulanan gümrük vergileri sırasıyla %17,2, %9,8 ve %7,4 iken, 2001 yılında bu oranlar %9,8, %4,9 ve %0'a indirilecektir. İthal ürünlerin alım satım şartlarına ilişkin kolaylıkların artması sonucunda, büyük bayilerin yurtiçi teşebbüslerin ürettiği ürünler yerine ithal ürünlerin ticaretini tercih etmeye başladıkları görülmektedir. Bu şartlar altında Güral Grubu'nun, müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünün bulunmadığı dolayısıyla Güral Grubu'nun porselen pazarındaki hakim durumundan bahsetmenin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Yine de, üretim kapasitesi ve pazarın emek yoğun olmasından dolayı girişlerin az olduğu gibi kriterler göz önüne alındığında, genel ekonomik krizin geçmesi ve talebin normale dönmesi durumunda Güral Grubu'nun yeniden büyük bir pazar gücüne sahip olması söz konusu olabilecektir.

Kötüye Kullanma

Güral Grubu'nun hakim durumuna ilişkin yapılan değerlendirmede de belirtildiği üzere, 1999 yılından itibaren, gerek ithalatın artması, gerekse daralan talep ve faiz oranlarındaki değişimler gibi genel ekonomik krizin getirdiği bir sonuç olarak hakim durumda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hakim durumda bulunmayan bir teşebbüs için,

gerçekleştirdiği faaliyetlerin Kanun'un 6 ncı maddesi anlamında kötüye kullanma olarak sayılıp sayılamayacağına ilişkin bir değerlendirme yapmak gereksizdir.

SONUÇ

Yukarıda yer verilen açıklamalar, bulgular ve değerlendirmelerin ışığında;

1. Kütahya Porselen A.Ş. ve Heriş Seramik ve Turizm A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

KARŞI OY GEREKÇESİ

Bir ihbar üzerine Kütahya Porselen A.Ş. ve Heriş Seramik ve Turizm A.Ş. hakkında yapılan önaraştırma sonucunda Rekabet Kurulu'nca verilen 16.1.2000 tarih ve 01-04/21-4 sayılı kararın sonuç bölümünün 2 numaralı bendine aşağıdaki gerekçeler ile karşı oy kullanılmıştır.

Sözü edilen kararda, şikayet edilen teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve anılan teşebbüslerin 2001 yılı ve sonrasına yönelik yaptığı ve /veya yapacağı dağıtım ve bayilik anlaşmalarının ivedilikle Kurum'a bildirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca, Yasa'nın 4. maddesi kapsamına giren anlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay için de Kurul'a bildirilecektir. Bildirilmeyen anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmayacağı gibi ayrıca Yasa'nın 16/1-c maddesi uyarınca bildirmeme cezası verilecektir. Bildirimin ne şekilde yapılacağı da 997/2 numaralı Tebliğ'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, Yasa kapsamındaki sözleşmelerin tarafı olan teşebbüslere bildirim yükümlülüğü verilmiştir. Bunun karşısı olarak, Yasa kapsamında olmayan ya da grup muafiyetinden yararlanan anlaşmaların bildirilmesine gerek yoktur.

Önaraştırma sürecinde, şikayet olunan teşebbüslerin bayileriyle aralarındaki uygulamaların grup muafiyeti tebliğleri kapsamında oldukları, bundan sonra uygulayacakları dağıtım sistemi yönünden bazı hazırlıklar içinde bulundukları belirlenmiştir. Teşebbüsler arasında henüz imzalanmamış (doğmamış) ve imzalanıp imzalanmayacağı, hangi hükümleri içereceği, grup muafiyeti tebliğleri kapsamına girip girmeyeceği belli olmayan bir anlaşma için "yapılması halinde bildirilmesi gereklidir" şeklinde bir karar verilmesi ve anılan teşebbüslerin bu konuda şimdiden yükümlendirilmesi, Yasa'da öngörülen bildirimin amacını aşar nitelikte olduğundan bu yolda bir karar verilmemesi gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun kararına katılmıyoruz.

A. Ersan GÖKMEN

Kurul Üyesi

R. Müfit SONBAY

Kurul Üyesi

Murat GENCER

Kurul Üyesi

KARAR:7 BETA BASIM YAYIM A.Ş. KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D2/1/H.S.Ö.-00/3 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 00-50/536-298

Karar Tarihi : 21.12.2000

ŞİKAYET EDEN: Yıldız Teknik Üniversitesi Vakfı Yıldız Eğitim Birimleri

HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILAN: BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

DOSYA KONUSU: “Akışkanlar Mekaniği ve Hidrolik” isimli kitabı yayınlayan BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş. (BETA)'nin bu kitabı Yıldız Teknik Üniversitesi Vakfı Yıldız Eğitim Birimleri (YTÜ Vakfı)'ne satmayı reddederek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

İDDİALARIN ÖZETİ: Şikayet başvurusunda, Yıldız Teknik Üniversitesi'nde öğretim görevlisi olan Prof. Dr. Y. Y.'in yazmış olduğu ve BETA tarafından yayınlanan konusunda tek kitap mahiyetinde olan, aynı zamanda üniversitelerinde ders kitabı olarak okutulan Akışkanlar Mekaniği ve Hidrolik adlı kitabın YTÜ Vakfı'na satmaktan imtina edildiği belirtilerek bu kitabın Rekabet Kurulu marifetiyle kendilerine sattırılması talep edilmektedir.

RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ: Şikayete konu olan BETA'nın tek bir kitap üzerinde münhasır basım ve dağıtım yetkisi olmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında bir hakim durum değerlendirmesi için yetersiz bir kriter oluşturduğu ve bu nedenle 6. madde kapsamında bir hakim durumun söz konusu olmadığı, hakim durumda olmayan bir teşebbüsün mal tedarikini reddetmesinin istisnai haller haricinde 6. madde kapsamında bir kötüye kullanma sayılamayacağı ve şikayetçi tarafın kendilerine mal tedarikinin başladığını belirterek şikayetlerinden vazgeçmeleri nedeniyle şikayete konu teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

D- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar: Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden hareketle işlemin değerlendirilmesinde ilgili ürün pazarı, “*kitap yayıncılığı*” pazarı, ilgili coğrafi pazar ise, “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*” olarak belirlenmiştir.

I.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 'Kapsam' başlıklı 2. maddesinde, “....piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları Kanun kapsamına girer.” ifadesine yer verilmek suretiyle, bir kötüye kullanma halinin 4054 sayılı Kanun kapsamına girebilmesi için bu fiili gerçekleştiren teşebbüsün hakim durumda bulunuyor olması ön koşul olarak belirlenmiştir. Bu nedenle şikayet edilen BETA'nın hakim durumda olup olmadığı önem kazanmaktadır

Hakim durum, 4054 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3. maddesinde “... belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme

gücü..." olarak tanımlanmıştır. Bu tanım bir teşebbüsün hakim durumda kabul edilmesi için sadece müşterisi üzerinde değil, aynı zamanda tüm ilgili ürün pazarı bakımından ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne sahip olabilmesini gerekli kılmaktadır. Şikayet konusu bu açıdan değerlendirildiğinde, binlerce kitabın basımının yapıldığı ve yine birçok yayınevinin bulunduğu yayıncılık sektöründe bir yayınevinin tek bir kitap üzerindeki münhasır basım ve dağıtım yetkisinden dolayı, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne sahip olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, BETA'nın hakim durumda olmadığı kanaatine varılmıştır.

Diğer taraftan bir sağlayıcının, bulunduğu piyasanın tamamında hakim durumda olmasa bile müşterisi konumundaki teşebbüslerin kendisine farklı sebeplerle bağımlı olmasından kaynaklanan ve rekabet hukuku literatüründe ekonomik bağımlılık olarak bahsedilen durumda yine mal vermeyi reddetmesi, başka bir kötüye kulanma şekli olarak değerlendirilebilmektedir. Ekonomik bağımlılık olup olmadığının tespitinde ise, öncelikle müşterinin başka temin kaynaklarının olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Eğer yeterli temin kaynakları yoksa ve sağlayıcıdan elde edemediği bu mal sebebiyle ekonomik olarak bağımlı olan firmanın rekabet gücünde sürekli ve önemli dezavantajlara neden oluyorsa, sağlayıcının hakim durumda olmasa bile mal tedarikini kesmesi rekabet hukukunda yasak olabilmektedir. Bu hususlar özellikle bayilerin tedarikçilerine olan bağımlılıklarında ve imaj ürünler satmak durumunda olan müşterilerin bu imaj ürünleri üreten firmalara olan bağımlılıklarında karşımıza çıkmaktadır.

Şikayete konu olayda ise, ilgili piyasadaki kitapları satan bir müşterinin tek bir kitap bulundurmamaktan dolayı çok büyük kayıplara uğramayacağı ve bir çok kitap satan bir kitabevinin faaliyetine devam edebilmesi için de bahsi geçen "Akışkanlar Mekaniği ve Hidrolik" adlı kitabı bulundurmasının zaruri olmadığı görülmektedir. Ayrıca adı geçen kitabı satmamaktan dolayı da rekabet gücünde önemli bir azalma meydana gelmeyecektir. Aksi takdirde, bütün yayınevleri münhasıran belli kitapları basma yetkisine sahip olduklarından dolayı, kitabevlerinin her kitaba karşı ekonomik bağımlı olduğu gerçeğini kabul etmek gerekirdi.

Yukarıdaki hususlar dikkate alındığında, adı geçen eseri yayınlayan yayıncının ilgili ürün pazarında hakim durumda olmadığı, ayrıca taraflar arasında bir ekonomik bağımlılık bulunmadığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun açısından herhangi bir ihlalin söz konusu olmadığı anlaşılmıştır.

Öte yandan İlk İnceleme Raporu hazırlandığı sırada şikayetçi YTÜ Vakfı tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 11.12.2000 tarih ve 5107 sayılı yazı ile intikal eden faks metninde; BETA ile herhangi bir sorunlarının kalmadığı belirtilerek daha önce yapmış oldukları şikayetin iptali talep edilmiştir

E- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmelerin doğrultusunda, "Akışkanlar Mekaniği ve Hidrolik" isimli kitabı yayınlayan BETA Basım Yayımlar Dağıtım A.Ş.'nin bu kitabı Yıldız Teknik Üniversitesi Vakfı Yıldız Eğitim Birimleri'ne satmayı reddetmesi ile ilgili olarak bir ön araştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:8 ETİ HOLDİNG A.Ş. KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/H.H.Ü.-00/3 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 00-50/533-295

Karar Tarihi : 21.12.2000

ŞİKAYET EDEN : Ceytaş Madencilik Tekstil San. ve Tic. A.Ş.

HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILAN: - Eti Holding A.Ş.

D- DOSYA KONUSU: Eti Holding A.Ş.'nin, hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

E- İDDİALARIN ÖZETİ: Ceytaş Madencilik Tekstil San. ve Tic. A.Ş. (Ceytaş) tarafından yapılan başvuruda özetle;

– Ceytaş'la Eti Pazarlama A.Ş. arasında, 12.09.2000 tarihinde tarafların yönetim kurullarında onaylanmak suretiyle yürürlüğe girmek üzere, yılda 200,000 ton çeşitli ebat ve özelliklerde konsantre kolemanit cevheri satışına ilişkin, beş yıl süreli bir çerçeve anlaşması imzalandığı,

–Eti Pazarlama A.Ş.'nin 22.09.2000 tarihli Yönetim Kurulu Toplantısı'nda alınan karar 12.10.2000 tarihinde Ceytaş'a gönderilerek, imzalanmış olan çerçeve anlaşmasının Eti Pazarlama A.Ş. Yönetim Kurulu tarafından uygun bulunmayarak reddedildiği,

–Danıştay 1. Dairesi'nin, 2840 sayılı "Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun'un 2. maddesinde yer alan "*Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır.*" hükmüne ilişkin olarak 01.05.2000 tarih, 2000/50 Esas ve 2000/67 Karar no ile vermiş olduğu istisari görüş niteliğindeki karar gereğince Eti Pazarlama A.Ş.'nin Ceytaş'a kolemanit vermek zorunda olduğu,

–Buna göre Eti Pazarlama A.Ş.'nin, konsantre kolemanit ham maddesi talebini reddetmek suretiyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin (a) ve (b) bentlerini ihlal ettiğinden, Eti Holding A.Ş., Eti Pazarlama A.Ş., ve Yönetim Kurulu Üyeleri hakkında aynı Kanun uyarınca soruşturma açılması gerektiği, ifade edilmektedir.

RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: Eti Holding A.Ş.'nin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin (a) ve (b) bentlerinde yer alan fiilleri gerçekleştirmediğinden, hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı, bu nedenle konu ile ilgili olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

G- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

a) Ürün Pazarı: Eti Holding A.Ş.'nin madencilik alanında birçok faaliyeti bulunmaktadır. Ancak şikayete konu olan olay, Eti Holding A.Ş.'nin faaliyetini gerçekleştirdiği üç bor cevherinden birisi olan kolemanitle ilgilidir.

Bor cevherlerinin topraktan çıkarıldığı haliyle ekonomik veya ticari bir değeri bulunmamaktadır. Bu nedenle, topraktan çıkarılan cevher içerdiği toprak, kil gibi yabancı maddelerden arındırılmak suretiyle konsantre edilmektedir. Elde edilen bu konsantre bor ürünleri, öğütülmek veya rafine edilmek suretiyle, içerisindeki boroksit (B_2O_3) oranı artırılmaktadır. Daha sonra konsantre veya rafine bor ürünleri başka bir ürünün üretiminde kullanılarak uç ürünler elde edilmektedir.

Bor ürünlerinin içerisindeki temel etken madde boroksitdir (B_2O_3). Konsantre ve rafine işlemi bu etken madde oranının artırılmasından ibarettir. Uç ürün tanımı konusunda kesin ve literatürde kabul edilmiş bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, bir ürünün başka bir ürünün üretiminde girdi olarak kullanılarak, bor (boroksit) olma niteliğini kaybettiği, yani borun üretilen ürün içerisinde bir katkı maddesi haline geldiği anda, bor uç ürünü olacağı kabul edilmektedir. Başka bir tanım ise uç ürününün, bor kullanılarak üretilebilecek son ürün olduğu şeklindedir.

Eti Holding A.Ş. ülkemizdeki tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi ile bunların pazarlanması konularında faaliyet gösteren tek kuruluştur. Bu nedenle, söz konusu olayda hakim durumun tespiti açısından bor ilgili pazarının ayrıntılı olarak belirlenmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü Eti Holding A.Ş. her halükarda bor pazarında hakim durumda olacaktır.

Buna göre ilgili ürün pazarı, topraktan çıkarılıp nihai ürün haline dönüşene kadar olan süreçteki tüm bor ürünlerini kapsamak üzere, bor olarak kabul edilmiştir.

b) Coğrafi Pazar: Bor ürünlerinde coğrafi pazar sınırı söz konusu değildir. Bor ürünleri dünyanın her tarafında rahatlıkla pazarlanabilmektedir. Nitekim Eti Holding A.Ş., üretiminin ancak %1-2 gibi küçük bir bölümünü ülke içerisinde satmakta, geriye kalan üretimin büyük bir bölümünü dünyanın çeşitli bölgelerinde pazarlamaktadır. Ancak, 4054 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından, ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak kabul edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

2.1. Bor Tuzları Konusundaki Yasal Düzenleme

Bor madenlerinin aranması ve işletilmesi ile ilgili olarak, 2172 sayılı "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun"la, kamu kuruluşlarına devredilen maden haklarını yeniden düzenleyen 10.06.1983 tarihli ve 2840 sayılı "Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun" kabul edilmiştir. 2840 sayılı Kanun'la bor tuzları ile ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu Kanun'un 2 nci maddesinde, "*Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır. Bu madenler için 6309 sayılı Maden Kanunu gereğince gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine verilmiş olan ruhsatlar iptal edilmiştir.*" hükmü yer almıştır.

Daha sonra, 4.6.1985 tarihinde kabul edilen 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 49 uncu maddesinde, "*2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. Ancak, bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra bulunacak bor, trona ve asfaltit madenlerinin aranması ve işletilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir. Bunların ihracına ait usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tesbit edilir.*" hükmü yer almıştır. 3213 sayılı Kanun'un 49 uncu maddesi 4.6.1985 tarihinden sonra bulunacak bor madenlerini yeniden özel işletme konusu yapmıştır. Ancak, bor ürünlerinin

ihracatı konusunda sınırlama getirerek, ihracatın usul ve esasları konusundaki yetkiyi Bakanlar Kurulu'na vermiştir.

2840 sayılı Kanun Devlet'e (dolayısıyla Eti Holding A.Ş.'ye), bor madenlerinin aranması ve işletilmesi ile ilgili bir tekel hakkı vermiştir. 3213 sayılı Maden Kanunu, 4.6.1985 tarihinden sonra bulunacak bor madenlerinin özel işletmeye konu olabileceğini belirtmiş, "2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır." ifadesiyle de 4.6.1985 tarihinden önce bulunan bor madenlerinin aranması ve işletilmesi hakkının Devlet'e (dolayısıyla Eti Holding A.Ş.'ye) ait olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu tarihten sonra özel işletmeye konu olabilecek yeni bor yatakları bulunamamıştır. Bu nedenle, ülkemizdeki halihazırda mevcut olan bor yataklarının işletilmesi hakkı 2840 sayılı Kanun gereği Eti Holding A.Ş.'ye ait bulunmaktadır.

2840 sayılı Kanun'un 2 nci maddesindeki "işletme" kavramının yorumu ve sınırlarının ne olması gerektiği tartışmalara yol açmıştır. Bu nedenle Eti Holding A.Ş., bor madenlerinin devlet eliyle işletilmesinin sınırlarının belirlenmesi ve 2840 sayılı Kanun'un açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla 25.11.1999 tarihinde T.C. Danıştay Birinci Dairesi'nden istişari görüş talep etmiştir. Danıştay Birinci Dairesinin 01.05.2000 tarih, 2000/50 Esas ve 2000/67 Karar no.'lu kararının sonuç bölümü aynen şu şekildedir: *"Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle 2840 sayılı Yasa'nın değişik 2 nci maddesi uyarınca bor tuzlarının aranması ve işletilmesinin Devlet eliyle yapılması zorunluluğunun, bu madenin zenginleştirilmesini, rafinasyonunu ve pazarlamasını da kapsadığı, ancak Eti Holding A.Ş. tarafından ham bor ve işlenebildiği ölçüde rafine bor olarak yurt dışına ihraç edilerek satılan bor tuzlarının, aynı biçimde ham bor ve rafine bor olarak yurt içinde isteyen Türk vatandaşı kişi ve firmalara da satılabileceği, Türk vatandaşı kişi veya firmanın satın aldığı boru Ülke içinde kuracağı tesislerde işleyip elde edeceği ürünleri yurt içinde veya yurt dışında satabilmesinde hukuki bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 01.05.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi."*

Danıştay Kararı'nda iki nokta dikkati çekmektedir. Birincisi 2840 sayılı Kanun'un 2 nci madesinde geçen "işletme" kavramının yorumudur. Bu konudaki Danıştay yorumu duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıktır. Buna göre; "işletme" kavramı bor madeninin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi, bundan her türlü uç ürün üretimi ve bu ürünlerin pazarlanmasını da kapsamaktadır.

Danıştay Kararı'nda dikkati çeken ikinci nokta; "işletme" kavramı konusundaki bu yorumla birlikte, ham ve rafine bor ürünlerinin yurt içinde talep eden teşebbüslere satılmasının önünde bir engelin bulunmadığının ifade edilmesidir.

2.2. Eti Holding A.Ş.'nin Hakim Durumunu Kötüye Kullandığı İddiasının Değerlendirilmesi

Ceytaş Madencilik Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ait şikayet başvurusunda, öğütölmüş kolemanit üretmek amacıyla yılda 200,000 ton konsantre kolemanit cevheri taleplerinin Türkiye'deki tek bor üreticisi olan Eti Holding A.Ş. tarafından karşılanmadığı, bu şekilde Eti Holding A.Ş.'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin (a) ve (b) bentleri kapsamında hakim durumunu kötüye kullandığı ifade edilmektedir. Buna göre, Eti Holding A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasının değerlendirilmesi, 6 ncı maddenin söz konusu (a) ve (b) bentleri kapsamında ayrı ayrı yapılmalıdır.

2.2.1.Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının 6 ncı Maddenin (a) Bendi Kapsamında Değerlendirilmesi

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin (a) bendinde yer alan, *"Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler..."* hakim durumun kötüye kullanılma şekillerinden birisi olarak sayılmaktadır. Ceytaş henüz bor piyasasında faaliyet göstermediğinden Eti Holding A.Ş.'nin rakibi değildir. Hakim durumun kötüye kullanılması, mal vermeyi reddetmek suretiyle faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine engel olmak şeklinde olabilir. Bu bakımdan, rekabet hukukunda hakim durumdaki bir teşebbüsün mal vermeyi reddetmesinin hangi durumlarda hakim durumun kötüye kullanılması anlamına geldiğinin incelenmesi gerekmektedir.

Serbest piyasa ekonomisi, teşebbüslerin özgürce karar almaları temeline dayanmaktadır. Bu nedenle serbest piyasa ekonomisinde teşebbüsler, istedikleri alıcılara ürün satabilecekleri gibi istemedikleri alıcılara ürün satmayabilirler. Diğer bir anlatımla teşebbüslerin her alıcıya mal veya hizmet satma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık pazarların mümkün olduğunca rekabetçi bir yapıya kavuşturulması ve bazı kötüye kullanma hallerinin engellenmesi amacıyla bu ilkenin istisnaları olabilmektedir.

Rekabet hukukunda, bir teşebbüsü belli müşteri veya müşteri gruplarına mal satmaya mecbur kılmanın çok sıkı ve sınırlı koşulları bulunmaktadır. Öncelikle mal satmaya zorlanan teşebbüs hakim durumda bulunmalıdır. Alternatif temin kaynakları olacağından, hakim durumda bulunmayan bir teşebbüse satış yapma zorunluluğu getirilmesi anlamsız olacaktır.

Rekabet hukuku uygulamalarında, hakim durumda olan bir teşebbüse ancak iki durumda satış yapma zorunluluğu getirilebilmektedir. Bunlardan birincisi, hakim durumda olan teşebbüsten mal talebinde bulunan müşterinin, hakim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı durumunda bulunmasıdır.

Satış yapmayı zorunlu hale getiren ikinci durum ise, bir teşebbüsün belli bir faaliyette bulunabilmesinin zorunlu unsuru olan temel kaynak faaliyetine hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip bulunmasıyla ilgilidir. Zorunlu unsur, bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken ve hakim durumda bulunan teşebbüs dışında, söz konusu kaynak faaliyetin başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir temel kaynak faaliyetine sahip olan bir teşebbüs, imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır.

Bu açıklamalar ışığında bakıldığında, Ceytaş'ın Eti Holding A.Ş.'nin devamlı müşterisi olmadığı, pazara yeni girmek isteyen bir teşebbüs olduğu anlaşılmaktadır. O halde rekabet hukuku açısından, Eti Holding A.Ş.'ye, Ceytaş'a konsantre kolemanit cevheri satma zorunluluğu getirilmesi, ancak Ceytaş'ın öğütülmüş kolemanit üretme faaliyetinde Eti Holding A.Ş.'den konsantre kolemanit cevheri satın almasının temel kaynak faaliyeti olarak zorunlu unsur olması durumunda söz konusu olabilecektir.

Ceytaş bakımından Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanı bulunmamaktadır. Ancak, temel kaynak faaliyeti ile söz konusu faaliyetten yararlanarak başka bir faaliyette bulunma, iki farklı pazarda söz konusu olabilir. Şöyle ki, temel kaynak faaliyetine sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya benzer bir faaliyette bulunmak veya temel kaynak faaliyeti niteliğindeki mal veya

hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebi, doğrudan temel kaynak faaliyetinin üretimi ile ilgili olacağından zorunlu unsur olmayacaktır.

Eti Holding A.Ş. bor cevherlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi, bunlardan uç ürün üretilmesi ve elde edilen ürünlerin pazarlanması konusunda 2840 sayılı Kanun gereği tekel durumundadır. İlgili ürün pazarı bor ürünleridir (Bu tanım konsantre, öğütülmüş veya rafine olsun nihai ürüne kadar, ürün bor niteliği taşıdığı sürece, tüm aşamaları kapsamaktadır). Ceytaş'ın üretimini yapmak istediği öğütülmüş kolemanit ilgili ürün pazarında yer almaktadır. Bu nedenle, başka bir faaliyette bulunmak için temel kaynak faaliyetinden yararlanma talebi değil, temel kaynak faaliyetinin kendisini üretme talebi söz konusudur. Bor ürünleri, ancak üretimlerinde bor kullanılan ve birer nihai ürün olan deterjan, cam, seramik gibi ürünlerinin üretimi için temel kaynak olarak zorunlu bir unsur sayılabilir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Eti Holding A.Ş.'nin, öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla Ceytaş'ın konsantre kolemanit cevheri talebini reddetmesi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin (a) bendi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması fiilini oluşturmamaktadır.

2.2.2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının 6 ncı Maddenin (b) Bendi Kapsamında Değerlendirilmesi

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendinde, hakim durumun kötüye kullanılma hallerinden, *"Eşit durumdaki alıcılara aynı eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması..."* hükmü düzenlenmiştir. Bu bende göre, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün ayrımcılık yapmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanma fiilini gerçekleştirmesi için, aynı ve eşit durumdaki alıcılara farklı davranması gerekmektedir.

Burada alıcı, özellikle de aynı ve eşit durumdaki alıcı kavramı önem taşımaktadır. Çünkü, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün aynı ve eşit durumda bulunmayan alıcılara farklı davranması ayrımcılık sayılmayacak, dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır.

Ceytaş'ın ayrımcı uygulamayı söz konusu ettiği durum, yurt içi alıcılarla yurt dışı alıcılar arasındadır. Eti Holding A.Ş., yurt dışındaki müşterilere rafine ve öğütülmüş bor ürünü üretmek amacıyla ham bor ürünü satarken, aynı nitelikteki yurt içi talebi karşılamamaktadır. Eti Holding A.Ş. yurt içindeki hiçbir teşebbüse rafine veya öğütülmüş bor ürünü üretmek amacıyla ham bor ürünü vermediğinden yurt içinde herhangi bir ayrımcı uygulamadan söz etmek mümkün değildir. 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. Hangi durumda alıcıların eşit sayılacağı konusunda, şu şekilde bir kıstas getirilebilir. Birbirini ikame edebilen alıcılar eşit durumda kabul edilmelidir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi, alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmaması anlamına gelmektedir. Alıcıların birbirini ikame edebilirliği hakim durumda bulunan teşebbüs gözüyle değil, alıcılar gözüyle değerlendirilmelidir. Aksi bir düşünce yanlış sonuçlara götürebilir. Buna göre, yurt dışındaki alıcılara yurt içindeki alıcıların birbirinin yerine kolaylıkla geçemeyeceği görülmektedir.

Buna göre, yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcılar aynı ve eşit durumda olmadıklarından, 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendi anlamında bir ayrımcılık söz konusu olmayıp, bu nedele hakim durumun kötüye kullanılma fiili gerçekleşmemiştir.

J- SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar ve değerlendirmeler ışığında; Eti Holding A.Ş.'nin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinin,

(a) bendinde yer alan ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine engel olmak,

(b) bendinde yer alan eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapmak, fiillerini gerçekleştirmedikten, hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle konu ile ilgili olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.



KARAR:9 BBD , BİRYAY , YAYSAT KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D2/1/B.E.-99/3 (Soruşturma)

Karar Sayısı : 00-49/529-291

Karar Tarihi : 14.12.2000

A. DOSYA KONUSU

Gazete ve dergi dağıtım pazarında Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.¹⁹³, BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.¹⁹⁴ ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.¹⁹⁵,nin;

- Star Gazetesi'nin, son satış noktalarındaki satışını önlemek suretiyle, bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırmaları,
- diğer taraftan Star Gazetesi'nin dağıtımını üstlenen ve son satış noktalarına ulaştıran MEDYA Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.¹⁹⁶,nin aynı pazara girişini engellemelerinin

4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi çerçevesinde değerlendirilmesidir.

B. İDDİALARIN ÖZETİ

Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayii A.Ş., Rekabet Kurumu kayıtlarına 13.10.1999 tarih ve 3337 sayı ile intikal eden şikayet dilekçesinde;

- Star gazetesini yayınlayan Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayi A.Ş.'nin, Star gazetesini kendi dağıtım şirketi vasıtasıyla gazete bayilerine ulaştırmakta olduğunu, ancak BBD ve YAYSAT'ın, bayiler üzerindeki hakimiyetlerini kullanarak, Star gazetesinin satışını engellemek amacıyla bayilerine baskı yaptıkları ve bayilerin bu nedenle Star gazetesini satmaktan kaçındıkları,

- Her gazete grubu için ayrı bir bayilik ağının oluşturulmasının ekonomik olarak büyük bir israfa yol açmakta olduğu, bunun yanı sıra, gazetelerin nitelikleri gereği rakipleri ile aynı bayide satılmalarının gerektiği, diğer gazetelerle aynı bayide satılmayan bir gazetenin yayın hayatına devam edebilme şansının bulunmadığı, dolayısıyla, Hürriyet ve Sabah gruplarının, sahip oldukları dağıtım sistemi ve bayilik ağları sayesinde, rekabetçi bir piyasada olmaması gereken suni giriş engelleri yarattıkları, piyasaya yeni girecek şirketlerin bu dağıtım ve bayi ağından faydalanmalarının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Bu çerçevede;

- Star gazetesinin, tüm bayilerde satışının sağlanması amacıyla, Sabah ve Hürriyet gruplarının bayilerine yönelik olarak, Star gazetesinin satışını engelleyici davranışlardan vazgeçmeleri ve bayilerin Star gazetesini satmaları yönünde, 4054 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca bir tedbir kararı alınması,

¹⁹³ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "BBD" olarak anılacaktır.

¹⁹⁴ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "BİRYAY" olarak anılacaktır.

¹⁹⁵ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "YAYSAT" olarak anılacaktır.

¹⁹⁶ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "MEDYA" olarak anılacaktır.

- Sabah ve Hürriyet gruplarının, Star gazetesinin pazar dışına çıkarılması konusunda anlaşarak bayilere baskı yapmaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesini ihlal ettiklerinden dolayı, aynı kanunun 16'ncı maddesi uyarınca ceza verilmesi,

- Gazete dağıtım pazarında, birlikte hakim durumda olan Hürriyet ve Sabah gruplarının, bilinçli olarak bayilerine uyguladıkları satış yasağının 4054 Sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca, hakim durumun kötüye kullanılması olduğu ve bu davranışlarının yasaklanarak, aynı Kanun'un 16'ncı maddesine göre cezalandırılması, talep edilmektedir.

C. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Raportörler, Rekabet Kurulu'nun aldığı soruşturma kararı çerçevesinde, yapılan incelemeler ve Teşebbüslerin savunmaları ışığında;

I. "Gazete ve dergi dağıtım" piyasasında birlikte hakim durumda bulunan, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın;

- Kendi bayilerine mal tedarikini, piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin ürünlerini satmama şartına bağlamak,

- Piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri, bayilerine sokmayarak, yani ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olmak ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak,

- Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak, başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan, eylemlerde bulunmak,

- Tüketici tercihleri üzerinde, kısıtlamalara yol açabilecek eylemlerde bulunmak suretiyle,

Kanun'un 6'ncı maddesini ihlal ettikleri, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerektiği,

II. Gazete ve dergi satışı faaliyetini de içerecek şekilde, Belediyelerce ihdas edilen ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce, üçüncü şahıslara kiralanan satış büfelerinin, ilgili pazara giriş açısından önemi dikkate alındığında;

Söz konusu yerlerde, kiracının, "hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun, irsaliyeli her türlü mevcutteyi, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek" düzenlemelerin yapılması, aksi bir durumda haklarında hukuki işlem başlatılacağına ilişkin ilgili Kurul Kararının, yetkili mercilere bildirilmesinin uygun olacağı,

III. 1997/3 ve 1997/4 sayılı Grup Muafiyeti Tebliğleri'nin, "diğer sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin önemli ölçüde zorlaştırılması" durumunda, Tebliğ'in sağladığı muafiyetin, Kurul tarafından geri alınabileceğine ilişkin, "Muafiyetinin Geri Alınması" başlıklı 6'ncı maddesi uyarınca,

İlgili pazarın yapısı gereği, ilgili pazarda faaliyet gösteren herhangi bir dağıtım şirketinin, son satış noktaları ile yapacağı anlaşmaların, "rakip malları satmama veya dağıtmama" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda, 1997/3 ve 1997/4

sayılı Tebliğler ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarının, Kurul Kararı ile ilânının, ilgili pazarda rekabetin tesisi için zorunlu olduğu, düşüncesinde olduklarını bildirmişlerdir.

D. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I. 1. İLGİLİ PAZAR

a) İlgili Ürün Pazarı:

Şikayetin konusu ve şikayete konu olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın başlıca faaliyet alanlarının "gazete ve dergi dağıtımı" olduğu gözönüne alınarak, ilgili ürün pazarı "gazete ve dergi dağıtımı pazarı" olarak belirlenmiştir.

Yaynevleri; yayınlarını dağıtım şirketlerinin merkezine ve/veya bölge müdürlüklerine teslim ederler. Genellikle birkaç ili, kapsayan bir alandan sorumlu olan bölge müdürlükleri ise, yayınların başbayilere ulaştırılmasını sağlarlar. Başbayiler tarafından son satış noktalarına, ulaştırılan yayınlar, burada teşhir edilerek okuyucuya sunulur. Dolayısıyla, gazete ve dergi dağıtımı, yayinevi tarafından, dağıtım şirketine teslim edilen mevkutenin, son satış noktalarında, okuyucuya ulaştırılmasına kadar olan hizmeti kapsar.

Sonuç olarak, gazete ve dergi dağıtımı pazarı, dağıtım şirketlerini, ana bayilik ve tali bayilik teşkilatını (son satış noktalarını) kapsayan bir bütündür.

b) İlgili Coğrafi Pazar:

BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın gazete ve dergi dağıtımını yurt çapında gerçekleştirdikleri, dikkate alınarak coğrafi pazar "Türkiye" olarak kabul edilmiştir.

KANUN'UN 6'NCI MADDESİ KAPSAMINDAKİ İHLALLER

Hakim Durum Değerlendirmesi

YAYSAT, BBD ve BİRYAY'ın, soruşturmaya konu olan fiilleri işledikleri dönemde, hakim durumda olduklarına delil teşkil edecek tespitler, aşağıda sunulmuştur.

Pazar Payı: Dağıtım şirketlerinin son beş yıldaki pazar payları aşağıdaki gibidir:

YAYSAT ve BBD'nin pazar payları*						
YIL	Gazete Dağıtımı (%)			Dergi Dağıtımı (%)		
	YAYSAT	BBD	Toplam	YAYSAT	BBD	Toplam
1994	45	55	100	55	45	100
1995	48	52	100	64	36	100
1996	55	45	100	70	30	100
1997	60	40	100	67	33	100
1998	65	35	100	67	33	100

* 1 Haziran 1996 tarihinden itibaren, BİRYAY tarafından, BBD ve YAYSAT'a dağıtımları yaptırılan yayınlar da, pazar paylarının belirlenmesi aşamasında, BBD ve YAYSAT tarafından kendi dağıtım rakamlarına eklenmiştir.

Piyananın Özellikleri: Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere pazar payları (BİRYAY'ın kuruluş tarihi 14.5.1996'dır) ortak girişim ve rakip şirketler açısından çok fazla değişiklik göstermemiştir.

Piyananın Geçmişi: BİRYAY'ın kurulmasından önce, Türkiye'de mevcut gazete ve dergi dağıtım piyasası, oldukça yoğun bir piyasadır. Söz konusu pazarda, MEDYA'nın faaliyete başlamasına kadar, yalnızca YAYSAT ve BBD tarafından fiili dağıtım yapılmaktadır.

Ortak Hareket: BİRYAY'ın kurulmasından sonra her iki dağıtım şirketi birçok konuda ortak hareket etmektedir.

Yoğunlaşma Derecesi: Pazar paylarına ilişkin tablonun işaret ettiği gibi, soruşturma konusu dağıtım şirketleri, pazarın tamamına sahiptirler. Dolayısıyla yoğunlaşma oranı çok yüksektir.

Yeni Rakip İhtimalinin Düşüklüğü: Piyasanın geçmişinin incelenmesi ve yoğunlaşma operasyonu sonrasında, piyasaya sadece kendi yayınlarını dağıtan yalnızca bir firmanın girebilmiş olmasından da, anlaşılacağı üzere, pazara yeni bir rakibin girme ihtimali oldukça düşüktür.

Talebin Fiyat Elastikiyetinin Düşük Olması: Anılan piyasada faaliyet gösteren firma sayısının azlığı ve piyasaların paylaşılmış olmasının sonucu olarak, yayınevlerinin fiyat değişikliklerine karşı, herhangi bir alternatifleri bulunmamakta ve tepkileri zayıf kalmaktadır. Dolayısıyla talebin fiyat esnekliği çok düşüktür.

Müşterilerin Pazarlık Güçlerinin Düşük Olması: YAYSAT ve BBD, müşteri yayınlarının dağıtımını, münhasıran BİRYAY'a bırakmışlardır. Bunun sonucunda, müşteri yayınevlerinin yayınlarının dağıtımını için, alternatifleri kalmamıştır. Dolayısıyla, müşteri yayınevlerinin, pazarlık güçleri düşüktür.

Piyasaya Girişte Ekonomik Engeller: Dağıtım şirketi kurmak için gerekli fiziki kapasite ve personel ihtiyacının büyük olması, birçok gazete ve derginin dağıtımını için iyi bir organizasyona, teknik donanım ve tecrübeye sahip olma gereklilikleri ilk yatırım maliyetleri ve diğer süreçler, ancak büyük sermaye sahiplerinin bu işe girmelerine olanak sağlamaktadır.

Mal Tedariğinin Reddine İlişkin Tespit ve Deliller

Hakim durumdaki bir teşebbüsün, müşterilerine (yetkili satıcılarına, bayilerine), rekabeti engellemek amacıyla mal vermeyi kesmesi, rekabet hukuku açısından "mal tedarikinin reddi" anlamına gelmektedir.

Aşağıda ayrıntılarıyla ele alınan belgeler ve bilgi tutanakları, dikkate alındığında, birlikte hakim durumda olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın, ilgili pazardaki rekabeti engellemek amacıyla,

- sürekli olarak mal tedarik ettikleri son satıcıları, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünler arasında, tercih yapmaya zorladıkları,

- rakip dağıtım şirketinin, getirdiği ürünleri teşhir edip satan son satıcıların, bayiliklerini iptal ettikleri ve bu noktalara mal tedarikini kestikleri veya bu yönde tehdit ya da uygulamalarda bulundukları,

- piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin, dağıttığı ürünleri, bayilerine sokmadıkları görülmektedir.

İlgili Ürün Pazarı ve Hakim Duruma İlişkin Savunmalar ve Değerlendirme

İlgili ürün pazarının; “gazete ve dergi dağıtım pazarı” olarak belirlenmesine ve BBD, BİRYAY ve YAYSAT’ın gazete ve dergi dağıtım pazarında birlikte hakim durumda bulunduklarına ilişkin değerlendirmeye karşı;

- İlgili ürün pazarının; “son satış noktaları pazarı” olarak belirlenmesi gerektiği,
- MEDYA’nın tüm faaliyetlerini; YAYSAT, BBD ve BİRYAY’ın hiçbir engellemesine maruz kalmadan sürdürdüğü ve kısa sürede üç teşebbüsün toplam satış noktası sayısına ulaştığı ve son satış noktası pazarında tek başına hakim duruma geldiği,
- MEDYA’nın 16.000, BBD, YAYSAT ve BİRYAY’ın birlikte 19.800 son satış noktasına sahip olduğu, dolayısıyla Türkiye’de toplam 35.800 son satış noktası bulunduğu,
- YAYSAT, BBD ve BİRYAY’ın son satış noktalarındaki pazar payının müştereken %55.3 olduğu, buna mukabil MEDYA’nın tek başına %44.7 pazar payına sahip olduğu,
- Hatta potansiyel rekabet gözönüne alındığında, Türkiye’de mevcut 200.000’in üzerinde bakkal ve bayinin yalnızca %8’inin, BBD, BİRYAY ve YAYSAT’la çalıştığı,
- Dolayısıyla, son satış noktaları bakımından YAYSAT, BBD ve BİRYAY’ın hakim durumda bulunmalarından söz edilemeyeceği savunulmuştur.

Şikayetin konusu ve şikayete konu olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT’ın başlıca faaliyet alanlarının “gazete ve dergi dağıtım” olduğu gözönüne alınarak, ilgili ürün pazarı “gazete ve dergi dağıtım pazarı” olarak kabul edilmiştir. İlgili pazar, ürün veya hizmet temel alınarak belirlenir.

Yayınevleri, yayınlarını dağıtım şirketlerinin merkezine ve/veya bölge müdürlüklerine, teslim ederler. Genellikle birkaç ili kapsayan, bir alandan sorumlu olan bölge müdürlükleri ise, yayınların başbayilere ulaştırılmasını sağlarlar. Başbayiler tarafından, son satış noktalarına ulaştırılan yayınlar, burada teşhir edilerek okuyucuya sunulur. Dolayısıyla, gazete ve dergi dağıtım, yayınevi tarafından dağıtım şirketine teslim edilen mevkenin, son satış noktalarında okuyucuya ulaştırılmasına kadar olan hizmeti kapsar.

Sonuç olarak, gazete ve dergi dağıtım pazarı, dağıtım şirketlerini, ana bayilik ve tali bayilik teşkilatını (son satış noktalarını) kapsayan bir bütündür.

Yayınevleri, dağıtım şirketlerinden; “yayınlarının okuyuculara ulaştırılması hizmetini” satın alırlar. Bu nedenle, yayınların, son satış noktalarına kadar getirilmesi, ancak burada okuyucuya sunulmaması, durumunda, dağıtım hizmetinin yayınevinin ihtiyaç duyduğu şekilde görüldüğünden söz etmek mümkün değildir.

Dolayısıyla, son satış noktalarının, gazete ve dergi dağıtım, piyasasından ayrı olarak değerlendirilemeyeceği; bilakis bu yerlerin ilgili pazarın, en önemli parçalarından birini oluşturduğu kabul edilmelidir.

Bir teşebbüsün pazar payının hesaplanmasında ise, ilgili teşebbüsün ürününün kaç noktada satılmakta olduğu değil, satış miktarı veya değeri dikkate alınır.

Dolayısıyla ilgili pazar, gazete ve dergi dağıtım pazarıdır ve bu pazarda MEDYA yalnızca Star gazetesinin dağıtımını yapmakta, bunun dışında ülkemizde yayınlanan tüm gazete ve dergiler; BBD, BİRYAY ve YAYSAT tarafından ortaklaşa dağıtılmaktadır. Pazar

payları bu çerçevede hesaplandığında, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın hem gazete, hem de dergi dağıtımına ilişkin toplam pazar payları yaklaşık %100'dür.

E. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

Soruşturmaya konu olan davranışların yapıldığı dönem itibariyle, gazete ve dergi dağıtım piyasasında, faaliyet göstermekte olan YAYSAT, BBD ve BİRYAY'ın son beş yıllık toplam pazar payları %100'lere ulaşmaktadır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı oligopol, hatta, BİRYAY'ın da; YAYSAT ve BBD gruplarının bir ortak girişimi olduğu düşünüldüğünde, düopol niteliğinde bir piyasadır.

Oligopol niteliğindeki piyasalarda, tek başına hakim durumda olan bir teşebbüsün bulunması zordur. Zira piyasayı, eşit veya benzer büyüklük ve güçteki işletmelerin varlığı oligopol bir yapıya kavuşturmaktadır.

Oligopol piyasaların en önemli özelliği, bu piyasada faaliyet gösteren işletmelerin, piyasadaki yoğunluğun bilincinde olarak, diğer teşebbüslerin hareketlerine göre kendi hareket tarzlarını tayin etmeleridir. Dolayısıyla oligopol piyasada faaliyet gösteren işletmelerin birlikte, müşterilerden bağımsız hareket edebilmeleri mümkündür.

Türkiye'deki; gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi fazla gelişme ve genişleme perspektifi olmayan bir piyasaya, yeni şirketlerin girme ihtimali, oldukça düşük olmakta ve bu nedenle, bu piyasalardaki şirketlerin, halihazırda sahip oldukları, pazar paylarını koruyacakları varsayılmaktadır.

BİRYAY kuruluş anlaşmasının imzalandığı tarihteki (14.5.1996) ve takip eden yıllardaki pazar paylarının ortak girişim ve rakip şirketler açısından çok fazla değişiklik göstermemiş olması, güç dengelerinin bir şekilde korunduğunun işaretidir.

BİRYAY'ın kurulmasından önce, Türkiye'deki gazete ve dergi dağıtım piyasasının oldukça yoğun bir piyasa olması, müşteri yayınlarını fiilen dağıtabilen yalnızca iki firmanın bulunması ve birbirlerinin rakibi durumunda olan bu iki firmanın da bir ortak girişim kurarak, müşteri yayınlarının bu ortak girişim vasıtasıyla dağıtılmasını zorunlu kılmaları nedeniyle, piyasadaki rekabet önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

BİRYAY'ın kurulmasından sonra, her iki dağıtım şirketi tarafından, buraya devredilen firmalar için (müşteri yayınevleri); fiyat ve komisyon oranlarının her iki dağıtım şirketinin mutabakatı sonucu belirlenmesi, BİRYAY'ın kuruluş sözleşmesinin, uygulanacak tarife başlıklı 39'uncu maddesinde, gazete ve dergilere uygulanacak tarifelerin karara bağlanarak daha kuruluş aşamasında fiyatların tespit edilmesi, kuruluş aşamasından sonra piyasaya yeni giren müşteri yayınevlerine uygulanacak fiyatların, her iki şirketin mutabakatıyla belirlenmesi, ortak bayilerin bulunması ve bu bayilere başka dağıtım kanallarından gelen ürünlerin sattırılmaması konusunda da birlikte karar alınması, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın birçok konuda ortak hareket ettiklerini göstermektedir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde, YAYSAT, BBD ve BİRYAY'ın, gazete ve dergi dağıtım piyasasında, birlikte hakim durumda bulundukları anlaşılmaktadır.

Gazete ve dergi dağıtım hizmetleri pazarına giriş ve bu pazarda varolabilme açısından, özellikle şu iki unsur kritik öneme sahiptir:

a. Yayınların okuyucuya sunumunu sağlayacak, yeterli sayıda tali bayiliğin tesis edilmesi.

b. Bu tali bayiliklerin, yeterli miktar ve çeşitlilikte yayın ile beslenmesi.

Herhangi bir yayınevinin veya dağıtım şirketinin, tali bayilik teşkilatını besleyecek nitelikte, yayın portföyüne ulaşabilmesi için, bu yayınların, piyasada belirli bir süre tutunmaları, bunun için de diğer yayınlarla birarada satılmaları, dolayısıyla en azından bir süreliğine, mevcut dağıtım şirketlerinin kanallarını kullanmaları zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla, dağıtım piyasasına giriş, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında yer edinmeye; gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında, yer edinme de, dağıtım piyasasını kullanmaya bağlı kılınmıştır.

Bizzat dağıtım piyasasına girmek, söz konusu olduğunda, pazara girmek isteyen bir şirketin, şu haliyle hem başbayilikler hem de sayısı on binleri bulan son satış noktaları (tali bayilikler) oluşturması gereklidir ki, bunun mümkün veya rasyonel olup olmadığı dikkate alınmalıdır.

Gazete ve dergilerin “tüketilme” sıklıkları ve diğer mallara oranla fiyatlarının düşük olması nedeniyle, bir satış noktasında istediği gazeteyi bulamayan bir okuyucu, o gazete yerine benzer niteliklere sahip, rakip bir gazeteyi kolaylıkla alabilmekte, bunun sonucunda bir üst pazar olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasası ve buna bağlı olan reklam ve ilan piyasası kolaylıkla etkilenmektedir.

Herhangi bir dağıtım şirketinin kurularak, yalnızca bir gazeteyi belirli sayıdaki satış noktasına ulaştırıyor olması, bu teşebbüsün gazete ve dergi dağıtım pazarına “girdiği” ve bu pazarda etkin bir rakip olabileceği şeklinde yorumlanamaz.

Özellikle, gazete ve dergilerin yoğun olarak satıldıkları büyük şehirlerde, gazete satış büfeleri için belirlenen yerlerin, sayısı sınırlı ve sabittir. Meydanlarda ve ana arterlerde, bu büfelere alternatif olacak nitelikte yer bulmak zordur. Satış kulübesi veya dükkanı olmaksızın yalnızca, önüne tezgah açmış bir tek kişiden oluşan bir satış noktasının, gazete ve dergi satış kapasitesi çok sınırlıdır; buradaki satışlar hava koşullarından dahi önemli oranda etkilenmektedir. Bu durum, piyasaya girmek isteyebilecek şirketler için önemli bir caydırıcılığa sahiptir. Çünkü, piyasaya girecek her dağıtım şirketinin, varolan bayiliklere yakın olan ve aynı zamanda gazete, dergi satmak isteyen bir esnaf bulabileceğini düşünmek rasyonel değildir.

Konuya, gazete ve dergi yayınlayan şirketler (yani müşteriler) açısından bakıldığında ise, söz konusu şirketlerin doğal olarak yayınlarının, mümkün olduğu kadar çok kişiye ulaşmasını hedefleyecekleri, bunun için de, yayınlarının yalnızca belirli noktalara ulaşmış olmasını değil, aynı zamanda imaj bütünlüğünü de, sağlayacak şekilde diğer yayınlarla birlikte, teşhir edilmesini ve fiziksel olarak, zarar görmeden satılmalarını ya da iade edilmelerini, isteyecekleri açıktır.

Dolayısıyla herhangi bir yayınevinin, yayınladığı gazete ve dergileri diğer yayınlardan ayrı olarak kasapta, tuhafiyecide veya yolun üzerine rastgele serilen bir tezgahta, satacak olan dağıtım şirketi ile çalışacağını düşünmek, pek makul görünmemektedir. Bunun doğal sonucu ise, piyasaya girecek olan dağıtım şirketinin, mevcut son satıcılardan

yararlanamaması nedeniyle, müşteri bulamaması ve kısa zamanda piyasanın dışına itilmesi olacaktır.

Konuya, son satıcılar (tali bayilikler) açısından bakıldığında, gazete ve dergi satış büfesi işleten son satıcıların, gelirlerinin neredeyse bütünüyle, gazete-dergi satışından aldıkları komisyondan oluştuğu, bu nedenle mümkün olduğunca, çok sayıda ve çeşitte yayını satmak için istekli oldukları; asıl faaliyeti bakkal ve market işletmek olan son satıcıların ise, müşteri çekebilmek amacıyla özellikle sattıkları gazete çeşidini artırmaya çalıştıkları, dolayısıyla, piyasaya girecek olan rakiplerin, dağıtacakları ürünleri de, satmaya istekli oldukları bilinmektedir.

Soruşturma safhasında elde edilen bulgulardan, son satıcıların rakip ürünleri de satmak istedikleri, ancak rakip ürünleri sattıkları takdirde, BBD ve YAYSAT'ın, kendilerini mal vermeyi kesmekle, tehdit ettikleri anlaşılmaktadır.

Mal vermeyi reddetmenin, kimi hallerde kötüye kullanma sayılabileceği dikkate alındığında, hakim durumda olan bir işletmenin, satış politikalarını belirlerken ne kadar bağımsız olacağı tartışılmalıdır.

Bu sorunun yanıtı, her somut olayın şartları gözönünde bulundurularak verilmelidir. Buna göre, pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, kendi ekonomik çıkarlarını gözetmek amacıyla aldığı karar ve uyguladığı politikaların, bu amaçla orantılı olması gerekmektedir. Bir anlamda satış yapmayı reddetmeyi gerektiren gerekçeler, bu tutumu objektif olarak haklı gösterebilir nitelikte olmalıdır.

Bir başka deyişle, hakim durumda olan bir işletmenin, satış politikasını belirlerken, bu kararın temelinde yatan objektif nedenlerle bu durumun ortaya çıkarabileceği sonuçları gözönünde bulundurması gerekmektedir.

Genel bir ilke olarak, bir piyasada, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün objektif bir gerekçe olmaksızın, mal veya hizmet tedarik etmeyi reddetmesi ve/veya mal tedarikini, bu malın ileride tabi tutulacağı işleme veya pazarlanma prosedürleri üzerinde kontrolünün muhafaza edilmesi, koşuluna bağlaması gibi eylemleri Kanun'a aykırı bir davranış teşkil etmektedir.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün, sürekli müşterisine mal veya hizmet tedarik etmeyi reddetmesi tehdidi, bu müşterinin, münhasıran hakim durumdaki şirketten mal satın alması sonucunu doğuracak nitelikteyse, bu durum da Kanun'a aykırı olacaktır.

Sürekli alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüsle, ilişkisinin ve planlarının gereği olarak değişik yatırımlar yapabilir. Bu yatırımlar, hakim durumda bulunan teşebbüsün ürün satmayı reddetmesi durumunda, kullanılabilirliğini yitirebilmektedir. Diğer bir deyişle alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, rakiplerinden ürün almak istemesi durumunda bu yatırımlardan yararlanamayabilir.

Bunun yanında sürekli alıcının, hakim durumdaki teşebbüs ile ilişkisinin sona erdirilmesi nedeniyle uğrayacağı zararı, hakim durumda bulunan teşebbüsün rakipleri ile ilişkiye girmesinden elde edeceği yarar ile karşılaması zor olabilir. Bu nedenle sürekli alıcı için hakim durumda bulunan teşebbüs pazarda tek kaynak halini alabilmektedir.

Sürekli alıcısının bu konumundan, yararlanabileceğini bilen hakim durumdaki teşebbüs, ürün satmayı reddederek, diğer alıcılar üzerinde veya ürün satmayı reddetme tehdidi vasıtasıyla, söz konusu alıcı üzerinde, baskı kurabilmektedir. Bunun sonucu olarak, hakim

durumdaki firmanın, sürekli alıcıları ile ticari ilişki kuramayan rakiplerin, pazardaki faaliyetleri, zorlaşabilmekte veya potansiyel rakiplerin, pazara girmeleri önlenmektedir.

Gazete ve dergi dağıtım piyasasının, kendine özgü koşullarından dolayı, bu piyasada bayilik sisteminin çok önemli bir yer tuttuğu yukarıda belirtilmiştir. Mevcut son satış noktalarından faydalanamayan dağıtım şirketleri, piyasanın dışına itilme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu durum, aynı zamanda potansiyel rakiplerin, piyasaya girişlerini de zorlaştırmaktadır.

Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki aktörlerin, piyasa dışına itilmesi ise, bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasını; iki açıdan olumsuz olarak etkilemektedir:

- Bir gazete veya derginin, rakipleri ile aynı yerde satılması esastır. Bu nedenle, son satış noktalarına giremeyen dağıtım şirketinin, dağıtmakta olduğu yayınlar, rakipleri ile aynı yerde satılmadıklarından dolayı, dezavantajlı konuma gelmektedirler.

- Rakip gazete ve dergi dağıtım şirketleri, son satış noktalarına giremediği için piyasa dışına itilmekte, bunun sonucunda mevcut yayınevleri ve yayıncılık piyasasına girmek isteyen teşebbüsler, alternatif dağıtım kanallarından yoksun kalmaktadırlar.

Dolayısıyla hakim durumda bulunan firmaların bazı bayilerine mal tedarikini reddetmelerinin, piyasanın bütünü için bir uyarı şeklinde algılanması sonucunda, zincirleme olarak başka ihlallerin de gündeme gelmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Hakim durumda bulunan bir teşebbüs, her zaman, kendi menfaatlerini korumak amacıyla makul tedbirler alabilir. Ancak bu tedbirlerin adil olması ve piyasaya girmek isteyen rakibin faaliyetlerini, engelleyecek nitelikte olmaması gerekmektedir.

Hakim durumda bulunan bir firmanın müşterisinin (bayisinin), rakip bir şirketle veya potansiyel bir rakip ile ilişkiye girmesi, hakim durumda bulunan bir sağlayıcının, bütün tedarikini anında askıya alması veya müşteriye (bayiye) karşı misillemede bulunması için, gerekçe olarak gösterilemez.

MEDYA'nın, Star gazetesini dağıtmaya başladığı tarihten itibaren; BBD ve YAYSAT'ın, değişik illlerdeki birçok bayiye, Star gazetesi satılmaması konusunda uyarılarına, zorlamalarına ilişkin tespit ve deliller incelendiğinde, söz konusu uygulamaların, bilinçli ve sistemli olarak meydana getirilmiş bir bütünün parçaları olduğu anlaşılmaktadır.

Türkiye genelinde; YAYSAT, BBD ve BİRYAY'a ait binlerce son satış noktasında, Star gazetesinin satılmaması, bu durumun ortak bir uygulamanın sonucu olduğunu destekler niteliktedir.

YAYSAT ve BBD'nin kendileri ile çalışan bayilerine, rakip bir ürünün satışının yapılması halinde, kendi dağıttıkları ürünleri vermek istemedikleri görülmektedir.

YAYSAT ve BBD'nin tedarik etmeyi durdurdukları ürünler, yalnızca kendi gruplarına ait olan yayınlar ile sınırlı olmayıp, müşteri yayınları diye tabir edilen ve hukuken yayınevleri ile BİRYAY arasında imzalanan anlaşmalar sonucunda, BİRYAY tarafından YAYSAT ve BBD eliyle dağıtılan yayınları da kapsamaktadır. Bir başka ifade ile mal tedarik etmeyi durdurma eylemine BİRYAY da katılmaktadır. Bunun sonucunda BİRYAY'ın sözkonusu tutumu nedeniyle, mal vermeyi kesme eyleminden,

BİRYAY ile dağıtım anlaşması imzalamış olan yayınevleri de dolaylı olarak etkilenmektedirler.

Bunun yanı sıra, İstanbul'daki 161 gazete satış büfesinin ihalesini geçmiş yıllarda kazanan BİRYAY, bu büfelerde, herhangi bir yayının satılabilmesine, ancak kendisi ile dağıtım sözleşmesi imzalanması halinde izin vermektedir.

İzmir'de de, belediyeye ait gazete satış büfelerinde BİRYAY, YAYSAT ve BBD tarafından, başka herhangi bir dağıtım şirketinden gelen yayınların satışına izin verilmemektedir.

Yukarıda yer verilen bilgiler ve değerlendirmeler ışığında; soruşturma konusu sektöre ilişkin aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1- 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 satıcılık 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 görülmektedir.

2- Dağıtım şirketleri, fiziksel ve hukuksal olarak son satıcılara sahip değildirler; Dağıtım şirketlerinin kurmuş olduğu gazete ve dergi satış büfeleri de, yerlerine konuldukları andan itibaren, belediyelerin mülkiyetine geçmektedir.

Ancak, buradan yola çıkarak, anılan dağıtım şirketlerinin sözkonusu son satış yerlerini kontrol altında tutmadıkları söylenemez. 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 başbayilikleri ve tali bayilikleri (son satıcıları) vasıtasıyla, yatay bir yapılanma içinde bulundukları, söz konusu bayileri birbirlerine kullandıkları, sadece başka bir dağıtım şirketine kullandırmadıkları, dikkate alınmalıdır.

3- 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.

4- Teşebbüslerin, ürün satmayı reddetmesinin diğer bir sakıncası, tüketicinin tercih hakkını kısıtlamak olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten alternatif bir teşebbüsün pazara girmesinin önlenmesi, teşebbüsün iyi veya kötü, ucuz veya pahalı sunacağı üründen, tüketicinin mahrum kalması sonucunu doğuracaktır. Diğer bir anlatımla tüketici alternatif bir kaynaktan yoksun kalacaktır.

5- 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, bulundukları 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, yukarıda 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 sözkonusu yerleri, işletmek üzere kiraladıkları, gerçeğini değiştirmez.

Dolayısıyla dağıtım şirketlerinin, sözkonusu 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 piyasaya 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, gazete satış büfeleri vb., son satış noktalarından faydalanması BBD, BİRYAY ve YAYSAT'a herhangi bir maliyet getirmemektedir.

Sonuç olarak, anılan teşebbüslerin yapmış olduğu yatırımlardan piyasaya girecek olan diğer teşebbüslerin bedelsiz olarak yararlanması gibi bir husus da sözkonusu değildir.

Bunların yanısıra, bu piyasada tali bayilik sistemindeki münhasırlığın kaldırılması ve tüm dağıtım şirketlerine, yayınlarını mevcut ve gelecekte var olacak son satış noktalarına verebilme olanağının sağlanması; son satıcılara da aynı anda diledikleri dağıtım şirketleri ile sözleşme yapabilme ve diledikleri yayınları satabilme imkanının tanınması gerekmektedir.

YAYSAT ve BBD'nin, piyasadaki mevcut bayilerin en önemli sağlayıcısı konumunda olmaları ve yalnızca bir veya birkaç ürüne sahip dağıtım şirketlerinin sözkonusu 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. Gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi rekabetin iyice zayıflamış olduğu piyasalarda uygulanması sözkonusu münhasırlığın kabul edilmemesinin en önemli nedenlerinden biridir.

Sözkonusu 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 onbinleri 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, sözkonusu yerlerin önemini daha da arttırmaktadır.

Mobo ve kioskların 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 sözkonusu 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, sözkonusu yerlerin her türlü teşebbüse açık olmasını gerektirmektedir.

Rekabet Kanunu’nun 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası, bu Kanun’un 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği, Kurul kararı ile sabit olanlarla, bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunan teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilebileceğini hükme bağlamaktadır.

Bu bağlamda, Kurul tarafından takdir olunan idari para cezasının belirlenmesinde, Rekabet Kurulu’nun, 14.12.2000 tarihinde vermiş olduğu karar günüde dahil olmak üzere, soruşturma konusu dosyada, yer alan ihlallerin devam etmekte olduğu dikkate alınarak, ilgili Teşebbüslerin, 1999 mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirleri esas alınmıştır.

Sözkonusu idari para cezasının takdirinde;

Haklarında soruşturma yapılan Tarafların, ilgili ürün pazarında hakim durumda bulunmaları, ihlâl konusu eylemin, rakip bir teşebbüsü piyasanın dışına çıkartmayı amaçlamış olması, eylemin yalnızca ilgili ürün piyasasıyla sınırlı kalmayıp, başka piyasaları da etkilemesi, soruşturmaya konu olan fiilleri tatbik ederek, rekabet üzerinde sınırlayıcı etkiler yaratması da dikkate alınarak, Tarafların herbirine ayrı ayrı olmak üzere 1999 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden %0.5 nispetinde ceza verilmesi uygun görülmüştür.

F. SONUÇ

L. 1. Gazete ve dergi dağıtım piyasasında, birlikte hakim durumda bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın,

1. Sürekli olarak, mal tedarik ettikleri, son satıcıları, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünler arasında, tercih yapmaya zorlamak ve rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünleri, teşhir edip satan, son satıcıların bayiliklerini iptal etmek, bu noktalara, mal tedarikini kesmek veya bu yönde tehdit ya da uygulamalarda bulunmak, dolayısıyla piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri bayilerine sokmamak,

2. Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak, suretiyle,

4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerine; ve dolayısıyla bu teşebbüslerin Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası ile cezalandırılmalarına OYBİRLİĞİ ile,

3. İlgili teşebbüslerin, 1999 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirleri üzerinden:

BBD için 345 680 839 015.- TL,

BİRYAY için 119 441 670 000.- TL,

YAYSAT için 668 638 180 000.- TL,

olarak takdir edilen para cezası ile cezalandırılmalarına OYÇOKLUĞU ile;

L. 2. İlgili dağıtım pazarının yapısı ve bu pazarın hizmet ettiği gazete ve dergi yayıncılığı piyasası ürünlerinin, satış koşulları nazara alındığında, bu pazarda, son satış noktalarının, münhasır anlaşmalarla bağlanmasının, "Diğer sağlayıcıların, dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin, önemli ölçüde zorlaştırılması" sonucunu doğurucu nitelikte olması nedeniyle, rekabet ortamının bozulacağına, bu nedenle gazete ve dergi dağıtım piyasasında yapılacak olan sözleşmelerin, "rakip malları satmama veya dağıtmama" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda Rekabet Kurulu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına OYBİRLİĞİ ile;

L. 3. Gazete ve dergi satışı faaliyetlerini de içerecek şekilde, belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce, üçüncü şahıslara kiralanan satış büfelerinin, ilgili pazara giriş açısından önemi, dikkate alındığında; sözkonusu yerlerde, kiracının, "hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek" düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurul kararının yetkili mercilere bildirilmesine OYÇOKLUĞU ile;

Danıştay yolu açık olmak üzere 14.12.2000 tarihinde Kurulumuzca karar verilmiştir.

KARAR:10 MICROSOFT/AMD ELEKTRONİK KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D2/1/F.T.-00/2 (Önaraştırma)

Karar Sayısı : 00-46/488-266

Karar Tarihi : 23.11.2000

ŞİKAYET EDEN: AMD Elektronik Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş.

D- HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILAN: Microsoft Corporation

DOSYA KONUSU: Microsoft Corporation'ın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

İDDİALARIN ÖZETİ: AMD Elektronik Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş. (AMD)'nin şikayet dilekçesinde özetle; AMD tarafından ithal edilen "Windows 98" program CD'lerinin satışının, üretici firma Microsoft Corporation (MS Corp.) tarafından adli makamlara yapılan başvurularla engellenmeye çalışıldığı; tüm dünya ülkelerinde 32 ila 35 ABD Doları fiyatla satılan bu ürünün, Türkiye'deki kullanıcılara 90 ABD Doları bedelle satıldığı iddia edilmektedir.

İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

İlgili Pazar

Ürün Pazarı: İlgili ürün pazarı, belirli bir ürünün, onunla yüksek ikame edilebilirliği olan, tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzerlik gösteren ürünlerle birlikte oluşturduğu pazardır.

Başvurunun konusu PC'lerde kullanılan ve MS Corp.'un tescilli ürünü olan Windows işletim sisteminin Windows 98 adlı versiyonudur. Windows 98 programı, PC'lerin çalışmasını sağlayan bir işletim sistemidir.

İşletim Sistemi ("Operating System"), sistemde bulunan çevre elemanları (Donanım, "Hardware") ile yazılımların ("Software") haberleşmesini sağlayan bir çeşit yazılım olup, daha düşük seviyeli erişimlerle donanımın kontrolünü, kaynakların kullanımını ve paylaşımını sağlar. Bu çerçevede, ilgili ürün pazarı "*Kişisel bilgisayar işletim sistemleri pazarı*" olarak belirlenmiştir.

Coğrafi Pazar: Başvuru konusunun, Windows 98 program CD'lerinin Türkiye'ye ithal edilerek, Türkiye'de satılmasının engellenmesi ile ilgili olması nedeniyle ilgili coğrafi pazar, "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak kabul edilmiştir.

Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

AMD'nin başvurusunda yer alan iddialar ile bu iddialara ilişkin tespit ve değerlendirmelere, aşağıda Windows 98 program CD'lerinin paralel ithalatının engellenmesi ve tek el konumundaki MS Corp.'ın bu ürünü yurtdışına kıyasla Türkiye'de daha pahalıya satarak fahiş fiyat uygulaması olmak üzere iki başlıkta yer verilmektedir.

Paralel İthalatın Engellenmesi

Paralel İthalatın Engellendiği İddiasına İlişkin Tarafların Görüşleri ve Yapılan Tespitler

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, raportörlerin paralel ithalatın engellenmesine ilişkin olarak AMD yetkilileriyle yaptığı görüşmede;

- Yetkililerin; söz konusu ürünü Hong Kong'tan yasal yollarla ithal ettiklerini ve ürünün orjinal olduğuna dair bilirkişi raporu aldıklarını, ancak kısa süre sonra MS Corp. tarafından ürünün kendilerinden izin alınmadan getirildiği, sahte olduğu ve ürünün lisanstan ayrı satıldığı gerekçeleriyle Şişli Cumhuriyet Başsavcılığı'na söz konusu ürünlere el konulması talebiyle başvuruda bulunulduğunu ve müteakiben 10 Mayıs 2000 tarihinde Şişli 3. Asliye Ceza Mahkemesinde dava açıldığını bildirdikleri,

- AMD avukatının; MS Corp.'un küçük firmaları uzun ve yıpratıcı mahkeme süreçleriyle sindirerek tekelci gücünü korumaya ve böylece ürünün kendi kontrolü dışındaki firmalarca ithalini engellemeye çalıştığını, sürmekte olan davada ise davacının, ürünün sahte olduğu, Türkiye'de çoğaltıldığı, üzerindeki IBM ibaresinin silindiği, çalıntı olduğu vb. gerekçelerle hukuki sürecin uzaması gayreti içinde olduğunu, kendilerine karşı yürütülen davada MS Türkiye'nin değil de, bizzat MS Corp'un taraf olduğuna dikkat çekildiği, bu davayı kazansalar bile uğradıkları zararın tazmini için ABD'de bu ülkenin kanunları çerçevesinde dava açmaları gerekeceğini, bunun ise kendileri için oldukça zahmetli ve masraflı bir süreç olacağını, bu gerçeği bilen MS Türkiye'nin de kasıtlı olarak ve işlerini zorlaştırmak için ana firma MS Corp.'u devreye soktuğunu iddia ettiği, anlaşılmıştır. Ayrıca bahsi geçen davaya ilişkin olarak, MS Corp.'un, AMD firmasının ithal ettiği ürünleri perakende olarak ve IBM için verilmiş OEM lisansı ile birlikte sattığı iddiasını öne sürdüğü, başka bir deyişle, ürünün lisanstan ayrılarak, başka bir lisansla satıldığını iddia ettiği de belirlenmiştir.

Ayrıca raportörler tarafından, aynı konuya ilişkin olarak, MS Türkiye Ofisi yetkilileriyle de görüşülmüş, MS Türkiye Ofisi'nin MS Corp. ürünlerinin ithalatı ve satışıyla iştigal etmediği, yalnızca MS Corp. ürünlerine ilişkin eğitim ve destek hizmeti verdiği, ayrıca MS Corp. adına Türkiye'de araştırma ve pazar çalışması yaptığı, Windows 98 işletim sistemi ürünlerinin Türkiye'ye MS Corp.'un dört distribütörü aracılığıyla, yerli ve yabancı bilgisayar markalarıyla ve OEM kanalıyla girdiği, kendilerinin yurtdışındaki distribütörlerin Türkiye'ye pasif satış yapmasını engellemelerinin mümkün olmadığı, AMD'nin ithal ettiği ürünlerin MS Corp. tarafından yapılan incelemede sahte olduğunun anlaşılması üzerine firma aleyhine dava açıldığı, korsan yazılım üreten başka firmalara karşı da açılmış davaları olduğu, ayrıca, Türkiye'de fikri mülkiyetle ilgili davalarda ürünün fikri mülkiyet hakkına sahip olması nedeniyle MS Corp.'un taraf olduğu, aynı sebepten AMD aleyhine açılan davada da davacı tarafın "MS Corp" olmasının, AMD'nin ileriye dönük muhtemel tazminat talebini önleme tedbiri olmasından çok, ürünün sahibinin bizzat MS Corp. olmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir.

Paralel İthalata Engel Olunduğu İddiasına İlişkin Değerlendirme

Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılmasına yönelik faaliyetler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (d), 6. maddesinin (a) bentleri gereğince yasaklanmaktadır.

AMD, MS Corp.'un açtığı dava yoluyla ilgili ürünlerin paralel ithalatını engellemeye çalıştığını ileri sürmektedir. Bu konuya yönelik olarak ABD rekabet hukukunda özellikle

büyük firmaların küçükleri çeşitli gerekçelerle uzun ve yıpratıcı davalara sürüklemesi "predatory litigation" (yıkıcı dava) adı altında tanımlanmakta ve rekabete aykırı sayılmaktadır. Amerikan rekabet hukukunda "yıkıcı dava" kavramı rakibin ticaretini engellemeyi, zorlaştırmayı, rakibi uzlaşmaya zorlamayı ve zaman kazanmayı amaçlayan belli bir temelden yoksun iddialarla mahkemeye başvurulması durumunda söz konusu olmaktadır. Fikri mülkiyet hakkını bahane ederek açılan davalar da bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. AMD'nin yıpratıcı mahkeme süreçleriyle ticaretinin engellendiği iddiası da yıkıcı dava kapsamında değerlendirilebilir. Ancak dosya mevcudunda, gerek firmanın konuyla ilgili yazışmalarında, gerekse raportörlerce MS Türkiye Ofisi'nde yapılan görüşmelerde, MS Türkiye Ofisi'nin AMD'nin ithalatını engellemek amaç ve niyetinde olduğuna ilişkin herhangi bir bulguya rastlanmadığı, AMD'nin yalnızca sahtecilikle itham edildiği, AMD'nin ithal ettiği ürünlerin Uzakdoğu kaynaklı olduğunu ve bu bölgede yüksek teknoloji kullanarak aslından ayırdedilemeyecek mükemmellikte taklit MS Windows ürünleri imal edilebildiği yönünde haberler geldiği ifadelerinin bulunduğu, dolayısıyla AMD aleyhine açılan davanın paralel ithalatı engelleme ya da ürün dağıtımını tekelinde tutma niyetinden çok, fikri mülkiyet hakkını koruma kaygısından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

Dolayısıyla, MS Corp.'un yukarıda anlatılan yıkıcı dava kapsamında mahkeme sürecine başvurduğuna ilişkin destekleyici bir bulguya veya kanıta rastlanmadığı görülmektedir.

Fahiş Fiyat İddiası

Hakim Durum Tespiti

Şikayet dilekçesinde, MS Corp.'un hakim durumda olduğu ve Windows 98 işletim sistemi ürünlerini yurtdışına kıyasla Türkiye'de çok daha pahalıya sattığı iddia edilmektedir.

MS Corp., Windows markasıyla işletim sistemleri pazarında 3.0, 3.1, 95, 98, 2000 ve en son olarak da ME versiyonuyla hizmet vermektedir. Bunlardan 3.0, 3.1 ve 95 versiyonları demode olmuş, 2000 ve ME versiyonları ise piyasaya yeni çıkmış olmaları sebebiyle henüz yaygınlaşmamıştır. Dolayısıyla şu anda en yaygın işletim sisteminin 98 versiyonu olduğu görülmektedir.

Dosya mevcudundan, Windows işletim sistemlerinin, işlevselliği ve kullanışlılığıyla piyasada tutunmuş ve pazar payını hızla genişletmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu piyasalarda pazarda belli bir yaygınlığa ulaşan ürün, artan bir ivmeyle pazar payını genişleterek o piyasada geçerli standart haline gelmektedir. Bu piyasaların tabiatı gereği, sektör pazar payı çok yüksek bir ya da iki firma ve pazar payı çok düşük birkaç firma şeklinde oluşmaktadır. Örneğin, MS Corp.'un Windows işletim sistemleri serisi piyasada belirli bir yaygınlığa ulaştıktan sonra gerek donanım gerekse yazılım üreticileri, Windows'u o piyasanın standardı kabul ederek ürünlerini onunla uyumlu olacak şekilde dizayn etme ihtiyacı duymuşlardır. Bu durum zamanla Windows'u rakipsiz hale getirmiştir. Örneğin bilgisayarda kullanılmak üzere TV kartı alan bir tüketici şayet Windows dışında bir işletim sistemi kullanıyorsa, uyum sorunuyla karşılaşabilmektedir.

Aynı süreç MS Corp.'un belli başlı bilgisayar üreticilerine (IBM, Compaq vb.) OEM lisansı vermesiyle hız kazanmıştır. Böylece Windows işletim sistemleri hem perakende olarak hem de bilgisayar donanım ürünleriyle birlikte, adeta donanımın bir parçası olarak tüketiciye ulaşmaktadır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, MS Corp.'un yazılım sektöründeki payını yıllar itibarıyla sürekli arttırdığı görülmüş ve 1999 verilerine göre işletim sistemindeki pazar payı dağılımının aşağıdaki şekilde olduğu anlaşılmıştır.

1999 yılında satılan kişisel ve dizüstü bilgisayarlarda bulunan işletim sistemlerinin ürün bazında dağılımı		
İşletim sistemi	Adet	%
Windows 95/98	370,470	87.69
Windows NT	30,201	7.15
Mac OS (Apple)	4,899	1.16
Dos only	16,900	4.00
Toplam	422,470	100.00

Yukarıdaki bilgilerden, Windows 95, Windows 98 işletim sistemleri ve yine bir MS Corp. ürünü olan Windows NT'nin, 1999 yılında satılan kişisel ve dizüstü bilgisayarların %95'inde bulunduğu anlaşılmaktadır. Dosya mevcudu bilgilerde, resmi bir istatistik bulunmamakla birlikte, raportörlerce piyasa araştırması sırasında yapılan görüşmelerde Windows 98'in de Windows işletim sistemleri içinde en çok satılan versiyon olduğu görülmektedir. Diğer taraftan piyasada Windows 98'e ikame olabilecek Macintosh ve Linux marka işletim sistemleri de bulunmakla birlikte bu sistemlerin pazar payları oldukça düşüktür.

Tüm bu açıklamalar ışığında MS Corp.'un Türkiye kişisel bilgisayar işletim sistemleri piyasasında hakim durumda olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, ABD'de rekabet otoritelerinin MS Corp. aleyhine açtıkları davanın gerekçelerinden birisi de MS Corp'un işletim sistemi piyasasındaki tekel konumu olmuştur. Özellikle uygulama programlarının (Word, Excel vb.) MS Windows'a göre dizayn edilmek zorunda olması ve MS Corp.'un bu konuda rakip yazılım şirketleri önüne engeller koyuşu otoriteleri rahatsız etmiş ve dava sonucunda uygulama yazılımı ve işletim sistemi departmanları birbirinden ayrılarak firmanın ikiye bölünmesi kararı verilmiştir.

Fahiş Fiyat Uygulandığı İddiasına İlişkin Değerlendirme

Şikayet dilekçesinde AMD tarafından, MS Corp'un Türkiye'de kurduğu distribütör sistemi ve OEM lisans anlaşmalarıyla dağıtım kanalını kontrol altına alarak şikayete konu ürünün yurtdışına kıyasla fahiş fiyattan satıldığı iddia edilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi, hakim durumda olan teşebbüslerin fahiş fiyat uygulamalarını yasaklamaktadır.

Dosya mevcudu bilgilerden, AMD'nin bu iddiasına ilişkin olarak, mahkeme süreci başlamadan önce Hong Kong'tan anılan ürünü 26 ABD Doları'na (Gümrük ve nakliye masrafları dahil 30 ABD Doları) ithal ettiğine ilişkin faturayı delil olarak öne sürdüğü anlaşılmıştır. Söz konusu ürünün bu fiyatının, Türkiye'deki MS distribütörlerinin MS Corp.'un İrlanda deposundan aldıkları fiyata karşın oldukça düşük olduğu görülmektedir. Ancak AMD tarafından, Hong Kong dışında söz konusu ürünün Türkiye'den daha ucuza satıldığına ilişkin herhangi bir kaynak gösterilememektedir. Diğer taraftan dosya mevcudunda, raportörlerce yapılan incelemeler neticesinde (gerek internet üzerinde gerekse ABD ve Avrupa'daki birkaç mağazadan bilgi alınmak suretiyle); Windows 98 programının güncelleme ("upgrade") CD'sinin 80 ABD Doları civarında; tam sürümünün ise 150 ABD Doları civarında

satıldığının tespit edildiği görülmektedir. Ayrıca yine dosya mevcudundaki bilgilerde yer alan ve MS Türkiye Ofisi'nden alınan ve tüm dünyadaki distribütörlere uygulanan satış fiyatını gösterir fiyat listesi de bu durumu doğrulamaktadır. Öte yandan, MS Corp'un Türkiye'de OEM lisansı verdiği donanım üreticilerinin de (Escort, Casper, Yıldız Elektronik, Arena, Datateknik, Vestel, Beko ve Estron) anılan ürünü sipariş miktarına göre 65-75\$ arasında değişen fiyatlarla aldığı anlaşılmıştır.

Tüm bu bilgilerden hareketle, yurt dışında programın tam sürümünün en az 150 ABD Doları'na satıldığı tespit edilen ürünle ilgili fahiş fiyat iddiasının yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır.

E- SONUÇ

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler doğrultusunda, AMD Elektronik Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından ithal edilen "Windows 98" program CD'lerinin satışının, üretici firma Microsoft Corporation tarafından adli makamlara yapılan başvurularla engellenmeye çalışıldığı, tüm dünya ülkelerinde 32 ila 35 ABD Doları fiyatla satılan bu ürünün, Türkiye'deki kullanıcılara 90 ABD Doları bedelle satıldığı iddialarına yönelik bir soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:11 ARCELİK KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D3/1/P.U.-00/8 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 00-45/478-263

Karar Tarihi : 16.11.2000

İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Şikayet dilekçesinde ileri sürülen iddialar, aşağıda üç başlık altında incelenmiştir.

1. Ticaret Faaliyet Alanına Başka Bir Teşebbüsün Girmesine Doğrudan ya da Dolaylı Olarak Engel Olunduğu ve Piyasada Faaliyet Gösteren Teşebbüsün Piyasa Dışına Çıkarıldığı İddiaları

Arçelik A.Ş.'nin 18.2.2000 tarihinde Gonca Ticaret'e, uygun olmayan davranışları nedeniyle ticari ilişkilerini sona erdirdiklerine dair bir yazı ilettiği; oysa Gonca Ticaret'in bölgesinde potansiyel bir tüketici kitlesi oluşturduğu, iyi bir satış başarısı elde ettiği ve en son 1999 yılında başarılarından dolayı primle ödüllendirildiği belirtilerek, Arçelik A.Ş.'nin sözleşmeyi feshetmesi neticesinde aynı ve/veya yakın bölgelerdeki bayilerle Gonca Ticaret'in rekabetinin engellendiği iddia edilmiştir.

Ancak şikayet dosyasında yer alan belgeden, sözleşmenin feshedilme sebebinin Arçelik A.Ş. yetkilileri ile bayi arasındaki kişisel ilişkilerden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim Arçelik A.Ş.'nin satış grafiği iyi olan bir bayi ile sözleşmesini feshederek yerine aynı bölgede başka bir bayi bulmaya çalıştığı ve Gonca Ticaret'in müşteri potansiyelinden yararlanmak istediğine ilişkin iddialar, yeni bayinin tüketicileri yeniden kazanmak için harcayacağı zaman ve çaba, Arçelik A.Ş.'nin yıllardır çalıştığı bayi yerine yeni bir bayi aramasının getireceği risk ve mali külfet ile birlikte değerlendirildiğinde ekonomik olarak rasyonel görünmemektedir. Dolayısıyla, Arçelik A.Ş.'nin bayiler arası rekabeti önlemek amacıyla Gonca Ticaret'i dışlamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası, gerçekçi temellere dayanmamaktadır.

Diğer taraftan Model Mağaza Sözleşmesinin 4. maddesinde, tarafların diledikleri zaman 6 (altı) ay önceden yazılı ihbarda bulunmak koşuluyla sözleşmeyi feshedebilecekleri düzenlenmiştir. Fesih ihbarında altı aylık süreye ya da Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen mehil şekline uyulup uyulmadığı sorununun özel hukuk açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anlaşmanın Niteliği veya Ticari Teamüllere Aykırı Olarak Bir Mal veya Hizmet ile Birlikte Diğer Bir Mal veya Hizmetin Satın Alınmasının Zorunlu Kılındığı İddiası

Şikayet dilekçesinde yer verilen diğer iddia ise, Arçelik A.Ş.'nin piyasada tanınması, güvenilir bir marka olması ve sahip olduğu fikri ve sınai mülkiyet haklarının sağladığı imkanları hakimiyet aracı olarak kullandığı, Gonca Ticaret'e bayi olabilmesi için kapanmış iki eski bayinin tüketicilerine olan borçlarını ödemesini şart koştuğu; 4054 sayılı Kanun anlamında bayilik olma şartını kapatılmış başka bayilerin borcunu kapatma şartına bağlayarak Kanun'u ihlal ettiği yönündedir.

Sözleşme yapılırken taraflar arasında güç dengesizliğinin olması ve eşit şartlarda pazarlık ortamının bulunmaması da yine özel hukuk ilişkisi olup, bu durumun Rekabet

Hukukunu ilgilendiren bir yönü yoktur. Burada 4054 sayılı Kanun çerçevesinde önemli olan, eylemin rekabeti sınırlayıcı amaç taşıyor ya da sonuç doğuruyor olmasıdır. Kaldı ki, bayi olabilme ya da eski bayilerin borcunu karşılama koşullarının getirilmesini bir mal veya hizmet olarak değerlendirerek, Kanun'un 4. maddesinin (f) bendi anlamında "Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması" eylemi biçiminde nitelendirmek mümkün değildir. Zira bayi olmak ya da eski bayilerin borcunu ödemek, bir mal ya da hizmet değildir.

Eşit Durumdaki Alıcılara Eşit Hak, Yükümlülük ve Edimler İçin Farklı Şartlar İleri Sürülerek Doğrudan veya Dolaylı Olarak Ayırmıcılık Yapıldığı İddiası

Şikayet başvurusunda, Arçelik A.Ş.'nin Gonca Ticaret'e mal vermeyi keserek eşit durumdaki diğer bayiler karşısında Gonca Ticaret'e yönelik ayırmıcılık yaptığı ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendini ihlal ettiği iddiasına da yer verilmiştir.

Sağlayıcının sözleşmeyi feshetmeye karar verdiği ve bu doğrultuda fesih ihbarında bulunduğu bir durumda, sözleşmeyi feshettiği tarihten itibaren mal vermeyi kesmesinin; sözleşmenin feshinin rekabeti sınırlama amacının bulunmaması ya da rekabetin sınırlanması sonucunu doğurmaması koşuluyla ve sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmemesi gerekçesiyle gerçekleştirilmesi doğaldır. Diğer bayiler karşısında özel hukuk çerçevesinde değerlendirilebilecek nedenlerle sözleşmesi feshedilen bayinin eşit durumda bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu itibarla bayiler arasında ayırmıcılık yapıldığı yönündeki iddia yerinde görülmemiştir.

Dolayısıyla, şikayet başvurusunda ileri sürülen iddiaların 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri çerçevesinde rekabet ihlali niteliği taşımadığı kanaatine varılmıştır.

A- SONUÇ

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde;

Arçelik A.Ş.'nin beyaz eşya pazarında hakim durumunu kötüye kullanarak bayisi Gonca Ticaret'i piyasa dışına çıkardığı, eşit durumdaki diğer bayiler karşısında farklı şartlar ileri sürerek ayırmıcılık yaptığı ve aralarında yapmış oldukları model mağaza sözleşmesinde bir malla birlikte diğer bir malın satın alınmasını zorunlu kıldığı şeklindeki iddiaların, 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri çerçevesinde rekabet ihlali niteliği taşımadığı ve Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:12 TRAKYA DÖKÜM/FİBOR YAPI KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/M.M.Ö.-00/3 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 00-36/401-227

Karar Tarihi : 26.09.2000

C- DOSYA KONUSU: Soyak Grubu'nda yer alan Trakya Döküm San. ve Tic. A.Ş., Haymak Döküm ve Fitting San. ve Tic. A.Ş. ve Ekpaş Ekleme Parçaları Tic. A.Ş.'nin boru ekleme parçaları pazarındaki hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası.

D- İDDİALARIN ÖZETİ: Trakya Döküm San. ve Tic. A.Ş., Haymak Döküm ve Fitting San. ve Tic. A.Ş., Ekpaş Ekleme Parçaları Tic. A.Ş. arasında rekabeti bozucu anlaşma ile kartel oluşturulduğu ve söz konusu teşebbüslerin metal ekleme parçaları pazarında hakim durumda bulundukları ve bu hakim durumlarını fahiş fiyat uygulayarak kötüye kullandıkları iddia edilmektedir.

İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Şikayete konu olan ve Soyak Grubu bünyesinde yer alan Trakya Döküm San. ve Tic. A.Ş., Haymak Döküm ve Fitting San. ve Tic. A.Ş.'nin ürettikleri malzemeler ekleme parçaları (fittings malzemesi) olup, aynı grup içinde yer alan Ekpaş Ekleme Parçaları Tic. A.Ş. (Ekpaş) ise bu iki fabrikanın ürünlerini bayileri aracılığı ile pazarlamaktadır.

Dosya mevcudu bilgilerden, ekleme parçalarının, genellikle binalarda sıvı ve gazları nakletmek için kurulan her türlü tesisatta, boruları birbirlerine eklemek için kullanıldığı, bu parçalar ile birleştirdikleri boruların özelliklerinin birbirlerine uygun olması gerektiği, plastik boruların birbirlerine eklenmesinde ya tam plastik ya da metalle desteklenmiş yarı plastik parçaların kullanıldığı, ancak demir borularda demirden dökme ekleme parçalarının kullanılmasının uygun olduğu anlaşılmıştır.

Günümüzde inşa edilen binalarda kullanılan tesisat boruları genellikle iki ana malzeme olan, PVC veya diğer türden plastik ile metal borulardan üretilmektedir.

PVC ve diğer plastik malzemenin avantajları arasında, tesis edilmesinin kolaylığı ve bundan dolayı işçilik maliyetlerinin düşüklüğü, boruların uzunluğunun ayarlanması, bazı yerlerde esnekliğinden yararlanarak (eğerek/bükerek) boruyu uygun pozisyona sokulmasının kolaylığı, eklenen parçaların basit bir ısıtma işlemi uygulanarak birbirlerine kaynatılması sayılmaktadır.

Metal borular ise monte edilmeleri için daha fazla bir süreye ve dikkate ihtiyaç göstermeleri, kesim işleminin daha zor olması, esnemedikleri için bina içerisinde katedecekleri yollara göre gerekli uzunluğunun tespit edilerek kesilmeleri yönleriyle farklılıklar göstermektedirler. Genellikle, binaların proje aşamalarında metal borular, daha sonraki tamiratlarda ise kolaylığı ve ucuzluğu nedeniyle plastik borular tercih edilmekte, ancak sıcak su, doğalgaz gibi bazı tesisatlarda zorunlu olarak metal boru kullanılmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, plastik ekleme parçaları ile metal ekleme parçaları arasında talep ikamesi bulunmadığı, arz ikamesi açısından ise bir döküm cinsinden diğer bir cinse geçmek için bazı yatırımların gerektiği, dolayısıyla yatırım maliyetine katlanılmasının zorluğu dikkate alındığında ilgili ürün pazarı, demir döküm sanayinin bir alt pazarı olan "demirden dökülen ve bina içi metal tesisat borularını birbirlerine eklemede kullanılan ekleme parçaları" (fittings malzemeleri) pazarı olarak belirlenmiştir

Coğrafi Pazar: Yurt içinde üretilen veya ithal edilen ekleme parçaların tüm Türkiye'de satılması nedeniyle ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Fibor İnşaat Malzemeleri İmalat ve Pazarlama A.Ş.'nin (Fibor) şikayet dilekçesinde iki iddia yer almaktadır; Trakya Döküm San. ve Tic. A.Ş. (Trakya) ve Haymak Döküm ve Fitting San. ve Tic. A.Ş.'nin (Haymak) aralarında rekabeti ihlal edici anlaşma ile kartel oluşturmaları, bu kartelin yüksek pazar payı ile hakim durumda olduğu ve söz konusu şirketlerin bu hakim durumlarını kötüye kullanarak fahiş fiyat uygulamalarında bulunduklarıdır.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde bir değerlendirmenin yapılabilmesi için anlaşma veya uyumlu eylemin teşebbüsler arasında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Teşebbüs kavramı ise, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" şeklinde tanımlanmıştır. Bir başka deyişle anılan hükümden, ekonomik faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek ve tüzel kişilerin, birbirinden ayrı hukuki kişilikleri olsa dahi, pay sahipliği ve karar alma süreçlerini etkileyebilme gücü bakımından kontrolü altında bulundukları, gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturdıkları ve tek bir teşebbüs sayılmaları gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, Trakya ile Haymak'ın Soyak Grubu şirketleri oldukları gözönüne alındığında, bu şirketlerin Kanun'un 3. maddesine göre aralarında ekonomik bütünlük bulunan tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla iki ayrı teşebbüsün olmadığı, ekonomik bütünlük arzeden bir teşebbüsün bulunduğu bu durumda, Kanun'un 4. maddesinde aranan, ihlalin "teşebbüsler arası" anlaşma ya da uyumlu eylem suretiyle yapılmış olması şartının gerçekleşmediği kanaatine ulaşılmıştır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, geçmiş yıllarda bu pazardaki en büyük yerli üreticinin Trakya ve Haymak olduğu, Soyak Grubu'na ilaveten çok sayıda küçük ve orta ölçekli yerel piyasalara hitap eden üreticilerin bulunduğu, daha sonra başta Çin Halk Cumhuriyeti ve Brezilya olmak üzere özellikle doğu bloku ülkelerinden yapılan ucuz ithalat döneminin başladığı ve bu dönemde çok sayıda işletmenin kapandığı, ithalatın ucuzluğu nedeniyle Soyak Grubu'nun Dış Ticaret Müsteşarlığı'na başvurduğu, yapılan inceleme sonrasında da Brezilya ve Çin Halk Cumhuriyeti'nden yapılan ithalata çeşitli oranlarda anti-damping vergisi konulduğu anlaşılmıştır. Bu durumun, öncelikle piyasadaki ithalatta bir azalma meydana getirdiği, ancak inşaat sektörünün ucuz kalan Çin mallarına yönelmesiyle

Trakya ve Haymak'ın büyük bir avantaj sağlamadıkları, Brezilya menşeli Tupi marka boru ekleme parçalarını anti-damping vergisi öncesinde ithal eden Fibor'un yeniden ithalata başladığı belirlenmiştir.

Dosya mevcudu belgelerden, söz konusu Grubun 1996 yılında %53, 1997 yılında %52, 1998 yılında %41, 1999 yılında ilk 6 ayda ise %42'lik bir pazar payının olduğu, ilgili pazarda ithalat ve yerli üretimin piyasada eşit oranlarda yer aldığı, anti-damping vergisi öncesinde ithalatın tüketimi karşılama oranının %58,7'ye yükseldiği, daha sonra bu oranın %50'ye gerilediği anlaşılmıştır. Ancak, Çin Halk Cumhuriyeti'nden yapılan ithalata halen devam edilmesi, Brezilya'dan yeniden ithalata başlanması ve diğer üçüncü ülkelerden ithalatın yapılması bu pazarda alternatif temin kaynaklarının bulunduğu göstermektedir.

Bu bilgilere ilaveten, söz konusu pazardaki firmaların fiyatları arasında büyük oranda farklılıkların bulunmadığı, Trakya ve Haymak'ın özellikle ithal ürünlerle rekabet edebilmek için halen Ocak-2000 tarihli fiyat listesinden satış yaptığı, ürünler arasında kalite farkı bulunduğu ve küçük fiyat farklarının ise kısmen kalite farklılığından kaynaklandığı, ayrıca şikayet dilekçesinde belirtilen Trakya ve Haymak'a ait %.... oranındaki pazar payının yerli ürünler içerisindeki payını ifade ettiği hususları dikkate alındığında, Soyak grubunun Kanun'un 3. maddesinde hakim durum olarak tanımlanan *"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"* ne sahip olmadığı kanaatine varılmıştır.

J- SONUÇ

Soyak Grubu şirketleri olan Trakya Döküm San. ve Tic. A.Ş., Haymak Döküm ve Fitting San. ve Tic. A.Ş. ile Ekpaş Ekleme Parçaları Tic. A.Ş.'nin, Kanun'un 3. maddesine göre aralarında ekonomik bütünlük bulunan tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla İki ayrı teşebbüsün olmadığı, ekonomik bütünlük arzeden bir teşebbüsün bulunduğu bu şikayette Kanun'un 4. maddesinde aranan, ihlalin "teşebbüsler arası" anlaşma ya da uyumlu eylem suretiyle yapılmış olması şartının gerçekleşmemesi ve anılan grubun "metal boru ekleme parçaları pazarında" hakim durumda bulunmaması dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullanmasının mümkün olmaması nedeniyle bir önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:13 İSDEMİR/KARDEMİR KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/A.G.-99/2 (Önaraştırma)

Karar Sayısı : 00-35/385-215

Karar Tarihi : 19.09.2000

HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILANLAR

- İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.
31319 / İskenderun
- Karabük Demir ve Çelik San. ve Tic. A.Ş.
78170 / Karabük
- İskenderun civarındaki bazı haddehaneler.

DOSYA KONUSU: İskenderun Demir Çelik A.Ş. ile Karabük Demir ve Çelik San. ve Tic. A.Ş. tarafından 4054 sayılı yasanın ihlal edildiği iddiası.

A- İDDİALARIN ÖZETİ: İnşaat sektörünün ana girdisi olan inşaat demiri fiyatlarında, özellikle son günlerde fiyat artışları gözlendiği, yuvarlak inşaat demiri sektörünün ana ham maddesi olan kütük imalatının, İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. (İsdemir) ve Karabük Demir ve Çelik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Kardemir) tarafından tekel olarak yapıldığı ve bu teşebbüslerin ürettikleri ürünlerin piyasada kartel oluşturan bazı firmalarca ele geçirilerek, inşaat demiri piyasasında keyfi fiyat artışlarının organize edildiği, piyasa fiyatlarının istenilen seviyede oluşturulduğu iddia edilmektedir.

İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

a) Ürün Pazarı: Demir çelik ürünleri, temelde uzun ürünler, yassı ürünler ve kaliteli ürünler olmak üzere, üç gruba ayrılmaktadır. Uzun ürünler, genelde inşaat ve yapı sektörleri tarafından tüketilirken, yassı ürünler, özellikle otomotiv, beyaz eşya, gemi yapımı ve ambalaj sektörlerinin girdisi durumundadır. Kaliteli çelik ise uzun ürünlerin bir alt sınıfı olarak değerlendirilebilmekle birlikte, kalitesi, kullanım amaçları ve üretim süreci bakımından uzun ve yassı ürünlerden ayrılmaktadır.

Şikayet konusu, uzun demir çelik ürünleri ile ilgili olduğundan yassı demir çelik ürünlerinin ve kaliteli çeliğin ilgili ürün pazarına dahil olmayacakları açıktır.

Uzun demir çelik ürünleri, demir cevheri veya hurdadan üretilmektedir. Nihai uzun ürünler, sıvı çeliğin çeşitli yöntemlerle kalıplara dökülerek elde edilen ingot, blum ve kütük ara ürünlerinin haddehane denilen tesislerde haddelenmesi (işlenmesi) suretiyle üretilmektedir. Nihai uzun demir çelik ürünlerinin başlıcaları; filamşin (kangal), düz yuvarlak beton çeliği, nervürlü beton çeliği ve ısıtma işlemi görmüş (tempkorlu) nervürlü beton çeliğidir.

Şikayet konusu, İsdemir ve Kardemir tarafından üretilen kütüğün belli haddehanelerce satın alınarak, nihai ürün bazında keyfi fiyat artışlarının yapıldığı şeklindedir. Yani burada söz konusu edilen, entegre (cevherden hareketle demir çelik üreten) tesis

ürünleridir. Ancak, entegre demir çelik tesisi ürünleriyle, elektrik ark ocaklı tesis ürünleri arasında, belirli standartlara uymak koşuluyla kalite farkı bulunmamaktadır. Ayrıca, şikayet konusu olayda entegre tesis ürünlerini kullanmayı zorunlu kılacak bir hususun bulunmadığı da tespit edilmiştir.

Buna göre ilgili ürün pazarını; entegre tesis ya da elektrik ark ocakları tarafından üretilen demir çelik ürünleri ayırımı yapmaksızın, bir ara ürün olan “demir çelik kütüğü” ve “nihai uzun demir çelik ürünleri” olarak ele almak yerinde olacaktır.

b) Coğrafi Pazar: Ülkemizdeki demir çelik üreticileri; Marmara Bölgesi (İstanbul), Ege Bölgesi (İzmir), Batı Karadeniz Bölümü (Karabük-Ereğli) ve Doğu Akdeniz Bölümü (İskenderun) olmak üzere dört ana bölgede toplanmıştır. Navlun maliyeti nedeniyle demir çelik üreticileri satışlarının büyük bir kısmını tesislerine yakın olan bölgelere yapmaktadırlar. Ancak, talep gelmesi veya nakliye maliyeti de eklendiğinde oluşacak fiyatın uygun olması durumunda, tüm Türkiye'ye satış yapılabilir. Örneğin, İsdemir satış ve pazarlama faaliyetlerinde aktif bir strateji izlemeyerek, sadece yurt içi satışlarla ilgili olarak yayınlamış olduğu fiyat listelerini baz alarak gelen siparişleri değerlendirmesine rağmen, 1998 yılında ağırlıklı olarak güney, güneydoğu ve doğu bölgelerine olmak üzere, 60 vilayete satış gerçekleştirmiştir. Kardemir ise ağırlıklı olarak Karadeniz Bölgesi'ne satış yapmakla birlikte, zaman zaman Marmara Bölgesi ve İç Anadolu Bölgesi'ne de ürün arz edebilmektedir.

Şikayet konusu, kütük ve nihai uzun ürünlerle ilgili olduğundan ilgili coğrafi pazar her ikisi için ayrı ayrı tespit edilmelidir.

Karabük civarındaki haddehaneler kütüğün büyük bir bölümünü Kardemir'den, İskenderun civarındaki haddehaneler ise İsdemir'den almaktadır. Bu nedenle, kütükle ilgili olarak coğrafi pazar, ayrı ayrı olmak üzere Karabük ve İskenderun Yöresi olarak ele alınmıştır.

Nihai uzun demir çelik ürünlerinde ise, şikayete konu olan nihai ürünlerdeki "keyfi fiyat artışının" Adana ilinde gerçekleştiği ileri sürüldüğünden, ilgili coğrafi pazar, Adana il sınırları olarak kabul edilmiştir.

2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

İntes İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ait şikayet, özetle; 27 Haziran 1998'de Adana-Ceyhan'da meydana gelen deprem sonrası T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi (TOKİ) tarafından kalıcı konutların yapılması için açılan ihale gereği konutların sekiz ayda bitirilmesinin öngörüldüğü, bunun için de Aralık 1998'de konutların temelini atılması gerektiği, inşaat demirinin yoğun olarak kullanıldığı bu bir aylık sürede, İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. (İsdemir) ve Karabük Demir ve Çelik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Kardemir) tarafından üretilen kütüğü devamlı olarak satın alan bazı haddehanelerin, inşaat demirinde keyfi fiyat artışları yaptıkları, şeklindedir.

Buna göre, rekabet hukuku açısından iki farklı iddia ortaya çıkmaktadır: Birincisi İsdemir ve Kardemir tarafından üretilen kütüğün sürekli olarak belli haddehanelerce satın alındığı, ikincisi ise bu haddehanelerin temel atma dönemi olan Aralık 1998'de inşaat demiri fiyatlarını aşırı derecede yükseltmeleridir. Söz konusu iddialar ayrı ayrı ele alınmalıdır.

A. İsdemir ve Kardemir Tarafından Üretilen Kütüğün Sürekli Olarak Belli Haddehanelerce Satın Alındığı İddiası:

İsdemir yılda ortalama 1,700,000 ton kütük üretmekte, bunun yaklaşık yarısını kendi bünyesinde haddeleyerek nihai ürüne dönüştürmekte, yarısını ise iç ve dış piyasalara satmaktadır. Kardemir ise yılda ortalama 700,000 ton kütük üretmekte, bunun 400,000 tonunu kendi bünyesinde haddeleyerek nihai ürüne dönüştürmekte 300,000 tonunu ise genelde iç piyasalara satmaktadır.

Deprem sonrası kalıcı konutların temelinin atılma aşaması olan ve iddianın söz konusu edildiği dönem olan Aralık 1998'i de kapsayan 1998 yılının son üç ayında, İsdemir'in satışını yapmış olduğu kütüğün %34.98'ini ilk üç haddehane, Kardemir'in satışını yapmış olduğu kütüğün ise %29.73'ünü ilk üç haddehane satın almıştır. İlk beş haddehanenin toplam kütük satışları içerisinde almış oldukları pay ise, İsdemir satışlarında %47.60, Kardemir satışlarında ise %43.75'dir.

Karşılaştırma yapmak bakımından Aralık 1998'i takip eden üç aylık (1 Ocak 1999-31 Mart 1999) kütük satış miktarlarının haddehaneler arası dağılımına bakıldığında, İsdemir satışlarından pay alan ilk üç haddehane toplamının %66.21, ilk beş haddehane toplamının ise %78.20'ye yükseldiği görülmektedir. Kardemir satışlarından pay alan ilk üç haddehane toplamı %21.28, ilk beş haddehane toplamı ise %29.45'e düşmüştür. (Bu dönemde %35.10 ile en büyük kütük alımını gerçekleştiren teşebbüs, ihraç kaydıyla söz konusu kütüğü alıp dış piyasaya sattığından, bu haddehanenin almış olduğu kütük dikkate alınmamıştır.)

Yukarıda yer verilen rakamlar, İsdemir ve Kardemir kütüğünün, temel atma dönemi olan Aralık 1998'de sürekli olarak belli birkaç haddehane tarafından satın alındığı iddiasını desteklememekte, aksine İsdemir'in yapmış olduğu kütük satışlarına bakıldığında söz konusu edilen dönemde ilk üç haddehanenin payı %34.98 iken bu dönemden sonraki üç ayda bu oranın %66.21 olduğu, ilk beş haddehanenin payının ise %47.60'dan %78.20'ye yükseldiği görülmektedir.

Bu verilerin, iddiayı güçlendirebilmesi için 1998 yılının son üç ayında yoğunlaşma, daha sonraki dönemde ise tekrar normale geçiş olması beklenirdi. Oysa burada tersi bir durum söz konusudur.

Ayrıca, şikayet dilekçesinde kütüğün İsdemir ve Kardemir tarafından tekel olarak üretildiği iddia edilmektedir. Ülkemizde uzun demir çelik ürünleri üretiminde faaliyet gösteren 18 tesis bulunmaktadır. Bunlardan 16 tanesi hurdadan hareketle üretim yapan elektrik ark ocaklarıdır. Cevherden üretim yapan entegre tesisler ise İsdemir ve Kardemir'dir. Bu durumda İsdemir ve Kardemir'in kütükteki tekel durumu ancak entegre ürünlerde söz konusu olabilir. Bu noktada, entegre demir çelik tesislerinin ürünleri ile elektrik ark ocaklı tesis ürünleri arasında talebi etkileyecek düzeyde herhangi bir fark olup olmadığına veya depreme dayanıklı kalıcı konutların yapılmasını öngören ihale şartnamesinde, entegre tesis demir çelik ürünlerinin kullanılacağına ilişkin herhangi bir hüküm olup olmadığına bakılmalıdır.

Belirli standartlara uymak kaydıyla entegre tesis ürünleri ile, elektrik ark ocaklı tesis ürünleri arasında talebi etkileyecek düzeyde fark olmadığına ilgili ürün pazarının tespit edildiği bölümde yer verilmişti. Nitekim Adana-Ceyhan Depremi sonrası kalıcı konutların yapımı için açılan ihalede, depreme dayanıklı olarak yapılması öngörülen binalarda kullanılacak demir çelik ürünlerinin entegre tesis ürünü olması gibi bir şart getirmemiş,

sadece kullanılacak olan demir çelik ürünlerinin belli standartları taşıması ve belli dayanıklılık testlerinden geçmesi öngörülmüştür.

Ülkemizde, uzun demir çelik ürünleri elde edilmesine yönelik olarak üretilen toplam çeliğin yaklaşık %... 'si İsdemir ve Kardemir tarafından gerçekleştirilmektedir. Geriye kalan %80'lik üretim 16 elektrik ark ocaklı tesis tarafından paylaşılmakta ve tüm elektrik ark ocaklı tesis ürünleri, istenilen standartlara sahip bulunmaktadır.

Bu noktada, İntes'in ve diğer müteahhit firmaların tek uzun demir çelik ürünleri alım kaynağı İsdemir ve Kardemir'den kütük olarak nihai ürüne dönüştüren haddehaneler değildir. Bunun yanında elektrik ark ocaklı tesislerden kütük olarak nihai ürün üreten haddehaneler ile elektrik ark ocaklı tesislerin kendileri ve İsdemir ile Kardemir de birer alternatif inşaat demiri üreticisi ve satıcısı durumundadırlar. İsdemir ve Kardemir'in kütük temin ettiği haddehaneler, yurt içi toplam nihai demir çelik ürünü satışlarından, tahminen %... 'lik bir pay almaktadırlar. Ayrıca, en az İskenderun civarında bulunan haddehanelerin toplam yurt içi satışları kadar da İsdemir'in kendisi satış yapmakta, bunun dışında bölgede birer elektrik ark ocağı olan Y... Demir Çelik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile E... Demir Çelik A.Ş. de faaliyet göstermektedir.

Buna göre, İsdemir ve Kardemir kütüğünün sürekli olarak belli haddehanelerce satın alındığı iddiasını haklı kılacak ya da destekleyecek bir bilgiye rastlanmadığından, bu konuda herhangi bir rekabet ihlalinin söz konusu olmadığı görülmektedir.

B. Aralık 1998'de İnşaat Demiri Fiyatlarının Aşırı Derecede Yükseltildiği İddiası:

İntes'e ait şikayette yer alan iddianın ikinci bölümü, İsdemir ve Kardemir tarafından üretilen kütüğü ele geçiren belli haddehanelerin inşaat demirinin en çok kullanıldığı temel atma dönemi olan Aralık 1998'de fiyatlara aşırı şekilde zam yaptıklarına ilişkindir. Yukarıda yer verilen değerlendirmeden de anlaşılacağı üzere, haddehaneler tarafından inşaat demirinde keyfi fiyat artışı yapmalarına olanak sağladığı ifade edilen, İsdemir ve Kardemir tarafından üretilen kütüğün özellikle Aralık 1998 döneminde, belli haddehanelerce ele geçirildiği iddiası doğrulanamamıştır.

Teorik olarak, keyfi fiyat artışı yapılabilmesi için bir teşebbüsün hakim durumda bulunması ya da anlaşma veya uyumlu eylem neticesinde teşebbüsler arası birlikte davranışın varlığı gerekmektedir. Şikayet dilekçesinde ve yapılan incelemeler sırasında teşebbüsler arası herhangi bir anlaşma veya uyumlu eyleme raslanılmamıştır. Ayrıca, haddehanelerin hakim durumda olmaları da söz konusu değildir. Bu nedenle, bu konu ile ilgili olarak keyfi fiyat uygulamasının teorik açıdan mümkün olmayacağı söylenebilir.

Ancak, bu durumu somut verilerle ortaya koyabilmek ve kuvvetlendirebilmek amacıyla, teorik izahlardan öte, fiili uygulamalara da bakmak için söz konusu edilen Aralık 1998 dönemine ilişkin olarak satış fiyatlarını incelemek yerinde olacaktır.

İsdemir ve Kardemir'in Ekim 1998 - Mart 1999 dönemini kapsayan altı aylık 100x100 kesiti ve 12 m. boyundaki kütük ve 10 mm. üstü düz yuvarlak inşaat demiri fiyatlarına bakıldığında, 1998 yılının son üç ayında, fiyatlarda herhangi bir değişiklik olmadığı anlaşılmaktadır. 1999 yılında, İsdemir fiyatlarının Mart ayına kadar yine aynı olduğu Mart ayında ise hem kütük hem de nihai ürün satış fiyatının arttığı, Kardemir'in kütük satış fiyatlarının yine Mart ayında arttığı, buna karşılık nihai ürün fiyatlarının Ocak ve Şubat aylarında önce düştüğü, daha sonra Mart ayında yükseldiği görülmektedir.

Bu fiyat hareketlerinden, kış ayları olan söz konusu altı aylık dönemde inşaatların kısmen durması nedeniyle, Kasım 1998'den Mart 1999'a kadar fiyatlarda yükselme olmadığı, inşaat sezonunun başlaması ile birlikte talepte meydana gelen canlanma ile, Mart ayında fiyatların normal piyasa şartları içerisinde bir miktar yükseldiği anlaşılmaktadır.

İddia edildiği üzere, İntes ve diğer müteahhit firmalar İsdemir ve Kardemir'den inşaat demiri talep etmemiş, ödeme koşullarının uygun olması gerekçesiyle ihtiyaç duydukları demiri haddehanelerden almışlardır. Ancak, sözü edilen haddehanelerin en önemli girdisi olan kütüğün en büyük sağlayıcısı İsdemir ve Kardemir'dir. Bu nedenle, Aralık 1998'de inşaat demirine olan talebin yükselmesi ile fiyatların artması sonucu, İsdemir ve Kardemir'in kütük satışlarına olan talebi de artıracığından, kütük satış fiyatlarının da artması beklenirdi. Oysa, sözü edilen dönemde kütük ve nihai ürün fiyatlarında herhangi bir değişme olmamıştır.

1998 yılının son üç ayında, bazı haddehanelerin nihai ürün satış fiyatlarına bakıldığında, haddehane fiyatlarının genel olarak kütük üreticisi firmaların nihai ürün fiyatlarına paralellik gösterdiği görülmektedir. Yani özellikle Aralık ayında, fabrika çıkış fiyatlarında önemli bir değişme olmamıştır. Sektörün özellikleri gereği fiyatlar Mart ayına kadar durgun seyretmiş Mart ayında ise artış göstermiştir.

Buna göre, Adana Depremi sonrası, depreme dayanıklı kalıcı konutların yapılması için açılan ihale neticesinde, binaların temel atma dönemi olan Aralık 1998'de haddehanelerin keyfi fiyat artışı yaptıkları yönündeki iddiaları doğrulayacak herhangi bir veriye rastlanmadığından, bu yönde bir rekabet ihlalinin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

B- SONUÇ

27 Haziran 1998 tarihinde Adana-Ceyhan'da meydana gelen deprem sonrası kalıcı konutların yapımı sırasında, inşaat demirinin yoğun olarak kullanıldığı temel atma dönemi olan Aralık 1998'de, İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. ve Karabük Demir ve Çelik Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından üretilen kütüğün önemli bir kısmını satın alan bazı haddehanelerin, inşaat demirinde keyfi fiyat artışı yaptıklarına yönelik iddiaları doğrulayacak veya güçlendirecek herhangi bir veriye rastlanmadığından dolayı, bir rekabet ihlalinin söz konusu olmadığına, bu nedenle anılan iddiaya ilişkin soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR:14 ANADOLU AJANSI T.A.O. KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D2/1/H.S.Ö-00/1 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 00-34/369-207

Karar Tarihi : 12.9.2000

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER

B- RAPORTÖRLER: Hakan Suat ÖLMEZ, İbrahim AYDEMİR

C- ŞİKAYET EDEN: Gün Basın Yayın Matbaacılık Tanıtım Gıda İnşaat

D- HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILAN: Anadolu Ajansı T.A.O.

E- DOSYA KONUSU: Anadolu Ajansı T.A.O. (Anadolu Ajansı)'nın haber abonesi olan Akit Gazetesi'ne haber yayını verme hizmetini durdurmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

F- İDDİALARIN ÖZETİ: Akit Gazetesi'ni yayımlayan Gün Basın Yayın Matbaacılık Tanıtım Gıda İnşaat Otomotiv Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. şikayet dilekçesinde özetle; Anadolu Ajansı hakkında hizmet vermemek suretiyle; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde yer alan, *"eşit durumdaki alıcılara aynı eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması"* suretiyle ve aynı zamanda haber yayın akışının devam etmesi için Fotoğraf Hizmet Sözleşmesi yapılmasının şart koşularak aynı maddenin (c) bendinde yer alan, *"Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi"* haline uygun bir ihlalde bulunarak pazardaki hakim durumunu kötüye kullandığı ileri sürülerek, gazetenin haber alamaması nedeniyle günlük olarak artan bir zararı olduğundan 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasındaki *"Kurul nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbir alabilir"* hükmü gereği geçici tedbir alınması talebinde bulunmuştur.

G- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 15.8.2000 tarih, 3489 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 1.9.2000 tarih ve D2/1/H.S.Ö-00/1 sayılı İlk İnceleme Raporu, 8.9.2000 tarih ve REK.0.06.00.00/36 sayılı Başkanlık önergesi ile 00-34 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: Anadolu Ajansı'nın haber bülteni hizmetini kesmesinin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan ihlallerden birini oluşturmadığı, bu nedenle şikayete konu teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 40/1.

maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve Anadolu Ajansı'nın tekrar haber yayın hizmeti vermeye başlaması nedeniyle tedbir kararı alınmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar: Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden hareketle işlemin değerlendirilmesinde ilgili ürün pazarı "*haber ajansları*" pazarı, ilgili coğrafi pazar ise, "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak belirlenmiştir.

I.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Akit gazetesi tarafından gönderilen şikayet dilekçesi ile bu dilekçeye ilave bilgi içeren yazılardan, Anadolu Ajansı'nın Akit Gazetesi'ne yaptığı haber akışını 14.8.2000 tarihi itibarıyla kestiği anlaşılmıştır.

Başvuruya konu şikayet dilekçesinde, Anadolu Ajansının hakim durumda bulunduğu ve hakim konumunu kötüye kullandığı iddiasında bulunulmuştur. Anadolu Ajansının hakim durumda olup olmadığının incelemesine geçmeden önce bahsi geçen iddiaların 4054 sayılı Kanun hükümlerince yasaklanan faaliyetler arasında olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Şikayet başvurusu ekinde bulunan ve Anadolu Ajansı ile Akit Gazetesi arasında akdedilen haber bülteni akışına ilişkin "*Abonelik Sözleşmesi*" incelendiğinde şikayet konusuyla ilgili görülen aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir. Buna göre Abonelik Sözleşmesi'nin;

- 12. maddesinde, sözleşmenin 1.7.2000 ile 31.12.2000 tarihleri arasında geçerli olduğu ve taraflarca feshedilmediği takdirde her yıl kendiliğinden devam edeceği belirtilmektedir.

- 4. maddesinde, "*Abone, birinci maddede belirtilen hizmet karşılığında, abone ücretini (2200\$ ABD Doları) peşin olarak, ... her ayın en geç 5 inci gününe kadar Ajans veznesi veya görevlisine öder. Aylık abone bedelini zamanında ödemeyen Abone'nin hizmeti durdurulur ve bu ücretin 30 gün içerisinde ödenmemesi halinde sözleşmesi feshedilir...*" denilmektedir.

Yukarıdaki bu bilgilerden, Anadolu Ajansı'nın sözleşme gereği abonelik ücretini her ayın 5'ine kadar peşin ödemeyen aboneye haber yayın akışını durdurma ve 30 gün içerisinde hala ödenmemişse feshetme yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Bu sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflar ise konu ile ilgili mahkemelerde çözümlenebilecek türden ihtilaflardır. Kaldı ki Akit Gazetesi'nin buna istinaden İstanbul Bağcılar Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açtığı ve söz konusu davanın halen sürdüğü anlaşılmıştır.

- Akit gazetesinin ilk iddiası; Anadolu Ajansı'nın haber akışını kestiği ve bu durumun Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde yasaklanan "*Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırmacılık yapılması*" ihlaline uygunluk gösterdiğiidir.

Konu ile ilgili dosyada yer alan bilgiler ve her iki tarafın aralarında yapmış oldukları yazışmalardan, Akit Gazetesi ile Anadolu Ajansı arasındaki ihtilafların temelde, yapmış oldukları sözleşme hükümlerinden kaynaklanan bir borç-alacak ilişkisinden kaynaklandığı görülmektedir.

Nitekim dosya mevcunda yer alan bilgilerde, Akit Gazetesi'nin konu ile ilgili Basın Konseyine yapmış olduğu başvuruda aynen, *"Bildiğiniz gibi Anadolu Ajansı, Gazetemize yaptığı haber servisini 3 gündür kesti, Basit bir alacak-verecek meselesinden kaynaklanan ve adeta sansür niteliği taşıyan bu olayı nasıl değerlendiriyorsunuz"* ifadesini kullanmakta, buna karşılık Basın Konseyi Başkanı'nın yanıtı ise, *"...neticede, Akit Gazetesi ile Anadolu Ajansı arasındaki ihtilafa (sizin de belirttiğiniz gibi) basit bir alacak- verecek meselesinden başka bir boyut göremedim."* şeklinde olmaktadır.

Diğer taraftan, Anadolu Ajansı tarafından Akit Gazetesi'ne gönderilen 15.8.2000 tarihli yazıda aynen, *".....yeniden hizmet akışının sağlanması için gerekli ödemenin yapılması gerekmektedir..."* denilerek, Anadolu Ajansı'nın varolan borcun ödenmesini müteakip yayın akışına başlayacağı ifade edilmektedir. Yine 18.8.2000 tarihli Anadolu Ajansı tarafından Akit Gazetesine gönderilen başka bir yazıda, *"...Ağustos 2000 ayına ait haber bedeli bugün ...ödediğinden durdurulan ajans haberlerinin bugünden itibaren açıldığını, ... fotoğraf konusundaki ihtilafında devam edeceğini bildiririz."* denilmektedir

Yukarıda yer alan bu bilgiler ve tarafların aralarında yapmış olduklar söz konusu sözleşmenin 4. maddesinde yer alan, *"Abone, birinci maddede belirtilen hizmet karşılığında, abone ücretini (2200\$ ABD Doları) peşin olarak, ... her ayın en geç 5 inci gününe kadar Ajans veznesi veya görevlisine öder. Aylık abone bedelini zamanında ödemeyen Abone'nin hizmeti durdurulur ve bu ücretin 30 gün içerisinde ödenmemesi halinde sözleşmesi feshedilir..."* hükmü doğrultusunda, Anadolu Ajansı'nın Akit Gazetesi'ne haber akışını 4054 sayılı Kanun anlamında ayrımcılık yaparak kesmediği, bu nedenle Anadolu Ajansı hakim durumda olsa dahi bu davranışın hakim durumun kötüye kullanılma hali sayılamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

- Akit gazetesi'nin ikinci iddiası; Anadolu Ajansı'nın haber bültenine ilişkin Abonelik Sözleşmesi'nin devam etmesi için Fotoğraf Hizmeti Sözleşmesi'nin yapılmasını şart koşarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (c) bendinde sayılan *"Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması..."* halini ihlal ettiği yönündedir.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerin incelenmesinde, anılan sözleşme hükümlerinde ve tarafların aralarında yapmış oldukları yazışmalarda Anadolu Ajansı'nın haber bültenine ilişkin Abonelik Sözleşmesi'ni yapmak için Fotoğraf Hizmeti Sözleşmesi'ni de yapmayı şart koştuğuna dair herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır. Kaldı ki dosya mevcudundan, Akit Gazetesi'nin sadece haber bültenine ilişkin Abonelik Sözleşmesi'nin olduğu ve yalnızca Anadolu Ajansı'nın haber akışı hizmetinden yararlandığı, ancak Akit Gazetesi'nin Fotoğraf Hizmet Sözleşmesi olmadığı halde Anadolu Ajansı'na ait fotoğrafları kullanması ve Anadolu Ajansı'nın da bunu tespit edip bedelini istemesi üzerine ihtilafın başladığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu husus, Anadolu Ajansı tarafından Akit Gazetesi'ne gönderilen 1.8.2000 tarihli yazıda aynen *"... Gazetenizin, yazınızda da belirttiğiniz gibi Ajansımız ile fotoğraf sözleşmesi bulunmamaktadır. Buna rağmen, Gazeteniz, ... fotoğrafları kullanmaktadır... Aynı uygulamayı fotoğraf hizmetimize abone olmayanlara da yapmaktayız. Kullananlar, bunun parasını ödemektedirler..."* denilmektedir.

Yukarıdaki bilgilerden, Anadolu Ajansı tarafından haber bültenine ilişkin Abonelik Sözleşmesi'nin devamı için Fotoğraf Hizmeti Sözleşmesi yapılmasının zorunlu kılınmadığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (c) bendi anlamında, belirli bir mal veya

hizmetin verilmesi için başka bir mal veya hizmetin de bununla birlikte alınması veya teşhiri şartının, söz konusu olmadığı anlaşılmıştır.

J- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmelerin doğrultusunda;

1- Anadolu Ajansı'nın haber bülteni hizmetini kesmesi eyleminin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendi çerçevesinde, hakim durumun kötüye kullanılması hali olmadığına,

2- Yine aynı maddenin (c) bendi anlamında bir ihlalin söz konusu olmadığına,

3- Anadolu Ajansı'nın Akit Gazetesi'ne verdiği haber bülteni hizmetini kesmesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrası uyarınca talep olunan tedbire yönelik bir karar alınmasına gerek olmadığına,

4- Dolayısıyla önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin ve tedbir talebinin reddine,

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Rekabet Kurulu'nun 12.9.2000 tarih ve 00-34/369-207 no'lu kararına aşağıdaki gerekçeler ile karşı oy kullanılmıştır.

Şikayet olunan Anadolu Ajansı A.Ş. aralarındaki "Haber Bülteni Sözleşmesi" uyarınca günlük gazete çıkaran şikayetçi **Gün Basın Matbaa Yayın Ltd.Ş'**ne devamlı şekilde yaptığı haber akışını 14.8 2000 tarihi itibariyle kesmiştir. Kurumumuza şikayet, ertesi gün 15.8.2000 tarihinde yapılmıştır.

Anadolu Ajansı Hukuk Müşaviri imzası ile şikayetçiye yazılan 15.8.2000 tarihli yazıda, fotoğraf kullanımından doğan borç nedeniyle aboneliğe (haber) ara verildiği belirtilmektedir. Yazıda; şikayetçinin fotoğraf abonesi olmadığı, diğer gazetelerde yer alan fotoğrafları alarak bir gün sonra kullandığı, fotoğraf ücretinin ödenmesi halinde yeniden hizmet (haber) akışı sağlayacağı beyan edilmektedir. Fotoğraf kullanımına yönelik bu konu, taraflar arasında haksız kazanım kuralları ve 5680 Sayılı Basın Kanunu'nun 15. ve 26. Maddeleri çerçevesinde adli yargı makamlarınca çözümlenecek bir uyuşmazlıktan ibarettir. Dolayısıyla abone olmadan (sözleşme yapmadan) fotoğraf kullanımı, sözleşmeye dayalı haber akışının kesilmesinin gerekçesi olamaz. Nitekim şikayet olunanın 1.8.2000 tarihli yazısının içeriğinden, haber akışı ile fotoğraf kullanımının birbirinden farklı değerlendirilmesi gereken iki ayrı konu olduğu anlaşılmaktadır.

14.8.2000 tarihinde, saat 17.54'de kesilen haber akışı 18.8.2000 tarihinde yeniden açılmıştır. Şikayet olunanın 18.8.2000 tarihli yazısında, sözleşmeye göre her ayın beşine kadar ödenmesi gereken haber bedelinin Ağustos-2000 ayına ait olanının 18.8.2000 tarihinde ödendiğinden bahisle durdurulan haber akışının açıldığı belirtilmektedir. Şikayet olunanın bu yazısı, fotoğraf alacağı hususundaki uyuşmazlığın haber akışı ile doğrudan ilgisi olmadığını teyid etmektedir.

Öncelikle, haber akışının durdurulmasının nedeni olarak şikayet olunanın 15.8.2000 ve 18.8.2000 tarihli yazılarında farklı gerekçeler ileri sürülmüştür. Diğer yandan, haber bülteni sözleşmesinde, abonelik ücretinin her ayın en geç beşinci gününe kadar ödeneceği

hükme bağlanmış ise de, şikayet edenin Kurumumuza verdiği 28.8.2000 tarihli dilekçede uzun süredir oluşan teamül gereği abonelik ücretinin her ayın sonunda ödendiği, böylelikle sözleşmenin bu hükmünün fiili olarak değiştirildiği beyan edilmektedir. Ancak, bu konu araştırılmadığından değerlendirme yapmakta bir eksiklik oluşturmaktadır. Esasen, şikayet olunanın kestiği 14.8.2000 tarih, 914 no'lu tahsilat makbuzunda açıkça görüldüğü üzere Ağustos ayına ait ücret verilen çek ödenmiş olmaktadır. Ağustos ücretini 14.8.2000 tarihinde herhangi bir itirazi kayıt koymadan aldığı çek ile tahsil eden şikayet olunan, aynı gün (sonraki beyanına göre) ücret ödenmediğinden bahisle haber akışını keserek kendi beyanıyla da çelişkiye düşmektedir. Çeki kabul ederek tahsilat makbuzu kesen şikayet olunan artık bedelin ödenmediğini ileri sürecektir durumda değildir. Çekin ibrazında karşılıksız çıkması durumunda kullanabileceği bir hakkı bu şekilde kullanması yerinde değildir. Kaldı ki çek ibrazında ödenmiştir.

Bu hale göre, ücret ödenmediğinden haber akışının kesildi yolundaki ilk inceleme raporundaki kabule katılmak mümkün değildir. Ancak şikayetin esası olan haber akışının kesilmesindeki amacın hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının belirlenmesi ve değerlendirilebilmesi için öncelikle haber ajansları piyasası ile bu piyasa içerisinde şikayet olunanın payının irdelenmesi ve ayrıca diğer eksikliklerin araştırılması gerekli olduğundan bu yönden ön araştırma yapılması düşüncesiyle sayın çoğunluğun (ön araştırma yapılmaması ve şikayetin reddine dair) görüşüne katılmıyoruz.

Mehmet Zeki UZUN

Kurul Üyesi

R.Müfit SONBAY

Kurul Üyesi

Murat GENCER

Kurul Üyesi

KARAR:15 HÜRRİYET/SABAH GAZETİCİLİK A.Ş. KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D2/1/M.B.-00/1 (İlk İnceleme)

Karar Sayısı : 00-33/356-200

Karar Tarihi : 05.09.2000

DOSYA KONUSU: Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Sabah Yayıncılık A.Ş., Bursa Gazetecilik ve Yayın A.Ş. ile Olay Basın Yayıncılık A.Ş.'nin fiyat indirimleri ile birlikte hakim durumlarını kötüye kullanmaları.

F- İDDİALARIN ÖZETİ

- Türkiye genelinde satışa sunulan Hürriyet (Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş.) ve Sabah (Sabah Yayıncılık A.Ş.) gazeteleri ile, Bursa ilinde satışa sunulan Bursa 2000 (Bursa Gazetecilik ve Yayın A.Ş.) ve Olay (Olay Basın Yayıncılık A.Ş.) gazetelerinin 150.000 – 175.000 TL olan satış fiyatlarını 100.000 TL'ye düşürdükleri,
- yirmi dört sayfalık bir gazetenin kağıt maliyetinin 115.000 TL olduğu, bu miktara, boya, film, baskı, haberleşme, personel, ulaşım ve finans giderleri eklendiğinde bir gazetenin toplam maliyetinin 300.000 TL'yi aştığı,
- şikayet edilen teşebbüsler ve diğer indirim yapanların medya sektörünün % 75'ini ellerinde bulundurmaları suretiyle hakim durumda oldukları, fiyat indirimleri ile hakim durumlarını kötüye kullandıkları ve küçük ölçekli gazete yayıncılarını zor durumda bıraktıkları iddia edilerek, gerçek satış fiyatı üzerinden gazete satımına yönelik tedbir talebinde bulunulmuştur.

Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Hakim Durumun Tespiti

4054 sayılı Kanun'un 3 üncü 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. Dolayısıyla hakim durumun tespitinde dikkate alınması gereken unsurlar ekonomik güç, bağımsızlık ve ekonomik gücün devamlılığıdır.

Bu çerçevede yapılan analizde kullanılabilecek kriterlerden birisi, teşebbüsün pazarda sahip olduğu paydır. Pazar payının hesaplanmasında ise, öncelikle ilgili ürün pazarlarındaki gazetelerin net satışlarının dikkate alınması gerekmektedir. Aşağıdaki tabloda, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren gazetelerin Mart-Mayıs 2000 döneminde gerçekleşen pazar paylarına yer verilmiştir. Doğan ve Bilgin gruplarının birden fazla gazete yayınladıkları gözönünde bulundurularak ekonomik birlik kavramı gereğince pazar payları grup bazında hesaplanmıştır

GRUP BAZINDA PAZAR PAYLARI, MART-MAYIS 2000			
	MART	NİSAN	MAYIS
DOĞAN (Hürriyet, Milliyet, Posta)	...		
BİLGİN (Sabah, Yeni Binyıl)	...	...	...
UZAN (Star)	...	...	...
ÇUKUROVA (Akşam)	...	...	...
OLAY	...	...	...
BURSA 2000	...	...	...
BURSA HABER	...	...	...

Tablodan görüldüğü üzere ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren grupların pazardaki payları birbirine yakındır ve incelenen dönemde pazar payı en büyük grup sırasıyla %35,2, %37,7 ve %28,5 ile Doğan grubudur. Bu grubu Bilgin ve Uzan grupları ile Olay gazetesi takip etmektedir. Yine tablodan görülebileceği üzere, pazar paylarının büyüklüğü ve bu kriterle göre grupların sıralaması, dönemler itibarıyla gazete fiyatlarındaki değişikliklere bağlı farklılık göstermektedir. Sonuç olarak, yukarıda yer verilen pazar payı büyüklüklerinden, şikayete konu gruplardan hiç birinin tek başına hakim durumda olmadığı anlaşılmaktadır.

Birlikte hakim durum ise, bir anlaşma ile, birlikte davranış ile ya da pazarın özellikleri gereği ortaya çıkabilir. Şikayet başvurusunda birlikte hakim durumda oldukları iddia edilen Doğan, Bilgin grupları ile Olay ve Bursa 2000 gazetesinin pazar payları toplamı Mart ayında % 72,6 Nisan ayında %78,6 ve Mayıs ayında % 68,3 şeklinde gerçekleşmiştir. Dört grubun pazardaki toplam payının yüksek olması nedeniyle hakim durum kriterlerinden birisi olan ekonomik gücün var olduğu ileri sürülebilirse de, pazar payı büyüklüğü hakim durum analizi açısından tek başına yeterli değildir. Gazete fiyatlarında meydana gelen değişikliklere paralel olarak gazetelerin/grupların pazar payları da değişmektedir. Bu nedenle, ilgili pazarda hakim durum kriterlerinden ikincisi olan ekonomik gücün sürekliliği söz konusu değildir.

Diğer taraftan, pazarın yapısı genel olarak incelenecek olursa, pazarda yer alan toplam yedi aktörün dördünün tüm Türkiye’de, diğer üçünün ise sadece ilgili coğrafi pazarda faaliyet gösterdiği görülmektedir.

İlgili coğrafi pazarın Bursa olması ve Bursa 2000 ile Olay gazetelerinin yerel haberlerin yanı sıra ulusal ve evrensel haberlere de yer vermeleri nedeniyle, adı geçen gazeteler, diğer gruplar ile aynı ilgili ürün pazarında yer almaktadırlar. Ancak ulusal ve yerel gazetelerin fiyat belirleme politikaları birbirinden farklılık arz etmektedir. Zira ulusal gazeteler, sadece Bursa pazarında faaliyet göstermemekte, buna bağlı olarak da, fiyat belirlemeye ilişkin politikalarını tek bir yerel pazarı değil, tüm Türkiye pazarını göz önünde bulundurarak oluşturmaktadırlar. Nitekim, ulusal gazeteler Türkiye’nin her yerinde aynı fiyattan satışa sunulmaktadır. Diğer taraftan yerel gazeteler, fiyatlandırma politikalarını belirlerken ilgili coğrafi pazarda satışa arzedilen hem yerel hem de ulusal gazeteleri dikkate almak durumundadırlar. Bu nedenle iki farklı unsuru içeren bir yapıya sahip ilgili ürün pazarında, yerel ve ulusal gazeteler birlikte hakim durumda değildirler.

Sonuç olarak, yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, ilgili ürün pazarında 4054 sayılı Kanun’un 3 üncü maddesi kapsamında tek başına ya da birlikte bir hakim

durumun olmadığı kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla, şikayet dilekçesinde iddia edildiği üzere Kanun'un 6 ncı maddesi kapsamında bir kötüye kullanma davranışı bulunmamaktadır.

J- SONUÇ

Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Sabah Yayıncılık A.Ş., Bursa Gazetecilik ve Yayın A.Ş. ve Olay Basın Yayıncılık A.Ş.'nin fiyat indirimleri ile birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddiasına yönelik önaraştırma yapılmasına gerek bulunmadığına; şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.



KARAR: 16 BİMAŞ/CİNE 5 KARARI

REKABET KURULU KARARI

Dosya No : 1-Ö.G.-98/8 (SORUŞTURMA)

Karar No : 99-46/500-316

Karar tarihi: 11.10.1999

HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR

1. Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.

2. Türkiye Futbol Federasyonu

A- İDDİALARIN ÖZETİ

E- 1. Şikayet Başvurusunda İleri Sürülen Hususlar

Rekabet Kurumu kayıtlarına 17.02.1998 tarihinde intikal eden BİMAŞ Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. (BİMAŞ) vekili Av. Gülüzar IRMAK'ın başvurusunda;

- Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Kuruluş ve Görevleri Hakkında 3813 sayılı Kanun'un 29. maddesinin TFF'ye spor kulüplerinin yayın kuruluşlarıyla yaptıkları sözleşmelerin onaylanması görevini verdiği, TFF'nin bu yetkiye dayanarak ve hakkını kötüye kullanarak kulüpler adına ihale düzenlediği,
- Cine 5 ile diğer televizyon kanallarının TFF'nin açtığı ihaleye yalnız Cine 5'in katılmasına ilişkin sözleşme imzaladıkları, ihalede rekabet etmemeyi öngören bu sözleşme sayesinde Cine 5'in girdiği ihaleyi kazandığı ve 29.05.1996 tarihinde imzalanan sözleşmeyle (Havuz Sözleşmesi) üç yıllık süre için Türkiye 1. profesyonel futbol ligi karşılaşmalarını naklen yayınlama hakkını TFF'den devraldığı,
- rekabetsizliği tesis eden anlaşmanın, tarihi 05.11.1997 tarih ve 1997/5 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği öncesindeki bir tarihe isabet etmesine karşın, etkisini fiilen ve hukuken sürdürdüğü,
- Cine 5'in ilgili hizmet piyasasında %100 paya sahip olduğu,
- TFF'nin ayrıca ilgili piyasayı oluşturan "futbol müsabakası" ile ilgisi olmadığı halde, başka piyasalar niteliğinde olan "stad içerisindeki haber ve magazin görüntüleme faaliyetlerini" de sözleşme kapsamına aldığı, böylece ilgili hizmet piyasasında mutlak hakim konuma sahip olan Cine 5'in bu hakimiyetini başka hizmet piyasalarına da yansıttığı ve rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkardığı,
- rekabeti önleyen bu süreçten, müsabakalarının naklen yayın hakları münferiden kendilerine ait olan bazı futbol kulüplerinin, bu kulüpler ile anlaşma yapamayan yayıncı teşebbüslerin ve kamuoyunun zarar gördüğü,
- TFF'nin; kulüplerin, başka yayın kuruluşları ile anlaşarak karşılaşmalarını bu yayın kuruluşlarının kanallarından yayınlamalarını önlemeyi ve bu konuda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile işbirliği yapmayı kabul ettiği sözleşme maddesinin, Cine 5'in ticari faaliyet alanına başka teşebbüslerin girmelerine doğrudan engel olma amacını taşıdığı ve Kanun'un 6 ncı maddesinin (a) bendine uyduğu,

- Ayrıca bu maddenin tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ve teknik gelişmenin kısıtlanması sonucu doğurması nedeniyle Kanun'un 6 ncı maddesinin (e) bendine uyduğu,

- Cine 5'in tüm sözleşme süresini kapsayan dönem için Türkiye 1. profesyonel futbol ligi karşılaşmalarının televizyondan yayınlanmasında tek yayıncı sıfatını kazandığı, 1997/3 sayılı Tebliğ ile TFF'nin Cine 5'i 'tek yayıncı' ihdas etmesine imkan tanınsa dahi, anılan sözleşme hükmünün aynı tebliğin 6 ncı maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan fiili durumu yarattığı, bu nedenle Kanun'un 13 üncü maddesine dayanarak ilgili Tebliğ ile sağlanan muafiyetin geri alınması gerektiği,

- Sponsorluk piyasasına yeni gireceklerin engellenmesi ve TFF tarafından arz edilen hizmetin tekrar arzına ilişkin şartlar ileri sürülmesi nedeniyle sözleşmenin sponsor seçimi ile ilgili maddesinin Kanun'un 4 üncü maddesinin (d) ve (f) bentlerine uyduğu,

- Sözleşmede kazanılan naklen yayın hakkının Türkiye içinde ya da dışında, yerli ya da yabancı, özel ya da resmi yayın kuruluşlarına tamamen veya kısmen devri veya satılması yasaklandığından, ilgili sözleşme maddesinin, arz edilen bir hizmetin tekrar arzına ilişkin koşullar ileri sürülmesi ve alternatif temin kaynaklarının kısıtlanması nedeniyle, Kanun'un 4 üncü maddesinin (d) ve (f) bentlerine uyduğu,

- Sözleşmede haber amaçlı da olsa hiçbir televizyon kamerasının stadlara giremeyeceği öngörüldüğünden, bir pazarda mutlak hakim durumda olan Cine 5'in, hakimiyetinin yaratmış olduğu ticari avantajdan yararlanarak, haber amaçlı görüntü yayınlama hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozduğu, bu maddenin aynı zamanda tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ve teknik gelişmenin kısıtlanması amacını taşıdığı ve bu nedenle de Kanun'un 6 ncı maddesinin (e) bendine uyduğu, ileri sürülerek, yukarıda ifade edilen konularda soruşturma kararı alınması,

- BİMAŞ A.Ş.'nin uğradığı ve uğrayabileceği ciddi zararlara karşı, Kanun'un 9 uncu maddesi uyarınca koruyucu nitelikte geçici tedbir kararı alınması,

- TFF ve Cine 5 hakkında Kanun'un ilgili maddeleri gereğince para cezası uygulanması talep edilmiştir.

E- 2. Soruşturma Açılmasına İlişkin Gerekçeler

Rekabet Kurulu'nun 28.05.1998 tarih ve 518-85 sayılı kararı ile,

- 3 yıl süre ile tek yayıncı ihdas etmek, havuz dışında bulunan kulüplerin diğer yayın kuruluşları ile anlaşmalarını engellemek ,

- diğer yayın kuruluşlarının haber amaçlı görüntü alma hakkını engellemek,

- haftada naklen 3 maç yayınlama sınırlaması ile tekrar arza ilişkin şartlar ileri sürmek,

- diğer yayın kuruluşlarının maçların yeniden yayını pazarına girişlerini engellemek,

- sözleşmenin alıcı konumundaki tarafı olan yayın kuruluşunun sponsor belirleme özgürlüğünü kısıtlamak ve TFF'nin sponsorluk sözleşmesi akdettiği teşebbüslerin rakibi olan teşebbüslerin yukarıda sözü edilen piyasaya girişlerini engellemek,

- naklen yayın devir yasağı getirmeksuretiyle rekabetin sınırlandırıldığı,

- bu nedenle sözleşmeye dayalı olarak yapılan uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (b), (c), (d) ve (f) bendleri ile 6 ncı maddesinin (a) bendi kapsamında olduğu,

- Cine 5'in "aynı nitelikteki 3 dakikalık haber amaçlı görüntüleri diğer yayın kuruluşlarına farklı fiyattan satışa arz ettiği, bu ayrımcı uygulamanın Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendinde belirtilen ihlale uygunluk gösterdiği gerekçeleriyle TFF ve Cine 5 hakkında soruşturma açılmıştır.

Soruşturma Cine 5'in Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendi kapsamında değerlendirilen eylemine ilişkin olarak yürütülmüştür.

E- 3. Hakkında Soruşturma Yürütülen Tarafların İddiaları

Soruşturmanın yürütülen kısmına ilişkin olarak hakkında soruşturma yürütülen taraflar, Kararın ilerleyen bölümlerindeki savunmalarında açıklandığı üzere, 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediklerini iddia etmişlerdir.

RAPORTÖR GÖRÜŞÜ

Cine 5 tarafından uygulanan gelir kriterine bağlı fiyatlandırmanın, aynı malı, aynı miktarda, aynı ödeme ve teslim koşulları ile satın almak isteyen alıcılardan bir kısmını diğerlerine göre rekabette dezavantajlı hale getirmesi ve daha fazla ödeme gücü olan alıcılara yüksek fiyatla satış ile daha fazla gelir elde etme amacını taşıması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendi kapsamında olduğu, bu nedenle aynı Kanun'un 16 ncı maddesi gereğince idari para cezası uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H- 1. İlgili Pazar

H- 1. 1. İlgili Ürün Pazarı

Dosya konusu olayda iki ilgili ürün pazarı belirlenmiştir.

- 1- Türkiye 1. profesyonel futbol ligi spor kulüpleri maç yayın hakları pazarı
- 2- Türkiye 1. profesyonel futbol ligi karşılaşmaları görüntüleri pazarı

Ayrıca ilgili ürün pazarlarında doğrudan etkisini doğuran Cine 5 ile TFF arasında akdedilen bu sözleşme nedeniyle Televizyon Yayıncılık Pazarının dolaylı olarak etkilendiği belirlenmiştir.

Sözleşmenin konusunun, 1. profesyonel futbol ligi spor kulüpleri maç yayın hakları ile sınırlı olması ve ülkemizde televizyon kanallarından yayınlanan futbol müsabakalarının 1. lig müsabakaları ile sınırlı olmaması; ilgili ürünün tespit edilebilmesi için 1. lig kulüpleri yayın hakları ve bu karşılaşmalara ilişkin görüntüler ile diğer ligler veya organizasyonlarda bulunan kulüplerin yayın haklarının ve bu karşılaşmalara ilişkin görüntülerin ikame edilip edilemeyeceği incelemesinin yapılmasını gerektirmektedir.

- Müsabakaların Devamlılığı Açısından

Türkiye 1. futbol ligi, 18 spor kulübünün futbol takımlarının katılımıyla oluşan ve 2 ayrı devrede toplam 34 hafta süren bir mücadeleyi ifade etmektedir. 1. ligde yer alan bir futbol takımı olağanüstü bir durum olmadıkça 34 haftanın hepsinde maç yapma hakkına

sahiptir. Bu takımın ligdeki başarı grafiğinin düşük olması maç yapma hakkına halel getirmemekte, aynı şekilde takımın başarı grafiğinin yüksekliği de takıma fazladan maç yapma hakkı vermemektedir. Lig organizasyonunda, hangi takımın sezonu kaçınıcı sırada bitireceği sadece bu takımın kendisinin, diğer takımlarla yapacağı maçların sonucuna değil, ligdeki her bir takımın ayrı ayrı diğer takımlarla yapacakları maçların sonuçlarına da bağlıdır.

Diğer organizasyonlar veya sair maçlar liglere göre elenme, daha kısa süreli olma, bir defaya mahsus olma gibi nedenlerden dolayı farklılık göstermektedir. Örneğin jubile maçları, dostluk maçları gibi müsabakalar; bir defaya mahsus olma, devamlılık arzetmeme, arizi olma gibi organizasyonun kendine has özelliklerinden dolayı yayıncıların gözünde ligden ayrılmakta ve seyirciler açısından da bu müsabakaların verdiği heyecanın süreklilik arzetmemesi nedeniyle oynanan müsabakalar uzun süreli bir mücadeleyi ve buna bağlı olarak uzun süreli bir heyecanı ifade eden 1. ligden ayrılmaktadırlar.

- Yayın Haklarının Yayıncı İçin Taşıdığı Risk Açısından

Futbol maçlarına ilişkin yayın haklarını talep eden yayıncılar gözünde ligler, diğer organizasyonlara göre yukarıda yer verilen sebeplerden dolayı daha az risk taşımaktadır. Zira yayıncılar açısından lig maçlarının yayın hakları 34 hafta sürecek bir yayını ifade etmektedir. Buna göre yayıncılar geleceğe yönelik yayın program akışını daha güvenli bir şekilde düzenleyebilmektedir. Oysa lig harici organizasyonlarda müsabakalar, eleme usulü ile oynanmaktadır. Dolayısıyla yayın hakkı satın alınan takımın bir üst tura yükselip yükselmeyeceği, bir başka deyişle, elenip elenmeyeceği konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Bu nedenle lig müsabakalarının yayın hakları; yayın kuruluşları açısından, diğer organizasyonların yayın haklarından farklılık göstermektedir.

- Yayıncı/ Reklamveren İlişkisi Açısından

Yayıncı kuruluşların en büyük gelir kaynağını televizyon kanallarında yayınlanan reklamlardan elde edilen gelirler oluşturmaktadır. Reklamverenlerin kanal tercihinde en fazla etkisi olan kriter ise, televizyon kanallarının izlenme oranlarıdır. Zira reklamın en fazla izlenen kanalda yayınlanması halinde en yüksek sayıda izleyiciye ulaşabilecektir. Futbol müsabaka görüntülerinin ve özellikle 1. lig müsabakalarının futbolseverleri ekran başına çekme hususunda önemli bir yeri olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle yayın kuruluşları izlenme oranlarını arttırmak, dolayısı ile reklam gelirlerini arttırmak için bu müsabakaları yayınlamak istemektedirler.

Sonuç olarak ürünün niteliği, teknik özellikleri ve kullanıcı (izleyici/reklamveren) tercihleri açısından gerek 1. lig karşılaşmaları yayın haklarının, gerekse bu karşılaşmalara ilişkin görüntülerin diğer karşılaşmalar yayın hakları ve görüntüleri ile ikame edilebilirliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, ilgili ürün pazarının 1. lig karşılaşmaları ile sınırlandırılması gerekmektedir.

H- 1. 2. İlgili Coğrafi Pazar

Türkiye 1. profesyonel futbol ligi maçları Türkiye sınırları içinde gerçekleştirilen etkinliklerdir. Buna bağlı olarak maçların televizyondan yayınlanması anlamındaki televizyonculuk faaliyeti de aynı sınırlar içinde yürütülmektedir. 1996-1997 Yayın Talimatı'nın 7 nci maddesinde, kulüplerle yayın sözleşmesi imzalayan yayın kuruluşlarının, teknik zorunluluklar dışında hiçbir şekilde TFF yetki alanı dışına yayın yapmamayı taahhüt ettikleri ifade edilmektedir. Bu yetki alanı ise, Türkiye'dir.

Yayın haklarını talep eden yayın kuruluşlarının bu yayın haklarını devralmalarının ertesinde ulaşmak istedikleri kişiler, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikamet eden kişiler, yayın haklarını devralan yayın kuruluşlarında ve/veya bu görüntüleri yeniden yayınlayan televizyon kuruluşlarında reklam yayınlamak isteyen reklamverenlerin de ulaşmak istedikleri hedef kitleleri yine aynı sınırlar içinde ikamet eden kişilerdir. Bu nedenle gerek hukuki sınırlamalar, gerekse hakları talep eden kişilerin tercihleri bakımından Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Spor Kulüpleri Maç Yayın Hakları Pazarı ve Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmaları Görüntüleri Pazarının coğrafi sınırları Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir.

H- 2. Yapılan Tespitler

H- 2. 1. Hakim Durum Tespiti

- Havuz sözleşmesinin konusunu "... Türkiye profesyonel 1. lig maçlarının, her hafta oynanacak 9 maçından 3 adedinin yurt içine canlı yayın ve kalan maçlarının yurt içinde ya da yurt dışında banttan veya özet olarak yayın hakkının Cine 5'e devri" oluşturmaktadır.

- Sözleşme ile TFF, kulüplerin başka yayın kuruluşları ile anlaşarak 1. lig maçlarını televizyondan yayınlamalarını önlemeyi, bu konuda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile işbirliği yapmayı taahhüt etmiştir.

- Sözleşmede yayın hakkını devralmış yayın kuruluşunun dışında haber amaçlı da olsa hiç bir televizyon kuruluşunun kamerasının stadlara giremeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, Sözleşme maddeleri uyarınca, Cine 5, 1. lig karşılaşmalarını doğrudan kaydedebilen tek yayın kuruluşudur.

- Sözleşmede canlı yayın hakkının Türkiye içinde ya da dışında, yerli ya da yabancı özel ya da resmi televizyon kuruluşlarına tamamen veya kısmen devrinin veya satılmasının geçersiz olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca sözleşme maddesinde, böyle bir durumun varlığı halinde, TFF'nin sözleşmeyi hiçbir merasime gerek olmaksızın tek taraflı olarak fesh edeceği ve yayın kuruluşunun da 50.000.000 ABD doları cezai şart ödeyeceği belirtilmiştir. Buna karşılık yayın kuruluşu, sözleşmeye konu maçları gerek yurt içinde gerek yurt dışında herhangi bir yayın kuruluşuna bant yayını veya özet yayın kapsamında satıp devredebilecektir. Dolayısıyla Cine 5, sözleşme kapsamındaki maçları canlı yayınlayabilecek tek kuruluş olmasının yanısıra özet ve bant yayın haklarının devri için başvurulabilecek tek kaynaktır.

- Cine 5 ile diğer yayın kuruluşları arasında haber amaçlı görüntü temini konusunda akdedilen anlaşmalar ile görüntüleri temin eden yayın kuruluşlarına satış, kiralama, devir yasağı getirilmesi ve bu yayın kuruluşlarından hangi amaçla olursa olsun başka bir televizyon kanalında yayınlamayacakları taahhüdünün alınması, Cine 5'in bu konumunu daha da güçlendirmiştir.

- Dolayısıyla, yayın kuruluşlarının Cine 5'ten başka bir yayın kuruluşundan görüntü temin imkanı bulunmamaktadır. Cine 5, 1. lig karşılaşmaları görüntülerinin alım satımının yapıldığı "Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmaları Görüntüleri Pazarı" nda sözleşme süresince tek sağlayıcı, başka bir ifade ile tekel konumundadır.

GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi ile bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının yasak ve hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır.

6 ncı maddenin (b) bendinde ise, eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması kötüye kullanma halleri arasında sayılmıştır. Bir başka deyişle, ticarete eşit şartlara sahip teşebbüsler arasında farklı koşullar uygulayarak bu teşebbüsleri rekabette dezavantajlı duruma getirmek yasaklanmıştır.

Soruşturma kapsamında değerlendirilen husus, hakkında soruşturma yürütülen Cine 5 tarafından, eşit konumdaki alıcılara eşit edimler için farklı fiyat uygulanmasıdır.

Arz ve talebe bağlı olarak fiyatta değişikliğin meydana gelmesi piyasa ekonomisinin işleyişi açısından doğaldır, hatta bazen kaçınılmazdır. Birçok piyasa faktörüne bağlı olarak aynı ürünün farklı fiyatla satışı yapılabilmektedir. Çabuk bozulan bir malın kısa zamanda satılmasının zorunlu olması durumunda malın satışını kısa sürede gerçekleştirmek için satıcının fiyatları düşürmesi gerekebilmekte veya stok fazlası, teknolojik yenilikler nedeniyle malın fiyatı düşürülmek veya yükseltmek istenebilmektedir. Dolayısıyla, her fiyat farklılaştırması, ayrımcı uygulama teşkil etmemektedir.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün ayrımcı uygulamalarının rekabeti sınırlayıcı olarak nitelendirilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

- 1- Ayrımcı uygulamada bulunulan teşebbüsler birbirinin rakibi olmalıdır.
- 2- Uygulama alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmelidir.
- 3- Eşit olmayan ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması, Rekabet Hukuku açısından fiyat ayrımcılığı değildir. Ticari işlemlerin eşit olup olmadığının tespitinde kullanılan kriterler ise şunlardır:

- 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 koşulların eşit olup olmaması.

Cine 5 tarafından uygulanan fiyatlandırma sisteminde yukarıda yer verilen kriterlerin dikkate alınmadığı ve reklam gelirine dayalı fiyatlandırmanın objektif olmaktan uzak olduğu, bu eylemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6 ncı maddesinin;

"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" şeklindeki genel hükmünü ihlal eder nitelikte olduğu ve özellikle de ;

"Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapması" hükmünü içeren (b) bendine uygunluk gösterdiği, bu nedenlerden dolayı, Cine 5'in 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılması gerektiği görüşüne ulaşılmıştır.

I- SONUÇ

Yürütülen Soruşturmanın "fiyat ayrımcılığı" konusuna ilişkin yönüyle karara bağlanmasına,

Cine 5'nin, "üç dakikalık haber amaçlı görüntü kasetlerinin" temini konusunda eşit konumda olan yayın kuruluşlarına farklı fiyat uygulamasının, 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendinde tanımlanan "eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması" fiiline uygunluk gösterdiğine ve bu nedenle Kanun'un 6 ncı maddesinin ihlal edildiğine OYBİRLİĞİ ile,

Cine 5 hakkında uygulanacak para cezasının belirlenmesinde, 1997 yılı net satışları üzerinden hesap edilen gayri safi gelirinin esas alınmasına ve 4054 sayılı Kanun'un 16 maddesinin 2 nci fıkrası gereğince takdiren 49.387.577.457.- TL idari para cezası ile cezalandırılmasına OYÇOKLUĞU ile,

Danıştay yolu açık olmak üzere şikayetçiye ve soruşturma kapsamındaki teşebbüslere tebliğine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARAR 17: ŞEKER KARARI

REKABET KURULU KARARI

Karar No : 78/603-113

Karar Tarihi: 13.08.1998

Taraflar:

- Şikayette Bulunan: Amasya Şeker Fabrikası A. Ş. (Amasya)

- Muhatap :Türkiye Şeker Fabrikaları A. Ş. (Ankara)

Dosya Konusu: Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

Raportörlerin Görüşü: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinin ihlal edilip edilmediğine yönelik bir önaraştırma yapılmasına gerek olmadığı.

KARAR

Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiğine ilişkin olarak Kurum kayıtlarına 15.06.1998 tarih, 1694 sayı ile intikal etmiş olan Amasya, Kayseri ve Konya Şeker Fabrikaları yetkililerinin şikayeti üzerine, Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği'nin 55/1'inci maddesi uyarınca, Raportörler Çiğdem DEMİREL, Mehmet YANIK ve Abdulgani GÜNGÖRDÜ tarafından yapılan ilk inceleme sonucu düzenlenen 10.08.1998 tarih, D3/1/M.Y.-98/1 sayılı İlk İnceleme Raporu'nu içeren 12.08.1998 tarih, REK.0.07.00.00/1 sayılı Başkanlık önergesi, 78 sayılı Kurul toplantı gündeminin 3'üncü sırasında ele alınmıştır.

Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. (TÜRKŞEKER)'nin, %80 üretim payı ile kuruluşundan bu yana pazarda hakim durumda olduğu, TÜRKŞEKER'in müşteri ve rakiplerinden bağımsız davranarak şekerin satış koşullarını belirlediği, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de belirlenen "piyasa şartlarına göre fiyat belirleme kurallarını" gözardı ettiği, karlılık ve verimlilik esaslarına göre çalışmadığı, maliyetlerin altında satış yaptığı; Amasya Kayseri ve Konya Şeker Fabrikaları'nı zor durumda bıraktığı, piyasa dışına ittiği ve böylece hakim durumunu kötüye kullandığı hususları, sözkonusu başvurudaki iddiaların özetini oluşturmakta olup TÜRKŞEKER'in hakim durumunu kötüye kullandığının tespit edilmesi ve iddiaya konu yasa ihlalinin önlenmesi, dosya konusu başvuru ile istenmektedir.

İlk İnceleme Raporu'ndaki bilgi/belgelerin değerlendirilmesi ve yapılan görüşmeler sonucunda;

Amasya Şeker Fabrikası, Konya Şeker Fabrikası ve Kayseri Şeker Fabrikası tarafından şikayet edilen Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin %.... oranındaki pazar payı ve kanunen sahip olduğu münhasır hakları ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi anlamında ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu; ancak bir KİT olan Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin ilgili pazardaki faaliyetlerini, özellikle şekerpancarı alış fiyatını ve şeker satış fiyatını serbestçe belirleyememekte olduğu; şirketin bu faaliyetlerinin, kamu yararı gözetilerek, kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile ve 4054

sayılı Kanun anlamında birer “teşebbüs” olmayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından belirlenmekte olduğu şeklindeki tespitler çerçevesinde, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili 6’ncı maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik bir önaraştırma yapılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.



KAYNAKLAR

AKINCI Ateş, Rekabet Kurulu Teşkilatı, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslar arası Sempozyum, İstanbul 1993, s.60-67

AKINCI Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara 2001,

AKINCI Müslüm, Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurulu, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, Sayı:5, Ocak-Şubat-Mart 2001, s.3

ANIK Gülgün, AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Yıl:1,Cilt:1,Sayı:3,s.103

ASLAN İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2001

ASLAN İ.Yılmaz, Avrupa Rekabet Hukuk Mevzuatı (Çeviri), Rekabet Kurumu Yayını, 1998

ASLAN İ.Yılmaz, AT Rekabet hukukunda “İhtiyati Tedbir”, İktisat ve Maliye, Cilt:xxxvi, Sayı:9, Eylül 1989, s.365 v.d.

ASLAN İ.Yılmaz, AET Rekabet Hukukunun Kaynakları, İktisat ve Maliye, Cilt:36,Sayı:1,s.15 v.d.

ASLAN İ.Yılmaz, Hakim İşletmelerin Durumlarını Kötüye Kullanmaları, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları ve Hukuk Düzenleri ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, Uluslar arası Sempozyum, İstanbul 1993

ASLAN İ.Yılmaz, Rekabet Kurulunun “BİAK” Kararı Üzerine Düşünceler, Rekabet dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Rekabet Kurumu Yayını, s.3 v.d.

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

AŞÇIOĞLU ÖZ Gamze, AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No:0041, Aralık 1999, s.79 v.d.

AŞÇIOĞLU ÖZ Gamze, Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Ve Birleşme Ve Devralmaların Kontrolü, Rekabet Kurumunun 2 inci Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Rekabet Hukuku Ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s.20/107

ATİYAS İzak, Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Rekabet Kurumu Yayını, Mart 2000, s.25-46

ASLAN Zehrettin/KAHRAMAN Berk, Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev Ve Yetkileri İle Yargısal Denetimi, İstanbul 2000

BADUR Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi No:6, Ankara 2001

BUDAK Ali Cem, Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, Uluslar arası Sempozyum, İstanbul, 11-12 Mart 1993, s.127 v.d,

CANSEN Ege, Firmaların Fiyatlandırma Kararlarına Oyun Teorisi Açısından Bir Yaklaşım, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No:0065, Ankara Ekim 2000, s.25 v.d.

ÇAMLICA Bülent, Rekabet Kurumunun Devlet Ekonomisi Uygulamalarındaki Profili Üzerine Bir Eleştiri, Rekabet Bülteni, ESC Yayınları, Yıl:2001, Sayı:4, s.7

DURUKAN Tülin, Kapitalistleşme Sürecinde Sanayileşme-Yoğunlaşma İlişkisi ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Kitap No:16, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara Haziran 2001

EROĞLU Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İzmir 2000

ERSİN Mehmet Akif, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayını, Cilt:4, Ankara 12-16 Ocak 2000, s.539

ESİN Arif, Rekabet Hukuku, İstanbul 1998

ESİN Arif, ATAD Kararları Ve Açıklamaları, Türkiye 1 inci Uluslar arası Rekabet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 5-6 Ekim 1996

GÜL İbrahim, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000

İNAN Nurkut, Birleşme Ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, "Bağımsız Teşebbüs Kavramı" Rekabet Bülteni, ESC Yayını, Sayı:2, s.18

İNAN Nurkut, Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinler İle İlişkisi, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No:0039, Ekim 1999, s.12 v.d.

İNAN Nurkut, Türk Rekabet Kanun Tasarısının Birinci Bölümü, AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzenleri Ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı ,Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993

KUNTALP Erdem/ÖZDEMİR Ali Murat/ARIKEL Sülün, Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar, Perşembe Konferansları, Rekabet kurumu Yayını, Ocak-Şubat-Mart 2001, Sayı:5, s.3

ÖZOĞUZ Salih, "Makale" Rekabet Bülteni, ESC Yayını, Sayı:5, Yıl:2001,s.18

ÖZSUNAY Ergun, Satıcılara Yeniden Dışsatım Yasağı Öngören Dağıtım Sözleşmeleri İle AET'deki Rekabet Düzeninin Bozulması, "BMW Belçika Ve Diğerleri" AET Komisyonu Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, İktisat Ve Maliye, Cilt:xxviii, Sayı:10, s.417 v.d.

PARASIZ İlker, Rekabet Ekonomisi Ve Düzenlemeler, Bursa 2001

SANLI Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler Ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000

SENYÜCEL Orçun/AKTAŞ Cihan, İlgili Pazar Kavramı, Rekabet Dergisi , Rekabet Kurumu Yayını, Cilt:1, Sayı:2, s.37

TAN Turgut, Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu kuruluşlarının Faaliyeti, Rekabet Dergisi, Rekabet kurumu Yayını, Cilt:1, Sayı:4, s.3

TAYLAN ÇAMLİBEL Esin , Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel ithalatın Önlenmesi, Ankara 2001

TEKDEMİR Yaşar, Rekabet Hukuku Işığında “Birlikte Hakimiyet” Kavramı Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet kurumu Yayını, Sayı:4,s.67

TİRYAKİOĞLU Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997

TÜRK Hikmet Sami, Sosyal Piyasa ekonomisinde Rekabet Düzenlemesi, Batider, Cilt:xiii, Sayı:2,s.119 v.d.

TÜRKKAN Erdal, Rekabet Teorisi Ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001

YURTTAN Sibel, **ABALI Seçil**, Türk Rekabet kurulu Uygulamaları Açısından Hakim Durum, Rekabet Bülteni,ESC Yayını, Sayı:6, s.16

ZUVİN Serap, **İŞMEN Tolga**, Rekabet hukukunda İlgili Pazar kavramı, Rekabet Bülteni, ESC Yayını,Sayı:6,s.16

TEKİNALP Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, 2 inci Bası, İstanbul 2000

TEKİNALP Ünal, AET Anntlaşmasının 85 ve 86 ıncı Maddeleri Anlamında “İŞLETME” Kavramı, İktisat Maliye, Cilt:26,s.452 v.d.

TEKİNALP Ünal, AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme Kavramı (II) (Chiquita Kararı) ,İktisat ve Maliye, Cilt:26, s.495 v.d.

Rekabet Hukuku Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, T.C.Başbakanlık DPT Müsteşarlığı Yayını, 1994

Avrupa Birliğinde Rekabet Politikasının Esasları, İstanbul ticaret Odası Yayını, 1996

AnkaraBarosu Hukuk Kurultayı 2000, 12/16 Ocak 2000 Ankara, Cilt:4,s.537 v.d

Rekabet Kurumu 1.Yıllık Rapor, Ankara 2000