

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**REKABET HUKUKUNDA ÖZELLİKLE
DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMA
NİTELİĞİNDEKİ DAVRANIŞLAR İLE HÂKİM
DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**

Hazırlayan
Gözde PİŞKİN

2501111204

Tez Danışmanı
Doç. Dr. N. Füsun NOMER-ERTAN

DÜZELTİLMİŞ TEZ

İstanbul 2015



YÜKSEK LİSANS

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : GÖZDE PİŞKİN

Numarası : 2501111204

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : DOÇ.DR.FÜSUN NOMER ERTAN

Tez Savunma Tarihi : 03.07.2015

Tez Savunma Saati : 12:00

Tez Başlığı : REKABET HUKUKUNDA ÖZELLİKLE DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMA NİTELİĞİNDEKİ DAVRANIŞLAR İLE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR. MEHMET HELVACI		KABUL
2. DOÇ.DR.FÜSUN NOMER ERTAN		KABUL
3. DOÇ.DR.ALİ PASLI		—
4.YRD.DOÇ.DR.M FATİH ARICI		KABUL
5.YRD.DOÇ.DR.ELİFE AKİŞ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- YRD.DOÇ.DR.FATİH AYDOĞAN		KABUL
2- YRD.DOÇ.DR. İLHAN YİĞİT		—

DÜZELTME

“Rekabet Hukukunda Özellikle Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı yüksek lisans tezimiz, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’ne teslim edilmiş, jüri önünde savunulmuş ve tezimizin jüri tarafından oybirliği ile düzeltilmesine karar verilmiştir.

Savunma esnasında yapılan eleştiriler doğrultusunda düzeltilmesi gereken hususlar olarak; eksik olduğu düşünülen kaynaklar ve Rekabet Kurulu kararlarının tezimize işlenmesi istenmiş, tezimizin ikinci bölümüne “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz”un bağlayıcı olup olmadığına ilişkin açıklamalar yapılması istenmiş ve son olarak tezimizin “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Hukuki Sonuçları” başlıklı dördüncü ve son bölümünün tezden tamamen çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede özellikle eksik olduğu ifade edilen kaynaklar ve Rekabet Kurulu kararları tezimize işlenmiş, ikinci bölüme “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz”un bağlayıcılığına ilişkin bir başlık eklenmiş, dördüncü bölüm tamamen kaldırılmış, tezde bulunan ifade bozuklukları giderilmiş ve düzeltmeler sonuç bölümüne işlenmiştir.

Düzeltilme/Değiştirme/Değerlendirmeye tabi tutulan konular arasında (diğerlerinin yanında) özellikle şu hususlar bulunmaktadır:

- Kısaltmalar cetveline; **ECLR, GWB, Vol.** kısaltmaları eklenmiştir.
- Eski ve yeni metin on bir numaralı dipnotta geçen “Alman rekabet hukukunda” ifadesi “Alman rekabet kanununda” şeklinde değiştirilmiştir.
- Eski metin ve yeni metin dokuzuncu sayfasına %40 ila %50 arasında piyasa payına sahip bir teşebbüs için hâkim durum karinesinin devreye girmeyeceğine dair bir açıklama eklenmiştir.

- Eski metin on beşinci (yeni metin on altıncı) sayfada bulunan piyasa tanımı akademik bir dil kullanılmak suretiyle düzeltilmiştir.
- Eski metin on altıncı (yeni metin on yedinci) sayfada sözü edilen Rekabet Kurulu’nun ilgili piyasa tanımı yapmaması durumuna ilişkin olarak Kurul’un usul ekonomisi ilkesini uyguladığına dair bir açıklama eklenmiştir.
- Eski metin on yedinci (yeni metin on sekizinci) sayfada bulunan “dökümanlar” ifadesi “uzmanlık alanı” olarak değiştirilmiştir.
- Eski metin on sekizinci (yeni metin on dokuzuncu) sayfaya hem rekabet hukuku literatüründe tercih edilmesi hem de bizim kelime tasarrufu yapmak istememiz maksadıyla “mal ve/veya hizmet” ifadesi yerine “ürün” ifadesinin kullanıldığına ilişkin bir dipnot eklenmiştir.
- Eski metin yirmi ikinci (yeni metin yirmi üçüncü) sayfasına “etki prensibi” ne ilişkin açıklama eklenmiştir.
- Eski metin otuz ikinci (yeni metin otuz üçüncü) sayfaya, Rekabet Kurulu’nun hâkim durumun belirlenmesine ilişkin olarak benimsemiş olduğu piyasa oranının Alman Rekabet Kanunu’nda öngörülmüş olan hâkimiyet karinesi için gerekli olan piyasa payına oranla oldukça yüksek olmasının tarafımızca olumlu karşılandığına ilişkin bir açıklama eklenmiştir.
- Eski metin otuz yedinci (yeni metin otuz sekizinci) sayfada bulunan dipnota piyasaya giriş engellerinin olmadığı bir durumda, bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğuna kanaat getirilebilmesi için rekabetçi olmayan yani rekabet karşıtı piyasa davranışı sergilemesi gerektiğine ilişkin şahsi görüşümüz eklenmiştir.
- Tezimizin birinci bölümünün üçüncü kısmının uzun bulunan alt başlıkları kısaltılmış ve sadeleştirilmiştir.

- Eski metin elli yedinci (yeni metin elli sekizinci) sayfada sözü edilen bağımsızlık kriterine ilişkin olarak TTK m. 195'e ilişkin açıklama eklenmiştir.
- Eski metin altmışıncı (yeni metin altmış üçüncü) sayfaya RKHK m. 7 ile yasaklanmış bulunan birleşme ve devralmalar yoluyla hâkim duruma gelmenin rekabete aykırı olduğunu belirten ekleme yapılmıştır.
- Eski metin altmış birinci (yeni metin altmış sekizinci) sayfaya zorunlu unsura sahip bulunan hâkim teşebbüsün sözleşme yapma zorunluluğuna örnek teşkil eden bir Komisyon kararı eklenmiştir.
- Tezimizin ikinci bölümünün ikinci kısmında bulunan "Doktrin" başlığı "Doktrin ve Uygulama" olarak değiştirilmiş, "Hâkim Durum Kılavuzu" başlığının altına "Hâkim Durum Kılavuzunun Bağlayıcılığı" ve "Tanım" başlıkları eklenmiş, gerekli açıklamalar yapılmıştır.
- Tezimizin ikinci bölümünün dördüncü kısmında bulunan alt başlıkların bir bölümü sadeleştirilmiştir.
- Tezimizin ikinci bölümünün beşinci kısmının başlığı "Kötüye Kullanma Kavramına İlişkin Bazı Özellikler" yerine "Kötüye Kullanma Kavramına İlişkin Bazı Hususlar" şeklinde düzeltilmiştir.
- Tezimizin eski metninin ikinci bölümünde kullanılmış olan "Hâkim Teşebbüsün Özen Sorumluluğu" kavramının yerine hem yabancı hem Türk literatürü ve uygulamasında kullanılmakta olan "Hâkim Teşebbüsün Özel Sorumluluğu" kavramı tercih edilmiş ve eski metinde bulunan "özen sorumluluğu" ifadesi yeni metinde "özel sorumluluk" şeklinde değiştirilmiştir.
- Eski metin yüz kırk yedinci (yeni metin yüz elli birinci) sayfaya piyasaya giriş engellerine ilişkin açıklama eklenmiştir.
- Rekabet Kurulu'nun "Yemek Sepeti" ve "Tüpraş" kararları eklenmiştir.

Tezimize eklenen kaynaklar:

- Aslan, Yılmaz, “Türk Akaryakıt Dağıtım Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, (Çevrimiçi) <http://www.petder.org.tr/uploads/2013/05/f86f32c93b3969de7cc2dc2b6cf07332.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2015.
- Cass, Ronald A./Hylton,Keith N., “Antitrust Intent”, Harvard University John F. Kennedy School of Government RPP, (Çevrimiçi) <http://www.hks.harvard.edu>, Erişim Tarihi: 13.10.2014.
- Erol, Kemal, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Lisansüstü Tez Serisi No.1, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, **İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 10. Bs., Turhankitabevi, Ankara, 2014.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 9. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- Kendigelen, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bs., XII Levha, İstanbul, 2012.
- Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bs., Turhankitabevi, Ankara, 2014.
- Yasin, Melikşah, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Yengin, Halisan, “Ulusal Rekabet Hukuku Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasının Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkisi Üzerinde Etkisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 3, Yıl 2006, s. 963-984.
- Yıldırım, Turan v.d., **İdare Hukuku**, 2. Bs., XII Levha, İstanbul, 2011.

ÖZ

Rekabet Hukukunda Özellikle Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması- Gözde Pişkin

“Rekabet Hukukunda Özellikle Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı tezimizde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinde düzenlenmiş olan hâkim durumun kötüye kullanılması yasağının Rekabet Kurulu tarafından 29 Ocak 2014 tarihinde kabul edilmiş olan 14-29/609 sayılı “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz” çerçevesinde ve mehzaz düzenleme olan Lizbon Anlaşması hükümleri uyarınca irdelenmesi hedeflenmiştir.

Bu bağlamda tezin ilk bölümü hâkim durum kavramına ayrılmıştır. Bu bölümde hâkim durum kavramın tanımı, unsurları ve kavrama bağlanan sonuçlar mehzaz düzenlemeye yapılan atıflar ile detaylı olarak incelenmiştir.

İkinci bölüm kötüye kullanma kavramına ayrılmıştır. Bu bağlamda kavramın ne anlama geldiği, şartları ve türleri mehzaz düzenlemeye yapılan atıflar ile detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Tezimizin üçüncü ve son bölümünde ise dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanmaya ayrılmıştır. Bu kapsamda dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma şeklinde ortaya çıkan ve uygulamada en çok karşılaşılan örnek davranışlar tek tek ve mehzaz düzenlemeye yapılan atıflar ile detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hâkim durum, kötüye kullanma, birlikte hâkim durum, dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma, haklı gerekçe.

ABSTRACT

Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings- Gözde Pişkin

The purpose of this thesis is to analyze the prohibition of abusive conduct by dominant undertakings regulated under Article 6 of The Act on Protection of Competition No. 4054 within the frame of “Guidance on the Evaluation of Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings No. 14-29/609, which was published on January 29th, 2014 and Lizbon Treaty provisions.

In this contex, the first chapter covers the concept of dominant position. The definition and the elements of the concept and the results attached to it in The Act on Protection of Competition No. 4054 are examined by referring to the EU provisions.

The second chapter aims to understand the concept of abuse. In this regard, the meaning of the concept and its types are closely examined.

The third and the last chapter covers the abusive exclusionary conduct. In this regard, an elaborate research is conducted on analyzing the types of the abusive exclusionary conduct by referring to the EU provisions and legal doctrine.

Keywords: Dominant position, abuse, collective dominance, exclusionary conduct, objective justification.

ÖNSÖZ

Rekabet hukukunun oluşturulmasındaki asıl amaç piyasadaki rekabetin kurulması ve korunmasıdır. Serbest piyasa ekonomilerinde rekabetin böyle bir hukuk vasıtasıyla denetlenmesine ve kontrol altında tutulmasına ihtiyaç vardır. Bunun en önemli nedenlerinden birisi, bu ekonomilerde iktisadi güçleri sayesinde, piyasadaki diğer aktörlerden bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebilme kapasitesine sahip hâkim teşebbüslerin bulunmasıdır. Bu tür teşebbüslerin rekabete olan yahut olabilecek olan olası olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılabilmesi için dünya hukuk sistemleri hâkim durumun kötüye kullanılmasını ya da tekelleşmeyi yasaklama yoluna gitmişlerdir. Türk rekabet hukuku ise hâkim durumun kötüye kullanılmasını hukuka aykırı kabul etmiştir.

Rekabet hukukunun esasında rekabeti korumak amacını taşıdığı gerçeğinden hareketle tezimizde kötüye kullanma olarak sayılan davranışlardan doğrudan rekabeti hedef alan “dışlayıcı kötüye kullanma nitelikteki davranışlar” konu edilmektedir ve bu davranışların Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz uyarınca değerlendirilmesine çalışılmaktadır.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, son dönemde AB uygulamasında meydana gelen TFEU 102. maddesinin modernize edilmesi çalışmalarının Türkiye uygulamasındaki karşılığını temsil etmektedir. Bu açıdan dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlar ile hâkim durumun kötüye kullanılması konusu kanımızca önemli görülmüş ve bünyesinde reform niteliğindeki etki-bazlı yaklaşımı barındırması nedeniyle incelemeye değer bulunmuştur.

Rekabette çok çeşitli davranışlardan söz edilebilmektedir. Bu nedenle tezimizde, bunların yalnızca teorik olarak ele alınmasının kavramlara ışık tutmayacağı düşüncesiyle, teorik açıklamaların yanı sıra Rekabet Kurulu, Danıştay ve yetkili idare mahkemesi kararlarındaki örneklerle de yer vermeye çalışılmıştır.

Aynı zamanda rekabet hukukumuzun kaynağını oluşturması dolayısıyla AB mevzuatı ve uygulamasına atıf yapma ihtiyacı duyulmuştur.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda göreve başladığım ilk günden tezin tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde benden esirgemedikleri destekleri ve engin hoşgöröleri için İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyelerinden başta kürsü başkanımız Sayın Prof. Dr. Mehmet Helvacı, tez danışmanım Sayın Doç. Dr. N. Füsün Nomer-Ertan ve Sayın Doç. Dr. Ali Paşlı olmak üzere, tez jürimde bulunan ve çok kıymetli eleştirileri ile tezimin düzeltilmesine katkıda bulunan saygıdeğer hocalarım Sayın, Yard. Doç. Dr. M. Fatih Arıcı, Yard. Doç. Dr. Fatih Aydoğan ve Yard. Doç. Dr. Elife Akiş'e; her türlü zorluğumda yanımda olan ve yardımlarını hiçbir zaman eksik etmeyen kürsü arkadaşlarım ve sevgili dostlarım Araç. Gör. H. Onur Akay, Araç. Gör. İ. ağrı Zengin, Araç. Gör. Necdet Uzel ve Araç. Gör. F. Pelin Tokcan'a çok teşekkür ederim. Son olarak her türlü sıkıntımı ve mutluluğumu paylaşan, varlıklarını her zaman yanımda hissettiğim annem Aliye Pişkin ve babam Dr. Alper Pişkin'e teşekkür ederim.

Gözde Pişkin
İstanbul, 2015

İÇİNDEKİLER

DÜZELTME.....	i
ÖZ	v
ABSTRACT	vi
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR.....	xvi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİM DURUM

I. KAVRAM	4
II. TANIM.....	6
A. Genel Olarak	6
1. Hâkim Teşebbüs, Monopol ve Piyasada Lider Olma Ayrımı	11
2. Alıcı Hâkimiyeti	12
B. Unsurlar	13
1. Genel Olarak	13
a) Harvard Ekolü	13
b) Chicago Ekolü	14
2. (Belirli bir) Piyasa	15
a) Genel Olarak	15
b) İlgili Piyasa.....	15
(1) İlgili Ürün Piyasası	19
(2) Coğrafi Piyasa.....	22
(3) Dönemsel Piyasa.....	24

c) Temel İlkeler	27
(1) Talep İkamesi	27
(2) Arz İkamesi	28
3. Ekonomik Parametreleri Belirleme Gücü	29
a) Ekonomik Gücün Tespitinde Kullanılan Ölçütler	31
(1) Genel Olarak	31
(2) Niceliksel Ölçütler	31
aa. Teşebbüsün Piyasa Payı	31
bb. Piyasadaki Diğer Teşebbüslerin Sayısı ve Piyasa Payları	36
(3) Niteliksel Ölçütler	37
aa. Piyasaya Giriş (Piyasadan Çıkış) ve Piyasada Büyüme Engelleri.	37
(i) Doktrinde Giriş Engelleri	39
(ii) Uygulamada Giriş Engelleri.....	41
(iii) Ölçek Ekonomileri	43
(iv) Yarışmacı Piyasalar Yaklaşımı	45
bb. Alıcıların Gücü	47
(i) Genel Olarak	47
(ii) Kavram.....	48
(iii) Alıcı Gücünün Hâkim Duruma Etkisi	49
(iv) Alıcı Yoğunlaşması	50
4. Bağımsızlık	50
5. Devamlılık.....	51
III. BİRLİKTE HÂKİM DURUM.....	52
A. Genel Olarak	52

B. Kavram	52
1. Görüşler	53
a) RKHK 4. Maddesi İle 6. Maddesi Arasındaki İlişki	53
b) “Başkalarıyla Yapılacak Anlaşma/Birlikte Davranışların” Bir Unsur Yahut Kötüye Kullanmanın Bir Yolu Olarak Kabul Edilmesi Gerektiğine İlişkin Görüş.....	54
c) “Başkalarıyla Yapılacak Anlaşma/Birlikte Davranışların” Piyasa Yapısına İlişkin Bir Husus Olduğu Görüşü	55
2. Oligopol Problemi	56
C. Bağımsızlık Kriteri	58
IV. HÂKİM DURUMDA OLMANIN HUKUKİ SONUÇLARI	59
A. Hukuka Aykırılık Teşkil Etmemesi.....	59
B. Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	61

İKİNCİ BÖLÜM

KÖTÜYE KULLANMA

I. GENEL OLARAK	65
II. TANIM	67
A. Genel Olarak	67
B. Doktrin ve Uygulama	68
C. Hâkim Durum Kılavuzu	71
1. Hâkim Durum Kılavuzu’nun Bağlayıcılığı.....	71
2. Tanım	75
III. Pasif Kalma Yoluyla Kötüye Kullanma	77
IV. ŞARTLARI.....	77
A. Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüsün Davranışı.....	78

B. Rekabet Karşıtı Amaç Ve/Veya Etki.....	79
1. Amaç.....	79
a) Genel Olarak	79
b) Uygulamadaki Durum.....	81
2. Rekabetin Etkilenmesi.....	83
a) Genel Olarak	83
b) Rekabetin Etkilenmiş Olması.....	84
c) Rekabetin Etkilenme İhtimali.....	84
d) Etkinin Muhatabı	86
e) Uygulamadaki Durum.....	87
3. Nedensellik Bağı	89
4. Haklı Gerekçenin Bulunmaması	91
V. KÖTÜYE KULLANMA KAVRAMINA İLİŞKİN BAZI HUSUSLAR.....	91
A. Failin Kusurunun Aranmaması	92
B. Hâkim Teşebbüsün Özel Sorumluluğu.....	92
C. Failin Doğrudan Menfaat Sağlamamış Olması.....	95
D. Piyasadaki Diğer Aktörlerin Rızasının Bulunması	95
VI. TÜRLERİ	97
A. Dışlayıcı Nitelikte Kötüye Kullanma	99
B. Sömürücü Nitelikte Kötüye Kullanma	100
1. Aşırı Fiyat Uygulaması.....	101
2. Uygulamada Aşırı Fiyatlandırma Örnekleri.....	102
C. Ayrımcı Nitelikte Kötüye Kullanma: Fiyat Ayrımcılığı	105
1. Genel Olarak	108
2. Uygulamada Fiyat Ayrımcılığı Örnekleri.....	109

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DIŞLAYICI NİTELİKTE KÖTÜYE KULLANMA

I. GENEL OLARAK	111
II. KAVRAM	112
III. ÖRNEK HALLER	114
A. Genel Olarak	114
B. Sözleşme Yapmayı Reddetme	114
1. Genel olarak	114
2. Tanım	116
3. Sürekli Müşteri- Yeni Müşteri Ayrımı	118
4. Zorunlu Unsur Doktrini	120
5. İhlalin Tespiti Koşulları	126
a) Vazgeçilmezlik Koşulu	126
b) Alt Piyasadaki Rekabetin Ortadan Kalkması	128
c) Tüketici Zararı	129
C. Yıkıcı Fiyatlandırma	131
1. Genel Olarak	131
2. Tanım	132
3. Tespit edilmesi	133
4. Unsurları	136
a) İktisadi Üstünlük	137
b) Olağandışı Düşük Fiyat	137
c) Amaç	138
d) Giriş Engeli	139
5. Uygulamadan Yıkıcı Fiyat Uygulaması Örnekleri	140

D. Fiyat/Marj Sıkıştırması	143
1. Genel Olarak	143
2. Tespit Edilmesi.....	144
a. Teşebbüsün Yapısı.....	145
b. Ürünün Niteliği.....	145
c. Teşebbüsün İlgili Piyasa(lar)daki Konumu.....	145
d. Fiyatlar Arasındaki Marj	146
3. Uygulamadan Fiyat/Marj Sıkıştırması Örnekleri.....	146
E. Münhasırlık/ Tek Marka Anlaşmaları	148
1. Genel Olarak	148
2. Tespit Edilmesi.....	150
a. İncelenen Davranışın Kapsamı.....	150
b. Ticaretin Seviyesi	151
c. Piyasaya Giriş Engelleri.....	151
d. Hâkim Teşebbüsün Müşteriler İçin Önemi Ve Münhasırlık Süresi	151
3. Uygulamada Münhasırlık/Tek Marka Anlaşmaları.....	152
F. İndirim Sistemleri.....	155
1. Genel Olarak	155
2. Hedef İndirimi	158
a. Tek Ürün İndirimi.....	161
b. Paket İndirimi	162
3. Sadakat İndirimi	163
4. Uygulamada İndirim Sistemleri	164
G. Bağlayıcı Anlaşmalar	167
1. Genel Olarak	167

2. Paketleme Uygulamalarından Farkı	170
3. Unsurları	171
a) İki Farklı Ürünün Varlığı	172
b) Ürünlerin Bağlanması	172
c) Yeterli Ekonomik Güç	173
d) Anlaşmanın Rekabet Karşıtı Piyasa Kapama Etkisinin Muhtemel Olması	173
4. Uygulamada Bağlayıcı Anlaşma Örnekleri	174
IV. HAKLI GEREKÇE	177
A. Genel Olarak	177
B. Kavram	178
1. Nesnel Gereklilik.....	179
a) Oratılılık İlkesi	180
b) Uygulamada Orantılılık İlkesi Örnekleri	181
2. Etkinlik	182
C. Uygulamada Haklı Gerekçe Örnekleri	183
SONUÇ	187
KAYNAKÇA	193

KISALTMALAR

102. madde

Kılavuzu : Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, OJ C 45, 24.02.2009, p. 7-20, <http://eur-lex.europa.eu> (TFEU 102. maddenin Dışlayıcı Davranışlara Uygulanmasına Yönelik Öncelikler Kılavuzu)

AB : Avrupa Birliği

a.g.e. : adı geçen eser

a.g.m. : adı geçen makale

A.Ş. : Anonim Şirket

aş. : aşağıda

Bs. : Bası/Baskı

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK : 818 sayılı Borçlar Kanunu

Bkz./ bkz. : bakınız

C. : Cilt

CMLR : Common Market Law Review

E. : esas sayısı

Ed. : Editör

ECLR : European Competition Law Review

GWB : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Hâkim Durum

Kılavuzu : Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin

Kılavuz, Karar Sayısı: 14-05/ 97-RM (1), Kabul Tarihi:
29.01.2014, www.rekabet.gov.tr

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

İlgili Pazar

Kılavuzu : İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Karar Sayısı:
08-04/ 56-M, Karar Tarihi: 28.01.2008, www.rekabet.gov.tr

İYUK : 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

K : karar sayısı

Ltd. Şti. : Limited Şirket

MK : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu

ODM : Ortalama Değişken Maliyet

OECD : Organisation for Economic Co-Operation and Development
(İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı)

OJ : Official Journal (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi)

OKM : Ortalama Kaçınılabılır Maliyet

OTM : Ortalama Toplam Maliyet

par. : paragraf

p. : pages

RKHK : 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

s. : sayfa

S. : Sayı

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TFEU : Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326,
26.10.2012, p. 1-390, <http://eur-lex.europa.eu>

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

UDOAM	: Uzun Dönem Ortalama Artan Maliyet
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume (Sayı)
vs.	: ve saire
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda

GİRİŞ

Her geçen gün daha fazla küreselleşmekte olan Dünya ekonomisinde, müdahaleci yaklaşımlar yerini serbest piyasa ekonomisi düzenine bırakmaktadır. Rekabet ise serbest piyasa ekonomisi ile iç içe geçen bir kavramdır. Bu nedenle ekonomilerini serbest piyasa modeli üzerine kuran devletler, rekabet ortamını da hukuki yaptırımlarla düzenleme ihtiyacı hissetmişlerdir.

Rekabet hukuku, iktisat ve hukukun buluştuğu bir hukuk dalıdır. Esas itibarıyla iktisadi olayların temel alındığı bu disiplinin genel çerçevesini hukuk kuralları çizer. Bu nedenle rekabet hukukundaki temel kavramlar hukuk kavramlarına benzemekle birlikte, çoğu zaman anlamları ve içerikleri yönünden farklıdır.

Serbest piyasa ekonomisinin geçerli olduğu ülkelerde, rekabet hukukunun özel bir yeri ve önemi vardır ve bu ülkelerin hemen hepsinde hâkim durumda bulunma/hâkim durumunun kötüye kullanması yasaklanmıştır. Bunun nedeni büyük iktisadi güce sahip teşebbüslerin daha fazla güç ve kâr elde etmek için faaliyette bulundukları piyasalardaki rekabeti zayıflatma hatta tamamen ortadan kaldırma tehlikesinin bulunmasıdır. Piyasalardaki iktisadi güçlerin varlığı karşısında ise zayıfı güçlüye karşı koruyan bir hukuki mekanizmaya ihtiyaç vardır.

Türkiye’de 13 Aralık 1994’te yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Birliği rekabet hukuku model alınarak hazırlanmıştır. RKHK’nın yasaklayıcı olan hükümlerinden birisi de hâkim durumun kötüye kullanılmasının düzenlenmiş olduğu 6. maddesidir.

Kanımızca, rekabet hukuku uygulamalarının genel özelliği olmakla birlikte, bir olay/dava hukuku olmasının getirdiği belirsizlik olgusu kendisini en çok hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesinde göstermektedir. Bunun nedeni ise kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek uygulamaların bazı durumlarda rekabetin bir sonucu olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla çoğu zaman, hâkim teşebbüs tarafından sergilenen piyasa davranışlarının iktisadi analizlere başvurulmaksızın piyasadaki etkilerinin belirlenmesi mümkün olmamaktadır. Bu iktisadi bakış açısının gerekliliğinden olmalıdır ki 27 Nisan 2014 tarihinde “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma

Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz” yayınlanmıştır. Bu kılavuzda, Rekabet Kurulu rekabet karşıtı kötüye kullanma davranışlarının değerlendirilmesinde etki-bazlı yani iktisadi analizlere dayalı bir yaklaşımı benimsemiş olduğunu belirtmiştir.

Yaklaşık 20 yılı bulan bir uygulamanın sonunda dahi hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak, başta Rekabet Kurulu olmak üzere Danıştay ve yetkili idare mahkemelerinin bütüncül ve tutarlı bir duruş sergilediğini söylemek ise pek mümkün değildir. Bu durumun altında yatan en önemli etken ise 6. maddenin muğlak yapısı, üzerinde anlaşma sağlanmış belirli bir amacının olmaması ve maddedeki kötüye kullanma hallerinin sınırlı bir şekilde sayılmamış olmasıdır. Bu nedenle ilgili maddeye tabi teşebbüslerin uzun bir süredir rehbersiz bırakılmış oldukları söylenebilecektir. Özellikle de Rekabet Kurulu’nun 6. maddeyi nasıl anladığı ve nasıl uygulamayı planladığı bu kurallara tabi tüm teşebbüsler için büyük önem taşımaktadır. Anılan bu nedenlerle dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlar kavramı inceleme konusu olarak belirlenmiştir.

Çalışmamızda dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışların belirleyici unsurlarını, bunların hangi şartlarda hukuka aykırı sayıldıklarını, hangi şartlarda hukuka aykırılığın oluşmadığını ya da ortadan kalktığını Rekabet Kurulu’nun konuya ilişkin benimsemiş olduğu iktisadi analizlere dayalı etki-bazlı yaklaşımı değerlendirmeye alarak tespit etmeyi amaçlıyoruz.

Çalışmamızda yapacağımız incelemeler esas itibarıyla RKHK ve buna dayanılarak çıkarılan mevzuat ve Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde yapılacaktır. Fakat AB Komisyonu ve AB mahkemelerinin 50 yılı aşan deneyiminin Türkiye için yol gösterme potansiyeli taşıyor olması dolayısıyla çalışmamızda sık sık AB mevzuatı ve uygulamasından faydalanılacaktır¹.

¹ 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması’nda yapılan revizyon ile Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması), Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma olarak anılmaya başlamıştır. Lizbon Antlaşması ile aynı zamanda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Avrupa Adalet Divanı; İlk Derece Mahkemesi de Genel Mahkeme olarak yeniden adlandırılmıştır. Tezimizde Lizbon Antlaşması sonrası kullanılan isimlere yer verilmiştir. Roma Antlaşması’nın 86. maddesi 1999 yılında Amsterdam Antlaşması’yla yapılan düzenlemede 82. madde haline getirilmiş, Lizbon Antlaşması’yla yapılan revizyonla 102. madde olmuştur. Tezimizin

Dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışların sistematik bir şekilde değerlendirilebilmesi için tezimiz üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde hâkim durum kavramı ele alınmıştır. Bu kapsamda kavramın neyi ifade ettiği, unsurlarının neler olduğu, birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olması ve hâkim durumda olmaya bağlanan sonuçlar incelenmiştir. İkinci bölümde ise rekabet hukuku bakımından kötüye kullanma kavramının neyi ifade ettiği üzerinde durulmuş ve türlerine ilişkin bilgiler verilmiştir. Üçüncü ve tezimizin son bölümünde dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma davranışı konu edilmiştir. Bu bölümde dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma kavramının neyi ifade ettiği üzerinde durulmuş ve uygulamada en çok görülen haller detaylı bir şekilde incelenmiştir. Bu bölümde tezimizin sınırları dahilinde kalabilmek maksadıyla, Rekabet Kurulu'nun çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu'nda yer bulan "*haklı gerekçe savunması*"na ilişkin ancak kısa bir açıklama yapılabilmektedir.

genelinde uyumun ve tekdüzeliğin sağlanması kaygısıyla kararların alındığı tarihteki numaraları yerine TFEU'da bulunan son halini esas almaktayız.

BİRİNCİ BÖLÜM

HÂKİM DURUM

I. KAVRAM

Teşebbüslerin amacı mümkün olduğu kadar çok kârı elde etmektir. Dolayısıyla kâr elde etme amacı doğrultusunda, faaliyette bulundukları ilgili piyasada sürekli olarak piyasa paylarını arttırmak için uğraşırlar. Serbest piyasa ekonomisi, bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri vasıtasıyla rekabet kurallarını ihlal etmeksizin piyasa payını arttırmasını ve bu şekilde faaliyette bulunduğu piyasada hâkim duruma gelmesini sakıncalı görmemektedir². Bu doğrultuda rekabet hukuku uygulayıcıları teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasada kendi imkânları ile ekonomik güç haline gelmesini olumlu karşılayabilmektedir³.

Günümüz dünyasında Sovyetler Birliği'nin dağılması sonrasında, yani sermayenin sınır ötesi hale gelmesine engel siyasi kampların yıkılmasıyla liberal politikalar yaygınlaşmış ve ticaret küresel bir boyut almıştır⁴. Ticaretin küresel boyut kazanması sonucu pek çok ulusal piyasa ortadan kalkmış, yerini uluslararası hatta küresel piyasalara bırakmıştır. Örneğin, 1990 yılı öncesine kadar pek çok Avrupa ülkesi arasında var olan ticari sınırlar, günümüz itibarıyla yok olmuş bulunmaktadır. Dolayısıyla günümüz ticaret koşullarının bir gereği olarak, ülke ekonomisine olumlu katkı sağlanabilmesi için yabancı ülkelerle rekabet edebilme imkânına sahip olmak gerekli görünmektedir. Bu rekabet gücü ise ancak piyasada bulunan güçlü teşebbüsler ile mümkün kılınabilmektedir⁵.

² H. Ercüment Erdem, *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Rekabet Kurulu Tebliği AT Konsey Tüzüğü (4064/89)*, Beta, İstanbul, 2003, s. 119; İlhan Yiğit, *Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 120; Gülden Ülgen, *İktisat Bilimine Giriş*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

³ RKKH 6. madde gerekçesinden, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.06.2014.

⁴ Erden Kutalp, Ali Murat Özdemir, Sülün Arıkel, "Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması", *Perşembe Konferansları*, Ekim 2000, s. 33.

⁵ RKKH 6. madde gerekçesinden, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.06.2014.

Bazı teşebbüsler faaliyette bulundukları piyasada hâkim durumdadır. Hâkimiyet; teşebbüsün piyasada büyük bir paya sahip olmasından, piyasaya sunduğu ürün veya hizmetlerin kalitesinden, ekonomik gücünden, tanınmışlığından, sahip olduğu fikri mülkiyet haklarından veya başka herhangi bir/birkaç özelliğinden kaynaklanabilir. Hâkim teşebbüs piyasada tekel (monopol) yahut tekel benzeri bir konumda bulunabilir⁶. Tek başına sahip olunabilecek bir durum olan hâkimiyet, birden fazla teşebbüs tarafından da ortaklaşa paylaşılıyor olabilir⁷.

Belirtmek gerekmektedir ki “hâkim durum” kavramı iktisadi değil, hukuki bir kavramdır. Genel olarak piyasada önemli bir rekabetle karşılaşmayan teşebbüs iktisat bilimi açısından “kısmi tekel”; hukuk bilimi açısından ise “hâkim teşebbüs (piyasaya egemen teşebbüs)” olarak nitelendirilmektedir⁸. Yine iktisat biliminde hâkim durum kavramı, önemli derecede pazar gücüne sahip olan firma şeklinde ifade edilmektedir⁹. İktisadi kavramlar yeri geldiğinde rekabet otoriteleri tarafından da kullanılmaktadır. AB Komisyonu “Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 102. maddesinin Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasına İlişkin Komisyon’un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz¹⁰” un 10. paragrafında hâkim durum kavramına ilişkin açıklamalar yaparken, belirli bir süre boyunca devam etmek şartıyla “önemli derecede pazar gücüne sahip olma” koşulunu özellikle belirtmiştir.

Ne var ki hukuki bir kavram olan “hâkim durum” ile iktisadi bir kavram olan “önemli derecede pazar gücüne sahip olma” arasında önemli bir fark bulunmaktadır. İktisadi anlamda pazar gücü, bir ucunda mutlak monopol diğer ucunda fark edilmez pazar gücü olmak üzere çeşitli derecelerle ifade edilebilirken; hukuki bir terim olan

⁶ Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp: **Avrupa Birliği Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bs., Beta, İstanbul, 2000, s. 434.

⁷ Tekinalp, Tekinalp, **a.g.e.**, s. 434.

⁸ Ergun Özsunay, **Kartel Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 66.

⁹ Richard Whish, David Bailey, **Competition Law**, 7th ed., Oxford University Press, New York, 2012. s. 180.

¹⁰ Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C 45/7, (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu>, Erişim Tarihi: 01.02.2013.

hâkim durumun bu şekilde dereceli olarak ifade edilmesi mümkün değildir. İlgili piyasada hâkim teşebbüs olma durumu ya vardır ya da yoktur¹¹.

II. TANIM

A. Genel Olarak

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

Kanun koyucu, piyasada hâkim durumda olmaya ilişkin belirli ölçütler koymamış ve hâkim durumda olan teşebbüslerin piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyebilecek davranışlarının bir bölümünü saymak suretiyle kısa bir tanım yapma yoluna gitmiştir¹². Dolayısıyla hâkim durum kavramının neyi ifade ettiği yapılan bu tanımdan net olarak anlaşılamamaktadır ve kesin bir yargıya ulaşabilmeyi zorlaştırmaktadır. Ayrıca bu tanım, hâkim durumdaki teşebbüslerin rakip ve müşterilerine ek olarak mal/hizmet temin etmekte olduğu teşebbüslerden yani tedarikçilerinden de bağımsız hareket edebileceğini göz ardı etmek gibi bir eksikliği de ihtiva etmektedir¹³.

Nitekim 2014 yılında Rekabet Kurulu tarafından yayınlanmış olan "*Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz*"¹⁴ ile RKHK'da yer alan hâkim durum

¹¹ Whish, Bailey, a.g.e., s. 180.

¹² Alman rekabet kanununda (GWB), hâkim durum kriterleri öngörülmüştür. Bir mal ve hizmet piyasasında toplam üretim ve satışların en az 1/3' üne sahip olan teşebbüsün hâkim durumunda bulunduğu farz edilmektedir (§ 19 (3) GWB). Bir mal ve hizmet piyasasında üç veya daha az teşebbüsün %50 veya daha fazla oranda piyasa payına sahip olmaları halinde bir oligopolün varlığı kabul edilebileceği gibi; beş veya daha az teşebbüsün 2/3 oranında bir piyasa payının bulunması halinde de yine oligopolün varlığı kabul edilecektir (§ 19 (3) GWB), (Çevrimiçi) http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0023, Erişim tarihi, 10.10. 2014.

¹³ Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku Teori- Uygulama- Mevzuat*, 4. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s. 437.

¹⁴ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, Karar Tarihi: 14-05/97-RM(1), Kabul Tarihi: 29.01.2014,

tanımının, Rekabet Kurulu tarafından nasıl yorumladığı izah edilmiş ve tanıma ilişkin olarak kafalarda oluşan soru işaretleri giderilmeye çalışılmıştır. Hâkim Durum Kılavuzuna göre, rekabetçi baskılardan belirgin şekilde bağımsız davranma gücüne sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olduğu kabul edilmektedir çünkü rekabetçi baskılardan bağımsız hareket eden teşebbüsler ürün fiyatını rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabilme ve belirli bir süre (piyasa özelliklerine göre değişebilmekle beraber genellikle iki yıl yeterli olmaktadır) boyunca bu fiyat düzeyini sürdürme gücüne sahiptir. Ayrıca hâkim durumdaki teşebbüsler; üretim ve dağıtımına ilişkin hususları (ürün çeşitliliği, kalite, yenilik düzeyi, arz miktarı vs.) kendi lehine fakat tüketicilerin aleyhine olarak rekabetçi düzeyin altına çekme imkânına da sahip bulunmaktadır.

Avrupa Birliği rekabet hukuku mevzuatında ise, hâkim duruma ilişkin bir tanıma yer verilmemekle birlikte Türk rekabet hukuku mevzuatında olduğu gibi hâkim durumun belirlenmesine ilişkin herhangi bir ölçüt de öngörülmemiştir. Bunun nedeni dinamik bir unsuru statik parametrelere bağlamaktan kaçınmaktır¹⁵. Bu boşluk Komisyon kararları ve Adalet Divanı tarafından oluşturulan içtihat vasıtasıyla zamanla doldurulmuştur. 50 yılı aşan bir uygulama sürecinden sonra Aralık 2008’de AB Komisyonu ilk kez TFEU 102. maddesine ilişkin resmi görüşünü ve duruşunu “102. maddenin Dışlayıcı Davranışlara Uygulanmasına Yönelik Öncelikler Kılavuzu”¹⁶ nda ifade etmiştir¹⁷. Bu belgede hâkim durum kavramına ilişkin açıklamalar “Pazar Gücü” başlığı altında bir araya getirilmiştir. Sözü geçen bu kılavuzda hâkim durum kavramı 10. paragrafta United Brands/Komisyon¹⁸ ve

(Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 01.07.2014. Kılavuzun bağlayıcılığı hakkında bkz. aş. İkinci Bölüm, II, C.

¹⁵ Tekinalp, Tekinalp, a.g.e. s. 444.

¹⁶ 102. madde Kılavuzu, www.eur-lex.europa.eu.

¹⁷ Pınar Akman, “AB Komisyonu 102. Madde Kılavuzu Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Reformuna Dair Eleştiriler ve Öneriler”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010)**, Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 69, (Kılavuz Reformu); Yazara göre, Komisyon’un rekabet hukukunun diğer alanlarında (anlaşmalar, birleşme ve devralmalar gibi) hem maddi hem de usul hukuku ve uygulamasına dair pek çok belge kabul edip uygulamaya koymasına rağmen, 102. maddenin uygulanmasına yönelik bir kılavuz veya rehberi 2008 yılına kadar çıkarmamış olması şaşırtıcı bir durum olarak görülmektedir.

¹⁸ Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission [1978] ECR 207, <http://eur-lex.europa.eu>.

Hoffmann- La Roche/Komisyon¹⁹ kararlarına yapılan atıflarla tanımlanmıştır. Sözü edilen bu kararlarda hâkim durum “*Bir teşebbüs tarafından sahip olunan iktisadi gücün, o teşebbüse rakiplerinden, müşterilerinden ve nihai olarak tüketicilerinden fark edilebilir derecede bağımsız hareket etme iktidarını verecek şekilde, ilgili piyasadaki etkin rekabeti engelleyebilme imkanını yaratması*” olarak tanımlanmıştır²⁰. Nitekim Komisyon’un vermiş olduğu kararlarda bu tanımlı benimsemiş olduğu görülmektedir.

Bir teşebbüsün hâkim durumda olması, bu teşebbüsün faaliyette bulunduğu tarafları dikkate almadan yani onlardan bağımsız olarak hareket edebilmesi imkânını ifade eder. Bu durum, teşebbüsün sahip olduğu ekonomik güçten, yüksek piyasa payından, dikey bütünlükten, teknolojik üstünlükten, marka gücünden, patent haklarından, fazla kapasiteden, imtiyazlı haklardan, ürün çeşitliliğinden kaynaklanabileceği gibi piyasada rekabet halinde bulunduğu diğer teşebbüslerin piyasadaki konumundan, müşterilerin satın alma gücünden, hukukun koruduğu tekel haklarından veya piyasanın kendine has özelliklerinden kaynaklanan giriş-çıkış engelleri gibi birçok faktörden kaynaklanabilir. Kriz dönemleri de hâkimiyeti belirleyen diğer bir etken olabilir çünkü piyasanın normal olarak işlediği dönemlerde hâkim durumda bulunmayan teşebbüsler kriz dönemlerinde hâkim duruma gelebilirler²¹. Bu nedenle piyasa hâkimiyeti koşullarının her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Önemle belirtmek gerekmektedir ki, hâkim durumdan söz edilebilmesi için, hâkim durumdaki teşebbüsün piyasadaki diğer teşebbüslerin varlığına tamamen son verebilmesine yetecek güce sahip olması gerekli değildir²². Burada önem arz eden

¹⁹ Case 85/76 Hoffmann- La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁰ “The dominant position referred to in article 86 of the Treaty relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers.”, 102. madde Kılavuzu, par. 10.

²¹ Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 206.

²² Judgment of the Court of 14 February 1978. - United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas. - Case 27/76, <http://eur-lex.europa.eu>.

husus hâkim durumda bulunan teşebbüsün ilgili piyasadaki rekabet düzenini etkileyebilecek davranışları icra edebilecek güce sahip olmasıdır.

Gerek Komisyon gerek Adalet Divanı vermiş oldukları kararlarda, bir teşebbüsün belirli bir ürün piyasasındaki payının %50 ve daha fazla olması halinde piyasada hâkimiyet karanesinin söz konusu olacağını²³, bu pay oranının %40 ve altına düşmesi halinde ise teşebbüsün hâkim durumda sayılabilmesi için yeterli koşulun oluşmayacağını, çok düşük piyasa paylarının ise hâkim durumun yokluğuna karine teşkil edeceğini belirtmektedir. Nitekim Komisyon tarafından verilmiş olan ve bilahare Adalet Divanı tarafından da onaylanan Akzo/Komisyon Kararı²⁴, plastik endüstrisinde kullanılan benzoil peroksit üreten Akzo'nun piyasada sahip olduğu payın %50 oranında olması bu teşebbüsün hâkim durumda sayılması için yeterli görülmüştür. İş yükünün azaltılmasına yani usul ekonomisinin sağlanmasına yönelik olarak benimsenmiş olan %50 ve daha yüksek piyasa payının hâkimiyet karanesi teşkil etmesi teşebbüsün piyasa payının %40 ila %50 arasında olduğu bir durumda örneğin %45 gibi bir piyasa payı söz konusu olduğunda devreye girmeyecektir. Böyle bir durumda Komisyon piyasa payı dışındaki diğer unsurları değerlendirecektir.

Piyasa payı hâkim durumun tespitinde önemli bir ölçüt olmakla birlikte her zaman tek başına hâkimiyeti tespit etmede yeterli olmaz. İlgili piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin yani rakiplerin sayıları ve onların sahip oldukları piyasa payları, alıcıların ekonomik gücü, alıcı ve satıcıların birbirlerine olan karşılıklı bağımlılıkları, potansiyel rekabet imkânları, piyasaya giriş engelleri, aşırı kapasite, teknolojik üstünlük, hâkim durum göstergesi olabilecek davranışların sergilenmesi gibi birçok ölçütün somut olayın özelliklerine bağlı olarak ayrıca teker teker değerlendirilmesi gerekir. Özellikle de çok yüksek piyasa paylarının bulunmadığı durumlarda hâkimiyetin tespitinde diğer ölçütlerin dikkate alınması zorunlu olmaktadır. Nitekim hem Avrupa'daki hem de Türkiye uygulamasında hâkim durum tespiti yapılırken birden fazla ölçüt değerlendirmeye alınmaktadır.

²³ Case 85/76 Hoffmann- La Roche v Commission [1979] ECR 461; Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities, Case 322/81, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁴ OJ L 374, 31.12.1985, Akzo v Commission, <http://eur-lex.europa.eu>.

Rekabet Kurulu, önüne gelen bir olayda²⁵, ilgili teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığını incelerken, bu teşebbüsün piyasa payının yanı sıra sahip olduğu aşırı kapasite²⁶, dikey bütünlük ve hâkim durum göstergesi anlamına gelebilecek piyasa davranışlarının bulunup bulunmadığı araştırmasını yapmıştır. Söz konusu olaya ilişkin kararda dikey bütünlük “bir firmanın üretimden dağıtımına kadar bir ürününün pazara ulaştırılması zincirinde her halkayı kendisi oluşturacak şekilde bir bütünlük sağlaması” olarak tanımlanmıştır. Olayda %22 oranında piyasa payına sahip olduğu tespit edilen teşebbüsün dikey bütünlüğe sahip olmadığı, aşırı kapasite olarak görünen durumun ise teknolojik gelişmelerden kaynaklanan atıl kapasite²⁷ olduğu sonucuna varılmış, buna ek olarak teşebbüsün ürüne bağımlılık yaratacak, piyasaya giriş engeli oluşturacak uygulamalarının bulunmaması gerekçesiyle de teşebbüsün hâkim durumda olmadığına karar kılınmıştır.

Sonuç olarak, kısaca ifade edilecek olursa, piyasaya yeni teşebbüslerin girmesine etkide bulunan engeller şeklinde tanımlanabilen, piyasaya giriş engelleri, başka teşebbüslerin ilgili ürün piyasasına girmelerini zorlaştırdığı için rekabetin oluşmasına engel olmakta ve dolayısıyla da piyasaya giriş engellerinin bulunduğu

²⁵ Karar Sayısı: 00-29/314-181, Karar Tarihi: 03.08.2000, www.rekabet.gov.tr.

²⁶ İngilizcesi excess capacity olan aşırı kapasite Rekabet Kurumu tarafından çıkarılmış olan bir sözlükte: “Bir teşebbüsün tasarladığından daha düşük bir üretim ölçeğinde üretmesi durumudur. Marjinal maliyetin ortalama maliyetin altında seyrettiğinde ve daha fazla mal veya hizmet üretmek ortalama maliyeti düşürmek hâlâ olası olduğunda ortaya çıkar. Aşırı kapasite, üretimin birim maliyetlerini minimuma düşürmek için gerekli olan üretim miktarı artışı ile ölçülebilir. Aşırı kapasite, doğal tekel veya tekelci rekabetin bir özelliğidir. Aşırı kapasite, talep arttıkça teşebbüslerin kapasiteyi bölünemez paylar halinde arttırmak zorunda olmaları sebebiyle ortaya çıkabilecektir. Diğer taraftan, teşebbüsler, aşırı kapasiteyi, yeni girişleri caydırma veya engellemeye yönelik bir araç olarak da kullanabilmektedir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Rekabet Kurumu, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, Ed. Suna Barış Özer, 5. Bs., Rekabet Kurumu Yayınları, 2014, s. 61.

²⁷ İngilizcesi idle capacity olan atıl kapasite Rekabet Kurumu tarafından çıkarılmış olan bir sözlükte: “Belli koşullar altında var olan üretim gücünün kullanılmayan kısmıdır. İktisadi birimler öngörülmesi bir kapasite ile kurulurlar, ancak bu kapasiteler üretim faaliyetleri sırasında kullanılamayabilir. Özellikle, az gelişmiş ülkelerde talebin yetersiz olması ya da arzı kısıtlayan çeşitli nedenlerin bulunması iktisadi birimlerin tam kapasite ile çalışmasını engellemektedir. Öte yandan, atıl kapasite bazı durumlarda hâkim durumdaki teşebbüslerin piyasaya girişleri caydırmak için kullandığı bir koz olarak da dikkat çekmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüs, bilinçli olarak atıl kapasite yaratarak, rakip ya da potansiyel rakiplerine piyasanın hâlihazırda atıl kapasiteyle çalıştığı, şayet piyasaya yeni girişler olursa, kendisinin de üretimi arttırarak fiyatların düşmesine yol açacağı, dolayısıyla piyasaya yeni girişlerin aslında cazip olmadığı mesajını örtülü biçimde vermektedir.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 62.

haller hâkim durumun bir göstergesi olabilmektedir. Piyasaya giriş engelleri aynı zamanda kötüye kullanmanın tespitinde değerlendirmeye alınabilmektedir²⁸.

1. Hâkim Teşebbüs, Monopol ve Piyasada Lider Olma Ayrımı

Hâkim duruma ilişkin olarak, tekel (monopol) durumda olma ve piyasada lider olma durumları birbirlerine karıştırılma ihtimalleri olan kavramlardır. Piyasa yelpazesinin bir ucunda çok sayıda satıcının bulunduğu tam rekabet öteki ucunda ise yalnız bir satıcının bulunduğu tekel (monopol) vardır²⁹. Tekel (monopol), yakın ikamesi olmayan bir mal ya da hizmetin tek arz edicisi³⁰ olması nedeniyle doğal olarak aynı zamanda ilgili piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüs olacaktır. Piyasa yelpazesinin tekelin dışında kalan alanında yani ilgili piyasada birden fazla teşebbüsün faaliyet gösterdiği durumlarda ise hâkim durumun varlığından %100 oranında söz edilemeyecektir.

Piyasada lider olma durumunda ise lider konumdaki teşebbüs çoğu zaman kendisi ile aynı piyasada faaliyette bulunan diğer teşebbüslerin davranışlarını dikkate alacak şekilde hareket edecek olduğundan rekabet baskısı altında olacak ve piyasa şartlarını serbestçe belirleyemeyecektir çünkü çoğu zaman bir teşebbüsün piyasada lider konumda bulunması fiyat ya da ürünün kalite avantajına sahip bulunmasıyla mümkündür³¹. Teşebbüsün lider konumda bulunması piyasada etkin rekabet açısından bir uygunsuzluk yaratmayabilir çünkü lider konumda bulunan teşebbüs rekabet baskısı altında olduğu için sürekli olarak bir yenilik arayışı içindedir³². Bu nedenle lider durumda bulunan teşebbüsün aynı zamanda hâkim teşebbüs olduğu sonucu çıkarılamayacaktır. Fakat hiç şüphesiz ki, piyasada lider durumda bulunan

²⁸ Bkz. aş. Üçüncü Bölüm, III, C ve E.

²⁹ İlker Parasız, *İktisada Giriş*, Gözden Geçirilmiş 7. Bs., Ezgi Kitabevi, Bursa, 2003, s. 155; Emin Ertürk, *İktisada Giriş*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 141; Erol Manisalı, *İktisada Giriş Tartışmalı Sorunlar Eki İle*, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 65, 66; Gülden Ülgen, *a.g.e.*, s. 143, 154; Zeynel Dinler, *Mikro Ekonomi*, Gözden Geçirilmiş 25. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2014, s. 254, 350.

³⁰ Bir piyasanın tekel olmasının farklı nedenleri bulunabilir. Bir ürünün arzının yasal olarak tek bir firmaya verilmiş olması, ölçek ekonomisinin (toplam üretimi tek bir firmanın yapmasının birden fazla firmanın yapmasına göre daha ucuz olduğu durum) gerekliliği, bir girdi veya teknik üzerindeki mutlak hâkimiyetin tek bir firmada bulunması bu nedenlerin bazılarıdır.

³¹ Güven, *a.g.e.*, s. 205.

³² İbrahim Gül, *Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 10.

teşebbüsün piyasada faaliyette bulunduğu diğer taraflardan bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebildiği durumlarda yahut piyasada lider olma uzun süre aralıksız devam etmiş ise, aynı zamanda hâkim durumda bulunacağından söz edilebilecektir.

2. Alıcı Hâkimiyeti

Rekabet hukukundaki hâkim durum ve hâkim durumun tespitine ilişkin hususlar esasen hâkim durumun sağlayıcı (üretici veya satıcı) seviyesinde olduğu durumlara ilişkindir. Bunun nedeni Chicago Okulu ekseninde şekillenen geleneksel bakış açısının, üreticilerin ürün sahipliğine bağlı olarak tedarik zincirinin hâkimiyetini elinde bulundurduğunun ve dolayısıyla piyasaya ilişkin gücün öznesi olarak üreticinin kabul ediliyor olmasıdır³³. Fakat belirtmekte fayda bulunmaktadır ki sağlayıcı esaslı hâkim duruma simetrik biçimde, alıcı hâkimiyeti de söz konusu olabilecektir çünkü monopson (tek alıcı)³⁴ ve oligopson (az sayıda alıcı) olarak ifade edilen piyasalarda çok büyük güce sahip olan alıcılar bulunmaktadır³⁵. Bu nitelikteki alıcılar alım güçlerini özellikle tedarik piyasasındaki rekabeti bozabilecek şekilde kullanabilirler. Ne var ki burada önemli olan söz konusu teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu yahut bu konumunu kötüye kullandığı ilgili piyasadır. Bu piyasa arz piyasası olabileceği gibi talep piyasası da olabilecektir.

³³ Ebru İnce, “Pazar Gücü Analizinde Yeni Arayış: Dikey Rekabet”, (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=pAxbJYZ6yZn0no/ErNrrXw=-H7deC+LxBI8=>, Erişim Tarihi: 30.09.2014.

³⁴ Çok sayıda teşebbüs tarafından üretilen bir malın, tek bir teşebbüs tarafından satın alınması ve yeniden çok sayıda tüketiciye satılması durumunda, alışı monopson durumunda olan teşebbüs söz konusu malı satarken de monopol durumda olmaktadır. Bu şekilde özellik gösteren piyasalar ise “çift monopol” ya da “zincirleme monopol” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Dinler, *a.g.e.*, s. 395.

³⁵ Ülgen, *a.g.e.*, s. 163; Rekabet hukuku literatüründe bu duruma “alıcı yoğunlaşması (buyer concentration)” denilmektedir. Alıcı yoğunlaşması belirli bir ürünün büyük bir yüzdesinin göreceli olarak küçük bir alıcı grubu tarafından satın alınıyor olmasıdır, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 56.

B. Unsurlar

1. Genel Olarak

RKHK' nın 3. maddesindeki tanım incelendiğinde “hâkim durum” kavramının dört unsuru olduğu görülmektedir. Bunlar; “(belirli bir piyasa)”, “ekonomik güç”, “bağımsızlık” ve “devamlılık” tır.

AB mevzuatı ve Adalet Divanı ile Komisyon kararları incelendiğinde de bu dört unsurun hâkim durum bakımından zorunlu addedildiği görülmektedir.

Hâkim durumun tespiti meselesi rekabetin nihai hedefinin ne olduğu tartışmasının bir uzantısıdır. Doktrinde rekabet hukuku ve politikasının amaçları uzun yıllar tartışılmış ve ortaya tüketici refahının maksimize edilmesi, ekonomik verimliliğin sağlanması, ekonomik ve siyasi gücün yoğunlaşmasının önüne geçilmesi, piyasada faaliyette bulunan küçük teşebbüslerin korunması, piyasalara girişlerin önünün açılması gibi çok çeşitli sonuçlar çıkmıştır. Bu tartışma en fazla Amerika Birleşik Devletleri’nde yapılmış ve nihayetinde öne çıkan iki ekol olmuştur³⁶. Bunlar Harvard Okulu (Yapısalcı Yaklaşım) ve Chicago Okulu (Performansçı Yaklaşım)’dur. Kanımızca bu meselenin adı geçen iki ekolün varsayımları doğrultusunda ikiye ayrılarak incelenmesi anlamlı olacaktır.

a) Harvard Ekolü

1950’li yıllarda ortaya çıkan Harvard Ekolü, “yapı-davranış-performans (SCP)”³⁷ paradigmasından etkilenmiştir. Yapı bir piyasayı oluşturan özellikleri ifade etmektedir. İktisatçılar, piyasa yapısı kavramını “kısa dönemde firmanın çevresindeki sabit özelliklerdir” şeklinde ifade ederler³⁸. Bir iktisatçı olan Joe Bain tarafından geliştirilen SCP paradigması uyarınca bir endüstrinin (piyasanın) yapısı, o endüstride faaliyette bulunan işletmelerin (teşebbüslerin) davranışlarını belirleyecek

³⁶ Pınar Akman: *The Concept of Abuse in EU Competition Law- Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Portland, 2012, s. 25.

³⁷ “structure-conduct-performance”

³⁸ Aslan, a.g.e., s. 440.

ve dolayısıyla bundan tüm piyasa performansı da etkilenecektir³⁹. Yani belirli piyasa yapıları özellikle de yüksek derecede yoğunlaşmış olan piyasalar yüksek giriş engellerini bünyelerinde bulunduracak, gelecekte bu piyasada faaliyette bulunmak isteyecek olan teşebbüslerin davranışlarını etkileyecek (bu teşebbüsleri engelleyecek) ve sonuçta bu piyasadaki ekonomik performansı düşürecek⁴⁰.

Piyasa yapısının; yoğunlaşma derecesi, ürün farklılaşmasının derecesi ve piyasaya giriş koşulları olmak üzere üç ana boyutu bulunmaktadır⁴¹. Dolayısıyla teşebbüslerin faaliyette bulundukları piyasadaki fiyat ve çıktı politikaları; rakiplerinin ve alıcılarının sayısından ve ekonomik gücünden, piyasaya giriş (piyasadan çıkış) engellerinden direkt olarak etkilenecektir. Bu nedenle yapısalci yaklaşımın taraftarları, hâkim durumun belirlenmesine öncelikli olarak piyasa (endüstri) yapısının analiziyle başlanması gerektiğini savunurlar.

b) Chicago Ekolü

1960 ve 1970'li yıllarda geliştirilen Chicago Ekolü, Harvard Ekolü' nün aksine az sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu hatta tekel özelliği gösteren piyasalarda bile rekabetin mevcut olduğunu ileri sürmektedir⁴². Bu argümanın temelinde, tekel kârının piyasaya yeni girişleri teşvik edeceği ve dolayısıyla piyasaya giriş engellerinin (yasal giriş engelleri hariç olmak üzere) gerçek olmaktan öte hayal ürünü olduğu görüşü yatmaktadır⁴³.

Bu yaklaşıma göre, piyasa yapısının analiz edilmesine gerek yoktur çünkü yapı ve davranış arasında tam bir uyum olmadığı için teşebbüslerin davranışları piyasa yapısından bağımsızdır. Eğer bir teşebbüs piyasadaki davranışlarını kendi belirleyebiliyorsa bu teşebbüs hâkim durumda kabul edilecektir⁴⁴.

³⁹ Akman, a.g.e., s. 26.

⁴⁰ Akman, a.g.e., s. 26.

⁴¹ Aslan, a.g.e., s. 440.

⁴² Akman, a.g.e., s. 27.

⁴³ Akman, a.g.e., s. 27.

⁴⁴ Aslan, a.g.e., s. 441.

Doktrindeki bir görüş uyarınca hâkim durumun tespitinde performansçı yaklaşımın her zaman doğru sonuç vermeyebileceğini bu nedene esas olarak yapısalcı yaklaşımla analiz yapılması gerektiğini, performansçı yaklaşımın ise ancak gerekli olan hallerde yararlanılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁵.

2. (Belirli bir) Piyasa

a) Genel Olarak

Bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının tespitinde ilk aşamayı oluşturan ilgili piyasanın tespit edilmesinden sonra, söz konusu teşebbüse ilişkin diğer unsurların incelenmesine geçilmesi gerekir.

Rekabet hukukunda uygulandığı üzere, bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının belirlenmesinde piyasa payı, sahip olunan finansal ve teknolojik imkânlar, kredi imkânlarına erişim kolaylığı vs. gibi bir dizi kriter dikkate alınmaktadır. Hâkim durumun tespitinde kullanılan bu ölçütlerin dikkate alınabilmesinde ise ilgili piyasanın tespit edilmesi önem ve öncelik arz etmektedir çünkü herhangi bir teşebbüs ancak belirli bir piyasada hâkim konuma sahip olabilir. Kısaca hâkim durum bir piyasadaki soyut olarak düşünülemez.

b) İlgili Piyasa

Rekabetin sınırlandırılmasına ilişkin diğer tüm durumlarda olduğu gibi, hâkim durumun kötüye kullanılması halinde de ölçüt ilgili piyasadır. Bir teşebbüsün hâkim durumda bulunup bulunmadığı değerlendirilmesinin yapılmasında öncelikle ilgili piyasanın tanımlanması gerekmektedir. İlgili piyasanın tanımlanması, incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan belirgin derecede bağımsız davranma kudretinin bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak değerlendirmelerin temelini oluşturmaktadır⁴⁶.

⁴⁵ Aslan, a.g.e., s. 442; Yiğit, a.g.e., s. 123.

⁴⁶ 102. madde Kılavuzu, par. 10.

Piyasa, gerek mal ve hizmetlerin gerek üretim faktörlerinin alıcı ve satıcılarının karşı karşıya geldiği ve iktisadi kararların verildiği bir ortamdır⁴⁷. Bu ortam alıcı ve satıcıların karşı karşıya geldikleri fiziksel bir mekan olabileceği gibi telefon, bilgisayar, faks vs. gibi iletişim araçlarıyla temas halinde oldukları bir ortam da olabilir⁴⁸.

Hâkim durum, teşebbüsün piyasadaki ekonomik gücü ile ilgili bir kavram olduğu için ilgili mal veya hizmet (ürün) piyasasının belirlenmesi ve sınırlarının doğru bir şekilde çizilmesi hâkim durumun tespitinde vazgeçilmez bir koşuldur. İlgili piyasanın sınırlarının dar bir şekilde çizilmesi hâkim durumda bulunma olasılığını arttırırken, geniş bir şekilde çizilmesi bu olasılığı azaltacaktır. Bu nedenle somut olayla ilgili doğru bir karar verilmesinde ilgili piyasanın doğru bir şekilde belirlenmesi önem teşkil etmektedir.

RKHK 6. maddenin uygulanabilmesi için tespit edilmesi gereken ilk unsur kural olarak ilgili piyasadır. Lakin yeri gelmişken iki hususu belirtmekte fayda bulunmaktadır. İlk olarak ilgili teşebbüsün kötüye kullanmayı oluşturan eylemini mutlaka hâkim durumda olduğu ilgili piyasada gerçekleştirmesi gerektiği gibi bir şart bulunmamaktadır. Hâkim durumunu kötüye kullandığı iddia edilen teşebbüsün, hâkim durumda bulunmadığı ayrı bir piyasadaki kötüye kullanma niteliğindeki faaliyetleri de 6. madde yasağına tabidir. İkinci husus ise Rekabet Kurulu'nun çıkarmış olduğu "*İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*"⁴⁹un 20. paragrafında belirtilmiş olduğu gibi inceleme konusu işlemin, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmaması ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etkinin söz konusu olması durumlarında piyasa tanımının yapılmayabileceğidir. Bunun altında yatan neden Rekabet Kurulu'nun usul ekonomisi ilkesini uygulamasıdır. Kurul, zaman ve kaynak tasarrufu yapabilmek için ilgili piyasa tespiti yapmaksızın, ihlalin diğer koşullarının bir değerlendirilmesini yapabilir. Ardından

⁴⁷ Manisalı, a.g.e., s 61; Parasız, a.g.e., s. 44; Ülgen, a.g.e., s. 141.

⁴⁸ Parasız, a.g.e., s. 44.

⁴⁹ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, Karar sayısı: 06-04/56-M, Karar tarihi: 28.01.2008, www.rekabet.gov.tr. Adı geçen kılavuz ve Hâkim Durum Kılavuzu'nun bağlayıcılığı hakkında bkz. aş. İkinci Bölüm, II, C.

ihlal şüphesinin ağır basması durumunda ilgili piyasa tanımı yapılabilir. Yahut ilgili piyasanın tanımını, daha önce vermiş olduğu kararlarda incelemiş olmasına dayanarak yeni bir piyasa tanımı yapmaksızın karar verebilir. Nitekim Rekabet Kurulu Pepsi Cola⁵⁰ ve Media Markt⁵¹ kararlarında inceleme sonucunda ulaşılan sonuçlarda bir değişikliğe yol açmaması nedeniyle kesin bir piyasa tanımı yapmamıştır.

Günümüzde AB Rekabet Hukuku'nun temel metni olan ve Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşmayı tadil eden Avrupa Birliği Anlaşması (Lizbon Antlaşması) ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın⁵² 102. maddesinde, RKHK düzenlemesinde olduğu gibi “*bir mal veya hizmet piyasasındaki*” ifadesi kullanılmamış bunun yerine “*iç piyasada veya iç piyasanın önemli bir bölümünde*” ifadesi tercih edilmiştir. Ancak bu ifade ile kastedilen tabiki AB iç piyasasındaki veya onun önemli bir bölümündeki sayısız mal veya hizmet (ürün) piyasasının hepsinde hâkim durumda bulunulması demek değildir⁵³. Bu ifade ile kastedilen bir teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilaç, meyve, telekomünikasyon yahut posta gibi belirli bir ürün piyasası ve buna ilişkin ilgili coğrafi piyasadır .

“*Piyasa gücü*” kavramının özellikle de hâkim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu durumların analizinde anahtar rolü haiz bir kavram olduğu göz önünde bulundurulduğunda “*piyasa*” kavramının ne anlama geldiği veya “*ilgili piyasa*” kavramı ile ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir⁵⁴. Piyasa kavramı esasında iktisadi bir kavram olduğu için ilgili piyasanın doğru belirlenebilmesi karmaşık ve aynı zamanda ileri düzeyde ekonomik analizleri gerektirmektedir. Burada belirtmek gerekmektedir ki, rekabet hukuku uygulamalarında kullanılan ilgili piyasa kavramı, ekonomik hayatın akışında yaygın olarak kullanılan ve mensup

⁵⁰ Söz konusu kararda ilgili piyasanın detaylı bir incelemesinin yapılmamasının nedeni Rekabet Kurulu'nun Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'ye ilişkin olarak vermiş olduğu daha önceki bir kararında detaylı bir piyasa incelemesi yapmış olması ve bu yeni kararına konu olan olaydaki piyasanın da daha önce detaylı incelenmiş olan gazlı içecekler piyasasının bir alt piyasası olduğu düşüncesidir. Bkz. Karar sayısı: 10-52/956-335, Karar tarihi: 05.08.2010, www.rekabet.gov.tr.

⁵¹ Kurul söz konusu kararında incelemeye konu olan işlemin en dar piyasa tanımları kapsamında dahi rekabetçi bir endişe yaratmayacağı değerlendirmesini yapmış ve ilgili piyasa tanımı yapmaktan kaçınmıştır. Bkz. Karar Sayısı: 11-52/1321-472, Karar Tarihi: 13.10.2011, www.rekabet.gov.tr.

⁵² OJ C 326, 26/10/2012 p. 0001 – 0390, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵³ Tekinalp, Tekinalp, s. 437.

⁵⁴ Whish, Bailey, a.g.e., s. 27.

olunan sektör veya endüstri dalını ifade eden piyasa kavramından farklıdır⁵⁵. Geçtiğimiz yıllarda Uluslararası Rekabet Ağı, Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Otoriteleri ve AB Komisyonu gibi rekabet hukukuyla yakından ilgilenen kurumların faaliyetleri sonucunda rekabet hukuku uygulamasındaki ilgili piyasa kavramının belirlenmesine ilişkin bir “uzmanlık alanı” oluşmuştur⁵⁶.

RKHK’ nın 6. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasından söz edilmekle beraber ilgili piyasanın nasıl belirleneceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir, kavramın belirlenmesi uygulama ve öğretiye bırakılmıştır. Nitekim, dünyadaki gelişmelerden etkilenen Rekabet Kurulu da 2008 yılında ilgili piyasanın tanımını yaparken izlediği yöntemi ve uyuşmazlıklara ilişkin bir karara varırken dayandığı kriterleri belirtmek ve teşebbüsler açısından doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek amacıyla “*İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*”⁵⁷’u çıkarmıştır⁵⁸.

Adı geçen Kılavuz’da, hâkim durumda bulunduğu iddia edilen teşebbüslerin ilgili piyasadaki davranışlarını kısıtlayabilme ve bu teşebbüslerin etkin bir rekabetçi baskıdan bağımsız olarak davranabilmelerini önleme gücüne sahip olan rakiplerinin tespit edilebilmesi için ilgili piyasa, ilgili ürün ve coğrafi piyasa olmak üzere iki açıdan incelenmektedir. Ancak doktrinde üç açıdan analiz yöntemi⁵⁹ de kabul görmektedir. Üç açıdan analiz yönteminde ilgili ürün ve coğrafi piyasaya ek olarak ilgili dönemsel piyasa da incelenmektedir.

⁵⁵ İlgili Pazar Kılavuzu, par. 2; Commission Notice On the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, par. 3, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵⁶ Whish, Bailey, *a.g.e.*, s. 27.

⁵⁷ Karar Sayısı: 08-04/56-M, Karar Tarihi: 28.01.2008, www.rekabet.gov.tr.

⁵⁸ Söz konusu kılavuzun mehzaz metni “Topluluk Rekabet Hukukunun Amaçları Çerçevesinde İlgili Piyasanın Tanımlanması Hakkında Komisyon Genelgesi”dir. Bkz. Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372, 9.12.1997), <http://eur-lex.europa.eu>. Söz konusu kılavuz Rekabet Kurulu’nun önceki yıllarda çıkarmış olduğu çeşitli tebliğlerde yer alan ilgili piyasanın belirlenmesinde kullanılan çeşitli kavramların tanımlarını da içermektedir.

⁵⁹ Tekinalp, Tekinalp, *a.g.e.*, s. 437; Sanlı, *a.g.e.* s. 251; Güven, *a.g.e.*, s. 235; Christopher Bellamy, Graham Child, *European Community Law of Competition*, 6th Edition, Ed. Peter Roth QC, Vivien Rose, Oxford University Press, New York, 2008 s. 293; Whish, Bailey, *a.g.e.*, s. 41; Valentine, Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Portland, 2007, s. 114; Jones, Brenda Sufin, *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 383.

(1) İlgili Ürün Piyasası

Hâkim durum tespiti yapılırken ilk olarak söz konusu teşebbüsün konusunun ve hangi ürün piyasasında faaliyet gösterdiğinin belirlenmesi gerekir⁶⁰. İlgili ürün yani ilgili mal veya hizmet piyasasının belirlenmesi aşaması çoğu kez iktisadi analiz yöntemlerinin kullanılmasını gerektirmesi dolayısıyla her zaman kolay olmamaktadır⁶¹.

RKHK'nın tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde mal ve hizmet terimlerinin rekabet hukuku uygulamasında ne anlama geldiği tanımlanmış olup, ilgili ürün piyasasına ilişkin hiçbir açıklama getirilmemiştir. Sözü geçen maddede belirtildiği üzere "*mal, ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşyayı; hizmet ise bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetleri*" ifade etmektedir.

İlgili ürün (mal veya hizmet) piyasasının belirlenmesi, ilgili piyasanın ve dolayısıyla hâkim durumun tespit edilmesinde kritik öneme sahiptir⁶². Örneğin ilgili ürün piyasasının gerçekte olduğundan daha geniş bir şekilde belirlenmesi hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün nisbi pazarını küçülteceğinden hâkim durumda kabul edilmesini zorlaştıracaktır. İlgili ürünün belirlenmesi aşaması ayrıca kolay olmayan bir aşamadır çünkü ilgili ürün piyasasının tespiti yalnızca rekabeti engellediği iddia edilen teşebbüsün ekonomik faaliyetine konu olan ürünün belirlenmesinden ibaret olmayıp; söz konusu ürüne benzer nitelikteki, bu ürünle aynı amaca hizmet eden ve bu ürünle tüketici gözündeki nitelikleri eş olan ürünlerin belirlenmesiyle mümkün olabilir⁶³.

⁶⁰ Rekabet hukuku literatüründe "ürün" terimi mal ve/veya hizmeti ifade etmektedir. Dolayısıyla biz de tezimizde hem literatürde benimsenmiş olması hem de kelime tasarrufu sağlaması nedeniyle mal ve/veya hizmeti ifade eden bu terimi kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁶¹ Tekinalp, Tekinalp, a.g.e., s. 438.

⁶² Whish, Bailey, a.g.e., s. 29.

⁶³ Kerem C. Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, s. 247.

İlgili Pazar Kılavuzu'nda, ilgili ürün piyasasının tespitine ilişkin hangi unsurların dikkate alınacağı belirlenmiştir. Buna göre ilgili ürün piyasasının tespitinde *“birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir.”* şeklinde bir tanım yapılmıştır.

AB Komisyonu'nun çıkarmış olduğu *“Topluluk Rekabet Hukukunun Amaçları Çerçevesinde İlgili Piyasanın Tanımlanmasına İlişkin Komisyon Genelgesi”*⁶⁴’nde ilgili ürün piyasası: *“İlgili ürün piyasası nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları yönünden tüketicilerin gözünde birbiriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olan tüm mal ve/veya hizmetleri kapsar.”* şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda değinilen her iki tanımdan da anlaşıldığı üzere ilgili ürün piyasasının analizinde özellikle ürünün *“ikame edilebilirliği”* veya *“değiştirilebilirliği”* üzerinde durulmuş, talep açısından bir değerlendirme yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

İktisatçılar, talep yönünden yapılan değerlendirmelerde ürünün fiziksel özelliklerinin ve kullanım amacının yanında çapraz talep elastikiyetinin de ilgili ürün piyasasının belirlenmesinde faydalanılabilecek bir yöntem olduğunu belirtmektedirler⁶⁵. Çapraz talep elastikiyeti, bir ürünün fiyatında meydana gelen değişikliğin başka bir ürünün tüketim miktarında yaptığı etkidir. Bir ürünün fiyatının yükselmesi sonucu tüketiciler başka bir ürüne kayıyor ise çapraz fiyat elastikiyetinin yüksek olduğu ve bu ürünlerin birbirinin yerine kullanılabildiği söylenebilecektir. Bu nedenle, çapraz fiyat elastikiyeti yüksek ürünler aynı piyasa içerisinde kabul edilirler.

AB Komisyonu, ilgili ürün piyasasının belirlenmesine ilişkin olarak United Brands/Komisyon⁶⁶ kararında detaylı açıklamalarda bulunmuştur. Söz konusu kararda, ilgili ürün piyasası; muz meyvesinin bütün özellikleri ve tüketicilerin tercihlerini etkileyen diğer tüm faktörler göz önüne alınmak suretiyle yapılan

⁶⁴ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 09/12/1997 p. 0005 – 0013, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶⁵ Kemal Tahir Su, *Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s. 5.

⁶⁶ Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental v Commission [1978] ECR 207, <http://eur-lex.europa.eu>.

değerlendirme sonucunda, “taze meyve piyasası” yerine “muz piyasası” olarak belirlenmiştir çünkü Komisyon’a göre muz; dış görünüm, yumuşaklık, kimyasal bileşim, lezzet, vitamin ve mineral içeriği bakımından fiziksel olarak; kolay ve hijyenik tutuş, yeme rahatlığı ve doyuruculuk bakımından fonksiyonel olarak; yıl boyunca sabit üretim seviyesine sahip olması dolayısıyla üretim ve arz planlamasında ilerlemeye imkân veren bir meyve olması bakımından ise ekonomik olarak diğer taze meyvelerden ayrılmaktadır. Ancak belirtilmesi gerekmektedir ki, Komisyon bu kararında, United Brands tarafından öne sürülen, belirli dönemlerde muz satışlarında azalmaya neden olan şeftali veya çilek gibi başka meyvelere ilişkin çapraz talep esnekliğine ilişkin verileri geri çevirmiştir. Geri çevirmeye gerekçe olarak ise muz meyvesinin yıl boyunca üretilmesi ve çapraz fiyat esnekliğindeki⁶⁷ değişikliklerin mevsimsel bazda kalması olmuştur.

İkame ürünlerin⁶⁸ ne dereceye kadar ilgili ürün piyasası kapsamına dahil edileceğine ilişkin Amerikan Temyiz Mahkemesi, *Times-Picayune*⁶⁹ davasında bir standart kabul etmiştir. Bu kararda dikkat çekildiği üzere her ürünün ikamesi bulunabilmektedir ama ilgili ürün piyasası belirlenirken makul fiyat değişikliklerine rağmen nispeten önemsiz sayıda müşterinin yöneleceği ikame ürünlerin kapsam dışında tutulması gereklidir⁷⁰. Aksi takdirde ürün piyasası gerektiğinden geniş tanımlanmış olacaktır.

İlgili Pazar Kılavuzu’ndaki tanımda ayrıca piyasayı etkileyebilecek diğer unsurlar ile üretim sürecindeki unsurlara atıf yapılmış, arz açısından da bir değerlendirme yapılacağı üstü kapalı olarak belirtilmiştir. Arz açısından değerlendirildiğinde, “*değiştirilebilirlik*” ölçütünün rol oynama alanı daha dardır⁷¹. Bunun nedeni ise bir ürünü arz eden teşebbüsün, bu ürünün arzına ilişkin sahip olduğu imkânlarını başka bir ürününü arz ederken kolay bir şekilde kullanabilmesi gerekliliğidir. Genel Mahkeme, *Europemballage&Continental Can/Komisyon*

⁶⁷ Çapraz talep (arz) esnekliği, bir malın fiyatındaki değişimin diğer bir malın talep (arz) miktarında meydana getirdiği değişiktir. Bkz. Ülgen, *a.g.e.*, s. 75, 91.

⁶⁸ Birbiriyle değiştirilebilir olan yani birbirinin yerine kullanılabilen ürünlerdir.

⁶⁹ *Times-Picayune Pub. Co. v. United States* 345 U.S. 594 (1953), <https://supreme.justia.com>.

⁷⁰ Su, *a.g.e.*, s. 5.

⁷¹ Tekinalp, Tekinalp, *a.g.e.*, s. 439.

kararına ilişkin yapılan itiraz sonucunda, arz açısından hâkim durum değerlendirmesi yapılmadığı için Komisyon'un vermiş olduğu kararı bozmuştur⁷². Genel Mahkeme vermiş olduğu kararda; “*et ve balık ürününün paketlenmesinde kullanılan ince metal kutular piyasası*” olarak tanımlanan ilgili piyasaya, ince metale ilişkin farklı sektörlerde faaliyette bulunan rakiplerin kendi üretim sistemlerinde yapabilecekleri kolay bir değişiklik ile sözü edilen piyasaya giriş yapabilecekleri ve dengeleyici piyasa gücü oluşturabilecekleri durumda olduklarının aksi ispat edilmedikçe, söz konusu teşebbüslerin hâkim durumda olup olmadığına ilişkin kesin bir kanıya varılamayacağını belirtmiştir. Bu kanıya varırken, et ve balık için kullanılan metal konserve kutularının üretiminin diğer besinler için kullanılan metal konserve kutularının üretiminden farklı olmadığı, (cam kavanoza ilişkin) metal kapak üretimi değerlendirilmesi yapılırken de soda şişesi kapaklarının (crown corks) göz ardı edilmemesi gerektiği tespitlerinden hareket etmiştir.

(2) Coğrafi Piyasa

Hâkim durum tespiti yapılırken, ilgili ürün piyasasının tespitinin ardından ikinci olarak söz konusu teşebbüsün coğrafi açıdan faaliyette bulunduğu piyasanın belirlenmesi gerekir.

RKHK' nın 2. maddesinde kanunun kapsamı, “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı ...*” davranışları ile sınırlı tutulmuştur. Kanun koyucu bu şekilde bir tanım yaparak belirlenecek olan coğrafi piyasanın üst sınırını çizmek istemiştir. Bu nedenle ilgili piyasa belirlenirken coğrafi piyasa Türkiye Cumhuriyeti ülkesinin tamamı yahut bir bölümü şeklinde belirlenebilecektir.

TFEU 102. maddesinde ise coğrafi piyasa “*iç pazarda veya iç pazarın önemli bir bölümünde ... üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ...*” denilmek suretiyle AB'ye üye devletlerin coğrafyasının tamamı ile sınırlandırılmıştır.

⁷² Case 6-72, Judgment of the Court, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities [1973], <http://eur-lex.europa.eu>.

Ancak önemle belirtmek gerekmektedir ki, her ne kadar gerek Türk gerek Avrupa Birliği rekabet hukuku kanun koyucuları, rekabet kurallarının uygulama alanına ilişkin çeşitli sınırlamalar yapmış olsalar da, günümüzdeki küresel ekonomik düzenin bir sonucu olarak rekabet hukuku uygulamalarında coğrafi piyasanın bütün dünya coğrafyası olacak biçimde tanımlanması mümkündür. Burada söz edilen rekabet koşulları bakımından coğrafi piyasanın sınırlarının çizilmesidir. Aksi takdirde kapsam maddelerinde belirtilmiş olduğu gibi, RKHK 6. ve TFEU 102. maddelerinin uygulanıp teşebbüslere yaptırım öngörülebilmesi için, kötüye kullanma davranışının Türkiye Cumhuriyeti ve AB sınırları içerisinde faaliyet gösteren teşebbüs tarafından yapılması yahut bu davranışın sonucunda piyasaların etkilenmesi gerekmektedir⁷³. Amerikan antitröst hukukunun bir uygulaması olarak doğan ve “etki prensibi/doktrini” şeklinde ifade edilen prensip⁷⁴ uyarınca RKHK hükümlerinin Türkiye’de yerleşik olmayan teşebbüsler tarafından sergilenen ve Türkiye’deki belirli bir mal veya hizmet piyasasını etkileyen davranışlara uygulanacağı kabul edilmektedir⁷⁵. Buna örnek olarak Rekabet Kurulu, bir kararında Türkiye Cumhuriyeti’nde bizzat faaliyette bulunmayan iki teşebbüsün aralarında yapmış oldukları ortak girişime Türkiye’deki piyasayı olumsuz etkileme ihtimali olması dolayısıyla izin vermemiştir⁷⁶.

Rekabet Kurulu, ‘İlgili Pazar Kılavuzu’ nda ilgili coğrafi piyasa ile ilgili 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ⁷⁷’de yer alan tanıma yer vermiştir. Sözü geçen kılavuza göre coğrafi pazar, *“teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden*

⁷³ RKHK m. 2, TFEU m. 102.

⁷⁴ Kemal Erol, **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Lisansüstü Tez Serisi No.1, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 19; Halisan Yengin, “Ulusal Rekabet Hukuku Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasının Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkisi Üzerinde Etkisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 3, Yıl 2006, s. 968.

⁷⁵ Aslan, **a.g.e.**, s. 99.

⁷⁶ Karar Sayısı: 03-44/500-220, Karar Tarihi: 19.06.2003, www.rekabet.gov.tr.

⁷⁷ Bugün itibarıyla yürürlükte olan tebliğ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalara İlişkin Tebliğ’dir. Ancak yürürlükten kalkmış olan 1997/1 sayılı tebliğ ile yürürlükte olan tebliğ arasında ilgili coğrafi pazar tanımına ilişkin bir farklılık bulunmamaktadır.

kolayca ayrılabilen bölgelerdir.” şeklinde tanımlamaktadır⁷⁸. AB Komisyonu’nun çıkarmış olduğu “Topluluk Rekabet Hukukunun Amaçları Çerçevesinde İlgili Piyasanın Tanımlanmasına İlişkin Komisyon Notu⁷⁹”nda da ilgili coğrafi piyasa tanımı aynı şekilde yapılmaktadır.

Yukarıda yapılan tanımdan anlaşılabilceği üzere coğrafi piyasanın tespitinde temel alınması gereken öncelikli husus, ilgili teşebbüsün fiilen ticari faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve rekabetin düzgün işlemlerini engellediği iddia edilen coğrafi alandır. Ardından fiilen ticari faaliyette bulunan bu coğrafi alan ile özellikle rekabet koşulları açısından sıkı benzerlikler gösteren, dolayısıyla potansiyel rekabet⁸⁰ imkânının bulunduğu diğer coğrafi alanlar ilgili piyasa kapsamında değerlendirilmelidir⁸¹. Bunun nedeni, birbirinden farklı coğrafi alanlarda faaliyette bulunan teşebbüslerin tüketiciler için alternatif birer arz kaynağı oluşturabilmesidir. Günümüzde birçok teşebbüs herhangi bir teknik ve hukuki engel veya taşıma maliyetinin malın bedeline göre çok fazla olması gibi pratik bir engel bulunmadığı sürece tüm dünyada faaliyet gösterebilme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle esasen ilgili coğrafi piyasa belirlenirken potansiyel rekabetin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

(3) Dönemsel Piyasa

İlgili piyasanın belirlenmesinde, Türk ve AB rekabet hukuku mevzuatında ilgili piyasa unsurları arasında açıkça yer almamasına rağmen bugüne kadar verilmiş olan kararlarda değerlendirilmiş olan⁸² ve doktrin tarafından da benimsenen ilgili

⁷⁸ Karar Sayısı: 08-04/56-M Karar Tarihi: 28.01.2008, www.rekabet.gov.tr.

⁷⁹ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372 , 09/12/1997 p. 0005 – 0013, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁸⁰ İlgili Pazar Kılavuzu’nda potansiyel rekabetin, çabuk sonuç verme açısından arz ikamesiyle eşdeğer olmadığı bu nedenle de pazar tanımı yapılırken genellikle değerlendirilmeye alınmadığı belirtilmiştir. Bkz. İlgili Pazar Kılavuzu, par. 16.

⁸¹ Sanlı, a.g.e., s. 250.

⁸² “Zamansal boyut, Komisyon kararlarında genellikle açıkça ifade edilmemektedir; tanımlanmış olduğu birçok durumda ise ilgili ürün piyasası içerisine dahil edilmektedir (örneğin: “yoğun saatte tren seyahati” arzı piyasası)” Bellamy, Child, a.g.e., s. 293.

dönemsel piyasanın da incelenmesi gerekli olmaktadır çünkü her piyasanın ilgili ürün ve coğrafi boyutunun yanında ilgili dönemsel boyutu da bulunmaktadır⁸³.

İlgili piyasanın dönemselliği, bir ürünün talep esnekliği⁸⁴ veya arz esnekliğinin incelenmesinde kısa ve uzun dönemli değerlendirmelerin farklı sonuçlar vermesi ile ilgilidir⁸⁵. Örneğin kısa vadede değerlendirildiğinde talebi esnek olmayan bir ürünün daha uzun bir vade ele alınarak değerlendirme yapıldığında talep esnekliği olan bir ürün olması durumunda ilgili piyasanın dönemsel açıdan da değerlendirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Yıl boyunca bazı dönemlerde piyasa şartları farklılık gösterebilir, bu nedenle mevsimsel değişikliklerin dikkate alınması gerekebilir. Piyasaya arz olunan ilgili ürünün özelliğinden kaynaklı olarak, bütün bir yıl içindeki faaliyeti göz önüne alındığında ilgili ürün piyasasında hâkim durumda bulunmayan bir teşebbüs belirli dönemlerdeki faaliyeti göz önüne alındığında hâkim durumda kabul edilebilir⁸⁶. Örneğin elektrik enerjisinin depolanmasının mümkün olmaması bu ürüne ilişkin farklı dönemsel piyasaların olduğuna işaret etmektedir⁸⁷. Nitekim elektriğin üretiminde bir aksaklık yaşanması, depolanamayan bu enerjinin piyasada zor bulunması ya da bulunamaması anlamına gelecektir ve ürün fiyatının yükselmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca çapraz arz/talep esnekliğinin belirli mevsimlerde değişiklik göstermesi göz ardı edilmemelidir⁸⁸. Çapraz arz/talep esnekliğinin yükselmesiyle, arz/talebin başka ürünlere kayıyor olması dikkate alınmalıdır. Örneğin klima

⁸³ Bellamy, Child, **a.g.e.**, s. 293.

⁸⁴ Talebi etkileyen unsurların herhangi birindeki yüzdesel değişimin talep edilen miktarı yüzdesel olarak ne kadar değiştirdiğini gösteren kavramı ifade etmektedir. Talep esnekliği denilince genelde talebin fiyat esnekliği (*price elasticity of demand*) akla gelir. Bkz. **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 177; talebin fiyat esnekliği bir ürünün fiyatındaki değişimler karşısında tüketicilerin ürünün talebi ile ilgili duyarlılık dereceleri talep esnekliği kavramı ile ifade edilmektedir. Bkz. Ülgen, **a.g.e.**, s. 68.

⁸⁵ Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 119.

⁸⁶ Güven, **a.g.e.**, s. 235.

⁸⁷ Whish, Bailey, **a.g.e.**, s. 42.

⁸⁸ Tekinalp, Tekinalp, **a.g.e.**, s. 443.

piyasasındaki talebin yapısı bu şekildedir; dönemsel olarak yaz ve kış olmak üzere iki ayrı piyasadan söz edilebilecektir⁸⁹.

Bazen de mevsime bağlı olmadan, olağanüstü dönemler olan kriz dönemleri hâkim teşebbüsler yaratabilir. Genel Mahkeme tarafından tekrardan ele alınmış olan ABG/Komisyon⁹⁰ kararında, petrol arzına ilişkin piyasanın dönemsel boyutu göz ardı edilmemiş ve dönemsel piyasa dar bir şekilde tanımlanarak, OPEC'in kararından sonra meydana gelen kriz dönemiyle sınırlandırılmıştır. 1970'lerin başında meydana gelen bu olayda ham petrol ve petrol ürünlerinin arzında sıkıntı yaşanması nedeniyle fiyatlar çarpıcı şekilde yükselmiş fakat bu duruma rağmen ham petrol ve petrol ürünleri talebindeki düşüş çarpıcı derecede olmamıştır çünkü bu dönemde ham petrol ve petrol ürünlerine olan talebin esnekliği söz konusu değildir. OPEC tarafından, Amerika Birleşik Devletleri ve Hollanda'ya karşı uygulanmış olan petrol ambargosu nedeniyle özellikle de Hollanda'da faaliyette bulunan ham petrol ve petrol ürünleri ithalatı yapan firmalar, ithalat oranının %50 oranında düşmesi nedeniyle bu durumdan çok fazla etkilemiştir. Bu dönemde Hollanda'da petrol ve petrol ürünleri ithalatı yapabilen teşebbüsler, özellikle de yeni (non-contractual) müşteriler karşısında hâkim duruma gelmişlerdir.

Yeri gelmişken belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, göz önünde bulundurulacak olan ilgili dönemsel piyasa, yeni üye devletlerin katılımına açık bir entegrasyon süreci olan AB'de önem arz etmektedir⁹¹. Değerlendirmeye alınacak zaman sürecinin uzun veya kısa olmasına bağlı olarak AB'ye yeni üyelerin katılması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda da doğal olarak ilgili coğrafi piyasanın sınırları genişleyecektir.

⁸⁹ Seda Ulaş Kısa, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Uygulamalarla Kötüye Kullanılması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004, s. 20.

⁹⁰ Judgment of the Court of 29 June 1978. - Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission of the European Communities. - Oil crisis. - Case 77/77, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁹¹ Aşçıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 120.

c) Temel İlkeler

Herhangi bir ürünün, başka bir ürünle ikame edilebilirliği çift yönlü olarak yani arz ve talep yönünden ayrı ayrı değerlendirilerek tespit edilebilir. Bu nedenle ilgili piyasanın tanımlanmasında ikame edilebilirlik yalnız talep yönünden yani alıcıların talebi yönünden değil, ilgili ürünün arzı yani piyasaya sunulması yönünden de değerlendirilmelidir⁹².

Rekabet Kurulu, İlgili Pazar Kılavuzu'nda "*Pazar Tanımlanmasının Temel İlkeleri*" başlığı altında talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet kavramlarından söz etmektedir. Sözü geçen kılavuzda talep ikamesi ve arz ikamesinin ne anlama geldiği ve hangi durumlarda göz önünde bulundurulacağına ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Doktrinde önem atfedilen potansiyel rekabet kavramına⁹³ ilişkin olarak ise sadece çabuk sonuç verme açısından arz ikamesiyle eş değer etkisi olmaması nedeniyle genellikle pazar tanımlanması yapılırken dikkate alınmadığı belirtilmiştir. Kılavuzla doğru orantılı olarak, doktrin de potansiyel rekabetin, ilgili piyasanın tespit edilmesi aşamasından ziyade piyasa gücünün tespitinde önemli bir faktör olduğunu dile getirmektedir⁹⁴.

(1) Talep İkamesi

Talep ikamesi tüketicilerin tercihlerinin ne yönde olduğunu gösterdiği için, ikame ürünlerin tespit edilmesini kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle ilgili piyasanın belirlenmesinde yararlanılan bir unsurdur. Talep ikamesinde, ilgili piyasaya dahil sayılan ürünlerin fiyat ve nitelik açısından aynı olması ve tüketici ihtiyacının giderilmesi hususunda birbirlerinin yerine kullanılabilmesi söz konusudur. Bu nedenle ilgili piyasanın doğru şekilde tespit edilmesi için talep ikamesinin yapılan değerlendirmede göz önünde bulundurulması gerekli olmaktadır.

Talep ikamesinin değerlendirilmesi, tüketiciler açısından ilgili ürünün yerine ikame edilebilir kabul edilen diğer ürünlerin ve/veya başka bölgelerdeki aynı

⁹² Aşcıoğlu Öz, a.g.e., s. 110.

⁹³ Whish, Bailey, a.g.e., s. 184.

⁹⁴ Whish, Bailey, a.g.e., s. 31.

ürünlerin belirlenmesiyle yapılabilir. Bu değerlendirme yapılırken Avrupa Birliği hukukunda olduğu gibi Türk Rekabet hukuku uygulamasında da iktisadi analizlerden faydalanılmaktadır. İktisadi analizlerin içinde “çapraz talep elastikiyeti (SSNIP Test)” yöntemi en etkili yöntem olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Bu yöntemde, bir ürünün fiyatında⁹⁶ varsayımsal olarak meydana gelen küçük kalıcı değişiklikler (artışlar) üzerinden hareket edilerek tüketicilerin bu değişime yönelik olası tepkileri ölçülür. Eğer ilgili ürünün fiyatında meydana gelen artışlar sonucunda tüketiciler önemli ölçüde diğer bir ürüne veya ürünlere yöneliyor ve bu fiyat artışı, ürünün satış miktarındaki düşüşten dolayı, fiyatları yükselten ilgili teşebbüs açısından karlı olmaktan ziyade zararlı oluyorsa bu ürünler arasında ikame edilebilirliğin bulunduğu kabul edilir. Bu şekilde bir ikame edilebilirliğin var olduğu bir durumda ilgili piyasa tanımına ilgili teşebbüsün ürünleri ve/veya bunları sattığı bölgelere ek olarak, diğer ürünler ve/veya bölgeler de eklenecektir.

(2) Arz İkamesi

Arz ikamesi talep ikamesi kadar sık ortaya çıkmadığı için her zaman ilgili piyasanın tespit edilmesinde faydalanılan bir ilke değildir. Ancak talep ikamesine eşdeğer etkisi olduğu durumlarda hesaba katılabilmektedir.

Talep ikamesine kıyasla daha objektif bir nitelik gösteren bu ilke ile anlatılmak istenen, bir ürünü üretmekte olan bir teşebbüsün, göreceli fiyatlarda meydana gelebilecek küçük ve kalıcı artışlar sonucunda, ek maliyetlere ve risklere katlanmak zorunda kalmadan, kısa bir süre içerisinde başka bir ürünü de üretebilecek kapasiteye sahip olup olmadığıdır. Söz konusu teşebbüsün böyle bir imkâna sahip olması durumunda arz ikamesinin varlığının ilgili piyasa tanımında hesaba katılması gerekecektir çünkü bu durumda arz ikamesi çabuk sonuç verme açısından talep ikamesine eşdeğer olmaktadır.

⁹⁵ Sanlı, a.g.e., s. 248.

⁹⁶ Göz önüne alınacak fiyat genellikle piyasa fiyatıdır. Fakat unutulmamalıdır ki, yoğunlaşmanın yüksek olduğu dolayısıyla rekabetin kısıtlı olduğu piyasalarda ise mevcut piyasa fiyatı pazar gücünün varlığı nedeniyle rekabetçi fiyattan önemli ölçüde yüksek olabilmektedir.

İlgili ürünün arzı açısından, başka ürünlerle yüksek surette ikame edilebilirliğin söz konusu olduğu durumlarda bu ürünlerin tümü aynı ürün piyasası kapsamında değerlendirilir. Örneğin şehir içi taşımacılığına yönelik biniş ve iniş kolaylığının önem taşıdığı otobüslerden üreten bir teşebbüs, üretim hattında yapacağı ufak bir değişiklikle konforun ön planda olduğu şehirlerarası taşımacılığa yönelik otobüslerden de üretebiliyor ise, arz ikamesinin bulunması dolayısıyla şehir içi taşımacılık yapılan otobüsler ile şehirlerarası taşımacılık yapılan otobüslerin aynı piyasada bulunduğu kabul edilecektir.

Söz konusu teşebbüsün başka bir ürününün arzını yapabilmesi için mevcut olan maddi ve/veya maddi olmayan mal varlıklarını önemli ölçüde değiştirmesi, ek yatırım yapması, stratejik kararlar alması gerekliyse ve bütün bunların gerçekleştirilebilmesi için önemli derecede uzun bir süre gerekli ise ilgili piyasa tespitinde arz ikamesinin göz önünde bulundurulmasına gerek yoktur.

3. Ekonomik Parametreleri Belirleme Gücü

Bir teşebbüsün hâkim durumda olabilmesi için belirli bir ekonomik güce sahip olması gerekmektedir. Gerek AB gerek Türk rekabet hukuku mevzuatında hâkim durumda kabul edilebilmek için ne seviyede bir ekonomik güce sahip olunması gerektiğine ilişkin somut ölçütler mevcut değildir. Doktrinde bu gücün *tekel gücü* olduğuna ilişkin bir görüş bulunmaktadır⁹⁷. Kanımızca bu görüş yerinde değildir nitekim, “tekel gücü” denen kavramın bir alternatifi yoktur çünkü bu kavram zaten “tam tekel” anlamına gelmektedir. Bu sebeple bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı, kötüye kullanma eyleminin gerçekleştiği ilgili piyasanın yapısına göre belirlenebilecektir.

Alman ve Avusturya rekabet hukuklarında ise tekel ve oligopol karineleri öngörülmüştür. Örneğin Alman Kartel Kanunu’nda, bir teşebbüsün ilgili ürüne ilişkin piyasanın 1/3’ üne sahip olması tekel durumunda bulunduğu işaret ederken; üç veya daha az teşebbüsün hep birlikte ilgili piyasanın yarısına veya daha fazlasına

⁹⁷ Özsunay, a.g.e., s. 17; Aslan, a.g.e., s. 438, yazar uyarınca burada bahsedilen *tam/mutlak tekel* olma durumu değildir.

sahip olması, ya da beş veya daha az teşebbüsün ilgili piyasanın 2/3'ü veya fazlasına sahip olması oligopolün bulunduğuna işaret etmektedir⁹⁸.

RKHK'ya bu konuda herhangi bir belirleyici hüküm konulmaması kanımızca Rekabet Kurulu'na her olayın gereklerine göre davranma serbestisi vermiştir⁹⁹. Nitekim bu eşikler belirli bir tecrübenin sonucunda kendiliğinden oluşmaya başlamıştır. Kurul'un çıkardığı Hâkim Durum Kılavuzu'nda sınırlayıcı olmamakla birlikte bir takım eşikler öngörülmüştür. Kanımızca, teşebbüslere yol gösterebilecek olan bu eşiklerin RKHK yerine bağlayıcılığı olmayan bir kılavuz ile belirlenmiş olması doğası itibarıyla sürekli değişmekte olan rekabete ve rekabet hukukuna daha uyumludur.

Aslan, RKHK'nın 6. maddesinin gerektirdiği ekonomik gücün ne kadar olması gerektiğini, RKHK'nın 4. maddesi ile yapılacak bir kıyaslama ile tespit edilmesi gerektiği görüşündedir¹⁰⁰. Bu görüşe göre, RKHK m. 4'e göre iki veya daha fazla teşebbüsün aralarında anlaşarak yapabilecekleri rekabet kısıtlamasını tek başına yapabilecek durumda olan teşebbüs piyasada hâkim durumdadır. Kanımızca bu görüş yerinde değildir zira iki veya daha fazla teşebbüsün de biraraya gelerek hâkim durum oluşturması mümkündür. RKHK m. 6'da sözü edilmekte olan bu durum birlikte hâkim durum kavramı ile ifade edilmektedir¹⁰¹.

⁹⁸ Ergun Özsunay, "Türk Kartel Hukukunda 'Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı'", Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa' daki Uygulamalar Semineri, İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2), 25 Mayıs 1995, s. 59.

⁹⁹ Mehmet Akif Ersin, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulunun Yetkileri", Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa' daki Uygulamalar Semineri, İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2), 25 Mayıs 1995, s. 46. Aksi görüş bkz. Renan Baykan, "Rekabetin Korunması Kanunu ile İlgili Görüş ve Öneriler", Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa' daki Uygulamalar Semineri, İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2), 25 Mayıs 1995, s. 50-56, yazar tıpkı Almanya örneğinde olduğu gibi (hâkimiyet kriterinin her piyasanın kendine özgü sahip olduğu özelliklerine göre belirlenen, ve toplam üretim veya satışların belirli bir oranını gerçekleştiren teşebbüsün hâkim durumda sayılması gerektiği) şeklinde, Rekabet Kurulu'nun Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin görüşünü almak suretiyle hazırlayacağı bir tebliğ ile, piyasaya sunulan ürünler bakımından hangi hallerde piyasa hâkimiyetinin mevcut olduğunun kamuoyuna açıklanması gerektiğinin yerinde olacağını savunmaktadır.

¹⁰⁰ *Aslan*, a.g.e., s. 438.

¹⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, III.

a) Ekonomik Gücün Tespitinde Kullanılan Ölçütler

(1) Genel Olarak

RKHK hâkim durum tanımı yapmış olmasına rağmen, tanımda “*bağımsız hareket ederek ... ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” şeklinde ifade etmiş olduğu bağımsız biçimde davranmayı sağlayacak ekonomik gücün ölçüsünün ne olduğuna veya bu gücün nasıl tespit edileceğine ilişkin bir açıklama öngörmemiştir. Bu husus zaman içerisinde Avrupa Birliği uygulaması da göz önünde bulundurularak Rekabet Kurulu ve doktrin tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. Nitekim, Rekabet Kurulu hâkim durumun tespitine ilişkin uyguladığı değerlendirme kriterlerini gösteren bir kılavuzu¹⁰² 2014 yılının başında çıkarmıştır.

Rekabet otoriteleri tarafından hâkim durum değerlendirilmesi yapılırken esas olarak incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiğinin araştırılması yapılmaktadır¹⁰³. Bu değerlendirme yapılırken hem piyasaya ilişkin olan niceliksel, hem de piyasada faaliyet gösteren teşebbüslere ilişkin olan niteliksel ölçütlerin incelenmesi gerekmektedir.

(2) Niceliksel Ölçütler

Niceliksel ölçütler iktisadi analizler yolu ile tespit edilebilen ölçütlerdir. Bu ölçütler incelenen teşebbüsün piyasadaki payı, rakiplerinin sayısı ve piyasa payları olarak sıralanabilir.

aa. Teşebbüsün Piyasa Payı

İlgili piyasadaki arzın yasaların tanıdığı bir tekel hakkından kaynaklanması suretiyle, tek bir teşebbüs tarafından gerçekleştirildiği bir durumda kural olarak¹⁰⁴ ilgili

¹⁰² Hâkim Durum Kılavuzu.

¹⁰³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 8.

¹⁰⁴ %100 piyasa payının hâkim durum yaratmadığı tek durum ilgili piyasadaki alıcı gücünün çok kuvvetli olması durumudur.

piyasada rekabet olmadığı ve söz konusu teşebbüsün hâkim durumda olduğu söylenebilecektir¹⁰⁵.

Bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının belirlenmesinde Adalet Divanının Hoffmann-La Roche/Komisyon¹⁰⁶ kararında da vurguladığı üzere piyasa payının belirlenmesi iyi bir başlangıç noktası olacaktır. Bu nedenle hâkim durum tespitinde rekabet otoritelerinin birincil olarak tespitini yaptıkları husus teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili piyasadaki sahip olduğu piyasa payı olmaktadır. Bunun nedeni piyasa payının teşebbüsün ilgili piyasadaki gücünü ortaya çıkaran en önemli göstergelerden birisi olmasıdır.

TFEU ve RKHK, bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğuna delil teşkil eden piyasa payına ilişkin belirli bir eşik öngörmemiştir. Ancak zaman içerisinde uygulamayla elde edilen tecrübeler sonucunda %40 oranı önemli bir eşik olarak belirlenmiştir¹⁰⁷. Aksini gösterecek bir durum olmadıkça %40'ın altında piyasa payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmektedir. Bu eşiğin üzerindeki piyasa payına sahip teşebbüs bakımından ise daha detaylı incelemeler yapılması gerekmektedir. Bu durum, Rekabet Kurulu'nun Pepsi Cola¹⁰⁸ kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "*Hâkim durum değerlendirmesinde ele alınan ilk ve belki de en önemli unsur¹⁰⁹ teşebbüsün ilgili ürün pazarındaki payıdır. Her ne kadar mekanik bir test olarak birebir rakamlar üzerinden yapılacak değerlendirme her durumda mutlak bir yargıya varmayı mümkün kılmasa da çok düşük/yüksek pazar payları teşebbüsün ilgili pazardaki konumunu netleştirmede önemli rol oynamaktadır. Bu bağlamda, rekabet hukukunda %70 ve üzeri pazar payı teşebbüsün hâkim durumda olduğuna yönelik önemli bir işaret olarak kabul edilmektedir. %50-%70 arası pazar payları daha düşük bir olasılığa işaret ederken, %40-%50 arası pazar payına sahip teşebbüslerin hâkim*

¹⁰⁵ Bellamy, Child, a.g.e. , s. 923; Kurul'un Belko Kararı, Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.04.2001, www.rekabet.gov.tr.

¹⁰⁶ "*Hâkim durumun varlığı, tek başına ele alındığında belirleyici olmayan birçok faktörden kaynaklanabilir. Fakat bu faktörlerin arasında en önemli olanı yüksek piyasa payının varlığıdır.*" Bkz. Case 85/76 Hoffmann- La Roche v Commission [1979] ECR 461, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁰⁷ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 12; 102. Madde Kılavuzu, par. 14.

¹⁰⁸ Karar Sayısı: 10-52/956-335, Karar Tarihi: 05.08.2010, www.rekabet.gov.tr.

¹⁰⁹ Kanımızca, burada ifade edilmek istenen teşebbüsün piyasa payının hâkim durumun değil, teşebbüsün ekonomik gücünün tespit edilmesinde bir unsur niteliği göstermesidir.

durumda oldukları tespiti genellikle pazarın diğer koşullarının detaylı analizi sonucu gerçekleşmektedir. %40 ve altı pazar payının ise nadir durumlar haricinde teşebbüsün hâkim durumda bulunamayacağına işaret ettiği yine kabul edilen bir husustur.” Alman Rekabet Kanunu’nda öngörülmüş olan hâkimiyet karinesi için gerekli olan piyasa payına oranla oldukça yüksek görülebilecek olan bu oranlar usul ekonomisi ilkesinin bir gereğidir. Böylelikle hem Komisyon hem de Rekabet Kurulu piyasada hâkim durumda olma ihtimali zayıf olan teşebbüslere ilişkin olarak gelen şikayetler için olarak kaynaklarını boş yere kullanmamış olmaktadır. Bu açıdan kanımızca %70 ve üzeri piyasa payının teşebbüsün hâkim durumda olduğuna yönelik önemli bir işaret kabul edilmesi isabetlidir.

Piyasa payı genellikle incelemeye konu olan faaliyetlerin niteliğine göre satışların parasal değeri veya satış miktarı üzerinden hesaplanmaktadır¹¹⁰. İlgili ürüne ilişkin piyasada aktif durumda bulunan teşebbüslerin satışlarının esas alınmasıyla toplam piyasa büyüklüğü ve her bir teşebbüsün piyasa payı hesaplanabilir¹¹¹. Örneğin ilgili ürünün ilgili piyasadaki toplam satış değerinin (cirosunun) 100 birim olduğu, ilgili ürüne ilişkin olarak incelenen teşebbüsün satış değeri toplamının ise 40 birim olduğu farz edilirse, teşebbüsün piyasa payı %40 olacaktır. Ancak belirtmekte fayda bulunmaktadır ki aynı hesaplamalar satış değil üretim miktarı (hacim) üzerinden de yapılabilmektedir¹¹². Bu hesaplamalar ile belirlenen piyasa payına “mutlak piyasa payı (absolute market share)” denir¹¹³. Ürünlerin heterojen ve değişen fiyatlarda olduğu halde ise hesaplama üretim miktarından ziyade değer (fiyat) üzerinden yapıldığında daha güvenilir sonuçlar ortaya çıkabilmektedir¹¹⁴. Warner-Lambert, Gillette/Komisyon¹¹⁵ kararında, ilgili ürün piyasası, ıslak tıraş ürünleri olan tıraş bıçakları ve jiletler olarak belirlenmiştir. Teşebbüslerin piyasa gücü analizinde ise ürünlerin fiyat aralığının çok çeşitli olması yani tıraş bıçaklarının fiyatlarının jiletlere göre çok yüksek olması ve farklı markaların farklı fiyatlardan

¹¹⁰ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 11.

¹¹¹ İlgili Pazar Kılavuzu, par. 41.

¹¹² Nurkut İnan, Mehmet B. Piker, **Rekabet Hukuku El Kitabı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2007, s. 59.

¹¹³ Aşçıoğlu Öz, **a.g.e.**, s. 152; İnan, Piker, **a.g.e.**, s. 59.

¹¹⁴ Bellamy, Child, **a.g.e.**, s. 924.

¹¹⁵ Warner-Lambert/Gillette, OJ L 116, 12/05/1993 p. 0021 – 0032, <http://eur-lex.europa.eu>.

satılıyor oluşu göz önünde bulundurulmuştur. Dolayısıyla yalnızca üretim miktarına göre değil, fiyatların da hesaba katılmasıyla belirlenen ve değer üzerinden hesaplanmış olan piyasa payı göz önünde bulundurulmuştur.

İlgili piyasanın veya ürünün göstermiş olduğu özelliğe bağlı olarak satışlar üzerinden yapılan hesaplama ek olarak; kapasite, ihale piyasasındaki aktörlerin sayısı, havacılıkta olduğu gibi filo büyüklüğü yahut madencilik gibi iş dallarında kontrol edilen rezerv miktarları gibi göstergelerden biri veya birkaçı da göz önüne alınabilir¹¹⁶. Rekabet Kurulu, Türkiye Elektrik İletim A.Ş.'ye ait İstanbul-Bulgaristan güzergâhındaki iki çift fiber optik kablunun kiralanması yoluyla Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebine ilişkin karar verirken yapmış olduğu hâkim durum analizinde, Türk Telekom'un sahip olduğu piyasa payını "*yalnızca yurt dışına çıkışa olanak sağlayan iletim altyapılarının kapasitelerinin karşılaştırılması (hesaplanması)*" yoluyla belirlemiştir¹¹⁷. Rekabet Kurulu'nun madencilik sektörüne ilişkin inceleme yaptığı başka bir kararında¹¹⁸ ise başvuru konusu teşebbüslerin hem rezerv miktarları hem de satış miktarlarının esas alınmasıyla ilgili piyasadaki payları tespit edilmiştir.

İncelenen teşebbüsün sahip olduğu piyasa payı yanında bu piyasa payının zaman içerisindeki istikrarı da dikkat edilmesi gereken hususlardan birini oluşturmaktadır çünkü incelenen teşebbüsün piyasa payı ne ölçüde büyük ve istikrarlı ise, bu teşebbüs ilgili taraflar bakımından kaçınılması zor ve özgür hareket etme kabiliyeti yüksek bir ticari güç olacaktır. Bu nedenle de mevcut rakiplerin bu teşebbüs üzerinde rekabetçi baskı yaratma olasılığı o ölçüde azalacaktır. Komisyon'un vermiş olduğu Tetra Pak/Komisyon¹¹⁹ kararında, yalnızca iki teşebbüsün faaliyette bulunduğu yüksek teknoloji gerektiren aseptik dolum makinalarının üretimi piyasasında faaliyette bulunan iki teşebbüsten biri olan Tetra Pak firmasının %91,8 oranında paya sahip olması, bu pozisyonunu bir süredir

¹¹⁶ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 11; İlgili Pazar Kılavuzu, par. 42; Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372 , 09/12/1997 p. 0005 – 0013, par. 54, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹¹⁷ Karar Sayısı: 07-59/675-234, Karar Tarihi: 11.07.2007, www.rekabet.gov.tr.

¹¹⁸ Karar Sayısı: 07-09/53-18, Karar Tarihi: 24.01.2007, www.rekabet.gov.tr.

¹¹⁹ OJOJ L 272, 04/10/1998, p. 0027-0046, <http://eur-lex.europa.eu>.

koruyor olması ve bunun yanında yüksek teknoloji gerektiren bir piyasada faaliyet gösteriyor olması nedeniyle ortaya çıkan giriş engelleri dolayısıyla Tetra Pak firmasının bu durumunu bir süre daha koruyacağı sebebiyle hâkim durumda olduğuna karar verilmiştir¹²⁰. Yukarıda bahsedilmiş olduğu gibi hâkim durum tespiti yapılırken teşebbüsün sahip olduğu piyasa payının ne kadarlık bir zaman süresince korunuyor olması gerektiği konusunda ne RKHK ne de TFEU herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Fakat Hâkim Durum Kılavuzu uyarınca iki yıl gibi bir sürenin yeterli olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca yabancı doktrinde ise, bu hususa ilişkin asgari bir sürenin öngörülemezliği fakat beş yıl gibi bir sürenin muhtemelen yeterli görülebileceği, üç yıldan az bir sürenin ise özellikle de dinamik piyasalarda çok kısa olacağı belirtilmektedir¹²¹. Türk doktrininde ise, herhangi bir zaman dilimi belirlemesinin gerekli olmadığı, esas alınması gerekenin teşebbüsün piyasadaki ekonomik parametreleri belirleyebilmesine yetecek bir sürenin yani kötüye kullanma eyleminin gerçekleşebileceği bir zaman diliminin olması gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur¹²². Nitekim Rekabet Kurulu'nun 2014 yılı içerisinde vermiş olduğu Tüpraş kararında, adı geçen teşebbüsün 11.10.2008-1.1.2009 tarihleri arasında kısa bir süreliğine gerçekleştirmiş olduğu fiyat uygulaması hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirmiş ve rekor miktarda para cezası uygulanmasına karar verilmiştir¹²³.

Yeri gelmişken konuyla ilgili olarak belirtelim ki; yeni oluşmakta olan ve hızlı büyüyen piyasalar, özellikleri itibarıyla doymuş piyasalardan farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Oluşma sürecini henüz tamamlamamış olan

¹²⁰ Doktrinde bu karara ilişkin Avrupa Adalet Divanının, hâkim durumun saptanması konusunda yerleşik içtihatlarından farklı bir tutum izlediğini ve bu kararında, Komisyon'un yalnız piyasa paylarına dayanarak hâkim durumu belirlemesini yeterli gördüğünü ve önceki kararlarından farklı olarak ilgili teşebbüsün piyasa payının yanısıra, piyasadaki diğer teşebbüslerin piyasa paylarının da değerlendirilmesi koşulunu aramadığını belirtilmiştir. Bkz. Aşcıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 153. Fakat bizim tespit ettiğimiz kadarıyla esasında Komisyon'un vermiş olduğu kararda hâkim durum değerlendirilmesi sadece piyasa payı üzerinden yapılmamış, ilgili piyasanın konsantre bir piyasa olduğunun tespiti yapılmış, yakın piyasalarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin de konumları incelenmiş ve ilgili piyasanın yüksek teknoloji gerektirmesi dolayısıyla yapısal giriş engellerinin olduğundan hareket edilerek Tetra Pak firmasının hâkim durumda olduğuna karar verilmiştir.

¹²¹ Bellamy, Child, *a.g.e.*, s. 928.

¹²² Aslan, *a.g.e.*, s. 440; Yiğit, *a.g.e.*, s. 127.

¹²³ Her ne kadar Tüpraş'ın hâkim durumu uzun bir süredir devam etmekteyse de kötüye kullanma davranışını sergilediği süre oldukça kısadır. Bkz. Karar Sayısı: 14-03/60-24, Karar Tarihi:17.01.2014, www.rekabet.gov.tr.

piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin payları sürekli dalgalanma göstermektedir¹²⁴. Bu nedenle de bu tür piyasalarda piyasa payı teşebbüsün konumu hakkında güvenilir bir gösterge olarak kabul edilemeyecektir.

bb. Piyasadaki Diğer Teşebbüslerin Sayısı ve Piyasa Payları

İlgili piyasadaki hâkim durumun belirlenmesinde sadece hâkim durumda bulunup bulunmadığı incelenen teşebbüsün piyasa payının belirlenmesi yeterli olmayacaktır. Aynı zamanda ilgili piyasadaki rakip teşebbüslerin sayıları ve sahip oldukları piyasa paylarının da incelenmesi gerekmektedir. Hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüs ve rakiplerinin piyasa paylarının karşılıklı olarak incelenmesiyle, teşebbüsün piyasa payının rakipleri karşısında ifade ettiği değer olan nisbi piyasa payının (relative market share)¹²⁵ belirlenmesi gerekmektedir.

Piyasada faaliyette bulunan bütün teşebbüslerin sayısı ve piyasa paylarının incelenmesi esasında piyasa yapısının incelenmesidir çünkü yalnızca piyasa payına bakılarak bir teşebbüsün hâkim duruma sahip olup olmadığı konusunda bir karara varmak çoğu zaman pek mümkün olmazken, bu teşebbüsün piyasa payı ile birlikte rakiplerinin sayısı ve piyasa paylarının da tespit edilmesi piyasa yapısı hakkında bilgi vereceği için hâkim durum tespiti yapılabilir¹²⁶.

%40 mutlak piyasa payından çıkarılacak hâkim durum tespiti; %30'ar piyasa payına sahip iki rakibin bulunduğu bir durumla, rakiplerin hiçbirinin piyasa payının %10'u geçmediği bir duruma göre farklı olacaktır¹²⁷. Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında %40'tan düşük orandaki piyasa payının da hâkim durum göstergesi olabileceğine dair ilk karar olan British Airways/Komisyon¹²⁸ kararı nisbi piyasa payının önemini gösteren önemli bir karardır. İlgili kararda seyahat acentaları aracılığıyla yapılan bilet satışları piyasasında British Airways'ın %39,7 aynı piyasada faaliyet gösteren ve kendisine en yakın rakibi olan Virgin Atlantic Airways

¹²⁴ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 14.

¹²⁵ Aşçıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 151; İnan, Piker, *a.g.e.*, s. 59.

¹²⁶ Aşçıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 152.

¹²⁷ Bellamy, Child, *a.g.e.*, s. 927.

¹²⁸ OJ L 030, 04/02/2000, p. 0001-0024, <http://eur-lex.europa.eu>.

Limited'in ise %5,5 oranında piyasa payına sahip olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca yapılan incelemeler sonunda British Airways'in piyasa payının kendisine en yakın dört rakibinin piyasa payları toplamının 2,2 katı olduğu belirlenmiştir. Bu durumun uzun süredir devam ediyor olması ve diğer faktörlerin göz önünde bulundurulmasıyla British Airways hâkim teşebbüs kabul edilmiştir. Nitekim Rekabet Kurulu da, hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüse ilişkin piyasa payının tek başına her zaman yeterli olmayacağı görüşünü benimsemektedir. Bu durum Turkcell İletişim A.Ş.'ye ilişkin kararda¹²⁹ şu şekilde ifade edilmiştir: *“Pazar payı, hâkim durumun tespitinde tek başına yeterli olmayan ancak diğer faktörlere göre her zaman öncelikli öneme sahip olan bir göstergedir. Bir teşebbüsün pazar payının, en yakın rakiplerinin pazar payı ile karşılaştırılması sonucu ortaya çıkacak tablo hâkim durum tespitinde rol oynayabilmektedir. Hâkim durumda olduğu iddia edilen firmanın pazar payı, yakın rakiplerinden açık farkla fazla ise bu, hâkim durumun tespitinde önemli bir gösterge olarak değerlendirilebilir.”*

(3) Niteliksel Ölçütler

Bir teşebbüsün hâkim durumunun tespiti yapılırken, niceliksel ölçütlerin yanında incelenen teşebbüsün sahip olduğu teknoloji, dikey entegrasyon, fikri ve sınai mülkiyet hakları gibi kendine özgü niteliksel özellikleri ve faaliyette bulunduğu ilgili piyasanın niteliksel özelliklerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

aa. Piyasaya Giriş (Piyasadan Çıkış) ve Piyasada Büyüme Engelleri

Liberal ekonomik düzenin temeli rekabettir. Tam rekabet piyasaları ise bu düzen için ideal piyasa tipleridir. Tam rekabet piyasası, çok sayıda alıcı ve satıcının bulunduğu, bunlardan hiç birisinin tek başına veya bir bölümünün gruplaşmasıyla ürünün piyasa fiyatını etkileyemediği, fiyatın piyasadaki arz ve talebe göre belirlendiği piyasalardır¹³⁰. Ayrıca tam rekabet piyasası, piyasa hakkındaki

¹²⁹ Karar Sayısı: 08/44- 603/230, Karar Tarihi: 09.07.2008, www.rekabet.gov.tr.

¹³⁰ Ülgen, a.g.e., s. 143. Süleyman Kevük, “Bilgi Ekonomisi”, *Journal of Yasar University*, 1 (4), s. 335.

bilgilendirmenin tam olduğu ve piyasaya giriş-çıkışın engellenmediği özel bir piyasa türüdür¹³¹. Tam rekabet piyasalarının önemli özelliklerinden¹³² bir tanesi tam giriş-çıkışlı¹³³ olması yani potansiyel rakiplerin piyasaya giriş maliyetlerinin ve mevcut teşebbüslerin piyasadan çıkış maliyetlerinin sıfır olmasıdır.

Günümüz piyasalarının tam rekabet piyasaları olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, piyasaya giriş veya piyasada büyüme engellerinin olması çoğu zaman kaçınılmaz görünmektedir. İlgili piyasada faaliyet gösteren bir teşebbüsün, piyasada hâkim duruma geçmesi ya da mevcut hâkim durumunu güçlendirmesi, piyasaya giriş ve piyasada büyüme engellerinin varlığı ve niteliği ile yakından ilişkilidir. Dolayısıyla bu engellerin tespit edilmesi ve önlenmesi rekabet otoritelerinin ilgilenmesi gereken önemli konulardan birini oluşturmaktadır.

Piyasaya giriş ve piyasada büyüme engellerinin olması durumunda, piyasada bulunan teşebbüs üzerinde rekabetin yaratacağı olası bir baskı ya olmayacak ya da sınırlı olacaktır. Örneğin, piyasaya giriş engellerinin çok yüksek olduğu bir durumda piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler potansiyel rekabetten yoksun oldukları için kendilerini sürekli olarak yenilemek zorunda hissetmeyebilirler.

Giriş engellerinin çok yüksek olduğu bir piyasada faaliyet gösteren tek bir teşebbüsün olması bu teşebbüsün hâkim durumda olduğunu kesin olarak gösterecektir.¹³⁴ Fakat piyasaya giriş engellerinin bulunmadığı bir piyasada faaliyet gösteren tek bir teşebbüsün olduğu bir durumda bu teşebbüsün kesin olarak hâkim durumda olacağı söylenemeyecektir çünkü böyle bir durumda potansiyel rekabetin göz önünde bulundurulması gerekecektir¹³⁵. Piyasaya giriş engellerinin varlığı ve

¹³¹ Ülgen, a.g.e., s. 144; Dinler, a.g.e., s. 254 vd.

¹³² Tam rekabet piyasalarında alıcı ve satıcılar fiyatlar hakkında tam bir bilgiye sahiptir ve piyasadaki davranışlarını ürünün fiyatı ekseninde oluştururlar. Örneğin rasyonel olan iktisadi birey (homoekonomikus) en az maliyetle en yüksek faydayı elde edebileceği için en düşük fiyatlı ürünü tercih eder. Bu da piyasadaki fiyat rekabetini artırır.

¹³³ Parasız, a.g.e., s. 178; Dinler, a.g.e., s. 255.

¹³⁴ Yiğit, a.g.e., s. 124.

¹³⁵ Yiğit' e göre piyasaya yeni bir teşebbüs girene kadar ve bu teşebbüsle gerçek anlamda rekabet edene kadar bir hâkimiyetin varlığından bahsedilebilecektir. Bkz. Yiğit, a.g.e., s. 124. Biz de yazarın bu görüşüne katılıyoruz. Nitekim giriş engellerinin olmadığı ya da çok düşük olduğu bir piyasada potansiyel rekabetin güçlü olacağı varsayımından hareket edilebilse de piyasada faaliyette bulunan teşebbüsün gerçek anlamda rekabet etmediği veya rekabeti engelleyici bir takım uygulamalarda bulunduğu bir durumda hâkim teşebbüs olduğundan söz edilebilecektir.

niteliği potansiyel rekabetin varlığını etkileyebilecek nitelikte bir husus olduğu için giriş engellerinin bulunmadığı piyasalarda potansiyel rekabet güçlü olacaktır¹³⁶.

İktisatçılara göre, giriş serbestisinin doğurmuş olduğu potansiyel rekabet, piyasada mevcut durumda faaliyette bulunan teşebbüsler açısından bir baskı unsuru oluşturacaktır¹³⁷. Dolayısıyla teşebbüsler tarafından piyasaya ilişkin alınacak kararlar potansiyel rekabet baskısından bağımsız olamayacaktır. Piyasaların kendi kendini düzenleme özelliğinden hareket eden Chicago Okulu temsilcileri özellikle de tek el kârının kazanıldığı durumunda piyasaya yeni girişlerin artacağını ve rekabetin tekrardan başlaması sonucu fiyatların normal düzeye ineceğini savunur¹³⁸. Kısa bir şekilde ifade etmek gerekirse giriş engellerinin bulunmadığı bir piyasada hiçbir teşebbüs uzun bir süre boyunca hâkim durumda kalamayacaktır.

(i) Doktrinde Giriş Engelleri

Giriş engeli kavramı iktisat literatürüne bugünkü anlamıyla ilk olarak 1950’li yıllarda Harvard Okulu temsilcilerinden J. S. Bain tarafından kazandırılmıştır¹³⁹. Giriş engellerini: “*Bir piyasada mevcut bulunan satıcıların piyasaya giriş potansiyeli olan satıcılara kıyasen sahip olduğu ve endüstriye yeni girişleri teşvik etmeyecek şekilde fiyatları devamlı olarak rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabilmesi avantajıdır.*”¹⁴⁰ şeklinde tanımlayan ve fiyatları birim maliyetin üzerine çıkarabilme kabiliyeti ile ilişkilendiren Bain’e göre, piyasada halihazırda mevcut bulunan teşebbüs, piyasaya yeni giren teşebbüse göre daha avantajlı durumda bulunmaktadır çünkü piyasada mevcut bulunan teşebbüs minimum elde edilebilir ortalama maliyetin üzerine belirli bir kâr oranı (mark-up) ekleyerek piyasaya yeni girişlere engel

¹³⁶ Aşçıoğlu Öz, a.g.e., s. 143.

¹³⁷ Yiğit, a.g.e., s. 124.

¹³⁸ Akman, a.g.e., s. 27.

¹³⁹ Mehmet Yanık, **Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s. 11.

¹⁴⁰ R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon, Michael A. Williams, “What is a Barrier to Entry?”, **The American Economic Review**, Vol. 94, No. 2, May 2004, s. 461.

olabilecek en yüksek (limit) fiyatı tespit edebilir, ürün farklılaştırma¹⁴¹ ve mutlak maliyet avantajlarına¹⁴² sahip olabilir¹⁴³.

1970' li yıllarda Harvard Okulu temsilcilerine eleştiriler getiren Chicago Okulu temsilcilerinden Stigler ise, giriş engellerini "*Endüstride halihazırda bulunan firmaların katlanmak zorunda olmadığı fakat ilgili endüstriye girmeye talip olan firmaların katlanmak zorunda oldukları üretim maliyetidir.*"¹⁴⁴ şeklinde tanımlamaktadır.

Giriş ve büyüme engellerinin analizi piyasadaki hâkim durumun tespit edilmesinde temel nitelik taşımaktadır çünkü piyasaya yeni teşebbüslerin girme olasılığı veya piyasadaki mevcut teşebbüslerin büyüme olasılığı piyasa davranışı üzerinde rekabetçi bir baskı oluşturabilmektedir. Bunun aksi durumunda ise yani piyasaya giriş ve piyasada büyüme engellerinin olduğu durumda piyasadaki mevcut teşebbüsler rekabetçi bir baskı hissetmeyecek ve önemli bir zaman süresince piyasa güçlerini kullanabileceklerdir.

En basit şekilde teşebbüslerin ilgili piyasaya girerken karşılaştıkları veya karşılaşabilecekleri zorluklar şekilde ifade edilebilecek olan giriş engelleri rekabet hukuku literatüründe yapısal (ekonomik) ve stratejik (davranışsal) giriş engelleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır¹⁴⁵.

Piyasaya giriş engelleri doktrini vasıtasıyla rekabetin korunması hem iktisatçılar hem de hukukçular tarafından eleştirilmiştir çünkü bu doktrin, rekabet vasıtasıyla ulaşılmaya çalışılan hedeflerin hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaktadır¹⁴⁶. Oysa ki rekabet ile hedeflenen piyasaya kaliteli mal veya hizmeti

¹⁴¹ Piyasada faaliyette bulunan teşebbüsün kendi ürünleri lehine tüketici ya da kullanıcı tercihlerinden kaynaklanan avantajlara sahip olmasıdır. Örneğin geçmişteki reklam faaliyetleri sayesinde marka, şirket ismi, kaliteli ve/veya rekabetçi fiyatta ürün sunması açılarından tanınımlılık yaratmış olma ve müşteri bağımlılığına sahip olma.

¹⁴² Örneğin piyasadaki mevcut teşebbüsün sahip olduğu daha üstün üretim teknikleri, temel patent hakları, işletme idaresini de içine alan daha iyi, üstün kaynaklara, üretim faktörlerine erişim imkânları.

¹⁴³ Mehmet Yanık, a.g.e., s.12.

¹⁴⁴ McAfee, Mialon, Williams, a.g.m., s. 461.

¹⁴⁵ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 107.

¹⁴⁶ Tekinalp, Tekinalp, a.g.e., s. 448.

ucuza arz eden güçlü teşebbüslerin yaratılmasıdır¹⁴⁷. Piyasada bu hedefi gerçekleştiren teşebbüsler ise hâkim durumda kabul edilmekte ve piyasadaki bazı davranışları kolaylıkla kötüye kullanma olarak sayılabilmektedir¹⁴⁸.

Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki, genellikle piyasadan çıkmayı zorlaştıran engeller de giriş engeli olarak sayılır. Eğer piyasadan çıkma maliyetleri yüksek ise teşebbüsün piyasadan çıkmasının güç olması ilgili piyasaya yeni girişleri engelleyebilecektir.

(ii) Uygulamada Giriş Engelleri

Yapısal (ekonomik) giriş engelleri; kamusal düzenlemeler/yasal giriş engelleri¹⁴⁹, teknoloji¹⁵⁰, sabit¹⁵¹ ve batık¹⁵² maliyetler, ölçek maliyeti, talep vs. gibi piyasanın kendi özelliklerinden kaynaklanan engellerdir. Hem Avrupa Birliği hem de Türk Rekabet Hukuku uygulamasında hâkim durumun tespitinde yapısal giriş engellerinin kullanıldığı birçok karar bulunmaktadır.

Rekabet Kurulu Belko¹⁵³ kararında, Belko'nun ilgili piyasa olan Ankara ili şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür piyasasında, başka teşebbüslerin satış yapmasını engelleyecek şekilde kendisine sağlanan tekel hakkı¹⁵⁴ nedeniyle hâkim durumda bulunduğunu ve bu konumu sayesinde rekabetçi bir baskı hissetmediğini tespit etmiştir. Yine Turkcell¹⁵⁵ kararında, hâkim durum tespiti yapılırken, GSM hizmetleri piyasasının 5809 sayılı Kanun'a göre elektronik

¹⁴⁷ Tekinalp, Tekinalp, *a.g.e.*, s. 449.

¹⁴⁸ Tekinalp, Tekinalp, *a.g.e.*, s. 449.

¹⁴⁹ Devletlerin çeşitli işlem ve tasarruflarıyla yaratmış olduğu piyasaya giriş engelleridir. Bir teşebbüsün fikri mülkiyetin sağladığı inhisar imkânlarını hâkimiyet aracı olarak kullanmasını ifade eder.

¹⁵⁰ İlgili piyasanın özelliğinden dolayı yüksek teknoloji gerektirmesi yeni rakiplerin piyasaya girme cesaretlerini kırabilir.

¹⁵¹ Piyasaya giriş için katlanılması gereken maliyetlerdir. Örneğin fabrika kurulması için yapılan harcamalar.

¹⁵² Piyasadan çıkış için katlanılan maliyetlerdir.

¹⁵³ Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.04.2001, www.rekabet.gov.tr.

¹⁵⁴ 1986 yılında ilk defa Ankara'da ithal kömür kullanılmaya başlanmıştır. Bu dönemde Ankara'da tüketilecek kömürün ithalat ve satış hakkı Ankara Belediyesi tarafından kurulan Belko'ya verilmiştir. Bkz. Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.04.2001, www.rekabet.gov.tr.

¹⁵⁵ Karar Sayısı: 11-34/742-230 Karar Tarihi: 06.06.2011, www.rekabet.gov.tr.

haberleşme hizmetleri kapsamında yer alması göz önünde bulundurulmuştur. Bu düzenlemeye tabi olunması, ilgili piyasada faaliyet göstermek isteyen teşebbüslerin imtiyaz sözleşmesi imzalama zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Ayrıca ilgili piyasada faaliyet göstermenin çok yüksek maliyetli altyapı yatırımlarını gerektirmesi hususunun da değerlendirmeye alınmasıyla ilgili piyasanın yüksek giriş engellerine sahip olduğu belirtilmiştir.

Genel Mahkeme Hugin/Komisyon¹⁵⁶ davasında, AB Komisyonu'nun tespitlerini onaylamıştır. Komisyon ilgili ürün piyasasını Hugin marka yazar kasaların yedek parçaları olarak belirlenmiş ve bu yedek parçaların arzı yalnızca Hugin şirketinin kontrolünde olduğu için, bu şirketin ilgili piyasada hâkim durumda olduğunu tespit etmiştir. Yine General Motors/Komisyon¹⁵⁷ davasında Genel Mahkeme, Belçika karayollarında kullanılacak motorlu araçların trafiğe uygunluk sertifikasını verme yetkisinin yasalar tarafından General Motors şirketine tanınmış olması nedeniyle piyasanın diğer teşebbüslere kapatılmış olmasını bir hâkim durum göstergesi sayan Komisyon kararını bozmasına rağmen hâkim duruma ilişkin değerlendirmelere katılmıştır¹⁵⁸.

Stratejik (davranışsal) giriş engelleri ise, ilgili piyasadaki mevcut teşebbüslerin davranışları sonucu ortaya çıkan engellerdir. Yıkıcı fiyatlama, atıl kapasite yatırımları, ürün farklılaştırması¹⁵⁹, reklam¹⁶⁰ giderleri, ürün vermeyi reddetme, dikey anlaşmalar yoluyla piyasayı kapatma, finansal piyasalara girebilme kolaylığı, müşterinin marka bağımlılığı veya sağlayıcı değiştirme maliyetleri (locked-in customer)¹⁶¹ davranışsal giriş engellerini oluşturmaktadır¹⁶². Komisyon, Chiquita¹⁶³

¹⁵⁶ Case 22/78, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. v Commission of the European Communities, Judgement of the Court [1979], <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁵⁷ Case 26-75, General Motors Continental NV v Commission of the European Communities, Judgement of the Court [1975], <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁵⁸ General Motors şirketinin yasal giriş engelinin bulunduğu bir piyasada faaliyette bulunan tek teşebbüs olması hâkim durumda bulunduğunun göstergesidir ancak bu durum başlı başına rekabet karşıtı değildir.

¹⁵⁹ Ürün farklılaştırma aynı zamanda piyasaya giriş aracı olarak da kullanılabilmekte olup piyasaya yeni giren teşebbüsün talep koşullarını kendi lehine çevirebilmesi için bir araç olabilir.

¹⁶⁰ Reklam, piyasaya girebilecek olan potansiyel rakiplerin ürünlerine olan talebi azalttığı ölçüde stratejik caydırıcı bir unsur, giriş engelidir. Aksi takdirde tıpkı ürün farklılaştırmada olduğu gibi piyasaya yeni giren teşebbüsün kullanabileceği stratejik bir araç da olabilir.

¹⁶¹ Yanık, a.g.e., s. 34.

muzları ile ilgili kararında, United Brands Company'nin, muz piyasasında arz ettiği markasız muzlara nazaran Chiquita markalı muzları %30 ila %40 oranında pahalıya satabilmesini yürütmüş olduğu geniş çaplı reklam kampanyalarının bir sonucu olduğu kanaatine varmış ve United Brands Company'nin rakiplerine göre bir hayli büyük reklam bütçesine sahip olmasını hâkim durum göstergesi saymıştır.

Aynı şekilde Komisyon, Michelin/Komisyon¹⁶⁴ kararında, Michelin marka lastiklerin sahip olduğu marka değerinin bir ticari prestij göstergesi olmasını, markayı arz eden teşebbüs açısından hem bir hâkim durum kriteri saymış hem de potansiyel rekabetin önünde bir piyasaya giriş engeli olarak değerlendirmiştir. Bir satıcının ürünleri arasında Michelin marka lastik bulundurmaması hem ticari prestij kaybına neden olabilecek hem de ticari işlerin devamını zora sokacak bir durum olarak nitelendirilmiştir.

Dikey entegrasyon ve sağlam dağıtım ağı birçok kararda piyasaya giriş engeli olarak değerlendirilmektedir¹⁶⁵. Birleşik Krallık'ta en büyük şeker tüccarı olarak faaliyet gösteren Napier Brown ve diğer şeker tüccarlarının başvurusu sonucu ele alınan British Sugar/Komisyon¹⁶⁶ kararında, British Sugar'a ilişkin hâkim durum tespiti yapılırken, bu teşebbüsün gelişmiş ve entegre üretim sistemine sahip oluşu ve şeker üretimin her aşamasında (tohumların tedarikinden, yetiştirilmesine, işlenmiş son ürününün satışına kadar) yer alması göz önünde bulundurulmuş ve bu durum ilgili piyasaya giriş için önemli bir engel olarak kabul edilmiştir.

(iii) Ölçek Ekonomileri

Ölçek ekonomisi hâkim durum tespiti yapılırken ve piyasaya giriş engellerinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulan önemli ölçütlerden bir diğeridir.

¹⁶² Güven, a.g.e., s. 209.

¹⁶³ 76/353/EEC, OJ L 095, 09/04/1976, p. 0001- 0020, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁶⁴ 81/969/EEC, OJ L 353, 09/12/1981, p. 0033- 0047, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁶⁵ Birleşik Krallık'ta en büyük şeker tüccarı olarak faaliyet gösteren Napier Brown ve diğer şeker tüccarlarının başvurusu sonucu ele alınan British Sugar/Komisyon kararında, hem şeker kamışı hem de şeker pancarından elde edilen granüle şeker piyasasında hâkim durumda bulunan British Sugar'ın Napier Brown'u perakende şeker piyasasından silme amacına yönelik uygulamaları nedeniyle 102. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

¹⁶⁶ 88/518/EEC, OJ L 284, 19/10/1988 p. 0041 – 0059, <http://eur-lex.europa.eu>.

Ölçek ekonomilerinin varlığı durumunda, bir teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili piyasada önemli oranda piyasa payına sahip olması rakiplerin piyasaya girmelerini veya piyasada kalmalarını zorlaştırır¹⁶⁷. Bu nedenle rekabet otoriteleri hâkim durum tespiti yaparken ilgili piyasanın ölçek ekonomisi özelliğine sahip olup olmadığını göz önünde bulundurmak durumundadır.

Ölçek ekonomileri iktisat biliminde iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; daha büyük teşebbüslerin (firmaların) daha etkin olacağı anlamına gelen içsel ölçek ekonomileri¹⁶⁸ ve daha büyük piyasaların daha etkin olacağı anlamına gelen dışsal ölçek ekonomileri¹⁶⁹ olarak ifade edilmektedir. Ölçek ekonomilerinin dışsal olduğu bir piyasada genel olarak çok sayıda küçük teşebbüs faaliyette bulunur ve tam rekabetçi bir yapı görülür. Bu tür ekonomilerde piyasa büyüdükçe (yani piyasadaki çıktı miktarı arttıkça), ilgili piyasada faaliyette bulunan teşebbüsler bireysel olarak büyümese bile üretim maliyetleri düşebilir çünkü piyasadaki çıktı miktarının artması teşebbüslerin ürünlerini satmak isteyecekleri fiyatı düşürecektir. Çin'deki piyasalar¹⁷⁰ bu tür ekonomilere iyi birer örnek oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu tür ölçek ekonomileri rekabet hukuku açısından sakıncalı olmazlar.

Rekabet hukukunu ilgilendiren esasında içsel ölçek ekonomileridir. İçsel ekonomiler: *“Firmanın tesis ölçeğini büyütmesi halinde maliyetinin düşmesine ya da artmasına neden olan avantaj ya da dezavantajlardır.”* şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷¹. İçsel ölçek ekonomileri teşebbüslerin (firmaların) üretim birim maliyetini en aza indirgeyebilmek için, belirli bir asgari üretim ölçeğine ulaşmış olmaları gerektirir. Bunun nedeni belirli bir üretim ölçeğinin altında üretim yapıldığı takdirde maliyetin artmasıdır. Böylelikle içsel ölçek ekonomileri söz konusu olduğunda yani büyük teşebbüslerin küçük teşebbüsler karşısında bir maliyet avantajına sahip olması durumunda ilgili piyasada küçük teşebbüslerin faaliyette

¹⁶⁷ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 17.

¹⁶⁸ Internal economies of scale.

¹⁶⁹ External economies of scale.

¹⁷⁰ Çin'deki bir şehir dünyanın iç giyim ihtiyacının çok büyük bir kısmını karşılarken; bir başka şehir neredeyse tüm çakmak ihtiyacını karşılamaktadır.

¹⁷¹ Dinler, a.g.e., s. 218.

bulunması zorlaşacağı için aksak rekabetçi yapının sergilenmesine sebep olacaklardır.

Gerek Türk gerek Avrupa rekabet hukuku uygulamasında önem atfedilen bu durum birçok kararda göz önünde bulundurulmuştur. Adalet Divanı, United Brands/Komisyon¹⁷² kararında ölçek ekonomisini ilgili bir faktör olarak ele almıştır. Aynı şekilde Komisyon bu duruma BPB Industries plc/Komisyon¹⁷³ kararında değinmiştir. Sözü geçen kararda BPB firması, entegre endüstriyel ürünlere (alçıtaşının bileşimlerine ayrılması, plaster ve plasterboard üretimi) ilişkin yapmış olduğu büyük ölçekli üretim nedeniyle önemli oranda maliyet avantajından faydalanmaktadır. Yine Warner-Lambert, Gillette ve diğerleri/Komisyon¹⁷⁴ kararında ölçek ekonomileri piyasaya giriş engellerinden biri olarak tespit edilmiştir.

Burada belirtmekte fayda bulunan bir diğer husus ise birden fazla çıktıyı birlikte üretme maliyetinin, her çıktının ayrı ayrı üretilmesi durumundaki olası maliyetlerin toplamından küçük olması anlamına gelen alan ekonomilerinin (economies of scope) de aynı şekilde değerlendirileceğine şüphe bulunmamasıdır¹⁷⁵.

(iv) Yarışmacı Piyasalar Yaklaşımı

Baumol, Willig ve Panzer tarafından geliştirilen ve “yarışmacı piyasalar (*contestable markets*)” olarak adlandırılan piyasa teorisi; bir piyasadaki fiyat ve kâr seviyesinin rekabetçi düzeyde olabilmesi için bu piyasada çok sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesinin yahut bu piyasaya fiili olarak yeni girişlerin yapılmasının gerek olmadığı varsayımından hareket eder çünkü Baumol’un yarışmacı piyasaları, girişlerin ve çıkışların tamamen serbest ve maliyetsiz olduğu piyasalardır¹⁷⁶. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken, sözü edilen serbestliğin Stingler yaklaşımı tarzında bir serbestlik olduğudur. Yani piyasaya girişlerin şüphesiz maliyetleri ve zorlukları

¹⁷²Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission [1978] ECR 207, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁷³ OJ L 010 , 13/01/1989 p. 0050 – 0072, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁷⁴ OJ L 116 , 12/05/1993 p. 0021 – 0032, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁷⁵ Whish, Bailey, a.g.e., s. 184.

¹⁷⁶ William J. Baumol, “Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure”, *The American Economic Review*, Vol. 72, No. 1, (Mar., 1982), s. 3.

bulunmaktadır, fakat önemli olan bu durumun piyasaya yeni girecek olan teşebbüsler için piyasada halihazırda faaliyet gösteren teşebbüslere kıyasla aleyhte bir durum yaratmamasıdır¹⁷⁷. Şöyle ki yarışmacı piyasalarda, halihazırdaki teşebbüsün herhangi bir mutlak maliyet avantajı bulunmamaktadır, çünkü maliyet ve talep koşullarının mevcut ve potansiyel teşebbüsler için benzer olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸. Dolayısıyla piyasada ilk olarak faaliyete başlayan teşebbüsün stratejik bir üstünlüğe sahip olmadığı farz edilmektedir.

Rekabet hukukunu ilgilendiren ve özellikle de hâkim durumun tespit edilmesinde göz önünde bulundurulmuş bu teorinin bir sonucu olarak piyasada hâkim durumda bulunduğu iddia edilen bir teşebbüsün yarışmacı bir piyasada faaliyette bulunup bulunmadığının tespitinin yapılması gerekmektedir çünkü piyasa gücüne sahip olduğu iddia edilen teşebbüslerin davranışları, bu tür piyasalarda sadece mevcut rakipler tarafından değil potansiyel rakipler tarafından da disipline edilebilmektedir. Piyasadaki mevcut teşebbüsler, potansiyel girişlere karşı kendilerini koruyamadıkları için rekabetin olduğu/rekabete açık ortamdaki gibi faaliyette bulunmak zorunda kalmaktadırlar.

Yarışmacı piyasaların bir özelliği, mevcut durumda piyasada faaliyette bulunan teşebbüsün geçici süreliğine bile olsa ekstradan kâr elde etmesi halinde piyasaya yeni girişlerin yaşanması ve fiyatların kolaylıkla aşağı çekilebilmesidir. Bu nedenle bu tür piyasalarda fiyat manipülasyonu yeteneği şeklindeki piyasa gücünden söz edilememektedir. Nitekim bu durum Rekabet Kurulu'nun Belko kararında¹⁷⁹ şu şekilde ifade edilmiştir: *“Son dönemlerde yaygın olarak kabul gören yarışmacı pazarlar (contestable markets) teorisi, pazara giriş engellerinin bulunmadığı ya da çok düşük olduğu piyasalarda fiyat manipülasyonu yeteneği şeklindeki pazar gücünden bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Söz konusu durum giriş engellerinin herhangi bir önem arzetmediği tekeller için de geçerlidir. Bu süreçteki anahtar nokta giriş engellerinin derecesidir. Giriş engelleri geniş anlamda yasal ve/veya ekonomik kaynaklı olabilmektedir. Bununla birlikte teoride uzun*

¹⁷⁷ Baumol, a.g.m., s. 4.

¹⁷⁸ Yanık, a.g.e., s. 10.

¹⁷⁹ Karar Sayısı: 09-32/703-163, Karar Tarihi: 08.07.2009, www.rekabet.gov.tr.

dönemde yasal kısıtlamalar haricinde ekonomik ya da diğer hiçbir giriş engelinin bulunmayacağından söz edilmektedir. Bu bağlamda lisans, patent vs. aracılığıyla pazara girişlerin kanunlarla korunduğu piyasalar mutlak anlamda korunmuş pazarlardır.” Bu açıklamadan hareketle Kurul yasal tekelin bulunduğu piyasaların regüle edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Yarışmacı piyasalar teorisi Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu’nun Kuzey Denizi’nin Birleşik Krallık egemenliğindeki kuzey bölgesi gaz ve offshore helikopter servisleri piyasasında faaliyet gösteren CHC Helicopter Corporation’ın (Brintel) Helicopter Services Group ASA’nın yavru şirketini (Bond Helicopters Ltd.) satın almasını konu eden kararında da değerlendirilmeye alınmıştır¹⁸⁰. Söz konusu kararda oligopolistik bir karakter sergileyen ilgili piyasanın esasında yarışmacı bir piyasa olduğu ve bu piyasaya yeni girişlerin olmamasının giriş engellerinden ziyade rekabetçi fiyatların bir sonucu olduğu ifade edilmiştir¹⁸¹.

bb. Alıcıların Gücü

(i) Genel Olarak

Hâkim durum ve hâkim durumun tespitine ilişkin hususlar esasen hâkim durumun sağlayıcı (üretici veya satıcı) seviyesinde olduğu durumlara ilişkindir. Ancak sağlayıcı esaslı hâkim duruma simetrik biçimde alıcı hâkimiyeti de söz konusu olabilir¹⁸². Bazı durumlarda piyasada çok büyük güce sahip olan alıcılar bulunabilmektedir. Alıcı gücünün söz konusu olduğu durumlarda ilgili piyasadaki güçlü satıcıların fiyatlama politikaları disipline edilebilir ve böylece ilgili piyasada bir güçler dengesi yaratılabilir¹⁸³. Fakat aynı zamanda bu nitelikteki alıcılar alım güçlerini tedarikçi piyasasındaki rekabeti bozacak şekilde de kullanabilirler. Özellikle ilgili ürünün tedarikçi piyasasındaki arzının esnek olduğu yani, arzın fiyat

¹⁸⁰ Aydın Öztunalı, Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hâkimiyeti, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003, s. 45.

¹⁸¹ Öztunalı, **Tek Teşebbüs**, s. 45.

¹⁸² Öztunalı, **Tek Teşebbüs**, s. 48; Case T-219/99, British Airways v Commission [2003] ECR II-5917, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁸³ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 55.

değişimlerine duyarlı olduğu ve üretim darboğazlarının olmadığı durumlarda alıcılar yapacakları alımların miktarını değiştirerek fiyatların rekabetçi düzeyin altına inmesine neden olabilirler¹⁸⁴. Bu nedenle alıcı gücünün rekabet otoriteleri tarafından değerlendirmeye alınması hâkim durum (rekabet)¹⁸⁵ analizinde önem arz etmektedir.

Ancak unutmamak gerekir ki, yalnızca belirli veya sınırlı bir müşteri kitlesinin hâkim durumdaki teşebbüsün piyasa gücünden korunduğu durumlarda alıcı gücünün yeterli derecede rekabetçi bir baskı oluşturacağından bahsedilemeyecektir¹⁸⁶.

(ii) Kavram

Rekabet Kurulu tarafından çıkarılmış olan Hâkim Durum Kılavuzu'nda' hâkim durumun tespitinde göz önünde bulundurulan temel unsurlar arasında alıcıların pazar gücü de sayılmıştır. Söz konusu kılavuzun 21. paragrafında alıcıların gücüne ilişkin olarak: *“İncelenen teşebbüsün müşterileri görece büyük, alternatif temin kaynakları hakkında yeterince bilgili ve makul bir süre içerisinde başka bir sağlayıcıya geçmek ya da kendi arzını yaratmak imkanına sahip ise bu müşterilerin pazarlık gücüne, bir başka deyişle alıcı gücüne sahip olduğu söylenebilecektir.”* ifadesi kullanılmıştır.

Aynı şekilde, AB Komisyonu'nun dışlayıcı davranışlara ilişkin çıkarmış olduğu 102. madde Kılavuzu'nda da hâkim durum tespiti için ilgili piyasanın rekabetçi yapısının incelenmesi gerektiği, teşebbüsün müşterilerinin pazarlık gücünün (dengeleyici karşı güç) de özel olarak göz önüne alınması gerekli faktörlerden birisi olduğu belirtilmiştir. Bu kılavuzda “dengeleyici karşı güç¹⁸⁷” kavramıyla ifade edilen alıcıların gücüne ilişkin yapılan açıklamalarda bu gücün müşterinin büyüklüğü¹⁸⁸ veya sağlayıcı açısından vazgeçilmez ticari öneme sahip olmasından kaynaklanabileceği gibi güçlü müşterinin başka sağlayıcılara yönelebileme, piyasaya yeni girişleri teşvik edebilme ya da dikey olarak bütünleşme

¹⁸⁴ Bkz. “Dengeleyici karşı güç”, **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 81.

¹⁸⁵ Alıcı gücü, birleşme ve devralmalara ilişkin analizlerde sıklıkla kullanılmaktadır. Bkz. Bellamy, Child, **a.g.e.**, s. 935.

¹⁸⁶ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 21; 102. madde Kılavuzu, par. 18.

¹⁸⁷ Countervailing buyer power.

¹⁸⁸ Ekonomik açıdan güçlü olması veya büyük miktarlarda alım yapması.

imkânına sahip olmasından kaynaklanabileceği belirtilmiş ve piyasada çok yüksek paylara sahip olan sağlayıcı konumundaki teşebbüslerin bile güçlü müşteriler karşısında bağımsız hareket edemediği vurgulanmıştır. Örneğin sağlayıcı tekel konumunda bile olsa arz ettiği ürünün fiyatını yükseltme yeteneği, monopson (tek alıcı) veya oligopson (az sayıda alıcı) alıcılar tarafından azaltılabilir veya ortadan kaldırılabilir¹⁸⁹.

Alıcı gücü, OECD tarafından: “*tedarik zincirinde alt piyasada bulunan teşebbüslerin ürünün arzına ilişkin ticari koşulları etkileyebilmesi*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁹⁰ Monopson ve oligopson olarak ifade edilen piyasalarda çok büyük güce sahip olan alıcılar bulunmaktadır. Monopson kısaca tek bir alıcının olduğu piyasa şeklinde tanımlanabilir¹⁹¹. Rekabet hukuku bağlamında yapılabilecek en uygun tanım ise “*bir büyük alıcının vermiş olduğu alım kararlarının, alım fiyatını etkilediği durumdur*”¹⁹² şeklinde olabilir. Alım fiyatı, tek alıcının satın aldığı miktarı kısıtlaması suretiyle rekabetçi seviyenin altına çekilebilmekte ve tedarikçi piyasasındaki rekabeti bozabilmektedir. Oligopson ise az sayıda alıcının bulunduğu piyasayı ifade etmektedir.

Alıcı gücüne ilişkin uyumsuzluklar rekabet hukuku uygulamasında nadiren ortaya çıkmaktadır¹⁹³. British Airways/Komisyon¹⁹⁴ kararı AB uygulamasında alıcı hâkimiyetinin söz konusu olduğu tek karardır. İlgili kararda Birleşik Krallık’ta gerçekleşen uçak bileti satışlarının %85’inin seyahat acentaları tarafından yapıldığı ve British Airways’in de Birleşik Krallık’taki havayolu seyahati acentalığı hizmeti piyasasında hâkim durumda bulunan bir alıcı olduğu tespit edilmiştir.

(iii) Alıcı Gücünün Hâkim Duruma Etkisi

¹⁸⁹ **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 140.

¹⁹⁰ OECD, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>, Erişim Tarihi: 29.09.2014.

¹⁹¹ “Monopson” terimi hem bir teşebbüsü hem de bir piyasayı ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

¹⁹² Burak Büyükkuşoğlu, **Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı)**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2004, s. 4.

¹⁹³ Bellamy, Child, **a.g.e.**, s. 936.

¹⁹⁴ Case T-219/99, British Airways v Commission [2003] ECR II-5917, <http://eur-lex.europa.eu>.

Alıcı gücünün hâkim durumun tespit edilmesi aşamasında incelenmesi gerektiğine ilişkin AB uygulamasında pek çok karar bulunmaktadır. Örneğin, Genel Mahkeme, Italian Flat Glass/Komisyon¹⁹⁵ kararına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede (birlikte hâkim durumda olduğu iddia edilen) üç cam üreticisinin Fiat Group'un karşısındaki ekonomik gücünü değerlendirecek bilginin toplanmamasını bir eksiklik olarak görmüştür çünkü ilgili piyasadaki ürünlerin alıcısı olan Fiat Group her bir üreticinin etkisini yok edebilecek derecede alıcı gücüne sahip bir teşebbüstür ve bu hâkim durumun tespitinde değerlendirilmesi gereken önemli bir kriterdir.

(iv) Alıcı Yoğunlaşması

Alıcıların gücüyle alakalı olarak dikkat çeken bir diğer kavram da alıcı yoğunlaşmasıdır¹⁹⁶. Alıcı yoğunlaşması, bir ürünün büyük bir yüzdesinin göreceli olarak küçük bir alıcı gurubu tarafından satın alınıyor olmasıdır. Bunun en uç örneği, üretilen ürünün tamamının sadece bir teşebbüs tarafından satın alınıyor olduğu monopson durumudur¹⁹⁷.

4. Bağımsızlık

Bir teşebbüsün hâkim durumda bulunabilmesi için işlem yaptığı taraflardan ayrı ve bağımsız davranabilme kabiliyetine sahip olması gerekmektedir. Gerek mevzuatta gerek içtihatla vurgulanan bu bağımsızlık olgusunu iki şekilde anlamak gerekmektedir¹⁹⁸. İlk olarak hâkim durumda bulunan teşebbüsün rekabet hukuku anlamında bağımsız olması gereklidir. Bu bağımsızlıktan kasıt ilgili teşebbüsün ekonomik olarak bağımsız olmasıdır, hukuken bağımsız olup olmamasının bir önemi yoktur. Eğer bir teşebbüs piyasadaki davranışlarını, bağlı olduğu şirketler grubundan aldığı güç sayesinde piyasada bulunan diğer aktörlerden bağımsız olarak

¹⁹⁵ Cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89, SIV v Commission (Italian Flat Case) [1992] ECR II-1403, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁹⁶ Buyer concentration.

¹⁹⁷ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 56.

¹⁹⁸ Aslan, a.g.e., s. 439.

belirleyebiliyorsa, bu teşebbüsün bağımsız olduğundan söz edilemeyecektir. Ayrıca ana şirket, şartların varlığı halinde, yavru şirketin yaptığı rekabet karşıtı eylemlerden TTK m. 202 ve 203 hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilir.

Bağımsızlığa ilişkin anlaşılması gereken ikinci durum ise söz konusu teşebbüsün keyfi davranabilme iktidarına sahip olmasıdır yani piyasadaki ekonomik parametreleri kendi başına belirleyebilme gücüne sahip olmasıdır.

5. Devamlılık

Bir teşebbüsün hâkim durumda sayılması için gerekli olan unsurlardan sonuncusu, faaliyette bulunduğu piyasadaki sahip olduğu ekonomik gücün devamlılık (süreklilik) arz etmesidir. Geçici bir süreliğine sahip olunan ekonomik güç piyasadaki hâkimiyetin bir ölçüsü olarak değerlendirilemeyecektir¹⁹⁹.

Hâkim durum tespiti yapılırken teşebbüsün sahip olduğu piyasa payının ne kadar bir zaman süresince korunuyor olması gerektiği konusunda esasında ne Türk ne de Avrupa mevzuatında herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Fakat Rekabet Kurulu'nun çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu'nun 8. paragrafına ilişkin bir dipnotta bu sürenin incelenen ürünün ve piyasanın özelliklerine göre değişmekte olmakla birlikte genellikle iki yıllık bir sürenin yeterli olduğu belirtilmiştir. Söz konusu sürenin ne kadar olması gerektiğine ilişkin olarak doktrinde ise çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, bu hususa ilişkin asgari bir sürenin öngörülemediğini fakat beş yıl gibi bir sürenin muhtemelen yeterli görülebileceğini, üç yıldan az bir sürenin ise özellikle de dinamik piyasalarda çok kısa olacağını belirtmektedir²⁰⁰. Bunun nedeni hızlı büyüyen ve yeni oluşmakta olan piyasaların özelliği, yani bu tür piyasalarda faaliyette bulunan teşebbüslerin piyasa paylarının sürekli bir dalgalanma göstermesidir²⁰¹. Bunun aksi bir yapı gösteren doymuş piyasalarda ise piyasa payları süreklilik göstermektedir. Öte yandan, bizim

¹⁹⁹ Aslan, a.g.e., s. 440.

²⁰⁰ Bellamy, Child, a.g.e., s. 928.

²⁰¹ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 14.

de katılmakta olduğumuz diğer bir görüş²⁰² herhangi bir zaman dilimi belirlemesi yapılmasının gerekli olmadığını, çünkü esas alınması gerekenin teşebbüsün piyasadaki ekonomik parametreleri belirleyebilmesine yetecek bir zaman olması gerektiği yani araştırmaya konu olan kötüye kullanma eyleminin gerçekleşebileceği bir zaman dilimi olması gerektiğini belirtmektedir.

III. BİRLİKTE HÂKİM DURUM

A. Genel Olarak

Bir teşebbüs piyasada tek başına hâkim durumda olabileceği gibi birden fazla teşebbüs de bir piyasada birlikte hâkim durumda bulunabilir. Nitekim RKHK'nın hem 3. maddesindeki hâkim durum tanımında hem de 6. maddesindeki hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemede birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olabileceğinden söz edilmiştir. Birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratabileceğine ilişkin bu husus TFEU 102. maddesinde de açıkça ifade edilmiştir.

RKHK'nın 6. maddesinde sadece tek başına hâkim durumda olan teşebbüsün kötüye kullanma eylemi değil, birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durum yaratması sonucundaki kötüye kullanma eylemi de hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Dolayısıyla uygulama ve doktrinde “birlikte (kolektif) hâkim durum” şeklinde ifade edilen birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durum yaratması anlamına gelen bu kavramının neyi ifade ettiğinin ve hangi durumda söz konusu olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir.

B. Kavram

RKHK'nın ilgili hükmünde “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” demek sureti ile hâkim durum yaratabilecekleri ifade edilmiştir. Fakat “başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da

²⁰² Aslan, a.g.e., s. 440; Erdem, a.g.e., s. 122; Yiğit, a.g.e., s. 127.

birlikte davranışlar” ifadesi TFEU 102. maddesinde yer almamaktadır. Her iki düzenleme arasında bulunan bu fark ise doktrinde bir takım tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

1. Görüşler

a) RKHK 4. Maddesi İle 6. Maddesi Arasındaki İlişki

TFEU 102. maddede yer almayan fakat RKHK 6. maddede yer alan “*tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar*” ifadesi doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bu durum doktrinin bir bölümü²⁰³ tarafından değişik olasılıkları daha iyi anlattığı gerekçesiyle olumlu bir farklılık olarak görülmektedir.

Doktrinin diğer bir bölümü²⁰⁴ tarafından ise haklı olarak, ilgili hükmün yorumlanmasında karışıklığa sebep olabilecek nitelikte ve RKHK’nın 6. ve 4. maddelerinin birbirleriyle olan tamamlayıcılık ilişkisini bulanıklaştıracak nitelikte olduğu için olumsuz bir farklılık olarak görünmektedir. Nitekim “*teşebbüslerin başkaları ile yapacağı anlaşmalar*” ibaresi esasen RKHK’nın 4. maddesi ile düzenlenen kartel yasağı kapsamında zaten bulunmaktadır²⁰⁵. Buna ek olarak, “*birlikte davranış*” kavramı ile RKHK’nın 4. maddesinde sözü edilen “*uyumlu eylem*” kavramı arasındaki farkın da net olmadığı görülmektedir²⁰⁶. Dolayısıyla doktrin bu iki kavramın, uygulamada sorun teşkil etmemesi için ya aralarında bir derecelendirme yapılması suretiyle “*birlikte davranış*” kavramının “*uyumlu eylem*” kabul edilemeyecek kadar zayıf benzerlikleri ifade edecek şekilde kullanılması gerektiğini ya da “*birlikte davranış*” ifadesinin 6. maddeden çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir²⁰⁷.

²⁰³ İnan, Piker, a.g.e., s. 57.

²⁰⁴ Aslan, a.g.e., s. 457; Sanlı, a.g.e., s. 256; Mustafa Çeker, “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, *Batider*, C. XVIII, S. 3, Haziran 1996, s. 93.

²⁰⁵ Baykan, a.g.m., s. 53; Çeker, a.g.m., s. 93.

²⁰⁶ Baykan, a.g.m., s. 54; Çeker, a.g.m., s. 93.

²⁰⁷ Aslan, a.g.e., s. 457.

**b) “Başkalarıyla Yapılacak Anlaşma/Birlikte Davranışların” Bir Unsur
Yahut Kötüye Kullanmanın Bir Yolu Olarak Kabul Edilmesi
Gerektiğine İlişkin Görüş**

Doktrinde yer alan görüşlerden bir diğeri ise, başkalarıyla yapılacak anlaşmaların veya birlikte davranışların, birlikte hâkimiyetin unsurları olarak kabul edilmesi gerektiği²⁰⁸ ile bunun hâkim durumun kötüye kullanılmasının bir yolu olarak kabul edilmesi gerektiği²⁰⁹ şeklinde yapılan tartışmadır.

“... tek başına ya da başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ...” ifadesi söze göre yorum ilkesine²¹⁰ göre değerlendirildiğinde, kötüye kullanmanın ne şekilde gerçekleştirebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla bir teşebbüs hâkim durumunu tek başına kötüye kullanabileceği gibi başka teşebbüslerle yapacağı anlaşmalar yahut birlikte davranışlarla da kötüye kullanabilecektir. Diğer bir yandan, hâkim durumda bulunan birden fazla teşebbüsün de sahip oldukları piyasadaki hâkim konumlarını tek başlarına yahut başka teşebbüslerle yapacakları anlaşmalarla veya birlikte davranışlarla da kötüye kullanabilmeleri mümkündür. Açıkça görüldüğü üzere bu ifade ile 4. ve 6. madde hükümlerinin tamamlayıcılık ilişkisi açıkça bulanmakta ve sanki bu iki hükmün aynı düzenlemeler olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır²¹¹.

Aynı ifade, amaca göre yorum ilkesine²¹² göre değerlendirildiğinde ise, birlikte davranış ve anlaşmaların birlikte hâkimiyetin unsuru olarak anlaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre bu yorum, AB hukuku ve RKHK 6. madde ruhuna daha uygun düşmektedir çünkü söze göre yorum ilkesine göre yapılan değerlendirmede, hâkim durumun birlikte davranış veya anlaşmalar dışındaki kötüye kullanmaları yani tek taraflı yapılan eylemleri ilgili madde kapsamı dışında bırakması söz konusu olmaktadır²¹³.

²⁰⁸ Aslan, a.g.e., s. 457.

²⁰⁹ Sanlı, a.g.e., s. 257.

²¹⁰ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 19. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 67.

²¹¹ Sanlı, a.g.e., s. 256.

²¹² Oğuzman, Barlas, a.g.e., s. 68.

²¹³ Aslan, a.g.e., s. 457.

Bir üçüncü görüşe göre, yukarıda ifade edilen farklı iki görüşten herhangi birinin açıkça tercih edilmesini sağlayacak ikna edici ve yeterli bir dayanağın bulunmadığı ve zaten her iki yorum ilkesinin de maddenin uygulanmasında aynı sonuçları doğuracağı ifade edilmekle birlikte, maddenin lafzına aksi yönde yorum yapmayı gerektirecek şartların gerçekleşmemiş olduğunu kabul etmek gerektiğinden hareketle söze göre yorum ilkesinin benimsenmesinin ilgili hükme daha uygun düşeceği belirtilmektedir²¹⁴. Ne var ki 6. maddenin mehzazını oluşturan TFEU 102. maddede “başkaları ile yapacağı anlaşmalar ve birlikte davranışlar” ifadesinin bulunmuyor oluşu bu ifadenin birlikte hâkimiyetin unsurları olarak anlaşılmasını zorlaştırmakta olan diğer bir neden olarak ortaya çıkmaktadır. Tüm bu açıklamalardan sonra kanımızca da söze göre yorum ilkesinin benimsenmesi daha uygun görünmektedir.

c) “Başkalarıyla Yapılacak Anlaşma/Birlikte Davranışların” Piyasa Yapısına İlişkin Bir Husus Olduğu Görüşü

Doktrinde TFEU 102. maddesinde bulunan “bir veya birden fazla teşebbüsün” ibaresinin esasında piyasa yapısına ilişkin bir husus olduğu, dolayısıyla RKHK’da bulunan “başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar” ibaresinin gereksiz olduğuna ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Bu konuda bir görüş, TFEU 102. maddesinde bulunmayan bu ifadenin adı geçen hükmün yanlış tercüme edilmesinden kaynaklandığını ve esasında TFEU 102. maddesinde bulunan “bir veya birden fazla teşebbüsün” ibaresiyle piyasanın yapısından kaynaklanan ve iktisat biliminde eksik rekabet piyasaları olarak ifade edilen tekeller²¹⁵ veya oligopol piyasalarının kastedilmiş olduğunu belirtmektedir²¹⁶. Bu görüşü paylaşan diğer yazarlar da sözü geçen hükmün özellikle tekeller ve oligopol piyasalara yönelik olduğunu belirtmişlerdir²¹⁷.

²¹⁴ Sanlı, a.g.e., s. 257.

²¹⁵ Piyasa yelpazesinin bir ucunda birçok satıcının bulunduğu tam rekabet diğer ucunda ise tek bir satıcının bulunduğu monopol (tekeller) vardır. Bir monopol yakın ikamesi bulunmayan bir mal veya hizmetin tek arz edicisidir. Monopol piyasaya arz ettiği ürünün miktarında değişiklikler yaparak ilgili ürünün fiyatını artırıp azaltabilme gücüne sahiptir.

²¹⁶ Baykan, a.g.e., s. 54.

²¹⁷ Özsunay, a.g.m., s. 57; Çeker, a.g.m., s. 94.

2. Oligopol Problemi

Oligopol piyasa yapısı birlikte hâkimiyet kavramını yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle kanımızca oligopol piyasa kavramının incelenmesi önem arz etmektedir.

Oligopol piyasalar fiyat ve üretim politikaları açısından karşılıklı bir bağımlılık ilişkisi içinde olan az sayıda teşebbüsten oluşan piyasalardır²¹⁸. Yoğunlaşmanın genellikle fazla olduğu bu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, fiyat ve üretim kararları, birbirlerinin fiyat ve üretim kararlarından önemli derecede etkilenir²¹⁹. Bu nedenle teşebbüslerin sürekli olarak birbirlerinin davranışlarını kontrol etmesi gereği doğmaktadır. Birbirleriyle etkin rekabete girmekten çekinen bu teşebbüslerden biri fiyat değiştirdiğinde diğerleri de değiştirirler. Oligopol piyasalarda böylelikle kendiliğinden, arada herhangi bir anlaşma olmadan paralel davranışlar başlayabilir. Rasyonel bir ekonomik davranışın sonucu olarak ortaya çıkabilecek paralel davranışlar dolayısıyla teşebbüslerin piyasada ortak bir şekilde hareket ettikleri izlenimi kolaylıkla oluşabilmektedir.

Oligopol piyasalardaki teşebbüslerin çoğu zaman birbirine yakın güçte olması, bu tür piyasalarda tek bir teşebbüsün hâkim durumda olduğunun tespit edilebilmesini zorlaştırmaktadır. Ancak bu durumdan oligopol piyasalarda her zaman birlikte hâkimiyet durumunun oluşacağı sonucu da çıkarılamayacaktır. Bu tür piyasalarda, tek bir teşebbüsün hâkim durumda olması olasılığı da bulunmaktadır²²⁰. Oligopol bir piyasada, eksik rekabetin bulunmadığı bir piyasada hâkim durumda bulunmak için yeterli olmayacak bir piyasa payına sahip olan teşebbüs, rakiplerinin piyasa paylarının çok düşük olması karşısında tek başına hâkim durumda bulunabilir. Bu

²¹⁸ Ülgen, a.g.e., s. 168.

²¹⁹ “İlgili ürünün üretiminin, az sayıda ve birbirine yakın güçteki teşebbüslerin elinde yoğunlaştığı ve bunların herhangi birinin fiyat taktiğinin diğerlerinin pazar payını etkilediği oligopolistik pazarlarda rakipler az sayıda ve yakın güçtedir. Bu nedenle pazar paylarını arttırmak için yapacakları hamlelerin kendi zararlarına olabileceğini bilirler. Oligopolistik pazarlarda böylece kendiliğinden, arada herhangi bir anlaşma olmadan paralel davranışlar başlayabilir. Biri fiyat değiştirdiğinde genellikle diğerleri de değiştirir çünkü birbirleriyle etkin rekabete girmekten çekinirler. Buna oligopolistik bağımlılık denir.” Bkz. **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, s. 146.

²²⁰ Güven, a.g.e., s. 213.

duruma bir örnek teşkil eden ve Avrupa Birliği uygulamasında ortaya çıkan bir karar Hoffman-La Roche & Co. AG/Komisyon²²¹ kararıdır. Komisyon'un almış olduğu ilk karara karşı, Roche firması tarafından yapılan itiraz sonucunda olayı ele alan Genel Mahkeme, Roche firmasının hâkim durumda olduğunu tespit ederken piyasa yapısını da dikkate almıştır. Genel Mahkeme Roche'un, A, B2, B6, C, E, H olmak üzere yedi farklı vitamin piyasasında hâkim durumda olduğunu onaylanmıştır. Bu kararda özellikle dar oligopol piyasa yapısı gösteren ve doğal olarak piyasa yapısı gereği rekabetin zayıf olduğu A vitaminin arzına ilişkin piyasada ise, Roche firmasının piyasa payının kendisine en yakın piyasa payına sahip olan iki rakibinin piyasa payları toplamından büyük olması durumu, diğer faktörlerle birlikte ilgili piyasada bağımsız hareket edebildiğinin ve dolayısıyla hâkim durumda bulunduğunun bir göstergesi olarak kabul edilmiştir²²². Sonuçta Komisyon'un daha öncesinde vermiş olduğu karar onaylanmıştır.

Ayrıca belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, çok sayıda teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasalarda birlikte hâkimiyet durumu ender olarak ortaya çıkabilecektir. Rekabet Kurulu, almış olduğu bir kararında²²³ *“Rekabet hukuku uygulamalarında birlikte hâkim durum genellikle az sayıda teşebbüsün oluşturduğu pazar gücünü tanımlamakta kullanılmaktadır. Çok sayıda teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya karara taraf olduğu durumlarda, anlaşma veya karara uygun hareket edilip edilmediğinin belirlenmesi güçleşmekte ve işlemin uygulanma süresi ile pazarda yaratılan etki sınırlı kalmaktadır. Potansiyel ve mevcut rekabeti önemli ölçüde sınırlayabilecek, pazarın yapısını etkileyebilecek birlikte hâkim durumdan, çok sayıda teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı işleme taraf olduğu hallerde söz etmek - istisnai örnekler dışında- neredeyse olanaksızdır...”* şeklinde ifade etmek suretiyle açıklamıştır.

²²¹ Case 85/76 Hoffmann- La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, <http://eur-lex.europa.eu>.

²²² Roche %47, rakipler sırasıyla %27, %18, %7, %1 piyasa payına sahiptir.

²²³ Karar Sayısı: 00-35/393-220, Karar Tarihi: 18.09.2000, www.rekabet.gov.tr.

C. Bağımsızlık Kriteri

Birlikte hâkim durum ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer nokta bunun hangi durumda ortaya çıkacağıdır. Aralarındaki ilişkide bağımsız olmayan teşebbüslerin oluşturduğu gruplar bu kavramın içine girmeyeceklerdir. Bunun temeli rekabet hukuku uygulamaları bakımından farklı bir anlam taşıyan “teşebbüs” kavramında saklıdır. RKHK madde 3’te “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade eder.*” şeklinde tanımlanmış olan teşebbüs kavramına ilişkin olarak ekonomik bütünlük ilkesi²²⁴ benimsenmiştir. Bu nedenle her ne kadar farklı tüzel kişiliğe sahip olsalarda, bu tüzel kişilerin tek bir ekonomik bütün oluşturması halinde, söz konusu ekonomik bütünlük tek bir teşebbüs olarak kabul edilecektir. Örneğin TTK’nın 125. maddesinde öngörüldüğü üzere ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahiptir. Yine aynı kanunun 195. maddesinde ifade edildiği üzere hâkim şirket ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır. Ticaret hukuku bağlamında birbirinden ayrı tüzel kişiliğe sahip olan şirketlerin, aralarında ekonomik birliktelik bulunması yani ana-yavru ortaklıklar şeklinde nitelendirilmeleri rekabet hukuku açısından dikkate alınmaz. Nitekim rekabet hukuku anlamında ana-yavru ortaklıklar tek bir teşebbüs olarak kabul edileceği için birlikte hâkimiyet durumu söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar TTK m. 195 ve devamı hükümlerinde ekonomik anlamda birlik teşkil eden şirketlere ilişkin hükümler öngörülmüşse de rekabet hukuku açısından rekabeti ihlal eden aktörlerin mutlak bir şekilde hâkim şirket-yavru şirket/şirketler topluluğu şeklinde yapılması gerekmemektedir. Zira bu paragrafta hemen yukarıda da ifade edildiği üzere hâkim şirket ve yavru şirket/şirketleri²²⁵ rekabet hukuku çerçevesinde tek bir teşebbüs²²⁶ kabul edilmektedir. Birlikte hâkim

²²⁴ RKHK’nın 3. madde gerekçesi, www.rekabet.gov.tr.

²²⁵ TTK m. 195/(1) ve (4) ile Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 hükümlerinin lafızları yönünden şirketler topluluğundan bahsedebilmek için asgari şirket sayısı yönünden tartışma mevcut olmakla birlikte rekabet hukuku yönünden bu durum herhangi bir önem arz etmemektedir. Zira bir hâkim bir yavru şirket olmak üzere iki şirketin bulunması halinde dahi rekabet hukuku bakımından tek bir aktör söz konusu olacaktır.

²²⁶ Rekabet hukuku anlamında teşebbüs, TTK m.195/(5) hükmünde bahsedilen teşebbüs kavramından daha dar anlamdadır. Her ne kadar her iki hukuk dalında da teşebbüsün bir vakıf, dernek, kamu tüzel kişisi hatta gerçek kişi olabilceği belirtilmekte ise de (Abuzer Kendigelen, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bs., XII Levha, İstanbul, 2012, s. 175) RKHK m.3’te yer alan teşebbüs tanımında teşebbüsün bir mal veya

durum, rekabet hukuku anlamında birbirlerinden bağımsız olan teşebbüslerin oluşturacakları birliktelikler sonucu ortaya çıkabilecektir. Ancak Avrupa uygulamasına ilişkin olarak bazı yazarlar “birden fazla teşebbüs”ün “grup” şirketler de kapsamına aldığı görüşünü savunmaktadır²²⁷.

IV. HÂKİM DURUMDA OLMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Hukuka Aykırılık Teşkil Etmemesi

Rekabetin korumasına ve tesis edilmesine yönelik yasaklamalar; yasaklama ilkesi, kötüye kullanma ilkesi ve karma ilke şeklinde üç gruba ayrılmaktadır²²⁸. Yasaklama ilkesi, tekelleri yasaklarken; kötüye kullanma ilkesi tekelleri per se yasaklamaz ancak bunların sahip olduğu ekonomik güçlerini kötüye kullanmalarını yasaklar. Türk ve AB rekabet hukuku mevzuatında temel teşkil eden ilke ise diğer iki ilkenin olumsuz yanlarını bertaraf etmeyi amaçlayan ve rasyonel olduğu takdirde rekabetin kısıtlanmasına göz yumabilen (örneğin RKHK m. 5) karma ilke olduğu için hâkim durumda bulunma per se yasaklanmamıştır²²⁹. Bu durum Türkiye ve AB’nin tekellere yönelik politikasını ortaya koymaktadır²³⁰. Bu politika esasında ilgili piyasanın düzenlenmesinden ziyade hâkim durumda olan teşebbüsün piyasa davranışlarının düzenlenmesine yöneliktir²³¹.

Yasaklanan husus hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır. Kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışlar, piyasada hâkim durumda bulunmayan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirildiğinde ise hukuka aykırı kabul edilmeyecektir.

hizmet piyasasında faaliyette bulunması gerekmesine rağmen, TTK m. 195 vd. hükümlerinde böyle bir zorunluluk söz konusu olmadığından RKHK anlamında teşebbüs, şirketler topluluğu anlamındaki teşebbüsten daha sınırlayıcıdır.

²²⁷ Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 1016.

²²⁸ Özsunay, *a.g.e.*, s. 8.

²²⁹ RKHK m. 7 ile birleşme ve devralmalar yolu ile hâkim duruma gelme yasaklanmıştır. Burada söz edilen teşebbüsün kendi ekonomik performansı sonucunda hâkim konumda bulunması yahut hâkim duruma gelmesidir.

²³⁰ Aşçıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 125

²³¹ Rekabet politikası kamu tekellerinde özelleştirme, kamu tekellerinin özel sektöre devredilerek ilgili piyasaların rekabete açılması şeklindedir. Bkz. Aşçıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 125.

RKHK m. 6 ve TFEU m. 102 bizzat hâkim durumda bulunmayı değil bunun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır çünkü bir teşebbüsün ilgili piyasada hâkim durumda bulunuyor olması, söz konusu teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücü nedeniyle rekabete mutlaka zararlı olacağı sonucunu doğurmaz. Ancak burada belirtmek gerekmektedir ki, teşebbüslerin birleşmesi yahut bir teşebbüsün diğerini devralması suretiyle piyasada hâkim duruma gelmesi RKHK m. 7’ de yasaklanmıştır. Bu durum sözü geçen düzenlemede: *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaaktır.”* şeklinde ifade edilmektedir. Bu nedenle, birleşme ve devralma yolu ile hâkim konuma gelme durumu hariç olmak üzere gerek Türk gerek AB rekabet hukuku mevzuatında teşebbüsün hâkim durumda bulunması tek başına rekabete aykırı görülmemektedir.

Rekabet düzenine zararlı görülmeyen hâkim durum, teşebbüslerin kendi faaliyetleri sonucunda rekabet ortamında başarılı olmalarıyla elde etmiş oldukları piyasa hâkimiyetidir. Bu doğrultuda şüphesiz ki hâkim teşebbüslerin rekabete katkıda bulunabileceğinden söz edilebilir. Nitekim hâkim teşebbüsler düşük maliyet ile çalışma, teknik gelişmelere büyük fonlar ayırabilme, teknolojik ilerlemenin öncüsü olabilme, mal ve hizmetleri uygun fiyatla sunabilme gibi pek çok avantaja sahip olduğu için rekabeti teşvik eden bir etkiye sahip olabilir.

Ayrıca, serbest piyasa ekonomilerinde tekelleşmenin önüne set çekilmesi fikrinin karşısında kendi ekonomik performansı sonucu önemli piyasa gücüne sahip olan teşebbüslerin ortaya çıkmasının engellenmemesi arasındaki dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Serbest rekabet düzeninde kendi ekonomik başarısı sonucu hâkim duruma gelen teşebbüsün per se cezalandırılması adaletli bir yaklaşım olarak düşünülemez. Ancak, ilgili piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüs sahip olduğu birtakım avantajlardan yararlanma eğilimi gösterebilir. Nitekim hâkim

teşebbüs, normal rekabet şartlarında faaliyette bulunacak olsaydı hissedecek olacağı rekabet baskısından uzak olduğu için piyasa davranışlarını kontrol etmekte zorlanabilir. Dolayısıyla hâkim teşebbüsün davranışlarının kontrol altında tutulması gerekli olmaktadır. Bu nedenlerle Türk ve AB rekabet hukukunda bizzat hâkim durumda bulunmak değil, bu durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması yoluna gidilmiştir.

Aslında bir teşebbüsün, adil ve dürüst bir rekabetin sonucunda hâkim duruma gelmesiyle bu konumundan istifade etmesi yani rekabet ortamındaki başarısının getirisini kullanmak istemesinin cezalandırılabilir olması ilk bakışta çelişkili bir durum gibi gözükmemektedir çünkü rekabet hukukunun amacı mal ve hizmet piyasalarında faaliyette bulunan teşebbüslerin daha fazla rekabet etmesi dolayısıyla bu teşebbüslerin birbirlerinin önüne geçmesinin teşvik edilmesidir. Ancak unutmamak gerekmektedir ki hukukun temel prensiplerinden biri “hakkın kötüye kullanılmaması” dır. Bu prensipten hareketle, rekabet yarışından galip çıkarak hâkim durum elde eden bir teşebbüsün, edindiği bu konumu dilediği gibi kullanabilmesi ancak hukukun çizdiği sınırlar dahilinde olabilecektir. Menfaatler dengesini gözeterek bir hukuk dalı olan rekabet hukuku da güçlünün karşısında güçsüzün korunması yoluyla rekabeti korumayı hedeflemektedir²³².

Netice itibariyle, bir teşebbüsün hâkim durumda bulunması yasak değildir ve tek başına hukuka aykırılık oluşturmamaktadır.

B. Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Kişilere, hukuki ilişkilerini serbest iradeleriyle ve kendi sorumlulukları altında diledikleri gibi düzenleme fırsatını veren irade özerkliği (irade muhtariyeti) ilkesinin borçlar hukukundaki yansıması sözleşme serbestisidir²³³. Sözleşmenin konusuna ilişkin serbestlik 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesinde “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde serbestçe belirleyebilirler*” şeklinde ifade edilmektedir. Ne var ki doktrinde ve uygulamada kabul edilmiş olduğu

²³² Ulaş Kısa, **a.g.e.**, s. 24.

²³³ Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme**, 5. Basıdan Tıpkı 6. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 501. Bu başlık altında yer alan bazı kavramlar detaylarıyla tezimizin üçüncü bölümünde “Sözleşme Yapmayı Reddetme” başlığı altında yer almaktadır. Bkz. Üçüncü Bölüm, III, B.

üzere, sözleşme serbestisi yalnızca sözleşmenin konusunu serbestçe tayin etmekle sınırlı olmayan, kapsamına sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüklerinin tamamını alan bir kavramdır²³⁴. Fakat istisnaen de olsa sözleşme yapma serbestisi ortadan kalkmakta ve sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu istisnai haller “kanunun açık hükmü ile öngörülen sözleşme yapma zorunluluğu”²³⁵, “kamu hukukundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu”²³⁶ ve “özel hukuktan doğan sözleşme yapma zorunluluğu”²³⁷ şeklinde sıralanabilmektedir²³⁸.

Ekonomik liberalizm yani serbest piyasa ekonomisinin temel unsurlarından olan sözleşme serbestisi ilkesi ile devlet, özel hukuk ilişkilerinin düzenleyicisi olmaktan feragat etmiş ve kendisinin yerine getirmek zorunda kalacağı ağır bir yükümlülüğten kurtulmuş olmaktadır. Buna ek olarak, bu ilke sayesinde kişilerin ihtiyaçlarına, değişen koşullara göre şekillendirilen sözleşmeler ile çözüm getirilmesini amaçlamıştır. Ancak bu ilke, güçlünün zayıfı sömürebileceği bir araç haline de gelebilmektedir. Nitekim kurulacak sözleşmenin adil olabilmesi ancak tarafların müzakere güçleri arasında eşitliğin bulunduğu koşullarda söz konusu olabilmektedir²³⁹. Rekabet hukuku bu tehlikenin varlığına istinaden ortaya çıkan hukuk dallarından birisini oluşturmaktadır²⁴⁰. Türk rekabet hukuku uygulamasında,

²³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 503; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 13. Bs., Beta, İstanbul, 2013, s. 57; Turgut Akıntürk, **Borçlar Hukuku**, Tıpkı Onbeşinci Bs., Beta, Ankara, 2009, s. 53.

²³⁵ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinde öngörülmüş olan “Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz” hükmü bu istisnai hale örnek teşkil eder.

²³⁶ Elektrik, su, doğalgaz, posta işleri veya demiryolları taşımacılığı gibi kamu hizmeti niteliği gösteren faaliyetlerde bulunan teşebbüsler hizmetten faydalanmak isteyenlerin gerekli koşulları taşıması ve hizmetin görülmesinin imkân dahilinde olması kaydıyla sözleşme yapma zorunluluğu altında bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 3. HD, 14.06.2004, E. 2004/5997, K. 2004/6790 (YKD 2004/11, 1669).

²³⁷ Aynı edimin kendisinden beklenebilir bir biçimde başka yerden tedarik etme imkânına sahip olmayan kişilere karşı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 2. maddesi gereğince sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir. Bkz. Yarg. 3. HGK, 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740 (YKD 2004/4, 493).

²³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 41 vd.

²³⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 504.

²⁴⁰ Ulaş Kısa, **a.g.e.**, s. 24.

sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hâkim durumda olsun veya olmasın kural olarak hiçbir teşebbüsün başka bir teşebbüs ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁴¹. Fakat hâkim durumdaki teşebbüse, zorunlu unsura sahip olmasında olduğu gibi bazı durumlarda, sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olarak, sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilmektedir²⁴².

Özellikle de hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, sözleşme serbestisi ilkesinden faydalanmak suretiyle faaliyette bulunduğu tarafları istismar etmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Ancak bu anlayış hâkim teşebbüsün bu ilkeden faydalanamayacağı anlamına gelmemektedir. Burada önem arz eden husus hâkim durumdaki teşebbüsün, haklı bir nedene dayanmaksızın sergileyeceği davranışlardır. Daha açık bir şekilde ifade edilecek olursa, zorunlu unsura²⁴³ sahip bir hâkim teşebbüs sözleşmeyi kurmama tercihinin yaparken bunu stokta ürün bulunmaması veya alıcının ödeme gücüne sahip olmaması gibi haklı bir nedene dayandırmak zorundadır. Aksi takdirde, makul bir bedel karşılığında sahip olduğu zorunlu unsurdan başkalarının faydalanılmasını engelleyemez. Yine aynı şekilde faaliyette bulunduğu taraflara, sözleşmenin niteliğiyle yahut ticari teamüllerle bağdaşmayan yükümlülükleri dayatamaz. Komisyon'un ilk kez zorunlu unsur kavramını kullanmış olduğu B&I plc, Sealink Harbours/Komisyon kararında, alt piyasada faaliyette bulunmak isteyen teşebbüslerin, bu piyasada faaliyet gösterebilmesi için zorunlu olan unsurdan (liman) haklı bir sebep olmaksızın mahrum bırakılamayacağını belirtmiş ve bu unsurun diğer teşebbüslerle ayrımcı olmayacak şekilde paylaşılması yükümlülüğünü getirmiştir²⁴⁴.

Hâkim teşebbüs, rekabet otoriteleri tarafından, davranışlarıyla rekabeti bozmama veya önlememe yönündeki objektif özen sorumluluğuna uygun davranmak

²⁴¹ H. Ercüment Erdem, "Mal Vermeyi Reddetme Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", (Çevrimiçi) www.erdem-erdem.com, Erişim Tarihi: 30.11.2014 (Mal Vermeyi Reddetme).

²⁴² Erdem, **Mal Vermeyi Reddetme**, Erişim Tarihi: 30.11.2014.

²⁴³ Zorunlu unsur, bir piyasaya girmek veya bir faaliyete başlamak için belli bir ürünün veya altyapının, herhangi başka bir alternatifinin olmaması veya bunun oluşturulamaması dolayısıyla "zorunlu" olarak kullanılması anlamına gelmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, III, B, 4.

²⁴⁴ 94/19/EC: Commission Decision of 21 December 1993 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink - Interim measures), <http://www.eur-lex.europa.eu>. Karara ilişkin detay için bkz. Üçüncü Bölüm, III, B, 4.

yönünde zorlanır. Bunun nedeni rekabetin korunması amacının, sözleşme serbestisi ilkesi karşısında üstün tutulmasıdır²⁴⁵.

²⁴⁵ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 24.

İKİNCİ BÖLÜM

KÖTÜYE KULLANMA

I. GENEL OLARAK

AB rekabet hukukunda olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da teşebbüslerin faaliyette bulundukları piyasada hâkim durumda olmaları yasaklanmamış bunun yerine bir veya daha fazla teşebbüsün tek başlarına yahut birlikte sahip oldukları hâkim durumlarını, tek başlarına ya da diğer teşebbüsler ile yapacakları anlaşmalar veya birlikte davranışlar ile kötüye kullanmaları hukuka aykırı görülmüştür. Nitekim bu yaklaşım rekabet hukukundan beklenen ekonomik amaçlara da uygun düşmektedir¹. Zira serbest piyasa düzenine uyarak kendi iç dinamikleri vasıtasıyla veya diğer teşebbüslerle yapmış olduğu rekabet neticesinde hâkim duruma gelen teşebbüslerin cezalandırılması; daha doğru bir ifadeyle piyasada gösterdiği faaliyet neticesinde hâkim durum elde ederek gelir sağlamasının engellenmesi, serbest/kapitalist piyasa ekonomisine aykırı bir yaklaşımdır.

Hiç şüphesiz ki, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, kendisiyle aynı piyasada faaliyette bulunan diğer teşebbüslere kıyasla rekabet şartlarını yönlendirmesi daha olasıdır². Bunun nedeni hâkim teşebbüsün sahip olduğu avantajlar sayesinde ekonomik parametreleri diğer teşebbüslerden bağımsız olarak belirleyebilmesidir. Bu bağımsızlık hâkim teşebbüsün keyfi davranabilmesine ve rekabetin işleyişine etkide bulunabilmesine imkân tanımaktadır ki kanun koyucunun amacı da esasen bu imkânı haiz olan hâkim teşebbüslerin iyiniyetle bağdaşmayan hareketlerle, piyasadaki diğer aktörlerin rekabet gücünü sınırlamasının/kaldırmasının önüne geçmektir.

Serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı ülkelerdeki kanun koyucular, hâkim teşebbüslerin iktisadi güçlerinden dolayı ekonomiye olan; büyük yatırımlar yapabilme, teknolojik gelişmeye katkıda bulunabilme ve küresel ekonomide rekabet gücüne sahip olabilme şeklinde sayılabilecek çok sayıda olumlu katkısının yanında

¹ Sanlı, a.g.e., s. 244.

² Sanlı, a.g.e., s. 244.

rekabeti engelleme ve tüketiciye zarar verme gibi olumsuz etkilerinin de olabileceği varsayımından hareket etmiş ve rekabet kuralları vasıtasıyla hâkim durumda bulunmayı per se yasaklamak yerine, bir üst paragrafta da ifade olunduğu üzere, bu durumun kötüye kullanılmasını yasaklamayı tercih etmişlerdir.

Yukarıda söz edilen nedenlerle RKHK 6. maddesi, mehz TFEU 102. madde düzenlemesinde olduğu gibi hâkim durumda bulunmayı değil bu durumun kötüye kullanılmasını hukuka aykırı kabul etmiştir. RKHK m. 6 uyarınca: *“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.”*

Yeri gelmişken tekrar belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, RKHK m. 6’nın belirleyici özelliği, teşebbüslerin tek yanlı olarak sergiledikleri davranışları sonucunda rekabeti sınırlamalarının/engellemelerinin önüne geçilmesidir. Bir başka deyişle, teşebbüslerin başka teşebbüsle/teşebbüslerle “danışıklılık yahut işbirliği” ilişkisi içerisine girmeksizin gerçekleştirebileceği rekabeti olumsuz etkileyebilecek davranışlarının yasaklanmasıdır³. Bu düzenlemenin altında yatan neden ise hâkim durumda olması durumunda yalnızca bir teşebbüsün bile rekabeti kısıtlayabilme ihtimalinin bulunmasıdır⁴.

RKHK’nın 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için, davranışı gerçekleştiren teşebbüsün öncelikle hâkim durumda bulunması gerekmekte ardından da söz konusu davranışın hâkim durumun kötüye kullanılması niteliği taşıması gerekmektedir. Dolayısıyla, tezimizin Birinci Bölümü’nde incelenmiş olan hâkim durum kavramının ardından bu bölümde kötüye kullanma kavramının neyi ifade ettiği açıklanmaya çalışılacak ve kavramın türlerine değinilecektir.

³ Sanlı, a.g.e., s. 244.

⁴ RKHK m. 6 düzenlemesinin, RKHK m. 4 düzenlemesinden farklılaştığı nokta rekabet ihlalinin tek taraflı davranışlarla gerçekleştirilebileceğidir. RKHK m. 4; rekabeti olumsuz etkileyen yahut bu amacı taşıyan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemleri yasaklayan bir düzenleme olduğu için, ilgili bu hükmün uygulanabilmesi için bir “danışıklılık/işbirliği” durumunun varlığı gerekli olmaktadır.

II. TANIM

A. Genel Olarak

RKHK'nın 3. maddesinde hâkim durum tanımına yer verilmesine karşın “kötüye kullanma” kavramına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bunun yerine tanımın yapılması uygulama ve doktrine bırakılmıştır. Genel olarak doktrin tarafından isabetli bulunan bu tercih “kötüye kullanma” teşkil edebilecek uygulamaların bir tanımla sınırlanmasının önüne geçilmesi amacını taşımaktadır. Yani kötüye kullanma kavramı, teşebbüslerin değişen ekonomik ve konjonktürel koşullar altında gerçekleştirebilecekleri çeşitli davranışlarını kontrol altına almaya izin verecek şekilde geniş bir biçimde değerlendirilebilecektir⁵. Zira doktrinin bir kısmı tarafından belirtildiği üzere, kanuni düzenlemede bir tanım yapılması, tanımın doğal bir sonucu olarak sınırlayıcı olma özelliğini de peşinden getireceği için bütün kötüye kullanma teşkil eden davranışları kapsamına alamama tehlikesini bünyesinde barındırabilecektir⁶.

“Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlığını taşıyan RKHK'nın 6. maddesi ikinci fıkrasında hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilebilecek davranışları sınırlı sayıda olmayacak şekilde bir takım örnekler vermek suretiyle saymıştır. Hükmün ilk fıkrasında kullanılan “kötüye kullanma” kavramını ise özel olarak tanımlamamıştır. Dahası bir davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak bir kurala da yer vermemiştir⁷. Dolayısıyla kötüye kullanma kavramından ne anlaşılması gerektiği tamamen yorum yoluyla belirlenebilecektir. Bu anlamda Kurul hangi davranışların kötüye kullanma teşkil edeceğine ilişkin yapacağı yorumda oldukça serbest bırakılmış bulunmaktadır. Kurul, yorumlarını yaparken ikinci fıkrafta sıralanmış olan örnek kötüye kullanma davranışlarından faydalanmakla birlikte ikinci fıkrafta açıkça

⁵ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 13.

⁶ Yiğit, a.g.e., s. 138; Hasan Karakılıç, *Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları*, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 433.

⁷ Ayşe Odman Boztosun: “Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?- How Shall We Approach Unilateral Conduct?”, *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 107.

sıralanmamış olan başka birtakım davranışları da kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilecektir.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak Avrupa Birliği rekabet hukuku mevzuatında da bir tanım yer almamaktadır. Türk hukukunda olduğu gibi TFEU 102. maddesi kötüye kullanmaya ilişkin bir tanım vermekten kaçınmış, bunun yerine uygulamada en sık rastlanan örnekleri sınırlı sayıda olmayacak şekilde örnekleme kabilinden sıralamıştır. Doktrinin bir bölümü tarafından ağır bir şekilde eleştirilen hükmün yapısı ve uygulaması, Avrupa’da özellikle de rekabeti değil rakipleri koruyor olması ve davranışların etkisine göre değil şekline göre karar verildiği şeklinde eleştirilmiştir⁸.

Hâkim durumun kötüye kullanılması kavramına ilişkin bir tanımının yapılması güç olmakla birlikte RKHK ve TFEU’da sayılan örnekler bu doğrultuda yol gösterici nitelik taşımaktadır. Kanuni düzenlemeden hareketle doktrin ve uygulamada kötüye kullanma kavramının tam olarak neyi ifade ettiği anlaşılmaya çalışılmış ve birtakım tanımlar yapılmıştır.

B. Doktrin ve Uygulama

Türk doktrininde kötüye kullanma kavramına ilişkin farklı tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre, kötüye kullanma bir teşebbüsün normal rekabet koşulları içerisinde elde edemeyeceği bazı avantajları elde edebilmesiye⁹ hâkim durumunun kötüye kullanılması: “*bir hakim işletmenin rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır*” şeklinde ifade edilmektedir¹⁰. Diğer bir tanım ise, hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından ekonomik güce dayanılarak gerçekleştirilen ve serbest rekabetin azaltılması veya kısıtlanması sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade etmektedir¹¹. Yine doktrinde, her ne kadar ilgili kanuni düzenlemede ifade edilmemiş olsa da, serbest rekabetin korunmasının amaçlandığı ve dolayısıyla tanımlarda

⁸ Akman, Kılavuz Reformu, s. 70.

⁹ Aslan, a.g.e., s. 463.

¹⁰ Aslan, a.g.e., s. 465.

¹¹ Sanlı, a.g.e., s. 260.

serbest rekabet düzeninin aleyhinde gerçekleşen davranışların da dikkate alınması gerektiği ve kötüye kullanma kavramının, hâkim durumun doğurduğu avantajlardan MK madde 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde yani ticari etiğe aykırı olarak kullanılması şeklinde tanımlanabileceği ifade edilmektedir¹². Doktrinde, “Tek Yanlı Davranışlar” başlığı altında yapılan yeni bir 6. madde önerisinde ise doğrudan bir kötüye kullanma kavramı tanımlanmasına yer vermemiş fakat “İlgili piyasada hâkim durumdaki bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı davranışlarla tüketiciye doğrudan zarar vermesi yasaktır.” şeklindeki ifade ile kötüye kullanma kavramının içeriğine ilişkin bir imada bulunmuştur¹³. Bu görüş kötüye kullanmayı rekabeti kısıtlayıcı olmak şartıyla tüketicilere zarar verilmesi kriterine bağlamıştır. Ne var ki biz rekabet kurallarının koruduğu menfaatin rekabetin kendisi olması ve tüketici refahının korunmasının ancak ikincil düzeyde bir amaç olduğu gerekçesiyle bu şekilde bir tanıma katılmıyoruz. Aynı zamanda kötüye kullanma davranışının tıpkı yıkıcı fiyatlamada olduğu gibi kısa vadede tüketicilerin yararına sonuçlar doğurabileceği ihtimalinden hareket ederek bu şekildeki bir tanıma katılmamız mümkün gözükmemektedir.

Türk doktrinde kötüye kullanma kavramının tanımlanmasına gerek olmadığına ilişkin bir görüş de bulunmaktadır¹⁴. Yapılan her tanımın kendi içerisinde bir sınırlamayı getireceği düşüncesinden hareket eden bu görüşe göre, istismara ve serbest rekabet düzeninin bozulmasına yönelik iki farklı yönü bulunan kötüye kullanma kavramının, RKHK 6. maddesi hükmünde sayılan örneklerin yol göstericiliğinde ilgili madde gerekçeleri de dikkate alınarak nitelendirilmesi yeterlidir. Fakat doktrindeki başka bir görüş uyarınca ve haklı olarak, RKHK’nın gerek 3. gerek 6. maddelerinde bir kötüye kullanma tanımına yer verilmemesi, 6. maddedeki kötüye kullanma hallerinin sınırlayıcı olacak şekilde sayılmaması ve doktrinde 6. maddenin amacının ne olduğuna ilişkin tam bir uyumun sağlanmamış

¹² Sanlı, **a.g.e.**, s. 259.

¹³ Odman Boztosun, **a.g.m.**, s. 137.

¹⁴ Yiğit, **a.g.e.**, s. 139.

olduğu göz önünde bulundurulduğunda maddeye tabi teşebbüslerin rehbersiz bırakıldığı söylenebilecektir¹⁵.

RKHK 6. maddesi hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün davranışının kötüye kullanma olarak kabul edilebilmesi için 4. maddede öngörülenin aksine, rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanmasına ilişkin bir şart öngörmemiştir. Ancak bu şartın açıkça belirtilmemiş olması, hâkim teşebbüsün rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı davranışlarının yasaklanmadığı anlamına gelmemektedir. Hükmün bu şekilde ifade edilmesindeki amaç hâkim teşebbüsün doğrudan rekabet karşıtı olmayan ancak kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilecek olan davranışlarının da yasaklanmak istenmesidir¹⁶. Zira aksi bir düşüncenin kabulü kanunun amacına ters düşmektedir.

Son olarak belirtmek gerekmektedir ki, hâkim teşebbüsün davranışlarının kötüye kullanma olarak nitelendirilmesinin de bir sınırı bulunmaktadır¹⁷. Nitekim, hâkim teşebbüsün ticari varlığını sağlayabilmesi için ticari işlerini riske atacak yahut kendi çıkarlarını zedeleyecek davranışlar sergilemesi beklenmemelidir¹⁸. Aynı şekilde hâkim teşebbüsün ilgili piyasadaki en etkin teşebbüs olduğu durumda hukuka uygun rekabetçi davranışları rakiplerin zarar görmesi ve hâkim teşebbüsün piyasa payının artması sonucunu doğurabilir¹⁹. Hâkim teşebbüsün ticari varlığını devam ettirmeye yönelik haklı kabul edilebilecek ve normal rekabetçi davranışları kötüye kullanma olarak nitelendirilemeyecektir.

Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında Adalet Divanı, Hoffmann-La Roche/Komisyon davasına ilişkin olarak vermiş olduğu kararında hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak ilk kez ayrıntılı bir tanıma yer vermiştir²⁰. Sözü edilen bu kararda, öncelikle kötüye kullanma kavramının objektif bir kavram olduğu

¹⁵ Akman, *Kılavuz Reformu*, s. 70.

¹⁶ Gül, *a.g.e.*, s. 21.

¹⁷ Bu konu tezimizin son bölümünde “Haklı Gerekçe” başlığı altında incelenmektedir. Bkz. Üçüncü Bölüm, IV.

¹⁸ Temple Lang, “The Definition of “Abuse” of A Dominant Position Under Article 86 EEC Treaty”, *CMLR*, Vol. 16, 1979, s. 361.

¹⁹ Lang, *a.g.m.*, s. 360.

²⁰ Judgment of the Court of 13 February 1979. - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. - Dominant position. - Case 85/76, <http://eur-lex.europa.eu>.

belirtmiştir. Ardından da kötüye kullanma davranışının hâkim teşebbüsün varlığına bağlı olarak; rekabetin zayıfladığı, ilgili piyasa yapısının etkilendiği ve mal ve hizmetlere ilişkin ticari işlemlerin normal rekabet ortamındakinden farklı metotlara başvurularak kısıtlandığı ya da rekabetin engellenmesine yol açıldığı durumlarda söz konusu olacağı ifade edilmiştir²¹.

C. Hâkim Durum Kılavuzu

1. Hâkim Durum Kılavuzu'nun Bağlayıcılığı

Anayasa'mızın 124. maddesi uyarınca kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanması amacıyla "yönetmelik" çıkarma yetkisine sahiptirler. Diğer bağımsız idari otoriteler gibi Rekabet Kurulu da gerek Anayasa'nın 124. maddesi gerekse RKHK m. 27/(1) f bendinde kendisine verilen yetkiye dayanarak düzenleme yetkilerini yönetmelik çıkararak kullanabilmektedir²². Ayrıca Rekabet Kurulu ve diğer bağımsız idari otoritelerin, düzenleme yetkilerini kullanarak yönetmeliğe ek olarak karar, tebliğ ve başka isimler taşıyan işlemler yaptıkları da görülmektedir²³.

Rekabet Kurulu, faaliyete başladığı günden bu yana çok sayıda kılavuz yayınlamıştır, bu kılavuzlardan bir tanesi de 2014 yılının başında yayınlanmış olan, hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı nitelikteki davranışlarla piyasada sahip oldukları güçlerini kötüye kullanmalarına ilişkin olan Hâkim Durum Kılavuzudur²⁴.

²¹ Adalet Divanı'nın yapmış olduğu bu tanım aslında yalnızca, rekabet karşıtı kötüye kullanmadan söz etmektedir. Oysa kötüye kullanma, hâkim teşebbüs tarafından çeşitli metotlara başvurmak suretiyle sömürü şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir.

²² Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bs., Turhankitabevi, Ankara, 2014, s. 202.

²³ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 128/(2) uyarınca, "*Kurul yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır*". Doktrinde burada sözü geçen düzenleyici işlemler ve özel nitelikli kararların idari işlemler olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 202; Melikşah Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 187. Fakat RKHK m. 27 (f) bendi ile Rekabet Kurulu'na "*Bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak*" yetkisi verilmiştir. RKHK'da Rekabet Kurulu'na tanınmış olan görev ve yetki kapsamında, Kurul'un çıkarmış olduğu kılavuzların idari işlem olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir.

²⁴ Tespit olduğumuz üzere bugün itibarıyla Rekabet Kurulu'nca çıkarılmış ve uygulamada mevcut olan kılavuz sayısı on altıdır. Bkz. www.rekabet.gov.tr.

Rekabet Kurulu, Hâkim Durum Kılavuzu'nun 22. paragrafında kötüye kullanma kavramına ilişkin bir tanım yapmaktadır. Ancak bu tanımın incelenmesine geçilmeden önce kanımızca Hâkim Durum Kılavuzu'nun bağlayıcı olup olmadığının ortaya konulması gereklidir.

Doktrinde ifade edilmiş olduğu üzere kılavuzlar idari otoritelerin uygulamaları hakkında yol gösterici bir özelliğe sahip olan ve bizzat idari otoritelerin kendileri tarafından çıkarılan ve *bağlayıcı olmayan* hukuki araçlardır²⁵. Hâkim Durum Kılavuzu incelendiğinde de bu kılavuzun, ilgililerin hukuksal durumları üzerinde sonuç doğurucu olacak şekilde kaleme alınmamış olduğu görülmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu bu durumu kılavuzun 3. paragrafında kılavuzun amacını ifade ederken açıkça ortaya koymuştur.

Adı geçen kılavuzun 3. paragrafında aynen şöyle denilmektedir:

“Bu Kılavuz'un yayımlanmasındaki amaç, hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarının Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde Rekabet Kurulunca (Kurul) göz önünde bulundurulacak hususları açıklamak, şeffaflığı arttırmak ve böylece maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmektir. Bu doğrultuda, Kılavuz'un yalnızca herhangi bir piyasada hâkim durumda olan teşebbüslere değil onların rakipleri, müşterileri ve sağlayıcıları gibi diğer teşebbüslere de yol gösterici olması hedeflenmektedir.”

Aynı şekilde Rekabet Kurulu'nun, söz konusu kılavuzda tercih etmiş olduğu muğlak ifadeleri barındıran, yani kesin yargıya varmaktan uzak olan ve sınırlayıcı olmayan dilin de kılavuzu bağlayıcı olmaktan uzaklaştırdığı görülmektedir. Nitekim söz konusu kılavuzda kullanılan “*vermeyebilir*”, “*değerlendirilebilecektir*”, “*gerçekleşebilir*” ve “*dikkate alınabilmektedir*” gibi emredici olmaktan uzak ifadelerin tercih edilmiş olması, hem Kurul'a geniş bir hareket alanı tanımaktadır, hem de kılavuzu bağlayıcı olmaktan uzaklaştırmaktadır. Dolayısıyla Kurul'un kılavuzdaki düzenlemeden ayrılarak karar verebilmesi mümkün gözükmemektedir.

²⁵ Ahmet Fatih Özkan, “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirisel Bir Değerlendirmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 4 (1), s. 327.

Hâkim Durum Kılavuzu'nun hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılacak olduğunda, kılavuzun bir idari düzenleyici işlem olmadığını söylemekte sakınca görünmemektedir; çünkü idari işlemler, idarenin tek yanlı olarak tesis ettiği, kişiler hakkında hukuki sonuç doğuran işlemlerdir²⁶. İdarenin düzenleyici işlemleri ise: *“idarenin aynı durumda olan idare edilenler için bağlayıcı, soyut hukuk kuralı koyan, yani normatif nitelikte olan tek yanlı tasarruflarına verilen addır. Bu nitelikte olmayan, daha önce yürürlüğe konulan üst hukuk normunu yineleyen veya bu üst hukuk normunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda alt idari birimlere ya da idare edilenlere açıklamalar getiren tasarruflar, Hukuk Düzeninde herhangi bir değişiklik oluşturmayacaklarından, idare edilenler yönünden bağlayıcı, dolayısıyla da düzenleyici değildir.”*²⁷

İdari düzenleyici işlemler sadece tüzük ve yönetmelikten ibaret olmayıp bunlar dışında da idarenin düzenleyici işlemleri söz konusu olabilmektedir²⁸. Uygulamada genel tebliğ, yönerge, ilke kararı, genel emir vs. adları altında yapılan pek çok düzenleme vardır. Bu düzenlemelerin gerçek anlamda düzenleyici işlem ya da idarenin iç düzen işlemi olduğunun tespiti noktasında, bu işlemin ismine değil içeriğine bakılması gerekmektedir. Bu nedenle bu türden düzenlemelere doktrinde *“adsız düzenleyici işlem”* yahut *“yönetmelik benzeri”* denildiği de görülmektedir²⁹. Ancak kanımızca Hâkim Durum Kılavuzu'nun, ilgililerin hukuki durumunda değişiklik yapmaması, bağlayıcı olmaması gibi nedenlerle adsız düzenleyici işlem sınıfında yer alması mümkün gözükmemektedir.

İdarenin, hazırlık, görüş, öneri tavsiye niteliğindeki irade açıklamaları bireyler veya nesneler üzerinde hukuki etkide bulunmadıkları için etkisiz işlemlerdendir³⁰. İlgililerin hukuki durumlarında değişiklik yapma iradesi taşımayan işlemlerden biri olan iç düzen işlemleri, doktrinde idarenin kendi kuruluş ve işleyişi konusunda almış

²⁶ Yasin, a.g.e., s. 188.

²⁷ Turgut Tan, a.g.e., s. 231; Yasin, a.g.e., s. 191.

²⁸ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 10. Bs., Turhankitabevi, Ankara, 2014, s. 96 vd; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 9. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s. 99.

²⁹ Gözübüyük, Tan, a.g.e., s. 125.

³⁰ İdari işlemlerin ilgililerin hukuki durumunda değişiklikte bulunup bulunmaması İdari Yargılama Usulü bakımından önemlidir. Nitekim bir işlemin dava konusu yapılabilmesi için kesin ve yürütülmesinin zorunlu olması gerekmektedir. Bkz. Turan Yıldırım v.d., **İdare Hukuku**, 2. Bs., XII Levha, İstanbul, 2011, s. 591, 592.

olduğu bir takım tedbir ve kararlar olarak tanımlanmaktadır³¹. İdarenin kendi örgütüne yönelik olarak bazı düzenlemeler yaptığı, genelge, sirküler, yönerge gibi değişik isimler taşıyabilen işlemlerdir³². Bu işlemler idare örgütü dışındaki kişilerin hukuki durumlarını etkileyici olmadıkları için de kural olarak iptal davasına da konu olmazlar³³. *Tüm bu sayılan özelliklerinden dolayı, Hâkim Durum Kılavuzu'nu hukuki niteliği itibariyle bir iç düzen işlemi olarak görmenin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz.* Nitekim bu kılavuz, Rekabet Kurulu'nun RKHK m. 6'ya ilişkin yorumunda göz önünde bulundurduğu hususları göstermekte, şeffaflığı sağlamayı ve yol gösterici olmayı hedeflemektedir.

Yeri gelmişken ifade etmek gerekmektedir ki, adı geçen kılavuz, Rekabet Kurulu'nun RKHK m. 6'ya ilişkin yorumunu ve uygulamasını göstermesi sebebiyle piyasa aktörlerinin mutlaka dikkate alacağı bir metin haline gelmiştir. Nitekim Rekabet Kurulu, çıkardığı kılavuza bağlı kalıp kalmama noktasında takdir yetkisine sahip olsa da kılavuza güvenerek ticari hayatta faaliyetlerini yürüten teşebbüsler açısından bir haklı beklenti (legitimate expectations) oluşturabileceği gözden kaçırılmamalıdır³⁴. Zaten bu nedenden dolayı biz de tezimizde Hâkim Durum Kılavuzu'nu incelemeyi ve kılavuzda ifade edilen hususları dikkate alarak açıklamalarda bulunmayı tercih etmekteyiz.

Sonuç olarak belirtmek gerekmektedir ki Hâkim Durum Kılavuzu'nun hukuki niteliğine ne denilirse denilsin, söz konusu kılavuzun hukuken bağlayıcı olmadığı, ancak uygulama bakımından belirleyici etkiye sahip olduğu yargısına varmakta bir sakınca görülmemektedir.

³¹ Yıldırım v.d., a.g.e., s. 593.

³² Tan, a.g.e., s. 230.

³³ İlgililer üzerinde hukuki sonuç doğurması mümkün olabileceği için her somut olaya göre ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bkz. Yıldırım, a.g.e., s. 593; Tan, a.g.e., s. 230.

³⁴ Özkan, a.g.m., s. 327.

2. Tanım

Uzunca bir süredir RKHK'nın 6. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak açıklayıcı bir kılavuza ihtiyaç duyulduğu hem akademik çalışmalarla hem de resmi makamlarca çıkarılan raporlarla dile getirilmiştir³⁵. Devlet Denetleme Kurulu 2010 yılında çıkarmış olduğu bir raporunda “4054 sayılı Kanun'un en önemli ve tartışmalı hükümlerinden biri olan 6. madde kapsamındaki hakim durumun kötüye kullanılması konusunda kılavuz çıkarılması” şeklinde ifade etmek suretiyle bir kılavuzun çıkarılması yönünde tavsiyede bulunmuştur³⁶. Nihayet bu beklentilerin karşılanabilmesi maksadıyla 2014 yılında Hâkim Durum Kılavuzu yayınlanmıştır.

RKHK'daki kanuni düzenlemeye dayanılarak çıkarılan ve Rekabet Kurulu'nun 6. maddeye ilişkin yorumunu açıklayan Hâkim Durum Kılavuzu'nda kötüye kullanma kavramına ilişkin bir tanım yapılmıştır. Adı geçen kılavuzda bir takım eleştirileri de beraberinde getirebilecek nitelikte olan kötüye kullanma kavramı: “Kötüye kullanma, hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları” şeklinde ifade edilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekmektedir ki, tüketici refahının yükseltilmesinin RKHK 6. maddenin temel amacı olduğu argümanı herkes tarafından kabul görmemektedir³⁷. RKHK 6. maddenin mehzazını teşkil eden TFEU 102. maddesine ilişkin olarak, doktrinin bir bölümü bir davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde modern iktisatla uyumlu olacak şekilde davranışın tüketici refahına etkisinin temel alınmasını savunmuştur³⁸. Diğer bir bölümü ise hükmün amacının rekabetin bir kurum olarak korunması olduğu ve dolayısıyla

³⁵ Örneğin: Özkan, a.g.m., s. 313; Ümit Nevruz Özdemir, **Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri**, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 96, Rekabet Kurumu, Ankara, 2009, s. 2; Zeynep Madan, **ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları**, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 85, Rekabet Kurumu, Ankara, 2008, s. 1.

³⁶ Devlet Denetleme Kurulu'nun “Rekabet Kurumu'nun 2006, 2007 ve 2008 Yılları Faaliyet ve İşlemlerinin Denetlenmesi” başlıklı raporu, Rapor No. 2010/7, (Çevrimiçi) <http://www.tccb.gov.tr/ddk/ddk38.pdf>, Erişim Tarihi: 24.09.2014.

³⁷ Pınar, Akman: “The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From *Inferno* to *Paradiso*?”, **The Modern Law Review** (2010), 73 (4), p. 605-630, s. 608 (102 TFEU).

³⁸ Philip Marsden, Peter Whelan, “ “Consumer Detriment” and Its Application in EC and UK Competition Law”, (2006) 27 (10), **ECLR**, s. 569, 585.

rekabet sonucunda elde edilecek faydalardan ziyade bu sürecin kendisinin korunması gerektiğini savunmuştur³⁹.

Bahsedilen bu ikinci yaklaşım sürece odaklı olarak tanınan “Freiburg Okulu” yani “ordoliberalizm” dayanaklı olup rekabet politikasının amacını ticari özgürlüğün korunması olduğunu savunmaktadır. Ordoliberal görüşü benimseyen yazarlar, ticari özgürlüğü korunması gereken bir değer olarak görür ve davranışların tüketicilere fayda getirip getirmediğine bakılmaması gerektiğini savunur⁴⁰. Bunun altında yatan neden, tüketicinin fayda sağlamasının aranması durumunda rekabetin yerine rakiplerin korunması endişesidir.

Söz konusu kılavuzda kötüye kullanma tanımında doğrudan veya dolaylı olarak tüketici refahını azaltma kriterinin kullanılmış olması ilgili kılavuzun başlığıyla çelişkili bir durum yaratmaktadır çünkü ilgili kılavuz kapsamında değerlendirilen yalnızca dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanmalardır. Oysa ki tüketici refahı bir kriter olarak sömürücü nitelikteki kötüye kullanmalarda önem taşımaktadır. Böyle bir çelişkinin bir nedeni de, rekabet hukuku politikasına ilişkin olarak Kurul’un tüketici refahına yapmış olduğu vurgudur. Nitekim Kurul tarafından yayınlanmış olan çeşitli belgelerde tüketici refahının arttırılması rekabet hukukunun temel amaç ve hedeflerinin başında gelmektedir⁴¹.

Diğer bir yandan ilgili kılavuzda kötüye kullanmanın kriteri tüketiciye gelebilecek muhtemel bir zarardır. Fakat bununla ilgili olarak yani hangi şartlarda tüketici zararının muhtemel olduğuna ilişkin esaslı bir açıklama getirilmediği gibi tüketiciye olan zararın ispatı şartı da aranmamıştır.

Yukarıda yapılan açıklamaların değerlendirilmesi sonucunda kanımızca Hâkim Durum Kılavuzu’nda yapılan tanım eksiklik ve de çelişkileri içerisinde barındırdığı

³⁹ Tomas Eilmansberger, “How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses”, 2005, 42 *CMLR* s.129, 133. ; Pinar Akman, “Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2 (2009), s. 268, (82 EC); L. Lovdahl Gormsen, “Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?”, *The Competition Law Review*, (2005) 2, No. 5, s. 10 (82 EC); L. Lovdahl Gormsen, “The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC”, *European Competition Journal*, 2007, s. 330. (The Conflict).

⁴⁰ Akman, 82 EC, s. 268.

⁴¹ 2013 Yılı Rekabet Mektubu, www.rekabet.gov.tr.

için yetersizdir. Her ne kadar kılavuzun içeriği Rekabet Kurulu'nun belirtmiş olduğu tüketici refahının artırılması hedefiyle doğru orantılı olarak belirlenmiş gibi görünüyorsa da, kanımızca rekabet hukukunun öncelikli hedefi rekabet sürecinin bir bütün olarak korunması olmalıdır. Dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak kanımızca: *"hâkim durumda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün; rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici yahut kendisine normal rekabet ortamında olacağından farklı avantajlar sağlayabilecek ve haklı bir nedene dayanmayan her türlü davranışı kötüye kullanmadır"* şeklinde bir tanımın benimsenmesi daha uygun olacaktır.

III. PASİF KALMA YOLUYLA KÖTÜYE KULLANMA

Kötüye kullanmanın varlığı için çoğu zaman hâkim teşebbüsün buna ilişkin bir eyleminin bulunması gerekli olmaktadır. Ancak unutmamak gerekmektedir ki kötüye kullanma davranışı aktif bir şekilde eylemin gerçekleştirilmesinden ziyade pasif durumda bulunarak yani hâkim teşebbüsten beklenen davranışların gerçekleştirilmemesi yoluyla da meydana gelebilmektedir⁴².

Nitekim RKHK 6. maddesinde sıralanan örnek kötüye kullanma davranışlarından üretim, pazarlama ve teknik gelişmenin kısıtlanması örneğinde belirtildiği gibi hâkim durumda bulunan teşebbüsün aktif bir davranışta bulunmayarak yani pasif kalarak da kötüye kullanma davranışını sergileyebilmesi olanak dahilindedir.

IV. ŞARTLARI

Teşebbüsler açısından hukuki belirliliğin sağlanması amacıyla hâkim durumda bulunan teşebbüslerin davranışlarının hangi durumda kötüye kullanma olarak nitelendirileceğinin belirlenmesi çok önemlidir. Bunun en önemli nedeni hâkim teşebbüsün, göstermiş olduğu rekabetçi davranışları ile rekabet karşıtı davranışlarının birbirinden ayırt edilmesi sorununun giderilmesidir.

⁴² Aşçıoğlu Öz, a.g.e., s. 144.

Rekabet hukuku uygulamasında, hâkim teşebbüsün rekabeti engelleyen, kısıtlayan veya ortadan kaldıran davranışlarının olumsuz sonuçlar doğuracağı teorik olarak iyi anlaşılmış ve genel kabul görmüş olsa da, bu alanda meşru rekabetin, rekabet karşıtı davranışlardan nasıl ayırt edileceği sorusuna henüz çözüm getirilememiştir. Zaman ilerledikçe doktrinde, hâkim teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesine yönelik yeni ve farklı görüşler ortaya çıkmıştır⁴³. Tarafımızca önerilen ve hâkim durumda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün; rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici yahut kendisine normal rekabet ortamında olacağından farklı avantajlar sağlayabilecek ve haklı bir nedene dayanmayan her türlü davranışı kötüye kullanmadır şeklinde ifade edilen tanım uyarınca bir davranışın kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilmesi için dört farklı şartın bir arada bulunması gerekli görülmektedir. Bu şartlar; (1) bir veya birden fazla teşebbüsün hâkim durumuna dayanarak davranışta bulunması, (2) bu davranışın rekabet karşıtı amaç taşıması ve/veya böyle bir amaç olmamasına rağmen piyasadaki rekabetin olumsuz etkilenmesi, (3) hâkim durum ile rekabeti bozucu davranış arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve son olarak (4) hâkim teşebbüsün piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyen davranışını meşru kılan bir haklı nedenin bulunmamasıdır.

A. Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüsün Davranışı

Rekabet hukuku açısından kötüye kullanma kavramından söz edilebilmesi için öncelikle hâkim konuma sahip bir teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasada tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlarda bulunması gerekli olmaktadır.

Ancak unutmamak gerekmektedir ki, yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere hâkim teşebbüsün aktif bir davranış sergilemeksizin, kendisinden beklenen bir davranışı sergilememesi de kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmektedir⁴⁴.

⁴³ Berry, Mark.N. (2001), "The Uncertainty of Monopolistic Conduct: A Comparative Review of Three Jurisdictions", **Law and Policy In International Business**, Vol. 32, s. 264.

⁴⁴ Bkz. yuk. İkinci Bölüm, III.

B. Rekabet Karşıtı Amaç Ve/Veya Etki

Bir davranışın kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilmesi için gerekli olan ikinci şart hâkim teşebbüsün davranışının rekabet karşıtı amaç taşıması ve/veya bu davranış sonucunda piyasadaki rekabetin olumsuz etkilenmesidir.

Genel olarak, bir davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin tespit edilmesinde, rekabet otoriterleri hâkim teşebbüsün amacının ne olduğuna ve/veya bu davranışın piyasadaki etkilerine odaklanmaktadır. Uygulamada ve doktrinde bu iki unsurun birbirinin alternatifi mi yoksa tamamlayıcısı mı olduğuna ilişkin tartışmaların devam ettiği görülmektedir.

RKHK 6. madde gerekçesinde; “*Piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.*” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Gerekçedeki bu açıklamadan hareketle, kötüye kullanmanın varlığını tespit ederken hem doktrinin hem de Rekabet Kurulu’nun rekabet karşıtı amaç veya etkiden herhangi birinin varlığını tespit etmesinin yeterli görebileceği anlamı çıkmaktadır.

Bu sebeple, tezimizde her iki duruma yani kötüye kullanmanın tek tek yahut beraber şartları olarak kabul edilen teşebbüsün amacına ve söz konusu davranışın piyasada gösterdiği yahut gösterebileceği potansiyel etkiye değinme gereği duymaktayız.

1. Amaç

a) Genel Olarak

Kötüye kullanma bakımından teşebbüslerin rekabet karşıtı bir amaç taşımalarının gerekip gerekmediği yani diğer bir ifade ile hâkim durumda bulunan teşebbüsün rekabeti engelleme/bozma/kısıtlama amacı ile hareket edip etmediği konusu uygulamanın yanı sıra bu alandaki akademik çalışmaların da odağı haline

gelmiştir⁴⁵. Ancak kötüye kullanmaya yönelik değerlendirmede amacın oynaması gerektiği rol, ne etki-bazlı bir yaklaşımın benimsendiği ABD’de ne bu yönde bir modernizasyonun yaşandığı AB⁴⁶ ve dolayısıyla AB’ye paralel olarak Türkiye uygulamasında tam olarak açıklığa kavuşmuş durumda değildir.

RKHK’nın 6. maddesi 2. fıkrasında kötüye kullanma halleri sayılırken (a) ve (d) bentlerinde ifade edilmiş olan davranışların amacına vurgu yapılmıştır. Söz konusu bentler şu şekildedir:

“a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,”

“d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,”

Belirtmek gerekmektedir ki, rekabet hukuku açısından amaç kavramı, bir teşebbüsün piyasa davranışını belirleme aşamasında ve sonrasında bu davranışı sergilerken sahip olduğu motivasyon anlamına gelmektedir. Doktrinde, RKHK 6. maddesinde bulunan ve “amaç” ifadesini içeren düzenlemeler farklı yorumlara neden olmuştur. Bir görüş, amaç ifadesini içeren kanun hükümlerinin, bir yargıya varılırken Rekabet Kurulu ve mahkemelere esneklik sağlayacağını çünkü sübjektif bir değerlendirme için müsait bir yapıya sahip olduğunu belirtmiştir⁴⁷. Diğer bir görüş ise bentlere eklenen amaç hükümlerinin bir sonucu olarak, hâkim teşebbüsün söz konusu davranışları gerçekleştirdikten sonra amacının rekabet karşıtı olmadığını ispat etmesiyle RKHK 6. madde yasağından kurtulabileceğini savunmaktadır⁴⁸.

⁴⁵ Yavuz, a.g.e., s. 2; Ronald A. Cass, Keith N. Hylton (2001), “Antitrust Intent”, **Harvard University John F. Kennedy School of Government RPP**, (Çevrimiçi) <http://www.hks.harvard.edu>, Erişim Tarihi: 13.10.2014; Maria J Melicias, (2010), “The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis”, **World Competition Law And Economics Review**, Vol. 33, No. 4, p. 569-594; Madan, a.g.e., s. 5 vd.

⁴⁶ Berry, a.g.m., s. 264.

⁴⁷ Sanlı, a.g.e., s. 264.

⁴⁸ Odman Boztosun, a.g.m., s. 111.

b) Uygulamadaki Durum

Türk ve AB uygulamasında, hâkim teşebbüsün kötüye kullanma davranışının tespit edilmesinde amaç unsuruna pek çok kez değinilmiştir.

Rekabet Kurulu, Biryay II kararında ihlali tespit ederken teşebbüsün amacını açıkça dikkate almıştır⁴⁹. Adı geçen kararda, gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hâkim durumda bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın sürekli olarak ürün tedarikinde bulundukları bayilerini, rakip teşebbüsün ürünleri ile kendi ürünleri arasında tercih yapmaya zorlaması ve kendilerini tercih etmeyen bayilere ürün tedarikini kesmesi veya bu yönde tehditte bulunması konu edilmiştir. İhlale ilişkin karar verilirken, teşebbüslerden elde edilen belgelerdeki ifadelerden istifade edilmiş ve amacın rekabeti bozmak olduğu tespit edilmiştir. Piyasada ve tüketiciler üzerinde doğan etkilerin de değerlendirildiği bu kararda amacın değerlendirmeye alındığı *“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’ıncı maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerine karar verilmiştir.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Adalet Divanı, United Brands/Komisyon kararında hâkim teşebbüsün de diğer teşebbüsler gibi uygun ve makul önlemlerle ticari menfaatlerini koruyabileceğini belirttikten sonra bu önlemleri almaktaki amacının ne olduğunun önem teşkil ettiğini belirtmiştir⁵⁰. Adalet Divanı, asıl amacın kötüye kullanma yahut hâkim durumun güçlendirilmesi olduğu durumlarda bu davranışın yasak kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

Compaigne Maritime Belge Transports SA/Komisyon kararı kötüye kullanmanın tespit edilmesinde amacın değerlendirmede önem taşıdığını iyi bir şekilde ortaya koyan kararlardan birisidir⁵¹. Kısaltması CEWAL şeklinde olan bir

⁴⁹ Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2000; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından usul bakımından incelenerek kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 07-63/777- 283 sayı ile yeniden karar almıştır, www.rekabet.gov.tr.

⁵⁰ United Brands v. Commission Case 27/76 [1978] ECR 207, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵¹ Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber, extended composition) of 8 October 1996. - Compaignie maritime belge transports SA and Compaignie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S,

denizyolu işletmecileri konferansına üye teşebbüslerin fiyatlandırma politikalarının değerlendirildiği söz konusu kararda, fiyatlama uygulamalarının piyasada bulunan tek rakibin dışlanması amacı taşıdığı tespit edilmiştir. Konfederasyon tutanaklarında “*Savaşan Gemiler*” şeklinde ifade edilen bir çeşit fiyatlama politikasıyla ulaşım ücretleri düşürülmüştür. Esasında yıkıcı fiyatlama özelliği göstermeyen fiyatlama politikasında, ulaşım ücretlerinin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi teşebbüsün amacının değerlendirmeye alınmasıyla mümkün olabilmektedir. Nihayetinde CEWAL’ın uyguladığı ücretler maliyetlerinin üzerinde ücretler olmakla birlikte rakip tarafından ilan edilen ücretlerle ya aynı seviyede ya da bunlardan daha düşük seviyededir. Buna rağmen davranışın altında yatan amacın değerlendirmeye alınmasıyla, “*Savaşan Gemiler*” ifadesiyle anılan fiyatlama politikası kötüye kullanma teşkil etmiştir. Hâkim teşebbüsün amacının tespitinde CEWAL bünyesinde oluşturulmuş olan adının “*Özel Savaş Komitesi*” olduğu komitenin tutanakları kullanılmıştır.

Genel Mahkeme, Michelin/Komisyon kararına ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmede teşebbüsün davranışının kötüye kullanma olarak nitelendirilmesinde amacın varlığının yeterli olduğunu ve davranışın etkileri gözlenmeksizin bunun kötüye kullanma teşkil edeceğini belirtmiştir⁵². Bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “*Eğer bir teşebbüs rekabeti kısıtlamak amacıyla davranışlarda bulunuyorsa, rekabetin kısıtlanmamış olması sonucu 82. maddenin uygulanmasını önlemeyecektir*”. Böylelikle kötüye kullanma davranışının etkisinin somut bir şekilde gösterilmediği ancak teşebbüsün amacının rekabeti olumsuz yönde etkileyecek olduğunun açık bir şekilde gösterildiği durumlarda hâkim durumun kötüye kullanıldığı söylenebilmektedir.

AB uygulamasında Tetra Pak II/Komisyon kararı subjektif değerlendirmeye ek olarak objektif değerlendirme kriterlerinin de kullanıldığı kararlardan birisidir⁵³. Adı

Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. and Nedlloyd Lijnen BV v Commission of the European Communities. - Competition - International maritime transport - Liner conferences - Regulation (EEC) No 4056/86 - Effect on trade - Collective dominant position - Implementation of an agreement providing for an exclusive right - Fighting ships - Loyalty rebates - Fines - Assessment criteria. - Joined cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵² Michelin v. Commission, Case T-203/01 (2003) ECR II-4047, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵³ Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 6 October 1994. - Tetra Pak

geçen bu kararda, Genel Mahkeme, hâkim teşebbüsün amacına karar verirken satışların miktarına, sürelerine ve sürekliliklerine bakmış ve bu tür bir davranışın rakipleri piyasadan dışlamak dışında ekonomik açıdan herhangi bir makul açıklamasının olmadığı kanaatine vararak, yani objektif bir değerlendirme yaparak amacın rekabet karşıtı olduğunun tespitini yapmıştır. Buna ek olarak Genel Mahkeme sübjektif bir değerlendirme de yapmış ve hâkim teşebbüsün (Tetra Pak'ın) İtalya'daki rekabetin bertaraf edilmesi amacıyla bu ülkede uyguladığı düşük fiyatları gösteren belgeleri kullanmıştır.

2. Rekabetin Etkilenmesi

a) Genel Olarak

Kötüye kullanmanın tespit edilmesine ilişkin olarak etki unsuru özellikle de son dönemde önem arz eden bir konuyu oluşturmaktadır. Gerek AB gerek Türk rekabet hukuku uygulamasında şekilci yahut per se yasaklama sistemi yerine etki-bazlı bir anlayışın benimsenmesi yönünde adımlar atılmaktadır⁵⁴. Bu maksatla mehzaz düzenlemeden etkilenilerek Rekabet Kurulunun çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu önemli bir görünüm arz etmektedir.

Rekabetin etkilenmesi unsuru esasında, hâkim teşebbüsün, amacına bakılmaksızın, davranışlarının piyasada yarattığı etkinin ölçülmesiyle bir karara varılmasını ifade etmektedir. Yani hâkim teşebbüsün davranışı sonucu piyasada rekabete ilişkin olumsuz sonuçlar doğuran fiili bir etki gözlenirse yahut bu etki muhtemel ise ilgili davranış yasak rejimine tabi olacaktır.

Kötüye kullanma davranışının belirlenmesinde etki unsurunun nasıl tespit edileceği, standardının ne olduğu (rekabete olan muhtemel etki ya da gerçekleşmiş

International SA v Commission of the European Communities. - Competition - Dominant position - Definition of the product markets - Geographical market - Application of Article 86 to practices carried out by a dominant undertaking on a market which is distinct from the dominated market - Abuse - Tied sales - Exclusive sales - Unfair terms - Predatory prices - Discriminatory prices - Administrative procedure - Principle of good administration - Provision of proper minutes of the hearing - Orders - Fine. - Case T-83/91, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵⁴ Yavuz, a.g.e., s. 50.

etki) ve etkinin kimler üzerinde doğması gerektiği gibi çeşitli hususlar önem arz etmektedir. Kanımızca bu hususların ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

b) Rekabetin Etkilenmiş Olması

Etki-bazlı yaklaşımın özelliği, teşebbüsün amacına ilişkin bir araştırma yapılmaksızın, iktisadi tekniklerle piyasada oluşan yahut oluşabilecek olan etkinin ölçülmesi yoluyla kötüye kullanma davranışına karar vermektir.

Günümüzde özellikle Post-Chicago Okulunun ortaya çıkarmış olduğu ekonomik teoriler sayesinde piyasa davranışlarının sonuçları az bir sapma göstermekle birlikte gerçekçi bir şekilde ortaya koyulabilmektedir⁵⁵. Bu kapsamda oyun teorisi, piyasa aksaklıkları, rakiplerin maliyetlerinin arttırılması gibi yöntemler etkinin tespitinde kullanılmaktadır.

Davranışın kötüye kullanma olup olmadığının tespitinde yalnızca etkinin ölçülmesi ile sonuca varılması gerektiğini savunanlar bir takım eleştirilere de maruz kalmaktadır. Özellikle de etkinin tespit edilmesiyle ilgili zorlukları değerlendiren doktrinin bu kısmı, ekonomik teorilerin her ne kadar geçmişe kıyasla daha gerçekçi olsalar da, karmaşık modeller içermeleri ve davranışa yönelik ticari gerekçeleri değerlendirmede yeterli olmamaları, ekonomik analiz için ihtiyaç duyulan verinin toplanmasının uzun bir süre aldığı gibi çeşitli eleştirilerde bulunmaktadır⁵⁶.

c) Rekabetin Etkilenme İhtimali

Hâkim teşebbüsün kötüye kullanma teşkil edebilecek davranışlarının değerlendirilmesinde muhtemel etkinin yeterli olup olmadığı ya da gerçek/fiili etkinin aranıp aranmadığı sorusuna Hâkim Durum Kılavuzu'ndan bir cevap vermek

⁵⁵ Michael S. Jacobs, (1995), "An Essay on The Normative Foundations of Antitrust Economics" *North Carolina Law Review*, Vol. 74, s. 225.

⁵⁶ Marina Lao, (2004), "Reclaiming A Role For Intent Evidence In Monopolization Analysis", *American University Law Review*, Vol. 54, s. 156; Geoffrey A. Manne, E. Marcellus Williamson, (2005), "Hot Docs vs. Cold Economics: The Use and Misuse of Business Documents In Antitrust Enforcement and Adjudication", *Arizona Law Review*, Vol. 47, p. 609-654, s. 619.

mümkün görünmektedir. Nitekim adı geçen kılavuzun 24. paragrafında piyasadaki fiili veya muhtemel etkilerin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Yani Kurul hâkim teşebbüsün davranışının somut etkilerini görmeksizin potansiyel etkileri göz önünde bulundurarak müdahale edebilecektir. Dolayısıyla, fiilen rekabetin kısıtlanmış veya engellenmiş olması zorunluluğu yoktur. Rekabetin engellenmesi tehlikesinin varlığı da kötüye kullanmanın mevcudiyeti için yeterli sayılmaktadır.

Bu soruya ayrıca AB uygulama örneklerinden de bir cevap verilmesi mümkündür. Her ne kadar gerek Komisyon gerek AB mahkemeleri tarafından alınan farklı kararlarda her iki etki çeşidi değerlendirmeye alınmış olsa da rekabet karşıtı etkinin potansiyel olması durumunda da kötüye kullanma yasağı uygulanabilecektir.

Potansiyel etkinin, bir davranışın yasaklanmasında yeterli olması gerçekleşmiş etkinin beklenmesinin gecikmelere, telafisi ağır sonuçlara yol açması ve ayrıca kötüye kullanmaya ilişkin düzenlemenin yalnızca düzenleyici değil önleyici olma amacı taşıması gerekçeleriyle doktrin ve uygulama tarafından uygun bir standart olarak görülmektedir⁵⁷.

Kötüye kullanmanın tespit edilmesinde potansiyel etkiye dayanan kararlarda hâkim teşebbüsün özel sorumluluğuna⁵⁸ atıf yapılmıştır. British Airways/Komisyon kararında, Genel Mahkeme kötüye kullanmanın tespitinde fiili bir etkinin şart olmadığını belirtmiş ve hâkim teşebbüsün davranışının rekabeti kısıtlama ihtimali olmasının yeterli olacağını belirtmiştir⁵⁹. Genel Mahkeme'nin kararı üzerine yapılmış olan temyiz değerlendirmesinde ise yalnızca hâkim teşebbüsün, piyasadaki rekabet üzerinde somut olumsuz etkiler yaratmış olduğu durumlarda değil, hâkim teşebbüsün rekabetçi sürece zarar vermeme şeklindeki özel sorumluluğa sahip olmasının bir sonucu olarak, bu etkilerin olası olduğu durumlarda da yasağa tabi olacağı sonucuna ulaşılmıştır⁶⁰. Bu yaklaşım Komisyon'un TFEU 102. maddeye ilişkin olarak çıkarmış olduğu kılavuzda da benimsenmiştir. Sözü geçen kılavuzda bu durum "*rekabet*

⁵⁷ Yavuz, a.g.e., s. 48; Microsoft v. Commission Case T-201/04 [2007] ECR II-3601, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵⁸ Bkz. aş. İkinci Bölüm, V, B.

⁵⁹ British Airways v. Commission Case T-219/99 [2003] ECR II-5917, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶⁰ Judgment of the Court (Third Chamber) of 15 March 2007. British Airways plc v Commission of the European Communities. Case C-95/04 P, <http://eur-lex.europa.eu>.

karşısı olacak şekilde piyasayı kapaması olası davranışlar”a Komisyon’un müdahale edeceği şeklinde ifade edilmiştir. Buna ilişkin bir diğer karar da, Adalet Divanı’nın Microsoft/Komisyon kararıdır⁶¹. Adı geçen kararda Adalet Divanı, yedek parça piyasasında hâkim durumda olan Microsoft’un kendi ürünleri için üretmiş olduğu yedek parçaları bir başka teşebbüse satmayı reddetmesini kötüye kullanma olarak nitelmiştir. Bu nitilemede ise ilgili piyasadaki rekabetin tamamen ortadan kalkması ihtimalinin olması göz önünde bulundurulmuştur.

Muhtemel etkiye ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir husus ise, hatalı müdahale riskinin azaltılması amacıyla rekabete olabilecek potansiyel etkinin ancak tüm rekabeti bertaraf etme ihtimalinin olduğu ya da en azından rekabeti önemli ölçüde azaltan durumların söz konusu olması durumunda müdahale edilmesinin uygun olacağıdır.

d) Etkinin Muhatabı

RKHK’nın 1. maddesinde kanunun amacı mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaları önlemek ve rekabetin korunmasını sağlamak olarak belirtilmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde de aynı şekilde kanunun amacının rekabetin korunmasının sağlanması ve bunun korunması sonucunda ortaya çıkacak olan sosyal fayda ile tüketicilerin dolaylı olarak korunması olduğu ifade edilmiştir.

Doktrinde ise rekabet kurallarının tüketicilerin korunması amacı taşıdığından hareketle yapılan değerlendirmede, hâkim teşebbüsün davranışlarının sonucunda tüketicilerin olumsuz etkilenmesi yahut etkilenebilecek olmasının tespit edilmesi durumunda, davranışın kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebileceği pek çok kez dile getirilmiştir⁶².

Kanımızca, teşebbüsün davranışının rekabet düzeni üzerindeki etkilerinin dikkate alınması gerekli ve yeterli olmalıdır. Nitekim rekabet sürecinin korunması

⁶¹ Microsoft v. Commission Case T-201/04 [2007] ECR II-3601, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁶² Aslan, a.g.e., s. 467.

kaynakların etkin kullanımı, ürün kalitesinin artması, teknolojik gelişmeler, fiyatların düşmesi gibi pek çok faydanın ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Tüketici ise ortaya çıkan bu faydalardan kısa vadede olmasa bile uzun vadede faydalanabilecektir.

e) Uygulamadaki Durum

Rekabet Kurulu'nun Karboğaz kararı kötüye kullanmanın tespit edilmesinde önemli olan unsurun etki olduğunu, amaç unsurunun ise değerlendirmeye alınmasının gerekli olmadığını ifade eden bir karardır⁶³. Kararda, Karboğaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'nin faaliyette bulunduğu piyasaya yeni bir rakibin gireceğine yönelik sinyaller alması sebebiyle, müşterileriyle RKHK'yı ihlal edici nitelikte, uzun süreli münhasır sözleşmeler akdederek ilgili piyasadaki rekabeti ortadan kaldırıcı faaliyetlerde bulunması konu edilmiştir. Rekabet Kurulu kararında, kötüye kullanmanın objektif bir kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla hâkim teşebbüsün amacına bakılmaksızın, ilgili davranışın rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurduğu durumda yasaklanacağını belirtmiştir.

Rekabet Kurulu'nun Frito Lay kararı rekabetin etkilenmesi unsurunun, kötüye kullanmanın nitelendirilmesinde tek başına yeterli olduğunu belirten diğer bir karardır⁶⁴. Kararda etki unsuruna ilişkin olarak şu ifade kullanılmıştır: *"Kötüye kullanma objektif bir kavramdır ve eğer ilgili eylem ya da işlem rekabetin kısıtlanması etkisini doğuruyorsa bu, söz konusu davranışın yasaklanması için yeterlidir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma niyeti olmasa bile, eğer gerçekleştirdiği eylem ve işlemler pazarda onun hakim durumundan kaynaklanan bir şekilde sınırlı olan rekabeti daha da sınırlandırıyorsa, bu durumda söz konusu eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edilip rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanması gerekmektedir."* Bu ifadeden de açıkça anlaşıldığı gibi kararda,

⁶³ Karar Sayısı: 02-49/634-257, Karar Tarihi: 24.4.2004. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 05-80/1106-317 sayı ile yeni bir karar almıştır. Ancak belirtmek gerekmektedir ki, Danıştay, Rekabet Kurulu'nun 6. maddeye yönelik değerlendirmelerini onamıştır, www.rekabet.gov.tr.

⁶⁴ Karar Sayısı: 04-32/304-71, Karar Tarihi: 06.4.2006; Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın usul bakımından incelenerek iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 06-24/304-71 sayı ile yeniden karar almıştır, www.rekabet.gov.tr.

Rekabet Kurulunun etki-bazlı bir yaklaşım benimsediği ve bir davranışın kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi için temel unsur olarak fiili yahut potansiyel etkinin değerlendirileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Solmaz Mercan I kararı, Rekabet Kurulu'nun RKHK 6. maddesinin (a) ve (d) bentlerinde yer alan amaç hükmünün tamamen göz ardı edildiği bir karar olma özelliğini göstermektedir⁶⁵. Adı geçen kararda, cam ambalaj ürünlerine plastik ek yaparak zücaciye üreten Solmaz Mercan'a cam ambalaj ürünlerini vermeyi büyük ölçüde azaltan Anadolu Cam'ın RKHK 6. maddenin (a) ve (d) bentlerince hâkim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmiştir. Bu iddiaları değerlendiren Kurul, davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkisinin olmadığına hükmetmiştir. Ancak Danıştay'ın önüne gelen bu davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Danıştay, Anadolu Cam'ın mal vermeyi kesme eylemini, RKHK'da açıkça kötüye kullanma hali olarak nitelendirilen (a) ve (d) bentleri kapsamında olduğunu belirtmiştir. Danıştay, ilgili bentlerdeki hükümlerin "amaç" hükümleri olduğunu, bu sebeple de "rekabeti kısıtlayıcı etkinin varlığı" ölçütünün kullanılmasının kabul edilemez olduğunu dile getirmiştir. Kurul, Danıştay'ın ilgili hükümlere yönelik değerlendirmesine uygun nitelikte ve ilk karara tamamen zıt yönde bir karar almıştır⁶⁶.

AB uygulamasında etki-bazlı yaklaşımın benimsenerek etki unsurunun dikkate alındığı kararlardan biri TeliaSonera/İsveç Rekabet Otoritesi'ne ilişkin temyiz başvurusu sonucu verilen karardır⁶⁷. Karara konu olan olayda TeliaSonera, İsveç'te ADSL hizmetinin toptancı boyutundaki arzı piyasasında hâkim durumda bulunan ve aynı zamanda ADSL hizmetinin son kullanıcıya arzı piyasasında da faaliyette bulunan bir teşebbüstür. Her iki piyasada faaliyette bulunan teşebbüs üst piyasa olan toptan satış fiyatıyla alt piyasa olan son kullanıcıya arzın fiyatı arasındaki marjı rekabeti engelleyecek şekilde belirlemekle suçlanmaktadır. Bu kararda Adalet

⁶⁵ Karar Sayısı: 07-47/506-181, Karar Tarihi: 05.6.2007, www.rekabet.gov.tr.

⁶⁶ Karar Sayısı: 09-39/949-236, Karar Tarihi: 26.8.2009, www.rekabet.gov.tr.

⁶⁷ Judgement of the Court (First Chamber) Case C-52/09 Konkurrenter v TeliaSonera Sverige AB, <http://eur-lex.europa.eu>.

Divanı, bir davranışın (marj sıkıştırması⁶⁸) kötüye kullanma şeklinde değerlendirilebilmesi için bu davranışın piyasada rekabet karşısı mevcut yahut potansiyel bir etkisinin olması ve bunun mutlaka gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun tespiti ise “eşit derecede etkin rakip testi” uygulayarak, TeliaSonera’nın hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmıştır⁶⁹.

3. Nedensellik Bağı

Hâkim durumun kötüye kullanılması yasağının uygulanabilmesi için hâkim durumda bulunma ile bunun kötüye kullanılması arasında bir nedensellik bağının bulunmasının gerekli olup olmadığı konusunda ilgili mevzuatta herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Doktrinde ise bu konuya ilişkin olarak farklı görüşler öne sürülmektedir.

Hâkim durumda bulunma ve bunun kötüye kullanılması arasında bir nedensellik bağının bulunması gerektiğini öne süren ve kanımızca de benimsenen görüşe göre bu nedenselliğin eylem/işlem esnasında ve etkide olmak üzere iki farklı görünümü bulunmaktadır⁷⁰.

Bu görüş eylem/işlem esnasındaki nedenselliği, hâkim teşebbüsün bir eylem ya da işlemi ile kötüye kullanmanın gerçekleşmesi aşamasında (gerçekleştirilirken) hâkim durumundan aktif bir şekilde yararlanması şeklinde ifade etmektedir. Bunun bir örneği hâkim teşebbüsün asıl edimle ne nitelik ne de ticari kullanım itibarıyla ilgisi bulunmayan başka yan yükümlülükleri öne sürerek bunları karşı tarafa kabul ettirmesidir çünkü bu örnekte hâkim durumdan henüz işlemin yapılması aşamasında etkin olarak faydalanılmaktadır. Yan edim borçlarının dayatılması ve bunda başarılı olunması hâkim durumun bir göstergesi şeklinde görünmektedir.

⁶⁸ Marj sıkıştırması, dikey ilişkili piyasalarda faaliyet gösteren ve üst pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün üst piyasa ürününün fiyatı ile alt piyasa ürününün fiyatı arasındaki marjı, alt pazarda eşit derecede etkin bir rakibin dahi kârlı bir şekilde kalıcı olarak faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek nitelikte belirlemesidir. Detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, III, D.

⁶⁹ “as efficient competitor test”. Detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, III, D.

⁷⁰ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 25.

Etkide nedensellik ise kötüye kullanma teşkil eden eylem yahut işlemin gerçekleştirildiği aşamada değil de sonrasında piyasada oluşturacağı etkiye ilişkindir. Teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu piyasadan farklı bir piyasada rekabetten arınmış bir durumda faaliyet göstermek amacıyla, asıl piyasada sahip olduğu ekonomik güce dayalı olarak ikinci piyasada yıkıcı fiyatlandırma yapması ve bu ikinci piyasada rekabeti bozması etkide nedenselliğe işaret etmektedir.

Diğer bir görüş ise hâkim durumda bulunma ve bunun kötüye kullanılması arasında bir nedensellik bağının bulunması gibi bir gerekliliğin olmadığını öne sürmektedir⁷¹. Bu görüşe göre kötüye kullanma objektif bir kavramdır. Kötüye kullanmanın gerçekleşmesi için hâkim durumun bizzat bir araç olarak kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla rekabet otoritelerinin hâkim durum ve kötüye kullanma arasındaki ilişkiyi ispatlaması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu görüşü destekleyen bir yazar, Komisyon'un, kötüye kullanmanın hâkim durumda bulunan piyasada değil farklı bir piyasada gerçekleştiği Tetra Pak II olayına ilişkin kararını verirken Komisyon'un hâkim durum analizi yapmaksızın yalnızca iki farklı piyasa arasındaki bağları hesaba katmış olmasını nedensellik bağının aranmamasına örnek olarak vermiştir⁷². Söz konusu kararda, Tetra Pak aseptik paketleme makinaları ve aseptik kartonlar piyasasında hâkim durumda bulunan bir teşebbüstür. Farklı bir piyasa olan aseptik olmayan paketleme makinaları ve kartonları piyasasında ise kelepçeleme sözleşmeleri⁷³ vasıtasıyla yıkıcı fiyatlama yaparak hâkim durumunu kötüye kullanmaktadır. Komisyon, olaya ilişkin değerlendirme yaparken Tetra Pak'ın aseptik olmayan paketleme ve karton piyasasında hâkim durumda olup olmadığına ilişkin bir analiz yapmamıştır. Müşterilerin her iki piyasaya ait olan ürünleri satın almasından hareketle, iki piyasanın komşu ve ilintili olduğunu tespit etmiştir. Ardından, kötüye kullanmanın gerçekleştirilmesini her iki piyasa arasındaki bağları kurarak ortaya çıkarmıştır.

⁷¹ Luca Sanfilippo, "Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets and Application of Article 86", *European Business Law Review*, March 1995, s. 75; Karakılıç, *a.g.e.*, s. 436.

⁷² Sanfilippo, *a.g.m.*, s. 73.

⁷³ Hâkim teşebbüsün, bir sözleşmenin kurulmasını, bu sözleşmeye ne kullanım ne de ticari nitelik itibarıyla bağlantısı bulunan başka yan edimlerin karşı tarafça kabulü şartına bağlaması.

RKHK m. 6/2 (d) bendinde belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu avantajlardan yararlanarak başka bir piyasadaki rekabeti bozmayı amaçlayan eylemlerin yasak kapsamına alınmış olması ilk bakışta rekabet otoritelerinin nedensellik bağı aramayacağı anlamına gelebilmektedir. Ancak kanımızca her ne kadar kötüye kullanma davranışının etkileri hâkim durumda bulunan piyasada oluşmasa da sözü edilen bu durumda hâkim teşebbüs kötüye kullanma davranışını bizzat sahip olduğu ekonomik gücünden faydalanmak suretiyle gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla kötüye kullanma davranışının hâkim durumda bulunan piyasadan farklı bir piyasada gerçekleştirilmesi nedensellik bağının kesildiği anlamına gelmemektedir.

Yeri gelmişken dikkat çekilmesinde fayda bulunmaktadır ki kötüye kullanmanın tazminat sorumluluğu doğurabilmesi için haksız fiil teşkil etmesi gerekmektedir⁷⁴. Böyle bir durumda ise haksız fiilin bir unsuru olan uygun illiyet bağının bulunması yani hâkim durumda bulunma ve bunun sonucu olarak ortaya bir zarar çıkması unsurları gerekli olacaktır⁷⁵.

4. Haklı Gereğenin Bulunmaması

Hâkim teşebbüsün davranışının kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise hâkim teşebbüs tarafından ileri sürülebilecek haklı gerekçelerin bulunmamasıdır. Zira aksi bir durumda yani hâkim teşebbüsün rekabet karşıtı olan davranışının haklı bir gerekçeye dayandırılması durumunda söz konusu davranış kötüye kullanma şeklinde nitelendirilemeyeceği için RKHK m. 6 yasağı kapsamına girmeyecektir. Rekabet hukuku doktrini ve uygulamasında yaşanan gelişmeler sonucunda ortaya çıkan ve ağırlıklı olarak dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlara ilişkin olarak değerlendirmeye alınan haklı gerekçe kavramı tezimizin üçüncü bölümünde incelenmektedir⁷⁶.

V. KÖTÜYE KULLANMA KAVRAMINA İLİŞKİN BAZI

⁷⁴ Yiğit, a.g.e., s. 285. Bu konuda hâkim durumun kötüye kullanılmasının hukuki işlem şeklinde ortaya çıkabilmesinin mümkün olduğu konusunda bkz. Sanlı, a.g.e., s. 439.

⁷⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s. 44

⁷⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV.

HUSUSLAR

A. Failin Kusurunun Aranmaması

Kusur; hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısıdır⁷⁷. Bir başka tanıma göre: “*Hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber, hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır.*”⁷⁸ Bir kimsenin bilinçli olarak ve isteyerek hukuka aykırı davranması (kast) veya gereken dikkati ve özeni göstermeyerek hukuka aykırı bir sonucun doğumuna yol açması (ağır/hafif ihmal), o kimsenin kınanmasını gerektirir⁷⁹. Hâkim durumun kötüye kullanılmasında ise objektif bir değerlendirmenin yapılması söz konusudur. Bu nedenle teşebbüsün kusurunun bulunup bulunmaması, hukuka aykırılık yaptırımının uygulanması bakımından bir etkiye sahip değildir⁸⁰. Yani hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün kötüye kullanma şeklindeki hukuki işlemlerinde ve/veya fiillerinde kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın RKHK m. 6 yasağı uygulanacaktır. Bunun nedeni kusurun hâkim durumun kötüye kullanılmasında bir unsur olarak yer almamasıdır⁸¹.

B. Hâkim Teşebbüsün Özel Sorumluluğu

Hâkim teşebbüsün piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyebilecek davranışlarda bulunmaması ve piyasada sergilediği davranışlarının rekabet üzerinde doğurduğu sonuçlarını öngörebilmesi açısından genel bir sorumluluğunun olduğu ve bu

⁷⁷ Nomer, *a.g.e.*, s. 125.

⁷⁸ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş*, C. 2, 11. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 53.

⁷⁹ Nomer, *a.g.e.*, s. 125.

⁸⁰ Ünal Tekinalp, “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, Şubat 2000, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2013, s. 74; Karakılıç, *a.g.e.*, s. 437.

⁸¹ Sanlı, *a.g.e.*, s. 260; Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 15; Yiğit, *a.g.e.*, s. 140. Her ne kadar kusur kötüye kullanmanın tespitinde dikkate alınan bir unsur olmasa da tazminat sorumluluğunda bir unsur niteliğine sahiptir. Kusuru olmaksızın bir zararın meydana gelmesine neden olan hâkim teşebbüsün tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.

sorumluluğun bir özel sorumluluK olduğu gerek doktrin gerek rekabet otoriteleri tarafından belirtilmektedir⁸².

Hâkim teşebbüs, tıpkı diğer kişiler gibi MK m. 2 uyarınca haklarını kullanırken dürüst bir şekilde davranmak zorundadır⁸³. Hâkim teşebbüse yüklenmiş olan ve dürüstlük kuralının özel bir görünümünü teşkil eden bu özen borcu objektif niteliktedir. Hâkim teşebbüsün, gerekli tüm özeni göstermiş olmasına rağmen yine de davranışı dolayısıyla rekabet olumsuz etkilenmişse hâkim teşebbüs RKHK m. 6'da düzenlenen kötüye kullanma yasağına tabi olacaktır. Ancak dikkat çekmek gerekmektedir ki, bu tabi olma idari para cezası yahut tazminat sorumluluğu açısından değil rekabetin tesisi açısından gereklidir.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının gerçekleşmesi hâkim teşebbüsün kusurunun bulunmasına bağlı değildir. Bu nedenle RKHK m. 6 hükmü esasında objektif bir düzenlemedir. Piyasada faaliyette bulunan tüm teşebbüslerin dürüstlük kuralına uymaları beklenmektedir. Buna hâkim teşebbüsler de dahildir. Fakat hâkim teşebbüsler için öngörülen yalnızca dürüstlük kuralına uymaları değil; bunun ötesinde piyasada sergiledikleri davranışların etki ve sonuçlarını hesaplamaları ve bu davranışların rekabete aykırı nitelik teşkil etmemesi için özen göstermeleridir⁸⁴. Nitekim rekabet hukukunun amacının gerçekleştirilebilmesi için bağımsız şekilde ekonomik parametreleri belirleme gücüne sahip olan hâkim teşebbüslerin, bu güce sahip olmayanlara kıyasla daha özenli hareket etmeleri zorunluluk arz etmektedir. Hâkim teşebbüsün özel sorumluluğu ilkesi bunun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak yeri gelmişken tekrar belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, hâkim teşebbüs kendisinden beklenen tüm özeni göstermiş olsa dahi ortaya rekabeti olumsuz etkileyen bir sonuç çıkıyorsa yine de RKHK 6. maddeye aykırılık oluşacaktır.

⁸² Bu sorumluluk hâkim teşebbüse pozitif olarak yüklenmiş değildir; fakat uygulamada verilen kararlar incelendiğinde hâkim teşebbüse MK m. 2'den kaynaklanan bir özen borcunun yüklendiği ve bu hususun doktrince de benimsendiği görülmektedir. Bkz. Aslan, *a.g.e.*, s. 466; Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 15; Karar Sayısı: 02-49/634-257, Karar Tarihi: 23.08.2002, www.rekabet.gov.tr.

⁸³ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 15.

⁸⁴ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 16.

Hâkim teşebbüse yüklenmiş olan bu özel sorumluluk, hâkim durumdaki teşebbüsün piyasadaki davranışlarının hukuka aykırılık teşkil etmesi için kötüye kullanmanın objektif bir kavram olması nedeniyle hâkim teşebbüsün kusurunun aranmayacağına kabulü sonucunda, teşebbüsün söz konusu davranışları iyiniyet çerçevesinde yerine getirip getirmediğinin de bir önemi kalmamaktadır⁸⁵. Nitekim rekabet otoriteleri, teşebbüslerin davranışlarının altında yatan amacın ne olduğundan ziyade bu davranışların rekabet düzenine olan etkisine bakmaktadır. Yani hâkim durumdaki bir teşebbüsün, davranışları sonucunda piyasadaki rekabetin bozulacağını ya da engelleneceğini bilmiyor olması veya bilebilecek durumda olmaması, ilgili davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla, hâkim teşebbüsün rekabet karşıtı etkiyi bilebilecek durumda olmadığı şeklindeki bir savunma da dikkate alınmayacaktır.

Nitekim, hâkim teşebbüsün özel sorumluluğu gerek Avrupa gerek Türk uygulamasında kabul edilmektedir. Hâkim teşebbüsün özel sorumluluğundan söz edilen ilk karar olan Michelin/Komisyon kararında, Genel Mahkeme, hâkim durumdaki bir teşebbüsün İç Pazardaki rekabete zarar vermeyecek şekilde faaliyette bulunma şeklinde bir özel sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmiştir⁸⁶. Hâkim durumda bulunan bir teşebbüse bu çerçevede bir özel sorumluluğun yüklenmesi gerekli olmaktadır çünkü ilgili piyasada ekonomik parametreleri belirleyebilecek derecede bir güce sahip bulunan hâkim teşebbüs, faaliyette bulunduğu taraflardan bağımsız davranışta bulunabilme imkânına sahip olduğu için piyasadaki rekabeti diğer teşebbüslerden daha fazla etkileyebilecek konumdadır⁸⁷. Bu konumdan faydalanarak adil ve dürüst ticaret anlayışıyla bağdaşmayacak çeşitli uygulamalarda bulunabilir. Bu nedenle piyasada böyle bir güce sahip teşebbüsün kontrol altında tutulması gerekli olmaktadır. AB'nin nihai hedefleri arasında bulunan İç Pazarı oluşturup, bunun sürekliliğini sağlama anlayışı Avrupa rekabet hukukuna yansımış ve sonuç olarak hâkim durumda bulunan teşebbüslere diğerlerinden ayrı olarak özel

⁸⁵ Yiğit, a.g.e., s. 141.

⁸⁶ Judgment of the Court of 9 November 1983. - NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities. - Abuse of a dominant position - Discounts on tyre purchases. - Case 322/81, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁸⁷ Whish, Bailey, a.g.e., s. 192.

sorumluluk yüklenmiştir⁸⁸. Bu özen borcunun objektif olması ise Adalet Divanı'nın, Hoffmann-La Roche/Komisyon davasında dile getirilmiştir. İlgili kararda açıkça kötüye kullanmanın objektif bir kavram olduğu ifade edilmiştir⁸⁹.

C. Failin Doğrudan Menfaat Sağlamamış Olması

Aynı şekilde, kötüye kullanma sayılacak uygulamaların hâkim durumdaki teşebbüsün yararına olması şartı gerekli değildir. Ortada hâkim durumda bulunan teşebbüs açısından bir yarar söz konusu olmasa dahi kötüye kullanma gerçekleşmiş olacaktır⁹⁰.

Rekabet Kurulu, İzmir Otobüs ve Terminal İşletmeleri A.Ş. (İZOTAŞ) kararında, hâkim teşebbüs olan İZOTAŞ'ın sahip olduğu piyasa gücünü kullanarak, kendi yönetimi altındaki terminalde yolcu taşıması yapan otobüs firmaları ile seyahat ücretlerine alt sınır getirmesine yönelik fiyat protokolleri yapmasını ve bu protokollerin uygulanmasının denetlenmesini RKHK'nın 6. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak nitelendirmiştir⁹¹. İlgili olayda Rekabet Kurulu, İZOTAŞ'ın kendisine herhangi bir menfaat sağlamadığı savunmasını ise *"4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, hakim durumdaki teşebbüsün bu hakim durumunu kötüye kullanması için bundan doğrudan kendisinin yarar sağlaması gerekmemektedir"* gerekçesiyle kabul etmemiştir.

D. Piyasadaki Diğer Aktörlerin Rızasının Bulunması

Hâkim teşebbüse yüklenen özel sorumluluğun bir sonucu olarak, piyasadaki diğer aktörlerin hâkim durumun kötüye kullanılmasına rıza göstermesi, hâkim durumun kötüye kullanıldığı gerçeğini değiştirmeyeceğinden, mevcut hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

⁸⁸ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 14.

⁸⁹ Judgment of the Court of 13 February 1979. - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. - Dominant position. - Case 85/76, <http://eur-lex.europa.eu>.

⁹⁰ Aslan, a.g.e., s. 465; Yiğit, a.g.e., s. 141.

⁹¹ Karar Sayısı: 07-01/1-1, Karar Tarihi: 11.01.2007, www.rekabet.gov.tr.

Bu durumun hukuka uygunluk oluşturmayaacağı hususu Adalet Divanı tarafından onaylanmış olan Aéroports de Paris/Komisyon kararında bulunmaktadır⁹². Sözü edilen bu kararda, Paris Orly Havalimanı için yemek, uçak temizliği ve kargo hizmetlerinin (yer hizmetleri) üçüncü kişi tarafından verilmesi konusunda açılan ihalede, ilgili hava limanının tekel konumundaki işletmecisi olan Aéroports de Paris'e en yüksek fiyatı veren Alfa Flight Services SAS olmuştur. Yer hizmetleri hava yolu firmaları tarafından hem kendi ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hem de başka firmalara sunulabilecek şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Fakat ilgili havalimanında hem kendisine hem de diğerlerine yer hizmetlerini sağlayabilecek durumda olan tek teşebbüs Air France olmaktadır. Zamanla Groupe Air France'ın yavru şirketi olan Orly Air Traiteur, Air France'ın yemek hizmetini vermek aynı zamanda bu hizmeti diğer havayolu şirketlerine sunmak için Aéroports de Paris ile anlaşma yapmıştır. Alfa Flight Services SAS ile Orly Air Traiteur'un farklı ücret sistemine tabi olması sonucunu doğuran bu anlaşma Alfa Flight Services SAS aleyhine bir durum yaratmıştır. Bunun üzerine Komisyon'a taşınan ilgili olayda, Aéroports de Paris savunmasında ihaledeki koşulların ilgili teşebbüs tarafından kendi rızasıyla kabul edilmiş olduğunu belirtmiştir. Komisyon ise hâkim teşebbüse özel olarak yüklenen rekabete zarar verilmemesi yönündeki özel sorumluluğunun bu şekilde bir savunmayı geçersiz kıldığını belirtmiş ve hâkim teşebbüsün zaman içerisinde ortaya çıkan ayrımcılığa bir son vermesi gerektiğine karar kılmıştır.

Yine başka bir karar olan Hoffmann-La Roche/Komisyon kararında, hâkim teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücünü kullanmamış olduğu yönündeki savunması Komisyon tarafından haklı görülmemiştir. İlgili olayda, Hoffmann- La Roche kelepçeleme sözleşmelerinin kurulmasının bizzat müşteriler tarafından talep edildiğini öne sürmüştür. Komisyon ise ilgili sözleşmelerin kurulmasının karşı tarafın rızasıyla gerçekleşmesinin önem taşımadığını ve bunun bir kötüye kullanma davranışı sayılacağını belirtmiştir.

Avrupa Birliği uygulamasını benimsemiş olan Rekabet Kurulu da Karboğaz A.Ş.'ye ilişkin kararında, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin özel sorumluluğuna

⁹² Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 24 October 2002. - Aéroports de Paris v Commission of the European Communities. - Appeal - Competition - Air transport - Airport management - Abuse of dominant position - Discriminatory fees. - Case C-82/01 P, <http://eur-lex.europa.eu>.

atıf yapmış ve diğer aktörlerin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir⁹³. Karara konu olaya ilişkin şikayet dilekçesinde, likit karbondioksit piyasasında faaliyet gösteren Karboğaz A.Ş.'nin müşterileri ile yapmış olduğu uzun süreli münhasır dağıtım anlaşmalarının rekabeti ihlal ettiği iddia edilmektedir. Soruşturma kapsamında Rekabet Kurulu, hâkim teşebbüsün uzun süreli anlaşmaların müşteriler tarafından talep edildiği savunmasını kabul etmemiştir. Kurul kararında: *“Karboğaz A.Ş. 'nin hâkim durumda bir teşebbüs olması itibarıyla taşınması gereken özel sorumluluk çerçevesinde, müşterilerden kaynaklanan önemli bir talep olsa dahi, pazarda rekabeti rakipler aleyhine önemli ölçüde kısıtlama etkisi doğuran bu eylem ve işlemlerinden kaçınması gerekmektedir.”* şeklinde ifade etmek suretiyle özel sorumluluğa vurgu yapmıştır.

VI. TÜRLERİ

Her ne kadar RKHK ve TFEU'da kötüye kullanma türlerine yönelik olarak özel bir ayrıma gidilmemiş olsa da doktrin hâkim durumun kötüye kullanılması hallerini çeşitli şekillerde sınıflandırmaktadır.

Türk doktrini hâkim durumun kötüye kullanılmasını genel olarak “sömürüye dayanan kötüye kullanmalar” ve “rekabete aykırı kötüye kullanmalar” şeklinde ikili bir tasnif çerçevesinde ele almaktadır⁹⁴. Bu tasnifin özelliği hâkim durumun kötüye kullanılmasının doğrudan kimi hedeflediği temelinden hareket etmesidir. Kötüye kullanma davranışının hedefinin doğrudan müşteri ve tüketiciler olduğu haller ilk grupta; rekabet düzeni olduğu haller ise ikinci grupta yer almaktadır. Tekinalp ise kötüye kullanma hallerini; başka bir eserinde engelleme ve buna bağlı olarak

⁹³ Karar Sayısı: 05-80/1106-317, Karar Tarihi: 1.12.2005, www.rekabet.gov.tr.

⁹⁴ Tekinalp, Tekinalp, *a.g.e.*, s. 387; Sanlı, *a.g.e.*, s. 261; Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 28; Aşcıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 129. Biz “rekabete aykırı kötüye kullanmalar” şeklindeki bir ifadenin yerine, hem yanlış anlaşılmalara yer vermemesi hem de kavramın içeriğini daha iyi ifade etmesi nedeniyle “dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma” teriminin kullanılması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim sömürücü uygulamalar da nihayetinde rekabete aykırıdır. “Rekabete aykırı kötüye kullanmalar” şeklindeki ifade bu durumu göz ardı etmektedir.

dışlama, sömürü şeklinde kötüye kullanma ve pazar yapısını değiştirerek kötüye kullanma şeklinde üç ana başlıkta incelemektedir⁹⁵.

AB doktrini bu sınıflandırmayı, AB'nin uluslar üstü yapısından kaynaklanan nedenlerden dolayı biraz daha farklı yapabilmektedir. TFEU 102. maddesinde sıralanmış olan örnekler çerçevesinde; *Korah*, bu tasnifi hâkim durumun sömürücü şekilde kötüye kullanılması, rekabetin azaltılması şeklinde kötüye kullanma ve haksız uygulamalarla rekabetin bozulması şeklinde yapmaktadır⁹⁶. *Whish* ve *Bailey*'nin sınıflandırması; sömürücü, dışlayıcı ve İç Pazarı etkileyen kötüye kullanmalar şeklindedir⁹⁷. *Bellamy* ve *Child* ise bu sınıflandırmayı Türk doktrininin yaptığı gibi daha genel olarak nitelendirilebilecek olan “rekabet karşıtı kötüye kullanma” ve “istismar edici kötüye kullanma” şeklinde ele almaktadır.

Hâkim durumun kötüye kullanılması, söz konusu davranıştan zarar görenler açısından; hâkim durumda bulunan teşebbüsün tüketiciye, rekabetin işleyişine ve piyasadaki diğer teşebbüslere zarar veren fiilleri şeklinde sınıflandırılabilir. Nitekim Hâkim Durum Kılavuzu'nda belirtildiği üzere kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilen davranışlar zarar görenler açısından değerlendirilmiş ve (1) “dışlayıcı”, (2) “sömürücü” ve (3) “ayrımcı” olmak üzere üçlü bir tasnif çerçevesinde de ele alınmıştır. Sözü geçen kılavuza göre hâkim durumun kötüye kullanılması rekabet düzeninin sağlıklı işlemesine, müşterilerin veya tüketicilerin sömürülmesine ve eşit işlemlere farklı uygulamaların dayatılması şeklinde üç tür olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu tezin devamında yapılacak olan açıklamalar bu son halde sözünü ettiğimiz üçlü bir ayrımın benimsenmiş olması çerçevesinde yapılacaktır.

Ancak belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, rekabet hukukunun uygulanmasında, doktrinin yapmış olduğu bu tasnifin bir önemi yoktur. Bu sınıflar konuya ilişkin olarak yalnızca teorik bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Nitekim yapılan bu sınıflandırmalarda gruplar arasındaki farklar net bir şekilde çizilememektedir⁹⁸. Bunun nedeni bir kötüye kullanma şekli olarak nitelendirilen bir

⁹⁵ Tekinalp, ATAD kararları, s. 75.

⁹⁶ Korah, a.g.e., s. 134.

⁹⁷ Whish, Bailey, a.g.e., s. 201.

⁹⁸ Whish, Bailey, a.g.e., s. 202.

davranışın bu gruplardan biri, birkaçı veya tümünün kapsamı içinde değerlendirilebilme olasılığı bulunmasıdır. Örneğin, ürün vermeyi reddetme şeklindeki bir kötüye kullanma davranışı, yerine göre sömürücü yerine göre de dışlayıcı karakterde nitelendirilebilir. Karşı taraftan daha yüksek ücret talep etme maksadıyla ürün vermenin reddedilmesi sömürücü nitelikteyken, rakibin piyasa dışına itilmesi maksadıyla ürün arzından kaçınılması dışlayıcı nitelikte olacaktır⁹⁹.

A. Dışlayıcı Nitelikte Kötüye Kullanma

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisi dışlayıcı nitelikte kötüye kullanmadır. Dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma, hâkim teşebbüsün sahip olduğu piyasa gücünden faydalanarak, mevcut rakiplerini piyasa dışına itmeye çalışması yahut potansiyel rakiplerin piyasaya girmesini engellemesi şeklinde nitelendirilebilir.

Esasen dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma uygulamalarından zarar gören öncelikli olarak rekabet düzeninin kendisidir¹⁰⁰. Nitekim dışlayıcı uygulamaların, mevcut rakiplerin piyasa dışına çıkarılması ve potansiyel rekabetin engellenmesi olmak üzere iki yönü bulunmaktadır ve tüketicilerin veya müşterilerin sömürülmesi öncelikli hedef değildir. Tüketiciler veya müşteriler, dışlayıcı uygulamalardan dolaylı olarak zarar görebilecektir. Rekabetin engellenmesi, kısıtlanması ya da ortadan kaldırılması sonucu fiyatların yükselmesi, kalitenin düşmesi, ürün çeşitliliğinin azalması gibi sonuçların doğmasıyla tüketici veya müşteriler dolaylı olarak zarar görürler.

Genel olarak dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma uygulamaları; yıkıcı fiyat uygulamaları, ürün vermeyi reddetme, marj sıkıştırması, indirim sistemleri, bağlayıcı anlaşmalar şeklinde farklı başlıklar altında incelemek mümkündür.

⁹⁹ Whish, Bailey, a.g.e., s. 202.

¹⁰⁰ Yiğit, a.g.e., s. 142.

Tezimizin üçüncü bölümünde dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanmalara ilişkin detaylı açıklamalar yapıldığı için bu kısımda daha fazla açıklama yapmaktan kaçınılmaktayız.

B. Sömürücü Nitelikte Kötüye Kullanma

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının ikinci bir türünü sömürüye dayalı kötüye kullanma halleri oluşturmaktadır. Hâkim teşebbüs, piyasadaki ekonomik parametreleri tek başına belirleyebilme gücüne sahip olması, kendisini zorlayacak rakiplerinin olmaması ve dolayısıyla kendisine zorunlu olarak bağlı olan müşteri grubunun bulunduğu hallerde monopol kârı elde etmek için çalışacaktır¹⁰¹. Ekonomik hayatta normal karşılanabilecek bu durum ise rekabet hukuku açısından kanuna aykırı kabul edilmektedir.

Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde “Sömürücü kötüye kullanmalar, tüketici refahında doğrudan bir kayba yol açan fiyatlama veya diğer uygulamalardır. Bu türlü kötüye kullanmalarda hâkim durumdaki teşebbüs, hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün elde edemeyeceği şekilde tüketicilerden rant elde etmek amacıyla pazar gücünün avantajını kullanmakta ya da başka yollarla tüketicilerin avantajlarını almaktadır.” şeklinde bir tanım yapılmıştır¹⁰². Tanımdan da anlaşıldığı gibi, sömürücü nitelikte kötüye kullanma, hâkim teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücünü, müşterileri ve tüketicileri istismar edecek şekilde kullanması ve böylece rekabetin normal işlediği bir ortamda elde edemeyeceği bir menfaati sağlaması anlamına gelmektedir¹⁰³.

Hâkim teşebbüsün tüketici ve müşterilerin istismar edilerek monopol kârı elde etmesinin yasaklanması akla rekabet kurallarının amacının ne olduğu sorusunu getirmektedir. Nitekim rekabet kurallarının amacı piyasada ucuzluğun sağlaması değil rekabetin tesisi ve korunmasıdır. Fakat RKHK'nın 6. maddesi incelendiğinde sömürü unsurunun orada esaslı bir şekilde yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle

¹⁰¹ Yiğit, a.g.e., s. 178.

¹⁰² Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 169.

¹⁰³ Sanlı, a.g.e., s. 261.

sömürücü nitelikteki kötüye kullanma hali rekabet hukuku içerisinde değerlendirilmektedir¹⁰⁴.

Sömürücü şekilde kötüye kullanma aşırı fiyat uygulanması ile ürün bağlama şeklinde ortaya çıkabilir. Hâkim teşebbüsün alıcı konumunda bulunduğu hallerde ise aşırı düşük fiyat uygulanması yoluyla gerçekleşir. Yine belirtmekte fayda bulunmaktadır ki hâkim durumun kötüye kullanılmasına örnek teşkil eden bir davranış sömürüye dayalı özellikler gösterirken aynı zamanda rekabeti dışlayıcı ya da ayrımcı nitelik de gösterebilir. Bu nedenle bir kötüye kullanmanın, muhakkak bir sınıfa gireceğini söylemek mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla bu bölümde yalnızca aşırı fiyat uygulaması incelemek olup, ürün bağlama şeklindeki kötüye kullanma tezimizin üçüncü bölümünde dışlayıcı kötüye kullanmalar içerisinde incelenecektir.

1. Aşırı Fiyat Uygulaması

İktisadi açıdan aşırı fiyat, sürekli olarak rekabetçi düzeyin önemli ölçüde üzerinde belirlenen fiyattır¹⁰⁵. Rekabet hukukunda ise hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunda bir ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasındaki makul olmayan farklılık olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁶. Fakat ikinci tanımda dikkat edilmesi gereken önemli nokta ürünün maliyeti ile piyasadaki fiyatı arasındaki fark olmamalıdır. Zira hâkim teşebbüs normal rekabet ortamında olacağı gibi etkin çalışmadığı için maliyetlerinin yüksekliği sebebiyle, fiyatlarını yüksek tutmasına rağmen fazla kâr elde etmiyor olabilir.

Rekabet otoritelerinin aşırı fiyata karşı sıkı bir politika izlemesi, fiyatın belirlenerek kâra bir üst limit getirmesi anlamına geldiği için esasında ekonomistler tarafından eleştirilen bir durumdur¹⁰⁷. Ancak fiili durumda aşırı fiyatlandırma, tüketicileri normal koşullarda olması gerekenden daha yüksek fiyat ödemeye zorladığı için sömürücü nitelik göstermekte ve kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Tekinalp, ATAD kararları, s. 83.

¹⁰⁵ Özdemir, a.g.e., s. 21.

¹⁰⁶ Öztunalı, Hâkim Durum, s. 139.

¹⁰⁷ O'Donoghue, Padilla, a.g.e., s. 608.

¹⁰⁸ Öztunalı, Hâkim Durum, s. 140.

Aşırı fiyatlamayı tespit etmenin zorluğu, rekabet otoritelerinin fiyat düzenleyicisi gibi hareket etmek istememeleri ve piyasaların kendi kendini düzeltereği beklentileri nedenleriyle rekabet otoriteleri aşırı fiyatlara müdahale etme aşamasında tedbirli davranmaktadırlar¹⁰⁹. Aşırı fiyatlamaya müdahale ancak, (1) piyasaya giriş engellerinin çok yüksek olduğu ve hâkim teşebbüsün tekel veya tekele yakın bir piyasa konumuna sahip olması, (2) uygulanan fiyatların ortalama toplam maliyetin çok üzerinde olması ve (3) uygulanan yüksek fiyatların piyasaya yeni mal ve hizmetlerin sunulmasını engelleme riski taşıması şeklinde sıralanabilecek üç koşulun bir arada bulunması halinde söz konusu olabilmektedir¹¹⁰.

TFEU 102. maddesinin (a) bendi uyarınca “*Adil olmayan alış veya satış fiyatlarının veya sözleşme koşullarının, doğrudan veya dolaylı olarak kabul ettirilmesi*” hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir. Bu düzenleme açıkça hâkim durumdaki teşebbüsün ekonomik açıdan makul ve haklı görülemeyecek ölçüde aşırı fiyat uygulamasını ve bu yolla haksız kazanç elde etmesini yasaklamak istemiştir.

RKHK’nın 6. maddesinde ise TFEU’daki gibi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekmektedir ki ilgili hükümdeki örnekler sınırlayıcı nitelik taşımadığı için aşırı fiyatlamanın kötüye kullanma sayılmasında bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca RKHK’nın genel sistematığına bakıldığında, fiyatlar yoluyla rekabetin bozulmasının yahut engellenmesinin kapsam dışında bırakıldığı söylenemeyecektir. Nitekim RKHK 4. maddesi 2 fıkra (a) bendinde fiyatlar konusundaki danışıklılık kanuna aykırı kabul edilmektedir. Her ne kadar RKHK 4 ve 6. maddeleri farklı hususları düzenlemekte olsalar da birbirleriyle bağlantısı olan düzenlemelerdir.

2. Uygulamada Aşırı Fiyatlama Örnekleri

Rekabet Kurulu, aşırı fiyatlandırmayı RKHK 6. madde kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak kabul etmektedir. Fakat aşırı fiyatlandırmanın kötüye kullanma teşkil etmesine ilişkin olarak rekabet otoritelerinin

¹⁰⁹ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 142.

¹¹⁰ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 140.

temkinli davranması dolayısıyla bugüne kadar yalnızca iki kararında aşırı fiyatlamayı hukuka aykırı kabul ederek cezalandırmıştır.

Rekabet Kurulu'nun bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu ilk karar Belko kararıdır¹¹¹. Söz konusu kararda, Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin bir şirketi olan Belko Ankara Kömür İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., Ankara ili sınırları içerisinde yasal tekel olarak kömür satışı yapmaktadır. Rekabet Kurulu yaptığı incelemeler sonunda Belko'nun zararına satış yapmasına rağmen aşırı fiyatla kömür sattığını tespit etmiştir. Zararın, kömür alımında yeterli özenin gösterilmemesi, aşırı istihdam, etkin olmayan yönetim sonunda ortaya çıktığı sonucuna ulaşılmıştır. Kurul fiyatın aşırılığına karar verirken, maliyet bazlı değerlendirmeye ek olarak diğer bölgelerle yapılan kıyaslamayı da göz önünde bulundurmuştur. Nitekim Belko'nun satış fiyatları, benzer illerde satılmakta olan aynı nitelikteki kömürlere göre %50-60 oranında yüksek bulunmuştur. Daha sonra Danıştay'ın önüne gelen ilgili kararda, Danıştay Belko'nun yasal tekel özelliği taşıması nedeniyle aşırı fiyat uygulamasına rekabet kurallarıyla müdahale edilmesinin yerinde olduğunu belirttikten sonra fiyatın hangi durumda aşırı kabul edileceğine ilişkin görüşünü bildirmiştir¹¹². Danıştay: *“Fiyatın aşırı olup olmadığının saptanmasında aşırı fiyatla piyasaya sunulduğu öne sürülen mal ve hizmetin fiyatını, tüketicinin gözünde kullanım amacı, işlevi bakımından aynı sayılabilecek mal veya hizmetin fiyatıyla karşılaştırmak veya maliyet analizi yapmak en sık başvurulmuş ölçütlerdir. Bu şekilde emsal mal ve hizmetlerin fiyatıyla karşılaştırma, aşırı fiyatın saptanması bakımından daha elverişli görünmekle beraber; böyle bir karşılaştırmaların mümkün olmadığı hâllerde, maliyet analizi yapmak gerekebilir. Bazen de incelemede bu iki ölçütün her ikisinden de yararlanmak zorunluluğu doğabilir”* şeklinde ifade etmek suretiyle aşırı fiyatın nasıl tespit edilebileceğini belirtmiştir. Kararın devamında, maliyetlerin aşırı yüksek olması dolayısıyla fiyatın aşırı olduğu ancak bir kârın söz konusu olmadığı durumunda fiyat karşılaştırmasının nasıl yapılacağına ilişkin yaklaşımını da *“Yasal tekel olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin maliyetleri yüksek olduğu takdirde, tekel durumu süresince, karı olmasa da, rekabet baskısından uzak olarak, yüksek maliyet*

¹¹¹ Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.4.2001, www.rekabet.gov.tr.

¹¹² Karar Sayısı: 2001/4187 E. 2003/4770, Karar Tarihi: 05.12.2003, www.rekabet.gov.tr.

sorununu çözmeksizin aşırı fiyattan mal sattıkları görülebilmektedir. Bu durumda eğer ilgili piyasaya giriş engeli olmayıp, bu piyasa rekabete açık olsaydı, fiyat nasıl oluşacaktı ise halihazırda talep edilen fiyatın, bu fiyatla karşılaştırılması suretiyle aşırı olup olmadığı saptanmalıdır” şeklinde ifade etmiştir.

Rekabet Kurulu’nun aşırı fiyatlandırmaya ilişkin ihlal tespiti yaptığı ikinci karar Tüpraş kararıdır¹¹³. Türkiye’de akaryakıt ürünleri üretimini yapan tek teşebbüs olması dolayısıyla hâkim durumda bulunan Tüpraş’ın aşırı fiyatlama yaptığı iddia edilen karara ilişkin olarak Rekabet Kurulu daha önceki kararlarında uygulamış olduğu şekilde iki aşamalı bir test yapma yoluna gitmiştir. Ancak, testin ilk aşamasını oluşturan fiyat karşılaştırmasını yapamamıştır. Bunun nedeni, farklı coğrafi piyasalarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin sahip olduğu petrol temin kaynaklarının, lojistik koşullarının ve tabi oldukları yasal düzenlemelerin farklı olması sebebiyle sağlıklı bir sonuç alınamayacak olmasıdır. Testin ikinci aşamasında ise fiyat maliyet analizi yapılmıştır. Yapılan bu maliyet analizi sonucunda 3 aylık bir dönem için aşırı fiyatlama yapıldığı sonucuna ulaşılmış ve teşebbüsün davranışının aşırı fiyatlama yoluyla kötüye kullanma olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

AB Komisyonu ise fiyat düzenleyicisi gibi davranmak istemediğini açıkça belirtmektedir. Ancak bununla birlikte az sayıda da olsa aşırı fiyat uygulandığına ilişkin karar vermek durumunda kalmıştır.

United Brands Company/Komisyon kararına konu olan aşırı fiyat uygulaması Adalet Divanı tarafından da bir kötüye kullanma biçimi olarak kabul edilmiştir¹¹⁴. Adı geçen kararda, Komisyon United Brands şirketinin, Chiquita marka muzları Belçika, Lüksemburg, Danimarka ve Almanya’da İrlanda ve Hollanda’ya kıyasla daha pahalıya satmış olduğunu görmüştür. Özellikle İrlanda’da uygulanan fiyatların diğer ülkelerdekenden %50 oranında daha ucuz olduğu tespit edilmiştir. Buna ek olarak aşırı fiyatlamayı belirlemek için ayrıca diğer marka muzların fiyatlarını da değerlendirmiştir. Aradaki fiyat farkına rağmen İrlanda’da, United Brands Company’nin kârlı bir şekilde faaliyette bulunuyor olması sonucunda diğer üye

¹¹³ Karar Sayısı: 14-03/60-24, Karar Tarihi: 17.01.2014, www.rekabet.gov.tr.

¹¹⁴ United Brands Co. v Commission Case C-27/76 [1978], Adalet Divanı, Komisyon’un analizlerine katılmadığı için ilgili kararı bozmuş olmasına rağmen bu karar ile aşırı fiyatlandırmanın kötüye kullanma olarak nitelendirebileceği netlik kazanmıştır, <http://eur-lex.europa.eu>.

devletlerde aşırı fiyatlama yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Görüldüğü gibi Adalet Divanı'na göre bir fiyatın aşırı ve haksız kabul edilebilmesi için; ürünün fiyatı ve maliyeti arasındaki fark belirlenmeli, ürünün fiyatı diğer rakip ürünler ve diğer bölgeler ile karşılaştırılmalı ve fiyatın ürünün ekonomik değerinin çok üzerinde olduğu sonucuna varılmalıdır.

C. Ayrımcı Nitelikte Kötüye Kullanma: Fiyat Ayrımcılığı

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinde üçüncü grubu ayrımcı nitelikte kötüye kullanma oluşturur.

Serbest piyasa ekonomisinin bir özelliği ve sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin, sözleşme yaptıkları taraflarla bu sözleşmenin içeriğini serbest şekilde belirleyebilmeleri gerekir. Ancak, hâkim teşebbüsün piyasadaki rekabeti bozmama, sınırlandırmama ve ortadan kaldırmama şeklinde bir özel sorumluluğu bulunmaktadır. İşte bu özel sorumluluğunun bir sonucu olarak hâkim durumun kötüye kullanması hallerinden birisi de ayrımcılıktır.

RKHK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, eşit durumdaki alıcılara, aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisi olarak ifade edilmiştir. Ayrımcılık diye nitelendirilen bu kötüye kullanma şekli AB hukukunda TFEU 102. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde yer almaktadır. Sözü edilen ilgili hüküm uyarınca; *“İşlemlerin taraflarına aynı değerdeki işlemler bakımından eşit olmayan şartların uygulanması suretiyle onların rekabet bakımından dezavantajlı duruma sokulması”* hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilebilecektir.

Kanun koyucu ilgili düzenleme ile hâkim durumda bulunan teşebbüsün işlemde bulunduğu diğer teşebbüsler karşısında farklı davranmasını engellemek için hâkim teşebbüse özel bir sorumluluk yükleyerek diğer teşebbüslere eşit ve objektif

davranması yükümlülüğünü getirmektedir¹¹⁵. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, ayrımcılık ancak eşit durumda olanlar arasında söz konusu olabileceğinden, hâkim teşebbüsün işlemde bulunduğu teşebbüsler ve bunlarla yapmış olduğu işlemler açısından bir denkliğin olması zorunluluğudur. Yani burada sözü edilen denkliğin hem taraf teşebbüsler hem de yapılan işlemler bakımından aranmasıdır. Yalnız, TFEU 102. madde düzenlemesinde olduğu gibi denkliğin daha çok yapılan işlemler bakımından aranması ayrımcılığın daha objektif temellere oturtulması bakımından faydalı olabilir¹¹⁶. RKHK ise hem teşebbüs hem de yapılan işlem çerçevesinde bir denklik aranmaktadır. Nitekim kanunun lafzında belirtilen “eşit durumdaki alıcılar” ifadesi işlemde bulunulan teşebbüsleri; “aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler” ifadesi ise işlemlerin denkliğini göstermeye yöneliktir. Kanunun amacı ayrımcılığın önüne geçmek olduğu için, tarafların konumları önem taşımaktadır. Rekabet koşulları açısından farklı konumda bulunanlara aynı şartların ileri sürülmesi de ayrımcılığa yol açacaktır¹¹⁷.

TFEU ve RKHK düzenlemelerinde iki fark dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki ayrımcılığın muhatabının kim olacağına ilişkin kullanılan ifade biçimidir. Nitekim RKHK 6. maddesinde “*alıcılar*” ifadesi kullanılmışken TFEU 102. maddesinde “*eşit işlemlerin taraflarına*” ifadesi yer almıştır. Burada sorulması gereken soru kanun koyucunun “*alıcılar*” ifadesini bilinçli bir şekilde tercih edip etmediğidir. Kanımızca bu tercih bilinçli bir şekilde yapılmamıştır. Kanun koyucunun hareket noktası, her zaman satıcının hâkim durumda olacağı ve bu teşebbüsün de sadece alıcılarla ilişki içerisinde olacağı varsayımdır. Böylece hem satıcıların müşteriler yahut sağlayıcılar gibi başka teşebbüsler ile ilişki içerisinde olabileceğini hem de alıcıların hâkim durumda bulunabileceğini göz ardı etmiştir¹¹⁸. Bu şekilde bir yorumun sonucunda kanunda tercih edilen “*alıcılar*” ifadesinin genişletici bir şekilde hâkim teşebbüsün işlemde bulunduğu tüm tarafları kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir¹¹⁹.

TFEU ile RKHK arasındaki ikinci fark ise, mehzaz düzenlemede yer almasına

¹¹⁵ Yiğit, a.g.e., s. 173.

¹¹⁶ Yiğit, a.g.e., s. 173.

¹¹⁷ Karar Sayısı: 07-56/668-231, Karar Tarihi: 04.7.2007, www.rekabet.gov.tr.

¹¹⁸ Aslan, a.g.e., s. 483.

¹¹⁹ Aslan, a.g.e., s. 483; Sanlı, a.g.e., s. 267.

rağmen, RKHK’da yer almayan “işlem taraflarının rekabette dezavantajlı konuma sokulması” şartıdır. Ancak, Türk doktrininde bunun bir eksiklik olduğu, bununla birlikte RKHK’nın amacından hareket edilerek bu şartın aranması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁰. Nitekim Rekabet Kurulu tarafından hazırlanmış olan, Rekabet Terimleri Sözlüğü’nde ayrımcılık; “İşlemlerin taraflarına eş edimler için eşit olmayan kurallar uygulayarak, onları rekabette dezavantajlı duruma sokma eylemidir.” şeklinde tanımlanmıştır¹²¹. Bu tanımda açıkça belirtildiği üzere ayrımcılığa ilişkin olarak mehzaz düzenlemede bulunmakta olan işlem taraflarının rekabette dezavantajlı konuma sokulması şartı, sözlükte tanımın bir parçası haline getirilmiştir.

Nitekim yukarıda yapılan açıklamalar Rekabet Kurulu kararlarında kendisini hissettirmektedir. Kurul, Roche kararında, ayrımcı uygulamaların kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi için piyasadaki rekabetin etkilenmesi gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “4054 sayılı Kanun açısından mehzaz mevzuattan farklı olarak, eşit durumdakilere farklı muamele yapılması kötüye kullanma için yeterli sayılmıştır. Ancak farklı muamele sonucunda ilgili piyasada rekabetin bozulmasının ya da kısıtlanmasının aranması, özelde ilgili hükmün ve genelde Kanun’un amacına uygun olacaktır. Yani yalnızca eşit durumdakilere farklı fiyattan satılarak fiyatın farklılaştırılması ihlal için yeter şart olmamalıdır.”¹²²

Ayrımcı uygulamaların tespit edilmesinde, AB’de birliğin uluslarüstü yapısı ve piyasaların entegre olması gayesinden kaynaklanan özellikle milliyet ve coğrafya esasına dayanan ayrımcı uygulamalar ayrıca önem arz etmekte ve bu şekildeki uygulamalar kötüye kullanma olarak kabul edilmektedir¹²³. Diğer ayrımcı uygulamalar bakımından ise “ekonomik açıdan objektif haklı görülebilirlik” kriteri çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır¹²⁴. Belirtmekte fayda bulunmaktadır ki,

¹²⁰ Aslan, a.g.e., s. 483; Yiğit, a.g.e., s. 175; Sanlı da bu durumun bir eksiklik olduğunu kabul etmekle birlikte, eşit durumdaki alıcılara farklı şartların uygulanmasının, alıcılar arasındaki rekabeti kendiliğinden bozacağını dolayısıyla TFEU m. 102 ile RKHK m. 6 arasında anlam açısından herhangi bir farklılığın bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Sanlı, a.g.e., s. 304.

¹²¹ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 63.

¹²² Karar Sayısı: 11-60/1565-556, Karar Tarihi: 07.12.2011, www.rekabet.gov.tr.

¹²³ Whish, Bailey, a.g.e., s. 764; Sanlı, a.g.e., s. 268; Yiğit, a.g.e., s. 176.

¹²⁴ Bellamy, Child, a.g.e., s. 624.

Türk hukuku bakımından da ekonomik açıdan objektif olarak haklı görülebilen bir ayrımcılık, hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilemeyecektir¹²⁵.

Rekabet kurulu bir kararında, ayrımcılık yapılarak hâkim durumun kötüye kullanılmasının, bazı yönleriyle dışlayıcı bazı yönleriyle ise sömürücü özellikler gösterebildiğini ve bu sebeple de kötüye kullanmaya ilişkin analizlerin en karmaşık konularından birisi olduğunu ifade etmiştir¹²⁶. Ayrımcı kötüye kullanma şeklindeki davranışların; hâkim teşebbüsün eşit durumdaki alıcılara doğrudan farklı şartlar ileri sürmesi ve fiyat ayrımcılığıyla doğrudan ortaya çıkabileceği gibi, sözleşme yapmanın reddi¹²⁷, aşırı fiyatlama, indirim sistemleri, bağlama gibi dolaylı şekillerde de ortaya çıkabileceği söylenebilir. Fakat biz tezimizin bütünlüğünü bozmama kaygısıyla hareket ediyor ve bu kısımda konuyu uygulamada öncelikli ve ağırlıklı olarak ortaya çıkan fiyat ayrımcılığı bağlamında ele almayı uygun görüyoruz. Aşırı fiyatlama şeklindeki kötüye kullanma sömürücü davranışlar altında incelenmiş olup sözleşme yapmanın reddi, indirim sistemleri ve bağlayıcı anlaşmaları tezimizin son bölümünde dışlayıcı uygulamalar kapsamında değerlendirilecektir.

1. Genel Olarak

Fiyat ayrımcılığı uygulamasında, hâkim teşebbüsün; eşdeğer işlemlerde, eşit koşullardaki muhataplarına farklı fiyatlar uygulaması ve bu yolla rekabetin en önemli görünümü olan fiyatlar yoluyla muhatapları arasında farklılıklar yaratması söz konusu olmaktadır¹²⁸.

Ayrımcı fiyatlandırma uygulamasında, belirli müşteri gruplarına veya belirli coğrafi piyasalara, diğerlerine oranla farklı fiyat uygulanması söz konusudur. Kuşkusuz ki, bu farklı fiyat uygulanmasının ekonomik ve rasyonel gerekçeleri olabilir ki zaten bu ayrımcı fiyatlandırma değil, farklı fiyatlandırma şeklinde ifade edilmektedir¹²⁹. Farklı fiyatlandırma; işgücü ücretleri, depo giderleri ya da pazarlama

¹²⁵ Yiğit, a.g.e., s. 176.

¹²⁶ Karar sayısı: 05-12/137-50, Karar tarihi: 03.3.2005, www.rekabet.gov.tr.

¹²⁷ Karar sayısı: 05-12/137-50, Karar tarihi: 03.3.2005, www.rekabet.gov.tr.

¹²⁸ Sanlı, a.g.e., s. 267.

¹²⁹ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 58.

şartlarındaki farklılıklar, taşıma maliyetleri gibi nedenlerden kaynaklanabilir¹³⁰. Fakat ayırmacı fiyatlandırmada, aynı ve denk koşullardaki müşteriler veya coğrafi bölgeler bulunmakta olduğu halde bunlar arasında fiyat ayrımcılığı yapılmaktadır. Bu durumda, ayırmacı fiyatlandırma, aynı ürünün, maliyet yapısında bir farklılık olmadığı hâlde, farklı müşterilere farklı fiyatlardan satılması olarak tanımlanabilir¹³¹. Ancak unutmamak gerekmektedir ki ürüne ilişkin maliyet yapılarının farklı olması halinde aynı fiyatlarla satılması da ayırmacı fiyatlandırma kapsamında değerlendirilecektir.

Ayırmacı fiyatlama uygulamaları, dışlayıcı veya sömürücü etkiye sahip olabilirler. Şöyle ki, hâkim teşebbüsün tekel konumuna sahip olduğu durumda tekel kârı elde etmek için, ürününün arzını yaptığı farklı bölgelerde, farklı fiyat uygulaması yapması sömürücü nitelik teşkil edebilir¹³². Hâkim teşebbüsün rakiplerini saf dışı etmek için, onlarla ticari ilişkide bulunan teşebbüslere diğer müşterilerine oranla daha düşük fiyat uygulaması dışlayıcı etki teşkil edebilecektir. Bu halde, hem hâkim teşebbüsün rakipleri hem de mevcut müşterileri rekabet bakımından dezavantajlı duruma düşürülecektir¹³³. Sonuç olarak ifade etmek gerekmektedir ki, ekonomik gerekçelere dayanmayan, tüketicinin refahını arttırmayan ve ancak rakip teşebbüslerin piyasa dışına itilmesi amacıyla yapılacak olan fiyatlandırmalar hâkim durumun kötüye kullanılması kabul edilecektir.

2. Uygulamada Fiyat Ayrımcılığı Örnekleri

Rekabet Kurulu'nun ayrımcılıkla ilgili kararları değerlendirildiğinde, konunun ağırlıklı olarak fiyat ayrımcılığı kapsamında ele alınmış olduğu görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun fiyat ayrımcılığına ilişkin vermiş olduğu ilk karar Cine 5 kararıdır¹³⁴. Her ne kadar sonrasında Danıştay tarafından iptal edilmiş de olsa, söz konusu karar, Rekabet Kurulu'nun ayırmacı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı nitelik

¹³⁰ Bellamy, Child, a.g.e., s. 624.

¹³¹ Karar Sayısı: 05-60/893-242, Karar Tarihi: 23.09.2005, www.rekabet.gov.tr.

¹³² Gül, a.g.e., s. 30.

¹³³ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 65.

¹³⁴ Karar Sayısı: 99-46/500-316, Karar Tarihi: 11.10.1999, www.rekabet.gov.tr.

göstermesi için öngördüğü standardı koymuş olması bakımından önemlidir¹³⁵. Karara konu olan olayda, Cine 5, Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi spor kulüpleri maç yayın hakları ve aynı futbol ligi karşılaşmaları görüntü piyasasında hâkim durumda bulunmaktadır. Cine 5 farklı nedenlerin yanında “*aynı nitelikteki 3 dakikalık haber amaçlı görüntüleri diğer yayın kuruluşlarına farklı fiyattan satışa arz ettiği*” nedeniyle şikayet edilmiştir. Karara ilişkin değerlendirmesinde Kurul, ayrımcı uygulamada bulunan teşebbüslerin birbirlerinin rakibi olması ve uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi koşullarının ikisinin birlikte gerçekleşmesi durumunda fiyat ayrımcılığına hükmedebileceğini ifade etmiştir. Şikayet sonucuna ilişkin değerlendirmede ise Cine 5’in fiyat ayrımcılığı yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanmış olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

AB uygulamasında ise, fiyat ayrımcılığına ilişkin verilen ilk karar United Brands/Komisyon kararıdır¹³⁶. Karara konu olan olayda United Brands milliyet ayrımı yapmak suretiyle farklı ülkelerde farklı fiyatlar uygulamıştır. Fiyat farklılığının nedeni araştırıldığında, bu farklılığı ekonomik açıdan objektif olarak haklı gösterebilecek bir neden bulunamamıştır çünkü muzların tamamı Avrupa’daki Rotterdam ve Bremerhaven limanlarına boşaltılmakta ve alıcılar muzları doğrudan bu limanlardan gelip almaktadır. Dolayısıyla farklı coğrafi bölgelerde fiyatların farklı oluşmasına etkide bulunabilecek olan taşıma maliyetleri United Brands’in uyguladığı fiyata etki etmemektedir. Adalet Divanı bu durumu TFEU 102. maddesi kapsamında değerlendirmiş ve United Brands’i fiyat ayrımcılığı yapmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullanması dolayısıyla cezaya çarptırmıştır.

¹³⁵ Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilmesi üzerine verilen karar için Bkz. Karar Sayısı: 07-83/1009-393, Karar Tarihi: 01.11.2007, www.rekabet.gov.tr.

¹³⁶ Case 27/76, United Brands v. Commission, 1 CMLR, 1978, <http://eur-lex.europa.eu>.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DIŞLAYICI NİTELİKTE KÖTÜYE KULLANMA

I. GENEL OLARAK

Hâkim durumda bulunan bir teşebbüs, adil ve dürüst bir şekilde rekabet etmek yerine, sahip olduğu gücünü mevcut rakiplerinin piyasa dışına çıkarılması veya potansiyel rakiplerinin de piyasaya girmemesi için kullanabilir. Doktrinde hâkim durumun bu şekilde kötüye kullanılması için “rekabet karşıtı kötüye kullanma” terimini benimseyenler bulunduğu gibi¹ “dışlayıcı kötüye kullanma” terimini benimseyenler de bulunmaktadır². Biz ise hem ifade edilmek istenen kavramı daha iyi tanımladığı, yanlış anlaşılmalara mehal vermediği ve de Hâkim Durum Kılavuzu’nda kullanılmış olması sebebiyle “dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma, rakiplerin saf dışı edilmesi sonucu rekabetin bozulması yani etkili bir rekabet ortamının ortadan kaldırılmasıyla hâkim teşebbüsün piyasada bir takım avantajlar sağlamasını mümkün kılar. Esasında hâkim teşebbüsün kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilecek olan faaliyetinin hedefi doğrudan rekabetin kendisidir. Rekabetin kısıtlanması, ortadan kaldırılması veya engellenmesi ise mevcut rakiplerin piyasa dışına çıkarılması veya potansiyel rekabetin engellenmesi suretiyle yapılmaktadır. Görüldüğü gibi burada tüketiciler yahut müşterilerin zarar görmesi doğrudan hedeflenmemektedir. Ancak bunlar rekabetin bozulmasına bağlı olarak, genellikle ikincil düzeyde yani dolaylı olarak zarar görmektedir çünkü rekabetin bozulması veya ortadan kaldırılması, tüketicilerin ve müşterilerin seçeneklerini kısıtladığı gibi onların tek bir teşebbüse bağlı olmaları sonucunu doğurabilir. Böyle bir ortamda ise hâkim teşebbüs dilediği gibi hareket etme imkânına sahip olacağı için müşteri ve tüketicileri sömürebilecektir³. Kısaca

¹ Sanlı, *a.g.e.*, s. 262; Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 33; Aşçıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 129.

² Jones, Suffrin, *a.g.e.*, s. 440; Tekinalp, Tekinalp, *a.g.e.*, s. 450; Yiğit, *a.g.e.*, s. 142.

³ Yiğit, *a.g.e.*, s. 142.

ifade edilecek olursa, dışlayıcı kötüye kullanmada öncelikli olarak rekabet etkilenmekte, tüketici veya müşteriler üzerindeki sonuçlar daha sonra doğmaktadır⁴.

Hâkim teşebbüslerin rekabetçi uygulamaları ile dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma teşkil eden davranışlarının birbirinden ayrılması önem arz eden bir konudur. Nitekim bu konu gerek ABD gerek AB rekabet hukuku uygulamasında tartışılmış ve per se yasaklama yaklaşımından uzaklaşılarak, iktisadi etkinliğin ve tüketici refahının temel alındığı etki-bazlı yaklaşımın benimsenmesi yönünde adımlar atılmıştır⁵. Türk rekabet hukuku uygulaması da bu gelişmelerden etkilenmiş ve nihayet Rekabet Kurulu 2014 yılında çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu'nda incelemelerini iktisadi bir bakış açısıyla yapmakta olduğunu ifade etmiştir. Ancak belirtmek gerekmektedir ki dışlayıcı uygulamaların tüketici refahı üzerindeki etkilerinin tam olarak ölçülmesi her zaman mümkün olmadığı için rekabetçi uygulamalar ve dışlayıcı uygulamaların birbirinden ayrılması zor olabilmektedir çünkü bu iki uygulama görünüşte birbirine çok benzemektedir⁶. Örneğin, düşük fiyatlar rekabetin bir sonucu gibi görünürken bazı zamanlarda çok düşük ve dışlayıcı olabilmektedir, yine aynı şekilde hem rekabetçi davranışların hem de dışlayıcı davranışların doğasında rakiplere zarar vermek bulunmaktadır⁷. Dolayısıyla dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma hem tespit edilmesinin zorluğu hem de piyasada doğrudan rekabeti etkilemesi nedeniyle son dönemde rekabet hukukuna ilişkin gündemin başında gelen konuları arasında bulunmaktadır.

II. KAVRAM

Dışlayıcı kötüye kullanma Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde "*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel*

⁴ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 33.

⁵ Madan, *a.g.e.*, s. 8.

⁶ J. Temple Lang, Robert O'Donoghue, "The Concept of Exclusionary Abuse under Article 82 EC", (Çevrimiçi)

<https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>, Erişim Tarihi: 25.09.2014, s. 38.

⁷ Lang, O'donoghue, *Exclusionary Abuse*, s. 38.

olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler” şeklinde tanımlanmaktadır⁸.

Danıştay Biryay’a ilişkin olarak vermiş olduğu kararında⁹ “*Bir uygulamanın dışlayıcı sayılabilmesi için, rakiplerin ticaret yapabilme veya rekabet edebilme imkanının ellerinden alınması gerektiğine göre, bu etkiyi doğurması pek muhtemel olan rakiplerin mal satabileceği veya mal sağlayabileceği kanalların kapatılması ya da ticari faaliyetin yapılması için zorunlu bir takım hizmetleri sağlamaktan çekilmesi gibi hallerde dışlayıcı bir uygulamanın kabulü tabiidir.*” şeklindeki ifadesiyle dışlayıcı kötüye kullanmanın ne şekilde gerçekleşebileceğini açıklamıştır.

Dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma uygulamada pek çok karara konu olmuştur. Adalet Divanı, Continental Can/Komisyon kararını değerlendirirken, TFEU 102. maddesinde yer alan yasağın tüketicilere doğrudan zarar veren kötüye kullanma davranışlarıyla sınırlı olmadığını, tüketicilerin doğrudan etkilenmediği fakat AB İç Piyasası’ndaki rekabetçi yapının korunması hedefine zarar verebilecek davranışlara da uygulanabileceğini belirtmiştir¹⁰. Adalet Divanı, Hoffmann-La Roche kararında dışlayıcı kötüye kullanmaları “*Piyasadaki mevcut rekabetin seviyesini azaltan ya da rekabetin artmasını engelleyen normal rekabetin ötesindeki eylemler*” şeklinde tanımlamıştır¹¹.

Dışlayıcı uygulamalar, piyasada rekabeti sınırlandıran ya da piyasanın rekabet yapısını bozan yahut bu yönde bir etki gösterebilecek nitelikte olan kötüye kullanma halleridir¹².

Yukarıda verilen tanımlardan açıkça görüldüğü gibi, dışlayıcı nitelikte kötüye kullanmanın; rakipleri piyasa dışına itmek ve piyasaya yeni girecekleri engellemek yani piyasayı yeni girişlere kapama şeklinde iki yönde etkisi bulunmaktadır.

⁸ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 83.

⁹ Danıştay 10. Dairesi’nin E. 2001/1631, K. 2003/4244 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

¹⁰ Case 6/72, Europemballage Inc. And Continental Can Co. v Commission (1973) ECR 215, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹¹ Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission (1979) ECR 461, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹² Aşçıoğlu Öz, **a.g.e.**, s. 130.

Hâkim Durum Kılavuzu'nda rekabet karşıtı piyasa kapama; "*Hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda tüketicilerin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesidir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

III. ÖRNEK HALLER

A. Genel Olarak

Dışlayıcı nitelikte kötüye kullanma uygulamaları doktrinde genel olarak yıkıcı fiyatlandırma, mal veya hizmet vermeyi reddetme ve diğer haller olacak şekilde sınıflandırmaya tabi tutularak incelenmektedir¹³. Hâkim Durum Kılavuzu'nda ise bu şekilde bir sınıflandırma yapılma yoluna gidilmemiştir. Söz konusu kılavuzda dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma davranışları sözleşme yapmayı reddetme, yıkıcı fiyatlama, fiyat/marj sıkıştırması, münhasırlık/tek marka anlaşmaları, bağlama ve indirim sistemleri şeklinde ele alınmıştır. Rekabet Kurulu'nun yapmış olduğu bu ayırım bizce de uygun bulunmuş ve tezimizin bu kısımda yapılacak olan incelemede temel oluşturmuştur.

B. Sözleşme Yapmayı Reddetme

1. Genel olarak

Rekabet hukuku uygulamasında esas olan bir teşebbüsün, iş yapacağı teşebbüsleri özgürce seçmesi, mülkiyetinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf etmesidir¹⁴. Ancak, bazı istisnai durumlarda hâkim durumda bulunan teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri rekabeti kısıtlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmekte ve bu teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğu

¹³ Jones, Sufrin, *a.g.e.*, s. 443; Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 34 vd.; Yiğit, *a.g.e.*, s. 142.

¹⁴ Literatürde "mal/ürün vermeyi reddetme" ile "sözleşme yapmayı reddetme" terimleri birbirinin yerine kullanılabilir. Biz, Hâkim Durum Kılavuzu'yla uyumlu olması açısından "sözleşme yapmayı reddetme" terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

getirilebilmektedir¹⁵ çünkü hâkim teşebbüsün rekabete zarar vermeme yönünde bir özel sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluğun bir sonucu olarak her koşulda olmasa dahi sözleşme yapmayı reddetme kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir.

Konu borçlar hukuku çerçevesinde ele alındığında, istisnai durumlar dışında, sözleşme yapmayı reddetmek sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal bir uzantısıdır ve bunun hukuka aykırı bir yönünün bulunduğunu söylemek güçtür¹⁶ çünkü kişiler, irade özerkliği ilkesi çerçevesinde sözleşme yapıp yapmamayı, sözleşmenin içeriğini, taraflarını belirlemek ve sözleşmeyi sona erdirmek konularında serbest bırakılmışlardır. Bu açıdan yaklaşıldığında, teşebbüslerin istemedikleri kimselere ürün vermekten kaçınmaları hatta bir süredir ürün vermekte oldukları müşterileriyle aralarındaki sözleşmeyi yenilemeyerek ve/veya kendilerine tanınmış fesih hakkını kullanarak tedariki durdurmalarında bir hukuka aykırılık yoktur¹⁷. Sözleşme yapmanın reddinin bazı durumlarda hâkim teşebbüsün ticari çıkarlarının bir gereği de olabileceği göz önünde bulundurulduğunda bunun hangi hallerde kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği önem arz etmektedir. Ancak borçlar hukukunda da kabul edilmekte olan, sözleşme özgürlüğünün somut olayda ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin MK 2. maddesi 2. fıkrasını ihlal etmesi durumunda, bu özgürlüğü sınırlayan idari tedbirlere başvurulabileceği gibi bazı durumlarda da sözleşme yapma mecburiyeti getirilebilecektir¹⁸. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması yoluyla hâkim teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi durumunda çok dikkatli olmak gerekmektedir. Nitekim hâkim durumdaki bir teşebbüse, sözleşme yapma yükümlülüğü yüklemek onun yeni yatırımlar yapma ve teknik gelişmeleri sağlama yönündeki isteğini azaltabilecek veya yaptıkları

¹⁵ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 35.

¹⁶ Akıntürk, *a.g.e.*, s. 53.

¹⁷ Sanlı, *a.g.e.*, s. 265.

¹⁸ Yargıtay, fiili tekel durumunda bulunan eczacı, fırıncı yahut lokantacı gibi meslek sahiplerinin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmalarının “hukuka, ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına” aykırı olması halinde sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olacağını belirtmektedir, Yarg. HGK. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740 (YKD, 2004/4, 493), Kocayusufoğlu, *a.g.e.*, s. 512; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 59.

yatırımların karşılığını alamamasına neden olabilecektir¹⁹. Aynı şekilde hâkim teşebbüse her durumda sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi, rakiplerin yatırım yapmayıp hâkim teşebbüsün sahip olduğu imkânlardan faydalanma yolunu seçmelerine neden olabilecektir. Dolayısıyla hâkim teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi her ne kadar piyasada faaliyet gösteren teşebbüs sayısının artmasına neden olması dolayısıyla kısa vadede tüketici yararına görünse de uzun vadede tüketicilerin zararına sonuçlar doğurabilmesi de mümkün olabilecektir²⁰.

Sözleşme yapmayı reddetme ne RKHK'da ne de TFEU'da açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte gerek uygulama gerekse doktrin sözleşme yapmayı reddetmeyi hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak kabul etmektedir²¹ çünkü sözleşme yapmayı reddetme mevzuatta açıkça olmasa bile dolaylı olarak düzenlenmiştir. RKHK 6/2 (a) bendinde söz edilen *“Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”* ile RKHK 6/2 (d) bendinde düzenlenmiş olan *“Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler”* ve son olarak RKHK 6/2 (e) bendinde yer alan *“Tüketicilerin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”* durumlarının sözleşme yapmayı reddetme davranışı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

2. Tanım

Sözleşme yapmayı reddetme şeklindeki kötüye kullanma davranışı RKHK ve TFEU'da açıkça düzenlenmemiş olduğu için kendi bünyelerinde kavramın ne anlama geldiğine ilişkin bir tanım da barındırmamaktadır. Fakat zaman içerisinde sözleşme yapmayı reddetmenin bir kötüye kullanma davranışı oluşturduğunun tespit edilmesiyle kavramın neyi ifade ettiğine ilişkin uygulama ve doktrinde tanımlar

¹⁹ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 36; 102. madde Kılavuzu, par. 75.

²⁰ Hâkim Durum Kılavuzu, par.36; 102. madde Kılavuzu, par. 75.

²¹ Bellamy, Child, a.g.e., s. 628; Whish, Bailey, a.g.e., s. 697; Sanlı, a.g.e., s. 265; Ulaş Kısa, a.g.e., s. 66; Yiğit, a.g.e., s. 163.

yapılmıştır. Doktrinde, sözleşme yapmayı reddetme hâkim durumdaki bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi yahut gayri maddi işletme unsurlarını başka teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına izin verilmemesi şeklinde tanımlanmaktadır²².

Rekabet Kurulu'nun çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu'nda kavramın bir tanımına yer verilmiştir. İlgili kılavuzda sözleşme yapmayı reddetme; *“Bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi”* şeklinde tanımlanmaktadır. Yeri gelmişken ifade etmek gerekli görülmektedir ki, bir işletmenin maddi unsurlarını mali nitelik taşıyan ve doğrudan paraya çevrilebilen işletme tesisatı ve işletme sermayesi oluştururken, gayri maddi unsurlarını fikri ve sınai mülkiyet hakları, kiracılık hakkı ve müşteri çevresi oluşturmaktadır.

Sözleşme yapmayı reddetme şeklinde nitelendirilebilecek olan davranışlar geniş bir yelpazede meydana gelmekte olduğu için somut olay kapsamında değişik görünümelerde ortaya çıkabilmektedir. Genel olarak *“sözleşmeye aykırılık bulunmaması şartı”*nı sağlamasına rağmen mal ve hizmet vermeyi reddetmek, bilgi vermeyi kesmek, zorunlu unsur niteliğindeki ürünlerden/altyapıdan yararlanma talebini reddetmek, fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak lisans vermeyi reddetmek, sözleşmenin kurulmasını sözleşmenin niteliğine yahut ticari teamüllere göre ek yükümlülüklerle bağlamak, sözleşme konusu ürünlerin tekrar satımına ilişkin şartları belirlemek, aşırı derecede yüksek ücret talep etmek gibi davranışların hepsi bu kapsamda değerlendirilebilir²³.

Sözleşme yapmayı reddetme davranışının kötüye kullanma şeklinde nitelendirilmesinin altında yatan esasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının aşılması yani bu ilkenin amacına uygun olarak kullanılmamasıdır. Hâkim teşebbüs bu ilkeden faydalanmak suretiyle rakiplerinin yahut müşterilerinin faaliyetlerini

²² Erdem, **Mal Vermeyi Reddetme**, Erişim Tarihi: 30.11.2014.

²³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 38; 102. madde Kılavuzu, par. 78, 79.

zorlaştırarak rekabeti bozmak ve hâkim konumunu daha da güçlendirmek amacını güdüyor olabilir²⁴.

Piyasada hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, sözleşme yapmayı reddetmesi rekabet karşıtı bir amaç taşıyor olabilir yahut rekabet karşıtı bir amaç olmasa bile bu yönde bir etki doğurabilir. Sözleşme yapmanın reddi, tüketicileri alternatif ürünlerden mahrum bırakmak suretiyle onların tercih haklarının sınırlanması sonucunu doğurma tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır²⁵. Dolayısıyla objektif olarak haklı nedene dayanmayan bu davranışın hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilecektir.

3. Sürekli Müşteri- Yeni Müşteri Ayrımı

Hâkim teşebbüsün uzun süredir müşterisi olan teşebbüsle yani sürekli müşterisi ile tesadüfi olarak müşteri sıfatını kazanan yeni bir teşebbüsle sözleşme yapmayı reddetmesi rekabet hukuku uygulamasında iki farklı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Hâkim teşebbüsün uzun süredir ticari ilişkide bulunduğu müşterisine objektif olarak haklı bir gerekçeye dayanmaksızın ürün vermeyi kesmesi kötüye kullanma davranışı olarak nitelendirilecektir²⁶. Fakat hâkim teşebbüsün sürekli bir ticari ilişki içerisinde bulunmadığı, yeni bir müşterisine ürün vermeyi reddetmesi kötüye kullanma davranışı olarak nitelendirilmeyebilir²⁷. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün kaynaklarının kısıtlı olduğu bir durumda bu iki müşteri grubu arasında bir tercih yoluna giderek sürekli müşterisini seçmesi ve yeni müşteriyle sözleşme yapmaması, objektif haklı bir nedene dayanmak suretiyle kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyecektir²⁸. Nitekim sürekli müşteri, bu durumun getirdiği güvene dayanarak bir takım planlar yapmış ve yatırımlarda bulunmuş olabilir. Bu müşteriye ürün arzının durdurulması yapılan yatırımların boşa çıkması sonucunu doğurarak

²⁴ Yiğit, a.g.e., s. 165.

²⁵ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 67.

²⁶ Yiğit, a.g.e., s. 165.

²⁷ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 72.

²⁸ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 72; Yiğit, a.g.e., s. 165.

müşterinin çok fazla zarar görmesine neden olabilir²⁹. Doğal olarak sürekli müşterinin ilişkinin devamlılığına olan güveninin korunması gerekmektedir³⁰. Nitekim bu husus borçlar hukukunda da kabul edilmektedir. Tarafların sözleşme ilişkisinin uzun yıllar devam edeceği konusunda karşı tarafta oluşturdukları haklı güvene karşı davranışları MK m. 2 kapsamında değerlendirilebilmektedir.

AB uygulamasında bu konuya ilişkin pek çok karar bulunmaktadır. Adalet Divanı, BP/Komisyon davasında ABG Oil Company'nin (AGB) BP'nin yeni bir müşterisi olması nedeniyle Komisyon'nun kararını iptal etmiştir³¹. Komisyon kararına konu olan olay ise şu şekildedir: Uluslararası bir şirket olan BP, ham petrolü rafinelerinde kullanarak motor spirit gibi petrol ürünleri imal edip satmaktadır. AGB, Hollanda'da faaliyet gösteren ulusal bir petrol şirkettir. BP ve AGB, motor spirite ilişkin 1968 yılından beri aralarında kurdukları sözleşmeyi AGB'nin isteği üzerine 1972 yılında sona erdirmişlerdir. Petrol üreten ülkelerin petrol üretimini sınırlamaları nedeniyle 1973 ve 1974 yıllarında yaşanan ham petrol krizi ambargo dolayısıyla Hollanda'yı çok fazla etkiler. AGB, kriz nedeniyle dünya piyasalarında ve Hollanda'da petrol bulamaz. AGB, BP ve diğer petrol şirketleriyle ilgili olarak yeterli motor spirit vermemeleri nedeniyle Komisyon'a şikayet başvurusunda bulunur. Komisyon, petrol krizi nedeniyle bütün petrol şirketlerinin düzenli müşterilerine mal temin etme sorunuyla karşı karşıya olduğunu belirtir ve fakat aynı zamanda petrol firmalarının müşterilerine mal satmak için yarışmak zorunda olmadıkları için aralarında rekabetin bulunmadığını ve dolayısıyla BP'nin müşterileri nezdinde hâkim durumda olduğu tespitini yapar. Akabinde Komisyon, BP'nin AGB'ye mal satmayı azaltmasının bu firmanın pazardaki varlığını tehlikeye soktuğunu ve hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün bütün müşterilerinin varlığını koruyacak miktarda dağıtım yapması gerektiğini belirttikten sonra BP'nin hâkim durumunu kötüye kullanmadığına karar kılmıştır. Adalet Divanı, 1972 yılının Kasım ayında sözleşmenin sona ermesinden itibaren AGB'nin BP karşısında sürekli müşteri değil yeni müşteri olduğunu ve bu nedenle BP'nin sürekli müşterisine

²⁹ Gül, *a.g.e.*, s. 122.

³⁰ Sürekli müşteri ile tesadüfi müşterinin birbiri yerine ikame edilebilmesi söz konusu değildir.

³¹ Case 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission of the European Communities, ECR, 1978, <http://eur-lex.europa.eu>.

davrandığından daha avantajsız şekilde diğer müşterilerine davranmakla hâkim durumunu kötüye kullandığı şeklinde bir suçlamaya maruz bırakılamayacağını belirtmiştir.

Hugin/Komisyon kararında sözleşme yapmanın reddi hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilmiştir³². Söz konusu kararda, Hugin markalı yazar kasaların Büyük Britanya'daki kiralama, satış ve tamirinden on iki yıl boyunca sorumlu olan Liptons'a karşı Hugin firmasının yazar kasa ve yedek parça satışının reddedilmesi söz konusudur. Hugin firması Büyük Britanya piyasasına bizzat kendisinin girmesi üzerine Liptons firmasıyla öncekinden daha dar bir alanda faaliyet göstermesini öngördüğü yeni bir sözleşme yapmak ister. Bu sözleşme kabul edilmeyince de Liptons'a ürün vermeyi durdurur. Komisyon, ilgili ürün piyasasını Hugin markalı yazar kasa yedek parçaları şeklinde belirlemiş ve Hugin'in ilgili piyasada hâkim teşebbüs olduğuna kanaat getirmiştir. Liptons'ın Hugin firmasının uzun süreden beri müşterisi olması nedeniyle önemli bir müşteri kitlesi edindiği ve kendisine yedek parça satılmasının reddetmesi durumunun piyasadaki silinmesine neden olacağı gerekçesiyle Hugin'in hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir³³.

4. Zorunlu Unsur Doktrini

Kaynağını Amerika Birleşik Devletleri rekabet hukukundan aldığı büyük oranda kabul edilen³⁴ zorunlu unsur doktrini³⁵ AB rekabet hukukunda TFEU'nun 102. maddesi kapsamında değerlendirilerek uygulamada Komisyon'un vermiş olduğu kararlarla benimsenmiş ve bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu doktrin,

³² Case 22/78 Hugin Kassaregister AB& Hugin Cash Registers Ltd. v Commission of the European Communities, ECR, 1979, <http://eur-lex.europa.eu>.

³³ Adalet Divanı, Komisyon'un ilgili pazar tespitini haklı bulmakla birlikte ülkelerarası ticaretin etkinliği şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle Komisyon'un kararını iptal etmiştir.

³⁴ Whish, Bailey, a.g.e., s. 701; Osman Berat Gürzumar, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Hakim Durumun Rakiplerle Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 113.

³⁵ İngilizcesi "essential facilities" olan kavram Türkçeye "olmazsa olmaz araçlar", "vazgeçilmez/esaslı unsurlar", "temel kaynak faaliyeti" gibi farklı şekillerde çevrili olarak kullanılmaktadır.

Ülkemiz mevzuatında bir hüküm bulunmamasına karşın Rekabet Kurulu'na da benimsenmiş ve kararlarında yer almıştır.

Genellikle RKHK'nın 6. maddesi kapsamında ele alınan bu doktrinin, ilgili hükmün (a) ve (d) bentleriyle ilişkili olduğu söylenebilecektir. Nitekim zorunlu unsura sahip olan hâkim teşebbüsün bu unsuru kullandırmayı reddetmesi (a) bendinde yer alan ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve (d) bendinde yer alan belirli bir piyasadaki hâkimiyetin doğurduğu avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler kapsamında değerlendirilebilir.

Zorunlu unsur, AB Komisyonu'na 1998 tarihli telekomünikasyon sektörüne ilişkin erişim duyurusunda: *“müşterilere ulaşmak yahut rakiplerin işlerini yapabilmesi için zorunlu olan ve aynı işlevi yerine getirecek bir benzerinin makul yollarla yaratılması da mümkün bulunmayan bir imkan veya altyapı”* şeklinde tanımlanmıřtır³⁶. Zorunlu unsur bir teşebbüsün bir piyasada faaliyet gösterebilmesi için mutlaka yararlanması gereken ürün yahut faaliyettir³⁷. Zorunlu unsur, bir piyasadaki faaliyetten yararlanmaksızın diğer bir piyasaya girilememesi durumunda söz konusu olacaktır. Yani daha çok alt ve üst piyasanın birbiriyle bağlantılı olduğu dikey piyasa yapılarının bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır.

Zorunlu unsur doktrini ise: *“Tekel sahibi bir teşebbüsün münhasıran kontrolü altında tuttuğu bir varlık ya da imkanın kullanılmasının belli bir pazarda faaliyet gösterebilmek için zorunlu olduğunun kabul edilmesi halinde, söz konusu teşebbüsün bu varlık ya da imkanı başka teşebbüslere (rakiplerine) de kullandırmaya hukuken zorlanabilmesinin şartlarını belirleyen bir hukuk kuramı”* olarak tanımlanabilmektedir³⁸. Bir başka deyişle, doktrin zorunlu unsura sahip olan hâkim teşebbüse, faaliyetlerini devam ettirebilmek için bu unsura ulaşmaktan başka çaresi

³⁶ Notice on the application of the competition rules to Access agreements in the telecommunications sector- framework, relevant markets and principles, OJ C 265, 22/08/1998 p. 0002 – 0028, <http://eur-lex.europa.eu>.

³⁷ Gül, a.g.e., s.

³⁸ Gürzumar, a.g.e., s. 72.

olmayan teşebbüslere, makul bir bedel karşılığında bu unsuru sağlama yönünde sözleşme yapma zorunluluğunu getirmektedir³⁹.

Yukarıda sözü edilen Komisyon duyurusunun 91. paragrafında zorunlu unsur doktrininin uygulanma koşulları da belirtilmiştir. Buna göre; “(a) *bahse konu unsura erişimin ilgili piyasada rekabet edebilmek için zorunlu olması*, (b) *erişime imkan sağlayacak derecede yeterli kapasitenin bulunması*, (c) *unsur sahibinin piyasadaki talebi karşılamada yetersiz kalması yahut mevcut piyasadaki rekabeti veya potansiyel olarak ortaya çıkabilecek olan piyasanın oluşumunu engelliyor olması*, (d) *erişime ulaşmak isteyen teşebbüsün makul ve ayrımcı olmayan bir bedel ödemeye ve diğer koşulları kabul etmeye hazır olması ve son olarak (e) erişim talebinin reddedilmesinin hiçbir objektif sebebinin olmaması*” koşullarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani bu şartlar altında yer alan bir talebin hâkim teşebbüs tarafından reddedilmesi kötüye kullanma olarak nitelendirilecektir.

Bu doktrin uyarınca, zorunlu unsura sahip olan hâkim teşebbüs, rakiplerinin buna ulaşım talebini reddetmenin ötesinde bu talebe, kendi yavru ortaklarına yahut işbirliği içinde olduğu ve dolayısıyla kendisine rakip olarak görmediği diğer teşebbüslerden talep ettiğinden daha ağır şartlarla cevap veremez⁴⁰.

Zorunlu unsur, genellikle doğal tekel yahut regülasyona tabi olan sektörlerde söz konusu olmaktadır⁴¹. Zorunlu unsura sahip olma daha öncesinde devletin bizzat işlettiği fakat sonrasında özelleştirme yoluyla özel kesimin işletmesine bırakılan sektörlerde görülmektedir⁴² çünkü enerji, telekomünikasyon, taşıma gibi şebeke (ağ) endüstrilerinde bir yanda şebekenin (üst piyasa) diğer yanda ise bu şebekeden yararlanılarak sunulan hizmetlerin (alt piyasa) bulunduğu iki farklı faaliyet alanı söz konusu olduğu için alt piyasada rekabet edebilmek için üst piyasadaki şebekeden

³⁹ Ulaş Kısa, **a.g.e.**, s. 83; görüldüğü gibi RKHK’nın 6. maddesi sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁰ Ulaş Kısa, **a.g.e.**, s. 84.

⁴¹ Pelin Güven, “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, **Perşembe Konferansları 19**, Ankara, 2004, s. 22.

⁴² John Temple Lang, “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 18, Issue 2, 1994, p. 439-523, s. 441.

faydalanmak zorunludur. Böylece zorunlu unsura sahip olan teşebbüs alt piyasadaki teşebbüslerin piyasaya girmesine veya piyasadaki faaliyetlerini devam ettirmesine engel olma imkânına sahip durumdadır. Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki, çoğunlukla rekabete açılması amacıyla özel kesime devredilmiş olan bu sektörlerin, şebeke sahibi hâkim teşebbüsün haklı gerekçeler söz konusu olmaksızın, diğer teşebbüslerin faydalanmasını engellemesi durumunda ilgili sektörün rekabete açıldığından söz edilmesi de mümkün olmayacaktır⁴³.

Zorunlu unsuru elinde bulunduran teşebbüs, üst piyasada hem zorunlu unsura sahip olabilir hem de alt piyasada bu unsuru kullanarak faaliyette bulunabilir. Bu durumda üst piyasada hâkim durumda bulunmak kötüye kullanma için yeterli olacaktır. Ancak bu durumun tam tersi de mümkün olabilir. Yani alt piyasada sahip olunan hâkim durum, üst piyasada kötüye kullanılabilir⁴⁴. Örneğin, elektrik dağıtımında hâkim durumda olan bir teşebbüs, elektrik üretimi piyasasında faaliyette bulunan teşebbüslere, sahip olduğu teknik yapıyı kullandırmayarak hâkim durumunu kötüye kullanabilir.

AB uygulamasında zorunlu unsur doktrinine ilişkin olarak verilen ilk kararlar B&I plc, Sealink Harbours/Komisyon⁴⁵ ve Sea Containers, Stena Sealink/Komisyon⁴⁶ kararlarıdır. Bu kararlara konu olan olaylar, Galler'de bulunan Holyhead Limanı ile İrlanda'da bulunan Dublin ve Dun Laoghaire Limanları arasındaki deniz yolu taşımacılığına ilişkindir. İrlanda ile Britanya arasındaki taşıma trafiğinin %50'sinin gerçekleştiği ve merkez koridor rotası adı verilen bu rota önemli bir bağlantı alanıdır. Holyhead Limanı'nın bir özelliği ise giriş kanalının dar olması sebebiyle limana giriş ve çıkış esnasında diğer gemilerin hazırlık işlemlerine ara vermesinin zorunlu olmasıdır. Bu kararlardan ilkinde konu olan olayda, Stena-Line Holding, kendisine ait olan Sealink Harbours şirketi aracılığıyla Holyhead Limanı'nı

⁴³ Lang, Legitimate Competition, s. 484.

⁴⁴ Güven, a.g.m., s. 23.

⁴⁵ Bu karar OJ'de yayınlanmamıştır. Komisyon'un 1992 senesinde yayımladığı Rekabet Politikası Raporu'nda bulunmaktadır. Bkz. (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34174/34174_2_2.pdf, Erişim Tarihi: 15.10.2014.

⁴⁶ 94/19/EC: Commission Decision of 21 December 1993 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC Treaty (IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink - Interim measures), <http://www.eur-lex.europa.eu>.

işletirken diğer şirketi olan Sealink Stena Line ile de bu limandan İrlanda'ya feribot seferleri düzenlemektedir. Bu limanda taşıma faaliyetinde bulunan bir diğer şirket ise B&I'dır. Sealink Harbours Stena Line'ın limana giriş çıkış saatlerini, B&I'nın hazırlık işlemlerinin daha sık durdurulmasına neden olacak şekilde yeniden düzenlemiştir. B&I, kendisini rekabette dezavantajlı konuma getiren bu durumu Komisyon'a taşır. Komisyon dikey bütünlük oluşturan Sealink'in hâkim durumda bulunan bir liman işletmecisi olarak, taşımacılığa ilişkin kendi lehine ayrımcılık yapamayacağını belirtmiş ve zorunlu unsura ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Komisyon'a göre *“Zorunlu unsurun sahibi olup da bir piyasada sahip olduğu gücünü bu piyasayla bağlantılı başka bir piyasadaki durumunu güçlendirecek şekilde kullanan- özellikle de bu bağlantılı piyasaya bir rakibin girmesini kendi faaliyetlerine uyguladığı koşullardan daha elverişsiz koşullara tabi tutan- bir teşebbüs rakibini haklı görülebilir nesnel bir neden olmaksızın rekabette dezavantajlı konuma sokmakla TFEU 102. maddeyi ihlal etmiş olur.”*

İkinci karara konu olan olayda ise Sealink, Holyhead Limanı'ndan İrlanda'ya hızlı feribot seferleri düzenlemek isteyen Sea Containers firmasıyla kuracağı sözleşmede giriş çıkış saatleri ve hazırlık işlemlerine ilişkin elverişsiz şartlar öne sürmüştür. Bu elverişsiz şartları kabul etmeyen Sea Containers geçici tedbir istemiyle Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon, Sealink'in Galler ve İrlanda arasındaki deniz yolu taşımacılığı için gerekli olan liman hizmetleri bakımından hâkim durumda olduğunu tespit etmiş ve Sea Containers'ın yeni bir liman inşa etmesinin iktisadi ve fiziksel bakımdan gerçekçi bir alternatif olmayacağını bu nedenle söz konusu davranışın TFEU'nun 102. maddesine aykırılık oluşturacağını belirtmiştir. İkinci kararda, ilkinden farklı olarak mevcut bir rakibin faaliyetlerinin zorlaştırılması değil piyasaya yeni girecek olan bir rakibin engellenmesi söz konusudur. Komisyon ilk kararındaki zorunlu unsura ilişkin olarak yapmış olduğu açıklamaları bu kararında da tekrar etmiştir.

Türk rekabet hukukunda zorunlu unsur doktrinine ilişkin olarak, her ne kadar kavram açıkça zikredilmemiş de olsa, pek çok karar bulunmaktadır. Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlardan birisi Türk

Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ)'ye ilişkin olarak vermiş olduğu karardır⁴⁷. Karara konu olan olayda, TTAŞ'nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapı piyasasındaki hâkim durumunu, bu piyasa ve internet erişim hizmetleri piyasasında kötüye kullandığı iddia edilmektedir. Kurul konuya ilişkin ihlal kararını verirken, zorunlu unsur doktrinin uygulanmasına ilişkin şartlarını şu şekilde belirlemiştir:

"1. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekелci teşebbüs tarafından kontrolü,

2. (Giriş yapmak isteyen) bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/altyapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkânsız olması,

3. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,

4. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması" şeklindedir. Bu koşullar zorunlu unsura ilişkin sözleşme yapma zorunluluğunun doğması için gerekli olan ilk aşamayı oluşturmaktadır.

İkinci aşamada ise zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüse karşı objektif ve makul gerekçeler öne sürülmemiş olması koşulunun sağlanması gerekmektedir. Objektif ve makul gerekçelere teknik ve fiziki imkânsızlıklar, kapasite yetersizliği, etkinlik savunmaları gibi çeşitli örnekler verilebilir⁴⁸. Bu gerekçeleri esasında geniş olarak düşünmek gerekmektedir. Yani zorunlu unsura sahip teşebbüsün, talebi kabul etmesine rağmen sözleşmede kabul edilemeyecek teknik kısıtlamalar getirmesi, aşırı yüksek fiyat belirlemesi, unsurun temini geciktirmesi gibi durumlarda da zorunlu unsur talebinin reddedildiği kabul edilmelidir⁴⁹.

⁴⁷ Danıştay tarafından iptal kararının verilmesi üzerine tekrardan ele alınan bu kararda zorunlu unsura ilişkin değerlendirmelerde bir değişiklik olmamıştır, Karar Sayısı: 02-60/755-305, Karar Tarihi: 02.10.2002, www.rekabet.gov.tr.

⁴⁸ Güven, **a.g.m.**, s. 21; Yiğit, **a.g.e.**, s. 257.

⁴⁹ Güven, **a.g.m.**, s. 21.

5. İhlalin Tespiti Koşulları

Rekabet Kurulu çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu'nda, 102. madde Kılavuzu'ndaki yaklaşıma paralel şekilde, sözleşme yapmayı reddetmenin ihlal olarak tespit edilebilmesi için üç koşulun bir arada bulunmasını aramaktadır. Bu koşullar; (1) reddetmenin alt piyasada rekabet edebilmek için vazgeçilmez bir ürüne ilişkin olması, (2) reddetmenin alt piyasada etkin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması ve (3) reddetmenin tüketici zararına yol açmasının muhtemel olmasıdır.

Fakat belirtmek gerekmektedir ki kötüye kullanmaya ilişkin tüm bu koşulların sağlanması durumunda dahi, hâkim teşebbüs tarafından sözleşme yapmayı reddetme davranışının objektif bir gerekçesi bulunabilir. Böyle bir durumda ise kötüye kullanmanın varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

a) Vazgeçilmezlik Koşulu

Vazgeçilmezlik koşulu, kendisi ile sözleşme yapılmayan teşebbüsün alt piyasada etkin bir şekilde faaliyette bulunabilmesi için sözleşme konusu unsura nesnel olarak ihtiyacı olması anlamına gelmektedir. Faaliyet için gerekli olan unsurun vazgeçilmez olması, hâkim teşebbüsün dışında mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması durumunda söz konusu olmaktadır.

Rekabet Kurulu, bu koşula ilişkin karar verirken hâkim teşebbüsün rakiplerinin öngörülebilir bir gelecekte sözleşme konusu unsuru etkin bir şekilde tekrar oluşturup oluşturamayacaklarını değerlendirmektedir. Her bir dosya bakımından ayrı bir değerlendirme yapan Kurul, genel olarak sözleşme konusu unsurun doğal tekelin bir sonucu olması, şebeke etkilerinin söz konusu olması veya tek kaynaktan temin edilebilecek bir bilgi olması durumlarında unsurun rakipler tarafından tekrar oluşturulmasının olanaksız olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Kurul, Paşabahçe kararında ürünün vazgeçilmezliği yani objektif olarak gerekli olması kriterine ilişkin olarak açıklamalarda bulunmuştur⁵⁰. Dosya konusunu

⁵⁰ Karar Sayısı: 10-57/1155-439, Karar Tarihi: 02.09.2010, www.rekabet.gov.tr.

oluşturan olay Paşabahçe Cam. San. ve Tic. A.Ş.'nin uzun süredir bayisi olan MSD Zücadeye Elektronik Gıda San. Tic. Ltd. Şti.'ye ürün vermeyi kesmesidir. Kurul objektif olarak gerekli olma kriterini değerlendirirken rakiplerin görülebilir bir zaman aralığında sunumu reddedilen girdinin benzerini elde edip edemeyeceğini göz önünde bulundurduğunu belirtmiştir. Ardından vazgeçilmezlik kriterinin, hem süregelen bir ürün teminin sonlandırılması hem de yeni bir ürün verme sözleşmesinin reddi (de novo mal reddi) sonucu ortaya çıkan sözleşme yapmayı reddetme durumlarının ikisine de uygulanabilir nitelikte olduğunu belirtmiştir. Fakat süregelen bir ürün teminin sonlandırılması durumunun de novo ürün verme durumuna göre kötüye kullanma şeklinde nitelendirilmesi olasılığının daha yüksek olduğunu da ifade etmiştir. Buna gerekçe olarak, ürünü talep eden teşebbüse hâkim teşebbüsün daha önceden ürün temin etmiş olması ve sonrasında ise ürünü talep eden teşebbüsün buna ilişkin özel yatırımlar yapmış olmasının ürünün gerekliliğine dair bir gösterge oluşturacağı örneğini vermiştir. Bu kararda, MSD Zücadeye'nin faaliyetine devam edebilmesinde Paşabahçe'den talep edilen ürünün objektif olarak gerekli olma kriterini taşıdığı sonucuna ulaşamamıştır. Nitekim MSD Zücadeye'nin teminini yaptığı ürünlerin içerisinde Paşabahçe'nin büyük yer kaplamaması ve ilgili ürüne ilişkin başvurabileceği alternatif güvenilir temin kaynaklarının mevcut olması bu sonuca ulaşılmasında etkili olmuştur.

Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bir diğer kararda ise vazgeçilmezlik unsurunun standardının ne kadar yüksek tutulduğu gözler önüne serilmiştir. Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'nin Kocaeli'nde bulunan Eskihisar ve Topçular iskelelerinden faydalanmak isteyen teşebbüsün talebini reddetmesinin konu edildiği bu kararda, Kurul vazgeçilmezlik şartına ilişkin kriterleri tek tek saymış ve değerlendirmesini yapmıştır⁵¹. Bu kriterler; (1) unsurun benzerinin kopya edilmesinin imkânsız veya fiziki, hukuki nedenlerle aşırı derecede zor olması, (2) yeniden üretme maliyetinin caydırıcı olması, (3) unsurun benzerini üretmenin sadece talep eden teşebbüs için değil diğer teşebbüsler için de zor olması ve (4) unsurun rekabet için hayati öneme sahip olması şeklinde sıralanmıştır. Ardından yapılan değerlendirmede ise iskelenin yeniden yapılmasının hukuki ve ekonomik olarak

⁵¹ Karar Sayısı: 03-03/25-07, Karar Tarihi: 09.01.2003, www.rekabet.gov.tr.

imkânsız olmaması sonucuna ulaşılmış ve Türkiye Denizcilik İşletmeler A.Ş.'nin hâkim durumunu kötüye kullanmadığına karar verilmiştir.

b) Alt Piyasadaki Rekabetin Ortadan Kalkması

Rekabet Kurulu, hâkim teşebbüs tarafından redde konu edilen unsurun vazgeçilmezlik koşulunu sağlandığını tespit ettikten sonra, sözleşme yapmayı reddin hemen ya da zaman içinde alt piyasadaki etkin rekabetin ortadan kalkmasına yol açması ihtimalinin olup olmadığını değerlendirmektedir⁵². Bu şartın gerçekleşmesi için, redde konu olan ürünü hâkim teşebbüsten temin edemeyen teşebbüsün, bu yoksunluğa bağlı olarak faaliyetlerinin önemli derecede aksaması hatta son bulması nedeniyle, alt piyasadaki rekabetin önceki duruma kıyasla önemli derecede azalıyor olması gerekmektedir⁵³.

Hâkim Durum Kılavuzu'nda belirtildiği üzere, eğer hâkim teşebbüsün alt piyasadaki payı yüksek ise sözleşme yapmayı reddetme sonucunda alt piyasadaki etkin rekabetin ortadan kalkması olasılığı bir o kadar yüksektir. Hâkim teşebbüsün alt piyasadaki rakiplerine nazaran daha az kapasite kısıtının bulunması ve arzını yaptığı ürünlerin rakiplerinin ürünlerine yakın ikame olması durumunda ise etkin rekabetin ortadan kalkması olasılığı çok daha yüksek olmaktadır. Dolayısıyla, bazı durumlarda bir tek teşebbüse mal temininin kesilmesi rekabet üzerinde belirgin bir şekilde olumsuz etkiye neden olabilecekken, bazı durumlarda bu etki önemsizmeyecek derecede küçük olabilecektir⁵⁴. Örneğin alt piyasada çok sayıda teşebbüsün faaliyet göstermekte olduğu bir durumda, bir veya birkaç teşebbüse ürün temininin kesilmesi alt piyasadaki rekabetin üzerinde dikkate değer olumsuz bir etki yaratmayabilecektir⁵⁵.

Rekabet Kurulu dikey bütünleşik olma durumunu bu koşul kapsamında özellikle incelemelerine dahil etmektedir. Nitekim Aurubis Bulgaria Ad'ye ilişkin

⁵² Hâkim Durum Kılavuzu, par. 43.

⁵³ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 90.

⁵⁴ Karar Sayısı: 10-57/1155-439, Karar Tarihi: 02.09.2010, www.rekabet.gov.tr.

⁵⁵ Karar Sayısı: 10-57/1155-439, Karar Tarihi: 02.09.2010, www.rekabet.gov.tr.

vermiş olduğu kararında sözleşme yapmanın reddinin kötüye kullanma olarak sayılabilmesi için sağlayıcı konumundaki teşebbüsün aynı zamanda alt piyasada faaliyette bulunması gerektiğini belirtmiştir⁵⁶. Karara konu olayı Sülfürik asit piyasasında hâkim durumda bulunduğu ileri sürülen Aurubis Bulgaria Ad'nin Dostel Alüminyum Sülfat San. A.Ş.'yi piyasadan çıkarmaya yönelik olarak mal vermeyi reddetmek ve ayrımcı uygulamalar yapmak suretiyle RKHK'yı ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır. Bu kararda, Aurubis'in sülfürik asit ürününü müşterilerine vermeyi reddetmesi suretiyle ana maddesi sülfürik asit olan alüminyum sülfat piyasasındaki rekabeti kısıtladığı iddia edilmiştir. Kurul, kararında hâkim bir teşebbüsün ürün arz ettiği alt piyasada sergileyebileceği ürün vermeyi reddetme davranışının anlamlı olabilmesi için kendisinin de alt piyasada faaliyette bulunması gerektiği gibi bir özel koşulun gerekli olduğunu ifade etmiş, Aurubis Bulgaria'nın bu koşulu taşıyor olması nedeniyle ihlalde bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kanımızca Rekabet Kurulu'nun hâkim teşebbüsün alt piyasada faaliyette bulunması gerektiği şeklindeki bir özel koşulun araması yerinde değildir. Fiyat/marj sıkıştırması⁵⁷ şeklinde ortaya çıkan kötüye kullanma halinden farklı olarak sözleşme yapmayı reddetme halinde bu şekilde özel bir koşulun aranmasına gerek bulunmamaktadır.

c) Tüketici Zararı

Rekabet Kurulu vazgeçilmezlik ve alt piyasadaki etkin rekabetin ortadan kalkması koşullarını inceledikten sonra tüketicinin bu durumdan zarar görme ihtimalinin olup olmadığını araştırmaktadır.

Tüketiciler bakımından sözleşme yapmayı reddetmenin bir zarara yol açmasının olası olup olmadığının değerlendirilmesi aşamasında, ilgili piyasadaki olumsuz sonuçların sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi sonrasında oluşabilecek olumsuz sonuçlardan daha fazla olup olmayacağı incelenmektedir⁵⁸. Bu çerçevede bir zararın ortaya çıkabilmesi için hâkim teşebbüsten ürün temin edemeyen

⁵⁶ Karar Sayısı: 13-15/224-109, Karar Tarihi: 19.03.2013, www.rekabet.gov.tr.

⁵⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, III, D.

⁵⁸ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 47.

teşebbüslerin alt piyasada yenilikçi ürünler sunması imkânının ortadan kalkması gerekli olmaktadır⁵⁹. Bu durum özellikle de sözleşme yapma talebinde bulunan rakip teşebbüsün, hâkim teşebbüsün üretmiş olduğu ürünlerle sınırlı kalmayıp potansiyel talebin olduğu yenilikçi ürünler sunma amacını taşıdığı veya teknolojik gelişmeye katkı sağlamasının olası olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır⁶⁰.

Hâkim Durum Kılavuzu'nda Kurul'un, tüketici zararının değerlendirilmesinde, hâkim teşebbüsün sözleşmeyi reddetmesi sonucunda, alt piyasada normal rekabet koşulunda elde edeceği kârdan daha fazlasını elde etmesinin olası olup olmadığı durumuna ayrıca dikkat ettiği ifade edilmektedir.

Rekabet Kurulu Form Group'a ilişkin vermiş olduğu kararında, tüketici refahına ilişkin bir açıklama yapmıştır⁶¹. Her ne kadar ihlal kararı verilmemiş olsa da bu karar ifade etmiş olduğu prensipler nedeniyle dikkatimizi çekmiştir. İlgili kararda Form Group hâkim durumda bulunduğu dağıtım piyasasının dışında teknik servis hizmeti piyasasında da faaliyette bulunmaktadır. Dosya konusunu ise Form Group'un teknik servis hizmeti piyasasında bulunan başka bir firmaya yedek malzeme sağlamayarak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası oluşturmaktadır. Kurul tüketici refahına ilişkin olarak şunları ifade etmiştir: *“Rekabet hukuku içtiğinde mal vermeyi reddetme eylemi alt pazarda rakiplerin faaliyetlerinin sona ermesine yol açıyorsa ya da böyle bir riski barındırıyorsa, söz konusu eylemin tüketici refahında net bir zarar ortaya çıkaracağı ve dolayısıyla rekabetin kısıtlandığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, rakibin pazar dışına itilmesi riski/tehdidi mal vermeyi reddetme eyleminin ihlal olarak kabul edilmesi için gerekli bir şart olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, taraflar arasında her türlü anlaşmazlık, dışlama tehdidi olarak algılanmamakta, mal vermeyi reddetme eyleminin alt pazarda rakibi pazar dışına çıkarıp çıkarmayacağının detaylı bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir.”*

⁵⁹ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 92.

⁶⁰ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 47.

⁶¹ Karar Sayısı: 10-29/446-169, Karar Tarihi: 06.10.2005, www.rekabet.gov.tr.

C. Yıkıcı Fiyatlama

1. Genel Olarak

Hâkim teşebbüsler, arz ettikleri ürünlerin fiyatlarını bağımsız olarak belirleyebilmeleri nedeniyle yıkıcı fiyat uygulayabilecek piyasa gücüne sahiptir⁶². Sahip oldukları bu güçleri nedeniyle hâkim teşebbüslere rekabeti bozmama yönünde bir özel sorumluluk yüklenmiştir. Dolayısıyla, hâkim teşebbüslerin bulunduğu piyasalarda zaten zayıflamış olan rekabetin korunmasını engelleyen yıkıcı fiyat uygulaması gibi uygulamaların rekabet hukukunca yasaklanması gerektiği çoğunlukla kabul edilmektedir. Buna karşılık, yıkıcı fiyat uygulamasının hâkim teşebbüs için rasyonel olup olmadığı iktisatçılar arasında tartışılmaktadır. Bazı iktisatçılar yıkıcı fiyat uygulamasının mümkün ve rasyonel olduğunu belirtirken, bazıları da yıkıcı fiyat uygulamasının ancak ender olarak başvurulabilecek bir yöntem olduğunu belirtmektedir⁶³. Bunun nedeni yıkıcı fiyat uygulamasının rasyonel olabilmesi için hâkim teşebbüsün uğramış olduğu zararları giderebilme imkânına sahip olması yani başka bir piyasadan sağlayabileceği mali imkânlarının bulunması, piyasaya yüksek giriş engellerinin olması, piyasadaki bilgi akışının eksik olması gibi koşulların bir araya gelmesinin gerekli olmasıdır⁶⁴. Giriş engellerinin bulunmadığı bir piyasada uygulanan yıkıcı fiyattan sonra zararını kapatmak isteyen hâkim teşebbüs fiyatlarını rekabetçi seviyenin çok daha üzerine çektiğinde potansiyel rakipleri de piyasaya çekmiş olacaktır⁶⁵. Dolayısıyla, giriş engellerinin bulunmadığı bir piyasada hâkim teşebbüs devamlı olarak bir fiyat indirimi yapmak zorunda kalacağı için yıkıcı fiyat uygulaması mantıklı olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, ne RKHK ne de TFEU'da hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilen örnek davranışlar arasında yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Fakat adı geçen mevzuatlarda kötüye kullanmaya ilişkin sayılmış olan örnekler sınırlayıcı olmaması dolayısıyla

⁶² Sevilay Uzunallı, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", *Rekabet Dergisi*, 2010, 11(4), s. 61.

⁶³ Richard A. Posner, *Antitrust Law An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago& London, 1976, s. 186; Jones, Sufrin, *a.g.e.*, s. 444.

⁶⁴ OECD, "Predatory Pricing", 1989, s.13, www.oecd.org.

⁶⁵ Sanlı, *a.g.e.*, s. 296.

kötüye kullanma teşkil eden herhangi bir davranışın hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edileceği söylenebilecektir⁶⁶. Bununla birlikte TFEU 102/2 (a) bendinde yer alan doğrudan veya dolaylı olarak adil olmayan alış ve satış fiyatlarının veya diğer ticari koşulların dayatılması hükmünün yıkıcı fiyat uygulamasını kapsamına aldığı söylenebilir. Nitekim RKHK 6/2 (a) bendinde ifade edilen, ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerin yıkıcı fiyatları kapsadığı doktrin tarafından da kabul edilmektedir⁶⁷.

2. Tanım

Hâkim Durum Kılavuzu'nda bir kötüye kullanma şekli olarak kabul edilmiş olan yıkıcı fiyat: *“hâkim durumdaki bir teşebbüsün piyasa gücünü korumak veya potansiyel rakiplerden birini veya daha fazlasını piyasa dışına çıkarmak, disipline etmek ya da diğer biçimlerle rakibin rekabetçi davranışını engellemek için kısa vadede maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi göze aldığı (feragatte bulunduğu) rekabet karşıtı bir fiyatlama stratejisidir”* şeklinde tanımlanmaktadır. Yani yıkıcı fiyat uygulaması, piyasadaki iktisadi gücünü korumak ya da bu gücü arttırmak amacıyla, verimlilik esasına dayanmayan, rakipleri piyasanın dışına itmek veya potansiyel rakiplerin piyasaya girmesini engellemek amacıyla hâkim teşebbüs tarafından sergilenen bir davranıştır⁶⁸. Bu yöntemle hâkim teşebbüs ilgili piyasadaki rakiplerini dışlayarak rekabeti ortadan kaldıracak sonrasında ise düşük fiyat uygularken uğradığı zararı karşılayabilecektir⁶⁹.

Esasında kısa vadede tüketicinin yararına bir durum olan düşük fiyatlar, uzun vadede hâkim teşebbüsün zararlarını karşılamak amacıyla fiyatları yükseltmesiyle⁷⁰ tüketicinin refahını düşürücü bir sonuç doğuracaktır. Nitekim piyasadaki rekabetin

⁶⁶ Tekinalp, Tekinalp, **a.g.e.**, s. 451; Sanlı, **a.g.e.**, s. 297; Ulaş Kısa, **a.g.e.**, s. 39; Yiğit, **a.g.e.**, s. 147.

⁶⁷ Aslan, **a.g.e.**, s. 471; Yiğit, **a.g.e.**, s. 147.

⁶⁸ Ulaş Kısa, **a.g.e.**, s. 34.

⁶⁹ Jones, Sufrin, **a.g.e.**, s. 443.

⁷⁰ Yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle rakiplerin etkisiz hale getirilmesinin ardından fiyatları tekrardan yükselterek katlanılmış olan zararları kapatıp üzerine ekstra kâr edebilme rekabet hukuku literatüründe hasat olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Kara, **a.g.e.**, s. 5; Öztunalı, **Hâkim Durum**, s. 102.

dışlanmasıyla, tüketicinin seçim özgürlüğü kısıtlanacak ve ürün kalitesinin düşmesi gibi durumlar ortaya çıkabilecektir⁷¹. Bu nedenle yıkıcı fiyat uygulamasının, adil rekabete dayalı ve serbest rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması gerekmektedir. Aksi takdirde, hâkim teşebbüsün rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinin yasaklanmaması gerekirken hatalı bir şekilde yasaklanması durumu söz konusu olur. Zira hâkim teşebbüs, sırf piyasadaki rakiplerini dışlamak amacıyla değil, elde kalan stokların eritilmesi, piyasadaki daralan talebin canlandırılması, başka bir rakibin fiyat indirimine cevap verilmesi, yeni ürünün tanıtılması gibi farklı amaçlarla da fiyat düşürme yoluna gidebilir⁷². Bu nedenle bir fiyat uygulamasının yıkıcı mı yoksa rekabetçi mi olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

Yeri gelmişken belirtilmesi gereken bir husus da yıkıcı fiyatların dışlayıcılık özelliğinin piyasadaki etkin olan rakipleri dikkate alacağıdır. Yıkıcı fiyatlama sonucunda ekonomik olarak etkin olmayan teşebbüslerin piyasa dışına itilmesi esasında rekabetin gereği olduğu için, rekabet otoriteleri buna müdahale etmez⁷³. Yıkıcı fiyat uygulamasının dışlayıcılık şeklindeki sonucunun değerlendirilmesinde en az hâkim teşebbüs gibi ekonomik olarak etkin faaliyette bulunan rakiplerin göz önüne alınması gerekir⁷⁴.

3. Tespit edilmesi

Yıkıcı fiyat uygulamasının tespit edilmesi ve yaptırıma bağlanması rekabet hukukunda hassas bir konudur. Konuya rekabet teorisi açısından yaklaşıldığında piyasadaki fiyatların düşmesi kısa vadede potansiyel rekabetin bir sonucu ve rekabetten beklenen bir sonuçtur. Bununla birlikte yıkıcı fiyatların uzun vadede potansiyel rekabeti ortadan kaldırması ve mevcut rekabeti dışlaması rekabet teorisi açısından istenen bir sonuç değildir⁷⁵.

⁷¹ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 50.

⁷² Sanlı, a.g.e., s. 264.

⁷³ Yiğit, a.g.e., s. 144.

⁷⁴ Jones, Sufin, a.g.e., s. 443; Hâkim Durum Kılavuzu, par. 53.

⁷⁵ Sanlı, a.g.e., s. 296.

Yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde maliyet bazlı analizler yapılmaktadır. Fakat en basit şekliyle hâkim teşebbüsün ürününü sattığı fiyatın maliyetinden düşük olduğu durumda yıkıcı fiyatın olduğu söylenebilecektir⁷⁶.

Rekabet Kurulu birden çok maliyeti dikkate alarak ve sektörlerin özelliğine uygun olan maliyet analizleri yapmaktadır. Areeda-Turner Testinde olduğu gibi kısa dönem maliyetlerine⁷⁷ dayanan yaklaşımın yanında Posner'in uygunluğunu savunduğu uzun dönem maliyetlerine⁷⁸ dayanan yaklaşımı da kullanmaktadır.

Kurula göre Areeda-Turner Testinde olduğu gibi, ortalama değişken maliyetin (ODM) altındaki fiyatlar yıkıcı, bunun üzerindeki fiyatlar ise makul olarak değerlendirilmelidir⁷⁹. Ortalama toplam maliyete⁸⁰ (OTM) eşit ve bunun üzerindeki fiyatlar ise rekabetçi kabul edilmektedir. ODM'nin üzerinde olup OTM'nin altında olan fiyatların yıkıcı olduğundan söz edilebilmesi içinse teşebbüsün amacının tespit edilmesi gerektiği Kurul tarafından ifade edilmektedir.

AB Komisyonu ve Rekabet Kurulu, son dönemde hâkim teşebbüsün aslında kaçınılabilecek olmasına karşın zarar etmiş olmasının tespitinde ortalama kaçınılabılır (sakınılabılır) maliyet ölçütünü kullanmaya başlamıştır⁸¹. Kaçınılabılır maliyet, bir ekonomik faaliyetin yerine getirilmemesi halinde oluşmayacak olan maliyeti ifade ederken, OKM bu maliyetin her bir ünite için olan değerini ifade eder⁸². OKM teşebbüsün belli bir mal miktarını üretmeyerek kaçınabileceği toplam maliyetin üretilmeyen toplam miktara bölünmesiyle elde edilir. Kaçınılabılır maliyetler değişken maliyetler ve ürüne özel sabit fakat batık olmayan maliyetler

⁷⁶ Aslan, a.g.e., s. 511.

⁷⁷ Hâkim Durum Kılavuzu par. 52 ve 53.

⁷⁸ Hâkim Durum Kılavuzu par. 54.

⁷⁹ Karar Sayısı: 09-59/1441-376, Karar Tarihi: 16.12.2009, www.rekabet.gov.tr. Ortalama değişken maliyet, toplam değişken maliyetin üretim miktarına bölünmesi sonucu elde edilir. Değişken maliyetler üretim miktarına bağlı olarak değişen maliyetlerdir. Örneğin ham madde, enerji tüketimi, vasıtasız işçilik.

⁸⁰ Ortalama değişken maliyet ile ortalama sabit maliyet toplamında elde edilir. Sabit maliyetler, kısa vadede üretimin artması yahut azalmasından etkilenmeyen maliyetlerdir. Örneğin bina, teçhizat, makina.

⁸¹ 102. madde Kılavuzu, par. 26; Hâkim Durum Kılavuzu, par. 52.

⁸² Jones, Sufrin, a.g.e., s. 445.

olarak tanımlanmaktadır⁸³. Yani OKM, bir teşebbüsün belirli miktardaki çıktıyı üretmemesi durumunda katlanmak zorunda kalmayacağı veya tasarruf edebileceği maliyetlerdir. Bunun hesaplanmasında üretim ile ilgili olarak doğrudan ilişkili olan sabit ve değişken maliyetlerin toplamı dikkate alınır ve teşebbüsün üretim için katlanmış olduğu tüm maliyetler hesaplanır⁸⁴. Esasında değişken maliyetlerden kaçınmak kısa vadede mümkün olduğu için çoğu durumda OKM ve ortalama değişken maliyet aynı şeyi ifade eder. Yalnız hâkim teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulamasını gerçekleştirebilmesi için ek kapasite yatırımı yapmasının gerekmesi gibi bir durum söz konusu olduğunda sabit maliyetler de toplam maliyet hesabında dikkate alınacağı için OKM ortalama değişken maliyetten daha uygun bir ölçüt olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁵.

Eğer hâkim teşebbüs, üretiminin tamamı veya bir kısmı için OKM'nin altında bir fiyat uyguluyorsa söz konusu üretimi gerçekleştirmeyerek kaçınabilecek olduğu bir zarara katlanmakta olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu durum ise hâkim teşebbüsün kısa vadede feragatte bulunduğu ve eşit etkinlikteki bir rakibinin zarar etmeksizin hedeflenen müşterilere ürün vermeyeceğine işaret etmektedir.

Hâkim Durum Kılavuzu'nda yer alan ve yıkıcı fiyat uygulamasının tespit edilmesinde kullanılan bir diğer maliyet ölçüsü ise uzun dönem ortalama artan maliyet olmaktadır⁸⁶. Yalnızca istisnai hallerde ve ilgili piyasa koşullarının müsaade ettiği durumlarda kullanılan bu maliyet ölçüsü, bir teşebbüsün belirli bir ürünü üretmek için katlanmış olduğu tüm değişken ve sabit maliyetlerin ortalamasını ifade etmektedir. UDOAM değişken maliyetlerin çok düşük sabit maliyetlerin ise çok yüksek olduğu ağ endüstrileri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları içeren piyasalarda daha doğru bir kanaate varmak için kullanılan bir ölçüttür. OKM yalnızca kötüye kullanma olduğu iddia edilen dönem içerisinde katlanan sabit maliyetleri içerirken, UDOAM yalnızca incelenen dönemin değil bundan önceki

⁸³ (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Terimi/pOrtalama-kacceditililabilir-maliyet-tesebbuumlsuuml-n-belli-bir-mal-miktarini-uumltremeyerek-kacceditililabilecegi-toplam-maliyetin-uumltreilmeyen-toplam-miktara-boumlluuml-nmesiyle-elde-edilir-Kacceditililabilir-maliyetler-deg>, Erişim Tarihi: 09.10.2014.

⁸⁴ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 53.

⁸⁵ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 53.

⁸⁶ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 54.

dönemde katlanılmış olan sabit maliyetleri de içerir. Piyasada uygulanan satış fiyatının UDOAM'yi karşılamaması hâkim teşebbüsün ilgili ürünün üretilmesine ilişkin tüm maliyetleri karşılayamadığını ve dolayısıyla piyasanın eşit etkinlikteki rakiplere kapatılmış olduğunu gösterir.

Ancak belirtmek gerekmektedir ki gerek AB Komisyonu gerek Rekabet Kurulu'nun yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin soruşturma açıp açmayacağı kararını vermesi ekonomik olarak etkin olan teşebbüsün piyasadan dışlanıp dışlanmaması ihtimali ve tehlikesine bağlı olacaktır⁸⁷. Yani OKM veya UDOAM'nin altında belirlenmiş olan fiyatlar piyasadaki rekabeti olumsuz etkilemiyor ise soruşturma açılmasına da gerek olmayacaktır.

4. Unsurları

Rekabet hukuku literatüründe, bir eylemin yıkıcı fiyatlandırma olarak nitelendirilebilmesi için çeşitli unsurların varlığı aranmaktadır. Bu unsurlar; genel olarak davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda bulunması, teşebbüsün söz konusu ürünü maliyetin altında fiyatlandırarak satması, bu fiyatlandırma politikasının piyasadaki diğer teşebbüsleri piyasa dışına itme amacı taşıması ya da piyasada bu çeşit bir etki yaratması ve uzun süre devam etmesi, rakipler piyasadan çıkarıldıktan sonra ise fiyatın artırılmasıyla normalden daha fazla kâr ve dolayısıyla katlanılan zararı telafi etme imkânını sağlayacak olan piyasaya giriş engellerinin mevcudiyeti şeklinde sıralanabilmektedir⁸⁸.

Rekabet Kurulu bir kararında giriş engelleri unsurunu saymamış bunun yerine hasat yapmanın bir unsur olduğunu belirtmiştir⁸⁹. Fakat kanımızca, hâkim durumdaki teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulaması sonunda uğramış olduğu zararları telafi edebilmesi imkânı yani hasat yapabilmesi bir unsur olarak ele alınmamalıdır. Nitekim, yıkıcı fiyat uygulanmasında önem arz eden durum hâkim teşebbüsün

⁸⁷ 102. madde Kılavuzu, par. 27.

⁸⁸ Barış Ekdi, "Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması", **Rekabet Dergisi**, S. 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002, s. 10; Karar Sayısı: 10-19/241-95, Karar Tarihi: 25.02.2010, www.rekabet.gov.tr.

⁸⁹ Karar Sayısı: 12-62/1633-598, Karar Tarihi: 06.12.2012, www.rekabet.gov.tr.

başarısından ziyade bu uygulama sonucunda potansiyel rakiplerin piyasaya girmelerinin engellenmiş olması veya rakiplerin piyasa dışına itilmesi suretiyle rekabete zarar verilmesidir⁹⁰.

a) İktisadi Üstünlük

Yıkıcı fiyat uygulamasının temelinde bir teşebbüsün piyasa fiyatına müdahale etmesi ve bu fiyatı planları doğrultusunda maliyetlerin altına düşürebilmesi yatmaktadır⁹¹. Bu planın uygulanabilmesi içinse teşebbüsün rakiplerine kıyasla daha fazla iktisadi güce sahip olması gerekmektedir⁹². Yani bu eylemi gerçekleştirebilmesi için hâkim durumda bulunması gerekmektedir. Nitekim bu husus yıkıcı fiyatlamının tanımında da özel olarak belirtilmiş bulunmaktadır⁹³.

Yıkıcı fiyat uygulamasında bulunacak olan hâkim teşebbüsün, mevcut rakiplerini piyasadan dışlamasına yahut potansiyel rakiplerinin piyasaya girmesini engelleyebilmesine yetecek bir süre kadar maliyetlerin altında satış yapması ve dolayısıyla zarar etmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle teşebbüsün maliyetlerin altında satış yapması sonucunda ortaya çıkan zarara katlanabilecek düzeyde bir iktisadi güce sahip olması gerekmektedir⁹⁴.

b) Olağandışı Düşük Fiyat

Yıkıcı fiyat uygulaması hâkim teşebbüsün piyasadaki rekabeti dışlamak maksadını taşıdığı için normal sayılamayacak bir fiyat indirimine dayanmaktadır. Bu fiyat indiriminin yıkıcı nitelikte olabilmesi içinse makul olarak nitelendirilemeyecek

⁹⁰ Yiğit, **a.g.e.**, s. 149.

⁹¹ Ekdi, **a.g.m.**, s. 11.

⁹² Halil Çeçen, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları İle Kötüye Kullanılması, Legal Yayıncılık, İstanbul, s. 50.

⁹³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 50.

⁹⁴ Ekdi, **a.g.m.**, s. 13.

şekilde düşük olması gerektiği genel kabul gören görüş olmaktadır⁹⁵. Makul olarak değerlendirilemeyecek fiyatlar ise maliyetin altında belirlenmiş olan fiyatlardır. Nitekim, maliyet altında fiyat belirleyen bir teşebbüs, rekabeti verimlilik dışında ve adil olmayan bir alana çekmektedir ve bu durum bir rekabet ihlali olabileceğine işaret edebilir⁹⁶. Bu nedenle yıkıcı fiyatların tespit edilmesinde rekabet otoriteleri maliyet analizi yapmak suretiyle fiyatın makul olup olmadığına karar vermektedirler.

c) Amaç

Rekabet otoriteleri fiyatların maliyet analizini yaptıktan sonra ikinci olarak hâkim teşebbüsün aşırı düşük fiyatlarının arkasında yatan amacına bakmaktadır. Bu, hâkim teşebbüsün fiyatlama davranışı ile kısa dönemli kazançlarından feragatte bulunup bulunmadığının değerlendirilmesidir.

Yıkıcı fiyat uygulaması incelenirken, bu uygulamanın piyasa koşullarının bir gereği olarak mı ortaya çıktığı yoksa asıl hedefin rekabeti engellemek mi olduğunun ayırt edilebilmesi için hâkim teşebbüsün amacının ne olduğunun belirlenmesi önemlidir⁹⁷. Nitekim ekonomik krizin olduğu dönemlerde yahut ürün tanıtımı amaçlı maliyetin altına satışlar yapılması ticaret hayatının olağan akışında rastlanılan bir durumdur. Bu nedenle her ne kadar Rekabet Kurulu teşebbüsün davranışlarının ardında yatan amacından ziyade piyasada oluşan etkileri dikkate alsa da yıkıcı fiyat uygulamasında teşebbüsün gütmüş olduğu amacı da dikkate almak durumunda kalmaktadır. Hâkim teşebbüsün amacının ortaya çıkarılması kısa dönemli kazançlarından feragatte bulunup bulunmadığının tespit edilmesiyle yapılmaktadır. Bu tespitte teşebbüse ait olan ve bir rakibini piyasa dışına çıkarmaya, potansiyel rakiplerin piyasaya girmesini engellemeye veya yeni bir piyasanın ortaya çıkmasının

⁹⁵ Alper Fevzi Kara, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması (ABD ve AT Uygulamalarından Dersler), Uzmanlık Tezleri Serisi No. 18, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s. 4.

⁹⁶ Posner, a.g.e., s. 188.

⁹⁷ Çeçen, a.g.e., s. 54.

önüne geçmeye yönelik olarak feragatte bulunma davranışı ve buna ilişkin ayrıntılı bir planın bulunması gibi doğrudan delillerden faydalanılmaktadır⁹⁸.

Rekabet Kurulu, Knauf İnşaat ve Yapı Elemanları San. ve Tic. A.Ş.'ye ilişkin kararında yıkıcı fiyatlama yoluyla oluşan bir ihlalden bahsedilebilmesi için teşebbüsün amacının ortaya koyulması gerektiğini belirtmiştir⁹⁹. Bu kararda amacın tespit edilebilmesinde kullanılabilecek olan araçları ise şu şekilde ifade etmiştir: *“amacı açıkça ortaya koyan yazılı deliller, fiyatlandırmanın ancak yıkıcı bir plan çerçevesinde ticari olarak mantıklı olduğunun gösterilmesi, rakibin pazar dışına çıkmış olması veya bu olasılığın bulunması, fiyatlandırmanın belirli müşteri gruplarını hedef alması, hakim durumdaki teşebbüsün kapasite artırımı için özel olarak bir maliyete katlanmış olması, düşük fiyatlandırmanın kapsamı, süresi ve devamlılığı, fiyatlandırmanın diğer dışlayıcı eylemlerle birlikte uygulanması, hakim durumdaki teşebbüsün zararlarını diğer satışlardan karşılama olasılığı ve gelecekte yüksek fiyatlar uygulayarak zararını telafi edebilme olanağı”*.

Rekabet Kurulu'nun bir kararında da belirtmiş olduğu üzere, yıkıcı fiyat tespitinde maliyet altı satış fiyatının tek başına ölçü olarak alınmamasının başlıca nedeni, maliyet kalemlerinin hangisinin değişken, hangisinin sabit karakterli olduğunun tespitinde karşılaşılan güçlüklerdir¹⁰⁰.

d) Giriş Engeli

İktisat literatüründe yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin olarak yapılan tartışmalarda giriş engelini bulunmadığı bir piyasada bu uygulamanın yapılmasının mümkün olmadığını savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁰¹. Nitekim bu görüşe göre yıkıcı fiyat uygulamasıyla yapılan yatırımın karşılığının alınabilmesi için piyasa yapısının uygun olması yani piyasaya giriş engellerinin bulunması gerekmektedir¹⁰². Bu husus Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararlarda da belirtilmiştir. Örneğin

⁹⁸ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 56.

⁹⁹ Karar Sayısı: 09-59/1441-376, Karar Tarihi: 16.12.2009, www.rekabet.gov.tr.

¹⁰⁰ Karar Sayısı: 04-07/75-18, Karar Tarihi: 23.01.2004, www.rekabet.gov.tr.

¹⁰¹ Jones, Sufrin, *a.g.e.*, s. 444.

¹⁰² Kara, *a.g.e.*, s. 29.

Kurul, Migros Ticaret A.Ş.'ye ilişkin olarak yapılan yıkıcı fiyatlandırma yaptığına ilişkin iddiayı değerlendirirken, yıkıcı fiyatlandırma uygulamasının başarılı olabilmesi için giriş engeli kriterinin bulunması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰³. Bunun nedeni, rakiplerin piyasa dışına itildikten sonra edilen zararların telafi edilebilmesi için piyasaya girebilecek olan potansiyel rakiplere engel olacak bir mekanizmanın bulunması gerekliliğidir. Aksi takdirde normalin üzerinde seyreden fiyatların sonucu olarak elde edilen yüksek kâr oranları yeni rakiplerin piyasaya giriş yapmasına neden olacaktır¹⁰⁴.

5. Uygulamadan Yıkıcı Fiyat Uygulaması Örnekleri

AB rekabet hukuku uygulamasında yıkıcı fiyatlara ilişkin ilk karar Akzo/Komisyon kararıdır¹⁰⁵. Akzo'nun hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşılan bu kararda yıkıcı fiyatlamaya ilişkin olarak maliyet analizinden ziyade teşebbüsün amacı üzerinde durulmuştur. Karara konu olan olayda, Akzo Chemie BV şirketinin uyguladığı yıkıcı fiyatlar nedeniyle Engineering and Chemical Supplies (ECS) firmasının piyasadan dışlanmaya çalışıldığı iddia edilmiştir. ECS Birleşik Krallık'ta benzol peroksit üreten ve bunu una eklenen bir katkı maddesi olarak Birleşik Krallık ve İrlanda'ya, plastik sanayinde kullanılması içinse Avrupa'ya pazarlayan küçük bir firmadır. Çok uluslu bir grup olan Akzo NV'nin yavru ortaklığı olan Akzo Chemie ise Birleşik Krallık'ta faaliyette bulunan ve un katkı maddeleri piyasasında %50 paya sahip olan bir firmadır. Akzo ile ECS arasındaki sorunlar ilk olarak 1979 yılında ECS'nin plastik sanayiine satış yapmaya başlamasıyla görünür hale gelmeye başlamıştır. Akzo ECS'nin bu piyasadan çekilmesini istemiş bu isteği kabul edilmeyince de un katkı maddeleri piyasasında maliyetin altında satış yapmaya başlamıştır. Bunun üzerine araştırma yapan Komisyon, Akzo'nun ECS'yi disipline etme ya da piyasadan silme amacının varlığı tespitini yapmıştır. Yalnız bu kararında Komisyon, maliyet hesaplarına ilişkin olarak herhangi bir fiyatlandırma kuralı

¹⁰³ Karar Sayısı: 10-19/241-95, Karar Tarihi: 25.02.2010, www.rekabet.gov.tr.

¹⁰⁴ Ekdi, a.g.e., s. 15.

¹⁰⁵ OJ L 374, 31.12.1985, Akzo v Komisyon, <http://eur-lex.europa.eu>.

getirmemiş ve fiyat indiriminin hangi seviyede kötüye kullanma olarak nitelendirileceğine ilişkin bir açıklama da getirmemiştir. Nitekim Akzo'nun Areeda-Turner testine göre fiyatlarının maliyetlerin üzerinde ve hukuki olduğu iddiasını geri çevirmiştir. Yani rakamsal testlerden ziyade amaç üzerinde durmayı tercih etmiştir. Böylece maliyetlerin üzerinde tespit edilen bir fiyatın bile rekabet karşıtı olabileceği ortaya koyulmuştur. Bu karar daha sonrasında Genel Mahkeme tarafından da onaylanmıştır.

Komisyon'un Tetra Pak II kararı da yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin bir karardır¹⁰⁶. Karara konu olan olayda, Elopak Ily firması, Tetra Pak firmasının İtalya'da hâkim durumda bulunduğu aseptik karton piyasasındaki gücünü kullanarak, hâkim durumda bulunmadığı aseptik olmayan karton ve ekipman piyasasında yıkıcı fiyatlandırmaya başvurmak suretiyle bu ikinci piyasada rekabeti dışladığını iddia etmiştir. Kararda, Tetra Pak'ın fiyatlarını OTM ve zaman zaman da ODM'nin altında belirlemiş olduğu ve bunun da rakipleri piyasadan silmek amaçlı yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Karar daha sonrasında Genel Mahkeme önüne gelmiştir. Genel Mahkeme de Komisyon ile aynı doğrultuda karar verip Tetra Pak'ın uygulamasını rekabet ihlali olarak nitelendirmiştir. Tetra Pak'ın yapmış olduğu zararın telafisinin mümkün olmadığı yani hasat yapma kabiliyetinin olmadığı yönündeki savunmasını ise uygun bulmamıştır. Mahkeme rakiplerin piyasa dışına itilmesinin olası olduğu her durumda yıkıcı fiyatlandırma uygulamasının cezalandırılacağını, hasat imkânına ilişkin ise ayrıca bir kanıt aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir.

Rekabet Kurulu, yıkıcı fiyat değerlendirilmesinde bulunurken genel olarak bazı maliyet kalemlerini sınır olarak belirlemekte ve uygulanan fiyatın bunun altında olup olmadığına bakmaktadır.

¹⁰⁶ Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 6 October 1994. - Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities. - Competition - Dominant position - Definition of the product markets - Geographical market - Application of Article 86 to practices carried out by a dominant undertaking on a market which is distinct from the dominated market - Abuse - Tied sales - Exclusive sales - Unfair terms - Predatory prices - Discriminatory prices - Administrative procedure - Principle of good administration - Provision of proper minutes of the hearing - Orders - Fine. - Case T-83/91, <http://eur-lex.europa.eu>.

Kurul, Frito-Lay kararında yıkıcı fiyat analizinin çıkış noktasını ortalama değişken maliyet (ODM)¹⁰⁷ olarak belirlemiş ve fiyatların ODM'nin altında olması durumunda yıkıcı fiyatın uygulandığına dair bir olasılığın doğacağını ifade etmiştir¹⁰⁸. Karara konu olan Frito-Lay'in ürettiği bazı ürün kategorilerinde maliyetin altında satış yaptığı iddiasıdır. Kurul karara ilişkin değerlendirmesini yaparken fiyatların ODM'nin altında belirlenmiş olmasının tek başına yeterli olmayacağını, bunun hâkim teşebbüsün rakiplerinin piyasa dışına itilmesi veya onların faaliyetlerinin zorlaştırılması amacıyla beraber gerçekleştiriliyor olması gerekeceğini de belirtmiştir. Ayrıca, geçici süre uygulanan rakibi izleme ve promosyon faaliyetlerinin ise yıkıcı fiyat olarak kabul edilemeyeceğine değinilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun Coca-Cola A.Ş. kararı da maliyet kalemleri üzerinden somut bir sistem ortaya koyması nedeniyle kanımızca önemli kararlardan birisidir¹⁰⁹. Bu kararda Rekabet Kurulu, ürün fiyatlarının ODM ile OTM arasında olması durumunda dışlayıcı amaç var ise yıkıcı fiyatın var olduğundan ve dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebileceğini belirtilmiştir. Ardından, kararda maliyet analizine ek olarak Coca-Cola firmasının herhangi bir dışlayıcı amacının olup olmadığı yani rekabeti ortadan kaldırma arzusunu taşıyıp taşımadığı araştırılmıştır. Araştırma sonucunda Coca-Cola'nın rakiplerini ortadan kaldırma ve rekabeti dışlama şeklinde bir stratejik amacı olmadığı sonucuna ulaşıldığı için ihlal kararı verilmemiştir.

Kurul tarafından alınmış olan ve 102. madde Kılavuzu'ndaki etki-bazlı yaklaşımı¹¹⁰ yansıtan bir karar olan Kale Kilit kararı, bu yönüyle hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yeni bakış açısının dile getirildiği bir karardır¹¹¹. Bu kararda fiyat-maliyet analizine ilişkin olarak kullanılacak maliyet analizi için

¹⁰⁷ Toplam değişken maliyetin toplam üretim miktarına bölünmesiyle hesaplanan ODM, işgücü, enerji, hammadde gibi üretilen miktar ile doğru orantılı olarak artan veya azalan maliyetleri ifade etmektedir. Üretilen ürünün ne olduğundan bağımsız olarak katlanması gereken kapasite kurulumu veya artırımı gibi maliyet kalemleri ise sabit maliyetleri oluşturmaktadır. Bkz. Özdemir, a.g.e., s. 34.

¹⁰⁸ Karar Sayısı: 00-9/89-44, Karar Tarihi: 29.02.2000, www.rekabet.gov.tr.

¹⁰⁹ Karar Sayısı: 04-07/75-18, Karar Tarihi: 23.01.2004, www.rekabet.gov.tr.

¹¹⁰ Rekabet ihlali olarak nitelendirilebilecek davranışların per se yasaklanması yerine iktisadi analizlerin sonucunda piyasada göstermiş oldukları etkilerin değerlendirilmesi sonucunda bir yargıya varılması yaklaşımı.

¹¹¹ Karar Sayısı: 12-62/1633-598, Karar Tarihi: 06.12.2012, www.rekabet.gov.tr.

ölçüt belirlenmiş ve bunun “eşit etkinlikteki rakip testi” olduğu ifade edilmiştir. Kurul bu testin, yasal fiyat rekabeti ile yıkıcı fiyatlama özelindeki ihlal niteliğindeki fiyat uygulamalarının birbirinden ayrılmasında doğru sonuç verebileceğini özel olarak belirtmiştir. Bu kararında diğer kararlarından farklı olarak OKM ve UDOAM’ın esas alınması gereken maliyet kalemleri olduğunu benimsemiş ve değerlendirmeyi bu iki maliyet kalemi üzerinden yapmıştır. Bu kararın en önemli yanı Rekabet Kurulu’nun AB Komisyonu’nun yıkıcı fiyat uygulamasına ilişkin getirmiş olduğu standart yaklaşımıyla aynı olmasıdır¹¹².

D. Fiyat/Marj Sıkıştırması

1. Genel Olarak

Fiyat sıkıştırması dikey ilişkili piyasalarda faaliyet gösteren ve üst piyasa olan toptancı piyasasında hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün üst piyasada arz ettiği ürünün fiyatı ile alt piyasa olan perakende piyasasında arz ettiği ürünün fiyatı arasındaki marjı (fiyat farkını), alt piyasada hâkim teşebbüse eşit derecede etkin bir rakibinin dahi kârlı bir şekilde kalıcı olarak ticari faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek nitelikte belirlemesidir¹¹³. Bu durum hâkim teşebbüsün toptan girdi fiyatı ile perakende fiyatı arasındaki farkın negatif olması veya rakiplerinin faaliyet göstermesini imkânsız kılacak kadar küçük olması halidir¹¹⁴. Şöyle ki üst piyasada hâkim durumda olan teşebbüs, üst piyasada arz etmiş olduğu ürünün fiyatını yükselterek, alt piyasada arz etmiş olduğu ürünün fiyatını düşürerek veya her iki uygulamayı aynı anda yaparak fiyat sıkıştırmasına yol açabilir. Esasında her iki piyasadaki fiyatlar öyle bir seviyede tutulmaktadır ki, ne alt piyasadaki ne de üst piyasadaki fiyatlar tek başına aşırı yüksek ya da yıkıcı değildir¹¹⁵. Fakat her iki fiyat bir arada değerlendirildiğinde, esasında bu durumun bir kötüye kullanma şekli olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim fiyat sıkıştırması yapan hâkim teşebbüs üst

¹¹² Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 108.

¹¹³ Cosmo Graham, *EU and UK Competition Law*, Pearson, Essex, 2010, s. 146; *Hâkim Durum Kılavuzu*, par. 61.

¹¹⁴ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 96.

¹¹⁵ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 45.

piyasadaki gücünü alt piyasaya aktarıp alt piyasadaki rekabeti kısıtlayabilmektedir çünkü böyle bir fiyatlama stratejisi karşısında yani daralan marj karşısında, diğer teşebbüslerin hâkim teşebbüs ile kârlı bir şekilde rekabet edebilmeleri olanaksız hale gelmektedir¹¹⁶.

2. Tespit Edilmesi

Fiyat sıkıştırması yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespiti sınırlayıcı bazı koşulların birlikte bulunmasını gerektirmektedir.

Doktrinde fiyat sıkıştırması şeklinde bir ihlalin oluşabilmesi için; (1) dikey bütünleşmiş bir firmanın belli bir girdi piyasasında hâkim durumda olması ve bu girdiler kullanılarak hizmet üretilen bir alt piyasada hâkim firma ile ondan girdi alan rakiplerin varlığı, (2) üst piyasadaki girdinin alt piyasada faaliyet göstermek için zorunlu bir unsur niteliğinde bulunması, (3) üst piyasada sağlanan girdinin alt piyasadaki firmanın maliyetlerinin önemli bir kısmını oluşturması, (4) üst piyasada hâkim olan firmanın alt ve üst piyasadaki fiyatlama yoluyla alt piyasadaki rakiplerinin makul bir kâr elde etmesini engellemesi, (5) söz konusu davranışın dışlayıcı etki ve amacın dışında haklı bir gerekçesinin olmaması ve (6) söz konusu davranışın alt piyasadaki rekabet üzerinde görülebilir etkilerinin olması şartlarının mevcut olması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷.

Rekabet Kurulu ise incelemesini yaptığı davranışın fiyat sıkıştırması yoluyla rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açmasının muhtemel olup olmadığının tespitinde hâkim teşebbüsün konumu, ilgili piyasadaki koşullar, hâkim teşebbüsün rakiplerinin konumu, müşteri/sağlayıcıların konumu, incelenen davranışın kapsamı ve süresi, fiili olarak piyasanın kapanmasına ilişkin olası deliller ve dışlayıcı stratejiye dair doğrudan yahut dolaylı delillere ek olarak aşağıda açıklanacak olan (1) teşebbüsün yapısı, (2) ürünün niteliği, (3) teşebbüsün ilgili piyasadaki konumu ve (4) fiyatlar arasındaki marjı göz önünde bulundurmaktadır.

¹¹⁶ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 97.

¹¹⁷ Damien Geradin, Robert O'Donoghue, (2004), "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunication Sector", *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, GCLC Working Paper 04/05, s. 6.

a. Teşebbüsün Yapısı

Fiyat sıkıştırması şeklinde bir ihlalin söz konusu olabilmesi için öncelikle teşebbüsün bir üretim/hizmet zincirinde birbiriyle bağlantılı üst (toptan) ve alt (perakende) piyasasında faaliyeti olacak şekilde dikey bütünleşik bir yapıda olması ve tek bir ekonomik bütünlük teşkil etmesi gerekmektedir¹¹⁸.

b. Ürünün Niteliği

Toptan piyasasındaki girdinin, perakende piyasasındaki teşebbüsün kendisi ve rakiplerinin üretim yapabilmeleri ve rekabet edip bu piyasada kalabilmeleri için zorunlu yani vazgeçilmez bir nitelik taşıması gerekmektedir¹¹⁹. Yani başka bir ifade ile söz konusu girdinin üst piyasada yakın ikamesinin (alternatifinin) bulunmaması ve daha düşük bir maliyet ile kısa sürede üretilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir¹²⁰.

c. Teşebbüsün İlgili Piyasa(lar)daki Konumu

Teşebbüsün üst piyasada tekele yaklaşan bir piyasa gücü şeklinde hâkim durumda bulunması gerekmektedir¹²¹. Alt piyasa olan perakende piyasasında ise hâkim durumun varlığına ihtiyaç duyulmamaktadır¹²². Ancak perakende piyasasında da hâkim durumun söz konusu olması, fiyat sıkıştırması halinin rekabeti kısıtlayıcı etkisini arttıran bir özellik olduğu için karar verilirken ayrıca göz önüne alınmaktadır.

¹¹⁸ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 62.

¹¹⁹ Karar Sayısı: 08-65/1055-411, Karar Tarihi: 19.11.2008, www.rekabet.gov.tr.

¹²⁰ Karar Sayısı: 08-65/1055-411, Karar Tarihi: 19.11.2008, www.rekabet.gov.tr.

¹²¹ Karar Sayısı: 08-65/1055-411, Karar Tarihi: 19.11.2008, www.rekabet.gov.tr.

¹²² Hâkim Durum Kılavuzu, par. 62.

d. Fiyatlar Arasındaki Marj

Üst ve alt piyasa ürünleri arasındaki marjın, üst piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin bir rakibin alt piyasada kâr elde edemeyecek ve kalıcı şekilde (uzun dönemde) faaliyet gösteremeyecek kadar düşük olması gerekmektedir¹²³. Bir başka deyişle teşebbüsün rakipleri gibi aynı toptan fiyatı açıktan ödemek zorunda kalması durumunda alt piyasada kârlı bir şekilde faaliyet gösteremeyecek olması söz konusu olmalıdır¹²⁴.

Kurul, eşit derecede etkin bir rakibin maliyetlerini belirlerken üst piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüsün alt piyasa ürünü için hesaplanan UDOAM'sını referans almaktadır¹²⁵. Bu UDOAM hesaplanırken de üst piyasada hâkim durumda olan teşebbüsün, üst piyasa ürününü alt piyasada rakiplerine sattığı fiyattan kullandığı varsayılmaktadır¹²⁶.

3. Uygulamadan Fiyat/Marj Sıkıştırması Örnekleri

AB uygulamasından fiyat sıkıştırmasına ilişkin verilebilecek kararlardan birisi British Sugar/Komsiyon kararıdır¹²⁷. Bu karar, Birleşik Krallık'ta en büyük şeker tüccarı olarak faaliyet gösteren ve hem şeker kamışı hem de şeker pancarından elde edilen granüle şeker piyasasında hâkim durumda bulunan British Sugar'ın, Napier Brown'u perakende şeker piyasasında saf dışı bırakmaya yönelik fiyat indirimi yapıyor olması iddiası üzerine verilmiştir. Komisyon iddialara yönelik olarak British Sugar'ın hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını belirlemek için maliyet analizine başvurmuştur. Bu analiz sonucunda British Sugar'ın perakende şeker üreten teşebbüslere verdiği ham madde için belirlediği fiyat ile perakende şeker için belirlediği fiyat arasında çok düşük bir marj bıraktığı tespit edilmiştir. Bu fiyat uygulaması sayesinde de perakende şeker piyasasındaki rekabet sınırlandırılmıştır çünkü British Sugar'ın alt piyasa olan perakende şeker piyasasındaki en önemli

¹²³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 62.

¹²⁴ Karar Sayısı: 08-65/1055-411, Karar Tarihi: 19.11.2008, www.rekabet.gov.tr.

¹²⁵ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 62.

¹²⁶ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 62.

¹²⁷ 88/518/EEC, OJ L 284, 19/10/1988 p. 0041 – 0059, <http://eur-lex.europa.eu>.

rakibi Napier Brown'un faaliyeti British Sugar'dan temin edilen endüstriyel şekerle bağlıdır. Komisyon, British Sugar'ın koymuş olduğu bu marjın tekrar paketleme için oluşan maliyeti bile karşılamayacak düzeyde düşük olduğunu tespit etmiştir. Bu tespitinde ise British Sugar ile eşit verimlilikte çalışan fakat endüstriyel şekeri başkasından temin etmek durumunda olan başka bir teşebbüsün perakende şeker piyasasında uzun dönemli faaliyette bulunamayacağı sonucuna ulaşması etkili olmuştur. Sonuç olarak bu şekilde bir davranışın TFEU 102. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Rekabet Kurulu'nun fiyat sıkıştırmasına ilişkin karar sayısı son derece az ve genel olarak telekomünikasyon sektörüne ilişkindir.

Rekabet Kurulu'nun fiyat sıkıştırmasıyla ilgili olarak vermiş olduğu ilk karar Türk Telekom'un öğretmen ve öğrencilere yönelik olarak düzenlemiş olduğu ADSL kampanyasına ilişkindir¹²⁸. Karara ilişkin olayda, Türk Telekom internet hizmeti ve altyapı sağlama piyasası da dahil olmak üzere telekomünikasyon piyasasında hâkim durumda olan bir teşebbüstür. Şikayette bulunan Superonline ise Türk Telekom'dan internet servis sağlayıcılığı hizmeti sözleşmesi (İSS) ile ADSL portu temin etmektedir. Superonline'ın iddiasına göre Türk Telekom'un düzenlemiş olduğu ADSL kampanyası ile sağlanan indirimlerle marjı iyice düşürdüğü dolayısıyla Superonline'ın ADSL teknolojisini kullanarak internet hizmeti sağlama piyasasına girmesini engellemekte ve dolayısıyla Türk Telekom fiyat sıkıştırması yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanmaktadır. Her ne kadar bu kampanyada fiyat sıkıştırması yapıldığı iddia edilmiş olsa da kampanyanın Telekomünikasyon Kurulu'nun izni ile gerçekleştirilmiş olması sebebiyle ayrıntılı bir inceleme yapılmaksızın ihlalin bulunmadığı gerekçesiyle ön araştırma açılmaması şeklinde karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun TTNet A.Ş.'nin "Yaz Fırtınası" kampanyasına ilişkin vermiş olduğu karar fiyat sıkıştırmasına ilişkin en önemli kararlarından birisi olarak görülmektedir¹²⁹. Telcom'un şikayeti sonucunda incelenen kampanya, TTNet'in ADSL internet erişim hizmetinde yeni abone olacaklara ücretsiz modem vermesi ve

¹²⁸ Karar Sayısı: 05-55/833-226, Karar Tarihi: 08.09.2005, www.rekabet.gov.tr.

¹²⁹ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 99; Karar Sayısı: 07-59/676-235, Karar Tarihi: 11.07.2007, www.rekabet.gov.tr.

2007 yılı sonuna kadar olan 8 aylık süre için ise tüm tarifelerde %50 oranında indirim yapmasını kapsamaktadır. Kurul, şikayete ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede kampanyanın maliyet yapısını incelemiş, buna göre maliyetlerin kampanya ile sağlanacak olan gelirler ile telafi edilemeyeceğini tespit etmiş ve TTNNet'in ADSL hizmeti bakımından fiyat sıkıştırması niteliğinde çok düşük ya da negatif marjlarla (maliyetin altında) çalışıyor olduğu sonucuna ulaşmıştır. Nihayetinde kampanyanın durdurulup ve maliyetlerin altında olmayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

E. Münhasırlık/ Tek Marka Anlaşmaları

1. Genel Olarak

Münhasırlık yahut tek marka anlaşmaları, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından yapıldıklarında RKHK'nın 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir. Nitekim hâkim teşebbüsün varlığı yüzünden zaten rekabetin kısıtlanmış olduğu bir piyasa içerisinde münhasırlık içeren anlaşmaların uygulanması rekabetin daha da fazla kısıtlanması sonucunu doğurabilmektedir. Rekabet etmeme yükümlülüğü getiren bu anlaşmalar, sağlayıcı teşebbüsün piyasa payının %40'ın altında olduğu durumlarda grup muafiyeti tebliğleri kapsamında incelenmektedir¹³⁰.

Münhasırlık, sağlayıcı tarafından alıcıya sadece kendisinden ürün alması şartını ileri sürüldüğü veya sağlayıcının alıcıdan başkasına ürün tedarik etmemeyi kabul ettiği hallerdir¹³¹. Uygulamada ise daha ziyade alıcının ürün ihtiyacının tamamını veya tamamına yakını sağlayıcıdan almayı kabul ettiği hal olarak görülmektedir¹³².

Münhasırlık anlaşmaları Hâkim Durum Kılavuzu'nda: "*bir alıcının belirli bir ürün veya ürün grubuna ilişkin talebinin tamamını veya önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılaması koşulunu içeren sözleşmelerdir.*" şeklinde ifade

¹³⁰ 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Karar Sayısı: 09-26/567-M, Kabul Tarihi: 03.06.2009, www.rekabet.gov.tr.

¹³¹ Whish, Bailey, a.g.e., s. 682.

¹³² Whish, Bailey, a.g.e., s. 683.

edilmiştir¹³³. Bu anlaşmalar, üretim zincirinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren¹³⁴ teşebbüsler arasında gerçekleşmekle birlikte tüketici ile olan ticari ilişkileri de kapsamında almaktadır¹³⁵. Ayrıca hâkim teşebbüs ile alıcı arasında münhasırlığa ilişkin yazılı bir anlaşma olması şartı aranmamakta, sözlü anlaşmalar yahut fiili münhasırlık yaratan durumlar da kapsama dahil edilebilmektedir¹³⁶.

Münhasırlık hükmü içeren anlaşmaların rekabet üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkileri bulunmaktadır.

Münhasır anlaşmaların en önemli olumlu etkisi Hâkim Durum Kılavuzu'nda "bedavacılık", İngilizcesi "*free riding*" olarak ifade edilen sorunu gidermesidir. Sağlayıcının satışlarını arttırmak ve/veya dağıtım kanalını daha etkin hale getirmek için yapmış olduğu eğitimlerinin olumlu yanlarından rakibinin bedavadan (haksız olarak) faydalanması olasılığı münhasırlık sonucu ortadan kaldırılabilir. Münhasır anlaşmaların diğer bir olumlu katkısı ise alıcı konumundaki teşebbüse düzenli ürün akışı sağlamasıdır. Böylelikle satış kanalı daha düzenli bir şekilde işleyebilecektir. Bir başka olumlu katkı ise münhasır anlaşmaya güvenerek sağlayıcıya ticari ilişkiye özgü olarak yatırımda bulunma imkânı yaratmasıdır. Bunun nedeni münhasırlığın süresi uzadıkça sağlayıcının yapmış olduğu yatırımlarının geri dönüşünü alabilmesi ve vazgeçme probleminin¹³⁷ giderilmesine katkı sağlamasıdır. Münhasırlığın olası son katkısı da alıcının tek bir ürüne yahut markaya yoğunlaşması nedeniyle hizmet kalitesini arttırabilmesi, daha etkili promosyon faaliyetleri yürütebilmesi dolayısıyla ürün yahut marka düzeyindeki rekabet ortamını güçlendirmesi sonucu tüketici faydasına katkı sağlayabilmesidir.

¹³³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 64.

¹³⁴ Üretim, girdi temini, toptan satış, dağıtım, perakende satış vs.

¹³⁵ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 64.

¹³⁶ Münhasırlığın sadakat indiriminden ayrıldığı nokta budur. Münhasırlığa ilişkin açık bir anlaşma taraflar arasında yapılmış olmasa bile bu yönde fiili bir durum söz konusu olabilmektedir. Sadakat indirimine hak kazanabilmek içinse sağlayıcı ve müşteri arasında bir anlaşmanın açıkça taraflar arasında yapılması gerekli olmaktadır. Bkz. Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 49.

¹³⁷ Detaylı bilgi için bkz. 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Karar Sayısı: 09-26/567-M, Kabul Tarihi: 03.06.2009, www.rekabet.gov.tr.

Ancak münhasır anlaşmalar mevcut veya potansiyel rakiplerin gerekli kanallara erişimini engellemek suretiyle ilgili piyasayı kapamakta ve dolayısıyla rakiplerin hâkim teşebbüsle etkin bir rekabete girmesini de önleyebilmektedir.

2. Tespit Edilmesi

Rekabet Kurulu, Hâkim Durum Kılavuzu'nda belirtmiş olduğu üzere münhasır anlaşmalardan kaynaklanan yahut kaynaklanabilecek olan rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin tespit edilmesinde hâkim teşebbüsün konumu, ilgili piyasanın koşulları, rakipler, müşteriler veya sağlayıcıların konumu, incelenen davranışın kapsamı ve süresi, fiili piyasa kapamaya dair olası deliller ve dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı delillere ek olarak aşağıda açıklanacak olan; (1) incelenen davranışın kapsamı, (2) ticaretin seviyesi, (3) piyasaya giriş engelleri ve son olarak (4) hâkim teşebbüsün müşteriler için önemi ve münhasırlık süresi göz önünde bulundurulmaktadır.

a. İncelenen Davranışın Kapsamı

Piyasadaki toplam satışların içerisinde hâkim teşebbüsün satışlarının münhasırlıktan kaynaklanan kısmının, bir başka ifade ile bağlı piyasa payının yüksek olması münhasır anlaşmaların piyasayı kapama etkisini bir o kadar artmaktadır¹³⁸. Bununla birlikte hâkim teşebbüsün münhasırlığı sadece önemli alıcılara uygulaması durumunda bağlı piyasa payı yüksek olmasa bile rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin ortaya çıkabileceğinden söz edilebilecektir. Nitekim önemli alıcılar, finansal açıdan güçlü veya iş yerlerinin konumunun kritik olması gibi nitelikleri itibarıyla piyasayı kapama etkisini yaratabilirler.

Rekabet karşıtı etkiler, özellikle de rakip teşebbüslerin ölçek ekonomilerinden yararlanarak etkin bir şekilde faaliyet göstermesini engelleyecek düzeyde ise çoğalmaktadır.

¹³⁸ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 67.

b. Ticaretin Seviyesi

Münhasırlığın uygulandığı ticaretin seviyesi tüketiciye ne kadar yakın ise ilgili piyasada rekabet karşısı piyasa kapama etkisi o derecede artmaktadır¹³⁹. Yani hâkim durumdaki bir sağlayıcının perakende seviyesinde faaliyette bulunan bir alıcıya yönelik olarak münhasırlık düzenlemesi getirmesi, alıcının toptancı seviyesinde faaliyet göstermekte olduğu duruma göre daha fazla piyasa kapama etkisine neden olabilecektir.

c. Piyasaya Giriş Engelleri

Piyasaya giriş engelleri; yasal engeller, hammadde teminatının zor olması, yatırım maliyetlerinin yüksek olması, piyasanın yapısı gereği yani ölçek ekonomisinin söz konusu olması dolayısıyla çok sayıda teşebbüsün kârlı bir şekilde faaliyet göstermesinin mümkün olmaması, fikri mülkiyet haklarının varlığı gibi çok çeşitli olabilmektedir¹⁴⁰.

Hâkim teşebbüs ile aynı piyasada yani sağlayıcı piyasasında faaliyette bulunan rakip teşebbüslerin alternatif alıcılara ulaşması ve/veya yeni alıcı kanalları yaratmaları ne kadar zor ise hâkim teşebbüsün münhasırlık düzenlemelerinin piyasada yaratacağı kapama etkisi de o oranda yükselecektir¹⁴¹. Bu anlamda alıcı piyasasına olan giriş engelleri, hâkim teşebbüse sağlayıcı piyasasında etkin rakiplerin çıkmasını zorlaştırması açısından Kurul'un değerlendirmelerinde önem kazanmaktadır.

d. Hâkim Teşebbüsün Müşteriler İçin Önemi Ve Münhasırlık Süresi

Hâkim teşebbüs ve rakipleri alıcı piyasasındaki her bir müşterinin talebinin tamamı için eşit koşullarda yarışabiliyorsa, münhasır alım sözleşmelerinin rekabeti olumsuz etkilemesi durumu genellikle söz konusu olmayacaktır¹⁴².

¹³⁹ 102. madde Kılavuzu, par. 36; Hâkim Durum Kılavuzu, par. 67.

¹⁴⁰ Yılmaz Aslan, "Türk Akaryakıt Dağıtım Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", (Çevrimiçi) <http://www.petder.org.tr/uploads/2013/05/f86f32c93b3969de7cc2dc2b6cf07332.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2015.

¹⁴¹ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 67.

¹⁴² Hâkim Durum Kılavuzu, par. 67.

Genel olarak, uzun süreli münhasırlık sözleşmelerinin sağlayıcı değiştirmeyi zorlaştırması dolayısıyla rekabete olumsuz etkide bulunabileceği söylenebilir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün alıcı düzeyinde faaliyette bulunan teşebbüslerin talebinin önemli bir kısmı için vazgeçilmez bir ticaret ortağı olması durumunda ise farklı bir sonuç ortaya çıkmaktadır¹⁴³. Nitekim bir müşterinin alımlarının bir kısmını her koşulda hâkim teşebbüsten yapmak zorunda olması halinde müşteri bakımından hâkim teşebbüs vazgeçilmez bir ticaret ortağı olacaktır¹⁴⁴. Bu durumda ise kısa süreli bir münhasırlık sözleşmesi bile rekabet karşıtı kapamaya yol açabilecektir.

3. Uygulamada Münhasırlık/Tek Marka Anlaşmaları

AB uygulamasında münhasır anlaşmalara ilişkin TFEU 102. maddesinin uygulanmış olduğu karar sayısı çok değildir¹⁴⁵. Fakat buna rağmen AB uygulamasının iki farklı dönemde incelenmesi mümkün gözükmektedir. Bu dönemlerden ilki münhasırlığın per se yasak kabul edildiği dönemdir. Bu dönemde Komisyon ve mahkemeler tarafından münhasırlığa ilişkin katı bir yaklaşım sergilenmiştir. Hoffman-La Roche/Komisyon kararı per se yasak uygulaması dönemini yansıtan bir karardır¹⁴⁶. Komisyon bu kararında, vitamin satın alan büyük alıcıların ihtiyaç duydukları vitaminlerin tamamını veya %75-80 oranındaki büyük bir çoğunluğunu, vitamin piyasasında hâkim durumda bulunan Roche firmasından temin etmelerini sağlayan uygulamayı kötüye kullanma şeklinde nitelendirmiştir. Daha sonrasında Adalet Divanı tarafından da onaylanan bu kararda, uygulamanın alıcının isteği neticesinde başladığı şeklindeki bir savunma kabul edilmemekle birlikte hâkim teşebbüsün özel sorumluluğuna yapılan atıfla, hâkim teşebbüsle akdedilen tüm münhasır satın alma anlaşmalarının rekabete olan fiili ve olabilecek potansiyel etkisine bakılmaksızın kötüye kullanma sayılacağı belirtilmiştir. Böylelikle bu kararda, Komisyon ve mahkemelerin formalist yani per se yaklaşımı açıkça ifade bulmuştur.

¹⁴³ 102. madde Kılavuzu, par. 36.

¹⁴⁴ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 67.

¹⁴⁵ Whish, Bailey, a.g.e., s. 683.

¹⁴⁶ Case 85/76 Hoffmann- La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, <http://eur-lex.europa.eu>.

AB'de 1990'lı yılların sonuna kadar devam eden per se yaklaşımı Van den Berg Foods/Komisyon kararında değiştirilmiştir¹⁴⁷. Karara konu olayda İrlanda'da tek tek paketlenmiş ve doğrudan tüketim için üretilen dondurma piyasasında faaliyet gösteren ve uzun süredir bu piyasanın %75'inden fazlasına sahip olan Van den Berg Foods'un hâkim durumda bulunduğu tespit edilmiştir. Komisyon, olayın araştırmasına, Masterfoods ve Valley Icecream'in şikayeti ile başlanmış ve Van den Berg Foods'un dondurma alıcılarına, buzdolabının içine başka teşebbüslerin ürünlerinin koyulmaması şartı ile ücretsiz buzdolabı vermesini münhasırlık uygulaması olarak değerlendirmiştir. Komisyon ayrıca, münhasırlık uygulamasının TFEU 102. madde kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak olayın detaylı bir şekilde incelenmesi gerektiği ve bu uygulamanın rekabet üzerindeki etkisinin ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon, Van den Berg Foods'un yüksek piyasa payı, markasına olan bağlılık, piyasada az sayıda rakibinin olması ve münhasır uygulamalarla piyasanın %40'ının kapatılması hususlarını gerekçe göstererek 102. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Görüldüğü gibi bu karar ile birlikte per se yaklaşım terkedilmiş, uygulamanın piyasa ve rekabet üzerindeki etkileri dikkate alınmıştır. Konu önüne gelen Adalet Divanı da Komisyon ile aynı doğrultuda karar vermiştir. Nitekim günümüz uygulaması da bu kararla benimsenen yaklaşımı devam ettirmektedir. Komisyon konuya ilişkin duruşunu, 102. madde Kılavuzu'nda açıkça ifade etmiştir. Bu kılavuza göre, hâkim teşebbüslerin münhasır anlaşmaları ancak rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açmaları halinde kötüye kullanma olarak nitelendirilecektir.

Rekabet Kurulu'nun hâkim teşebbüslerin münhasır anlaşmalar yoluyla kötüye kullanma şeklindeki davranışlarına yönelik olarak birçok kararı bulunmaktadır. Fakat bu kararlara konu olayların bazıları münhasır anlaşmalar yoluyla kötüye kullanma olarak değil, hâkim durumun fiyat ayrımcılığı ve sözleşme yapmanın reddi sureti ile kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmiştir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Case T-65/98 Van den Berg Foods Ltd v Commission [2003] ECR II-4653, <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁴⁸ Ece Aslan, "Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrinde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu", **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 283.

Rekabet Kurulu'nun genel uygulamalarında münhasır anlaşmaları per se yasaklama yoluna gitmiş olduğu söylenemeyecektir¹⁴⁹. Günümüzde Kurul çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu'nda belirtmiş olduğu gibi, her olayı kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmekte ve rekabet üzerinde oluşan kapama etkisine göre karar vermektedir.

Rekabet Kurulu'nun Yemek Sepeti kararında, söz konusu teşebbüsün henüz gelişmekte olan elektronik yemek siparişi piyasasında hâlihazırda sahip olduğu piyasa gücünü restoranlar ile akdedecek olduğu tek marka anlaşmaları vasıtasıyla hâkim konuma taşıyabileceğine dikkat çekilmiştir¹⁵⁰. Bu kararda, Yemek Sepeti'nin münhasır anlaşmalar ile önemli derecede güçlenecek olan piyasa konumunun, piyasanın kendi özelliğinden kaynaklanan ağ etkileri ile birlikte orta ve uzun vadede olumsuz etkiler doğurabileceği de göz önünde bulundurulmuştur. Söz konusu olayda “Darboğaz Teorisi” şeklinde nitelendirilen bu duruma ilişkin olarak: “... *piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı pazarda piyasa kapama oranı %100 olmasa dahi rakibin maliyetinin artması söz konusu olacaktır. Özellikle bu husus, piyasa kapama etkisinin ortaya çıktığı pazardaki teşebbüslerin ürünlerinin homojen olmadığı durumlarda gündeme gelecektir. Örneğin üst piyasada faaliyet gösteren sağlayıcının, bu türden alt pazarda kendisine girdi sağlayan düşük maliyetli/yüksek kaliteli alıcıları kendine bağlaması, alt pazarda faaliyet gösteren avantajlı konumdaki söz konusu alıcıların rakip sağlayıcılar ile iş yapmasını engelleyecektir.*” şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur. Kararın sonuç bölümünde ise “münhasır işlem anlaşması” yahut “tek marka anlaşmaları”nın rakip teşebbüslerin alt piyasadaki alıcılara ulaşımının engelleneceği sonucuna ulaşılmış ve Yemek Sepeti'nin, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin sağlamış olduğu grup muafiyetinin geri alınmasına karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'ye ilişkin olarak vermiş olduğu kararında ise münhasır tedarik ve dağıtım sözleşmelerinin RKHK 6. maddeyi ihlal ettiğini belirtilmiştir¹⁵¹. Kurulun bu sonuca ulaşmasına

¹⁴⁹ Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 129.

¹⁵⁰ Karar Sayısı: 04-60/869-206, Karar Tarihi: 20.9.2004, www.rekabet.gov.tr.

¹⁵¹ Karar Sayısı: 05-80/1106-317, Karar Tarihi: 01.12.2005, www.rekabet.gov.tr.

Karbogaz'ın genellikle bir yıl olarak uyguladığı münhasırlık sözleşmelerinin piyasaya yeni bir rakibin girmesi ile sürelerini üç ila beş yıl arasında uzatması neden olmuştur. Nitekim Karbogaz'ın bu davranışı ile yeni rakibine karşı stratejik hareket etmiş olduğu; kendi hâkim konumunu korumak ve rakibini piyasa dışına itmek amacıyla bu şekilde davranışta bulunduğu ortaya konulmuştur çünkü uzun süreli akdedilen münhasırlık sözleşmeleri alıcıların alternatif sağlayıcılarla iş yapma özgürlüklerini ortadan kaldırmakta; bu da piyasanın rekabete kapatılmasına sebep olmaktadır. Bu kararın doğrudan münhasır sözleşmelere ilişkin olmasının yanında önemli bir diğer özelliği ise “ilişkiye özgü yatırım” konusunu da değerlendirmiş olmasıdır. Kurul, “ilişkiye özgü yatırım” konusuna ilişkin açıklamasında, bir yatırımın “müşteriye özgü yatırım” olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu yatırımın o müşteriye yönelik olarak yapılması ve başka bir yerde kullanılmasının ekonomik olarak zor olması gerektiğini belirtmiştir. Karbogaz'ın yaptığı yatırımların karşılanması için müşterilerle yapılan sözleşme sürelerinin yeterince uzun olmasının bir zorunluluk olduğu şeklindeki savunması ise Karbogaz'ın yapmış olduğu yatırımların “*sağlayıcı teşebbüsün sektörde faaliyet göstermesi için yapması gereken bir yatırım olduğu, müşteriye sağlanan ek bir kolaylık olmadığı*” gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

F. İndirim Sistemleri

1. Genel Olarak

Ekonomik hayatta sıkça rastlanan uygulamalardan biri de, sağlayıcı konumundaki teşebbüslerin müşterilerine indirim ve/veya prim uygulamak suretiyle diğer teşebbüslerle rekabet etmesidir¹⁵². Bu yolla sağlayıcı, müşterileri kendisine çekmeye ve rakiplerini de saf dışı bırakmaya çalışır. Ticari hayatın bir gerekliliği olarak gerek hâkim durumdaki teşebbüsler gerek hâkim durumda bulunmayan teşebbüsler indirim ve/veya prim sistemlerini kullanırlar. İndirim ve/veya prim sistemleri çok farklı görünümelerde ortaya çıkabilmekte, yapıları, işleyişleri ve etkileri

¹⁵² Kanımızca “primlere” ilişkin açıklamaların da bu başlık altında değerlendirilmesi uygun görünmektedir. Bu nedenle, “primler” e ilişkin ayrı bir başlık altında inceleme yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

bakımından ise çeşitlilik arz edebilmektedir¹⁵³. Bu nedenle özellikle hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamış oldukları indirim ve/veya prim sistemlerinin rekabeti ciddi boyutta sınırlama riski bulunabilir¹⁵⁴. Diğer yandan bu sistemler fiyatların düşmesi, çıktı düzeyini ve ürün çeşitliliğini arttırması, ürünlerin ayrı ayrı satın alınmasından kaynaklanan işlem maliyetlerini düşürmesi, yeniden satıcıların sağlayıcının ürünlerine yoğunlaşmasını temin etmesi nedeniyle bedavacılığı önlemesi gibi etkinliği ve tüketici refahını artırıcı faydalar da sağlayabilir¹⁵⁵.

İndirim genellikle, müşterinin yapacağı satın almaya ilişkin olarak sözleşmeler temelinde verilmekteyken; prim müşterinin belirli bir süre içinde yaptığı satın almaya ilişkin olarak, geriye dönük olarak hesaplanmakta ve nakit olarak yapılan ödemeleri ifade etmektedir¹⁵⁶. Yani indirim ürünün satış fiyatına yansırken, prim müşterinin belirli bir sürede yapmış olduğu alımların fiyatına yansımaktadır. Örneğin, promosyon indirimleri, indirim çekleri, bedava ürün kartları veya satış sonrası hizmet sunma şeklinde farklı indirim yöntemleri uygulanmaktadır¹⁵⁷. İndirim sistemleri ise müşterilere belirli bir satın alma davranışında bulunmaları karşılığında sunulan fiyat indirimlerini ifade etmektedir¹⁵⁸.

Düşük fiyatlar rekabet teorisince ulaşılmak istenen nihai hedef olsa da hâkim teşebbüsün bu yöndeki davranışları rekabet karşıtı amaç yahut etkiler taşıyabilir¹⁵⁹. Bu nedenle düşük fiyatlandırmanın rasyonel olanı ile rekabet karşıtı olanı arasındaki ayırımın yapılması önem arz etmektedir.

İndirim sistemlerinin, üst piyasada faaliyette bulunan sağlayıcının alt piyasada faaliyette bulunan müşterisine yönelik olarak gerçekleştirdiği uygulamalar olması nedeniyle bu tür uygulamaların rekabet karşıtı etkilerinin daha fazla alt piyasada olduğundan söz edilebilecektir¹⁶⁰. Dolayısıyla bu uygulamaları TFEU m. 102/2 (c)

¹⁵³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 69.

¹⁵⁴ Jones, Sufrin, *a.g.e.*, s. 481.

¹⁵⁵ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 72.

¹⁵⁶ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 46.

¹⁵⁷ Tekinalp, Tekinalp, *a.g.e.*, s. 451; Sanlı, *a.g.e.*, s. 301.

¹⁵⁸ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 69.

¹⁵⁹ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 46.

¹⁶⁰ Whish, Bailey, *a.g.e.*, s. 728; Gül, *a.g.e.*, s. 83.

ve RKHK m. 6/2 (b) kapsamında ele almak uygun görünmektedir. İndirim sistemlerinin sağlayıcının faaliyette bulunduğu piyasada rekabet karşıtı etkisinin olduğu hallerde ise TFEU m. 102/2 (b) ve RKHK m. 6/2 (a) bendinin uygulanması mümkün görünmektedir. Nitekim bu uygulamalar yoluyla hâkim durumdaki sağlayıcının faaliyette bulunduğu üst piyasadaki diğer teşebbüsler, hâkim teşebbüsle rekabet edemeyip belirli bir zaman sonra piyasadan çıkmak zorunda kalabilirler. İşte esasen bu durumda indirim sistemlerinin dışlayıcılık etkisi ortaya çıkar¹⁶¹.

İndirim sistemleri hedef indirimi, miktar indirimi, inhisari alım ve belirli müşterilere yönelik indirim şeklinde farklı biçimlerde ortaya çıkabilir¹⁶². Hedef indiriminde müşterinin bir önceki yıl yapmış olduğu alım miktarına göre bir hedef belirlenir ve indirim hedeflenen miktarın aşılması sonucunda uygulanır¹⁶³. Hedef indirimi uygulamasında, müşterileri bir önceki yıl yaptıkları alım miktarını aşmaları ve daha fazla ürün almaları yönünde bir teşvik etme olduğu için bu indirim türünün genellikle rekabet karşıtı olduğu söylenebilir¹⁶⁴. Miktarla ilişkin indirimde, müşterinin belirli bir dönem boyunca vermiş olduğu siparişler dikkate alınmaz ve her bir sipariş miktarı üzerinden indirim yapılır¹⁶⁵. Satın alma koşulunun belirli bir dönem ile sınırlanmadığı indirim uygulamasında alıcılar üzerinde referans dönemin sona ermesinden kaynaklanan indirimi kaybetme riski bulunmayacağı için yıkıcı fiyata dönüşmemesi kaydıyla bu indirimlerin rekabet karşıtı olmayacağını söylemek mümkündür. Sağlayıcı, müşterinin satın alma miktarına göre kendi maliyetinde olacak düşüşü müşteriye yansıtmaktadır. Dolayısıyla münhasıran her alım miktarı üzerinden yapılan indirimlerin rekabet karşıtı olmadığı söylenebilir. İnhisari alıma ilişkin indirim ise müşterinin bütün alımlarını sağlayıcıdan yapması koşuluyla uygulanan indirimdir. Performansa dayalı olmaktan uzak olan ve amacın alıcının sağlayıcıya bağlanması olduğu bu indirim türünün rekabet karşıtı olduğu ise açıkça görülmektedir¹⁶⁶. Belirli müşterilere yönelik indirimler ise kendilerine ayrıcalık

¹⁶¹ Yiğit, *a.g.e.*, s. 150.

¹⁶² Karar Sayısı: 09-60/1490-379, Karar Tarihi: 23.12.2009, www.rekabet.gov.tr.

¹⁶³ Yiğit, *a.g.e.*, s. 151.

¹⁶⁴ Sanlı, *a.g.e.*, s. 266; Yiğit, *a.g.e.*, s. 151.

¹⁶⁵ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 47.

¹⁶⁶ Gül, *a.g.e.*, s. 84.

tanınmadığı durumda taleplerini başka teşebbüslere kaydırabilme ihtimali olan müşteriler için uygulanan indirimlerdir. Sağlayıcı bu müşterilerin rakip teşebbüslere yönelmelerini engellemek için indirim yapmakta ve dolayısıyla sağlayıcı düzeyindeki rekabeti sınırlandırma riskini taşıdığı söylenebilecektir¹⁶⁷.

Kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilecek olan indirim sistemleri ve/veya primler doktrinde genel olarak “hedef indirimi” ve “sadakat indirimi” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir¹⁶⁸.

2. Hedef İndirimi

Hedef indirimi tedarikçi konumunda bulunan hâkim teşebbüsün müşterilerine belirli satış hedefleri vermesi ve bu hedeflere ulaşılması durumunda, takip eden dönemdeki siparişlerinde indirim hakkı kazanacağını öngörmesini ifade etmektedir¹⁶⁹. Hedef indirimleri bu yönüyle miktar indirimlerinden ayrılmaktadır çünkü hedef indirimleri hâkim teşebbüs tarafından her bir müşteri için ayrı ayrı tespit edilmekle sübjektif bir özellik göstermekteyken, miktar indiriminde indirim miktarı objektif bir şekilde alıcı tarafından satın alınan ürün miktarına göre belirlenmektedir.

Hedef indirimleri genellikle yıllık olarak belirlenen bir hedefe ulaşılması durumunda yapılan bir indirim türüdür¹⁷⁰. Hedef indirimleri kapsamına göre geriye dönük ve üst dilim indirimleri şeklinde ikiye ayrılmaktadır¹⁷¹. Müşterinin indirim hedefini yakalaması halinde ilgili dönemde indirim sunan teşebbüsten yaptığı tüm alımlar için indirim kazanılabildiği sistem geriye dönük indirim sistemi iken, yalnızca indirim hedefinin üzerindeki alımları için indirim kazanılabildiği sistem ise üst dilim indirim sistemidir.

¹⁶⁷ Karar Sayısı: 09-60/1490-379, Karar Tarihi: 23.12.2009, www.rekabet.gov.tr.

¹⁶⁸ Whish, Bailey, *a.g.e.*, s. 729; Jones, Sufrin, *a.g.e.*, s. 484; Aslan, *a.g.e.*, s. 489; Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 48; Aşçıoğlu Öz, *a.g.e.*, s. 134, Yiğit, *a.g.e.*, s. 152; Ercüment Erdem, “Rekabet Hukukunda Hâkim Durumdaki Teşebbüs Tarafından Uygulanan İndirim Sistemleri”, Mayıs 2012, (Çevrimiçi) <http://www.erdem-erdem.com/articles/rekabet-hukukunda-hakim-durumdaki-tesebbus-tarafindan-uygulanan-indirim-sistemleri/>, Erişim Tarihi: 28.07.2014.

¹⁶⁹ Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 53.

¹⁷⁰ Aslan, *a.g.e.*, s. 489.

¹⁷¹ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 70.

Geriye dönük indirimlerin rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açması, indirim hedefinin kişiselleştirilmiş olduğu, indirim oranının ve indirim hedefinin müşterinin referans dönemdeki toplam talebi içerisinde önemli bir yer tuttuğu ve özellikle de hâkim teşebbüsün rakiplerinin her bir müşterinin tamamı için kendisi ile eşit koşullarda rekabet edemedikleri durumlarda söz konusu olmaktadır¹⁷². Eğer bir müşteri talebinin bir kısmını her halde hâkim teşebbüsten karşılamak zorunda ise rakipler bu müşterinin talebinin tamamı için hâkim teşebbüsle eşit koşulda rekabet edemeyecektir. Yani hâkim teşebbüs, bu müşteriye yönelik geriye dönük bir indirim uyguladığında, ürünün fiyatını maliyetinin altına düşürmese bile eşit etkinlikteki rakiplerin bu müşteriye satış yapmasını engelleyebilir. Şöyle ki, hâkim teşebbüsün indirim uygulaması karşısında rakip teşebbüsler referans dönemdeki talebinin rekabete kapalı kısmını her halde hâkim teşebbüsten karşılayacak olan müşteriye, talebinin açık kısmı için hâkim teşebbüsün indirimli fiyatları düzeyinde bir fiyat sunsalar bile müşteri, hâkim teşebbüsten yaptığı alımlara yönelik indirimini kaybetmemek için en azından indirim hedefini yakalayacağı noktaya kadar hâkim teşebbüsten alım yapmaya devam edecektir. Böyle bir durumda, rakip teşebbüslerin müşteriye kendilerinden alım yapmaya ikna edebilmeleri için hâkim teşebbüsün indirimini karşılayacak bir fiyat sunması gerekmektedir. Bu nedenledir ki Rekabet Kurulu geriye dönük indirimlere ilişkin incelemesini indirim sistemi karşısında eşit etkinlikteki rakiplerin ilgili müşterinin talebinin rekabete açık kısmı için hâkim teşebbüsle etkin bir şekilde rekabet edip edemeyeceklerini araştırmaktadır.

Üst dilim indirimleri ise satışların sadece belirli bir kısmında düşük fiyatların uygulandığı bir fiyatlama stratejisi olarak ele alınabilir. Rekabet Kurulu, üst dilim indirimlerinin değerlendirilmesinde indirim hedefinin üzerindeki birimler için eşit etkinlikteki rakiplerin rekabetten dışlanıp dışlanmadığını incelemektedir.

Hedef indirimleri tüm müşteriler için geçerli ve standart olduklarında çoğu zaman rekabet karşıtı etki doğurmazlar. Fakat her bir müşterinin talebine göre kişiselleştirilmiş olduklarında rekabet karşıtı etki doğurmaları söz konusu olmaktadır. Ticaret hayatında, kişiselleştirilmiş satın alma hedefleri çeşitli şekillerde formüle edilebilmektedir. Bu hedefler müşterinin belirli bir dönemdeki toplam talebine göre

¹⁷² Hâkim Durum Kılavuzu, par. 75.

belirlenmiş bir miktar hedefi olabileceği gibi, müşterinin belirli bir dönemde yapacağı talebin belirli bir oranı veya geçmiş referans dönemde yapmış olduğu alımların belirli bir oranı şeklinde formüle edilebilmektedir. Burada belirtilmesi gereken bir husus ise, tüm müşteriler için geçerli olan bir satın alma hedefi, belirli müşteriler bakımından kişiselleştirilmiş bir satın alma hedefi ile aynı işleve sahipse bu müşteriler bakımından söz konusu hedef kişiselleştirilmiş olarak kabul edilecektir.

Ancak bu indirim sistemi objektif olmadığı için dışlayıcılığın yanında özdeş işlemler için satıcıları farklı koşullara tabi tutma durumu da söz konusu olmaktadır. Diğer yandan, hedef indirimleri müşteriye seçme özgürlüğünden mahrum bırakarak hâkim konumdaki sağlayıcıya bağlamaktadır çünkü müşteri kendisine koyulan hedefi yakalayabilmek için başka sağlayıcılardan ürün temin etme noktasında geri durmak zorunda kalabilmekte hatta ihtiyacı olmadığı halde indirimden faydalanabilmek için fazla ürün almakta ve bunları stoklamak zorunda kalabilmektedir. Teşebbüslerin fazladan ürün alıp bunları stoklaması bilindiği üzere piyasadaki ticaret oranını azaltan bir uygulama olduğu için rekabetin düzgün işlemesini de engellemektedir¹⁷³.

AB Komisyonu 102. madde Kılavuzu'nda "şartlı indirimler" başlığı altında indirim sitemlerinin durumunu incelemiştir¹⁷⁴. Komisyon'nun: "*Şartlı indirimler, müşterilere belirli bir satın alma davranışı karşılığında uygulanan indirimlerdir. Genel olarak belirli bir referans dönem için belirlenen bir hedefin aşılması sonucunda kazanılan bu indirimler, geriye dönük olarak referans dönem süresince yapılan tüm alımlar üzerinden hesaplanabileceği gibi yalnızca hedefin üzerindeki alımlar üzerinden de hesaplanabilmektedir.*" şeklinde ifade etmiş olduğu şartlı indirimler görüldüğü üzere hedef indirimiyle aynı anlama gelmektedir. Komisyon, bu tür indirimlerin, müşterilerin bağlanması amacına yönelik olduğu fakat esasında bu durumun tüketicinin yararına sonuçlar da doğurabileceği gibi piyasayı kapatıcı etkileri de olabileceğini de ifade etmiştir. Bunun nedeni ise geçmişe yönelik indirimlerin, indirimleri kaybetmek tehlikesiyle karşı karşıya kalan müşterilerin başka teşebbüslere yönelmek istememesidir. Nitekim indirim sisteminde yer alan hedefler ve indirim oranlarının yükselmesi ilgili ürüne ilişkin rekabetin dışlanmasına

¹⁷³ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 54.

¹⁷⁴ 102. madde Kılavuzu, par. 37.

neden olmaktadır¹⁷⁵. Komisyon, hedef indirim sisteminin rekabete olan etkisinin maliyet analizlerine dayalı olarak belirlenmesi gerektiğini ve uygulanan sistemin kişisel yahut objektif olup olmadığının da dikkate alınacağını dile getirmiştir. Genel olarak ifade edilecek olursa maliyet analizinde kullanılan standart ise indirimin uygulanması sonucunda ulaşılan fiyatın OKM'den aşağı olduğu durumlarda piyasada kapama etkisinin görüleceği şeklindedir¹⁷⁶.

Hâkim Durum Kılavuzu'nda da geriye dönük indirimin rekabet karşıtı olup olmadığının tespit edilmesinde fiyat-maliyet analizinin yapılacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede, hâkim teşebbüs tarafından uygulanan geriye dönük indirim karşısında, müşteri talebinin rekabete açık kısmı için rakiplerin teklif etmesi gereken fiyatın yani "etkin fiyat"ın, UDOAM'ın üstünde olması, eşit etkinlikteki rakiplerin hâkim teşebbüs ile etkin rekabet edebilmesinin mümkün olduğu anlamına gelecektir. Etkin fiyatın OKM'nin altında olduğunun tespit edilmesi halinde ise uygulanan indirim sisteminin, eşit etkinlikteki rakipleri rekabetten dışladığı kabul edilir. Etkin fiyatın OKM ile UDOAM arasında olması durumunda ise eşit etkinlikteki rakiplerin piyasaya girişinin yahut piyasada büyümesinin indirim sisteminden olumsuz etkilenip etkilenmediğinin araştırılması yapılır. Eğer rakiplerin uygulanan indirim sistemine karşı koyabilecekleri etkili ve gerçekçi karşı stratejiler varsa eşit etkinlikteki rakiplerin rekabetten dışlanmadığı sonucuna ulaşılır.

Rekabet Kurulu ise Hâkim Durum Kılavuzu'nda hedef indirimine ilişkin olarak "tek ürün indirimi" ve "paket indirimi" şeklinde ikili bir ayırım yapmaktadır. Dolayısıyla kanımızca da hedef indirimini iki gruba ayırmak suretiyle incelemek uygun görülmektedir.

a. Tek Ürün İndirimi

Hâkim Durum Kılavuzu'nda hedef indirim sisteminin sınıflandırılmasına ilişkin temel ayırımdan ilki tek ürün indirimidir. Adı geçen kılavuz uyarınca herhangi

¹⁷⁵ 102. madde Kılavuzu, par. 40.

¹⁷⁶ 102. madde Kılavuzu, par. 44.

bir indirimin kazanılabilmesi tek bir ürünün satın alınmasına bağlanmış ise tek ürün indiriminden söz edilecektir.

Tek ürün indirimlerinin tipik özelliği, indirim sisteminde yer alan satın alma koşulunun referans dönem içerisinde yerine getirilmesinin zorunlu olmasıdır, aksi takdirde indirim hak kazanılamamaktadır. Bu şekildeki tek ürün indirimleri rekabeti kısıtlayıcı etki doğurur. Satın alma koşulunun belirli bir dönem ile sınırlanmadığı tek ürün indirimleri, indirim miktarı yıkıcı fiyat oluşturmadığı müddetçe rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmayacağı için hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyecektir.

b. Paket İndirimi

Hâkim Durum Kılavuzu'nda hedef indirim sisteminin sınıflandırılmasına ilişkin temel ayırmadan ikincisi paket indirimidir. Adı geçen kılavuz uyarınca herhangi bir indirimin kazanılabilmesi birden çok ürünü ve piyasayı kapsıyor ise paket indiriminden söz edilecektir. Çok ürünlü indirim ya da karışık paketleme olarak da adlandırılabilen bu indirim şeklinde, ürünler ayrı ayrı da satışa sunulabilmektedir. Fakat ürünler ayrı ayrı satıldığında, ürünlerin toplam fiyatı paket olarak satılması halinden daha yüksek olmaktadır. Hâkim teşebbüsün satış yaptığı müşterilerin belirli bir dönemde en az iki farklı ürün yahut piyasadan belirli miktarlarda alım yapmasına bağlı olarak sunulan indirimler de bu kapsama girmektedir.

Rekabet Kurulu'nun paket indiriminin rekabeti kısıtlayıcı etkisine yönelik değerlendirmesi, hâkim teşebbüsün sunduğu pakete, rakiplerinin tek başlarına yahut diğer rakiplerle birlikte makul alternatif bir paket sunarak rekabet edebilmesinin mümkün olup olmamasına göre değişmektedir çünkü eğer paketler arası rekabet mümkün ise ortaya çıkması muhtemel rekabeti kısıtlayıcı etkiler, yıkıcı fiyatlamayla benzer olacaktır.

Paketin tamamı için yapılan indirimin, paket içerisindeki ürünlerden herhangi birisine atfedilmesi söz konusuysa, bu ürün için elde edilen etkin fiyatın ilgili ürüne ilişkin UDOAM'den düşük olması, hâkim teşebbüse eşit etkinlikteki rakiplerin rekabetten dışlanacağı anlamına gelir. Paket satışlarda söz konusu olan ürün için

etkin fiyat, ürünün tek başına satış fiyatından, paketin tamamı için yapılan indirimin çıkarılması ile elde edilir.

3. Sadakat İndirimi

Sadakat indirimi, sağlayıcı konumundaki hâkim teşebbüsün, müşterilerinin ihtiyaçlarının tamamını yahut tamamına yakın bir kısmını kendisinden temin etmesi karşılığında sağladığı indirimleri ifade etmektedir.

Sadakat indirimleri hem müşteriler arasında ayrımcılığa neden olması hem de sağlayıcının kendi rakiplerini dışlayıcı özelliğe sahip olması yönüyle hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilebilir¹⁷⁷. Örneğin, aynı sağlayıcıdan aynı miktarda alım gerçekleştiren iki teşebbüsten birisi aynı ürüne ilişkin olarak başka bir sağlayıcı ile de ticari ilişkide bulunuyor ise sadakat indiriminden faydalanamayacağı için rekabette dezavantajlı duruma düşecektir¹⁷⁸. Yani sadakat indirimi, piyasaya yeni girecek olan teşebbüslere yönelik olarak önemli bir giriş engeli oluşturması ve piyasada mevcut durumda faaliyette bulunan teşebbüsleri piyasa dışına itecek olması dolayısıyla rekabete ilişkin iki olumsuz etki barındırmaktadır¹⁷⁹.

Hâkim teşebbüs sadakat indirimi uygulamak suretiyle, gelecek dönemde yapması gereken üretimini sağlıklı olarak planlama, piyasada karşılaşılabileceği yetersiz talep sorununu aşma gibi faydalar da sağlayabilecektir¹⁸⁰.

“İngiliz Klozu” adı verilen uygulama da sadakat indirimi bünyesinde değerlendirilebilmektedir. Hâkim teşebbüsün alıcılarıyla arasında düzenlediği sözleşmelere koymuş olduğu bu hüküm, hâkim teşebbüsün müşterilere başka bir sağlayıcı tarafından yapılan tekliflerin aynısını önerme imkânını vermektedir¹⁸¹. Bu sayede hâkim teşebbüs hem alıcısını kaybetmemiş olmakta hem de rakibinin piyasa payını arttırabilme imkânını elinden alabilmektedir.

¹⁷⁷ Jones, Sufrin, a.g.e., s. 484; Aslan, a.g.e., s. 489.

¹⁷⁸ Aslan, a.g.e., s. 489.

¹⁷⁹ Aslan, a.g.e., s. 490.

¹⁸⁰ Gül, a.g.e., s. 84.

¹⁸¹ Ulaş Kısa, a.g.e., s. 50.

AB Komisyonu hedef indirimine kıyasla sadakat indiriminin rekabeti kısıtlayıcı ve de piyasayı kapatıcı etkisinin daha fazla hissedilir olduğunu ve rakip teşebbüslerin sadakat indirimleri karşısında hâkim teşebbüs ile aynı koşullarda yarışma imkânına sahip olmadığını belirtmiştir¹⁸².

4. Uygulamada İndirim Sistemleri

İndirim sistemlerine yönelik AB uygulamasını iki ayrı dönemde incelemek mümkün görünmektedir. Bu dönemler 102. madde Kılavuzu öncesi ve sonrası şeklindedir. İlk dönemde, Komisyon ve AB mahkemelerinin indirim sistemlerine yaklaşımı sadakat yaratıcı olup olmadığını inceleme şeklinde olmuş ve katı bir yaklaşım sergilenmiştir.

AB uygulamasında, sadakat indiriminin ihlal teşkil ettiğinin tespit edildiği ilk karar Suiker Unie/Komisyon kararıdır¹⁸³. Karara konu olan olayda, şeker üreticisi ve hâkim durumda bulunan bir grup olan SZV'nin müşterilerine alımlarının tamamını kendisinden karşılamaları koşuluyla prim verme uygulaması incelenmiştir. İncelenen bu prim sisteminde, hâkim teşebbüsün rakiplerinin alıcılara daha yüksek oranlarda teklif vermiş olmalarına rağmen SZV ile yarışmadıklarını çünkü kendi tekliflerinin alıcılara cazip gelmediği ortaya çıkmıştır. Adalet Divanı tarafından da onaylanan bu kararda sadakat yaratan indirim sistemlerinin başka sağlayıcılardan ürün talep edilmesinin önüne geçtiği ve bu yolla hâkim teşebbüsün durumunu güçlendirdiği ifade edilmiştir.

Komisyon'un, sadakat indirimi kavramının hedef indirimini de kapsayacak şekilde genişletmiş olduğu ve hedef indiriminin TFEU 102. maddeye aykırılık teşkil ettiğini tespit ettiği bir kararı Michelin/Komisyon kararıdır¹⁸⁴. Karara ilişkin olayda, Michelin grubunun Hollanda'da faaliyette bulunan Michelin NV'nin kendisinden lastik satın alan müşterilerine %0,2 ila %0,4 oranında değişen bir oranda ve bir

¹⁸² 102. madde Kılavuzu, par. 39.

¹⁸³ Case 40/33- 48/73, Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v Comission (1975) ECR 1663, www.eur-lex.europa.eu.

¹⁸⁴ Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities, Case 322/81, <http://eur-lex.europa.eu>.

önceki yılda yapmış oldukları alımlara göre hesaplanan bir indirim uygulamaktadır. Bu indirim sisteminin özelliği ise müşterinin, belirlenmiş olan yıllık satış hedefini tutturması sonucunda indirim hakkı kazanmasıdır. Komisyon, bu şekildeki bir indirim sisteminin Hollanda piyasasında hâkim durumda bulunan Michelin NV'nin, lastik satışı yapan teşebbüslere objektif kriterlere dayalı olmayan, eşit işlemlere farklı koşullar uygulaması ve bu teşebbüsleri kendisine bağlamaya çalışmasını TFEU 102. madde ihlali olarak değerlendirmiştir. Konu önüne gelen Genel Mahkeme de hedef indirime yönelik değerlendirmede bulunmuş ve bunun hâkim durumun kötüye kullanılması olduğunu belirtmiştir. Genel Mahkeme, Michelin NV'nin uygulamış olduğu hedef indirim sisteminin, alıcılar üzerinde baskı oluşturduğunu, sağlayıcı konumundaki diğer rakip teşebbüslerin Michelin NV'nin uygulamış olduğu indirim oranlarını bilmediğini (çünkü ortada buna ilişkin yazılı hiçbir veri bulunmamaktadır) kaldı ki bilseler bile müşterilere Michelin NV ile aynı oranda bir indirim sunmalarının her durumda mümkün olmadığını ve bu hedef indirim sisteminin mevcut ve potansiyel rekabeti sınırladığı sonucuna ulaşmıştır.

102. madde Kılavuzu öncesi döneme ilişkin son karar ise Michelin II/Komisyon kararıdır¹⁸⁵. Bu karar ile sadakat indirim kavramı standart miktar indirimlerini de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Komisyon, Michelin tarafından uygulanan bir yıllık dönemi kapsayan ve ulaşılan dönemdeki oranın tüm alımlara uygulanması yani artan oranlı standart miktar indirimlerini hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Bu şekilde bir değerlendirmenin altında yatan neden ise referans alınan sürenin bir yıl olması ve indirim oranının referans dönem boyunca yapılan tüm alımlara uygulanması suretiyle sadakat doğurucu bir etkinin ortaya çıkması olmuştur.

Komisyon 102. madde Kılavuzu sonrası dönemde indirim sistemlerine etki-bazlı bir yaklaşım benimsemiş ve hâkim durumdaki teşebbüsün tüm rakiplerinin değil sadece ona eşit etkinlikteki rakiplerin korunmasına yönelik değerlendirme yapma prensibini benimsemiştir. Yani hâkim teşebbüsün indirimleri sonucunda piyasanın rekabete açık kısmının en az hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin çalışan

¹⁸⁵ Case 203/1 Manufacture Francais des Pneumatiques Michelin v Commission (2003) ECR II-4071, www.eur-lex.europa.eu.

rakiplerine kapatılıp kapatılmadığı tespit edilip buna göre ihlal kararı verilmektedir. Komisyon'un yeni yaklaşımı Intel/Komisyon kararında görülmektedir¹⁸⁶. Komisyon bu kararında, Intel'in "x86 işlemcileri (CPU)" olarak adlandırılan bilgisayar çipleri piyasasındaki rakiplerini dışlamaya yönelik rekabete aykırı uygulamalarının TFEU 102. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Komisyon olayda, "x86" işlemcilerine ilişkin dünya piyasasında %70 piyasa payı ile hâkim durumda bulunan Intel'in, Acer, Dell, HP, Lenovo ve NEC gibi bilgisayar üreticilerine, "x86" işlemcilere ilişkin ihtiyaçlarının tamamı veya neredeyse tamamına yakını kendisinden karşılamaları şartıyla gizli indirimler uyguladığını tespit etmiştir. Rekabete aykırı uygulamaların indirimler ve doğrudan ödemeler ile gerçekleştiğini tespit etmiştir. Bu kararda maliyet analizleri yapılmış ve hâkim teşebbüs kadar etkin çalışan rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin engellendiği, teknik yeniliklerin zayıfladığı ve tüketicinin bundan zarar gördüğü tespit edilmiştir.

Rekabet Kurulu ise genel olarak, indirim sistemlerinin piyasadaki etkisi üzerine vurgu yapmakta ve bu indirimlerin münhasırlık yaratıp yaratmadığı üzerinde durmaktadır. Kurul, AB uygulamasıyla aynı doğrultuda gelişen yaklaşım neticesinde son dönemlerde vermiş olduğu kararlarında 102. madde Kılavuzu'nda benimsenmiş olan belirli ilkeleri esas almaya başlamıştır. Doğan Yayın Holding'e ilişkin vermiş olduğu kararı ise bu anlamda indirim sistemlerinin incelenmesine ilişkin en kapsamlı olanıdır¹⁸⁷. Habertürk Gazetesinin şikayeti üzerine ele alınan olayda, Doğan Yayın Holding'in sahibi olduğu Hürriyet, Milliyet, Posta, Vatan, Radikal ve Fanatik gazetelerinin reklam yeri piyasasındaki hâkim durumunu, indirim sistemleri ve medya planlama/satın alma (MPSA) firmalarıyla kurmuş olduğu sözleşmeler yoluyla kötüye kullanması incelemeye alınmıştır. İncelemede uygulanan indirim sistemlerinin sadakat yaratıcı bir yönünün ve rekabet karşıtı piyasa kapamanın söz konusu olup olmadığı incelenmiştir. Kararda Doğan Holding'in uygulamalarının pek çoğunun geriye dönük olmak üzere artan oranlı ve kişiselleştirilmiş olduğunu, referans dönemlerin bir yıl gibi uzun bir süreyi kapsadığını, bunun ise müşteriler ve rakipler için telafi edilmesi zor geçiş maliyetlerine sebep olduğu ortaya koyulmuştur.

¹⁸⁶ Case T-286-09 Intel v Commission, OJ 2009 C 220/41, www.eur-lex.europa.eu.

¹⁸⁷ Karar Sayısı: 11-18/341-103, Karar Tarihi: 30.03.2011, www.rekabet.gov.tr.

Sonuç olarak bu özellikteki indirim sistemlerinin sadakat yaratıcı, eşit etkinlikteki rakipler için piyasa kapatıcı nitelikte olması ve tüketiciye zarar vermesinin kuvvetle muhtemel olması dolayısıyla ihlal kararı verilmiştir.

G. Bağlayıcı Anlaşmalar

1. Genel Olarak

Ticaret hayatında faaliyette bulunan teşebbüslerin daha fazla kâr elde etme amacına yönelik olarak ürün yelpazelerinde bulunan her bir üründen daha fazla satmak istemeleri rasyonel bir davranış olarak görülmektedir¹⁸⁸. Ancak teşebbüslerin ürün yelpazelerinde yer alan her bir ürüne ilişkin talebin aynı oranda yüksek olması ihtimali oldukça düşüktür¹⁸⁹. Bu nedenle teşebbüsler talebi yüksek olan ürünün yanında diğer ürünlerin satışını yapmak ihtiyacı duyarlar.

“Bağlama”, genel olarak, hâkim durumdaki bir teşebbüsten bağlayan ürünü satın alan müşterinin bağlı ürününü de satın almasını gerektiren durumları ifade eder¹⁹⁰. Hukuk ve iktisat literatüründe “bağlama anlaşmaları” olarak anılan ise satıcı bir teşebbüsün yüksek oranda tercih edilen bir ürününün satışını doğrudan başka bir ürünün alımına bağlamasıdır¹⁹¹. Bağlama anlaşmalarında alıcı tarafından esas olarak talep edilen birinci ürüne “bağlayan ürün”, bu ürünle birlikte alımı zorunlu kılınan ikinci ürüne ise “bağlı ürün” adı verilmektedir¹⁹². Doktrinde¹⁹³ “ek yükümlülük koymak” şeklinde de ifade edilmekte olan bu uygulama, hem hâkim durumda olan

¹⁸⁸ Kürşat Ünlüsoy, *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s. 5.

¹⁸⁹ Ünlüsoy, *a.g.e.*, s. 5.

¹⁹⁰ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 82; bağlayıcı anlaşma yasağı uyarınca bağlı ürünün mutlaka hâkim teşebbüsten sağlanması zorunlu değildir, hâkim teşebbüsün yönlendirdiği bir başka teşebbüsten sağlanması da madde uygulamasını bakımından yeterli görülmektedir. Bkz. Yiğit, *a.g.e.*, s. 168; Ulaş Kısa, *a.g.e.*, s. 78.

¹⁹¹ Bu tanımdaki ürün terimi mal ve hizmetleri, satım ve alım terimleri ise kiralama gibi farklı ticari işlemleri kapsamaktadır. Bkz. Ünlüsoy, *a.g.e.*, s. 5.

¹⁹² Karar Sayısı:03-06/59-21, Karar Tarihi: 23.01.2003, www.rekabet.gov.tr.

¹⁹³ Aslan, Rekabet Kurulu tarafından kullanılmakta olan “bağlayıcı anlaşma, bağlama” kavramının karışıklığa yol açabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. Nitekim borçlar hukuku bakımından bağlayıcı anlaşma kavramının, tarafları bağlayan ve hukuki sonuç doğurmaya uygun sözleşme anlamında olduğu, fakat rekabet hukukunda bunu ifade etmediği, bu nedenle ek yükümlülük kavramının benimsenmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir. Bkz. Aslan, *a.g.e.*, s. 495; Sanlı, *a.g.e.*, s. 269.

teşebbüs hem de hâkim durumda olmayan teşebbüsler tarafından müşterilere daha iyi ya da daha ucuz ürünler sunabilmek amacıyla yaygın olarak uygulanan ve çoğu zaman rekabet karşıtı etki doğurmayan ticari bir uygulamadır¹⁹⁴. Bu uygulama, teşebbüslerin üretim ve dağıtımda maliyet avantajı, kalite güvencesi ve kalite kontrolü gibi iktisadi faydalar sağlayabilmektedir¹⁹⁵. Fakat bu anlaşmalar hâkim teşebbüs tarafından uygulandığı kimi hallerde rekabeti dışlayıcı sonuçlar doğurabilmektedir. Nitekim, hâkim teşebbüslerce rakipleri dışlama, piyasayı bölme, gerçek fiyatı gizleme veya fiyata yönelik algıyı yönetme gibi amaçlara yönelik olarak da kullanılabilir¹⁹⁶. Bu nedenle, RKHK 6. maddesinde düzenlenmiş olan kötüye kullanma hallerinden bir diğeri “*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*” şeklinde ifade edilmiş olan bağlayıcı anlaşmalardır.

Bağlayıcı anlaşmaların kötüye kullanma teşkil edeceği TFEU 102. maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. İlgili düzenleme: “*Sözleşmelerin kurulmasını, bu sözleşmelerin konusuyla ne nitelik ne de ticari teamül bakımından ilgisi bulunan ek yükümlülüklerin diğer tarafça kabul edilmesi şartına bağlanması*” şeklinde ifade etmiş olduğu bağlayıcı anlaşmaları kanuna aykırı kabul etmiştir.

RKHK hükmü, TFEU’dan çok daha uzun bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, anlaşmanın niteliği ve ticari teamül kıstaslarına yer vermemiştir. Doktrinde bu eksikliğin, hükmü fonksiyon itibarıyla sakatladığı yönünde eleştiriler yapılmıştır¹⁹⁷. Bu görüş uyarınca, ilgili düzenlemenin amacı, hâkim teşebbüs tarafından, ekonomik olarak zayıf teşebbüslere sözleşme özgürlüğüne aykırı olarak

¹⁹⁴ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 83.

¹⁹⁵ Erdem Aktekin, Microsoft Davaları Işığında Yazılım Pazarında Bağlama Uygulamalarına Yaklaşım ve Öneriler, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 118, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 13.

¹⁹⁶ Barış Ekdi, “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010), Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 451 vd.

¹⁹⁷ Sanlı, a.g.e., s. 268.

dayatılan istismarcı uygulamaların önüne geçilmesi yani müşterinin ticari özgürlüğünün güvence altına alınması olduğu için, ticari teamül ve anlaşmanın niteliği kıstası kötüye kullanmanın tespitinde belirleyici rol oynayacaktır¹⁹⁸. Dolayısıyla RKHK 6. madde düzenlemesinin bu haliyle kötüye kullanma teşkil etmeyen bir takım halleri kapsamına alabileceği yahut kötüye kullanma teşkil eden bir takım halleri de kapsam dışı bırakabileceği ifade edilmektedir¹⁹⁹. Ancak belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, aynı nitelikte bir düzenlemeyi içeren RKHK 4/(2) f bendinde anlaşmanın niteliği ve ticari teamül kıstasına yer verilmektedir. Buradan hareketle, RKHK 6. maddesinde bu kıstasa yer verilmemesinin bilinçli bir tercihin ürünü olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir²⁰⁰. Kanımızca, burada kanun koyucunun bilinçli bir şekilde anlaşmanın niteliği ve ticari teamül kıstasını koymadığını söylemek mümkün değildir. RKHK 4. ve 6. maddelerinin amacı rekabeti, rekabet etmenin sonucu olarak doğal karşılanması gerekenden farklı olarak sınırlayan, engelleyen yahut ortadan kaldıran kısıtlamaların önüne geçilmesi yani rekabet düzeninin korunmasıdır. Dolayısıyla, rekabetin gereği olan bağlama anlaşmalarının kötüye kullanma olarak nitelenip yasaklanabileceği sonucuna ulaşmak doğru olmayacaktır. Aynı şekilde doktrinin bir bölümü tarafından ileri sürüldüğü gibi, hali hazırdaki madde metninin sadece başka bir malın satın alınması, teşhiri veya tekrar arzı ile ilgili sınırlamaları düzenlemiş olduğu, bu nedenle daha farklı sınırlamalar öngörmeyi kapsamı dışında bıraktığı²⁰¹ sonucuna varmak da mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, ilgili düzenlemenin, RKHK m. 4/2 (f) bendi ve TFEU m. 102/2 (d) bendi gibi okunması ve anlaşmanın niteliği ve ticari teamül kıstası madde metninde varmış gibi anlaşılması gerekmektedir²⁰².

Bağlayıcı anlaşmaların olası etkilerinden bir tanesi, bağlı ürün piyasasında piyasa kapamaya yol açılması nedeniyle tüketici zararını ortaya çıkarma

¹⁹⁸ Sanlı, *a.g.e.*, s. 268;

¹⁹⁹ Aslan, *a.g.e.*, s. 495; Sanlı, *a.g.e.*, s. 269.

²⁰⁰ Yiğit, *a.g.e.*, s. 167.

²⁰¹ Hâkim teşebbüsün kendisinden ürün alınmasını, yine kendisinin sunmakta olduğu başka bir ürünün servisi hizmetinin sağlanmasına bağlanması koşulunun madde kapsamı dışında olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Aslan, *a.g.e.*, s. 495; Sanlı, *a.g.e.*, s. 269.

²⁰² Aslan, *a.g.e.*, s. 494; Yiğit, *a.g.e.*, s. 167.

tehlikesidir²⁰³. Nitekim bağlama yoluyla hâkim teşebbüs, bağlı piyasada yeni giriş engelleri yaratabilmekte ve bu yolla mevcut ve potansiyel rakipleri piyasa dışına itebilmektedir²⁰⁴. Bağlı piyasada yaratılan giriş engelleri sonucu piyasanın kapanması hâkim teşebbüsün bu piyasada daha fazla kâr elde etmesini sağlayabileceği gibi bağlayan ürün piyasadaki hâkim durumun güçlenmesini ya da korunmasını sağlayabilmektedir²⁰⁵.

2. Paketleme Uygulamalarından Farkı

Rekabet hukuku ve iktisadı doktrinlerinde “bağlama anlaşmaları” ile “paket satış uygulamaları” farklı kavramları ifade etmektedir. Buna göre paketleme uygulamaları saf ve karışık olmak üzere iki türdür²⁰⁶.

Saf paketleme uygulaması iki ayrı ürünün bir arada ve sabit oranlarda satılmasını ifade etmektedir. Otomobilin bir direksiyon ve beş lastikle beraber satılması yahut ayakkabıların sağ ve sol ayak için olmak üzere bir çift olarak satılması saf paketleme için verilebilecek örneklerdir.

Karışık paketleme uygulanmasında ise iki farklı ürünün hem paket halinde hem de ayrı ayrı satılabilmesi söz konusudur²⁰⁷. Karışık paketleme uygulamasının özelliği ise ürünlerin ayrı ayrı satın alındığındaki fiyatının paket fiyatından yüksek olmasıdır²⁰⁸.

Bağlama uygulamaları ise statik, dinamik ve teknolojik olmak üzere üç farklı şekilde ele alınabilmektedir²⁰⁹.

Statik ürün bağlama uygulamasında bir ürünü (X) satın almak isteyen kişinin diğer bir ürünü (Y) de satın almasının şart koşulması söz konusudur²¹⁰. Yani (X)

²⁰³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 84.

²⁰⁴ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 84.

²⁰⁵ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 85.

²⁰⁶ Barry Nalebuff, “Bundling, Tying and Portfolio Effects Part I: Conceptual Issues” DTI Economic Papers No.1, Department of Trade and Industry, London, (Çevrimiçi) http://faculty.som.yale.edu/barrynalebuff/BundlingTyingPortfolio_Conceptual_DTI2003.pdf, Erişim Tarihi: 10.12.2014, s. 13; Karakılıç, a.g.e., s. 484.

²⁰⁷ Nalebuff, a.g.m., s. 14.

²⁰⁸ Nalebuff, a.g.m., s. 14.

²⁰⁹ Ekdi, Bağlama, s. 445 vd.

ürünü satın almak isteyen bir kişinin (Y) ürünü de satın alması gerekmektedir. Ancak (Y) ürününün (X) ürünü olmaksızın satın alınabilmesi mümkündür. Dolayısıyla müşterilerin ya (Y) ürünü tek başına yada (X) ve (Y) ürünlerini bir arada satın alması gerekmektedir. Bu sebeple bu çeşit uygulamalar paketleme olarak değil de ürün bağlama olarak adlandırılmaktadır²¹¹. Esas itibarıyla statik ürün bağlama uygulaması karışık paket uygulaması ile bir tür münhasırlığın birleşiminden meydana gelmektedir²¹². Örneğin²¹³, bir video oyunu olan Halo yalnızca Xbox formatında üretilmektedir. Bu oyunu satın almak isteyen müşterinin mutlaka Xbox donanımına da sahip olması gerekmektedir. Öte yandan Xbox donanımına sahip olunabilmesi için Halo oyununun da satın alınmasına gerek yoktur.

Dinamik ürün bağlama uygulamasında da (X) ürünü satın almak isteyen müşterinin (Y) ürünü de satın alması gerekmektedir. Ancak bu çeşit bağlama uygulamasında satın alınacak olan (Y) ürününün miktarının sabit olmaması ve kullanım miktarına göre bir müşteriden diğerine farklılık göstermesi söz konusudur²¹⁴. Bu kapsamda söz konusu olabilecek alternatifler (X-Y), (X-2Y), (X-3Y)... şeklinde olabilmektedir. Bu çeşit bağlama uygulamasının tipik örnekleri büro makineleri ve bunlarda kullanılması gerekli olan sarf malzemelerdir.

Teknolojik bağlama ise teknik veya mekanik olarak birbirine bağlanmış olan ürünlerin kolaylıkla birbirinden ayrılabilmesinin mümkün olmadığı durumları ifade etmektedir²¹⁵.

3. Unsurları

Rekabet Kurulu bağlamaya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında ve Hâkim Durum Kılavuzu'nda, bağlamanın söz konusu olabilmesi için dört unsurun bir arada bulunmasını aramıştır. Bu unsurlar; (1) iki farklı ürünün varlığı, (2) ürünlerin

²¹⁰ Nalebuff, *a.g.m.*, s. 15.

²¹¹ Nalebuff, *a.g.m.*, s. 15; Ekdi, *Bağlama*, s. 445; Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 133.

²¹² Ekdi, *Bağlama*, s. 445.

²¹³ Nalebuff, *a.g.m.*, s. 15.

²¹⁴ Nalebuff, *a.g.m.*, s. 16; Ekdi, *Bağlama*, s. 446; Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 133.

²¹⁵ Ekdi, *Bağlama*, s. 446.

bağlanması, (3) yeterli ekonomik güç ve (4) anlaşmanın rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin muhtemel olması şeklindedir.

a) İki Farklı Ürünün Varlığı

İlk bakışta birbirinden farklı olarak görünen ürünler birleştirilmiş tek bir ürün olabilirken, bunun tam tersi yani ilk bakışta tek bir ürünmüş gibi görünen ürünün esasında iki farklı üründen oluşması söz konusu olabilir. Ürünlerin birbirine bağlanmış olup olmadığının anlaşılmasında farklı standartlar mevcuttur. Hâkim Durum Kılavuzu'nda belirtildiği gibi 102. madde Kılavuzunda da ürünlerin ayrı kabul edilebilmesinin tüketici talebine bağlı olduğu yani bağlama anlaşmasının olmadığı durumda müşterilerin önemli bir bölümünün bağlı ürünü satın almadan yalnızca bağlayan ürünü satın alması durumu söz konusu ise, bu durumun ortada iki farklı ürün olduğuna gösterge teşkil ettiği kabul edilmiştir.

Bunun dışında, satılan ürünlerin birbirini tamamlayıcılık özelliği, bu ürünlerin birbiri açısından işlevi, ne şekilde kullanıldıkları ve bu ürünlerden birinin diğerinin mütemmim cüzü olup olmadığı gibi hususlar değerlendirmede önem taşımaktadır²¹⁶. Örneğin, bir otomobilin lastikleriyle birlikte satılması bağlama olarak kabul edilmezken, fotokopi makinasının satımında kağıdın da bu makinayla birlikte alınması zorunluluğu bağlama olarak kabul edilebilir²¹⁷.

b) Ürünlerin Bağlanması

Bağlama anlaşmasından söz edilebilmesi için ayrı ürünlerin bağlı satışının özellikle de müşterinin istemediği bir ürünü satın almaya zorlandığının ispat edilmesi gerekmektedir²¹⁸.

²¹⁶ Karar Sayısı: 06-61/822-237, Karar Tarihi: 07.09.2006, www.rekabet.gov.tr.

²¹⁷ Karar Sayısı: 06-61/822-237, Karar Tarihi: 07.09.2006, www.rekabet.gov.tr.

²¹⁸ Karar Sayısı: 03-06/59-21, Karar Tarihi: 23.01.2003, www.rekabet.gov.tr.

Bağlama iki farklı ürün olarak kabul edilebilecek olan ürünlerin entegre edilmesi şeklinde teknolojik bağlama yöntemiyle yapılabileceği gibi sözleşmesel bağlama yöntemiyle de yapılabilir²¹⁹.

c) Yeterli Ekonomik Güç

Bağlama anlaşmalarının yasaklanmasının nedenlerinden birisi, satıcı konumundaki hâkim teşebbüsün bir ürüne ilişkin sahip olduğu ekonomik gücünü diğer bir ürüne aktarmak istemesidir. Hâkim teşebbüsün bağlayan ürüne ilişkin gücünün, müşteriye istemediği bir alımda bulunmaya zorlayacak ve bağlı ürün piyasasında bir sınırlama yaratabilmesine yetecek bir güce sahip olması gerekmektedir²²⁰.

d) Anlaşmanın Rekabet Karşıtı Piyasa Kapama Etkisinin Muhtemel Olması

Bağlama anlaşmalarının bağlayan ürün piyasasında, bağlı ürün piyasasında yahut her iki ürün piyasasında rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açması mümkün olabilmektedir.

Hâkim Durum Kılavuzu'nda belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu hâkim teşebbüs tarafından kurulan bağlama anlaşmalarının rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmayacağını tespit etmektedir. Bağlama anlaşmalarının piyasa kapama etkisinin tespit edilmesinde ise adı geçen kılavuzun 26. paragrafında belirtilmiş olan kriterlere ek olarak; bağlama stratejisinin kalıcı hale getirilmiş olması, bağlamaya konu olan ürünlere ilişkin hâkim durumda bulunulması, bağlı ürünün üretiminin ölçek ekonomisi niteliği taşıması, bağlı ürünün bağlayan ürününün önemli bir tamamlayıcısı olması nedeniyle bağlı ürünün alternatif tedarikçilerinde bir azalma olması gibi haller dikkate alınmaktadır. Sözü geçen bu hallerin bulunması anlaşmanın piyasa kapama etkisinin muhtemel olduğuna işaret etmektedir.

²¹⁹ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 82.

²²⁰ Karar Sayısı: 03-06/59-21, Karar Tarihi: 23.01.2003, www.rekabet.gov.tr.

4. Uygulamada Bağlayıcı Anlaşma Örnekleri

AB rekabet hukuku uygulamasında hâkim durumun bağlayıcı anlaşmalarla kötüye kullanılmasına ilişkin olarak göze çarpan ilk karar Hilti/Komisyon kararı olmaktadır²²¹. Karara konu olan olayda, Eurofix ve Bauco firmaları, Hilti firmasının yapmış olduğu satışlarında, kendisinin üretmiş olduğu çivi kartuşlarını, bu kartuşlarda kullanılan çivilerle beraber alma şartını getirmek suretiyle piyasadaki rekabeti kısıtladığını iddia etmiştir. AB Komisyonu ise yapmış olduğu incelemede kartuşlar ve çivilerin farklı teşebbüsler tarafından farklı teknolojiler kullanılarak üretiliyor olması ve kartuş ve çivilerin bir arada kullanılabilmesinin yanında ayrı ayrı da kullanılabilmesinin imkân dahilinde olması nedeniyle farklı miktarlarda talep edilebilmesinin mümkün olduğunu tespit etmiş ve ilgili ürün piyasalarını; çivi tabancaları, Hilti markalı tabancalarla uyumlu çivi kartuşları ve bu kartuşlarla uyumlu çiviler olarak tanımlamıştır. Adalet Divanı tarafından da onaylanan Komisyon kararında, Hilti firmasının uygulaması yani çivilerin satışını (bağlı ürün), kartuşların satışına (bağlayan ürün) bağlaması, TFEU 102. madde kapsamında kötüye kullanma olarak nitelendirilmiştir.

Konuya ilişkin AB uygulamasında önemli bir yer teşkil eden diğer bir karar ise Microsoft (Windows Media Player)/Komisyon kararıdır²²². Sun Microsystems firmasının Microsoft'u Windows işletim sistemi ile tam uyumlu programlar yazılmasını sağlayacak bilgileri vermemesi gerekçesiyle AB Komisyonu'na şikâyet etmesi ile başlayan inceleme, Microsoft'un Windows Media Player'ı Windows işletim sistemine entegre etmesi halini içerecek şekilde genişletilmiştir. Bu kararda, bağlayan ürün piyasası "*kışisel bilgisayarlar işletim sistemleri piyasası*", bağlı ürün piyasası ise "*ortam oynatıcıları piyasası*" olarak belirlenmiştir. Komisyon bağlama uygulamalarının hâkim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için (1) bağlı ve bağlayan ürünlerin ayrı ürünler olması, (2) teşebbüsün bağlayan ürün piyasasında

²²¹ 88/138/EEC: Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.787 and 31.488 - Eurofix-Bauco v. Hilti) OJ L 065, 11/03/1988 p. 0019 – 0044, <http://eur-lex.europa.eu>.

²²² Case COMP/C-3/37.792 –Microsoft, OJ L 32, 6. 2. 2007, <http://eur-lex.europa.eu>.

hâkim durumda bulunması, (3) teşebbüsün müşterilerine bağlayan ürünü bağlı ürün olmaksızın satmaması ve (4) bağlama uygulamasının piyasayı kapaması potansiyeline sahip olması durumlarının bir arada bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Ortam oynatıcılarının, işletim sistemlerinden ayrı bir piyasa oluşturduğu sonucuna ulaşılmasında, ortam oynatıcılarının işletim sistemlerinden farklı olarak çok sayıda teşebbüs tarafından üretilmesi ve bu ürüne ilişkin bağımsız bir talebin bulunması durumları etkili olmuştur. Ancak doktrinin bir kısmı tarafından Komisyon'un bu yaklaşımı, ortam oynatıcısı olmayan işletim sistemleri için ayrı bir müşteri talebinin olup olmadığının bir araştırmasının yapılmaması nedeniyle eksik bulunmuştur²²³. Klasik bağlama uygulamalarından farklı olarak, ilgili kararda, tüketicilerin farklı yollara başvurarak rakip ortam oynatıcılarına erişebilme imkânının bulunması sebebiyle, Microsoft'un uygulamasının piyasa kapamaya neden olmadığı fakat bu potansiyeli taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır²²⁴. Komisyon kararında, Microsoft'un işletim sistemine uyumlu programlar yazılması için gerekli bilgileri rakipleriyle paylaşması gerektiğine ve bağlama uygulaması ile hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmış ve Microsoft'un Media Player içermeyen bir sürümü piyasaya sunmasına karar kılmıştır.

Hatırlatmakta fayda bulunmaktadır ki, Türk rekabet hukuku uygulamasında bağlama uygulamaları hem RKHK 4. maddesi hem de RKHK 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir. Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamalarına ilişkin olarak günümüze kadar vermiş olduğu kararların büyük bir bölümünün her iki madde kapsamında incelenen ve bankaların kredi kullandırmış oldukları müşterilerine sigorta işlemlerini, kendi sigorta şirketlerinden yaptırılması şartını koyduğu anlaşmalardan oluşmuş olduğu söylenebilecektir²²⁵. Banka sigortacılığı olarak nitelendirilebilecek olan bu kararların hemen hemen hepsinde bağlama

²²³ Jorge Padilla, David S. Evans, "Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: *A Comment on Dolmans and Graf*", *World Competition: Law and Economics Review*, 2005, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=596663>, Erişim Tarihi: 20.12.2014, s. 10.

²²⁴ Aktekin, *a.g.e.*, s. 30.

²²⁵ Ekdi, *Bağlama*, s. 481; Öztunalı, *Hâkim Durum*, s. 135; Bkz. Karar Sayısı: 99-24/211-124 Karar Tarihi: 20.05.1999, Karar Sayısı: 04-45/574-138 Karar Tarihi: 06.07.2004, Karar Sayısı: 07-90/1157-450 Karar Tarihi: 13.12.2007, Karar Sayısı: 08-30/376-126 Karar Tarihi: 24.04.2008, Karar Sayısı: 09-23/492-118 Karar Tarihi: 20.05.2009, Karar Sayısı: 09-34/786-191 Karar Tarihi: 05.08.2009, Karar Sayısı: 09-34/787-192 Karar Tarihi: 05.08.2009, www.rekabet.gov.tr.

uygulamaları RKHK 4. ve 6. maddeleri kapsamında değerlendirilmiştir. Sözü edilen bu kararlarda özetle ifade edilecek olursa; RKHK'nın 4. maddesi uyarınca bir anlaşmanın olmaması ve karara konu edilen teşebbüslerin de hâkim durumda bulunmuyor olması nedenleriyle ihlal sonucuna ulaşamamıştır.

Rekabet Kurulu'nun bağlama uygulamalarını RKHK 6. madde kapsamında değerlendirmiş olduğu önemli kararlardan birisi Digital Platform İletişim A.Ş. (Digitürk) kararıdır²²⁶. Karara konu olan olayda, özetle futbol kulüplerinin lig maçlarına ilişkin yayın haklarının bütün olarak Türkiye Futbol Federasyonu'na (TFF) devretmeleri, TFF'nin de bu hakları ihale yolu ile Digitürk'e satması ve Digitürk'ün bir hafta içerisinde oynanan dokuz maça ilişkin özet görüntüleri diğer yayıncılara bir paket halinde satışa sunması konu edilmiştir. Kurul, RKHK'nın 6. maddesi kapsamında yapmış olduğu değerlendirmede, Digitürk'ün paket satış uygulamasının rekabet kuralları karşısındaki durumunun bağlama uygulamalarıyla aynı olduğunu belirtmiştir. Ardından yapılan incelemede ürün bağlama yahut paket satış uygulamasının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi için; (1) ayrı ürünlerin var olması, (2) bu ürünlerin birbirine bağlanması ve (3) uygulamayı yapan teşebbüsün hâkim durumda bulunması koşullarının gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, her hafta oynanan 9 maçın her birinin ayrı birer ürün teşkil edip etmediği değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede yayıncıların maç bazında görüntü talep ettikleri ve önceki dönemde yayın hakkına sahip olan yayıncıların da görüntüleri maç bazında satışa sundukları dikkate alınmış ve her bir maçın ayrı birer ürün olduğu tespit edilmiştir. Bu tespitin ardından ürünlerin birbirine bağlanmış olduğu ve Digitürk'ün Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının yayın hakkını 2 Şubat 2001 tarihli sözleşme ile devralması sonucunda hâkim durumda bulunduğu ortaya konulmuştur. Ancak kararın ilerleyen bölümünde yer verilen *“paket satışın yayıncılık sektörüne etkisi ve bu sektörde faaliyet gösteren kuruluşların faaliyetlerini zorlaştırıp zorlaştırmadığının ve ortaya konan bu satış tavrının rasyonel ekonomik gerekçesinin bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir.”* ifadesi ile Rekabet Kurulu, rekabeti kısıtlayıcı etkinin mevcut olması kriterini getirmiş aynı zamanda haklı gerekçe bulunması

²²⁶ Karar Sayısı: 06-61/822-237, Karar Tarihi: 07.09.2006, www.rekabet.gov.tr.

halinde uygulamanın ihlal olarak değerlendirmeyebileceği sinyali vermiştir. Sonuç olarak da Digitürk'ün görüntüleri paket halinde satmak yoluyla Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının banda kaydedilmiş görüntüleri piyasasında sahip olduğu hâkim durumunu, açık televizyon yayınları piyasasında kötüye kullanmış olduğuna karar verilmiştir²²⁷.

Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararlar ışığında, bağlayıcı anlaşmaların hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesinde AB uygulamasıyla paralel şekilde etki-bazlı bir yaklaşımın benimsendiğini söylemek mümkündür²²⁸. Nitekim Rekabet Kurulu'nun, hâkim teşebbüs tarafından uygulanan bağlama anlaşmalarının piyasada yaratmış olduğu etkileri detaylı bir şekilde inceleme eğiliminde olduğu görülmektedir.

IV. HAKLI GEREKÇE

A. Genel Olarak

Teşebbüsler arasındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına TFEU'nun 101. maddesi ve RKHK'nın 4. maddesinin uygulamasını engelleyen bir muafiyet hükmü ne m. TFEU 102 ne RKHK m. 6. düzenlemesinde bulunmaktadır. Fakat gerek AB gerek Türk rekabet hukuku uygulamasında, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin davranışlarını ihlal niteliğinden çıkaran haklı gerekçeye ilişkin ilkesel değerlendirmeler yapılmıştır²²⁹. Ne var ki ilkesel düzeyde kalan bu değerlendirmeler sonucunda, haklı gerekçe kavramını teşebbüs lehine sonuçlandıran karar sayısı yok denecek kadar azdır²³⁰.

²²⁷ Bu kararın eleştirisi için bkz. Ekdi, *Bağlama*, s. 487 vd; Aktekin, *a.g.e.*, s. 43.

²²⁸ Bkz. Karar Sayısı: 08-52/791-320, Karar Tarihi: 11.09.2008; Karar Sayısı: 08-57/912-363, Karar Tarihi: 09.10.2008; Karar Sayısı: 09-09/192-59, Karar Tarihi: 05.03.2009, www.rekabet.gov.tr.

²²⁹ Bkz. Case 40/70 (1971) ECR 3169; United Brands v. Commission Case 27/76 (1978) ECR 207; Benzine & Petroleum BV v Commission, Case 77/77 [1978] ECR 1513; Tetra Pak SA v Commission Case T 83/91 [1994]; Eurofix Ltd. ve Bauco Ltd. - Hilti AG, Case 138/88, OJ 1988 L65/19; Suikier Unie v Commission Case 40/73, www.eur-lex.europa.eu; Karar Sayısı: 09-16/374-88, Karar Tarihi: 20.04.2009; Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2000, Karar Sayısı: 02-49/634-257, Karar Tarihi: 24.4.2004; Karar Sayısı: 04-07/7518, Karar Tarihi: 23.01.2004 www.rekabet.gov.tr.

²³⁰ O'Donoghue, Padilla, *a.g.e.*, s. 227; Jones, Sufrin, *a.g.e.*, s. 333.

TFEU m. 102. uygulamasının şekilci ve iktisadi yaklaşımdan uzak olması eleştirileriyle AB’de başlayan modernizasyon sürecinin sonunda yayınlanan 102. madde Kılavuzu, AB Komisyonu’nun iktisadi temellere dayanan ve etki-bazlı yaklaşımı benimsediğini ifade edilmiştir²³¹. Adı geçen kılavuz öncesinde AB içtihadında ilkesel düzeyde kabul edilmiş olan hâkim durumdaki teşebbüsün ilk bakışta kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışlarını ihlal yaptırımı dışına çıkaran haklı gerekçenin kavramsal çevresinin netleştirilmesi ve buna dair standartların oluşturulması da bu süreçte ortaya konulmuştur. Sonuç olarak 102. madde Kılavuzu, hâkim durumdaki teşebbüslere, dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışları için haklı gerekçeler öne sürebildikleri yani davranışlarının nesnel olarak gerekli olduğu yahut bu davranışlarının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini telafi edebilen iktisadi etkinliğin sağlandığını gösterebildikleri durumlarda ihlal yaptırımını uygulamayacağı bir sistem getirmiştir²³².

AB hukuku uygulamasında gerçekleşen modernizasyon süreci doğal olarak Türk rekabet hukuku uygulamasını da etkilemiş ve bu modernizasyon Rekabet Kurulu tarafından çıkarılmış olan Hâkim Durum Kılavuzu’nda ifade bulmuştur. Rekabet Kurulu içtihadında yer alan fakat standart bir uygulamanın oluşmaması olduğu haklı gerekçe kavramı, çıkarılmış olan kılavuzda bir sistematığe kavuşturulmuş ve hâkim teşebbüsün incelemeye konu davranışına ilişkin olarak sunacağı haklı gerekçe iddialarının göz önünde bulunduracağı açıkça ifade edilmiştir²³³.

B. Kavram

Hâkim durumda bulunan teşebbüslerin ilk bakışta kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışlarını hukuka aykırılık kapsamından çıkaran haklı gerekçe kavramına ilişkin bir tanım Türk ve AB mevzuatında bulunmamaktadır. Fakat doktrinde haklı gerekçe: “*hâkim durumdaki teşebbüslerin ihlal şüphesi*

²³¹ 102. madde Kılavuzu, par. 5.

²³² 102. madde Kılavuzu, par. 28.

²³³ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 30.

uyandıran davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkaran içtihadi nitelikteki iktisadi ve hukuki ilkeler” şeklinde tanımlanmaktadır²³⁴.

Rekabet Kurulu çıkarmış olduğu Hâkim Durum Kılavuzu’nda, dikkate alacağı haklı gerekçe savunmalarının nesnel gereklilik ve etkinlik başlıkları altında sınıflandırılabilceğini ifade etmiştir²³⁵.

1. Nesnel Gereklilik

Hâkim Durum Kılavuzunda belirtildiği üzere, hâkim teşebbüs tarafından ileri sürülebilecek haklı gerekçe savunmalarından birisi “nesnel gereklilik”tir. Bu gerekçenin değerlendirilmesinde, öncelikle hâkim teşebbüsün davranışı ile korunan meşru bir menfaatin olup olmadığının tespiti yapılır ve ardından bu davranışın korumaya çalıştığı menfaat için vazgeçilmez olup olmadığı değerlendirilir. İncelenen davranışın nesnel olarak gerekli olduğunun kabul edilebilmesi için bu davranışın teşebbüsün kendisiyle ilgili olmayan dışsal bir takım etkenlerden kaynaklanması zorunlu olmaktadır²³⁶. İlgili kamu otoriteleri tarafından belirlenen sağlık ve güvenlik gereksinimleri bağlama anlaşmaları bakımından kabul edilen dışsal sebepler arasındadır. Nitekim doktrinde, korunmaya çalışılan meşru menfaatin rekabete karşılık verme veya meşru rekabet kapsamında hâkim teşebbüse özgü özel bir ticari menfaat olabileceği de ifade edilmektedir²³⁷. Ancak korunmaya çalışılan ticari menfaatin kapsamı hukuki olarak belirsizdir²³⁸. Dolayısıyla bu menfaatin korunabilmesi için TFEU m. 102. ve RKHK m. 6’yı ihlal eden, teşebbüsün piyasa kapama amacını taşıması veya davranışın piyasa kapama etkisini gösterdiği durumlarda ticari menfaatin korunması mümkün olamayacaktır²³⁹. Hâkim teşebbüsün kapasite kısıtlılığı yahut alacaklarını tahsil etme ihtimali olmayan

²³⁴ Recep Gündüz, Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Hukuku Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 113, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012, s. 5.

²³⁵ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 30.

²³⁶ Whish, Bailey, *a.g.e.*, s. 211; Eilmansberger, *a.g.m.*, s. 138.

²³⁷ Jones, Sufri, *a.g.e.*, s. 332; Gündüz, *a.g.e.*, s. 10.

²³⁸ Albertina Albors-Llorens, “The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC”, *CMLR*, 44; p. 1727-1761, s. 1746.

²³⁹ Gündüz, *a.g.e.*, s. 10.

teşebbüslere ürün vermemesi veya sözleşmesel ilişkilerdeki haklı fesih durumlarının meşru menfaat kapsamında değerlendirilebileceği de savunulmaktadır²⁴⁰. Hâkim teşebbüsün korumaya çalıştığı meşru menfaat için piyasadaki rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamaması gerekmektedir.

İncelenen davranışın nesnel gereklilik sonucu ortaya çıkmış olduğu hâkim teşebbüs tarafından ispat edilmelidir²⁴¹.

a) Oratılılık İlkesi

Piyasada faaliyette bulunan teşebbüsler maruz kaldıkları rekabet baskısı altında kendi menfaatlerini koruma ihtiyacı duyabilirler. Bu rekabet etmeyle birlikte gelen doğal bir sonuçtur. Diğer teşebbüslerin menfaatlerini koruma çabaları hâkim durumda bulunan bir teşebbüs açısından da geçerlidir. Ne var ki, hâkim teşebbüs piyasada rekabette bulunurken, kendi çıkarlarını korumak için gerekli ve yeterli olandan daha ağır tedbirler alamayacaktır²⁴².

Orantılılık ilkesinin bir görünümü ise menfaatlerini korumak için hâkim teşebbüs tarafından alınan tedbirlerin adil olması yani ilgili tedbirin objektif olarak makul görülmesi gerektiğidir. Keyfi bir şekilde alınan tedbirler açık bir şekilde hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilebilecektir. Nitekim Tetra Pak/Komisyon kararının temyizine ilişkin verilen kararda, Genel Mahkeme, Tetra Pak'ın sütün karton kutulara doldurulması işlevini gören kendi ürettiği makinalarda kullanılacak olan tüm malzemelerin yalnızca kendisinden tedarik edilmesini bir zorunluluk haline getirmesine ilişkin gerekçelerini haklı görmemiştir²⁴³. Bunun nedeni Tetra Pak'ın kendi üretimi olan makinalarda başka malzemelerin kullanılmasını engellemesindeki gerekçesinin başka malzemelerin arızaya yol

²⁴⁰ Jones, Sufrin, **a.g.e.**, s. 332.

²⁴¹ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 31.

²⁴² Ulaş Kısa, **a.g.e.**, s. 18.

²⁴³ Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 6 October 1994. - Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities. - Competition - Dominant position - Definition of the product markets - Geographical market - Application of Article 86 to practices carried out by a dominant undertaking on a market which is distinct from the dominated market - Abuse - Tied sales - Exclusive sales - Unfair terms - Predatory prices - Discriminatory prices - Administrative procedure - Principle of good administration - Provision of proper minutes of the hearing - Orders - Fine. - Case T-83/91, <http://eur-lex.europa.eu>.

açabilmesi ve kamu sağlığı bakımından söz konusu olabilecek tehlikelere meydan vermesi olasılığıdır. Böyle bir savunma ise AB’de yeterince etkili standartların ve hukuki düzenlemelerin olduğu dolayısıyla orantılılık ilkesine aykırı bulunmuş ve reddedilmiştir.

Sonuç olarak, hâkim teşebbüsün rakipleri karşısında, ticari menfaatlerini makul yani adil ve orantılı olacak şekilde korumaya çalışması rekabet otoriteleri tarafından hoş görülebilecek ve yasak rejimine dahil edilmeyecektir²⁴⁴.

b) Uygulamada Orantılılık İlkesi Örnekleri

AB rekabet hukukunda orantılık ilkesinin gözetilmesi gerektiği pek çok kararda değerlendirmeye alınmıştır. Bu kararların en başında United Brands/Komisyon kararı gelmektedir²⁴⁵. İlgili kararda hâkim durumda bulunan United Brands Company dağıtıcılarından biri olan Olesen A/S’in ilgili piyasada United Brands Company’nin rakibi bulunan Standard Fruit Company’nin de muzlarını satmakta olduğunu tespit etmiş ve bunu kendi çıkarlarına yapılmış bir saldırı olarak algılamıştır. Ardından Olesen A/S’ye muz arzını durdurmuştur. Önüne gelen bu konuda Komisyon, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün kendi çıkarlarını korumak için karşı bir atakta bulunabileceğinin kabul edilebilir olduğunu ancak bu karşı atağın karşı taraftan gelen tehdit ile orantılı olması gerektiğini belirtmiştir. Bu orantılılığın ise menfaatleri birbiriyle çakışan iki teşebbüsün ekonomik güçlerinin dikkate alınmasıyla belirlenmesi gerektiği kararına ulaşmıştır.

Rekabet Kurulu’nun orantılılık ilkesini içeren kararlarından biri Biryay II kararıdır²⁴⁶. Rekabet Kurulu, gazete dağıtım piyasasında birlikte hâkim durumda bulunduklarını tespit ettiği BBD, Biryay ve Yaysat’ın piyasaya giriş yapmak isteyen dağıtım şirketlerini engellemesi nedeniyle RKHK 6. maddesinin ihlal edilmiş

²⁴⁴ 87/500/EEC: Commission Decision of 29 July 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/32.279 - BBI/Boosey & Hawkes: Interim measures), OJ L 286, 09/10/1987 p. 0036 – 0043, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁴⁵ Judgment of the Court of 14 February 1978. - United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas. - Case 27/76, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁴⁶ Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2000; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından usul bakımından incelenerek kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 07-63/777- 283 sayı ile yeniden karar almıştır, www.rekabet.gov.tr.

olduğuna karar kılmıştır. Kararında orantılılık ilkesine ilişkin olarak: “*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 teşebbüsün müşterisinin (bayisinin), rakip bir şirketle veya potansiyel bir rakip ile ilişkiye girmesi, hakim durumda bulunan sağlayıcının, ürün tedarikiğini anında askıya alması veya müşteriye (bayiye) karşı misillemeye bulunması için gerekçe olarak gösterilemez.*” ifadesini kullanmıştır.

2. Etkinlik

Hâkim teşebbüs tarafından ileri sürülebilecek bir diğer haklı gerekçe savunması etkinlik gerekçesidir.

Bu gerekçenin değerlendirilmesinde ise Rekabet Kurulu, RKHK m. 5’te öngörülen şartlarla büyük ölçüde benzerlik gösteren dört farklı koşulun birarada bulunmasını aramaktadır²⁴⁷. Bu koşullar: (1) etkinliklerin davranışın sonucu olarak gerçekteşmesi yada gerçekteşmesinin muhtemel olması, (2) davranışın söz konusu etkinliklerin gerçekteşmesi için vazgeçilmez olması, (3) incelenen davranış sonucunda ortaya çıkması muhtemel etkinliklerin, davranıştan etkilenen piyasalarda rekabet ve tüketici refahı üzerindeki olumsuz etkilerini telafi etmesi, (4) davranışın fiili ve potansiyel rekabetin kaynaklarının tamamını ya da çoğunu devre dışı bırakarak etkin rekabeti ortadan kaldırmaması şeklindedir²⁴⁸.

İlk koşulda söz edilen etkinlikler, hâkim teşebbüsün piyasaya sunmuş olduğu ürüne ilişkin üretim, dağıtım veya satış koşullarında teknik veya iktisadi gelişimin sağlanmasını örneğin ürünün kalitesinin artmasını veya ürünün fiyatının düşmesini ifade etmektedir²⁴⁹. İkinci koşul, hâkim teşebbüsün davranışının alternatifleri içerisinde rekabeti en az kısıtlayan seçenek olması gerektiğini ifade etmektedir²⁵⁰.

²⁴⁷ Hâkim Durum Kılavuzu, par. 32.

²⁴⁸ 102. madde Kılavuzu, par. 30.

²⁴⁹ 102. madde Kılavuzu, par. 30.

²⁵⁰ 102. madde Kılavuzu, par. 30.

Piyasadaki rekabeti ve tüketici refahını gözönüne alan üçüncü koşulda, davranış sonucunda ortaya çıkan etkinliklerin, rekabet ve tüketici refahı üzerinde olumsuz etkilerinden daha fazla olması gerektiği belirtilmektedir. Piyasa yapısının gözönüne alındığı son koşulda ise hâkim teşebbüsün davranışının etkili rekabeti tamamen ya da büyük ölçüde ortadan kaldırmaması gerektiği, nitekim teşebbüsler arasındaki rekabetin iktisadi etkinliğin temel bir lokomotif olduğu çünkü mevcut ya da potansiyel rekabetin olmadığı bir durumda etkinlik için gereken güdüler kaybolacağı belirtilmektedir²⁵¹. Dolayısıyla, piyasa pozisyonunu devam ettiren yahut güçlendiren bir dışlayıcı davranışın etkinlik gerekçesi altında savunulabilmesi mümkün değildir.

C. Uygulamada Haklı Gerekçe Örnekleri

Normal ve hukuka uygun rekabetçi bir davranış ile rekabet karşıtı davranışı birbirinden ayıran net bir çizginin çizilebilmesi kolay değildir çünkü teşebbüsler her zaman davranışlarının normal rekabetin bir gereği olduğu ve hukuka uygun olduğunu ileri süreceklerdir. Bu konuda rekabet otoritelerine önemli bir görev düşmektedir.

AB Komisyonu'nun etki-bazlı yaklaşım çerçevesinde ele almış olduğu ve haklı gerekçe değerlendirmesi yapmış olduğu kararlarından birisi Microsoft (Windows Media Player)/Komisyon kararı²⁵². Olayda, Microsoft firması rakipleriyle bilgi paylaşımı yapmama nedenini sahibi olduğu fikri mülkiyet hakkının korunması çerçevesinde savunmuştur. Rakiplerinin kendisinden talep etmiş olduğu bilgilerin, büyük yatırımlar ve araştırmalar sonucunda elde edilmiş olduğunu ve bu bilgilerin paylaşılması için kendisine yönelik bir zorlamanın yatırım yapma yönündeki isteğine zarar vereceği savunmasında bulunmuştur. AB Komisyonu, Microsoft'un ilk bakışta ihlal niteliği taşıyan söz konusu davranışını etki odaklı bir yaklaşım benimseyerek değerlendirmiş ve Microsoft'a getirilecek olan bilgileri paylaşma yükümlülüğünün yaratacağı yatırım yapma isteğini azaltıcı etkisi ile piyasadaki rekabette oluşacak etkiyi karşılaştırmıştır. Bu karşılaştırma sonucunda, rakiplerle bilgi paylaşımının

²⁵¹ 102. madde Kılavuzu, par. 30.

²⁵² Olayın detayları "bağlayıcı anlaşmalar" başlığı altında verilmiştir. Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, G. Case COMP/C-3/37.792 –Microsoft, OJ L 32, 6. 2. 2007, <http://eur-lex.europa.eu>.

ilgili piyasa olan ortam oynatıcıları piyasasında rekabeti arttıracığı ve bunun da inovasyonu tetikleyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

AB Komisyonu'nun haklı gerekçe savunmasını değerlendirmiş olduğu kararlarından bir diğeri de Intel/Komisyon kararıdır²⁵³. Detaylarının tezimizin “İndirim Sistemleri” başlığı²⁵⁴ altında verilmiş olduğu söz konusu olaya ilişkin olarak, Intel firması savunmasında, müşterilerine sadakat indirimi uygulamasının; (1) düşük fiyatlar, (2) ölçek ekonomisi kazanımları, (3) üretim etkinliği ve (4) risk paylaşımı ve pazarlama etkinlikleri olmak üzere dört farklı etkinlik yarattığını ileri sürmüştür. Yine Intel firması bu dört etkinliğin sağlanabilmesi için indirim uygulamasının vazgeçilmez olduğunu ve bu uygulamanın piyasadaki rekabeti ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir. Fakat AB Komisyonu, Intel'in savunmasına ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmede, sadakat koşulu olmayan indirim uygulamalarıyla da bu etkinliklerin gerçekleştirilebileceği sonucuna ulaşmış ve Intel'in TFEU 102. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Bu konuya ilişkin olarak verilmiş olan National Carbonising Company/Komisyon kararında, hâkim teşebbüsün dışlayıcı nitelik de taşısa ticari varlığını sağlayabilmesi için gerekli olan davranışları sergilemesi hukuka uygun kabul edilmiştir²⁵⁵. Söz konusu kararda, National Carbonising Company kok kömürü üretmek için U.K. National Coal Board'dan kömür almaktadır. National Coal Board (Ulusal Kömür Kurulu), Birleşik Krallık piyasasında hem kok kömürü hem de kömür piyasasında hâkim durumda bulunmaktadır. National Carbonising Company, hâkim teşebbüsün üretmiş olduğu kok kömürünü düşük kâr marjıyla satmakta olduğunu ve bu durumun kendisinin kok kömürü üretmek için ödemek zorunda olduğu kömür fiyatı ile, kok kömürünün piyasa satış fiyatı arasındaki marjın (bağımsız bir kömür üreticisi olan) kendisi için piyasada faaliyette bulunmayı engelleyecek nitelikte olduğunu iddia etmektedir. Bu iddia karşısında Komisyon, söz konusu fiyatların kötüye kullanma teşkil etmediğini çünkü hâkim teşebbüsün fiyat politikasının tek başına başka bir teşebbüs piyasa dışına itmeye yeterli olmayacağını belirtmiştir.

²⁵³ Case T-286-09 Intel v Commission, OJ 2009 C 220/41, [www.eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

²⁵⁴ Bkz. yuk. Üçüncü Bölüm, III, F.

²⁵⁵ Order of the President of the Court of 22 October 1975. - National Carbonising Company Limited v Commission of the European Communities. - Case 109-75 R, <http://eur-lex.europa.eu>.

Ayrıca, Ulusal Kömür Kurulu'nun kok kömürüne ilişkin (tüketiciye) satış fiyatlarını yükseltmeye zorlanamayacağını çünkü elektrik ve gaz enerjisine yönelik talep dolayısıyla bu fiyat politikasıyla bile hali hazırda zarar etmekte olduğunu kabul etmiştir.

Rekabet Kurulu'nun etki-bazlı yaklaşım çerçevesinde nesnel gereklilik ve etkinlik gerekçelerini değerlendirmiş olduğu kararlarından birisi Sanofi Aventis İlaçları Ltd. Şti.'ye ilişkin olarak vermiş olduğu karardır²⁵⁶. Karara konu olayda Sanofi Aventis'in piyasaya sunmuş olduğu birçok ilaç grubunda rakibinin olmaması nedeniyle bu piyasalarda hâkim durumda bulunduğu ve sahip olduğu bu konumunu ilaç dağıtımını piyasasında ayrımcılık yaparak ve sözleşme yapmayı reddederek kötüye kullanmış olduğu iddia edilmektedir. Rekabet Kurulu, yapmış olduğu soruşturma kapsamında, Sanofi Aventis'in iddialar karşısındaki nesnel gereklilik ve etkinlik savunmalarını değerlendirmeye almış fakat bu gerekçeleri yeterli bulmadığı için geri çevirmiştir. Sanofi Aventis, daha öncesinde farklı ilaç grupları için 60 ila 180 gün olarak uygulamış olduğu vade sistemini değiştirmiş olmasına ve aylık belirli bir meblanın altında alım yapan ecza depolarına uyguladığı vadeyi 15 güne indirmesine ilişkin gerekçe olarak; (1) Avrupa'daki satış politikaları çerçevesinde az sayıda depo ile çalışma, (2) nakit akışının hızlandırılması ve (3) sahte küpür ile mücadele hedefi, (4) küçük ölçekli depolar ile çalışmanın getirdiği maliyet ve (5) paralel ithalatın engellenmesini ileri sürmüştür. Kurul ileri sürülen bu gerekçelerden ilk üçünün maliyet etkinliğini sağlamadığının açık olması nedeniyle detaylı incelemeye tabi tutmaksızın reddetmiştir. Geriye kalan iki gerekçeyi ise detaylı incelemiş ve küçük ölçekli depoların tahsilat bakımından riskli olmadıklarını, olağan nakliye masraflarının dışında ek maliyetler getirmediğini ve Türkiye'de paralel ithalat riskinin oldukça düşük olduğunu tespit etmiştir. Yapılan etki-bazlı değerlendirme sonucunda, Sanofi Aventis'in davranışının bazı ecza depolarını piyasa dışına çıkarma tehlikesi taşıması ve rekabetin kısıtlanması karşısında öngörülen kazanımların yetersiz kaldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Rekabet Kurulu'nun teşebbüsün davranışını, doğrudan haklı gerekçe adı altında olmasa da, haklı kılacak iktisadi gerekçeleri değerlendirip ihlal kararı

²⁵⁶ Karar Sayısı: 09-16/374-88, Karar Tarihi: 20.04.2009, www.rekabet.gov.tr.

vermediği bir karar Coca-Cola A.Ş. kararıdır²⁵⁷. Karara konu olayda, gazlı alkollü içecekler piyasasında hâkim durumda bulunan Coca-Cola firmasının, sade gazoz alt piyasasına yönelik fiyatlandırma stratejisinin yıkıcı olduğu iddia edilmiştir. Rekabet Kurulu piyasa yapısını ve iktisadi verileri kullanarak vermiş olduğu kararında, ekonomik kriz dönemlerinde talep esnekliği yüksek olan gazlı içeceklere olan talebin azalması karşısında teşebbüslerin fiyat indirimi uygulamalarını ticari menfaatlerini korumak için meşru bir davranış olduğunu belirtmiştir. Buna ek olarak Coca-Cola firmasının rakiplerini dışlamaya yönelik bir amacının olduğuna ilişkin yeterli kanıtın da bulamaması sonucunda RKHK m. 6'nın ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

²⁵⁷ Karar Sayısı: 04-07/7518, Karar Tarihi: 23.01.2004 www.rekabet.gov.tr.

SONUÇ

Tezimizde ulaşmış olduğumuz sonuçlar, sayma yöntemiyle, aşağıda sıralanmıştır.

1. Rekabet hukukunun ortaya çıkmasının temelinde serbest piyasa ekonomisine dayalı ekonomik düzeni korumak ve bu düzen vasıtasıyla toplumsal refahı arttırma amacı bulunmaktadır. Bu doğrultuda rekabet hukukundan beklenen sağlıklı şekilde işleyen bir rekabet ortamıdır. Faaliyette bulunduğu taraflardan bağımsız olarak hareket edip ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne haiz hâkim teşebbüsler, sahip oldukları bu güçlerini daha fazla kazanç, daha fazla piyasa payına sahip olma hedefi doğrultusunda kötüye kullanabilir. Rekabetin sonucu olarak ortaya çıkan bir takım davranışlar hâkim teşebbüs durumunda olmayan teşebbüsler tarafından sergilendiğinde rekabet karşıtı sonuçlar doğurmazken hâkim teşebbüs tarafından sergilendiğinde rekabet karşıtı sonuçlar doğurabilir.

2. Mehaz düzenlemede hâkim durum kavramına ilişkin herhangi bir tanım bulunmamasıyla birlikte bu kavramın tanımı AB hukuku içtihadıyla geliştirilmiş ve RKHK m. 3 düzenlemesinde yerini almıştır. İlgili düzenleme uyarınca hâkim durum; *“belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü”* ifade eder. Bu tanımdan hareketle hâkim durum kavramının unsurlarını; (1) (belirli) bir piyasa, (2) ekonomik parametreleri belirleme gücü, (3) bağımsızlık, (4) devamlılık şeklinde sıralamak mümkündür.

3. RKHK’nın 6. maddesinde, “birlikte hâkimiyet” kavramına ilişkin olarak, “başkaları ile yapacağı anlaşmalar ve birlikte davranışlar” şeklindeki ifade, hükmün anlam ve bütünlüğünü bozmaktadır. Birlikte hâkimiyet yorumlanırken oligopol piyasalarının ancak bu kavram vasıtasıyla denetim altına alınmasının mümkün olduğu hatırdâ tutulmalıdır.

4. Hâkim durumda bulunmaya bağlanan bir sonuç sözleşme serbestisi ilkesinin hâkim durumda olmayan teşebbüse hâkim durumda olandan daha fazla özgürlük tanınmasıdır. Esasında, Türk rekabet hukuku uygulamasında, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hâkim durumda olsun yahut olmasın kural olarak hiçbir

teşebbüsün başka bir teşebbüs ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat hâkim durumdaki teşebbüse özellikle de zorunlu unsura sahip olduğu bir durumda genel kurala aykırı olarak, sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilmektedir.

5. Zorunlu unsurun varlığı için (1) hâkim teşebbüsün varlığı, (2) bu teşebbüsün alt yapı, tesis ya da hammadde gibi bir kaynağa sahip olması, (3) bu kaynakların aynısının veya benzerinin rakip teşebbüsler tarafından yapılmasının ya imkânsız olması ya da rasyonel olmaması gerekir. Böyle bir durumda sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için de (1) zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüs ya da teşebbüslerin taleplerinin objektif ve makul olması ve (2) zorunlu unsurdan yararlanmanın imkân dahilinde olması zorunludur.

6. Piyasada hâkim duruma gelmek serbest piyasa ekonomilerinde kötü karşılanmaz. Aksine büyük iktisadi güce sahip teşebbüslerin daha büyük yatırımlar yapabileceği, daha fazla istihdam yaratabileceği, küresel ekonomik düzende rekabet edebilme kabiliyetine sahip olabileceği düşünülür. Ancak belirtmekte fayda bulunmaktadır ki teşebbüslerin aralarında birleşme yahut birbirlerini devralma yoluyla oluşacak yahut güçlenecek olan hâkim durum RKHK'nın 7. maddesi kapsamında yasaklanmıştır. Teşebbüsün faaliyetleri sonucunda rekabet ortamında başarı sağlamasıyla oluşan hâkim durum ise RKHK m. 6 ile yasaklanmamıştır. Yasaklanan sahip olunan bu durumun kötüye kullanılmasıdır.

7. Hâkim Durum Kılavuzu bağlayıcı olmayan “yol gösterici”, “kılavuz” niteliğinde bir metindir. Ancak hiç şüphesiz ki Rekabet Kurulu'nun RKHK 6. maddeye ilişkin uygulama önceliklerini ve hâkim teşebbüslerin uyması gereken kurallar öngörmesi sebebiyle piyasa aktörleri tarafından dikkate alınması gerekmektedir.

8. Hâkim Durum Kılavuzu, Rekabet Kurulu'nun RKHK'nın 6. maddesine ilişkin yorumunu yansıtmaktadır. Dolayısıyla bu kılavuzun ilgili hükme tabi teşebbüslerin karşılaştıkları hukuki ve ticari belirsizliklerin çözülmesinde bir rehber niteliğini taşımakta olduğu söylenebilecektir.

9. Kötüye kullanma kavramının tanımı ne mehzaz düzenlemede ne de RKHK'da bulunmaktadır. Her iki mevzuat da örnek kötüye kullanma davranışları üzerinden bir çerçeve çizilmesi yoluna gitmiş, kötüye kullanma kavramının tanımını uygulamaya bırakmıştır. Gerek AB, gerek Türk rekabet hukuku uygulayıcıları,

önlere gelen her olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmiş olmakla birlikte genel geçer kabul edilen bir tanıma da ulaşmışlardır. Bu tanım uyarınca kötüye kullanma; *“hâkim durumdaki teşebbüsün, piyasadaki hâkimiyetinin getirdiğı fırsatları, normal ve yeterince etkili bir rekabet olsaydı, elde edemeyeceğı ticari çıkarları elde edebilecek şekilde kullanması”* nı ifade eder. Bu tanımla büyük oranda aynı doğrultuda olan ve bizim tarafımızdan benimsenen kötüye kullanma tanımı ise: *“hâkim durumda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün; rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici yahut kendisine normal rekabet ortamında olacağından farklı avantajlar sağlayabilecek ve haklı bir nedene dayanmayan her türlü davranışı kötüye kullanmadır”* şeklindedir.

10. RKHK 6. maddeye göre aykırılığın oluşması için kusur ya da kötü niyetin bir etkisi yoktur. Dolayısıyla kötüye kullanma olarak nitelendirilen bir davranışın gerçekleştirilmesinde kusurlu olunmadığı şeklinde bir savunma yapılamayacağı gibi, iyiniyet iddiası da ileri sürülemeyecektir. Bunun nedeni kötüye kullanmanın objektif bir kavram olmasıdır. Ayrıca, hâkim teşebbüsün piyasada faaliyette bulunurken dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi ve davranışlarının objektif özen borcuna uyacak şekilde olması gerekmektedir. Hâkim teşebbüs, tüm özeni göstermiş olduğu halde, davranışı sebebiyle rekabeti bozmuşsa RKHK’nın 6. maddesine aykırı hareket etmiş sayılacaktır çünkü hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı kusura dayanmayan bir sorumluluk düzeni getirmektedir.

11. Hâkim durum ile kötüye kullanma arasında nedensellik bağı, en azından “etkide nedensellik” olarak aranmaktadır. Kötüye kullanma olarak nitelendirilen davranışın gerçekleştirilmesi sırasında hâkim durumdan bizzat faydalanılması nedensellik bağını tamamen kurar. Hâkim bir teşebbüsün, hâkim durumu ile kötüye kullanma sayılan davranışı arasındaki nedensellik bağının, karşı tarafın rızası ile kesilmiş olduğu iddiası etkide nedenselliğin kesilmemiş olması düşüncesiyle dikkate alınmaz.

12. Hâkim durumun kötüye kullanılması üçlü bir ayırım çerçevesinde ele alınabilir. Bu ayırım söz konusu davranıştan zarar görenler açısından; hâkim durumda bulunan teşebbüsün tüketiciye, rekabetin işleyişine ve piyasadaki diğer teşebbüslere zarar veren davranışları şeklinde yapılabilir. Nitekim Hâkim Durum Kılavuzu’nda belirtildiğı üzere kötüye kullanma şeklinde nitelendirilebilen davranışlar; “dışlayıcı”,

“sömürücü” ve “ayrımcı” olmak üzere üçe ayrılır. Bu ayrıma göre hâkim durumun kötüye kullanılması, rekabet düzeninin sağlıklı işlemesine, müşterilerin veya tüketicilerin sömürülmesine ve eşit işlemlere farklı uygulamaların dayatılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

13. Dışlayıcı davranışlar uygulamada en çok; (1) sözleşme yapmayı reddetme, (2) yıkıcı fiyatlama, (3) fiyat/marj sıkıştırması, (4) münhasırlık/tek marka anlaşmaları, (5) indirim sistemleri ve (6) bağlayıcı anlaşmalar şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

14. Rekabet hukuku uygulamasında kural bir teşebbüsün ticari ilişkide bulunacağı tarafları özgürce seçmesi ve mülkiyetinde bulunan varlıklar üzerinde özgürce tasarruf etmesidir. Ancak söz konusu bir hâkim teşebbüs olduğu durumda sözleşme özgürlüğü ilkesine kısıtlama getirilebilmektedir. Hâkim teşebbüse sözleşme yapması yönünde bir zorunluluk getirilmesi özellikle de zorunlu unsur doktrini çerçevesinde söz konusu olmaktadır. Bu doktrin uyarınca bir teşebbüsün, hâkim teşebbüsün elinde bulundurduğu bir imkândan faydalanılmaksızın diğer bir piyasada faaliyette bulunması söz konusu değil ise hâkim teşebbüse sözleşme yapma yönünde bir zorunluluk getirilebilecektir.

15. Yıkıcı fiyatlama davranışında, fiyatlar verimlilik esasına göre oluşmaz. Hâkim teşebbüs, rekabet karşıtı amacına ulaşana kadar, yıkıcı fiyatlandırmaya devam eder. Bu davranış ancak mevcut rakibin piyasa dışına itilmesi ya da potansiyel rakibin piyasaya girişinin engellenmesi sonucunu doğurduğunda avantajlıdır. Nitekim yıkıcı fiyatlandırma uygulayan teşebbüs kısa dönemli kârını rakibini saf dışı etmek için feda etmektedir. Bu sonuç sağlandıktan sonra hasat teorisi şeklinde ifade edildiği üzere, fiyatları normal seviyesinin çok üzerine çıkararak geriye dönük zararını kapatıp üzerine kâr elde edebilir.

16. Rekabet Kurulu’nca yıkıcı fiyatın tespit edilmesinde kullanılan maliyet ölçüleri OKM ve UDOAM olmaktadır. UDOAM değişken maliyetlerin çok düşük; sabit maliyetlerin ise çok yüksek olduğu ağ endüstrileri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları içeren piyasalarda daha doğru bir kanaate varmak için kullanılan bir ölçüttür. Hâkim teşebbüsün piyasada uyguladığı fiyatın OKM ve istisnai hallerde ise UDOAM’ın altında olduğunun tespit edilmesi piyasanın eşit etkinlikteki rakiplere kapatılmış olduğunun bir göstergesidir. Ancak Rekabet Kurulu

salt fiyat-maliyet analizine dayanan testlerle yetinmemekte ayrıca eşit etkinlikteki rakibe piyasayı kapama amacını da aramaktadır.

17. Fiyat/marj sıkıştırmasına başvuran teşebbüsün hem üst hem de alt piyasada faaliyette bulunması ve aynı zamanda üst piyasada hâkim durumda bulunması gerekmektedir. Bu uygulamada, hâkim teşebbüs üst ve alt piyasalardaki fiyatlarını öyle bir seviyede tutmaktadır ki, her iki piyasadaki fiyat tek başına değerlendirildiğinde ne aşırı yüksek ne de yıkıcıdır. Ancak bu fiyatlar bir arada değerlendirildiğinde RKHK'nın 6. maddesine aykırılık yaratmaktadır çünkü her iki piyasadaki fiyatlar arasındaki marj, alt piyasada faaliyette bulunan hâkim teşebbüsün rakibini kâr elde ettirmeyecek; hatta piyasada faaliyette bulunmasına engel olacak nitelikte düşük olmaktadır.

18. Hâkim teşebbüsün varlığı yüzünden zaten rekabetin kısıtlanmış olduğu piyasa içerisinde münhasırlık içeren anlaşmaların uygulanması rekabetin daha da fazla kısıtlanması sonucunu doğurabilmektedir. Münhasırlık anlaşmaları bir alıcının belirli bir ürün veya ürün grubuna ilişkin talebinin tamamını veya önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılaması koşulunu içeren sözleşmelerdir. Bu anlaşmalar hâkim teşebbüs tarafından akdedildiğinde; bedavacılık sorununun giderilmesi, düzenli ürün akışının sağlanması, hizmet kalitesinin artması ve marka düzeyindeki rekabetin yoğunlaşması gibi olumlu etkiler doğurmanın yanında ilgili piyasayı kapama ve dolayısıyla rakiplerin hâkim teşebbüsle etkin bir rekabete girmesini önleyebilme gibi olumsuz etkiler de doğurabilmektedir. Rekabet Kurulu bu tür anlaşmalardan kaynaklanan rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin tespit edilmesinde; (1) incelenen davranışın kapsamı, (2) ticaretin seviyesi, (3) piyasaya giriş engelleri ve son olarak (4) hâkim teşebbüsün müşteriler için önemi ve münhasırlık süresini göz önünde bulundurmaktadır.

19. Ticaret hayatının bir gereği olarak teşebbüsler indirim ve/veya prim uygulamak suretiyle rekabette bulunurlar. Bu yolla sağlayıcı konumundaki teşebbüs, müşterileri kendisine çekmeye ve rakiplerini de saf dışı bırakmaya çalışır. İndirim ve/veya prim sistemleri gerek hâkim durumdaki teşebbüsler gerek hâkim durumda bulunmayan teşebbüsler tarafından kullanılırlar. Fakat özellikle hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamış oldukları indirim ve/veya prim sistemlerinin rekabeti ciddi boyutta sınırlama riski bulunabilir. Bu anlamda hâkim teşebbüs tarafından uygulanan

sadakat indirimleri ve hedef indirimleri piyasa kapama etkisi yaratabilir. Rekabet Kurulu bu etkinin ölçülmesinde fiyat-maliyet analizi yapmakta ve eşit derece etkin rakip testini uygulamaktadır. Ayrıca muhtemel veya mevcut tüketici zararı olup olmadığını incelemektedir.

20. “*Hâkim durumdaki teşebbüslerin ihlal şüphesi uyandıran davranışlarını yasaklama kapsamı dışına çıkaran içtihadi nitelikteki iktisadi ve hukuki ilkeler*” olarak tanımlanması mümkün olan haklı gerekçe kavramının, hâkim teşebbüsün tek taraflı davranışlarına yapılacak müdahalelerin sınırının belirlenebilmesi açısından önemli bir araç olduğu söylenebilmektedir.

21. Rekabet Kurulu, Hâkim Durum Kılavuzu ile dışlayıcı davranışlara karşı tutumunu gözden geçirmiş ve etkinlik savunması başta olmak üzere RKHK’nın 6. maddesi kapsamında yapılacak olan müdahaleleri azaltacak “haklı gerekçe kavramı”nın çerçevesini çizmeye çalışmıştır.

22. Hâkim durumda bulunmanın bir sonucu, hâkim teşebbüsün rekabet ederken çıkarlarını koruma amacına ulaşmak için gerekli ve yeterli olandan daha ağır derecede sınırlayıcı tedbirler almasının hukuka aykırı olmasıdır. Hâkim teşebbüsün başvurduğu tedbirin makul ve ölçülü yani orantılı olması gerekmektedir.

23. Hâkim Durum Kılavuzu, hâkim durumdaki teşebbüslerin tek yanlı davranışları için haklı gerekçeler sunabildikleri durumda RKHK 6. maddesi kapsamında hukuka aykırılığın dışında kalacakları bir sistem öngörmektedir.

24. “Orantılılık” Rekabet Kurulu kararlarında haklı gerekçe kapsamında aranan temel ilkelerdendir. Bu ilke, Kurul kararlarında genellikle hâkim teşebbüsün özel sorumluluğu ile birlikte değerlendirilmekte ve hâkim durumdaki teşebbüslerin rakibin dışlanması sonucunu ortaya çıkaran uygulamaları orantılılık ilkesine aykırı olarak nitelendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut: **Borçlar Hukuku**, Tıpkı Onbeşinci Bs., Beta, Ankara, 2009.
- Akif, Ersin Mehmet: “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulunun Yetkileri”, *Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’ daki Uygulamalar Semineri, İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları* (2), 25 Mayıs 1995, s. 39-49.
- Akman, Pınar: “The European Commission’s Guidance on Article 102 TFEU: From *Inferno* to *Paradiso*?”, *The Modern Law Review* (2010), 73 (4), p. 605-630. (102 TFEU).
- “Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2 (2009), p. 267-303. (82 EC)
- “AB Komisyonu 102. Madde Kılavuzu Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Reformuna Dair Eleştiriler ve Öneriler”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010)**, Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 69-87. (Kılavuz Reformu).
- The Concept of Abuse in EU Competition Law- Law and Economic Approaches**, Hart Publishing, Portland, 2012. (The Concept of Abuse).
- Aktekin, Erdem: **Microsoft Davaları Işığında Yazılım Pazarında Bağlama Uygulamalarına Yaklaşım ve Öneriler**, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 118, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.
- Albors-Llorens, Albertina: “The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC”, *CMLR*, 44:1727-1761.

- Aslan, Ece: “Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrinde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu”, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010)**, Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 229-308.
- Aslan, Yılmaz: **Rekabet Hukuku Teori- Uygulama- Mevzuat**, 4. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2007.
- “Türk Akaryakıt Dağıtım Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, (Çevrimiçi) <http://www.petder.org.tr/uploads/2013/05/f86f32c93b3969de7cc2dc2b6cf07332.pdf>, Erişim Tarihi: 20.04.2015.
- Aşçıoğlu Öz, Gamze: **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.
- Baumol, William J.: “Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure”, **The American Economic Review**, Vol. 72, No. 1, (Mar., 1982), p.1-15.
- Baykan, Renan: “Rekabetin Korunması Kanunu ile İlgili Görüş ve Öneriler”, Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’ daki Uygulamalar Semineri, **İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2)**, 25 Mayıs 1995, s. 50-56.
- Bellamy, Christopher/
- Child, Graham: **European Community Law of Competition**, 6th Edition, Ed. Peter Roth QC, Vivien Rose, Oxford University Press, New York, 2008.
- Berry, Mark N.: “The Uncertainty of Monopolistic Conduct: A Comparative Review of Three Jurisdictions”, **Law and Policy In**

- International Business**, Vol. 32, p. 263-330.
- Büyükkuşoğlu, Burak: **Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı)**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2004.
- Cass, Ronald A./
- Hylton, Keith N.: “Antitrust Intent”, **Harvard University John F. Kennedy School of Government RPP**, (Çevrimiçi) <http://www.hks.harvard.edu>, Erişim Tarihi: 13.10.2014.
- Cengiz, Dilek: **Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu eylemin Hukuki Sonuçları Örnek Model Olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Mehaz Olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Sistemi Işığında**, Beta, İstanbul, 2006.
- Craig, Paul /
- De Burca, Grainne: **EU Law: Text, Cases and Materials**, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Çeker, Mustafa: “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, **Batider**, C. XVIII, S. 3, Haziran 1996, s. 85-117.
- Çeçen, Halil: **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları İle Kötüye Kullanılması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Dinler, Zeynel: **Mikro Ekonomi**, Gözden Geçirilmiş 25. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2014.
- Dural, Mustafa /
- Sarı, Suat: **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C. 1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Eilmansberger, Thomas: “How To Distinguish Good From Bad Competition Under Article 82 EC: In Search Of Clearer And More Coherent

- Standards For Anti-competitive Abuses”, 2005, 42 CMLR, p. 129-177.
- Ekdi, Barış: “Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması”, **Rekabet Dergisi**, S. 10, Nisan-Mayıs-Haziran 2002, s. 3-32.
- “Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Haziran 2010)**, Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 443-505. (Bağlama)
- Erdem, H. Ercüment: **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Rekabet Kurulu Tebliğleri AT Konsey Tüzüğü (4064/89)**, Beta, İstanbul, 2003.
- “Mal Vermeyi Reddetme Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, (Çevrimiçi) **www.erdem-erdem.com**, Erişim Tarihi: 30.11.2014. (Mal Vermeyi Reddetme)
- “Rekabet Hukukunda Hâkim Durumdaki Teşebbüs Tarafından Uygulanan İndirim Sistemleri, (Çevrimiçi) **www.erdem-erdem.com**, Erişim Tarihi 28.07.2014. (İndirim Sistemleri).
- Erol, Kemal: **Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması**, Lisansüstü Tez Serisi No.1, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.
- Ersin, Mehmet Akif: “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulunun Yetkileri”, **Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’ daki Uygulamalar Semineri, İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2)**, 25 Mayıs 1995, s. 39-50.

- Ertürk, Emin: **İktisada Giriş**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Geradin, Damien/
- O'Donoghue, Robert: "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunication Sector", (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.671804>, Erişim Tarihi: 02.09.2014.
- Gormsen, L. Lovdahl: "Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?", **The Competition Law Review**, (2005) 2, No. 5, p. 5-25. (Article 82 EC).
- "The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC", **European Competition Journal**, 2007, p. 329-344. (The Conflict)
- Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut: **İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 10. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Graham, Cosmo: **EU and UK Competition Law**, Pearson, Essex, 2010.
- Gül, İbrahim: **Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000.
- Günday, Metin: **İdare Hukuku**, 9. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- Gündüz, Recep: "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Açılan Yeni Pencere: Modernizasyon Ve Muafiyet Rejimi İlişkisi", (Çevrimiçi)

www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 02.09.2014.

Gündüz, Recep:

Tek Taraflı Davranışlarda Haklı Gerekçe: AB, ABD Uygulamaları ve Türk Hukuku İçin Çıkarımlar, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 113, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.

Gürzumar, Osman Berat:

Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hakim Durumun Rakiplerle Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

“Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 7-8 Ekim 2005**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2006.

Güven, Pelin:

Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

“Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi), **Perşembe Konferansları**, Ankara, 2004, s. 3-98. (Zorunlu Unsur)

Hatemi, Hüseyin/

Gökyayla, Emre:

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

İkizler, Metin:

Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

İnan, Nurkut/

Piker, Mehmet B.:

Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2007.

İnce, Ebru:

“Pazar Gücü Analizinde Yeni Arayış: Dikey Rekabet”, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.09.2014.

Jacobs, Mihael S.:

“An Essay on The Normative Foundations of Antitrust Economics”, **North Carolina Law Review**, Vol. 74 (1985), p. 219-266.

Jones, Alison/

Brenda, Sufrin:

EC Competition Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, New York, 2008.

Kara, Alper Fevzi:

Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması (ABD ve AT Uygulamalarından Dersler), Uzmanlık Tezleri Serisi No. 18, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003

Karakılıç, Hasan:

Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, XII Levha, İstanbul, 2013

Kendigelen, Abuzer:

Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bs., XII Levha, İstanbul, 2012.

Kevük, Süleyman:

“Bilgi Ekonomisi”, **Journal of Yasar University**, 1 (4), 319-350.

Kocayusufpaşaoğlu,

Necip/

Hatemi, Hüseyin/

Serozan, Rona/

Arpacı, Abdülkadir:

Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 5. Basıdan
Tıpkı 6. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Korah, Valentine:

An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice,
Hart Publishing, Portland, 2007.

Kuntalp, Erden/

Özdemir, Ali Murat/

Arıkel, Sülün:

“Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard
Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması”,
Perşembe Konferansları, Ekim 2000, s. 31-56.

Lang, J. Temple:

“The Definition of “Abuse” of A Dominant Position Under
Article 86 EEC Treaty”, **CMLR**, Vol. 16, 1979, p. 345-364. (The
Definition)

“Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply
Competitors and Access to Essential Facilities, **Fordham
International Law Journal**, Vol. 18, Issue 2, 1994, p. 439-523.
(Legitimate Competition).

Lang, J. Temple/

O’Donoghue, Robert:

“The Concept of Exclusionary Abuse under Article 82 EC,
(Çevrimiçi) www.coleurope.eu, Erişim Tarihi: 25.09.2014.

Lao, Marina:

“Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and Sacrifice”,
Antitrust Law Journal, Vol. 73, No:28, p. 171-208.

Madan, Zeynep:

**ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların
Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları**, Uzmanlık Tezleri

Serisi No. 85, Rekabet Kurumu, Ankara, 2008.

Manisalı, Erol:

İktisada Giriş Tartışmalı Sorunlar Eki İle, Der Yayınları, İstanbul, 2010.“

Manne, Geoffrey A./

Williamson, E. Marcellus:

Hot Docs vs. Cold Economics: The Use and Misuse of Business Documents In Antitrust Enforcement and Adjudication”, **Arizona Law Review**, Vol. 47, p. 609-654.

Marsden, Philip /

Whelan, Peter:

““Consumer Detriment” and Its Application in EC and UK Competition Law”, (2006) 27 (10), **ECLR**.

Mcafee, R. Preston /

Mialon, Hugo M. /

Williams, Michael A.:

“What is a Barrier to Entry?”, **The American Economic Review**, Vol. 94, No. 2, May 2004, p. 461-465.

Melicias, Maria J.:

“The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis”, **World Competition - Law And Economics Review**, Vol. 33, No. 4, p. 569-594.

Nalebuff, Barry:

“Bundling, Tying and Porfolio Effects Part I: Conceptual Issues”, DTI Economic Papers, No.1, Department of Trade and Industry, London, (Çevrimiçi) <http://faculty.som.yale.edu>, Erişim Tarihi: 10.12.2014.

Nomer /Halûk N.:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bs., Beta, İstanbul, 2013.

Odman Boztosun, Ayşe:

“Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?- How Shall We Approach Unilateral Conduct?”, **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, Ed. Kerem Cem Sanlı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 107.

O'Donoghue, Robert/

Padilla, A. Jorge:

The Law and Economics of Article 82 EC, Second Edition, Hart Publishing, Oregon, 2006.

Oğuzman, M. Kemal/

Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1 (12. Bs.) ve C. 2 (11. Bs.), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Oğuzman, M. Kemal/

Barlas, Nami:

Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Özdemir, Ümit Nevruz:

Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 96, Rekabet Kurumu, Ankara, 2009.

Özkan, Ahmet Fatih:

“Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirisel Bir Değerlendirmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, 4 (1), s. 311-350.

Özsunay, Ergun:

“Türk Kartel Hukukunda ‘Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı’ ”, Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’ daki Uygulamalar Semineri, **İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2)**, 25 Mayıs 1995, s. 57-69.

Kartel Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

Öztunalı, Aydın:

Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014. (Hâkim Durum)

Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hâkimiyeti, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara,

2003. (Tek Teşebbüs)

Padilla, Jorge/

Evans, David S.:

“Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: *A Comment on Dolmans and Graf.*”, *World Competition: Law and Economics Review*, 2005, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=596663>, Erişim Tarihi: 20.12.2014.

Parasız, İlker:

İktisada Giriş, Gözden Geçirilmiş, 7. Bs., Ezgi Kitabevi, Bursa, 2003.

Posner Richard A.:

Antitrust Law An Economic Perspective, University of Chicago Press, Chicago& London, 1976.

Rekabet Kurumu:

Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ed. Suna Barış Özer, 5. Bs., Rekabet Kurumu Yayınları, 2014.

Sanfilippo, Luca:

“Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets and Application of Article 86”, **European Business Law Review**, March 1995, p. 71-75.

Sanlı, Kerem C.:

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000.

“Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 04.04.2003 Kayseri**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Su, Kemal Tahir:

Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

- Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bs., Turhankitabevi, Ankara, 2013.
- Tekinalp, Gülören/
Tekinalp, Ünal: **Avrupa Birliği Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Bs., Beta, İstanbul, 2000.
- Tekinalp, Ünal: “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri”, Perşembe Konferansları, Ankara, Rekabet Kurumu, Şubat 2000, Çevrimiçi: www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2013 (ATAD Kararları).
- Topçuoğlu, Metin: **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.
- Ulaş Kısa, Seda: **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşısı Uygulamalarla Kötüye Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004.
- Uzunallı, Sevilay: “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **Rekabet Dergisi**, 2010, 11(4), s. 59-109.
- Ülgen, Gülden: **İktisat Bilimine Giriş**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- Ünlüsoy, Kürşat: **Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.
- Whish Richard/
Bailey David: **Competition Law**, 7th Edition, **Oxford University Press**, New York, 2012.
- Yanık, Mehmet: **Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

- Yasin, Melikşah: **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Yavuz, Hatice: **Tek Yanlı Davranışların Değerlendirilmesinde Niyet Unsuru**, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 125, Rekabet Kurumu, Ankara, 2012.
- Yengin, Halisan: “Ulusal Rekabet Hukuku Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasının Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkisi Üzerinde Etkisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 3, Yıl 2006, s. 963-984.
- Yıldırım, Turan v.d.: **İdare Hukuku**, 2. Bs., XII Levha, İstanbul, 2011.
- Yiğit, İlhan: **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.